

genomen in een rij op het prijzenblad die uitsluitend op dat perceel betrekking heeft. Daarin volgt de voorzieningenrechter Nedlin niet. Nedlin heeft de voorwaarde immers geformuleerd als betrekking hebbend op beide percelen en vermeld op een stuk dat zij (ook) heeft ingediend bij perceel 2, zodat AUMC dit heeft mogen begrijpen als een voorwaarde die ook voor dat perceel geldt. Nedlin heeft verder nog naar voren gebracht dat de enige reden dat dit zichtbaar was bij haar inschrijving op perceel 2 is dat AUMC expliciet heeft voorgeschreven dat bij een inschrijving op beide percelen hetzelfde prijzenblad, maar dan geheel ingevuld, diende te worden geüpload. Zij meent dat dit daarom niet aan haar kan worden tegengeworpen. Dat betoog gaat echter niet op. AUMC heeft immers nergens voorgeschreven dat op het prijzenblad ook opmerkingen als deze geplaatst zouden moeten worden. Integendeel, zij heeft bepaald dat op het prijzenblad alleen de geel gemarkeerde kolommen moeten worden ingevuld en wel met prijzen. Het is dan ook de eigen keuze van Nedlin geweest om een voorwaarde als deze te vermelden op een stuk dat daarvoor niet is bestemd en dat bij beide percelen diende te worden geüpload.

De nadere toelichting die Nedlin heeft gegeven behelst dan ook, anders dan Nedlin stelt, wel de gelijkheidsbeginsel staat er aan in dit weg dat deze in aanmerking wordt genomen. Ten slotte valt niet in te zien waarom aan het stellen door AUMC van een vraag aan Nedlin over de door haar geformuleerde voorwaarde, om duidelijk te krijgen wat de bedoeling van Nedlin hiermee was, het vertrouwen zou kunnen worden ontleend dat beantwoording van die vraag zou kunnen leiden tot geldigverklaring van de inschrijving. Het gevorderde is dus niet voor toewijzing vatbaar.

Beslissing

De voorzieningenrechter wijst de vorderingen van Nedlin af.

NEDLIN HEALTHCARE B.V. te Elsloo, gemeente Stein,
eiseres,
advocaten mrs. W. van de Wier en L.M.A.A. de Vor te Maastricht-Airport, gemeente Beek,
tegen
ISTICHTING VUMC te Amsterdam,

2. ACADEMISCH MEDISCH CENTRUM te Amsterdam,
gedaagden,
advocaat mr. R.J. Roks te Amsterdam,
waarin is tussengekomen:
CLEANLEASE B.V. te Koudekerk aan den Rijn,
advocaten mrs. G.W.A. van de Meent en M.G.A.M. Custers te Rotterdam.

De volledige uitspraak is te raadplegen op opmaat.sdu.nl.

138

Opdracht niet reeds gegund, beroep rechtsverwerking en toetsing voorwaarden art. 2.32 Aw

Rechtbank Noord-Nederland
13 juli 2022, C/17/183985 / KG ZA 22/75,
ECLI:NL:RBNNE:2022:2363
(mr. H.J. Idzenga)
Noot mr. G.L. Weerheim, mr. E.B. Begeer

Aanbestedingsplicht. Gelijkheidsbeginsel. Rechtsverwerking. Transparantiebeginsel.

[Aw 2012 art. 4.16 lid 1, art. 4.15; Richtlijn 89/665/EEG art. 2 quinquies lid 4]

Op 24 maart 2022 heeft de Provincie op TenderNed een zogenaamde vrijwillige aankondiging vooraf als bedoeld in art. 4.16 lid 1 Aw 2012 gepubliceerd, waarin zij aankondigde voornemens te zijn om de opdracht met de benaming 'Vervanging verkeersbruggen' onderhands te gunnen aan de VOF IJsselmeerwerken (hierna: IJsselmeerwerken) met als vennoten Van Oord Nederland B.V. (hierna: Van Oord) en BAM Infra B.V. (hierna: BAM). VHB heeft na lezing van de voor-aankondiging op 5 april 2022 via TenderNed enkele vragen aan de provincie gesteld. Op 29 april 2022 heeft er een gesprek plaatsgevonden tussen de Provincie en VHB. Tijdens dit gesprek is door de Provincie een nadere toelichting gegeven op de aankondiging.

Beoordeling

Opdracht reeds gegund

De voorzieningenrechter volgt VHB niet in haar stelling dat, anders dan in de vooraankondiging staat vermeld, feitelijk nog geen sprake is van een opdracht, omdat de in de vooraankondiging bedoelde rode scope nog moet worden bepaald. Deze stelling miskent dat blijkens de vooraankondiging de opdracht ziet op een twee-fasenovereenkomst en dat het bepalen van de rode scope behoort tot de eerste fase van die overeenkomst en derhalve onderdeel uitmaakt van de opdracht. Concluderend, overweegt de rechter hieromtrent het volgende: nu het gebruikelijk is in een bouwteamovereenkomst vast te leggen dat in het bouwteam wordt gewerkt aan het tot stand brengen van een voorlopig ontwerp, definitief ontwerp dan wel een bestek van het uit te voeren werk gaat de voorzieningenrechter er voorts van uit dat in de door de Provincie met IJsselmeerwerken gesloten bouwteamovereenkomst is overeengekomen dat het bouwteam naast de afbakening van de rode scope ook zorgdraagt voor (minst genomen) een voorlopig ontwerp van die rode scope. Verder begrijpt de voorzieningenrechter uit de zin 'de Provincie heeft belang bij zo spoedig mogelijke afronding van de Demarcatiefase en opdrachtverlening voor de rode scope' in het citaat (van de pleitnotitie van de Provincie) dat de Provincie IJsselmeerwerken nog geen opdracht heeft verleend voor de uitvoering van de rode scope en derhalve nog geen aannemingsovereenkomst met haar heeft gesloten ten aanzien van de uitvoering van de rode scope.

Beroep op rechtsverwerking

De voorzieningenrechter wijst erop dat art. 4.16 lid 1 Aw de implementatie vormt van art. 2 quinquies lid 4 RI. 89/665/EEG (hierna: de Rechtsbeschermingsrichtlijn), waarin onderscheid is gemaakt tussen rechtsbescherming in de precontractuele fase en de postcontractuele fase. Voor zover geoordeeld zou moeten worden dat, nu de aannemingsovereenkomst nog niet is gesloten, partijen zich nog in de precontractuele fase bevinden, gaat het beroep van de Provincie op art. 4.16 lid 1 Aw niet op. De rechter wijst onder andere op art. 4.16 lid 1 jo. 4.15 lid 1 Aw. De voorzieningenrechter stelt bij de beoordeling voorop dat VHB geen vernietiging van de bouwteamovereenkomst heeft gevorderd, maar dat toewijzing van haar vordering wel mee zou bren-

gen dat wordt ingegrepen in die overeenkomst en in de reeds gegunde opdracht. De voorzieningenrechter is van oordeel dat dit gelijk is te stellen met vernietiging van die overeenkomst en dat het toetsingskader dat geldt voor de beoordeling van de vraag of het recht om vernietiging van een na gunning gesloten overeenkomst te vorderen, is verwerkt, analoog dient te worden toegepast.

Dit toetsingskader is neergelegd in art. 2 quinquies lid 4 van de Rechtsbeschermingsrichtlijn (geïmplementeerd in art. 4.16 lid 1 Aw) en jurisprudentie. De vraag of een belanghebbende die de 20-dagen-termijn van art. 4.16 lid 1 aanhef onder c Aw ongebruikt heeft laten verstrijken o.g.v. art. 4.15 lid 1, aanhef en sub a Aw nog vernietiging kan vorderen van de na het verstrijken van die termijn door de aanbestedende dienst onderhands gesloten overeenkomst heeft het HvJ EU in arrest van 11 september 2014 (Fastweb II) positief beantwoord. De rechter citeert het HvJ EU.

Uit de geciteerde overwegingen volgt dat een belanghebbende die ná het verstrijken van de 20-dagen-termijn van art. 4.16 lid 1 sub c, Aw in rechte opkomt tegen een overeenkomst die zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht in het Publicatieblad van de Europese Unie door een aanbestedende dienst is gegund, zijn recht om vernietiging van die overeenkomst te vorderen niet heeft verwerkt, wanneer naar het oordeel van de rechter niet aan de voorwaarden van art. 4.16 lid 1 Aw is voldaan (§ 52). Bij die beoordeling moet de rechter onder meer rekening houden met de omstandigheden en de redenen die door de aanbestedende dienst zijn vermeld in de in art. 4.16 Aw bedoelde vooraankondiging en die de aanbestedende dienst ertoe hebben gebracht de procedure van gunning door onderhandelingen te volgen. Deze redenen dienen volgens het HvJ EU duidelijk en ondubbelzinnig in de vooraankondiging tot uitdrukking te worden gebracht, zodat de belanghebbenden met volledige kennis van zaken kunnen bepalen of zij het nuttig achten om de zaak aanhangig te maken bij de beroepsinstantie, en deze laatste een daadwerkelijk toezicht kan uitoefenen. Hieruit leidt de voorzieningenrechter af dat hij de door het HvJ EU vereiste toetsing dient te verrichten aan de hand van enkel de informatie in de vooraankondiging. De aanvullende informatie, die de Provincie nadien in het gesprek met VHB en ter zitting heeft verstrekt, moet bij de toetsing buiten beschouwing worden gelaten. Die nadere informatie heb-

ben de belanghebbenden immers niet kunnen gebruiken om te bepalen of zij het nuttig achten om de zaak aanhangig te maken bij de beroepsinstantie en is bovendien enkel aan VHB verstrekt. Het betrekken van deze nadere informatie zou daarom strijdig zijn met de door de Provincie in acht te nemen aanbestedingsrechtelijke beginselen van transparantie en gelijke behandeling.

