

169

Gunningssystematiek leidt niet tot EMVI

Rechtbank Midden-Nederland
 14 juli 2021, C/16/522126 / KG ZA 21-280,
 ECLI:NL:RBMNE:2021:3165
 (mr. D.J. van Maanen)
 Noot mr. C.A.M. Lombert, mr. E.S. Haalebos

**Beginnelsen van het aanbestedingsrecht.
 Beoordelingssystematiek. EMVI. Grossman.
 Gunningssystematiek. Niet-ontvankelijkheid.
 Rechtsbescherming. Rechtsverwerking.
 Redelijkheid en billijkheid.**

[Aw 2012 art. 1.4 lid 2, art. 2.114]

De gemeente Utrecht heeft een Europese openbare aanbestedingsprocedure voor de levering van middelgrote en grote veegwagens georganiseerd. Het onderhoud van de te leveren veegwagens valt niet onder de aan te besteden opdrachten. Met de winnaar wordt een raamovereenkomst gesloten voor de duur van 4 jaar met een optie tot verlenging. De gemeente Utrecht heeft op 30 april 2021 de voorlopige gunningsbeslissingen verstuurd. In deze beslissing is meegedeeld dat Aebi Schmidt Nederland als winnaar uit de bus is gekomen.

Niet-ontvankelijkheidsverweren

Vooropgesteld wordt dat het kort geding aanhangig wordt gemaakt door de betekening van de dagvaarding aan gemeente Utrecht. Vanaf dat moment is het voor gemeente Utrecht duidelijk dat Ravo door middel van een kort geding opkomt tegen de voorlopige gunningsbeslissingen. Gemeente Utrecht heeft echter de termijn voor het aanhangig maken van het kort geding verlengd tot 25 mei 2021 (zo is ook vermeld in de voorlopige gunningsbeslissingen aan). Op 17 mei 2021 is nogmaals aan Ravo bevestigd dat de standstill-periode loopt tot 25 mei 2021. Deze verlenging is toegestaan, indien alle inschrijvers wat dit betreft gelijk worden behandeld en alle inschrijvers de mogelijkheid krijgen om binnen deze verlengde termijn een kort geding aanhangig te maken.

Dat in de dagvaarding de verkeerde zittingsdatum is vermeld (namelijk 21 mei 2021) maakt niet dat het kort geding niet op 21 mei 2021 aanhangig is gemaakt. Het was voor gemeente Utrecht op 21 mei 2021 duidelijk dat er een kort geding aanhangig werd gemaakt door Ravo.

Ook was het gemeente Utrecht duidelijk dat de in de dagvaarding genoemde zittingsdatum op een vergissing berustte, omdat het verlot van de voorzieningenrechter (waarin de juiste zittingsdatum is vermeld) met de dagvaarding is mee betekend. Wat betreft een eventuele Grossmann situatie, althans rechtsverwerking, overweegt de voorzieningenrechter als volgt. Uitgangspunt is dat inschrijver de mogelijkheid moet hebben zich tot de rechter te wenden als hij van mening is dat er gebreken kleven aan de uitgeschreven aanbestedingsprocedure. Wel is het zo dat dit doeltreffend en snel moet gebeuren. Dat kan en is geborgd door het instellen van een kort geding. Er is in dit geval geen sprake van een Grossmann arrest-situatie (ECLI:EU:C:2004:93), alleen al omdat Ravo heeft ingeschreven en niet is gesteld of gebleken dat Ravo al vóór haar inschrijving bekend was met de bezwaren die zij in dit kort geding aan de primaire vordering ten grondslag legt. Een ruimere uitleg hiervan in de rechtspraak volgt de voorzieningenrechter nu niet.

Ook van rechtsverwerking is in dit geval geen sprake. Het proactief handelen van de gegadigde reikt niet verder dan dat hij evidente en in het oog springende gebreken behoort op te merken en dat hij daarvan dan onmiddellijk melding maakt. Het is niet aan de gegadigde om te controleren of de aanbestedingsprocedure in overeenstemming is met de regels en de beginselen van het aanbestedingsrecht. Het is de verantwoordelijkheid van de aanbestedende dienst om de aanbestedingsprocedure hieraan te laten voldoen. Het is in strijd met de redelijkheid en billijkheid om dit te verleggen naar de gegadigde. Zeker, nu dit ook nog eens tot gevolg zou hebben dat de gegadigde zijn recht op rechtsbescherming verliest en het de gegadigde vaak aan de benodigde (juridische) deskundigheid ontbreekt om te kunnen doorzien of de aanbestedingsprocedure in overeenstemming is met de (vaak complexe) regels van het aanbestedingsrecht. De gegadigden/potentiële inschrijvers zijn veelal aannemers die bij uitstek deskundig zijn op hun specifieke technische vakgebied. Daarbij komt nog dat de aanbestedingsdocumentatie vaak lijk en complex is en dat de gegadig-

de/ potentiële inschrijver de beschikbare tijd hard nodig heeft om een offerte te maken.

Een contractuele bepaling in de aanbestedingsstukken die aan de gegadigde een verdergaande proactieve houding oplegt, is disproportioneel en naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar: in dat geval wordt de primaire verantwoordelijkheid van de aanbestedende dienst om een deugdelijke aanbestedingsprocedure te organiseren, verlegd naar de gegadigde/potentiële inschrijver, terwijl over deze contractuele bepaling niet kan worden onderhandeld.

De bezwaren die Ravo in dit kort geding naar voren brengt, hoefde zij niet vóór de inschrijving te kennen. Het zijn allemaal geen in het oog springende of evidente bezwaren, maar juridisch technische bezwaren, waarvoor een meer dan globale juridische kennis van het aanbestedingsrecht nodig is en waarvan niet is gebleken dat Ravo die kennis heeft. Ravo hoefde daarom in dit geval ook niet vóór de inschrijving te klagen over deze bezwaren en/of gebruik te maken van de klachtenregeling.

Gemeente Utrecht mocht er, gelet op dit alles, niet gerechtvaardigd op vertrouwen dat Ravo akkoord ging met de voorwaarden van de aanbestedingsprocedure door een inschrijving in te dienen en haar recht prijs gaf om dit bij de rechter te laten toetsen. Je kunt immers niet instemmen met iets waarvan je de betekenis niet beseft of kan doorgronden.

Inhoudelijke beoordeling primaire vordering

Bezwaar: de gunningssystematiek, in combinatie met eis 23 PvE leidt niet tot de keuze voor de economisch meest voordelige inschrijving

Ravo maakt als bezwaar dat de gunningssystematiek, in combinatie met eis 23 van het programma van eisen, niet leidt tot de keuze voor de economisch meest voordelige inschrijving. Dit komt volgens Ravo doordat het volgens de procedure mogelijk is om gedurende de opdracht te switchen naar emissieloze veegwagens en dit aspect niet is verdisconteerd in de beoordelingssystematiek onder het gunningscriterium de prijs. Dit bezwaar gaat op.

Als uitgangspunt geldt dat gemeente Utrecht verplicht is om de aanbestedingsprocedure zo in te richten dat de opdracht wordt verstrekt aan de economisch meest voordelige inschrijving op basis van beste prijs kwaliteitsverhouding. Deze

verplichting volgt uit art. 1.4 lid 2 jo. 2.114 Aw 2012.

Door de manier waarop gemeente Utrecht de aanbestedingsprocedure heeft ingericht, bestaat een reëel/niet te verwaarlozen risico dat gemeente Utrecht de opdracht gunt aan een inschrijver die uiteindelijk niet als de economisch meest voordelige inschrijving kan worden aangemerkt. Dit komt in de kern genomen doordat er met verschillende aandrijftechnieken kan worden ingeschreven, die ieder tot een andere waardering leiden, gelet onder meer op het verschil in prijs, duurzaamheid en onderhoud. Een veegwagen met brandstofmotor is veel goedkoper dan een veegwagen met een emissieloze aandrijving. Een veegwagen met een emissieloze aandrijving is weer duurzamer dan een veegwagen met een brandstofmotor. Een veegwagen met een emissieloze aandrijving gaat ook langer mee dan een veegwagen met een brandstofmotor en kent minder onderhoud. Daardoor ontstaat er ongelijkheid tussen een inschrijver die met een brandstofmotor inschrijft en een inschrijver die met een emissieloze aandrijving inschrijft, zoals hier ook is gebeurd. Die ongelijkheid wordt niet gecorrigeerd door de gunningssystematiek, met als gevolg dat die ongelijkheid blijft.

