

36

Betrokken bij de voorbereiding

Rechtbank Gelderland zp Arnhem
 14 september 2018, C/05/340178/KG ZA
 18-299, ECLI:NL:RBGEL:2018:5007
 (mr. R.J.B. Boonekamp)
 Noot mr. S.J. Petiet

**Uniform Europees Aanbestedingsdocument.
 Facultatieve uitsluitingsgronden. Aantasting
 mededinging.**

[Aw art. 2:87 lid 1 sub f]

De gemeente is voornemens om in een gedeelte van Giesbeek het riool te vervangen en de openbare ruimte opnieuw in te richten. De aanbesteder heeft de keuze gemaakt om bij het gebruik van de uitsluitingsgronden het Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA) voor aanbestedingsprocedures van aanbestedende diensten te gebruiken.

Onder andere eiser en KWS Infra hebben tijdig op de opdracht ingeschreven. Bij brief van 12 juli 2018 heeft de gemeente bericht de opdracht aan KWS Infra te gunnen.

Eiser vordert de gemeente te gebieden de opdracht niet aan KWS Infra te gunnen. Volgens eiser is KWS Infra echter betrokken geweest bij de voorbereiding van de aanbestedingsprocedure en daarom had zij van deelname aan de opdracht moeten worden uitgesloten. Uit de relevante aanbestedingsdocumenten volgt namelijk dat één van de facultatieve uitsluitingsgronden "betrokkenheid bij de voorbereiding" betreft en dat KWS Infra aan deze grond voldoet, omdat zij eerder onderzoek heeft uitgevoerd naar explosieven in het werkgebied waarop de latere aanbestedingsprocedure betrekking bleek te hebben.

Deze standpunten van partijen doen de vraag rijzen wat de uitsluitingsgrond "betrokken bij de voorbereiding" in het kader van de onderhavige aanbestedingsprocedure precies inhoudt. Dit is een vraag van uitleg, die dient plaats te vinden aan de hand van de cao-norm. Deze norm houdt

in dat een bepaling naar objectieve maatstaven moet worden uitgelegd, waarbij in beginsel de bewoordingen van die bepaling, gelezen in het licht van de gehele tekst, van doorslaggevende betekenis zijn, met dien verstande dat het in het kader van deze aanbestedingsprocedure daarbij aankomt op wat de normaal oplettende en goed geïnformeerde inschrijver daaruit mocht begrijpen.

Voor zover het om facultatieve uitsluitingsgronden gaat, verwijst de tekst van diverse onderdelen van het UEA naar de in die richtlijn geformuleerde uitsluitingsgronden. Hoewel deze richtlijn en de uitwerking daarvan in de art. 2:86 e.v. Aanbestedingswet (Aw) op de onderhavige meervoudige onderhandse aanbestedingsprocedure in beginsel niet van toepassing zijn, kan gebruikmaking van het UEA naar het oordeel van de voorzieningenrechter in wezen niets anders betekenen dan dat de gemeente door aankruising daarop van de uitsluitingsgrond "betrokken bij de voorbereiding" de grond als vermeld in art. 2:87 lid 1 sub f Aw op de aanbestedingsprocedure van toepassing heeft willen verklaren. Dat stond de gemeente op zichzelf vrij en voor iedere normaal oplettende en goed geïnformeerde inschrijver had dat ook duidelijk kunnen en moeten zijn. Tussen de hiervoor in 2.5. geciteerde tekst die op het UEA staat afgedrukt en de aan de richtlijn ontleende tekst van art. 2:87 lid 1 sub f Aw bestaat een discrepantie. In aanmerking genomen dat het UEA een document is waarmee op uniforme wijze toepassing wordt gegeven aan het hanteren van Europeesrechtelijke normen – voor zover hier van belang betreffende uitsluitingsgronden – die in de art. 2:86 e.v. Aw zijn overgenomen, diende de normaal oplettende en goed geïnformeerde inschrijver te begrijpen dat bepalend zou zijn wat daaromtrent uit de richtlijn, overgenomen in de Aanbestedingswet, blijkt.

Dit leidt ertoe dat in de onderhavige aanbestedingsprocedure moet worden uitgegaan van de tekst van art. 2:87 lid 1 sub f Aw. Uitsluiting kan in dat geval volgen als zich een vervalsing van de mededinging als bedoeld in art. 2:51 Aw heeft voorgedaan, die niet met minder ingrijpende maatregelen kan worden verholpen.

Eiser beroept zich ten aanzien van de eerdere betrokkenheid van KWS Infra op twee door KWS Infra OCE uitgevoerde onderzoeken. KWS Infra zou met de onderzoeken naar de mogelijke aanwezigheid van explosieven in het grondgebied van de

opdracht veel kennis heeft opgedaan over de grondsoort en de aanwezigheid en ligging van weesleidingen, overstekende huisaansluitingen, obstakels, stoffen, graven en putten en met die kennis in de aanbestedingsprocedure een voordeel had ten opzichte van andere inschrijvers. Er kan echter niet worden aangenomen dat KWS Infra enige (specifieke) kennis van (de bodem van) het terrein heeft opgedaan door het onderzoek. De gemeente en KWS Infra hebben ter zitting onbetwist gesteld dat het onderzoek naar het grondgebied van de opdracht uitsluitend een bureaustudie betrof aan de hand van geschreven bronnen en afbeeldingen (literatuur, foto's en aantekeningen) over explosieven en de mogelijke plaatsen waar deze terecht kunnen zijn gekomen, zonder dat daarbij enig fysiek onderzoek in de bodem heeft plaatsgevonden. Ter zitting is aan de hand van kaarten en een toelichting daarop geconstateerd dat het aanvullende onderzoek, waarbij wel (beperkt) onderzoek van de bodem ter plaatse is uitgevoerd, enkel betrekking had op grondgebied dat buiten de scope van de opdracht valt. Niet valt in te zien op welke wijze KWS Infra in de aanbestedingsprocedure met deze (relatief beperkte) informatie haar voordeel heeft kunnen doen ten opzichte van de andere inschrijvers. Daarbij komt dat de gemeente in ieder geval in de loop van de aanbestedingsprocedure en voordat de inschrijvingstermijn werd gesloten alle besteksposten met betrekking tot het onderzoek naar en het opruimen van mogelijke explosieven uit het bestek heeft gehaald, zodat die werkzaamheden vanaf dat moment niet langer voorwerp van de opdracht vormen. Dit betekent dat de eventueel relevante kennis die KWS Infra heeft opgedaan met betrekking tot de aanwezigheid van explosieven in de bodem bij de inschrijving op de opdracht voor KWS Infra van geen enkele relevantie is geweest.