In de vooraankondiging heeft de Provincie zich beroepen op de uitzondering neergelegd in art. 2:32 lid 1, onderdeel b onder 2 Aw. Daarin is bepaald dat een aanbestedende dienst de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging kan toepassen indien de overheidsopdracht slechts door een bepaalde ondernemer kan worden verricht, omdat mededinging om technische redenen ontbreekt. Art. 2:32 lid 3 Aw bepaalt dat het eerste lid onderdeel b, onder 2 uitsluitend van toepassing is indien er geen redelijk alternatief of substituuut bestaat en het ontbreken van mededinging niet het gevolg is van een kunstmatige beperking van de voorwaarden van de aanbesteding.

De voorzieningenrechter is van oordeel dat de Provincie, door te kiezen voor een opdracht in de vorm van een bouwteammodel, terwijl zij in de vooraankondiging niet eens bij benadering heeft aangegeven welke werkzaamheden met betrekking tot de vervanging van de verkeersbruggen onder de rode scope vallen, het voor de belanghebbenden en de voorzieningenrechter onmogelijk heeft gemaakt om te toetsen of het deel van de opdracht dat ziet op de uitvoering van de nog nader te bepalen rode scope om technische redenen enkel door IJsselmeerwerken kan worden gedaan. De Provincie had er ook (en beter) voor kunnen kiezen om een knip aan te brengen in de opdracht door eerst een gunningsprocedure te volgen voor de eerste fase van de opdracht, de fase waarin de rode scope wordt afgebakend en ontworpen, en pas daarna een aparte gunningsprocedure te doorlopen voor de tweede fase van de opdracht, de uitvoeringsfase. Omdat nu eerst de rode scope nog door het bouwteam moet worden bepaald en de belanghebbenden en de voorzieningenrechter op grond van de vooraankondiging niet kunnen vaststellen wat er ongeveer onder de rode scope zal vallen en op voorhand niet kunnen toetsen of de rode scope door het bouwteam op juiste wijze zal worden bepaald, kunnen zij niet toetsen of de uitvoering van de rode scope om technische redenen enkel door IJsselmeerwerken kan worden gedaan. Op basis

van de vooraankondiging kan derhalve niet worden beoordeeld of de Provincie van mening kon zijn dat daadwerkelijk aan de voorwaarden van art. 2:32 lid 1 sub b onder 2 Aw was voldaan, toen zij het besluit nam om de opdracht toe te wijzen via een procedure van gunning door onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht. Dit maakt, gelet op voormeld toetsingskader, dat de Provincie niet aannemelijk heeft gemaakt dat VHB haar recht om de vorderingen in te stellen, heeft verwerkt.

Toetsing aan voorwaarden van art. 2:32 lid 1 sub b onder 2 Aw niet mogelijk

Nu niet getoetst kan worden of aan de voorwaarden van art. 2:32 lid 1 sub b onder 2 Aw is voldaan en de bewijslast dat aan die voorwaarden is voldaan op de Provincie rust, heeft de Provincie onvoldoende aannemelijk gemaakt dat aan die voorwaarden is voldaan. Dit maakt dat de gunning door de Provincie van de in de vooraankondiging bedoelde opdracht door onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht strijdig is met de Aw. Het gevorderde ge- en verbod is dan ook toewijsbaar. Het verbod strekt er immers toe om verdere uitvoering van de onwettige gunning te stoppen en uit hetgeen hiervoor is overwogen, volgt dat de overeenkomst tot uitvoering van de rode scope pas kan worden gesloten na (voldoende) afbakening van die rode scope en nadat belanghebbenden de gelegenheid hebben gehad om naar die opdracht mee te dingen dan wel de mogelijkheid hebben gehad een voornemen van de Provincie om die opdracht te gunnen door onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht, in rechte te laten toetsen.

Beslissing

De voorzieningenrechter verbiedt de Provincie om een overeenkomst te sluiten met IJsselmeerwerken of een andere partij ten aanzien van de uitvoering van de nog nader door het bouwteam te bepalen rode scope als bedoeld in de vooraankondiging van 24 maart 2022, zolang niet aan de voorwaarden geformuleerd in 5.2 is voldaan. Ook gebiedt de voorzieningenrechter de Provincie, alvorens de overeenkomst te sluiten, eerst de rode scope te bepalen en ter zake van deze overeenkomst ofwel de markt voor mededinging te ope-

nen op grond van de Aw ofwel via een vrijwillige vooraankondiging vooraf als bedoeld in art. 4.16 Aw de markt adequaat te informeren omtrent het afzien van een aanbestedingsprocedure ten aanzien van deze overeenkomst.

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

VAN HATTUM & BLANKEVOORT,

gevestigd te Vianen,

eiseres,

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

tegen

de publiekrechtelijke rechtspersoon

PROVINCIE FRYSLÂN,

zetelend te Leeuwarden,

gedaagde,

advocaat mr. Th. Dankert, kantoorhoudende te Leeuwarden.

Partijen zullen hierna VHB en de Provincie genoemd worden.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding
- de mondelinge behandeling en de ten behoeve daarvan op voorhand overgelegde producties
- de pleitnota van VHB
- de pleitnota van de Provincie.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De feiten

2.1. Op 24 maart 2022 heeft de Provincie op TenderNed een zogenaamde vrijwillige aankondiging vooraf als bedoeld in artikel 4.16 lid 1 van de Aanbestedingswet 2012 (hierna Aw) gepubliceerd, waarin zij aankondigde voornemens te zijn om de opdracht met de benaming 'Vervanging verkeersbruggen' onderhands te gunnen aan de VOF IJsselmeerwerken (hierna: IJsselmeerwerken) met als vennoten Van Oord Nederland B.V. (hierna: Van Oord) en BAM Infra B.V. (hierna: BAM). In de vooraankondiging staat voorts - voor zover van belang - het volgende vermeld:

II.1.4) Korte beschrijving

De provincie Fryslân heeft het voornemen het sluiscomplex op de Afsluitdijk ter hoogte van Kornwerderzand te verbreden. De verkeersbruggen over het

huidige sluiscomplex hebben een levensduur tot 2025 en moeten voor die tijd vervangen zijn.

Onderhavige opdracht betreft een 2-fasencontract waarbij de raakvlakken met het project Afsluitdijk verder geconcretiseerd worden. Hiermee wordt de scope van dit 2-fasencontract afgebakend. Dit vult slechts een gedeelte van de realisatieopgave bruggen Kornwerderzand in.

Derhalve zal de Provincie op een later moment aanvullend een overeenkomst aanbesteden, waarna binnen een bouwteam het integrale ontwerp opgesteld wordt om vervolgens over te gaan tot realisatie van desbetreffende scopeonderdelen.

(...)

II.1.7) Totale waarde van de aanbesteding (exclusief btw)

Laagste offerte: 15 000 000,00 / Hoogste offerte: 25 000 000,00 meegerekend

Munt: EUR

II.2.4) Beschrijving van de aanbesteding:

(aard en omvang van de werken, leveringen of diensten, of vermelding van de behoeften en vereisten)

Het in een 2-fasencontract voorbereiden, ontwerpen en realiseren van een nog nader af te bakenen deel van de scope binnen het project bruggen A7 Kornwerderzand. Deze afbakening is onderdeel van de voorbereiding.

(...)

VI.4.3) Beroepsprocedure

Precieze aanduiding van de termijn(en) voor beroepsprocedures:

Het voornemen van de Provincie Fryslân is om 20 dagen na deze aankondiging de overeenkomsten te sluiten.

Rechtsbeschermingstermijn: 20 kalenderdagen (art. 4.16 lid 1 sub c Aw)

(...)

D1.1) Motivering voor de keuze van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking van een oproep tot mededinging in overeenstemming met artikel 32 van Richtlijn 2014/24/EU

De werken, leveringen of diensten kunnen om de volgende reden alleen door een bepaalde ondernemer worden verricht:

- geen mededinging om technische redenen

D1.3) Verklaring

Verklaar duidelijk en volledig waarom gunning van de opdracht zonder voorafgaande bekendmaking in het Publicatieblad van de Europese Unie wettig is. Geef de relevante feiten en, indien van

toepassing, de rechtsbeslissingen in overeenstemming met de betreffende richtlijn:

De provincie Fryslân heeft het voornemen het sluiscomplex op de Afsluitdijk ter hoogte van Kornwerderzand te verbreden. De verkeersbruggen over het huidige sluiscomplex hebben een levensduur tot 2025 en moeten voor die tijd vervangen zijn. De provincie was voornemens de verkeersbruggen te vervangen nadat de werkzaamheden aan de Afsluitdijk zouden zijn afgerond. Ten behoeve van de werkzaamheden aan de Afsluitdijk heeft de Staat in 2018 een DBFM-overeenkomst gesloten met Levvel B.V. (hierna: het Rijkscontract), voor de uitvoering waarvan Van Oord Nederland B.V. en BAM Infra B.V. (hierna: Van Oord en BAM) mede indirect verantwoordelijk zijn.

