155

Voorzieningenrechter Rechtbank Rotterdam
18 juni 2014, nrs. 449685/KG ZA 14-373 en 449473/KG ZA 14-361,
ECLI:NL:RBROT:2014:4844
(mr. Geerdes)
Noot mr. B. Braat en mr. J.J. van Loenen-de Wild

Foutherstel. Transparantie aanbestedingsstukken. Heraanbesteding. Verstoring level playing field. Schending beginselen gelijkheid en transparantie. Heraanbesteding in beginsel gerechtvaardigd. In de bijzondere omstandigheden van het geval is heraanbesteding disproportioneel. De wijze waarop de gemeente het gebrek herstelt, ligt op de grens van wat aanbestedingsrechtelijk toelaatbaar is, maar deze grens wordt niet overschreden.

[Aanbestedingsreglement Werken 2012; Algemene beginselen aanbestedingsrecht]

De gemeente Rotterdam start in januari 2014 een niet-openbare aanbesteding voor het ontwerp en de uitvoering van de vervangende nieuwbouw van de Zalmplaatschool (het Werk). Het Aanbestedingsreglement werken 2012 is van toepassing. Gunningscriterium is EMVI. Daarbij worden de aspecten prijs, duurzaamheid, onderhoud en gesprek beoordeeld. Dura Vermeer, Moeskops, Wind Design, VBK Beheer en Bouwbedrijf Van Deelen zijn uitgenodigd om deel te nemen aan de gunningsfase. Bij brief van 14 februari 2014 heeft de gemeente de opdracht voorlopig gegund aan Dura Vermeer. Deze gunning wordt bij brief van 27 februari 2014 echter weer ingetrokken. Per brief d.d. 2 april 2014 legt de gemeente uit waarom het gunningsvoornemen aan Dura Vermeer wegens strijd met het gelijkheidsbeginsel niet in stand kan blijven:
Inschrijvers moesten een meerjaren onderhoudsplan (MJOP) opstellen aan de hand van de Demarcatielijst Onderhoud. Hierin is onderscheid gemaakt tussen onderhoudskosten voor rekening van de gemeente en onderhoudskosten voor rekening van de gebruiker (school). In de gunningsleidraad is vermeld dat het onderhoud niet hoeft te worden aangeboden door de inschrijver, maar dat er in het ontwerp wel rekening mee moet worden gehouden. De gemeente heeft geconstateerd dat een aantal inschrijvers dit kennelijk zo geïnterpreteerd heeft, dat zij uitsluitend de onderhoudskosten voor de gemeente dienden te beprijzen in hun MJOP, wat echter niet de bedoeling was. De gemeente kan zich evenwel voorstellen dat de gunningsleidraad en de aanduiding in de Demarcatielijst Onderhoud tot wisselende interpretatie bij inschrijvers heeft geleid. Omdat de bepalingen omtrent het MJOP onvoldoende eenduidig zijn verwoord in de aanbestedingsstukken, is geen sprake geweest van een level playing field tussen inschrijvers. Om toch tot gunning van de opdracht te komen, worden uitsluitend de vijf gegadigden in de gelegenheid gesteld desgewenst hun eerdere inschrijving geheel of gedeeltelijk te wijzigen. De beoordelingsprocedure zal dan opnieuw worden doorlopen, aldus de brief van de gemeente.
Dura Vermeer start een kort geding en vordert onder meer dat het de gemeente verboden wordt een nieuwe inschrijvingsronde voor het Werk uit te schrijven. Zij stelt met verwijzing naar de caonorm, dat voor een normaal zorgvuldige en goed geïnformeerde inschrijver duidelijk moet zijn geweest dat alleen de onderhoudskosten van de gemeente in het MJOP moesten worden opgenomen. Ook Moeskops start een procedure en vordert dat de voorzieningenrechter de gemeente beveelt terug te komen op haar brief van 2 april 2014 en dat zij het Werk aan geen ander gunt dan aan Moeskops, omdat zij als enige inschrijver wel aan alle eisen heeft voldaan.
De voorzieningenrechter behandelt deze zaken gezamenlijk. Hij overweegt dat de aanbestedingsstukken aanwijzingen bevatten voor het interpreteren van de post Onderhoud op de wijze zoals de gemeente dat kennelijk heeft bedoeld. De stukken bevatten echter bepaald ook aanwijzingen voor de interpretatie die Dura Vermeer en de overige drie inschrijvers eraan hebben gegeven.
De aanbestedingsstukken bieden derhalve ruimte voor twee interpretaties, met uiteenlopende uitkomst, en dat is in strijd met de beginselen van het

aanbestedingsrecht, namelijk het beginsel van gelijke behandeling van inschrijvers en het daarvan afgeleide transparantiebeginsel. Dit aan het aanbestedingsrecht ten grondslag liggende beginsel brengt mee dat alle aanbieders in gelijke mate een duidelijk inzicht moeten hebben in de voorwaarden waaronder de aanbesteding plaats heeft. Het transparantiebeginsel strekt ertoe te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen en impliceert dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure in het aanbestedingsbericht of in het bestek worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze, opdat enerzijds, alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier interpreteren, en, anderzijds de aanbestedende dienst in staat is om metterdaad na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria die op de betrokken opdracht van toepassing zijn (HR 4 november 2005, NJ 2006, 204).
Nu de aanbestedingsstukken aanwijzingen bevatten voor het interpreteren van de post Onderhoud op twee manieren, en dus ook op de wijze zoals Dura Vermeer, Wind Design, VBK Beheer en Bouwbedrijf Van Deelen dat hebben gedaan, is geen sprake van een kennelijke fout, maar van een gebrek in de aanbestedingsstukken.
Dit gegeven zou in beginsel een beslissing tot heraanbesteding kunnen rechtvaardigen.
In de bijzondere omstandigheden van dit geval zou heraanbesteding naar het oordeel van de voorzieningenrechter disproportioneel zijn, zodat daarvan wordt afgezien.
De voorzieningenrechter weegt daarbij mee dat het komen tot het ontwerp van het Werk een tijdrovend proces is geweest en dat niet is gebleken van enige behoefte aan een andersoortig schoolgebouw. Ook zou een nieuwe aanbesteding aanmerkelijk kostenverhogend werken voor alle belanghebbenden. Met het bieden van een nieuwe inschrijvingsronde wordt een aanvaardbare mogelijkheid gecreëerd voor de vijf inschrijvers om het level playing field te herstellen. Binnen een dergelijke nieuwe inschrijvingsronde kunnen de inschrijvers hun inschrijving desgewenst ook anders invullen. De voorzieningenrechter laat in dit geval het geschonden belang van Dura Vermeer bij het prijsgeven van de door haar geoffreerde aannemingssom minder zwaar wegen dan het belang van alle inschrijvers bij een transparante en gelijke aanbestedingsprocedure.
Dat de belangen van andere gegadigden dan de vijf inschrijvers door deze gang van zaken worden geschaad, is niet gebleken. De onderhoudsbepalingen hebben immers geen rol gespeeld bij het selectieproces, zodat dat deel juist is verlopen.
Samenvattend oordeelt de voorzieningenrechter dat de wijze waarop de gemeente het gebrek wenst te herstellen weliswaar op de grens ligt van hetgeen in aanbestedingsrechtelijke zin toelaatbaar is, maar dat die grens niet wordt overschreden.
De afzonderlijke vorderingen van Dura Vermeer en Moeskops jegens de gemeente worden afgewezen.