Bezwaar: gunningssystematiek leidt ertoe dat veegwagens met een emissieloze en duurzame elektromotor minder/geen kans op gunning van de opdracht hebben.

Ravo voert verder als bezwaar aan dat de gunningssystematiek ertoe leidt dat veegwagens met een emissieloze en duurzame elektromotor minder kans op gunning van de opdracht hebben. Dat is volgens Ravo onder ander in strijd met het gelijkheidsbeginsel. In het voorgaande ligt besloten dat ook dit bezwaar opgaat.

Er bestaat immers ongelijkheid tussen inschrijvers die met een veegwagen met een brandstofmotor inschrijven en inschrijvers die met een veegwagen met een emissieloze aandrijving inschrijven. Deze ongelijkheid wordt onvoldoende gecorrigeerd door de gunningscriteria. Dit komt vooral doordat veegwagens met brandstofmotor veel goedkoper zijn dan veegwagens met een emissieloze aandrijving en aan het gunningscriterium prijs een relatief hoge wegingsfactor van 35% is toegekend. Daardoor komt een inschrijver met een veegwagen met een emissieloze aandrij-

ving op een achterstand te staan die nauwelijks meer goed te maken is.

Conclusie

De primaire vordering wordt toegewezen. De subsidiaire vordering blijft onbesproken.

De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

RAVO B.V.

hierna te noemen: Ravo

gevestigd te Alkmaar

eiseres

advocaten mrs. A.H. Klein Hofmeijer en J.H.J.

Bax

tegen

de publiekrechtelijke rechtspersoon

GEMEENTE UTRECHT

hierna te noemen: gemeente Utrecht

zetelend te Utrecht

gedaagde

advocaten mrs. C.W. Oudenaarden en J.S.C. Krij-

bolder

met als tussenkomende partij;

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

AEBI SCHMIDT NEDERLAND B.V.

hierna te noemen: Aebi Schmidt Nederland

gevestigd te Holten

advocaat mr. G. Verberne

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de op 21 mei 2021 aan de gemeente Utrecht betekende dagvaarding met de producties 1 tot en met 7- het op 11 juni 2021 aan de gemeente Utrecht betekende herstelexploot;
- de op 15 juni 2021 op voorhand verstrekte akte vermeerdering van eis;
- de akte overlegging producties (1 tot en met 4) van de gemeente Utrecht- de incidentele conclusie tot tussenkomst, althans tot voeging van Aebi Schmidt Nederland;
- de mondelinge behandeling van 21 juni 2021.

1.2. Tijdens de mondeling is eerst het verzoek tot tussenkomst althans voeging behandeld. Nadat partijen zich daarover hebben kunnen uitlaten heeft de voorzieningenrechter het verzoek tot tussenkomst bij mondeling vonnis toegewezen. De proceskosten in het incident zijn daarbij gecompenseerd, in die zin dat iedere partij de eigen kosten in het incident draagt.

1.3. Aebi Schmidt Nederland heeft daarna naar voren gebracht dat zij niet alle producties van Ravo heeft ontvangen. Ravo heeft daarop te kennen gegeven dat het om bedrijfsvertrouwelijke producties, waaronder haar inschrijving, gaat. Uiteindelijk heeft Ravo het volgende voorstel gedaan:

- de producties worden alsnog voor de duur van de zitting aan Aebi Schmidt Nederland gegeven; na de zitting moeten deze producties dan weer aan haar worden teruggegeven;
- als er een hoger beroep komt dan zal Ravo de producties wederom aan Aebi Schmidt voor de duur van het hoger beroep verstrekken.

1.4. Aebi Schmidt Nederland is met dit voorstel van Ravo akkoord gegaan. Zij heeft echter wel bezwaar gemaakt tegen het late tijdstip waarop zij de producties ontvangt. Volgens haar wordt hierdoor het beginsel van goede procesorde geschon- den en dienen de producties daarom toch buiten beschouwing te worden gelaten.

1.5. Vervolgens is afgesproken dat eerst met de inhoudelijke behandeling zal worden begonnen, en dat als de producties relevant blijken te zijn, zal worden bekeken of een leespauze volstaat of dat een andere maatregel (nadere aktewisseling) moet worden toegestaan.

1.6. Daarna is begonnen met de inhoudelijke behandeling van de zaak. Partijen hebben daarbij in eerste termijn hun standpunten toegelicht aan de hand van de door hen voorgedragen pleitnota's. Daarna hebben partijen in tweede termijn op elkaars standpunten kunnen reageren. Ravo heeft daarbij gebruik gemaakt van een tweede pleitnota. Aebi Schmidt Nederland heeft niet meer aan de bel getrokken over de producties die zij voor de duur van de zitting heeft gekregen.

1.7. Aan het einde van de mondelinge behandeling is aan partijen verteld dat op 14 juli 2021 vonnis wordt gewezen. De vonnistermijn is, vanwege de complexiteit en de veelheid aan beslispunten op een langere termijn gesteld dan de gebruikelijke termijn van 2 weken. Partijen hadden daartegen geen bezwaar.

2. Inleiding

In dit kort geding staat een door de gemeente Utrecht georganiseerde Europese openbare aanbestedingsprocedure voor de levering van middelgrote (perceel 1) en grote veegwagens (perceel 2) centraal. Ravo en Aebi Schmidt Nederland hebben als enige twee inschrijvers op deze aanbe-

steding ingeschreven. Aebi Schmidt Nederland is daarbij voor beide percelen als winnaar uit de bus gekomen. Ravo is primair van mening dat de voorlopige gunningsbeslissingen moeten worden ingetrokken en dat de aanbestedingsprocedure moet worden gestaakt en gestaakt moet blijven, omdat aan de aanbestedingsprocedure ernstige fundamentele gebreken kleven. Die gebreken zitten hem in de toegepaste beoordelings- en gunningssystematiek.

Subsidiair stelt Ravo zich op het standpunt dat bij de beoordeling van de inschrijvingen evidente beoordelingsfouten zijn gemaakt en dat daarom de voorlopige gunningsbeslissingen moeten worden ingetrokken en een herbeoordeling van de inschrijvingen moet plaatsvinden.

Meer subsidiair is Ravo van mening dat de motivering van de voorlopige gunningsbeslissingen niet deugt en dat daarom nieuwe voorlopige gunningsbeslissingen moeten worden genomen die wel goed worden gemotiveerd.

3. De feiten en de vorderingen

3.1. Gemeente Utrecht heeft een Europese openbare aanbestedingsprocedure voor de levering van middelgrote (perceel 1) en grote veegwagens (perceel 2) georganiseerd. Het onderhoud van de te leveren veegwagens valt niet onder de aan te besteden opdrachten.

Met de winnaar wordt een raamovereenkomst gesloten voor de duur van 4 jaar met een optie tot verlenging.

3.2. De voorwaarden en spelregels van deze aanbestedingsprocedure zijn neergelegd in de offerte-aanvraag (productie 2 van Ravo) en de Nota's van Inlichtingen. De offerte-aanvraag ziet op beide percelen en bestaat uit 7 hoofdstukken. Voor dit kort geding zijn vooral relevant de hoofdstukken 4 (de beoordeling), hoofdstuk 6 (programma van eisen) en hoofdstuk 7 (gunningscriteria).

3.3. Hoofdstuk 6 betreft het programma van eisen met betrekking tot de te leveren veegwagens.

3.3.1. In dit programma van eisen worden geen eisen gesteld met betrekking tot de aandrijvings-techniek van de te leveren veegwagens. Er mag met elke aandrijvingstechniek worden ingeschreven. Er kan dus met een brandstofaandrijving worden ingeschreven, maar ook met een emissieloze aandrijving, zoals bijvoorbeeld een elektrische aandrijving of een aandrijving op basis van waterstof.

3.3.2. In het programma van eisen is verder opgenomen dat indien het gedurende de looptijd van de raamovereenkomst door technische vooruitgang mogelijk wordt om emissieloze veegwagens te leveren, deze onder de raamovereenkomst kunnen worden afgeroepen (eis 70).