Doordat de uitvoering van het Rijkscontract is vertraagd, ziet de provincie zich geconfronteerd met raakvlakken tussen de vervanging van de verkeersbruggen en de uitvoering van het Rijkscontract die de tijdige voorbereiding, aanbesteding en uitvoering van de verkeersbruggen technisch, organisatorisch en financieel belemmeren. Daarnaast ontbreekt door deze raakvlakken het level playingfield bij een aanbesteding voor de vervanging van de verkeersbruggen, althans wordt dat level playingfield ernstig beperkt. Levvel (waaronder Van Oord Nederland en BAM Infra) beschikt namelijk over de voor het ontwerp en uitvoering van het werk cruciale kennis en informatie. Vanwege de aard van de contractvorm van het Rijkscontract (DBFM-contract) en het feit dat Van Oord en BAM in deze geen nevenaannemer zijn van de provincie, kan de provincie, zo lang het Rijkscontract in uitvoering is bij Levvel, niet over al deze cruciale kennis en informatie beschikken. Daarnaast bestaan er door de vertraging van het Rijkscontract nog diverse fysieke raakvlakken en raakvlakken op het gebied van bouwfasering, planning en logistiek.

Uit hoofde van het Rijkscontract beschikken de uitvoerende aannemers (van Levvel) namelijk over een voorrangspositie, waarvoor hun medewerking vereist is, en moet de vervanging van de verkeersbruggen plaatsvinden binnen het beperkte gebied als waar de werkzaamheden van het (vertraagde) Rijkscontract plaatsvinden met alle risico's tot gevolg. De provincie ziet zich om vorenbedoelde redenen genooddaakt om een beperkt deel (te weten de "rode scope") van het werk met betrekking tot de vervanging van de verkeersbruggen, op basis van de onderhandelings-

procedure van artikel 2.32 lid 1 sub b onder 2 Aw, te gunnen aan de te vormen projectorganisatie Van Oord en BAM. Alleen dan kan de provincie beschikken over de specifieke kennis, informatie en medewerking van deze partijen die nodig is om de verkeersbruggen tijdig en met beheerste kosten en risico's te kunnen vervangen. Door deze gewijzigde contractstrategie kan de aanbesteding van het resterende deel (de "groene scope") van het werk met betrekking tot de vervanging van de verkeersbruggen aanbesteed worden met voldoende kansen (level playingfield) voor andere marktpartijen. Onverminderd de voor het ontwerp en uitvoering benodigde specifieke kennis bij en medewerking van (de uitvoerende aannemers van) Levvel aan sich en onverminderd de bevordering van het level playingfield, is evenmin sprake van een 'redelijk alternatief of substituu't' zoals bedoeld in artikel 2.32 lid 3 Aw. Een (onafhankelijk deskundig) bureau heeft namelijk voor deze laatstbedoelde reden (en onverminderd de andere redenen) berekend dat gelijktijdige uitvoering van het Rijkscontract en het totale (aldus zowel de rode als groene scope van het) werk met betrekking tot de verkeersbruggen, tot maar liefst 79% hogere kosten zou leiden ten opzichte van de totale projectraming. Het deel van het werk (de rode scope) dat de provincie op basis van de gewijzigde contractstrategie op basis van de onderhandelingsprocedure van artikel 2.32 lid 1 sub b onder 2 Aw aan de te vormen projectorganisatie Van Oord en BAM wenst te gunnen, zou, met andere woorden, maar liefst 210% duurder zijn, dan wanneer deze rode scope tezamen met de "groene scope" van het werk zou worden aanbesteed en uitgevoerd.

2.2. VHB heeft na lezing van de vooraankondiging op 5 april 2022 via TenderNed de volgende vragen aan de provincie gesteld:

In de "Aankondiging in geval van vrijwillige transparantie vooraf", wordt in de verklaring (paragraaf D1.3) gesproken over "groene scope" en "rode scope". Zou u voor ons inzicht kunnen toelichten waar de groene en de rode scope uit bestaan?

Kunt u tevens aangeven wanneer de aankondiging voor de groene scope wordt verwacht?

(...)

Kunt u aangeven wanneer de aanbestedingsdocumenten beschikbaar worden gesteld?

2.3. Diezelfde dag heeft de Provincie het volgende antwoord op die vragen of TenderNed gepubliceerd:

Onderdeel van de aankondiging van vrijwillige transparantie vooraf is dat de provincie Fryslân met Bam / Van Oord deze verdeling nader gedefinieerd en onderbouwd, dient te worden waarna deze door de provincie Fryslân vastgesteld kan worden. Op voorhand is deze verdeling niet aan te geven, anders was het niet nodig om dit op deze wijze aan te pakken. De verwachting voor de aankondiging van de groene scope is voor of net na de bouwvak 2022.

2.4. In reactie daarop heeft VHB op 12 april 2022 de volgende vraag via TenderNed aan de Provincie gesteld:

In reactie op uw antwoord op onze vraag #1 hebben wij de volgende vervolgvraag: uit uw antwoord blijkt dat u geen inzage kunt of wilt geven in de te vergeven scope aan het consortium BAM/ Van Oord (rode scope) en welke scope er alsnog aanbesteed gaat worden (groene scope). In het kader van de "Aankondiging in geval van vrijwillige transparantie vooraf" bevreesdt ons dit. Transparantie zou moeten betekenen dat voor alle marktpartijen duidelijk is wat hier speelt. Wij verzoeken u dan ook om met ons hierover op korte termijn in gesprek te gaan. Tot die tijd houden wij ons het recht voor om tegen deze aankondiging bezwaar aan te tekenen.

2.5. De gemeente heeft diezelfde dag het volgende antwoord op die vraag op TenderNed gepubliceerd

Naar aanleiding van de door u gestelde vraag wensen wij graag met u in gesprek te gaan. Kunt u aangeven welke personen, en in welke functie zij actief zijn binnen uw organisatie, wij mogen uitnodigen? Alvast bedankt voor uw reactie.

2.6. Op 29 april 2022 heeft er een gesprek plaatsgevonden tussen de Provincie en VHB. Tijdens dit gesprek is door de Provincie een nadere toelichting gegeven op de aankondiging.

3. Het geschil

3.1. VHB vordert dat de voorzieningenrechter bij vonnis in kort geding, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad en op de minuut:

(1) de Provincie zal verbieden uitvoering te geven aan het voornemen dat is gepubliceerd in de vrijwillige vooraankondiging 'Vervanging verkeersbruggen' van 24 maart 2022, zulks op straffe van

verbeurte van een direct opeisbare dwangsom van € 2.000.000;

(2) de Provincie zal verbieden om aan IJsselmeerwerken of enig andere derde (waaronder, maar niet beperkt tot BAM, Van Oord of een combinatie met deze bedrijven) onderhands geheel of gedeeltelijk de werkzaamheden als bedoeld in de vrijwillige vooraankondiging 'Vervanging verkeersbruggen' van 24 maart 2022 te gunnen, zulks op straffe van verbeurte van een direct opeisbare dwangsom van € 2.000.000;

(1) de Provincie zal gebieden om alvorens tot gunning van (een deel van) de werkzaamheden als bedoeld in de vrijwillige vooraankondiging 'Vervanging verkeersbruggen' van 24 maart 2022 over te gaan éérst de scope van de desbetreffende opdracht te bepalen en vervolgens ofwel de markt voor mededinging te openen op grond van de Aw, ofwel via een vrijwillige vooraankondiging vooraf als bedoeld in artikel 4.16 Aw de markt adequaat te informeren omtrent het afzien van een aanbestedingsprocedure, zulks op straffe van verbeurte van een direct opeisbare dwangsom van € 2.000.000;

(2) de Provincie zal veroordelen in de kosten van deze procedure, een tegemoetkoming in de door VHB gemaakte kosten, de kosten van juridische bijstand daaronder begrepen, alsmede de nakosten ten bedrage van € 157 zonder betekening en van € 239 met betekening van het in deze zaak te wijzen vonnis, met de aantekening dat als niet binnen twee weken na wijziging van het vonnis aan de proceskostenveroordeling is voldaan daarover de wettelijke rente verschuldigd is.

3.2. VHB heeft - zakelijk weergegeven - het volgende aan haar vordering ten grondslag gelegd. Anders dan de aankondiging doet voorkomen, is er nog geen opdracht voor de uitvoering van een werk, omdat eerst de rode scope moet worden bepaald. Ten aanzien van die nader te bepalen scope stelt de Provincie dat deze van de aanbestedingsplicht kan worden uitgezonderd, maar dat is op dit moment niet vast te stellen. Omdat onduidelijk is wat de scope van de opdracht is, kan de Provincie onmogelijk bewijzen dat er een gerechtvaardigd beroep op artikel 2.32 Aw kan worden gedaan. De motivering in de vooraankondiging is in dat licht per definitie onvoldoende om een beroep te kunnen doen op artikel 2.32 Aw. Vanwege de onduidelijke scope is het voor geïnteresseerde partijen evenmin mogelijk om te toetsen of er een gerechtvaardigd beroep op artikel 2.32 Aw kan

worden gedaan. Daarmee is het ook nog te vroeg om een vooraankondiging te doen, omdat de vooraankondiging als vertrekpunt neemt dat er een concrete opdracht is bepaald. Door het gebrek aan duidelijkheid omtrent het voorwerp en de reikwijdte van de opdracht en de feitelijke onjuistheden in de vooraankondiging op TenderNed, is de termijn van 20 dagen, als bedoeld in artikel 4.16 Aw, niet gaan lopen, zodat VHB niet verweten kan worden dat zij te laat tegen het voornemen tot gunning is opgekomen.

