

105

Voorzieningenrechter Rechtbank
Noord-Nederland (zittingsplaats Leeuwarden)
19 maart 2014, nr. C/17/132031 / KG ZA 14-16,
ECLI:NL:RBNNE:2014:1360, nr. C/17/132095 /
KG ZA 14-24, ECLI:NL:RBNNE:2014:1361, nr.
C/17/132103 / KG ZA 14-25,
ECLI:NL:RBNNE:2014:1363
(mr. Tangenberg)
Noot mr. C.H. van Hulsteijn
Noot mr. M.G.J. van der Velden en mr. C. de
Ruiter onder «JAAN» 2014/101

**Vernieuwbouw. Belangenverstrengeling. Ern-
stige beroepsfout. Motiveringsverplichting.
Inhoudelijke beoordeling van kwalitatieve cri-
teria. Beoordelingsvrijheid aanbestedende
dienst c.q. beperkte toetsingsvrijheid rechter.**

[Aanbestedingswet 2012 art. 2.130 lid 1 en 2,
art. 2.87 lid 1 en 2]

*Thialf exploiteert een schaatsaccommodatie te
Heerenveen, waar onder meer (inter)nationale
schaatskampioenschappen plaatsvinden. De hui-
dige accommodatie van Thialf is ruim 25 jaar oud*

en verouderd. Thialf heeft daarom gekozen voor vernieuwbouw van de huidige schaatsaccommodatie, inhoudende een grondige renovatie van het huidige stadion en het toevoegen van topsportfaciliteiten, met de mogelijkheid tot realisatie van een tweede trainingshal. Ten behoeve hiervan is Thialf in juli 2013 een Europese niet-openbare aanbesteding gestart. De directie van Thialf heeft vijf (combinaties van) gegadigden geselecteerd, die verder mogen deelnemen aan de gunningssfase: Ballast Nedam, Jorritsma c.s., Friso c.s., VolkerWessels en BAM. Het gunningscriterium is de economisch meest voordelige inschrijving (EMVI). Voor de bepaling van de uiteindelijke beoordeling van de inschrijvingen wordt de score van het criterium Prijs opgeteld bij de eindscore van het criterium Kwaliteit. De inschrijver met het uiteindelijk hoogste aantal punten heeft de economisch meest voordelige inschrijving. In het kader van het criterium Prijs dienen de inschrijvers een totaalprijs op te geven voor alle werkzaamheden die nodig zijn om een compleet en werkend geheel op te leveren conform het Programma van Eisen (PvE). De inschrijver met de laagste prijs ontvangt de meeste punten. Het criterium Kwaliteit is uitgewerkt in vier subcriteria: Visie op de opgave, Schetsontwerp, Bouwplanning en ProjectkwaliteitsPlan. Hierbij wordt door een beoordelingscommissie gelet op volledigheid, concreetheid, invulling en realiteitsgehalte. Thialf heeft verschillende, ook individuele, inlichtingenrondes gehouden. Tevens zijn er door Thialf in totaal vier Nvl's gepubliceerd. Op 20 december 2013 bericht Thialf, met een nadere toelichting, dat zij wenst te gunnen aan Ballast Nedam. Jorritsma c.s., Friso c.s. en VolkerWessels starten ieder een kort geding.

Jorritsma c.s. legt aan haar primaire vorderingen ten grondslag dat de inschrijving van Ballast Nedam door Thialf had moeten worden uitgesloten. Zij stelt dat in december 2013 de heer Hettinga is toegetreden tot de Raad van Commissarissen van Thialf en dat hij van 1995 tot 2000 werkzaam was voor Ballast Nedam. Hierdoor is sprake van (de schijn van) belangenverstrengeling. Ook vindt Jorritsma c.s. het opvallend dat Thialf geen gebruik heeft gemaakt van de facultatieve afwijzingsgrond als bedoeld in art. 3.3. van de Eigen Verklaring ('ernstige fout in de vier jaar voorafgaand'), nu Ballast Nedam in de periode van 1996-2003 steekpenningen in Saoedi-Arabië heeft betaald. De voorzieningenrechter overweegt dat een dermate lange termijn tussen een directiefunctie bij Ballast Nedam en een lidmaatschap van de RvC van Thialf redelijkerwijs geen grond oplevert voor het oordeel dat de eerlijke mededinging tussen de inschrijvers

bij de aanbesteding is geschaad, behoudens bijzondere omstandigheden. Zo zou uitsluiting van de inschrijving slechts aan de orde kunnen zijn, indien zou blijken van feiten of omstandigheden die tot de conclusie leiden dat in het voorliggende geval door toedoen van Hettinga sprake is geweest van begunstiging van Ballast Nedam, dan wel achterstelling van de overige inschrijvers. De voorzieningenrechter is van oordeel dat Jorritsma c.s. dit niet aannemelijk heeft kunnen maken. Jorritsma c.s. voert weliswaar diverse omstandigheden aan, maar die leveren noch op zichzelf, noch in onderling verband en samenhang beschouwd, voldoende onderbouwing op van enige (vorm van) begunstiging van Ballast Nedam door toedoen van Hettinga. Jorritsma c.s. komt naar het oordeel van de voorzieningenrechter niet verder dan het uiten van vermoedens. De stelling van Jorritsma c.s. dat Ballast Nedam ernstige beroepsfouten heeft gemaakt door in het verleden steekpenningen te betalen, is op zichzelf juist, zo oordeelt de voorzieningenrechter. Ingevolge art. 2.87 lid 1 aanhef en sub c Aanbestedingswet 2012 kan de aanbestedende dienst een inschrijver uitsluiten als de inschrijver een ernstige fout heeft begaan. Ingevolge lid 2 van dat artikel betreft de aanbestedende dienst bij de toepassing van deze bepaling uitsluitend ernstige fouten die zich in de vier jaar voorafgaand aan het genoemde tijdstip hebben voorgedaan. Verder dient te worden bedacht dat het in dezen een facultatieve uitsluitingsgrond betreft. Thialf was niet gehouden om jegens Ballast Nedam toepassing te geven aan bovengenoemd artikel, reeds omdat de gewraakte gedragingen van Ballast Nedam zich hebben afgespeeld in een periode langer dan vier jaar geleden vóór het moment van aanbesteding. Niet van belang acht de voorzieningenrechter dat een en ander pas later bekend is geworden doordat Ballast Nedam getracht heeft dit te verhullen. Gelet op het vorenstaande bestond er naar het oordeel van de voorzieningenrechter voor Thialf geen grond om de inschrijving van Ballast Nedam wegens belangenverstrengeling en/of het hebben begaan van een ernstige beroepsfout van de aanbestedingsprocedure uit te sluiten.

Jorritsma c.s., Friso c.s. en VolkerWessels leggen ieder in hun afzonderlijke procedures aan hun vorderingen onder meer ten grondslag dat Thialf de gunningsbeslissing onvoldoende heeft gemotiveerd en dat de inhoudelijke beoordeling van de kwalitatieve criteria niet juist geweest is. In art. 2.130 lid 1 en 2 Aanbestedingswet 2012 is de wettelijke (uit het transparantiebeginsel voortvloeiende) motiveringsverplichting opgenomen. Deze houdt in dat de mededeling van de gunningsbeslis-

sing aan iedere inschrijver de relevante redenen voor die beslissing bevat. Volgens de parlementaire geschiedenis van art. 2.130 Aanbestedingswet 2012 moeten de 'relevante redenen' in elk geval de volgende elementen bevatten:

i) Bekendmaking van de eindscores van zowel de afgewezen inschrijver als van de winnende inschrijver;

ii) De scores van de afgewezen inschrijver op specifieke kenmerken en de reden(en) waarom op dat specifieke kenmerk eventueel niet de maximum score is toegekend.

Naar het oordeel van de voorzieningenrechter heeft Thialf met de motivering die zij heeft gegeven in de brieven van 20 december 2013 en januari 2014 de grenzen opgezocht van wat een voldoende motivering van een gunningsbeslissing is. Zij gaf daarin weliswaar alle redenen voor de afwijzing van de betrokken inschrijver(s), de kenmerken en de voordelen van de inschrijving van de winnende inschrijving van Ballast Nedam, alsmede heeft zij uiteengezet wat de score van eiseressen en Ballast Nedam is en waarom aan eiseressen in bepaalde gevallen niet de maximum score is toegekend, maar zij deed dat dermate summier, dat alle partijen om een nadere toelichting vroegen, maar die niet kregen. De toelichting die door Thialf in haar akte alsmede ter terechtzitting is gegeven vormt naar voorlopig oordeel geen uitbreiding van de redenen van afwijzing, wijkt ook niet af van de eerder opgegeven redenen, en is derhalve toelaatbaar. Wél heeft deze nadere toelichting partijen en de voorzieningenrechter duidelijker inzicht verschaft in de redenen voor de afwijzing. De motivering van de gunningsbeslissing is schraal, maar voldoende te noemen. Voor een veroordeling van Thialf tot het verstrekken van een nadere motivering van de gunningsbeslissing aan eiseressen bestaat dan ook geen grond.

