

9

Programma van eisen toegeschreven naar één producent?

Rechtbank Oost-Brabant zp 's-Hertogenbosch
21 oktober 2024, C/01/405585 / KG ZA 24-357,
ECLI:NL:RBOBR:2024:5103

(mr. W. Schoorlemmer)

Noot mr. S.B. Groenwold , mr. M.C. Briaire

Gelijkheidsbeginsel. Grossmann. Non-discriminatiebeginsel. (On-)geldigheid inschrijving. Proportionaliteitsbeginsel. Rechtsbescherming. Rechtsverwerking. Technische specificatie. Uitsluiting.

[AanbW 2012 art. 2.75, art. 2.76]

Op 8 april 2024 heeft de gemeente een Europese openbare aanbestedingsprocedure aangekondigd. De aan te besteden opdracht betreft de vervanging van de conventionele verlichting door ledverlichting op vijf sportparken van de gemeente. Naast de realisatie van de ledverlichting maakt ook het beheer en onderhoud van de verlichting deel uit van de opdracht. De aanbesteding wordt begeleid door Bureau Inkoop en Aanbestedingen Zuidoost-Brabant (Bizob).

Aerolux is één van de installatiebedrijven die zich hebben ingeschreven voor de opdracht. Aerolux maakt gebruik van een vaste leverancier voor haar (licht)producten, te weten (het aan haar gelieerde) Lumosa. Bij brief van 3 juni 2024 heeft de gemeente aan Aerolux medegedeeld dat zij wordt uitgesloten van verdere deelname aan de aanbesteding, en dat zij voornemens is om de opdracht te gunnen aan Eiseres in het incident.

Beoordeling

De vraag die in deze kort gedingprocedure centraal staat, is of de gemeente op terechte gronden heeft besloten om Aerolux uit te sluiten van verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure en om de opdracht (voorlopig) te gunnen aan Eiseres in het incident.

Grossmann-/rechtsverwerkingsverweer

De stelling van de gemeente dat Aerolux haar recht heeft verwerkt om in dit stadium te klagen over het Programma van Eisen, omdat zij haar klachten niet eerder heeft geuit wordt verworpen. Van een situatie vergelijkbaar met die als aan de orde in het Grossmann-arrest is geen sprake.

De stelling van de gemeente, dat zij, door de onvoorwaardelijke inschrijving van Aerolux, erop mocht vertrouwen dat Aerolux geen bezwaar had tegen de in de aanbesteding gestelde eisen, stuit reeds af op de in de door de gemeente in haar eigen aanbestedingsdocument gestelde voorwaarde dat aan de inschrijving geen voorwaarden of voorbehouden mogen worden verbonden. Een voorbehoud van Aerolux op dit punt zou immers om die reden reeds aanleiding hebben kunnen geven tot uitsluiting.

Voor zover de gemeente met haar stelling, dat eiseressen voorafgaand aan de inschrijving geen klacht hebben ingediend bij de Commissie van Aanbestedingsexperts terwijl zij wel de mogelijkheid daartoe hadden, heeft bedoeld te stellen dat deze omstandigheid zou moeten leiden tot niet-ontvankelijkheid, wordt ook deze stelling verworpen. De onder de in paragraaf 5.10 van de aanbestedingsstukken beschreven Klachtenregeling is een mogelijkheid voor ondernemers om zich met een klacht te wenden tot de Commissie van Aanbestedingsexperts, en geen plicht. Aanvaarding van het standpunt dat een ondernemer verplicht is zich vóór de inschrijving te wenden tot de Commissie van Aanbestedingsexperts zou aan efficiënte rechtsbescherming in de weg staan, terwijl de rechtsonzekerheid die zou kunnen ontstaan doordat een inschrijver achteraf bezwaren kan inbrengen, waar dat eerder had gemoeten, al bestreken wordt door de Grossmann-doctrine en het leerstuk van rechtsverwerking.

Strijd met art. 2.75 en/of 2.76 AanbW 2012

Eiseressen hebben in hun dagvaarding vijf concrete eisen uit het PvE genoemd die zij in strijd achten met het bepaalde in art. 2.75/2.76 AanbW 2012.

De rechter is van oordeel dat eiseressen in het licht van dit gemotiveerde verweer van de gemeente en Eiseres in het incident, hun stellingen, inhoudende dat de eerste drie genoemde eisen moeten worden gezien als technische specificaties in de zin van art. 2:76 lid 1 sub a c.q. lid 3 AanbW 2012 (waaraan de gemeente ingevolgt

het tweede lid de toevoeging 'of gelijkwaardig' diende toe te voegen) en bovendien zodanig zijn geformuleerd dat alleen de armaturen van Signify daaraan voldoen, onvoldoende (nader) hebben onderbouwd.

Met betrekking tot de vierde – door Aerolux gewraakte - eis, dat de armaturen moeten bestaan uit maximaal drie Led-modules, hebben eiseressen aangevoerd dat deze eis disproportioneel is in vergelijking met de aan te besteden opdracht en daardoor in strijd met art. 2.75 AanbW 2012.

Uit het antwoord van de gemeente op vraag 23 in de Nvl blijkt dat de gemeente een weloverwogen keuze heeft gemaakt voor de gestelde eis, en dat deze keuze voortkomt uit het streven naar een duurzaam en minder storingsgevoelig systeem. Dat de gemeente deze wens tot uitdrukking laat komen in haar programma van eisen is naar het oordeel van de rechter gerechtvaardigd en staat in verhouding tot het voorwerp en het doel van de opdracht.

Voor zover eiseressen de stelling hebben willen verdedigen dat aan het vereiste dat een armatuur uit maximaal drie Led-modules mag bestaan, alleen producent Signify kan voldoen, hebben eiseressen ook deze stelling onvoldoende aannemelijk gemaakt.

Onweersproken is gesteld dat er behalve Signify nog andere producenten zijn, waaronder Darklight, die armaturen met maximaal drie Led-modules kunnen leveren.

Ten aanzien van de vijfde (bovengenoemde) eis, dat de armaturen (behalve uit maximaal 3 led-modules) uit één geheel moeten bestaan, zijn eiseressen er ook voor wat betreft deze eis niet in geslaagd aannemelijk te maken dat deze disproportioneel is in de zin van art. 2.75 AanbW 2012 noch dat uitsluitend Signify in staat is aan die eis te voldoen.

Ook is de rechter van oordeel dat een behoorlijk geïnformeerde en oplettende inschrijver de eerste drie eisen die de gemeente stelde aan de armaturen redelijkerwijs niet anders kon begrijpen als dat de armaturen dienen te bestaan uit 3 (multi-layer) Led-modules, die als één armatuur geïnstalleerd, gericht en in bedrijf worden gesteld en dat de behuizing van die armatuur daarom uit één geheel dient te bestaan. Voor zover Aerolux desondanks vragen had over deze eisen had het op haar weg gelegen daarover in de inlichtingenfase vragen te formuleren, hetgeen zij evenwel heeft

nagelaten. Die omissie dient voor haar rekening te blijven.

Gelet hierop moet er voorshands van worden uitgegaan dat de aanbidding van Aerolux niet voldoet aan de gestelde eisen en dat de gemeente op goede gronden heeft besloten om Aerolux uit te sluiten van verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure.

Conclusie

De rechter wijst de vorderingen van eiseressen af.

1. AEROLUX B.V.,
gevestigd te Oldenzaal,
en
2. LUMOSA LIGHTING B.V.,
gevestigd te Son en Breugel,
eisende partijen in de hoofdzaak,
gedaagden in het incident,
hierna samen te noemen: eiseressen, dan wel afzonderlijk Aerolux en Lumosa
advocaat: mr. J.P.M. van Beers te 's-Hertogenbosch
tegen
GEMEENTE NUENEN,
zetelend te Nuenen,
gedaagde partij in de hoofdzaak,
gedaagde in het incident,
hierna te noemen: de gemeente,
advocaten: mr. M.J. Mutsaers en mr. M.A.J. de Groot te Nijmegen
in welke zaak heeft verzocht te mogen interveniëren:

[eiseres in het incident] B.V.
gevestigd te [plaats],
eiseres in het incident,
hierna te noemen: [eiseres in het incident]
advocaat: mr. A.L. Appelman te Zwolle.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding van 21 juni 2024 met negen producties
- de incidentele conclusie tot tussenkomst van 13 september 2024 van [eiseres in het incident]
- de aanvullende productie 10 van eiseressen van 18 september 2024
- de conclusie van antwoord van de gemeente van 19 september 2024 met bijlagen A t/m H
- de mondelinge behandeling die plaats heeft gevonden op 23 september 2024.

1.2. Bij aanvang van de inhoudelijke behandeling van het geschil is de vordering van [eiseres in het incident] om in het kort geding te mogen tussenkomen (primair) dan wel zich te voegen (subsidiar) aan de orde gesteld. Eiseressen hebben verklaard zich niet te verzetten tegen de vordering tot tussenkomst dan wel voeging. Ook de gemeente heeft geen bezwaar gemaakt tegen de incidentele vordering van [eiseres in het incident]. De voorzieningenrechter heeft ter zitting de vordering tot tussenkomst van [eiseres in het incident] toegewezen.

1.3. Vervolgens is over gegaan tot de inhoudelijke behandeling van het geschil waarbij eiseressen, de gemeente en [eiseres in het incident] hun standpunt hebben toegelicht, mede aan de hand van door hen overgelegde pleitnotities. Ter zitting is nog – met goedvinden van alle betrokken partijen – door de gemeente overgelegd een (niet-gezwarte) blad (pagina 11) uit de eerder als productie E overgelegde Nota van Inlichtingen, betrekking hebbend op de vragen 52, 53 en 54.

1.4. Aan het eind van de mondelinge behandeling heeft de voorzieningenrechter vonnis bepaald op 18 oktober 2024, of eerder indien mogelijk. Partijen zijn voor de uitspraakdatum telefonisch op de hoogte gesteld dat vonnis nader is bepaald op maandag 21 oktober 2024.

2. De feiten

2.1. Op 8 april 2024 heeft de gemeente een Europese openbare aanbestedingsprocedure aangekondigd. De aan te besteden opdracht betreft de vervanging van de conventionele verlichting door ledverlichting op vijf sportparken van de gemeente. Naast de realisatie van de ledverlichting maakt ook het beheer en onderhoud van de verlichting deel uit van de opdracht.

2.2. De aanbesteding wordt begeleid door Bureau Inkoop en Aanbestedingen Zuidoost-Brabant (Bizob).

2.3. De inschrijvingen op de aanbesteding worden beoordeeld op basis van het gunningscriterium laagste prijs, welke prijs een totaalbedrag moet zijn voor de ontwerpfase, de realisatiefase, het beheer en het onderhoud voor 9 jaar.

