

119

Voordeelspositie van de zittende leverancier

Rechtbank Rotterdam
 4 mei 2021, C/10/616645 / KG ZA 21-272,
 ECLI:NL:RBROT:2021:4205
 (mr. A.F.L. Geerdes)
 Noot mr. J.M.E. Yilmaz, mr. F.J.P. Stoop

**Beoordelingscommissie. Gelijkheidsbeginsel.
 Gunningssystematiek. Heraanbesteding.
 Kwalitatieve gunningscriteria. Level playing
 field. Mededinging.**

In december 2020 heeft de gemeente de aankondiging gedaan voor de Europese openbare aanbestedingsprocedure voor de opdracht 'Levering van gladheidsbestrijdingsmaterieel' (hierna: de Opdracht). Met de Opdracht beoogt de gemeente een opdrachtnemer te vinden voor de levering van gladheidsbestrijdingsmaterieel voor de bestrijding van gladheid, sneeuw en ijzel, (inclusief reparatie- en onderhoudscontract) en strooimanager (routegeleiding en automatisch strooien).

op een of meer uitzonderingsgronden op juiste plaats zouden worden gelegd.

De Opdracht bestaat uit drie percelen: groot materieel (perceel 1), compact materieel (perceel 2) en overig materieel (perceel 3). Voor Perceel 1 en 2 is het gunningscriterium de 'economisch meest voordelige inschrijving gehanteerd op basis van de beste prijs kwaliteitverhouding'. Perceel 3 wordt volledig op kwaliteit gegund. Voor Perceel 1 en 2 beoogt de gemeente steeds één opdrachtnemer te contracteren. Voor Perceel 3 beoogt de gemeente drie leveranciers te contracteren.

Onder meer X, Y en Z, de zittende leverancier, zijn mogelijk voornemens zich in te schrijven voor de Opdracht.

Tussen partijen is in geschil of de gemeente in de nog lopende aanbestedingsprocedure het level playing field voldoende heeft gewaarborgd. X heeft daarnaast de vraag opgeworpen of de gemeente heeft voldaan aan haar aanbestedingsrechtelijke verplichting om voor de publieke middelen zo veel mogelijk maatschappelijke waarde te leveren.

Oordeel van de voorzieningenrechter

In deze aanbestedingsprocedure heeft de gemeente door de keuze voor de 'Value for Money' methodiek veel gewicht toegekend aan de kwalitatieve subgunningscriteria. De keuze voor een dergelijke gunningssystematiek is op zichzelf niet onrechtmatig. Pas na de gunningsbeslissing kan worden beoordeeld waar de systematiek toe heeft geleid. Wel rechtvaardigt deze keuze een strenge beoordeling van de kwalitatieve subgunningscriteria. Daar komt bij dat de gemeente meerdere jaren zaken heeft gedaan met de (rechtsvoorganger van de) zittende leverancier en dat X onweersproken heeft gesteld dat (de rechtsvoorganger van) de zittende leverancier over de jaren heen een monopoliepositie heeft opgebouwd op de markt van gladheidsbestrijding. Dit maakt dat de gemeente zich extra moet inspannen om elk risico van favoritisme en willekeur uit te bannen.

Hoewel de zittende leverancier geen partij is in deze procedure, gaan alle partijen ervan uit dat zij zal inschrijven op de Opdracht. Gelet op de jarenlange relatie is het evident dat de zittende leverancier meer kennis heeft van de Opdracht dan de andere potentiële inschrijvers. Het feit dat de Opdracht betrekking heeft op nieuw materieel en nieuwe diensten, neemt niet weg dat de zittende leverancier bekend is met de manier van werken van de gemeente en dat (de medewerkers van) de gemeente vertrouwd zijn met het materieel van

de zittende leverancier. Dit betekent dat het voor de zittende leverancier makkelijker is om aan te sluiten bij bestaande praktijk. Dit geldt temeer nu de Opdracht voorziet in een gefaseerde vervanging van het oude materieel, zodat het (door de gemeente uit te voeren) onderhoud van het oude en het nieuwe materieel langere tijd naast elkaar bestaat. Daar staat overigens tegenover dat een nieuwe leverancier mogelijk beter in staat is om een nieuwe vorm van samenwerking te implementeren.

Op zichzelf is juist dat de gemeente de voordelen van de zittende leverancier niet volledig hoeft te neutraliseren. De gemeente is in ieder geval wel gehouden om zo veel mogelijk relevante informatie over de Opdracht aan de andere potentiële inschrijvers te verschaffen. De marktconsultatie en de schouw dragen daaraan bij, maar deze zijn in algemene zin onvoldoende om al het voordeel weg te nemen. Het is hierbij ook aan de potentiële inschrijvers om naar relevante informatie te vragen. Aangezien deze aanbestedingsprocedure zich nog bevindt in de fase vóór inschrijving en er nog een Nota van Inlichtingen volgt, is het in deze fase niet aan de voorzieningenrechter om te beslissen welke concrete informatie wel of niet hoeft te worden verstrekt. Indien achteraf blijkt dat de gemeente onvoldoende relevante informatie heeft verstrekt, kan dat op dat moment een reden zijn om de aanbestedingsprocedure alsnog te staken.

De bezwaren van X komen erop neer dat de zittende leverancier en de gemeente op elkaar zijn ingespeeld met betrekking tot het onderhoud, het onderhoudsplan en de dienstverlening. Op deze punten geldt dat het eventuele voordeel van de zittende leverancier dient te worden gecompenseerd door middel van het verstrekken van informatie. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter kunnen met dergelijke informatie (eventuele) ongerechtvaardigde voordelen van de zittende leverancier worden weggenomen. X heeft evenwel niet aannemelijk gemaakt dat zij in een eerder stadium om dit soort informatie heeft verzocht. Vooralsnog is ook niet aannemelijk dat de gemeente niet bereid is om alsnog informatie te verstrekken. De door X naar voren gebrachte bezwaren bieden daarom thans geen grond voor ingrijpen door de voorzieningenrechter.

Met betrekking tot het hergebruik van het oude materiaal is dit anders. Aangezien tussen partijen vaststaat dat nagenoeg al het oude materieel af-

komstig is van de zittende leverancier en elke leverancier eigen materieel aanbiedt, heeft de zittende leverancier ontegenzeggelijk een groot voordeel bij het hergebruik van dat oude materieel. Het feit dat de gemeente hiermee, zeker in de aanvankelijke versie van het Beschrijvend Document, geen rekening heeft gehouden, doet vermoeden dat de gemeente het voordeel van de zittende leverancier onvoldoende heeft onderkend. De door de gemeente gedane suggestie dat de andere inschrijvers moeten nadenken over een andere wijze van hergebruik verandert niets aan de voordeelspositie van de zittende leverancier. De gemeente vraagt immers nog altijd naar hergebruik en een optimale verwerking in het kader van een circulaire economie en minimalisering van de ecologische voetafdruk. Door het hieraan verbonden voordeel voor de zittende leverancier, komt het beginsel van gelijke behandeling zeer nadrukkelijk in het gedrang.

