103

Voorzieningenrechter Rechtbank Amsterdam
1 maart 2015, nr. C/13/580895 / KG ZA 15-135,
ECLI:NL:RBAMS:2015:1477
(mr. Berkhout)
Noot mr. C.H. van Hulsteijn, tevens behorend «JAAN» 2015/121

Vrijwillige aanbesteding. (On)geldigheid inschrijving. Belangenverstrengeling. (Schijn van) partijdigheid. Beoordelingswijze in strijd met gelijkheidsbeginsel. Herbeoordeling.

[Algemene beginselen aanbestedingsrecht]

Gemeente Amsterdam geeft vijf zelfbouwkavels uit voor een nieuwbouwproject aan de Bilderdijkkade. Hiervoor heeft de gemeente een selectieprocedure georganiseerd; waarvoor bouwgroepen zich kunnen inschrijven. In een bouwgroep ontwikkelen de leden van de groep samen een woongebouw voor eigen bewoning. Voor bouwgroepen die volledig uit particulieren bestaan, is er een voorrangsregeling. Voor zelfbouwkavel B3 selecteert de gemeente drie bouwgroepen voor de interviewfase: Bouwgroep 1, Bouwgroep 2 en Bouwgroep 3. In deze fase worden twee 'sleutelfiguren' van iedere bouwgroep aan de hand van een vragenlijst geïnterviewd door een interviewer, in aanwezigheid van de selectiecommissie, die uit drie personen dient te bestaan. In januari 2015 deelt de gemeente mee dat alleen Bouwgroep 2 is toegelaten tot de plan van aanpakfase van het project. Bouwgroep 1 is van mening dat Bouwgroep 2 had moeten worden uitgesloten van de selectieprocedure en dat in ieder geval de interviewfase opnieuw moet, omdat één van de leden van de selectiecommissie vanwege (schijn van) partijdigheid hiervan niet deel had mogen uitmaken en start een kort geding.

De voorzieningenrechter stelt voorop dat tussen partijen niet in geschil is dat de gemeente bij het zelfbouwproject aan de Bilderdijkkade heeft gekozen voor een vrijwillige aanbestedingsprocedure. Dit betekent dat de gemeente zich daarbij dient te houden aan de beginselen van aanbestedingsrecht, te weten, (onder meer) het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel, alsook aan de beginselen van behoorlijk bestuur (zoals het beginsel van fair play en het zorgvuldigheidsbeginsel).

De primaire vordering van Bouwgroep 1 is dat Bouwgroep 2 wordt uitgesloten van de procedure, omdat Bouwgroep 2 niet zou vallen onder het begrip CPO (Collectief Particulier Opdrachtgeverschap). Ook zou de gemeente de voorrangsregeling onjuist hebben toegepast. Bouwgroep 1 stelt verder dat Bouwgroep 2 niet voldoet aan de in de selectieleidraad vermelde selectiedoelstellingen, in het bijzonder op het gebied van zeggenschap van haar leden en duurzaamheid. Verder zou Bouwgroep 2 niet integer zijn, omdat zij in feite bestaat uit projectontwikkelaars die met een flitsende website bouwgroepleden aantrekken met 'als kerndoel er een slaatje uit te slaan, en bereid zijn alles te verklaren wat nodig is om geselecteerd te worden'.

De voorzieningenrechter verwerpt de stellingen van Bouwgroep 1 en acht voorshands de inschrijving van Bouwgroep 2 geldig en wijst de primaire vordering af.

De subsidiaire vordering van Bouwgroep 1 heeft als belangrijkste grondslag dat de door de gemeente gehanteerde procedure strijd oplevert met het gelijkheidsbeginsel, omdat de selectiecommissie niet bij alle beoordelingen dezelfde is geweest, nu deze in het geval van Bouwgroep 2 vanwege het terugtreden van één van de leden van de selectiecommissie niet uit drie, maar uit twee personen heeft bestaan.

De voorzieningenrechter acht dit een wezenlijk punt, op grond waarvan de procedure, wegens strijd met dat beginsel, niet door de beugel kan. Weliswaar hoeft de omstandigheid dat het betreffende lid van de selectiecommissie in het verleden met één van de inschrijvers heeft samengewerkt, niet per definitie partijdigheid op te leveren, maar alleen al het risico daarop en de schijn van partijdigheid dienen tegen de achtergrond van de beginselen van aanbestedingsrecht te worden vermeden. Dat voornoemd lid van de selectiecommissie zich uit de procedure heeft teruggetrokken, is dus begrijpelijk en terecht. Dat daarmee de samenstelling en het aantal leden in de beoordelingscommissie niet voor alle inschrijvers hetzelfde is geweest, levert ongelijkheid op. Dat de beoordeling (het geven van een cijfer) unaniem dient te zijn maakt dat niet anders, aangezien het een wezenlijk verschil maakt of daaraan het oordeel van twee, dan wel van drie personen ten grondslag ligt.

De voorzieningenrechter concludeert dat voldoende gronden aanwezig zijn voor toewijzing van de subsidiaire vordering met dien verstande dat het verbod om een vervolg te geven aan toelating van de Bouwgroep 2 tot de plan van aanpakfase, niet

(meer) geldt indien zij na de hernieuwde beoordeling van de interviewfase wederom als eerste uit de bus zou komen.

