

**Zoekterm: JAAN 2020/137**

Er is gezocht met juridische thesaurus op: JAAN 2020  
137

Er is gezocht op: *publicatie JA 2020/137 of JAAN  
2020/137*

**Gebruikte voorspecificaties:**

Inclusief woordvariaties en synoniemen

**Over dit document:**

Jurisprudentie, gepubliceerd

Bron: JAAN

---

**JAAN 2020/137, Voorzieningenrechter Rechtbank Midden-Nederland 19-06-2020, ECL...**


---

Ook gepubliceerd in:

[ECLI:NL:RBMNE:2020:2188](#)

[Open dit document in PDF formaat](#)

JAAN 2020/137, Voorzieningenrechter Rechtbank Midden-Nederland, 19-06-2020,  
ECLI:NL:RBMNE:2020:2188, nr. C/16/498949 / KG ZA 20-121 (annotatie)

**Inhoudsindicatie**

Abnormaal lage inschrijving, Irreële inschrijving, Proportionaliteitsbeginsel, Uitsluiting, Proportionaliteit uitsluiting, Gelijkheidsbeginsel, Aantasting mededinging

**Ga direct naar**

[Samenvatting](#)  
[Uitspraak](#)  
[Beslissing/besluit](#)  
[Noot](#)

**Gegevens**

<b>Instantie</b>	Voorzieningenrechter Rechtbank Midden-Nederland
<b>Datum uitspraak</b>	19-06-2020
<b>Publicatie</b>	JAAN 2020/137 (Sdu Jurisprudentie Aanbestedingsrecht), aflevering 7, 2020
<b>Annotator</b>	Louwers, A.J.M. Essers, M.J.J.M. (JAAN)
<b>ECLI</b>	<a href="#">ECLI:NL:RBMNE:2020:2188</a>
<b>Zaaknummer</b>	nr. C/16/498949 / KG ZA 20-121

<b>Rechter(s)</b>	mr. J.O. Zuurmond
<b>Partijen</b>	de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid VOLKERRAIL NEDERLAND B.V., gevestigd te Vianen, eiseres, advocaat mr. J.F. van Nouhuys te Rotterdam, tegen de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid PRORAIL B.V., gevestigd te Utrecht, gedaagde, advocaten mr. P.H.L.M. Kuypers en mr. N.A.D. Groot te Brussel, België, en de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid ASSET RAIL B.V., gevestigd te Bemmelen, tussengekomen partij, advocaten mr. J.W.A. Meesters en mr. J.D. Movig te Amsterdam. Partijen zullen hierna VolkerRail, ProRail en Asset Rail genoemd worden.
<b>Overige publicaties</b>	<a href="#">ECLI:NL:RBMNE:2020:2188</a>
<b>Rechtsgebied</b>	Aanbestedingsrecht

## Samenvatting

ProRail heeft een Europese niet-openbare aanbesteding uitgeschreven voor de opdracht tot het verrichten van prestatiegericht onderhoud (PGO) aan de spoorinfrastructuur in het contractgebied Neerlands Midden.

X heeft zich op de aanbesteding ingeschreven. ProRail heeft X verschillende malen verzocht haar inschrijving toe te lichten, omdat X volgens ProRail een ambitieuze aanbieding had ingediend. ProRail heeft op 18 april 2019 een gunningsbeslissing genomen, waarin zij de inschrijving van X als irreëel althans abnormaal laag heeft afgewezen en te kennen heeft gegeven dat zij van plan is de opdracht aan Y te gunnen.

## Beoordeling van het geschil

De voorzieningenrechter stelt allereerst vast dat het verweer van ProRail dat X wegens schending van par. 5.2 van de Aanbestedingsleidraad van de aanbestedingsprocedure moet worden uitgesloten, het meest verstrekkend is en behandelt dit punt als eerste. Indien de conclusie is dat ProRail X terecht van de aanbestedingsprocedure heeft uitgesloten, behoeft de vraag of ProRail de inschrijving van X terecht als irreëel althans abnormaal laag terzijde heeft gesteld, geen bespreking meer, aldus de voorzieningenrechter.

ProRail stelt zich op het standpunt dat X in strijd heeft gehandeld met het bepaalde in par. 5.2 van de Aanbestedingsleidraad, ingevolge waarvan het voor inschrijvers verboden is om gedurende de procedure met derden over het object van de aanbesteding te communiceren zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van ProRail. X zou na de voorlopige gunning contact hebben gezocht met Y om over deze aanbesteding te communiceren, zonder voorafgaande toestemming van ProRail. X zou contact met Y hebben opgenomen om tot afspraken te komen over (een verdeling van) andere PGO- gebieden waar zowel X als Y prestatiegericht onderhoud voor ProRail verrichten.

X heeft het niet betwist dat zij een voorstel aan Y heeft gedaan voor een verdeling van de PGO-gebieden. Zij stelt zich echter op het standpunt dat dit op grond van de Aanbestedingsleidraad was toegestaan en dat er voor ProRail geen reden is om haar daarvoor van de aanbestedingsprocedure uit te sluiten. Volgens X was het bepaalde in de Aanbestedingsleidraad niet op haar en Y van toepassing, omdat zij ten tijde van het onderlinge contact niet langer gegadigden waren, maar inschrijvers. Gezien het feit dat in par. 5.1 is vermeld dat het voor gegadigden gedurende de procedure niet is toegestaan om met derden over het object van de aanbesteding te communiceren, had X als behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver echter kunnen begrijpen dat dit verbod tot aan het moment van definitieve gunning gold en niet alleen voor de periode tot aan de inschrijvingen, aldus de voorzieningenrechter.