Vervolgens beantwoordt de voorzieningenrechter de vraag of er een andere beoordeling is gemaakt dan was aangekondigd en of de beoordeling juist is. De voorzieningenrechter stelt voorop dat enige mate van subjectiviteit inherent is aan de beoordeling van kwalitatieve criteria. Weliswaar staat dat – enigszins – op gespannen voet met de objectieve beoordelingssystematiek van het aanbestedingsrecht en de daarop toepasselijke beginselen van transparantie en gelijke behandeling, maar het behoeft – op zichzelf – nog niet mee te brengen dat ook daadwerkelijk sprake is van strijd met dat recht c.q. die beginselen. Overigens kan, naar het oordeel van de voorzieningenrechter, van een aanbestedende dienst niet worden verlangd dat zij exact omschrijft hoe zij wenst dat de inschrijver een be-

paald kwaliteitscriterium invult om een maximale score te kunnen behalen. Daarmee zou immers elke concurrentie en inventiviteit uit de markt worden gehaald en het onderscheidend vermogen van de inschrijvers verminderd worden. Ook mag de voorzieningenrechter niet op de stoel van de aanbestedende dienst gaan zitten bij het beoordelen van een inschrijving; hij dient slechts marginaal te toetsen of de door de aanbesteder uitgevoerde beoordeling – de puntenscore plus motivering – van de inschrijving voldoende grondslag vindt in de aanbestedingsstukken. De voorzieningenrechter stelt vast dat er een aanzienlijk pakket aan eisen en wensen door Thialf is vastgelegd in een zeer uitvoerig PvE. Voor zover partijen dit PvE te weinig concreet vinden, kan dat hen op basis van de Grossmann-jurisprudentie niet meer baten. Door mee te doen met de aanbesteding, hebben zij het PvE geaccepteerd. Zij hebben daarna ook nog ruim de gelegenheid gehad en genomen om nadere vragen te stellen en suggesties voor aanpassingen te doen. Bij de beoordeling en de motivering in deze aanbesteding zijn geen dusdanig ernstige fouten gemaakt, dat op basis van deze aanbesteding geen geldige beslissing kan worden genomen. De vorderingen van eiseressen die strekken tot herbeoordeling althans heraanbesteding worden niet toegewezen.

Zaak nr. C/17/132031 / KG ZA 14-16,
ECLI:NL:RBNNE:2014:1360

1. De besloten vennootschap *Jorritsma Bouw BV* te Bolsward,
 en
 2. de besloten vennootschap *Bouwgroep Dijkstra Draisma BV* te Bolsward,
 advocaten: mr. W.H.C. Bulthuis en mr. D.A. Westra te Leeuwarden,
 tegen
 de besloten vennootschap *Thialf OG BV* te Heerenveen,
 advocaten: mr. M.J.J.M. Essers en mr. W.M.A. Pronk te Amsterdam,
 en als tussenkomen partij
 de besloten vennootschap *Ballast Nedam Bouw & Ontwikkeling BV* te Nieuwegein,
 advocaat: mr. J.F. van Nouhuys te Rotterdam.

Zaak nr. C/17/132095 / KG ZA 14-24,
ECLI:NL:RBNNE:2014:1361

De besloten vennootschap *VolkerWessels Bouw & Vastgoedontwikkeling Noord BV* te Groningen,
 advocaat: mr. A.E. Broesterhuizen te Deventer,
 tegen
 de besloten vennootschap *Thialf OG BV* te Heerenveen,
 advocaten: mr. M.J.J.M. Essers en mr. W.M.A. Pronk te Amsterdam,
 en als tussenkomen partij
 de besloten vennootschap *Ballast Nedam Bouw & Ontwikkeling BV* te Nieuwegein,
 advocaat: mr. J.F. van Nouhuys te Rotterdam.

Zaak nr. C/17/132103 / KG ZA 14-25,
ECLI:NL:RBNNE:2014:1363

1. De besloten vennootschap *Aannemingsmaatschappij Friso BV* te Sneek,
 en
 2. de besloten vennootschap *Van Wijnen Gorredijk BV* te Gorredijk,
 advocaten: mr. W.J.W. Engelhart en mr. W. Oudenaarden te Utrecht,
 tegen
 de besloten vennootschap *Thialf OG BV* te Heerenveen,
 advocaten: mr. M.J.J.M. Essers en mr. W.M.A. Pronk te Amsterdam,
 en als tussenkomen partij
 de besloten vennootschap *Ballast Nedam Bouw & Ontwikkeling BV* te Nieuwegein,
 advocaat: mr. J.F. van Nouhuys te Rotterdam.

Uitspraak zaak nr. C/17/132031 / KG ZA 14-16,
ECLI:NL:RBNNE:2014:1360

1. *De procedure*
 (...; red.)

2. *De feiten*
 (...; red.)

3. *Het geschil*

3.1. Jorritsma c.s. vordert – na wijziging van eis – dat de voorzieningenrechter, bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad:

primair:

I. Thialf gebiedt de voorlopige gunning aan Ballast Nedam in te trekken en, indien zij nog steeds tot gunning van de opdracht inzake Vernieuwbouw Thialf wenst over te gaan, die opdracht aan de Combinatie te gunnen, althans aan geen ander te gunnen dan aan de Combinatie, onder verbeurte van een dwangsom van € 5.000.000,-, indien Thialf dit gebod niet nakomt; althans subsidiair:

II. Thialf gebiedt de voorlopige gunning aan Ballast Nedam in te trekken en tot een herbeoordeling over te gaan en te bepalen dat een nieuwe beoordelingscommissie, de inschrijvingen van de Combinatie en Ballast Nedam, althans alle inschrijvingen, zal herbeoordelen, conform de inhoud van het te wijzen vonnis, onder verbeurte van een dwangsom van € 5.000.000,-, indien Thialf dit gebod niet nakomt; en

III. Thialf gebiedt, indien uit de hierboven onder 1 bedoelde herbeoordeling blijkt dat de inschrijving van de Combinatie de economisch meest voordelige inschrijving is, de opdracht te gunnen aan geen ander dan aan de Combinatie, onder verbeurte van een dwangsom van € 5.000.000,-, indien Thialf dit gebod niet nakomt; en

IV. Thialf gebiedt de aanbestedingsprocedure te schorsen en geschorst te houden gedurende de tijd die gemoeid is met de hierboven onder 2 bedoelde herbeoordeling en Thialf te gelasten om bekendmaking van de uitkomst van de herbeoordeling een standstilltermijn van minimaal 20 dagen te bepalen en Thialf te verbieden gedurende die termijn een overeenkomst te sluiten, onder verbeurte van een dwangsom van € 5.000.000,-, indien Thialf dit gebod niet nakomt; meer subsidiair:

V. Thialf gebiedt de aanbesteding van Vernieuwbouw Thialf te staken en, voor zover Thialf de opdracht alsnog wenst te vergeven, opnieuw een aanbestedingsprocedure te voeren, welke heraanbesteding in dat geval plaatsvindt overeenkomstig de inhoud van het in deze te wijzen vonnis;

uiterst subsidiair:

VI. Thialf gebiedt een nadere motivering van de gunningsbeslissing aan de Combinatie te verstrekken, conform de inhoud van het te wijzen vonnis, onder verbeurte van een

dwangsom van € 5.000.000,--, indien Thialf dit gebod niet nakomt; en Thialf te gebieden de aanbestedingsprocedure te schorsen en geschorst te houden gedurende de tijd die gemoeid is met de hierboven onder 1 bedoelde nadere motivering en Thialf te gelasten na bekendmaking van die nadere motivering een standstilltermijn van minimaal 20 dagen te bepalen en Thialf te verbieden gedurende die termijn een overeenkomst te sluiten, onder verbeurte van een dwangsom van € 5.000.000,--, indien Thialf dit gebod niet nakomt; uiterst uiterst subsidiair:

VII. Thialf gebiedt, voor zover de voorzieningenrechter de primaire en subsidiaire vordering afwijst, de standstilltermijn te verlengen en Thialf te verbieden gedurende die termijn een overeenkomst te sluiten met Ballast Nedam zolang geen arrest is gewezen in een eventueel door de Combinatie in te stellen appèlprocedure dan wel totdat de appèltermijn ongebruikt is verstreken, onder verbeurte van een dwangsom van € 5.000.000,--, indien Thialf in strijd handelt met dit gebod en dit verbod;

uiterst uiterst uiterst subsidiair:

VIII. een maatregel treft die hij in goede justitie passend acht; in alle gevallen:

IX. Thialf veroordeelt in de kosten van deze procedure, daaronder begrepen de nakosten die worden vastgesteld op een bedrag van € 131,-- te vermeerderen met € 68,-- ingeval van betekening, te voldoen binnen veertien dagen na dagtekening van het te wijzen vonnis, en, indien voldoening niet binnen deze termijn plaatsvindt, te vermeerderen met de wettelijke rente, te rekenen vanaf de datum van het vonnis, althans vanaf de veertiende dag na de datum van het te wijzen vonnis, tot aan de dag van de algehele voldoening.

3.2. Thialf concludeert tot afwijzing van de vorderingen van Jorritsma c.s., met veroordeling van Jorritsma c.s. in de kosten van het geding, met bepaling dat als deze kosten niet binnen zeven dagen na dagtekening van het in dezen te wijzen vonnis worden voldaan, daarover vanaf de achtste dag na dagtekening van het vonnis de wettelijke rente verschuldigd is en met veroordeling van Jorritsma c.s. in de nakosten als bedoeld in artikel 237 lid 4 Rv, zijnde een bedrag van € 131,00 zonder betekening, verhoogd met een bedrag van € 68,00 in geval van betekening, met bepaling dat, als deze kosten niet binnen zeven dagen na de dagtekening van het in dezen te wijzen vonnis worden voldaan, daarover vanaf de achtste dag na dagtekening van het vonnis wettelijke rente verschuldigd is.