KWS Infra heeft in dat verband aangevoerd dat de gemeente zichzelf, nadat de opdracht was uitgezet maar voordat de inschrijvingstermijn werd gesloten, op basis van voortschrijdend inzicht heeft gerealiseerd dat de explosieven bij de uitvoering van de werkzaamheden geen rol zouden spelen, omdat het nieuw te plaatsen riool hoger zou komen te liggen dan het bestaande riool en aldus enkel in naoorlogs geroerde grond zou worden gewerkt. Volgens KWS Infra berustte het op een vergissing dat het betreffende vooronderzoek in eerste instantie in het bestek terecht is gekomen.

Of dit werkelijk zo is gegaan, kan niet worden vastgesteld. Nu echter vaststaat dat de betreffende werkzaamheden uiteindelijk niet langer onderdeel van de opdracht vormen, doet de feitelijke gang van zaken in dit opzicht niet (langer) ter zake en kan de verdere bespreking en uitkomst daarvan in het midden blijven.

Dit alles leidt tot de conclusie dat voorshands niet valt in te zien dat door uitvoering van eerder vooronderzoek door KWS Infra de mededinging in de gegeven omstandigheden op enigerlei wijze is vervalst als bedoeld in art. 2.87 lid 1 sub f Aw. De voorzieningenrechter wijst het verzoek af.

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

[naam eiser],

gevestigd te Doesburg,

eiseres,

advocaat mr. E.W.J. van Dijk te Druten,

tegen

de publiekrechtelijke rechtspersoon

GEMEENTE ZEVENAAR,

gevestigd en zetelend te Zevenaar,

gedaagde,

advocaat mr. B.H.H.M. Ramakers te Arnhem,

waarin heeft gevorderd als tussenkomende partij, althans voegende partij aan de zijde van de gemeente, te worden toegelaten:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

KWS INFRA B.V.,

gevestigd te Vianen,

eiseres in het incident tot tussenkomst, althans voegende,

advocaat mr. J.F. van Nouhuys te Rotterdam.

Partijen zullen hierna [naam eiser], de gemeente en KWS Infra worden genoemd.

1. De procedure

In de hoofdzaak en in het incident tot tussenkomst, althans voeging van KWS Infra

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding met producties 1 tot en met 8
- de incidentele conclusie tot tussenkomst, althans voeging van KWS Infra
- de mondelinge behandeling van 31 augustus 2018
- de pleitnota van [naam eiser]
- de pleitnota van de gemeente
- de pleitnota van KWS Infra.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De feiten

In de hoofdzaak en in het incident tot tussenkomst, althans voeging van KWS Infra

2.1. De gemeente is voornemens om in een gedeelte van Giesbeek het riool te vervangen en de openbare ruimte opnieuw in te richten. In 2017 heeft de vennootschap KWS Infra B.V. OCE (hierna: KWS Infra OCE) een zogenaamd 'Historisch vooronderzoek Giesbeek' uitgevoerd naar de aanwezigheid van Conventionele Explosieven in het betreffende gedeelte van Giesbeek. In het naar aanleiding daarvan opgestelde rapport gedateerd 7 september 2017 staat onder meer het volgende vermeld:

'(...)

1. Inleiding

1.1. Aanleiding

De aanleiding van het vooronderzoek zijn de voorgenomen civieltechnische werkzaamheden binnen het onderzoeksgebied te Giesbeek in de gemeente Zevenaar. Het is niet bekend of er rekening gehouden dient te worden met het aantreffen van conventionele explosieven (CE) uit de Tweede Wereldoorlog in dit gebied. Indien er CE aanwezig zijn in de bodem van het te onderzoeken gebied, dan bestaat de mogelijkheid op een ongecontroleerde detonatie van een of meerdere CE. (...)

5. Conclusie en advies

5.1. Conclusie

Op basis van de geraadpleegde bronnen, de beoordeling en evaluatie van de indicaties (en contra-indicaties) is vastgesteld dat binnen de grenzen van het onderzoeksgebied Giesbeek in de gemeente Zevenaar oorlogshandelingen hebben plaatsgevonden waarbij mogelijk CE zijn achtergebleven in de bodem. (...)

5.2. Advies

Op basis van de resultaten van dit vooronderzoek en de conclusies is het onderzoeksgebied Giesbeek in de gemeente Zevenaar gedeeltelijk verdacht verklaard op het aantreffen van CE in de bodem. (...)

Verdacht gebied

Voor de verdachte gebieden in onderzoeksgebied wordt geadviseerd om vervolgstappen te ondernemen in de explosievenopsporing voorafgaand aan de voorgenomen werkzaamheden. (...)