3.3.3. In eis 23 wordt voor het geval dat er gedurende de raamovereenkomst wordt gewijzigd van een veegwagen met een brandstofmotor naar een emissieloze veegwagen een eis gesteld met betrekking tot de kosten van die toekomstig te leveren emissieloze veegwagens. Deze eis luidt als volgt:

“Kosten voor een toekomstig te leveren veegwagen waarbij sprake is van een duurzame/afwijkende aandrijftechniek mogen maximaal 200% betreffen van de opgegeven prijs in het prijsinvalformulier. Deze eis stelt de gemeente om technische innovaties ruimte te geven binnen raamovereenkomst en de prijzen daarvoor binnen bepaalde perken te houden.”

3.4. Hoofdstuk 4 van de offerteaanvraag gaat over de beoordeling. Dit hoofdstuk moet in samenhang worden gezien met hoofdstuk 7 van de offerteaanvraag dat over de gunningscriteria gaat. In deze hoofdstukken is, samengevat, het volgende vermeld.

3.4.1. Het gunningscriterium is de economisch meest voordelige inschrijving (emvi) op basis van de beste prijs kwaliteitsverhouding. Deze beste prijs kwaliteitsverhouding wordt bepaald aan de hand van de volgende vier gunningscriteria met bijbehorende weefactor: 1. gebruikstest, met weefactor 25% 2. duurzaamheid en innovatie, met weefactor 20% 3. efficiëntie dienstverlening, met weefactor 20%, en 4. prijs met weefactor 35%.

3.4.2. Elk gunningscriterium wordt door het door de gemeente Utrecht aangewezen beoordelings-team beoordeeld volgens de in de offerteaanvraag omschreven relatieve beoordelingsmethodiek met rank reversal.

3.4.2.1. Deze beoordeling gaat voor het gunningscriterium gebruikstest als volgt. De leden van het testpanel geven na de testrit individueel een voorlopige score aan op de beoordelingsaspecten. De aspecten tellen allemaal even zwaar mee en worden met een cijfer van 1 (zwaar onvoldoende) tot 10 (zeer goed) beoordeeld. Nadat alle testritten zijn gemaakt komt het testpanel bijeen om in consensus een definitieve score per onderdeel en op het eindresultaat vast te stellen. Voor dit criterium

geldt dat een hogere waarde beter wordt beoordeeld dan een lagere waarde.

De inschrijving met de hoogst aangeboden waarde krijgt 100 punten. De overige inschrijvingen krijgen punten volgens de volgende formule:

Punten = 100 x (waarde inschrijving ÷ hoogst aangeboden waarde).

3.4.2.2. De beoordeling van de gunningscriteria duurzaamheid en innovatie en efficiëntie dienstverlening gaat als volgt. Het beoordelingsteam beoordeelt aan de hand van de door de inschrijver verstrekte plan van aanpak de mate waarin of de wijze waarop de inschrijvingen voldoen aan het gunningscriterium. Het beoordelingsteam bepaalt per gunningscriterium eerst welke inschrijving zij ten opzichte van de andere inschrijvingen als beste beoordeelt. Aan deze inschrijving worden 100 punten toegekend. Het beoordelingsteam kent vervolgens voor het gunningscriterium punten toe aan de overige inschrijvingen, op een schaal van 99 tot 0 punten. Het aantal punten voor de overige inschrijvingen hangt af van de mate waarin het beoordelingsteam de inschrijving als minder beoordeelt ten opzichte van de beste inschrijving voor dit gunningscriterium.

Er kan per gunningscriterium maar één inschrijver 100 punten behalen, maar het beoordelingsteam kan twee of meer van de overige inschrijvingen op een gunningscriterium dezelfde score toekennen.

3.4.2.3. De beoordeling van het gunningscriterium prijs gaat als volgt. De inschrijving met de laagst aangeboden waarde krijgt 100 punten. De overige inschrijvingen krijgen punten volgens de volgende formule:

Punten = 100 x (laagst aangeboden waarde ÷ waarde inschrijving) * Weefactor (35%)

3.4.3. Na deze beoordeling wordt de totaalscore berekend. Dit wordt gedaan door het aantal punten dat het beoordelingsteam per gunningscriterium heeft toegekend om te rekenen in een score. Deze score komt tot stand door het toegekende aantal punten te vermenigvuldigen met de weefactor van het gunningscriterium. De totaalscore per inschrijving is de optelsom van de scores van alle gunningscriteria. De inschrijving met de hoogste totaalscore is de economisch meest voordelige inschrijving.

3.4.4. Als uit de verificatie van de winnende inschrijving blijkt dat deze inschrijving ongeldig had moeten worden verklaard, dan wijst de gemeente Utrecht de inschrijving alsnog af. De be-

oordeling zoals hiervoor omschreven wordt dan opnieuw gedaan zonder de alsnog afgewezen inschrijver.

3.5. De gemeente Utrecht heeft op 30 april 2021 de voorlopige gunningsbeslissingen verstuurd. In deze beslissing is meegedeeld dat Aebi Schmidt Nederland als winnaar (van perceel 1 en perceel 2) uit de bus is gekomen.

3.6. Ravo vordert in de dagvaarding, kort gezegd;

(1) een gebod om de voorlopige gunningsbeslissingen van 30 april 2021 in te trekken;

(2) en daarnaast: (a) *primair*, een gebod om de aanbestedingsprocedure te staken en gestaakt te houden; (b) *subsidiar*, een gebod om een herbeoordeling uit te voeren; (c) *meer subsidiar*, een gebod om een nieuwe voorlopige gunningsbeslissing te verstrekken die voldoet aan het motiveringsvereiste zoals neergelegd in artikel 2.130 Aw 2012. Ravo vordert in de akte vermeerdering van eis ook nog voor het geval dat de primaire vordering wordt afgewezen;

(3) een verbod om gedurende de volle looptijd van de onderhavige (raam)overeenkomst bij Aebi Schmidt Nederland, al dan niet met gebruik van eis 23 van de offerteaanvraag, veegwagens in te kopen met een duurzamere en/of andere aandrijftechniek dan waarmee Aebi Schmidt Nederland inschreef in de onderhavige aanbestedingsprocedure zoals bedoeld in eis 23 offerteaanvraag, behoudens indien en voor zover gemeente Utrecht kan aantonen dat die inkoop een aanbestedingsrechtelijke rechtvaardiging vindt in een andere overheidsopdracht dan de onderhavige opdracht.

4. De beoordeling

Beoordeling van de niet-ontvankelijkheidsverweren

4.1. Gemeente Utrecht en Aebi Schmidt Nederland voeren in de eerste plaats een aantal niet-ontvankelijkheidsverweren. Deze verweren gaan, zoals hierna wordt toegelicht, niet op.

Verweer: Ravo is niet ontvankelijk in haar vorderingen, omdat zij het kort geding niet binnen de contractuele vervaltermijn aanhangig heeft gemaakt

4.2. Gemeente Utrecht en Aebi Schmidt Nederland voeren als verweer dat Ravo niet ontvankelijk in al haar vorderingen moet worden verklaard, omdat Ravo het kort geding niet binnen de contractuele vervaltermijn, zoals opgenomen in 4.2.6. van de offerteaanvraag, aanhangig heeft gemaakt. Dit verweer gaat niet op.

4.2.1. In 4.2.6. van de offerteaanvraag is het volgende bepaald:

“De inschrijvers die (vooralsnog) niet voor gunning van de opdracht in aanmerking komen, kunnen inlichtingen vragen en, mochten zij bezwaar hebben, in rechte opkomen tegen de gunningsbeslissing door een procedure in kort geding aanhangig te maken bij de voorzieningenrechter in Utrecht. Dit kan tot 20 dagen na de verzenddatum van het bericht van afwijzing. Na deze termijn kunnen inschrijvers niet meer in rechte opkomen tegen de gunningsbeslissing.”

4.2.2. Vooropgesteld wordt dat het kort geding aanhangig wordt gemaakt door de betekening van de dagvaarding aan gemeente Utrecht. Vanaf dat moment is het voor gemeente Utrecht duidelijk dat Ravo door middel van een kort geding opkomt tegen de voorlopige gunningsbeslissingen.

