

117

Uitleg aanbestedingsstukken over toetsing op collusie

Gerechtshof 's-Hertogenbosch
11 juni 2024, 200.337.177_01,
ECLI:NL:GHSHE:2024:1914
(mrs. A.L. Bervoets, Z.D. van Heesen-Laclé,
S.M. Evers)
Noot mr. dr. A.J. van Heeswijk

Afstemming van inschrijvingen. Beoordelingsmethodiek. Mededingingsrecht. Meerdere inschrijvers binnen een concern. Nota van Inlichtingen. Transparantiebeginsel.

[AanbW 2012 art. 3.65, art. 2.87; BW art. 2:24a, art. 2:24b; Richtlijn 2014/24/EU art. 57, art. 80; VWEU art. 101]

De Gemeenschappelijke Regio West-Brabant heeft namens de Provincie Noord-Brabant en de zestien gemeenten een Europese openbare aanbestedingsprocedure georganiseerd voor Deur- of Deeltaxi vervoer in het kader van de WMO voor de deelnemende gemeenten en Bravoflex OV-taxi voor de Provincie Noord-Brabant. De Regio heeft zich in de voorbereiding en de aanbesteding laten bijstaan door de Stichting Inkoopbureau West-Brabant. Nadat de kwalitatieve beoordelingen waren afgerond, heeft de Regio op 15 juni 2023 het tabblad 'Prijs' ontgrendeld en de eindscores van de inschrijvers berekend. Het ontgrendelen is dezelfde dag aan de inschrijvers bekendgemaakt. Op 16 juni 2023 heeft de Regio de antwoorden op de op 14 juni 2023 gestelde vragen van de desbetreffende inschrijvers ontvangen.

Op 6 juli 2023 heeft de Regio via TenderNed aan alle inschrijvers bericht dat er meer tijd nodig is voor de beoordeling van de inschrijvingen en de inschrijvers gevraagd om de gestanddoeningstermijn van de inschrijvingen te verlengen. Zeven van de acht inschrijvers hebben de gestanddoeningstermijn verlengd. Op 11 september 2023 heeft de Regio de voorlopige gunningsbeslissing bekendgemaakt.

In eerste aanleg in de hoofdzaak (in kort geding) vorderde Connexion (primair) de Regio te ver-

bieden uitvoering te geven aan de voorlopige gunningsbeslissing van 11 september 2023 en deze beslissing in te trekken. Samengevat ligt in hoger beroep de vraag voor of in de aanbestedingsstukken is bepaald dat inschrijvers met bepaalde onderlinge banden in hun inschrijving moeten aantonen dat geen afstemming heeft kunnen plaatsvinden of dat deze inschrijvers desgevraagd moeten onderbouwen dat geen afstemming heeft plaatsgevonden.

Beoordeling

De uitleg van vraag 9 uit de Nvl van 26 april 2023 – grievens 2, 3 en 4 in principaal hoger beroep

Het hof legt vraag 9 uit de Nvl en het antwoord daarop met inachtneming van de in ro. 3.4.4. gegeven maatstaf als volgt uit. De voorwaarde in par. 4.3.2. van het BD dat inschrijvers aan dienen te tonen dat ze onafhankelijk van elkaar hun inschrijving opstellen en dat de inschrijving niet tot stand zal komen in strijd met het mededingingsrecht, ziet op ondernemingen die tot hetzelfde concern (in de zin van art. 2:24a en 2:24b BW) behoren. Inschrijvers hebben uit vraag 9 en het antwoord daarop niet hoeven opmaken dat dit anders zou zijn en dat zij ook zonder bevestiging te worden (uit eigen beweging) in de inschrijving melding moeten maken van andere vennootschappen die dezelfde natuurlijke persoon als bestuurder/directeur, commissaris en/of aandeelhouder hebben en die mogelijk ook inschrijven en dat in dat kader geen afstemming van de inschrijving heeft kunnen plaatsvinden. Inschrijvers hebben de gestelde vraag en het antwoord daarop zo moeten begrijpen dat zij desgevraagd moeten onderbouwen dat en waarom de inschrijvingen volledig autonoom en onafhankelijk van elkaar tot stand zijn gekomen. Dat betekent dat inschrijvingen in deze aanbestedingsprocedure niet ongeldig kunnen worden verklaard omdat in die inschrijvingen niet is ingegaan op verbanden met mogelijke andere inschrijvers. Automatisch uitsluiten op grond van het bestaan van verbanden tussen inschrijvers gaat gezien de in ro. 3.5.3. aangehaalde jurisprudentie te ver. Van uitsluiting kan pas sprake zijn indien de aanbestedende dienst over voldoende plausibele aanwijzingen beschikt om te concluderen dat de inschrijver of gegadigde met andere ondernemers overeenkomsten heeft gesloten die gericht zijn op vervalsing van de mededinging en inschrijvers de mogelijkheid hebben gehad om aan te tonen dat hun

inschrijvingen werkelijk onafhankelijk zijn. Tot dat dat moment dienen de inschrijvingen geldig te worden beschouwd en kunnen ze niet terzijde worden gelegd.

Het hof is voorshands van oordeel dat noch uit de wet, noch uit het BD volgt dat de geldigheid van de inschrijvingen op mogelijk collusie moeten worden beoordeeld voordat de inschrijvingen inhoudelijk mogen worden bekeken. Zoals hiervoor overwogen, kan een inschrijving niet ongeldig worden verklaard enkel vanwege het bestaan van verbanden met andere inschrijvers. Er moeten voldoende plausible aanwijzingen zijn dat 'de verhouding tussen twee entiteiten de respectieve inhoud van de ingediende inschrijvingen concreet heeft beïnvloed'. Daartoe dient te worden bekeken of de inschrijvingen van de desbetreffende inschrijvers (wanneer ze met elkaar worden vergeleken) dergelijke aanwijzingen bevatten.

Het hof is tegen die achtergrond voorshands van oordeel dat de Regio het beoordelen van de inschrijvingen op collusie heeft mogen uitvoeren terwijl de antwoorden op de verduidelijkingsvragen nog niet binnen waren. Met die vragen zijn de betreffende inschrijvers in de gelegenheid gesteld om aan te tonen dat hun inschrijving volledig autonoom en onafhankelijk tot stand is gekomen. Met hun antwoorden kunnen de inschrijvers toelichten welke natuurlijke personen vanuit hun bevoegdheden en positie bezien al dan niet in theorie kennis kunnen hebben gehad van andere inschrijvingen en welke personen bij de voorbereiding van de inschrijving daadwerkelijk betrokken zijn geweest. De antwoorden kunnen eventuele plausible aanwijzingen van collusie opleveren, maar ook eventuele aanwijzingen van collusie die naar voren komen uit het onderzoek naar de inschrijvingen door de aanbestedende dienst ontkrachten. Dat de aanbestedende dienst dit geheel van feiten tezamen beoordeelt, althans beide onderzoeken afwacht alvorens een beslissing rond eventuele collusie te nemen, acht het hof zorgvuldig. De grieven 2, 3 en 4 in principaal hoger beroep slagen.

De beoordelingswijze van de Regio – grief 5 in principaal hoger beroep

Volgens Connexxion heeft de Regio onvoldoende inzicht gegeven in de resultaten van het onderzoek naar collusie en had de Regio daartoe de inschrijvers en/of de antwoorden op de verduidelijkingsvragen moeten verstrekken.

De Regio heeft teruggekoppeld op drie niveaus onderzoek te hebben gedaan. Het beoordelings-team heeft het onderzoek van de inschrijvingen op collusie uitgevoerd tegelijk met de kwalitatieve beoordeling. Nadat de kwalitatieve beoordeling was afgerond zijn de prijzen beoordeeld en onderworpen aan een onderzoek naar collusie. De Regio heeft onder meer teruggekoppeld dat persoon A en persoon D, de inschrijvers waarbij het grootste vermoeden van collusie bestond, hebben onderbouwd dat hun inschrijvingen autonoom en onafhankelijk van elkaar tot stand zijn gekomen. Dit hebben zij gedaan.

De onderbouwing van Connexxion dat beïnvloeding bij de inschrijvingen vanwege bestaande banden mogelijk heeft kunnen plaatsvinden, vormt geen concrete aanwijzing dat ook daadwerkelijk dergelijke afstemming bij de inschrijvingen in de onderhavige aanbestedingsprocedure heeft plaatsgevonden. Anders dan Connexxion betoogt, gaat het vereiste dat inschrijvers moeten onderbouwen dat hun inschrijvingen autonoom en onafhankelijk van elkaar tot stand zijn gekomen niet zo ver dat ze moeten aantonen dat afstemming (ook) niet heeft kunnen plaatsvinden.

De Regio heeft haar aanpak van de door haar uitgevoerde toets op mogelijke collusie voldoende toegelicht. De verplichting om terugkoppeling te geven op grond van het transparantiebeginsel gaat niet zo ver dat andere inschrijvers zelf moeten kunnen controleren of de toets juist heeft plaatsgevonden en/of dat de inschrijvingen of andere stukken van de inschrijvers dienen te worden overlegd. Indien er concrete aanwijzingen zijn dat daadwerkelijk afstemming heeft plaatsgevonden, dan dient in de toetsing daarvan inzicht te worden gegeven.

Het hof is voorshands van oordeel dat het onderzoek naar collusie voldoende zorgvuldig heeft plaatsgevonden en dat daarover voldoende terugkoppeling is gegeven. Grief 5 in principaal hoger beroep slaagt.

Conclusie

Grief 1 in principaal hoger beroep slaagt niet omdat het hof het vonnis van de rechter zal bekrachtigen voor zover het de incidenten betreft. De grieven 2 tot en met 5 in principaal hoger beroep slagen. Dat betekent dat het hof het vonnis van de rechter in de hoofdzaak zal vernietigen en opnieuw rechtdoende de vorderingen van Connexxion alsnog zal afwijzen. Grief 6 in principaal

hoger beroep is gericht tegen de conclusie van de rechter en slaagt daarmee ook.

1. *Gemeenschappelijke Regeling Regio West-Brabant,*
zetelend in Etten-Leur,
2. *Provincie Noord-Brabant,*
zetelend in te 's-Hertogenbosch,
3. *Gemeente Altena,*
zetelend in Almkerk,
4. *Gemeente Alphen-Chaam,*
zetelend in Alphen,
5. *Gemeente Baarle-Nassau,*
zetelend in Baarle-Nassau,
6. *Gemeente Bergen op Zoom,*
zetelend in Bergen op Zoom,
7. *Gemeente Breda,*
zetelend in Breda,
8. *Gemeente Drimmelen,*
zetelend in Made,
9. *Gemeente Etten-Leur,*
zetelend in Etten-Leur,
10. *Gemeente Geertruidenberg,*
zetelend in Raamsdonksveer,
11. *Gemeente Halderberge,*
zetelend in Oudenbosch,
12. *Gemeente Moerdijk,*
zetelend in Zevenbergen,
13. *Gemeente Oosterhout,*
zetelend in Oosterhout,
14. *Gemeente Roosendaal,*
zetelend in Roosendaal,
15. *Gemeente Rucphen,*
zetelend in Rucphen,
16. *Gemeente Woensdrecht,*
zetelend in Hoogerheide,
17. *Gemeente Zundert,*
zetelend in Zundert,
18. *Gemeente Steenbergen,*
zetelend in Steenbergen,
appellanten in principaal hoger beroep,
geïntimeerden in incidenteel hoger beroep,
hierna aan te duiden als de Regio,
advocaat: mr. N.A.D. Groot,
tegen
 1. *Connexxion Taxi Services B.V.,gevestigd te [vestigingsplaats],*
geïntimeerde in principaal hoger beroep,
hierna aan te duiden als Connexxion,
advocaat: mr. S.C. Brackmann,
 2. *[XXX] Touringcar Ede B.V.,gevestigd te [vestigingsplaats],*

- geïntimeerde in principaal hoger beroep,*
hierna aan te duiden als [XXX],
advocaat: mr. B. Braat,
3. *[---] Groep B.V.,gevestigd te [vestigingsplaats],*
geïntimeerde in principaal hoger beroep,
hierna aan te duiden als [---],
advocaat: mr. P.F.C. Heemskerk,
4. *Trevvel B.V.,*
gevestigd te [vestigingsplaats],
geïntimeerde in principaal hoger beroep,
appellante in incidenteel hoger beroep,
hierna aan te duiden als Trevvel,
advocaat: mr. C.A.M. Lombert,
5. *[YYY] Rotterdam B.V.,*
gevestigd te [vestigingsplaats],
geïntimeerde in principaal hoger beroep,
hierna aan te duiden als [YYY],
advocaat: mr. D.R. Ninck Blok.

op het bij exploit van dagvaarding van 19 januari 2024 ingeleide hoger beroep van het vonnis van 22 december 2023, door de voorzieningenrechter van de rechtbank Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda, gewezen tussen Connexxion als eiseres in de hoofdzaak en verwerende partij in de incidenten, de Regio als gedaagde in de hoofdzaak en verwerende partij in de incidenten en [XXX], [---], Trevvel en [YYY] als eiseressen in de incidenten.