1. *Eiser 1*
2. *Eiser 2*
3. *Eiser 3*
4. *Eiser 4*
5. *Eiser 5*
6. *Eiser 6*
7. *Eiser 7*
8. Eiser 8
9. *Eiser 9*
10. *Eiser 10*
11. *Eiser 11*
12. *Eiser 12*

allen wonende te [woonplaats], samen *Woongroep 1*,
advocaat mr. M. Heikens te Amsterdam,
tegen
de publiekrechtelijke rechtspersoon *gemeente Amsterdam* te Amsterdam,
advocaat mr. P. Oosterlaken te Amsterdam.

1. De procedure
Ter terechtzitting van 24 februari 2015 hebben eisers, hierna gezamenlijk ook: [BOUWGROEP 1], gesteld en gevorderd overeenkomstig de in fotokopie aan dit vonnis gehechte dagvaarding en akte aanvulling bezwaren. Gedaagde, hierna: de Gemeente, heeft verweer gevoerd met conclusie tot weigering van de gevraagde voorzieningen. Beide partijen hebben producties en een pleitnota in het geding gebracht. Na verder debat hebben partijen verzocht vonnis te wijzen.
Ter zitting waren aanwezig, voor zover hier van belang:
aan de zijde van [BOUWGROEP 1]: [EISER 1], mr. Heikens en mr. R. de Vries, advocaat te Amsterdam; aan de zijde van de Gemeente: [PROJECTMANAGER], projectmanager, [PROJECTBEGELEIDER], projectbegeleider, [MEDEWERKER GEMEENTETEAM ZELFBOUW], gemeenteteam zelfbouw (hierna: [MEDEWERKER GEMEENTETEAM ZELFBOUW]), mr. [JURIST], jurist en mr. Oosterlaken. Tevens was aanwezig de heer [BETROKKENE BOUWGROEP2] (hierna; [BETROKKENE BOUWGROEP 2]), betrokken bij [BOUWGROEP 2].

2. De feiten
2.1. Eisers hebben als zogenoemde "bouwgroep" met de naam "[NAAM BOUWGROEP 1]" deelgenomen aan een selectieprocedure van de Gemeente, die zag op de uitgifte van vijf zelfbouwkavels voor bouwgroepen voor een nieuwbouwproject aan de [straat]. Dit project (hierna: het project) maakt deel uit van het grotere nieuwbouwproject[naam bouwproject]. [BOUWGROEP 1] wilde in aanmerking komen voor de ontwikkeling van een zelfbouwkavel met de aanduiding B3.
2.2. Op 22 augustus 2014 is op de website van de Gemeente over het project het volgende vermeld:
"Zelfbouw De Hallen start inschrijving 29 augustus
(...)
Professionele partijen kunnen zich ook inschrijven, maar voor bouwgroepen die volledig uit particulieren bestaan, is er een voorrangsregeling."
2.3. In de Selectieleidraad ten behoeve van het project staat onder meer:
"Begripsbepaling
(...)
Begrip Definitie
Bouwgroep Een groep van drie of meer natuurlijke personen die geen gemeenschappelijke huishouding voeren en die samen eigen woningen willen ontwikkelen
(...)
1. Inleiding
1.1. *Algemeen*
(...)
In de eerste fase van de selectieprocedure (de inschrijvingsfase) wordt voorrang verleend aan Bouwgroepen, waarvan voor meer dan 50% van de te realiseren woningen een toekomstige bewoner als Bouwgroeplid het inschrijfformulier ondertekend heeft.
1.2 *Zelfbouw in Amsterdam*
Waarom Zelfbouw?
De gemeente Amsterdam biedt zelfbouwkavels en bestaand vastgoed aan om burgers meer zeggenschap te geven over de eigen woning en woonomgeving. Zelfbouw vergroot de mogelijkheden om in eigen regie en met zelf gekozen partners de eigen woning te ontwikkelen en bouwen.
(...)
Wat is een Bouwgroep?
In een bouwgroep ontwikkelen de leden van de groep samen een woongebouw voor eigen bewoning. De Bouwgroepleden zijn gezamenlijk opdrachtgever

