

Beslissing

De rechter (in de hoofdzaak en in de tussenkomst) wijst de vorderingen af.

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [eiseres] B.V., gevestigd te [vestigingsplaats], eiseres in de hoofdzaak, verweerster in de tussenkomst, ook aan te duiden als [eiseres], advocaat mr. J.F. van Nouhuys te Rotterdam, en

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [gevoegde partij a/z van eiseres] B.V., gevestigd te [vestigingsplaats], gevoegde partij aan de zijde van eiseres, ook aan te duiden als [gevoegde partij a/z van eiseres],

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

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid ENEXIS B.V., gevestigd te Rosmalen, gedaagde in de hoofdzaak, verweerster in de tussenkomst, ook aan te duiden als Enexis,

advocaat mr. J.H.J. Bax te Nijmegen,

In welke zaak zijn tussengekomen

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

BAM INFRATECHNIEK ZUID B.V.,

gevestigd te Bunnik,

eiseres in de tussenkomst,

ook aan te duiden als BAM Zuid,

en

2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid BAM INFRATECHNIEK MID-DEN-WEST B.V.,

gevestigd te Bunnik,

eiseres in de tussenkomst,

ook aan te duiden als BAM Midden-west,

advocaten mrs. P.F.C. Heemskerk en M.W. Spek-snijder te Utrecht.

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

77

Verstriken contractueel overeengekomen termijn is geen wezenlijke wijziging

Rechtbank Midden-Nederland zp Utrecht
9 januari 2024, 565665 KG ZA 23-609,
ECLI:NL:RBMNE:2024:457

(mr. R.J. Praamstra)

Noot mr. T. van Wijk, mr. M. Jonkers

Gelijkheidsbeginsel. Ingrijpen in gesloten overeenkomst. Wachtkamerovereenkomst. Wezenlijke wijziging.

[AanbW 2012 art. 2.163g]

Gedaagde sub 1 heeft op 16 december 2022 een Europese, niet-openbare aanbestedingsprocedure 'ICT-dienstverlening' op TenderNed gepubliceerd. De aanbestedingsprocedure is onderdeel van een 'drieluik' aanbestedingsprocedures die gedaagde sub 1 heeft doorlopen voor haar ICT. In de oude situatie was de ICT-dienstverlening verdeeld over twee contracten en in de nieuwe situatie wordt die verdeeld over drie contracten, waaronder de aanbestedingsprocedure.

Eiseres, gedaagde sub 2 en een derde partij hebben deelgenomen aan de aanbestedingsprocedure. Uiteindelijk hebben alleen eiseres en gedaagde sub 2 een inschrijving ingediend in de gunningsfase. Gedaagde sub 1 heeft de opdracht op 10 mei 2023 aan gedaagde sub 2 gegund en met haar op 1 juni 2023 een overeenkomst gesloten. Eiseres is als nummer twee geëindigd en gedaagde sub 1 heeft met haar daarom een wachtkamerovereenkomst gesloten.

Eiseres is van mening dat gedaagde sub 2 de opdracht die gedaagde sub 1 aan haar heeft gegeven niet conform de overeenkomst uitvoert, door de transitiefase niet vóór 1 oktober 2023 af te ronden. Volgens eiseres accepteert gedaagde sub 1 deze tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst door gedaagde sub 2, waardoor sprake is van een gewijzigde opdracht die nimmer onderwerp is geweest van de Europese aanbestedingsprocedure. Ook op inhoudelijke gronden is de opdracht volgens eiseres gewijzigd.

De vraag die centraal staat is of de opdracht aan gedaagde sub 2 zodanig is gewijzigd, dat sprake is van een nieuwe opdracht waarvoor een nieuwe aanbestedingsprocedure moet worden doorlopen.

Beoordeling

Eiseres stelt zich op het standpunt dat er sprake is van een (wezenlijke) wijziging en voert daartoe een drietal argumenten aan.

Fatale termijn is verstreken

De rechter overweegt als volgt. Het enkel verstrijken van een contractueel overeengekomen termijn, ook een 'harde deadline' en/of 'fatale termijn', betekent niet dat de aard en omvang van de opdracht materieel wordt gewijzigd. Eiseres heeft dat in deze procedure in ieder geval onvoldoende aannemelijk gemaakt. Het verstrijken van de termijn brengt immers geen wijziging in de overeengekomen hoofdverplichtingen van gedaagde sub 2. Gedaagde sub 1 houdt gedaagde sub 2 er nog steeds aan het beloofde plan uit te voeren. Weliswaar is gedaagde sub 2 te laat in de uitvoering van de opdracht, maar dat op zichzelf levert in de eerste plaats slechts een tekortkoming op in de nakoming van de overeenkomst jegens gedaagde sub 1. De omstandigheid dat het om een fatale termijn gaat, betekent dat gedaagde sub 2 meteen in verzuim is geraakt zonder dat zij in gebreke dient te worden gesteld.

Wanneer een aanbestedende dienst besluit om bij een tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst verder te gaan met de tekortschietende contractspartij betekent dat evenmin (zonder meer) dat de opdracht wezenlijk wijzigt. Bovendien heeft een aanbestedende dienst binnen de grenzen van het verbintenisrecht en het aanbestedingsrechtelijke gelijkheidsbeginsel de autonomie over de uitvoering van de overeenkomst en bepaalt hij ook hoe om te gaan met zijn tekortschietende contractspartij. In dit geval is in de ARBIT-voorwaarden – die op de overeenkomst van toepassing zijn verklaard – in art. 30 opgenomen dat iedere partij bij een tekortkoming de overeenkomst kan ontbinden en in art. 31 is opgenomen dat bij een tekortkoming onverkort nakoming kan worden gevorderd. Door het opnemen van de fatale termijn van 1 oktober 2023 in de overeenkomst heeft gedaagde sub 1 anders dan eiseres aanvoert niet haar mogelijkheden uit voornoemde kan-bepalingen ingeperkt. Het is ook

niet zo, zoals eiseres stelt, dat gedaagde sub 1 enkel van de mogelijkheden die expliciet in de overeenkomst zijn opgenomen gebruik mag maken. Het staat gedaagde sub 1 dus vrij enige coulançe te betrachten en andere remedies te gebruiken om gedaagde sub 2 te bewegen de overeenkomst na te komen in plaats van de overeenkomst onmiddellijk te beëindigen. Dat kan zelfs van haar verwacht worden als goed handelend overheidsorgaan. Het niet behalen van de fatale termijn kan dus een grond voor ontbinding van de overeenkomst opleveren, maar brengt niet de verplichting tot ontbinding met zich mee.