1. Het geding in eerste aanleg (zaak-/rolnummer C/02/414355 / KG ZA 23-47)

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar voormeld vonnis en het herstelvonnis van 18 januari 2024.

2. Het geding in hoger beroep

2.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding in hoger beroep met grieven;
- de vier memories van antwoord van Connexxion, [XXX], [---] en [YYY];
- de memorie van antwoord, tevens memorie van grieven in incidenteel hoger beroep van Trevvel;
- de vier memories van antwoord in incidenteel hoger beroep van de Regio, Connexxion, [XXX] en [---].
- de op 11 april 2024 binnengekomen productie 27, die [---] bij de mondelinge behandeling in het geding heeft gebracht;

- de op 12 april 2024 binnengekomen productie 10, die de Regio bij de mondelinge behandeling in het geding heeft gebracht;
- het op 16 april 2024 ontvangen bericht van [XXX] dat zij haar positie in deze procedure (zowel in de hoofdzaak als in de incidenten) opgeeft en niet op de zitting zal verschijnen, met het verzoek [XXX] niet in de proceskosten te veroordelen, althans deze op nihil te stellen;
- de op 19 april 2024 ontvangen producties 1 tot en met 9, die Connexxion bij de mondelinge behandeling in het geding heeft gebracht;
- de op 22 april 2024 ontvangen productie 7, die Trevvel bij de mondelinge behandeling in het geding heeft gebracht;
- de op 24 april 2024 (in deze zaak en in de door [---] aangespannen samenhangende beroepszaak met procedurenummer 200.337.088/01) gehouden mondelinge behandeling, waarbij partijen spreekantekeningen hebben overgelegd.

2.2. Het hof heeft daarna een datum voor arrest bepaald. Het hof doet recht op bovenvermelde stukken en de stukken van de eerste aanleg.

2.3. Het hof legt het bericht van [XXX] dat ze haar positie opgeeft in de procedure, zowel in de incidenten als in de hoofdzaak, zo uit dat zij afstand doet van haar stellingen en verweren in hoger beroep, waaronder ook devolutief die uit de eerste aanleg. Dat betekent dat het hof deze stellingen en verweren van [XXX] niet meer bij de beoordeling betreft.

De Regio had voor het bericht, dat een week voor de zitting binnenkwam, al kosten gemaakt in verband met de stellingen en verweren van [XXX] in hoger beroep. Bij de proceskostenveroordeling zal het hof met die kosten rekening houden.

2.4. Op de mondelinge behandeling heeft de Regio bezwaar gemaakt tegen het inbrengen van de producties 1 tot en met 7 door Connexxion. Dit betreffen processtukken van [XXX]. Het hof verwerpt dit bezwaar in die zin dat de stukken als producties van Connexxion onderdeel uitmaken van het procesdossier. De inhoud daarvan kan het hof alleen meenemen bij de beoordeling, voor zover Connexxion daarnaar voldoende duidelijk met eigen stellingen heeft verwezen, hetgeen Connexxion niet heeft gedaan. Het hof heeft de inhoud van de producties daarom niet bij haar beoordeling van de stellingen van Connexxion

betrokken. Voor zover het bezwaar van de Regio erop ziet dat (stellingen en verweren in) processtukken van [XXX] via een andere partij in de procedure worden gebracht, slaagt dat bezwaar dus niet.

3. De beoordeling

In principaal en incidenteel hoger beroep

3.1. Deze zaak gaat over de aanbesteding van het taxivervoer in het kader van de WMO (de deel-taxi) en de provinciale OV taxi (Barvoflex) in de regio Noord-Brabant. Samengevat ligt de vraag voor of in de aanbestedingsstukken is bepaald dat inschrijvers met bepaalde onderlinge banden in hun inschrijving moeten aantonen dat geen afstemming heeft kunnen plaatsvinden of dat deze inschrijvers desgevraagd moeten onderbouwen dat geen afstemming heeft plaatsgevonden. Het hof is van oordeel dat het laatste het geval is en dat de aanbestedingsstukken op dit punt voor een behoorlijk geïnformeerd en normaal oplettend inschrijver ook voldoende duidelijk zijn. De Regio heeft de beoordeling of de inschrijvingen onafhankelijk van elkaar tot stand zijn gekomen voldoende zorgvuldig uitgevoerd. Concrete aanwijzingen van verbanden tussen de inschrijvers zijn onderzocht en concrete aanwijzingen van afstemming van de inschrijvingen van de desbetreffende inschrijvers zijn niet naar voren gekomen. Tot slot zijn [XXX] en [YYY] in eerste aanleg terecht toegelaten als tussenkomende partij. In de aanbestedingsstukken was geen vervaltermijn opgenomen en deze partijen hebben een belang in de zin van artikel 217 Rv.

Het hof zal dit hierna nader toelichten.

Feiten

3.2.1. De Gemeenschappelijke Regio West-Brabant heeft namens de Provincie Noord-Brabant en de zestien gemeenten een Europese openbare aanbestedingsprocedure georganiseerd voor Deur- of Deeltaxi vervoer in het kader van de WMO voor de deelnemende gemeenten en Bravoflex OV-taxi voor de Provincie Noord-Brabant (hierna: de Aanbestedingsprocedure). De Regio heeft zich in de voorbereiding en de aanbesteding laten bijstaan door de Stichting Inkoopbureau West-Brabant.

3.2.2. Op 2 april 2023 heeft De Regio de Aanbestedingsprocedure aangekondigd op TenderNed. De aanbesteding moet leiden tot een overeen-

komt met één opdrachtnemer, die ingaat per datum ondertekening en waarvan het daadwerkelijk vervoer zou starten per 1 januari 2024. De overeenkomst heeft een vaste looptijd van vier jaar en eindigt per 1 januari 2028.

3.2.3. In het Beschrijvend Document van 31 maart 2023 (hierna: het Beschrijvend Document) is onder meer het volgende opgenomen:

“4.3. Uniform Europees Aanbestedingsdocument en mogelijkheden voor Inschrijving

(...)

4.3.2. Mogelijkheden voor inschrijving

(...)

Inschrijving in combinatie

(...)

In geval van een combinatie van inschrijvers dient voldaan te worden aan de volgende voorwaarden:

(...)

Ondernemingen die geacht worden te behoren tot hetzelfde concern en betrokken zijn bij meer dan één inschrijving dienen aan te tonen dat ze onafhankelijk van elkaar hun inschrijving opstellen en dat de inschrijving niet tot stand zal komen onder invloed van een Overeenkomst, besluit of gedragingen in strijd met het Nederlandse of Europese mededingingsrecht. Voor de toepassing van deze bepalingen worden rechtspersonen en vennootschappen die:

- *aan elkaar zijn gelieerd op bewijs als bedoeld in artikel 2:24a BW; of*
- *met elkaar zijn verbonden in een groep als bedoeld in artikel 2:24b BW; of*
- *aan elkaar zijn gelieerd in een aan voornoemde artikelen vergelijkbare rechtsvorm naar buitenlands recht;*
- *als één rechtspersoon of vennootschap beschouwd.*

Als men zich niet aan bovenstaande houdt, dan is de Inschrijving ongeldig worden inschrijvers uitgesloten van verdere deelname aan de Aanbestedingsprocedure.

(...)

4.4. Uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen

4.4.1. Uitsluitingsgronden

Aanbestedende dienst verklaart de volgende uitsluitingsgronden van toepassing:

(...)

Deel III UEA Gronden met betrekking tot insolventie, belangenconflicten of beroepsfouten, te weten:

- (...)
- *Vervalsing van de mededinging;*
- *Valse verklaring;*

– (...)

Bewijsmiddel indienen bij Inschrijving

Door middel van het invullen en Deel III C verklaart inschrijver dat op zijn onderneming de gestelde uitsluitingsgronden niet van toepassing zijn.

Bewijsmiddel indienen na gunningsbeslissing op eerste verzoek van Aanbestedende dienst:

(...)

Vervalsing van de mededinging, belangenconflicten, valse verklaring, onrechtmatige beïnvloeding; Eigen verklaring waarin Inschrijver aangeeft dat de uitsluitingsgronden vervalsing van de mededinging én belangenconflict én valse verklaring én onrechtmatige beïnvloeding de laatste 3 jaar niet van toepassing zijn geweest. Inschrijver stelt hier een eigen verklaring voor op.

(...)

Inschrijvingen van Inschrijvers op wie één of meer van de uitsluitingsgronden zoals omschreven in het UEA van toepassing zijn, kunnen worden uitgesloten van verdere deelname aan deze aanbestedingsprocedure. (...)

Alvorens een aanbestedende dienst overgaat tot uitsluiting van de aanbestedingsprocedure, zal aan Inschrijver/het samenwerkingsverband de mogelijkheid geboden om zijn betrouwbaarheid aan te tonen middels een toelichting op de herstelmaatregelen die hij heeft genomen.

(...)

4.6. Eisen aan de inschrijving

4.6.1. Procedurele voorwaarden en compleetheid
De inschrijving wordt allereerst getoetst op de procedurele voorwaarden en compleetheid. Als niet wordt voldaan aan één of meer van de onderstaande voorwaarden en/of de Inschrijving niet compleet is, zal de Inschrijving terzijde worden gelegd en wordt de Inschrijver uitgesloten van verdere deelname aan de Aanbestedingsprocedure, tenzij sprake is van een kennelijk omissie die zich leent voor herstel zoals hieronder is beschreven.

(...)

2. De Inschrijving dient te voldoen aan alle eisen in het beschrijvend document inclusief bijlagen;

(...)

4.7. Beoordeling van de inschrijvingen

4.7.1. Gunningscriterium en subgunningscriteria
Als een Inschrijving voldoet aan de procedurele voorwaarden en compleetheid, voldoet aan de geschiktheidseisen en er geen van de gestelde uitsluitingsgronden van toepassing zijn en voldoet aan de gestelde minimumeisen zoals gesteld in het PvE inclusief, vindt beoordeling van de Inschrijving plaats

op basis van het gunningscriterium de beste prijs-kwaliteitverhouding.

Als tijdens de kwalitatieve beoordeling van de Inschrijving blijkt dat de Inschrijving niet voldoet aan de gestelde minimumeisen in het Beschrijvend document en/of de bijbehorende bijlage(n), wordt de inschrijving alsnog ongeldig verklaard en uitgesloten van verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure.

Subgunningscriteria:

De inschrijvingen worden op de volgende onderdelen beoordeeld:

- Prijs;
- K1 Aandeel verreden Zero Emissie kilometers;
- K2 Klantgerichtheid;
- K3 Goed werkgeverschap / MVO / Aanwas personeel;
- K5 implementatieplan.

(...)

4.7.2. Beoordelingsmethodiek

(...)

De volgende stappen worden doorlopen:

1. Verspreiding door de inkoopadviseur van de kwalitatieve inschrijvingen onder het beoordelings-team;
2. Individuele beoordeling per subgunningscriterium door de leden van het beoordelingsteam;
3. Het beoordelingsteam bespreekt de individuele beoordeling. Naar aanleiding hiervan hebben de individuele beoordelaars de mogelijkheid hun individuele score aan te passen. Het eindoordeel is de gemiddelde score van alle beoordelingsteamleden per subgunningscriterium;
4. De inschrijfsommen wordt kenbaar gemaakt aan het beoordelingsteam;

5. Berekening van eindscores.

(...)

