

Als niet weersproken zal het hof ook de nakosten toewijzen zoals hierna vermeld.

6. De beslissing

Het hof, recht doende in kort geding in hoger beroep:

vernietigt het vonnis van de voorzieningenrechter in de rechtbank Gelderland van 5 januari 2018 en doet opnieuw recht;

beveelt de Gemeente de opdracht voor de uitvoering van geestelijke gezondheidszorg (ggz) in het kader van de Jeugdwet voor het jaar 2018 alsnog aan Evergreen conform haar inschrijving te gunnen;

veroordeelt de Gemeente in de kosten van beide instanties, tot aan de bestreden uitspraak aan de zijde van Evergreen wat betreft de eerste aanleg vastgesteld op € 698,40 voor verschotten en op € 816,00 voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief en tot aan deze uitspraak wat betreft het hoger beroep vastgesteld op € 81,00 voor verschotten en op € 2.148,- voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief;

veroordeelt de Gemeente in de nakosten, begroot op € 157,00 met bepaling dat dit bedrag zal worden verhoogd met € 82,00 in geval de Gemeente niet binnen veertien dagen na aanschrijving aan deze uitspraak heeft voldaan én betekening heeft plaatsgevonden;

verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad; wijst het meer of anders gevorderde af.

NOOT

onder «JAAN» 2019/94

mr. G. 't Hart
bedrijfsjurist bij Boskalis Nederland

88

Rechtsbescherming en ingrijpen in gesloten overeenkomst

Gerechtshof 's-Hertogenbosch
12 maart 2019, 200.213.270_01,
ECLI:NL:GHSHE:2019:974

(mr. E.H. Schulten, mr. J.J. Verhoeven, mr. M.W.M. Souren)

Noot mr. G.E. van den Beuken

Motivering gunningsbeslissing. Ingrijpen in gesloten overeenkomst. Marktconsultatie. Gelijkheidsbeginsel. Transparantiebeginsel. Mededinging. Schadevergoeding. Rechtsbescherming.

[Aw 2012 art. 2.127, art. 2.130, art. 2.131, art. 4.15, art. 4.18]

Op 2 april 2015 hebben de gemeente Middelburg, Veere en Vlissingen (hierna: de gemeenten) op TenderNed een Europese openbare aanbestedingsprocedure aangekondigd voor de inkoop van "Diensten voor speciaal personenvervoer over land" voor een periode van twee jaar, met tweemaal een verlengoptie van één jaar.

De gemeenten hebben per e-mail van 15 juni 2015 aan Transvision B.V. (hierna: Transvision) bericht dat zij als derde partij in de beoordeling is geëindigd. Transvision heeft op 26 juni 2015 de gemeenten in kort geding gedagvaard. De voorzieningenrechter heeft bij vonnis van 29 juli 2015 de vorderingen van Transvision afgewezen. Op 18 augustus 2015 hebben de gemeenten de opdracht aan taxibedrijf gegund en hebben zij met taxibedrijf een overeenkomst gesloten.

Transvision vordert in appel vernietiging van de overeenkomst. Zij stelt dat de gemeenten de gunningsbeslissing onvoldoende hebben gemotiveerd. Het gevolg daarvan is dat de opschortende termijn die een aanbestedende dienst op grond van art. 2.127 lid 1 Aw in acht moet nemen, geen aanvang heeft genomen. Uit art. 4.15 lid 1 sub b Aw volgt dat het niet in acht nemen van die termijn meebrengt dat de overeenkomst vernietigbaar is. Van dwingende redenen om de overeen-

komst niet te vernietigen, zoals bedoeld in art. 4.18 Aw, is geen sprake.

Aan haar vordering tot schadevergoeding heeft Transvision ten grondslag gelegd dat Transvision door enerzijds de gebrekkige motivering van het gunningsbesluit en door anderzijds de wijze waarop de gemeenten de marktconsultatie hebben uitgevoerd, feitelijk geen kans heeft gehad op de gunning van de opdracht. De gemeenten hebben dan ook onrechtmatig jegens Transvision gehandeld, op grond waarvan zij schadeplichtig zijn, aldus Transvision.

Rechtsbescherming

Art. 4.15 lid 1 sub b Aw bepaalt dat een als resultaat van een gunningsbeslissing gesloten overeenkomst in rechte vernietigbaar is als de aanbestedende dienst de wettelijke termijnen niet in acht heeft genomen. Een beroep op vernietiging op grond van art. 4.15 lid 1 sub b Aw komt een inschrijver niet meer toe als de termijn wel in acht is genomen, dan wel de uitspraak van de rechter in een tegen de gunningsbeslissing aangespannen kort geding is afgewacht. Die laatste situatie doet zich in onderhavig geschil voor. Door Transvision is na de kennisgeving van de gunningsbeslissing een onmiddellijke voorziening gevraagd als bedoeld in art. 2.131 Aw. In die procedure zijn alle bezwaren naar voren gebracht en beoordeeld die Transvision thans ook in deze bodemprocedure tegen de gunningsbeslissing aanvoert. Dat betekent dat aan Transvision niet meer de bevoegdheid toekomt om op grond van art. 4.15 lid 1 onder b Aw de vernietiging van de overeenkomst in te roepen. De vordering tot vernietiging van de overeenkomst zal om die reden worden afgewezen. Datzelfde geldt voor de subsidiaire vordering om het de gemeenten bij wijze van alternatieve sanctie te verbieden om verdere uitvoering te geven aan de overeenkomst. Voor een alternatieve sanctie in plaats van een vernietiging is alleen plaats indien aan de voorwaarden voor vernietiging is voldaan. Het voorgaande betekent dat het hof de navolgende verweren van Transvision op dit punt verwerpt.

De enkele omstandigheid dat in de gunningsbeslissing niet de kenmerken en de voordelen van de winnende inschrijving vermeldt, en om die reden ondeugdelijk is gemotiveerd, brengt op zichzelf niet mee dat het door Transvision ingestelde beroep tegen de gunningsbeslissing niet doeltreffend en effectief kon zijn. Zij kon in dit opzicht

immers naar voren brengen, en heeft dat ook daadwerkelijk gedaan, dat de gunningsbeslissing niet voldeed aan de minimale voorwaarden die art. 2.130 lid 2 Aw aan de motivering stelt, zodat om die reden een nieuwe gunningsbeslissing behoorde te worden genomen. Het hof constateert dat Transvision in de onderhavige procedure geen andere juridische en feitelijke grondslagen aanvoert ter onderbouwing van haar stelling dat het aanbestedingsrecht is geschonden dan dat zij in kort geding heeft gedaan. Dat de voorzieningenrechter niet heeft geoordeeld dat de beschikking wegens schending van art. 2.130 lid 2 Aw onvoldoende was gemotiveerd en de gemeenten niet heeft veroordeeld om op die grond het voorneemen tot gunning in te trekken, zoals door Transvision was gevorderd, maar dat de voorzieningenrechter op basis van de standpunten van partijen een inhoudelijk oordeel heeft gegeven omtrent de vraag of de overwegingen van de gemeenten de gunningsbeslissing konden dragen, rechtvaardigt niet de gevolgtrekking dat aan Transvision geen effectieve rechtsbescherming is geboden.

Daarbij is het, anders dan Transvision heeft betoogd niet relevant of de voorzieningenrechter de gevorderde voorziening al dan niet terecht heeft afgewezen. Het stelsel van rechtsbescherming zoals dat wordt geboden door de Wijzigingsrichtlijn en de Aanbestedingswet brengt mee dat in de fase voordat de overeenkomst door de aanbestedende dienst wordt gesloten, beroep openstaat op de voorzieningenrechter. Deze oordeelt in kort geding of er regels van aanbestedingsrecht zijn geschonden en of er op die grond aanleiding is om in te grijpen in de lopende aanbestedingsprocedure. De opschortende termijn van artikel 2.127 Aw loopt op grond van artikel 2.131 Aw door totdat de voorzieningenrechter zijn oordeel heeft gegeven. Heeft de voorzieningenrechter afwijzend beslist, dan staat het de aanbestedende dienst vrij om de overeenkomst met de winnende inschrijver te sluiten. De eventuele omstandigheid dat de uitspraak van de voorzieningenrechter of afzonderlijke oordelen daarin achteraf door een hogere rechter anders worden beoordeeld, doet daar niet aan af en maakt de overeenkomst achteraf niet alsnog op die grond aantastbaar.

Marktconsultatie

In zijn algemeenheid kan niet worden geoordeeld dat in het geval dat een gesloten marktconsultatie is gehouden, de aanbestedende dienst zonder

meer in strijd handelt met het aanbestedingsrecht als zij het verslag van die marktconsultatie niet bij de aanbestedingsstukken ter beschikking stelt van alle inschrijvende partijen. Het betoog van Transvision dat de gemeenten alleen al onrechtmatig hebben gehandeld door het verslag niet voorafgaand aan de sluiting van de inschrijvingstermijn te overleggen, kan dan ook niet worden gevolgd. Het hof is van oordeel dat Transvision onvoldoende concreet heeft onderbouwd dat zij door de wijze waarop de gesloten marktconsultatie heeft plaats gevonden in een nadeligere positie is komen te verkeren en dat de gemeenten aldus in strijd hebben gehandeld met het aanbestedingsrecht. Dat uit de marktconsultatie zou blijken dat de gemeenten de inschakeling van onderaannemers als risicovol zagen, is gemotiveerd door de gemeenten betwist en kan het hof overigens ook niet afleiden uit het verslag van de marktconsultatie of de aanbestedingsstukken. Transvision heeft haar stelling op dit punt niet verder onderbouwd. De slotsom is dan ook dat Transvision haar stelling dat de gemeenten onrechtmatig hebben gehandeld bij de uitvoering van de gesloten marktconsultatie onvoldoende heeft onderbouwd, zodat de vordering tot schadevergoeding niet op deze grondslag kan worden toegewezen.

Motivering gunningsbeslissing

Transvision stelt enkel dat zij niet de gelegenheid heeft gehad om te controleren of haar inschrijving juist is beoordeeld en of de opdracht terecht aan taxibedrijf is gegund. Dat zij, gelet op haar inschrijving, het prijsverschil en de kwalitatieve gunningscriteria zodanig beter zou hebben moeten scoren dat zij de opdracht zou hebben moeten krijgen, is door haar gesteld noch aan het hof gebleken. Naar het oordeel van het hof heeft Transvision daarmee haar stelling dat zij schade heeft geleden als gevolg van de gebrekkig gemotiveerde gunningsbeslissing onvoldoende onderbouwd.

De vordering tot schadevergoeding van Transvision gebaseerd op de door de gemeenten gebrekkig gemotiveerde gunningsbeslissing kan derhalve ook niet op deze grondslag worden toegewezen.