Eiseres zou anders hebben ingeschreven

Eiseres doet hiermee een beroep op art. 2.163g lid 3 onder a AanbW 2012. Dit beroep gaat echter niet op. De datum van 1 oktober 2023 voor de uitvoering van de transitiefase is gekozen vanwege de einddatum van het contract met onderneming 1 (dus eiseres). Daarnaast krijgt gedaagde sub 2 niet extra tijd om het ingediende plan uit te voeren. Het plan dat gedaagde sub 2 wilde uitvoeren, kan door omstandigheden niet meer uitgevoerd worden. Gedaagde sub 2 krijgt in het door gedaagde sub 1 gekozen tempo de ruimte om als nog aan de opdracht, het afronden van de transitiefase, te voldoen. Bovendien zou in de situatie waarbij gedaagde sub 1 een langere termijn voor de transitiefase zou hebben gegeven die termijn ook voor anderen en dus ook voor gedaagde sub 2 hebben gegolden. Dat zou ertoe hebben geleid dat niet alleen eiseres, maar ook gedaagde sub 2 een nog beter aanbod had kunnen doen. De kansen zouden dus nog steeds gelijk blijven.

Inhoudelijke wijzigingen

In de derde plaats voert eiseres aan dat de opdracht op elf of twaalf punten inhoudelijk zou zijn gewijzigd. Gelet op het gemotiveerd verweer van gedaagde sub 1 is in deze procedure niet aannemelijk geworden dat de opdracht op de door eiseres genoemde punten is gewijzigd.

Conclusie

De conclusie van het bovenstaande is dat bij de huidige stand van zaken voorlopig geconcludeerd kan worden dat geen sprake is van een wezenlijke wijziging van de opdracht. Niet uitgesloten is echter dat bij het geven van voortdurende coulançe, en/of in het geval gedaagde sub 1 compromissen gaat sluiten omdat gedaagde sub 2 niet aan haar

overeengekomen opdracht kan voldoen, wel het gelijkheidsbeginsel in het gedrag kan komen.

[eiseres] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats 1],
eisende partij,
hierna te noemen: [eiseres],
advocaat: mrs. S.C. Brackmann en A.H. Klein Hofmeijer te Rotterdam,
tegen
1 [gedaagde sub 1],
gevestigd te [vestigingsplaats 2],
advocaat: mrs. N.A.D. Groot en R. Schipper te Rotterdam,
2. [gedaagde sub 2] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats 3],
advocaat: mrs. M.B. Klijn en O. de Wit te Rotterdam,
gedaagde partijen,
hierna te noemen: [gedaagde sub 1] en [gedaagde sub 2].

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding, - de conclusie van antwoord van [gedaagde sub 1],
- de conclusie van antwoord van [gedaagde sub 2],
- de mondelinge behandeling van 19 december 2023, waarvan door de griffier aantekeningen zijn gemaakt,
- de pleitnota van [eiseres],
- de pleitnota van [gedaagde sub 1],
- de pleitnota van [gedaagde sub 2],
- de wijziging van eis.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. Waar gaat dit kort geding over?

2.1. [gedaagde sub 1] heeft op 16 december 2022 een Europese, niet-openbare aanbestedingsprocedure ‘ICT-dienstverlening’ op TenderNed gepubliceerd (hierna: de aanbestedingsprocedure). De aanbestedingsprocedure is onderdeel van een ‘drieluik’ aanbestedingsprocedures die [gedaagde sub 1] heeft doorlopen voor haar ICT. In de oude situatie was de ICT-dienstverlening verdeeld over twee contracten en in de nieuwe situatie wordt die verdeeld over drie contracten, waaronder de aanbestedingsprocedure.

2.2. [eiseres], [gedaagde sub 2] en een derde partij hebben deelgenomen aan de aanbestedingsprocedure. Uiteindelijk hebben alleen [eiseres] en [ge-

daagde sub 2] een inschrijving ingediend in de gunningsfase. [gedaagde sub 1] heeft de opdracht op 10 mei 2023 aan [gedaagde sub 2] gegund en met haar op 1 juni 2023 een overeenkomst gesloten. [eiseres] is als nummer twee geëindigd en [gedaagde sub 1] heeft met haar daarom een wachtkamerovereenkomst gesloten.

2.3. [eiseres] is ruim 25 jaar verantwoordelijk geweest voor de ICT-dienstverlening aan [gedaagde sub 1] en is de (nog) zittende leverancier, als onderaannemer van [onderneming 1] met wie [gedaagde sub 1] een overeenkomst heeft gesloten.

2.4. De opdracht aan [gedaagde sub 2] bestaat uit twee fases. In de korte eerste fase van vier maanden, de transitiefase genoemd, is [gedaagde sub 2] verantwoordelijk voor de transitie van de huidige ICT-dienstverlening van [eiseres] naar haar eigen ICT-dienstverlening. Die transitiefase moest volgens de overeenkomst op 1 oktober 2023 zijn afgerond. Dit betrof een fatale termijn. Het is [gedaagde sub 2] niet gelukt om de transitiefase op voornoemde datum af te ronden. Zij verwacht de transitiefase eind maart 2024 af te kunnen ronden.

2.5. [eiseres] is van mening dat [gedaagde sub 2] de opdracht die [gedaagde sub 1] aan haar heeft gegeven niet conform de overeenkomst uitvoert, door de transitiefase niet vóór 1 oktober 2023 af te ronden. Volgens [eiseres] accepteert [gedaagde sub 1] deze tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst door [gedaagde sub 2], waardoor sprake is van een gewijzigde opdracht die nimmer onderwerp is geweest van de Europese aanbestedingsprocedure. Ook op inhoudelijke gronden is de opdracht volgens [eiseres] gewijzigd.

2.6. [eiseres] vordert in een al aanhangige bodemprocedure¹ op grond van artikel 4.15 lid 1 van de Aanbestedingswet 2012 (Aw) vernietiging van de overeenkomst tussen [gedaagde sub 1] en [gedaagde sub 2] en een gebod om de opdracht alsnog aan [eiseres] te verstrekken op basis van de wachtkamerovereenkomst. In dit kort geding vordert [eiseres], vooruitlopend op het vonnis in de bodemprocedure, een verbod op verdere uitvoering van de overeenkomst tussen [gedaagde sub 1] en [gedaagde sub 2], en een gebod tot gunning van de opdracht aan haar. Daarnaast vordert [eiseres] dat [gedaagde sub 2] wordt geboden om een verbod tot verdere uitvoering van de overeen-

1 Met rolnummer C/16/565301 HA ZA 23-691.

komst te hengen en gedogen. [eiseres] wil dat al deze vorderingen worden versterkt met een dwangsom. Subsidiair vordert [eiseres] dat de voorzieningenrechter een voorziening treft die zij passend acht.