2. Het opstellen van een Projectgebonden Risicoanalyse (PRA), waarbij dit vooronderzoek als

basis zal dienen. De PRA heeft tot doel om te bepalen of het verdacht gebied door naoorlogse werkzaamheden of voor de uitvoer van de geplande werkzaamheden (nog) verdacht is. Beschikbare bodemkundige onderzoeken zullen worden gebruikt om de exacte maximale en minimale diepteligging van CE vast te stellen. Tevens wordt op basis van een analyse van de risico's van CE voor de daadwerkelijke uitvoering van het project bepaald wat de meest geschikte detectietechniek is. Er zal met name worden vastgesteld waar en welke grondwerkzaamheden hebben plaatsgevonden binnen het onderzoeksgebied alsmede tot welke diepte de bodem geroerd is geweest. (...)

2.2. KWS OCE heeft vervolgens opdracht van de gemeente gekregen om een tweede onderzoek uit te voeren naar de mogelijke aanwezigheid van explosieven in de bodem rondom een gemaal dat is gelegen net buiten het onderzoeksgebied van het eerste onderzoek.

2.3. De gemeente heeft vervolgens in juni 2018 de meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure "Revitalisering Giesbeek" met besteknummer 17049 georganiseerd. De aanbestedingsleidraad die in dat verband is uitgebracht dateert van 11 juni 2018 en vermeldt onder meer het volgende:

'(...)

1.4. Aanbestedingsdocumenten

De volgende aanbestedingsdocumenten zijn als bijlage toegevoegd bij de uitnodiging voor deze opdracht:

(...)

– Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA);

(...)

2.3. Scope

De Gemeente Zevenaar gaat in een gedeelte van Giesbeek het riool vervangen en de openbare ruimte opnieuw inrichten. Het bestaande gemengde rioolstelsel wordt vervangen door een gescheiden stelsel. Daarnaast wordt momenteel een tweede rioolgemaal geplaatst (valt buiten de scope), waardoor het rioolstelsel 'omgeklapt' moet worden. (...)

(...)

3.1.2. Procedure

De aanbesteding vindt plaats volgens de Meervoudig onderhandse procedure conform hoofdstuk 7 van het Aanbestedingsreglement Werken 2016 (hierna te noemen ARW 2016). (...)

(...)

4.1. Uitsluitingsgronden

De aanbestedder heeft de keuze gemaakt om bij het gebruik van de uitsluitingsgronden het Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA) voor aanbestedingsprocedures van aanbestedende diensten te gebruiken. Door middel van onderstaande tekst worden, voor zover naar dit Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA) wordt verwezen, uitsluitingsgronden van toepassing op deze aanbestedingsprocedure.

Uitsluitingsgronden

De aanbestedder sluit iedere ondernemer waarop één of meer van de facultatieve uitsluitingsgronden, zoals aangekruist in Deel III van het Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA), van toepassing zijn uit van deelneming aan de aanbestedingsprocedure of het verkrijgen van de opdracht.

(...)

2.4. In het bestek 17049 is een uitwerking en nadere specificering van de uit te voeren werkzaamheden weergegeven. Bestekspost 102 heeft betrekking op voorbereidend onderzoek. In bestekspost 1024 is als onderdeel daarvan het benaderen van explosieven uitgewerkt, nader gespecificeerd in de posten 102410 tot en met 102480.

2.5. In het Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA) staan in Deel III facultatieve uitsluitingsgronden vermeld. Deel III C ziet op de gronden met betrekking tot insolventie, belangenconflicten of beroepsfouten. De aanbestedende dienst kan in het UEA aankruisen welke uitsluitingsgronden zij in dat kader van toepassing wenst te verklaren op de aanbestedingsprocedure. De gemeente heeft op het UEA ten aanzien van de onderhavige aanbestedingsprocedure onder andere de uitsluitingsgrond “betrokken bij de voorbereiding” aangekruist. Daarnaast staat de volgende vraag in het UEA vermeld:

‘Heeft de ondernemer of een met de ondernemer verbonden onderneming de aanbestedende dienst of aanbestedende entiteit geadviseerd of is de ondernemer of een met hem verbonden onderneming anderszins betrokken geweest bij de voorbereiding van de aanbestedingsprocedure?’

2.6. In de Nota van Inlichtingen staat onder meer het volgende vermeld:

(...)

Wijziging door opdrachtgever, blz. 9, bestekspost 1024,

De werkzaamheden worden uitgevoerd in na-oorlogs geroerde grond. Hierdoor is het niet

noodzakelijk om nadere maatregelen te treffen aangaande Niet Gesprongen Explosieve (NGE). Bestekspostnummer 102410 t/m 102480 zijn vervallen.

(...)

2.7. Onder andere [naam eiser] en KWS Infra hebben tijdig op de opdracht ingeschreven. Bij brief van 12 juli 2018 heeft de gemeente onder meer het volgende aan [naam eiser] bericht:

(...)

Uw inschrijving is op de volgende wijze beoordeeld:

De beoordelingsprocedure is gestart met het vaststellen van de volledigheid en geldigheid van uw inschrijving, hierna hebben wij het plan van aanpak en de aangeboden prestatie beoordeeld en is uw fictieve korting berekend, vervolgens is aan de hand van uw inschrijvingsom de evaluatieprijs bepaald.

Hierbij hebben wij geconstateerd dat uw inschrijving niet de beste prijs-kwaliteitverhouding heeft.

(...)

Wij delen u hierbij mee dat wij het voornemen hebben de opdracht aan KWS Infra bv te gunnen. (...)

2.8. Uit de bijlage bij de brief volgt dat aan KWS Infra een evaluatieprijs van

€ 1.793.519,10 is toegekend en aan [naam eiser] een evaluatieprijs van € 1.866.387,50, waarmee [naam eiser] als tweede is geëindigd.