2.4. Aerolux is één van de installatiebedrijven die zich hebben ingeschreven voor de opdracht. Aerolux maakt gebruik van een vaste leverancier voor haar (licht)producten, te weten (het aan haar gelieerde) Lumosa.

2.5. In het Programma van Eisen dat deel uit maakt van het aanbestedingsdocument is – voor zover van belang – het volgende opgenomen:

‘5.1. Materialen en specificaties

De installateur dient in deze aanbieding te voorzien in alle componenten om de armatuur passend op de mast te monteren (bijvoorbeeld: uithouders, opzetstukken, etc.)

Led Armaturen

- *De behuizing van de schijnwerper dient uit één geheel te bestaan;*
- *De armaturen dienen van dezelfde productfamilie te zijn en te bestaan uit 3 LED-modules;*
- *Armaturen dienen voorzien te zijn van multi-layer ledmodules die als één geheel armatuur geïnstalleerd, gericht en in bedrijf gesteld worden.*
- *(...)*
- *De levensduur van de armatuur dient aangegevoerd te worden in uren in combinatie met lumendepreciatie en uitval (LxBy). Deze dient minimaal L94B50 te bedragen bij 100.000 branduren en Tq = 35 graden Celsius;*

Led drivers

- *(...)*
- *De led drivers dienen instelbaar te zijn door middel van een DALI-protocol;*
- *De driver is voorzien van een Zhaga-D-4i connector;*

(...)

(...)

2.6. In de aanbestedingsprocedure is, ten behoeve van de geïnteresseerde gegadigden, een in twee etappes opgebouwde vragenronde ingelast om (nadere) inlichtingen te vragen. De vragen die de verschillende gegadigden in beide vragenrondes hebben gesteld, en de antwoorden die de gemeente daarop heeft gegeven, zijn weergegeven in de Nota van Inlichtingen (NvI).

2.7. Vraag 1 in de eerste vragenronde luidt als volgt:

‘Hierbij wil ik bezwaar maken tegen het programma van eisen zoals opgesteld voor de recente aanbesteding. Het programma van eisen lijkt zich uitsluitend te richten op één specifiek armatuur, namelijk het Signify LED-armatuur, wat in strijd is met de Aanbestedingswet 2012. Ons bezwaar berust op het feit dat het programma van eisen bepaalde fabrikanten en kenmerken specifiek benoemt, waardoor vrijwel alle producten behalve het genoemde Signify LED-armatuur worden uitgesloten van deel-

name. Dit belemmert niet alleen een gelijke toegang voor alle potentiële inschrijvers, maar schept ook een onredelijke drempel voor concurrentie op de markt.

Conform de Aanbestedingswet 2012 dient een aanbestedingsprocedure te voldoen aan de beginselen van transparantie, gelijke behandeling en non-discriminatie. Het vastleggen van specifieke fabrikaten en kenmerken in het programma van eisen lijkt deze beginselen te schenden, daar het de concurrentie beperkt en inschrijvers belemmert om alternatieve oplossingen aan te bieden die mogelijk geschikt of zelfs beter zijn voor het beoogde doel.

(...)

Om de beginselen van eerlijke concurrentie, transparantie en gelijke toegang tot de markt te waarborgen, verzoek ik u vriendelijk het programma van eisen aan te passen zodat het de deelname van meerdere fabrikanten en alternatieve oplossingen mogelijk maakt. (...)

De gemeente heeft hierop als volgt geantwoord:

‘Op basis van deze toelichting wordt voor ons niet duidelijk op welke specifieke punten u doelt en waardoor het aanbestedingsproces en/of programma van eisen niet als eerlijk of open beschouwd zou kunnen worden. In het programma van eisen zijn verschillende kwaliteitseisen en eigenschappen voor de gewenste eindsituatie voorgescreven.

De voorgescreven eisen, eigenschappen en kenmerken zijn na een zorgvuldig voortraject, waarin verschillende bronnen uit de markt zijn geraadpleegd, vastgesteld. Hierbij is het doel geweest een programma van eisen samen te stellen waar meerdere partijen aan kunnen voldoen.

Aangezien het voor een aantal producten onmogelijk is om die functioneel te omschrijven, is er in die gevallen voor gekozen een bepaald type fabrikaat of soort product voor te schrijven. Dit conform de Aanbestedingswet 2012. U bent daarbij altijd in de gelegenheid om een gelijkwaardig product aan te dragen, hierbij geldt echter wel dat de bewijslast ten aanzien van de gelijkwaardigheid bij de inschrijver ligt.

Daarnaast dient te worden opgemerkt dat eventueel voorgescreven fabrikaten en/of producten niet alleen voor één inschrijver voorbehouden zijn. Wij zijn er dan ook van overtuigd dat op basis van het gene is voorgescreven in het programma van eisen meerdere inschrijvers een concurrerende inschrijving kunnen indienen, en dat daarmee wordt voldaan aan al het gestelde in de Aanbestedingswet.’

2.8. Lumosa heeft ook gebruik gemaakt van de gelegenheid om vragen te stellen. Voor zover in het kader van deze procedure van belang gaan de vragen van Lumosa over de volgende door de gemeente gestelde eisen:

- de eis dat de armaturen bestaan uit (maximaal) drie Led-modules (vraag 23);
- de eis dat de levensduur van de armaturen minimaal L94B50 moet bedragen (vraag 25);
- de eis dat de led-drivers instelbaar zijn door middel van het Dali-protocol (vraag 29);
- de eis dat een driver voorzien moet zijn van een Zhaga-D4i connector (vraag 30).

Bovengenoemde vragen van Lumosa, en de antwoorden daarop van de gemeente luiden als volgt:

Vraag 23: Ledarmaturen 1. Waarom wordt enkel 3 led modules voorgescreven? Dit is niet relevant voor de lichtkwaliteit en prestaties van het armatuur. Ook kan dit juist minder goed zijn voor de gelijkmatigheid en het richten van het licht op het speelveld. Ook levert het hebben van 3 LED modules t.o.v. meerdere LED modules in onze ogen niet direct voordelen op, kunt u hierover meer uitleg geven en is het mogelijk om ook een LED armatuur aan te bieden wat bestaat uit meerdere LED modules (allen aangestuurd door tevens één driver).

Antwoord: De opdrachtgever heeft het aantal LED-modules beperkt tot maximaal 3 omdat men van mening is dat dit robuuster en minder gevoelig is voor storingen. Dit standpunt is ingenomen door eerdere ervaringen en het feit dat t.p.v. overige sportvelden binnen de gemeente Nuenen reeds zijn voorzien van lampen met 3 led modules. Hiernaast streeft de gemeente naar uniformiteit in de toekomst (praktische invulling bij eventuele onderlinge vervanging en/of uitwisseling). Hierbij is, gekeken naar de reeds aanwezige led armaturen, besloten dat armaturen met maximaal 3 led modules hier het beste bij aansluiten. Het uitgangspunt blijft dan ook gehandhaafd.

Vraag 25: Ledarmaturen 3. Waarom dient de levensduur gelijk of beter te zijn dan L94B50 i.p.v. L90B10, dit is de standaard LB-normering.

Antwoord: De gemeente wenst een robuust en duurzaam systeem en heeft om deze reden gekozen om de eis omtrent lumendepreciatie en uitval zwaarder uit te vragen dan de standaard normering. Om deze reden is de L94B50 opgenomen in het programma van eisen.

Vraag 29: Led Drivers 9. Waarom wordt Dali protocol gevraagd, andere systemen werken o.a. via

powerline en is daarmee veel goedkoper te installeren.

Antwoord: Het betreft een vrij standaard, betrouwbaar, besturingssysteem. Om deze reden en om het besturingssysteem voor alle inschrijvende partijen gelijk te houden is gekozen om Dali op te nemen in het programma van eisen.

Vraag 30: led drivers 10. Waarom moet een driver voorzien te zijn van een Zhaga – D4i connector? Mag een connector van een ander merk met dezelfde specificaties ook? Geen connector is nog beter i.v.m. storingsgevoeligheid in de connector.

Antwoord: Zolang de opdrachtgever kan worden overtuigd van de gelijkwaardigheid is het toegestaan om andere producten met overeenkomende kwaliteit en specificaties aan te dragen.

2.9. Aerolux heeft op 16 mei 2024 haar inschrijving ingediend. Op diezelfde dag heeft de gemeente het proces-verbaal gepubliceerd met daarin de inschrijfprijzen. Van de zes inschrijvingen is Aerolux de partij met de laagste inschrijfprijs (€ 144.195,75). [eiseres in het incident] is met € 187.348,76 na Aerolux de inschrijver met de laagste inschrijfprijs.

Op eveneens 16 mei 2024 heeft Aerolux een bericht gekregen van de heer [A] van Bizob ([A]) met het verzoek een productspecificatie in te dienen van de armaturen en de drivers waarmee zij heeft ingeschreven. Dit heeft Aerolux gedaan op 21 mei 2024.

2.10. Op 23 mei 2024 reageert [A] op de productspecificatie die van Aerolux werd ontvangen; volgens [A] voldoen de producten op de aangeleverde productspecificatie niet aan een aantal eisen in de uitvraag. [A] vraagt zich af of de aangeleverde productspecificatie wel de juiste versie is.

2.11. In antwoord op de vraag van Aerolux op welke onderdelen de door haar aangeleverde productspecificaties niet voldoen aan het programma van eisen reageert [A] bij bericht van 24 mei 2024 als volgt:

‘Volgens de controle door de opdrachtgever voldoen de aangeboden armaturen op de volgende punten niet aan de uitvraag:

(1) De behuizing van de schijnwerper dient uit één geheel te bestaan;

(2) De armaturen dienen van dezelfde productfamilie te zijn en te bestaan uit maximaal 3 LED modules;

(3) De levensduur van de armatuur dient aangetoond te worden in uren in combinatie met lumen-depreciatie en uitval (...). (...);

(4) De led armaturen dienen geschikt te zijn voor een bedrijfstemperatuur van -40,0 C tot 40,0 C;

(5) De led-drivers dienen te worden aangebracht in inspectieluiken of in een aansluitkast onder aan de mast gemonteerd. Waarbij de driver maximaal 3 meter boven het maaiveld gemonteerd wordt.

Op de bovenstaande punten voldoen de aangeboden producten niet. Hoe kunt u aantonen alsnog aan de gestelde eisen te voldoen ?’