Nr. 449685/KG ZA 14-373:
De besloten vennootschap *Dura Vermeer Divisie Bouw en Vastgoed BV* te Houten,
advocaat: mr. drs. M. Straatman,
tegen
de publiekrechtelijke rechtspersoon *gemeente Rotterdam* te Rotterdam,
advocaat: mr. C. Muntinghe,
en tussenkomende partijen
1. de besloten vennootschap *Moeskops' Bouwbedrijf BV* te Bergeijk,
advocaat: mr. E.P. Breukelaar,
2. de besloten vennootschap *Wind Design & Build BV* te Drachten,
advocaten: mr. Th. Dankert en mr. P.E.M. Mazel.

Nr. 449473/KG ZA 14-361
De besloten vennootschap *Moeskops' Bouwbedrijf BV* te Bergeijk,
advocaat: mr. E.P. Breukelaar,
tegen
de publiekrechtelijke rechtspersoon *gemeente Rotterdam* te Rotterdam,
advocaat: mr. C. Muntinghe,
en tussenkomende partijen
1. de besloten vennootschap *Dura Vermeer Divisie Bouw en Vastgoed BV* te Houten,
advocaat: mr. drs. M. Straatman,
2. de besloten vennootschap *Wind Design & Build BV* te Drachten,
advocaten: mr. Th. Dankert en mr. P.E.M. Mazel.

1 De procedures
1.1. Het verloop van de procedures blijkt uit:
- de dagvaarding d.d. 22 april 2014 van Dura Vermeer;
- de dagvaarding d.d. 17 april 2014 van Moeskops;

- incidentele conclusie tot tussenkomst, subsidiair voeging van Dura Vermeer;
- incidentele conclusie tot tussenkomst, subsidiair voeging van Moeskops;
- incidentele conclusie tot tussenkomst, subsidiair voeging, van Wind Design;
- producties van Dura Vermeer;
- producties van Moeskops;
- producties van de Gemeente;
- producties van Wind Design;
- pleitaantekeningen in het incident van mr. drs. M. Straatman;
- pleitaantekeningen van mr. drs. M. Straatman;
- pleitnota van mr. E.P. Beukelaar;
- pleitnota van mr. C. Muntinghe;
- pleitaantekeningen van mr. Th. Dankert.

1.2. De raadslieden van partijen hebben de respectieve standpunten toegelicht ter zitting van 26 mei 2014. Ten slotte is vonnis bepaald.

2 De feiten

2.1. De Gemeente heeft op 13 januari 2014 een niet openbare aanbestedingsprocedure gehouden met betrekking tot de vervaardiging van het ontwerp en de uitvoering van de vervangende nieuwbouw van de Zalmplaatschool te Hoogvliet in de gemeente Rotterdam (hierna: het Werk). Op de aanbestedingsprocedure zijn de regels van hoofdstuk 3 van het Aanbestedingsreglement Werken 2012 (ARW 2012) van toepassing. Gunningscriterium is de economisch meest voordelige inschrijving. Daarbij worden de gunningsaspecten prijs, duurzaamheid, onderhoud en gesprek beoordeeld.

2.2. Na het afronden van de selectiefase zijn Dura Vermeer, Moeskops, Wind Design, VBK Beheer B.V. en Bouwbedrijf Van Deelen B.V. (hierna: de geselecteerden) uitgenodigd om deel te nemen aan de gunningsfase.

2.3. Bij brief van 14 februari 2014 heeft de Gemeente de opdracht voorlopig gegund aan Dura Vermeer.

2.4. De Gemeente heeft met betrekking tot de in de Gunningleidraad geformuleerde gunningsaspecten de inschrijving als volgt beoordeeld:

	Dura Vermeer Divisie Bouw en Vastgoed B.V.	VBK Beheer B.V.	Bouwbedrijf Van Deelen B.V.	Moeskops' Bouwbedrijf B.V.	Wind Design & Build
	Houten	Heern	Veenendaal	Bergeijk	Drachten
Prijs	9	8	8	8	8
	€ 4.249.900,-	€ 4.500.000,-	€ 4.500.000,-	€ 4.499.999,-	€ 4.499.000,-
Duurzaamheid	10	6	10	10	8
GPR-score	8,2	7,9	8,2	8,2	8,1
Onderhoud	10	10	10	10	10
m2 BVO / jaar	€ 7,37	€ 8,80	€ 7,77	€ 7,10	€ 9,78
Gespreks-schetsontwerp	3	6	6	6	10
Gespreks-proces	6	5	6	6	6
TOTAAL	45	36	40	40	44

2.5. Bij brief van 27 februari 2014 heeft de Gemeente de - bij brief van 14 februari 2014 - aan Dura Vermeer verleende gunning ingetrokken.

2.6. Per brief d.d. 2 april 2014 schrijft de Gemeente aan Dura Vermeer, voor zover hier relevant, het volgende:

"(....)

In aansluiting op onze brief van 27 februari 2013 - waarin wij het door ons op 14 februari 2014 bekend gemaakte gunningvoornemen inzake Vervangende nieuwbouw Zalmplaatschool te Hoogvliet (bestek 1-501-13) hebben ingetrokken - delen wij u het volgende mee.

Meerjaren Onderhoudsplan (MJOP)

In de gunningsleidraad (paragraaf 2.5.5) is vermeld dat inschrijvers een meerjaren onderhoudsplan (MJOP) conform NEN 2767 voor een periode van 50 jaar moesten opstellen. Dit MJOP diende te worden opgesteld aan de hand van de Demarcatielijst Onderhoud die als bijlage bij de Vraagspecificatie was gevoegd. In de gunningsleidraad is vermeld dat het onderhoud niet hoeft te worden aangeboden door de inschrijver, maar dat er in het ontwerp wel rekening mee gehouden dient te worden. Met het MJOP moest onder andere worden aangetoond dat het schetsontwerp onderhoudsarm is. De gemeente heeft met het uitvragen van het MJOP beoogd de onderhoudskosten – zowel voor de gemeente, als voor de gebruiker (school) – in de exploitatiefase zo laag mogelijk te houden.

In voornoemde Demarcatielijst Onderhoud is een onderscheid gemaakt tussen onderhoudskosten voor rekening van de gemeente en onderhoudskosten voor rekening van de gebruiker (school). De gemeente heeft geconstateerd dat een aantal inschrijvers dit kennelijk zo geïnterpreteerd heeft, dat zij uitsluitend de onderhoudskosten voor de gemeente dienden te beprijzen in hun MJOP. Dit was – als gezegd – echter niet de bedoeling van de gemeente.