X stelt dat, voor zover al sprake zou zijn van schending van het bepaalde in par. 5.2, de sanctie van uitsluiting disproportioneel is. Volgens X ziet par. 5.2 op de situatie waarin beperking van de mededinging ten nadele van ProRail in het geding is en is hiervan in dit geval geen sprake geweest. ProRail stelt zich op het standpunt dat de sanctie van uitsluiting gelet op de aard van de schending van par. 5.2 wèl proportioneel is. Zij stelt dat het doel van par. 5.2 niet is om beperking van de mededinging ten nadele van ProRail te voorkomen, maar om te voorkomen dat inschrijvers in het kader van de aanbestedingsprocedure contact met elkaar onderhouden.

De voorzieningenrechter deelt het standpunt van ProRail dat de sanctie van uitsluiting in dit geval proportioneel is. Zoals Y er terecht op heeft gewezen, was de concurrentie tussen X en Y ten tijde van het contact nog niet voltooid. X had immers twee kortgedingprocedures aanhangig gemaakt tegen het voornemen van ProRail om de opdrachten voor de andere PGO-gebieden aan Y te gunnen. X was op dat moment nog steeds in de race voor de opdrachten en toewijzing van haar vorderingen zou ertoe kunnen leiden dat de opdrachten toch aan haar gegund zouden moeten worden. Als Y op het voorstel van X was ingegaan, dan had dit geleid tot marktverdeling. Dit had wel degelijk afbreuk gedaan aan de keuzevrijheid van ProRail en de mededinging zou hierdoor zijn beperkt, aldus de voorzieningenrechter.

X heeft met een beroep op het gelijkheidsbeginsel gesteld dat als zij van de aanbestedingsprocedure wordt uitgesloten, hetzelfde zou moeten gelden voor Y omdat Asset Rail ook in het onderlinge contact betrokken was. X betwist dat Y het contact steeds heeft afgehouden en heeft zij aan X een tegenvoorstel gedaan. Y heeft echter betwist dat zij een tegenvoorstel heeft gedaan en dat de inhoud van het gespreksverslag juist is. De voorzieningenrechter oordeelt dat het niet aannemelijk is geworden dat Y daadwerkelijk met X over de verdeling van de PGO-gebieden heeft onderhandeld. In elk geval staat ook vast dat het initiatief voor contact afkomstig was van X en dat Y niet zelf contact heeft gezocht. Dat maakt de positie van partijen in deze discussie ongelijk. ProRail stelt zich terecht op het standpunt dat uitsluiting van Y gelet hierop disproportioneel zou zijn. Het beroep van X op het gelijkheidsbeginsel gaat daarom niet op, aldus de voorzieningenrechter.

## Conclusie

De voorzieningenrechter concludeert dat ProRail X terecht heeft uitgesloten van de aanbestedingsprocedure. De vorderingen van X kunnen daarom niet worden toegewezen. De vraag de inschrijving van X terecht als irreëel dan wel abnormaal laag terzijde moet worden gelegd door ProRail, behoeft daarom geen bespreking meer.

## Uitspraak

## **1. De procedure**

### 1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

de dagvaarding;  
de akte houdende overlegging producties van VolkerRail;  
de akte houdende overlegging aanvullende producties van VolkerRail;  
de incidentele conclusie houdende vordering tot tussenkomst subsidiair voeging van Asset Rail;  
het faxbericht van VolkerRail van 11 mei 2020;  
het skype-overleg tussen de voorzieningenrechter en de gemachtigden van VolkerRail, ProRail en Asset Rail van 15 mei 2020;  
het incidenteel vonnis van 20 mei 2020, waarbij Asset Rail als tussenkomende partij is toegelaten;  
de conclusie van antwoord met producties van ProRail;  
de conclusie van antwoord, tevens nadere conclusie van eis, met producties van Asset Rail;  
het faxbericht van ProRail van 19 mei 2020;  
de brief van VolkerRail van 20 mei 2020;  
het e-mailbericht van de griffier aan partijen van 26 mei 2020;  
de mondelinge behandeling van 5 juni 2020;  
de pleitnota van VolkerRail;  
de pleitnota van ProRail;  
de pleitnota van Asset Rail.

### 1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

## **2. De formele besluiten**

### *het verzoek om behandeling achter gesloten deuren*

2.1. VolkerRail heeft de voorzieningenrechter bij dagvaarding verzocht de mondelinge behandeling op grond van artikel 27 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering achter gesloten deuren te laten plaatsvinden, althans te bevelen dat uitsluitend de voorafgaand aan de kortgedingzitting kenbaar gemaakte vertegenwoordigers van de betrokken procespartijen bij de behandeling worden toegelaten. De voorzieningenrechter heeft partijen bij e-mail van 26 mei 2020 laten weten dat het praktisch gezien niet nodig is om op dit verzoek te beslissen, omdat als gevolg van de coronamaatregelen de beschikbare capaciteit tijdens de zitting vermoedelijk volledig zal worden benut door vertegenwoordigers van VolkerRail, ProRail en Asset Rail, waardoor er geen ruimte meer is voor derden. Dit is ook inderdaad het geval geweest: er was in de zittingszaal alleen (beperkt) ruimte voor de vertegenwoordigers van partijen en niet voor derden. De voorzieningenrechter heeft gelet hierop met instemming van VolkerRail bepaald dat een beslissing op het verzoek tot behandeling van de zaak achter gesloten deuren achterwege kan blijven.

### *het bezwaar tegen overlegging gecensureerde producties*

2.2. ProRail heeft in haar faxbericht van 19 mei 2020 bezwaar gemaakt tegen de overlegging door VolkerRail van gecensureerde producties, waarin bedrijfsvertrouwelijke informatie is weggelakt. Zij stelt dat zij hierdoor wordt beperkt in het voeren van verweer en dat ook de voorzieningenrechter in zijn oordeelsvorming zal worden beperkt. ProRail wijst daarnaast op de positie van Asset Rail.