voor de bouw van een woongebouw met appartementen, waar de Bouwgroepleden gezamenlijk, maar uiteraard wel zelfstandig, kunnen wonen.
(...)
Het begrip Bouwgroep is een verzamelterm voor een aantal verschillende de vormen van opdrachtgeverschap: Collectief Particulier Opdrachtgeverschap (CPO) en Medeopdrachtgeverschap (MO)
Collectief Particulier Opdrachtgeverschap (CPO)
Het bouwen met een groep mensen wordt ook vaak aangeduid als Collectief Particulier Opdrachtgeverschap (CPO). In deze vorm zijn de toekomstige bewoners gezamenlijk opdrachtgever en hebben daarmee volledige zeggenschap over het ontwerp, de planontwikkeling en de bouw van het woongebouw, maar dragen daarmee ook de risico's ervan. Als opdrachtgever kunnen de zelfbouwers uiteraard professionals inschakelen om het proces te organiseren of het ontwerp te maken.
(...)
Medeopdrachtgeverschap (MO)
Een andere vorm is medeopdrachtgeverschap (MO) In deze vorm ontwikkelen en bouwen de toekomstige bewoners gezamenlijk met een professional. Dit kan bijvoorbeeld een projectontwikkelaar, een architect en/of een aannemer zijn. De professional biedt de toekomstige bewoner maatwerk aan door in opdracht van een groep particulieren een project te ontwikkelen. Daarbij is essentieel hoe risico en zeggenschap verdeeld worden tussen beide partijen. Het principe is dat de particulieren en de professionele ontwikkelaar een gelijkwaardige positie hebben, waarbij sturingsmogelijkheden en risico's worden gedeeld. Indien een professional inschrijft namens de Bouwgroep is sprake van een vorm van medeopdrachtgeverschap (MO).
(...)
1.5 *Integriteit*
De gemeente wenst alleen overeenkomsten aan te gaan met partijen die integer zijn.
(...)
2. Selectieprocedure
2.1 *Selectiedoelstellingen*
De hoofddoelstelling van de selectieprocedure is het selecteren van de Bouwgroepen, die op dit moment de best beschikbare groepen zijn om de vijf zelfbouwkavels te ontwikkelen.
De beste beschikbare Bouwgroepen zijn die groepen, die meedoen aan de procedure, voldoen aan de randvoorwaarden en zo hoog mogelijk scoren op de volgende geprioriteerde subdoelstellingen:
1. het geven van zeggenschap en ruimte voor eigen woonwensen aan de Bouwgroepleden,
2. het bieden van zekerheid dat de kavel daadwerkelijk ontwikkeld gaat worden volgens plan en planning en
3. het duurzaam ontwikkelen en bouwen.
(...)
2.2 *Minimumeis*
Om een inschrijving te mogen doen dient de Inschrijver een Bouwgroep te vertegenwoordigen, waarvan voor meer dan een kwart (25%) van de te bouwen woningen Bouwgroepleden bekend zijn. Een Bouwgroep bestaat altijd uit tenminste drie leden.
(...)
2.3.2. *Van alle geldige inschrijvingen naar maximaal vijf*
(...)
Als er meer dan vijf groepen hebben ingeschreven zal de gemeente voorrang verlenen aan groepen, waarvan voor meer dan 50% van de te realiseren woningen een Bouwgroeplid bekend is. Dat betekent bij een even aantal woningen, tenminste de helft van het aantal woningen plus één."
2.4. De Gemeente heeft een informatiebrochure uitgegeven over het project. Daarin wordt onder meer melding gemaakt van "kavelpaspoorten". Bij "Kavelpaspoort; kavel B3" is vermeld: "Type ontwikkeling: Collectief Particulier Opdrachtgeverschap".
2.5. Tijdens de selectieprocedure heeft de Gemeente drie bouwgroepen geselecteerd voor de op-een-na-laatste fase daarvan, de "interviewfase", namelijk: [BOUWGROEP 1], [BOUWGROEP 2] en [BOUWGROEP 3].
Tijdens de interviewfase zijn telkens (na elkaar) twee "sleutelfiguren" van de desbetreffende bouwgroep geïnterviewd door een interviewer, aan de hand van een vaste vragenlijst, in aanwezigheid van de uit drie personen bestaande selectiecommissie.
2.6. In de op 8 december 2014 door [BOUWGROEP 1] ingediende schriftelijke motivering staat onder meer het volgende:
"Per appartement van ongeveer 100m2 hebben de groepsleden de mogelijkheid om de keuken en/of de badkamer aan de voor- of achterkant te realiseren."
2.7. Bij brief van 23 januari 2015 heeft de Gemeente aan [BOUWGROEP 1] meegedeeld de selectieprocedure, op basis van de beoordeling door de Gemeente van de schriftelijke Documenten en de

interviews, niet met haar voort te zetten. In de brief is verder vermeld dat [BOUWGROEP 1] nummer één is op de reservelijst voor zelfbouwkavel B3. Het beoordelingsrapport is met deze brief meegezonden. Daaruit blijkt dat de Documenten zijn gewaardeerd met het cijfer 6 en de 2 interviews (met zogenoemde "sleutelfiguren") elk met het cijfer 8. In het beoordelingsrapport is ten aanzien van de Documenten terzake van de inschrijving van [BOUWGROEP 1] onder meer het volgende vermeld:

"In de motivering staat dat de Bouwgroep de duurzaamheidsdoelstelling onderschrijft, maar de selectiecommissie is door de onderbouwing onvoldoende overtuigd van de manier, waarop de Bouwgroep de doelstelling daadwerkelijk wil realiseren, ondanks de genoemde ruime ervaring hiermee binnen de Bouwgroep."

In het verslag van het interview met [EISER 1] (een van de sleutelfiguren van [BOUWGROEP 1]) staat onder meer:

"Met betrekking tot de duurzaamheidsdoelstelling is de selectiecommissie minder overtuigd; zo ziet zij een tegenstrijdigheid tussen het voornemen om een groen dakterras te realiseren en de duurzaamheidsnorm, omdat energieproductie noodzakelijk zal zijn. Daar gaat de Inschrijver onvoldoende op in."

In het interview met de tweede sleutelfiguur (de heer [SLEUTELFIGUUR], adviseur van de [BOUWGROEP 1] en directeur van [BEDRIJF]) staat onder meer:

"De sleutelfiguur geeft (...) geen onderbouwing van zijn stelling dat de duurzaamheidsdoelstelling van 0.15% haalbaar is door de bouwmethode."

2.8. Bij brief van 23 januari 2015 heeft de Gemeente [BOUWGROEP 2] meegedeeld dat zij (als enige, vzr.) is toegelaten tot de plan van aanpakfase van het project. De documenten van [BOUWGROEP 2] zijn eveneens beoordeeld met het cijfer 6, en de 2 interviews met de cijfers 10 en 8.