Als de situatie zich voordoet dat de voorlopige gunning van de beoogd winnaar door welke reden dan ook ingetrokken moet worden, betekent dit niet dat automatisch de nummer 2 in ranking de nieuwe beoogd winnaar wordt. Op dat moment zal Aanbestedende dienst aan de hand van de beoordelings-systeem Gewogen Factor Score methode opnieuw de ranking uitrekenen.

(...)

4.8. Gunning van de opdracht

(...)

Vanaf het bekendmaken van de gunningsbeslissing start de opschortende termijn (bezwaartermijn) van 20 dagen waarin Aanbestedende dienst nog niet tot ondertekening van een Overeenkomst zal overgaan. Afgewezen en/of uitgesloten inschrijvers kunnen bezwaar maken tegen de gunningsbeslissing en/of de uitsluiting. Zij dienen een civiel kort geding aanhangig te maken voor het verstrijken van deze opschortende termijn. Deze termijn is tevens een fatale termijn. De fatale termijn loopt te allen tijde samen met en volgt de opschortende termijn.

(...)

Indien tijdig een kort geding wordt aangespannen en de vorderingen van de eisende partij worden afgewezen, dan staat het de Aanbestedende dienst vrij om over te gaan tot definitieve gunning van de Opdracht en voorts tot sluiting van de Overeenkomst over te gaan.”

3.2.4. In de eerste nota van inlichtingen van 26 april 2023 is als vraag 9 met daarbij het antwoord opgenomen:

9	Aanbestedingsleidraad 4.3.2 Mogelijkheden voor inschrijving	Kunt u bevestigen dat een natuurlijke persoon die (uitvoerend of niet uitvoerend) bestuurder/directeur, commissaris en/of aandeelhouder is van meerdere entiteiten (die niet kunnen worden aangemerkt als verbonden ondernemingen), met die verschillende entiteiten wel (dus meermalen) mag inschrijven (met de verschillende entiteiten) zonder bevraagd worden of de betreffende inschrijvingen zelfstandig tot stand gekomen?	Nee, dit kan de Aanbestedende dienst niet bevestigen. Ook in dat geval zal u moeten onderbouwen dat en waarom de inschrijvingen volledig autonoom en onafhankelijk van elkaar tot stand zijn gekomen.
---	--	---	---

3.2.5. Op 5 juni 2023 is om 10:30 uur de inschrijvingstermijn gesloten en de Regio heeft om 10:43 uur de digitale kluis in TenderNed geopend.

3.2.6 Op 7 juni 2023 is het proces-verbaal van opening gedeeld met de inschrijvers. In totaal zijn acht inschrijvingen ontvangen, waaronder de inschrijving van Connexxion, [XXX], [YYY], Transvision B.V. (hierna: Transvision), Trevvel, [---] en Zorgvervoercentrale Nederland B.V. (hierna: ZCN).

3.2.7. Op 8 juni 2023 heeft de Regio van [XXX] een bericht ontvangen, waarin [XXX] haar twijfel uit over de onafhankelijke totstandkoming van de aanbiedingen van [---], Trevvel, ZCN, [YYY] en Transvision, gezien de verwantschap tussen deze vennootschappen.

Ook Connexxion heeft op 9 juni 2023 een bericht gestuurd aan de Regio, waarin Connexxion aangeeft dat een aantal inschrijvers dusdanige banden met elkaar heeft, dat zij er aan twijfelt of hun inschrijvingen volledig autonoom en onafhankelijk van elkaar tot stand zijn gekomen. Als bijlage heeft Connexxion haar bevindingen bijgevoegd met betrekking tot Trevvel, [---] en ZCN. Connexxion heeft de Regio verzocht haar 'onderzoeksplicht zorgvuldig en diepgaand te vervullen en hier aandacht aan te besteden'.

3.2.8. Op 14 juni 2023 heeft de Regio aan Connexxion en [XXX] een ontvangstbevestiging gestuurd en aan meerdere inschrijvers verduidelijkingsvragen gesteld.

3.2.9. Nadat de kwalitatieve beoordelingen waren afgerond, heeft de Regio op 15 juni 2023 het tabblad 'Prijz' ontgrendeld en de eindscores van de inschrijvers berekend. Het ontgrendelen is dezelfde dag aan de inschrijvers bekendgemaakt.

3.2.10. Op 16 juni 2023 heeft de Regio de antwoorden op de op 14 juni 2023 gestelde vragen van de desbetreffende inschrijvers ontvangen.

3.2.11. Op 6 juli 2023 heeft de Regio via TenderNed aan alle inschrijvers bericht dat er meer tijd nodig is voor de beoordeling van de inschrijvingen en de inschrijvers gevraagd om de gestanddoeningstermijn van de inschrijvingen te verlengen. Zeven van de acht inschrijvers hebben de gestanddoeningstermijn verlengd.

3.2.12 Op 10 juli 2023 heeft [---] op verzoek van de Regio een Bibob-vragenformulier ingevuld en bij de Regio ingediend.

3.2.13. Op 11 juli 2023 heeft de Regio de inschrijvers bericht dat zij nog in de onderzoeksfase van het gunningstraject zit, welk traject naar verwach-

ting in september kon worden afgerond, waarna een voorlopige gunning bekend zou worden gemaakt.

3.2.14. Op 11 september 2023 heeft de Regio bekend gemaakt dat de opdracht voorlopig wordt gegund aan [---] als inschrijver met de beste prijs-kwaliteitverhouding. Connexxion heeft de tweede plaats behaald, Trevvel de derde, Transvision de vierde, [XXX] de vijfde en [YYY] de zesde.

3.2.15. In de brieven aan de niet winnende inschrijvers staat onder meer vermeld:

“Opschortende termijn

Mocht u het niet eens zijn met deze gunningsbeslissing, dan kunt u hier binnen 20 kalenderdagen (+1 extra dag vanwege het weekend) na dagtekening van deze brief bezwaar tegen maken. Bezwaar maken dient u te doen bij de voorzieningenrechter van de Rechtbank Zeeland -West-Brabant te Breda door het aanhangig maken van een civiel kort geding voor het verstrijken van de hierna genoemde vervaltermijn (tevens opschortende termijn), die eindigt op 2 oktober 2023 om 23:59 uur.

Regio West-Brabant zal niet voor het verstrijken van de opschortende termijn de met deze gunningsbeslissing beoogde overeenkomst sluiten.”

3.2.16. Naar aanleiding van de gunningsbeslissing heeft de Regio [---] gevraagd om conform paragraaf 4.4.1. van het beschrijvend document vóór 26 september 2023 de eigen verklaring over te leggen, waarin [---] verklaart dat de uitsluitingsgronden vervalsing van de mededinging, belangenconflict en valse verklaring, de laatste drie jaar niet op [---] van toepassing zijn geweest. [---] heeft die eigen verklaring tijdig ingediend.

3.2.17. [---] heeft drie (indirect) bestuurders: [persoon A] (hierna: [persoon A]), tevens bestuurder/enig aandeelhouder van [ZZZ] Groep B.V., die op haar beurt bestuurder/enig aandeelhouder is van [---]), [persoon B] (algemeen directeur) en [persoon C] (financieel directeur).

3.2.18. [ZZZ] Groep B.V. is ook enig aandeelhouder/bestuurder van Personenvervoer Participaties B.V., die 50% van de aandelen houdt in Trevvel. De andere 50% van de aandelen in Trevvel wordt gehouden door ZCN, die als enig aandeelhouder Cetorhinus Maximus B.V. heeft.

3.2.19. [persoon A] en [persoon D] (hierna: [persoon D]) zijn beiden niet-uitvoerend bestuurder van Trevvel.

3.2.20. [persoon D] is ook niet-uitvoerend bestuurder van Cetorhinus Maximus B.V. en be-

stuurder van de enig aandeelhouder van Cetorhinus Maximus B.V. en Mytillus B.V.

3.2.21. [persoon D] is ook commissaris van Transvision, de vennootschap waarin Cetorhinus Maximus 50% van de aandelen houdt. De andere 50% van de aandelen wordt gehouden door Rotterdamse Mobiliteit Central B.V., die ook 50% van de aandelen houdt in [YYY]. Bestuurder van Rotterdamse Mobiliteit Centrale B.V. (en daarmee indirect bestuurder van [YYY]) is [persoon E], die tot 5 maart 2019 bestuurder was van Transvision.

3.2.22. Trevvel, ZCN en de (indirect) aandeelhouders van ZCN zijn gevestigd op hetzelfde adres in Rotterdam.

De procedure in eerste aanleg

3.3.1. In eerste aanleg in de hoofdzaak (in kort geding) vorderde Connexxion (primair) de Regio te verbieden uitvoering te geven aan de voorlopige gunningsbeslissing van 11 september 2023 en deze beslissing in te trekken. Ook vorderde Connexxion subsidiair samengevat de aanbestedingsprocedure te staken en gestaakt te houden, althans de Regio te gebieden de inschrijvingen van [---], Trevvel, ZCN en/of [YYY] uit te sluiten en de opdracht voorlopig te gunnen aan Connexxion, althans hun inschrijvingen en deze ondernemingen en hun bestuurders en aandeelhouders en commissarissen te onderzoeken om vast te stellen of die inschrijvingen autonoom en onafhankelijk van elkaar tot stand zijn gekomen dan wel de schijn uit te sluiten dat dit niet zo is, en Connexxion daarover te informeren en in de gelegenheid te stellen binnen 20 dagen daartegen bezwaar te maken met een kort gedingprocedure (meer subsidiair), althans, een andere maatregel in goede justitie te treffen (uiterst subsidiair). In alle gevallen vermeerderd met kosten en onder verbeurte van een dwangsom.

3.3.2. [---] heeft in de hoofdzaak gemotiveerd verweer gevoerd. Dat verweer zal, voor zover in hoger beroep van belang, hierna aan de orde komen.

3.3.3. [XXX], [---] Trevvel en [YYY] hebben in eerste aanleg bij incident gevorderd te mogen tussenkomen. De Regio heeft verweer gevoerd tegen de interventie van [XXX]. Connexxion en de Regio hadden ten aanzien van de overige interventies geen bezwaar aangetekend.

[XXX] heeft in de hoofdzaak gevorderd de Regio te gebieden de aanbesteding in te trekken en een

heraanbesteding te organiseren. Subsidiair vorderde [XXX] de Regio te verbieden uitvoering te geven aan de voorlopige gunningsbeslissing, deze in te trekken en de Regio te gebieden [---], Trevvel, ZCN, [YYY] en Transvision van deelname aan de aanbesteding uit te sluiten en de overige inschrijvingen te beoordelen alvorens een nieuwe voorlopige gunningsbeslissing te nemen, althans hun inschrijvingen en deze ondernemingen en hun bestuurders en aandeelhouders en commissarissen te onderzoeken om vast te stellen of die inschrijvingen autonoom en onafhankelijk van elkaar tot stand zijn gekomen dan wel de schijn uit te sluiten dat dit niet zo is, en Connexxion daarover te informeren en in de gelegenheid te stellen binnen 20 dagen daartegen bezwaar te maken met een kort gedingprocedure.

[---] heeft in de hoofdzaak samengevat geconcludeerd tot afwijzing van de vorderingen van Connexxion en voorwaardelijk gevorderd de Regio te gebieden de gunningsbeslissing te handhaven en hieraan uitvoering te geven.

Trevvel heeft in de hoofdzaak samengevat geconcludeerd tot afwijzing van de vorderingen van Connexxion voor zover ze Trevvel betreffen en gevorderd de Regio te verbieden om de inschrijving van Trevvel als ongeldig terzijde te leggen.

[YYY] heeft in de hoofdzaak gevorderd de Regio te gebieden de aanbesteding in te trekken en een heraanbesteding te organiseren en de Regio te verbieden de inschrijving van [YYY] als ongeldig aan te merken of [YYY] uit te sluiten.