2.3. De voorzieningenrechter heeft partijen in de e-mail van 26 mei 2020 laten weten dat hij aan dit bezwaar voorbijgaat, omdat het aan VolkerRail is om haar vorderingen nader te onderbouwen en daartoe de gegevens in het geding te brengen die zij daarvoor nodig acht. Daarnaast is toegezegd dat, indien ProRail en Asset Rail aannemelijk kunnen maken dat zij als gevolg van het beroep van VolkerRail op de vertrouwelijkheid van bepaalde gegevens in hun procesbelangen worden geschaad, de voorzieningenrechter daarmee in zijn beoordeling of bepaling van het verdere procesverloop rekening zal houden.

### 3. Het geschil en de beoordeling daarvan

#### *voorgeschiedenis*

3.1. ProRail heeft een Europese niet-openbare aanbesteding uitgeschreven voor de opdracht tot het verrichten van prestatiegericht onderhoud (hierna: PGO) aan de spoorinfrastructuur in het contractgebied Neerlands Midden. De inschrijvers konden op het inschrijvingsbiljet vier bedragen invullen waarmee zij wensten in te schrijven. Naast deze vier bedragen moesten zij in een kolom aangeven met hoeveel minuten zij de gemiddelde FHT (functiehersteltijd) zouden verminderen, wat de verlaging van het aantal UO's (Urgente Onregelmatigheden) en DOT's (Dringende Onregelmatigheden met Tijdsafpraak) zou zijn en wat de verlaging van de totale FHT voor UO's en DOT's zou zijn. VolkerRail en Asset Rail hebben op deze opdracht ingeschreven.

3.2. ProRail heeft VolkerRail verschillende malen verzocht haar inschrijving toe te lichten, omdat VolkerRail volgens ProRail een ambitieuze aanbieding had ingediend op het aantal UO's en DOT's. Er heeft aansluitend een zogenaamd ALI (Abnormaal Lage Inschrijving)-gesprek tussen VolkerRail en ProRail plaatsgevonden. Op 8 april 2019 heeft ProRail een voorlopige beoordeling kenbaar gemaakt. VolkerRail heeft aangegeven dat zij niet in staat is binnen de door ProRail gestelde termijn een goede reactie op de voorlopige beoordeling te geven.

3.3. ProRail heeft op 18 april 2019 een gunningsbeslissing genomen, waarin zij de inschrijving van VolkerRail als irreëel althans abnormaal laag heeft afgewezen en te kennen heeft gegeven dat zij van plan is de opdracht aan Asset Rail te gunnen.

3.4. VolkerRail heeft vervolgens een kortgedingprocedure aanhangig gemaakt (zaaknummer 481488/KG ZA 19-332), waarin zij - kort samengevat - heeft gevorderd:

primair ProRail te gebieden haar gunningsbeslissing in te trekken en ProRail te verbieden de opdracht aan een ander te gunnen dan aan VolkerRail, en  
subsidiar ProRail te gebieden het voorgeschreven daadwerkelijke contradictoire debat met VolkerRail te doorlopen en een nieuwe gunningsbeslissing te uiten.

3.5. VolkerRail had rond dezelfde tijd ook een kortgedingprocedure aanhangig gemaakt in een andere aanbestedingsprocedure, waarin ProRail een opdracht in het PGO-gebied Eemland [...] voorlopig aan Asset Rail had gegund en zij de inschrijving van VolkerRail als irreëel dan wel abnormaal laag terzijde had gelegd. VolkerRail heeft deze procedure enige tijd later weer ingetrokken.

3.6. De voorzieningenrechter heeft bij vonnis van 31 juli 2019 (ECLI:NL:RBMNE:2019:3633) onder meer geoordeeld dat in voldoende mate een contradictoir heeft plaatsgevonden maar dat dit nog niet was voltooid op het moment dat ProRail de beslissing nam over het abnormaal lage karakter van de inschrijving van VolkerRail. ProRail is daarom geboden, voor zover zij de opdracht nog wenst te gunnen, het voorgeschreven contradictoire debat met VolkerRail verder te doorlopen.

3.7. In de periode augustus tot en met december 2019 heeft een voortzetting van het contradictoire debat plaatsgevonden en hebben partijen in dat kader de prestaties van VolkerRail in de PGO-gebieden Rotterdam en Amsterdam in 2018 besproken. ProRail heeft op 17 december 2019 haar voorlopige beoordeling van 8 april 2019 nader gemotiveerd. VolkerRail heeft hier op 13 januari 2020 op gereageerd.

3.8. Op 28 januari 2020 heeft ProRail aan VolkerRail een aanvullende of nieuwe (partijen zijn het daar niet over eens) gunningsbeslissing kenbaar gemaakt. ProRail heeft daarin primair het standpunt ingenomen dat onverminderd sprake is van een irreële althans een abnormaal lage inschrijving. Zij heeft zich subsidiar op het standpunt gesteld dat VolkerRail moet worden uitgesloten van deze aanbestedingsprocedure vanwege het handelen in strijd met paragraaf 5.2 van de Aanbestedingsleidraad door het opnemen van contact met Asset Rail en de aard van het voorstel van VolkerRail aan Asset Rail.

