

## 14

Voorzieningenrechter Rechtbank Oost-Brabant  
30 oktober 2017, nr. C/01/325485/KG ZA 17-569,  
ECLI:NL:RBOBR:2017:5710  
(mr. Roosmale Nepveu)  
Noot mr. T. van Wijk en mr. drs. F.J.J. Corne-  
lissen

**Meervoudig onderhandse aanbesteding. (On-  
)geldige inschrijving. Uitsluiting. Herstelmoge-  
lijkheid.**

*De gemeente Boxmeer (hierna: de gemeente) heeft een meervoudige onderhandse aanbestedingsprocedure georganiseerd voor de digitalisering van de planning en controlcyclus. Daartoe heeft de gemeente het aanbestedingsdocument 'digitalisering planning & controlcyclus' opgesteld.*

*Dit aanbestedingsdocument is met negen bijlagen op 14 juli 2017 via Negometrix aan drie leveranciers toegezonden.*

*Twee van de drie uitgenodigde inschrijvers, te weten Lias Software B.V. (hierna: Lias) en Pepperflow B.V. (hierna: Pepperflow), hebben tijdig een inschrijving ingediend.*

*Bij brief van 8 september 2017 heeft de gemeente aan Lias onder meer bericht dat alle door de aanbestedende dienst ontvangen inschrijvingen zijn gecontroleerd op basis van de opgenomen uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen en de overige eisen in het aanbestedingsdocument. De gemeente deelt mee dat Lias op grond van deze controle is uitgesloten van verdere deelname. Uit de inschrijving blijkt dat de gevraagde kosten voor de hosting door leverancier, zijnde € 1.500,00 per jaar, geen onderdeel uitmaakten van de inschrijving. Lias heeft bij wens 35 aangegeven er de voorkeur aan te geven de hosting voor de gemeente te verzorgen. In de betreffende wens is expliciet vermeld dat wanneer inschrijver hier de voorkeur aan geeft, de hostingskosten inbegrepen moeten zijn in de aanbieding. Door het ontbreken van deze kosten voldoet de inschrijving niet aan de vereisten die gesteld zijn. Een dergelijk gebrek is niet herstelbaar, aldus de gemeente.*

*De gemeente stelt dat zij Lias op goede gronden heeft uitgesloten van de aanbestedingsprocedure. Primair stelt de gemeente dat Lias, in strijd met paragraaf 1.8 van het aanbestedingsdocument, gedurende de lopende bezwaartermijn tegen de beslissing tot uitsluiting tot twee keer toe recht-*

streeks telefonisch contact heeft gezocht met de gemeente, teneinde op oneigenlijke wijze meer informatie te verkrijgen over de uitsluiting van haar inschrijving. Lias brengt hier tegenin dat zij enkel rechtstreeks contact met de gemeente heeft opgenomen omdat Negometrix niet bereikbaar was. Bovendien heeft Lias enkel uitstel gevraagd voor het aanhangig maken van een kort geding, zo stelt zij.

Wat ook zij van de (niet meer vast te stellen) exacte inhoud van de telefoongesprekken die Lias met twee heren aan de zijde van de gemeente heeft gevoerd, blijktens paragraaf 1.8 van het aanbestedingsdocument is correspondentie, anders dan via de "vragen en antwoorden" module van Negometrix, niet toegestaan. Lias moet, zeker als professionele partij, geacht worden te begrijpen, dat die regel bedoeld is om te voorkomen dat een inschrijver, buiten de andere inschrijver(s) om, zou kunnen communiceren met de gemeente en op die manier oneerlijk zou kunnen concurreren met de andere inschrijvers. Nu Lias in strijd met paragraaf 1.8 van het aanbestedingsdocument contact heeft opgenomen met de gemeente, is de voorzieningenrechter met de gemeente van oordeel dat de gemeente Lias op goede gronden heeft uitgesloten van de aanbestedingsprocedure.

Het voorgaande leidt de voorzieningenrechter tot de conclusie dat het primaire verweer van de gemeente slaagt. De vorderingen van Lias moeten reeds om die reden worden afgewezen.

Strikt genomen ten overvloede, maar om Lias ook duidelijkheid te geven op het inhoudelijke punt rond wens 35, waarin Lias meent dat de gemeente haar onrecht doet, wordt nog als volgt overwogen. Volgens Lias kan het door haar gegeven antwoord op wens 35 niet leiden tot uitsluiting omdat het daar gaat om een wens en de wensen, anders dan de eisen, ingevolge paragraaf 2.2 van het aanbestedingsdocument, deel uitmaken van de gunningscriteria en niet van de uitsluitingsgronden. Deze redenering is op zichzelf genomen juist. De wensen maken onderdeel uit van de gunningscriteria en het geven van een bepaald antwoord op deze wensen kan op zichzelf niet leiden tot uitsluiting van de aanbestedingsprocedure maar kan in een later stadium wel leiden tot het al dan niet gegund krijgen van de opdracht.