2.12. Bij bericht van 24 mei 2024 heeft Aerolux in reactie op bovenstaand bericht een nieuwe productspecificatie ingediend, en reageert zij – voor zover hier van belang – als volgt op bovenstaand bericht:

‘(...)

Hierbij de juiste specsheet van de Lumosa armaturen.

(1) Het is ons niet geheel duidelijk, wat wordt er bedoeld met uit één geheel?

(2) in de PvE definitief incl. nota 01 staat geen maximaal, wat betreft lichtkwaliteit zijn wij ervan overtuigd dat met Lumosa armaturen een betere gelijkmatigheid kan worden behaald.

(3) zie correcte specificatie.

(4) zie correcte specificatie.

(5) Dit kan bij Lumosa armaturen ook, zie specificatie (onder kop mechanica). Dit is ook meegenomen in de aanbidding en wordt zoals gevraagd ook uitgevoerd.

Conform de aanbestedingswet 2012 zijn wij in de gelegenheid om een gelijkwaardig product te leveren.

(...)

2.13. Op 28 mei 2024 heeft Aerolux een brief gestuurd aan [A] met als onderwerp ‘klacht aanbesteding LED verlichting sportvelden gemeente Nuenen’. De inhoud van de brief luidt – voor zover van belang – als volgt:

‘(...)

Aerolux is van mening dat de door haar aangeboden armaturen voldoen aan de doelstellingen van de aanbestedende dienst, zoals opgenomen in paragraaf 1.3 en 3.1 van het aanbestedingsdocument.

(...)

De aanbestedende dienst heeft er echter ook voor gekozen om zeer specifieke randvoorwaarden in de technische beschrijving op te nemen om het gewenste kwaliteitsniveau voor te schrijven. (...)

De randvoorwaarden beperken de mogelijkheid van Aerolux om haar armaturen naar eigen inzicht te bepalen, nu deze op een bepaald merk (Signify/Philips) te lijken zijn toegeschreven. Dit lijkt met

name naar voren te komen uit het Programma van eisen, aanbestedingsdocument in paragraaf 5.1.

Wij hebben ons bezwaar kenbaar gemaakt door hierover een vraag te stellen in de Nota van Inlichtingen, maar dit bezwaar werd niet herkend. (...)

Gelet op het voorgaande klaagt Aerolux dat de randvoorwaarden zoals die opgenomen staan in het Programma van eisen van het aanbestedingsdocument in paragraaf 5.1 zó specifiek zijn en van toepassing lijken te zijn op een bepaald merk dat deze voorwaarden disproportioneel en discriminerend zijn en dat de aanbestedende dienst de producten Aerolux (mogelijk) onterecht afwijst als een gelijkwaardig.

(...)'.

2.14. Bij brief van 28 mei 2024 heeft de gemeente - voor zover van belang - als volgt gereageerd op bovengenoemde klachtbrief van Aerolux:

(...)

U stelt dat de aanbesteding is toegeschreven naar één merk, hetgeen in strijd is met de Aanbestedingswet. Daarvan is hier echter geen sprake. (...)

Aangezien het voor een aantal producten onmogelijk is om die functioneel te beschrijven, is er in die gevallen voor gekozen een bepaald type fabricaat of soort product voor te schrijven. Dit conform de Aanbestedingswet 2012. U bent daarbij altijd in de gelegenheid om een gelijkwaardig product aan te dragen. (...).

Er zijn door u geen vragen gesteld in de nota van inlichtingen. De vragen die wel gesteld zijn, zijn door ons beantwoord. Hierop zijn geen vervolgvragen ingediend door u, noch door een andere inschrijver.

Door wel in te schrijven op de aanbesteding, bent u akkoord gegaan met alle gestelde eisen. Dit betekent eveneens dat u uw recht om te klagen over de aanbesteding en de gestelde eisen heeft verwerkt, op grond van het Grossmann-arrest.

(...)'

2.15. Bij brief van 3 juni 2024 van de gemeente aan Aerolux heeft de gemeente aan Aerolux medegedeeld dat zij wordt uitgesloten van verdere deelname aan de aanbesteding, en dat zij voornemens is om de opdracht te gunnen aan [eiseres in het incident] .

De toelichting in de brief luidt - voor zover in deze procedure van belang - als volgt:

'Wij hebben alle inschrijvingen gecontroleerd op basis van het programma van eisen 'LED verlichting Sportvelden gemeente Nuenen' versie D01 defi-

nitief d.d. 24 april 2024, dat onlosmakelijk deel uitmaakt van de aanbestedingsdocumenten.

Uit uw inschrijving, en uw antwoord op de door ons gestelde verificatievragen, blijkt dat uw aanbieding niet voldoet aan de door ons volgende gestelde eisen die opgenomen zijn in het programma van eisen en de nota van inlichtingen:

- De behuizing van de schijnwerper dient uit één geheel te bestaan.

- De armaturen dienen van dezelfde productfamilie te zijn en te bestaan uit maximaal 3 LED-modules. (...)

Wij hebben het voornemen om de opdracht te gunnen aan [eiseres in het incident]

B.V. te [plaats] .

(...)'

3 Het geschil

In de hoofdzaak

3.1. Eiseressen vorderen - samengevat - om bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

(1) De gemeente te verbieden de opdracht te gunnen aan [eiseres in het incident] ;

(2) De gemeente te gebieden het gunningsvoornemen d.d. 3 juni 2024 in te trekken;

(3) althans een in goede justitie te bepalen voorziening te treffen, waaronder het gebieden van de gemeente tot heraanbesteding, voor zover zij nog wil gunnen;

(4) De gemeente te veroordelen in de kosten van deze procedure.

3.2. Eiseressen leggen aan de vordering - zakelijk weergegeven - het volgende ten grondslag.

De eisen, opgenomen in paragraaf 5.1. van het Programma van Eisen voldoen niet aan het bepaalde in artikel 2.75 en 2.76 van de Aanbestedingswet 2012 (hierna ook: Aw 2012). De gemeente lijkt het Programma van Eisen te hebben toegeschreven naar leverancier Signify/Philips omdat alleen de producten van Signify aan alle eisen kunnen voldoen. Lumosa, maar ook andere belanghebbenden hebben hierover tijdens de vragenronde kritische vragen gesteld, maar die vragen hebben, afgezien van een correctie of een aanvulling op een aantal eisen, niet geleid tot een aanpassing van het Programma van Eisen waardoor deze eisen niet langer discriminatoir zijn.

Verder stellen eiseressen dat de eisen zeer specifiek zijn en allesbehalve functioneel zijn geformuleerd en dat deze veelal geen verband houden met het voorwerp van de opdracht noch in verhou-

ding staan tot de waarde en de doelstellingen van de opdracht.

Eiseressen benoemen in dit verband dat zij niet in zien wat het belang is van de eis dat de behuizing van de schijnwerper uit één geheel bestaat en van de eis dat de armaturen uit maximaal drie Led-modules dienen te bestaan.

Eiseressen verwijzen voor de onderbouwing van deze stellingen naar de opmerkingen van de door hen geraadpleegde lichtdeskundige, de (ook ter zitting aanwezige) heer [B] (hierna: dhr. [B]) naar aanleiding van het Programma van Eisen.

Ten aanzien van de eis dat de Led-drivers voorzien moeten zijn van een Zhaga-D4i connector, stellen eiseressen dat deze eis verwijst naar een specifiek fabricaat en product als bedoeld in artikel 2.76 lid 3 Aw 2012. Een dergelijke verwijzing is alleen toegestaan als een voldoende nauwkeurige en begrijpelijke beschrijving van het voorwerp van de overheidsopdracht niet mogelijk is en als deze melding of verwijzing vergezeld gaat met de woorden 'of gelijkwaardig'.

Dit zelfde geldt volgens eiseressen voor de eis dat de Led-drivers instelbaar moeten zijn door middel van een DALI-protocol, en voor de eis dat de levensduur van de armaturen minimaal L94B50 moet bedragen. Dit zijn technische specificaties als bedoeld in artikel 2.76 lid 1 sub a Aw 2012 en ook daarbij had de gemeente op grond van het tweede lid van dat artikel de toevoeging 'of gelijkwaardig' moeten opnemen in het PvE.

3.3. De gemeente voert verweer. De gemeente concludeert in de eerste plaats tot niet-ontvankelijkheid van eiseressen, dan wel tot afwijzing van de vorderingen van eiseressen, met uitvoerbaar bij voorraad te verklaren veroordeling van eiseressen in de kosten van deze procedure.

De gemeente voert in het kader van haar niet-ontvankelijkheidsverweer – samengevat – het volgende aan.

Aerolux heeft geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid om tijdens de aanbestedingsprocedure vragen te stellen en heeft daarom haar recht verwerkt om in dit stadium nog te klagen dat het programma van eisen in strijd is met de artikelen 2.75 en 2.76 Aw 2012. Aerolux heeft zonder voorbehoud of protest haar inschrijving voor de aanbesteding ingediend. Daaruit heeft de gemeente afgeleid en ook mogen afleiden dat Aerolux geen bezwaar had tegen de gestelde eisen.

Lumosa heeft wel vragen gesteld, maar heeft niet geklaagd over het feit dat de technische eisen in strijd zouden zijn met de Aw 2012.

Lumosa heeft als leverancier van Aerolux geen zelfstandig (spoedeisend) belang en kan dan ook niet opkomen tegen de onderhavige aanbestedingsprocedure en/of de voorlopige gunningsbeslissing.

Voor zover het formele verweer geen doel heeft de gemeente de navolgende materiële verweren naar voren gebracht.

Dat de gemeente de eisen nauwkeurig en gedetailleerd heeft beschreven, betekent niet dat deze eisen zijn toegeschreven naar één specifieke leverancier. De gemeente weet op basis van een toets die zij heeft laten doen aan de hand van openbare informatie, dat meerdere partijen aan het Programma van Eisen kunnen voldoen. De stelling dat het Programma van Eisen is toegeschreven naar Signify hebben eisers ook niet aannemelijk gemaakt.

Verder heeft de gemeente in antwoord op vraag 1 van één van de inschrijvers bevestigd dat gelijkwaardige alternatieven mogen worden aangeboden.