#### *de vorderingen van VolkerRail*

3.9. VolkerRail is het niet eens met beslissing tot terzijdelegging van haar inschrijving en uitsluiting van de aanbestedingsprocedure en vordert:

primair:

ProRail te verbieden de opdracht aan Asset Rail te gunnen, althans aan een ander dan aan VolkerRail;  
en  
ProRail te gebieden de tweede gunningsbeslissing in te trekken;

subsidiar:

ProRail te verbieden de opdracht aan Asset Rail te gunnen;  
ProRail te gebieden de tweede gunningsbeslissing in te trekken;

indien en voor zover ProRail de opdracht nog wenst te gunnen:

ProRail te gebieden het voorgeschreven daadwerkelijke contradictoire debat met VolkerRail (verder) te doorlopen, zulks met inachtneming van dit vonnis;  
ProRail te gebieden een nieuwe gunningsbeslissing te uiten;

meer subsidiar:

ProRail te verbieden de opdracht aan Asset Rail te gunnen;  
ProRail te gebieden de tweede gunningsbeslissing in te trekken;

indien en voor zover ProRail de opdracht nog wenst te gunnen:

ProRail te gebieden de opdracht opnieuw aan te besteden;

uiterst subsidiar:

de opschortende termijn voor het definitief gunnen van de opdracht te verlengen tot na de uitspraak in hoger beroep dan wel tot het einde van de beroepstermijn indien deze ongebruikt verstrijkt;

waarbij elk gebod en verbod aan ProRail wordt opgelegd op straffe van verbeurte van een direct opeisbare dwangsom van € 1.000.000,- en met veroordeling van ProRail in de kosten van deze procedure.

3.10. ProRail en Asset Rail concluderen tot afwijzing van de vorderingen van VolkerRail, met veroordeling van VolkerRail in de proceskosten en de nakosten, vermeerderd met wettelijke rente.

*spoedeisendheid*

3.11. De spoedeisendheid van de zaak is uit het gestelde en gevorderde voldoende aannemelijk geworden.

*de beoordeling van de uitsluiting*

3.12. De voorzieningenrechter stelt vast dat het subsidiaire verweer van ProRail dat VolkerRail wegens schending van paragraaf 5.2 van de Aanbestedingsleidraad van de aanbestedingsprocedure moet worden uitgesloten, het meest verstrekkend is. Indien dit verweer slaagt, staat dit hoe dan ook aan toewijzing van de vorderingen van VolkerRail in de weg en is het niet nodig het primaire verweer van ProRail dat de inschrijving irreëel dan wel abnormaal laag is te beoordelen. ProRail heeft de voorzieningenrechter verzocht desondanks in elk geval inhoudelijk uitspraak te doen over haar primaire verweer, omdat zij haar verweren bewust als primair en subsidiair naar voren heeft gebracht. In deze procedure staat echter niet de juistheid van de (gehele) gunningsbeslissing ter beoordeling, maar alleen de vraag of de vorderingen van VolkerRail

kunnen worden toegewezen. De voorzieningenrechter zal zich daarom in dit vonnis tot deze laatste vraag beperken.

3.13. In de paragrafen 5.1 en 5.2 van de Aanbestedingsleidraad is het volgende bepaald:

#### “5.1 Overleg met derden

Het is voor Gegadigden gedurende de procedure niet toegestaan met derden over het object van de aanbesteding te communiceren zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van ProRail. Een uitzondering hierop vormt het overleg met potentiële onderaannemers, voor zover dat in verband met de uitvoering van hun deel relevant is. (...)

#### 5.2 Uitsluiting van de procedure

Indien de Gegadigde zich niet conformeert aan de in deze Aanbestedingsleidraad beschreven werkwijze, kan dit leiden tot uitsluiting van de procedure. Dit geldt ook wanneer een Gegadigde contacten onderhoudt met ProRail over het onderhavige aanbestedingsprocedure buiten het Aanbestedingsteam om, of ingeval geconstateerd wordt dat Gegadigden onderling contacten onderhouden over het onderhavige aanbestedingsprocedure. (...)

#### *standpunt ProRail*

3.14. ProRail stelt zich op het standpunt dat VolkerRail in strijd heeft gehandeld met het bepaalde in paragraaf 5.2 van de Aanbestedingsleidraad, omdat zij na de voorlopige gunning contact heeft gezocht met Asset Rail om over deze aanbesteding te communiceren, zonder voorafgaande toestemming van ProRail. VolkerRail heeft Asset Rail voorafgaand aan de mondelinge behandeling van het kort geding dat zij destijds aanhangig had gemaakt, tot twee keer toe (in een gesprek tussen de heren [A] van VolkerRail en [B] van Asset Rail op 24 juni 2019 en bij e-mail van [A] aan [B] van 26 juni 2019) contact met Asset Rail opgenomen om tot afspraken te komen over (een verdeling van) de gebieden PGO Eemland [.] en Neerlands Midden. VolkerRail heeft Asset Rail daarbij aangeboden de kortgedingprocedures tegen de afwijzingen van haar inschrijvingen voor PGO Eemland [.] en PGO Neerlands Midden in te trekken voorafgaand aan de mondelinge behandeling daarvan, zodat beide opdrachten aan Asset Rail zouden worden gegund. Alvorens VolkerRail hier echter toe zou overgaan diende Asset Rail te bevestigen dat zij de opdracht PGO Neerlands Midden in onderaanneming zou laten uitvoeren door VolkerRail tegen de inschrijfprijzen en voorwaarden (zoals het hogere aantal aangeboden UO's en DOT's) van Asset Rail. Tegelijkertijd zou Asset Rail daardoor de opdracht PGO Eemland [.] kunnen uitvoeren, hetgeen een procesrisico bij zou wegnemen.

#### *beoordeling stellingen VolkerRail*

3.15. VolkerRail heeft het niet betwist dat zij dit voorstel aan Asset Rail heeft gedaan. Zij stelt zich echter op het standpunt dat dit op grond van de Aanbestedingsleidraad was toegestaan en dat er voor ProRail geen reden is om haar daarvoor van de aanbestedingsprocedure uit te sluiten.

#### *toepasselijkheid paragrafen 5.1 en 5.2 van de Aanbestedingsleidraad*

3.16. Volgens VolkerRail was het bepaalde in de paragrafen 5.1 en 5.2 van de Aanbestedingsleidraad niet op haar en Asset Rail van toepassing, omdat zij ten tijde van het onderlinge contact niet langer gegadigden waren, maar inschrijvers. Gezien het feit dat in paragraaf 5.1 is vermeld dat het voor gegadigden *gedurende de procedure* niet is toegestaan om met derden over het object van de aanbesteding te communiceren, had VolkerRail als behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver echter kunnen begrijpen dat dit verbod tot aan het moment van definitieve gunning gold en niet alleen voor de periode tot aan de inschrijvingen.