2.9. [naam eiser] heeft in reactie daarop aan de gemeente bericht het niet met de voorlopige gunning eens te zijn, omdat de voorlopig winnende partij KWS Infra volgens haar betrokken is geweest bij de voorbereiding van de aanbestedingsprocedure en daarom van deelname aan de opdracht had moeten worden uitgesloten. De gemeente heeft hierop bij brief van 23 juli 2018 inhoudelijk gereageerd en is daarbij niet teruggekomen op haar voornemen tot gunning van de opdracht aan KWS Infra.

3. *Het geschil*

In de hoofdzaak

3.1. [naam eiser] vordert bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

Primair

I de gemeente te verbieden het werk “*Revitalisering Giesbeek*” met besteknummer 17049 te gunnen aan een andere inschrijver dan [naam eiser],

een en ander voor zover de gemeente nog steeds voornemens is het werk op te dragen;

Subsidiair

II de gemeente te gebieden de lopende aanbestedingsprocedure “*Revitalisering Giesbeek*” met besteknummer 17049 te staken en gestaakt te houden en de opdracht opnieuw aan te besteden overeenkomstig de daarvoor geldende wettelijke regels, daaronder begrepen de beginselen van aanbesteding, alsmede met inachtneming van dit vonnis, een en ander voor zover de gemeente voornemens blijft het werk aan te besteden;

Primair en subsidiair

III een andere maatregel te nemen die in goede justitie redelijk is en recht doet aan de belangen van [naam eiser];

IV de gemeente te veroordelen in de proces- en nakosten, te vermeerderen met wettelijke rente.

3.2. De gemeente voert verweer en concludeert tot afwijzing van de vordering.

3.3. Op de stellingen van partijen zal hierna, voor zover voor de beoordeling van dit geschil van belang, worden ingegaan.

In het incident tot tussenkomst, althans voeging van KWS Infra

3.4. KWS Infra vordert bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

In het incident tot tussenkomst, althans voeging

Primair

I KWS Infra toe te staan tussen te komen in het rechtsgeding tussen [naam eiser] en de gemeente; Subsidiair

II KWS Infra toe te staan zich te voegen aan de zijde van de gemeente in het rechtsgeding tussen [naam eiser] en de gemeente;

In de hoofdzaak

III de vorderingen van [naam eiser] niet-ontvankelijk te verklaren, althans deze af te wijzen;

IV de gemeente te verbieden de opdracht aan een ander te gunnen dan aan KWS Infra, voor zover de gemeente de opdracht nog wenst te gunnen, en [naam eiser], voor zover nodig, te gebieden te gehangen en te gedogen dat de opdracht aan KWS Infra wordt gegund;

In het incident en in de hoofdzaak

V [naam eiser] en de gemeente te veroordelen in de proces- en nakosten, te vermeerderen met wettelijke rente.

3.5. [naam eiser] en de gemeente voeren geen verweer tegen tussenkomst van KWS Infra.

4. De beoordeling van het geschil

In het incident tot tussenkomst, althans voeging van KWS Infra

4.1. [naam eiser] en de gemeente hebben geen verweer gevoerd tegen de tussenkomst van KWS Infra en bovendien heeft KWS Infra een rechtstreeks en in rechte te erkennen belang om als tussenkomende partij in het geding te komen, omdat KWS Infra de inschrijver is aan wie de aanbestedende dienst voornemens is de opdracht te gunnen. Daarom zal KWS Infra worden toegelaten als tussenkomende partij.

4.2. [naam eiser] en de gemeente zullen in de kosten van het incident worden veroordeeld. Deze kosten worden tot op heden begroot op nihil.

In de hoofdzaak

4.3. De spoedeisendheid van de vordering vloeit voldoende uit de stellingen van [naam eiser] voort.

4.4. [naam eiser] vordert in deze kort gedingprocedure een verbod voor de gemeente om de opdracht aan een andere inschrijver dan [naam eiser] te gunnen, althans de lopende aanbestedingsprocedure te staken en gestaakt te houden en de opdracht te heraanbesteden. [naam eiser] legt aan deze vordering ten grondslag dat de (voorlopig) winnende partij KWS Infra ten onrechte niet van de opdracht is uitgesloten. [naam eiser] stelt dat uit de relevante aanbestedingsdocumenten volgt dat één van de facultatieve uitsluitingsgronden “betrokkenheid bij de voorbereiding” betreft en dat KWS Infra aan deze grond voldoet, omdat zij eerder onderzoek heeft uitgevoerd naar explosieven in het werkgebied waarop de latere aanbestedingsprocedure betrekking bleek te hebben. Nu het bestek na het uitvoeren van dat onderzoek door de gemeente is aangepast, is KWS Infra volgens [naam eiser] zonder meer betrokken bij de voorbereiding van de opdracht en had zij moeten worden uitgesloten van deelname. De gemeente en KWS Infra voeren verweer en stellen zich op het standpunt dat de door KWS OCE uitgevoerde onderzoeken uiteindelijk niets

te maken hebben gehad met het voorwerp van de aanbesteding en dat ook niet valt in te zien dat zich in dat verband een vervalsing van de mededinging heeft voorgedaan door eerdere betrokkenheid van KWS Infra, zoals volgens de gemeente voor uitsluiting wel is vereist, zodat de vordering van [naam eiser] dient te worden afgewezen.