2.7. [gedaagde sub 1] en [gedaagde sub 2] voeren verweer. Zij erkennen dat [gedaagde sub 2] de datum van 1 oktober 2023 niet heeft gehaald. Het behalen van die datum is volgens zowel [gedaagde sub 1] als [gedaagde sub 2] echter niet hoofdzakelijk te wijten aan [gedaagde sub 2], maar ook aan [eiseres]. Zo zou [eiseres] als zittende leverancier hebben verklaard dat alle Windows devices identiek aan elkaar waren, dat de devices allemaal van dezelfde Windows 10 versie en dezelfde updates en drives waren voorzien. Uitgaande van deze informatie zou [gedaagde sub 2] hebben gekozen voor een ‘big bang’ uitrol waarbij zij alle devices in een keer zou overzetten naar haar dienstverlening. Dat bleek niet het geval te zijn en [gedaagde sub 2] moest haar plan wijzigen. [gedaagde sub 2] moet nu alle nieuwe digitale werkplekken van de medewerkers van [gedaagde sub 1] individueel en op locatie configureren. Dit is een tijdrovende klus. [gedaagde sub 1] en [gedaagde sub 2] betwisten verder dat er sprake is van een wijziging in de opdracht en concluderen tot niet-ontvankelijkheid van [eiseres], dan wel tot afwijzing van de vorderingen van [eiseres], met uitvoerbaar bij voorraad te verklaren veroordeling van [eiseres] in de kosten van deze procedure, inclusief de nakosten, vermeerderd met de wettelijke rente.

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

3. De beoordeling

De beslissing

3.1. De voorzieningenrechter wijst de vorderingen van [eiseres] af en veroordeelt haar in de proceskosten van [gedaagde sub 1] en [gedaagde sub 2]. Hierna wordt toegelicht hoe de voorzieningenrechter tot deze beslissing is gekomen.

Het kader

3.2. Het gaat hier om een in kort geding gevorderde voorlopige voorziening. De rechter moet daarom eerst beoordelen of [eiseres] ten tijde van dit vonnis bij die voorziening een spoedeisend belang heeft. Daarnaast geldt dat de rechter in dit kort geding moet beoordelen of de vorderingen in de bodemprocedure een zodanige kans van slagen

hebben, dat vooruitlopend daarop toewijzing van de voorlopige voorziening gerechtvaardigd is. Als uitgangspunt geldt bovendien dat in deze procedure geen plaats is voor bewijslevering.

3.3. De vraag die centraal staat is of de opdracht aan [gedaagde sub 2] zodanig is gewijzigd, dat sprake is van een nieuwe opdracht waarvoor een nieuwe aanbestedingsprocedure moet worden doorlopen. In hoofdstuk 2.5 (bestaande uit artikelen 2.163a tot en met 2.163g) van de Aanbestedingswet 2012 is bepaald in welke gevallen een aanbestede overheidsopdracht gewijzigd mag worden, zonder een nieuwe aanbestedingsprocedure te organiseren. Een opdracht hoeft volgens artikel 2.163g Aw niet opnieuw te worden aanbesteed wanneer de wijziging niet wezenlijk is. Van een wezenlijke wijziging van opdracht die moet leiden tot heraanbesteding is volgens artikel 2.163g lid 3 Aw – kort gezegd – in ieder geval sprake als in de uitvoeringsfase een contractuele wijziging wordt doorgevoerd die niet in de aanbestede overeenkomst besloten ligt en (a) die – als deze wel in de aanbestedingsprocedure was genoemd – zou hebben geleid tot andere inschrijvers, keuze voor een andere offerte, (b) het economisch evenwicht van de opdracht in voordeel van de opdrachtnemer wijzigt of (c) de opdracht in belangrijke mate uitbreidt, (d) danwel wanneer de identiteit van de contractspartij wijzigt.

3.4. [eiseres] stelt zich op het standpunt dat er sprake is van een (wezenlijke) wijziging en voert daartoe een drietal argumenten aan die hierna zullen worden besproken.

Fatale termijn is verstreken

3.5. In de eerste plaats voert [eiseres] aan dat [gedaagde sub 2] tekortschiet in de nakoming van de overeenkomst door de transitiefase niet voor de fatale termijn van 1 oktober 2023 af te ronden. Door aan deze tekortkoming van [gedaagde sub 2] niet de consequentie van ontbinding van de overeenkomst te verbinden en [gedaagde sub 2] nog respijt te geven, heeft [gedaagde sub 1] de aanbestede opdracht gewijzigd in de zin van artikel 2.163a Aw. Volgens [eiseres] is de overeenkomst duidelijk over de gevolgen van het niet halen van 1 oktober 2023: niet tijdig afronden betekent ‘einde oefening’. De overeenkomst biedt volgens [eiseres] geen mogelijkheid om [gedaagde sub 2] coulance te geven en het bieden van coulance zou ook in strijd zijn met het gelijkheidsbeginsel.

3.6. [gedaagde sub 1] voert gemotiveerd aan dat de opdracht niet is gewijzigd, omdat zij [gedaagde sub 2] houdt aan onverkorte nakoming van de opdracht zoals beschreven in de aanbestedingsstukken en [gedaagde sub 2] voldoet daar ook aan. Dat de deadline van 1 oktober 2023 niet is gehaald komt volgens [gedaagde sub 1] door samenloop van omstandigheden die onder andere te wijten zijn aan [eiseres] als zittende leverancier. Volgens [gedaagde sub 1] is zij op dit moment met [gedaagde sub 2] in gesprek over de gevolgen van de vertraging en in welke mate [gedaagde sub 2] daarvoor schadeplichtig is.