Met betrekking tot de praktijktesten geldt dat ook hier een (mogelijk) voordeel aanwezig is voor de zittende leverancier. De (ervaren) medewerkers van de gemeente zijn immers vertrouwd met het materieel van de zittende leverancier, zodat de bediening van dat materieel sneller zullen aanvoelen. Dat in de Opdracht ook nieuwe functionaliteiten worden gevraagd, maakt dit niet anders. Met betrekking tot de samenstelling van de beoordelingsteams heeft de gemeente verklaard dat zij chauffeurs heeft geselecteerd met weinig ervaring in de gladheidsbestrijding. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter kan hiermee het voordeel van de zittende leverancier met betrekking tot de vertrouwdeheid van het materieel worden weggenomen. Hierbij merkt de voorzieningenrechter nog op dat de eis van X dat de beoordeelers niet vertrouwd mogen zijn met het materieel van de zittende leverancier maar wel ervaring moeten hebben met gladheidsbestrijding praktisch niet uitvoerbaar is. Een gemengd team behoort eventueel wel tot de mogelijkheden.

Slotsom

De voorzieningenrechter gebiedt de gemeente om, voor zover zij de onderhavige aanbestedingsprocedure wenst voort te zetten, een rectificatie te publiceren waarbij Ambitie 1 van K3 met betrekking tot het hergebruik van oud materiaal, voor de Percelen 1 en 2 wordt aangepast met inachtneming van het in dit vonnis bepaalde.

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

SCHUIITEMAKER INDUSTRIAL B.V.,

gevestigd te Rijssen,

eiseres,

advocaat mr. A.L. Appelman te Zwolle,

tegen

de publiekrechtelijke rechtspersoon

GEMEENTE ROTTERDAM,

zetelend te Rotterdam,

gedaagde,

advocaat mr. M. Ricci te Rotterdam,

waarin is tussengekomen.

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

RONDAAN'S CARROSSERIE- EN WAGEN-
BOUW B.V.,

gevestigd te Berlikum,

advocaat mr. Th. Dankert te Leeuwarden.

Partijen worden hierna Schuitemaker, de Gemeente en Rondaan genoemd.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding van 14 april 2021, met producties;
- de vermeerdering van eis;
- de producties de Gemeente;
- de incidentele conclusie tot tussenkomst, subsidiair voeging, tevens houdende overlegging producties, met producties;
- de akte houdende wijziging van eis van Rondaan;
- de mondelinge behandeling gehouden op 20 april 2021;
- de pleitnota van Schuitemaker;
- de pleitnota van de Gemeente;
- de pleitnota van Rondaan.

1.2. Rondaan heeft gevorderd te mogen tussenkomen in de procedure tussen Schuitemaker en de Gemeente dan wel zich te mogen voegen aan de zijde van Schuitemaker. Schuitemaker en de Gemeente hebben verklaard geen bezwaar te hebben tegen de tussenkomst. Rondaan is vervolgens toegelaten als tussenkomende partij, aangezien zij aannemelijk heeft gemaakt dat zij daarbij voldoende belang heeft. Voorts is niet gebleken dat de toewijzing van de gevorderde tussenkomst in de weg staat aan de vereiste spoed bij dit kort geding en de goede procesorde in het algemeen.

De kosten in het incident worden begroot op nihil.

1.3. Vonnis is bepaald op heden.

2. De feiten

2.1. Op of omstreeks 23 december 2020 heeft de Gemeente de aankondiging gedaan voor de Europese openbare aanbestedingsprocedure voor de opdracht 'Levering van gladheidsbestrijdingsmaterieel', (hierna: de Opdracht). Op de aanbestedingsprocedure is de Aanbestedingswet 2012 (Aw) van toepassing.

2.2. Met de Opdracht beoogt de Gemeente een opdrachtnemer te vinden voor de levering van gladheidsbestrijdingsmaterieel voor de bestrijding van gladheid, sneeuw en ijzel, (inclusief reparatie en onderhoudscontract) en strooimanagement (routegeleiding en automatische strooien).

2.3. De Opdracht is omschreven in het Beschrijvend Document van 22 december 2020 (hierna: het Beschrijvend Document) en in de Nota's van Inlichtingen.

2.4. De Opdracht bestaat uit de volgende percelen:

Perceel 1: groot materieel

Perceel 2: compact materieel

Perceel 3: overig materieel.

Voor Perceel 1 en 2 is het gunningscriterium de 'economisch meest voordelige inschrijving gehanteerd op basis van de beste prijs kwaliteitsverhouding'. Perceel 3 wordt volledig op kwaliteit gegund. Voor Perceel 1 en 2 beoogt de Gemeente steeds één opdrachtnemer te contracteren. Voor Perceel 3 beoogt de Gemeente drie leveranciers te contracteren.

2.5. In 4.1.2. van het Beschrijvend Document staan de kwalitatieve subgunningscriteria weergegeven voor Perceel 1 en 2:

Subgunningscriterium	Maximum punten
K-1 Plan van Aanpak onderhoud	100 punten
K-2 Implementatieplan	600 punten
K-3 Plan van Aanpak circulariteit	
• Ambitie 1: Hergebruikt materiaal in nieuwe materieel	200 punten
• Ambitie 2: Herbruikbaarheid van (onderdelen van) nieuw materieel	200 punten
K-4 Wensen	250 punten
K-5 Praktijkttest materieel	412,50 punten
K-6 Praktijkttest routebegeleiding en automatisch strooien	600 punten

De beoordeling geschiedt op basis van de 'Value for Money' methodiek. In deze methodiek wordt het totaal aantal behaalde punten op het onderdeel subgunningscriterium kwaliteit in kwadraat (Q2) gedeeld door de totaalprijs van het subgunningscriterium prijs (P) x 1.000. Dit resul-

teert in een 'kwaliteit per prijs eenheid'. De formule is derhalve:

(subgunningscriterium kwaliteit in kwadraat (Q2) / subgunningscriterium prijs (P)) * 1.000

Ten aanzien van de inhoudelijke beoordeling van de inschrijvingen kan op het subgunningscriterium kwaliteit maximaal 2.362,50 punten worden gescoord.

2.6. In het Beschrijvend Document is met betrekking tot K1 het volgende opgenomen:

“Plan van aanpak onderhoud

Inschrijver dient bij zijn Inschrijving een plan van aanpak onderhoud in, waarin hij beschrijft op welke wijze het onderhoud aan het gladheidbestrijdingsmaterieel kan worden georganiseerd. Vervoer & Materieel wenst het onderhoud zoveel mogelijk met haar werkplaatsen zelf uit te voeren.

De Aanbestedende Dienst wenst in het kader van dit gunningscriterium te beoordelen op welke wijze het preventief en correctief onderhoud kan worden georganiseerd. Het doel van de Aanbestedende Dienst is het van belang dat het onderhoud op een zo efficiënt mogelijke manier plaats vindt.

Inhoud plan van aanpak

Aanbestedende dienst leest in het plan van aanpak graag terug op welke wijze er invulling wordt gegeven aan een of meerdere van de volgende onderwerpen:

- Hoe vaak moet preventief onderhoud worden uitgevoerd?
- Op welke manier kunnen storingen snel worden verholpen? Geef hierbij voorbeelden.
- Welke rol adviseert u voor de Opdrachtgever in het correctief en preventief onderhoud?”

