

145

Ten onrechte onderhandelingsprocedure zonder aankondiging

Rechtbank Midden-Nederland zp Utrecht
30 mei 2024, C/16/573210 / KG ZA 24-176,
ECLI:NL:RBMNE:2024:3391

(mr. R.J. Praamstra)

Noot mr. N.A. Keus-Goldberg, mr. ing. M.A. Leppers

Gelijkheidsbeginsel. Gebrek aan mededinging. Rechtsverwerking. Transparantiebeginsel.

[AanbW 2012 art. 2.32]

De gemeente heeft een Europese aanbesteding door middel van een onderhandelingsprocedure zonder aankondiging (hierna: de onderhandelingsprocedure) uitgeschreven voor maatschappelijke opvang in Amersfoort. Op 23 mei 2023 heeft het college van B&W hierover een raadsinformatiebrief naar de gemeenteraad gestuurd waarin wordt gewezen op één specifiek pand in de binnenstad van Amersfoort, met de toevoeging dat dit een uniek aanbod is voor de maatschappelijke opvang. Op 12 juni 2023 wordt in een collegebericht vermeld dat het gaat om het pand van Liefdehuis aan de Nieuweweg 4 in Amersfoort. Op TenderNed wordt vervolgens op 15 juni 2023 door de gemeente de onderhandelingsprocedure gepubliceerd samen met selectieleidraad en een aankondiging in geval van vrijwillige transparantie vooraf.

Bij brief van 13 juli 2023 heeft Kwintes de gemeente bericht aan de onderhandelingsprocedure te zullen deelnemen. Voor deelname aan de onderhandelingsprocedure zijn door de gemeente uiteindelijk twee gegadigden geselecteerd, namelijk Kwintes en Liefdehuis. Met de brief van 21 maart 2024 heeft de gemeente Kwintes geïnformeerd dat zij het voornemen heeft om de opdracht voor de maatschappelijk opvang aan Liefdehuis te gunnen.

Beoordeling*i. Is er sprake van rechtsverwerking?*

Kwintes heeft voldoende proactief gehandeld bij het naar voren brengen van haar bezwaren tegen de aanbestedingsprocedure. Uit de ten tijde van de selectiefase gepubliceerde nota van inlichtingen blijkt bijvoorbeeld dat een week na de aankondiging van de onderhandelingsprocedure door Kwintes de eerste vragen zijn gesteld over de keuze van de aanbestedingsprocedure.

De gemeente was voldoende bekend met de bezwaren van Kwintes tegen de gekozen procedure. Het is dan aan de gemeente als aanbestedende dienst om te beoordelen of de door Kwintes geuite zorgen tot een aanpassing van de aanbestedingsprocedure moeten leiden of niet. Dat Kwintes na haar vragen over de aanbestedingsprocedure niet (tijdig) een kort geding is gestart en heeft ingeschreven op de onderhandelingsprocedure betekent niet dat zij haar voor de inschrijving geuite klachten over de gekozen procedure heeft laten varen. Met name zorgaanbieders zoals Kwintes zijn voor de uitvoering van hun werkzaamheden afhankelijk van een doorlopende goede samenwerking met de gemeente. Gezien de in het spel zijnde commerciële belangen is niet inschrijven vaak geen optie.

De gemeente heeft de kans gehad om op basis van de klachten van Kwintes voor de inschrijvingstermijn de aanbestedingsprocedure aan te passen. Nu de gemeente voldoende op de hoogte was van de bezwaren van Kwintes ten aanzien van de gekozen aanbestedingsprocedure had het, wanneer zij daarover twijfels had, op de weg van de gemeente gelegen actief bij Kwintes navraag te doen naar de stand van haar bezwaren met betrekking tot de gekozen procedure. Dat heeft zij niet gedaan. De gemeente heeft er juist voor gekozen om de procedure niet aan te passen, omdat die procedure volgens haar geen onregelmatigheden bevatte. Het komt dan voor risico van de gemeente dat Kwintes hetzelfde nog eens naar voren brengt in een kort geding als nu wordt gevoerd. Bovendien leidt de keuze van de gemeente voor de onderhandelingsprocedure tot een fundamenteel gebrek in de aanbestedingsprocedure (zie hierna). Zoals aan de orde is gekomen, mag de aanbestedende dienst in dat geval er niet op vertrouwen dat de inschrijver dit gebrek, wanneer daarover niet tijdig zou zijn geklaagd, niet meer aan de rechter ter beoordeling kan voorleggen. Van rechtsverwerking is dus geen sprake.

ii. Heeft de gemeente de juiste aanbestedingsprocedure gevolgd?

Met het selecteren van twee gegadigden door de gemeente voor de onderhandelingsprocedure volgt dat de bezwaren van Kwintes tegen de gevolgde procedure terecht zijn. Ook een door Kwintes aangedragen pand is kennelijk volgens de gemeente geschikt om de opdracht voor maatschappelijke opvang uit te voeren. Dat betekent dat niet gesteld kan worden dat mededinging om technische redenen ontbreekt, terwijl dat wel is vereist voor een geslaagd beroep op art. 2.32 lid 1 sub b onder 2 AanbW 2012. Anders dan in de gevallen van art. 2.32 lid 1 sub a en c AanbW 2012, biedt het geval waarop de gemeente zich beroept, zijnde het geval van onderdeel b, geen ruimte voor een meervoudige onderhandelingsprocedure. Het uitzonderingsgeval ontleent zijn bestaansrecht juist aan de omstandigheid dat mededinging ontbreekt. Het is daarom niet mogelijk om met meerdere, buiten de aanbesteding geselecteerde partijen een procedure te doorlopen.

De door de gemeente aangedragen redenen die een beroep op art. 2.32 lid 1 sub b onder 2 zouden rechtvaardigen, zijn ook geen technische redenen. Dat het volgens de gemeente moeilijk is om een geschikt pand te vinden betekent niet dat deze moeilijkheid een technische reden oplevert. Zoals blijkt uit de onderhandelingsleidraad stelt de gemeente ook geen uitzonderlijke eisen aan het pand voor de maatschappelijke opvang. In ieder geval geen zodanige eisen dat alleen het pand Liefdehuis geschikt is. Dat het lastig zou zijn om een goede locatie te vinden heeft te maken met andere omstandigheden, zoals de eigenschappen van de huidige vastgoedmarkt. Dat de pandeigenaar die de gemeente op het oog had als enige gerechtigd is over het pand te onderhandelen betreft een juridisch beletsel. Juridische beletfels, zijn mede gelet op de voorbeelden van technische redenen die in onderdeel 50 van de considerans van de Aanbestedingsrichtlijn staan genoemd, niet te kwalificeren als technische redenen in de zin van art. 2:32 lid 1 b onder 2 AanbW 2012. Bovendien heeft de gemeente nagelaten aannemelijk te maken dat er geen redelijk alternatief of substituuut bestaat in de zin van derde lid van art. 2:32 AanbW 2012 dat eveneens een vereiste is voor toepassing van de uitzonderingsgrond.

Dat in 2022 voor onder andere de onderhavige opdracht wel een openbare aanbestedingsproce-

dure is gevolgd, is overigens ook al een indicatie dat hier geen sprake is van het ontbreken van mededinging om technische redenen. Wanneer dus niet op voorhand duidelijk is dat alternatieven zijn uitgesloten, dient een openbare reguliere aanbestedingsprocedure te worden uitgeschreven. Het beroep van de gemeente op art. 2:32 lid 1 sub b onder 2 AanbW 2012 faalt dus.

iii. Heeft de gemeente met het de facto doorlopen van een SAS-procedure gehandeld in overeenstemming met de Aanbestedingswet?