3.17. VolkerRail stelt daarnaast dat contact met potentiële onderaannemers op grond van paragraaf 5.1 is toegestaan. ProRail stelt echter terecht dat VolkerRail zich niet op deze uitzonderingsgrond kan beroepen, omdat VolkerRail en Asset Rail beide zelfstandig op de opdracht hebben ingeschreven en de aanbestedingsprocedure nog niet was voltooid. De situatie dat overleg met potentiële onderaannemers in verband met de uitvoering van hun deel relevant was, deed zich dus niet voor.

3.18. Gezien het voorgaande is voldoende aannemelijk geworden dat VolkerRail in strijd met artikel 5.2 van de Aanbestedingsleidraad heeft gehandeld door tijdens de aanbestedingsprocedure contact met Asset Rail op te nemen over deze procedure. Vervolgens moet de vraag worden beantwoord of de sanctie van uitsluiting in dit geval proportioneel is.

#### *proportionaliteitstoets*

3.19. VolkerRail stelt dat, voor zover al sprake zou zijn van schending van het bepaalde in paragraaf 5.2 (hetgeen zij betwist), de sanctie van uitsluiting disproportioneel is. Volgens VolkerRail ziet paragraaf 5.2 op de situatie waarin beperking van de mededinging ten nadele van ProRail in het geding is en is hiervan in dit geval geen sprake geweest. Het contact met Asset Rail was bedoeld om te onderzoeken of de gunningsbeslissing in stand zou kunnen blijven zonder kort geding. Op dat moment had ProRail de inschrijving van VolkerRail al terzijde gelegd en waren de inschrijvingen al ingediend, zodat het contact niet tot verandering in de inschrijving heeft geleid. De uitkomst van dit overleg zou uiteraard aan ProRail zijn voorgelegd voor toestemming en de keuzevrijheid van ProRail is daardoor niet beperkt: ProRail kan nog steeds kiezen voor de inschrijving van VolkerRail.

3.20. ProRail stelt zich op het standpunt dat de sanctie van uitsluiting gelet op de aard van de schending van paragraaf 5.2 wèl proportioneel is. Zij stelt dat het doel van paragraaf 5.2 niet is om beperking van de mededinging ten nadele van ProRail te voorkomen, maar om te voorkomen dat inschrijvers in het kader van de aanbestedingsprocedure contact met elkaar onderhouden. VolkerRail heeft Asset Rail tot twee keer toe een voorstel tot marktverdeling gedaan en Asset Rail heeft beide keren moeten aangeven hier niet van gediend te zijn.

3.21. De voorzieningenrechter deelt het standpunt van ProRail dat de sanctie van uitsluiting in dit geval proportioneel is. Zoals Asset Rail er terecht op heeft gewezen, was de concurrentie tussen VolkerRail en Asset Rail ten tijde van het contact nog niet voltooid: VolkerRail had immers twee kortgedingprocedures aanhangig gemaakt tegen het voornemen van ProRail om de opdrachten voor de PGO-gebieden Eemland [.] en Neerlands Midden aan Asset Rail te gunnen. VolkerRail was op dat moment nog steeds in de race voor de opdrachten en toewijzing van haar vorderingen zou ertoe kunnen leiden dat de opdrachten toch aan haar gegund zouden moeten worden. Als Asset Rail op het voorstel van VolkerRail was ingegaan, dan had dit geleid tot marktverdeling. Dit had - anders dan VolkerRail stelt - wel degelijk afbreuk gedaan aan de keuzevrijheid van ProRail en de mededinging zou hierdoor zijn beperkt. Dat geldt extra sterk in een beperkte markt zoals hier aan de orde is, waarbij slechts een viertal erkende aannemers op onderhoudsopdrachten kan inschrijven.

#### *beroep op gelijkheidsbeginsel*

3.22. VolkerRail heeft met een beroep op het gelijkheidsbeginsel gesteld dat als zij van de aanbestedingsprocedure wordt uitgesloten, hetzelfde zou moeten gelden voor Asset Rail omdat Asset Rail ook in het onderlinge contact betrokken was. VolkerRail betwist dat Asset Rail het contact steeds heeft afgehouden. Volgens VolkerRail heeft Asset Rail tijdens het gesprek op 24 juni 2019 een tegenvoorstel gedaan. Zij wilde namelijk het prijsverschil volledig in eigen zak steken, hetgeen voor VolkerRail niet acceptabel was. VolkerRail verwijst ter onderbouwing van deze stelling naar een gespreksverslag dat de heer [A] van VolkerRail heeft opgesteld. Asset Rail heeft echter betwist dat zij een tegenvoorstel heeft gedaan en dat de inhoud van het gespreksverslag juist is. Daarom is niet aannemelijk geworden dat Asset Rail daadwerkelijk met VolkerRail over de verdeling van de PGO-gebieden heeft onderhandeld. In elk geval staat ook vast dat het initiatief voor contact afkomstig was van VolkerRail en dat Asset Rail niet zelf contact heeft gezocht. Dat maakt de positie van partijen in deze discussie ongelijk. ProRail stelt zich terecht op het standpunt dat uitsluiting van Asset Rail gelet hierop disproportioneel zou zijn. Het beroep van VolkerRail op het gelijkheidsbeginsel gaat daarom niet op.