3.3. Ballast Nedam heeft bij incidentele conclusie tot tussenkomst gevorderd dat de voorzieningenrechter, bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad:

1. primair:

Ballast Nedam toestaat tussen te komen in het rechtsgeding tussen Jorritsma c.s. en Thialf; subsidiair:

Ballast Nedam toestaat zich te voegen aan de zijde van Thialf in het rechtsgeding tussen Jorritsma c.s. en Thialf;

2. Jorritsma c.s. niet-ontvankelijk verklaart in hun vorderingen, althans deze vorderingen afwijst;

3. Thialf verbiedt de opdracht aan een ander te gunnen dan aan Ballast Nedam, voor zover Thialf de opdracht nog wenst te vergeven en Jorritsma c.s. gebiedt te gehangen en te gedogen dat de opdracht aan Ballast Nedam wordt gegund;

4. Jorritsma c.s. in de kosten van het geding veroordeelt, alsmede de nakosten van € 131,00 zonder betekening en € 199,00 in geval van betekening van het in deze zaak te wijzen vonnis, met de aantekening dat als niet binnen twee weken na het wijzen van het vonnis aan de proceskostenveroordeling is voldaan daarover de wettelijke rente verschuldigd is.

4. *Het standpunt van Jorritsma c.s.*

4.1. Jorritsma c.s. legt – samengevat – het volgende aan haar vorderingen ten grondslag.

4.2. Er is sprake geweest van (de schijn van) belangenverstrengeling bij de voorlopige gunning van de opdracht door Thialf aan Ballast Nedam. Hettinga was in het verleden directeur bij Ballast Nedam. Per 4 december 2013 is hij lid geworden van de RvC van

Thialf, volgens Thialf speciaal in verband met zijn kennis van aanbestedingen. De voorlopige gunning van de opdracht stond, conform de Aanbestedingsleidraad, op 3 december 2013 gepland. Deze beslissing is twee maal uitgesteld (3 december 2013 en 17 december 2013), uiteindelijk tot 20 december 2013, dus tot ná de benoeming van Hettinga, hetgeen vraagtekens oproept. Dit klemte te meer nu het criterium Kwaliteit bij de gunning doorslaggevend was. Dit zijn "subjectieve criteria". Ballast Nedam heeft ten aanzien van de kwalitatieve elementen van haar inschrijving (véél) hoger gescoord dan Jorritsma c.s., terwijl de hoge score van Ballast Nedam op deze kwalitatieve elementen onjuist, onvolledig, ongeloofwaardig en/of niet-objectief gerechtvaardigd is. Een en ander doet de gedachte opkomen dat de benoeming van Hettinga als lid van de RvC van Thialf een rol heeft gespeeld bij de – voor Ballast Nedam gunstige – uitkomst van onderhavige aanbestedingsprocedure, hetgeen in strijd is met de door de aanbestedende in acht te nemen beginselen van gelijkheid en transparantie, aldus Jorritsma c.s. Controle op de exacte rol van de RvC, waaronder de rol van Hettinga, is niet mogelijk. Jorritsma c.s. acht het ook niet waarschijnlijk dat de RvC zich, zoals Thialf stelt, slechts een oordeel zou hebben gevormd omtrent de zorgvuldigheid van de aanbestedingsprocedure en over het financiële kader.

4.3. In de periode van 1996-2003 zijn door Ballast Nedam steekpenningen in Saoedi-Arabië betaald ("vermoedelijk honderden miljoenen euro's"). Zij en haar accountant hebben schikkingen getroffen met het OM: Ballast Nedam voor een bedrag van € 5 miljoen in december 2012, waarbij door Ballast Nedam is afgezien van een vordering op de fiscus van € 12,5 miljoen. Thialf heeft geen toepassing gegeven aan de imperatieve afwijzingsgrond zoals bedoeld in de Eigen Verklaring, nu er een schikking is getroffen en er geen sprake is van een onherroepelijke rechterlijke uitspraak. Opvallend genoeg heeft Thialf ook geen gebruik gemaakt van de facultatieve afwijzingsgrond als bedoeld in artikel 3.3.

van de Eigen Verklaring ("ernstige fout in de vier jaar voorafgaand"), waar dat in verreweg de meeste gevallen wél zou zijn gebeurd.

4.4. Gelet op het vorenstaande had de inschrijving van Ballast Nedam door Thialf moeten worden uitgesloten, zodat – primair – de opdracht aan Jorritsma c.s., als één na

hoogste inschrijver dient te worden gegund, althans – subsidiair – er een heraanbesteding van de opdracht dient plaats te vinden, aldus Jorritsma c.s.

4.5 Ten aanzien van het subcriterium Kwaliteit voert Jorritsma c.s. het volgende aan.

4.6. Kwaliteit: visie op de opdracht

Topsport centraal en versterking beleving

4.6.1. De subcriteria Topsport centraal en Versterking beleving worden door elkaar beoordeeld. In de aanbestedingsstukken is echter niet helder aangegeven wat ermee bedoeld

wordt. Volgens Jorritsma c.s. moet onder "topsport" worden verstaan een juiste combinatie van ijsomstandigheden en klimatologische omstandigheden, met daarnaast ondersteunende (droge) topsporttrainingsfaciliteiten. In "versterking beleving" zou tot uiting moeten komen in het ontwerp van het gebouw en de centrale rol die de ijsvloer die de ijsvloer daarin inneemt. Jorritsma c.s. heeft alle functies rondom het ijs gecentreerd, met uitzondering van die waarbij – ter voorbereiding van de sporters op hun prestaties – enige privacy noodzakelijk is. Jorritsma c.s. heeft hiervoor gekozen na gehouden interviews met topsporters en coaches.

4.6.2. Uit de motivering die Thialf heeft gegeven in de brief van 20 december 2013 kan worden afgeleid dat de centrale rol van topsport ziet op de fysieke positie die de topsport inneemt in het gebouw. Dat volgt niet uit de aanbestedingsstukken en die eis is niet gesteld. Het is volgens Jorritsma c.s. voorts onbegrijpelijk dat door Thialf in de beoordeling wordt aangegeven dat topsport niet fysiek centraal staat in het gebouw, nu dat in het ontwerp van Jorritsma c.s. uitdrukkelijk wél het geval is: de beleving van de topsport begint al buiten het gebouw en vervolgens is er bij binnenkomst direct zicht op de baan.

Thialf motiveert haar beoordeling op dit punt ook niet, anders dan met een verwijzing dat Ballast Nedam dat wél zou hebben gedaan en de beleving daardoor wordt versterkt.

Energiebesparing 50% zonder ESCo (Energy Service Company)

4.6.3. Thialf heeft in de beoordeling niet gemotiveerd waarom niet aan de gestelde reductie-eis wordt voldaan. Het huidige energieverbruik van Thialf is: 7.000 MWh en

800.000 m³ aardgas (= 14.040 MWh en CO₂: 4.916.000 kg). Ingevolge het "All-electric concept" van Jorritsma c.s. wordt een energiebesparing bereikt tot 4.905 MWh (-65%) en

CO₂: 2.452.723 kg (-51%), dankzij gebruik van restwarmte. Dit concept verbruikt geen aardgas. De energiestromen zijn weergegeven op pagina 58 van het bidboek. Thialf stelt

zich geheel ten onrechte op het standpunt dat Jorritsma c.s. heeft aangegeven dat de 50% energiereductie niet zou worden gehaald. Deze stelling betwist Jorritsma c.s. uitdrukkelijk.

Multifunctionaliteit en flexibiliteit

4.6.4. Thialf heeft de beoordeling op dit punt slechts beperkt toegelicht met "Voortbordurend op huidig Thialf", zonder daar een positieve of negatieve kwalificatie aan te verbinden. Het is niet duidelijk waarom Ballast Nedam dat beter zou hebben gedaan. De beoordeling van de deels houten gevel (bestaande uit houten staanders van Siberisch lariks naturel) hoort niet in dit stadium thuis, maar bij het Definitief Ontwerp. En als de houten gevel al in het Voorlopig Ontwerp thuis hoort, dan bij het subcriterium "schetsontwerp", waar de wegingsfactor 1,5 en niet 4 is. Voorts wordt in de Aanbestedingsleidraad slechts in zijn algemeenheid een "Duurzaam bouwwerk" geëist; er wordt met name bedoeld op energie- en waterverbruik. De houten gevel als beoordelingspunt te nemen is in strijd met de aanbestedingsstukken. De Siberische lariks vraagt bovendien zeer weinig tot geen onderhoud. Er is gekozen voor een zogenaamde "Onuitputtelijke bron" en de houten staanders dragen bij aan de zonwering, hetgeen het klimaat binnen het stadion ten goede komt. Samengevat stelt Jorritsma c.s. zich in dezen op het standpunt dat een detail, de houten gevel, is meebeoordeeld in de categorie "visie", en niet bij schetsontwerp met een onjuiste

beoordeling (wél technisch, want bijdragend aan energiebesparing, niet louter architectonisch).

Duurzaamheid wordt meegenomen in de visie.

De negatieve beoordeling werkt in dezen sterk door, in verband met de wegingsfactor.

Risico- en beheersmaatregelen

4.6.5. Jorritsma c.s. heeft de grootste risico's in kaart gebracht en passende oplossingen benoemd.

De weging van deze subfactor bij de beoordeling door Thialf is niet duidelijk.

Waar Thialf meedoet in de definitieve ontwerp-fase (DO-fase), zijn de risico's in die fase het Grootst, aldus Jorritsma c.s.