Lias miskent met deze redenering echter dat de gemeente de uitsluiting van Lias niet gebaseerd heeft op (een van) de uitsluitingsgronden, maar op de onvolledigheid van de inschrijving van Lias. Vast staat dat Lias de hostingkosten niet op het inschrijfbiljet heeft vermeld. De inschrijving van Lias voldoet daarmee niet aan de instructies die

de gemeente vooraf heeft gegeven en is daardoor niet volledig en op objectieve wijze te vergelijken met andere inschrijvingen, in dit geval de inschrijving van Pepperflow. Met de gemeente en Pepperflow is de voorzieningenrechter van oordeel dat de inschrijving van Lias niet kan worden toegelaten tot de aanbestedingsprocedure. Zou de gemeente niettemin tot toelating van de inschrijving van Lias overgaan, dan leidt dit tot strijd met het beginsel van gelijke behandeling. Dat Lias later, bij brief van 22 augustus 2017, haar inschrijving heeft aangepast, maakt het voorgaande niet anders. Het na het niet opnemen van de hostingkosten na de inschrijving alsnog toevoegen van een bedrag voor hostingkosten (in dit geval feitelijk ook nog eens leidend tot twee prijzen, een prijs met hosting en een prijs zonder hosting) betreft geen eenvoudige precisering of het recht zetten van een kennelijke materiële fout.

Voor zover Lias zich nog op het standpunt stelt dat zij heeft gekozen voor hosting door de gemeente en niet voor eigen hosting, oordeelt de voorzieningenrechter dat de gemeente uit de inschrijving van Lias mocht afleiden dat zij voor eigen hosting heeft gekozen.

Lias heeft ten slotte nog naar voren gebracht dat de gemeente de voorwaarden van wens 35 onduidelijk heeft geformuleerd. Anders dan Lias, is de voorzieningenrechter van oordeel dat het voor een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver voldoende duidelijk moet zijn geweest dat de inschrijver een keuze moest maken voor ofwel hosting door de gemeente ofwel eigen hosting. De gemeente mocht er overigens vanuit gaan dat de voorwaarden van wens 35 ook voor Lias – net als dat voor Pepperflow het geval blijkt te zijn geweest – duidelijk waren. Lias heeft immers voorafgaand aan het indienen van haar inschrijfbiljet geen vragen gesteld over (de voorwaarden van) wens 35. Het had op de weg van Lias had gelegen om, zo een en ander voor haar onduidelijk was, daarover vragen te stellen via de daartoe in paragraaf 1.8 van het aanbestedingsdocument aangegeven weg.

Tenslotte zou, zoals de gemeente en Pepperflow ook hebben opgemerkt, het honoreren van de stelling van Lias, dat de voorwaarde van met name wens 35 van de aanbesteding te onduidelijk is geformuleerd, bezwaarlijk kunnen leiden tot toewijzing van de door Lias gevorderde toelating tot de lopende aanbestedingsprocedure. In dat geval zou de aanbesteding als mislukt moeten worden beschouwd.

*De slotsom is dat de vorderingen van Lias ook zouden moeten worden afgewezen indien het primaire verweer van de gemeente niet zou zijn geslaagd.*

*de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid*

*LIAS SOFTWARE B.V.,*

*gevestigd te Ede,*

*eiseres in de hoofdzaak,*

*verweerster in de tussenkomst,*

*advocaat mr. M.F.M. Groot Kormelink te Ede, tegen*

*de publiekrechtelijke rechtspersoon*

*GEMEENTE BOXMEER,*

*zetelend te Boxmeer,*

*gedaagde in de hoofdzaak,*

*verweerster in de tussenkomst,*

*advocaten mrs. A.M. Serra en T.E.P.A. Lam te Nijmegen;*

*in welke zaak is tussengekomen:*

*de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid*

*PEPPERFLOW B.V.,*

*tussengekomen partij,*

*advocaat mr. S.C. Brackmann te Rotterdam.*

## **1 De procedure**

1.1. De procedure blijkt uit:

- de dagvaarding van 15 september 2017 met producties, genummerd 1 tot en met 5;
- de brief van mr. Groot Kormelink van 18 oktober 2017 met een productie, genummerd 6;
- de brief van mr. Serra van 17 oktober 2017 met producties, genummerd 1 tot en met 8;
- de brief van mr. Brackmann van 17 oktober 2017, houdende incidentele conclusie primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging;
- de brief van mr. Serra van 18 oktober 2017 met een productie, genummerd 9 en een aangepaste productie 7;
- de mondelinge behandeling ter zitting van 20 oktober 2017;
- de pleitnota van mr. Groot Kormelink;
- de pleitaantekeningen van mr. Lam;
- de pleitnotities van mr. Brackmann

1.2. Lias en de gemeente hebben desgevraagd verklaard geen bezwaar te hebben tegen tussenkomst door Pepperflow. Pepperflow heeft - als inschrijver aan wie de gemeente voornemens is de opdracht te gunnen - voldoende belang om als partij in dit kort geding met eigen argumenten

het door Lias gevorderde te bestrijden. De voorzieningenrechter heeft ter zitting Pepperflow toegestaan tussen te komen.