De gemeente heeft de opdracht voor de maatschappelijke opvang in de aankondiging op TenderNed van 15 juni 2023 gekwalificeerd als een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking, waarbij tevens Liefdehuis als contractant wordt genoemd. Eveneens is in die aankondiging bij de motivering voor de procedure vermeld dat het technisch niet mogelijk is om met een andere partij te onderhandelen (zie ro. 3.18). Niet uit te sluiten valt dat potentiële gegadigden hebben nagelaten zich in te schrijven op de opdracht voor maatschappelijke opvang, terwijl zij wellicht wel die intentie zouden hebben gehad. Het is immers niet ondenkbaar dat een potentiële gegadigde wel zoekt naar nieuwe reguliere aanbestedingen, maar niet naar kennisgevingen over onderhandse overeenkomsten. De onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking valt in die laatste categorie nu deze procedure in feite neerkomt op een onderhandse gunning. Dat in de selectieleidraad vervolgens is opgenomen dat ook andere geïnteresseerde partijen in contact kunnen treden met de pandeigenaar (Liefdehuis) om de exploitatie voor de maatschappelijke opvang te verzorgen, of bij de gemeente met een alternatieve locatie kunnen komen die aan de gestelde eisen voldoet, verhoudt zich moeilijk met de voormelde aankondiging van de opdracht als zodanig. Dit geldt temeer nu de gemeente de procedure in eerste instantie ook als onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking heeft ingestoken en zij pas op het moment dat een andere partij zich zou melden de intentie had om met meerdere partijen in onderhandeling te treden. Op grond van de beginselen van het aanbestedingsrecht moet de gemeente vanaf het begin duidelijk zijn over de gevoerde procedure. Door te betogen dat zij in eerste instantie een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking heeft gevoerd en dit in de praktijk

als een SAS-procedure heeft uitgepakt, heeft de gemeente die duidelijkheid niet gegeven. De conclusie is dat de aanbestedingsstukken van de procedure niet op een duidelijke en ondubbelzinnige wijze zijn geformuleerd, waardoor en normaal oplettende inschrijver de juiste draagwijdte heeft moeten kunnen begrijpen en zij die op dezelfde wijze manier heeft kunnen interpreteren. De aanbestedingsstukken zijn daarmee in strijd met de beginselen van transparantie en gelijke behandeling. Juist een aanbestedende dienst moet zorgvuldig omgaan met haar wettelijke verplichtingen, het uitgeven van overheidsgeld en met de belangen van derden. EU-wetgeving heeft op het gebied van overheidsopdrachten als belangrijkste doelstelling de opheffing van de beperkingen van de fundamentele vrijheden en de bevordering van daadwerkelijke mededinging. Door de wijze waarop de gemeente de procedure heeft ingestoken is dit allemaal in het geding. Om die reden is er dus ook geen grond aanwezig om aan te nemen dat de opdracht voor maatschappelijke opvang op een rechtmatige wijze conform het aanbestedingsrecht in de vorm van een SAS-procedure aan Liefdehuis is gegund. Ook dit verweer van de gemeente kan daarom niet slagen.

iv. Is er ruimte voor een belangenafweging?

De uitzonderingen op de aanbestedingsplicht zijn limitatief in de Aanbestedingswet opgesomd en dienen bovendien restrictief te worden uitgelegd. De Aanbestedingswet staat derhalve niet toe dat op grond van een belangenafweging een uitzondering op de aanbestedingsplicht wordt gemaakt, die niet bij die wet is voorzien. Voor een belangenafweging is dus geen plaats.

Slotsum

Het vorenstaande leidt tot de conclusie dat het voornemen van de gemeente om de opdracht voor maatschappelijke opvang aan Liefdehuis te gunnen, zoals is vermeld in de brief van 21 maart 2024, strijdig is met de Aanbestedingswet. Er is sprake van een fundamenteel gebrek in de door de gemeente gevoerde procedure. De gemeente heeft immers ten onrechte de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging toegepast en heeft vervolgens de volgens haar gestelde doorlopen SAS-procedure niet als zodanig aangekondigd en in de markt gezet. Evenmin zijn er andere gronden aanwezig om aan te nemen dat de op-

dracht voor maatschappelijke opvang aan Liefdehuis kan worden gegund. Bij deze stand van zaken is een heraanbesteding de enige wijze waarop het gebrek in de aanbestedingsprocedure kan worden hersteld. De primaire vorderingen van Kwintess zullen dan ook worden toegewezen, voor zover de gemeente haar opdracht nog wil vergeven.

STICHTING KWINTES,

gevestigd in Zeist,

eiseres,

advocaat: mr. H.C.J. Oomen,

tegen

GEMEENTE AMERSFOORT,

zetelend in Amersfoort,

gedaagde partij,

advocaat: mr. H.S. Groot,

met als tussenkomende partij

STICHTING ROOMSCH-KATHOLIJK LIEFDEHUIS

gevestigd in Amersfoort,

tussenkomende partij,

advocaat mr. N.A.D. Groot.

Partijen zullen hierna Kwintess, de Gemeente en Liefdehuis worden genoemd.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding van 9 april 2024, met producties;
- de conclusie van antwoord van de Gemeente, met producties;
- de incidentele conclusie met vordering tussenkomst, subsidiair voeging van Liefdehuis;
- de pleitnota van Kwintess;
- de pleitnota van de Gemeente;
- de pleitnota van Liefdehuis.

1.2. De mondelinge behandeling is gehouden op 14 mei 2024. Bij de mondelinge behandeling waren namens Kwintess aanwezig mevrouw [A], [...] van Kwintess, de heer [B], [...] bij Kwintess, mevrouw [C], [...] bij Kwintess en mevrouw [D], [...] bij Kwintess, bijgestaan door mr. H.C.J. Oomen en mr. F. Cornelissen. Namens de Gemeente waren mevrouw mr. [E], [...] bij de Gemeente en mevrouw [F], [...] bij de Gemeente samen met mr. H.S. Groot aanwezig.

Eveneens waren bij de mondelinge behandeling aanwezig de heer [G], [...] van Liefdehuis, de heer [H], [...] van Liefdehuis, de heer [I], [...] van Liefdehuis, de heer [J], [...] bij Leger des

Heils Midden-Nederland, bijgestaan door mr. N.A.D. Groot. Door en namens partijen zijn de standpunten verder toegelicht en is antwoord gegeven op vragen van de voorzieningenrechter. Van de mondelinge behandeling heeft de griffier aantekeningen gemaakt.

1.3. Daarna volgt dit vonnis.

2. Het geschil

Achtergrond

2.1. De Gemeente heeft een Europese aanbesteding door middel van een onderhandelingsprocedure zonder aankondiging (hierna: de onderhandelingsprocedure) uitgeschreven voor maatschappelijke opvang in Amersfoort. Op 23 mei 2023 heeft het college van burgemeester en wethouders hierover een raadsinformatiebrief naar de gemeenteraad gestuurd waarin wordt gewezen op één specifiek pand in de binnenstad van Amersfoort, met de toevoeging dat dit een uniek aanbod is voor de maatschappelijke opvang.

2.2. Op 12 juni 2023 wordt in een collegebericht vermeld dat het gaat om het pand van Liefdehuis aan de Nieuweweg 4 in Amersfoort. Op TenderNed wordt vervolgens op 15 juni 2023 door de Gemeente de onderhandelingsprocedure gepubliceerd samen met selectieleidraad en een aankondiging in geval van vrijwillige transparantie vooraf.

2.3. Bij brief van 13 juli 2023 heeft Kwintes de Gemeente bericht aan de onderhandelingsprocedure te zullen deelnemen. Voor deelname aan de onderhandelingsprocedure zijn door de Gemeente uiteindelijk twee gegadigden geselecteerd, namelijk Kwintes en Liefdehuis. Met de brief van 21 maart 2024 heeft de Gemeente Kwintes geïnformeerd dat zij het voornemen heeft om de opdracht voor de maatschappelijk opvang aan Liefdehuis te gunnen.

Standpunt en vordering van Kwintes

2.4. Na kennisneming van het bericht van de Gemeente is Kwintes van mening dat Liefdehuis ten onrechte de aanbesteding heeft gewonnen. Zij voert daartoe een tweetal redenen aan.

2.5. Kwintes stelt zich primair op het standpunt dat de Gemeente een verkeerde procedurekeuze heeft gemaakt. Volgens Kwintes had de Gemeente een reguliere Europese aanbestedingsprocedure moeten uitschrijven in plaats van de onderhandelingsprocedure te doorlopen. Subsidiair stelt

Kwintes dat de Gemeente gunningscriterium 1 van haar inschrijving onjuist heeft beoordeeld. Volgens Kwintes is de boordeling door de Gemeente onbegrijpelijk en zijn er in die beoordeling tevens onjuistheden opgenomen.