3.3. De Provincie voert verweer en concludeert om bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, VHB niet-ontvankelijk te verklaren in haar vorderingen, althans deze af te wijzen, met veroordeling van VHB in de proceskosten, zulks met bepaling dat over die proceskostenveroordeling de wettelijke rente verschuldigd zal zijn met ingang van de veertiende dag na de datum van het in dezen te wijzen vonnis en voorts met veroordeling van VHB in de nakosten, conform het liquidatietarief begroot op € 163 dan wel ingeval van betekening, verhoogd met € 92.

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

4. De beoordeling

Spoedeisend belang

4.1. Het spoedeisend belang van VHB bij de gevraagde voorziening staat tussen partijen niet ter discussie en volgt naar het oordeel van de voorzieningenrechter uit de aard van de vordering.

Opdracht reeds gegund

4.2. De voorzieningenrechter volgt VHB niet in haar stelling dat, anders dan in de vooraankondiging staat vermeld, feitelijk nog geen sprake is van een opdracht, omdat de in de vooraankondiging bedoelde rode scope nog moet worden bepaald. Deze stelling miskent dat blijkens de vooraankondiging de opdracht ziet op een twee-fasenovereenkomst en dat het bepalen van de rode scope behoort tot de eerste fase van die overeenkomst en derhalve onderdeel uitmaakt van de opdracht.

4.3. In de pleitnotitie van de Provincie staat – onder meer – het volgende vermeld:

8. Kortom, de opdracht is wel degelijk bekend. De exacte omvang van die ‘rode scope’ staat wellicht nog niet exact vast, maar dat maakt in dit kader niet uit. VHB miskent namelijk de systematiek van een 2-fasenovereenkomst (i.c. een bouwteam) en

het doel van de Aankondiging met vrijwillige transparantie vooraf’. (...)

(...)

45. Toewijzing van de vorderingen 1 t/m 3 zijn voor wat betreft de voorbereiding (demarcatiefase) niet toewijsbaar. Die fase is al vol aan de gang en moet op korte termijn ook afgerond zijn, wil de kritieke planning gehaald worden. Voor de ontwerp en uitvoeringsfase heeft de Provincie genoegzaam toegelicht dat voor toewijzing van deze vorderingen geen plaats is.

46. De Provincie (...) heeft belang bij zo spoedig mogelijke afronding van de Demarcatiefase en opdrachtverlening voor de rode scope, zodat vervolgens, direct na de bouwvak de aanbesteding voor het ontwerpen en uitvoering van de ‘groene scope’ kan worden gepubliceerd om de verkeersbruggen uiterlijk in 2025 geheel vervangen te hebben.

4.4. Hoewel dit niet expliciet door de Provincie is benoemd, zij ook verweren heeft gevoerd die een andere kant op wijzen en zij de overeenkomst niet heeft overgelegd, lijkt voormeld citaat erop te duiden – en zo begrijpt de voorzieningenrechter dat citaat ook – dat, anders dan VHB heeft betoogd, de Provincie reeds uitvoering heeft gegeven aan het voornemen dat is gepubliceerd in de vooraankondiging in die zin dat zij de opdracht reeds heeft gegund aan en reeds een bouwteamovereenkomst heeft gesloten met IJsselmeerwerken. In de beschrijving van de opdracht in § II.2.4 van de vooraankondiging staat immers vermeld dat de afbakening (“demarcatie”) van de rode scope onderdeel vormt van de voorbereiding, en dat de voorbereiding, die volgens voormeld citaat al in volle gang is, onderdeel vormt van de te gunnen opdracht. Ook uit het standpunt van de Provincie in het citaat dat de vorderingen, die strekken tot het voorkomen van gunning, niet toewijsbaar zijn wat betreft de voorbereiding, omdat deze al in volle gang is, kan worden geconcludeerd dat reeds is gegund.

4.5. Nu het gebruikelijk is in een bouwteamovereenkomst vast te leggen dat in het bouwteam wordt gewerkt aan het tot stand brengen van een voorlopig ontwerp, definitief ontwerp dan wel een bestek van het uit te voeren werk gaat de voorzieningenrechter er voorts van uit dat in de door de Provincie met IJsselmeerwerken gesloten bouwteamovereenkomst is overeengekomen dat het bouwteam naast de afbakening van de rode scope ook zorgdraagt voor (minst genomen) een voor-

lopig ontwerp van die rode scope. Verder begrijpt de voorzieningenrechter uit de zin "de Provincie heeft belang bij zo spoedig mogelijke afronding van de Demarcatiefase en opdrachtverlening voor de rode scope" in voormeld citaat dat de Provincie IJsselmeerwerken nog geen opdracht heeft verleend voor de uitvoering van de rode scope en derhalve nog geen aannemingsovereenkomst met haar heeft gesloten ten aanzien van de uitvoering van de rode scope.

4.6. VHB heeft een verbod gevorderd om uitvoering te geven aan het voornemen dat is gepubliceerd in de vooraankondiging, een verbod om de werkzaamheden bedoeld in deze vooraankondiging geheel of gedeeltelijk te gunnen aan IJsselmeerwerken of enige ander derde en een gebod om alvorens tot gunning van (een deel van) deze werkzaamheden over te gaan éérst de scope van de desbetreffende opdracht te bepalen. Nu reeds een bouwteamovereenkomst is gesloten en geen vernietiging van die overeenkomst is gevorderd, zijn deze vorderingen deels achterhaald door het sluiten van die overeenkomst. In zoverre kunnen zij niet worden toegewezen. De voorzieningenrechter stelt vast dat deze hoofdvorderingen alle drie strekken tot voorkoming van gunning van de werkzaamheden bedoeld in de vooraankondiging terwijl gunning van de in de vooraankondiging omschreven opdracht reeds heeft plaatsgevonden. Vanwege het feit dat de Provincie pas ter zitting (onduidelijk) heeft laten doorschemeren dat reeds gunning heeft plaatsgevonden en de Provincie zich blijkens voormeld citaat niet op het standpunt stelt dat de vorderingen van DHB geheel zijn achterhaald, zal de voorzieningenrechter het resterende deel van vorderingen welwillend lezen. Hij leest dit deel van de vorderingen aldus dat wordt gevorderd:

A. de Provincie te verbieden om een overeenkomst te sluiten met IJsselmeerwerken of een andere partij ten aanzien van de uitvoering van de nog nader door het bouwteam te bepalen rode scope als bedoeld in de vooraankondiging van 24 maart 2022, zolang niet aan de voorwaarden geformuleerd onder B is voldaan, zulks op straffe van verbeurte van een direct opeisbare dwangsom van € 2.000.000;

B. de Provincie te gebieden, alvorens de onder A bedoelde overeenkomst te sluiten, eerst de rode scope te bepalen en ter zake van deze overeenkomst ofwel de markt voor mededinging te openen op grond van de Aw ofwel via een vrijwillige

vooraankondiging vooraf als bedoeld in artikel 4.16 Aw de markt adequaat te informeren omtrent het afzien van een aanbestedingsprocedure ten aanzien van deze overeenkomst, zulks op straffe van verbeurte van een direct opeisbare dwangsom van € 2.000.000.

4.7. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter laat het door de Provincie in het kader van de opdracht gekozen bouwteammodel ook ruimte voor deze lezing. Inherent aan een bouwteamovereenkomst is immers dat het feit dat een aannemer deelneemt aan het bouwteam en samen met de andere leden van het bouwteam een ontwerp maakt, nog niet automatisch betekent dat hij ook de uitvoerder van dat ontwerp gaat worden. Daarvoor is na afronding van die eerste fase nadere overeenstemming nodig tussen hem en de opdrachtgever over de te sluiten aannemingsovereenkomst. Dat partijen bij het sluiten van de bouwteamovereenkomst de intentie hebben en alles in het werk zullen stellen om ervoor te zorgen dat er tussen hen, als het moment daar is, ook wilsovereenstemming over de aannemingsovereenkomst zal worden bereikt, doet daar niet aan af. Het feit dat de hele opdracht als omschreven in de vooraankondiging, dus inclusief de uitvoering van de rode scope, kennelijk aan IJsselwerken is gegund, brengt derhalve niet mee dat zij er reeds vanuit kon gaan dat er ook een aannemingsovereenkomst tussen haar en de Provincie tot stand zou komen.

Beroep op rechtsverwerking

4.8. De Provincie heeft voorts als verweer aangevoerd dat, nu VHB niet binnen 20 dagen na publicatie van de vooraankondiging een kort geding aanhangig heeft gemaakt, zij op grond van artikel 4.16 lid 1 sub a Aw haar rechten heeft verwerkt nog op te komen tegen het voornemen van de Provincie om het voorbereiden, ontwerpen en uitvoeren van de rode scope, zoals aangekondigd, te gunnen aan IJsselmeerwerken. Gelet op het feit dat het aangekondigde voornemen tot gunning reeds is uitgevoerd, begrijpt de voorzieningenrechter dit verweer aldus dat de Provincie zich op het standpunt stelt dat VHB haar rechten heeft verwerkt om er tegenop te komen dat de Provincie op grond van de reeds gegunde opdracht een overeenkomst tot uitvoering van de rode scope sluit. De voorzieningenrechter verwerpt dit verweer en overweegt daartoe als volgt.

4.9. Artikel 4.16 lid 1 Aw vormt de implementatie van artikel 2 quinquies, lid 4, van richtlijn 89/665/

EEG (hierna: de Rechtsbeschermingsrichtlijn), zoals gewijzigd bij Richtlijn 2007/66/EG. In de Rechtsbeschermingsrichtlijn is onderscheid gemaakt tussen rechtsbescherming in de precontractuele fase en de postcontractuele fase. Voor zover geoordeeld zou moeten worden dat, nu de aannemingsovereenkomst nog niet is gesloten, partijen zich nog in de precontractuele fase bevinden, gaat het beroep van de Provincie op artikel 4.16 lid 1 Aw om de volgende reden niet op.