Slotsom

Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank.

in de zaak van

1. Transvision B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats],
2. Transvision Franchiseorganisatie B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats],
3. Taxicentrale [vestigingsnaam] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats],
4. [personenvervoer] personenvervoer B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats],
appellanten,
hierna aan te duiden als Transvision,
advocaat: mr. P.F.C. Heemskerke te Amsterdam,
tegen

1. Gemeente Middelburg,
gevestigd te Middelburg,
2. Gemeente Veere,
gevestigd te Veere,
3. Gemeente Vlissingen,
gevestigd te Vlissingen,
geïntimeerden,
hierna aan te duiden als de gemeenten,
advocaat: mr. U.T. Hoekstra te Middelburg,
en

4. [taxibedrijf],
gevestigd te [vestigingsplaats],
geïntimeerde,
hierna aan te duiden als [taxibedrijf],
advocaat: mr. drs. M.W.J. Jongmans,

als vervolg op het door het hof gewezen tussenaarrest van 15 mei 2018 in het hoger beroep van het door de rechtbank Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda, onder zaaknummer C/002/311414/HA ZA 16-99 gewezen vonnis van 28 december 2016.

5. Het verloop van de procedure

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- het tussenaarrest van 15 mei 2018 waarbij het hof een pleidooi heeft gelast;
 - het pleidooi, waarbij Transvision en de gemeenten pleitnotities hebben overgelegd;
 - de akte houdende vermindering van eis in incidenteel appel van [taxibedrijf];
 - de bij brief van 22 november 2018 door [taxibedrijf] toegezonden producties.
- Het hof heeft daarna een datum voor arrest bepaald. Het hof doet recht op bovenvermelde stukken en de stukken van de eerste aanleg

6. De beoordeling

6.1. In dit hoger beroep kan worden uitgegaan van de volgende feiten.

a. a) Op 2 april 2015 hebben de gemeenten op TenderNed een Europese openbare aanbestedingsprocedure aangekondigd voor de inkoop van “Diensten voor speciaal personenvervoer over land” voor een periode van twee jaar, met tweemaal een verlengoptie van één jaar (hierna de Opdracht).

b) De Offerteaanvraag van 1 april 2015 luidt onder meer:

1.1. Aanleiding

In december 2014 en januari 2015 hebben de Walcherse gemeenteraden ingestemd met de beleidsnotitie Doelgroepenvervoer op Walcheren en besloten aan te sluiten bij de Gemeentelijke Vervoercentrale Zeeland B.V. (GVC). De gemeenten Vlissingen, Veere en Middelburg zijn (mede) eigenaar van deze centrale. (...)

De gemeenten Vlissingen, Veere en Middelburg willen via een aanbestedingsprocedure met één partner een meerjarige overeenkomst (2 jaar + 2x verlengoptie van 1 jaar) aangaan voor het beschikbaar stellen van bemande vervoermiddelen ten behoeve van het doelgroepen vervoer (zie paragraaf 2.1). Hiervoor is goede samenwerking met de GVC noodzakelijk. De regie wordt namelijk ondergebracht bij de eigen Gemeentelijke Vervoercentrale Zeeland. De GVC regelt dus de ritaanname, de planning, facturatie en de aansturing van de voertuigen van de vervoerder.

(...)

Partnership is mensenwerk. Wij zijn ons bewust van de sleutelrol die de vaste contactpersoon van de opdrachtnemer (partner) speelt. Deze vaste contactpersoon noemen we een “sleutelfunctionaris”.

(...)

1.4. Planning

Deadline indienen vragen ten behoeve van Nota van Inlichtingen 24 april 2015

Publiceren Nota van Inlichtingen 8 mei 2015

Deadline Indienen inschrijving 18 mei 2015 12:00

2.1. Scope van de opdracht

Het betreft Wmo-vervoer (genaamd Sociaal Vervoer), leerlingenvervoer, gym- en zwemvervoer, WSW-vervoer, haltetaxi en optioneel vervoer jeugd-ggz en medisch kinderdagverblijf (voor cliënten van de deelnemende gemeenten). Binnen de looptijd van het contract kunnen doelgroepen c.q. vervoersstromen toegevoegd worden of ver-

vallen, bij wijzigingen in het beleid en wet- en regelgeving. Dit wordt tijdig met de vervoerder besproken. De regie vormt géén onderdeel van deze aanbesteding. De GVC geeft – naast het voeren van de regie – ook het type in te zetten voertuig aan.

De opdracht bevat enkel de uitvoering van het vervoer op basis van de planning van de Gemeentelijke Vervoercentrale (GVC). (...)

2.2 Huidige situatie

(...)

In de huidige situatie hebben de gemeenten Vlissingen, Veere en Middelburg een overeenkomst met meerdere vervoerders voor de diverse vervoersstromen. Iedere vervoerder regelt de ritaanname, planning en aansturing van de eigen voertuigen.

(...)

c) In hoofdstuk 3 van de Offerteaanvraag is als gunningscriterium opgenomen de “Economisch Meest Voordelige Inschrijving” (EMVI) waarbij voor de methode van berekening de methode van gunning op waarde wordt toegepast. Als subgunningscriteria staan vermeld:

Gunningscriterium	Kwaliteitswaarde	Minimale Scores
Eisen sleutelfunctionaris/ CV	geen	6
Plan van aanpak, risico- en kansen dossier – Kwaliteit dienstverlener € 3,75 – SROI € 1,25 – Duurzaamheid, lokale ondernemers e.d. € 1,25 – Totaal	€ 6,25	6
Interview	€ 6,25	6
Totaal	€ 12,50	

De waardering van voornoemde gunningscriteria is als volgt:

Beoordelingscijfer	Percentage van maximale kwaliteitswaarde	
10	+ 100%	(uitmuntend – maximaal denkbare meerwaarde)
8	+ 50%	
6	Neutraal (geen meerwaarde)	
4	– 50%	(onvoldoende)
2	– 100%	(slecht)

Het beoordelingsteam kent aan elk subgunningscriterium een waarde toe, die wordt berekend door het percentage dat correspondeert met het beoordelingscijfer te vermenigvuldigen met de maximaal te behalen kwaliteitswaarde voor het betreffende gunningscriterium. Door de inschrijfprijs te verminderen met de kwaliteitswaarde rest de “fictieve inschrijfprijs”. De inschrijvende partij met de laagste fictieve inschrijfprijs kwalificeert als EMVI.

d) Op 19 april 2015 heeft [medewerker van de NMC] namens de Nationale Mobiliteitscentrale (NMC) in een e-mail aan de gemeenten medegedeeld dat hij bezwaar heeft tegen de opzet van de aanbesteding omdat de gemeenten vervoerstromen zowel geografisch als inhoudelijk hebben geclusterd, zonder dat dit voor de hand liggend of verantwoord is, althans hebben nagelaten de geclusterde opdrachten op te delen in percelen. Tevens heeft NMC vragen gesteld over de onderhandse gunning van de regie-opdracht aan GVC. Deze bezwaren heeft NMC op 23 april 2015 nogmaals via een bericht op TenderNed kenbaar gemaakt aan de gemeenten.

e) De gemeenten hebben in de Nota van Inlichtingen van 1 mei 2015 een samenvatting van de klacht van NMC opgenomen en daarop als volgt gereageerd:

“Vraag 3:

Het gaat om ongelijksoortige vervoersstromen, nl. vraag-afhankelijk vervoer en route vervoer. Een bundeling van ongelijksoortige vervoersopdrachten is echter niet toegestaan, aldus de Commissie van Aanbestedingsexperts (Advies nr. 182). Vervoersstromen vertonen uitsluitend dan voldoende samenhang om deze in één opdracht te kunnen clusteren, indien de te vervoeren personen zowel tot de ene als de andere doelgroep behoren. Het gaat hier om vijf vervoersstromen. Is het niet nodig dat vijf vervoersopdrachten in individuele percelen worden aanbesteed?”

Antwoord Vrijgegeven: 01-05-2015

In art. 1.5 Aanbestedingswet is bepaald dat aanbestedende diensten opdrachten niet onnodig mogen samenvoegen. Op de markt wordt aanbesteed de onderhavige opdracht om tegen het daarvoor te offrenen beschikbaarheidstarief bemande voeremiddelen t. b. v. het doelgroepenvervoer beschikbaar te stellen. Het gaat dus om de inhuur van voeremiddelen met chauffeur, waarvan de inzet vervolgens door de Gemeentelijke Vervoercentrale Zeeland BV (GVC) wordt gepland en

aangestuurd. Het betreft hier geen opdracht om een vervoersstroom te verzorgen, laat staan een samenvoeging van verschillende opdrachten om de afhandeling van ongelijksoortige vervoersstromen te verzorgen. De opdracht is dus anders dan de opdrachten die aan de orde waren in advies 182, omdat daar de opdrachten voor vervoerders van verschillende doelgroepen werden aanbesteed.

De opdrachten van de op Walcheren zetelende gemeenten zijn dezelfde. De drie Walcherse gemeenten hebben hun opdrachten samengevoegd omdat Walcheren één samenhangend vervoergebied is. Veruit de meeste vervoerbewegingen vinden nl. plaats binnen dit gebied. Via GVC is gewaarborgd dat de vervoerbewegingen op elkaar zijn afgestemd, zodat binnen dit gebied een efficiënte inzet van de ter beschikking gestelde voertuigen zeker is gesteld. Daarom is deze clustering nodig.”

f) NMC heeft op 11 mei 2015 via TenderNed zes nieuwe klachten geuit ten aanzien van de aanbestedingsprocedure en de gehanteerde gunningssystematiek, waaronder een tweetal klachten ten aanzien van onduidelijkheid van de door de gemeenten gehanteerde beoordelingssystematiek.

g) Transvision heeft op 13 mei 2015 met onderaannemers, onder wie NMC en Taxicentrale [vestigingsnaam] (TCRM), ingeschreven op de opdracht.

h) Op 18 mei 2015 heeft TCRM via TenderNed klachten over de aanbesteding aan de gemeenten gezonden.