2.6. Gezien het voorgaande vordert Kwintes – samengevat – primair dat de Gemeente de voorlopige gunningsbeslissing intrekt, de onderhandelingsprocedure intrekt en de opdracht voor maatschappelijke opvang opnieuw aanbesteedt. Subsidiair vordert Kwintes dat de Gemeente de voorlopige gunningsbeslissing intrekt en dat de Gemeente overgaat tot een herbeoordeling van de inschrijvingen van Kwintes en Liefdehuis.

Standpunt en verweer van de Gemeente

2.7. De Gemeente stelt zich op het standpunt dat zij een zorgvuldige en transparante aanbestedingsprocedure heeft gevoerd, waarbij de belangen van de inschrijvers en die van derden niet zijn geschonden. De Gemeente stelt dat zij de opdracht voor maatschappelijke opvang daarom rechtmatig aan Liefdehuis heeft gegund. Volgens de Gemeente heeft Kwintes haar rechten verwerkt om tegen de gekozen aanbestedingsprocedure op te komen.

2.8. De subsidiaire vordering van Kwintes kan volgens de Gemeente eveneens niet slagen. De beoordeling van de inschrijving van Kwintes van gunningscriterium 1 heeft op een juiste wijze plaatsgevonden, aldus de Gemeente. Zij stelt te hebben gehandeld conform de door de Gemeente opgestelde onderhandelingsleidraad en met inachtneming van het transparantie- en motiveeringsbeginsel.

Standpunt van Liefdehuis

2.9. In aanvulling op het verweer van de Gemeente heeft Liefdehuis nog het volgende naar voren gebracht. Voor zover mocht worden geoordeeld dat de Gemeente de verkeerde aanbestedingsprocedure heeft doorlopen, dienen de vorderingen van Kwintes op grond van een belangenafweging alsnog te worden afgewezen nu die vorderingen niet in het belang zijn van de kwetsbare doelgroep die gebruik maakt van de maatschappelijke opvang.

3. De beoordeling

In het incident tot primair tussenkomst en subsidiair voeging

3.1. Liefdehuis heeft primair gevorderd om te mogen tussenkomen en subsidiair om zich te mogen voegen aan de zijde van de Gemeente, met veroordeling van Kwintes in de kosten van het incident. Het verzoek van Liefdehuis is ter zitting behandeld. Kwintes en de Gemeente hebben zich niet verweerd tegen de vorderingen in het incident.

3.2. De primaire vordering van Liefdehuis, om als tussenkomende partij in het geding te komen, zal worden toegewezen. Liefdehuis heeft een zelfstandige vordering geformuleerd die zich richt tot zowel Kwintes als de Gemeente, inhoudende het gunnen van de opdracht voor maatschappelijke opvang aan haar overeenkomstig de door de Gemeente voorgenomen voorlopige gunningsbeslissing. Liefdehuis heeft vanwege een dreiging van het verlies van het recht op gunning, een voldoende belang bij tussenkomst.

3.3. Kwintes en de Gemeente dienen als de in het ongelijk gestelde partijen te worden veroordeeld in de kosten in het incident. Zowel Kwintes als de Gemeente hebben geen verweer gevoerd tegen de gevorderde tussenkomst. De voorzieningenrechter ziet in die omstandigheid voldoende aanleiding om de proceskosten te begroten op nihil.

In de hoofdzaak

Spoedeisend belang

3.4. Nu de Gemeente voornemens is de opdracht aan Liefdehuis te gunnen en er tevens sprake is van een vervalltermijn voor het entameren van een juridische procedure, zoals is opgenomen in de brief van 21 maart 2024 van de Gemeente, heeft Kwintes een voldoende spoedeisend belang bij de door haar gevraagde voorlopige voorzieningen.

Vooraf

3.5. De diverse door partijen ingenomen standpunten zullen hierna puntsgewijs worden besproken, waarbij de volgende vragen in de hierna genoemde volgorde worden beantwoord: (i) is er sprake van rechtsverwerking? (ii) heeft de Gemeente de juiste aanbestedingsprocedure gevolgd? (iii) heeft de Gemeente met het de facto doorlopen van een SAS-procedure gehandeld in

overeenstemming met de Aanbestedingswet? en (iv) is er ruimte voor een belangenafweging?

i. Is er sprake van rechtsverwerking?

3.6. Partijen verschillen van mening of Kwintes over de door de Gemeente gekozen aanbestedingsprocedure tijdig heeft geklaagd en zo nee, of dit al dan niet rechtsverwerking tot gevolg zou moeten hebben. De Gemeente heeft onder verwijzing naar haar antwoord op vraag 6 uit de nota van inlichtingen in de selectiefase aangevoerd dat Kwintes eerder had moeten klagen. In dat antwoord staat: “De bezwaartermijn voor de keuze van de gemeente voor deze procedure loopt op 15 juli 2023 af”. Hetzelfde geldt volgens de Gemeente voor paragraaf 2.21 van de onderhandelingsleidraad, waarin rechtsverwerkingsclausules zijn opgenomen inhoudende dat 24 uur voor een sluitingstermijn een kort geding procedure ahangig dient te worden gemaakt.

3.7. In algemene zin geldt dat in het aanbestedingsrecht van gegadigden een proactieve houding wordt verwacht. Zij dienen hun eventuele bezwaren tegen de aanbestedingsprocedure zo vroeg mogelijk aan de orde te stellen. Zo wordt voorkomen dat aanbestedingsprocedures onnodig worden vertraagd. Ook wordt zo bereikt dat eventuele gebreken in de procedure zodanig tijdig aan de orde worden gesteld dat zij nog (eenvoudig) kunnen worden hersteld. Op deze wijze wordt niet alleen het belang van de aanbestedende dienst gediend, maar ook het belang van de (andere) gegadigden en inschrijvers, omdat daarmee bijvoorbeeld voorkomen wordt dat kosten worden gemaakt voor een aanbestedingsprocedure die niet aan de eisen voldoet. Het tijdstip waarop over een bepaald aspect van de aanbestedingsprocedure moet worden geklaagd, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. In algemene zin kan van een gegadigde worden verwacht dat hij zijn bezwaren kenbaar maakt zo spoedig mogelijk nadat hij kennis had of had behoren te hebben van de gestelde gebreken in de procedure. Indien hij dit nalaat, kan hij volgens vaste rechtspraak zijn recht verwerken om daarover later alsnog te klagen (HvJ EU 12 februari 2004, ECLI:EU:C:2004:93, *Grossmann*).

3.8. In recente jurisprudentie is de (vaak) strikte toepassing van de zogenaamde hiervoor genoemde *Grossmann*-leer enigszins gerelativeerd. Het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden heeft in een arrest van 15 februari 2022 (ECLI:NL:GHARL:2022:1150) overwogen dat de

redelijkheid en billijkheid die de rechtsverhouding tussen de aanbestedende dienst en een gegadigde beheerst meebrengt dat bij een fundamenteel gebrek in de aanbestedingsstukken de aanbestedende dienst zich er niet tegen kan verzetten dat een inschrijver dit gebrek in de procedure voor de rechter aan de orde stelt, zelfs al heeft deze vóór de inschrijving daarover geen bezwaren geuit. Bij een zo fundamenteel gebrek mag de aanbestedende dienst er niet op vertrouwen dat de inschrijver door na te laten tijdig te klagen, dit aspect niet meer aan de rechter ter beoordeling kan voorleggen.

3.9. Met inachtneming van het voorgaande is de voorzieningenrechter van oordeel dat Kwintes niet haar rechten heeft verwerkt om tegen de door de Gemeente gekozen aanbestedingsprocedure op te komen.

3.10. Kwintes heeft voldoende proactief gehandeld bij het naar voren brengen van haar bezwaren tegen de aanbestedingsprocedure. Uit de ten tijde van de selectiefase gepubliceerde nota van inlichtingen blijkt dat een week na de aankondiging van de onderhandelingsprocedure door Kwintes de eerste vragen zijn gesteld over de keuze van de aanbestedingsprocedure. Zo luidt vraag 6:

“Vraag 6.