De gemeente kan zich evenwel voorstellen dat de gunningsleidraad (paragraaf 2.5.5) en de aanduiding in de Demarcatielijst Onderhoud tot wisselende interpretatie bij inschrijvers heeft geleid.
Achteraf bezien zijn de bepalingen omtrent het MJOP onvoldoende eenduidig verwoord in de aanbestedingsstukken. Hierdoor is ten tijde van de inschrijving geen sprake geweest van een level playing field tussen inschrijvers. Dit maakt dat het gunningsvoornemen d.d. 14 februari 2013 – wegens strijd met het gelijkheidsbeginsel – niet in stand kan worden gelaten, nu inschrijvers de uitvraag op het onderdeel MJOP aantoonbaar wisselend hadden geïnterpreteerd. Om die reden is het eerdere gunningsvoornemen bij brief d.d. 27 februari 2014 ingetrokken.
Vervolg aanbestedingsprocedure
Om toch tot gunning van de opdracht te komen, zal de gemeente een nieuwe inschrijvingsronde organiseren voor (uitsluitend) de vijf eerder tot inschrijving genodigde gegadigden. Nu de voorschriften omtrent het MJOP op generlei wijze raken aan de selectiefase en het op grond daarvan genomen selectiebesluit, ligt het naar het oordeel van de gemeente niet in de rede om de selectiefase opnieuw uit te voeren.
(....)
Resumerend geldt dus dat alle vijf gegadigden in de gelegenheid worden gesteld – desgewenst – hun eerdere inschrijving geheel of gedeeltelijk te wijzigen.
Indien een inschrijving geheel of gedeeltelijk wordt gewijzigd, zal de beoordelingsprocedure opnieuw worden doorlopen, nu zich op voorhand niet laat overzien welke effecten een bepaalde wijziging heeft of kan hebben op (andere) onderdelen van de inschrijving en – dus – de beoordeling daarvan. Waar daartoe aanleiding bestaat, zullen de scores worden aangepast. Uitsluitend indien u ervoor kiest uw eerdere inschrijving ongewijzigd te bekrachtigen, zal de beoordelingsprocedure niet opnieuw worden doorlopen.
(....)"
2.7. In de Gunningleidraad 1-501-13 (hierna: Gunningleidraad) staat - voor zover hier van belang - het volgende:
"(....)
2. Inschrijving
(....)
2.5 Documenten
(....)
2.5.4 Duurzaamheid
De inschrijver wordt verzocht om op het gebied van duurzaamheid een berekening te maken voor het thema energie van GPR-gebouw 4.1 waaruit blijkt wat het verwachte energieverbruik (elektra en warmte) gaat worden.
Het verwachte energieverbruik wordt bepaald op basis van alle gebouwgebonden onderdelen. Het uitgangspunt is om de gebouwen zo energiezuinig mogelijk te maken. De energieberekening dient volgens GPR Gebouw 4.1 standaard te worden uitgevoerd. Er is voor deze methode gekozen om een eerlijk vergelijk te kunnen maken tussen de inschrijvers bij de beoordeling.
Te verstrekken gegevens
Een berekening van het thema energie van GPR gebouw 4.1 met een maximum van 4 x A4 enkelzijdig geprint. Bij een overschrijding hiervan wordt tot dit gestelde maximum beoordeeld.
(....)
2.5.5 MeerjarenOnderhoudsplan
De inschrijver wordt verzocht om voor het onderhoud een meerjaren onderhoudsplan (MJOP) conform de NEN 2767 op te stellen voor een periode van 50 jaar. Er is voor deze methode gekozen om een eerlijk vergelijk te kunnen maken tussen de inschrijvers bij de beoordeling. Het MJOP wordt opgesteld aan de hand van de demarcatielijst Onderhoud die als bijlage van de Vraagspecificatie is bijgevoegd. Het onderhoud hoeft niet te worden aangeboden, maar er dient in het ontwerp rekening mee gehouden te zijn. Dit om onder andere aan te tonen dat het schetsontwerp onderhoudsarm is en om de onderhoudskosten in de exploitatiefase zo laag mogelijk te houden.
In het MJOP dienen minimaal de onderstaande zaken te worden opgenomen:
- Een indeling op maximaal subelementenniveau in m^2;
- Korte toelichting van de toe te passen materialen;
- Cycli, start- en stopjaren;
- De gemiddelde onderhoudskosten per jaar over de periode van 25 jaar en over de periode van 50 jaar.
Het meerjaren onderhoudsplan dient te bestaan uit:
- Inventarisatie bladen maximaal 4 x A3 enkelzijdig geprint;
- Een meerjaren onderhoudsplanning maximaal 4 x A3 enkelzijdig geprint.
(....)
T.er illustratie wordt de eerste bladzijde van bedoelde demarcatielijst aan dit vonnis gehecht

(opmerking voorzieningenrechter)
(....)
3.5 Toelichting op de gunningaspecten
(....)
3.5.2 Duurzaamheid
De duurzaamheid dient door middel van een GPR-score voor het thema energie volgens de richtlijnen van GPR Gebouw 4.1 worden opgesteld. De score zal worden beoordeeld door een erkend gecertificeerd bedrijf. Niet realistische energiescans worden beoordeeld met 0 punten, waarbij verder de onderstaande beoordeling gehanteerd zal worden:

Beoordeling	Score
GPR-score > 8,1	10 punten
GPR-score > 7,9	8 punten
GPR-score > 7,7	6 punten
GPR-score ≥ 7,5	4 punten
GPR-score < 7,5 / / Niet reëel	0 punten

Er worden geen scores gegeven die liggen tussen de bovengenoemde gehele waardes.
3.5.3 Onderhoud
Het meerjaren onderhoudsplan zal worden beoordeeld door een bedrijf dat gecertificeerd is door NEN instituut NVDO of RgdBOEI gecertificeerd is.
De beoordeling is op basis van de kosten per vierkante meter bruto vloer oppervlakte per jaar over de horizon van 50 jaar. Niet realistische kosten per m^2 BVO worden beoordeeld met 0 punten, waarbij verder de onderstaande beoordeling gehanteerd zal worden:

Beoordeling	Score
≤ € 9,- /m^2 BVO/jaar	10 punten (zeer ambitieus)
≤ € 11,- /m^2 BVO/jaar	8 punten (ambitieus)
≤ € 13,- /m^2 BVO/jaar	6 punten (redelijk realistisch)
≤ € 15,- /m^2 BVO/jaar	4 punten (hoog onderhoudsniveau/ wellicht realistisch)
> € 15,- /m^2 BVO/jaar (Niet reëel)	0 punten (te hoog, niet reëel)

Er worden geen scores gegeven die liggen tussen de bovengenoemde gehele waardes."

2.8. De demarcatielijst Onderhoud (hierna: demarcatielijst), waarnaar in de Gunningleidraad wordt verwezen, is als bijlage bij dit vonnis gevoegd.

3 Het geschil
In de incidenten
3.1. Dura Vermeer verzoekt te mogen tussenkomen subsidiair zich te mogen voegen aan de zijde van de Gemeente in de procedure tussen Moeskops en de Gemeente.
3.2. Moeskops verzoekt te mogen tussenkomen subsidiair zich te mogen voegen aan de zijde van de Gemeente in de procedure tussen Dura Vermeer en de Gemeente.
3.3. Wind Design verzoekt te mogen tussenkomen subsidiair zich te mogen voegen aan de zijde van de Gemeente in de procedure tussen Dura Vermeer en de Gemeente en in de procedure tussen Moeskops en de Gemeente.
In de hoofdzaken
De vordering van Dura Vermeer op de Gemeente (449685/KG ZA 14-373)
3.4. Dura Vermeer vordert dat het de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam moge behagen om bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad en op de minuut:
primair:
- De Gemeente te verbieden een nieuwe inschrijvingsronde voor het Werk uit te schrijven;
- De Gemeente te gebieden om over te gaan tot de gunning van het Werk aan Dura Vermeer, indien en voor zover de Gemeente nog wenst over te gaan tot gunning van het Werk of althans de nieuwbouw van de Zalmplaatschool;
- Zulks op straffe van verbeurte van een direct opeisbare dwangsom van EUR 1.000.000,=
subsidiair:
Elke andere voorziening te treffen die de voorzieningenrechter in goede justitie passend acht en die recht doet aan de belangen van Dura Vermeer.
primair en subsidiair:
De Gemeente te veroordelen in de kosten van deze procedure, een tegemoetkoming in de door Dura Vermeer gemaakte kosten van juridische bijstand daaronder begrepen, alsmede de nakosten ten bedrage van EUR 131,= zonder betekening en van EUR 199,= met betekening van het in deze zaak te wijzen vonnis, met de aantekening dat als niet binnen twee weken na wijziging van het