4.2.3. De voorlopige gunningsbeslissingen zijn verstuurd op 30 april 2021. Op basis van de hiervoor geciteerde bepaling moest de dagvaarding, zoals Aebi Schmidt Nederland aanvoert, dus uiterlijk op 20 mei 2021 worden betekend. Gemeente Utrecht heeft echter de termijn voor het aanhangig maken van het kort geding verlengd tot 25 mei 2021. In de voorlopige gunningsbeslissingen die zij aan Ravo heeft verstuurd, is ook vermeld dat mocht Ravo het niet eens zijn met de gunningsbeslissing zij tot 25 mei 2021 de mogelijkheid heeft om een kort geding aanhangig te maken. De gemeente Utrecht heeft daarna nog eens op 17 mei 2021 aan Ravo bevestigd dat de standstill-periode loopt tot 25 mei 2021. Aebi Schmidt Nederland wordt niet gevolgd in haar stelling dat deze verlenging niet is toegestaan. Dat mag wel, mits gemeente Utrecht alle inschrijvers wat dit betreft gelijk behandelt en alle inschrijvers de mogelijkheid biedt om binnen deze verlengde termijn een kort geding aanhangig te maken. Dat gemeente Utrecht dit niet zou hebben gedaan, is niet aangevoerd en ook niet gebleken.

4.2.4. De dagvaarding is binnen de verlengde termijn, namelijk op 21 mei 2021, betekend. Dat, zoals gemeente Utrecht aanvoert, in die dagvaarding de verkeerde zittingsdatum is vermeld, namelijk 21 mei 2021 in plaats van 21 juni 2021, maakt niet dat het kort geding niet op 21 mei 2021 aanhangig is gemaakt. Het was voor gemeente Utrecht op 21 mei 2021 duidelijk dat er een kort geding aanhangig werd gemaakt door Ravo.

Ook was het gemeente Utrecht duidelijk dat de in de dagvaarding genoemde zittingsdatum op een

vergissing berustte, omdat, zoals Ravo onweersproken heeft aangevoerd, het verlot van de voorzieningenrechter waarin de juiste zittingsdatum is vermeld, met de dagvaarding is mee betekend. Er is dus binnen de contractuele vervalttermijn een kort geding aanhangig gemaakt tegen de voorlopige gunningsbeslissingen.

Verweer: Ravo is niet ontvankelijk in haar bij vermeerdering van eis ingestelde vordering

4.3. In het kader van de vermeerdering van eis heeft Ravo haar eis vermeerderd met de vordering zoals genoemd in 3.6. onder 3. Gemeente Utrecht en Aebi Schmidt Nederland voeren aan dat deze vermeerdering van eis niet is toegestaan, omdat dit niet is gedaan binnen de hiervoor besproken contractuele vervalttermijn en ook niet past binnen het kader van wat in de dagvaarding naar voren wordt gebracht. De beoordeling van dit verweer kan in het midden worden gelaten, omdat, zoals hierna zal blijken de primaire vordering wordt toegewezen waardoor niet wordt toegekomen aan de inhoudelijke beoordeling van deze bij vermeerdering van eis ingestelde vordering.

Verweer: Ravo is niet ontvankelijk in haar primaire vordering

4.4. Gemeente Utrecht en Aebi Schmidt Nederland voeren verder als verweer dat Ravo niet ontvankelijk is in haar primaire vordering, omdat sprake is van een Grossmann situatie althans rechtsverwerking. Ook dit verweer gaat niet op.

4.5. Voordat zal worden uitgelegd waarom dit verweer niet opgaat, worden eerst de bezwaren die Ravo ter onderbouwing van haar primaire vordering aanvoert, weergegeven. Het gaat, samengevat, om de volgende bezwaren:

(1) de door gemeente Utrecht toegepaste gunningssystematiek is onrechtmatig, omdat:(a) de toegepaste relatieve beoordelingsmethode met rank reversal niet is toegestaan;(b) onduidelijk is hoe de scores voor de inschrijvingen tot stand komen;(c) de relatieve gewichten van (sub)gunningscriteria 2 en 3 niet zijn benoemd en de verschillende aspecten die bij deze criteria worden benoemd onvoldoende samenhang met elkaar hebben om te kunnen dienen als beoordelingsaspecten;

(2) de gunningssystematiek is in strijd met het gelijkheidsbeginsel en/of artikel 34 en 36 VWEU (vrij verkeer van goederen), omdat deze systematiek ertoe leidt dat veegwagens met een emissieloze en duurzame elektromotor minder/geen kans op gunning van de opdracht hebben;

(3) de gunningscriteria niet in verbinding staan met het voorwerp en de aard van de opdracht (artikel 2.115 lid 3 Aw 2012);

(4) de gunningssystematiek, in combinatie met eis 23 van het programma van eisen, niet leidt tot de keuze voor de economisch meest voordelige inschrijving en dat is in strijd met artikel 1.4 lid 2 in verbinding met artikel 2.114 Aw 2012.

4.6. Uitgangspunt is dat een inschrijver de mogelijkheid moet hebben om zich tot de rechter te wenden als hij (al dan niet na raadpleging van een jurist, zoals een advocaat) van mening is dat er (fundamentele) gebreken kleven aan de door de aanbestedende dienst uitgeschreven aanbestedingsprocedure. Wel is het zo dat het opkomen tegen de voorlopige gunningsbeslissing doeltreffend en snel moet gebeuren. Dat kan en is in Nederland geborgd door het instellen van een kort geding.

4.7. Er is in dit geval, anders dan gemeente Utrecht en Aebi Schmidt Nederland aanvoeren, geen sprake van een situatie zoals bedoeld in het Grossmann arrest (arrest van 12 februari 2004 in zaak C-230/02, ECLI:EU:C:2004:93).

Uit dit arrest kan, voor zover van belang, alleen worden opgemaakt dat een gegadigde/potentiële inschrijver die niet heeft ingeschreven op de aanbestedingsprocedure geen belang meer heeft om zich tot de rechter te wenden als: - hij de aanbestedingsstukken heeft opgevraagd, en - na lezing van die stukken tot de conclusie komt dat die stukken discriminerend zijn, en - op grond daarvan besluit om geen inschrijving te doen, omdat dat toch geen zin heeft, en - pas, nadat hij met het voorlopige gunningsvoornemen bekend is geworden, naar de rechter stapte en daarin betoogt dat de aanbestedingsstukken discriminerend zijn.

Vrij vertaald betekent dit dat als je als gegadigde/potentiële inschrijver hebt gezien dat er gebreken zijn in de aanbestedingsstukken je onmiddellijk in actie moet komen en als je dat niet doet je recht om dat te doen hebt verspeeld.

Deze situatie doet zich in dit geval niet voor. Alleen al omdat Ravo wel heeft ingeschreven en niet gesteld of gebleken is dat Ravo al vóór haar inschrijving bekend was met de bezwaren die zij in dit kort geding aan de primaire vordering ten grondslag legt. Er is dus geen sprake van een Grossmann situatie. Een ruimere uitleg hiervan in de rechtspraak volgt de voorzieningenrechter in dit geval niet.

4.8. Ook van rechtsverwerking is in dit geval geen sprake.

4.9. Op basis van vaste rechtspraak wordt aangenomen dat in aanbestedingszaken sprake kan zijn van rechtsverwerking wanneer een gegadigde niet klaagt over een door hem gesteld gebrek in de aanbestedingsprocedure op het tijdstip dat hij dit gebrek kende of behoorde te kennen, maar vervolgens wel inschrijft.

4.10. Vraag is vervolgens wanneer een gegadigde/potentiële inschrijver een door hem gesteld gebrek in de aanbestedingsprocedure behoorde te kennen of met andere woorden hoe ver reikt zijn verplichting om proactief te handelen? De voorzieningenrechter is van oordeel dat het proactief handelen van de gegadigde/potentiële inschrijver niet verder reikt dan dat hij evidente en in het oog springende gebreken behoort op te merken en dat hij daarvan dan onmiddellijk melding maakt. Het is niet aan de gegadigde/potentiële inschrijver om te controleren of de aanbestedingsprocedure in overeenstemming is met de regels en de beginselen van het aanbestedingsrecht. Het behoort immers primair tot de verantwoordelijkheid van de aanbestedende dienst, in dit geval gemeente Utrecht, om een aanbestedingsprocedure te organiseren die voldoet aan de regels van het aanbestedingsrecht en de fundamentele beginselen van gelijke behandeling en transparantie. Het is in strijd met de redelijkheid en billijkheid om deze primaire verantwoordelijkheid van de aanbestedende dienst te verleggen naar de gegadigde/potentiële inschrijver. Zeker, nu dit ook nog eens tot gevolg heeft dat de gegadigde/potentiële inschrijver zijn recht op rechtsbescherming verliest en het de gegadigde/potentiële inschrijver vaak aan de benodigde (juridische) deskundigheid ontbreekt om te kunnen doorzien of de aanbestedingsprocedure in overeenstemming is met de (vaak complexe) regels van het aanbestedingsrecht. De gegadigden/potentiële inschrijvers zijn veelal aannemers die bij uitstek deskundig zijn op hun specifieke technische vakgebied. Daarbij komt nog dat de aanbestedingsdocumentatie vaak lijk en complex is en dat de gegadigde/potentiële inschrijver de beschikbare tijd hard nodig heeft om een offerte te maken.