Vraag: Bevestigt de gemeente dat zij in plaats van de minimale termijn van twintig kalenderdagen zoals genoemd in artikel 4.16 lid 1 sub c Aanbestedingswet ten minste een termijn die loopt tot en met 15 juli 2023 in acht zal nemen waarbinnen partijen bezwaren naar voren kunnen brengen tegen de voorgenomen onderhandelingsprocedure zonder aankondiging met Stichting Roomsche Katholiek Liefdehuis (en eventueel andere gegadigden), zodat géén definitieve overeenkomsten worden gesloten vóór afloop van die termijn of—indien onverhoopt toch aan de orde— vóór een uitspraak in een binnen die termijn aanhangig gemaakt kort geding?

3.11. Niet alleen in de hiervoor geciteerde vraag 6 worden door Kwintes twijfels geuit over de gekozen aanbestedingsprocedure. Ook in de vragen 18, 39 en 40 komen de zorgen van Kwintes over de procedurekeuze naar voren.

3.12. De door Kwintes in de nota van inlichtingen gestelde vragen zijn voorafgegaan door een bespreking op 29 juni 2023 tussen Kwintes en de Gemeente waarin tevens de twijfels van Kwintes over de door de Gemeente gekozen aanbestedings-

procedure zijn geuit. In de e-mailwisseling die volgt op de bespreking van 29 juni 2023, die is overgelegd als productie 9 bij de conclusie van antwoord, vallen deze twijfels ook terug te lezen. Op 30 juni 2023 bericht Kwintes aan de Gemeente:

“Gisterenmiddag 29 juni hebben wij een bespreking gehad over het voornemen van de gemeente Amersfoort om mede namens regiogemeenten te komen tot overeenkomsten met een pandeigenaar en een uitvoerende dienstverlener in het kader van maatschappelijke opvang. Wij hebben onze zorgen geuit over de door de gemeente via Tendered gepubliceerde ‘Aankondiging in geval van vrijwillige transparantie vooraf’. Hierbij waren namens de gemeente [K], [L] en namens Kwintes [M], [N] en [O] aanwezig (meegenomen in de mailing gezien de urgentie).”

Verderop in diezelfde e-mail staat:

“Wij begrepen tijdens de bespreking dat het niet de bedoeling is van de gemeente om slechts een termijn van twintig kalenderdagen te hanteren, maar om gegadigden tot en met 15 juli 2023 te bieden om zich — onder meer — te beraden op de wenselijkheid en rechtmatigheid van de keuze voor een onderhandelingsprocedure zonder aankondiging.”

Vervolgens heeft diezelfde dag verdere e-mailcorrespondentie tussen partijen plaatsgevonden, waarin namens Kwintes aan de Gemeente onder andere is geschreven:

“In de vandaag aan ons toegestuurde nota van inlichtingen en de e-mail van [P] (via [e-mail adres] @amersfoort.nl) wordt geen inhoudelijk antwoord gegeven op de door ons gestelde vraag en wordt ook niet bevestigd wat wij gisteren hebben besproken. De gemeente schrijft namelijk dat ook andere pandeigenaren c.q. geïnteresseerde partijen zich uiterlijk 15 juli 2023 kunnen melden maar laat na te bevestigen dat partijen ook bezwaren naar voren kunnen brengen tegen de keuze van de gemeente voor de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging, welke keuze is gepubliceerd bij wijze van ‘vrijwillige transparantie’.”

3.13. In haar brief van 13 juli 2023 waarin Kwintes de Gemeente bericht aan de onderhandelingsprocedure te zullen deelnemen maakt Kwintes eveneens een voorbehoud ten aanzien van haar standpunt met betrekking tot de door de Gemeente gekozen aanbestedingsprocedure. Zij schrijft onder andere:

“Wij hebben de afgelopen weken vragen gesteld over de aanbestedingsrechtelijke toelaatbaarheid

van de onderhandelingsprocedure die de gemeente voert. Op dit moment hebben wij intern nog geen definitief standpunt kunnen bepalen hoe wij de door de gemeente gegeven antwoorden moeten beoordelen. Niettemin heeft Kwintes besloten om met het verzenden van deze brief deel te nemen aan de aanbestedingsprocedure.”

3.14. Op grond van het voorgaande was de Gemeente dus voldoende bekend met de bezwaren van Kwintes tegen de gekozen procedure. Dit is door de Gemeente in haar conclusie van antwoord onder randnummer 13 ook als zodanig erkend, nu zij daarin stelt dat Kwintes zorgen had over de vorm van de aanbestedingsprocedure. Het is vervolgens aan de Gemeente als aanbestedende dienst om te beoordelen of de door Kwintes geuite zorgen tot een aanpassing van de aanbestedingsprocedure moeten leiden of niet. Dat Kwintes na haar vragen over de aanbestedingsprocedure niet (tijdig) een kort geding is gestart en heeft ingeschreven op de onderhandelingsprocedure betekent niet dat zij haar voor de inschrijving geuite klachten over de gekozen procedure heeft laten varen. Gewezen wordt in dit verband op de moeilijke positie waarin een gegadigde zich bevindt die enerzijds de kans op de opdracht wilt behouden en anderzijds onregelmatigheden in de procedure aan de orde wilt stellen. Zoals Kwintes tijdens de mondelinge behandeling naar voren heeft gebracht zijn met name zorgaanbieders zoals Kwintes voor de uitvoering van hun werkzaamheden afhankelijk van een doorlopende goede samenwerking met de Gemeente. Gezien de in het spel zijnde commerciële belangen is niet inschrijven vaak geen optie.

3.15. De Gemeente heeft de kans gehad om op basis van de klachten van Kwintes voor de inschrijvingstermijn de aanbestedingsprocedure aan te passen. Tijdens de mondelinge behandeling heeft zij gesteld dat Kwintes na haar inschrijving op de onderhandelingsprocedure niet meer is teruggekomen op haar bezwaren ten aanzien van de keuze voor de procedure. Dit kan Kwintes niet worden tegengeworpen. Nu zoals gezegd de Gemeente voldoende op de hoogte was van de bezwaren van Kwintes ten aanzien van de gekozen aanbestedingsprocedure had het, wanneer zij daarover twijfels had, op de weg van de Gemeente gelegen actief bij Kwintes navraag te doen naar de stand van haar bezwaren met betrekking tot de gekozen procedure. Dat heeft zij niet gedaan. De Gemeente heeft er juist voor gekozen om de pro-

cedure niet aan te passen, omdat die procedure volgens haar geen onregelmatigheden bevatte. Het komt dan voor risico van de Gemeente dat Kwintes hetzelfde nog eens naar voren brengt in een kort geding als nu wordt gevoerd. Bovendien leidt de keuze van de Gemeente voor de onderhandelingsprocedure, zoals hierna verder zal worden uiteengezet, tot een fundamenteel gebrek in de aanbestedingsprocedure. Zoals aan de orde is gekomen mag de aanbestedende dienst in dat geval er niet op vertrouwen dat de inschrijver dit gebrek, wanneer daarover niet tijdig zou zijn geklaagd, niet meer aan de rechter ter beoordeling kan voorleggen. Van rechtsverwerking is dus geen sprake. De vorderingen van Kwintes zullen daarom hierna inhoudelijk worden beoordeeld.

ii. Heeft de Gemeente de juiste aanbestedingsprocedure gevolgd?

3.16. Vooropgesteld wordt dat tussen partijen niet in geschil is dat de Gemeente voornemens is een overheidsopdracht te gunnen waarop de Aanbestedingswet 2012 (hierna: Aw) van toepassing is. Het geschil spitst zich toe op de vraag of de Gemeente de aanbestedingsprocedure had mogen baseren op de uitzondering van artikel 2.32 lid 1 sub b onder 2 Aw, inhoudend dat de aanbestedende dienst de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging kan toepassen, indien “mededinging om technische redenen ontbreekt”.