vonnis aan de proceskostenveroordeling is voldaan, daarover de wettelijke rente verschuldigd is.
3.5. De Gemeente voert verweer. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.
De vordering van Moeskops op de Gemeente (449473/KG ZA 14-361)
3.6. Moeskops vordert dat de voorzieningenrechter bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:
primair:
1. de Gemeente zal bevelen terug te komen op haar brief van 2 april 2014;
2. de Gemeente zal bevelen om, indien zij het ten processe bedoelde werk wenst op te
dragen dit aan geen ander te gunnen dan aan Moeskops;
subsidiair:
3. de Gemeente zal verbieden om op basis van de onderhavige aanbestedingsprocedure het werk te gunnen;
zowel primair als subsidiair:
4. het vorenstaande sub 1 t/m 3 op straffe van een dwangsom van € 500.000,= voor het geval de Gemeente na betekening van het te dezen te wijzen vonnis in gebreke blijft daaraan te voldoen;
5. de Gemeente te veroordelen in de kosten van dit geding, waaronder begrepen vast recht en salaris van de advocaat.
3.7. De Gemeente voert verweer. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.
De vordering van Dura Vermeer in tussenkomst in de procedure tussen Moeskops en
de Gemeente
3.8. Dura Vermeer vordert in tussenkomst in de procedure tussen Moeskops en de Gemeente de vordering van Moeskops op de Gemeente niet-ontvankelijk te verklaren, althans deze af te wijzen, met veroordeling van Moeskops in de kosten van deze procedure, inclusief nakosten.
De vordering van Moeskops in tussenkomst in de procedure tussen Dura Vermeer en de Gemeente
3.9. Moeskops vordert in tussenkomst in de procedure tussen Dura Vermeer en de Gemeente de vordering van Dura Vermeer op de Gemeente niet-ontvankelijk te verklaren, althans deze af te wijzen, met veroordeling van Dura Vermeer in de kosten van deze procedure.
De vorderingen van Wind Design in tussenkomst in de procedure tussen Dura Vermeer en de Gemeente en de procedure tussen Moeskops en de Gemeente.
3.10. Wind Design vordert dat het de voorzieningenrechter behage, bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:
i. Moeskops niet-ontvankelijk te verklaren, althans haar vorderingen af te wijzen;
ii. Dura Vermeer niet-ontvankelijk te verklaren, althans haar vorderingen af te wijzen;
iii. Moeskops te gebieden te gehengen en gedogen dat de Gemeente een nieuwe inschrijvingsronde mag uitschrijven tussen uitsluitend de inschrijvers die zijn uitgenodigd tot het doen van een inschrijving;
Dura Vermeer te gebieden te gehengen en gedogen dat de Gemeente een nieuwe inschrijvingsronde mag uitschrijven tussen uitsluitend de inschrijvers die zijn uitgenodigd tot het doen van een inschrijving;
Moeskops te gebieden te gehengen en gedogen dat de Gemeente, alvorens het Werk te kunnen gunnen, een mededeling van de gunningsbeslissing bekend dient te maken, waartegen inschrijvers die zich daarmee niet kunnen verenigen desgewenst, binnen een termijn van 20 dagen na dagtekening van de mededeling van de gunningsbeslissing, een kort geding aanhangig kunnen maken;
Dura Vermeer te gebieden te gehengen en gedogen dat de Gemeente, alvorens het Werk te kunnen gunnen, een mededeling van de gunningsbeslissing bekend dient te maken, waartegen inschrijvers die zich daarmee niet kunnen verenigen desgewenst, binnen een termijn van 20 dagen na dagtekening van de mededeling van de gunningsbeslissing, een kort geding aanhangig kunnen maken;
De Gemeente te veroordelen, alvorens tot gunning kan worden overgegaan, een mededeling van de gunningsbeslissing bekend te maken als bedoeld in artikel 2.29.4 ARW 2012 en daarbij een termijn in acht te nemen van 20 dagen als bedoeld in artikel 2.30.2 ARW 2012, waarbinnen inschrijvers die zich niet met die gunningsbeslissing kunnen verenigen een kort geding kunnen entameren tegen de gunningsbeslissing;
met veroordeling van Dura Vermeer en/of Moeskops en/of de Gemeente in de kosten van het geding aan de zijde van Wind Design, met bepaling dat deze kosten binnen twee weken na

dagtekening van het vonnis aan Wind Design zijn voldaan, bij gebreke waarvan zonder nadere aankondiging over die kosten wettelijke rente verschuldigd zal zijn.
3.11. Dura Vermeer en/of Moeskops en/of de Gemeente voeren verweer. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4 De beoordeling
In de incidenten
4.1. Dura Vermeer, Moeskops en Wind Design hebben aan hun vordering(en) tot tussenkomst ten grondslag gelegd dat zij in dit kort geding een eigen (zelfstandig) belang hebben.
4.2. Moeskops en de Gemeente hebben geen bezwaar tegen de vordering tot tussenkomst van Dura Vermeer in de procedure tussen Moeskops en de Gemeente, zodat deze wordt toegestaan.
4.3. Dura Vermeer en de Gemeente hebben geen bezwaar tegen de vordering tot tussenkomst van Moeskops in de procedure tussen Dura Vermeer en de Gemeente, zodat deze wordt toegestaan.
4.4. Moeskops en de Gemeente hebben geen bezwaar tegen de vordering
tot tussenkomst van Wind Design in de procedure tussen Moeskops en de Gemeente, zodat deze wordt toegestaan.
4.5. De Gemeente heeft geen bezwaar tegen de vordering tot tussenkomst van Wind Design in de procedure tussen Dura Vermeer en de Gemeente.
4.6. Dura Vermeer heeft bezwaar tegen de primaire vordering tot tussenkomst en de subsidiaire vordering tot voeging van Wind Design. Dura Vermeer stelt zich op het standpunt dat Wind Design niet tijdig bezwaar heeft gemaakt tegen de uitsluiting van haar inschrijving en de beslissing van de Gemeente om een extra inschrijfronde te gelasten en dat daarmee de ongeldigheid van de inschrijving van Wind Design in rechte vast staat. Dit brengt - in de visie van Dura Vermeer - met zich mee dat er in de procedure tussen Dura Vermeer en de Gemeente geen plaats (meer) is om in te gaan op de juistheid van de beslissing van de Gemeente om de inschrijving van Wind Design ongeldig te verklaren.
4.7. De voorzieningenrechter overweegt als volgt. Voldoende is gebleken dat Wind Design een voldoende zelfstandig belang heeft om benadeling of verlies van een haar toekomend recht te voorkomen en niet is gebleken dat het verzoek van Wind Design om in de procedure tussen Dura Vermeer en de Gemeente te mogen tussenkomen aan de vereiste spoed en de goede procesorde in dat kort geding in de weg staat. Het verweer van Dura Vermeer dat Wind Design niet tijdig bezwaar heeft gemaakt tegen de uitsluiting van haar inschrijving en daarmee haar rechten heeft verspeeld, faalt. De Gemeente had de voorlopige gunning aan Dura Vermeer al ingetrokken voordat de rechtsbeschermingstermijn uit artikel 3.30.2 ARW 2012 was verstreken. Onder die omstandigheden kan het niet aan Wind Design worden tegengeworpen dat zij niet binnen
20 dagen na de verzenddatum van de mededeling tot voorlopige gunning aan Dura Vermeer bezwaar heeft gemaakt tegen de uitsluiting van haar inschrijving.
Gelet op het voorgaande en het onder 4.5 overwogene zal de (primaire) vordering tot tussenkomst van Wind Design in de procedure tussen Dura Vermeer en de Gemeente
worden toegewezen.
In de hoofdzaken
4.8. De spoedeisendheid, die overigens niet wordt betwist, vloeit voort uit de aard van de vorderingen.
Standpunt Dura Vermeer
4.9. Dura Vermeer is van mening dat de Gemeente ten onrechte is overgegaan tot intrekking van het voornemen tot gunning van het Werk aan Dura Vermeer.
Dura Vermeer stelt, met verwijzing naar de Caonorm, dat voor een normaal zorgvuldige en goed geïnformeerde inschrijver duidelijk moet zijn geweest dat alleen de onderhoudskosten van de Gemeente in het MJOP moesten worden opgenomen.
Dura Vermeer grondt deze stelling op de volgende zeven pijlers.
4.9.1. Instructie was duidelijk
Met verwijzing naar de aanbestedingsstukken stelt Dura Vermeer dat de instructie voor de berekening van de post Onderhoudskosten voldoende duidelijk was en niet voor tweeërlei uitleg vatbaar. Dura verwijst in dit verband naar paragraaf 2.5.5 van de Gunningsleidraad waarbinnen de volgende instructie voor de berekening van de post Onderhoudskosten is gegeven: "Het MJOP wordt opgesteld aan de hand van de demarcatielijst Onderhoud die als bijlage van de Vraagspecificatie is bijgevoegd.