De eisen dat de Led-driver moet zijn voorzien van een Zhaga-D4i connector en instelbaar moet zijn door middel van een DALI-protocol betreffen geen technische specificaties als bedoeld in artikel 2.76 lid 3 Aw 2012. Het DALI-protocol betreft de wereldwijde standaard voor het digitaal aansturen van verlichting, zoals de gemeente ook heeft geantwoord op vraag 29 van de NvI. Het DALI-protocol zorgt er juist voor dat een installateur juist niet gebonden is aan een specifieke fabrikant of leverancier van Led-armaturen. De connector is de verbindende schakel tussen de driver en het armatuur. De Zhaga-D4i connector is een stekker die op basis van het Zhaga-D4i protocol er voor zorgt dat het armatuur via het DALI-protocol kan worden aangestuurd. Elke connector die aldus is geconfigureerd is dus een Zhaga-D4i connector. Dit betreft dus geen voorgeschreven product of fabricaat. De gemeente heeft op dit punt louter prestatie-eisen geformuleerd in de zin van artikel 2:27 lid 1 sub b Aw 2012 die moeten waarborgen dat de onder deze opdracht vallende armaturen maar ook toekomstige (niet onder deze opdracht vallende) armaturen van andere leveranciers of fabrikanten allemaal op dezelfde wijze kunnen worden aangestuurd c.q. geconfigureerd. Het betreft een compatibiliteitseis die waarborgt dat

geen aanbieders van armaturen op voorhand al worden uitgesloten. De omstandigheid dat bepaalde ondernemingen (zoals Aerolux) wellicht niet aan deze prestatie-eisen willen voldoen, maakt nog niet dat sprake is van een technische specificatie die tot bevoordeling of benadeling van bepaalde ondernemingen leidt. De gemeente is er overigens ook gewoon van uitgegaan dat de door Aerolux aangeboden armaturen aan deze prestatie-eisen kan voldoen; zij is althans niet op deze grond uitgesloten.

De aanbieding van Aerolux voldoet niet aan de eisen dat de behuizing van de schijnwerpers uit één geheel moeten bestaan en dat de armaturen uit maximaal drie Led-modules dienen te bestaan. Anders dan Aerolux meent de gemeente dat deze eisen wel degelijk proportioneel zijn. Met deze eisen beoogt de gemeente een duurzaam verlichtingsproduct te verkrijgen. De eis dat de behuizing van de schijnwerper uit één geheel dient te bestaan en voorzien van maximaal 3 LED-modules houdt verband met het feit dat de gemeente op grond van ervaringen uit het verleden een dergelijk armatuur robuuster (minder storingsgevoelig) acht en beter bestand tegen externe (weers-)omstandigheden van wind en neerslag. Bovendien wil de gemeente vanuit haar behoefte aan uniformiteit aansluiten bij de reeds op andere sportvelden door LED-armaturen vervangen verlichting.

De gemeente wijst er verder nog op dat uit een in haar opdracht uitgevoerde marktverkenning is gebleken dat er naast Signify meerdere producenten van LED-armaturen zijn die voldoen aan de eisen die de gemeente in haar PvE heeft gesteld.

3.4. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

In de tussenkomst/voeging

3.5. [eiseres in het incident] heeft geconcludeerd tot het niet-ontvankelijk verklaren van eiseressen in hun vorderingen, dan wel tot afwijzing van de vorderingen, en voorwaardelijk, indien noodzakelijk voor toelating van [eiseres in het incident] tot tussenkomende partij, de gemeente te gebiedten de opdracht (indien zij deze wenst te vergeben) te gunnen aan [eiseres in het incident] met veroordeling van eiseressen in de kosten van de procedure in het incident en in de hoofdzaak, te vermeerderen met de wettelijke rente.

3.6. [eiseres in het incident] heeft aan haar vorderingen – zakelijk weergegeven – primair ten

grondslag gelegd dat eiseressen niet-ontvankelijk zijn in hun vorderingen omdat zij onvoldoende proactief hebben gehandeld en daardoor hun rechten hebben verwerkt.

Inhoudelijk stelt [eiseres in het incident] – kort samengevat – dat eiseressen niet aannemelijk hebben gemaakt dat het Programma van Eisen is toegeschreven naar één producent, te weten Signify en dat alleen Signify aan die eisen kan voldoen. Volgens [eiseres in het incident] zijn er tenminste vijf verschillende – met naam genoemde – producenten van Led-armaturen die kunnen voldoen aan de eisen die de gemeente heeft gesteld.

Het DALI-protocol is een wereldwijde standaard voor het professioneel en digitaal aansturen van verlichting; het gebruik van dit protocol is niet gebonden aan of voorbehouden aan een merk of leverancier. Datzelfde geldt voor de Zhaga D4i connector; ook dit systeem is niet gebonden aan een merk of leverancier. Er zijn meerdere partijen die hardware (armaturen) kunnen leveren die toegepast kunnen worden met een Zhaga D4i connector.

De eisen die zien op het DALI-protocol en de Zhaga D4i connector zijn prestatie-eisen in de zin van artikel 2.76 lid 1 sub b Aw 2012, en de gemeente hoefde aan deze eisen dus niet ‘of gelijkwaardig’ toe te voegen.

De eis met betrekking tot de levensduur van de armaturen betreft een algemene norm. Ook dit is een prestatie-eis en met betrekking tot deze eis kan er geen sprake zijn van gelijkwaardigheid omdat het product voldoet, of niet voldoet aan de gestelde norm.

De inschrijving van Aerolux is terecht ongeldig verklaard omdat Aerolux niet voldoet aan de eisen dat de door haar geleverde armaturen uit maximaal drie modules bestaat, en dat de armaturen uit één geheel dienen te bestaan.

4. De beoordeling

In de hoofdzaak

4.1. De vraag die in deze kort gedingprocedure centraal staat, is of de gemeente op terechte gronden heeft besloten om Aerolux uit te sluiten van verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure en om de opdracht (voorlopig) te gunnen aan [eiseres in het incident].

Grossmann-/rechtsverwerkingsverweer

4.2. Als eerste wordt in gegaan op het meest ver strekkende verweer van de gemeente en [eiseres in het incident] , dat Aerolux niet ontvankelijk moet worden verklaard in haar vorderingen omdat zij haar bezwaren tegen de door de gemeente gestelde eisen niet (tijdig) kenbaar heeft gemaakt.

4.3. Uit het Grossman-arrest (HvJEG 12 februari 2004, zaak C-230/02) volgt dat van een gegadigde mag worden verwacht dat hij zich proactief opstelt bij het naar voren brengen van bezwaren in het kader van de aanbestedingsprocedure.

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. Datzelfde geldt voor een inschrijver op de aanbesteding op grond van het leerstuk van rechtsverwerking.

Zo wordt voorkomen dat een aanbestedingsprocedure onnodig wordt vertraagd en dat een deelnemer in afwachting van de uitkomst van de aanbesteding “zijn kruut droog houdt” en pas in een stadium waarin de gebreken niet meer (eenvoudig) kunnen worden geheeld, dat naar voren brengt (vgl. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 15 februari 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:11150).

4.4. In deze aanbestedingsprocedure heeft één van de gegadigden in de eerste vragenronde met vraag 1 een (naar het oordeel van de voorzieningenrechter als fundamenteel aan te merken) bezwaar opgeworpen tegen het Programma van Eisen nu daarin eisen zouden worden gesteld die – volgens de vragensteller – in strijd zijn met het non-discriminatiebeginsel en met het beginsel van gelijke behandeling. De door de gemeente gestelde eisen zouden zodanig zijn opgesteld dat slechts één aanbieder van armaturen daaraan zou kunnen voldoen, te weten Signify.

De gemeente heeft in haar antwoord op vraag 1 deze bezwaren van de hand gewezen; de bezwaren hebben ook niet geleid tot een aanpassing van het Programma van Eisen. Deze (niet door Aerolux) naar voren gebrachte bezwaren zoals verwoord onder vraag 1 en het antwoord daarop van de gemeente waren voor alle gegadigden kenbaar via de NvI.

De door Aerolux in dit kort geding naar voren gebrachte klacht in het kader van haar uitsluiting door de gemeente betreft exact hetzelfde (fundamentele) gebrek als door de steller van vraag 1 in de aanbestedingsprocedure blijkt de NvI naar

voren is gebracht en door de gemeente van de hand is gewezen. Zowel de gemeente als andere gegadigden waren er dus al tijdens de inlichtingenronde van op de hoogte dat er vraagtekens werden geplaatst bij de rechtmatigheid van het Programma van Eisen.

De omstandigheid dat niet Aerolux zelf, maar een andere (vooralsnog onbekend gebleven) gegadigde dit gebrek in inlichtingenfase naar voren heeft gebracht kan er naar het oordeel van de voorzieningenrechter niet toe leiden dat Aerolux dit gebrek zelf niet meer aan de orde kan stellen in het kader van het besluit om haar uit te sluiten en de opdracht aan een andere gegadigde te gunnen nu het (gestelde) gebrek immers fundamenteel van aard is en gegrondbevinding ervan rechtstreeks de geldigheid van de gehele aanbestedingsprocedure raakt. De gemeente is, nu zij van het vermeende fundamentele gebrek tijdig op de hoogte is gesteld en gelegenheid heeft gehad om een en ander te redresseren, aldus niet in haar belang bij een voortvarend verloop van de aanbesteding geschaad.

4.5. Naast bovengenoemde klacht die betrekking heeft op een fundamenteel gebrek in de aanbestedingsprocedure, heeft Aerolux specifieke klachten ingediend die gericht zijn tegen de in paragraaf 5.1 van het Programma van Eisen genoemde eisen met betrekking tot de Led-armaturen en de Led-drivers. Deze eisen zijn eerder door Lumosa met de vragen 23, 25, 29, en 30 in de inlichtingenronde aan de orde gesteld. De gemeente heeft in de NvI op die vragen geantwoord, en met die antwoorden mocht Lumosa (en Aerolux) op dat moment genoegen nemen.

Ook ten aanzien van die eisen was de gemeente dus al vóór de inschrijving op de hoogte van de op dit punt levende bezwaren en kan aan Aerolux niet een onvoldoende pro-actieve houding verweten worden.

4.6. De stelling van de gemeente dat Aerolux haar recht heeft verwerkt om in dit stadium te klagen over het Programma van Eisen, omdat zij haar klachten niet eerder heeft geuit, wordt gelet op bovenstaande overwegingen verworpen. Van een situatie vergelijkbaar met die als aan de orde in het Grossmannarrest is geen sprake.

4.7. De stelling van de gemeente, dat zij, door de onvoorwaardelijke inschrijving van Aerolux, erop mocht vertrouwen dat Aerolux geen bezwaar had tegen de in de aanbesteding gestelde eisen, stuit reeds af op de in de door de gemeente in haar

eigen aanbestedingsdocument (onder paragraaf 4.2) gestelde voorwaarde dat aan de inschrijving geen voorwaarden of voorbehouden mogen worden verbonden. Een voorbehoud van Aerolux op dit punt zou immers om die reden reeds aanleiding hebben kunnen geven tot uitsluiting.