3.17. Op grond van artikel 1.4 Aw heeft als uitgangspunt te gelden dat een aanbestedende dienst die voornemens is een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel voor het verrichten van werken, leveringen of diensten te sluiten de keuze voor de procedure en de deelnemers objectief moet maken. Artikel 1.10a Aw bepaalt vervolgens dat een aanbestedende dienst met inachtneming daarvan geen opdracht ontwerpt met het oogmerk om zich te onttrekken aan de toepassing van de Aw of om mededinging op kunstmatige wijze te beperken. Hoofdstuk 2.2 van de Aw vermeldt de verschillende procedures voor het plaatsen van opdrachten voor aanbestedende diensten. Van dit hoofdstuk maakt artikel 2.32 Aw deel uit. Artikel 2:32 lid 1 sub b onder 2 Aw bepaalt - voor zover hier van belang - dat de aanbestedende dienst de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging kan toepassen, indien de overheidsopdracht om technische redenen slechts aan een bepaalde ondernemer kan worden toevertrouwd. Op grond van het derde lid van artikel 2:32 Aw is het eerste lid, onderdeel b, onder 2 uitsluitend van toepas-

sing, indien er geen redelijk alternatief of substituuft bestaat en het ontbreken van mededinging niet het gevolg is van een kunstmatige beperking van de voorwaarden van de aanbesteding. Artikel 2:32 lid 1, onderdeel b onder 2 Aw vormt de implementatie van artikel 32 lid 2 onderdeel b onder II van de Aanbestedingsrichtlijn. In onderdeel 50 van de considerans van die richtlijn is benadrukt dat deze uitzondering restrictief dient te worden toegepast en zijn voorbeelden van technische redenen genoemd. Van een technische reden is volgens onderdeel 50 onder meer sprake, indien het voor een andere ondernemer technisch onhaalbaar is de vereiste prestaties te leveren of indien specifieke kennis, instrumenten of middelen nodig zijn die maar één ondernemer tot zijn beschikking heeft.

3.18. De Gemeente beroept zich tegen deze achtergrond op het feit dat met de haar in juni 2023 bekende informatie zij terecht voor de onderhandelingsprocedure heeft gekozen. Volgens de Gemeente zou mededinging om technische redenen ontbreken omdat slechts 1 pand aan de gestelde eisen voldeed en daarmee geschikt zou zijn voor de maatschappelijke opvang, te weten het pand van Liefdehuis. Deze motivering is ook opgenomen in de aankondiging van de onderhandelingsprocedure op TenderNed en luidt als volgt:

“D1.3) Verklaring

Verklaar duidelijk en volledig waarom gunning van de opdracht zonder voorafgaande bekendmaking in het Publicatieblad van de Europese Unie wettig is. Geef de relevante feiten en, indien van toepassing, de rechtsbeslissingen in overeenstemming met de betreffende richtlijn:

De inkoop start met het vinden van een geschikte locatie voor de dag- en nachtopvang en inloop. Op termijn zal de pandeigenaar de regie voeren op de instroom, doorstroom en uitstroom van de doelgroep van de maatschappelijke opvang, uiteraard in afstemming met de lokale teams. Het vinden van een geschikt pand is lastig en tegelijkertijd een cruciale voorwaarde om deze transformatie te kunnen maken. Intussen heeft een pandeigenaar aan ons kenbaar gemaakt een pand in het centrum van Amersfoort beschikbaar te willen stellen voor maatschappelijke opvang. Dit pand voldoet aan de eisen en biedt daarmee de mogelijkheid om de doelstellingen uit de regiovisie te realiseren. De pandeigenaar is de partij die in principe als eerste benaderd wordt om deel te nemen aan de onderhandelingsprocedure met

de gemeente Amersfoort. Het is technisch niet mogelijk om met een andere partij hierover te onderhandelen aangezien alleen de pandeigenaar gerechtigd is over dit pand te onderhandelen.”

3.19. Met het selecteren van twee gegadigden door de Gemeente voor de onderhandelingsprocedure volgt dat de bezwaren van Kwintes tegen de gevolgde procedure terecht zijn. Ook een door Kwintes aangedragen pand is kennelijk volgens de Gemeente geschikt om de opdracht voor maatschappelijke opvang uit te voeren. Dat betekent dat niet gesteld kan worden dat mededinging om technische redenen ontbreekt, terwijl dat wel is vereist voor een geslaagd beroep op artikel 2.32 lid 1 sub b onder 2 Aw. Anders dan in de gevallen van onderdelen a en c van lid 1 van artikel 2.32 Aw, biedt het geval waarop de Gemeente zich beroept, zijnde het geval van onderdeel b, geen ruimte voor een meervoudige onderhandelingsprocedure. Het uitzonderingsgeval ontleent zijn bestaansrecht juist aan de omstandigheid dat mededinging ontbreekt. Het is daarom niet mogelijk om met meerdere, buiten de aanbesteding geselecteerde partijen een procedure te doorlopen.

3.20. De voorzieningenrechter is voorts van oordeel dat de door de Gemeente aangedragen redenen die een beroep op artikel 2.32 lid 1 sub b onder 2 zouden rechtvaardigen ook geen technische redenen zijn in de zin van dat artikel. Dat het volgens de Gemeente moeilijk is om een geschikt pand te vinden betekent niet dat deze moeilijkheid een technische reden oplevert. Zoals blijkt uit de onderhandelingsleidraad stelt de Gemeente ook geen uitzonderlijke eisen aan het pand voor de maatschappelijke opvang. In ieder geval geen zodanige eisen dat alleen het pand Liefdehuis geschikt is. Dat het lastig zou zijn om een goede locatie te vinden heeft te maken met andere omstandigheden, zoals de eigenschappen van de huidige vastgoedmarkt. Dat de pandeigenaar die de Gemeente op het oog had als enige gerechtigd is over het pand te onderhandelen betreft een juridisch beletsel. Juridische beletsels, zijn mede gelet op de voorbeelden van technische redenen die in onderdeel 50 van de considerans van de Aanbestedingsrichtlijn staan genoemd, niet te kwalificeren als technische redenen in de zin van artikel 2:32 lid 1 b onder 2 Aw. Bovendien heeft de Gemeente nagelaten aannemelijk te maken dat er geen redelijk alternatief of substituuft bestaat in de zin van derde lid van artikel 2:32 Aw dat eveneens

een vereiste is voor toepassing van de uitzonderingsgrond.

3.21. Dat in 2022 voor onder andere de onderhavige opdracht wel een openbare aanbestedingsprocedure is gevolgd, is overigens ook al een indicatie dat hier geen sprake is van het ontbreken van mededinging om technische redenen. Wanneer dus niet op voorhand duidelijk is dat alternatieven zijn uitgesloten, dient een openbare reguliere aanbestedingsprocedure te worden uitgeschreven. Het beroep van de Gemeente op artikel 2:32 lid 1 sub b onder 2 Aw faalt dus.

iii. Heeft de Gemeente met het de facto doorlopen van een SAS-procedure gehandeld in overeenstemming met de Aanbestedingswet?

3.22. De Gemeente betoogt dat voor zover wordt geconcludeerd dat zij niet de onderhandelingsprocedure van artikel 2.32 Aw heeft mogen toepassen zij materieel gezien de zogenaamde procedure voor sociale en andere specifieke diensten (hierna: SAS-procedure) uit de artikelen 2.38 en 2.39 Aw heeft doorlopen. Daarmee is de gevolgde procedure (alsnog) in overeenstemming met de Aanbestedingswet, aldus de Gemeente.

3.23. Los van de vraag of de Gemeente daadwerkelijk een SAS-procedure, waaraan wel meerdere gegadigden kunnen deelnemen, heeft doorlopen en de doorlopen procedure aan de daaraan gestelde vereisten voldoet, kan ook dit betoog niet slagen. De voorzieningenrechter neemt daarbij als uitgangspunt dat artikel 2.38 Aw aanbestedende diensten de mogelijkheid biedt om voor het plaatsen van een overheidsopdracht die voor ten minste 50% van de geraamde waarde ervan betrekking heeft op diensten die zijn opgenomen in Bijlage XIV van Richtlijn 2014/24/EU (waaronder maatschappelijke opvang), de SAS-procedure te volgen. Deze procedure is nader omschreven in artikel 2.39 Aw en komt er – kort gezegd – op neer dat voor dergelijke overheidsopdrachten een sterk vereenvoudigd regime geldt nu uitsluitend de paragrafen 2.3.1.2, 2.3.2.1, 2.3.2.2 en 2.3.3.1, en paragraaf 2.3.8.9 van hoofdstuk 2.3 Aw daarop van toepassing zijn. Meer in zijn algemeenheid wordt het kader van deze aanbestedingsprocedure tevens gevormd door de algemene aanbestedingsbeginselen.