3.3.4. De voorzieningenrechter heeft [XXX], [---], Trevvel en [YYY] toegestaan om in de hoofdzaak tussen te komen en de proceskosten tussen partijen in het incident gecompenseerd. In de hoofdzaak heeft de voorzieningenrechter de Regio verboden uitvoering te geven aan de voorlopige gunningsbeslissing van 11 september 2023 en de Regio geboden deze in te trekken en ingetrokken te houden en de aanbestedingsprocedure te staken en gestaakt te houden. In de hoofdzaak is de Regio veroordeeld in de proceskosten aan de zijde van Connexxion en de proceskosten tussen de overige partijen zijn gecompenseerd.

Daartoe oordeelde de voorzieningenrechter samengevat dat de vaststelling of inschrijvers aan elkaar verbonden zijn tot de procedurele voorwaarden behoort en dat paragrafen 4.6. en 4.7 van het Beschrijvend Document bepalen dat eerst moet worden beoordeeld of aan de procedurele voorwaarden is voldaan voordat aan een kwalita-

tieve toetsing kan worden toegekomen. De Regio had de antwoorden op de verduidelijkingsvragen moeten afwachten alvorens de kwalitatieve beoordeling uit te voeren en heeft onvoldoende aangevoerd om te kunnen toetsen of dat niet van invloed is geweest op de kwalitatieve beoordeling. Het evenredigheidsbeginsel vereist dat de Regio de feiten onderzoekt en beoordeelt om te bepalen of de banden tussen [---], Trevvel, ZCN, Transvision en [YYY] de inhoud van de inschrijvingen concreet hebben beïnvloed en de Regio heeft onvoldoende inzicht gegeven in het verrichte onderzoek om dit te kunnen verifiëren.

Met dit alles is in strijd gehandeld met het transparantie- en het gelijkheidsbeginsel, aldus de voorzieningenrechter.

De procedure in hoger beroep

In principaal hoger beroep

3.4.1. De Regio heeft in het principaal hoger beroep geconcludeerd tot vernietiging van het bestreden vonnis en hoofdelijke veroordeling van [XXX], Connexxion en [YYY] in de proceskosten, te vermeerderen met wettelijke rente. In combinatie met grief 1 (gericht tegen de toewijzing van de incidentele vorderingen van [XXX] en [YYY]) en onderdeel 99 van de appeldagvaarding (gericht tegen het oordeel dat de vorderingen van Connexxion worden toegewezen en de Regio in de proceskosten wordt veroordeeld), begrijpt het hof dat de vorderingen van [XXX] en [YYY] in het incident tot tussenkomst en de vorderingen van Connexxion in de hoofdzaak volgens de Regio alsnog dienen te worden afgewezen.

[XXX], Connexxion en [YYY] hebben in het principaal hoger beroep geconcludeerd tot ongegrondverklaring van het hoger beroep, althans tot bekrachtiging van het bestreden vonnis met veroordeling van de Regio in de proceskosten.

[---] heeft de standpunten van de Regio onderschreven, geconcludeerd tot vernietiging en (conform haar spoedappeldagvaarding in de procedure met kenmerk 200.337.088/01) samengevat gevorderd om opnieuw rechtdoende de Regio te gebieden de opdracht te gunnen op basis van de gunningsbeslissing van 11 september 2023, althans de procedure voort te zetten en af te ronden vanaf het moment van verzending daarvan zonder daarbij een nieuwe standstill en vervaltermijn te hanteren en de Regio te gebieden de intrekingsbeslissing van 22 december 2023 in te trek-

ken en hiermee de gunningsbeslissing van 11 september 2023 te doen herleven met veroordeling van Connexxion, de Regio, [XXX], Trevvel en [YYY] in de proceskosten in beide instanties met nakosten en te vermeerderen met rente.

Trevvel schaart zich in het principaal hoger beroep achter het standpunt van de Regio dat de tussenkomst van [XXX] had moeten worden afgewezen (grief 1) en refereert zich voor het overige aan het oordeel van het hof.

In incidenteel hoger beroep

3.4.2. Trevvel heeft in incidenteel hoger beroep gevorderd het vonnis van de voorzieningenrechter te vernietigen voor zover het het incident van [XXX] betreft en [XXX] alsnog niet-ontvankelijk te verklaren, althans haar vorderingen af te wijzen.

De Regio onderschrijft het standpunt van Trevvel en heeft geconcludeerd tot gegrondverklaring van het incidenteel hoger beroep.

Het hof oordeel als volgt. Het incidenteel hoger beroep betreft de beslissing van de voorzieningenrechter om [XXX] toe te laten als tussenkomende partij. Dit betreft dus een verzoek tot tussenkomst van [XXX] in de procedure tussen Connexxion en de Regio. Trevvel, in haar hoedanigheid van zelfstandig tussenkomende partij, kan tegen dit toegewezen verzoek niet opkomen in de door de Regio tegen Trevvel aangespannen hoger beroepsprocedure. Los daarvan is het instellen van incidenteel hoger beroep tegen een mede-geïntimeerde in principaal hoger beroep niet mogelijk.

Het hof zal Trevvel daarom niet-ontvankelijk verklaren in haar incidenteel hoger beroep en veroordelen in de proceskosten van de Regio in incidenteel hoger beroep.

3.4.3. Het spoedeisend belang bij de vorderingen in dit kort geding vloeit voort uit de aard van de zaak. Het hof zal eerst de grieven rond de tussenkomst van [XXX] en [YYY] beoordelen.

Tussenkomst [XXX] en [YYY] – grief 1 in principaal hoger beroep

3.4.4. Bij beantwoording van de vraag of voor de inschrijvers een contractuele vervaltermijn geldt voor het opkomen tegen een voorlopige gunningsbeslissing zoals de Regio heeft aangevoerd, stelt het hof het volgende voorop. De beginselen van gelijke behandeling en transparantie brengen mee dat de aanbestedingsstukken naar hun objectieve betekenis moeten worden uitgelegd. Op die

manier kunnen alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de aanbestedingsstukken op dezelfde wijze begrijpen. Bij deze uitleg komt het aan op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen van de aanbestedingsstukken, gelezen in het licht van de gehele tekst van de aanbestedingsstukken. Indien de tekst daarvan op zichzelf ruimte laat voor verschillende interpretaties, moet ook worden gelet op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe die verschillende, op zichzelf mogelijke interpretaties van de aanbestedingsstukken zouden leiden.

3.4.5. In het Beschrijvend Document staat in hoofdstuk 4.8 (gunning van de opdracht) onder meer:

“Vanaf het bekendmaken van de gunningsbeslissing start de opschortende termijn (bezwaartermijn) van 20 dagen waarin Aanbestedende dienst nog niet tot ondertekening van een Overeenkomst zal overgaan. Afgewezen en/of uitgesloten Inschrijvers kunnen bezwaar maken tegen de gunningsbeslissing en/of de uitsluiting. Zij dienen een civiel kort geding aanhangig te maken voor het verstrijken van deze opschortende termijn. Deze termijn is tevens een fatale termijn. De fatale termijn loopt te allen tijde samen met (en volgt) de opschortende termijn.

(...)

Indien gedurende de voornoemde termijn een kort geding wordt aangespannen met betrekking tot de gunningsbeslissing, wordt er in ieder geval niet eerder een overeenkomst gesloten, dan nadat de rechter een vonnis in eerste aanleg heeft gewezen.

Indien tijdig een kort geding wordt aangespannen en de vorderingen van de eisende partij worden afgewezen, dan staat het de Aanbestedende dienst vrij om over te gaan tot definitieve gunning van de opdracht en voorts tot sluiting van de Overeenkomst over te gaan.

Indien niet-tijdig een gerechtelijke procedure wordt aangespannen, dan staat het de Aanbestedende dienst vrij om over te gaan tot definitieve gunning van de Opdracht en voorts tot sluiting van de Overeenkomst over te gaan. Inschrijver kan in dat geval geen aanspraak maken op enigerlei schadevergoeding.”

Naar objectieve maatstaven staat hier dat de aanbestedende dienst gedurende 20 dagen na bekendmaken van de gunningsbeslissing geen overeenkomst sluit, dat deze termijn van 20 dagen een fatale termijn is en dat de opschortende termijn

wordt verlengd indien binnen 20 dagen een kort geding is aangespannen. Er staat verder dat het de aanbestedende dienst vrij staat om een overeenkomst te sluiten na 20 dagen en dat het recht op schadevergoeding is uitgesloten indien een inschrijver pas na 20 dagen een kort geding aanspant en de overeenkomst al is gesloten.

Er staat weliswaar ook dat bezwaar wordt gemaakt door een civiel kort geding aanhangig te maken voor het verstrijken van de opschortende termijn en dat dit een fatale termijn is, maar daar staat niet bij dat het recht om op te komen tegen de gunningsbeslissing daarna is vervallen. Het woord vervaltermijn staat niet opgenomen in de stukken en ook niet dat een inschrijver het vorderingsrecht om op te komen tegen de gunningsbeslissing verliest indien de inschrijver niet binnen 20 dagen een kort geding aanspant. Het verstrekkende karakter van een vervaltermijn in een aanbesteding brengt mee dat aan een dergelijk beding de eis mag worden gesteld dat daaruit in niet mis te verstane bewoordingen blijkt dat de termijn in kwestie een vervaltermijn is in die zin dat vorderingen met betrekking tot de gunningsbeslissing na afloop van de termijn komen te vervallen. Daaraan is in dit geval niet voldaan. Daarmee is in het Beschrijvend Document geen verval van recht opgenomen om ook na 20 dagen nog op te komen tegen de gunningbeslissing.

3.4.6. Bij bekendmaking van de voorlopige gunningsbeslissing heeft de Regio in de begeleidende brief aan [YYY] en [XXX] alsnog verwezen naar de bezwaartermijn van 20 dagen als zijnde een “vervaltermijn”. Zoals hiervoor overwogen is dat vooraf niet overeengekomen en van [XXX] en [YYY] hoeft niet te worden verwacht dat zij daarmee achteraf alsnog akkoord gaan. Dat zij daarmee alsnog akkoord zijn gegaan, is ook niet gesteld.

Of en in hoeverre de vorderingen van [XXX] en [YYY] al dan niet verder gaan dan de vorderingen van Connexion, of zij daarom al dan niet ‘meelifen’ op het door Connexion binnen de 20 dagen gestarte kort geding en in hoeverre hun vorderingen zelfstandig zijn, kan daarmee in het midden blijven.

3.4.7. Los van het voorgaande vormen de vordering van [YYY] om haar inschrijving niet ongeldig te verklaren en de vordering van [XXX] om na uitsluiting van deelname van [---], Trevvel, ZCN en [YYY], de overige inschrijvingen te beoordelen alvorens een nieuwe voorlopige gunningsbe-

slissing te nemen, een reactie op de vordering van Connexxion om de inschrijvingen van [---], Trevel, ZCN en [YYY] ongeldig te verklaren en vervolgens de opdracht (zonder herbeoordeling) aan Connexxion te gunnen. Zij kunnen van deze vorderingen nadelige gevolgen ondervinden en hebben daarmee een belang in de zin van artikel 217 Rv (zie bijvoorbeeld HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:768, rov. 4.1.2). Van meeliften is ook in die zin geen sprake. Dat de eisen van een goede procesorde in de weg staan aan deze tussenkomst is niet (voldoende) gesteld.

De uitleg van (het antwoord op) vraag 9 uit de Nota van Inlichtingen van 26 april 2023 binnen de context van de aanbestedingsstukken, waaronder 4.3.2. van het Beschrijvend Document – grieven 2, 3 en 4 in principaal hoger beroep.

3.5.1. In onderdeel 4.3 van het Beschrijvend Document (Uniform Europees Aanbestedingsdocument en mogelijkheden voor Inschrijving) staat bij het onderdeel “Inschrijving in combinatie” in 4.3.2. onder meer dat ondernemingen die geacht worden te behoren tot hetzelfde concern (in de zin van artikel 2:24a en 24b BW) en betrokken zijn bij meer dan één inschrijving aan dienen te tonen dat ze onafhankelijk van elkaar hun inschrijving opstellen en dat de inschrijving niet tot stand zal komen onder invloed van een overeenkomst, besluit of gedragingen in strijd met het Nederlandse of Europese mededingingsrecht. Verder staat er dat de inschrijving ongeldig is en inschrijvers worden uitgesloten van verdere deelname aan de Aanbestedingsprocedure als ze zich daar niet aan houden.