4.7. Kwaliteit: schetsontwerp

Het schetsontwerp moet in lijn zijn met de in te dienen open begroting. Er moet een dwarsverband zijn tussen het schetsontwerp en de visie op de opgave. Thialf stelt in de

beoordeling dat het publiek opgeknapt is en dat knelpunten nog steeds bestaan. Welke knelpunten dat zijn, motiveert zij echter niet. Jorritsma c.s. stelt dat zij de knelpunten

heeft opgelost met ledlijnen in vloer en plafond. Thialf meldt in de beoordeling voorts de aanname dat de deuren tussen wedstrijdhal en publiekszone open

blijven tussen evenementen. Jorritsma c.s. vraagt zich af waarom Thialf van deze aanname uitgaat. Bovendien is het een erg gedetailleerd punt in deze fase van de totstandkoming van

de vernieuwbouw. Het blijft ook slechts een voorstel van Jorritsma c.s. Derhalve heeft er ten onrechte een puntenaftrek plaatsgevonden. Verder noemt Thialf in de beoordeling dat de

entree goed is maar smal oogt. Dat laatste is onjuist, aldus Jorritsma c.s. Bovendien is er slechts sprake van een voorstel, het kan anders. Ook hier is sprake van een detaillistisch

punt wat niet thuishoort in deze fase van de totstandkoming van de vernieuwbouw.

Jorritsma c.s. erkent dat haar schetsontwerp meer m² omvat dan gevraagd. Dit is volgens Jorritsma c.s. echter nodig voor efficiëntie, visie op intensief toekomstig gebruik; een en

ander zit voornamelijk in de entree en de omloop. Binnen het beschikbare budget heeft Jorritsma c.s. meer ruimte geboden. Het is onbegrijpelijk dat dat tot aftrek van punten leidt,

aldus Jorritsma c.s.

4.8. Kwaliteit: bouwplanning

Thialf dient gedurende de schaatsseizoenen 2014/2015 en 2015/2016 beschikbaar te zijn voor trainingen en (internationale) wedstrijden, met name de wereldkampioenschappen

afstanden in februari 2015. Thialf uit in de beoordeling zorgen over de planning ten aanzien van technische werkzaamheden tijdens het

schaatsseizoen, waaronder de wereldkampioenschappen afstanden in februari 2015. Jorritsma heeft precies aangegeven hoe een en ander is ingepland. Thialf heeft genoemde zorgen ook niet onderbouwd. Thialf

heeft in de beoordeling verder zorgen geuit over het inregelen en beproeven van installaties.

Jorritsma c.s. geeft in haar bidboek aan dat het inregelen en beproeven van installaties voor het gebied rondom de hal meeloopt met de oplevercyclus. Het fijn inregelen vindt pas plaats in de laatste weken van de afbouw, waarin de bouw dermate ver is gevorderd dat alles kan worden gemeten en ingeregeld. De werkzaamheden die dat inregelen kunnen verstoren, worden dan niet meer uitgevoerd. Waarom Thialf in dezen zorgen heeft, wordt overigens ook niet duidelijk gemaakt.

4.9. Samenvattend stelt Jorritsma c.s. ten aanzien van het criterium “Kwaliteit” dat Thialf bij haar beoordeling op dit punt niet gestelde eisen en detaillistische punten heeft betrokken en de beoordeling onvoldoende heeft gemotiveerd. Hóe beoordeeld is, blijkt verder noch uit de aanbestedingsleidraad, noch uit de beoordeling zelf. Niet alles, wat nu wel wordt meegenomen, blijkt duidelijk, precies en ondubbelzinnig uit de aanbestedingsstukken.

5. Het standpunt van Thialf en Ballast Nedam

5.1. Thialf en Ballast Nedam betwisten de oordelen van Jorritsma c.s. Op de respectieve standpunten van Thialf en Ballast Nedam zal – voor zover nodig – bij de beoordeling worden ingegaan.

6. De beoordeling van het geschil in de hoofdzaak

Inleidende overwegingen

6.1. Het spoedeisend belang vloeit voort uit de aard van het gevorderde. Jorritsma c.s. kan zich immers slechts via onderhavig kort geding verzetten tegen de voorlopige gunning van de opdracht door Thialf aan Ballast Nedam.

6.2. De voorzieningenrechter zal recht doen op de gewijzigde eis van Jorritsma c.s., nu Thialf en Ballast Nedam geen bezwaren hebben geuit tegen deze eisiwijziging en niet gebleken is van redenen om deze eisiwijziging ambtshalve - wegens strijd met de goede procesorde - buiten beschouwing te laten.

6.3. Vooropgesteld wordt dat op de onderhavige niet-openbare aanbestedingsprocedure de AW 2012 van toepassing is.

Uitsluiting van de inschrijving van Ballast Nedam?

6.4. Allereerst zal de voorzieningenrechter ingaan op het punt van de gestelde belangenverstrengeling. Feit is dat Hettinga veertien jaar geleden directielid is geweest van één van de bedrijven van

het Ballast Nedam concern. Feit is óók dat Hettinga in zijn huidige hoofdbetrekking – directeur van vervoersbedrijf Arriva – projecten laat uitvoeren – bouw van of onderzoek naar infrastructurele werken – waarbij Ballast Nedam betrokken is. Een dermate lange termijn tussen een directiefunctie bij een Ballast Nedam vennootschap en een lidmaatschap van de RvC van Thialf levert, behoudens bijzondere omstandigheden, redelijkerwijs geen grond op voor het oordeel dat in dit geval de eerlijke mededinging tussen de inschrijvers bij de aanbesteding is geschaad. Uitsluiting van de inschrijving van Ballast Nedam vanwege betrokkenheid van Hettinga bij de aanbestedingsprocedure zou slechts aan de orde kunnen zijn, indien zou blijken van feiten of omstandigheden die naar voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter tot de conclusie leiden dat in het voorliggende geval - door toedoen van Hettinga - in de fase voorafgaand aan de voorlopige gunningsbeslissing sprake is geweest van begunstiging van Ballast Nedam, dan wel achterstelling van de overige inschrijvers, waardoor de eerlijke mededinging in de aanbestedingsprocedure geschaad zou zijn. Het ligt in dit kort geding op de weg van Jorritsma c.s. als eisende partijen om voldoende aannemelijk te maken dat door toedoen van Hettinga de eerlijke mededinging tussen de inschrijvers ten faveure van zijn oude werkgever Ballast Nedam – de winnende inschrijver in de aanbestedingsprocedure – is beïnvloed.

6.5. De voorzieningenrechter is van oordeel dat Jorritsma c.s. niet aannemelijk heeft gemaakt dat door toedoen van Hettinga zijn oude werkgever Ballast Nedam in de aanbestedingsprocedure – ten detrimente van de andere inschrijvers zoals Jorritsma c.s. – is begunstigd. Jorritsma c.s. voert daartoe weliswaar diverse omstandigheden aan, maar die leveren noch op zichzelf, noch in onderling verband en samenhang beschouwd, voldoende onderbouwing op van enige (vorm van) begunstiging van Ballast Nedam in deze aanbestedingsprocedure door toedoen van Hettinga. Jorritsma c.s. komt naar het oordeel van de voorzieningenrechter niet verder dan het uiten van vermoedens (“belangenverstrengeling”) in de richting van een dergelijke begunstiging. Het uiten van zodanige vermoedens is echter niet voldoende om te kunnen concluderen dat Hettinga Ballast Nedam in de aanbestedingsprocedure ten nadele van andere inschrijvers heeft begunstigd. Jorritsma c.s. heeft ook niet aannemelijk weten te maken dat er

sprake is geweest van méér bemoeienis van Hettinga met de aanbestedingsprocedure dan dat hij zich, zoals Thialf stelt, als lid van de RvC een oordeel heeft gevormd over de zorgvuldigheid van het aanbestedingsproces en de financiële kaders daarvan. Het zakelijk contact tussen Arriva en Ballast Nedam levert evenmin een grond op om aan te kunnen nemen dat in dit geval de eerlijke mededinging is geschaad, al niet omdat gesteld noch gebleken is dat Arriva uitsluitend met Ballast Nedam werkt. Overigens is contact tussen Arriva en bouwbedrijven over bouwprojecten ook voor de hand liggend.

6.6. Tussen partijen staat vast dat de imperatieve uitsluitingsgronden van artikel 2:86 AW in dit geval niet van toepassing zijn.

6.7. Ingevolge artikel 2:87 lid 1 aanhef en sub c AW kan de aanbestedende dienst een inschrijver of gegadigde van deelneming aan een overheidsopdracht of een aanbestedingsprocedure uitsluiten op grond van het feit dat de inschrijver of gegadigde in de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout heeft begaan, welke door de aanbestedende dienst aannemelijk kan worden gemaakt. Ingevolge het tweede lid van genoemd wetsartikel betreft de aanbestedende dienst bij de toepassing van voornoemde uitsluitingsbepaling uitsluitend ernstige fouten die zich in de vier jaar voorafgaand aan het genoemde tijdstip hebben voorgedaan. Achtergrond van deze bepaling is dat één van de uitgangspunten in het (Europees) aanbestedingsrecht is, gelet op punt 43 van de considerans van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (hierna: richtlijn 2004/18/EG), dat voorkomen moet worden dat overheidsopdrachten worden gegund aan ondernemers die in de uitoefening van hun beroep een ernstige fout hebben begaan. Het begrip "ernstige fout" omvat elk onrechtmatig gedrag van de betrokken marktdeelnemer dat invloed heeft op zijn professionele geloofwaardigheid, gewoonlijk gedrag dat wijst op kwaad opzet of nalatigheid van een zekere ernst (zie HvJ EU 13 december 2012, LJN: BY7194).