#### *tijdigheid mededeling uitsluiting*

3.23. VolkerRail stelt ten slotte dat ProRail de beslissing tot uitsluiting eerder aan haar had moeten meedelen. Asset Rail had immers al aan het einde van de mondelinge behandeling van het eerste kort geding een opmerking gemaakt over het onderlinge contact dat had plaatsgevonden en ProRail heeft zich tot de voorlopige beoordeling van 17 december 2019 niet op deze uitsluitingsgrond beroepen. In de tussentijd is zeer veel tijd en geld gespendeerd aan het voeren van het voortgezette contradictoire debat. VolkerRail



stelt dat ProRail hiermee in strijd heeft gehandeld met haar verplichting op grond van 3.71 juncto artikel 2.103 lid 1 van de Aanbestedingswet 2012 om de uitsluiting zo spoedig mogelijk schriftelijk mee te delen.

3.24. ProRail betwist terecht dat zij in strijd met deze bepalingen heeft gehandeld. Het doel van deze artikelen is dat inschrijvers of gegadigden uit oogpunt van rechtsbescherming, zo spoedig mogelijk kennis kunnen nemen van (de redenen voor) de gunningsbeslissing die ten aanzien van hen is genomen. Nu de aanvullende of nieuwe gunningsbeslissing op 28 januari 2020 is genomen en ProRail VolkerRail al in de voorlopige beoordeling van 17 december 2019 van de voorgenomen uitsluiting op de hoogte heeft gesteld, is niet in strijd met deze artikelen gehandeld en is VolkerRail niet haar rechten geschaad.

3.25. Voor zover VolkerRail hiermee tevens bedoelt te betogen dat ProRail haar recht heeft verwerkt om een beroep te doen op de uitsluitingsgrond van paragraaf 5.2 van de Aanbestedingsleidraad, gaat deze stelling niet op. VolkerRail heeft immers geen feiten en omstandigheden gesteld op grond waarvan zij er gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat ProRail haar het contact met Asset Rail niet meer zou tegenwerpen. Uit de overgelegde stukken blijkt dat ProRail al bij brief van 10 september 2019 een toelichting aan VolkerRail heeft gevraagd over het contact met Asset Rail, welke toelichting VolkerRail bij brief van 6 september 2019 heeft gegeven. Gesteld noch gebleken is dat ProRail VolkerRail naar aanleiding van deze toelichting heeft laten weten dat deze kwestie voor haar was afgedaan. VolkerRail kon dit gerechtvaardigd vertrouwen ook niet ontlenen aan de enkele omstandigheid dat ProRail met haar het contradictoire debat heeft voortgezet over de PGO-gebieden Rotterdam en Amsterdam, omdat ProRail hiermee gehoor heeft gegeven aan het kortgedingvonnis van 31 juli 2019. Dat kan ProRail niet worden verweten.

#### *conclusie*

3.26. Gezien het voorgaande luidt de conclusie dat ProRail VolkerRail terecht heeft uitgesloten van de aanbestedingsprocedure. De primaire, subsidiaire en meer subsidiaire vorderingen van VolkerRail kunnen daarom niet worden toegewezen. Het primaire verweer van ProRail dat de inschrijving als irreëel dan wel abnormaal laag terzijde moet worden gelegd, behoeft daarom geen bespreking meer.

3.27. De voorzieningenrechter ziet geen aanleiding om, zoals VolkerRail uiterst subsidiair heeft gevorderd, de opschortende termijn voor het definitief gunnen van de opdracht te verlengen tot na de uitspraak in hoger beroep of tot het einde van de beroepstermijn indien deze ongebruikt verstrijkt. Uitgangspunt is immers dat het instellen van hoger beroep aan gunning niet in de weg mag staan en dat de opschortingstermijn eindigt na het vonnis in eerste aanleg. Zoals Asset Rail terecht stelt, is daarmee door de wetgever beoogd een evenwicht te vinden tussen het spoedeisend belang van de aanbestedende dienst en de winnaar van de aanbesteding om snel tot uitvoering van de aanbestede opdracht over te kunnen gaan en het belang van voldoende effectieve rechtsbescherming voor de klagende partij. In dit geval is niet gebleken van bijzondere omstandigheden die een uitzondering op dit uitgangspunt zouden kunnen rechtvaardigen. Daarbij wordt ook in aanmerking genomen dat de oorspronkelijk gunningsbeslissing al van 18 april 2019 dateert en dat VolkerRail het contractgebied als zittende aannemer als gevolg van deze procedure nog steeds onder zich heeft. Asset Rail en ProRail hebben er belang bij dat er een einde komt aan de huidige onzekerheid en dat de opdracht definitief aan Asset Rail kan worden gegund. Dit belang dient te prevaleren boven het belang van VolkerRail om na een succesvolle hogerberoepsprocedure mogelijk nog voor gunning in aanmerking te kunnen komen. Deze vordering zal daarom ook worden afgewezen.

#### *kosten*

3.28. VolkerRail zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten van ProRail en Asset Rail worden veroordeeld. De kosten worden voor elk van deze partijen begroot op:

griffierecht € 656,00  
salaris advocaat 980,00

Totaal € 1.636,00

3.29. ProRail en Asset Rail hebben vergoeding van de nakosten en de wettelijke rente over de proceskosten gevorderd. Deze zullen worden toegewezen zoals in de beslissing is bepaald.

### *de vordering van Asset Rail*

3.30. Asset Rail vordert ProRail te veroordelen tot gunning van de opdracht aan haar, indien en voor zover ProRail nog tot gunning van de opdracht wenst over te gaan, met veroordeling van VolkerRail in de proceskosten en de nakosten, vermeerderd met wettelijke rente.

3.31. Nu ProRail nog steeds voornemens is de opdracht aan Asset Rail te gunnen, zal Asset Rail wegens gebrek aan belang niet-ontvankelijk worden verklaard in haar vordering. De kosten tussen Asset Rail en ProRail zullen worden gecompenseerd, in die zin dat elke partij de eigen kosten draagt.