2.7. In het Beschrijvend Document is met betrekking tot K2 het volgende opgenomen:

“Implementatieplan

Inschrijver dient bij zijn Inschrijving een implementatieplan in, waarin hij beschrijft op welke wijze het gladheidsbestrijdingsmaterieel en strooi-managementsysteem kan worden geïmplementeerd. Voor de implementatie dient u uit te gaan van de verwachte afname in 2021 (zie paragraaf 2.3). In dit implementatieplan dient u de volgende elementen

minimaal te beschrijven:

- (1) Aanpak van de implementatie inclusief op te leveren producten;
- (2) Planning inclusief mijlpalen en inschatting in uren, gekoppeld aan productoplevering (materieel, hardware en software);

(3) Inspanningen te leveren door Inschrijver en welke inspanning wordt verwacht van de Aanbestedende Dienst. Graag inzet van functionarissen specificeren in een inschatting van aantal betrokken medewerkers en uren per week (voor gehele periode) alsmede de taken en verantwoordelijkheden van de Aanbestedende Dienst;

(4) Communicatiematrix met aantal overlegmomenten.

(5) Inschatting van risico's. Inschrijver geeft aan welke risico's op voorhand worden voorzien (zowel in als extern) en welke beheersmaatregelen Inschrijver treft.

(6) Opleidingen. De wijze waarop zowel gebruikers als beheerders (alsmede nog overige door Inschrijver gesignaleerde functionarissen) van de Aanbestedende Dienst worden voorbereid en getraind op het gebruik met en van het door Inschrijver aangeboden systeem. Ga hierbij ook in op wat de te verwachte belasting in tijd is alsmede welke (eventuele) documentatie Aanbestedende Dienst ontvangt.

(7) Beschrijving van het proces voor testen, acceptatie en overdracht naar productie.”

2.8. Met betrekking tot K3 is in het Beschrijvend Document het volgende opgenomen:

Plan van Aanpak circulariteit

De Aanbestedende Dienst wil met deze Aanbesteding invulling geven aan hun circulaire ambities door circulaire gladheidbestrijdingsmateriaal in te kopen. Dit komt allereerst naar voren in het Programma van Eisen waarin bijvoorbeeld eisen worden gesteld aan de mate van onderhoud van het materieel en mate waarin deze modulair is opgebouwd zodat onderdelen eenvoudig kunnen worden vervangen of hergebruikt. Daarnaast wil de Aanbestedende Dienst door middel van dit subgunningscriterium de Inschrijvers uitdagen om aanvullende maatregelen te treffen die de circulariteit bevorderen.

Het doel van circulariteit is:

1. Het behouden en verminderen van gebruik van (primaire) grondstoffen en fossiele energie;
2. Het voorkomen van negatieve externe effecten, zoals water-, lucht- en bodemvervuiling en geluidshinder, klimaatverandering, toxinen, congestie, en negatieve effecten op de gezondheid.

Met het inzetten op circulariteit wil de Aanbestedende Dienst naast bovengenoemde doelen ook, waar mogelijk, kostenbesparingen realiseren.

Voor het subgunningscriterium Circulariteit wordt de Inschrijver gevraagd een plan van aanpak in te

dienen waarin hij maatregelen biedt en / of een werkwijze beschrijft die leidt tot de realisatie van onderstaande ambities.

– **Ambitie 1: Hergebruikt materiaal in nieuwe materieel**

Het doel van de Aanbestedende Dienst is dat de te leveren gladheidbestrijdingsmaterieel zoveel mogelijk hergebruikt materiaal uit het oude materieel bevat.

De Gemeente stelt voor dit doel het oude materieel beschikbaar. Deze onderdelen dienen gebruikt te worden bij de productie en assemblage van het nieuwe materieel.

Het materieel die hergebruikte materialen bevatten moeten voldoen aan de eisen gesteld in het Programma van eisen.

De Inschrijver dient in het plan van aanpak voor deze ambitie in te gaan

op de volgende componenten:

Modules strooimachine

- Silo;
- Frame (groot haakarm / compact wisselpoten);
- Natzoutsysteem;
- Aandrijving (voertuighydrauliek, rotopower);
- Besturing en bedieningskast;
- Verdeelsysteem;
- Afzetsysteem;
- Opties: verlichting, markering, etc.;
- Voertuigaanpassingen: cabinedoorvoer, steun bedieningskast, montagepunten;
- Eventueel overige componenten.

Modules sneeuwplough

- Ploegblad en slijtstroken;
- Aanbouwframe;
- Aandrijfmunit;
- Besturing en bedieningskast;

*Afzetsteunen;

- Opties: verlichting, markering, stokken, etc.;
- Voertuigaanpassingen: DIN/SN-0 plaat, cabinedoorvoer, steun bedieningskast;
- Eventueel overige componenten.

– **Ambitie 2: Herbruikbaarheid van (onderdelen van) nieuw materieel**

Het doel van de Aanbestedende Dienst is dat het nieuw te leveren gladheidbestrijdingsmaterieel ontworpen is voor circulariteit (designed for circularity). Dat wil zeggen dat de producten gemakkelijk kunnen worden gedemonteerd, en de onderdelen eenvoudig kunnen worden hergebruikt. Bijvoorbeeld doordat de aansluitingen bereikbaar zijn met

gangbaar gereedschap of dat bij toekomstige innovaties (emissieloze voertuigen) slechts een beperkt deel van het materieel hoeft te worden aangepast / vervangen.

2.9. In 4.2.2. van het Beschrijvend Document staat met betrekking tot het gunningscriterium voor Perceel 3 – voor zover hier van belang – het volgende vermeld:

“Partnerschap en innovatie

Aanbestedende Dienst erkent dat de steeds veranderende context (klimaat, maatschappelijk en technologisch) in de samenleving vraagt om aanpassingsvermogen bij zowel Opdrachtgever als Opdrachtnemer.

Het doel van de Aanbestedende Dienst is een duurzaam partnerschap met de winnende inschrijvers, op basis van transparantie en gelijkwaardige samenwerking en effectieve communicatie over risico's, alternatieven en rolverdeling.

Graag ontvangt de Aanbestedende Dienst een beschrijving van de aanpak van de Inschrijver op het gebied van partnerschap waarin aandacht wordt besteed aan de volgende vragen:

- Welke rollen ziet de inschrijver voor zichzelf weggelegd?
- Welke verantwoordelijkheid hoort daarbij?
- Hoe groot is het innovatievermogen van de inschrijver en waar blijkt dat uit?
- Hoe profiteert de Aanbestedende Dienst van nieuwe technologieën en inzichten?”

2.10. Tijdens de aanbestedingsprocedure is een schouw gehouden.

2.11. Onder meer Schuitemaker, Rondaan en Aebi Schmidt Nederland B.V., de zittende leverancier, zijn mogelijk voornemens zich in te schrijven voor de Opdracht.

2.12. Voor de Percelen 1 en 2 hebben potentiële inschrijvers, onder wie Schuitemaker, drie vragen gesteld over het hergebruik van materieel (ambitie 1) in het kader van K3 en het voordeel dat daarmee ontstaat voor de zittende leverancier. Op deze vragen heeft de Gemeente in Nota van Inlichtingen 2 als volgt geantwoord:

“Het Plan van Aanpak Circulariteit sluit aan bij onze ambitie en willen we om deze reden behouden. Om zoveel mogelijk geïnteresseerde ondernemers kans te laten maken op deze opdracht is de Aanbestedende Dienst bereid om deze ambitie aan te passen. Circulariteit wordt niet beperkt tot het nieuwe materieel, waardoor de eerste drie zinnen van

ambitie 1 als volgt worden aangepast: "Het doel van de Aanbestedende Dienst is dat het oude gladheidbestrijdingsmaterieel zoveel mogelijk wordt hergebruikt. De Gemeente stelt voor dit doel het oude materieel beschikbaar. Deze onderdelen dienen gebruikt te worden bij de productie en assemblage van nieuw materieel en/of in andere producten"."