4.11. Een contractuele bepaling in de aanbestedingsstukken met als strekking dat aan de gegadigde/potentiële inschrijver een verdergaande proactieve houding wordt opgelegd dan hiervoor in 4.10. omschreven, is naar het oordeel van de

voorzieningenrechter disproportioneel en naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. Reden hiervoor is dat in dat geval de primaire verantwoordelijkheid van de aanbestedende dienst om een deugdelijke aanbestedingsprocedure te organiseren, wordt verlegd naar de gegadigde/potentiële inschrijver, terwijl over de contractuele bepaling, anders dan bij normale onderhandelingen over een contract, niet kan worden onderhandeld.

4.12. De voorzieningenrechter is van oordeel dat Ravo de bezwaren die zij in dit kort geding ter onderbouwing van haar primaire vordering naar voren brengt (zie 4.5.) niet vóór de inschrijving behoorden te kennen. Het zijn allemaal geen in het oogspringende of evidente bezwaren, maar juridisch technische bezwaren, waarvoor een meer dan een globale juridische kennis van het aanbestedingsrecht nodig is en waarvan niet is gebleken dat Ravo die kennis heeft. Ravo hoefde daarom in dit geval ook niet, zoals gemeente Utrecht en Aebi Schmidt Nederland aanvoeren, vóór de inschrijving te klagen over deze bezwaren en/of gebruik te maken van de klachtenregeling.

4.13. Dat, zoals gemeente Utrecht nog aanvoert, in 3.1.3 van de offerteaanvraag is vermeld dat als een gegadigde tegenstrijdigheden ontdekt, dit zo spoedig mogelijk via TenderNed moet worden gemeld, maakt het voorgaande niet anders. Immers, die tegenstrijdigheden zijn vóór de inschrijving niet door Ravo ontdekt en die hoefde Ravo, zoals hiervoor is overwogen, ook niet te ontdekken.

4.14. Gemeente Utrecht voert nog aan dat Ravo door een inschrijving in het dienen, heeft ingestemd met de aanbestedingsprocedure zoals omschreven in de offerteaanvraag en de nota's van inlichtingen en dat zij daarom haar recht heeft verwerkt om de aanbestedingsprocedure ter discussie te stellen. Ook dit standpunt gaat niet op. Gemeente Utrecht mocht er gelet op wat hiervoor is overwogen er niet gerechtvaardigd op vertrouwen dat Ravo door een inschrijving in te dienen akkoord ging met de voorwaarden van de aanbestedingsprocedure en haar recht om dit bij de rechter te laten toetsen prijs gaf. Je kunt immers niet instemmen met iets waarvan je de betekenis niet beseft of kan doorgronden.

Inhoudelijke beoordeling van de primaire vordering van Ravo

4.15. Daarmee wordt toegekomen aan de inhoudelijke beoordeling van de primaire vordering

van Ravo. Ravo baseert deze vordering op de bezwaren zoals opgesomd in 4.5.

4.16. De voorzieningenrechter is van oordeel dat er twee van die bezwaren (die met elkaar samenhangen) in ieder geval opgaan. Het gaat daarbij om het bezwaar dat de gunningssystematiek:

- in combinatie met eis 23 van het programma van eisen, niet leidt tot de keuze voor de economisch meest voordelige inschrijving;
- ertoe leidt dat veegwagens met een emissieloze en duurzame elektromotor minder/geen kans op gunning van de opdracht hebben.

Dit betekent dat de primaire vordering, die ertoe strekt, dat de voorlopige gunningsbeslissingen worden ingetrokken en de aanbestedingsprocedure wordt gestaakt, toewijsbaar is. De door Ravo gevorderde dwangsom wordt afgewezen, omdat gemeente Utrecht heeft verklaard vrijwillig aan een eventuele veroordeling te voldoen (punt 7.1.9. van de pleitnota van gemeente Utrecht).

4.17. Dan wordt nu uitgelegd waarom de hiervoor genoemde bezwaren van Ravo opgaan.

Bezwaar: de gunningssystematiek, in combinatie met eis 23 van het programma van eisen, leidt niet tot de keuze voor de economisch meest voordelige inschrijving

4.18. Ravo maakt als bezwaar dat de gunningssystematiek, in combinatie met eis 23 van het programma van eisen, niet leidt tot de keuze voor de economisch meest voordelige inschrijving. Dit komt volgens Ravo doordat het volgens de procedure mogelijk is om gedurende de opdracht te switchen naar emissieloze veegwagens en dit aspect niet is verdisconteerd in de beoordelingssystematiek onder het gunningscriterium de prijs. Dit bezwaar gaat op.

4.19. Als uitgangspunt geldt dat gemeente Utrecht verplicht is om de aanbestedingsprocedure zo in te richten dat de opdracht wordt verstrekt aan de economisch meest voordelige inschrijving op basis van beste prijs kwaliteitsverhouding. Deze verplichting volgt uit het bepaalde in artikel 1.4 lid 2 in verbinding met artikel 2.114 Aw 2012.

4.20. Door de manier waarop gemeente Utrecht de aanbestedingsprocedure heeft ingericht, bestaat een reëel/niet te verwaarlozen risico dat gemeente Utrecht de opdracht gunt aan een inschrijver die uiteindelijk niet als de economisch meest voordelige inschrijving kan worden aangemerkt.

4.20.1. Dit komt in de kern genomen doordat er met verschillende aandrijftechnieken kan worden

ingeschreven, die ieder tot een andere waardering leiden, gelet onder meer op het verschil in prijs, duurzaamheid en onderhoud. Een veegwagen met brandstofmotor is veel goedkoper dan een veegwagen met een emissieloze aandrijving. Een veegwagen met een emissieloze aandrijving is weer duurzamer dan een veegwagen met een brandstofmotor. Een veegwagen met een emissieloze aandrijving gaat ook langer mee dan een veegwagen met een brandstofmotor en kent minder onderhoud. Daardoor ontstaat er ongelijkheid tussen een inschrijver die met een brandstofmotor inschrijft en een inschrijver die met een emissieloze aandrijving inschrijft, zoals hier ook is gebeurd. Die ongelijkheid wordt niet gecorrigeerd door de gunningssystematiek, met als gevolg dat die ongelijkheid blijft.

4.20.2. Meer in het bijzonder leiden de volgende omstandigheden, in onderling samenhang bezien, ertoe dat er een reëel/niet te verwaarlozen risico bestaat dat gemeente Utrecht de opdracht gunt aan een inschrijver die uiteindelijk niet als de economisch meest voordelige inschrijving kan worden aangemerkt:

(1) er kan worden ingeschreven met verschillende soorten aandrijvingstechnieken (brandstof of emissieloos, zoals elektrisch en op basis van waterstof);

(2) als er wordt ingeschreven met een brandstofmotor en deze inschrijver wint dan kan gemeente Utrecht in het kader van de raamovereenkomst op enig moment ook een veegwagen met een emissieloze aandrijving afroepen. Het is ook aannemelijk dat dit gelet op de milieudoelstellingen van gemeente Utrecht zal gebeuren;

(3) de enige beperking die dan geldt is een kostenbeperking voor de toekomstige emissieloze veegwagen (eis 23). Die kosten bedragen maximaal 200% van de opgegeven prijs voor de veegwagen met brandstofmotor. Het is aannemelijk dat de winnende inschrijver deze maximumprijs ook zal offeren;

(4) het gunningscriterium prijs weegt voor 35% mee en wordt relatief beoordeeld, terwijl het gunningscriterium duurzaamheid maar voor 20% meeweegt.