3.7. De voorzieningenrechter overweegt als volgt. Het enkel verstrijken van een contractueel overeengekomen termijn, ook een ‘harde deadline’ en/of ‘fatale termijn’, betekent niet dat de aard en omvang van de opdracht materieel wordt gewijzigd. [eiseres] heeft dat in deze procedure in ieder geval onvoldoende aannemelijk gemaakt. Het verstrijken van de termijn brengt immers geen wijziging in de overeengekomen hoofdverplichtingen van [gedaagde sub 2]. [gedaagde sub 1] houdt [gedaagde sub 2] er nog steeds aan het beloofde plan uit te voeren. Weliswaar is [gedaagde sub 2] te laat in de uitvoering van de opdracht, maar dat op zichzelf levert in de eerste plaats slechts een tekortkoming op in de nakoming van de overeenkomst jegens [gedaagde sub 1]. De omstandigheid dat het om een fatale termijn gaat, betekent dat [gedaagde sub 2] meteen in verzuim is geraakt zonder dat zij in gebreke dient te worden gesteld.

3.8. Wanneer een aanbestedende dienst besluit om bij een tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst verder te gaan met de tekortschietende contractspartij betekent dat evenmin (zonder meer) dat de opdracht wezenlijk wijzigt. Bovendien heeft een aanbestedende dienst binnen de grenzen van het verbintenissenrecht en het aanbestedingsrechtelijke gelijkheidsbeginsel de autonomie over de uitvoering van de overeenkomst en bepaalt hij ook hoe om te gaan met zijn tekortschietende contractspartij. In dit geval is in de ARBIT-voorwaarden – die op de overeenkomst van toepassing zijn verklaard – in artikel 30 opgenomen dat iedere partij bij een tekortkoming de overeenkomst kan ontbinden en in artikel 31 is opgenomen dat bij een tekortkoming onverkort nakoming kan worden gevorderd. Door het opnemen van de fatale termijn van 1 oktober 2023 in de overeenkomst heeft [gedaagde sub 1] anders

dan [eiseres] aanvoert niet haar mogelijkheden uit voornoemde *kan-bepalingen* ingeperkt. Het is ook niet zo, zoals [eiseres] stelt, dat [gedaagde sub 1] enkel van de mogelijkheden die expliciet in de overeenkomst zijn opgenomen gebruik mag maken. Het staat [gedaagde sub 1] dus vrij enige *coulance* te betrachten en andere remedies te gebruiken om [gedaagde sub 2] te bewegen de overeenkomst na te komen in plaats van de overeenkomst onmiddellijk te beëindigen. Dat kan zelfs van haar verwacht worden als goed handelend overheidsorgaan.² Het niet behalen van de fatale termijn kan dus een grond voor ontbinding van de overeenkomst opleveren, maar brengt niet de *verplichting* tot ontbinding met zich mee.

[eiseres] zou anders hebben ingeschreven

3.9. In de tweede plaats stelt [eiseres] dat zij anders zou hebben ingeschreven als zij zou hebben geweten dat de vier maanden termijn ‘rekbaar’ was. Volgens [eiseres] heeft zij in haar plan ervoor gekozen om het minimaal geëiste kwaliteitsniveau van dienstverlening aan te bieden en om voorstellen tot verbetering niet tijdens de transitiefase te realiseren. Dit omdat een uitdagender aanbod, zoals die van [gedaagde sub 2], niet haalbaar was binnen de vier maanden termijn. Dit heeft [eiseres] punten gekost bij de kwalitatieve beoordeling. Ook is volgens [eiseres] niet uitgesloten dat de derde partij die in de inschrijffase is afgefallen ook om bovengenoemde reden ervoor heeft gekozen om niet in te schrijven.

3.10. [eiseres] doet hiermee een beroep op artikel 2.163g lid 3 onder a Aw. Dit beroep gaat echter niet op. De datum van 1 oktober 2023 voor de uitvoering van de transitiefase is gekozen vanwege de einddatum van het contract met [onderneming 1] (dus [eiseres]). Daarnaast krijgt [gedaagde sub 2] niet extra tijd om het ingediende plan uit te voeren. Het plan dat [gedaagde sub 2] wilde uitvoeren, kan door omstandigheden niet meer uitgevoerd worden. [gedaagde sub 2] krijgt in de door [gedaagde sub 1] gekozen tempo de ruimte om alsnog aan de opdracht, het afronden van de transitiefase, te voldoen. Bovendien zou in de situatie waarbij [gedaagde sub 1] een langere termijn voor de transitiefase zou hebben gegeven die termijn ook voor anderen en dus ook voor

2 Vgl. Rechtbank Oost-Brabant 24 mei 2019, ECLI:NL:ROBBR:2019:2978 (r.o. 5.7).

[gedaagde sub 2] hebben gegolden. Dat zou ertoe hebben geleid dat niet alleen [eiseres], maar ook [gedaagde sub 2] een nog beter aanbod had kunnen doen. De kansen zouden dus nog steeds gelijk blijven.

Inhoudelijke wijzigingen

3.11. In de derde plaats voert [eiseres] aan dat de opdracht op elf of twaalf punten inhoudelijk zou zijn gewijzigd. Gelet op het gemotiveerd verweer van [gedaagde sub 1] is in deze procedure niet aannemelijk geworden dat de opdracht op de door [eiseres] genoemde punten is gewijzigd. De door [eiseres] genoemde punten 1, 2, 5, 6 en 7 hebben hoofdzakelijk te maken met het niet behalen van de termijn van 1 oktober 2023. De voorzieningenrechter heeft hiervoor al overwogen dat door het enkel verstrijken van de termijn de opdracht niet wijzigt. Verder benoemt [eiseres] vooral een aantal knelpunten waar [gedaagde sub 2] tegenaan is gelopen, zoals de Active Directory en Microsoft Exchange (punt 3) en de gevolgen voor het separeren van/met [...], dat door [eiseres] wordt beheerd. Met Microsoft Framework en Microsoft Purview (punt 4) zouden volgens [eiseres] problemen zijn geweest, maar die zijn door Microsoft opgelost. Waarom dit een wijziging in de opdracht zou opleveren is door [eiseres] niet gesteld. Onder punt 8 stelt [eiseres] dat [gedaagde sub 2] in strijd met de aanbestedingsstukken geen rekening had gehouden met een SQL-server, waarop [gedaagde sub 1] [gedaagde sub 2] heeft gewezen. [gedaagde sub 2] gaat dat alsnog doen. Dit levert dus ook geen wijziging in de opdracht op. Onder punt 9 stelt [eiseres] dat [gedaagde sub 2] gebruik maakt van een preshared key in plaats van 802.1x authenticatie voor toegang tot het netwerk. Daarop heeft [gedaagde sub 1] aangevoerd dat zij geen eisen heeft gesteld met betrekking tot deze beveiliging. [eiseres] heeft dit niet weersproken. Ook dit is dus geen wijziging in de opdracht. Verder voert [eiseres] aan dat [gedaagde sub 2] het ATS-pasjessysteem (punt 10) naar de cloud heeft gemigreerd, maar de leverancier van ATS zou dit niet ondersteunen. In welke zin dit een wijziging van de opdracht levert, licht [eiseres] echter niet nader toe. Volgens [gedaagde sub 1] zou de migratie van het pasjessysteem naar de cloud in de opdracht zijn voorzien. Als punt 11 voert [eiseres] aan dat [gedaagde sub 2] een onderaannemer van [eiseres] ([onderneming 2]) heeft ingeschakeld voor de bemensing van de ICT