## **4. De beslissing**

De voorzieningenrechter

4.1. wijst de vorderingen af;

4.2. veroordeelt VolkerRail in de proceskosten van ProRail en Asset Rail, die voor elk van hen tot op heden worden begroot op € 1.636,00, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 van het Burgerlijk Wetboek (BW) over dit bedrag met ingang van de vijftiende dag na betekening van dit vonnis tot de dag van volledige betaling;

4.3. veroordeelt VolkerRail, onder de voorwaarde dat zij niet binnen 14 dagen na aanschrijving door ProRail en Asset Rail volledig aan dit vonnis voldoet, in de na dit vonnis ontstane kosten, begroot voor elk van deze partijen op:

€ 157,00 aan salaris advocaat, vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW met ingang van de vijftiende dag na aanschrijving,  
te vermeerderen, indien betekening van het vonnis heeft plaatsgevonden, met een bedrag van € 82,00 aan salaris advocaat en de exploitkosten van betekening van het vonnis;

4.4. verklaart Asset Rail niet-ontvankelijk in haar vordering tegen ProRail;

4.5. compenseert de proceskosten tussen Asset Rail en ProRail, in die zin dat elke partij de eigen kosten draagt;

4.6. verklaart dit vonnis wat betreft de kostenveroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

## **Noot**

### **Algehele radiostilte tussen inschrijvers als voorschrift tijdens gehele looptijd aanbestedingsprocedure**

Contact met andere personen van de aanbestedende dienst wordt veelal in de aanbestedingsdocumenten op straffe van uitsluiting verboden. In de praktijk past de rechter een contactverbod strikt toe. Volgens een vonnis<sup>1</sup> van de voorzieningenrechter van de rechtbank Oost-Brabant uit 2017 moet een professionele partij als behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver begrijpen dat een regel over de voorgeschreven wijze van communicatie bedoeld is om te voorkomen dat een inschrijver, buiten de andere inschrijver(s) om, zou kunnen communiceren met de aanbestedende dienst en op die manier oneerlijk kan concurreren. Wanneer die regel wordt overtreden is dat voldoende reden om die partij uit te sluiten. De voorzieningenrechter van de rechtbank Groningen oordeelde in 2012<sup>2</sup> echter specifiek dat uitsluiting vanwege het overtreden van een contactverbod na het uitspreken van het gunningsbesluit, niet proportioneel was. Er bestaat immers in beginsel geen risico op concurrentievervalsing meer na het uitspreken van het gunningsvoornemen. De wedstrijd is dan gespeeld en de uitslag is bekendgemaakt. Eventuele aanpassingen in een beoordeling moeten aan de overige inschrijvers gecommuniceerd worden (en kunnen gecontroleerd worden).

In de onderhavige zaak ging het om een verbod dat was uitgebreid tot contact met derden over “het object van de aanbesteding” en over de aanbestedingsprocedure, anders dan in het kader van potentiële onderaanneming. Een dergelijke uitbreiding van het contactverbod in aanbestedingsdocumenten tot derden komt in de praktijk niet vaak voor. Het kan worden gezien als een aanscherping van het kartelverbod uit de Mededingingswet dat deelnemers aan een aanbesteding verbiedt om samen te spannen door inschrijvingen op elkaar af te stemmen. Doorgaans wordt er als gevolg van een dergelijke samenspanning een hogere prijs en/of slechtere kwaliteit geboden dan zonder samenspanning het geval zou zijn. Van een inbreuk op het kartelverbod kan ook sprake zijn als partijen onderling afspraken maken over terugtrekking van een bod (biedonderdrukking) of verdeling van opdrachten (marktverdeling). Zelfs uitwisseling van informatie tussen deelnemers aan een aanbesteding kan verboden zijn wanneer dat kan leiden tot een afstemming van het inschrijfgedrag of tot andere mededingingsbeperking.<sup>3</sup>

De vraag waarover de rechtbank Midden-Nederland zich in deze zaak heeft gebogen is of een contactverbod ook geldt wanneer de voorlopige gunningsbeslissing al is genomen en of uitsluiting proportioneel is in dat stadium van de procedure bij overleg over onderaanneming in ruil voor het intrekken van een kort geding.

De rechtbank stelt zich bij de beoordeling van het contact, net als in de genoemde zaak van de Voorzieningenrechter van de rechtbank Oost-Brabant, formalistisch op. Bij deze formalistische benadering kunnen in deze zaak diverse kanttekeningen geplaatst worden. Ten eerste kwalificeert de rechtbank dit contact namelijk als een (poging tot) marktverdeling, terwijl in feite de opdrachten met de voorlopige gunningsbeslissingen al door ProRail verdeeld waren. ProRail had haar keuze al gemaakt en de mededinging had al plaatsgevonden. Het gaat naar onze mening in een dergelijke situatie (te) ver om een afspraak tussen Asset Rail en VolkerRail om een kort geding in te trekken in ruil voor een onderaanneming als marktverdeling aan te merken. Het doel van de beoogde afspraak was immers geen marktverdeling maar een schikking. Op de inhoud van de inschrijvingen kon het contact geen invloed hebben. Evenmin werd met de afspraak een intrekking van de inschrijving van VolkerRail beoogd, zodat niet valt in te zie hoe de mededinging beperkt zou zijn wanneer er een afspraak was gemaakt. Dat de aanbestedingsprocedures voor PGO Eemland en PGO Neerlands Midden op dat moment vanwege kortgedingprocedures nog niet tot definitieve gunning had geleid doet daar niet aan af.