4.20.3. Door deze gunningsmethodiek kan de prijs voor de toekomstig af te roepen emissieloze veegwagens, zoals Ravo aanvoert, hoger zijn dan de prijs die door een inschrijver/inschrijvers die wel met een emissieloze veegwagen heeft/hebben ingeschreven, is/zijn geoffreerd. Ter illustratie het

volgende voorbeeld. Een inschrijver schrijft in met een veegwagen met een brandstofmotor voor een prijs van 100 k. Een andere inschrijver schrijft in met een veegwagen met een emissieloze aandrijving voor een prijs van 150 k. De inschrijver met de veegwagen met brandstofmotor wint op het criterium prijs. Echter als de inschrijver met de veegwagen met brandstofmotor door het afroepen door gemeente Utrecht naar emissieloos moet, dan is zijn prijs hoger, namelijk 200 k (2 x 100k). Er wordt dan dus een hogere prijs betaald voor een emissieloze veegwagen. Dit neemt nog niet weg dat dit dan toch nog de economische meest voordelige inschrijving kan zijn, aangezien dat niet alleen wordt bepaald door de prijs, maar ook door kwaliteit. Echter, gelet op de gunningssystematiek bestaat het risico dat dit niet zo is. Het gunningscriterium prijs weegt voor 35% mee en wordt relatief beoordeeld. Dit wordt onvoldoende gecorrigeerd met het criterium duurzaamheid dat maar voor 20% meeweegt. Dit kan net het kantelpunt zijn voor het doen van de economisch meest voordelige inschrijving en daarmee het winnen van de aanbesteding. Niet de inschrijver die met de veegwagen met brandstofmotor heeft ingeschreven en later onder de raamovereenkomst een emissieloze veegwagen levert, zou dan de meest economische inschrijving hebben gedaan, maar de inschrijver die al wel met een emissieloze veegwagen heeft ingeschreven.

Het kan dus zo zijn dat de opdracht wordt gegund aan een inschrijver die in feite niet de economisch meest voordelige inschrijving heeft gedaan. Dat dit een reëel risico is, wordt ondersteund door het volgende.

Ravo heeft op perceel 2 ingeschreven met een emissieloze veegwagen. Aebi Schmidt Nederland heeft voor dit perceel ingeschreven met een veegwagen met een brandstofmotor.

Ravo heeft als volgt gescoord op de gunningscriteria:

Criteria	Ongewogen punten	Gewogen punten
Gebruikstest	100	25
Duurzaamheid en innovatie	100	20
Dienstverlening	70	14
Prijs	54,99	19,25
Totaal		78,25

Aebi Schmidt Nederland heeft als volgt gescoord op de gunningscriteria:

criterium	Ongewogen punten	Gewogen punten
Gebruikstest	87,46	21,86
Duurzaamheid en innovatie	50	10
Dienstverlening	100	20
Prijs	100	35
Totaal		86,86

Aebi Schmidt Nederland heeft dus voor het gunningscriterium prijs 100 punten gekregen en Ravo 54,99. Uit deze aan Ravo toegekende score blijkt, zo voert Ravo niet gemotiveerd weersproken aan, dat Ravo met een lagere prijs inschreef dan twee keer de inschrijfprijs van Aebi Schmidt. Als dit in het kader van de aanbestedingsprocedure bekend zou zijn geweest dan zou Ravo het beste scoren op prijs en daarmee de aanbesteding, gelet op de overige punten die in het kader van de gunningscriteria aan Ravo en Aebi Schmidt Nederland zijn gegeven, hebben gewonnen.

Bezwaar: gunningssystematiek leidt ertoe dat veegwagens met een emissieloze en duurzame elektromotor minder/geen kans op gunning van de opdracht hebben.

4.21. Ravo voert verder als bezwaar aan dat de gunningssystematiek ertoe leidt dat veegwagens met een emissieloze en duurzame elektromotor minder kans op gunning van de opdracht hebben. Dat is volgens Ravo onder ander in strijd met het gelijkheidsbeginsel.

In het voorgaande ligt besloten dat ook dit bezwaar opgaat. Immers, er bestaat zoals in 4.20.1 is overwogen, ongelijkheid tussen inschrijvers die met een veegwagen met een brandstofmotor inschrijven en inschrijvers die met een veegwagen met een emissieloze aandrijving inschrijven. Deze ongelijkheid wordt onvoldoende gecorrigeerd door de gunningscriteria. Dit komt vooral doordat veegwagens met brandstofmotor veel goedkoper zijn dan veegwagens met een emissieloze aandrijving en aan het gunningscriterium prijs een relatief hoge wegingsfactor van 35% is toegekend. Daardoor komt een inschrijver met een veegwagen met een emissieloze aandrijving op een achterstand te staan die nauwelijks meer goed te maken is.

Overige bezwaren van Ravo

4.22. De bespreking van de overige bezwaren die Ravo ter onderbouwing van haar primaire vordering naar voren heeft gebracht, kan in het midden blijven, aangezien de primaire vordering op grond van het voorgaande al wordt toegewezen.

4.23. De voorzieningenrechter zal echter nog kort ingaan op het bezwaar dat de door gemeente Utrecht gehanteerde relatieve beoordelingsmethode met rank reversal in dit geval niet is toegestaan. Dit is een groot onderdeel van het debat geweest.

Het is vooralsnog onduidelijk of de door gemeente Utrecht toegepaste relatieve beoordelingsmethodiek met rank reversal toelaatbaar is. Ravo heeft dit onvoldoende gemotiveerd onderbouwd. De voorzieningenrechter wil de gemeente Utrecht echter wel in overweging geven om toch nog eens goed te bezien of deze beoordelingsmethodiek wel moet worden gebruikt. Deze methode staat al heel lang ter discussie en het advies is om deze methode alleen te gebruiken bij hele ingewikkelde aanbestedingsprocedures. Daarop ziet de aanbesteding van veegwagens niet. Het toepassen van deze methode zorgt vaak tot allerlei ingewikkelde discussies en procedures, terwijl er een goed alternatief is, namelijk de absolute beoordelingsmethodiek.

Beoordeling subsidiaire en meer subsidiaire vorderingen

4.24. Aan de beoordeling van de subsidiaire en meer subsidiaire vorderingen van Ravo wordt gezien het voorgaande niet toegekomen.

Proceskosten, nakosten, uitvoerbaar bij voorraad

4.25. Gemeente Utrecht en Aebi Schmidt Nederland zullen als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten van Ravo worden veroordeeld.

4.25.1. De proceskosten die gemeente Utrecht aan Ravo moet betalen worden daarbij begroot op € 1.768,81, waarvan:

- € 85,81 voor exploitkosten in verband met de betekening van de dagvaarding
- € 667 aan griffierecht
- € 1.016 aan salaris advocaat.

De kosten van het aan gemeente Utrecht betekende hersteexploot blijven, zo is in dit exploit ook vermeld, voor rekening van Ravo.

De over deze proceskosten gevorderde wettelijke rente zal op de in de beslissing te noemen manier worden toegewezen.

4.25.2. De proceskosten die Aebi Schmidt Nederland aan Ravo moet betalen worden begroot op

€ 1.016 aan salaris advocaat. Ravo heeft ten aanzien van Aebi Schmidt Nederland niet (althans niet duidelijk) gevorderd dat er wettelijke rente over de proceskostenveroordeeling moet worden betaald, zodat Aebi Schmidt Nederland daartoe niet wordt veroordeeld.

4.26. De door Ravo ten aanzien van gemeente Utrecht gevorderde nakosten zal op de in de beslissing te noemen manier worden begroot. De daarover gevorderde wettelijke rente zal op de in de beslissing te noemen manier worden toegewezen. Ravo heeft ten aanzien van Aebi Schmidt Nederland geen (althans niet duidelijk) nakosten gevorderd, zodat Aebi Schmidt Nederland daartoe niet wordt veroordeeld.

4.27. Dit vonnis zal, zoals gevorderd en gebruikelijk in kort geding, uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard.