Vervolgens heeft een gegadigde de volgende vraag gesteld:

“Kunt u bevestigen dat een natuurlijke persoon die (uitvoerend of niet uitvoerend) bestuurder/directeur, commissaris en/of aandeelhouder is van meerdere entiteiten (die niet kunnen worden aangemerkt als verbonden ondernemingen), met die verschillende entiteiten wel (dus meermaals) mag inschrijven (met de verschillende entiteiten) zonder bevraagd te worden of de betreffende inschrijvingen zelfstandig tot stand zijn gekomen?”

Het onderwerp bij deze vraag luidt: “Aanbestedingsleidraad 4.3.2

Mogelijkheden voor inschrijving.”

Het antwoord op de vraag luidt:

“Nee, dit kan de Aanbestedende dienst niet bevestigen. Ook in dat geval zal u moeten onderbouwen dat en waarom de inschrijvingen volledig auto-

noom en onafhankelijk van elkaar tot stand zijn gekomen.”

3.5.2. Volgens Connexxion is met dit antwoord de voorwaarde uit onderdeel 4.3.2. van het Beschrijvend Document dat inschrijvers die tot hetzelfde concern behoren dienen aan te tonen dat ze onafhankelijk van elkaar hun inschrijving opstellen en dat de inschrijving niet tot stand zal komen in strijd met het mededingingsrecht, uitgebreid tot inschrijvers waarbij een natuurlijke persoon bestuurder/directeur, commissaris en/of aandeelhouder is van meerdere entiteiten die inschrijven maar die niet tot hetzelfde concern (als bedoeld in artikel 2:24a en 24b BW) behoren.

Deze inschrijvers dienen in hun inschrijving (en dus actief) aan te tonen dat aan deze minimumeis is voldaan en dus dat - kort gezegd - afstemming rond de inschrijving niet kan plaatsvinden. Bovendien dient te worden getoetst aan deze voorwaarde voordat de kwalitatieve beoordeling plaatsvindt, aldus Connexxion en [YYY].

Volgens de Regio betreft het antwoord op vraag 9 slechts de bevestiging dat verbonden ondernemingen die niet tot hetzelfde concern behoren, moeten voldoen aan de mededingingsregels en kunnen worden uitgesloten op grond van een ernstige fout waardoor de integriteit in twijfel kan worden getrokken wegens overtreding van de mededingingsregels (een facultatieve uitsluitingsgrond in de zin van 2.87 Aw 2012).

Volgens de Regio en [---] blijkt uit de bewoordingen van vraag 9 en het antwoord daarop dat inschrijvers pas informatie hoeven te verstrekken over ingediende inschrijvingen als ze op dit punt “bevraagd” worden en dient de aanbestedende dienst te toetsen. Inschrijvers kunnen immers niets over inschrijvingen van andere inschrijvers verklaren omdat ze niet weten wie er inschrijft en hun inschrijvingen niet kennen. Inschrijvers hebben het Beschrijvend Document volgens de Regio en [---] niet zo kunnen en hoeven lezen dat concurrerende inschrijvingen die (mogelijk) niet ‘autonoom en zelfstandig’ zouden zijn opgesteld, niet kwalitatief beoordeeld zouden worden, maar direct worden uitgesloten. Dat kan immers niet omdat de kwalitatieve en prijs beoordeling nodig zijn om te kunnen vaststellen of concurrerende inschrijvingen (mogelijk) niet ‘autonoom en zelfstandig’ zijn opgesteld.

3.5.3. Het hof zal eerst ingaan op het juridisch kader rond collusie bij aanbestedingen in geval

van verbonden inschrijvers dan wel andere verbanden tussen inschrijvers.

Het zogenaamd kartelverbod uit artikel 101 VWEU is in beginsel niet van toepassing op ondernemingen die tot hetzelfde concern behoren (moeders en dochters die een economische eenheid vormen waarin de moeder volledige zeggenschap heeft als bedoeld in artikel 2:24a en 2:24b BW). Mede in dat verband kan bij aanbestedingen als facultatieve uitsluitingsgrond worden opgenomen dat de aanbestedende dienst over voldoende plausible aanwijzingen beschikt om te concluderen dat de inschrijver of gegadigde met andere ondernemers overeenkomsten heeft gesloten die gericht zijn op vervalsing van de mededinging, zie artikel 3.65 lid 3 juncto artikel 2.87 lid 1 onder d Aanbestedingswet 2012, afkomstig uit artikel 80 lid 1 van richtlijn 2014/25 juncto artikel 57 van richtlijn 2014/24 lid 4 onder d. In Europese jurisprudentie is onder meer bepaald dat aanbestedende diensten verschillende inschrijvingen van een onderneming en verbonden ondernemingen niet mogen verbieden. Een dergelijke automatische uitsluiting, die berust op een onweerlegbaar vermoeden van onderlinge beïnvloeding bij de respectieve inschrijvingen voor dezelfde opdracht van ondernemingen waartussen een zeggenschapsverhouding bestaat of die in een vereniging zijn verbonden, waardoor deze gegadigden of inschrijvers niet kunnen aantonen dat hun inschrijvingen onafhankelijk van elkaar tot stand zijn gekomen, is in strijd met het belang dat de Unie erbij heeft om ervoor te zorgen dat zoveel mogelijk ondernemingen inschrijven op een aanbesteding (zie het arrest van 8 februari 2018, *Lloyd's of London*, C-144/17, ECLI:EU:C:2018:78, punten 35 en 36 en aldaar aangehaalde rechtspraak en het arrest van 8 december 2022, C-769/21, ECLI:EU:C:2022:973, *Baltic Insurance Company*).

Wel moeten dergelijke inschrijvingen apart, op zelfstandige basis en onafhankelijk van elkaar zijn ingediend. Het evenredigheidsbeginsel vereist dat de aanbestedende dienst de feiten onderzoekt en beoordeelt om te bepalen of de verhouding tussen twee entiteiten de inhoud van de inschrijvingen die in het kader van een en dezelfde openbare aanbestedingsprocedure zijn ingediend, concreet heeft beïnvloed en dat de vaststelling van een dergelijke invloed in welke vorm ook volstaat om die ondernemingen van de procedure uit te sluiten (zie de arresten van 19 mei 2009, *Assitur*, C

538/07, ECLI:EU:C:2009:317, punt 32, en 8 februari 2018, *Lloyd's of London*, C 144/17, ECLI:EU:C:2018:78, punt 38 en 15 september 2022, C-416/21, ECLI:EU:C:2022:689, *K. Reisen*, punt 60).

Ook wanneer de inschrijvingen afkomstig zijn van anderszins verbonden inschrijvers volstaat voor uitsluiting de vaststelling dat de banden tussen de inschrijvers de inhoud van hun in dezelfde procedure ingediende inschrijvingen hebben beïnvloed (zie het arrest van 17 mei 2018, *Siauliu*, C 531/16, ECLI:EU:C:2018:324, punt 38).

Voor de volledigheid merkt het hof op dat het kartelverbod ook geldt voor inschrijvers zonder verbanden en dat die ook bevraagd moeten worden indien er concrete aanwijzingen zijn voor collusie. In dat geval kan de inschrijver worden uitgesloten op grond van de facultatieve uitsluitingsgrond in artikel 3.65 lid 3 juncto artikel 2.87 lid 1 onder c Aanbestedingswet 2012, afkomstig uit artikel 80 lid 1 van richtlijn 2014/25 juncto artikel 57 van richtlijn 2014/24 lid 4 onder c (een ernstige fout waardoor de integriteit in twijfel kan worden getrokken wegens overtreding van de mededingingsregels).

3.5.4. De Europese Commissie heeft in een Mededeling van 18 maart 2021 (2021/C 91/01) richtsnoeren gegeven voor de toepassing van deze facultatieve uitsluitingsgrond ter bestrijding van collusie. In paragraaf 5.3 is toegelicht dat de richtlijnen niet nader aangeven wat zou kunnen worden beschouwd als “voldoende plausible aanwijzingen” op grond waarvan een aanbestedende dienst een ondernemer zou kunnen uitsluiten op basis van verdenking van collusie, dat dit aan de aanbestedende dienst is om zelfstandig te beoordelen en dat hij daarbij beschikt over een ruime beoordelingsmarge. In paragraaf 5.4 is toegelicht dat de aanbestedende dienst alle feiten mag beoordelen waarvan hij kennis heeft en die twijfels kunnen doen rijzen over de betrouwbaarheid van die inschrijver als potentiële toekomstige aannemer. Als voorbeelden van een mogelijke plausible aanwijzing worden in de Mededeling genoemd:

- een inschrijver heeft reeds een onderaannemingscontract gesloten met een andere inschrijver in dezelfde procedure;
- een inschrijver heeft het materiaal dat nodig is voor de uitvoering van de betrokken specifieke opdracht reeds geruime tijd voordat de beoordeling van de inschrijvingen wordt afgesloten, besteld;

- het algemene marktgedrag van de inschrijvers die aan de procedure deelnemen (bijvoorbeeld inschrijvers die nooit in dezelfde gunningsprocedure inschrijven of inschrijvers die alleen in bepaalde regio's inschrijven of inschrijvers die bij toerbeurt aan gunningsprocedures lijken deel te nemen);
- de tekst van de inschrijvingen (bijvoorbeeld dezelfde tikfouten of zinnen in verschillende inschrijvingen of per vergissing ingelaste opmerkingen in de tekst van de inschrijving die wijzen op collusie tussen inschrijvers);
- de in de gunningsprocedure geboden prijzen (bijvoorbeeld inschrijvers die een hogere prijs bieden dan in eerdere soortgelijke procedures of die buitensporig hoge of lage prijzen bieden);
- administratieve details (bijvoorbeeld inschrijvingen ingediend door dezelfde zakelijke vertegenwoordiger).

In paragraaf 5.5. staat vermeld dat de aanbestedende dienst de betrokken ondernemers in staat stelt aan te tonen, met de bewijzen die zij geschikt achten, dat hun inschrijvingen werkelijk onafhankelijk zijn, de transparantie niet in gevaar brengen en de mededinging bij de gunningsprocedure niet verstoren wanneer de aanbestedende dienst vermoedt dat inschrijvingen van verbonden inschrijvers worden gecoördineerd. Daarbij worden als voorbeeld feiten genoemd die aantonen dat de inschrijvingen onafhankelijk van elkaar zijn opgesteld, of dat verschillende personen bij de voorbereiding ervan betrokken zijn geweest.

3.5.5. Het hof legt vraag 9 uit de Nota van inlichtingen en het antwoord daarop met inachtneming van de in rov. 3.4.4. gegeven maatstaf als volgt uit. De voorwaarde in paragraaf 4.3.2. van het Beschrijvend Document dat inschrijvers aan dienen te tonen dat ze onafhankelijk van elkaar hun inschrijving opstellen en dat de inschrijving niet tot stand zal komen in strijd met het mededingingsrecht, ziet op ondernemingen die tot hetzelfde concern (in de zin van artikel 2:24a en 2:24b BW) behoren. Dat bij [---], Trevvel en [YYY] geen sprake is van ondernemingen die behoren tot hetzelfde concern is niet in geschil tussen partijen. [---], Trevvel en [YYY] hebben dus niet hoeven begrijpen dat zij hierop uit eigener beweging in moesten gaan in hun inschrijvingen.