Bij brief van 3 juni 2015 aan TCRM hebben de gemeenten via hun advocaat de door TCRM op 18 mei 2015 geuite klachten van de hand gewezen.

i) Bij brief van 4 juni 2015 hebben de gemeenten Transvision bericht voornemens te zijn de opdracht te gunnen aan [taxibedrijf]. In een bijlage bij die brief is de scoretabel EMVI van Transvision opgenomen met een korte toelichting. De scores van de twee andere inschrijvers zijn zonder toelichting opgenomen.

j) De gemeenten hebben per e-mail van 15 juni 2015 aan Transvision bericht dat zij als derde partij in de beoordeling is geëindigd. Daarbij hebben de gemeenten Transvision geïnformeerd dat het verschil tussen haar inschrijving en de inschrijving van de winnende inschrijver meer dan 25% bedraagt.

k) Transvision heeft bij brief van 18 juni 2015 aan de gemeenten – kort samengevat – de navolgende

bezwaren kenbaar gemaakt: onduidelijke beoordelingssystematiek, onnodige clustering van verschillende vervoersstromen, onjuiste en onvolledige motivering voorlopig gunningsbesluit en afwezigheid van Waadi-certificaten.

l) Op verzoek van Transvision heeft op 22 juni 2015 een evaluatiegesprek tussen Transvision en de gemeenten plaats gevonden. Op 24 juni 2015 hebben de gemeenten schriftelijk gereageerd op de door Transvision geformuleerde bezwaren.

m) Transvision heeft haar bezwaren tevens voorgelegd aan de Commissie van Aanbestedingsexperts. De Commissie van Aanbestedingsexperts heeft aangegeven dat zij niet voor het verstrijken van de Alcateltermijn in staat is tot een oordeel te komen en heeft de gemeenten verzocht de Alcateltermijn aan te houden, opdat de Commissie tot een eindoordeel zou kunnen komen en de gemeenten daarmee nog rekening zouden kunnen houden.

De gemeenten waren hiertoe niet bereid. Daarop heeft Transvision op 26 juni 2015 de gemeenten in kort geding gedagvaard. De voorzieningenrechter heeft bij vonnis van 29 juli 2015 de vorderingen van Transvision afgewezen.

n) Op 18 augustus 2015 hebben de gemeenten de opdracht aan [taxibedrijf] gegund en hebben zij met [taxibedrijf] een overeenkomst gesloten.

o) Transvision heeft op maandag 21 augustus 2015 de appèldagvaarding betekend aan de gemeenten en [taxibedrijf], waarin zij 18 grieven aanvoert en vernietiging vordert van het vonnis in kort geding van de voorzieningenrechter van 29 juli 2015 en tevens vordert – kort samengevat – dat de gemeenten de gunningsbeslissing intrekken en de overeenkomst met [taxibedrijf] opzeggen, beëindigen of ontbinden.

p) Bij arrest van 1 december 2015 heeft het gerechtshof te 's-Hertogenbosch geoordeeld dat de grief ten aanzien van de ondeugdelijke motivering van de gunningsbeslissing gegrond is en dat diens gevolge in beginsel de opschortende termijn als bedoeld in artikel 2.127 Aw 2012 niet is gaan lopen en, na afweging van de belangen van partijen, geoordeeld dat de klacht ten aanzien van de ontoereikende motivering niet kan leiden tot toewijzing van de vorderingen van Transvision.

6.2.1. In de onderhavige bodemprocedure vordert Transvision (na eisenwijziging in hoger beroep) om primair:

(1) het vonnis van de rechtbank te vernietigen en opnieuw rechtdoende:

(2) de overeenkomst te vernietigen, althans om de gemeenten te gebieden de overeenkomst te beëindigen, op te zeggen, te ontbinden per de datum van dit arrest, althans een door het hof te bepalen datum;

(3) [taxibedrijf] te gebieden om te gedogen dat de gemeenten de overeenkomst beëindigen, opzeggen, ontbinden per datum van dit arrest;

(4) de gemeenten, indien en voor zover zij de opdracht nog wensen te vergeven, te gebieden om zo spoedig mogelijk na het arrest een nieuwe aanbestedingsprocedure te organiseren met inachtneming van de beginselen van het aanbestedingsrecht en het te wijzen arrest, en

(5) dit alles op straffe van een aan Transvision te verbeuren dwangsom van € 50.000,- dan wel een in goede justitie te bepalen bedrag voor iedere dag dat de gemeenten en [taxibedrijf] hiermee geheel of gedeeltelijk in gebreke blijven;

(6) de gemeenten te veroordelen tot betaling aan Transvision van een aanvullende schadevergoeding van € 656.381,00, althans een door het hof in goede justitie te bepalen bedrag, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 4 juni 2015, althans vanaf 18 augustus 2015 dan wel vanaf een door het hof te bepalen datum, tot de dag der voldoening;

en om subsidiair:

(1) het vonnis van de rechtbank te vernietigen en opnieuw rechtdoende:

(2) de gemeenten bij wijze van alternatieve sanctie te verbieden om aan de overeenkomst verdere uitvoering te geven per datum van dit arrest, althans per datum dat de initiële looptijd van de overeenkomst ten einde loopt, althans – voor zover de overeenkomst al voor de eerste termijn zou zijn verlengd – per datum dat de eerste verlenging van de overeenkomst ten einde loopt, althans een door dit hof te bepalen datum;

(3) [taxibedrijf] te gebieden om te gedogen dat de gemeenten geen verdere uitvoering geven aan de overeenkomst per datum van dit arrest, althans per datum dat de initiële looptijd van de overeenkomst ten einde loopt, althans – voor zover de overeenkomst al voor de eerste termijn zou zijn verlengd – per datum dat de eerste verlenging van de overeenkomst ten einde loopt, althans een door dit hof te bepalen datum;

(4) dit alles op straffe van een aan Transvision te verbeuren dwangsom van € 50.000, dan wel een in goede justitie te bepalen bedrag, voor iedere

dag dat de gemeenten (en [taxibedrijf]) hiermee in gebreke blijven en

(5) de gemeenten te veroordelen tot betaling aan Transvision van een (vervangende) schadevergoeding van € 1.117.637,50 althans van € 801.701,50, althans een door dit hof in goede justitie te bepalen bedrag, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de datum van de gunningsbeslissing (4 juni 2015), althans vanaf de datum van het sluiten van de overeenkomst (18 augustus 2015), dan wel een andere door dit hof te bepalen datum, tot de dag van de algehele voldoening;

en om primair en subsidiair:

de gemeenten en [taxibedrijf] hoofdelijk te veroordelen tot vergoeding van de kosten van de procedure in hoger beroep en in eerste aanleg, waaronder begrepen de nakosten, met bepaling dat deze kosten binnen twee weken na dagtekening van dit arrest aan Transvision moeten zijn voldaan, bij gebreke waarvan de gemeenten en [taxibedrijf] over die kosten wettelijke rente zijn verschuldigd, althans compensatie van de proceskosten in zowel eerste als tweede aanleg in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt.

6.2.2. Aan haar vordering tot vernietiging van de overeenkomst heeft Transvision, kort samengevat, het volgende ten grondslag gelegd. De gemeenten hebben de gunningsbeslissing onvoldoende gemotiveerd. Het gevolg daarvan is dat de opschortende termijn die een aanbestedende dienst op grond van artikel 2.127 lid 1 Aw in acht moet nemen, geen aanvang heeft genomen. Uit artikel 4.15 lid 1 sub b Aw volgt dat het niet in acht nemen van die termijn meebrengt dat de overeenkomst vernietigbaar is. Van dwingende redenen om de overeenkomst niet te vernietigen, zoals bedoeld in artikel 4.18 Aw, is geen sprake.

Aan haar vordering tot schadevergoeding heeft Transvision ten grondslag gelegd dat Transvision door enerzijds de gebrekkige motivering van het gunningsbesluit en door anderzijds de wijze waarop de gemeenten de marktconsultatie hebben uitgevoerd, feitelijk geen kans heeft gehad op de gunning van de opdracht. De gemeenten hebben dan ook onrechtmatig jegens Transvision gehandeld, op grond waarvan zij schadeplichtig zijn.

6.2.3. De gemeenten en [taxibedrijf] hebben gemotiveerd verweer gevoerd. Dat verweer zal, voor zover in hoger beroep van belang, in het navolgende aan de orde komen.

6.2.4. De rechtbank heeft in het beroepen vonnis van 28 december 2016 zowel de vordering tot vernietiging als die tot schadevergoeding afgewezen. Samengevat heeft de rechtbank daartoe het volgende overwogen.

Ten aanzien van de vordering tot vernietiging stelt de rechtbank voorop dat de gemeenten de gunningsbeslissing van 4 juni 2015 onvoldoende hebben gemotiveerd. Consequentie hiervan is dat de opschortende termijn van artikel 2.127 Aw geen aanvang heeft genomen en dat deze termijn op het moment van het sluiten van de overeenkomst met [taxibedrijf] dus ook nog niet was verstreken. In beginsel is, aldus de rechtbank, de overeenkomst dan ook vernietigbaar wegens het niet in acht nemen van de opschortende termijn. Echter, gezien de omstandigheden van het geval is er, aldus de rechtbank, geen aanleiding om de overeenkomst daadwerkelijk te vernietigen. De gebrekkige motivering zelf is niet een zodanig fundamentele schending van het aanbestedingsrecht dat een ingrijpen in de lopende overeenkomst tussen de gemeenten en [taxibedrijf] gerechtvaardigd is en ook overigens geldt dat de belangen van de gemeenten en [taxibedrijf] bij een voortzetting van de overeenkomst, mede gezien de kwetsbare doelgroepen aan wie op grond van de overeenkomst vervoer wordt aangeboden, zwaarder wegen dan het belang van Transvision bij het verkrijgen van de mogelijkheid om de aanbesteding alsnog te winnen.

Ten aanzien van de vordering tot schadevergoeding heeft de rechtbank overwogen dat de gemeenten de regels van het aanbestedingsrecht slechts hebben geschonden voor zover zij de gunningsbeslissing onvoldoende hebben gemotiveerd. Door Transvision is onvoldoende onderbouwd dat er tussen die ondeugdelijke motivering en de door Transvision gestelde schade causaal verband bestaat, zodat op die grond de vordering tot vergoeding van de schade moet worden afgewezen.

6.3.1. Transvision heeft in hoger beroep negentien grieven aangevoerd. De grieven 1 tot en met 7 richten zich tegen de oordelen en beslissingen van de rechtbank omtrent de vordering tot vernietiging van de overeenkomst. De grieven 8 tot en met 11 zien op het onrechtmatig handelen van de gemeenten ten aanzien van de gehouden marktconsultatie. De grieven 12 tot en met 17 gaan onder meer in op het causaal verband tussen de ondeugdelijk gemotiveerde gunningsbeslissing en

de schade. Grief 18 is gericht tegen de proceskostenveroordeling en grief 19 is gericht tegen het dictum van het vonnis.

Transvision heeft geconcludeerd tot vernietiging van het beroepen vonnis en tot het alsnog toewijzen van haar vorderingen.

6.3.2. [taxibedrijf] heeft incidenteel appel ingesteld.