Servicedesk terwijl dit volgens paragraaf 6.1. van het document “Gewenste situatie ICT Dienstverlening [gedaagde sub 1] ” onder ‘bemensing ICT Servicedesk’ niet zou zijn toegestaan. Naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter volgt uit dat document niet expliciet dat het [gedaagde sub 2] niet zou zijn toegestaan dit deel van de opdracht uit te besteden. Daarin staat dat de bemensing gecontinueerd dient te worden en dat de huidige medewerkers van de ICT Servicedesk hebben aangegeven niet te willen overstappen naar een nieuwe dienstverlener ([gedaagde sub 2] dus) en dat *daardoor* de nieuwe dienstverlener eigen medewerkers moet inzetten. Ook dit leidt dus niet tot enige wijziging in de opdracht. Ter zitting heeft [eiseres] nog een twaalfde punt toegevoegd en gesteld dat het CMDB/assetmanagement ook door de nieuwe leverancier verzorgd moest worden en dat [gedaagde sub 2] nog geen eigen oplossing heeft verzorgd/ingericht. Door de late opwerping van dit standpunt hebben [gedaagde sub 1] en [gedaagde sub 2] hier niet op kunnen reageren. De voorzieningenrechter kan daarom niet beoordelen in hoeverre dit een wijziging van de opdracht inhoudt.

De conclusie

3.12. De conclusie van het bovenstaande is dat bij de huidige stand van zaken voorlopig geconcludeerd kan worden dat geen sprake is van een wezenlijke wijziging van de opdracht. Niet uitgesloten is echter dat bij het geven van voortdurende coulance, en/of in het geval [gedaagde sub 1] compromissen gaat sluiten omdat [gedaagde sub 2] niet aan haar overeengekomen opdracht kan voldoen, wel het gelijkheidsbeginsel in het gedrang kan komen.

3.13. Dit betekent dat de vordering tot het opleggen van een verbod tot uitvoering van de overeenkomst aan [gedaagde sub 1] nu zal worden afgewezen. De andere daarmee samenhangende vorderingen blijven daarom onbesproken.

Proces- en nakosten

3.14. [eiseres] is de partij die ongelijk krijgt en zij zal daarom in de proceskosten worden veroordeeld. Tot aan dit vonnis worden de proceskosten aan de zijde van [gedaagde sub 1] en [gedaagde sub 2] als volgt vastgesteld:

[gedaagde sub 1]

- griffierecht	€	676
- salaris advocaat	€	1.079
Totaal	€	1.755

[gedaagde sub 2]

- griffierecht	€	676
- salaris advocaat	€	1.079
Totaal	€	1.755

3.15. De gevorderde wettelijke rente over de proceskosten is ook toewijsbaar en zal op de in de beslissing genoemde wijze worden toegewezen.

3.16. De gevorderde veroordeling in de nakosten en de wettelijke rente daarover zijn toewijsbaar voor zover deze kosten op dit moment kunnen worden begroot. De nakosten zullen dan ook worden toegewezen op de wijze zoals in de beslissing vermeld.

4. De beslissing
De voorzieningenrechter

- 4.1. wijst de vorderingen van [eiseres] af,
- 4.2. veroordeelt [eiseres] in de proceskosten, aan de zijde van [gedaagde sub 1] tot dit vonnis vastgesteld op € 1.755, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW over dit bedrag met ingang van de vijftiende dag na betekening van deze uitspraak tot de dag van volledige betaling,
- 4.3. veroordeelt [eiseres] in de na dit vonnis ontstane kosten van [gedaagde sub 1], begroot op:
- € 157 aan salaris advocaat,
 - te vermeerderen met € 82 aan salaris advocaat en met de exploitkosten als [eiseres] niet binnen veertien dagen na aanschrijving aan het vonnis heeft voldaan en er vervolgens betekening van de uitspraak heeft plaatsgevonden,
 - en te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW over de nakosten met ingang van de vijftiende dag na betekening van deze uitspraak tot de dag van volledige betaling,
- 4.4. veroordeelt [eiseres] in de proceskosten, aan de zijde van [gedaagde sub 2] tot dit vonnis vastgesteld op € 1.755, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW over dit bedrag met ingang van de vijftiende dag na betekening van deze uitspraak tot de dag van volledige betaling,

- 4.5. veroordeelt [eiseres] in de na dit vonnis ontstane kosten van [gedaagde sub 2], begroot op:
- € 173 aan salaris advocaat,
 - te vermeerderen met € 90 aan salaris advocaat en met de exploitkosten als [eiseres] niet binnen veertien dagen na aanschrijving aan het vonnis heeft voldaan en er vervolgens betekening van de uitspraak heeft plaatsgevonden,
 - en te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW over de nakosten met ingang van de vijftiende dag na betekening van deze uitspraak tot de dag van volledige betaling,
- 4.6. verklaart dit vonnis wat betreft de proceskostenveroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

Verstrijken contractueel overeengekomen termijn levert geen wezenlijke wijziging op

In deze uitspraak staat een veelvoorkomende praktijkvraag centraal: mag/moet bij de uitvoering van een Europees aanbestede overeenkomst jegens een opdrachtnemer die tekortschiet cou-lance worden betracht (en een hersteltermijn worden geboden) of levert dat een ontoelaatbare wezenlijke wijziging op?