In de aanhef van de demarcatielijst staat bovendien het volgende:
"Onderstaand is in tabelvorm vermeld welke activiteiten (onderhoud) door welke partij wordt uitgevoerd en door welke partij deze worden bekostigd. Taakverdeling: Individueel of door Collectieve beheerorganisatie wordt uitgewerkt in opzet Beheerplan Financiële regeling of demarcatielijst. Het betreft een opstelling van verdeling verantwoordelijkheden mbt onderhoud. Investeringskosten voor het wijzigen van het gebouw in de toekomst zijn voor rekening huurder. De technische staat van onderhoud van het gebouw dient gemiddeld Conditie 3 te zijn conform de NEN-2767."
Gelet op het voorgaande kan de aanduiding MOP in de kolom van de Gemeente redelijkerwijze niet anders worden uitgelegd dan dat de Gemeente hiermee heeft bedoeld dat binnen die kolom alleen de onderhoudskosten van de Gemeente moet worden bekostigd en niet de onderhoudskosten die onder de verantwoordelijkheid van de gebruiker vallen. Immers, indien was bedoeld dat ook de onderhoudswerkzaamheden en -kosten welke conform de demarcatielijst voor rekening en risico van de gebruiker zijn, in het MJOP had moeten worden opgenomen, had de aanduiding MOP ook in de kolom van de gebruiker van de demarcatielijst moeten worden opgenomen. Doordat de Gemeente dit niet heeft gedaan, konden en moesten de inschrijvers er vanuit gaan dat de instructie om het MJOP op te stellen aan de hand van de demarcatielijst, inhoudt dat alleen de onderhoudskosten van de in de eerste kolom opgenomen werkzaamheden moeten worden afgeprijsd.
4.9.2. Gebruik in de sector
Voorts stelt Dura Vermeer, met verwijzing naar artikel 92 Wet op het primair onderwijs, dat het binnen de onderwijssector gebruikelijk is om in een MJOP voor schoolgebouwen in het primair onderwijs alleen het onderhoud voor rekening van de Gemeente af te prijzen en niet het onderhoud dat voor rekening komt van de gebruiker, hetgeen ook correspondeert met de binnen de demarcatielijst gegeven verdeling van verantwoordelijkheden.
4.9.3. Onmogelijkheid om onderhoudswerkzaamheden gebruiker af te prijzen
Vervolgens beroept Dura Vermeer zich op de omstandigheid dat conform de demarcatielijst een groot gedeelte van de door de gebruiker uit te voeren onderhoudsactiviteiten op basis van NEN 2767 niet kunnen worden afgeprijsd. Meer specifiek verwijst Dura Vermeer in dit verband op het volgende:
a. post 51 (algemeen) zoals opgenomen in de demarcatielijst, die deels vallen onder de verantwoordelijkheid van de gebruiker, kunnen naar hun aard niet door de inschrijvers worden afgeprijsd, nu het op voorhand niet bekend is welke schade zal ontstaan. Daar komt nog eens bij dat niet bekend is welke schades onder de dekking van de polis vallen;
b. post 52 en 53, die respectievelijk (onder meer) betrekking hebben op binnenzonwering en op prikborden, schoolborden en smartboards worden niet door de inschrijvers aangeboden, zodat het niet mogelijk is om vooraf de daarmee verbonden onderhoudskosten te berekenen;
c. post 20, die ziet op speeltoestellen, wordt door de Gemeente of het schoolbestuur ingevuld. De inschrijvers weten niet welke speeltoestellen zullen worden gerealiseerd, zodat zij vooraf de daarmee verbonden onderhoudskosten evenmin kunnen calculeren;
d. De gebruiker is conform de demarcatielijst verantwoordelijk voor het dagelijks onderhoud, inclusief de reiniging van het schoolgebouw, terwijl NEN 2767 hiervoor geen normen of andere informatie bevat. Daar komt nog eens bij dat het ook niet gebruikelijk is om dergelijke reinigingswerkzaamheden in een MJOP op te nemen.
4.9.4. Niet passendheid prijstabel
De prijstabel, zoals gehanteerd in paragraaf 3.5.3 van de Gunningleidraad is afgestemd op prijsvorming voor de onderhoudsactiviteiten welke op grond van de demarcatielijst onder de verantwoordelijkheid van de Gemeente vallen. Indien ook al het onderhoud dat conform de demarcatielijst voor de gebruiker is binnen het MJOP had moeten worden afgeprijsd (inclusief de reiniging van het schoolgebouw), dat zal de maximale prijs beduidend hoger uitvallen dan het maximum van € 15,00 per m2 BVO per jaar.
4.9.5. Aanwijzing in Tweede Nota van Inlichtingen
Vervolgens beroept Dura Vermeer zich op het door de Gemeente gegeven antwoord op vraag 4 in de Tweede Nota van Inlichtingen, te weten:

4	Vraag-specificatie, paragraaf 2.2	Op welke vaste en losse inrichtingselementen wordt gedoeld? Voor de demarcatie wordt verwezen naar bijlage 1.3.1. Dit betreft een lijst met de demarcatie tussen de verhuurder en gebruiker. Voor de duidelijkheid zouden wij graag een demarcatielijst ontvangen tussen opdrachtgever (verhuurder) en opdrachtnemer. Kunt u die verstrekken?
		Het programma van Eisen is leidend. Voor vaste en losse inrichting wordt bedoeld de zaken uit bijlage 1.3.1. De opdracht omhelst het realiseren van de verplichtingen van de verhuurder (gemeente Rotterdam) wat betreft de investeringen conform demarcatielijst uit bijlage 1.3.1.

Door deze beantwoording van de Gemeente wordt duidelijk dat bij de toepassing van de demarcatielijst investeringskosten alleen de verplichtingen van de Gemeente moeten worden afgeprijsd. Naar de mening van Dura Vermeer dient deze uitleg overeenkomstig van toepassing te zijn op de voor het onderhoud opgestelde demarcatielijst, althans er zijn geen goede redenen voor een andere benadering.

4.9.6. Handelwijze van de Gemeente bevestigt juistheid interpretatie van Dura Vermeer

De Gemeente zelf heeft in haar brief van 14 februari 2014 aan Dura Vermeer de zienswijze van Dura Vermeer bevestigd door onder het kopje "Onderhoud" het volgende te schrijven:

"Voor het aspect Onderhoud heeft u een onderhoudsprijs van € 7,37 per m2 BVO per jaar aangeboden. Dit heeft geresulteerd in de maximale score van 10 punten. Uw MJOP zag er verzorgd en op hoofdlijnen correct uit, behoudens enkele ruim gestelde cycli, enkele marginale kengetallen, alsmede enkele activiteiten ten laste van de gebruiker."