4.8. Voor zover de gemeente met haar stelling, dat eiseressen voorafgaand aan de inschrijving geen klacht hebben ingediend bij de Commissie van Aanbestedingsexperts terwijl zij wel de mogelijkheid daartoe hadden, heeft bedoeld te stellen dat deze omstandigheid zou moeten leiden tot niet-ontvankelijkheid, wordt ook deze stelling verworpen. De onder de in paragraaf 5.10 van de aanbestedingsstukken beschreven Klachtenregeling is een mogelijkheid voor ondernemers om zich met een klacht te wenden tot de Commissie van Aanbestedingsexperts, en geen plicht. Aanvaarding van het standpunt dat een ondernemer verplicht is zich vóór de inschrijving te wenden tot de Commissie van Aanbestedingsexperts zou aan efficiënte rechtsbescherming in de weg staan, terwijl de rechtsonzekerheid die zou kunnen ontstaan doordat een inschrijver achteraf bezwaren kan inbrengen, waar dat eerder had gemoeten, al bestreken wordt door de Grossmann-doctrine en het leerstuk van rechtsverwerking (vgl. gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 15 februari 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:1150).

Belang van Lumosa

4.9. Anders dan de gemeente heeft beargumenteerd is de voorzieningenrechter van oordeel dat Lumosa (wel) een zelfstandig belang heeft bij de vorderingen en daarom ook ontvankelijk is in de (mede namens haar) ingestelde vorderingen. De volgende overwegingen hebben tot dit oordeel geleid.

Bij de mondelinge behandeling ter zitting is in antwoord op een vraag van de voorzieningenrechter verklaard dat de aan te besteden opdracht voor het grootste deel (80/85%) bestaat uit het leveren van producten (Led-armaturen). Lumosa is de leverancier van de door Aerolux aangeboden Led-armaturen.

In onderhavige procedure gaat het in de kern over de vraag of een aantal eisen zoals de gemeente die heeft gesteld, in strijd zijn met artikelen 2.75 lid 2 en artikel 2.76 Aw 2012. In deze artikelen is bepaald – kort gezegd – onder welke voorwaarden de aanbestedende dienst technische specificaties in de aanbestedingsstukken kan opnemen en op

welke wijze deze technische specificaties geformuleerd moeten worden. De eisen waartegen Lumosa en Aerolux bezwaren maken zien alle op de te leveren producten; Led-armaturen en Led-drivers.

Dat eiseressen niet stellen dat het Programma van Eisen expliciet verwijst naar een bepaald merk of type Led-armaturen, doet geen afbreuk aan de belangen van zowel Aerolux als Lumosa, aangezien het ingevolge artikel 2.76 Aw 2012 ook verboden is technische eisen te stellen die dusdanig specifiek zijn dat er slechts één product of merk aan kan voldoen.

Ook het belang van Lumosa wordt door artikel 2.76 lid 3 Aw 2012 beschermd. Dat Lumosa niet zelf op de aanbesteding heeft ingeschreven maakt dit niet anders (vgl. gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 27 september 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:5643)..

Strijd met artikel 2.75 en/of 2.76 Aw 2012

4.10. Nu eiseressen ontvankelijk zijn in hun vorderingen komt de inhoudelijke beoordeling van de vorderingen aan de orde.

4.11. In artikel 2.75 Aw 2012 is – voor zover van belang – het volgende bepaald:

‘1. Een aanbestedende dienst neemt in de aanbestedingsstukken de technische specificaties op, waarin de door hem voor een werk, dienst of levering voorgeschreven kenmerken zijn opgenomen.

2. De in het eerste lid bedoelde kenmerken houden verband met het voorwerp van de overheidsopdracht en zijn in verhouding tot de waarde en de doelstellingen van die opdracht.

3. (...)

(...)

4.12. In artikel 2.76 Aw 2012 is – voor zover van belang – het volgende bepaald:

‘1. Een aanbestedende dienst formuleert de technische specificaties:

a. door verwijzing naar technische specificaties en achtereenvolgens naar nationale normen waarin Europese normen zijn omgezet, Europese technische beoordelingen, gemeenschappelijke technische specificaties, internationale normen, andere door Europese normalisatie-instellingen opgestelde technische referentiesystemen of, bij ontstentenis daarvan, nationale normen, nationale technische goedkeuringen dan wel nationale technische specificaties inzake het ontwerpen, berekenen en uitvoeren van werken en het gebruik van leveringen,

b. in termen van prestatie-eisen en functionele eisen, die milieukekenmerken kunnen bevatten, waar-

bij de eisen zodanig nauwkeurig zijn bepaald dat de inschrijvers het voorwerp van de overheidsopdracht kunnen bepalen en de aanbestedende dienst de overheidsopdracht kan gunnen,

c. in termen van prestatie-eisen en functionele eisen als bedoeld in onderdeel b, waarbij onder vermoeden van overeenstemming met deze prestatie-eisen en functionele eisen wordt verwezen naar de specificaties, bedoeld in onderdeel a, of

d. door verwijzing naar de specificaties, bedoeld in onderdeel a, voor bepaalde kenmerken, en verwijzing naar de prestatie-eisen en functionele eisen, bedoeld in onderdeel b, voor andere kenmerken.

2. Een aanbestedende dienst doet een verwijzing als bedoeld in het eerste lid, onderdeel a, vergezeld gaan van de woorden «of gelijkwaardig».

3. Een aanbestedende dienst verwijst in de technische specificaties niet naar een bepaald fabrikaat, een bepaalde herkomst of een bijzondere werkwijze die kenmerkend is voor de producten of diensten van een bepaalde ondernemer, een merk, een octrooi of een type, een bepaalde oorsprong of een bepaalde productie, waardoor bepaalde ondernemingen of bepaalde producten worden bevoorrecht of uitgesloten, tenzij dit door het voorwerp van de overheidsopdracht gerechtvaardigd is.

4. Een aanbestedende dienst kan de melding of verwijzing, bedoeld in het derde lid, opnemen in de technische specificatie indien:

a. een voldoende nauwkeurige en begrijpelijke beschrijving van het voorwerp van de overheidsopdracht door toepassing van het eerste lid niet mogelijk is en

b. deze melding of verwijzing vergezeld gaat van de woorden «of gelijkwaardig».

4.13. Eiseressen hebben in hun dagvaarding vijf concrete eisen uit het PvE genoemd zij in strijd achten met het bepaalde in artikel 2.75/2.76 Aw 2012:

(1) de eis dat de Led-drivers voorzien moeten zijn van een Zhaga-D4i connector;

(2) de eis dat de Led-drivers instelbaar moeten zijn door middel van een DALI-protocol;

(3) de eis dat de armaturen een levensduur van minimaal L94B50 moeten hebben;

(4) de eis dat de te leveren armaturen uit maximaal drie Led-modules mogen bestaan;

(5) de eis dat de te leveren armaturen uit één geheel moeten bestaan;

4.14. Ten aanzien van de eerste drie eisen hebben eiseressen gesteld dat dit technische specificaties zijn als bedoeld in artikel 2.76 lid 1 en artikel 2.76

lid 3 jo. lid 4 Aw 2012 en dat de gemeente in het Programma van Eisen daarom bij deze eisen had moeten opmerken dat de inschrijvers ook een 'gelijkwaardig' product mochten voorstellen.

Verder stellen eiseressen dat de gemeente met deze eisen Signify heeft willen bevoordelen aanzien alleen de armaturen van deze fabrikant aan deze eisen voldoen.

4.15. De gemeente heeft hier tegen aangevoerd dat de Zhaga-D4i connector een communicatiesysteem voor Led-armaturen is, en dat het DALI-protocol een besturingssysteem is. Deze eisen hebben dus geen betrekking op technische specificaties als bedoeld door eiseressen, maar zijn technische specificaties in termen van prestatie-eisen; die zien op een niet merk-gebonden aansturing- en communicatiesysteem voor Led verlichting.

Volgens de gemeente zorgt de combinatie van deze systemen ervoor dat verschillende Led-armaturen kunnen samenwerken volgens een voorgeschreven protocol zodat de gemeente nu én in de toekomst niet is gebonden aan een specifieke fabrikant of leverancier van Led-armaturen.

De gemeente stelt dat er verschillende connectoren zijn die door middel van het Zhaga protocol communiceren en dat die connectoren vrijelijk verkrijgbaar zijn op de markt. Het betreft dus niet een connector van een specifiek merk of fabrikaat, maar iedere connector die geconfigureerd c.q. geschikt is voor gebruik op basis van het Zhaga-D4i protocol.

Van het DALI-protocol heeft de gemeente toegevoegd dat dit de wereldwijde standaard is voor het digitaal aansturen van verlichting. Volgens de gemeente is een installateur door middel van het DALI-protocol juist niet gebonden aan een specifieke fabrikant of leverancier van Led armaturen, waardoor er dus ook geen ondernemers op voorhand worden uitgesloten.

Ten aanzien van de eis dat de levensduur van de armatuur minimaal L94B50, stelt de gemeente dat dit een algemene norm is waarmee de kwaliteit/levensduur van de Led verlichting wordt vergeleken. De levensduur betreft een algemene norm waaraan het te leveren product moet voldoen. De norm L94B50 houdt in dat na 100.000 branduren nog minimaal 94% van de lichtopbrengst over moet blijven en dat 50% van de Led lichtjes minder dan 94% lichtopbrengst geven. De gemeente mag een dergelijke eis stellen. Bovendien voldoen de door Aerolux aangeboden armaturen van Lu-

mosa gezien haar (aangepaste) productspecificatie aan de eisen van de gemeente ter zake de levensduur.

Volgens de gemeente zijn er naast Signify meerdere andere producenten die aan de gestelde eisen kunnen voldoen.

Ook [eiseres in het incident] heeft ter zitting toegelicht dat de eisen met betrekking tot de levensduur, het DALI-protocol en de Zhaga-D4i connector prestatie-eisen zijn waaraan meerdere (met name genoemde) producenten kunnen voldoen.