4.5. Deze standpunten van partijen doen de vraag rijzen wat de uitsluitingsgrond “betrokken bij de voorbereiding” in het kader van de onderhavige aanbestedingsprocedure precies inhoudt. Dit is een vraag van uitleg, die dient plaats te vinden aan de hand van de CAO-norm. Deze norm houdt in dat een bepaling naar objectieve maatstaven moet worden uitgelegd, waarbij in beginsel de bewoordingen van die bepaling, gelezen in het licht van de gehele tekst, van doorslaggevend betekenis zijn, met dien verstande dat het in het kader van deze aanbestedingsprocedure daarbij aankomt op wat de normaal oplettende en goed geïnformeerde inschrijver daaruit mocht begrijpen. In het onderhavige geval staat vast dat de gemeente de uitsluitingsgrond “betrokken bij de voorbereiding” van toepassing heeft willen verklaren door aankruising van deze grond in de voorgedrukte tekst van het UEA. Het UEA is een stuk waarmee toepassing wordt gegeven aan de uitvoering van de Europese richtlijn 2014/24 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten. Voor zover het om facultatieve uitsluitingsgronden gaat, verwijst de tekst van diverse onderdelen van het UEA naar de in die richtlijn geformuleerde uitsluitingsgronden. Hoewel deze richtlijn en de uitwerking daarvan in de artikelen 2:86 e.v. Aanbestedingswet (Aw) op de onderhavige meervoudige onderhandse aanbestedingsprocedure in beginsel niet van toepassing zijn, kan gebruikmaking van het UEA naar het oordeel van de voorzieningenrechter in wezen niets anders betekenen dan dat de gemeente door aankruising daarop van de uitsluitingsgrond “betrokken bij de voorbereiding” de grond als vermeld in artikel 2:87 lid 1 sub f Aw op de aanbestedingsprocedure van toepassing heeft willen verklaren. Dat stond de gemeente op zichzelf vrij en voor iedere normaal oplettende en goed geïnformeerde inschrijver had dat ook duidelijk kunnen en moeten zijn. Tussen de hiervoor in 2.5. geciteerde tekst die op het UEA staat afgedrukt en de aan de richtlijn ontleende tekst van artikel 2:87 lid 1 sub f Aw bestaat een discrepantie. In aanmerking genomen dat het UEA een document is waarmee op uniforme wijze toepassing

wordt gegeven aan het hanteren van Europees-rechtelijke normen – voor zover hier van belang betreffende uitsluitingsgronden – die in de artikelen 2:86 e.v. Aw zijn overgenomen, diende de normaal oplettende en goed geïnformeerde inschrijver te begrijpen dat bepalend zou zijn wat daaromtrent uit de richtlijn, overgenomen in de Aanbestedingswet, blijkt.

4.6. Dit leidt ertoe dat in de onderhavige aanbestedingsprocedure moet worden uitgegaan van de tekst van artikel 2:87 lid 1 sub f Aw. Deze tekst luidt dat de aanbestedende dienst een inschrijver kan uitsluiten van deelneming aan een aanbestedingsprocedure wegens de eerdere betrokkenheid van die inschrijver bij de voorbereiding van die aanbestedingsprocedure, waardoor zich een vervalsing van de mededinging als bedoeld in artikel 2.51 Aw heeft voorgedaan, die niet met minder ingrijpende maatregelen kan worden verholpen. Het gaat in dit kort geding om de concrete toetsing van dit artikellid en in het bijzonder om de vraag of de door KWS Infra OCE uitgevoerde vooronderzoeken de mededinging op enigerlei wijze hebben vervalst.

4.7. [naam eiser] beroept zich ten aanzien van de eerdere betrokkenheid van KWS Infra op twee door KWS Infra OCE uitgevoerde onderzoeken. [naam eiser] stelt zich op het standpunt dat KWS Infra met de onderzoeken naar de mogelijke aanwezigheid van explosieven in het grondgebied van de opdracht veel kennis heeft opgedaan over de grondsoort en de aanwezigheid en ligging van weesleidingen, overstekende huisaansluitingen, obstakels, stoffen, graven en putten en met die kennis in de aanbestedingsprocedure een voordeel had ten opzichte van andere inschrijvers. Er kan echter niet worden aangenomen dat KWS Infra enige (specifieke) kennis van (de bodem van) het terrein heeft opgedaan door het onderzoek. De gemeente en KWS Infra hebben ter zitting onbetwist gesteld dat het onderzoek naar het grondgebied van de opdracht uitsluitend een bureaustudie betrof aan de hand van geschreven bronnen en afbeeldingen (literatuur, foto's en aantekeningen) over explosieven en de mogelijke plaatsen waar deze terecht kunnen zijn gekomen, zonder dat daarbij enig fysiek onderzoek in de bodem heeft plaatsgevonden. Ter zitting is aan de hand van kaarten en een toelichting daarop geconstateerd dat het aanvullende onderzoek, waarbij wel (beperkt) onderzoek van de bodem ter plaatse is uitgevoerd, enkel betrekking had op

grondgebied dat buiten de scope van de opdracht valt. Niet valt in te zien op welke wijze KWS Infra in de aanbestedingsprocedure met deze (relatief beperkte) informatie haar voordeel heeft kunnen doen ten opzichte van de andere inschrijvers. Daarbij komt dat de gemeente in ieder geval in de loop van de aanbestedingsprocedure en voordat de inschrijvingstermijn werd gesloten alle besteksposten met betrekking tot het onderzoek naar en het opruimen van mogelijke explosieven uit het bestek heeft gehaald, zodat die werkzaamheden vanaf dat moment niet langer voorwerp van de opdracht vormen. Dit betekent dat de eventueel relevante kennis die KWS Infra heeft opgedaan met betrekking tot de aanwezigheid van explosieven in de bodem bij de inschrijving op de opdracht voor KWS Infra van geen enkele relevantie is geweest. Voor zover zou moeten worden aangenomen dat die kennis wel enige relevantie zou hebben kunnen hebben, staat verder vast dat het door KWS Infra in september 2017 opgestelde rapport bij de aanbestedingsleidraad is gevoegd, zodat ook alle overige inschrijvers daarvan ten tijde van hun inschrijving kennis hadden waaruit geconcludeerd moet worden dat alle inschrijvers op dat moment over dezelfde informatie beschikten.