De gestelde vraag 9 heeft gezien de bewoordingen ervan betrekking op de situatie dat de inschrijvers “bevraagd worden” of de betreffende inschrijvin-

gen zelfstandig tot stand zijn gekomen. Niet in geschil is dat er in het Uniform Europees Aanbestedingsdocument geen vraag is opgenomen over de situatie als bedoeld in vraag 9 (is sprake van twee of meer inschrijvers die dezelfde natuurlijke persoon als bestuurder/directeur, commissaris en/of aandeelhouder hebben). Inschrijvers die verbonden zijn door zo'n natuurlijke persoon hoeven ook niet op de hoogte te zijn van het feit dat een gelieerde onderneming inschrijft op dezelfde aanbesteding. Inschrijvers hebben uit vraag 9 en het antwoord daarop niet hoeven opmaken dat dit anders zou zijn en dat zij ook zonder bevraagd te worden (uit eigen beweging) in de inschrijving melding moeten maken van andere vennootschappen die dezelfde natuurlijke persoon als bestuurder/directeur, commissaris en/of aandeelhouder hebben en die mogelijk ook inschrijven en dat in dat kader geen afstemming van de inschrijving heeft kunnen plaatsvinden. Inschrijvers hebben de gestelde vraag en het antwoord daarop zo moeten begrijpen dat zij desgevraagd, dus indien na de inschrijving vragen worden gesteld vanuit de aanbestedende dienst (omdat na sluiting van de inschrijvingstermijn is gebleken dat er meerdere ondernemingen hebben ingeschreven die banden met elkaar hebben), moeten onderbouwen dat en waarom de inschrijvingen volledig autonoom en onafhankelijk van elkaar tot stand zijn gekomen.

Dat betekent dat inschrijvingen in deze aanbestedingsprocedure niet ongeldig kunnen worden verklaard omdat in die inschrijvingen niet is ingegaan op verbanden met mogelijke andere inschrijvers.

3.5.6. Nadat de Regio het proces-verbaal van opening had gedeeld met de inschrijvers, hebben [XXX] en Connexion gewezen op verbanden tussen [---], Trevvel, ZCN, [YYY] en Transvision. Automatisch uitsluiten op grond van het bestaan van verbanden tussen inschrijvers gaat gezien de hiervoor in rov. 3.5.3. aangehaalde jurisprudentie te ver. Van uitsluiting kan pas sprake zijn indien de aanbestedende dienst over voldoende plausible aanwijzingen beschikt om te concluderen dat de inschrijver of gegadigde met andere ondernemers overeenkomsten heeft gesloten die gericht zijn op vervalsing van de mededinging en inschrijvers de mogelijkheid hebben gehad om aan te tonen dat hun inschrijvingen werkelijk onafhankelijk zijn. Tot dat dat moment dienen de inschrijvingen geldig te worden beschouwd en

kunnen ze niet terzijde worden gelegd. Het hof verwijst in dit kader naar het eerder aangehaalde arrest van het HvJEU van 17 mei 2018 (Siauliu, C 531/16, ECLI:EU:C:2018:324, punt 25):

“Bovendien moet worden verduidelijkt dat, bij gebreke van een verplichting voor de inschrijvers om de aanbestedende dienst op de hoogte te brengen van hun eventuele banden met andere inschrijvers, de aanbestedende dienst gedurende de gehele procedure de inschrijving van de betrokken inschrijver moet behandelen als een regelmatige inschrijving die in overeenstemming is met richtlijn 2004/18, aangezien er geen aanwijzingen zijn dat door verbonden inschrijvers ingediende inschrijvingen gecoördineerd of onderling afgestemd zijn.”

De Regio heeft naar aanleiding van de gestelde verbanden eerst met behulp van openbare bronnen, waaronder het Handelsregister, een eigen onderzoek uitgevoerd naar de gestelde verbanden en vervolgens aan meerdere inschrijvers verduidelijkingsvragen gesteld over de ingediende inschrijvingen om te onderzoeken of de inschrijvingen zelfstandig (volledig autonoom) en onafhankelijk tot stand zijn gekomen. Tot slot heeft de Regio de inschrijvingen zelf onderworpen aan een onderzoek naar mogelijke afstemming. Eerst heeft het beoordelingsteam dat onderzoek uitgevoerd tegelijk met de kwalitatieve beoordeling. Nadat de kwalitatieve beoordeling was afgerond zijn, de prijzen beoordeeld en onderworpen aan een onderzoek naar collusie.

3.5.7. Het hof is voorshands van oordeel dat noch uit de wet, noch uit het Beschrijvend Document volgt dat de geldigheid van de inschrijvingen op mogelijk collusie moeten worden beoordeeld voordat de inschrijvingen inhoudelijk mogen worden bekeken. De procedurele stappen van de openbare procedure staan opgesomd in artikel 2.26 Aanbestedingswet 2012. In de Memorie van Toelichting behorende bij dit artikel (TK, vergaderjaar 2009-2010, 32440 nr. 3, p. 63), staat dat de verschillende stappen in de procedure elkaar kunnen overlappen en dat het mogelijk is dat bepaalde stappen plaatsvinden op een ander moment in de procedure.

Weliswaar staat in het Beschrijvend Document dat de inschrijving eerst wordt getoetst op procedurele voorwaarden en compleetheid (paragraaf 4.6) en dat beoordeling van de inschrijving plaatsvindt als een inschrijving voldoet aan de procedurele voorwaarden en compleetheid, er geen uitsluitingsgronden van toepassing zijn en de

inschrijving voldoet aan de minimumeisen (paragraaf 4.7), maar dat deze volgorde in alle gevallen dwingend is voorgeschreven staat er niet en zou bovendien praktisch onuitvoerbaar zijn voor de toets op collusie. Zoals hiervoor overwogen, kan een inschrijving niet ongeldig worden verklaard enkel vanwege het bestaan van verbanden met andere inschrijvers. Er moeten voldoende plausible aanwijzingen zijn dat “de verhouding tussen twee entiteiten de respectieve inhoud van de ingediende inschrijvingen concreet heeft beïnvloed”. Daartoe dient te worden bekeken of de inschrijvingen van de desbetreffende inschrijvers (wanneer ze met elkaar worden vergeleken) dergelijke aanwijzingen bevatten.

Behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers hebben de aanbestedingsstukken niet zo mogen begrijpen dat de inschrijvingen niet meer in de beoordelingsfase terzijde kunnen worden gelegd wegens plausible aanwijzingen van collusie.

3.5.8. Het hof is tegen die achtergrond voorshands van oordeel dat de Regio het beoordelen van de inschrijvingen op collusie heeft mogen uitvoeren terwijl de antwoorden op de verduidelijkingsvragen nog niet binnen waren. Met die vragen zijn de betreffende inschrijvers in de gelegenheid gesteld om aan te tonen dat hun inschrijving volledig autonoom en onafhankelijk tot stand is gekomen. Met hun antwoorden kunnen de inschrijvers toelichten welke natuurlijke personen vanuit hun bevoegdheden en positie bezien al dan niet in theorie kennis kunnen hebben gehad van andere inschrijvingen en welke personen bij de voorbereiding van de inschrijving daadwerkelijk betrokken zijn geweest. De antwoorden kunnen eventuele plausible aanwijzingen van collusie opleveren, maar ook eventuele aanwijzingen van collusie die naar voren komen uit het onderzoek naar de inschrijvingen door de aanbestedende dienst ontcrachten. Dat de aanbestedende dienst dit geheel van feiten tezamen beoordeelt, althans beide onderzoeken afwacht alvorens een beslissing rond eventuele collusie te nemen, acht het hof zorgvuldig.

De Regio heeft toegelicht dat het onderzoek naar collusie in de verduidelijkingsvragen is uitgevoerd vanuit het inkoopteam dat ook de inschrijfprijzen heeft bekeken en dat het onderzoek naar collusie in de inschrijvingen is uitgevoerd vanuit het beoordelingsteam dat ook de kwaliteit van de inschrijvingen heeft beoordeeld. Voor zover er al

sprake zou zijn van (mogelijke) beïnvloeding van de beoordeling van de kwaliteit en prijs vanwege informatie rond collusie, dan wel van de beoordeling van collusie vanwege informatie rond de kwaliteit en prijs van de inschrijvingen, leidt dat er niet toe dat is gehandeld in strijd met het transparantiebeginsel of het gelijkheidsbeginsel. De aanbestedende dienst wordt geacht dit op professionele wijze te kunnen uitvoeren evenals de andere toetsen die kunnen leiden tot ongeldigheid van de inschrijving in de fase van beoordeling van de inschrijvingen, zoals de toets of de inschrijving al dan niet irreëel, of manipulatief is, of dat voldaan is aan (andere) minimumeisen. Dat het beoordelingsteam ook op dit soort formele aspecten toetst was bij de inschrijvers bekend. In paragraaf 4.7.1. van het Beschrijvend Document staat dat als tijdens de kwalitatieve beoordeling van de inschrijving blijkt dat de inschrijving niet voldoet aan de gestelde minimumeisen, de inschrijving alsnog ongeldig wordt verklaard.

De grieven 2, 3 en 4 in principaal hoger beroep slagen.

De wijze waarop de Regio heeft beoordeeld of is voldaan aan hetgeen is bepaald in onder meer vraag 9 - grief 5 in principaal hoger beroep

3.6.1. Volgens Connexxion heeft de Regio onvoldoende inzicht gegeven in de resultaten van het onderzoek naar collusie en had de Regio daartoe de inschrijvingen en/of de antwoorden op de verduidelijkingsvragen moeten verstrekken.

3.6.2. Het hof stelt voorop dat de aanbestedende dienst zelfstandig dient te beoordelen of er voldoende plausible aanwijzingen zijn om een inschrijver uit te sluiten op basis van verdenking van collusie en daarbij een ruime beoordelingsmarge heeft (zie ook de mededeling van de Europese Commissie in rov. 3.5.4.). Daarbij volstaat in beginsel een terugkoppeling op hoofdlijnen aan andere inschrijvers die hierover vragen hebben gesteld, zoals de aanbestedende dienst ook over andere zaken van andere inschrijvers uit de aanbestedingsprocedure op hoofdlijnen terugkoppelt zonder daarbij inzage te geven in de inschrijvingen of andere documenten van andere inschrijvers.

3.6.3. De Regio heeft teruggekoppeld op drie niveaus onderzoek te hebben gedaan; een eigen onderzoek in openbare bronnen, een onderzoek bij de inschrijvers zelf, die aan de hand van verduidelijkingsvragen konden aantonen dat en waarom de inschrijvingen volledig autonoom en onafhan-

kelijk van elkaar tot stand zijn gekomen en een onderzoek naar de (inhoud van de) inschrijvingen. Het beoordelingsteam heeft het onderzoek van de inschrijvingen op collusie uitgevoerd tegelijk met de kwalitatieve beoordeling. Nadat de kwalitatieve beoordeling was afgerond zijn de prijzen beoordeeld en onderworpen aan een onderzoek naar collusie.

De belangrijkste verbanden tussen inschrijvers betrof de betrokkenheid van de heer [persoon A] (als niet uitvoerend bestuurder en indirect aandeelhouder van Trevvel en indirect bestuurder en indirect aandeelhouder bij [---]) en van de heer [persoon D] (als niet uitvoerend bestuurder bij Trevvel, op de hoogte van de opbouw van de tarieven van Trevvel en als commissaris bij Transvision). Daarover heeft de Regio onder meer teruggekoppeld dat de betreffende inschrijvers hebben onderbouwd dat hun inschrijvingen autonoom en onafhankelijk van elkaar tot stand zijn gekomen. Dat hebben zij gedaan door onder andere toe te lichten dat de betreffende inschrijvers geen toegang hebben tot elkaars ICT-systemen, dat medewerkers gebonden zijn aan geheimhouding, dat sprake is van een fysieke en technische scheiding, dat sprake is van compliance programma's en dat besluitvormingsprocessen ten aanzien van het opstellen en indienen van inschrijvingen uitsluitend binnen de betreffende entiteiten geschiedt zonder dat personen met eventuele personele relaties met andere inschrijvers hierbij betrokken zijn (onderdeel 9 uit de nadere akte van de Regio in eerste aanleg).