4.10. In artikel 4.15 lid 1, aanhef en sub a Aw is bepaald dat een als resultaat van een gunningsbeslissing gesloten overeenkomst in rechte vernietigbaar is op de grond dat de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf in strijd met deel 2 of deel 3 van de Aw, de overeenkomst gesloten heeft zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht in het Publicatieblad van de Europese Unie.

4.11. Artikel 4.16 lid 1 Aw bepaalt dat artikel 4.15, eerste lid, aanhef en onder a Aw niet van toepassing is indien de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf:

(a) van mening is dat de gunning van een opdracht zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht door middel van het elektronische systeem voor aanbestedingen op grond van deze wet is toegestaan,

(b) de aankondiging van zijn voornemen om tot sluiting van de overeenkomst over te gaan door middel van het elektronische systeem voor aanbestedingen in het Publicatieblad van de Europese Unie heeft bekendgemaakt, en

(c) de overeenkomst niet heeft gesloten voor het verstrijken van een termijn van ten minste twintig kalenderdagen, ingaande op de dag na de datum van de bekendmaking van bedoelde aankondiging.

4.12. Op grond van artikel 4.16 lid 1 juncto 4.15 lid 1 Aw kan een onderneming die nalaat binnen de in artikel 4.16 lid 1 aanhef onder c Aw bedoelde termijn van 20 dagen in rechte op te komen tegen het aangekondigde voornemen van de aanbestedende dienst om tot sluiting van een overeenkomst over te gaan zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht, als die overeenkomst na het verstrijken van die termijn wordt gesloten, onder bepaalde voorwaarden geen vernietiging meer vorderen van die overeenkomst. Die sanctie ziet echter op de postcontractuele fase, de fase na sluiting van de overeenkomst. Artikel 4.16 lid 1 Aw staat er niet

aan in de weg dat de hiervoor bedoelde onderneming na de 20-dagen-termijn van artikel 4.16 lid 1 aanhef onder c Aw maar vóór het sluiten van de overeenkomst het voornemen tot het sluiten van die overeenkomst in rechte laat toetsen. Het ongebruikt laten verstrijken van de 20-dagen-termijn brengt voor haar enkel het risico mee dat de aanbestedende dienst overgaat tot sluiting van de overeenkomst zonder de uitkomst van de procedure af te wachten. Dat is in dit geval, wat betreft de aannemingsovereenkomst, nog niet gebeurd.

4.13. Dit oordeel strookt ook met de beweegredenen achter artikel 2 quinquies, lid 4, van de Rechtsbeschermingsrichtlijn (en artikel 4.16 lid 1 Aw). Uit de onderdelen 13, 14 en 26 van de considerans van Richtlijn 2007/66/EG blijkt dat de Uniewetgever met deze uitzonderingsbepaling een evenwicht heeft trachten te vinden tussen de verschillende belangen die aan de orde zijn, te weten die van de onderneming die schade heeft geleden enerzijds – waaraan tegemoet kan worden gekomen met de mogelijkheid om een kort geding vóór het sluiten van de overeenkomst in te stellen en de nietigverklaring van de onrechtmatig gesloten overeenkomst – en die van de aanbestedende dienst en de onderneming die de opdracht heeft gekregen anderzijds, die niet in de situatie van rechtsonzekerheid mogen verzeilen die zou kunnen ontstaan door de vernietiging van de overeenkomst (zie § 44 van het arrest van het Europese Hof van Justitie (hierna: HvJ EU) van 11 september 2014; Fastweb II, ECLI:EU:C:2014:2194). Laatstvermeld belang wordt niet geschonden als een onderneming na de 20-dagen-termijn van artikel 4.16 lid 1 aanhef onder c Aw maar vóór het sluiten van de overeenkomst in actie komt en gebruik maakt van voormelde mogelijkheid om het voornemen van de aanbestedende dienst om die overeenkomst te sluiten in kort geding te laten toetsen.

4.14. Voor zover geoordeeld zou moeten worden dat, nu de opdracht reeds is gegund, de bouwteamovereenkomst reeds is gesloten en de te sluiten aannemingsovereenkomst daaruit voortvloeit, partijen zich in de postcontractuele fase bevinden, gaat het beroep van de Provincie op artikel 4.16 lid 1 Aw om de volgende reden niet op.

4.15. De voorzieningenrechter stelt bij de beoordeling voorop dat VHB geen vernietiging van de bouwteamovereenkomst heeft gevorderd, maar dat toewijzing van haar vordering wel mee zou

brengen dat wordt ingegrepen in die overeenkomst en in de reeds gegunde opdracht. De voorzieningenrechter is van oordeel dat dit gelijk is te stellen met vernietiging van die overeenkomst en dat het toetsingskader dat geldt voor de beoordeling van de vraag of het recht om vernietiging van een na gunning gesloten overeenkomst te verdere, is verwerkt, analoog dient te worden toegepast.

4.16. Dit toetsingskader is neergelegd in artikel 2 quinquies, lid 4, van de Rechtsbeschermingsrichtlijn (geïmplementeerd in artikel 4.16 lid 1 Aw) en de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie (hierna HvJ EU) daarover. De vraag of een belanghebbende die de 20-dagen-termijn van artikel 4.16 lid 1 aanhef onder c Aw ongebruikt heeft laten verstrijken op grond van artikel 4.15 lid 1, aanhef en sub a Aw nog vernietiging kan vorderen van de na het verstrijken van die termijn door de aanbestedende dienst onderhands gesloten overeenkomst heeft het HvJ EU in voormeld arrest van 11 september 2014 (Fastweb II) positief beantwoord. Het HvJ EU heeft in dat arrest - voor zover van belang - het volgende overwogen:

45. *Gelet op het bovenstaande moet worden vastgesteld dat het in strijd zou zijn met zowel de bewoordingen als het doel van artikel 2 quinquies, lid 4, van richtlijn 89/665 indien de nationale rechters de overeenkomst onverbindend zouden mogen verklaren wanneer is voldaan aan de drie voorwaarden van deze bepaling.*

46. *Ter verwezenlijking van de doelstellingen van artikel 1, lid 1, derde alinea, van richtlijn 89/665, met name de totstandbrenging van doeltreffende rechtsmiddelen tegen besluiten van de aanbestedende diensten die in strijd zijn met het recht inzake overheidsopdrachten, moet de instantie die kennisneemt van het beroep evenwel een daadwerkelijk toezicht uitoefenen wanneer zij controleert of is voldaan aan de voorwaarden van artikel 2 quinquies, lid 4, van richtlijn 89/665.*

47. *De voorwaarde van artikel 2 quinquies, lid 4, eerste streepje, houdt meer bepaald in dat de aanbestedende dienst van mening is dat de gunning van een opdracht zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht in het Publicatieblad van de Europese Unie op grond van richtlijn 2004/18 is toegestaan. Voorts stelt artikel 2 quinquies, lid 4, tweede streepje, van richtlijn 89/665 als voorwaarde dat de aanbestedende dienst de in artikel 3 bis bedoelde aankondiging van zijn voornemen om tot sluiting van de overeenkomst*

over te gaan in het Publicatieblad van de Europese Unie bekendmaakt. Volgens artikel 3 bis, sub c, moet de aankondiging een rechtvaardiging bevatten van de beslissing van de aanbestedende dienst om de opdracht te gunnen zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht.

48. *Deze rechtvaardiging moet duidelijk en ondubbelzinnig de redenen tot uitdrukking brengen waarom de aanbestedende dienst van mening is dat hij de opdracht kon gunnen zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht, zodat de belanghebbenden met volledige kennis van zaken kunnen bepalen of zij het nuttig achten om de zaak aanhangig te maken bij de beroepsinstantie, en deze laatste een daadwerkelijk toezicht kan uitoefenen.*

49. *Zoals blijkt uit de verwijzingsbeslissing, heeft de aanbestedende dienst in het hoofdgeding de procedure van gunning door onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht gevolgd en zich daarbij gebaseerd op artikel 31, lid 1, sub b, van richtlijn 2004/18. Dienaangaande zij eraan herinnerd dat de procedure van gunning door onderhandelingen slechts kan worden toegepast in de omstandigheden die limitatief zijn opgesomd in de artikelen 30 en 31 van richtlijn 2004/18, en dat deze procedure uitzonderlijk is in vergelijking met open en beperkte procedures (arrest Commissie/België, C-292/07, ECLI:EU:C:2009:246, punt 106 en aldaar aangehaalde rechtspraak).*

50. *In het kader van haar toezicht dient de beroepsinstantie te beoordelen of de aanbestedende dienst zorgvuldig handelde en van mening kon zijn dat daadwerkelijk aan de voorwaarden van artikel 31, lid 1, sub b, van richtlijn 2004/18 was voldaan, toen zij het besluit nam om de opdracht toe te wijzen via een procedure van gunning door onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht.*

51. *Daarbij moet deze instantie onder meer rekening houden met de omstandigheden en de redenen die zijn vermeld in de in artikel 2 quinquies, lid 4, tweede streepje, van richtlijn 89/665 bedoelde aankondiging en die de aanbestedende dienst ertoe hebben gebracht de in artikel 31 van richtlijn 2004/18 bedoelde procedure van gunning door onderhandelingen te volgen.*

52. *Indien de beroepsinstantie na de controle vaststelt dat niet is voldaan aan de voorwaarden van artikel 2 quinquies, lid 4, van richtlijn 89/665, moet*

zij de overeenkomst onverbindend verklaren overeenkomstig de in lid 1, sub a, van dat artikel bedoelde regel. Krachtens artikel 2 quinquies, lid 2, van richtlijn 89/665 stelt zij de gevolgen van de onverbindendverklaring vast overeenkomstig het nationale recht.