6.3.3. Het hof zal de grieven hieronder gezamenlijk bespreken.

De vordering tot vernietiging van de overeenkomst

Het stelsel van rechtsbescherming in het aanbestedingsrecht

6.4.1. Transvision heeft de vordering tot vernietiging gebaseerd op artikel 4.15 lid 1 sub b Aw. Volgens Transvision voldoet de beslissing tot gunning niet aan de eisen die artikel 2.130 lid 1 en 2 Aw daaraan stelt en is ook overigens aan de hand van de gunningsbeslissing niet te toetsen of de gemeenten de inschrijvingen hebben beoordeeld aan de door hen op voorhand bekend gemaakte gunningscriteria. Om die redenen is de beslissing onvoldoende gemotiveerd. Nu de beslissing tot gunning niet voldoet aan de daaraan, op grond van het aanbestedingsrecht, gestelde voorwaarden, heeft de opschortende termijn van artikel 2.127 Aw geen aanvang genomen, zodat de gemeenten niet bevoegd waren om de overeenkomst met [taxibedrijf] al te sluiten. Desondanks hebben de gemeenten op 18 augustus 2015 op grond van de beslissing tot gunning de overeenkomst gesloten met [taxibedrijf]. Uit artikel 4.15 lid 1 aanhef en onder b volgt dat een overeenkomst die is gesloten zonder dat de termijn van artikel 2.127 lid 1 Aw in acht is genomen, vernietigbaar is. De rechter kan, gezien hetgeen is bepaald in artikel 4.18 Aw, slechts besluiten om een overeenkomst niet te vernietigen als dwingende redenen van algemeen belang het noodzakelijk maken dat de overeenkomst in stand blijft. Van dergelijke dwingende redenen is in casu, aldus Transvision, geen sprake zodat de rechtbank de overeenkomst had moeten vernietigen. Hieromtrent overweegt het hof als volgt.

6.4.2. De hiervoor genoemde bepalingen uit de Aanbestedingswet waarop Transvision een beroep doet, vormen de implementatie van bepalingen van Richtlijn 2007/66/EG, (hierna: de Wijzigingsrichtlijn) of meer precies, van bepalingen van Richtlijn 89/665/EEG die bij de Wijzigings-

richtlijn zijn gewijzigd of aan Richtlijn 89/665/EEG zijn toegevoegd. De Wijzigingsrichtlijn had onder meer als doel om een betere naleving te verzekeren van de communautaire wetgeving, in het bijzonder in een stadium waarin inbreuken op het aanbestedingsrecht nog ongedaan kunnen worden gemaakt (zie Wijzigingsrichtlijn, Considerans, nr. 3). In de Considerans van de Wijzigingsrichtlijn is in verband daarmee onder meer het volgende overwogen:

“(4) Een van de gebleken zwakke punten is het ontbreken van een termijn om een doeltreffend beroep in te stellen tussen het besluit tot gunning van een opdracht en het sluiten van de desbetreffende overeenkomst. Dat leidt soms tot een zeer snelle ondertekening van de overeenkomst door aanbestedende diensten die de gevolgen van het betwiste gunningsbesluit onomkeerbaar willen maken. Om deze tekortkoming, die een ernstige belemmering vormt voor een doeltreffende rechtsbescherming van de betrokken inschrijvers – te weten, de inschrijvers die niet definitief zijn uitgesloten –, te verhelpen, dient te worden voorzien in een opschortende minimumtermijn gedurende welke de sluiting van de desbetreffende overeenkomst wordt opgeschort, ongeacht of die sluiting al dan niet geschiedt ten tijde van de ondertekening van de overeenkomst. (...)

(6) De opschortende termijn moet de betrokken inschrijvers voldoende tijd bieden om het besluit tot gunning van een opdracht te onderzoeken en te beoordelen of het aangewezen is een beroepsprocedure in te leiden. (...)

(12) Het instellen van beroep kort vóór het verstrijken van de opschortende minimumtermijn dient niet tot gevolg te hebben dat de voor de beroepsprocedures verantwoordelijke instantie niet meer over de minimale benodigde tijd beschikt om op te treden, met name om de termijn te verlengen voor opschorting van het sluiten van de overeenkomst. Bijgevolg moet in een autonome opschortende minimumtermijn worden voorzien, die niet eindigt voordat de beroepsinstantie een besluit over het verzoek heeft genomen. (...)

(18) Ter voorkoming van ernstige inbreuken op de opschortingsverplichting en de automatische opschorting, welke voorwaarden zijn voor een doeltreffend beroep, moeten doeltreffende sancties worden toegepast. Overeenkomsten die in strijd met de opschortende termijn of de automatische opschorting zijn gesloten, moeten derhalve in beginsel als onverbindend worden beschouwd,

indien zij gepaard gaan met inbreuken op Richtlijn 2004/18/EG of Richtlijn 2004/17/EG, voor zover deze inbreuken de kansen om de opdracht te krijgen hebben beïnvloed van de inschrijver die beroep instelt.”

6.4.3. Ter uitvoering van de Wijzigingsrichtlijn heeft de Nederlandse wetgever, onder meer en voor zover van belang, bepaald:

in artikel 2.127 Aw dat de aanbestedende dienst een opschortende termijn van 20 kalenderdagen na het nemen van de gunningsbeslissing in acht moet nemen voordat hij de beoogde overeenkomst sluit;

in artikel 2.130 Aw dat aan iedere betrokken inschrijver de relevante redenen voor de beslissing tot gunning moeten worden medegedeeld, waarbij onder de relevante redenen in ieder geval worden verstaan de kenmerken en de relatieve voordelen van de uitgekozen inschrijving alsmede de naam van de begunstigde;

in artikel 2.131 Aw dat de aanbestedende dienst, in het geval een voorziening bij voorraad is verzocht, de beoogde overeenkomst niet mag sluiten nadat de rechter een beslissing heeft genomen over het verzoek tot voorlopige maatregelen en de opschortende termijn is verstreken;

in artikel 4.15 Aw dat een op grond van een gunningsbeslissing gesloten overeenkomst vernietigbaar is, indien de aanbestedende dienst in strijd met de wet de termijnen bedoeld in de artikelen 2.127 lid 1 en 2.131 Aw niet in acht heeft genomen.

6.4.4. Aldus is bewerkstelligd dat een inschrijvende partij (aan wie de opdracht niet is gegund) nog in de periode voordat de overeenkomst wordt gesloten een effectieve bescherming wordt geboden – daaruit bestaande dat de gunningsbeslissing nog ongedaan kan worden gemaakt – tegen schendingen van het aanbestedingsrecht. In de Memorie van Toelichting op deze bepalingen is omtrent dit stelsel van rechtsbescherming verder nog opgemerkt dat door de opschortende termijn en de termijn waarbinnen vernietiging van een overeenkomst kan worden verzocht te begrenzen – en ook door de gronden voor vernietiging te beperken tot de meest zware overtredingen van het aanbestedingsrecht – tevens waarborgen worden gegeven aan aanbestedende diensten en aan opdrachtnemers met wie een overeenkomst is gesloten. Die waarborgen zijn dat door de gekozen bescherming geen te grote of lang durende onzekerheid ontstaat over de vraag of een over-

eenkomst gesloten kan worden en vervolgens vlot genoeg uitgevoerd kan worden. Met de maatregelen in het wetsvoorstel en de daaraan ten grondslag liggende richtlijn is nadrukkelijk beoogd een evenwicht te vinden tussen de genoemde verschillende belangen van alle betrokkenen bij de aanbesteding (Kamerstukken II 2009/10, 32 027, nr. 7, p. 5 – 6). Dat de bescherming die in deze fase wordt geboden bestaat uit beroep op de voorzieningenrechter die in kort geding zijn oordeel geeft, brengt niet mee dat die procedure niet zorgvuldig zou zijn en niet zou voldoen aan de eisen van de Europese rechtsbeschermingsrichtlijnen voor aanbestedingen.

Dat de rechtsbescherming in aanbestedingszaken vooral in kort-gedingprocedures gestalte krijgt, is ook door het Hof van Justitie van de Europese Unie geaccepteerd (HvJ EU 9 december 2010, ECLI:EU:C:2010:751 en NJ 2011/118 m.nt. M.R. Mok).

Toepassing van het stelsel in onderhavig geschil

6.5.1. In onderhavige zaak hebben de gemeenten hun beslissing tot gunning op 4 juni 2015 bekend gemaakt. Bij dagvaarding van 26 juni 2015 (inl. dagv., prod. IV) is Transvision in kort geding opgekomen tegen die beslissing tot gunning. Zij heeft gevorderd dat de voorzieningenrechter het aan de gemeenten zou gebieden om het gunningsvoornemen van 4 juni 2015 in te trekken en daarnaast de gemeenten zou gebieden primair om over te gaan tot een heraanbesteding van de opdracht, subsidiair de opdracht te gunnen aan Transvision en meer subsidiair om het gunningsvoornemen te voorzien van een toereikende motivering.

Aan die vorderingen had Transvision ten grondslag gelegd dat er sprake was van een onterechte clustering van opdrachten, de afwezigheid van Waadi-certificaten, dat de gemeente geen duidelijke beoordelingssystematiek had gehanteerd en dat de gemeente geen duidelijke motivering van de beslissing tot gunning had verstrekt.

6.5.2. De voorzieningenrechter heeft de vorderingen van Transvision in zijn vonnis van 29 juli 2015 afgewezen (inl. dagv., prod. XI). Vervolgens hebben de gemeenten op 18 augustus 2015 op grond van de gunningsbeslissing de overeenkomst met [taxibedrijf] gesloten. Op 21 augustus 2015 heeft Transvision hoger beroep ingesteld tegen het vonnis van 29 juli 2015 van de voorzieningenrechter. Transvision heeft haar vordering

in zoverre aangepast dat zij in hoger beroep verder om de gemeenten te gebieden de inmiddels met [taxibedrijf] gesloten overeenkomst op te zeggen, te beëindigen dan wel te ontbinden, althans om de uitvoering ervan te staken en verder primair om de opdracht opnieuw aan te besteden dan wel subsidiair de gunningsbeslissing te voorzien van een deugdelijke motivering.

Het hof heeft in het in appel gewezen arrest d.d. 1 december 2015 (inl. dagv., prod. XXVI) onder meer overwogen dat naar het voorlopig oordeel van het hof Transvision terecht over de gebrekkige motivering van de gunningsbeslissing heeft geklaagd, nu daarin geen enkel inzicht wordt gegeven in de kenmerken en de voordelen van de winnende inschrijving (rov. 6.23). Vervolgens heeft het hof de vraag of het onvoldoende motiveren van de gunningsbeslissing op zichzelf genomen een zodanig fundamentele schending van het aanbestedingsrecht is dat die een ingrijpen in de uitvoering van de lopende overeenkomst zou kunnen rechtvaardigen, (voorlopig) ontkennend beantwoord (rov. 6.25).