4.8. Ter zitting is tussen partijen verder discussie gevoerd over de vraag wat de feitelijke gang van zaken is geweest rondom het verwijderen van de besteksposten met betrekking tot het vooronderzoek naar de aanwezigheid en verwijdering van explosieven in de bodem. KWS Infra heeft in dat verband aangevoerd dat de gemeente zichzelf, nadat de opdracht was uitgezet maar voordat de inschrijvingstermijn werd gesloten, op basis van voortschrijdend inzicht heeft gerealiseerd dat de explosieven bij de uitvoering van de werkzaamheden geen rol zouden spelen, omdat het nieuw te plaatsen riool hoger zou komen te liggen dan het bestaande riool en aldus enkel in na oorlogs geroerde grond zou worden gewerkt. Volgens KWS Infra berustte het op een vergissing dat het betreffende vooronderzoek in eerste instantie in het bestek terecht is gekomen. Of dit werkelijk zo is gegaan, kan niet worden vastgesteld. Nu echter vaststaat dat de betreffende werkzaamheden uiteindelijk niet langer onderdeel van de opdracht vormen, doet de feitelijke gang van zaken in dit opzicht niet (langer) ter zake en kan de verdere bespreking en uitkomst daarvan in het midden blijven.

4.9. Dit alles leidt tot de conclusie dat voorshands niet valt in te zien dat door uitvoering van eerder vooronderzoek door KWS Infra de mededinging in de gegeven omstandigheden op enigerlei wijze is vervalst als bedoeld in artikel 2.87 lid 1 sub f Aw. Nu in het kader van de onderhavige aanbestedingsprocedure een vervalsing van de mededinging is vereist om tot uitsluiting van een inschrijver op de facultatieve uitsluitingsgrond “betrokken bij de voorbereiding” te kunnen overgaan, moet worden aangenomen dat de gemeente KWS Infra op basis van dat vooronderzoek terecht niet van deelname heeft uitgesloten. Daarom zal de vordering van [naam eiser] strekkende tot een verbod om de opdracht aan een andere inschrijver dan haarzelf te gunnen, althans tot heraanbesteding over te gaan, worden afgewezen.

4.10. De afwijzing van de vorderingen van [naam eiser] leidt tot toewijzing van de vorderingen van KWS Infra, zoals hierna te melden.

4.11. [naam eiser] zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. Deze kosten worden aan de zijde van de gemeente en KWS Infra ieder afzonderlijk begroot op:

– griffierecht € 626,00
 – salaris advocaat € 980,00
 Totaal € 1.606,00

4.12. De door de gemeente en KWS Infra gevorderde wettelijke rente alsmede de door KWS Infra gevorderde nakosten zullen worden toegewezen als na te melden.

5. De beslissing

De voorzieningenrechter

In het incident tot tussenkomst van KWS Infra

5.1. laat KWS Infra toe als tussenkomende partij in het kort geding van [naam eiser] tegen de gemeente,

5.2. veroordeelt [naam eiser] en de gemeente tot betaling van de proceskosten in het incident tot tussenkomst, aan de zijde van KWS Infra tot de uitspraak van dit vonnis begroot op nihil,

In de hoofdzaak

5.3. wijst de vorderingen van [naam eiser] ten aanzien van de gemeente af,

5.4. verstaat het bepaalde onder 5.3. als toewijzing van de vorderingen van KWS Infra, en verbiedt de gemeente de opdracht aan een ander te gunnen dan aan KWS Infra, voor zover de gemeente de opdracht nog wenst te gunnen, en gebiedt [naam

eiser] te gehengen en te gedogen dat de opdracht aan KWS Infra wordt gegund,

5.5. veroordeelt [naam eiser] tot betaling van de proceskosten, aan de zijde van de gemeente tot de uitspraak van dit vonnis begroot op € 1.606,00, waarin begrepen € 980,00 aan salaris advocaat, te vermeerderen met de wettelijke rente over deze kosten vanaf de vijftiende dag na de datum van dit vonnis,

5.6. veroordeelt [naam eiser] tot betaling van de proceskosten, aan de zijde van KWS Infra tot de uitspraak van dit vonnis begroot op € 1.606,00, waarin begrepen € 980,00 aan salaris advocaat, te vermeerderen met de wettelijke rente over deze kosten vanaf de vijftiende dag na de datum van dit vonnis,

5.7. veroordeelt [naam eiser], onder de voorwaarde dat zij niet binnen 14 dagen na aanschrijving door KWS Infra volledig aan dit vonnis voldoet, in de na dit vonnis ontstane kosten, begroot 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, vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW met ingang van de vijftiende dag na betekening,
5.8. verklaart deze veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

Uitleg Uniform Europees Aanbestedingsdocument en Betrokkenheid bij de voorbereiding van een aanbesteding

De aanbesteding

In deze uitspraak oordeelt de voorzieningenrechter dat KWS Infra B.V. ("KWS") terecht niet van een aanbesteding is uitgesloten door de gemeente Zevenaar (de "gemeente") wegens betrokkenheid in de voorbereidingsfase van de aanbesteding.

Op het Uniform Europees Aanbestedingsdocument ("UEA") moesten ondernemers onder meer aangeven of zij betrokken waren geweest bij de voorbereiding van de aanbesteding. Zowel KWS als de gemeente zijn van mening dat de uitge-

voerde onderzoeken uiteindelijk niets te maken hebben met het voorwerp van de aanbesteding en dat van vervalsing van mededinging geen sprake was.

Een andere partij start een kort geding omdat winnende inschrijver KWS volgens haar uitgesloten had moeten worden wegens betrokkenheid bij de voorbereiding van de opdracht.

Uitleg Uniform Europees Aanbestedingsdocument

Het eerste punt in dit vonnis ziet op de vraag of in een meervoudig onderhandse procedure de tekst van het UEA leidend is, of dat deze tekst nader ingevuld moet worden met art. 2.87 lid 1 sub f Aw 2012. Relevant hierbij is dat delen 2 tot en met 4 van de Aw 2012 op een meervoudig onderhandse procedure in beginsel niet van toepassing zijn.