Daar komt nog eens bij dat de Gemeente voorafgaande aan de verzending van voornoemde brief d.d. 14 februari 2014, waarin het Werk aan Dura Vermeer voorlopig wordt gegund, Moeskops in de gelegenheid heeft gesteld om haar MJOP zodanig aan te passen dat hierin alleen de onderhoudskosten ten laste van de Gemeente waren opgenomen.

4.9.7. Uitleg Dura Vermeer is door vier van de vijf inschrijvers gevolgd

Ter ondersteuning van haar standpunt beroept Dura Vermeer zich er tenslotte dat haar uitleg van de door de Gemeente gegeven instructies aangaande de post Onderhoud door vier van de vijf inschrijvers is gevolgd.

Standpunt Moeskops

4.10. Moeskops stelt dat het Werk aan haar moet worden gegund, omdat zij als enige inschrijver aan alle eisen die in de Gunningleidraad staan, heeft voldaan. Door dit na te laten handelt de Gemeente in strijd met de Gunningleidraad en derhalve in strijd met (de beginselen van) het aanbestedingsrecht. Moeskops meent dat het door de Gemeente in de Gunningsleidraad en de daarbij behorende bijlage geformuleerde voorschrift met betrekking tot het meerjarenonderhoudsplan (MJOP) slechts voor één uitleg vatbaar is, namelijk:

inschrijvers dienen de onderhoudskosten van zowel de Gemeente als de gebruiker te beprijzen.

Noch in de Gunningleidraad, noch in de demarcatielijst wordt vermeld dat inschrijvers uitsluitend de onderhoudskosten van de Gemeente moeten beprijzen.

Ook NEN 2767 maakt geen onderscheid tussen onderhoudskosten die voor rekening van de eigenaar en de gebruiker van het gebouw komen. Het is bovendien - op basis van de in de Gunningleidraad opgenomen beoordelingsmatrix - in strijd met de door de Gemeente gewenste uitgangspunten van het ontwerp om een schetsontwerp te bedenken, waarbij de onderhoudskosten voor de Gemeente (heel) laag en de Onderhoudskosten voor de gebruiker (heel) hoog zouden zijn.

Standpunt Wind Design

4.11. Wind Design concludeert tot afwijzing van de vorderingen van Dura Vermeer en Moeskops, zolang niet duidelijk is of Dura Vermeer en Moeskops bij de post Duurzaamheid een realistisch beeld van het te verwachten energieverbruik hebben gegeven.

Uit de Gunningsleidraad kan worden afgeleid dat bij de berekening alle gebouwgebonden onderdelen dienden te worden betrokken. Wind Design is er bij de energieberekening dan ook terecht uitgegaan van een gedifferentieerde toekenning van functies. De functies die in het ontwerp van het gebouw van Wind Design in het licht van het Bouwbesluit 2012 kunnen worden onderscheiden zijn een bijeenkomstfunctie, kantoorfunctie, on-

derwijsfunctie en overige gebruiksfunctie. Voor de eerst drie geldt, op grond van het Bouwbesluit 2012, een energieprestatiecoëfficiënt(EPC)-eis van respectievelijk 2.0, 1.1 en 1.3. Voor de berekening dienden inschrijvers de GPR Gebouw 4.1 standaard te gebruiken.
Deze wijze van gedifferentieerde toedeling van de te onderscheiden functies in het ontwerp van Wind Design leidt tot een te verwachten energieverbruik van 593 gigajoules en een EPC van 0,52. Een realistische berekening op basis van het door de Gemeente voorgeschreven systeem leidt tot een score op de GPR van 8,1.
Standpunt Gemeente
4.12. De Gemeente - kort weergegeven - overweegt als volgt.
De Gemeente heeft vastgesteld dat de aanbestedingsstukken, meer in het bijzonder de Gunningleidraad (paragraaf 2.5.5), de aanduiding in de demarcatielijst en de antwoorden bij de Nota van Inlichtingen, bij de inschrijvers tot wisselende interpretatie hebben kunnen leiden voor wat betreft de berekening van de post Onderhoud. Dit brengt, achteraf bezien, met zich dat de bepalingen omtrent het MJOP onvoldoende eenduidig zijn verwoord in de aanbestedingsstukken, waardoor er ten tijde van de inschrijving geen sprake is geweest van een level playing field tussen de inschrijvers. Gunningscriteria die voor meerdere uitleg vatbaar zijn, betekenen een schending van de aanbestedingsrechtelijke beginselen van gelijke behandeling en transparantie met als consequentie dat de Gemeente niet tot een rechtmatige gunning van het Werk kan overgaan, aldus de Gemeente.
4.13. Aangaande het door Wind Design ingenomen standpunt inzake de post Duurzaamheid (GPR-score) stelt de Gemeente zich op het standpunt dat de door Wind Design berekende GPR-score, die is getoetst door een extern expert, haar niet onrealistisch voorkomt.
Oordeel voorzieningenrechter
4.14. De voorzieningenrechter overweegt dat de aanbestedingsstukken aanwijzingen bevatten voor het interpreteren van de post Onderhoud en het daar in te vullen bedrag per m2 BVO/jaar op de wijze zoals de Gemeente dat kennelijk heeft bedoeld. Uit paragraaf 2.5.5 van de Gunningleidraad kan worden afgeleid dat er binnen het ontwerp rekening moet worden gehouden met onderhoudskosten met als doel de onderhoudskosten in de exploitatiefase zo laag mogelijk te houden. Daar komt nog eens bij dat uit de aangehouden bandbreedte van lager dan € 9,00 tot € 15,00 per m2 BVO per jaar kan worden afgeleid dat ook de onderhoudskosten van de gebruiker in de berekening moeten worden meegenomen. Indien de redenering van Dura Vermeer wordt gevolgd komen alle inschrijvers ruim op de maximale score van 10 uit en dat is niet realistisch.
Dura Vermeer is er bij haar stelling dat zij een beduidend hoger bedrag dan het maximum van € 15,00 per m2 BVO per jaar zou hebben geoffreerd indien zij ook de onderhoudskosten van de gebruiker in de berekening had meegenomen, ten onrechte vanuit gegaan dat ook de dagelijkse schoonmaak van de school binnen het preventief onderhoud valt. Voorts is van belang dat het in lijn is met de binnen de aanbesteding genomen uitgangspunten dat ook de onderhoudskosten van de gebruiker (de school) bij het onderdeel Onderhoud worden betrokken.
4.15. De aanbestedingsstukken bevatten echter bepaald ook aanwijzingen voor de interpretatie die Dura Vermeer en de overige drie inschrijvers aan het berekenen van de post Onderhoud heeft gegeven. Onder paragraaf 2.5.5 van de Gunningleidraad is aangegeven dat het MJOP moet worden opgesteld aan de hand van de demarcatielijst en binnen de demarcatielijst is uitsluitend bij de kolom Gemeente de afkorting "MOP" opgenomen. De voorzieningenrechter deelt de mening van Dura Vermeer dat in dit verband MJOP en MOP kunnen worden opgevat als twee inwisselbare benamingen voor meerjarenonderhoudsplan. De wijze waarop de demarcatielijst is geredigeerd, heeft daardoor - achteraf bezien - vergaande onduidelijkheid over de bedoeling van de Gemeente doen ontstaan.
4.16. De aanbestedingsstukken bieden gezien het vorenstaande ruimte voor twee interpretaties, met uiteenlopende uitkomst, en dat is in strijd met de beginselen van het aanbestedingsrecht, namelijk het beginsel van gelijke behandeling van inschrijvers en het daarvan afgeleide transparantiebeginsel. Dit aan het aanbestedingsrecht ten grondslag liggende beginsel brengt mee dat alle aanbieders in gelijke mate een duidelijk inzicht moeten hebben in de voorwaarden waaronder de aanbesteding plaats heeft. Het transparantiebeginsel strekt ertoe te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen en impliceert dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure in het aanbestedingsbericht of in het bestek worden ge-

formuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze, opdat enerzijds, alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier interpreteren, en, anderzijds de aanbestedende dienst in staat is om metterdaad na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria die op de betrokken opdracht van toepassing zijn (HR 4 november 2005, NJ 2006, 204).