Ook het oordeel van de rechtbank dat het intrekken van het kort geding en een onderaanneming zoals door VolkerRail was voorgesteld afbreuk had gedaan aan de keuzevrijheid van ProRail, roept vragen op. Feitelijk is het wel zo dat ProRail via een omweg zo een inschrijver als onderaannemer had kunnen krijgen waarvan de inschrijving zelf als abnormaal laag was afgewezen. Maar je kunt je afvragen of daarmee de keuzevrijheid ten aanzien van onderaanneming is beperkt. In veel aanbestedingsdocumenten is immers bepaald dat een opdrachtnemer onderaannemers moet introduceren bij de aanbestedende dienst en diens toestemming moet vragen alvorens zij als onderaannemer kunnen worden ingezet. Als ProRail een dergelijke clause in de aanbestedingsdocumenten heeft opgenomen, dan kan zij ook na een definitieve gunning de inzet van VolkerRail als onderaannemer in beginsel nog weigeren. Een interessante vraag is dan of zij onderaanneming enkel zou mogen weigeren omdat de onderaanneming abnormaal laag of irreëel is of dat die omstandigheid in geval van onderaanneming voor rekening en risico van Asset Rail als hoofdaannemer komt en zo buiten de invloedssfeer van ProRail blijft. Bovendien zou de onderaanneming niet tegen de prijzen en voorwaarden van VolkerRail worden uitgevoerd maar tegen die van Asset Rail. Wanneer een dergelijke clause daarentegen niet is opgenomen in de aanbestedingsdocumenten, dan geldt dat het aan Asset Rail is om te bepalen met welke onderaannemers zij wil samenwerken. Op de keuze van Asset Rail voor een bepaalde onderaannemer heeft ProRail dan geen invloed, zodat ook dan haar keuzevrijheid door het contact niet kon worden beïnvloed. Dus ofwel was er al geen invloed van ProRail op de onderaanneming en dan kan haar keuzevrijheid niet beperkt zijn ofwel die invloed was er wel, maar dan geldt die meestal ook nog bij de uitvoering van de opdracht.

Ook in het licht van de tekst van het contactverbod gaat het naar onze mening ver om VolkerRail uit te sluiten. Daarbij moet in aanmerking worden genomen dat een inschrijver ook na indiening van zijn

inschrijving kan overleggen met potentiële onderaannemers. Er is geen verplichting van een inschrijver om de onderaanneming al uitputtend geregeld te hebben bij de inschrijving. De tekst van het contactverbod, zoals geciteerd in het vonnis, duidt er naar onze mening ook niet meteen op dat de uitzondering van onderaanneming alleen geldt voor de onderaannemers die in de inschrijving worden genoemd omdat op hun ervaring of financiële draagkracht een beroep wordt gedaan of alleen voor contacten met potentiële onderaannemers die plaatsvinden voor de datum van inschrijving. Het lijkt ons dan ook verdedigbaar dat het contact tussen VolkerRail en Asset Rail uitgezonderd had kunnen worden van het contactverbod. Dan blijft enkel over dat VolkerRail mede contact heeft gezocht met Asset Rail over intrekking van het kort geding. Dat lijkt op zichzelf onvoldoende voor een proportionele uitsluiting. In een situatie dat een contact niet of nauwelijks tot benadeling van een aanbestedende dienst kan leiden, zou een voorzieningenrechter veel ruimte moeten geven in een proportionaliteitstoets. Per geval en door middel van een proportionaliteitstoets zou moeten worden geanalyseerd of de uitsluiting van een deelnemer legitiem is, en of het een onevenredige maatregel is. Daar staat tegenover dat de arresten van het Hof van Justitie van de EU een aanbestedende dienst weinig of geen ruimte lijken te bieden voor een proportionaliteitstoets wanneer op grond van aanbestedingsstukken kan worden betoogd dat daarvoor geen ruimte is.<sup>4</sup> Deze arresten, die van latere datum zijn dan het in voetnoot 2 genoemde vonnis, vergen een rigide toepassing van situaties waarin op grond van de aanbestedingsstukken een uitsluiting zou moeten volgen.

### Conclusie en enkele vuistregels voor de praktijk

Gelet op de voornoemde uitspraak van de rechtbank Groningen is het niet vanzelfsprekend dat een contactverbod ook geldt na voorlopige gunning. Na het uitspreken van het gunningsvoornemen hoeft er geen risico op concurrentievervalsing of beperking van de mededinging meer te zijn. Bovendien is het in de onderhavige zaak maar de vraag of hier geen sprake was van een uitgezonderd contact over onderaanneming. Dat neemt niet weg dat inschrijvers zich, gezien de rigide toepassing die Nederlandse rechters meer recent meestal vanwege de rechtspraak van het Hof van Justitie (moeten) geven aan een contactverbod, bewust moeten zijn van de risico's van contact met andere inschrijvers gedurende de looptijd van de aanbestedingsprocedure (tot de definitieve gunning). Dat geldt dus zelfs voor een contact dat verband houdt met een kort geding.

mr. M.J.J.M. Essers, Advocaat bij Essers Advocaten en vaste medewerker van dit tijdschrift.

mr. A.J.M. Louwers, Advocaat bij Clairfort Advocaten

---

### Voetnoten

- 1) Vزر. Rechtbank Oost-Brabant, 30 oktober 2017, C/01/325485/KG ZA 17-569, [ECLI:NL:RBOBR:2017:5710](#). Zie ook: «JAAN» 2018/14 met annotatie van mr. T. van Wijk en mr. drs. F.J.J. Cornelissen.
- 2) Vزر. Rechtbank Groningen, 2 november 2012, 136487/KG ZA 12-297, [ECLI:NL:RBGRO:2012:BY2168](#), r.o. 4.2.
- 3) Zaak C-8/08 T-Mobile Netherlands BV, e.a./Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, Jurispr. 2009 [4 June 2009] ECR I-4562, paras. 53, 59.
- 4) Hof van Justitie van de EU, zaak C-171/15, r.o. 43 (Connexion) en Hof van Justitie van de EU, zaak C-336/12, r.o. 40 (Manova).