6.8. De stelling van Jorritsma c.s. dat Ballast Nedam ernstige beroepsfouten heeft gemaakt door in het verleden steekpenningen te betalen, is op zichzelf juist. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter was Thialf, anders dan Jorritsma c.s.

meent, niet gehouden om jegens Ballast Nedam toepassing te geven aan artikel 2:87 lid 1 aanhef en sub c AW, reeds omdat de gewraakte gedragingen van Ballast Nedam zich hebben afgespeeld in een periode langer dan vier jaar geleden vóór het moment van aanbesteding, namelijk in de periode 1996-2003. Niet van belang acht te voorzieningenrechter dat een en ander pas later bekend is geworden doordat Ballast Nedam getracht heeft dit te verhullen. Verder dient te worden bedacht dat het in dezen een facultatieve uitsluitingsgrond betreft, hetgeen meebrengt dat de aanbestedende dienst niet verplicht is om deze uitsluitingsgrond toe te passen. De Gids Proportionaliteit - die hierin leidend richtsnoer is - geeft aan dat met de toepassing hiervan behoedzaam moet worden omgegaan. In dit geval heeft Thialf redelijkerwijs mogen besluiten om aan genoemde ernstige beroepsfouten geen negatieve gevolgen voor de inschrijving van Ballast Nedam te verbinden, en de samenstelling van de RvC staat daar los van. Overigens moet gezegd worden dat Jorritsma c.s. zelf ook geen geheel onbevlekt blazoen heeft, blijkens een boete die haar in 2006 door de (toenmalige) NMA is opgelegd.

6.9. Gelet op het vorenstaande bestond er naar het oordeel van de voorzieningenrechter voor Thialf geen grond om de inschrijving van Ballast Nedam van de aanbestedingsprocedure uit te sluiten. Het daarop gerichte betoog van Jorritsma c.s. treft dus geen doel. Dit betekent dat de (primaire) vorderingen van Jorritsma c.s. die zien op intrekking van de gunningsbeslissing aan Ballast Nedam en gunning van de opdracht aan Jorritsma c.s. dienen te worden afgewezen.

De motivering van de afwijzing

6.10. In artikel 2:130 lid 1 en 2 AW is de wettelijke (uit het transparantiebeginsel voortvloeiende) motiveringsverplichting opgenomen. In het eerste lid van genoemd wetsartikel is bepaald dat de mededeling van de gunningsbeslissing aan iedere inschrijver de relevante redenen voor die beslissing bevat, alsmede een nauwkeurige omschrijving van de opschortende termijn. In het tweede lid van genoemd wetsartikel is bepaald dat voor de toepassing van het eerste lid onder relevante redenen in elk geval worden verstaan de kenmerken en de voordelen van de uitgekozen inschrijving, alsmede de naam van de begunstigde of de partij en bij de raamovereenkomst.

6.11. Volgens de parlementaire geschiedenis van artikel 2:130 BW (zie MvT, Kamerstukken II, 32 027, nr.3, p. 7) moeten de “relevante redenen” in elk geval de volgende elementen bevatten:

i) Bekendmaking van de eindscores van zowel de afgewezen inschrijver als van de winnende inschrijver;

ii) De scores van de afgewezen inschrijver op specifieke kenmerken en de reden(en) waarom op dat specifieke kenmerk eventueel niet de maximum score is toegekend.

6.12. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter heeft Thialf met de motivering die zij heeft gegeven in de brieven van 20 december 2013 en 10 januari 2014 de grenzen opgezocht van wat een voldoende motivering van een gunningsbeslissing is. Zij gaf daarin weliswaar alle redenen voor de afwijzing van de betrokken inschrijver(s), de kenmerken en de voordelen van de inschrijving van de winnende inschrijving van Ballast Nedam, alsmede heeft zij uiteengezet wat de score van Jorritsma c.s. en Ballast Nedam is en waarom ten aanzien van Jorritsma c.s. in bepaalde gevallen niet de maximum score is toegekend, maar zij deed dat dermate summier, dat alle partijen om een nadere toelichting vroegen, maar die niet kregen. De toelichting die door Thialf in haar akte alsmede ter terechtzitting is gegeven vormt naar voorlopig oordeel geen uitbreiding van de redenen van afwijzing, wijkt ook niet af van de eerder opgegeven redenen, en is derhalve toelaatbaar. Wél heeft deze nadere toelichting partijen en de voorzieningenrechter duidelijker inzicht verschaft in de redenen voor de afwijzing. Het is niet uitgesloten dat wanneer deze nadere toelichting eerder zou zijn gegeven, partijen een andere inschatting over (de wijze van) het aanvechten van de winnende inschrijving zouden hebben gemaakt. Als dat juist zou zijn, heeft Thialf de vertraging bij de start van de vernieuwbouw (mede) aan haar eigen opstelling te wijten. Hoe ook, de motivering van de gunningsbeslissing is schraal, maar voldoende te noemen.

6.13. Voor een veroordeling van Thialf tot het verstrekken van een nadere motivering van de gunningsbeslissing aan Jorritsma c.s. bestaat dan ook geen grond. De daartoe strekkende uiterst subsidiaire vorderingen van Jorritsma c.s. (sub VI. van de akte wijziging van eis) zijn dan ook niet toewijsbaar.

De inhoudelijke beoordeling van de kwalitatieve criteria

6.14. Vervolgens dient de vraag te worden beantwoord of er een andere beoordeling is gemaakt dan was aangekondigd en of de beoordeling juist is. De bezwaren van Jorritsma c.s. tegen de beoordeling van haar inschrijving zien overigens slechts op het criterium “Kwaliteit” en niet op het criterium “Prijs”.

6.15. Vooropgesteld moet worden dat enige mate van subjectiviteit inherent is aan de beoordeling van kwalitatieve criteria. Weliswaar staat dat - enigszins - op gespannen voet met de objectieve beoordelingssystematiek van het aanbestedingsrecht en de daarop toepasselijke beginselen van transparantie en gelijke behandeling, maar het behoeft - op zichzelf - nog niet mee te brengen dat ook daadwerkelijk sprake is van strijd met dat recht c.q. die beginselen. Van belang is dat (i) zodanige criteria worden geformuleerd dat het voor een kandidaat-inschrijver volstrekt duidelijk is aan welke kwaliteitseisen hij moet voldoen, (ii) de inschrijvingen aan de hand van een zo objectief mogelijk systeem worden beoordeeld, en (iii) de aanbestedende dienst zijn uiteindelijke keuze motiveert op een wijze die het voor de afgewezen inschrijvers mogelijk maakt om (a) de wijze waarop de beoordeling heeft plaatsgevonden te toetsen en (b) te controleren of de beoordeling de (voorlopige) gunningsbeslissing rechtvaardigt. Een aanbestedende dienst is gehouden om de inschrijving overeenkomstig de door hem gestelde eisen te beoordelen en mag geen afwegingsregels of subcriteria voor de gunningscriteria toepassen die zij niet vooraf ter kennis van de inschrijvers heeft gebracht, omdat anders in strijd met het transparantie- en gelijkheidsbeginsel zou worden gehandeld (zie HvJ EU 24 januari 2008, C-532/06, Lianakis/Alexandroupolis en gerechtshof Den Haag, 21 februari 2012, LJN:BV6808).

6.16. Van een aanbestedende dienst kan naar het oordeel van de voorzieningenrechter overigens niet worden verlangd dat zij exact omschrijft hoe zij wenst dat de inschrijver een bepaald kwaliteitscriterium invult om een maximale score te kunnen behalen. Daarmee zou immers elke concurrentie en inventiviteit uit de markt worden gehaald en het onderscheidend vermogen van de inschrijvers verminderd worden. Een gunningssystematiek (mede) op basis van kwaliteit zal daarom aan een inschrijver ruimte moeten laten om de gestelde vragen naar eigen inzicht te beantwoorden. Daardoor wordt een inschrijver optimaal gestimuleerd om inventief in te schrijven en door middel

van de beantwoording van de vraag zoveel mogelijk kenbaar te maken begrip te hebben voor en inzage te hebben in die aspecten van de opdracht die naar zijn oordeel relevant zijn voor de aanbestedende dienst. Tevens kan de inschrijver zo laten zien op welke wijze, in zijn perceptie, de hoogste kwaliteit in het licht van de aan te besteden opdracht zal worden gerealiseerd. Alleen op die wijze kan naar het oordeel van de voorzieningenrechter door de aanbestedende dienst een serieuze selectie - en daaraan verbonden puntentoekenning - op grond van kwaliteit plaatsvinden. In het onderhavige geval wenste Thialf met name een beroep te doen op de creativiteit van de inschrijvers binnen de kaders van het PvE.

6.17. De voorzieningenrechter mag niet op de stoel van de aanbestedende dienst gaan zitten bij het beoordelen van een inschrijving; hij dient slechts marginaal te toetsen of de door de aanbesteder uitgevoerde beoordeling – de puntenscore plus motivering – van de inschrijving voldoende grondslag vindt in de aanbestedingsstukken. Het is niet aan de voorzieningenrechter om de kwalificatie “goed” of “zeer goed” aan (onderdelen van) de inschrijving te hechten. Aan de aangewezen beoordelaars komt dan ook de nodige vrijheid toe, te meer nu zij geacht mogen worden te zijn aangewezen vanwege hun specifieke deskundigheid. Bij de weging van de beoordeling – welk cijfer wordt toegekend – is de beoordelingscommissie vrij. Slechts indien sprake zou zijn van procedurele dan wel inhoudelijke onjuistheden dan wel onduidelijkheden die zouden kunnen meebrengen dat de (voorlopige) gunningsbeslissing niet deugt, is plaats voor ingrijpen door de rechter.