4.17. Nu de aanbestedingsstukken aanwijzingen bevatten voor het interpreteren van de post Onderhoud op twee manieren, en dus ook op de wijze zoals Dura Vermeer, Wind Design, VBK Beheer B.V. en Bouwbedrijf Van Deelen B.V. dat hebben gedaan, is geen sprake van een kennelijke fout, maar van een gebrek in de aanbestedingsstukken.

Dit gegeven zou in beginsel een beslissing tot heraanbesteding kunnen rechtvaardigen.

In de bijzondere omstandigheden van dit geval zou heraanbesteding naar het oordeel van de voorzieningenrechter disproportioneel zijn, zodat daarvan wordt afgezien.

De voorzieningenrechter weegt daarbij mee dat het komen tot het ontwerp van het Werk een tijdrovend proces is geweest en dat niet is gebleken van enige behoefte aan een andersoortig schoolgebouw. Ook zou een nieuwe aanbesteding aanmerkelijk kostenverhogend werken voor alle belanghebbenden.

Met het bieden van een nieuwe inschrijvingsronde zoals door de Gemeente voorgesteld (zie 2.6), wordt een aanvaardbare mogelijkheid gecreëerd voor de vijf inschrijvers om het level playing field te herstellen. Binnen een dergelijke nieuwe inschrijvingsronde kunnen de inschrijvers hun inschrijving desgewenst ook anders invullen.

De voorzieningenrechter laat in dit geval het geschonden belang van Dura Vermeer bij het prijsgeven van de door haar geoffreerde aannemingssom minder zwaar wegen dan het belang van alle inschrijvers bij een transparante en gelijke aanbestedingsprocedure.

Dat de belangen van andere gegadigden dan de vijf inschrijvers door deze gang van zaken worden geschaad, is niet gebleken. De onderhoudsbepalingen hebben immers geen rol gespeeld bij het selectieproces, zodat dat deel juist is verlopen.

Samenvattend oordeelt de voorzieningenrechter dat de wijze waarop de Gemeente het gebrek wenst te herstellen weliswaar op de grens ligt van hetgeen in aanbestedingsrechtelijke zin toelaatbaar is, maar dat die grens niet wordt overschreden.

4.18. Het voorgaande leidt voor de binnen deze procedure ingestelde vorderingen tot de volgende conclusies:

4.18.1. De vordering van Dura Vermeer jegens de Gemeente (449685/KG ZA 14-373) zal worden afgewezen.

Dura Vermeer zal als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten van de Gemeente. De kosten aan de zijde van de Gemeente worden begroot op:

- griffierecht € 608,00
- salaris advocaat € 816,00

Totaal € 1.424,00

4.18.2. De vordering van Moeskops jegens de Gemeente (449473/KG ZA 14-361) zal worden afgewezen.

Moeskops zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten van de Gemeente. De kosten aan de zijde van de Gemeente worden begroot op:

- griffierecht € 608,00
- salaris advocaat € 816,00

Totaal € 1.424,00

4.18.3. De vordering van Dura Vermeer in tussenkomst in de procedure tussen Moeskops en de Gemeente zal worden toegewezen. Tussen Dura Vermeer en Moeskops kan niet worden gesproken van een winnende partij. De proceskosten tussen Dura Vermeer en Moeskops zullen derhalve worden gecompenseerd.

4.18.4. De vordering van Moeskops in tussenkomst in de procedure tussen Dura Vermeer en de Gemeente zal worden toegewezen. Tussen Moeskops en Dura Vermeer kan niet worden gesproken van een winnende partij. De proceskosten tussen Moeskops en Dura Vermeer zullen derhalve worden gecompenseerd.

4.19. De vorderingen onder 1 en 2 van Wind Design in tussenkomst in de procedure tussen Dura Vermeer en de Gemeente en de procedure tussen Moeskops en de Gemeente zullen worden toegewezen. De overige vorderingen zullen worden afgewezen vanwege het ontbreken van voldoende belang, nu de Gemeente ter zitting heeft aangegeven bij de heraanbesteding onder de geselecteerden alle gangbare regels in acht te zullen nemen.

Tussen Wind Design, Dura Vermeer en Moeskops kan evenmin worden gesproken van een winnende partij. De proceskosten tussen Wind Design, Dura Vermeer en Moeskops zullen derhalve - als na te melden - worden gecompenseerd.

5 De beslissing
De voorzieningenrechter
In de incidenten
5.1. staat de tussenkomst van Moeskops in de procedure onder nummer 449685/ KG ZA 14-373 tussen Dura Vermeer en de Gemeente toe;
5.2. staat de tussenkomst van Dura Vermeer in de procedure onder nummer 449473/ KG ZA 14-361 tussen Moeskops en de Gemeente toe;
5.3. staat de tussenkomst van Wind Design in de procedure onder nummer 449685/ KG ZA 14-373 tussen Dura Vermeer en de Gemeente toe;
5.4. staat de tussenkomst van Wind Desgin in de procedure onder nummer 449473/ KG ZA 14-361 tussen Moeskops en de Gemeente toe;
In de hoofdzaken
Vordering van Dura Vermeer op de Gemeente (449685/KG ZA 14-373)
5.5. wijst de vordering af;
5.6. veroordeelt Dura Vermeer in de proceskosten, aan de zijde van de Gemeente tot op heden begroot op € 1.424,00;
Vordering van Moeskops op de Gemeente (449473/KG ZA 14-361)
5.7. wijst de vordering af;
5.8. veroordeelt Moeskops in de proceskosten, aan de zijde van de Gemeente tot op heden begroot op € 1.424,00;
Vordering van Dura Vermeer in tussenkomst (449473/KG ZA 14-361)
5.9. wijst de vordering (zie 3.8) toe;
5.10. compenseert de proceskosten tussen partijen in die zin dat iedere partij haar eigen proceskosten draagt;
Vordering van Moeskops in tussenkomst (449685/KG ZA 14-373)
5.11. wijst de vordering (zie 3.9) toe;
5.12. compenseert de proceskosten tussen partijen in die zin dat iedere partij haar eigen proceskosten draagt;
Vordering van Wind Design in tussenkomst (449685/KG ZA 14-373)
5.13. wijst de vordering onder ii van 3.10 toe;
5.14. wijst af het meer of anders gevorderde;
5.15. compenseert de proceskosten tussen partijen in die zin dat iedere partij haar eigen proceskosten draagt;
Vordering van Wind Design in tussenkomst (449473/KG ZA 14-361)
5.16. wijst de vordering onder i van 3.10 toe;
5.17. wijst af het meer of anders gevorderde;
5.18. compenseert de proceskosten tussen partijen in die zin dat iedere partij haar eigen proceskosten draagt;
Ten aanzien van alle vorderingen
5.19. verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

Gebrek in aanbestedingsstukken. Nieuwe inschrijvingsronde alternatief voor heraanbesteding?
In de onderhavige uitspraak oordeelt de voorzieningenrechter dat de aanbestedingsstukken ruimte laten voor verschillende interpretaties, met een uiteenlopende uitkomst.[1] Daarmee was de uitvraag volgens de voorzieningenrechter strijdig met het gelijkheidsbeginsel en het daarvan afgeleide transparantiebeginsel. De voorzieningenrechter sloot daarmee aan bij Europese en nationale jurisprudentie.