2.13. In Nota van Inlichtingen 3 heeft de Gemeente de technische specificaties en de subgunningscriteria gewijzigd. In verband hiermee heeft de Gemeente de inschrijftermijn verlengd tot 21 april 2021 en alle gegadigden in de gelegenheid gesteld om vragen in te dienen voor Nota van Inlichtingen 4.

2.14. Hierbij heeft de Gemeente Ambitie 1 voor subgunningscriterium 3 als volgt aangepast:

• **Ambitie 1: Hergebruikt materiaal in-nieuwe-materieel**

Het doel van de Aanbestedende Dienst is dat het oude gladheidsbestrijdingsmaterieel zo optimaal mogelijk wordt hergebruikt. De Gemeente stelt voor dit doel het oude materieel beschikbaar." De aanbieder dient aan te geven op welke wijze zij dit materieel het meest optimaal verwerkt in het kader van de circulaire economie en minimalisering van de ecologische footprint.

2.15. Voorts heeft de Gemeente de nadere informatie verstrekt over de praktijktesten voor K5 en K6 van Perceel 1 en 2.

2.16. In Nota van Inlichtingen 4 heeft de Gemeente op een vraag een potentiële inschrijver met betrekking tot het gewicht van kwaliteit in de gunningssystematiek het volgende geantwoord:

"De beoordeling geschiedt op basis van de 'Value for Money' methodiek. De kwaliteit is naar mening van de Aanbestedende Dienst niet onevenredig dominant."

2.17. Bij brief van 7 april 2021 heeft de advocaat van Schuitemaker aan de Gemeente meegedeeld dat zij geen andere keuze heeft dan een kort geding aanhangig te maken om zeker te stellen dat de bezwaren van Schuitemaker voorafgaand aan de inschrijving worden beoordeeld. In deze brief heeft de advocaat van Schuitemaker zich op het standpunt gesteld dat er voor haar en andere inschrijvers een onvoldoende eerlijke kans is om de Opdracht te kunnen winnen, onder meer omdat kwaliteit een exponentiële invloed op de formule heeft en de zittende leverancier een grote kennisvoorsprong heeft.

2.18. Bij brief van 9 april 2021 heeft de Gemeente de bezwaren van Schuitemaker van de hand gewezen. Zij heeft zich hierbij op het standpunt gesteld dat er geen aanleiding is voor wijziging van

de gunningssystematiek en dat de bezwaren met betrekking tot de circulariteit met de doorgevoerde wijzigingen voldoende zijn weggenomen.

2.19. Op 16 april 2021, dus na de dagvaarding van Schuitemaker, heeft de Gemeente in Nota van Inlichtingen 5 de inschrijftermijn verlengd tot 7 mei 2021.

Verder zijn in deze Nota van Inlichtingen nadere instructies gegeven voor de praktijktesten van K5 en K6. Hierbij is voorzien dat Inschrijvers de gelegenheid krijgen om een instructie te geven van maximaal 20 (K5) of 30 minuten (K6). Daarnaast heeft de Gemeente meegedeeld dat de inschrijvers tijdens de praktijktest gebruik kunnen maken van een rechtsgestuurde Sprinter van de Gemeente.

3. Het geschil

3.1. Na vermeerdering van eis vordert Schuitemaker, samengevat:

I. primair en voorwaardelijk voor zover de rechtbank op de terechtzitting van 20 april 2021 niet meteen uitspraak doet, de gemeente te gebieden de inschrijvingstermijn op te schorten tot veertien dagen na het in deze zaak te wijzen vonnis onder mededeling daarvan aan alle geïnteresseerde potentiële inschrijvers;

II. de Gemeente te gebieden om binnen zeven dagen na dit vonnis de

aanbestedingsprocedure te staken en gestaakt te houden, zulks op straffe van een dwangsom;

III. de Gemeente te gebieden om binnen een termijn van zes maanden, althans binnen een door de voorzieningenrechter passend geachte termijn over te gaan tot een heraanbesteding van de Opdracht, voor zover de Gemeente nog steeds voornemens is gladheidsbestrijdingsmaterieel in te kopen;

een en ander met veroordeling van de Gemeente in de proceskosten, waaronder de nakosten.

3.2. Aan deze vordering legt Schuitemaker het volgende ten grondslag.

Bij de beoordeling van alle percelen speelt kwaliteit een belangrijke rol. Het machinepark van de Gemeente bestaat voor 99% uit machines van de zittende leverancier en de medewerkers van de Gemeente zijn op dat materieel ingespeeld. De zittende leverancier is de enige die deze machines kan leveren. Door de gestelde criteria voor de Percelen 1 en 2 (waaronder het hergebruik van onderdelen van afgeschreven machines in het kader van de circulariteit, de praktijktesten, het onderhoud en het implementatieplan) is de zittende

leverancier zodanig in het voordeel dat er geen sprake is van een *level playing field* tussen de inschrijvers. Niet iedere inschrijver heeft een voldoende eerlijke kans om te winnen indien de aanbestedingsprocedure in de huidige vorm wordt voortgezet. Ook in Perceel 3 is het kwalitatieve gunningscriterium sterk ten gunste van de zittende leverancier. De Gemeente voldoet niet aan haar verplichting om zoveel mogelijk maatschappelijke waarde te creëren tegen zo laag mogelijke kosten.

3.3. Na wijziging van eis vordert Rondaan vordert, samengevat:

primair:

(i) de Gemeente te gebieden om binnen twee werkdagen na dit vonnis de aanbesteding voor Perceel 1 en 2 in te trekken, en indien de Gemeente de opdracht voor deze percelen alsnog wil gunnen, een heraanbestedingsprocedure te volgen met inachtneming van de aanbestedingsrechtelijke beginselen, waaronder een gelijk speelveld;

subsidiair:

(ii) de Gemeente te gebieden om binnen twee weken na dit vonnis een rectificatie te publiceren waarbij: (i) subcriterium K-3, Ambitie 1 wordt geschrapt; (ii) de specificaties van de onderdelen van het huidige gladheidsbestrijdingsmaterieel wordt verstrekt; (iii) de punttoekenning op de Praktijktest van criterium K-5 en K-6 zodanig wordt aanpast dat het gelijke speelveld wordt gewaarborgd; en (iv) partijen een passende termijn voor inschrijving wordt geboden;

meer subsidiair:

(iii) de Gemeente te gebieden om binnen twee weken na datum van dit vonnis via Negometrix: (i) de specificaties van het huidige gladheidsbestrijdingsmaterieel en overige voor het doen van een inschrijving op criterium K-3, Ambitie 1, benodigde informatie waaronder de handboeken met betrekking tot het onderhoud van dit materieel wordt verstrekt aan de (potentiële) inschrijvers; en waarbij (ii) inschrijvers een passende termijn voor inschrijving wordt geboden;

nog meer subsidiair:

(iv) in goede justitie een passende voorziening te treffen;

een en ander op straffe van een dwangsom en met veroordeling van de Gemeente in de proceskosten, waaronder de nakosten, te vermeerderen met de wettelijke rente.