6.18. De voorzieningenrechter stelt vast dat er een aanzienlijk pakket aan eisen en wensen door Thialf is vastgelegd in een zeer uitvoerig PvE. Voor zover partijen dit PvE te weinig concreet vinden, kan dat hen op basis van de Grossmann-jurisprudentie niet meer baten. Door mee te doen met de aanbesteding, hebben zij het PvE geaccepteerd. Zij hebben daarna ook nog ruim de gelegenheid gehad en genomen om nadere vragen te stellen en suggesties voor aanpassingen te doen. Thialf heeft daarop met vier zogeheten Nota's van Inlichtingen gereageerd en zo laten weten wat haar standpunt is dienaangaande. Dat het Schetsontwerp zoals dat door Thialf is gevraagd meer omvatte dan doorgaans aan detaillering wordt gevraagd, is met het voorgaande gegeven.

Thialf heeft per beoordelingscriterium aangegeven waar de grond daarvoor gevonden kan worden in het PvE. Dát is door geen van partijen weersproken.

- Visie op de opgave -

6.19. De voorzieningenrechter deelt de mening van Thialf dat de diverse onderwerpen van het subcriterium “Visie op de opgave” niet los van elkaar gezien kunnen worden, maar dat daarin overlappendingen kunnen voorkomen. Alle onderwerpen dienen immers tot uiting te komen in één visie. Dat Thialf ten onrechte zou hebben geoordeeld dat Jorritsma c.s. de topsport niet een centrale functie heeft gegeven en dat niet alle functies niet rondom het ijs heeft gecentreerd, heeft Jorritsma c.s. niet aannemelijk gemaakt. Thialf heeft naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter terecht aangevoerd dat in bijlage 1A van het PvE staat vermeld dat de sporterszone centraal staat in Nieuw Thialf, niet alleen symbolisch maar ook fysiek en dat de topsporttrainingsfaciliteiten direct aan de wedstrijdhal dienen te liggen. Thialf heeft in dat kader ook verwezen naar het bijbehorende vlekkenplan en naar de presentaties aan de inschrijvers gehouden op 17 en 18 oktober 2013, waarbij de positionering van de faciliteiten en zones rondom de wedstrijdhal en het belang van zichtlijnen zijn verduidelijkt. Daarbij is aangegeven dat een directe verbinding tussen wedstrijdhal en krachthonk erg belangrijk is. Dat Thialf ten onrechte heeft geoordeeld dat Jorritsma c.s. dit niet heeft opgepakt, heeft Jorritsma c.s. niet aannemelijk gemaakt. Vast staat immers dat in het ontwerp van Jorritsma c.s. de kracht- en fitnessruimte niet direct aan de wedstrijdhal grenst. Dat Jorritsma c.s. hiervoor heeft gekozen na gehouden interviews met topsporters en coaches, maakt dit niet anders.

6.20. Op pagina 9 van bijlage 1B bij het PvE staat vermeld dat de ontwerpeis voor het energieverbruik is dat deze maximaal 50% energieverbruik per m² ijs mag zijn ten opzichte van de huidige situatie van Thialf en dat dit moet worden onderbouwd en gegarandeerd.

Met betrekking tot het energieverbruik heeft Jorritsma c.s. op pagina 58 van haar bidbook aangegeven dat met behulp van een All-Electric concept zij een energiereductie van minimaal 65% kunnen realiseren en een reductie van de CO₂-emissie van ruim 50%. Uit de ter zitting getoonde pagina 60 van het bidbook is gebleken dat de op pagina 58 genoemde energiereductie betrekking heeft op

de situatie zonder ESCo en de op pagina 60 genoemde energiereductie op die met ESCo. De voorzieningenrechter is echter van oordeel dat, gelijk Thialf heeft aangevoerd, Jorritsma c.s. heeft nagelaten voldoende te onderbouwen en te garanderen - hetgeen zij op basis van bijlage 1B van het PvE wel hadden moeten doen - dat zij daadwerkelijk aan de wens van Thialf ten aanzien van het energieverbruik tegemoet konden komen. Of Jorritsma c.s. tijdens de presentatie zouden hebben aangegeven dat zij niet aan de gevraagde energiereductienorm zouden kunnen voldoen - zoals Thialf heeft gesteld en Jorritsma c.s. gemotiveerd heeft betwist - zal de voorzieningenrechter daarmee in het midden laten. Voor zover Jorritsma c.s. zich heeft beroepen op het als productie 13 overgelegde rekenmodel van de energiestromen van Ekwadraat, waaruit de aangegeven reductiepercentages zouden blijken, overweegt de voorzieningenrechter dat ter zitting is gebleken dat dit rekenmodel niet bij de inschrijving is overgelegd, maar eerst in het kader van de onderhavige procedure ter kennis van Thialf is gebracht. Daarmee miskent Jorritsma c.s. dat zij in het kader van de onderhavige procedure niet aan dient te tonen of zij de gevraagde energiereductie kan realiseren, maar of Thialf op basis van de inschrijving ten onrechte heeft geoordeeld dat Jorritsma c.s. niet heeft aangetoond dat zij hieraan kan voldoen.

6.21. Dat de beoordeling door Thialf dat de visie met betrekking tot de multifunctionaliteit en flexibiliteit voortborduurde op de huidige structuur van Thialf een onjuiste zou zijn, is - gelet op het marginale toetsingskader van de voorzieningenrechter - evenmin aannemelijk geworden. Thialf heeft in dat kader onder meer toegelicht dat Jorritsma c.s. de sporterszone heeft versnipperd over de begane grond en de eerste verdieping en dat de werkplaats en controlekamer voor de technische dienst op eerste verdieping is gepositioneerd, terwijl in bijlage 1A PvE is gevraagd om deze diensten dichtbij de wedstrijdhallen en de ijshockeyhal te positioneren.

6.22. Tevens niet onjuist is gebleken de beoordeling dat de gevel zoals Jorritsma c.s. die zouden willen realiseren niet onderhoudsvrij is. Voor zover Jorritsma c.s. heeft betoogd dat de houten gevel niet thuishoort bij het criterium "Visie op de opdracht", maar bij "Schetsontwerp" heeft Thialf dit naar het oordeel van de voorzieningenrechter voldoende gemotiveerd weerlegd. Thialf heeft in

dat kader toegelicht dat de opmerkingen over de houten gevel geen betrekking hebben op de duurzaamheid van het gekozen materiaal, maar op de kolommen die voor de gevel worden geplaatst en daarmee onderhoud van de achterliggende pui bemoeilijken. Dat Jorritsma c.s. de beoordeling anders heeft uitgelegd, maakt dat niet anders.

6.23. Dat de door Jorritsma c.s. genoemde risico's en beheersmaatregelen ten onrechte als redelijk zijn beoordeeld, is evenmin gebleken, gezien de marginale toetsing die de voorzieningenrechter in dezen past.

- Schetsontwerp -

6.24. Zoals hiervoor reeds is overwogen bracht het uitgebreide en gedetailleerde PvE met zich dat Thialf aan het schetsontwerp bepaalde eisen mocht stellen die verder gaan dan gebruikelijk is voor een schetsontwerp. Gelijk Thialf heeft betoogd, had zij immers zelf in het PvE al een vlekkenplan gerealiseerd. Voorts geeft de Aanbestedingsleidraad aan dat hoe concreter het ontwerp is, hoe hoger de score. Vast staat dat Jorritsma c.s. geen gehoor heeft gegeven aan de wens van Thialf - teneinde het gevoel van saamhorigheid tijdens (grote) schaatsevenementen tot uitdrukking te brengen - van een centrale entree. Deze wens is, gelijk Thialf aangevoerd, neergelegd in bijlage 1A van het PvE en in de Nota van Inlichtingen van 29 oktober 2013. Dat de entree smal zou ogen, zoals Thialf in haar brief van 20 december 2013 heeft aangegeven, en dat er meer m² zijn gecreëerd dan door Thialf gevraagd zijn, zijn, zo heeft Thialf ter zitting toegelicht, ondergeschikte punten.

Voorts is niet aannemelijk geworden dat de beoordeling ten aanzien van de logistieke knelpunten onjuist is geweest. Jorritsma c.s. heeft weliswaar aangegeven dat zij deze punten heeft opgelost met ledlijnen, doch volgens Thialf is dit geen oplossing maar een noodmaatregel. Gelet op de marginale toetsing die de voorzieningenrechter in dezen past, kan deze benadering van Thialf niet als onjuist worden beoordeeld.

Ten aanzien van de vrees voor tochtproblemen overweegt de voorzieningenrechter dat blijkens de bijlage 1B bij het PvE Thialf een gesloten systeem voorstaat, waarbij een goede klimaatbeheersing van belang is en waarbij tocht in de hal moet worden voorkomen. Niet is gebleken dat het ontwerp van Jorritsma c.s. hieraan voldoet. Dat Thialf de door Jorritsma c.s. aangedragen oplossing om

tijdens evenementen de tussendeuren gesloten te houden, onwenselijk en niet realistisch vind, acht de voorzieningenrechter niet onbegrijpelijk.

Dat Thialf het schetsontwerp op onjuiste gronden met een 7 heeft beoordeeld heeft Jorritsma c.s. naar het oordeel van de voorzieningenrechter dan ook niet aannemelijk gemaakt.