5. De beslissing

De voorzieningenrechter

5.1. gebiedt gemeente Utrecht om binnen 5 werkdagen na dit vonnis de voorlopige gunningsbeslissingen van 30 april 2021 in te trekken en de aanbestedingsprocedure “Middelgrote en grote veegwagens” met haar kenmerk 2020-SB-027 te staken en gestaakt te houden en betrokken inschrijvers dienovereenkomstig te berichten;

5.2. veroordeelt gemeente Utrecht in de proceskosten, aan de zijde van Ravo, tot op heden begroot op € 1.768,81, te vermeerderen met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf de vijftiende dag na dagtekening van dit vonnis tot de dag van volledige betaling;

5.3. veroordeelt gemeente Utrecht in de kosten die zijn ontstaan na dit vonnis, begroot op:

– € 163,00 aan salaris advocaat, als niet binnen veertien dagen na inschrijving aan dit vonnis is voldaan, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW met ingang van de vijftiende dag na die inschrijving tot de dag van betaling;

en

– € 82,00 aan salaris advocaat en de exploitkosten van betekening van dit vonnis, als er vervolgens betekening heeft plaatsgevonden, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW met ingang van de vijftiende dag na de betekening van dit vonnis tot de dag van betaling;

5.4. veroordeelt Aebi Schmidt Nederland in de proceskosten, aan de zijde van Ravo, tot op heden begroot op € 1.016;

5.5. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

5.6. wijst het meer of anders gevorderde af.

NOOT

Het Grossmann-verweer in een nieuw jasje, maar niet prêt-à-porter

Sinds het Grossmann-arrest¹ van het Hof van Justitie van de Europese Unie is veel nationale rechtspraak over rechtsverwerking bij aanbesteden verschenen. Inmiddels is het vaste rechtspraak dat als een inschrijver vóór inschrijving geen vragen stelt in de nota van inlichtingen en geen bezwaar maakt tegen (bijvoorbeeld) de opzet van de aanbesteding, de inschrijver zijn rechten verwerkt om hierover - na voorlopige gunning - in rechte te klagen.² Het onderhavige vonnis is dan ook opvallend: ondanks dat de klagende inschrijver voor inschrijving géén vragen heeft gesteld over de gunningssystematiek of hiertegen bezwaar heeft gemaakt, oordeelt de Voorzieningenrechter dat er geen sprake is van rechtsverwerking.³

Geen Grossmann

De Voorzieningenrechter acht het Grossmann-arrest niet relevant omdat klager Ravo - anders dan de klager in het Grossmann-arrest - (i) wel heeft ingeschreven op de aanbesteding en (ii) niet ge-

1 HvJ EG 12 februari 2004, ECLI:EU:C:2004:93, C-230/02 (Grossmann).

2 Zie bijvoorbeeld: Vzr. Rb. Rotterdam 5 juli 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:6630 en Vzr. Rb. Den Haag 16 april 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:4042.

3 Het is niet de eerste keer dat de Utrechtse Voorzieningenrechter geen rechtsverwerking aanneemt in een geval waarin dat op grond van (vaste) rechtspraak allicht wel de verwachting was. Zie in dit verband bijvoorbeeld Vzr. Rb. Midden-Nederland 27 maart 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:1299 waarin door de aanbestedende dienst de verkeerde aanbestedingsprocedure was toegepast. De Voorzieningenrechter oordeelde dat in die omstandigheden een beroep op rechtsverwerking naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was (zie ro. 3.7).

bleken is dat Ravo haar bezwaren al had voorafgaand aan de voorlopige gunning. Het oordeel dat het Grossmann-arrest zag op een klager die niet had ingeschreven op de aanbesteding is op zich juist⁴ maar in de praktijk van weinig belang omdat er vrijwel altijd in de aanbestedingsstukken een rechtsverwerkingsclausule wordt opgenomen. De overweging dat het moment waarop een (potentiële) inschrijver bekend wordt met zijn bezwaren relevant is, ondanks dat hij daar wel eerder bekend mee had kunnen zijn, is nieuw voor ons en lijkt ons slecht werkbaar (zie ook hierna).⁵

Geen rechtsverwerking

Vervolgens beoordeelt de Voorzieningenrechter of er (op andere gronden dan het Grossmann-arrest) sprake is van rechtsverwerking. De Voorzieningenrechter overweegt dat de verplichting om proactief te handelen niet verder gaat dan het opmerken en melden van evidente en in het oog springende gebreken. Een rechtsverwerkingsclausule die een verdergaande proactieve houding van de (potentiële) inschrijver vereist, acht de Voorzieningenrechter disproportioneel en naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. Het is volgens de Voorzieningenrechter primair de verantwoordelijkheid van de aanbesteder om een rechtmatige aanbesteding uit te schrijven en die verantwoordelijkheid mag niet naar de inschrijvers worden verlegd. Reden hiervoor is dat het een inschrijver vaak aan de benodigde (juridische) deskundigheid ontbreekt om te kunnen doorzien of de aanbestedingsprocedure in overeenstemming is met de (vaak complexe) regels van het aanbestedingsrecht, aldus de Voorzieningenrechter. Bovendien kan over de

rechtsverwerkingsclausule in een publieke aanbesteding niet worden onderhandeld.⁶

De Voorzieningenrechter oordeelt dat de klagen de inschrijver zijn bezwaren niet vóór inschrijving hoefde te kennen omdat de bezwaren geen in het oog springende of evidente bezwaren zijn, maar juridisch technische bezwaren, waarvoor een meer dan een globale juridische kennis van het aanbestedingsrecht nodig is en waarvan niet is gebleken dat de klagen inschrijver die kennis heeft.

Rechtszekerheid

Met dit oordeel maakt de Voorzieningenrechter de vraag of er sprake is van rechtsverwerking in een situatie waarin een inschrijver zijn bezwaren niet eerder kenbaar heeft gemaakt, in feite afhankelijk van twee aspecten:

- (1) Is er sprake van in het oog springende/evidente bezwaren, of gaat het om juridisch technische bezwaren waarvoor meer dan een globale juridische kennis nodig is?
- (2) Welke (aanbestedingsrecht)kennis heeft de klagen inschrijver in huis?

Dit roept vervolgvragen op. Zo is niet duidelijk welke (gebrekkige) aspecten van een aanbesteding kwalificeren als 'in het oog springend' of 'evident' en wat kwalificeert als 'juridisch technisch waarvoor meer dan een globale juridische kennis nodig is'. Deze onduidelijkheden hebben hun weerslag op de rechtszekerheid.⁷ Het is immers op voorhand niet duidelijk ten aanzien van

4 Zie ook V.zr. Rb. Amsterdam 24 maart 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BQ3358 ro. 4.3 en V.zr. Rb. Maastricht 19 juli 2012, ECLI:NL:RBMAA:2012:BX2323.

5 Dit ligt anders wanneer het gaat om bijvoorbeeld een uitleg waarop een inschrijver niet bedacht hoefde te zijn, in die omstandigheden kan geen sprake zijn van rechtsverwerking als een inschrijver pas na voorlopige gunning klaagt, hij kon immers niet eerder van het gebrek op de hoogte zijn. Zie bijvoorbeeld Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 6 mei 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:3665.

6 Zie in dit kader ook V.zr. Rb. Midden-Nederland, 27 september 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:4581, ro. 4.19.2.

7 De – op basis van de Grossmann-jurisprudentie – vereiste proactieve opstelling van inschrijvers heeft tot doel dat aanbesteders eventuele onregelmatigheden in een zo vroeg mogelijk stadium kunnen corrigeren en dat er (rechts)zekerheid wordt verkregen over welke aspecten van de aanbesteding na de inschrijvingsdatum nog in rechte kunnen worden aangevochten en welke niet. Zie in dit verband ook V.zr. Rb. Midden-Nederland 10 september 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:3919, ro. 3.22 waarin de Voorzieningenrechter overwoog dat de Grossmann-doctrine het bijzondere belang van rechtszekerheid beschermt als een ondernemer een gunnings-

welke aspecten van een aanbesteding inschrijvers vóór inschrijving bezwaar moeten maken (zodat hiertegen na de voorlopige gunning (nog) in rechte kan worden opgekomen) en ten aanzien van welke aspecten dat niet hoeft. Indien het oordeel van de Voorzieningenrechter navolging krijgt, voorzien wij uitvoerige discussies over dit onderwerp in de rechtszaal. De benadering van de Voorzieningenrechter betekent bijvoorbeeld ook dat het aanbesteders moeilijker wordt gemaakt om een nieuwe (innovatieve) manier van aanbesteden te toetsen aan de markt. Ook wanneer voorafgaand aan de inschrijvingsdatum hiertegen geen bezwaren zijn geuit, heeft de aanbestede geen zekerheid (meer) dat de aanbestedingsopzet na voorlopige gunning niet meer kan worden aangevochten.