Uit Europese jurisprudentie volgt dat een gebrek in de aanbestedingsstukken, waaronder begrepen dubbelzinnige aanbestedingsstukken, een schending van het transparantiebeginsel vormt en daarmee de basis van het aanbestedingsrecht raakt. Dit leidt in beginsel tot een heraanbesteding.[2] Deze Europese jurisprudentie wordt tot uitgangspunt genomen in nationale jurisprudentie. Zo oordeelde het Hof Arnhem-Leeuwarden bijvoorbeeld dat in de aanbestedingsdocumenten de voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure niet op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze waren geformuleerd, zodat niet alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte van de stukken hebben kunnen be-

1 Zie. r.o. 4.16.
2 Zie onder meer HvJ EU 29 april 2004, zaak C-496/99 (Succhi di Frutta), «JAAN» 2007/5069 en HvJ EU 4 december 2003, zaak C-448/01 (Wienstrom), «JAAN» 2007/5072.

grijpen en interpreteren.[3] Nu sprake was van een ongeldig gunningscriterium kon die gemeente de aanbestedingsprocedure op basis van de vaste rechtspraak van het Europese Hof van Justitie niet voortzetten. Ingrijpen was volgens het Hof aangewezen. Die gemeente moest, wenste zij de opdracht alsnog te gunnen, tot heraanbesteding overgaan.

Deze jurisprudentie in ogenschouw genomen, zou men verwachten dat een heraanbesteding in de onderhavige zaak ook de volgende stap zou zijn. Aanbestedingsstukken die voor tweeërlei uitleg vatbaar zijn vormen immers een dermate ernstig gebrek dat daarmee sprake is van een schending van de fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht.

De voorzieningenrechter oordeelt in de voorliggende procedure echter anders. Hij merkt op dat een gebrek in de aanbestedingsstukken een beslissing tot heraanbesteding zou kunnen rechtvaardigen, maar dat het gezien de bijzondere omstandigheden van dit geval disproportioneel is.[4]

In het kort weergegeven overweegt de voorzieningenrechter dat een heraanbesteding van de opdracht aanmerkelijk kostenverhogend zou werken voor alle belanghebbenden en dat met het bieden van een nieuwe inschrijvingsronde een aanvaardbare mogelijkheid wordt gecreëerd voor de vijf inschrijvers om het *level playing field* te herstellen. Samenvattend oordeelt de voorzieningenrechter vervolgens dat sprake was van een gebrek in de aanbestedingsdocumenten en dat de wijze waarop de gemeente het gebrek wenst te herstellen weliswaar op de grens ligt van hetgeen in aanbestedingsrechtelijke zin toelaatbaar is, maar dat die grens niet wordt overschreden.

De voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag oordeelde in een vergelijkbare zaak over de vraag of een vordering tot heraanbesteding moest worden toegewezen.[5] De voorzieningenrechter constateerde dat de aanbestedende dienst in strijd met het transparantiebeginsel had gehandeld en stelde zich vervolgens de vraag tot welk gevolg dit handelen zou moeten leiden. Een gebrek in de aanbestedingsstukken leidde volgens de voorzieningenrechter niet automatisch tot een heraanbesteding. Hij overwoog dat een heraanbesteding een zeer ingrijpende en tijdrovende maatregel is. Het hier geconstateerde gebrek kon op een eenvoudige wijze worden hersteld en een kleine correctie zorgt ervoor dat alle inschrijvingen op dezelfde wijze zouden kunnnen worden beoordeeld. Daarmee was volgens de voorzieningenrechter onvoldoende gebleken dat de klagende partij belang had bij een heraanbesteding.

De voorzieningenrechter van de Rechtbank Gelderland wees ook een vordering tot een heraanbesteding af, ondanks het feit dat de eis voor meerdere uitleg vatbaar was. De voorzieningenrechter nam niet aan dat de inschrijver door het ondeugdelijke c.q. niet transparante gunningscriterium was benadeeld.[6] Dat de inschrijver bij heraanbesteding een nieuwe kans op gunning heeft, vond de rechter een onvoldoende belang om een heraanbesteding te rechtvaardigen.

Uit bovengenoemde eerdere uitspraken wordt duidelijk dat wanneer niet aangenomen kan worden dat een inschrijver door een niet-transparant gunningscriterium is benadeeld, dit impliceert dat de inschrijver niet voldoende in zijn belang is geschaad om een heraanbesteding te rechtvaardigen.

Waarschijnlijk moet de onderhavige uitspraak ook in dat licht worden begrepen. De aanbesteding bevatte een gebrek waardoor de aanbesteding als zodanig geen doorgang kon vinden. Voor Dura Vermeer maakte het in feite geen verschil of zij zou moeten deelnemen aan een heraanbesteding van de nieuwe opdracht of aan

3 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 17 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6838, «JAAN» 2013/201.
4 R.o. 4.17.
5 Vzr. Rb. Den Haag 19 november 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:18479, «JAAN» 2014/40.
6 Vzr. Rb. Gelderland 28 augustus 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:4134, «JAAN» 2013/207.

een nieuwe ronde binnen de bestaande aanbestedingsprocedure. Maar wat nu als een niet tot de selectieronde toegetreden onderneming zou klagen, of een geselecteerde partij wel in haar belangen zou zijn geschaad? In zo een situatie zou een heraanbesteding wel het logische gevolg zijn.

De door de voorzieningenrechter genoemde argumenten in het kader van *efficiency* kunnen ons inziens geen legitimatie vormen om niet tot een heraanbesteding over te gaan. Dergelijke argumenten, ook al zijn ze zeer praktisch van aard, verhouden zich namelijk minder goed tot de grondprincipes van het aanbestedingsrecht.

Een materieel juridische basis voor een dergelijke praktische oplossing lijkt te ontbreken. De argumentatie die de voorzieningenrechter hanteert, kan tot willekeur leiden. Blijkbaar bepaalt de aanbestedende dienst of hij een geheel nieuwe aanbesteding wenst te organiseren met nieuw te selecteren partijen of dat hij met dezelfde partijen wenst verder te gaan. Aangezien de uitvoering van de opdracht wellicht en de nieuwe aanbiedingsronde in ieder geval op een ander tijdstip zullen plaatsvinden, is het bovendien de vraag of niet andere partijen hadden willen deelnemen. Met de gekozen oplossing is ook moeilijk te controleren of het wegnemen van de onduidelijkheden in de aanbestedingsstukken leidt tot aanbestedingsstukken die in overeenstemming zijn met de aanvankelijke bedoeling van de aanbestedende dienst. Blijkbaar kan een aanbestedende dienst na ontvangst van de aanbiedingen besluiten wat hij eigenlijk heeft bedoeld.

Net als voor marktpartijen zou voor de aanbestedende dienst moeten hebben te gelden dat 'een beetje' ongeldig ook ongeldig is en dat geen tweede kans wordt geboden binnen dezelfde aanbestedingsprocedure, indien op enigerlei wijze de aanbestedingsrechtelijke beginselen daarmee kunnen worden geschaad. Het aanbestedingsrecht blijft formaliteitenrecht. Niet zozeer om een aanbestedende dienst daarmee te ondersteunen, maar juist om marktpartijen gelijk te behandelen.

B. Braat,
Advocaat bij CMS

J.J. van Loenen-de Wild
Professional support lawyer bij CMS