53. Indien deze instantie daarentegen vaststelt dat aan deze voorwaarden is voldaan, moet zij de gevolgen van de overeenkomst handhaven op grond van artikel 2 quinquies, lid 4, van richtlijn 89/665.

4.17. Uit deze overwegingen volgt dat een belanghebbende die ná het verstrijken van de 20-dagen-termijn van artikel 4.16 lid 1 sub c, Aw in rechte opkomt tegen een overeenkomst die zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht in het Publicatieblad van de Europese Unie door een aanbestedende dienst is gegund, zijn recht om vernietiging van die overeenkomst te vorderen niet heeft verwerkt, wanneer naar het oordeel van de rechter niet aan de voorwaarden van artikel 4.16 lid 1 Aw is voldaan (§ 52). Bij die beoordeling moet de rechter onder meer rekening houden met de omstandigheden en de redenen die door de aanbestedende dienst zijn vermeld in de in artikel 4.16 Aw bedoelde voor aankondiging en die de aanbestedende dienst ertoe hebben gebracht de procedure van gunning door onderhandelingen te volgen. Deze redenen dienen volgens het HvJ EU duidelijk en ondubbelzinnig in de voor aankondiging tot uitdrukking te worden gebracht, zodat de belanghebbenden met volledige kennis van zaken kunnen bepalen of zij het nuttig achten om de zaak aanhangig te maken bij de beroepsinstantie, en deze laatste een daadwerkelijk toezicht kan uitoefenen. Hieruit leidt de voorzieningenrechter af dat hij de door het HvJ EU vereiste toetsing dient te verrichten aan de hand van enkel de informatie in de voor aankondiging. De aanvullende informatie, die de Provincie nadien in het gesprek met VHB en ter zitting heeft verstrekt, moet bij de toetsing buiten beschouwing worden gelaten. Die nadere informatie hebben de belanghebbenden immers niet kunnen gebruiken om te bepalen of zij het nuttig achten om de zaak aanhangig te maken bij de beroepsinstantie en is bovendien enkel aan VHB verstrekt. Het betrekken van deze nadere informatie zou daarom strijdig zijn met de door de Provincie in acht te nemen aanbestedingsrechtelijke beginselen van transparantie en gelijke behandeling.

4.18. In de voor aankondiging heeft de Provincie zich beroepen op de uitzondering neergelegd in artikel 2:32 lid 1, onderdeel b onder 2 Aw. Daarin is bepaald dat een aanbestedende dienst de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging kan toepassen indien de overheidsopdracht slechts door een bepaalde ondernemer kan worden verricht, omdat mededinging om technische redenen ontbreekt. Artikel 2.32 lid 3 Aw bepaalt dat het eerste lid onderdeel b, onder 2 uitsluitend van toepassing is indien er geen redelijk alternatief of substituuut bestaat en het ontbreken van mededinging niet het gevolg is van een kunstmatige beperking van de voorwaarden van de aanbesteding.

4.19. De voorzieningenrechter is van oordeel dat de Provincie, door te kiezen voor een opdracht in de vorm van een bouwteammodel, terwijl zij in de voor aankondiging niet eens bij benadering heeft aangegeven welke werkzaamheden met betrekking tot de vervanging van de verkeersbruggen onder de rode scope vallen, het voor de belanghebbenden en de voorzieningenrechter onmogelijk heeft gemaakt om te toetsen of het deel van de opdracht dat ziet op de uitvoering van de nog nader te bepalen rode scope om technische redenen enkel door IJsselmeerwerken kan worden gedaan. De Provincie had er ook (en beter) voor kunnen kiezen om een knip aan te brengen in de opdracht door eerst een gunningsprocedure te volgen voor de eerste fase van de opdracht, de fase waarin de rode scope wordt afgebakend en ontworpen, en pas daarna een aparte gunningsprocedure te doorlopen voor de tweede fase van de opdracht, de uitvoeringsfase. Omdat nu eerst de rode scope nog door het bouwteam moet worden bepaald en de belanghebbenden en de voorzieningenrechter op grond van de voor aankondiging niet kunnen vaststellen wat er ongeveer onder de rode scope zal vallen en op voorhand niet kunnen toetsen of de rode scope door het bouwteam op juiste wijze zal worden bepaald, kunnen zij niet toetsen of de uitvoering van de rode scope om technische redenen enkel door IJsselmeerwerken kan worden gedaan. Op basis van de voor aankondiging kan derhalve niet worden beoordeeld of de Provincie van mening kon zijn dat daadwerkelijk aan de voorwaarden van artikel 2.32 lid 1 sub b onder 2 Aw was voldaan, toen zij het besluit nam om de opdracht toe te wijzen via een procedure van gunning door onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht. Dit

maakt, gelet op voormeld toetsingskader, dat de Provincie niet aannemelijk heeft gemaakt dat VHB haar recht om de in 4.6 geformuleerde vooronderingen in te stellen, heeft verwerkt.

Toetsing aan voorwaarden van artikel 2.32 lid 1 sub b onder 2 Aw niet mogelijk

4.20. Nu niet getoetst kan worden of aan de voorwaarden van artikel 2.32 lid 1 sub b onder 2 Aw is voldaan en de bewijslast dat aan die voorwaarden is voldaan op de Provincie rust, heeft de Provincie onvoldoende aannemelijk gemaakt dat aan die voorwaarden is voldaan. Dit maakt dat de gunning door de Provincie van de in de vooraankondiging bedoelde opdracht door onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht strijdig is met de Aw. Het gevorderde ge- en verbod zoals omschreven onder 4.6 is dan ook toewijsbaar. Het verbod strekt er immers toe om verdere uitvoering van de onwettige gunning te stoppen en uit hetgeen hiervoor is overwogen, volgt dat de overeenkomst tot uitvoering van de rode scope pas kan worden gesloten na (voldoende) afbakening van die rode scope en nadat belanghebbenden de gelegenheid hebben gehad om naar die opdracht mee te dingen dan wel de mogelijkheid hebben gehad een voornemen van de Provincie om die opdracht te gunnen door onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht, in rechte te laten toetsen.

Dwangsom

4.21. De gevorderde dwangsom zal als onbetwist worden toegewezen, zij het dat deze enkel zal worden verbonden aan het gebod. Omdat bij overtreding van het gebod ook het verbod wordt overtreden, ligt het niet in de rede om aan beide veroordelingen een dwangsom te verbinden. De hoogte van de dwangsom staat in redelijke verhouding tot het financiële belang van de zaak.

Proces- en nakosten

4.22. De Provincie zal als de in het ongelijk te stellen partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van VHB worden vastgesteld op:

- dagvaarding € 108,41
- griffierecht € 676,00
- salaris advocaat € 1.016,00

Totaal € 1.800,41

4.23. Ook de gevorderde nakosten en wettelijke rente over de proces- en nakosten zullen als onbetwist worden toegewezen op de wijze als in het dictum weer te geven.

Geen uitvoerbaarbijvoorraadverklaring op de minuut

4.24. De gevorderde uitvoerbaarbijvoorraadverklaring op de minuut zal worden afgewezen, omdat VHB, voor wie terstond na deze uitspraak een grosse daarvan beschikbaar zal zijn, daarbij geen belang heeft.

5. De beslissing

De voorzieningenrechter

5.1. verbiedt de Provincie om een overeenkomst te sluiten met IJsselmeerwerken of een andere partij ten aanzien van de uitvoering van de nog nader door het bouwteam te bepalen rode scope als bedoeld in de vooraankondiging van 24 maart 2022, zolang niet aan de voorwaarden geformuleerd in 5.2 is voldaan;

5.2. gebiedt de Provincie, alvorens de onder 5.1. bedoelde overeenkomst te sluiten, eerst de rode scope te bepalen en ter zake van deze overeenkomst ofwel de markt voor mededinging te openen op grond van de Aw ofwel via een vrijwillige vooraankondiging vooraf als bedoeld in artikel 4.16 Aw de markt adequaat te informeren omtrent het afzien van een aanbestedingsprocedure ten aanzien van deze overeenkomst;

5.3. bepaalt dat de Provincie eenmalig een direct opeisbare dwangsom van € 2.000.000 (zegge: twee miljoen euro) verbeurt indien zij het in 5.2 gegeven gebod overtreedt;

5.4. veroordeelt de Provincie in de proceskosten aan de zijde van VHB tot op heden vastgesteld op € 1.800,41, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 Burgerlijk Wetboek (BW) met ingang van de vijftiende dag na dagtekening van het vonnis tot aan de dag der algehele voldoening;

5.5. veroordeelt de Provincie in de kosten die zijn ontstaan na dit vonnis, begroot op:

- € 157 aan salaris advocaat, als niet binnen veertien dagen na aanschrijving aan dit vonnis is voldaan, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW met ingang van de vijftiende dag na die aanschrijving tot aan de dag der algehele voldoening;
- € 82 aan salaris advocaat, als er vervolgens betekening heeft plaatsgevonden, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW met ingang van de vijftiende dag na de betekening van dit vonnis tot de dag der algehele voldoening;

- 5.6. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;
 5.7. wijst af het meer of anders gevorderde.