Met betrekking tot de Documenten van [BOUWGROEP 2] staat in deze brief onder meer:

"*De Documenten maken het de selectiecommissie onvoldoende duidelijk wat de relatie tussen (...) en de Bouwgroep nu daadwerkelijk is. Gaat het hier om een CPO of is er sprake van mede-opdrachtgeverschap ?*
(...)
Er wordt een zeer hoge duurzaamheidsambitie genoemd in de stukken, hierbij worden wel enkele voorbeelden genoemd, maar de selectiecommissie vond het niet voldoende concreet uiteengezet
(...) "

In het verslag van het tweede interview met een "inschrijver, initiatiefnemer, begeleider, (deels) achtervangpartij, Bouwgroeplid en toekomstig bewoner" (in het verslag geanonimiseerd, maar dit betrof [INSCHRIJVER], hierna: [INSCHRIJVER]) (dat is gewaardeerd met het cijfer 8) is onder meer het volgende vermeld:

"Bouwgroepleden hebben een prijsgarantie gekregen, zodat het risico op uitval wordt verminderd en er zijn geen kosten voor de planfase.
(...)
De inschrijver was niet heel concreet betreffende de duurzaamheid. Volgens hem is de EPC norm van 0,15 goed te halen, maar dit wordt niet onderbouwd hoe. Hij is niet overtuigend in het onderschrijven en onderbouwen van de hoge duurzaamheidsdoelstelling van de eigen Bouwgroep. Ook overtuigde de Inschrijver de selectiecommissie niet bij het antwoord op de vraag hoe zeker het is dat de huidige Bouwgroepleden hier daadwerkelijk gaan wonen; preventieve maatregelen op dit vlak, zoals een anti-speculatiebeding had hij van de gemeente verwacht, maar dit had ook een maatregel binnen deze bouwgroep zelf kunnen zijn.
(...)
Dhr. [LID SELECTIECOMMISSIE], lid van de selectiecommissie (hierna: [LID SELECTIECOMMISSIE], vzr.), onthoudt zich van commentaar vanwege eerdere samenwerking met geïnterviewde"

2.9. Op de website van [BOUWGROEP 2] ([BOUWGROEP 2].nl) is ten aanzien van het project het volgende vermeld:

"(...)
[BOUWGROEP 2] wordt zonder risico's uw grachtenpand.
(...)
Wonen aan de gracht met ca 110 M2 en een eigen parkeergarage in Oud-West
(...)
Wat kost dit grachtenpand?
Het prijsniveau van koopsom van deze woningen bedraagt, afhankelijk van de staat van afwerking en wensen van de bewoners € 425.000 - € 450.000
(...) "

2.10. Onder de gedingstukken (productie 7 van [BOUWGROEP 1]) bevindt zich de stichtingskostenbegroting van [BOUWGROEP 1] voor het project. Het bedrag dat daarin per appartement is berekend bedraagt € 371.328,-.
2.11. In een verklaring, van 19 februari 2015, gericht aan de raadsman van de Gemeente, heeft [LID SELECTIECOMMISSIE] het volgende geschreven:
"U heeft mij verzocht de achtergrond te schetsen van het gegeven dat ik mij in het kader van de selectie van partijen voor de zelfbouwkavel B3 van het project [naam bouwproject], bij een van de interviews, heb onthouden van commentaar vanwege eerdere samenwerking met geïnterviewde.
Ik ben sinds 1987 werkzaam voor de gemeente Amsterdam als projectleider grondzaken.
(...)
Vanuit mijn functie bij de gemeente ben ik betrokken geweest bij diverse projecten in Amsterdam-West en heb ik contact gehad met verschillende projectontwikkelaars, aannemers etc.
Een van de projecten waar ik namens het toenmalige stadsdeel Westerpark bij betrokken ben geweest betrof de revitalisering van een bedrijventerrein aan de [straat].
(...)
De gemeente had ten behoeve van de uitvoering van dat project een overeenkomst gesloten met de ontwikkelaar Bedrijvenhuis B.V.
(...).
Ik had bij de uitvoering van het project het meeste contact met (...), maar heb ook veel contact gehad met de heer [INSCHRIJVER] die in die periode directeur van Bedrijvenhuis was. Na 2000 heb ik geen contact meer gehad met Bedrijvenhuis of met de heer [INSCHRIJVER].
(...)
Aan de interviewfase namen per kavel drie bouwgroepen deel. '[BOUWGROEP 2]' was een van de drie bouwgroepen die aan de interviewfase voor kavel B3 deelnam.
(...)
De laatste van de zes interviews was met [INSCHRIJVER] die ik bij binnenkomst in de interviewruimte herkende als de persoon met wie ik tot 2000 bij het project (...) [straat] contact had gehad. Tot het moment van binnenkomst in de interviewruimte was mij de betrokkenheid van deze [INSCHRIJVER] bij de groep '[BOUWGROEP 2]' onbekend. Dat hij als privé-persoon betrokken is en niet als directeur van Bedrijvenhuis heeft daar wellicht aan bijgedragen. Dat een interview met hem zou worden gehouden was voor mij dan ook een verrassing. Juist om de schijn van vooringenomenheid te vermijden heb ik op dat moment kenbaar gemaakt dat ik deze persoon kende en heb ik mij onthouden van commentaar vanwege de eerdere samenwerking met de geinterviewde.
Ten tijde van de beoordeling van de andere vijf interviews wist ik nog niet van de betrokkenheid van de mij bekende [INSCHRIJVER] bij de zelfbouwgroep [BOUWGROEP 2]."