6.5.3. In onderhavige procedure vordert Transvision, omdat wegens de gebrekkige motivering van de gunningsbeslissing de opschortende termijn niet is gaan lopen, op grond van artikel 4.15 lid 1 sub b Aw alsnog de vernietiging van de overeenkomst die op grond van de gunningsbeslissing is gesloten. In hoger beroep hebben de gemeenten niet langer betwist dat de motivering van de gunningsbeslissing niet voldeed aan de daaraan op grond van het aanbestedingsrecht te stellen eisen, zodat het hof dit als vaststaand tussen de gemeenten en Transvision aanneemt. Gevolg hiervan is dat de opschortende termijn van artikel 2.127 Aw in beginsel niet is gaan lopen (HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9233, Staat/KPN). Nu die opschortende termijn nog niet was gaan lopen, was zij ook nog niet verstreken toen de gemeenten de overeenkomst met [taxibedrijf] slooten, zodat volgens de artikelen 2.127 en 4.15 lid 1 sub b Aw de overeenkomst in rechte vernietigbaar is.

6.5.4. De Hoge Raad heeft echter in zijn arrest van 18 november 2016 (ECLI:NL:HR:2016:2638, Xafax) in rov. 3.7.1. overwogen, dat het stelsel van Richtlijn 89/665/EEG, zoals gewijzigd bij Richtlijn 2007/66/EG, en de Aanbestedingswet, op het volgende neerkomt. Inschrijvers en andere belanghebbenden moeten tegen de gunningsbeslissing opkomen voordat de overeenkomst is geslo-

ten. Daartoe wordt hen een termijn gelaten waarvan de niet-inachtneming door de aanbestedende dienst leidt tot vernietigbaarheid van de overeenkomst. Is die termijn verstreken of een verzoek om een onmiddellijke voorziening met betrekking tot de gunningsbeslissing gedaan en daarop door de voorzieningenrechter (of het scheidsgerecht) in eerste aanleg afwijzend beslist, dan is de nadien tot stand gekomen overeenkomst alleen aan te tasten in de bijzondere gevallen genoemd in art. 4.15 lid 1 Aanbestedingswet 2012, waarvan in dat geval de grond die daar onder b wordt genoemd, niet meer aan de orde is, omdat die het geval betreft dat de termijn niet in acht is genomen dan wel de uitspraak van de rechter of het scheidsgerecht in eerste aanleg niet is afgewacht.

6.5.5. Naar het oordeel van het hof biedt noch de wet (meer in het bijzonder de tekst van artikel 4.15 lid 1 sub b Aw en de toelichting daarop) noch de richtlijn aanknopingspunten voor de interpretatie zoals door Transvision bepleit. Artikel 4.15 lid 1 sub b Aw bepaalt immers dat een als resultaat van een gunningsbeslissing gesloten overeenkomst in rechte vernietigbaar is als de aanbestedende dienst de wettelijke termijnen niet in acht heeft genomen. Een beroep op vernietiging op grond van artikel 4.15 lid 1 sub b Aw komt een inschrijver niet meer toe als de termijn wel in acht is genomen, dan wel de uitspraak van de rechter in een tegen de gunningsbeslissing aangespannen kort geding is afgewacht. Die laatste situatie doet zich, blijkens de hiervoor weergegeven gang van zaken, in onderhavig geschil voor. Door Transvision is na de kennisgeving van de gunningsbeslissing een onmiddellijke voorziening gevraagd als bedoeld in artikel 2.131 Aw. In die procedure zijn alle bezwaren naar voren gebracht en beoordeeld die Transvision thans ook in deze bodemprocedure tegen de gunningsbeslissing aanvoert. Dat betekent dat aan Transvision niet meer de bevoegdheid toekomt om op grond van artikel 4.15 lid 1 onder b Aw de vernietiging van de overeenkomst in te roepen. De vordering tot vernietiging van de overeenkomst zal om die reden worden afgewezen. Datzelfde geldt voor de subsidiaire vordering om het de gemeenten bij wijze van alternatieve sanctie te verbieden om verdere uitvoering te geven aan de overeenkomst. Voor een alternatieve sanctie in plaats van een vernietiging is alleen plaats indien aan de voorwaarden voor vernietiging is voldaan. Het voorgaande betekent

dat het hof de navolgende verweren van Transvision op dit punt verwerpt.

6.6.1. Van de zijde van Transvision is aangevoerd dat zij in de procedure tot het treffen van een onmiddellijke voorziening geen effectieve rechtsbescherming heeft verkregen, omdat bij gebreke van een deugdelijke motivering niet kon worden beoordeeld of de gunningsbeslissing rechtmatig was en zij aldus niet in staat was om doeltreffend beroep in te stellen tegen de gunningsbeslissing (pleitnota in hoger beroep, randnummer 2.16). Om die reden kan niet worden geoordeeld dat aan Transvision, vanwege het feit dat de voorzieningenrechter afwijzend heeft beslist, geen beroep meer toekomt op de vernietiging van de overeenkomst op grond van artikel 4.15 lid 1 sub b Aw. Het hof volgt Transvision niet in die stelling en overweegt daartoe als volgt.

6.6.2. De voorzieningenrechter heeft in zijn vonnis van 29 juli 2015 geoordeeld dat de gemeenten hun beslissing tot gunning toereikend hadden gemotiveerd. Tot dat oordeel is de voorzieningenrechter gekomen na een afweging van een aantal inhoudelijke standpunten van partijen met betrekking tot de juistheid van de motivering van de gunningsbeslissing. In hoger beroep heeft het hof in zijn arrest van 1 december 2015 (in rov. 6.23) geoordeeld dat de gunningsbeslissing ondeugdelijk was gemotiveerd, omdat in die beslissing geen inzicht wordt gegeven in de kenmerken en voordelen van de winnende inschrijving. Daarmee voldeed de beslissing niet, zo is de achterliggende gedachtegang, aan de minimale voorwaarden die in artikel 2.130 Aw worden gesteld aan de motivering van de gunningsbeslissing.

6.6.3. De enkele omstandigheid dat in de gunningsbeslissing niet de kenmerken en de voordelen van de winnende inschrijving vermeldt, en om die reden ondeugdelijk is gemotiveerd, brengt op zichzelf echter nog niet mee dat het door Transvision ingestelde beroep tegen de gunningsbeslissing niet doeltreffend en effectief kon zijn. Zij kon in dit opzicht immers naar voren brengen, en heeft dat ook daadwerkelijk gedaan (inleidende dagvaarding d.d. 26 juni 2015 onder de nummers 2.21 en 4.46, inl. dagv., prod. IV), dat de gunningsbeslissing niet voldeed aan de minimale voorwaarden die artikel 2.130 lid 2 Aw aan de motivering stelt, zodat om die reden een nieuwe gunningsbeslissing behoorde te worden genomen. Voorts heeft Transvision (in de 31 pagina's tellende dagvaarding) inhoudelijke argumenten

naar voren gebracht om haar stelling dat de beslissing ondeugdelijk was gemotiveerd, en ook overigens in strijd was met het aanbestedingsrecht, te onderbouwen. Het hof constateert dat Transvision in de onderhavige procedure geen andere juridische en feitelijke grondslagen aanvoert ter onderbouwing van haar stelling dat het aanbestedingsrecht is geschonden dan dat zij in kort geding heeft gedaan. Dat de voorzieningenrechter niet heeft geoordeeld dat de beschikking wegens schending van artikel 2.130 lid 2 Aw onvoldoende was gemotiveerd en de gemeenten niet heeft veroordeeld om op die grond het voornemen tot gunning in te trekken, zoals door Transvision was gevorderd, maar dat de voorzieningenrechter op basis van de standpunten van partijen een inhoudelijk oordeel heeft gegeven omtrent de vraag of de overwegingen van de gemeenten de gunningsbeslissing konden dragen, rechtvaardigt niet de gevolgtrekking dat aan Transvision geen effectieve rechtsbescherming is geboden.

6.6.4. Daarbij is het, anders dan Transvision heeft betoogd (pleitnota in hoger beroep, nr. 2.18) niet relevant of de voorzieningenrechter de gevorderde voorziening al dan niet terecht heeft afgewezen. Het stelsel van rechtsbescherming zoals dat wordt geboden door de Wijzigingsrichtlijn en de Aanbestedingswet brengt mee dat in de fase voordat de overeenkomst door de aanbestedende dienst wordt gesloten, beroep openstaat op de voorzieningenrechter. Deze oordeelt in kort geding of er regels van aanbestedingsrecht zijn geschonden en of er op die grond aanleiding is om in te grijpen in de lopende aanbestedingsprocedure. De opschortende termijn van artikel 2.127 Aw loopt op grond van artikel 2.131 Aw door totdat de voorzieningenrechter zijn oordeel heeft gegeven. Heeft de voorzieningenrechter afwijzend beslist, dan staat het de aanbestedende dienst vrij om de overeenkomst met de winnende inschrijver te sluiten. De eventuele omstandigheid dat de uitspraak van de voorzieningenrechter of afzonderlijke oordelen daarin achteraf door een hogere rechter anders worden beoordeeld, doet daar niet aan af en maakt de overeenkomst achteraf niet alsnog op die grond aantastbaar. Zoals hiervoor in rov. 6.4.4 is overwogen, is met dit stelsel in het wetsvoorstel en de daaraan ten grondslag liggende richtlijn nadrukkelijk beoogd een evenwicht te vinden tussen enerzijds de belangen van de aanbestedende dienst en de winnende inschrijver en anderzijds die van de overige

inschrijvers (Kamerstukken II 2009/10, 32 027, nr. 7, p. 5-6).

6.7. De conclusie van het voorgaande is dat de grieven 1 tot en met 7 in principaal appel falen.

De vordering tot schadevergoeding

6.8. Het hof begrijpt de vordering van Transvision tot schadevergoeding aldus dat zij, nu de primair ingestelde vordering tot vernietiging van de overeenkomst zal worden afgewezen, geen vergoeding wenst van de (aanvullende) schadevergoeding zoals primair onder (6) gevorderd, maar vergoeding van de schade zoals subsidiair onder (5) gevorderd.

Aan die vordering heeft Transvision ten grondslag gelegd dat de gemeenten onrechtmatig jegens haar hebben gehandeld door (i) bij de uitvoering van de marktconsultatie in strijd met de regels van het aanbestedingsrecht te handelen en door (ii) de gunningsbeslissing gebrekkig te motiveren (mvg, 3.46). Het hof zal die grondslagen hierna achtereenvolgens bespreken.