Tussen de tekst van de relevante bepalingen op het UEA en de Aw 2012 bestaat een discrepantie. Anders dan volgens de tekst van het UEA, geldt op basis van de Aw 2012 een subsidiariteitseis: een aanbestedende dienst mag een ondernemer pas uitsluiten als er sprake is van vervalsing van de mededinging en dit niet met minder ingrijpende maatregelen dan uitsluiting kan worden voorkomen.¹ In de onderhavige aanbesteding heeft de gemeente op het UEA aangekruist dat de facultatieve uitsluitingsgrond "betrokken bij de voorbereiding" van toepassing is.² Onduidelijk is of de subsidiariteitseis uit de Aw 2012 ook moet worden toegepast bij toepassing van het UEA wanneer delen 2, 3 en 4 van de Aw 2012 in beginsel niet van toepassing zijn, zoals bij deze meervoudig onderhandse procedure. De voorzieningenrechter oordeelt naar mijn idee terecht dat de Aw 2012 (art. 2.87 lid 1 sub f jo. 2.51 Aw 2012) in deze leidend is.

De voorzieningenrechter legt de uitsluitingsgrond uit aan de hand van de cao-norm.³ De

1 Art. 2.51 Aw 2012, HvJ EG 3 maart 2005, C-21/03 en C-34/03 (Fabricom) en HvJ EG 16 december 2008, C-23/07 (Michaniki).

2 In de Aw 2012 is deze facultatieve uitsluitingsgrond opgenomen in art. 2.87 lid 1 sub f.

3 De voorzieningenrechter formuleert deze norm als volgt: "een bepaling [moet] naar objectieve maatsta-

voorzieningenrechter acht in dit kader van belang dat met het UEA toepassing wordt gegeven aan de Europese aanbestedingsrichtlijnen,⁴ die vervolgens zijn geïmplementeerd in de Aw 2012. Nu gebruik is gemaakt van het UEA dat zijn oorsprong vindt in het Europese aanbestedingsrecht – en vervolgens is geïmplementeerd in de Aw 2012 – kan het niet anders zijn dan dat de gemeente de uitsluitingsgrond ter zake betrokkenheid bij de voorbereiding als in art. 2.87 lid 1 sub f Aw 2012 van toepassing wilde verklaren. Dit is een redenering die ik kan volgen.

Het oordeel is bovendien in lijn met adviezen van onder meer de commissie van aanbestedingsexperts. In deze adviezen wordt overwogen dat wanneer concrete gedragsnormen ontbreken, aansluiting moet worden gezocht bij regels voor Europese aanbestedingsprocedures.⁵

Betrokkenheid voorbereiding aanbesteding

Het tweede punt betreft de vraag of de aanbestedende dienst een inschrijver mag uitsluiten op grond van art. 2.87 lid 1 sub f Aw 2012. Alvorens de aanbestedende dienst dit mag doen, moet zij passende maatregelen nemen om te zorgen dat de mededinging niet wordt vervalst door de betreffende inschrijver, door:

(a) de andere inschrijvers relevante informatie in het kader van de voorbereiding mee te delen; en
(b) passende termijnen voor de ontvangst van de inschrijvingen vast te stellen.

Indien de passende maatregelen niet mogelijk zijn, krijgt de betrokken inschrijver de mogelijkheid om te bewijzen dat de mededinging niet wordt verstoord. Pas dan mag de betrokken inschrijver worden uitgesloten. Tot slot geldt de al eerder genoemde subsidiariteitseis: uitsluiting mag slechts plaatsvinden als er geen andere

middelen zijn die zorgen dat naleving van het gelijkheidsbeginsel gewaarborgd blijft.⁶

Onder omstandigheden zou, naast een kennisvoorsprong, betrokkenheid bij de voorbereiding van een aanbesteding ook kunnen leiden tot een belangenconflict in de zin van art. 1.10b Aw 2012.⁷ Hiervan is sprake indien partijen die betrokken zijn bij de aanbestedingsprocedure een financieel, economisch of ander persoonlijk belang hebben die de onpartijdigheid of onafhankelijkheid in de aanbestedingsprocedure in het gedrang kunnen brengen. Op een aanbestedende dienst rust de verplichting om passende maatregelen te treffen om dergelijke belangenconflicten doeltreffend te voorkomen of te onderkennen en op te lossen. Een belangenconflict zou zich onder omstandigheden kunnen voordoen indien een ondernemer betrokken was bij het opstellen van aanbestedingsdocumenten.⁸ Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn indien de inschrijver bij het doen van de inschrijving gebruik maakt van dezelfde persoon die bij voorbereiding van de aanbesteding betrokken was. Overigens zou een belangenconflict van een ondernemer in een dergelijk geval voorkomen kunnen worden indien de aanbestedende dienst en de betreffende inschrijver van tevoren hierover afspraken maken. Zo zou de inschrijver kunnen inschrijven met de inzet van een andere persoon dan de persoon die was ingezet bij de voorbereiding van de aanbesteding.⁹

Naast de voornoemde verplichtingen van de aanbestedende dienst, geldt in het kader van betrokkenheid van inschrijvers bij de voorbereiding van de aanbesteding naar waarschijnlijkheid een afwijkende bewijslastverdeling. Dit werd door het Hof van Justitie aangenomen in het eVigilo-arrest.¹⁰ Een belangenverstremgeling hoeft door

ven [...] worden uitgelegd, waarbij in beginsel de bewoordingen van die bepaling, gelezen in het licht van de gehele tekst, van doorslaggevende betekenis zijn, met dien verstande dat het in het kader van deze aanbestedingsprocedure daarbij aankomt op wat de normaal oplettende en goed geïnformeerde inschrijver daaruit mocht begrijpen.”