3. Het geschil
3.1. [BOUWGROEP 1] vordert, bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad op alle dagen en uren, de Gemeente
primair: te gebieden om [BOUWGROEP 2] uit te sluiten van deelname aan de selectieprocedure en, voor zover de Gemeente nog een vervolg wenst te geven aan de selectieprocedure, om [BOUWGROEP 1] toe te laten tot de plan van aanpakfase;
subsidiair: te verbieden een vervolg te geven aan toelating van [BOUWGROEP 2] tot de huidige plan van aanpakfase en (te verbieden) een optieovereenkomst te sluiten met [BOUWGROEP 2];
te gebieden, voor zover de Gemeente nog een vervolg wenst te geven aan de selectieprocedure, de interviewfase te herhalen conform het bepaalde in de Selectieleidraad met een nieuwe selectiecommissie.
Dit alles op straffe van verbeurte van dwangsommen en met veroordeling van de Gemeente in de proceskosten, de nakosten daaronder begrepen.
3.2. [BOUWGROEP 1] heeft, zeer kort samengevat, aan haar vorderingen ten grondslag gelegd dat de Gemeente in strijd heeft gehandeld met de beginselen van aanbestedingsrecht, dat [BOUWGROEP 2] van de procedure had moeten worden uitgesloten, omdat zij niet aan de gestelde eisen voldoet, althans dat in elk geval de interviewfase opnieuw moet, vanwege gebreken in de procedure, onder meer omdat [LID SELECTIECOMMISSIE] vanwege (schijn van) partijdigheid niet van de selectiecommissie deel had mogen uitmaken.
3.3. De Gemeente voert verweer.
3.4. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

4.1. Het spoedeisend belang vloeit voort uit de aard van de vorderingen en is door de Gemeente op zichzelf ook niet betwist.

4.2. Tussen partijen is niet in geschil dat de Gemeente bij het zelfbouwproject aan de [straat] heeft gekozen voor een vrijwillige aanbestedingsprocedure. Dit betekent – ook daarover bestaat geen verschil van mening – dat de Gemeente zich daarbij dient te houden aan de beginselen van aanbestedingsrecht, te weten, (onder meer) het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel, alsook aan de beginselen van behoorlijk bestuur (zoals het beginsel van fair play en het zorgvuldigheidsbeginsel).

4.3. De meeste verstrekkende vordering van [BOUWGROEP 1] is dat [BOUWGROEP 2] wordt uitgesloten van de procedure om deel te nemen aan het project, omdat [BOUWGROEP 2] niet valt onder het begrip CPO (Collectief Particulier Opdrachtgeverschap) zoals gedefinieerd in de Selectieleidraad. [BOUWGROEP 1] heeft dat gemotiveerd met de stelling dat een wezenlijk kenmerk van het CPO is dat de bouwgroepleden samen het financiële risico dragen voor het project, terwijl dat in het geval van [BOUWGROEP 2] niet aan de orde zou zijn, nu uit de documentatie blijkt dat aan de deelnemers een "prijsgarantie" wordt gegeven in de vorm van vaste prijzen tussen de € 425.000,- en € 450.000,- per appartement. Hierin zal [BOUWGROEP 1] niet worden gevolgd. Redengevend daarvoor is dat, anders dan [BOUWGROEP 1] heeft bepleit, de omschrijving van het begrip CPO in de selectieleidraad niet zozeer strikte eisen bevat waaraan de Bouwgroep dient te voldoen, maar veeleer een uitleg en een toelichtende beschrijving van het begrip CPO bevat, zoals de Gemeente heeft betoogd. Bovendien staat evenmin vast dat [BOUWGROEP 2] niet als CPO in de in van de Selectieleidraad kan worden aangemerkt, nog daargelaten dat in beginsel mede-opdrachtgeverschap ook is toegestaan. Voorshands heeft [BOUWGROEP 1] immers onvoldoende aannemelijk gemaakt dat [INSCHRIJVER] niet als toekomstige bewoner, maar als projectontwikkelaar aan het project deelneemt, nu de Gemeente alsook de adviseur van [BOUWGROEP 2], [BETROKKENE BOUWGROEP 2], ter zitting hebben verklaard niet beter te weten dan dat [INSCHRIJVER] voornemens is om naar Amsterdam te verhuizen en daadwerkelijk een van de te ontwikkelen appartementen te gaan bewonen. Ook de stelling dat geen sprake zou zijn van het delen van risico's en zeggenschap kan niet zonder meer als juist worden aanvaard. Weliswaar roepen de vermelding van de (appartements-)prijzen (tussen de € 425.000,- en € 450.000,-) op de website en het hanteren van de term "prijsgarantie" de nodige vragen op, maar volgens de Gemeente, die haar stellingen op dit punt baseert op informatie van [BOUWGROEP 2], is daarmee niet bedoeld dat voor een vooraf gehanteerde prijs geleverd dient te worden. De term prijsgarantie zou betekenen dat het lidmaatschap van de bouwgroep kan worden beëindigd, indien de kosten boven een bepaalde indicatie uitkomen. Anders dan in het beoordelingsrapport is vermeld, betalen de bouwgroepleden bij [BOUWGROEP 2] wel kosten voor de planfase, namelijk € 10.000,-, maar worden deze kosten terugbetaald bij beëindiging van het lidmaatschap, is daarbij de nadere uitleg van de Gemeente. Wat daarvan ook zij, de conclusie van [BOUWGROEP 1] dat de selectieleidraad dwingend voorschrijft dat [BOUWGROEP 2] op grond van het voorgaande niet had mogen inschrijven, vloeit niet zonder meer voort uit het bepaalde in die Leidraad. Daar komt bij dat de Gemeente terecht heeft betoogd dat met risico's niet alleen op financiële risico's wordt gedoeld.