– De marktconsultatie

6.9.1. De gemeenten hebben voorafgaand aan de aanbestedingsprocedure een gesloten marktconsultatie georganiseerd waarbij zij [taxibedrijf] en Connexion hebben uitgenodigd. [taxibedrijf] en Connexion waren op dat moment samen met Transvision zittende dienstverleners en zij zijn de enige drie partijen die uiteindelijk hebben ingeschreven. Tussen partijen is niet in geschil dat de gemeenten tot het houden van een marktconsultatie bevoegd waren en dat de gemeenten niet verplicht waren om naast [taxibedrijf] en Connexion ook Transvision voor die marktconsultatie uit te nodigen. De wijze waarop de gemeenten de marktconsultatie hebben georganiseerd is volgens Transvision echter jegens haar onrechtmatig, omdat de gemeenten onvoldoende maatregelen hebben getroffen om de kennisvoorsprong die de twee andere inschrijvers door de marktconsultatie hebben verkregen, op te heffen. In verband daarmee heeft Transvision concreet het volgende aangevoerd.

(i) De gemeenten hebben nagelaten om het verslag van de marktconsultatie bij de aanbestedingsdocumenten te voegen, waardoor zij onvoldoende maatregelen hebben getroffen om verstoring van de mededinging te voorkomen en gehandeld hebben in strijd met het gelijkheids- en transparantiebeginsel. Er is hierdoor immers informatie uitgewisseld die niet met Transvision is gedeeld.

Hierdoor hebben [taxibedrijf] en Connexion ten opzichte van de overige gegadigden een kennisvoorsprong verkregen. Deze handelwijze is op zich al onrechtmatig is.

(ii) De gemeenten hebben rekening gehouden met specifieke wensen en ideeën van [taxibedrijf], zoals die tijdens de marktconsultatie zijn gebleken. [taxibedrijf] heeft de gemeenten geadviseerd om geen nadere eisen te stellen aan de maximale ouderdom van de auto's en op advies van [taxibedrijf] en Connexion is besloten om Social Return On Investment (SROI) maar 10% te laten uitmaken van de totaal te behalen meerwaarde.

(iii) Uit de marktconsultatie blijkt dat de gemeenten het inschakelen van onderaannemers als risicovol zagen. Omdat Transvision hiervan niet op de hoogte was, heeft zij met onderaannemers ingeschreven. Was zij hiervan op de hoogte geweest, dan had zij niet met onderaannemers ingeschreven op de aanbesteding.

6.9.2. Hieromtrent overweegt het hof als volgt. Een gesloten marktconsultatie mag er niet toe leiden dat wordt gehandeld in strijd met het gelijkheids- en transparantiebeginsel en dat het gelijk speelveld wordt verstoord. Dat doet zich voor indien de partijen die betrokken zijn bij de gesloten marktconsultatie (i) door de informatie die wordt uitgewisseld een (kennis)voorsprong opbouwen ten opzichte van de overige inschrijvers, (ii) de gunningscriteria in hun voordeel weten te beïnvloeden of zelfs (iii) de mededinging weten uit te schakelen.

6.9.3. In zijn algemeenheid kan niet worden geoordeeld dat in het geval dat een gesloten marktconsultatie is gehouden, de aanbestedende dienst zonder meer in strijd handelt met het aanbestedingsrecht als zij het verslag van die marktconsultatie niet bij de aanbestedingsstukken ter beschikking stelt van alle inschrijvende partijen. Het betoog van Transvision dat de gemeenten alleen al onrechtmatig hebben gehandeld door het verslag niet voorafgaand aan de sluiting van de inschrijvingstermijn te overleggen, kan dan ook niet worden gevolgd.

6.9.4. Met betrekking tot de overige verwijten van Transvision hebben de gemeenten betwist dat door wijze waarop de gesloten marktconsultatie is uitgevoerd, in strijd is gehandeld met het aanbestedingsrecht en dat de mededinging is beïnvloed. Daartoe hebben zij gesteld dat zij in het kader van de marktconsultatie geen informatie hebben ver-

strekt aan [taxibedrijf] en Connexion die niet in de aanbestedingsprocedure bekend is gemaakt.

Dat de gemeenten, conform het advies van [taxibedrijf], geen eisen hebben gesteld aan de maximale ouderdom van auto's die bij de uitvoering van de overeenkomst worden gebruikt, rechtvaardigt niet het oordeel dat de mededinging is beperkt, aldus de gemeenten. Bovendien hebben de gemeenten het besluit om geen eisen te stellen aan de ouderdom van de auto's op goede en objectieve gronden genomen, waarbij onder meer de relatief korte looptijd van de overeenkomst een rol speelde. De opmerking in het verslag van de marktconsultatie omtrent het risico dat het gebruik van onderaannemers meebrengt, is een opmerking van [taxibedrijf] en geeft niet de opvatting van de gemeenten weer, zodat in dit opzicht geen informatie is achtergehouden, aldus de gemeenten. De geringe mate waarin het onderdeel SROI meewoog bij de beoordeling van de aanvragen, bleek voor alle inschrijvers duidelijk uit de waarderingmethodiek.

6.9.5. Het hof is van oordeel dat Transvision in het licht van dit verweer onvoldoende concreet heeft onderbouwd dat zij door de wijze waarop de gesloten marktconsultatie heeft plaats gevonden in een nadeligere positie is komen te verkeren en dat de gemeenten aldus in strijd hebben gehandeld met het aanbestedingsrecht. Dat de gemeenten, al dan niet op advies van [taxibedrijf], hebben besloten om geen eisen te stellen aan de ouderdom van de auto's, brengt op zichzelf niet mee dat de mededinging is beperkt. Van een ongeoorloofde beïnvloeding van de gunningscriteria zou bijvoorbeeld sprake kunnen zijn, indien er geen objectieve gronden zijn voor het achterwege laten van het stellen van voorwaarden aan de ouderdom van de auto's of indien dit in strijd is met hetgeen in de markt gebruikelijk is en wenselijk wordt geacht. Hieromtrent is door Transvision echter niets gesteld.

Voorts is het hof met de gemeenten van oordeel dat de beperkte waarde die door de gemeenten in de beoordeling van de inschrijvingen werd toegekend aan SROI kenbaar was uit de waarderingmethodiek. Op dit punt is dus geen informatie achtergehouden en is Transvision ten opzichte van [taxibedrijf] en Connexion niet in een nadeligere positie komen te verkeren.

Dat uit de marktconsultatie zou blijken dat de gemeenten de inschakeling van onderaannemers als risicovol zagen, is gemotiveerd door de gemeen-

ten betwist en kan het hof overigens ook niet afleiden uit het verslag van de marktconsultatie of de aanbestedingsstukken. Transvision heeft haar stelling op dit punt niet verder onderbouwd.

6.9.6. De slotsom is dan ook dat Transvision haar stelling dat de gemeenten onrechtmatig hebben gehandeld bij de uitvoering van de gesloten marktconsultatie onvoldoende heeft onderbouwd, zodat de vordering tot schadevergoeding niet op deze grondslag kan worden toegewezen.

– *De gebrekkig gemotiveerde gunningsbeslissing*

6.10.1. Transvision stelt dat als de gemeenten de gunningsbeslissing in overeenstemming met de beginselen van gelijkheid en transparantie zouden hebben gemotiveerd, Transvision in de gelegenheid zou zijn geweest om te controleren of Transvision juist was beoordeeld en of de opdracht terecht aan [taxibedrijf] is gegund. Dit klemt temeer, aldus Transvision, nu het verschil in prijs tussen Transvision en [taxibedrijf] zeer klein is.

6.10.2. De gemeenten hebben bestreden dat het verschil is gemaakt door de toegekende meerwaarde/score op kwaliteit en niet op de meerwaarde/score op het criterium prijs. Volgens de gemeenten zit het verschil niet in de kwaliteitsbeoordeling doordat de gemeenten er in de brief van 24 juni 2015 al op hebben gewezen dat de inschrijving van [taxibedrijf] meer dan € 1,- goedkoper was dan de prijs van Transvision. Het is uitgesloten dat de beoordeling van de kwalitatieve gunningscriteria het verschil heeft gemaakt in gunning tussen Transvision en [taxibedrijf], aldus de gemeenten.

6.10.3. Het hof kan Transvision niet volgen in haar stelling. Transvision stelt enkel dat zij niet de gelegenheid heeft gehad om te controleren of haar inschrijving juist is beoordeeld en of de opdracht terecht aan [taxibedrijf] is gegund. Dat zij, gelet op haar inschrijving, het prijsverschil en de kwalitatieve gunningscriteria zodanig beter zou hebben moeten scoren dat zij de opdracht zou hebben moeten krijgen, is door haar gesteld noch aan het hof gebleken. Naar het oordeel van het hof heeft Transvision daarmee haar stelling dat zij schade heeft geleden als gevolg van de gebrekkig gemotiveerde gunningsbeslissing onvoldoende onderbouwd.

6.10.4. De vordering tot schadevergoeding van Transvision gebaseerd op de door de gemeenten gebrekkig gemotiveerde gunningsbeslissing kan

derhalve ook niet op deze grondslag worden toegewezen.

Incidentele grief 7 proceskostenveroordeling

6.11.1. Het hof komt thans toe aan de bespreking van de incidentele grief 7 van [taxibedrijf] inzake de proceskosten. Aan de bespreking van de overige door [taxibedrijf] opgeworpen grieven komt het hof niet toe, nu de grieven in het principaal hoger beroep falen en [taxibedrijf] met de grieven 1-6 geen ander dictum beoogt.

6.11.2. [taxibedrijf] stelt dat Transvision laakbaar heeft geprocedeerd doordat zij (1) stellingen heeft ingenomen die naar zij wist onjuist waren, (2) dit getracht heeft te verhullen voor de rechterlijke macht, (3) geen gehoor heeft gegeven aan verzoeken en aanmaningen transparantie te betrachten, (4) de waarheids- en volledigheidsplicht heeft geschonden, (5) [taxibedrijf] gehinderd is in de mogelijkheden om zich te verdedigen, (6) alle betrokkenen op kosten heeft gejaagd, (7) terwijl dit nooit tot toewijzing van de vorderingen van Transvision had kunnen leiden. [taxibedrijf] legt aan haar verzoek ten grondslag dat Transvision jegens haar misbruik van (proces)recht heeft gepleegd (artikel 3:13 BW), althans een onrechtmatige daad begaat (artikel 6:162 BW), door vorderingen in te stellen jegens [taxibedrijf], gebaseerd op feiten en omstandigheden waarvan Transvision de onjuistheid kent of behoort te kennen, althans op feitelijke stellingen waarvan zij op voorhand had moeten begrijpen dat deze geen kans van slagen hebben.