Verder hebben wij moeite met het oordeel dat een geslaagd beroep op rechtsverwerking (mede) afhankelijk is van de (aanbestedingsrechtelijke) kennis waarover de inschrijver beschikt. Aantonen dat een inschrijver bepaalde kennis wél had, lijkt ons niet eenvoudig. Betekent dit dat een inschrijver die zich van de domme houdt en zegt dat zijn advocaat pas na gunning met dit bezwaar op de proppen kwam, de rechtsverwerkingsdans kan ontspringen? Wordt daarmee niet precies het opportunistische inschrijfgedrag in de hand gewerkt, dat rechtsverwerkingsclausules beogen te voorkomen?

Andere vervolgvragen die rijzen zijn of een bepaalde mate van kennis verondersteld kan worden en of van een grote marktpartij (met vaak meer aanbestedingskennis in huis) meer mag worden verwacht dan van een kleine(re) marktpartij. Dergelijke 'nuances' leiden wat ons betreft al snel tot een schending van het gelijkheidsbeginsel omdat de rechtsverwerkingsclausule niet voor alle partijen op gelijke wijze werkt.⁸ Het door de Voorzieningenrechter geschetste rechtskader is wellicht een 'lawyers paradise' maar

beslissing aanvecht en een andersluidende gunningsbeslissing probeert te bewerkstelligen.

8 Er ontstaan dan immers (niet te rechtvaardigen) verschillen tussen inschrijvers in die zin dat de ene inschrijver wel eerst na voorlopige gunning zal kunnen klagen over de aanbestedingsopzet, terwijl een andere inschrijver zijn rechten hiertoe heeft verwerkt.

komt het aanbestedingsrecht wat ons betreft niet ten goede.

Het adagium dat eenieder wordt geacht de wet te kennen is er niet voor niets, het dient (onder meer) de rechtszekerheid en verzekert dat niemand zich aan de wet kan onttrekken.⁹ En die rechtszekerheid dient niet alleen de aanbestede, ook de overige inschrijvers hebben er belang bij dat voorkomen wordt dat kosten worden gemaakt ten behoeve van een inschrijving voor een aanbesteding die later ondeugdelijk blijkt.¹⁰ Ook om die reden dienen rechtsverwerkingsclausules voor een ieder op dezelfde wijze te gelden.

Het voorgaande betekent echter niet dat wij geen sympathie kunnen opbrengen voor het feit dat de Voorzieningenrechter met dit oordeel de verantwoordelijkheid voor goede aanbestedingsstukken legt waar die thuishoort: bij de aanbestede. De door de Voorzieningenrechter gehanteerde methode vinden wij echter niet correct.

Interessant in dit verband is een arrest van het gerechtshof Den Haag van 25 mei 2021¹¹ waarin het gerechtshof zich uitliet over de toelaatbaarheid van rechtsverwerkingsclausules op grond waarvan inschrijvers vóór inschrijving (of gunning) een kort geding aanhangig moesten maken indien zij bezwaren hadden tegen de opzet van de aanbesteding. Het gerechtshof oordeelde dat de toelaatbaarheid van een rechtsverwerkingsclausule afhankelijk is van verschillende omstandigheden, waaronder de aard en omvang van de opdracht en, daarmee veelal samenhangend, de aard en omvang van de inschrijvers. Bij een aanbesteding die betrekking heeft op een opdracht met een beperkte waarde waarop wordt inschreven door inschrijvers die behoren tot het midden- en kleinbedrijf, zal – volgens het gerechtshof

9 Andersom kunnen er wat ons betreft ook geen andere normen gelden voor of minder hoge eisen worden gesteld aan de aanbestedingsstukken van kleinere, minder ervaren aanbesteders ten opzichte van aanbesteders met aanbestedingsjuristen in dienst.

10 Gerechtshof Den Haag 25 mei 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:890, ro. 8.2.

11 Gerechtshof Den Haag 25 mei 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:890. Zie «JAAN» 2021/159, m.nt. F. Cornelissen en M. van Helvoirt.

- in de regel niet van de inschrijvers gevegd kunnen worden dat zij al vóór inschrijving hun bezwaren aan de rechter in kort geding voorleggen. Bij een grote opdracht waarop wordt ingeschreven door bedrijven met een zekere omvang zal een dergelijke eis eerder te rechtvaardigen zijn. Cruciaal verschil tussen dit arrest en het onderhavige vonnis is dat de benadering van het gerechtshof niet leidt tot verschillen binnen één aanbesteding maar tot een proportionele rechtsverwerkingsclausule die voor alle deelnemers aan een aanbesteding op gelijke wijze toepassing vindt.

Conclusie en enkele vuistregels voor de praktijk

Naar onze mening wordt de Grossmann-doctrine praktisch onwerkbaar als de verplichting om bezwaren vooraf kenbaar te maken, afhankelijk wordt gemaakt van de vraag (i) of het gaat om in het oog springende/evidente bezwaren, of om juridisch technische bezwaren waarvoor meer dan een globale juridische kennis nodig en (ii) welke (aanbestedingsrechtelijke) kennis de klagende inschrijver in huis heeft. Hierdoor ontstaat (rechts)onzekerheid over welke inschrijvers na inschrijving nog in rechte kunnen klagen en over welke aspecten van de aanbesteding.

Het onderhavige vonnis illustreert dat de toepassing van de Grossmann-doctrine wispelturig kan zijn.¹² Desalniettemin is het onverminderd van belang om als inschrijver vragen te stellen in de Nota van Inlichtingen en bezwaren vóór inschrijving kenbaar te maken om er zeker van te zijn dat hiertegen na de voorlopige gunning nog in rechte kan worden opgekomen.¹³

mr. C.A.M. Lombert
advocaat bij Clairfort Advocaten

mr. E.S. Haalebos
advocaat bij Clairfort Advocaten

12 Zie ook Vzr. Rb. Midden-Nederland, 22 november 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:5919.

13 Met dien verstande dat indien in de aanbestedingsstukken een rechtsverwerkingsclausule is opgenomen op grond waarvan inschrijvers verplicht zijn om vóór inschrijving (of gunning) een kort geding aanhangig te maken tegen de aanbestedingsopzet, conform dat voorschrift moet worden gehandeld om verlies van rechten te voorkomen.

170

Rechtsverwerking en beoordeling selectiecriteria in rankingsbeslissing

Rechtbank Den Haag
14 juli 2021, C/09/611914 / KG ZA 21/458,
ECLI:NL:RBDHA:2021:8425
(mr. T.F. Hesselink)

Beoordeling selectiecriteria. Rechtsverwerking.

Feiten

Rijkswaterstaat is een Europese aanbesteding gestart volgens de concurrentiegerichte dialoog voor het verlenen van de opdracht voor het project 'Renovatie Prinses Marijkesluis' (hierna: het project). Tien partijen, waaronder Eiseres, hebben een aanmelding ingediend in de aanbesteding. Op 6 mei 2021 heeft Rijkswaterstaat de zogenoemde rankingbeslissing aan partijen verzonden. Eiseres is als laatste geëindigd in de ranking. De rankingbeslissing vermeldt dat Eiseres een score heeft behaald van 500 punten voor de selectiecriteria en van 0 punten voor het Visiedocument.

Beoordeling van de zaak

De Staat heeft allereerst aangevoerd dat Eiseres haar rechten heeft verwerkt voor wat betreft haar klachten over de keuze voor de concurrentiegerichte dialoog, het hanteren van het Visiedocument als selectiecriterium en de weging die is toegekend aan het Visiedocument. Dat verweer slaagt. Daartoe is het volgende redengevend. Het is juist dat – zoals Eiseres aanvoert – in de aanbestedingsstukken geen contractuele klachtplicht op straffe van verval van rechten is opgenomen, maar dat laat onverlet dat volgens vaste jurisprudentie van een inschrijver mag worden verwacht dat hij zijn bezwaren zo spoedig mogelijk kenbaar maakt bij de aanbestedende dienst. Indien een (potentiële) inschrijver vóór inschrijving (in dit geval: aanmelding) al bekend is met vermeende gebreken in de aanbesteding of in de door de aanbestedende dienst gevolgde procedure, dan dient zij die voorafgaand aan de inschrijving kenbaar te maken. Eiseres heeft pas na ont-