4.4. Een tweede bezwaar van [BOUWGROEP 1] is dat de Gemeente de voorrangsregeling onjuist heeft toegepast, althans dat de selectie van [BOUWGROEP 2] met de voorrangsregeling in strijd zou zijn, omdat [BOUWGROEP 1] wel en [BOUWGROEP 2] niet aan de criteria daarvan zou voldoen. [BOUWGROEP 1] legt de voorrangsregeling zo uit dat voorrang moet worden verleend aan zelfbouwgroepen die volledig uit particulieren bestaan en voor 50% uit toekomstige bewoners. De Gemeente heeft gesteld dat [BOUWGROEP 2] bij de inschrijving heeft aangegeven een complex met 11 woningen te willen bouwen en dat de [BOUWGROEP 2] bij inschrijving bestond uit 7 leden, allen toekomstige bewoners, waarbij 1 lid twee wooneenheden tot 1 grote woning zou willen samenvoegen. [BOUWGROEP 1] heeft onvoldoende gesteld om aan te nemen dat deze mededelingen onjuist zouden zijn. Aan het 50% vereiste is daarmee voldaan. Dat niet valt uit te sluiten dat inschrijvers zich in een later stadium terugtrekken doet daar niet aan af. [MEDEWERKER GEMEENTETEAM ZELFBOUW] heeft in dit verband ter zitting desgevraagd nog meege-

deeld dat in de plan van aanpakfase en bij de totstandkoming van de optieovereenkomst het aantal leden/toekomstige bewoners nog wordt gecontroleerd. Daaraan heeft de raadsman van de Gemeente wel toegevoegd dat de omstandigheid dat er geen garanties zijn ingebouwd om te voorkomen dat mensen zonder verdere consequenties alsnog uit het project stappen (danwel de appartementen kunnen doorverkopen) voor de Gemeente bij nader inzien "food for thought" is. Voorshands staat dat de hantering van de voorrangsregeling door de Gemeente bij de inschrijving van [BOUWGROEP 2] echter niet in de weg.
Dat verder voorrang dient te worden verleend als een bouwgroep geheel uit particulieren bestaat, is weliswaar vermeld op de website van de Gemeente, maar niet in de Selectieleidraad die, zoals de Gemeente terecht heeft betoogd, leidend is. Bovendien kan niet op voorhand worden aangenomen dat [INSCHRIJVER] als een professional moet worden beschouwd, omdat vooralsnog aannemelijk is dat hij zich als particulier en toekomstig bewoner heeft ingeschreven, waarin de omstandigheid dat hij (al dan niet gepensioneerd) projectontwikkelaar is, geen verandering brengt. Overigens heeft de Gemeente op dit punt onweersproken gesteld dat ook [EISER 1] (eiser sub 1) zich beroepsmatig met projectontwikkeling bezig houdt, zodat ook hij in de zienswijze van [BOUWGROEP 1] als "professional" zou kunnen worden aangemerkt.
Ook op grond van de argumentatie op het punt van de "voorrangsregeling" kan dus niet worden geoordeeld dat [BOUWGROEP 2] ten onrechte voor het project is geselecteerd.
4.5. [BOUWGROEP 1] heeft verder gesteld dat [BOUWGROEP 2] niet voldoet aan de onder 2.1 in de Selectieleidraad vermelde selectiedoelstellingen (weergegeven bij 2.3), met name niet aan het vereiste dat de bouwgroep haar leden zeggenschap dient te geven bij de bouw van de appartementen. Volgens [BOUWGROEP 1] blijkt dat onder meer uit het feit dat op de website van [BOUWGROEP 2] staat dat zij alleen appartementen van rond de 110m2 zal bouwen, terwijl [BOUWGROEP 1] uitgaat van een te realiseren woonoppervlak variërend van 60m2 tot 120m2. De Gemeente heeft op dit punt echter terecht aangevoerd dat keuzevrijheid ten aanzien van de omvang van de appartementen geen eis is in de selectieleidraad en dat ruimte voor eigen woonwensen, die ook [BOUWGROEP 2] biedt zoals blijkt uit haar website, uit meer bestaat dan alleen de oppervlakte. Bovendien heeft [BOUWGROEP 1] zelf blijkens het beoordelingsrapport zelf (aanvankelijk) ook slechts één oppervlaktemaat genoemd, te weten "ongeveer 100m2" (2.6).
4.6. Ook de stelling dat [BOUWGROEP 2] niet geselecteerd had mogen worden, omdat niet aan de duurzaamheidseisen zou zijn voldaan, treft geen doel. Weliswaar zijn in de beoordeling kritische kanttekeningen geplaatst bij de motivering van [BOUWGROEP 2] dat aan de duurzaamheidsdoelstellingen zal worden voldaan, maar dat geldt ook voor de beoordeling van de inschrijving van [BOUWGROEP 1] op dit punt (zie bij 2.7) en is bij de beoordeling van de inschrijving meegenomen. Dat die beoordeling (apert) onjuist zou zijn, heeft [BOUWGROEP 1] voorts niet aannemelijk gemaakt.
4.7. Dat [BOUWGROEP 2] ten tijde van de inschrijving niet beschikte over een reservelijst, zoals [BOUWGROEP 1] heeft gesteld, wat bleek toen leden van [BOUWGROEP 1] zich bij [BOUWGROEP 2] aanmeldden als potentiële deelnemer, maakt de inschrijving van [BOUWGROEP 2] evenmin ongeldig, nu dit niet als een eis was geformuleerd.
4.8. Ook de stelling dat [BOUWGROEP 2] moet worden uitgesloten van deelname aan het project omdat zij niet integer is, omdat zij in feite bestaat uit projectontwikkelaars die met een flitsende website bouwgroepleden aantrekken met "als kerndoel er een slaatje uit te slaan, en bereid is alles te verklaren wat nodig is om geselecteerd te worden", zoals [BOUWGROEP 1] heeft betoogd mede onder verwijzing naar de verkoopprijzen van [BOUWGROEP 2] die hoger zijn dan die van haar (zie hiervoor 2.10), wordt verworpen. Zoals reeds overwogen bestaat voorshands onvoldoende aanleiding om aan te nemen dat [INSCHRIJVER] niet de intentie heeft om zelf een appartement van het project te gaan bewonen. Evenmin bestaan thans concrete aanwijzingen dat [BOUWGROEP 2] oneigenlijke bedoelingen zou hebben met het project of bij de inschrijving willekeurige informatie zou hebben verstrekt.
4.9. Het voorgaande leidt tot de slotsom dat de inschrijving van [BOUWGROEP 2] voorshands geldig moet worden geacht, zodat voor toewijzing van de primaire vorderingen van [BOUWGROEP 1] geen plaats is.