3.4. Aan deze vordering legt Rondaan het volgende ten grondslag.

De door de Gemeente gekozen gunningssystematiek leidt ertoe dat de zittende leverancier zodanig bevoordeeld wordt dat er geen sprake is van eerlijke mededinging en daarmee is de procedure in strijd met het gelijkheids- en transparantiebeginsel. Dit geldt met name voor Ambitie 1 van subgunningscriterium K3 voor Perceel 1 en 2. De aanpassing van dit criterium heeft de schending van het *level playing field* bij lange na niet opgelost. Voorts heeft de zittende leverancier ook bij de praktijktesten (K5 en K6 voor perceel 1 en 2) een onevenredig voordeel, aangezien de chauffeurs die de beoordeling verrichten al jarenlang vertrouwd zijn met het systeem van de zittende leverancier.

Gelet op het voorgaande dient heraanbesteding plaats te vinden, subsidiair geldt dat Ambitie 1 van K3 moet worden geëcarteerd en dat de praktijktesten van K5 en K6 worden aangepast om het gelijke speelveld beter te beschermen. Meer subsidiair dient de Gemeente meer informatie te verschaffen over het (onderhoud van het) bestaande materieel.

3.5. De Gemeente voert gemotiveerd verweer en concludeert tot afwijzing van het gevorderde, met veroordeling van Schuitemaker en Rondaan in de proceskosten.

Zij voert daartoe, samengevat, het volgende aan.

De in te kopen goederen en diensten zijn volledig nieuw, zodat het voordeel van de zittende leverancier minder groot is dan Schuitemaker en Rondaan doen voorkomen. Dat geldt ook voor het gevraagde onderhoud, dat alleen betrekking heeft op het nieuwe materieel. Voor het hergebruik van het oude materiaal (Ambitie 1 bij K3) zijn talloze mogelijkheden.

Op grond van het aanbestedingsrecht is de Gemeente niet gehouden om alle voordelen van de zittende leverancier volledig te neutraliseren. Met de marktconsultatie, de schouw en de aanpassing van Ambitie 1 bij K3 en de uniformering van de praktijktesten is de Gemeente voldoende aan de belangen van de potentiële inschrijvers tegemoet gekomen.

Het is voorts aan de aanbestedende dienst om te bepalen hoe zij de gunningssystematiek en de gunningscriteria (waaronder de uitvraag van circulariteit) wenst in te richten en niet aan de inschrijvers of aan de rechter.

3.6. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

4.1. De vorderingen van Schuitemaker en Rondaan lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

4.2. Tussen partijen is in geschil of de Gemeente in de nog lopende aanbestedingsprocedure het *level playing field* voldoende heeft gewaarborgd. Schuitemaker heeft daarnaast de vraag opgeworpen of de Gemeente heeft voldaan aan haar aanbestedingsrechtelijke verplichting om voor de publieke middelen zo veel mogelijk maatschappelijke waarde te leveren.

4.3. De bezwaren van Schuitemaker zijn in de eerste plaats gericht op de gekozen gunningssystematiek, waarin het subgunningscriterium kwaliteit een groot gewicht heeft. De overige bezwaren van zowel Schuitemaker als Rondaan hebben betrekking op het (vermeende) voordeel van de zittende leverancier.

4.4. De Gemeente heeft zich terecht op het standpunt gesteld dat zij bij de uitvraag van de opdracht en het inrichten van de aanbestedingsprocedure een grote mate van vrijheid heeft. Deze vrijheid vindt evenwel haar grens indien geoordeeld moet worden dat de gemaakte keuzes ertoe leiden dat de eerlijke mededinging onvoldoende is gewaarborgd. Dit zou het geval kunnen zijn indien in de aanbesteding de gelijke behandeling van de inschrijvers onvoldoende is gewaarborgd en/of wanneer de gestelde eisen niet in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.

4.5. In deze aanbestedingsprocedure heeft de Gemeente door de keuze voor de 'Value for Money' methodiek veel gewicht toegekend aan de kwalitatieve subgunningscriteria. De keuze voor een dergelijke gunningssystematiek is op zichzelf niet onrechtmatig. Pas na de gunningsbeslissing kan worden beoordeeld waar de systematiek toe heeft geleid. Wel rechtvaardigt deze keuze een strenge beoordeling van de kwalitatieve subgunningscriteria. Daar komt bij dat de Gemeente meerdere jaren zaken heeft gedaan en met de (rechtsvoorganger van de) zittende leverancier en dat Schuitemaker onweersproken heeft gesteld dat (de rechtsvoorganger van) de zittende leverancier over de jaren heen een monopoliepositie heeft opgebouwd op de markt van gladheidsbestrijding. Dit maakt dat de Gemeente zich extra moet inspannen om elk risico van favoritisme en willekeur uit te bannen.

4.6. Hoewel de zittende leverancier geen partij is in deze procedure, gaan alle partijen ervan uit dat

zij zal inschrijven op de Opdracht. Gelet op de jarenlange relatie is het evident dat de zittende leverancier meer kennis heeft van de Opdracht dan de andere potentiële inschrijvers. Het feit dat de Opdracht betrekking heeft op nieuw materieel en nieuwe diensten, neemt niet weg dat de zittende leverancier bekend is met de manier van werken van de Gemeente en dat (de medewerkers van) de Gemeente vertrouwd zijn met het materieel van de zittende leverancier. Dit betekent dat het voor de zittende leverancier makkelijker is om aan te sluiten bij bestaande praktijk. Dit geldt temeer nu de Opdracht voorziet in een gefaseerde vervanging van het oude materieel, zodat het (door de Gemeente uit te voeren) onderhoud van het oude en het nieuwe materieel langere tijd naast elkaar bestaat. Daar staat overigens tegenover dat een nieuwe leverancier mogelijk beter in staat is om een nieuwe vorm van samenwerking te implementeren.

4.7. Op zichzelf is juist dat de Gemeente de voordelen van de zittende leverancier niet volledig hoeft te neutraliseren. De Gemeente is in ieder geval wel gehouden om zo veel mogelijk relevante informatie over de Opdracht aan de andere potentiële inschrijvers te verschaffen. De marktconsultatie en de schouw dragen daaraan bij, maar deze zijn in algemene zin onvoldoende om al het voordeel weg te nemen. Het is hierbij ook aan de potentiële inschrijvers om naar relevante informatie te vragen. Aangezien deze aanbestedingsprocedure zich nog bevindt in de fase vóór inschrijving en er nog een Nota van Inlichtingen volgt, is het in deze fase niet aan de voorzieningenrechter om te beslissen welke concrete informatie wel of niet hoeft te worden verstrekt. Indien achteraf blijkt dat de Gemeente onvoldoende relevante informatie heeft verstrekt, kan dat op dat moment een reden zijn om de aanbestedingsprocedure alsnog te staken.

4.8. De bezwaren van Schuitemaker en Rondaan richten zich tegen K3, K5 en K6 van de Percelen 1 en 2. Schuitemaker heeft daarnaast bezwaar gemaakt tegen K1 en K2 bij de Percelen 1 en 2 en tegen K1 bij Perceel 3.