- Bouwplanning -

6.25. Ten aanzien van de bouwplanning overweegt de voorzieningenrechter dat Thialf haar zorgen heeft geuit omtrent de plaats van de techniek in de planning, de uitvoering van de technische werkzaamheden tijdens het schaatsseizoen en de periode van het inregelen en beproeven van de installaties. De voorzieningenrechter is van oordeel dat Thialf deze zorgen voldoende concreet onderbouwd heeft. Zo heeft Thialf aangevoerd dat uit de planning van Jorritsma c.s. niet blijkt hoe zij omgaan met de installatie onder de vloer die drie weken na de start van de bouw dient plaats te vinden. Bovendien heeft Jorritsma c.s. in haar planning opgenomen dat de nieuwe installaties in de wedstrijdhallen worden aangebracht. Dat betekent volgens Thialf dat er concessies moeten worden gedaan aan de installaties en dat het de vraag is of de bestaande installatie aan de nieuwe ijsvloer gekoppeld kan worden. Tot slot heeft Thialf aangevoerd dat in de planning van Jorritsma c.s. ook in het schaatsseizoen van 2014/2015 werkzaamheden plaatsvinden aan de dakconstructie en de dakbedekking. Deze werkzaamheden brengen veiligheidsrisico's met zich voor bezoekers, sporters en personeel en er ontstaat een verhoogde kans op lekkage. De werkzaamheden kunnen hun weerslag hebben op de prestaties van de topsporters tijdens de geplande wedstrijden, waaronder de wereldkampioenschappen afstanden. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter heeft Jorritsma c.s. aldus niet aannemelijk gemaakt dat met inachtneming van het bovenstaande de door Thialf gemaakte opmerkingen aangaande de planning onjuist zijn.

- Conclusie -

6.26. De conclusie moet dan ook zijn dat bij de beoordeling en de motivering in deze aanbesteding geen dusdanig ernstige fouten zijn gemaakt, dat op basis van deze aanbesteding geen geldige beslissing kan worden genomen. Alleen dat al staat aan een heraanbesteding in de weg. De daartoe strekkende vordering van Jorritsma c.s. is dan ook niet toewijsbaar.

6.27. Ten slotte is door Jorritsma c.s. nog gevorderd dat de voorzieningenrechter Thialf zou moeten verbieden een definitieve gunningsbeslissing te nemen totdat de appèltermijn van dit vonnis zou zijn verstreken of totdat in hoger beroep zou zijn geoordeeld. Die vordering zal eveneens worden afgewezen. Het aanbestedingsrecht geeft met het entameren door de afgewezen inschrijver van een kort geding tegen een voorlopige gunningsbeslissing een mogelijkheid voor rechterlijke toetsing van deze beslissing op korte termijn. Dat is met deze beslissing gegeven. Een verdergaande rechtsbescherming voor de afgewezen inschrijver – in de door Jorritsma c.s. bepleite zin – verdraagt zich niet met de aard van deze procedure.

De vorderingen van Ballast Nedam als tussenkomende partij

6.28. Uit al hetgeen hiervoor is overwogen volgt dat de inschrijving van Ballast Nedam terecht als winnende inschrijving door Thialf is aangemerkt in deze aanbestedingsprocedure. Volgens vaste jurisprudentie is een ongeclausuleerd gebod tot gunning aan de winnende partij in strijd met het beginsel van de contractsvrijheid. Wél is toewijsbaar een gebod tot gunning onder de voorwaarde dat de aanbestedende dienst nog steeds tot gunning van de opdracht wil overgaan. Dat brengt in dit geval mee dat, indien Thialf op basis van de huidige aanbestedingsprocedure nog steeds wenst te gunnen, zij de opdracht aan Ballast Nedam dient te gunnen. In zoverre kan het door Ballast Nedam gevorderde gebod tot gunning dan ook worden toegewezen (vgl. gerechtshof Den Haag, 24 maart 2009, LJN: BH9023). Het tevens gevorderde gebod jegens Jorritsma c.s. om te gehangen en te gedogen dat de opdracht aan Ballast Nedam wordt gegund zal worden afgewezen, nu Ballast Nedam deze vordering niet heeft onderbouwd. Zo heeft zij bijvoorbeeld niet gesteld wat onder voormeld gehangen en gedogen in dit specifieke geval zou moeten worden verstaan, noch welk belang zij daarbij in dezen heeft. Proceskosten

6.29. Jorritsma c.s. zullen als de in het ongelijk te stellen partij in de proceskosten worden veroordeeld.

6.30. De proceskosten aan de zijde van Thialf worden vastgesteld op:

vast recht € 608,00

salaris van de advocaat € 816,00

-----+
€ 1.424,00

6.31. De proceskosten aan de zijde van Ballast Nedam worden vastgesteld op:

vast recht € 608,00

salaris van de advocaat € 816,00

-----+

€ 1.424,00

6.32. De door Thialf en Ballast Nedam gevorderde nakosten zijn toewijsbaar zoals hierna in het dictum te melden.

in het incident

6.33. De voorzieningenrechter dient nog te beslissen over de proceskosten in het incident.

6.34. Hoewel Jorritsma c.s. als de in het incident in het ongelijk te stellen partij dient te worden beschouwd, zullen de proceskosten conform het daartoe in de conclusie tot tussenkomst door Ballast Nedam gedane verzoek worden gecompenseerd op na te melden wijze.

7. De beslissing

De voorzieningenrechter:
in het incident

7.1. staat de tussenkomst van Ballast Nedam toe;

7.2. compenseert de kosten van het incident, in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt; in de hoofdzaak

7.3. wijst de vorderingen van Jorritsma c.s. af;

7.4. gebiedt Thialf om de opdracht te gunnen aan Ballast Nedam, voor zover Thialf op basis van de onderhavige aanbestedingsprocedure nog steeds tot gunning van de opdracht wenst over te gaan;

7.5. veroordeelt Jorritsma c.s. in de kosten van het geding, aan de zijde van Thialf vastgesteld op € 1.424,00, alsmede in de nakosten van € 131,00 zonder betekening en € 199,00 in geval van betekening van dit vonnis, en bepaalt dat, als niet binnen veertien dagen na de dagtekening van dit vonnis aan de proceskostenveroordeling wordt voldaan, daarover de wettelijke rente verschuldigd is.

7.6. veroordeelt Jorritsma c.s. in de kosten van het geding, aan de zijde van Ballast Nedam vastgesteld op € 1.424,00, alsmede de nakosten van € 131,00 zonder betekening en € 199,00 in geval van betekening van dit vonnis, en bepaalt dat als niet binnen veertien dagen na de dagtekening van het vonnis aan de proceskostenveroordeling is voldaan daarover de wettelijke rente verschuldigd is.

7.7. verklaart dit vonnis ten aanzien van de sub 7.4., 7.5. en 7.6. van het dictum genoemde veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

7.8. wijst af hetgeen overigens door Ballast Nedam is gevorderd;

t. Met de afwijzing van de vordering van Jorritsma c.s. die strekt tot het bepalen van een standstill-termijn tot na het hoger beroep is er ook geen procesueel belang bij dit onderdeel van de vordering.

De complete uitspraken zijn te raadplegen op www.sdu-jaan.nl

NOOT

Inleiding

De combinatie Jorritsma Bouw B.V. en Bouwgroep Dijkstra Draisma B.V. (hierna: 'de Combinatie') heeft deelgenomen aan een aanbesteding van Thialf OG B.V. ('Thialf') voor de vernieuwbouw van de huidige schaatsaccommodatie van Thialf te Heerenveen. De aanbesteding betrof een niet-openbare Europese aanbestedingsprocedure conform de Aanbestedingswet 2012. Voor de gunningsfase werden vijf partijen uitgenodigd, waaronder de Combinatie en Ballast Nedam Bouw & Ontwikkeling B.V. ('Ballast Nedam'). Ballast Nedam eindigde op de eerste plaats, de Combinatie op de tweede.

De Combinatie maakte bezwaar tegen het gunningsvoornemen (zoals overigens nog twee andere afgewezen inschrijvers¹). De Combinatie stelde onder meer dat Ballast Nedam moest worden uitgesloten van de aanbestedingsprocedure, omdat sprake zou zijn van ontoelaatbare belangenverstrengeling tussen Thialf en Ballast Nedam.

De voorzieningenrechter wees de bezwaren van de Combinatie van de hand. Volgens de voorzieningenrechter had de Combinatie onvoldoende aannemelijk gemaakt dat Ballast Nedam in de aanbestedingsprocedure was begunstigd door toedoen van één van de leden van de Raad van Commissarissen van Thialf, die veertien jaar eerder een directiefunctie had vervuld bij een vennootschap uit het concern van Ballast Nedam. Niet was komen vast te staan dat de eerlij-

1 Zie ECLI:NL:RBNNE:2014:1361 en ECLI:NL:RBNNE:2014:1363.

ke mededinging tussen de inschrijvers was beïnvloed. Ook de andere bezwaren van de Combinatie werden afgewezen.

De vraag rijst of Thialf (al dan niet op vordering van de voorzieningenrechter) wel had mogen overgaan tot uitsluiting van Ballast Nedam, indien zij had gemeend dat sprake was van ontoelaatbare belangenverstrengeling. Ik ga daarop hierna in.

Uitsluitingsmaatregelen

Belangenverstrengeling is geen uitsluitingsgrond die (onder die noemer) voorkomt in art. 45 Richtlijn 2004/18/EG ('de richtlijn') of in art. 2.86 of art. 2.87 Aanbestedingswet 2012. Daarmee vormt deze mogelijke reden voor uitsluiting een zogenaamde 'uitsluitingsmaatregel'.