6.11.3. Transvision meent dat de incidentele grief 7 van [taxibedrijf] niet kan slagen. Transvision heeft een geldige inschrijving gedaan; er is geen sprake van dat Transvision doordat de inschrijving niet door Transvision in het geding is gebracht, zij daarmee de waarheid over de geldigheid daarvan tracht te verhullen. Voorts geldt dat er slechts in uitzonderlijke gevallen ruimte bestaat om de in het ongelijk gestelde partij op grond van misbruik van procesrecht of onrechtmatige daad te veroordelen tot een integrale proceskostenvergoeding.

6.12. Het hof stelt voorop dat van misbruik van procesrecht of onrechtmatig handelen door het aanspannen van een procedure (ook in hoger beroep) pas sprake is, als het instellen van de vordering (ook in hoger beroep), gelet op de evidente ongegrondheid ervan, in verband met de betrokken belangen van de wederpartij achterwege had

behoren te blijven. Hiervan kan eerst sprake zijn als de eiser (appellant) zijn vordering baseert op feiten en omstandigheden waarvan hij de onjuistheid kende dan wel behoorde te kennen of op stellingen waarvan hij op voorhand moest begrijpen dat deze geen kans van slagen hadden. Bij het aannemen van misbruik van procesrecht of onrechtmatig handelen door het aanspannen van een procedure (ook in hoger beroep) past terughoudendheid, gelet op het recht op toegang tot de rechter dat mede gewaarborgd wordt door artikel 6 EVRM (HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV7828).

Naar het oordeel van het hof zijn door [taxibedrijf] onvoldoende feiten of omstandigheden gesteld die meebrengen dat sprake is van evidente ongegrondheid van de door Transvision ingestelde vorderingen. Zelfs indien (uiteindelijk) zou zijn geoordeeld dat de inschrijving van Transvision ongeldig was, dan nog brengt dat in deze procedure, waarin die geldigheid van de inschrijving mede onderwerp van debat is geweest, niet mee dat er sprake is van misbruik van (proces)recht en/of onrechtmatig handelen van Transvision.

Evenmin heeft [taxibedrijf] voldoende onderbouwd dat Transvision zich heeft gebaseerd op stellingen, waarvan zij op voorhand moest begrijpen dat deze geen kans van slagen hadden. Partijen hebben een verschillende lezing van het arrest van de Hoge Raad (ECLI:NL:HR:2016:2638, Xafax) verdedigd. De omstandigheid dat Transvision in haar visie niet door het hof wordt gevolgd, betekent niet dat Transvision op voorhand moest begrijpen dat haar visie geen kans van slagen had. Op grond van het vorenstaande kan de vordering tot betaling van de werkelijke proceskosten niet worden toegewezen.

6.13. Gelet op het voorgaande falen de grieven in het principaal hoger beroep en in het incidenteel hoger beroep. Transvision zal, als de in het ongelijk gestelde partij, worden veroordeeld in de proceskosten in het principaal hoger beroep van de gemeenten en [taxibedrijf]. [taxibedrijf] zal worden veroordeeld in de kosten van het incidenteel hoger beroep van Transvision.

7. De uitspraak

Het hof:

bekrachtigt het vonnis van de rechtbank van 28 december 2016;

veroordeelt Transvision in de proceskosten van het principaal hoger beroep, en begroot die kos-

ten tot op heden aan de zijde van de gemeenten op € 5.200,- aan griffierecht en op € 14.034,- (3 punten x tarief VII) aan salaris advocaat, en voor wat betreft de nakosten op € 157,- indien geen betekening plaatsvindt dan wel op € 239,- vermeerderd met de exploitkosten indien niet binnen veertien dagen na de datum van dit arrest is voldaan aan de bij dit arrest uitgesproken veroordelingen en betekening van dit arrest heeft plaatsgevonden en bepaalt dat deze bedragen binnen veertien dagen na de dag van deze uitspraak moeten zijn voldaan, bij gebreke waarvan deze bedragen worden vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW daarover vanaf het einde van voormelde termijn tot aan de dag der voldoening; veroordeelt Transvision in de proceskosten van het principaal hoger beroep, en begroot die kosten tot op heden aan de zijde van [taxibedrijf] op € 5.200,- aan griffierecht en op € 14.034,- (3 punten x tarief VII) aan salaris advocaat, en voor wat betreft de nakosten op € 157,- indien geen betekening plaatsvindt dan wel op € 239,- vermeerderd met de exploitkosten indien niet binnen veertien dagen na de datum van dit arrest is voldaan aan de bij dit arrest uitgesproken veroordelingen en betekening van dit arrest heeft plaatsgevonden en bepaalt dat deze bedragen binnen veertien dagen na de dag van deze uitspraak moeten zijn voldaan, bij gebreke waarvan deze bedragen worden vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW daarover vanaf het einde van voormelde termijn tot aan de dag der voldoening; veroordeelt [taxibedrijf] in de proceskosten van het incidenteel hoger beroep, en begroot die kosten tot op heden aan de zijde van Transvision op € 7.017,- aan salaris advocaat, en voor wat betreft de nakosten op € 157,- indien geen betekening plaatsvindt dan wel op € 239,- vermeerderd met de exploitkosten indien niet binnen veertien dagen na de datum van dit arrest is voldaan aan de bij dit arrest uitgesproken veroordelingen en betekening van dit arrest heeft plaatsgevonden en bepaalt dat deze bedragen binnen veertien dagen na de dag van deze uitspraak moeten zijn voldaan, bij gebreke waarvan deze bedragen worden vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW daarover vanaf het einde van voormelde termijn tot aan de dag der voldoening; verklaart dit arrest wat betreft de proceskostenveroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

(On)mogelijkheden na uitspraak in kort geding

Aanbestedende diensten hebben de mogelijkheid over te gaan tot het sluiten van een overeenkomst met de winnende inschrijver, wanneer de voorzieningenrechter in kort geding in hun voordeel heeft beslist.¹ Vaak maken aanbestedende diensten van deze mogelijkheid gebruik. Vanaf het moment dat de overeenkomst is gesloten, zijn de mogelijkheden van de verliezende inschrijvers (en andere belanghebbenden) beperkt.

Uit vaste jurisprudentie volgt dat een overeenkomst nadat deze is gesloten alleen nog kan worden aangetast indien: (1) de overeenkomst op grond van art. 4.15 lid 1 Aw 2012 vernietigbaar is, (2) sprake is van een wilsgebrek, dan wel (3) sprake is van nietigheid of vernietigbaarheid ex art. 3.40 BW.² Op art. 4.15 lid 1 sub b Aw 2012 kan geen beroep meer worden gedaan, wanneer de voorzieningenrechter in kort geding uitspraak heeft gedaan. Een en ander brengt mee dat het niet eenvoudig is een overeenkomst aan te tasten na een voor de aanbestedende dienst positief vonnis. Onderhavig arrest van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch onderstreept dat.

In dit geval was sprake van een Europese openbare aanbestedingsprocedure voor de inkoop van "Diensten voor speciaal personenvervoer over land". Na beoordeling van de inschrijvingen berichtten de aanbestedende diensten (hierna: de gemeenten) de drie inschrijvers, waaronder Transvision en "taxibedrijf", in juni 2015 dat zij het voor nemen hadden de opdracht te gunnen aan taxibedrijf. Transvision (appellante in onderhavige procedure) was als derde geëindigd. Op 26 juni 2015 betrok Transvision de gemeenten in een kort geding, omdat zij van oordeel was dat (onder meer) sprake was van een onjuiste en onvolledige motivering van het voorlopige gunningsbesluit. Op 29 juli 2015 oordeelde de voorzieningenrechter

- 1 Een eventueel hoger beroep heeft geen opschortende werking, zie: *Kamerstukken II* 2008/09, 32027, 3, p. 18-19; *Kamerstukken II* 2009/10, 32440, 3, p. 136.
- 2 HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2638 «JAAN» 2017/7, r.o. 3.7.1-3.7.2.

in het voordeel van de gemeenten, waarna de overeenkomst op 18 augustus 2015 met taxibedrijf werd gesloten. Transvision vorderde in onderhavige bodemprocedure onder meer vernietiging van deze overeenkomst en vergoeding van door haar geleden schade. Het gerechtshof oordeelde kort gezegd dat inderdaad sprake was geweest van een ondeugdelijk gemotiveerde gunningsbeslissing, zodat de opschortende termijn niet was gaan lopen.³ Het gerechtshof oordeelde echter ook dat dit geen grond was voor vernietiging van de overeenkomst op grond van art. 4.15 lid 1 sub b Aw 2012. Dit omdat de gemeenten de uitspraak van de voorzieningenrechter in eerste aanleg hadden afgewacht. Ook voor een schadevergoeding zag het gerechtshof geen aanleiding.

Vernietiging van een na vonnis gesloten overeenkomst

In de bodemprocedure deed Transvision een beroep op art. 4.15 lid 1 sub b Aw 2012. Dit artikel is mede ter bescherming van de inschrijver geschreven en houdt in dat een als resultaat van een gunningsbeslissing gesloten overeenkomst in rechte vernietigbaar is indien de aanbestedende dienst in strijd met de wet de termijnen van art. 2.127 lid 1 en art. 2.131 Aw 2012 niet in acht heeft genomen. In dit geval was de opschortende termijn weliswaar in acht genomen, maar was deze niet gaan lopen doordat de aanbestedende dienst de gunningsbeslissing onvoldoende had gemotiveerd. In beginsel kon Transvision op grond daarvan een beroep doen op art. 4.15 lid 1 sub b Aw 2012. Het gerechtshof oordeelde echter dat een beroep op vernietiging op grond van art. 4.15 lid 1 sub b Aw 2012 een inschrijver niet meer toekomt als de opschortende termijn van 20 dagen wel in acht is genomen, dan wel de uitspraak van de rechter in een tegen de gunningsbeslissing aangespannen kort geding is afgewacht. Dat laatste was in onderhavige procedure het geval, zodat het beroep van Transvision op vernietiging op die grond spaak liep.

Het oordeel van het gerechtshof sluit aan op de lijn die de Hoge Raad in 2016 heeft uitgezet in het Xafax-arrest.⁴ De Hoge Raad overwoog in dat ar-

rest dat inschrijvers en andere belanghebbenden tegen de gunningsbeslissing dienen op te komen voordat de overeenkomst is gesloten. Inschrijvers krijgen daarvoor een termijn, waarbij de niet-inachtneming daarvan door de aanbestedende dienst leidt tot vernietigbaarheid van de overeenkomst. Is die termijn verstreken of een verzoek om een onmiddellijke voorziening met betrekking tot de gunningsbeslissing gedaan en is daarop door de voorzieningenrechter (of het scheidsgerecht) in eerste aanleg afwijzend beslist, dan kan de overeenkomst alleen nog worden aangetast op grond van art. 4.15 lid 1 sub a en c Aw 2012. Een beroep op sub b is in dat geval niet meer aan de orde, omdat die categorie enkel die gevallen betreft waarin de termijn niet in acht is genomen dan wel de uitspraak van de rechter in eerste aanleg niet is afgewacht.