4.16. De voorzieningenrechter is van oordeel dat eiseressen in het licht van dit gemotiveerde verweer van de gemeente en [eiseres in het incident], hun stellingen, inhoudende dat de eerste drie genoemde eisen moeten worden gezien als technische specificaties in de zin van artikel 2:76 lid 1 sub a c.q. lid 3 Aw 2012 (waaraan de gemeente ingevolge het tweede lid de toevoeging “of gelijkwaardig” diende toe te voegen) en bovendien zodanig zijn geformuleerd dat alleen de armaturen van Signify daaraan voldoen, onvoldoende (nader) hebben onderbouwd. Eiseressen zijn niet inhoudelijk ingegaan op het uitvoerige betoog van de gemeente en [eiseres in het incident] dat de eisen met betrekking tot het DALI-protocol en de Zhaga-D4i connector niet zien op technische specificaties in de zin van art. 2:76 lid 1 sub a respectievelijk lid 3 Aw 2012 maar dat het prestatie-eisen betreffen (in de zin van art. 2:76 lid 2 Aw 2012) die de compatibiliteit van LED-lichtsystemen op sportvelden nu en in de toekomst moeten waarborgen. Evenmin zijn eiseressen ingegaan op de concrete en onderbouwde stelling van de gemeente en [eiseres in het incident] dat er – naast Signify – meerdere aanbieders/fabrikanten van armaturen zijn¹ die aan de door de gemeente gestelde eisen voldoen. Voorts zijn eiseressen niet meer ingegaan op de relevantie van hun bezwaren aanzien van de voorgeschreven minimale levensduur naar aanleiding van de – onweersproken – stelling van de gemeente dat het door Aerolux aangeboden armatuur aan de ter zake gestelde eis van de gemeente voldoet.

4.17. Met betrekking tot de vierde – door Aerolux gewraakte – eis, dat de armaturen moeten bestaan uit maximaal drie Led-modules, hebben eiseres-

sen aangevoerd dat deze eis disproportioneel is in vergelijking met de aan te besteden opdracht en daardoor in strijd met artikel 2.75 Aw 2012.

Uit het antwoord van de gemeente op vraag 23 in de NvI, die over deze eis gaat, blijkt dat de gemeente een weloverwogen keuze heeft gemaakt voor de gestelde eis, en dat deze keuze voortkomt uit het streven naar een duurzaam en minder storingsgevoelig systeem. Dat de gemeente deze wens tot uitdrukking laat komen in haar programma van eisen is naar het oordeel van de voorzieningenrechter gerechtvaardigd en staat in verhouding tot het voorwerp en het doel van de opdracht. Dat de door eiseressen geraadpleegde deskundige dhr. [B] van mening is dat er geen goede reden is een dergelijke eis te stellen dwingt niet tot het oordeel dat de eis disproportioneel moet worden geacht in de zin van artikel 2.75 Aw 2012.

Eiseressen hebben verder geen stellingen aangedragen laat staan onderbouwd die dat oordeel zouden kunnen schragen.

4.18. Voor zover eiseressen de stelling hebben willen verdedigen dat aan het vereiste dat een armatuur uit maximaal drie Led-modules mag bestaan, alleen producent Signify kan voldoen, hebben eiseressen ook deze stelling onvoldoende aannemelijk gemaakt.

Ter zitting is door de gemeente onweersproken gesteld dat er behalve Signify nog andere producenten zijn, waaronder Darklicht, die armaturen met maximaal drie Led-modules kunnen leveren. Ook [eiseres in het incident] heeft ter zitting aangevoerd dat er meerdere producenten zijn die aan (onder andere) dit vereiste kunnen voldoen. Zij noemt in dat verband eveneens Darklicht, en verwijst naar een vonnis van de rechtbank Limburg van 29 februari 2024 (ECLI:NL:RBLIM:2024:939). In die zaak ging het over de vraag of een inschrijver in een aanbestedingsprocedure met betrekking tot verlichting van sportvelden in de gemeente Roermond met het door deze inschrijver aangeboden product (Led-verlichting van Darklicht) voldeed aan de door de gemeente gestelde eisen. Eén van die eisen was dat de Led-armaturen moesten bestaan uit maximaal drie modules. De voorzieningenrechter van de rechtbank Limburg was van oordeel dat de gemeente voldoende aannemelijk had gemaakt dat de inschrijver voldeed aan alle eisen, waaronder de eis van maximaal drie modules.

1 [eiseres in het incident] noemt er een viertal met naam en toenaam in randnummer 26 van haar pleitnota

4.19. Ten aanzien van de vijfde (bovengenoemde) eis, dat de armaturen (behalve uit maximaal 3 led-modules) uit één geheel moeten bestaan, heeft de gemeente onweersproken toegelicht dat een schijnwerper in één behuizing veel minder gevoelig is voor, c.q. beter beschermd is tegen externe omstandigheden zoals wind en neerslag dan schijnwerpers in verschillende behuizingen.

Eiseressen zijn er ook voor wat betreft deze eis niet in geslaagd aannemelijk te maken dat deze disproportioneel is in de zin van artikel 2.75 Aw 2012 noch dat uitsluitend Signify in staat is aan die eis te voldoen.

4.20. Bovenstaande overwegingen leiden tot de conclusie dat de stelling van eiseressen, dat de gemeente met het Programma van Eisen in het algemeen en met betrekking tot de specifieke bovengenoemde vijf eisen in het bijzonder in strijd heeft gehandeld met de algemene beginselen van Aanbestedingsrecht en met de artikelen 2.75 en 2.76 Aw 2012, geen doel treffen. Dat betekent dat de vordering tot heraanbesteding op die grond niet toewijsbaar is.

4.21. Op de aan het besluit van de gemeente ten grondslag gelegde argumenten, dat Aerolux niet voldoet aan de eisen dat de behuizing van de schijnwerpers uit één geheel moeten bestaan en dat de armaturen uit maximaal drie Led-modules dienen te bestaan, is de gemeente in haar pleitnotitie nader in gegaan. Ook op dit punt hebben eiseressen geen nadere stellingen betrokken waarin het betoog van de gemeente wordt besproken en weerlegd. Voor zover Aerolux heeft betoogd dat het programma van eisen op dit punt voor haar onduidelijk was en zij niet bedacht hoefde te zijn op de uitleg die de gemeente aan de eis met betrekking tot de behuizing en het maximaal aantal Led-modules gaf heeft Aerolux dit betoog – in het licht van het verweer – onvoldoende onderbouwd. De voorzieningenrechter is van oordeel dat een behoorlijk geïnformeerde en oplettende inschrijver de eerste drie eisen die de gemeente stelde aan de armaturen redelijkerwijs niet anders kon begrijpen als dat de armaturen dienen te bestaan uit 3 (multilayer) Led-modules, die als één armatuur geïnstalleerd, gericht en in bedrijf worden gesteld en dat de behuizing van die armatuur daarom uit één geheel dient te bestaan. Voor zover Aerolux desondanks vragen had over deze eisen had het op haar weg gelegen daarover in de inlichtingenfase vragen te formuleren, hetgeen zij evenwel

heeft nagelaten. Die omissie dient voor haar rekening te blijven.

Gelet hierop moet er voorshands van worden uitgegaan dat de aanbieding van Aerolux niet voldoet aan de gestelde eisen en dat de gemeente op goede gronden heeft besloten om Aerolux uit te sluiten van verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure.

4.22. De vorderingen van eiseressen worden daarom afgewezen.

4.23. Eiseressen zijn in het ongelijk gesteld en moeten daarom de proceskosten in de hoofdzaak betalen.

4.23.1. De proceskosten van de gemeente worden begroot op:

- griffierecht € 688
- salaris advocaat € 1.107
- nakosten € 178 (plus de verhoging zoals vermeld in de beslissing)

Totaal € 1.973

4.23.2. De proceskosten aan de zijde van [eiseres in het incident] worden begroot op:

- griffierecht € 688
- salaris advocaat € 1.107
- nakosten € 178 (plus de verhoging zoals vermeld in de beslissing)

Totaal € 1.973

4.24. De gevorderde wettelijke rente over de proceskosten wordt toegewezen zoals vermeld in de beslissing.

4.25. De veroordeling wordt (deels) hoofdelijk uitgesproken. Dat betekent dat iedere veroordeelde kan worden gedwongen het hele bedrag te betalen. Als de één (een deel) betaalt, hoeft de ander dat (deel van het) bedrag niet meer te betalen.

In de tussenkomst

4.26. Uit de beoordeling in de hoofdzaak volgt dat [eiseres in het incident] (met de gemeente) in het gelijk is gesteld.

4.27. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter had [eiseres in het incident] als tussenkomende partij voldoende zelfstandig belang zonder dat daarvoor het instellen van een eigen vordering vereist is. Aan de voorwaarde waaronder [eiseres in het incident] een zelfstandige vordering jegens de gemeente instelt is daarmee niet voldaan.

4.28. Eiseressen zullen als de in het ongelijk gestelde partij de kosten van het incident tot tussenkomst moeten dragen. Deze kosten worden begroot op nihil nu niet is gebleken dat [eiseres in het incident], naast de reeds toe te wijzen kosten

in de hoofdzaak, meer kosten heeft moeten maken die voor vergoeding in aanmerking (zouden moeten) komen.

4.29. Er bestaat geen aanleiding tot enige kostenbeslissing tussen de gemeente en [eiseres in het incident].

5 De beslissing

De voorzieningenrechter:

In de hoofdzaak

5.1. wijst de vorderingen van eiseressen af,

5.2. veroordeelt eiseressen hoofdelijk in de proceskosten van de gemeente tot op heden begroot op € 1.973, te betalen binnen veertien dagen na aanschrijving daartoe, te vermeerderen met € 92 plus de kosten van betekening als eiseressen niet tijdig aan de veroordelingen voldoen en het vonnis daarna wordt betekend,

5.3. veroordeelt eiseressen hoofdelijk tot betaling van de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW over de proceskosten als deze niet binnen veertien dagen na aanschrijving zijn betaald,

5.4. veroordeelt eiseressen hoofdelijk in de proceskosten van [eiseres in het incident], tot op heden begroot op € 1.973, te betalen binnen veertien dagen na aanschrijving daartoe, te vermeerderen met € 92 plus de kosten van betekening als eiseressen niet tijdig aan de veroordelingen voldoen en het vonnis daarna wordt betekend,

5.5. veroordeelt eiseressen hoofdelijk tot betaling van de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW over de proceskosten als deze niet binnen veertien dagen na aanschrijving zijn betaald,

5.6. verklaart dit vonnis voor wat betreft de proceskostenveroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

In de tussenkomst

5.7. verstaat dat de voorwaarde waaronder de vordering tegen de gemeente is ingesteld niet is vervuld zodat op deze vordering niet hoeft te worden beslist,

5.8. veroordeelt eiseressen in de kosten van het incident, aan de zijde van [eiseres in het incident] tot op heden begroot op nihil.