NOOT

Is de *ex ante* aankondiging nog een ‘veilige haven’?

Inleiding

Deze uitspraak is de eerste Nederlandse uitspraak sinds het *Fastweb II*-arrest¹ van het Hof van Justitie uit 2014 waarin de *ex ante* aankondiging (ex artikel 4.16 lid 1 Aw 2012²) wordt getoetst aan de in het *Fastweb II*-arrest geïntroduceerde maatstaf. Hieronder zullen wij eerst ingaan op de feitelijke context en de juridische context, om vervolgens stil te staan bij de beoordeling van de voorzieningenrechter. Wij sluiten af met een reflectie op de beoordeling van de voorzieningenrechter en enkele vuistregels voor de praktijk.

Feitelijke context

De Provincie Fryslân (“Provincie”) wenst de verkeersbruggen op de Afsluitdijk te vervangen. Een gedeelte van het werk bestaat uit het vaststellen en uitvoeren van de ‘rode scope’, een nog af te bakenen gedeelte van de totale werkzaamheden. De opdracht voor de rode scope bestaat uit twee fasen. De eerste fase is de demarcatiefase; hierin zal de rode scope nader worden vastgesteld in bouwteamverband. De tweede fase is de uitvoering van de vastgestelde rode scope; in dit verband zal er later een aannemingsovereenkomst worden gesloten. De Provincie wenst de rode scope enkelvoudig onderhands, zonder het volgen van een aanbestedingsprocedure, te gunnen aan VOF IJsselmeerwerken (“IJsselmeerwerken”).³ De grond voor deze onderhandse gun-

ning vindt de Provincie in artikel 2.32 lid 1 sub b onder 2 Aw 2012: omwille van technische redenen zou uitsluitend aan IJsselmeerwerken kunnen worden gegund. Na inachtneming van de standstill-termijn van artikel 4.16 lid 1 sub c Aw 2012 is vervolgens voor de eerste fase een bouwteamovereenkomst gesloten met IJsselmeerwerken.

Juridische context

In beginsel dient een aanbestedende dienst een aanbestedingsplichtige opdracht te publiceren om marktpartijen de mogelijkheid te geven om in te schrijven en hen de kans te geven om de opdracht gegund te krijgen. Doet een aanbestedende dienst dit niet, dan is de als resultaat van een gunningsbeslissing gesloten overeenkomst vernietigbaar (artikel 4.15 lid 1 sub a Aw 2012). Artikel 4.16 lid 1 Aw 2012 vormt de uitzondering op deze regel.

Indien (i) een aanbestedende dienst van mening is dat rechtstreekse gunning van de opdracht op basis van de wet is toegestaan, (ii) het voornemen tot het sluiten van de uit de gunning voortvloeiende overeenkomst daaraan voorafgaand is gepubliceerd en (iii) de betreffende overeenkomst wordt gesloten na het verstrijken van een termijn van ten minste twintig dagen na de dag als bedoeld onder ii, is artikel 4.15 lid 1 sub a Aw 2012 niet van toepassing en is een dergelijke overeenkomst dus niet vernietigbaar.

Bij twijfel over de vraag of het achterwege laten van een aanbestedingsprocedure gerechtvaardigd is, biedt deze zogenoemde *ex ante* aankondiging derhalve uitkomst. Hiermee kan door toetsing van de markt de twijfel worden weggewogen of bevestigd.

In het *Fastweb II*-arrest wordt tot uitgangspunt genomen dat het voldoen aan de voorwaarden van artikel 4.16 lid 1 Aw 2012 met zich mee brengt dat de gevolgen van de overeenkomst dienen te worden gehandhaafd. Dit kan niet slechts worden getoetst door te bepalen of de standstill-termijn ongebruikt is verstreken. De toets of aan die voorwaarden is voldaan dient volgens het Hof te geschieden aan de hand van twee cumulatieve vereisten: (i) heeft de aanbestedende dienst zorgvuldig gehandeld en (ii) kon de aanbestedende dienst van mening zijn dat aan de voorwaarden van de door haar gebruikte uitzonderingsgrond (in dit geval artikel 2.32 lid 1 sub b onder 2 Aw 2012) is voldaan toen het besluit werd genomen om de procedure te gunnen

1 HvJ EU 11 september 2014, «JAAN» 2014/172, m.nt. J.W.A. Meesters.

2 Dit is de implementatie van artikel 2 quinquies, lid 4 van de Rechtsbeschermingsrichtlijn 89/665/EEG, zoals gewijzigd bij Richtlijn 2007/66/EG (“Rechtsbeschermingsrichtlijn”).

3 IJsselmeerwerken bestaat uit combinanten BAM Infra B.V. en Van Oord Nederland B.V., die ook betrokken zijn bij het aanpalende project van de renovatie van de Afsluitdijk.

zonder voorafgaande publicatie. Hierbij moet onder meer rekening gehouden worden met de rechtvaardiging die de aanbestedende dienst aanvoert (in de *ex ante* aankondiging) voor het beroep op de uitzonderingsgrond.

De ‘veilige haven’ van de situatie na een *ex ante* aankondiging leek door dit arrest iets minder veilig te zijn geworden. Immers: in plaats van een formele toets aan de voorwaarden van artikel 4.16 Aw 2012 (waarbij het met name gaat om de vraag of de termijn verstreken is), ontstond op grond van dit arrest ruimte om veel meer materieel te toetsen – ook na het verstrijken van de standstill-termijn. We zien echter dat sindsdien in de gepubliceerde jurisprudentie op rechtspraak.nl geen enkel beroep op *Fastweb II* is gedaan, en dus ook geen succesvol beroep.⁴ In de onderhavige uitspraak komt het *Fastweb II*-arrest in de ons bekende Nederlandse jurisprudentie voor het eerst aan de orde.

Beoordeling

De eisende partij doet een beroep op *Fastweb II* om de gunningsbeslissing ter discussie te stellen. Ten aanzien van de demarcatiefase is een bouwteamovereenkomst gesloten, en ook reeds in uitvoering genomen. Deze overeenkomst is volgens de voorzieningenrechter niet langer aantastbaar. Ten aanzien van de tweede fase (de uitvoeringsfase) wordt geoordeeld dat die niet direct voortvloeit uit de bouwteamovereenkomst en dat uit de feiten niet blijkt dat de aannemingsovereenkomst reeds is overeengekomen. Wij menen dat dit wel het geval kan zijn als tegelijk met de bouwteamovereenkomst een aannemingsovereenkomst onder een ontbindende voorwaarde zou worden gesloten.

De voorzieningenrechter betreft na het vaststellen van het voorgaande het beroep van de Provincie op artikel 4.16 lid 1 Aw 2012 bij de beoordeling. Daarbij wordt uitsluitend naar de aannemingsovereenkomst gekeken.⁵ De voorzieningenrechter onderscheidt daarbij twee situa-

ties: de precontractuele situatie en de postcontractuele situatie. Volgens de voorzieningenrechter staat, ten aanzien van de *precontractuele situatie*, artikel 4.16 lid 1 Aw 2012 er niet aan in de weg dat een belanghebbende na de standstill-termijn maar vóór het sluiten van de overeenkomst het voornemen om die overeenkomst te sluiten in rechte kan laten toetsen. Voor ingrijpen hoeft niet aan de *Fastweb II*-voorwaarden zijn voldaan. Zolang er geen overeenkomst is gesloten, is er eenvoudigweg geen bescherming op grond van artikel 4.16 lid 1 Aw 2012.

De voorzieningenrechter vervolgt met een mogelijk scenario indien in een bodemprocedure wél zou worden geoordeeld dat de aannemingsovereenkomst reeds voortvloeit uit de gesloten bouwteamovereenkomst en dus reeds tot stand is gekomen. Voor dit scenario – waarbij er dus sprake is van een *postcontractuele situatie* – wil de voorzieningenrechter toetsen of een beroep kan worden gedaan op de bescherming op grond van artikel 4.16 lid 1 Aw 2012.

Uit de overwegingen blijkt dat indien de Provincie en IJsselmeerwerken zich ook ten aanzien van de aannemingsovereenkomst reeds in de postcontractuele fase zouden bevinden, het beroep op artikel 4.16 lid 1 Aw 2012 niet slaagt. De voorzieningenrechter gebruikt hiervoor (analoog⁶) het toetsingskader dat voortkomt uit het *Fastweb II*-arrest.

De voorzieningenrechter oordeelt vervolgens dat niet is voldaan aan de voorwaarden omdat onvoldoende duidelijk en ondubbelzinnig tot uitdrukking is gebracht waarom deze opdracht zonder voorafgaande bekendmaking gegund zou mogen worden aan IJsselmeerwerken op grond van technische redenen. De rechtvaardiging in de *ex ante* aankondiging voor deze handelwijze is – gemeten volgens het toetsingskader van het *Fastweb II*-arrest – dus onvoldoende. Bepalend daarbij is volgens de voorzieningenrechter dat voor de tweede fase de scope nog niet vaststaat. Deze moet immers nog worden bepaald in de

4 De beschikbare jurisprudentie waarin de *ex ante* aankondiging voorkomt, heeft steeds betrekking op situaties waarin binnen de standstill-termijn een kort geding aanhangig is gemaakt.

5 Hoewel de vorderingen van de eisende partij gericht waren op de volledige rechtsverhouding waarop de *ex ante* aankondiging betrekking had, is de voorzieningenrechter van mening dat hij de vorderingen welwil-

lend mag lezen en in feite uitsluitend mag toepassen op de tweede fase, de aannemingsovereenkomst.