Het oordeel van het gerechtshof is mijns inziens ook te billijken, omdat de wetgever nadrukkelijk heeft beoogd een balans te creëren tussen de verschillende belangen van de winnende inschrijver, overige inschrijvers, andere belanghebbenden én de aanbestedende dienst.⁵ Wanneer de overeenkomst pas is gesloten na de uitspraak van de voorzieningenrechter, lijkt voldoende recht te zijn gedaan aan de belangen van de inschrijvers. Zij hebben in dat geval immers voldoende gelegenheid gehad de voorlopige gunningsbeslissing aan te vechten in kort geding, zodat sprake lijkt van voldoende rechtsbescherming. Het zou te langdurige onzekerheid meebrengen voor de aanbestedende dienst en de winnende inschrijver, als de overeenkomst ook na het oordeel in kort geding nog eenvoudig aangetast zou kunnen worden wegens een motiveringsgebrek in de gunningsbeslissing. De inschrijvers zouden in dat geval overigens ook een veel langere termijn krijgen om de overeenkomst aan te tasten, dan in de situatie waarin de opschortende termijn wel was gaan lopen. Dat ligt wat mij betreft niet in de rede.

Schadevergoeding

De verliezende inschrijver heeft nadat de overeenkomst is gesloten nog de mogelijkheid om een vordering tot schadevergoeding in te stellen in een bodemprocedure, zoals Transvision in onder-

3 *Kamerstukken II*, 2009/10, 32440, 3, p. 94-95.

4 HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2638 «JAAN» 2017/7.

5 *Kamerstukken II* 2009/10, 32027, nr. 7, p. 5-6.

havige procedure ook heeft gedaan. Transvision bracht in dit kader naar voren dat ze niet de gelegenheid had gekregen om te controleren of haar inschrijving juist is beoordeeld en daarmee of de opdracht terecht aan taxibedrijf was gegund. Transvision verzuimde daarbij echter te stellen (en te onderbouwen) dat zij als beste uit de bus had moeten komen, omdat haar inschrijving hoger had moeten scoren mede gelet op het prijsverschil en de kwalitatieve gunningscriteria. Daarmee had Transvision haar schadevergoedingsvordering naar het oordeel van het gerechtshof onvoldoende onderbouwd.

Het oordeel van het gerechtshof lijkt op het eerste gezicht te rechtvaardigen. Voor een geslaagde schadevergoedingsvordering zal door de klagende inschrijver immers aangetoond moeten worden dat de aanbestedende dienst één of meer regels van het aanbestedingsrecht heeft geschonden, dat zij schade heeft geleden en dat een causaal verband bestaat tussen de schending en de schade.⁶ Transvision had in dit kader moeten stellen en onderbouwen dat zij schade heeft geleden, omdat zij de opdracht gegund had moeten krijgen en niet taxibedrijf. Dat heeft zij kennelijk niet of onvoldoende gedaan.

Hier staat wel tegenover dat het voor een inschrijver lastig kan zijn om aan te tonen dat hij de opdracht eigenlijk gegund had moeten krijgen, zeker wanneer de gunningsbeslissing (zoals in het onderhavige geval) onvoldoende is gemotiveerd. Dat kan tot onbevredigende resultaten leiden. Het is de vraag hoe een klagende inschrijver in zo'n geval toch kan aantonen dat hij op basis van zijn inschrijving had moeten winnen. Het zou in dit kader zinvol kunnen zijn eerst in hoger beroep in de kort geding procedure te bewerkstelligen dat de gunningsbeslissing alsnog deugdelijk wordt gemotiveerd, zodat de inschrijver zijn kansen in een bodemprocedure beter kan inschatten en beter kan onderbouwen waarom zijn inschrijving als beste uit de bus had moeten komen.⁷

6 Art. 6:162 BW en art. 150 Rv.

7 Hof Den Haag 19 december 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3549, «JAAN» 2018/35.

Conclusie en enkele vuistregels voor de praktijk

Het arrest van het gerechtshof is in lijn het arrest van de Hoge Raad en brengt in zoverre niets nieuws. Wel onderstreept het arrest dat er verschillende belangen zijn en dat het lastig kan zijn voor een verliezende inschrijver een eenmaal gesloten overeenkomst aan te tasten. Toch kan het voor partijen wel degelijk zinvol zijn de kwestie voor te leggen in een bodemprocedure, waar de rechter zich kan uitlaten over de vraag of de eiser de opdracht (voorlopig) gegund had moeten krijgen.⁸ Indien dat het geval is, kan de eiser zijn schade op de aanbestedende dienst verhalen. De eiser zal dan gelet op haar stelplecht en bewijslast moeten toelichten en onderbouwen dat zij de opdracht had moeten winnen. In dat kader kan het zinvol zijn in hoger beroep in de kort geding procedure te proberen te bewerkstelligen dat de gunningsbeslissing alsnog deugdelijk wordt gemotiveerd.⁹

mr. G.E. van den Beuken
advocaat aanbestedingsrecht en bouwrecht bij
Croon advocaten

8 Er zijn ook auteurs die menen dat het niet zinvol is na een negatief vonnis in kort geding nog verder te procederen, omdat een daarna gesloten overeenkomst vrijwel onaantastbaar zou zijn. Daarmee zou geen sprake zijn van effectieve rechtsbescherming. Recent is in dit verband een klacht ingediend bij de Europese Commissie. De toekomst zal uitwijzen of het naar aanleiding van deze klacht makkelijker zal worden gemaakt voor inschrijvers om een reeds gesloten overeenkomst aan te tasten.

9 Idem.

89

Stelsel Aw 2012 en samenhang hoofdvordering

Gerechtshof Den Haag
19 maart 2019, 200.252.166/01,
ECLI:NL:GHDHA:2019:531
(mr. P. Glazener, mr. E.M. Douwsma-Valk,
mr. H.D. van Romburgh)

Incident in hoger beroep. Gunningsbeslissing. Overeenkomst. Non-discriminatiebeginsel. Gelijkeheidsbeginsel. Proportionaliteitsbeginsel. Transparantiebeginsel.

[Aw 2012 art. 2.127, 2.131, 4.15; Rv art. 233]

Stichting Carmelcollege (hierna: Carmel) is een onderwijsstichting die op ruim 50 schoollocaties een breed onderwijsaanbod verzorgt. L.C.G. Malmberg B.V. (hierna: Malmberg) en ThiemeMeulenhoff B.V. (hierna: ThiemeMeulenhoff) zijn uitgevers van leermiddelen. The Learning Network B.V. (hierna: TLN) en Iddink Voortgezet Onderwijs B.V. (hierna: Iddink) zijn distributeurs van leermiddelen.

Carmel heeft een aanbestedingsprocedure aangekondigd voor een opdracht tot levering van door haar vakdocenten gekozen leermiddelen en onderwijsdiensten met ingang van het schooljaar 2019/2020. De opdracht is verdeeld in vier hoofdpercelen, waarvan de percelen A, B en C Europees openbaar zijn aanbesteed en perceel D onderhands.

Perceel A betreft de levering van leermiddelen en onderwijsdiensten. Perceel B betreft uitsluitend de levering van leermiddelen. In de percelen A en B is per lesmethode een apart subperceel ingericht. In perceel A wordt uitsluitend gevraagd naar leermiddelen van uitgevers Malmberg en ThiemeMeulenhoff en in perceel B uitsluitend naar leermiddelen van uitgever Noordhoff. Perceel C omvat zowel de levering als de distributie van leermiddelen. De aanbestedingsprocedure moet voor elk afzonderlijk (sub)perceel leiden tot één raamovereenkomst met één opdrachtnemer voor de duur van vier jaar met ingang van 1 januari 2019. Het gunningscriterium is de economisch

meest voordelige inschrijving, uitgaande van de beste prijs-kwaliteitverhouding. Carmel heeft op 21 december 2018 de gunningsbeslissingen inzake de percelen A en B aan de inschrijvers gezonden. Aan Malmberg en ThiemeMeulenhoff zijn bepaalde (sub)percelen gegund.

In eerste aanleg hebben TLN en Iddink gevorderd Carmel te gebieden de aanbesteding van de percelen A en B te staken en voor zover zij de opdracht nog wenst te gunnen, een aanbestedingsprocedure te volgen die in overeenstemming is met de eisen van de Aanbestedingswet 2012. Partijen hebben betoogd dat Carmel onrechtmatig handelt, namelijk in strijd met het non-discriminatiebeginsel, het gelijkheidsbeginsel, het transparantiebeginsel en het proportionaliteitsbeginsel. De voorzieningenrechter heeft de vorderingen van TLN en Iddink afgewezen, en TLN en Iddink veroordeeld in de kosten. In haar vorderingen in de hoofdzaak maakt TLN onderscheid tussen het geval waarin de opdracht voor percelen A en B nog niet is gegund en het geval waarin dat wel is gebeurd.

In het incident vordert TLN Carmel te verbieden subpercelen van perceel A en perceel B aan Malmberg, Noordhoff, ThiemeMeulenhoff of een andere partij te gunnen totdat het hof arrest heeft gewezen in de hoofdzaak, op straffe van verbeurte van een dwangsom van €100.000 en met veroordeling van Carmel in de kosten. TLN stelt dat het uit proceseconomische overwegingen wenselijk is dat het Carmel in procedure van hoger beroep wordt verboden opdrachten te verstrekken voor één of meer van de subpercelen van perceel A en perceel B.

Samenhang hoofdvordering

Het hof stelt voorop dat in de Aw 2012 is geregeld onder welke voorwaarden en binnen welke termijnen inschrijvers en andere belanghebbenden tegen (voorgenomen) gunningsbeslissingen kunnen opkomen.

De Hoge Raad heeft eerder overwogen dat dit stelsel erop neerkomt dat inschrijvers en andere belanghebbenden tegen een gunningsbeslissing dienen op te komen voordat de overeenkomst is gesloten. Daarvoor moet de aanbestedende dienst hun op straffe van vernietigbaarheid van de overeenkomst een termijn van 20 kalenderdagen geven (art. 2.127 Aw 2012). Is die termijn verstreken of een verzoek om een onmiddellijke voorziening met betrekking tot de gunningsbe-