4.9. De bezwaren van Schuitemaker tegen K1 en K2 bij de Percelen 1 en 2 komen erop neer dat de zittende leverancier en de Gemeente op elkaar zijn ingespeeld met betrekking tot het onderhoud, het onderhoudsplan en de dienstverlening. Op deze punten geldt dat het eventuele voordeel van de zittende leverancier dient te worden gecompenseerd.

penseerd door middel van het verstrekken van informatie. Tijdens de mondelinge behandeling heeft Schuitemaker gesteld dat zij informatie nodig heeft over (onder meer) de wijze van samenwerking in de lopende opdracht, de werkwijze van de Gemeente, de inrichting van de werkplaats en de aanwezige onderhoudsmaterialen. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter kunnen met dergelijke informatie (eventuele) ongerechtvaardigde voordelen van de zittende leverancier voor K1 en K2 (voor de Percelen 1 en 2) worden weggenomen. Schuitemaker heeft evenwel niet aannemelijk gemaakt dat zij in een eerder stadium om dit soort informatie heeft verzocht. Vooral nog is ook niet aannemelijk dat de Gemeente niet bereid is om alsnog informatie te verstrekken. De door Schuitemaker naar voren gebrachte bezwaren tegen K1 en K2 bieden daarom thans geen grond voor ingrijpen door de voorzieningenrechter.

4.10. Met betrekking tot Ambitie 1 van K3 (het hergebruik van het oude materiaal) is dit anders. Aangezien tussen partijen vaststaat dat nagenoeg al het oude materieel afkomstig is van de zittende leverancier en elke leverancier eigen materieel aanbiedt, heeft de zittende leverancier ontegenzeggelijk een groot voordeel bij het hergebruik van dat oude materieel. In dit verband hebben Schuitemaker en Rondaan onweersproken gesteld dat zij – indien het al mogelijk is – onevenredig veel kosten zouden moeten maken om het oude – door de zittende leverancier ontworpen – materieel in te passen in hun eigen materieel. Voorts kan de zittende leverancier bij het hergebruik van het materieel mogelijk gebruik maken van bestaande afzetkanalen, terwijl het voor de andere inschrijvers niet vanzelfsprekend is dat zij gereviseerde materiaal van een andere partij in de markt zetten, laat staan met garanties. Het feit dat de Gemeente hiermee, zeker in de aanvankelijke versie van het Beschrijvend Document, geen rekening heeft gehouden, doet vermoeden dat de Gemeente het voordeel van de zittende leverancier onvoldoende heeft onderkend. Ook na wijziging voldoet Ambitie 1 niet aan de daaraan te stellen eisen. Ook wanneer ander hergebruik is toegestaan, is de zittende leverancier nog altijd in het voordeel, aangezien aannemelijk is dat zij met minder kosten en meer opbrengst tot (hoogwaardiger) hergebruik kan komen. De tijdens de mondelinge behandeling door de Gemeente gedane suggestie dat de andere inschrijvers moeten na-

denken over een andere wijze van hergebruik verandert niets aan de voordeelspositie van de zittende leverancier. De Gemeente vraagt immers nog altijd naar

hergebruik en een optimale verwerking in het kader van een circulaire economie en minimalisering van de ecologische voetafdruk. Door het hieraan verbonden voordeel voor de zittende leverancier, komt het beginsel van gelijke behandeling zeer nadrukkelijk in het gedrang. De formulering van Ambitie 1 bij K3 kan daarom niet in de huidige vorm worden gehandhaafd.

4.11. Met betrekking tot de praktijktesten van K5 en K6 geldt dat ook hier een (mogelijk) voordeel aanwezig is voor de zittende leverancier. De (ervaren) medewerkers van de Gemeente zijn immers vertrouwd met het materieel van de zittende leverancier, zodat de bediening van dat materieel sneller zullen aanvoelen. Dat in de Opdracht ook nieuwe functionaliteiten worden gevraagd, maakt dit niet anders. Het staat de Gemeente uiteraard wel vrij om zaken als gebruiksgemak te beoordelen en dat kan bijvoorbeeld aan de hand van de vragenlijsten zoals deze in dit kort geding zijn overgelegd. Wel dient de Gemeente hierbij de objectiviteit te waarborgen, zoals zij ter zitting ook heeft verklaard. Voor de praktijktesten kan het voordeel van de zittende leverancier worden weggenomen door de samenstelling van de beoordelingsteams en door de inschrijvers in de gelegenheid te stellen om instructie te verschaffen over de bediening van hun materieel. Indien Schuitemaker en Rondaan menen dat de recentelijk (in Nota van Inlichtingen 5) geboden instructiegelegenheid niet volstaat, dienen zij gemotiveerd te stellen wat daaraan dient te worden veranderd. Met betrekking tot de samenstelling van de beoordelingsteams heeft de Gemeente tijdens de mondelinge behandeling verklaard dat zij chauffeurs heeft geselecteerd met weinig ervaring in de gladheidsbestrijding. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter kan hiermee het voordeel van de zittende leverancier met betrekking tot de vertrouwdeheid van het materieel worden weggenomen. Hierbij merkt de voorzieningenrechter nog op dat de eis van Schuitemaker dat de beoordelaars niet vertrouwd mogen zijn met het materieel van de zittende leverancier maar wel ervaring moeten hebben met gladheidsbestrijding praktisch niet uitvoerbaar is. Een gemengd team behoort eventueel wel tot de mogelijkheden.

Mede omdat de Gemeente tijdens de mondelinge behandeling een nadere toelichting heeft gegeven over de samenstelling en werkwijze van de beoordelingsteams, kan de voorzieningenrechter thans niet vaststellen dat een objectieve beoordeling realiter niet te verwachten valt. Het is aan de Gemeente om in de gegeven omstandigheden met extra aandacht een zorgvuldige samenstelling van het beoordelingsteam te waarborgen, zodat een objectieve beoordeling plaatsvindt. Voor ingrijpen door de voorzieningenrechter is in dit stadium op dit punt geen plaats.

4.12. Met betrekking tot Perceel 3 (Partnerschap en Innovatie) overweegt de voorzieningenrechter dat Schuitemaker haar bezwaren onvoldoende handen en voeten gegeven heeft. Zij heeft geen concrete feiten of omstandigheden naar voren gebracht waaruit volgt dat de zittende leverancier voor dit perceel – waarvoor bovendien meerdere opdrachtnemers worden gevraagd – een onge-rechtvaardigd voordeel heeft.

De vorderingen en proceskosten

4.13. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de aanbestedingsprocedure niet kan worden voortgezet zonder dat Ambitie 1 bij K3 voor de Perce-len 1 en 2 wordt aangepast, zodat de gelijke be-handeling beter is gewaarborgd. Het is niet aan de voorzieningenrechter om dat te concretiseren. Dit betekent niet noodzakelijkerwijs dat de aanbestedingsprocedure dient te worden gestaakt of dat heraanbesteding is aangewezen. Een nadere, door de Gemeente in te vullen, rectificatie van Ambitie 1 bij K3 volstaat, waarbij de gelijke behandeling van de inschrijvers beter moet worden gewaarborgd. Dit komt overeen met het mindere van de subsidiaire vordering van Rondaan.