NOOT

De impact van fundamentele gebreken op de balans tussen rechtsbescherming en rechtszekerheid

Inleiding en probleemstelling

Sinds het Grossmann-arrest doen aanbestedende diensten regelmatig een beroep op rechtsverwerking als meest verstrekkende verweer. Tot 2019 deden zij dit vaak met succes op basis van een (zekere) bestendige lijn: als een klagende inschrijver vóór inschrijving vragen had gesteld en/of bezwaren had geuit maar vervolgens geen actie ondernam, werd het beroep op rechtsverwerking vrij snel door rechters aangenomen. In 2019 verschenen enkele uitspraken van de rechtbank Midden-Nederland die het nodige stof deden opwaaien.¹ Uit die uitspraken volgt kort gezegd dat van inschrijvers niet kan worden verlangd dat zij al vóór inschrijving een kort geding aanhangig maken als de aanbestedende dienst de eerder geuite bezwaren heeft verworpen. In de periode hierna namen (ook andere) rechtbanken en hoven het rechtsverwerkingsverweer van aanbestedende diensten steeds minder snel aan. Afgaand op de jurisprudentie van nadien kan worden geconcludeerd dat de bestendige lijn van vóór 2019 deels gelijk is gebleven en deels is losgelaten.² Dit heeft gevolgen voor zowel inschrijvers als aanbestedende diensten. Van inschrijvers wordt verlangd dat zij vragen en/of bezwaren voldoen: de kritisch formuleren als zij niet het risico willen lopen hun rechten te verwerken. Aanbestedende diensten moeten zich realiseren dat het rechtsverwerkingsverweer niet altijd meer slaagt als een gegadigde op de aanbesteding heeft ingeschreven. Wat ons betreft is deze nieuwe lijn een goede rechtsontwikkeling. Het heeft een betere balans gecreëerd tussen de belangen van gegadigden en inschrijvers (rechtsbescherming) en de belangen van aanbestedende diensten en winnende inschrijvers (rechtszekerheid). Bovendien

1 Zie Vzr. Rb. Midden-Nederland 27 september 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:4581 en Vzr. Rb. Midden-Nederland 1 november 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:5093.

2 Mr. N.A. Keus & mr. S.B. Groenwold, 'Grip op rechtsverwerking bij aanbesteden: is er (weer) een bestendige lijn?', TA 2022/44 (afl. 5).

sluit de nieuwe lijn goed aan bij het Wetsvoorstel Rechtsbescherming bij aanbesteden, dat hetzelfde doel nastreeft.³

Vanaf 2021 is een nieuwe ontwikkeling in de Grossmann-jurisprudentie zichtbaar die verband houdt met zogenaamde fundamentele gebreken. Als sprake is van een fundamenteel gebrek in de aanbestedingsprocedure, dan wordt het beroep op rechtsverwerking veelal door rechters gepasseerd, ook al heeft de klagende inschrijver niet eerder vragen gesteld en/of bezwaren geuit. Maar wanneer is sprake van een fundamenteel gebrek? Dat is op grond van de tot nu gewezen uitspraken over fundamentele gebreken helaas niet duidelijk.

De onderhavige uitspraak van de rechtbank Oost-Brabant biedt een interessante aanleiding om nader in te gaan op de recente ontwikkeling van fundamentele gebreken alsook op de vraag of deze laatste ontwikkeling de recent gecreëerde balans tussen rechtsbescherming en rechtszekerheid bevordert of juist (weer) verstoort.

‘Meeliften’ op tijdig bezwaar van een andere gegadigde (?)

Het komt in de praktijk regelmatig voor dat een gegadigde vóór inschrijving niet zelf over een bepaald onderwerp bezwaren kenbaar heeft gemaakt, maar een andere gegadigde wel. Zo ook in deze zaak: niet Aerolux zelf, maar een andere gegadigde heeft het gebrek in de inlichtingenfase naar voren gebracht. De vraag is dan of de klagende inschrijver (in dit geval Aerolux) kan ‘meeliften’ op het tijdige bezwaar van een andere gegadigde. Afgaand op eerdere Grossmann-jurisprudentie moet die vraag ontkennend worden beantwoord. Het feit dat een andere gegadigde wél tijdig bezwaren heeft geuit, kan de klagende partij die zelf niet tijdig bezwaren heeft geuit doorgaans niet baten.⁴

In deze zaak komt de voorzieningenrechter echter tot het oordeel dat de omstandigheid dat niet Aerolux zelf, maar een andere gegadigde het gebrek in de inlichtingenfase naar voren heeft gebracht er niet toe kan leiden dat Aerolux dit gebrek niet zelf meer aan de orde kan stellen in het kader van haar uitsluiting. Volgens de rechter is het (gestelde) gebrek fundamenteel van aard is en raakt gegrondbevinding ervan rechtstreeks de geldigheid van de gehele aanbestedingsprocedure. Hieraan wordt ten grondslag gelegd dat de gemeente tijdig van het vermeende fundamentele gebrek op de hoogte is gesteld en dus gelegenheid heeft gehad om een en ander te redresseren. De gemeente is hierdoor niet in haar belang bij een voortvarend verloop van de aanbesteding geschaad.

Met dit oordeel lijkt de voorzieningenrechter een uitzondering op voornoemde lijn in de jurisprudentie te creëren, namelijk als het gebrek fundamenteel van aard is. De impact van deze gecreëerde uitzondering lijkt ons echter beperkt, nu het beroep op rechtsverwerking in geval van een fundamenteel gebrek hoe tot nu toe hoe dan door voorzieningenrechters wordt gepasseerd.

Nadere inkadering begrip ‘fundamenteel gebrek’ wenselijk

Op grond van de tot nu toe gewezen uitspraken over fundamentele gebreken is als gezegd niet duidelijk wanneer een gebrek als ‘fundamenteel’ kwalificeert. Een (voorzichtige) lijn die in de jurisprudentie te ontdekken valt, is dat in ieder geval sprake is van een fundamenteel gebrek als een gebrek in de aanbestedingsprocedure ertoe leidt dat één van de doelen van het aanbestedingsrecht, namelijk het bevorderen van de mededinging, wordt geschonden.⁵ Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan een eis die gedurende de looptijd van de overeenkomst *de facto* tot een nieuwe opdracht leidt⁶ of het toepassen van een

3 Wetsvoorstel rechtsbescherming bij aanbesteden van 14 juli 2023, www.internetconsultatie.nl.

4 V.zr. Rb. Groningen 12 oktober 2012, ECLI:NL:RBGRO:2012:BY3312, r.o. 4.4, V.zr. Rb. Den Haag 25 februari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:2966, r.o. 4.2-4.4, Hof Den Bosch 1 december 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4943, r.o. 6.14, V.zr. Rb. Overijssel 19 september 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:3561 en ECLI:NL:RBOVE:2018:3562, r.o. 4.2-4.8. en V.zr. Rb. Den Haag 29 maart 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:3252, r.o. 5.4. Op deze vaste lijn was slechts één uitzonde-

ring, Hof 's-Hertogenbosch 1 december 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4943, r.o. 6.15 met verwijzing naar CvAE 24 april 2017, advies 396 r.o. 5.3-5.5.

5 Zie voor een nadere beschouwing (inclusief relevante uitspraken) de annotatie van onze collega's mrs. N.A. Keus en ing. M.A. Leppers over fundamentele gebreken in «JAAN» 2024/145 bij V.zr. Rb. Midden-Nederland 30 mei 2024, ECLI:NL:RBMNE:2024:3391.

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

nationale procedure, terwijl de opdracht Europees had moeten worden aanbesteed.⁷ Inmiddels zijn echter ook enkele uitspraken gewezen waarin rechters tot het oordeel komen dat sprake is van een fundamenteel gebrek zonder dat het bevorderen van de mededinging in het geding was.⁸ Zo komt het bijvoorbeeld voor dat een gebrek als ‘fundamenteel’ wordt aangemerkt omdat sprake is van een schending van het transparantiebeginsel.⁹

In deze zaak komt de voorzieningenrechter – als gezegd – tot het oordeel dat het beroep op rechtsverwerking niet slaagt, omdat “het (gestelde) gebrek fundamenteel van aard is en gegrondbevinding ervan rechtstreeks de geldigheid van de gehele aanbestedingsprocedure raakt”. De voorzieningenrechter lijkt hiermee het begrip ‘fundamenteel gebrek’ aan de aantasting van de geldigheid van de aanbestedingsprocedure te verbinden. Het blijft onduidelijk in welke gevallen daarvan precies sprake is, nu deze benadering nagenoeg onbeperkt kan worden toegepast. In de jurisprudentie lijkt een tendens zichtbaar dat voorzieningenrechters een gebrek steeds sneller als ‘fundamenteel’ aanmerken. Het is de vraag of dat een goede ontwikkeling is. Wij menen van niet. Uit het Grossmann-arrest volgt dat bezwaren tegen de aanbestedingsprocedure in een zo vroeg mogelijk stadium aan de orde moeten worden gesteld, zodat onregelmatigheden nog kunnen worden gecorrigeerd. Als het begrip ‘fundamenteel gebrek’ door voorzieningenrechters zodanig wordt opgerekt dat inschrijvers op aanbestedingen (weer) bewust ‘hun kruit droog houden’ in de wetenschap dat zij deze gebreken in een later stadium alsnog naar voren kunnen brengen, dreigt de nuttige werking van het Grossmann-arrest te worden uitgehold en ontstaat er (wederom) rechtsonzekerheid voor zowel

aanbestedende diensten als inschrijvers. Een nadere inkadering van het begrip ‘fundamenteel gebrek’ lijkt ons dan ook wenselijk. Duidelijk moet worden in welke gevallen een gebrek zo ernstig is dat de rechtsbescherming moet prevaleren boven de rechtszekerheid.

Mogelijk dat artikel 4.15 AanbW 2012 een aanknopingspunt kan bieden voor de nadere inkadering van ‘fundamentele gebreken’. In dit artikel is door de (Europese) wetgever ingekaderd dat alleen ‘zeer ernstige schendingen’ van het aanbestedingsrecht in de postcontractuele fase tot aantasting (vernietiging) van de gesloten overeenkomst kunnen leiden, waaronder het ten onrechte niet Europees aanbesteden van een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht.¹⁰ Hiermee is beoogd evenwicht te creëren tussen de belangen van gegadigden en inschrijvers (rechtsbescherming) enerzijds en de belangen van aanbestedende diensten en ondernemers die met elkaar een overeenkomst hebben gesloten (rechtszekerheid) anderzijds. Iets wat ook in het kader van rechtsverwerking in de precontractuele fase wenselijk is.