Toetsingskader wezenlijke wijziging

Bij de beoordeling stelt de Utrechtse voorzieningenrechter, met verwijzing naar hoofdstuk 2.5 van de Aanbestedingswet, voorop dat een Europees aanbestede opdracht mag worden gewijzigd zonder dat een nieuwe aanbestedingsprocedure doorlopen hoeft te worden als deze wijziging niet wezenlijk is.¹ Artikel 2.163g lid 3 AanbW 2012 bepaalt dat van een wezenlijke wijziging in ieder geval sprake is als inschrijvers bij wetenschap van de contractuele wijziging een andere inschrijving zouden hebben gedaan, het economisch evenwicht van de opdracht in het voordeel van de opdrachtnemer wijzigt of de opdracht in belangrijke mate uitbreidt. Die opsomming is niet limitatief, zodat ook in andere gevallen dan genoemd sprake kan zijn van een wezenlijke wij-

1 Rb. Midden-Nederland 9 januari 2024, ECLI:NL:RBMNE:2024:457, r.o. 3.3.

zinging.² In aanvulling op dit toetsingskader van de voorzieningenrechter merken wij nog op dat niet is vereist dat een ‘wezenlijke wijziging’ is vastgelegd in een door partijen ondertekende overeenkomst. De overeengekomen wezenlijke wijziging kan ook worden afgeleid uit ‘andere schriftelijke elementen’.³

Contractuele (fatale) termijn is niet zonder meer een wezenlijke voorwaarde

Het enkel verstrijken van een contractueel overeengekomen termijn, ongeacht of dit een ‘harde deadline’ of ‘fatale termijn’ betreft, hoeft géén materiële wijziging van de aard en omvang van de opdracht op te leveren. Het verstrijken van de fatale termijn brengt naar het oordeel van de voorzieningenrechter namelijk geen wijziging in de overeengekomen hoofdverplichtingen van de opdrachtnemer. De te late oplevering levert ‘slechts’ een tekortkoming jegens de opdrachtgever op in de nakoming. Het feit dat de termijn als ‘fataal’ is aangemerkt, betekent volgens de voorzieningenrechter enkel dat de opdrachtnemer meteen (zonder ingebrekestelling) in verzuim is geraakt.

Terecht toetst de voorzieningenrechter of de termijnoverschrijding een wijziging van de overeengekomen *hoofdverplichtingen* inhoudt.⁴ Niet elke wijziging van een aanbestede opdracht (als gevolg van een wanprestatie) resulteert immers in een nieuwe aanbestedingsplichtige opdracht.⁵ De plicht tot aanbesteding ontstaat uitsluitend als *wezenlijke voorwaarden van de opdracht* worden gewijzigd (en dat is een fatale termijn dus niet

per se).⁶ De vraag of een wijziging wezenlijk is, moet vanuit objectief oogpunt worden beantwoord.⁷ Daarbij is van belang of de betrokken partijen ‘*blijk geven van de intentie om opnieuw te onderhandelen over de essentiële voorwaarden van de opdracht*’.⁸ Er is geen sprake van een wezenlijke wijziging van de aanbestede opdracht als een aanbestedende dienst (voldoende) optreedt tegen de tekortkomingen in de nakoming van de overeenkomst.⁹ Dat optreden mag niet louter bestaan uit een verklaring dat een opdrachtnemer aan zijn verplichtingen wordt gehouden, zonder dat de aanbestedende dienst de naleving van de afspraken daadwerkelijk handhaaft.¹⁰

Rechtshandelingen hebben al vaker geoordeeld dat een tekortkoming in de (tijdige) nakoming van een overeenkomst niet per definitie een wezenlijke wijziging oplevert. Zo oordeelde de rechtbank Den Haag dat het enkele feit dat besteksconform wegzout niet uiterlijk op de finale opleverdatum werd geleverd, niet resulteerde in een wezenlijke wijziging.¹¹ Daarbij speelde een rol dat overeengekomen boeteclausules duiden op de mogelijkheid van een latere levering en de mogelijkheid van het bieden van herstel, evenals dat de optie van een herstelmogelijkheid was opgenomen in de toepasselijke algemene voorwaarden. Ook drong de aanbestedende dienst bij de opdrachtnemer aan op levering van het juiste wegzout en maakte de aanbestedende dienst

2 Rb. Midden-Nederland 10 januari 2024, ECLI:NL:RBMNE:2024:25, r.o. 3.16.

3 HvJ EU 7 december 2023, ECLI:EU:C:2023:970, gevoegde zaken C-441/22 en C-443/22, punt 65 (Obshtina Razgrad).

4 Van een dergelijke (voorgenomen) wijziging van een hoofdverplichting was bijvoorbeeld sprake toen Rijkswaterstaat met een opdrachtnemer een afspraak wilde maken die erop neer zou komen dat Rijkswaterstaat inferieur zou accepteren tegen een lagere prijs; Rb. Den Haag 24 april 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:4940, r.o. 5.5.

5 Naast artikel 2.163g AanbW 2012, hiervoor besproken, wijzen wij op de ‘safe harbours’ van artikel 2.163b t/m 2.163 AanbW 2012; vgl. C.A.M. Lombert, annotatie bij Rb. Limburg 11 november 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:8493, «JAAN» 2022/5.

6 Richtlijn 2014/24/EU, punt 107 van de considerans: ‘Een nieuwe aanbestedingsprocedure is vereist in geval van materiële wijzigingen van de aanvankelijke opdracht, in het bijzonder van de reikwijdte en de inhoud van de wederzijdse rechten en verplichtingen (...). Deze wijzigingen tonen aan dat de partijen de intentie hebben opnieuw te onderhandelen over de wezenlijke voorwaarden van de opdracht. Dat doet zich met name voor indien de gewijzigde voorwaarden, hadden zij deel uitgemaakt van de aanvankelijke procedure, invloed zouden hebben gehad op het resultaat van de procedure.’