4.14. Tijdens de mondelinge behandeling heeft de Gemeente ook toegezegd dat zij specificaties van het bestaande materieel zal verschaffen. In dit kort geding kan niet worden vooruitgelopen op het geval dat eventuele extra informatie wordt gevraagd, maar niet wordt verstrekt. Dat deel van de subsidiaire vordering van Rondaan wordt daarom afgewezen.

4.15. Tijdens de mondelinge behandeling heeft de voorzieningenrechter aan partijen meegedeeld dat dit vonnis meebrengt dat de inschrijving voor een periode van minimaal 10 dagen moet worden opgeschort. Aangezien de Gemeente dit vervolgens heeft toegezegd, hebben partijen geen belang meer bij een beslissing op dit punt.

4.16. Van de Gemeente mag verwacht worden dat zij rechterlijke vonnissen nakomt. Voor de oplegging van een dwangsom bestaat daarom geen aanleiding.

4.17. De slotsom is van de vorderingen van Schuitemaker, die strekken tot staking van de lopende procedure, worden afgewezen. In de omstandigheid dat de Gemeente na de dagvaarding nog wijzigingen heeft aangebracht in de aanbestedingsprocedure en de bezwaren van Schuitemaker deels terecht zijn, ziet de voorzieningenrechter aanleiding om in de verhouding tussen Schuitemaker en de Gemeente de proceskosten te compenseren, in die zin dat ieder van partijen de eigen kosten draagt.

4.18. De subsidiaire vordering van Rondaan wordt op de hierna te vermelden wijze toegewezen. Rondaan is hiermee aan te merken als de grotendeels in het gelijk gestelde partij. De Gemeente wordt daarom (in de verhouding tot Rondaan) in de proceskosten veroordeeld. De kosten aan de zijde van Rondaan worden de kosten begroot op € 1.683,00, waarvan € 667,00 aan griffierecht en € 1.016,00 aan salaris advocaat.

4.19. De nakosten en de wettelijke rente worden toegewezen zoals in het dictum vermeld.

5. De beslissing

De voorzieningenrechter:

5.1. gebiedt de Gemeente om, voor zover zij de onderhavige aanbestedingsprocedure wenst voort te zetten, een rectificatie te publiceren waarbij Ambitie 1 van K3 voor de Perceelen 1 en 2 wordt aangepast met inachtneming van het in dit vonnis bepaalde,

5.2. veroordeelt de Gemeente in de proceskosten, aan de zijde van aan de zijde van Rondaan tot op heden begroot op € 1.683,00, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW vanaf veertien dagen na heden tot de dag van voldoening,

5.3. veroordeelt de Gemeente in de na dit vonnis aan de zijde van Rondaan ontstane kosten, begroot op € 163,00 aan salaris advocaat, te vermeerderen, onder de voorwaarde dat de Gemeente niet binnen 14 dagen na aanschrijving aan het vonnis heeft voldaan en er vervolgens betekening van de uitspraak heeft plaatsgevonden, met een bedrag van € 85,00 aan salaris advocaat en de exploitkosten van betekening van de uitspraak, en te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW over de nakosten met

ingang van veertien dagen na de betekening van dit vonnis tot aan de voldoening,

5.4. compenseert de kosten voor het overige, in die zin dat ieder van partijen de eigen kosten draagt;

5.5. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad,

5.6. wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit vonnis is gewezen door mr. A.F.L. Geerdes en in het openbaar uitgesproken op 4 mei 2021.

3077/676

NOOT

Voordeel van de zittende dienstverlener – accepteren of elimineren?

Inleiding

In bovenstaande uitspraak oordeelde de voorzieningenrechter dat de gemeente Rotterdam onvoldoende oog heeft gehad voor het voordeel dat de zittende leverancier heeft ten opzichte van de overige inschrijvers. Dat werpt de vraag op hoe in de aanbestedingspraktijk wordt omgegaan met zittende leveranciers, dienstverleners of aannemers. En hoe ondervangt een aanbestedende dienst risico's op concurrentievervalsing en een verstoring van het *level playing field*?

In casu

In het onderhavige geval – waarbij de uit te voeren opdracht ziet op het leveren van gladheidsbestrijdingsmaterieel – stelt de voorzieningenrechter vast dat de zittende leverancier een oneigenlijk voordeel heeft op het subgunningscriterium “circulariteit”, nu het oude materieel zoveel mogelijk moet worden hergebruikt bij de uitvoering van de nieuwe opdracht. Dit hergebruik is voor de zittende leverancier makkelijker en goedkoper dan voor overige inschrijvers, omdat het hergebruikte materieel makkelijker is in te passen in het eigen materieel en de huidige leverancier gebruik kan maken van bestaande afzetkanalen.

Daarnaast maakt de voorzieningenrechter nog een opmerking over de “Value for Money” gunningssystematiek. De voorzieningenrechter oordeelt dat bij die methodiek veel gewicht wordt toegekend aan de kwalitatieve gunningscriteria en dat de keuze voor een “Value for Money” gun-

ningsmethodiek op zichzelf niet onrechtmatig is. De voorzieningenrechter oordeelt echter dat deze keuze wel een strenge beoordeling rechtvaardigt van de kwalitatieve subgunningscriteria.

Juridisch kader

Op basis van artikel 1.8 Aw 2012, artikel 1.12 Aw 2012 voor de nationale aanbestedingsprocedures en artikel 1.15 Aw 2012 voor de meervoudig onderhandse procedures rust op aanbestedende diensten de verplichting om ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze te behandelen. Op deze wijze wordt een gezonde en daadwerkelijke mededinging bevorderd, waarbij alle inschrijvers dezelfde kansen krijgen om een opdracht uit te mogen voeren.¹ Het waarborgen van een gelijk speelveld – een *level playing field* – is in dat kader een groot goed.

Juist dat *level playing field* zorgt in aanbestedingsland meer dan eens voor het doen rijzen van een dilemma: hoe moet de aanbestedende dienst omgaan met een zittende leverancier die inschrijft op de voortzetting van de huidige opdracht? Immers, die partij heeft al (ruime tijd) een kijkje in de keuken gekregen bij de aanbestedende dienst en heeft zodoende al ervaring met de uit te voeren opdracht en is meer dan ieder ander op de hoogte van de wensen van de aanbestedder.

De hoofdregel in de jurisprudentie – in gevallen waarbij wordt voortgebouwd op eerdere dienstverlening – is dat een kennisvoorsprong bij de zittende dienstverlener of leverancier inherent is.² In dergelijke gevallen komt het *level playing field* niet in het gedrang, zolang er geen sprake is van een kennisvoorsprong die de mededinging kan vervalsen of zorgt voor ongelijke kansen.³ Mocht de eerlijke mededinging door de voorsprong mogelijk toch worden geschaad, dan kan de aanbestedende dienst dit risico vaak ondervangen door te waarborgen dat alle inschrijvers over dezelfde, relevante informatie beschikken.⁴

1 HvJ EG 29 april 2004, nr. C-496/99 (Succhi di Frutta).

2 Commissie van Aanbestedingsexperts 7 december 2020, advies 582.

3 Zie onder meer vnr. Rechtbank Midden-Nederland 27 september 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:4581.

4 Commissie van Aanbestedingsexperts 7 december 2020, advies 582; Gerechtshof 's-Gravenhage 13 december 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:BC0036.