Uitsluitingsmaatregelen zijn gronden waarop – naast de in de richtlijn genoemde 'uitsluitingsgronden' – tot uitsluiting kan worden overgegaan. In het Europese *Michaniki*-arrest² kwamen de uitsluitingsmaatregelen voor de eerste maal onder die naam voor. De specifieke vraag lag daar voor of het is toegestaan om redenen te formuleren op basis waarvan een inschrijver (automatisch) wordt uitgesloten van een aanbesteding, indien een dergelijke reden niet als 'uitsluitingsgrond' voorkomt in de richtlijn. Met andere woorden: zijn de in de Richtlijn geformuleerde uitsluitingsgronden limitatief?

Het HvJ EU overwoog allereerst dat de aanpak van de gemeenschapswetgever erin bestond om enkel uitsluitingsgronden op te nemen die waren gebaseerd op de objectieve vaststelling van feiten of specifieke gedragingen van de betrokken ondernemer, als gevolg waarvan:

- zijn professionele rechtschapenheid in opsprak raakt of
- zijn economische of financiële vermogen om de werkzaamheden uit hoofde van de overheidsopdracht waarop hij heeft ingeschreven tot een goed einde te brengen, in twijfel wordt getrokken.

Redenen die verband houden met de professionele kwaliteiten van een ondernemer, kunnen daarom alleen in de in de richtlijn genoemde gevallen leiden tot uitsluiting, volgens het HvJ

EU.³ Anders gezegd: voor zover het gaat om de professionele kwaliteiten van een ondernemer, zijn de in de richtlijn opgenomen uitsluitingsgronden limitatief.

Volgens het HvJ EU mogen de lidstaten daarentegen wel materieelrechtelijke voorschriften handhaven of uitvaardigen, waarmee onder meer moet worden gewaarborgd dat het gelijkheids- en transparantiebeginsel in acht worden genomen; de zogenaamde 'uitsluitingsmaatregelen'.⁴ Op grond van het evenredigheidsbeginsel mogen uitsluitingsmaatregelen niet verder gaan dan noodzakelijk om beoogde doel te bereiken. Een uitsluitingsmaatregel (zoals in die zaak in kwestie), die leidt tot een automatische en absolute uitsluiting, zonder dat de betreffende ondernemer de gelegenheid krijgt om aan te tonen dat zich geen praktijken voordoen die de transparantie kunnen bedreigen en de mededinging kunnen vervalsen, is niet in overeenstemming met het evenredigheidsbeginsel, aldus het HvJ EU.⁵

Een vergelijkbare kwestie deed zich voor in het Europese *Assitur*-arrest.⁶ Ook daar was sprake van een nationale regeling die leidde tot automatische uitsluiting van bepaalde ondernemers aan een aanbestedingsprocedure (kort gezegd indien een afhankelijkheidsrelatie bestond tussen aan de aanbesteding deelnemende ondernemingen). Het HvJ EU bevestigde de hiervoor genoemde uitgangspunten uit het *Michaniki*-arrest, te weten dat uitsluitingsmaatregelen zijn toegestaan, mits evenredig, en mits zij niet zien op de professionele kwaliteiten van de ondernemers. Ook in deze zaak achtte het HvJ EU de aan de orde zijnde regeling niet in overeenstemming met het evenredigheidsbeginsel. Volgens het HvJ EU gaat de systematische uitsluiting van verbonden ondernemingen in tegen een doeltreffende toepassing van het gemeenschapsrecht; een dergelijke oplossing leidt immers tot een aanzienlijke vermindering van de mededinging op gemeenschapsniveau.⁷

² HvJ EU 16 december 2008, zaak C-213/07.

³ Pt. 43.

⁴ Pt. 44.

⁵ Pt. 60 e.v.

⁶ HvJ EU 19 mei 2009, zaak C-538/07.

⁷ Pt. 28.

In het recentere *Forposta*-arrest⁸ kwam voornoemde evenredigheidstoets opnieuw aan bod. Aan de orde was een nationale regeling op basis waarvan een ondernemer automatisch wordt uitgesloten van de aanbesteding, indien in het verleden een overeenkomst heeft bestaan met de betreffende aanbestedende dienst, welke overeenkomst die aanbestedende dienst in de drie jaar vóór aanvang van de aanbestedingsprocedure heeft ontbonden, opgezegd of herroepen door aan de ondernemer toerekenbare omstandigheden. De vraag werd gesteld of deze regeling zich verhoudt tot de uitsluitingsgrond van de 'ernstige beroepsfout', zoals opgenomen in de richtlijn. Het HvJ EU beantwoordde die vraag negatief, onder meer omdat deze regeling ten onrechte geen ruimte biedt om de ernst van het beweerde onrechtmatige gedrag per geval te beoordelen. De regeling legt dus dwingende voorwaarden, en uit bepaalde omstandigheden automatisch te trekken conclusies op, hetgeen niet in overeenstemming is met (onder meer) het evenredigheidsbeginsel.

De vraag die vervolgens aan de orde kwam, is of de nationale regeling, die dus kennelijk in strijd is met de richtlijn, dan (wel) is toegestaan als uitsluitingsmaatregel. Het HvJ EU beantwoordde ook die vraag negatief, onder verwijzing naar het *Michaniki*-arrest. Omdat de richtlijn een limitatieve opsomming bevat van uitsluitingsgronden die zien op de professionele kwaliteiten van de marktdeelnemer, kan die opsomming niet worden aangevuld met de aan de orde zijnde nationale regeling, die betrekking heeft op de professionele bekwaamheid van de ondernemer.

Belangenverstrengeling

Terug naar de voorliggende kwestie. De voorzieningenrechter heeft getoetst of sprake was van een (ontoelaatbare) belangenverstrengeling, die tot uitsluiting van Ballast Nedam zou moeten leiden. Zoals gezegd, rijst de vraag of een dergelijke toets überhaupt mogelijk was. De uitspraak vermeldt niet of de selectie- c.q. aanbestedingsleidraad deze uitsluitingsmaatregel bevatte, wat mij (daargelaten of een uitsluitingsmaatregel op die wijze rechtmatig kan worden gehanteerd)

noodzakelijk lijkt om te kunnen toetsen of Ballast Nedam op deze grond had kunnen worden uitgesloten (zoals gezegd, komt deze uitsluitingsmaatregel niet voor in de Aanbestedingswet 2012). De HR heeft immers in zijn *KPN*-arrest⁹ geoordeeld dat, op grond van het transparantiebeginsel, alle uitsluitingsgronden (waaronder de HR kennelijk ook de uitsluitingsmaatregelen verstaat) in de aanbestedingsdocumenten dienen te worden vermeld.

De nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijn voor overheidsopdrachten (Richtlijn 2014/24/EU, 'de Nieuwe Richtlijn'), die in werking is getreden maar nog niet in Nederland is geïmplementeerd,¹⁰ bevat op dit punt overigens wel een regeling, namelijk in art. 24. Dit artikel luidt als volgt:

'De lidstaten zorgen ervoor dat de aanbestedende diensten passende maatregelen nemen om belangenconflicten tijdens aanbestedingsprocedures doeltreffend te voorkomen, te onderkennen en op te lossen, teneinde vervalsing van de mededinging te vermijden en gelijke behandeling van alle ondernemers te verzekeren.

Het begrip belangenconflicten omvat ten minste iedere situatie waarin personeelsleden van de aanbestedende dienst of van een namens de aanbestedende dienst optredende aanbieder van aanbestedingsdiensten, die betrokken zijn bij de uitvoering van de aanbestedingsprocedure of invloed kunnen hebben op het resultaat van deze procedure, direct of indirect, financiële, economische of andere persoonlijke belangen hebben die geacht kunnen worden hun onpartijdigheid en onafhankelijkheid bij de aanbestedingsprocedure in het gedrang te brengen.'

Art. 57 lid 4 sub e van de Nieuwe Richtlijn bepaalt vervolgens dat een aanbestedende dienst een ondernemer kan (of, indien de lidstaat de aanbestedende dienst daartoe verplicht: moet) uitsluiten van de aanbesteding, wanneer een belangenconflict in de zin van art. 24 niet effectief kan worden verholpen met andere, minder ingrijpende maatregelen.

⁹ HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9233, «JAAN» 2013/6.

¹⁰ Tijdens de implementatietermijn zijn rechters niet verplicht tot richtlijnconforme interpretatie, zij mogen daartoe echter (op verzoek of ambtshalve) wel overgaan.

⁸ HvJ EU 13 december 2012, zaak C-465/11.

De voorzieningenrechter heeft het door de Combinatie gestelde belangenconflict getoetst op een wijze die vergelijkbaar is met de in art. 24 van de Nieuwe Richtlijn genoemde toets. De voorzieningenrechter heeft namelijk getoetst of de onpartijdigheid en onafhankelijkheid van Thialf en Ballast Nedam in het gedrang zijn gebracht, wat volgens hem niet het geval was. Omdat de voorzieningenrechter concludeerde dat geen sprake was van (ontoelaatbare) belangenverstrengeling, doet het er voor de uitkomst van dit kort geding niet toe of deze toets wel had mogen plaatsvinden. Het zou mijns inziens echter juist zijn als, indien een eisende partij stelt dat zijn concurrent moet worden uitgesloten van de aanbesteding, in rechte eerst wordt onderzocht of wel tot uitsluiting kan worden overgegaan (welke toets hier overigens mogelijk wel is uitgevoerd, maar niet in de motivering van de uitspraak is opgenomen).

C.H. van Hulsteijn
Advocaat bij CMS Derks Star Busmann