6 De rechter gebruikt het woord ‘analoog’, omdat hij opmerkt dat geen vernietiging is gevorderd. Dat is ook niet mogelijk in kort geding. Het juridisch kader voor vernietiging wordt toegepast op de ingestelde vorderingen.

eerste fase: de demarcatiefase. Voor een scope die nog niet vaststaat, kan niet worden vastgesteld dat die slechts door één aannemer kan worden uitgevoerd.

Opvallend daarbij is nog wel dat de voorzieningenrechter oordeelt dat uitsluitend de informatie/motivering die in de *ex ante* aankondiging is opgenomen mag worden meegewogen bij de toetsing. Aanvullende informatie die in een gesprek met de eisende partij is verstrekt, mag niet worden meegewogen omdat deze informatie niet gedurende de standstill-termijn beschikbaar was (voor alle marktpartijen). Die informatie kon dus niet worden meegenomen bij de beslissing van belanghebbenden of al dan niet tijdens de standstill-termijn een zaak aanhangig zou worden gemaakt. Volgens de vaste lijn in de jurisprudentie⁷ die geldt bij de aanvulling van de motivering van een gunningsbeslissing, dient een aanbestedende dienst in de gunningsbeslissing direct de redenen voor de gunning volledig te motiveren en mag deze motivering niet later worden aangevuld met nadere redenen. Een nadere *toelichting* is op grond van deze jurisprudentie wel toegestaan, tenzij dit leidt tot een *nieuwe reden* voor de gunningsbeslissing. Naar onze mening kan deze vaste lijn in de jurisprudentie ook naar analogie worden toegepast op de motivering voor de *ex ante* bekendmaking. Immers, een *ex ante* bekendmaking bevat in de kern ook een gunningsvoornemen. Net zoals een onvoldoende gemotiveerde gunningsbeslissing opnieuw moet worden gemotiveerd, geldt dat het onzes inziens ook mogelijk moet zijn voor de aanbestedende dienst om de aankondiging in te trekken en een nieuwe aankondiging met de (benodigde) aanvullende informatie te publiceren. Daarbij dient dan natuurlijk wel een nieuwe standstill-termijn te worden gegeven.

Kortom, in zowel de precontractuele situatie als de postcontractuele situatie gaat de bescherming van de *ex ante* aankondiging in dit geval niet op.

In het eerste geval, als de aannemingsovereenkomst zich nog in de precontractuele fase bevindt, is de standstill-termijn weliswaar verstreken maar is er nog geen overeenkomst tot stand gekomen. Artikel 4.16 lid 1 Aw 2012 staat er dan niet aan in de weg om in de precontractuele fase, ná het verstrijken van de standstill-termijn maar vóór het sluiten van de overeenkomst, het voornemen om de overeenkomst te sluiten, integraal te laten toetsen. In het tweede geval, als de aannemingsovereenkomst zich in de postcontractuele fase bevindt, is volgens de voorzieningenrechter niet voldaan aan alle voorwaarden van artikel 4.16 lid 1 Aw 2012 en kan de eisende partij op grond van het *Fastweb II*-arrest de contractsluiting laten toetsen aan de in dat arrest opgenomen criteria.

Reflectie

De hier besproken uitspraak bevat ten aanzien van de precontractuele situatie een verscherping waar niet alle aanbestedende diensten zich bewust van zullen zijn (geweest): na de standstill-termijn en voor het sluiten van de overeenkomst biedt de *ex ante* aankondiging nog geen bescherming, ook zonder dat daarvoor de *Fastweb II*-toets hoeft te worden toegepast. De bescherming van artikel 4.16 lid 1 Aw 2012 kan pas werking hebben als de overeenkomst daadwerkelijk gesloten is. Deze redenering kunnen wij volgen. Dit vloeit immers in feite voort uit de tekst van de wet. Aanbestedende diensten kunnen daar rekening mee houden.

Ten aanzien van de postcontractuele fase zien we in deze uitspraak een toepassing van het *Fastweb II*-arrest. In casu is vrij uitgebreid gemotiveerd waarom gunning aan slechts één partij mogelijk is. Betwijfeld kan worden of het enkele feit dat de scope nog niet volledig vaststaat, betekent dat deze motivering onvoldoende zou zijn. Wat ons betreft, dient met grote terughoudend met een beroep op het *Fastweb II*-arrest te worden ingegrepen in reeds gesloten overeenkomsten. De rechtszekerheid is immers een groot goed. En dat is juist de reden dat de *ex ante* aankondiging bestaat. Dit biedt marktpartijen de gelegenheid zo nodig te klagen.

Wij onderschrijven wel het belang van de motivering in de aankondiging. Die motivering moet transparant en compleet zijn, zodat potentiële gegadigden niet op het verkeerde spoor worden

7 Waarbij het arrest van de Hoge Raad van 7 december 2012 als startpunt voor deze lijn in de jurisprudentie geldt: HR 7 december 2012, «JAAN» 2013/6 (Staat/KPN), m.nt. mr. M.J. Mutsaers. Zie bijvoorbeeld ook: V.zr. Rechtbank Den Haag 17 november 2021, «JAAN» 2022/12, ro. 5.3: “Omdat het louter ene nadere toelichting betreft en het niet gaat om nieuwe – niet eerder opgegeven – argumenten voor de gunningsbeslissing, is deze nadere motivering toelaatbaar.”

gezet. Het lijkt ons een goede zaak als de motivering serieus wordt genomen.

Conclusie en vuistregels voor de praktijk

Op basis van deze uitspraak dienen aanbestedende diensten er bedacht op te zijn dat, in het geval van de *ex ante* aankondiging van een twee-fasen-overeenkomst, de gunning van de tweede fase kan worden aangetast omdat deze tweede fase niet automatisch voortvloeit uit de bouwteamovereenkomst. Die aannemingsovereenkomst bevindt zich dan nog in de precontractuele fase en geniet geen bescherming als gevolg van de *ex ante* aankondiging. Om ervoor te zorgen dat de aannemingsovereenkomst wel reeds tot stand gekomen is, zou er onzes inziens voor gekozen kunnen worden om de aannemingsovereenkomst onder een ontbindende voorwaarde reeds tot stand te laten komen. In dat geval bevindt men zich in beginsel in de postcontractuele fase.

Ook daarmee komt een aanbestedende dienst echter niet altijd weg. De postcontractuele fase brengt – zo zien we in de voorliggende uitspraak – immers niet met zich mee dat de overeenkomst niet meer kan worden aangetast. Dit is mogelijk op grond van de toets aan de *Fastweb II*-voorwaarden. Daarbij speelt in dit geval met name een rol dat de scope van de tweede fase nog niet bekend was. Dan is het ook lastig aan te tonen dat voor die fase een beroep kan worden gedaan op een uitzonderingsgrond van de aanbestedingsverplichting. Kortom, als niet aan de voorwaarden van *Fastweb II* is voldaan kan aan de werking van artikel 4.16 Aw 2012 worden voorbijgegaan, ook nadat de standstill-termijn is verstreken. Hiermee is voor het eerst in de Nederlandse jurisprudentie toepassing gegeven aan het *Fastweb II*-arrest. Voor de vraag tot welk moment in de postcontractuele fase vernietiging op basis van het voorgaande kan worden gevorderd, ligt naar onze mening het antwoord in artikel 4.15 lid 2 sub b: tot zes maanden ingaande op de dag na de datum waarop de overeenkomst is gesloten.

Ten slotte kan naar onze mening uit deze uitspraak worden afgeleid dat aanbestedende diensten zich dienen te realiseren dat de motivering zoals opgenomen in de *ex ante* aankondiging mogelijk nog wel kan worden toegelicht, maar niet noemenswaardig meer kan worden aangevuld zonder een nieuwe aankondiging met

standstill-termijn af te geven. De motivering moet dus van meet af aan serieus worden genomen.

Bij een juiste toepassing van artikel 4.16 lid 1 Aw 2012 – een deugdelijke en volledig motivering bij de *ex ante* aankondiging, het verstrijken van de termijn en het vervolgens sluiten van de overeenkomst – is nog steeds sprake van een veilige haven.

mr. G.L. Weerheim
advocaat bij HabrakenRutten

mr. E.B. Begeer
advocaat bij HabrakenRutten

139

Inschrijving niet ongeldig ondanks aangeboden korting

Rechtbank Den Haag
29 juli 2022, C/09/630669 / KG ZA 22-516,
ECLI:NL:RBDHA:2022:7765
(mr. H.J. Vetter)

EMVI. Laagste prijs. Meervoudig onderhandse procedure. Uitsluiting.

De gemeenten (lees: de gemeente Hardenberg die mede namens de gemeente Ommen optreedt als aankoopcentrale) hebben een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure georganiseerd voor de reparatie en renovatie van de riolering in de gemeenten (hierna: 'de opdracht').

De opdracht is blijkens het Beschrijvend Document, behorend bij het Bestek, opgesplitst in twee percelen: perceel 1 en perceel 2. De opdracht wordt gegund aan de inschrijver op basis van EMVI op basis van het gunningscriterium laagste prijs. De gemeenten sluiten elk een eigen raamovereenkomst met de winnende inschrijver. Op deze aanbestedingsprocedure zijn de hoofdstukken 1 en 7 ARW 2016 en de Standaard RAW Bepalingen 2020 van toepassing verklaard.

Door inschrijvers dienden in het kader van hun inschrijving onder meer te worden ingevuld een inschrijvingsbiljet (één document voor beide percelen) en een inschrijvingsstaat (één document per perceel). Blijkens het Beschrijvend Document