3.24. Het gelijkheidsbeginsel beoogt de ontwikkeling van een gezonde mededinging tussen de deelnemende ondernemingen te bevorderen en vereist dat alle inschrijvers dezelfde kansen krijgen. Het betekent dus dat voor de inschrijvers

dezelfde voorwaarden moeten gelden. Het doel van het transparantiebeginsel is het waarborgen dat elke vorm van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen. Het impliceert dat alle voorwaarden, modaliteiten en aanbestedingsstukken van de procedure op duidelijke en ondubbelzinnige wijze zijn geformuleerd en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en zij die op dezelfde wijze manier interpreteren (vgl. HvJEU 29 april 2004, C-496/99 P, ECLI:EU:C:2004:236 (Succhi di Frutta)).

3.25. De Gemeente heeft de opdracht voor de maatschappelijke opvang in de aankondiging op TenderNed van 15 juni 2023 gekwalificeerd als een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking, waarbij tevens Liefdehuis als contractant wordt genoemd. Eveneens is in die aankondiging bij de motivering voor de procedure vermeld dat het technisch niet mogelijk is om met een andere partij te onderhandelen (zie 3.18). In de door de Gemeente gegeven PowerPointpresentatie op de informatiebijeenkomst over de procedure wordt door de Gemeente vermeld: “we volgen de Europese onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking (artikel 2.32 Aanbestedingswet), maar publiceren deze vrijwillig, omdat we transparant willen zijn.”

3.26. Gezien de voorgaande omstandigheden valt niet uit te sluiten dat potentiële gegadigden hebben nagelaten zich in te schrijven op de opdracht voor maatschappelijke opvang, terwijl zij wellicht wel die intentie zouden hebben gehad. Het is immers niet ondenkbaar dat een potentiële gegadigde wel zoekt naar nieuwe reguliere aanbestedingen, maar niet naar kennisgevingen over onderhandse overeenkomsten. De onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking valt in die laatste categorie nu deze procedure in feite neerkomt op een onderhandse gunning.

3.27. Dat in de selectieleidraad, die is bijgevoegd bij de aankondiging op TenderNed, vervolgens is opgenomen dat ook andere geïnteresseerde partijen in contact kunnen treden met de pandeigenaar (Liefdehuis) om de exploitatie voor de maatschappelijke opvang te verzorgen, of bij de Gemeente met een alternatieve locatie kunnen komen die aan de gestelde eisen voldoet verhoudt zich moeilijk met de voormelde aankondiging van de opdracht als zodanig. Dit geldt temeer nu namens de Gemeente op de mondelinge behandeling is aangegeven dat zij de procedure in eerste

instantie ook als onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking heeft ingestoken en zij pas op het moment dat een andere partij zich zou melden de intentie had om met meerdere partijen in onderhandeling te treden. Op grond van de toepassing zijnde beginselen die het aanbestedingsrecht beheersen moet de Gemeente vanaf het begin duidelijk zijn over de gevoerde procedure. Door te betogen dat zij in eerste instantie een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking heeft gevoerd en dit in de praktijk als een SAS-procedure heeft uitgekapt, heeft de Gemeente die duidelijkheid niet gegeven.

3.28. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de aanbestedingsstukken van de procedure niet op een duidelijke en ondubbelzinnige wijze zijn geformuleerd, waardoor en normaal oplettende inschrijver de juiste draagwijdte heeft moeten kunnen begrijpen en zij die op dezelfde wijze manier heeft kunnen interpreteren. De aanbestedingsstukken zijn daarmee in strijd met de beginselen van transparantie en gelijke behandeling. Juist een aanbestedende dienst moet zorgvuldig omgaan met haar wettelijke verplichtingen, het uitgeven van overheidsgeld en met de belangen van derden. De wetgeving van de Europese Unie heeft op het gebied van overheidsopdrachten als belangrijkste doelstelling de opheffing van de beperkingen van de fundamentele vrijheden en de bevordering van daadwerkelijke mededinging. Door de wijze waarop de Gemeente de procedure heeft ingestoken is dit allemaal in het geding. Om die reden is er dus ook geen grond aanwezig om aan te nemen dat de opdracht voor maatschappelijke opvang op een rechtmatige wijze conform het aanbestedingsrecht in de vorm van een SAS-procedure aan Liefdehuis is gegund. Ook dit verweer van de Gemeente kan daarom niet slagen.

iv. Is er ruimte voor een belangenafweging?

3.29. De Gemeente en Liefdehuis hebben nog aangevoerd in het geval tot het oordeel wordt gekomen dat de Gemeente de verkeerde aanbestedingsprocedure heeft doorlopen, de vorderingen van Kwintes in het kader van een belangenafweging alsnog moeten worden afgewezen. Volgens de Gemeente en Liefdehuis heeft de aanbesteding van de opdracht voor maatschappelijke opvang al veel vertraging opgelopen. Bij een heraanbesteding wordt die vertraging alleen maar groter. Dit is volgens de Gemeente en Liefdehuis niet in het belang van de kwetsbare doelgroep die rekt op

de beschikbaarheid en continuïteit van de maatschappelijke opvang in Amersfoort. Dit verweer faalt eveneens. De uitzonderingen op de aanbestedingsplicht zijn limitatief in de Aanbestedingswet opgesomd en dienen bovendien restrictief te worden uitgelegd. De Aanbestedingswet staat derhalve niet toe dat op grond van een belangenafweging een uitzondering op de aanbestedingsplicht wordt gemaakt, die niet bij die wet is voorzien. Voor een belangenafweging is dus geen plaats.

Slotsom

3.30. Het vorenstaande leidt tot de conclusie dat het voornemen van de Gemeente om de opdracht voor maatschappelijke opvang aan Liefdehuis te gunnen, zoals is vermeld in de brief van 21 maart 2024, strijdig is met de Aanbestedingswet. Er is sprake van een fundamenteel gebrek in de door de Gemeente gevoerde procedure. De Gemeente heeft immers ten onrechte de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging toegepast en heeft vervolgens de volgens haar gestelde doorlopen SAS-procedure niet als zodanig aangekondigd en in de markt gezet. Evenmin zijn er andere gronden aanwezig om aan te nemen dat de opdracht voor maatschappelijke opvang aan Liefdehuis kan worden gegund. Bij deze stand van zaken is een heraanbesteding de enige wijze waarop het gebrek in de aanbestedingsprocedure kan worden hersteld. De primaire vorderingen van Kwintes zullen dan ook worden toegewezen, voor zover de Gemeente haar opdracht nog wil vergeven.

3.31. Gezien het voorgaande behoeven de overige door partijen ingenomen stellingen ten aanzien van de subsidiaire vordering van Kwintes met betrekking tot de beoordeling van gunningscriterium 1 geen bespreking meer. De door Kwintes – subsidiair – gevorderde herbeoordeling is immers niet aan de orde nu hiervoor is geconcludeerd dat de Gemeente tot heraanbesteding dient over te gaan.

Proceskosten

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

- dagvaarding € 112,37
- griffierecht € 688,00
- salaris advocaat € 1.107,00

Totaal € 1.907,37

De wettelijke rente over de proceskosten zal, als niet weersproken, eveneens worden toegewezen.

De vordering van Liefdehuis

3.33. Uit hetgeen hiervoor is overwogen met betrekking tot de vorderingen van Kwintes volgt dat de vordering van Liefdehuis, inhoudende dat de opdracht voor maatschappelijke opvang aan haar dient te worden gegund, moet worden afgewezen.

3.34. Liefdehuis zal als de in het ongelijk te stellen partij worden veroordeeld in de proceskosten, die aan de zijde van Kwintes worden begroot op nihil, omdat niet is gebleken dat Kwintes als gevolg van de vordering van Liefdehuis extra kosten heeft moeten maken.