3.6.4. Volgens Connexxion zijn er ondanks de door de betreffende inschrijvers genoemde ingebouwde waarborgen verschillende aanwijzingen dat de onderlinge banden tussen de verbonden inschrijvers de inhoud van hun inschrijvingen hebben kunnen beïnvloeden. Zo wijst Connexxion op statutaire bepalingen waaruit volgens haar blijkt dat aandeelhouders op diverse manieren informatie kunnen ontvangen, betrokken kunnen zijn bij het beleid en belangrijke beslissingen moeten goedkeuren en op het feit dat Trevvel, ZCN en de (indirect) aandeelhouders van ZCN hetzelfde kantoorpand delen en bestuurders, commissarissen of aandeelhouders elkaar dus kunnen tegenkomen en informatie kunnen delen. De onderbouwing van Connexxion dat beïnvloeding bij de inschrijvingen vanwege bestaande banden mogelijk heeft kunnen plaatsvinden, vormt geen concrete aanwijzing dat ook daadwer-

kelijk dergelijke afstemming bij de inschrijvingen in de onderhavige aanbestedingsprocedure heeft plaatsgevonden. Connexxion heeft niet toegelicht waarom de Regio niet mocht vertrouwen op de juistheid van de door de betreffende inschrijvers gegeven informatie en afgelegde verklaringen. Anders dan Connexxion betoogt, gaat het vereiste dat inschrijvers moeten onderbouwen dat hun inschrijvingen autonoom en onafhankelijk van elkaar tot stand zijn gekomen niet zo ver dat ze moeten aantonen dat afstemming (ook) niet heeft kunnen plaatsvinden.

3.6.5. [---], Trevvel en [YYY] hebben in deze procedure bovendien een eigen, aanvullende toelichting gegeven waarmee Connexxion extra informatie heeft gekregen. Zo heeft Trevvel onder meer bevestigd dat alle bestuurders een geheimhoudingsverklaring hebben getekend, een bestuursreglement overgelegd waarin staat dat [persoon A] geen rol speelt bij de aanbestedingen en een verklaring van [persoon D] ingebracht dat hij niet betrokken is geweest bij andere aanbestedingen en dus ook niet bij die van Transvision. De uitvoerend bestuurder van Trevvel heeft in reactie op stellingen van Connexxion rond statutaire bepalingen toegelicht dat en waarom de aandeelhouders geen informatie hebben ontvangen over de met deze inschrijving gepaard gaande investeringen en kosten. Trevvel heeft toegelicht een volledig zelfstandige bedrijfsvoering te hebben, met een eigen controlerend accountant, een eigen huurovereenkomst, eigen werknemers, een afgesloten eigen verdieping (volledige derde etage) met eigen koffiecorners en een eigen toegangssysteem, een eigen alarm, eigen beveiligd WIFI netwerk, eigen ICT-systemen en een eigen cloud-omgeving waar alleen voor Trevvel werkzame personen toegang toe hebben.

3.6.6. De Regio heeft daarmee haar aanpak van de door haar uitgevoerde toets op mogelijke collusie voldoende toegelicht. De verplichting om terugkoppeling te geven op grond van het transparantiebeginsel gaat niet zo ver dat andere inschrijvers zelf moeten kunnen controleren of de toets juist heeft plaatsgevonden en/of dat de inschrijvingen of andere stukken van de inschrijvers dienen te worden overlegd. Indien er concrete aanwijzingen zijn dat daadwerkelijk afstemming heeft plaatsgevonden, dan dient in de toetsing daarvan inzicht te worden gegeven. Over het onderzoek naar de aanwijzingen rond verbanden tussen bepaalde inschrijvers heeft de Regio voldoende gemoti-

veerd teruggekoppeld dat inschrijvers hebben onderbouwd dat hun inschrijvingen autonoom en onafhankelijk van elkaar tot stand zijn gekomen. Aanwijzingen dat die verbanden de respectieve inhoud van de ingediende inschrijvingen concreet hebben beïnvloed, zijn niet aangevoerd en heeft de Regio ook niet gevonden bij de beoordeling van de inschrijvingen zelf, zodat daarover ook niets kan worden teruggekoppeld.

Het hof is daarom voorshands van oordeel dat het onderzoek naar collusie voldoende zorgvuldig heeft plaatsgevonden en dat daarover voldoende terugkoppeling is gegeven. Grief 5 in principaal hoger beroep slaagt.

Slotsom

3.7.1. Grief 1 in principaal hoger beroep slaagt niet zodat het hof het vonnis van de voorzieningenrechter zal bekrachtigen voor zover het de incidenten betreft.

3.7.2. De grieven 2 tot en met 5 in principaal hoger beroep slagen. Dat betekent dat het hof het vonnis van de voorzieningenrechter in de hoofdzaak zal vernietigen en opnieuw rechtdoende de vorderingen van Connexxion alsnog zal afwijzen. Nu ook de vordering van Connexxion om de Regio te gebieden om de inschrijvingen van onder meer Trevvel en [YYY] als ongeldig terzijde te leggen, wordt afgewezen, ziet het hof geen aanleiding om daarnaast nog een verbod in het dictum op te nemen om de inschrijvingen van Trevvel en [YYY] als ongeldig terzijde te leggen. Dit verbod volgt voldoende uit de afwijzing van het gebod.

Grief 6 in principaal hoger beroep is gericht tegen de conclusie van de voorzieningenrechter en slaagt daarmee ook.

3.7.3. Of de opdracht wordt gegund op basis van de gunningsbeslissing van 11 september 2023 of dat de intrekkingbeslissing van 22 december 2023 wordt ingetrokken en daarmee de gunningsbeslissing van 11 september 2023 herleeft, kan alleen de Regio bepalen zodat het hof daarover - anders dan gevorderd door [---] - in het dictum niets opneemt. Uit de stellingen van de Regio blijkt dat zij conform de gunningsbeslissing van 11 september 2023 wil en kan gunnen. Van die beslissing constateert het hof dat de Alcateltermijn is verstreken, ook voor andere zaken dan in dit kort geding beoordeeld.

Op de zitting in hoger beroep heeft Connexxion nog aangevoerd dat de Regio en [---] geen belang meer hebben bij gunning van de opdracht, omdat

de ingangsdatum met een jaar opschuift en de markt op het gebied van duurzaamheid en energie is gewijzigd en dat de Regio de aanbesteding niet heeft gestaakt (gehouden). Dit zijn nieuwe stellingen, die bij memorie van antwoord hadden kunnen en moeten worden gevoerd. De Regio heeft bezwaar gemaakt tegen deze nieuwe stellingen en Connexxion heeft geen redenen gegeven om in dit geval een uitzondering op die regel te maken. Gelet op de twee conclusie-regel gaat het hof hieraan voorbij.

Ten overvloedige merkt het hof op dat een eventuele wezenlijke wijziging niet tot gevolg heeft dat een nieuwe Alcateltermijn dient te worden gehanteerd. In geval van een wezenlijke wijziging gaat het immers om een andere opdracht die dient te worden aanbesteed. Los daarvan hebben de Regio en [...] op de zitting bevestigd dat de opdracht behoudens de gewijzigde ingangsdatum gelijk blijft en dus ook dat de tarieven gelijk blijven. Dat de markt dusdanig is gewijzigd dat sprake is van een wezenlijke wijziging heeft Connexxion onvoldoende onderbouwd gesteld. Het voorshands oordeel van het hof is dat geen sprake is van een wezenlijke wijziging.

3.7.4. Grief 7 in principaal appel gericht tegen de proceskostenveroordeling in eerste aanleg slaagt. Het hof zal Connexxion als de meest in het ongelijk gestelde partij veroordelen in de proceskosten van de Regio uit de eerste aanleg.

Connexxion, [XXX] en [YYY] zullen als de overwegend in het ongelijk gestelde partijen hoofdelijk worden veroordeeld in de proceskosten van de Regio in principaal hoger beroep. Zoals overwogen in rov. 2.3 maakt het feit dat [XXX] haar positie na afsluiting van de schriftelijke ronde in hoger beroep heeft opgegeven dat niet anders. Het hof ziet in de uitkomst aanleiding de proceskosten in principaal hoger beroep tussen de Regio en [...] en tussen de Regio en Trevvel te compenseren.

3.7.5. De kosten voor de procedure in eerste aanleg aan de zijde van de Regio worden vastgesteld op € 676 aan griffierecht en € 1.079 aan salaris advocaat (2 punten x tarief II).

De kosten voor de procedure in hoger beroep aan de zijde van de Regio worden vastgesteld op € 798 aan griffierecht en € 2.428 aan salaris advocaat (2 punt x tarief II).

3.7.6. Het hof zal Trevvel in incidenteel hoger beroep niet-ontvankelijk verklaren en veroordelen in de proceskosten van de Regio. De kosten voor

de procedure in incidenteel hoger beroep aan de zijde van Regio worden vastgesteld op € 1.214 aan salaris advocaat (2 punten x de helft van tarief II). 3.7.7. Volgens vaste rechtspraak levert een kostenveroordeling ook voor de nakosten een executoriale titel op. Een veroordeling tot betaling van de proceskosten en de wettelijke rente daarover omvat dus een veroordeling tot betaling van de nakosten en de wettelijke rente daarover, met dien verstande dat de wettelijke rente over de nakosten die zijn verbonden aan noodzakelijke betekening van de uitspraak, is verschuldigd vanaf veertien dagen na die betekening. Het hof zal de nakosten en de wettelijke rente daarover niet afzonderlijk in de proceskostenveroordeling vermelden.

4 De uitspraak in kort geding

Het hof:

In principaal hoger beroep

bekrachtigt het vonnis van de voorzieningenrechter in de incidenten;

vernietigt het vonnis van de voorzieningenrechter in de hoofdzaak;

en in zoverre op nieuw rechtdoende:

wijst alle vorderingen af;

veroordeelt Connexxion in de proceskosten van de Regio in eerste aanleg en begroot deze kosten op € 1.755;

veroordeelt Connexxion, [XXX] en [YYY] hoofdelijk in de proceskosten van de Regio in hoger beroep en begroot deze kosten op € 3.226;

compenseert de proceskosten in principaal hoger beroep tussen de Regio en [...] en tussen de Regio en Trevvel;

In incidenteel hoger beroep

verklaart Trevvel niet-ontvankelijk in het incidenteel hoger beroep;

veroordeelt Trevvel in de proceskosten van de Regio in incidenteel hoger beroep en begroot deze kosten op € 1.214;

In principaal en incidenteel hoger beroep

bepaalt dat voornoemde bedragen binnen veertien dagen na de dag van deze uitspraak moeten zijn voldaan, bij gebreke waarvan deze bedragen worden vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW daarover vanaf het einde van voormelde termijn tot aan de dag der voldoening;

verklaart deze veroordelingen tot betaling uitvoerbaar bij voorraad; wijst af het in hoger beroep anders of meer gevorderde.

NOOT

Vervaltermijn voldoende duidelijk geformuleerd?

Aanbestedende diensten zijn op grond van art. 2.127 lid 1 AanbW 2012 verplicht bij aanbestedingen waarop deel 2 van de AanbW 2012 van toepassing zijn, een opschortende termijn in acht te nemen, voordat zij de met de gunningsbeslissing beoogde overeenkomst sluiten.¹ Hierdoor worden afgewezen inschrijvers in staat gesteld de gunningsbeslissing in kort geding aan te vechten, zonder te hoeven vrezen dat de aanbestedende dienst met het sluiten van de met de gunningsbeslissing beoogde overeenkomst een onomkeerbare stap zet. De in art. 2.127 lid 1 AanbW 2012 bedoelde opschortende termijn strekt dus tot bescherming van afgewezen inschrijvers.

Aanbestedende diensten nemen in hun aanbestedingsstukken vaak vervaltermijnen op voor het aanvechten van selectie- en gunningsbeslissingen. Hiermee proberen zij te voorkomen dat die beslissingen langdurig bloot staan aan rechterlijke toetsing. Als een gegadigde of inschrijver na het verstrijken van de vervaltermijn een procedure aanhangig maakt, vervalt namelijk in beginsel het recht om te protesteren en wordt de gegadigde of inschrijver niet-ontvankelijk verklaard, althans zijn vorderingen afgewezen.² Vervaltermijnen strekken dus in de eerste plaats tot bescherming van aanbestedende diensten. Daarnaast bieden zij bescherming aan de belangen van de begunstigde gegadigde(n) en inschrijver(s) van de selectie- of gunningsbeslissing van de aanbestedende dienst.