4 Richtlijn 2014/23/EU, Richtlijn 2014/24/EU en Richtlijn 2014/25/EU.

5 CvAE, adviezen 410, 417 en 423.

6 Art. 2.51 Aw 2012.

7 Zie ook: Vزر. Rb. Den Haag 8 november 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:12772, TBR 2018/97, m.nt. A.J. van Heeswijk.

8 HvJ EG 3 maart 2005, C-21/03 (Fabricom) en MvT, Kamerstukken II 2015/16, 34.329, nr. 3, p. 9.

9 Zie in dit kader: Rijkswaterstaat, ‘Scheiding van belang. Beleid tegen belangenverstremgeling bij de aanbesteding’, 14 september 2007.

10 Zie: HvJ EU van 12 maart 2015, zaak C/538-13 (eVigilo), «JAAN» 2015/60, m.nt. E. Verweij.

een klager niet concreet te worden aangetoond. Wel moeten objectieve gegevens worden overgelegd op basis waarvan de onpartijdigheid van de (deskundige van) de aanbestedende dienst kan worden betwijfeld. Als de klager hierin slaagt, dan moet de aanbestedende dienst een diepgaand onderzoek verrichten naar alle relevante omstandigheden die hebben geleid tot vaststelling van de gunningsbeslissing.¹¹

De voorzieningenrechter concludeert dat de mededinging in de zin van art. 2.87 lid 1 sub f Aw 2012 niet werd vervalst en dat KWS op die grond niet uitgesloten diende te worden. Bij deze conclusie zijn enkele kanttekeningen te maken.

De toetsing of objectieve gegevens zijn verstrekt, passende maatregelen zijn genomen of de mededinging niet is verstoord lijkt casuïstisch te zijn. In de onderhavige aanbesteding had KWS veel kennis opgedaan over de grondsoort en obstakels in de grond. Dit betrof echter uitsluitend een bureaustudie. Ook deed zij nog beperkt bodonderzoek op een gebied dat buiten de scope van de opdracht viel. Alle bestekposten met betrekking tot het onderzoek en het opruimen van explosieven waren uit het bestek gehaald. Verder is het rapport van KWS ter beschikking gesteld aan de inschrijvers, zodat zij, aldus de voorzieningenrechter, over dezelfde kennis beschikten.

Dat alle inschrijvers over dezelfde informatie beschikten, lijkt echter onwaarschijnlijk. Tenzij alle informatie waarop de bureaustudie werd gebaseerd integraal bij het rapport is overgelegd, zouden bijvoorbeeld verstrekte grondgegevens kunnen ontbreken. Echter, op basis van de Aw 2012 hoeven niet alle gegevens die aan KWS zijn verstrekt in de voorbereidingsfase in het rapport te staan. Immers, slechts is vereist dat alle relevante informatie wordt medegedeeld aan de overige inschrijvers en gegadigden.¹² Of dat in deze zaak het geval is, is op basis van de beschikbare gegevens moeilijk in te schatten.

Overigens is in deze zaak niet getoetst of er door de kennisvoorsprong mogelijk ook sprake was van een belangenconflict in de zin van art. 1.10b Aw 2012. Of hiervan sprake was, stond kennelijk niet ter discussie.

Volledigheidshalve merk ik nog op dat Rijkswaterstaat in 2007 richtlijnen en maatregelen opstelde voor het tegengaan van belangenverstremelingen (nota "Scheiding van Belang").¹³ Deze nota Scheiding van Belang was in de onderhavige aanbesteding door de gemeente niet van toepassing verklaard en speelt derhalve geen rol bij het oordeel van de voorzieningenrechter.

Slot

Deze uitspraak van de rechtbank Gelderland werpt een licht op de uitleg van het UEA en de uitsluitingsgrond "betrokken bij voorbereiding". Met deze uitspraak indachtig, zijn voor aanbesteders en ondernemers de volgende handvatten relevant:

- let bij de uitleg van het UEA ook op art. 2.87 lid 1 sub f en 2.51 Aw 2012, ook bij aanbestedingen waarbij delen 2 tot en met 4 Aw 2012 in beginsel niet van toepassing zijn (althans: bij de meervoudig onderhandse procedure);
- onder omstandigheden kan het in de rede liggen dat de aanbesteder meer informatie verstrekt dan enkel het rapport dat werd vervaardigd door de in de voorfase van de aanbesteding betrokken adviseur. Denk bijvoorbeeld aan informatie en correspondentie waarop het rapport is gebaseerd; en
- stel vast of, naast een beoordeling of sprake is van betrokkenheid in de voorbereidingsfase van de aanbesteding, sprake is van een belangenconflict in de zin van art. 1.10b Aw 2012. Doet zich dat laatste voor dan kunnen verdergaande maatregelen noodzakelijk zijn dan enkel het verstrekken van informatie. Denk aan een belangenbeschermingsplan en verdere maatregelen als genoemd

11 Zie in dit kader nationale jurisprudentie gewezen na het eVigilo-arrest: Vzr. Rb. Den Haag 8 november 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:12772; CvAE, adviezen 233, 311, 319 en 340.

12 Art. 2.51 lid 2 sub a Aw 2012.

13 Rijkswaterstaat, 'Scheiding van belang. Beleid tegen belangenverstremeling bij de aanbesteding', 14 september 2007. Zie ook de vergelijkbare nota: Rijksgebouwdienst, 'Zo doen we zaken. Gedragscode belangenverstremeling Rijksgebouwdienst', 24 oktober 2008.

in de hiervoor genoemde nota Scheiding van Belang.

mr. S.J. Petiet
advocaat bij Stibbe N.V.