7 Idem. Niet van belang is of de betrokken partijen de wijziging belangrijk vinden; ECLI:NL:GHSHE:2014:281, r.o. 4.22.

8 Richtlijn 2024/24, overweging 107.

9 CvAE, advies 513, r.o. 5.5.

10 CvAE, advies 622, r.o. 4.3.4 en 4.4.1.

11 Rb. Den Haag 21 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:15465, r.o. 5.5.

aanspraak op een overeengekomen boete. Toen de opdrachtnemer ondanks diverse aanmaningen nog steeds wegenszout leverde van onvoldoende kwaliteit, mocht de aanbestedende dienst de overeenkomst ontbinden.¹²

Een termijnoverschrijding kán (dus) wel een wezenlijke wijziging van de aanbestede opdracht met zich brengen. Tot dat oordeel kwam de Amsterdamse kortgedingrechter in een zaak waarbij tijdens de uitvoering van een opdracht bleek dat de opdrachtnemer niet kon voldoen aan de eis om op een bepaalde datum te beschikken over een locatie met een geldige milieuvergunning ten behoeve van de aanbestede afvalverwerking.¹³ Een gepasseerde inschrijver maakte direct na publicatie van de voorlopige gunningsbeslissing al bezwaar met de stelling dat de winnaar niet aan deze eis zou voldoen en sommeerde de inschrijving van de voorlopige winnaar ongeldig te verklaren. Na een afwijzende reactie van de aanbestedende dienst, gaf de gepasseerde inschrijver aan dat zij nauwlettend in de gaten zal houden of tijdens de uitvoering inderdaad aan de eis zou worden voldaan en dat indien dat niet het geval mocht zijn, alsnog een kort geding ahangig zou worden gemaakt. Tijdens de uitvoering bleek inderdaad dat de opdrachtnemer niet tijdig aan de eis kon voldoen. De gemeente weigerde echter tot ontbinding en heraanbesteding over te gaan, waarna de gepasseerde inschrijver een kort geding startte. Met succes: de rechter verplichtte de gemeente de overeenkomst met de in verzuim verkerende opdrachtnemer te beëindigen. De terechte waarschuwing van de gepasseerde inschrijver en de daaropvolgende handhaving van de gunningsbeslissing kunnen wat ons betreft als de atypische en bijzondere omstandigheden worden aangemerkt. Onder die omstandigheden vinden wij het begrijpelijk dat als uitgangspunt de aanbestedende dienst geen coultance meer mag bieden, dit in afwijking van de hoofdregel dat het betrachten van coultance is toegestaan.

12 Rb. Den Haag 12 september 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:10933, r.o. 4.6.

13 Rb. Amsterdam 24 mei 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX3388.

Plicht om coultance te betrachten?

Terug naar de Utrechtse zaak. Als géén sprake is van een wezenlijke contractvoorwaarde heeft een aanbestedende dienst naar oordeel van de voorzieningenrechter in beginsel de autonomie om te bepalen hoe hij omgaat met zijn tekortschietende contractspartij, mits de aanbestedende dienst binnen de grenzen van het verbintenissenrecht en het gelijkheidsbeginsel handelt.¹⁴ Dat lijkt ons juist en in de praktijk wenselijk. De voorzieningenrechter oordeelt dat van een goed handelend overheidsorgaan enige coultance kan worden verwacht met betrekking tot de tekortkoming, in plaats van direct over te gaan tot beëindiging van de overeenkomst.¹⁵ Dat vinden wij in dit geval niet onlogisch, omdat de vertraging deels te wijten lijkt aan eiseres zelf (de zittende leverancier). Afsluitend merkt de voorzieningenrechter op dat het niet is uitgesloten dat het geven van een ‘voortdurende coultance’ of het sluiten van compromissen tussen de aanbestedende dienst en haar opdrachtnemer, strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel kan opleveren.¹⁶ Opvallend is dat de voorzieningenrechter oordeelt dat van een overheidsorgaan ‘als goed handelend overheidsorgaan’ zelfs kan worden verwacht dat zij enige coultance betracht. Het lijkt erop dat een aanbestedende dienst die tevens een overheidsorgaan is (en waarop dus de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing zijn) volgens de Utrechtse voorzieningenrechter bij overschrijding van een fatale termijn niet direct de overeenkomst mag ontbinden.¹⁷ De grondslag van deze kennelijke verplichting

14 Rb. Midden-Nederland 9 januari 2024, ECLI:NL:RBMNE:2024:457, r.o. 3.8. Zie vergelijkbaar Rb. Den Haag 21 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:15465, 5.8.

15 Dit oordeel is in lijn met Rechtbank Oost-Brabant 24 mei 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:2978 (r.o. 5.7), waarnaar door de voorzieningenrechter wordt verwezen.

16 Dit oordeel is in lijn met Rb. Den Haag 21 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:15465, 5.8., waarin wordt overwogen dat ‘voortdurende coultance (...) kan leiden tot een wezenlijke wijziging van de opdracht’.

17 Onduidelijk blijft hoe dit zich verhoudt tot de volgende overweging, waaruit evenwel kan worden afgeleid dat ontbinding (slechts) een optie is: ‘Het niet behalen van de fatale termijn kan dus een grond voor ontbinding zijn’.

ting tot het betrachten van coulançe blijft in de uitspraak in het midden, maar betreft vermoedelijk de algemene beginselen van behoorlijk bestuur waaraan overheidsorganen bij privaatrechtelijk handelen zijn gebonden.¹⁸ Eerst zal een aanbestedende dienst die tevens een overheidsorgaan is – andere aanbestedende diensten zijn immers niet gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur – andere remedies moeten inzetten om een opdrachtnemer tot nakoming te bewegen. Dat als uitgangspunt dient te gelden dat op grond van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur coulançe moet worden betracht, betreft wat ons betreft een te vergaande uitleg van deze beginselen en beperkt te zeer de vrijheid die een (professionele) contractspartij heeft op grond van het Burgerlijk Wetboek/algemene verbintenissenrecht. Logischer zou zijn dat als uitgangspunt gebruik mag worden gemaakt van de contractuele bevoegdheid tot ontbinding, tenzij vanwege bijzondere omstandigheden een ontbinding niet gerechtvaardigd is (waarbij voor een overheidsorgaan bij deze beslissing ook de algemene beginselen van behoorlijk bestuur een rol spelen).

Zou eiseres anders hebben ingeschreven?

Eiseres onderbouwt haar stelling dat de opdracht wezenlijk zou zijn gewijzigd ook met het standpunt dat zij anders zou hebben ingeschreven als zij zou hebben geweten dat de transitieperiode van vier maanden ‘rekbaar’ was. De rechter wijst dit van de hand met de overweging dat de aanbestedende dienst ook andere opdrachtnemers onder de gegeven omstandigheden een langere termijn voor de transitiefase zou hebben gegeven, dus ook aan eiseres als zij de aanbesteding zou hebben gewonnen.¹⁹ Dat is wel erg kortaf. We menen dat de rechter in ieder geval (expliciter) had moeten beoordelen en overwegen of op ba-

sis van de aanbestedingsstukken ten tijde van de inschrijving alle ‘behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers’ redelijkerwijs ook hadden mogen verwachten dat er uitstel zou worden verleend. In het verlengde daarvan zou wat ons betreft moeten worden aangesloten bij artikel 2.163g, lid 3 onder a AanbW 2012: zouden er daadwerkelijk andere partijen hebben deelgenomen en/of zou er een andere winnaar zijn geweest. Uit zo’n beoordeling kan blijken dat een langere transitieperiode niet van invloed zou zijn geweest op de uitslag van de aanbestedingsprocedure, bijvoorbeeld als de implementatietermijn onderdeel van de gunningscriteria is geweest en de nummer één bij een langere transitiefase nog steeds als winnaar uit de bus zou komen.