In de periode vóór 2021 leken voorzieningenrechters ook alleen in geval van ‘zeer ernstige schendingen’ tot de conclusie te komen dat een schending van het proactiviteitsvereiste toch geen gevolgen had.¹¹ Een beroep van de aanbestedende dienst op rechtsverwerking werd in die periode door voorzieningenrechters – mede met het oog op de belangen van derden – naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaard-

7 V.zr. Rb. Midden-Nederland 27 maart 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:1299, r.o. 3.7 ev.; V.zr. Rb. Den Haag 11 februari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:1942, r.o. 4.5; V.zr. Rb. Midden-Nederland 18 oktober 2024, ECLI:NL:RBMNE:2024:5923, r.o. 4.5 en 4.6.

8 V.zr. Rb. Noord-Nederland 19 april 2024, ECLI:NL:RBNNE:2024:2015, r.o. 5.3.2 en V.zr. Rb. Noord-Holland 5 juli 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:6266 (niet expliciet) en V.zr. Rb. Noord-Nederland 19 april 2024, ECLI:NL:RBNNE:2024:2015.

9 V.zr. Rb. Noord-Nederland 19 april 2024, ECLI:NL:RBNNE:2024:2015.

10 Vgl. V.zr. Rb. Midden-Nederland 18 oktober 2024, ECLI:NL:RBMNE:2024:5923, r.o. 4.5 en 4.6. In deze uitspraak (van na 2021) ging het om een klacht dat ten onrechte niet Europees was aanbesteed. Het beroep op rechtsverwerking werd in dit geval ook gepasseerd, alleen nu onder de noemer van een ‘fundamenteel gebrek’.

11 Zie bijvoorbeeld V.zr. Rb. Midden-Nederland 27 maart 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:1299, r.o. 3.7 e.v. en V.zr. Rb. Den Haag 11 februari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:1942, r.o. 4.5. In oudere jurisprudentie waarin werd geklaagd over het ten onrechte onderhands aanbesteden slaagde het beroep van aanbestedende diensten op rechtsverwerking wél. Zie bijvoorbeeld V.zr. Rb. Zutphen 21 februari 2011, ECLI:NL:RBZUT:2011:BQ1276, r.o. 4.2 en V.zr. Rb. Den Haag 14 september 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU1361, r.o. 4.4.

baar geacht als door een gegadigde te laat werd geklaagd over het feit dat de aanbestedende dienst een opdracht ten onrechte niet Europees had aanbesteed. Hieraan werd ten grondslag gelegd dat indien het rechtsverwerkingsverweer in zo'n geval zou worden gehonoreerd, dat tot gevolg zou hebben dat andere gegadigden voor de opdracht door de aanbestedende dienst buiten spel worden gezet, zonder dat zij daarvan weet hebben en daarover kunnen klagen. Met de introductie van het begrip 'fundamenteel gebrek' in 2021 is deze strikte lijn in de jurisprudentie losgelaten. Voorzieningenrechter nemen steeds vaker aan dat sprake is van een fundamenteel gebrek, ook buiten de in artikel 4.15 AanbW 2012 genoemde gevallen. Dat leidt tot rechtsonzekerheid voor alle partijen en verstoort de recent gecreëerde balans tussen rechtsbescherming en rechtszekerheid. Door (weer) aansluiting te zoeken bij de 'zeer ernstige schendingen' kan duidelijkheid worden gecreëerd en de balans worden hersteld.

In lijn met het voorgaande vragen wij ons af het wenselijk is aan artikel 4.15 AanbW 2012 een vierde vernietigingsgrond toe te voegen die (kort samengevat) ziet op 'grove schendingen van de aanbestedingsrechtelijke beginselen', zoals voorgesteld in de open vraag bij het Wetsvoorstel Rechtsbescherming bij aanbesteden.¹² Hoewel wij de wens om een vierde vernietigingsgrond toe te voegen begrijpen, is de huidige formulering wat ons betreft – net als het begrip 'fundamenteel gebrek' – te vaag en onvoldoende concreet. Een dergelijke formulering zal ook in de postcontractuele fase tot rechtsonzekerheid leiden waardoor een *lawyers paradise* ontstaat. Wij pleiten daarom voor een duidelijke inkadering van het begrip 'fundamentele gebrek' in de precontractuele fase alsook van een eventuele vierde vernietigingsgrond in de postcontractuele fase.

Conclusie en enkele vuistregels voor de praktijk

Het aanbestedingsrechtelijke leerstuk van rechtsverwerking is volop in ontwikkeling. De nieuwe bestendige lijn die vanaf 2019 in de jurisprudentie is ontwikkeld heeft naar ons oordeel een bete-

re balans gecreëerd tussen de belangen van gegadigden en inschrijvers (rechtsbescherming) en de belangen van aanbestedende diensten en winnende inschrijvers (rechtszekerheid). Deze balans dreigt mogelijk (weer) te worden verstoord als de huidige tendens zich voorzet dat voorzieningenrechtters in steeds meer gevallen aannemen dat sprake is van een fundamenteel gebrek op grond waarvan het rechtsverwerkingsverweer wordt gepasseerd. Wij hopen dan ook dat het begrip 'fundamenteel gebrek' nader zal worden ingekaderd, bijvoorbeeld door aansluiting te zoeken bij de 'zeer ernstige schendingen' van het aanbestedingsrecht zoals bedoeld in artikel 4.15 AanbW 2012. Tot die tijd kunnen aanbestedende diensten er niet zonder meer op vertrouwen dat inschrijvers die hun bezwaren niet tijdig (vóór inschrijving) aan de orde hebben gesteld hun rechten hebben verwerkt daarover in een later stadium nog te klagen. Voor inschrijvers op aanbestedingen blijft het tot die tijd onduidelijk of zij na inschrijving, ondanks een onvoldoende proactieve houding, alsnog bezwaar kunnen maken tegen een (vermeend fundamenteel) gebrek.

mr. S.B. Groenwold

advocaat bouw- en aanbestedingsrecht bij Duet advocaten

mr. M.C. Briaire

advocaat bouw- en aanbestedingsrecht bij Duet advocaten

¹² Open vraag bij wetsvoorstel rechtsbescherming bij aanbesteden van 14 juli 2023, www.internetconsultatie.nl.

Veroordeling tot nader onderzoek naar ingediende referentie vóór gunning

Rechtbank Gelderland zp Arnhem
23 oktober 2024, 440234,
ECLI:NL:RBGEL:2024:7239
(mr. G.J. Meijer)

Beoordeling referentieprojecten.

[AanbW 2012 art. 2.113a lid 2]

Vitens heeft een Europese openbare aanbesteding georganiseerd voor de levering van onder andere watermeteropstellingen. Eiseres en Tussenkomende partij hebben op de opdracht ingeschreven. In deze zaak gaat het om perceel 1. De inschrijvingen zijn door een samengestelde team van deskundigen van Vitens beoordeeld. Eiseres kon zich niet in het voornemen tot gunning aan Tussenkomende partij vinden. Na haar bezwaar heeft Vitens nader onderzoek gedaan naar de inschrijving van Tussenkomende partij, maar Eiseres blijft van mening dat de beoordeling van de inschrijving van Tussenkomende partij niet correct heeft plaatsgevonden.

Beoordeling

De vraag is of Tussenkomende partij rechtsgeldig op de opdracht van Vitens inschreef. De rechter overweegt als volgt. Tussenkomende partij heeft in het kader van haar inschrijving op de opdracht een referentie ingediend, waarmee zij heeft willen aantonen te voldoen aan Kerncompetentie A. Op grond van deze kerncompetentie dient inschrijver aan te tonen dat zij ervaring heeft met het zelf en aan één opdrachtgever (afnemer/klant) leveren van het productpakket (Bijlagen 5A t/m 5D). De referentie dient een opdracht voor de duur van minimaal 3 jaar te omvatten, met een gefactureerde waarde van € 1.250.000 excl. btw op jaarbasis en een minimale leverperformance van 95%.

Tussenkomende partij heeft Bedrijf 2 als referent opgegeven. Uit navraag bij Bedrijf 2 is gebleken dat de opdracht in kwestie een raamovereenkomst betreft waaronder Bedrijf 2 zowel rechtstreeks als indirect bij Tussenkomende partij heeft

besteld. Namens Bedrijf 2 is uitgelegd dat het proces van indirect bestellen zo verliep dat Bedrijf 2 een order plaatste bij de aannemer voor het plaatsen van een watermeteropstelling, op grond waarvan die aannemer vervolgens verplicht was (namens Bedrijf 2) een order bij Tussenkomende partij te plaatsen tot levering van de daarvoor benodigde watermeterbeugels en daaraan gelieerde onderdelen. Op basis daarvan moet worden aangenomen dat Bedrijf 2 in juridisch opzicht opdrachtgever van Tussenkomende partij is voor alle opdrachten die onder de raamovereenkomst worden verstrekt en dat Bedrijf 2 onderaan de streep feitelijk de afnemer/klant is van Tussenkomende partij. Bedrijf 2 verkreeg de eigendom van de door Tussenkomende partij op basis van de raamovereenkomst geleverde artikelen, zodat de referentieopdracht voorshands geoordeeld aan dit onderdeel van de eis voldoet.

Met betrekking tot de minimaal gefactureerde waarde, stelt Eiseres dat de referentieopdracht die Tussenkomende partij heeft gebruikt nooit een jaarlijkse waarde van minimaal € 1.250.000 kan vertegenwoordigen. De rechter is van oordeel dat, nu het geen 'fictieve' maar indicatieve aantallen betreft, er (in kort geding) van mag worden uitgegaan dat de door Bedrijf 2 genoemde aantallen gebaseerd zijn op relevante gegevens en ten minste als informatief hebben te gelden voor potentiële inschrijvers om hun inschrijving (mede) op te kunnen baseren. Eiseres heeft vervolgens een marktconforme prijs voor het betreffende aantal artikelen gehanteerd en is daarmee uitgekomen op een waarde van € 539.000 op jaarbasis voor perceel 4. Aan de hand van die uitkomst heeft Eiseres contact gezocht met de partij die perceel 4 van de opdracht van Bedrijf 2 heeft gewonnen en thans uitvoert, welke partij aan Eiseres heeft verklaard dat zij helaas geen uitspraken mag doen met betrekking tot de aanbesteding van Bedrijf 2, maar dat zij wel kan bevestigen dat de omzet van perceel 4 zeker geen € 1.250.000 bedraagt, ook zeker geen € 1.000.000, maar eerder richting de € 750.000 gaat. Volgens Eiseres is op basis van dit alles volstrekt onduidelijk op welke wijze de door Tussenkomende partij aangehaalde raamovereenkomst met Bedrijf 2 met een gemiddelde waarde van circa € 1.350.000 op jaarbasis tot stand is gekomen en kan de enige logische verklaring zijn dat Tussenkomende partij gelieerde artikelen heeft meegerekend, die niet onder de opdracht van Vitens vallen. Dit heeft zij in reactie op