Het verband tussen de opmerking over *Value for Money* en de voorliggende vraag over het voordeel van de zittende dienstverlener ontgaat ons. De gunningssystematiek van *Value for Money* monetariseert de score op kwaliteit, zodat gekomen kan worden tot een gemonetariseerde eindscore op prijs (die immers al gemonetariseerd is) en kwaliteit. *Value for Money* is met andere woorden een systematiek, waarin twee grootheden – een beoordelingscijfer op kwaliteit en prijs – om worden gezet in dezelfde grootheid. Dit gegeven rechtvaardigt ons inziens geen strenge(re) beoordeling van de kwalitatieve subgunningscriteria, omdat het inherent aan een gunningssystematiek is dat de score op kwaliteit en prijs worden omgezet in dezelfde grootheid. Een gunningssystematiek (ongeacht of sprake is van *Value for Money*) rechtvaardigt naar ons oordeel wel een strenge(re) beoordeling als aan een bepaald subgunningscriterium een groot gewicht is toegekend. De eventuele kennisvoorsprong van een zittende dienstverlener ten aanzien van dat subgunningscriterium wordt dan logischerwijs prangender. Het is echter maar de vraag of daar in casu sprake van is, nu inschrijvers op het gewraakte subgunningscriterium “circulariteit” van de bestaande voorraad 200 punten konden scoren, op een totaal van 2.362,50 punten op het gunningscriterium “kwaliteit”.

Wat kan wel en wat kan niet?

Wat in ieder geval niet kan, is het dwingen van de zittende leverancier om dergelijke relevante informatie over de uitgevoerde (en daarmee over de nieuw uit te voeren) opdracht te delen met de aanbestedende dienst, indien daar op voorhand onderling geen duidelijke afspraken over zijn gemaakt.⁵

Indien de aanbestedende dienst wél over die essentiële informatie en documenten beschikt, is zij daarentegen gehouden die informatie met de andere inschrijvers te delen.⁶ Kortom, alle inschrijvers dienen over voldoende essentiële in-

formatie te beschikken om een verantwoorde inschrijving te doen.⁷

Daarvan is in ieder geval geen sprake in gevallen waarin inschrijvers worden gedwongen een inschatting te maken van omstandigheden die zij bij de uitvoering van de opdracht zullen aantreffen – en zij die omstandigheden in hun prijs tot uitdrukking moeten laten komen – terwijl de zittende dienstverlener of leverancier wél over die informatie kan beschikken uit hoofde van eerder door hem uitgevoerde werkzaamheden.⁸

Dat wil echter niet zeggen dat alle inschrijvers of gegadigden over precies dezelfde informatie dienen te kunnen beschikken. Het gaat om die informatie die – indien deze enkel in handen is van de zittende dienstverlener – zou zorgen voor een onrechtmatige kennisvoorsprong en daarmee een ongelijk speelveld en om informatie die noodzakelijk is voor het doen van een aanbidding.⁹

Het is aanbestedende diensten daarnaast niet toegestaan om – al dan niet opzettelijk – onduidelijkheid te laten bestaan in de aanbestedingsstukken over hoe inschrijvers de prijsvorming moeten vormgeven, terwijl de zittende leverancier daarvan wel volledig op de hoogte is.¹⁰

Daarbij dient wel opgemerkt te worden dat de partij die zich beroept op een verstoord *level playing field* door een gestelde kennisvoorsprong van de zittende leverancier zal moeten aantonen dat er door de kennisvoorsprong sprake is van verstoorde concurrentie. Het is in dat kader niet voldoende om aan te voeren dat de zittende leverancier op de nieuwe aanbesteding heeft ingeschreven met een lagere prijs dan de klagende partij.¹¹

Tot slot, is er ook rechtspraak voorhanden waaruit blijkt dat een aanbestedende dienst een voordeel van een zittende dienstverlener niet hoeft te elimineren. Aan dit oordeel ligt het uitgangspunt

5 Vzr. Rechtbank Den Haag 6 juli 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:8021.

6 Commissie van Aanbestedingsexperts 15 april 2016, advies 300.

7 Vzr. Rechtbank Midden-Nederland 8 januari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:104.

8 Vzr. Rechtbank Oost-Brabant 10 januari 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:BY9052.

9 Vzr. Rechtbank Midden-Nederland 27 september 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:4581; vzr. Rechtbank Maastricht 28 september 2009, ECLI:NL:RBMAA:2009:BJ9772.

10 Zie onder meer vzr. Rechtbank Amsterdam 4 december 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:9048.

11 Vzr. Rechtbank Den Haag 15 april 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:4284.

ten grondslag dat het bevoordelende gunningscriterium rechtstreeks verband moet houden met het voorwerp van de opdracht en het gunningscriterium niet dermate dominant is dat deelname van inschrijvers die geen invulling kunnen geven aan dat criterium zinledig is.¹²

Toegepast

Aan voornoemde toets komt de voorzieningenrechter in dit geval niet eens toe. De ongelijkheid tussen inschrijvers en de inbreuk op het *level playing field* is dusdanig ingebakken in de uitvraag van de gemeente Rotterdam dat het kennisoordeel van de huidige opdrachtnemer op geen enkele wijze kan worden weggenomen. De voorzieningenrechter oordeelt in dat verband dat het gelijkheidsbeginsel in het gedrang komt en het gunningscriterium dat betrekking heeft op hergebruik van materieel in de huidige vorm niet kan worden gehandhaafd. Het gaat de voorzieningenrechter echter te ver om de vordering tot staking van de aanbestedingsprocedure en/of heraanbesteding te honoreren. Een simpele aanpassing van het genoemde subgunningscriterium acht zij hier voldoende.

Conclusie

Kortom, het is aan aanbestedende diensten om een inschatting te maken of de zittende dienstverlener of leverancier bij een nieuwe aanbesteding over een onrechtmatige kennisvoorsprong zal beschikken. Om het risico op concurrentievervalsing en schending van het gelijkheidsbeginsel te ondervangen, zal de aanbestedende dienst alle relevante informatie en documenten met de markt moeten delen waarover de zittende aanbieder reeds beschikt.

Daarbij is het van belang om – indien de aanbestedende dienst voorziet dat dezelfde opdracht in de toekomst nogmaals in de markt zal worden gezet – duidelijke afspraken te maken met de huidige opdrachtnemer over het verstrekken van relevante informatie over de uitgevoerde opdracht. Op die wijze kan er tijdens de nieuwe aanbestedingsprocedure een *level playing field* worden gecreëerd door de aanbestedende dienst in kwestie.

In die gevallen waarbij het delen van essentiële informatie niet afdoende is om de concurrentieverstoring weg te nemen, zal in beginsel de aanbestedende dienst (op onderdelen) haar gunningssystematiek dienen te herzien. Zou de concurrentievoorsprong geen betrekking hebben op (sub)gunningscriteria maar op minimumeisen, dan dienen deze eisen in beginsel logischerwijs aangepast te worden door de aanbestedende dienst.

mr. J.M.E. Yilmaz
advocaat bij CMS

mr. F.J.P. Stoop
advocaat bij CMS

12 HvJ EG 17 september 2002, C-513/99; vzr. Rechtbank Midden-Nederland 28 augustus 2018, n.n.g.