Met uitzondering van de in art. 4.15 lid 2 AanbW 2012 opgenomen vervaltermijnen voor het instellen van een rechtsvordering tot vernietiging van een overeenkomst op grond van de art. 4.15 lid 1 AanbW 2012, zijn vervaltermijnen niet in de AanbW 2012 geregeld. Aangenomen wordt dat aanbestedende diensten niettemin bevoegd zijn in hun aanbestedingsstukken vervaltermijnen op te nemen. In voorkomend geval heeft een vervaltermijn als contractueel beding te gelden, dat door een verzoek tot deelneming of een inschrijving in te dienen door gegadigden en inschrijvers wordt aanvaard.³

De hierboven opgenomen uitspraak toont aan dat het belangrijk is een vervaltermijn voldoende scherp te formuleren. Voor de volledige beschrijving van de door de betreffende aanbestedende dienst gehanteerde vervaltermijn verwijs ik naar de uitspraak (r.o. 3.5.4). De meest relevante passage luidde:

‘Vanaf het bekendmaken van de gunningsbeslissing start de opschortende termijn (bezwaartermijn) van 20 dagen waarin Aanbestedende dienst nog niet tot ondertekening van een Overeenkomst zal overgaan. Afgewezen en/of uitgesloten Inschrijvers kunnen bezwaar maken tegen de gunningsbeslissing en/of de uitsluiting. Zij dienen een civiel kort geding aanhangig te maken voor het verstrijken van deze opschortende termijn. Deze termijn is tevens een fatale termijn. De fatale termijn loopt te allen tijde samen met (en volgt) de opschortende termijn.’

Dat inschrijvers erop wordt gewezen dat zij voor het verstrijken van de opschortende termijn een kort geding aanhangig moeten maken en dat dit een ‘fatale termijn’ is, acht het Hof Den Bosch onvoldoende om een geldige vervaltermijn aan te nemen. Het Hof lijkt vooral een beschrijving te missen van de gevolgen voor de rechten van de inschrijver, wanneer niet tijdig een kort geding aanhangig wordt gemaakt, namelijk dat dan het recht om tegen de gunningsbeslissing op te komen is vervallen.

Hoewel de bedoeling van de aanbestedende dienst om van de opschortende termijn een vervaltermijn te maken naar mijn inschatting voor de gemiddelde aanbestedingsjurist kenbaar was, kan ik het oordeel van het Hof goed volgen. Het

1 Art. 2.127 lid 4 AanbW 2012 bevat enkele uitzonderingen op deze verplichting.

2 Zie bijv. Vzr. Rb. Den Haag 12 april 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:5098, «JAAN» 2023/118, m. nt. Gelderman & Vermeulen, r.o. 4.31; Vzr. Rb. Den Haag Den Haag 1 februari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:1251; Vzr. Rb. Limburg 2 juni 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:3886.

3 Zie bijv. Vzr. Rb. Limburg 2 juni 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:3886, r.o. 4.8.

Hof wijst terecht op het verstrekkende karakter van een vervaltermijn, dat meebrengt dat aan een dergelijk beding de eis mag worden gesteld dat daaruit in niet mis te verstane bewoordingen blijkt dat de termijn in kwestie een vervaltermijn is in die zin dat vorderingen met betrekking tot de gunningsbeslissing na afloop van de termijn komen te vervallen (r.o. 3.5.4).

Het oordeel van het Hof is ook in lijn met de rechtspraak van het HvJ EU. Op grond van vaste rechtspraak van het HvJ EU mogen nationale vervaltermijnen, met inbegrip van de wijze van toepassing ervan, de uitoefening van de rechten die particulieren in voorkomend geval aan het Unierecht ontnemen, niet in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk maken (het doeltreffendheids- of effectiviteitsbeginsel).⁴ De vereisten van rechtszekerheid verplichten lidstaten bovendien een termijnregeling in te voeren die zo nauwkeurig, duidelijk en voorzienbaar is, dat particulieren hun rechten en plichten kunnen kennen.⁵ Het doeltreffendheidsbeginsel en de vereisten van rechtszekerheid brengen volgens het HvJ EU in het arrest *Commissie/Ierland* mee dat betrokkenen zo duidelijk over de toepasselijkheid van de termijnregeling worden ingelicht dat zij op nuttige wijze een beroep kunnen instellen binnen de voorgeschreven termijnen. Het ontbreken van een dergelijke inlichting kan niet worden gerechtvaardigd door de doelstelling van voortvarendheid van de procedure.⁶ Dit arrest heeft weliswaar betrekking op een wettelijke nationale regeling, die met behulp van een analoge toepassing werd uitgebreid tot tussentijdse besluiten, maar de overwegingen van het HvJ EU zijn door trekken naar de formulering van vervaltermijnen die aanbestedende diensten in hun aan-

bestedingsstukken opnemen. Als een aanbestedende dienst een vervaltermijn wil hanteren voor het aanvechten van een selectie- of gunningsbeslissing, moet voor gegadigden en inschrijvers dus duidelijk zijn (1) binnen welke termijn zij tot actie moeten overgaan en (2) wat de gevolgen zijn, als zij dit nalaten. Dat de rechtspraak van het HvJ EU over wettelijke nationale vervaltermijnen van toepassing is op door aanbestedende diensten in hun aanbestedingsstukken bedongen vervaltermijnen, is al eens uitgemaakt door de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag.⁷

Conclusie en enkele vuistregels voor de praktijk
Vervaltermijnen komen tegemoet aan de behoefte van (vooral) aanbestedende diensten om op korte termijn zekerheid te verkrijgen of hun selectie- en gunningsbeslissingen standhouden. Om een vervaltermijn aan gegadigden en inschrijvers te kunnen tegenwerpen is het noodzakelijk de vervaltermijn scherp, in niet mis te verstane bewoordingen in de aanbestedingsstukken te formuleren en daarbij te wijzen op de gevolgen van het onbenut laten verstrijken van de betreffende vervaltermijn, namelijk dat dan het recht om tegen de betreffende selectie- of gunningsbeslissing op te komen is vervallen. Omdat vervaltermijnen voor het aanvechten van selectie- en gunningsbeslissingen niet wettelijk zijn verankerd in de AanbW 2012, moeten zij bovendien in de aanbestedingsstukken zijn neergelegd. Gegadigden en inschrijvers worden dan door het indienen van een verzoek tot deelneming of inschrijving geacht met de vervaltermijn te hebben ingestemd.

mr. dr. A.J. van Heeswijck
advocaat bij Van Heeswijck Aanbestedingsadvocaat

4 Zie o.a. HvJ EU 14 februari 2019, zaak C-54/18, ECLI:EU:C:2019:118 (*Cooperativa Animazione Valdocco*), r.o. 43; HvJ EG; HvJ EU 28 januari 2010, zaak C-456/08, ECLI:EU:C:2010:46 (*Commissie/Ierland*), r.o. 56; HvJ (EU) 11 oktober 2007, zaak C-241/06, ECLI:EU:C:2007:597 (*Lämmerzahl*), r.o. 52; HvJ EG 27 februari 2003, zaak C-327/00, ECLI:EU:C:2003:109 (*Santex*), r.o. 51.

5 HvJ EU 14 februari 2019, zaak C-54/18, ECLI:EU:C:2019:118 (*Cooperativa Animazione Valdocco*), r.o. 29; HvJ EU 28 januari 2010, zaak C-456/08, ECLI:EU:C:2010:46 (*Commissie/Ierland*), r.o. 61;

6 HvJ EU 28 januari 2010, zaak C-456/08, ECLI:EU:C:2010:46 (*Commissie/Ierland*), r.o. 63.

7 Vzr. Rb. Den Haag 12 april 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:5098, «JAAN» 2023/118, m.nt. Gelderman & Vermeulen, r.o. 4.11.

118

Geen wezenlijke wijzigingen

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden
25 juni 2024, 200.337.502,
ECLI:NL:GHARL:2024:4276
(mrs. A.A. van Rossum, F.J. de Vries,
R.W.E. van Leuken)

Concessie. Beroep op derden/onderaannemers. Geschiktheidseisen. (On-)geldigheid inschrijving. Wezenlijke wijziging.

[AanbW 2012 art. 1.6, art. 2a.53, art. 2.163g, art. 4.16]

De gemeente heeft in 2018 een Europese (openbare) aanbestedingsprocedure uitgeschreven voor het plaatsen en exploiteren van onder meer haltevoorzieningen, waaronder abri's, losstaande reclamevitruines en billboards. Het betreft een concessieovereenkomst voor een periode van 15 jaar met een optie tot verlenging met nog eens 5 jaar. Gedurende die periode heeft de winnende inschrijver het recht in/op de vitruines, billboards en abri's in Utrecht reclame aan te brengen en de inkomsten die zij verkrijgt met de verkoop van die reclameruimte te behouden. Op deze aanbesteding is de Aanbestedingswet (AanbW 2012) van toepassing en de opdracht is een concessieopdracht voor diensten als bedoeld in art. 1.6 AanbW 2012.

RBL, JCDecaux en Global hebben als enige geadigden op deze aanbestedingsprocedure ingeschreven. RBL heeft daarbij voor de exploitatie van de reclameruimte Clear Channel als onderaannemer opgegeven. De inschrijving van Global voldeed niet aan de gestelde eisen en is ongeldig verklaard. Bij voorlopige gunningsbeslissingen van 21 maart 2018 heeft de gemeente haar voornemen kenbaar gemaakt om de opdracht te gunnen aan RBL. JCDecaux heeft hierop een bodemprocedure aanhangig gemaakt. Zij stelde zich op het standpunt dat de inmiddels door RBL geplaatste abri's niet voldeden aan genoemde eis (de haltevoorziening was niet voorzien van een zogenaamd 'zwevend bankje') en dat daaruit blijkt dat de inschrijving van RBL ongeldig is geweest.

Door toch aan haar te gunnen, handelt de gemeente onrechtmatig jegens haar en dat wilde JCDecaux door middel van een verklaring voor recht van deze strekking - als basis voor een later door haar in te leiden schadevergoedingsprocedure - vastgesteld zien.

De rechtbank heeft de vordering van JCDecaux toegewezen waarna dit hof het vonnis heeft bekrachtigd. Het hof oordeelde dat als de gemeente de inschrijving van RBL ongeldig had verklaard, zoals zij had moeten doen, JCDecaux de enige geldige inschrijving zou hebben gedaan (nu immers de inschrijving van de andere inschrijver Global al eerder door de gemeente ongeldig was verklaard) en de gemeente (dus) aan JCDecaux had gegund. Door de inschrijving van RBL niet ongeldig te verklaren en door niet te gunnen aan JCDecaux heeft de gemeente in strijd met de aanbestedingsstukken en hoofdstuk 2a AanbW 2012, zoals uitgelegd in het licht van Richtlijn 2014/23/EU, gehandeld. Dat is onrechtmatig tegenover JCDecaux en dat is de gemeente ook toe te rekenen. De gemeente is op grond van onrechtmatig handelen aansprakelijk voor de schade die JCDecaux als gevolg daarvan lijdt. De zaak is verwezen naar de schadestaatprocedure.

JCDecaux wil dat de schadevergoeding (vooral) wordt betaald doordat zij alsnog een rol krijgt toebedeeld bij de exploitatie van (digitale en analoge) reclame in Utrecht voor zover vallend onder de concessieovereenkomst tussen de gemeente en RBL.

JCDecaux, de gemeente en RBL hebben daarover overleg met elkaar gehad. De uitkomst van dit overleg was dat JCDecaux in plaats van Clear Channel als onderaannemer van RBL de reclame-uitingen zou gaan exploiteren. Tegelijkertijd is de afspraak gemaakt dat in dat geval de optie om de concessie met 5 jaar te verlengen meteen door de gemeente wordt ingeroepen, het aantal digitale schermen wordt vergroot en het formaat van de schermen wordt vergroot naar het formaat dat JCDecaux gebruikt.

De gemeente heeft dit samenstel van voorgenomen wijzigingen van de concessieovereenkomst, in het kader van vrijwillige transparantie op de voet van art. 4.16 AanbW 2012, vooraf gepubliceerd. De gemeente heeft daarbij voorop gesteld dat haar voornemen materieel gezien neerkomt op het maken van afspraken met de concessiehouder RBL die passen binnen de kaders van de gegunde opdracht en daarmee formeel gezien