4.10. Dan ligt nog de subsidiaire vordering voor, met als belangrijkste grondslag dat de gehanteerde procedure strijd oplevert met het gelijkheidsbeginsel, omdat de selectiecommissie niet bij alle beoordelingen dezelfde is geweest, nu deze in het geval van [BOUWGROEP 2] vanwege het terugtreden van [LID SELECTIECOMMISSIE] niet uit drie, maar uit twee personen heeft bestaan. Anders dan de Gemeente, acht de voorzieningenrechter dit met [BOUWGROEP 1] een wezenlijk punt, op grond waarvan de procedure, wegens strijd met dat beginsel, niet door de beugel kan. Weliswaar hoeft, anders dan [BOUWGROEP 1] lijkt te veronderstellen, de omstandigheid dat [LID SELECTIECOMMISSIE] in het verleden met [INSCHRIJVER] heeft samengewerkt niet per definitie partijdigheid op te leveren, maar alleen al het risico daarop en de schijn van partijdigheid dienen tegen de achtergrond van de beginselen van aanbestedingsrecht te worden vermeden. Dat [LID SELECTIECOMMISSIE] zich uit de procedure heeft teruggetrokken is dus begrijpelijk en terecht. Hij had dat overigens al in een eerder stadium kunnen doen, nu de namen van de geïnterviewden op voorhand bekend waren. Dat daarmee de samenstelling en het aantal leden in de beoordelingscommissie niet voor alle inschrijvers hetzelfde is geweest, levert ongelijkheid op. Dat de beoordeling (het geven van een cijfer) unaniem dient te zijn maakt dat niet anders, aangezien het een wezenlijk verschil maakt of daaraan het oordeel van twee, dan wel van drie personen ten grondslag ligt. Daar komt bij dat [LID SELECTIECOMMISSIE] weliswaar niet heeft deelgenomen aan het interview met [INSCHRIJVER], maar wel invloed heeft gehad op de beoordeling van de andere interviews, de verslaglegging van de interviews en de Documenten.
4.11. Al met al kan worden geconcludeerd dat voldoende gronden aanwezig zijn voor toewijzing van de subsidiaire vordering van [BOUWGROEP 1], met dien verstande dat het verbod om een vervolg te geven aan toelating van de [BOUWGROEP 2] tot de plan van aanpakfase, niet (meer) geldt indien zij na de hernieuwde beoordeling van de interviewfase wederom als eerste uit de bus zou komen.
4.12. Voor het opleggen van dwangsommen wordt vooralsnog geen aanleiding gezien, aangezien ervan wordt uitgegaan dat de Gemeente het vonnis ook zonder een dergelijk dwangmiddel zal naleven, mede gelet op de uitdrukkelijke mededeling ter zitting dat dit het geval zal zijn. Evenmin bestaat aanleiding om het vonnis op alle dagen en uren uitvoerbaar te verklaren.
4.13. Als de op een belangrijk punt in het ongelijk gestelde partij zal de Gemeente worden veroordeeld in de kosten van dit geding.
4.14. De gevorderde veroordeling in de nakosten is in het kader van deze procedure slechts toewijsbaar voor zover deze kosten op dit moment reeds kunnen worden begroot. De nakosten zullen dan ook op de navolgende wijze worden toegewezen.

5. De beslissing
De voorzieningenrechter
5.1. verbiedt de Gemeente om een vervolg te geven aan toelating van [BOUWGROEP 2] tot de huidige plan van aanpakfase en om een optieovereenkomst te sluiten met [BOUWGROEP 2], zolang [BOUWGROEP 2] niet na een herbeoordeling overeenkomstig het bepaalde in 5.2 (wederom) als eerste is geëindigd;
5.2. gebiedt de Gemeente, voor zover zij nog een vervolg wenst te geven aan de selectieprocedure, de interviewfase te herhalen conform het bepaalde in de Selectieleidraad met een nieuwe selectiecommissie;
5.3. veroordeelt de Gemeente in de kosten van dit geding, tot heden aan de zijde van [BOUWGROEP 1] begroot op:
– € 94,19 € 94,19 aan explootkosten, inclusief verhoging ex artikel 10 Btag,
– € 94,19 € 285,- aan griffierecht en
– € 94,19 € 816,- aan salaris advocaat;
5.4. veroordeelt De Gemeente in de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op € 131,- voor nasalaris te vermeerderen met € 68,- en de kosten van het betekeningsexploot ingeval betekening van dit vonnis plaatsvindt, te vermeerderen met de wettelijke rente daarover met ingang van veertien dagen na de betekening van dit vonnis tot aan de voldoening;
5.5. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;
5.6. wijst het meer of anders gevorderde af.