4. De beslissing

De voorzieningenrechter

In het incident

4.1. staat Liefdehuis toe tussen te komen;

4.2. veroordeelt Kwintes en de Gemeente in de proceskosten in het incident, tot op heden aan de zijde van Liefdehuis begroot op nihil;

In de hoofdzaak

Vorderingen Kwintes

4.3. gebiedt de Gemeente om haar medegedeelde voornemen om de opdracht voor maatschappelijke opvang in Amersfoort aan Liefdehuis te gunnen in te trekken en verbiedt de Gemeente verdere uitvoering te geven aan dat medegedeelde voornemen;

4.4. gebiedt de Gemeente de onderhandelingsprocedure voor maatschappelijke opvang in Amersfoort in te trekken;

4.5. gebiedt de Gemeente om, als zij de opdracht voor maatschappelijke opvang in Amersfoort nog wenst te vergeven, een Europese aanbestedingsprocedure te organiseren;

4.6. veroordeelt de Gemeente voor wat betreft de door Kwintes ingestelde vorderingen in de proceskosten, tot op heden aan de zijde van Kwintes begroot op € 1.907,37, te vermeederen met de wettelijke rente uit artikel 6:119 BW vanaf veertien dagen na datum van dit vonnis;

4.7. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

4.8. wijst af het meer of anders gevorderde;

Vorderingen Liefdehuis

4.9. wijst de vordering af;

4.10. veroordeelt Liefdehuis voor wat betreft de door haar tegen Kwintes ingestelde vordering in de proceskosten, die aan de zijde van Kwintes tot op heden worden begroot op nihil.

NOOT

De impact van fundamentele gebreken op rechtsverwerking bij aanbesteden

Het voldoende proactief kenbaar maken van bezwaren vóór inschrijving leidt doorgaans tot verwerving van het rechtsverwerkingsverweer. Dat is al langer een bestendige lijn in de jurisprudentie. De laatste jaren passeren voorzieningenrechters het beroep van aanbestedende diensten op rechtsverwerking in aanbestedingsgeschillen ook vaker indien sprake is van een fundamenteel gebrek in de aanbestedingsprocedure. Deze uitspraak is daar weer een mooi voorbeeld van. In deze casus had de gemeente Amersfoort (hierna: de gemeente) een Europese aanbesteding op basis van een onderhandelingsprocedure zonder aankondiging (hierna: de onderhandelingsprocedure) uitgeschreven voor maatschappelijke opvang. De gemeente deed daarbij een beroep op de uitzonderingsgrond van art. 2.32 lid 1 sub b onder 2 AanbW 2012 (mededinging ontbreekt om technische redenen). Eén inschrijver, Kwintes, kon zich met de keuze voor de onderhandelingsprocedure niet verenigen. Zij maakte daartegen tijdens de aanbesteding bezwaar en spande na de gunningsbeslissing een kort geding aan. Wat deze uitspraak bijzonder maakt is dat het rechtsverwerkingsverweer van de gemeente op twee gronden is verworpen. In de eerste plaats omdat Kwintes volgens de voorzieningenrechter voldoende proactief heeft gehandeld bij het naar voren brengen van haar bezwaren tijdens de aanbestedingsprocedure. In de tweede plaats omdat de voorzieningenrechter meent dat sprake is van een fundamenteel gebrek in de aanbestedingsprocedure. Op beide gronden gaan wij hierna in.

Grond 1: Voldoende proactief?

Sinds het Grossmann-arrest¹ wordt van inschrijvers een proactieve houding verwacht, onder andere als het gaat om het uiten van eventuele bezwaren tegen de aanbestedingsprocedure. Tot 2019 werd het beroep van aanbestedende diensten op rechtsverwerking vrij snel aangenomen, ook als een partij vóór inschrijving vragen had gesteld en/of bezwaren had geuit maar verder geen actie had ondernomen.² In de periode vanaf 2019 is deze (vrij) bestendige lijn iets versoepeld in het voordeel van inschrijvers. Het beroep van aanbestedende diensten op rechtsverwerking slaagt niet altijd meer als een partij heeft ingeschreven. Als vóór inschrijving kritische vragen zijn gesteld en/of bezwaren zijn geuit tegen de opzet van de aanbesteding maar verder geen actie is ondernomen, leidt dit doorgaans niet (meer) tot rechtsverwerking.³

Kwintes heeft kort na de aankondiging zowel tijdens een bespreking met de gemeente, in e-mailcorrespondentie met de gemeente alsook door middel van verschillende vragen bij nota van inlichtingen haar bezwaren kenbaar gemaakt tegen de gekozen aanbestedingsprocedure. Dat Kwintes na het uiten van deze bezwaren niet een kort geding is gestart en op de aanbesteding heeft ingeschreven betekent volgens de voorzieningenrechter niet dat zij haar geuite bezwaren tegen de gekozen procedure heeft laten varen. De gemeente was voldoende op de hoogte van de bezwaren van Kwintes en heeft ervoor gekozen om de procedure niet aan te passen. Het komt dan voor risico van de gemeente dat Kwintes hetzelfde nog eens naar voren brengt in een kort geding als nu wordt gevoerd. De voorzieningenrechter meent dat Kwintes voldoende proactief heeft gehandeld bij het naar voren brengen van haar bezwaren tegen de aanbestedingsprocedure. Op deze grond wordt het beroep van de

gemeente op rechtsverwerking verworpen.⁴ Een wat ons betreft logisch oordeel, dat past bij de lijn in de jurisprudentie vanaf 2019.

Grond 2: Fundamenteel gebrek?

De voorzieningenrechter behandelt vervolgens de inhoudelijke vraag of de gemeente gerechtigd was de onderhandelingsprocedure toe te passen en komt tot de conclusie dat dit niet het geval is. De technische redenen ontbraken om een gerechtvaardigd beroep te doen op de uitzonderingsgrond van art. 2.32 lid 1 sub b onder 2 AanbW 2012. Gelet op de manier waarop de gemeente de opdracht op TenderNed heeft gepubliceerd valt volgens de voorzieningenrechter niet uit te sluiten dat potentiële gegadigden hebben nagelaten in te schrijven op de opdracht voor maatschappelijke opvang, terwijl zij wellicht wel die intentie zouden hebben gehad. Geconcludeerd wordt dat juist een aanbestedende dienst zorgvuldig moet omgaan met haar wettelijke verplichtingen, het uitgeven van overheidsgeld en met de belangen van derden. De wetgeving van de Europese Unie heeft op het gebied van overheidsopdrachten als belangrijkste doelstelling de opheffing van de beperkingen van de fundamentele vrijheden en de bevordering van daadwerkelijke mededinging. Door de wijze waarop de gemeente de procedure heeft ingestoken, is dit allemaal in het geding. De voorzieningenrechter oordeelt dat sprake is van een fundamenteel gebrek in de door de gemeente gevoerde procedure, wat een beroep van de gemeente op rechtsverwerking in de weg staat. Een fundamenteel gebrek in de aanbestedingsprocedure kan er dus toe leiden dat een beroep op rechtsverwerking wordt gepasseerd. Helemaal nieuw is dit niet. Al in 2016 oordeelde de voorzieningenrechter van de rechtbank Gelderland dat sprake was van een zodanig gebrek in de aanbestedingsprocedure dat het beroep op rechtsverwerking niet kon slagen.⁵ In casu ging het om een selectiemethode die in strijd was met art. 2.100 AanbW 2012 (eisen aan selectie) en

1 HvJ EU 12 februari 2004, zaak C-230/02 (Grossmann).

2 mr. S.B. Groenwold en mr. N.A. Keus, 'Grip op rechtsverwerking bij aanbesteden: is er (weer) een bestendige lijn?', TA 2022/44 (nummer 5), p. 13-33.

3 Zie bijv. Vzr. rb. Midden-Nederland 27 september 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:4581, r.o. 4.19.2; Hof Arnhem-Leeuwarden 15 februari 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:1150, r.o. 3.13-3.16; Hof Den Haag 16 februari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:220, r.o. 5.6-5.8.

4 Vzr. Rb. Midden-Nederland 30 mei 2024, ECLI:NL:RBMNE:2024:3391, r.o. 3.14.

5 Vzr. Rb. Gelderland 22 januari 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:1042, r.o. 4.16-4.19.

daarmee onrechtmatig tegenover alle gegadigden.