Conclusie en enkele vuistregels voor de praktijk

De conclusie is dat een aanbestedende dienst in beginsel vrij is in de keuze om al dan niet coulançe te betrachten bij het niet voldoen aan een in de aanbestede overeenkomst respectievelijk aanbestedingsstukken opgenomen eis of voorwaarde. Dit is pas anders als (bijvoorbeeld) sprake is van uitlatingen van de aanbestedende dienst tijdens de aanbestedingsprocedure op basis waarvan objectief kan worden vastgesteld dat een bepaalde eis *wezenlijk* is en dus gehandhaafd zou worden. Bijvoorbeeld als de eis/voorwaarde als zodanig ondubbelzinnig is omschreven, verzoeken tot versoepeling/aanpassing in de nota van inlichtingen onverkort worden afgewezen of een inschrijver tijdens de aanbestedingsprocedure gegronde redenen aanvoert dat de winnaar niet zal voldoen en niettemin tot gunning aan deze winnaar wordt overgegaan. Het enkel vermelden van de woorden ‘fatale termijn’ of ‘harde deadline’ zijn onvoldoende om te kunnen spreken van een wezenlijke voorwaarde.

Om te voorkomen dat het betrachten van coulançe leidt tot een wezenlijke wijziging zal een aanbestedende dienst gebruik moeten maken van (contractuele) mogelijkheden om de opdrachtnemer tot nakoming te bewegen, bijvoorbeeld door het opleggen van contractuele boetes.

Ervan uitgaande dat aanbestedende diensten zich enige vrijheid willen voorbehouden om indien dat wenselijk wordt geacht ook coulançe te mogen betrachten ten aanzien van een wanpresenterende opdrachtnemer, is aan te raden bij belangrijke data niet verder te gaan dan de vermelding van ‘fatale termijn’ of ‘harde deadline’. Bij

ding van de overeenkomst opleveren, maar brengt niet de verplichting tot ontbinding met zich mee.’ Rb. Midden-Nederland 10 januari 2024, ECLI:NL:RBMNE:2024:25, r.o. 3.8.

18 Via de band van artikel 3:14 BW zijn de algemene beginselen van behoorlijk bestuur immers van toepassing op het privaatrechtelijk handelen van een overheidsorgaan. Vgl. HR 21 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, r.o. 3.1.3. (Didam).

19 Rb. Midden-Nederland 9 januari 2024, ECLI:NL:RBMNE:2024:457, r.o. 3.10.

het gebruik van dergelijke termijnen bestaat er kennelijk enige ruimte om coulance te betrachten, mits er geen bijkomende omstandigheden zijn die, in samenhang met elkaar beschouwd, toch tot de conclusie leiden dat een termijnoverschrijding wezenlijk is.

Voor inschrijvers is de best practice om voor eisen waarvan wordt vermoed dat andere inschrijvers bij de uitvoering niet kunnen voldoen, in de nota van inlichtingen de bevestiging te vragen dat deze eisen voor de aanbestedende dienst wezenlijk zijn en deze dus tijdens de uitvoering van de overeenkomst onverkort, zonder coulance, zullen worden gehandhaafd. Verder doet een inschrijver er verstandig aan om bij een vermoeden dat een winnaar niet aan een uitvoeringseis zal voldoen, hiervan direct na ontvangst van het gunningsvoornemen melding te maken. Mogelijk kan dit vermoeden onvoldoende aannemelijk worden gemaakt en is een kort geding daarom niet direct opportuun. In dat geval is het raadzaam jegens de aanbestedende dienst alle rechten voor te behouden en dat alsnog een kort geding zal worden gestart als de vrees bewaarheid wordt en niet aan de eis wordt voldaan en de aanbestedende dienst desalniettemin weigert tot ontbinding over te gaan.

mr. T. van Wijk
advocaat bij Dirkzwager legal & tax

mr. M. Jonkers
advocaat bij Dirkzwager legal & tax

78

Interpretatie geschiktheidseis

Rechtbank Amsterdam
6 februari 2024, C/13/743951 / KG ZA 23-1104,
ECLI:NL:RBAMS:2024:1653
(mr. T.H. van Voorst Vader)

Functionele eis. Geschiktheidseisen. Technische bekwaamheid en/of beroeps- bekwaamheid. Uitleg.

[AanbW 2012 art. 2.97 lid 2]

Avesqo is specialist in het leveren van hoogwaardige audiovisuele oplossingen en is actief in het hele land. Op 22 juli 2023 heeft de gemeente de Europese openbare aanbesteding 'Aanbesteding Audiovisuele middelen inclusief bijbehorende dienstverlening' aangekondigd. Bij voorlopige gunningsbeslissing deelde de gemeente aan Avesqo mee haar inschrijving terzijde te leggen, omdat zij niet voldoet aan de geschiktheidseis technische bekwaamheid, aangezien zij niet beschikt over een gecertificeerd milieumanagement systeem zoals beschreven in par. 4.2.3.2.1 Leidraad.

In deze zaak is aan de orde of de gemeente de geschiktheidseis inzake het milieumanagementsysteem onjuist heeft toegepast en/of de minimale functionele eis over resolutie en framesnelheid van beelden in het PvE onjuist heeft geïnterpreteerd en beoordeeld.

Beoordeling

De geschiktheidseis

De gemeente vermeldde in haar gunningsbeslissing dat Avesqo niet voldoet aan de eis inzake het milieumanagementsysteem in par. 4.2.3.2.1 Leidraad. Daarin staat dat de inschrijver (voor haar eigen bedrijfsvoering) ten minste in het bezit is van een gecertificeerd milieumanagementsysteem zoals ISO 140001, EMAS, of gelijkwaardig. Verder staat in deze bepaling dat met gelijkwaardig een milieumanagementsysteem wordt bedoeld, met een kwantificeerbare impact voor de gehele bedrijfsvoering van de inschrijver met onafhankelijke getoetste resultaten. De gemeente