NOOT

Belangenverstrengeling, samenstelling beoordelingscommissie, gelijkheidsbeginsel

De voorzieningenrechter oordeelt in deze zaak dat de gemeente Amsterdam het gelijkheidsbeginsel heeft geschonden, door één van de inschrijvers (voor wat betreft het interview) te laten beoordelen door twee beoordelaars en ondertussen de andere inschrijvers te laten beoordelen door drie beoordelaars. Dit oordeel lijkt mij juist en sluit aan bij eerdere jurisprudentie die bepaalt dat de teams die de inschrijvingen beoordelen, niet van elkaar mogen verschillen. Iedere inschrijver dient door exact hetzelfde team te worden beoordeeld (zie bijvoorbeeld Vzr. Rb. Midden-Nederland 20 december 2013, C/16/356675 / KG ZA 13-874).

De reden waarom één van de beoordelaars zich bij één van de inschrijvers uit het beoordelingsteam had teruggetrokken, was erin gelegen dat deze beoordelaar in het verleden had samengewerkt met deze inschrijver. De voorzieningenrechter acht deze terugtrekking niet alleen begrijpelijk, maar ook "terecht", hetgeen een verplichting tot terugtrekking impliceert. Volgens de voorzieningenrechter hoeft de samenwerking uit het verleden weliswaar niet per definitie partijdigheid op te leveren, maar alleen al het risico daarop en de schijn van partijdigheid dienen tegen de achtergrond van de beginselen van aanbestedingsrecht te worden vermeden, aldus de voorzieningenrechter. Deze maatstaf gaat lijnrecht in tegen de maatstaf die de Voorzieningenrechter Rb. Noord-Nederland eerder hanteerde («JAAN» 2014/105 m.nt. mr. C.H. van Hulsteijn). Volgens laatstgenoemde moet voor het aannemen van belangenverstrengeling sprake zijn van feiten of omstandigheden die tot de conclusie leiden dat één van de inschrijvers daadwerkelijk is begunstigd, dan wel dat de andere inschrijvers daadwerkelijk zijn achtergesteld, waardoor de eerlijke mededinging in de aanbestedingsprocedure is geschaad. Ook de Commissie van Aanbestedingsexperts neemt tot uitgangspunt dat sprake moet zijn van feiten en omstandigheden die tot de conclusie leiden dat één van de inschrijvers is begunstigd dan wel de andere inschrijvers zijn benadeeld, wil belangenverstrengeling kunnen worden aangenomen (advies van 15 juli 2014, nr. 111, «JAAN» 2015/121). Omdat de klagende partij dat bewijs niet had geleverd, maar enkel vermoedens had geuit, wees de Commissie van Aanbestedingsexperts de klacht over de aanwezigheid van belangenverstrengeling af. Het bewijs dat één van de inschrijvers is bevoordeeld dan wel dat de andere inschrijvers zijn benadeeld, zal een klagende partij inderdaad niet eenvoudig kunnen leveren. Het aannemelijk maken van een risico op belangenverstrengeling (hoe beperkt ook), is daarentegen aanzienlijk eenvoudiger en zal dus vele malen vaker tot de aanwezigheid van belangenverstrengeling leiden (met alle gevolgen van dien).

De door de Vzr. Rb. Amsterdam gehanteerde maatstaf wijkt niet alleen af van het eerdere oordeel van de Vzr. Rb. Noord-Nederland en de Commissie van Aanbestedingsexperts zoals hiervoor weergegeven, maar sluit mijns inziens (ook) niet goed aan bij art. 24 van de nieuwe Richtlijn 2014/24/EU (welk artikel, zoals het er nu naar uitziet, letterlijk zal worden overgenomen in art. 1.10b van de nog te wijzigen Aanbestedingswet 2012). Art. 24 Richtlijn bepaalt dat het begrip belangenconflict ten minste iedere situatie omvat 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. Op basis van dit artikel lijkt mij ten minste vereist te zijn dat de persoon in kwestie een (aangetoond) "belang" heeft, welk belang geacht kan worden zijn of haar onpartijdigheid en onafhankelijkheid bij de aanbestedingsprocedure in het gedrang te brengen. Als van dat belang niet is gebleken, lijkt mij dan ook geen sprake te kunnen zijn van een belangenconflict. Overigens bevat de duiding van het begrip belangenconflict in art. 24 richtlijn de woorden "ten minste", zodat kennelijk ook andere situaties een belangenconflict kunnen opleveren. Onduidelijk is nog welke andere situaties daaronder zouden kunnen vallen.

Het voorgaande leidt er mijns inziens toe dat in rechte steeds eerst getoetst zal moeten worden of er sprake is van een belang – in het voorliggende geval of de beoordelaar als gevolg van

de samenwerking uit het verleden beschikte over een belang dat zijn onpartijdigheid en onafhankelijkheid in het gedrang zou kunnen brengen. Overigens vermoed ik dat als die toets in dit geschil was uitgevoerd, dat niet tot een andere uitkomst zou hebben geleid; de voorzieningenrechter acht het immers ook "begrijpelijk" dat deze beoordelaar zich heeft teruggetrokken (zodat dus in wezen niet relevant is of al dan niet sprake was van een verplichting tot terugtrekking). En zelfs als de voorzieningenrechter deze terugtrekking onbegrijpelijk had gevonden, dan verwacht ik dat de ongelijkheid tussen inschrijvers ook dan zou zijn opgeheven door toewijzing van de subsidiaire vordering (herhaling van de interviewfase door een nieuw beoordelingsteam).

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