Vanaf 2021 komen voorzieningenrechtters vaker tot het oordeel dat een beroep op rechtsverwerking moet worden gepasseerd op de grond dat sprake is van een fundamenteel gebrek in een aanbestedingsprocedure. Dit was ook het oordeel in een arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden uit 2022, ondanks dat de betreffende inschrijver niet eerder vragen had gesteld en/of bezwaren had geuit.⁶ Dit arrest brak met de toen overheersende lijn, waarbij bij een beroep op een fundamenteel gebrek zelfs (nog) meer van de klagende partij werd verwacht.⁷ Uit de jurisprudentie volgt dat de volgende situaties kunnen leiden tot een fundamenteel gebrek in de aanbestedingsprocedure:⁸

- (1) Een selectiemethode die de toets van art. 2.100 AanbW 2012 niet kan doorstaan;⁹
- (2) Een eis die gedurende de looptijd kan leiden tot een nieuwe opdracht;¹⁰
- (3) Het de facto gunnen op laagste prijs, terwijl daarvoor een motivering ontbreekt;¹¹

(4) Het aanbesteden van een raamovereenkomst met een looptijd van 5 jaar, terwijl een deugdelijke motivering daarvoor ontbreekt;¹²

(5) Het oneigenlijk en indirect gebruik maken van een erkenningsregeling;¹³

(6) Het stellen van een eis dat inschrijvers bij inschrijving een GVA in bezit moeten hebben, waardoor het voor bepaalde inschrijvers niet meer mogelijk is tijdig een GVA te verkrijgen;¹⁴

(7) Het toepassen van een meervoudig onderhandse procedure terwijl de opdracht Europees aanbesteed moet worden;¹⁵

(8) Het toepassen van een andere formule dan omschreven in de aanbestedingsstukken.¹⁶

Een (voorzichtige) lijn die daarin te ontdekken valt, is dat sprake is van een fundamenteel gebrek indien het gebrek ertoe leidt dat één van de doelen van het aanbestedingsrecht, namelijk het bevorderen van de mededinging, wordt geschonken.¹⁷ Inmiddels is een eerste uitspraak gedaan waarbij strijd met het transparantiebeginsel, als één van de andere doelen van het aanbestedingsrecht, ook een fundamenteel gebrek heeft opgeleverd.¹⁸ De onderhavige uitspraak – waarin

6 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 15 februari 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:1150, r.o. 3.28.

7 Vzr. Rb. Den Haag 16 april 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:4042, r.o. 5.5. In het kader van het beroep op een fundamenteel gebrek in de aanbestedingsprocedure overweegt de voorzieningenrechter als volgt: 'Juist als het gaat om een (vermeend) ernstig gebrek van fundamentele aard had het op de weg van Noorloos gelegen daarover tijdig en duidelijk te klagen.'; Vzr. Rb. Gelderland 28-10-2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:6409; Vzr. Rb. Midden-Nederland 13-09-2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:4660.

8 Zie voor een uitgebreidere behandeling van (een deel van) de jurisprudentie het artikel van mr. A.F. de Jong, 'Grossmann-verweer gepasseerd in geval van fundamentele gebreken' TA 2024/60 (nummer 4).

9 Vzr. Rb. Gelderland 22 januari 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:1042, r.o. 4.16-4.19.

10 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 15 februari 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:1150, r.o.3.28.

11 Vzr. Rb. Noord-Holland 5 juli 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:6266; Vzr. Rb. Noord-Nederland 19 april 2024; ECLI:NL:RBNNE:2024:2015, r.o. 5.3.2.

12 Vzr. Rb. Limburg 9 november 2023, ECLI:NL:RBLIM:2023:6561 r.o. 4.8-4.10.

13 Vzr. Rb. Den Haag 23 februari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:2702 r.o. 5.10-5.11.

14 Vzr. Rb. Den Haag 15 juli 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:15413, r.o. 4.3.

15 Vzr. Rb. Midden-Nederland 27 maart 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:1299, r.o. 3.7 ev.; Vzr. Rb. Den Haag 11 februari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:1942, r.o. 4.5.

16 Vzr. Rb. Noord-Nederland 19 april 2024, ECLI:NL:RBNNE:2024:2015, r.o. 5.3.2.

17 Daarmee onderschrijven wij in zeker zin de door mr. A.F. de Jong gepresenteerde lijn in het artikel 'Grossmann-verweer gepasseerd in geval van fundamentele gebreken' TA 2024/60 (nummer 4). Echter dekt die lijn niet alle uitspraken, omdat er daarbuiten ook gevallen zijn die in de jurisprudentie als fundamenteel gebrek worden aangemerkt. Het gaat dan om de onder 3) en 8) bedoelde uitspraken waarin het bevorderen van de mededinging niet in het geding was, maar desondanks sprake was van een fundamenteel gebrek. Zowel het de facto (ongemotiveerd) gunnen op laagste prijs als het toepassen van een andere formule leidde tot een fundamenteel gebrek, in dat laatste geval omdat sprake was van strijd met het transparantiebeginsel.

18 Vzr. Rb. Noord-Nederland 19 april 2024, ECLI:NL:RBNNE:2024:2015, r.o. 5.3.2.

de gemeente ten onrechte de onderhandelingsprocedure had toegepast, waardoor de bevordering van de mededinging in het geding kwam – past helemaal in die (voorzichtige) lijn en sluit aan bij de onder 7) bedoelde uitspraken.

Conclusie en enkele vuistregels voor de praktijk

Een beroep op rechtsverwerking door aanbestedende diensten wordt al snel terzijde gelegd wanneer een inschrijver zich in de aanbestedingsprocedure proactief heeft opgesteld. Het gebrek daaraan leidt meestal tot rechtsverwerking, tenzij sprake is van een fundamenteel gebrek omdat één van de doelen van het aanbestedingsrecht wordt geschonden. Daarvan is in ieder geval sprake wanneer het bevorderen van de mededinging in het geding komt. Ook strijd met het transparantiebeginsel lijkt tot een fundamenteel gebrek te leiden, al maakt één zwaluw nog geen zomer.

Aanbestedende diensten kunnen er dus niet op vertrouwen dat een beroep op rechtsverwerking slaagt. Als naar het oordeel van een rechter sprake is van een fundamenteel gebrek in de aanbestedingsprocedure, zal dit verweer immers worden verworpen. Voor inschrijvers geldt dat zij de mogelijkheid hebben om een vermeend fundamenteel gebrek nog na inschrijving aan de orde te brengen, maar je weet van tevoren nooit zeker of een rechter een gebrek als fundamenteel aanmerkt.

mr. N.A. Keus-Goldberg
advocaat bij Duet advocaten

mr. ing. M.A. Leppers
advocaat bij Duet advocaten

146

Gunningsbeslissing voldoet niet aan art. 2.130 AanbW 2012

Rechtbank Oost-Brabant zp 's-Hertogenbosch
7 juni 2024, C/01/403628 / KG ZA 24-203,
ECLI:NL:RBOBR:2024:3717
(mr. W. Schoorlemmer)

Gunningsbeslissing. Motivering gunningsbeslissing.

[AanbW 2012 art. 2.130]

Feiten

Digidact is een inkooporganisatie, gericht op ICT voor onderwijsinstellingen. Zij heeft een Europese openbare aanbesteding gehouden voor de levering van en ondersteunende dienstverlening bij ICT-hardware. Pro Warehouse is een leverancier op het gebied van IT en zij heeft een inschrijving gedaan op perceel I. Bij brief van 28 maart 2024 heeft Digidact aan Pro Warehouse bericht dat Pro Warehouse niet het hoogste aantal punten heeft behaald in het aanbestedingsproces, en dat zij voornemens is de opdracht aan een andere partij te gunnen. In de brief is een tabel weergegeven waarin het door Pro Warehouse behaalde aantal punten naast het maximaal haalbaar aantal punten en het door de winnende inschrijver behaalde aantal punten worden getoond.

Bij brief van 5 april 2024 heeft Pro Warehouse bij Digidact geklaagd over de voorgenomen gunningsbeslissing van 28 maart 2024. In haar brief vraagt Pro Warehouse om een antwoord op de vraag op welke wijze de toegekende plussen en minnen (a) zich verhouden tot en (b) optellen tot de per casus toegekende eindscore. Ook meent zij dat de beoordeling van haar inschrijving door Digidact op meerdere punten onbegrijpelijk en onjuist is, zo blijkt uit haar brief. Bij brief van 10 april 2024 heeft Digidact een reactie gegeven op de kritiekpunten van Pro Warehouse. In deze reactie gaat Digidact nader in op de door Pro Warehouse bekritiseerde onderdelen van de beoordeling van de casusposities zoals in de voorlopige gunningsbeslissing verwoord. Vervolgens heeft Pro Warehouse tijdig een kort geding aanhangig gemaakt