1.3. Ten slotte is vonnis bepaald.

## **2 De feiten**

2.1. De gemeente heeft een meervoudige onderhandse aanbestedingsprocedure georganiseerd voor de digitalisering van de planning en control-cyclus. Daartoe heeft de gemeente het aanbestedingsdocument “digitalisering planning & control-cyclus” opgesteld.

Dit aanbestedingsdocument is met negen bijlagen op 14 juli 2017 via Negometrix aan drie leveranciers toegezonden.

2.2. In het aanbestedingsdocument van 14 juli 2017 (productie 2 bij de dagvaarding) is, voor zover in dit geding van belang, het volgende opgenomen:

“(…)

### **1.8 Gegevens aanbestedende dienst**

(…)

*Voor deze aanbesteding is een inkoopteam samengesteld. Deze bestaat uit een vertegenwoordiging vanuit de opdrachtgever en Bureau Inkoop en Aanbestedingen Zuidoost-Brabant. Alle correspondentie met betrekking tot deze aanbesteding, waaronder vragen over de inhoud van dit aanbestedingsdocument, worden uitsluitend via de “vragen en antwoorden” module van Negometrix gesteld aan de aanbestedende dienst.*

(…)

### **2.2 Programma van eisen en wensen**

*Als bijlage 4 is het programma van eisen en wensen toegevoegd, welke is opgedeeld in een functioneel en een technisch deel.*

- *Alle eisen zijn knock-out criteria. Inschrijver moet hieraan voldoen om in aanmerking te komen voor gunning van de opdracht. Indien inschrijver aan één van de eisen niet voldoet, volgt uitsluiting en maakt inschrijver geen kans meer op gunning van de opdracht.*

- *De wensen maken deel uit van de gunningscriteria. In paragraaf 3.3 Gunningscriteria wordt verder ingegaan op de weging van deze onderdelen.*

(…)

### **3.1 Algemeen**

*Om in aanmerking te kunnen komen voor de gunning van de overeenkomst voldoet u aan het gestelde in het aanbestedingsdocument en zijn er geen uitsluitingsgronden op u van toepassing.*

(…)

### **3.3 Gunningscriteria**

Nadat er uit de inschrijving is gebleken dat er geen uitsluitingsgronden van toepassing zijn en wordt voldaan aan hetgeen is opgenomen in dit aanbestedingsdocument zal de inschrijving verder beoordeeld worden. De beoordeling vindt plaats op basis van het gunningscriterium de beste prijs-kwaliteit-verhouding. (...)

### 3.3.1 Prijs

Op het inschrijfbiljet (bijlage 3) geeft u alle kosten weer die noodzakelijk zijn om de aangeboden oplossing te leveren en implementeren, en om hierop onderhoud en support te leveren:

(...)

-tarieven hosting, jaarlijks;

(...).

Alle door u aangeboden producten en diensten moeten in de prijs zijn meegenomen.

(...)

### 4.1 Inschrijvingsopbouw en voorwaarden

De inschrijving moet volledig zijn en voldoen aan wat er door de aanbestedende dienst wordt gevraagd. Aan de inschrijving worden de volgende voorwaarden gesteld:

- Alle gevraagde informatie wordt in de inschrijving opgenomen;
- De inschrijving voldoet aan de gestelde eisen;
- Er zijn geen voorwaarden of voorbehouden verbonden aan de inschrijving;

(...).

2.3. In bijlage 4 bij het aanbestedingsdocument (productie 3 bij de dagvaarding) is onder nummer 35 de volgende wens opgenomen:

“Boxmeer host haar eigen website bij een externe hostingpartij en heeft daar mogelijkheid tot publicatie van weboutput vanuit een P&C applicatie. Beschrijf op welke wijze de leverancier de weboutput bij voorkeur publiceert: via de hosting van Boxmeer of via eigen hosting. Indien de leverancier de voorkeur geeft aan eigen hosting, dan is dit in de prijs in begrepen.”

2.4. Op het inschrijfbiljet (productie 3 van de gemeente) staat onder meer vermeld:

#### “Tarieven hosting

Indien er sprake is van hostingkosten ten aanzien van de applicatie of de weboutput, geef deze dan hieronder weer:”

2.5. Twee van de drie uitgenodigde inschrijvers, te weten Lias en Pepperflow, hebben tijdig een inschrijving ingediend.

2.6. Lias heeft ten aanzien van wens 35 van de gemeente de volgende nadere toelichting gegeven (productie 6 van de gemeente):

“Het is mogelijk de web-output bij uw eigen hostingpartij onder te brengen. Gezien eerdere ervaringen geven wij er echter de voorkeur aan de hosting voor u te verzorgen.”

Op de plaats in de tabel op het inschrijfbiljet waar de hostingkosten moeten worden vermeld, zoals weergegeven in rechtsoverweging 2.4, heeft Lias geen bedrag ingevuld.

2.7. Bij brief van 17 augustus 2017 (productie 7 van de gemeente) heeft de gemeente via Negometrix aan Lias onder punt 3 de volgende verifiërende vraag gesteld:

“3. Bij wens 35 hebben jullie toegelicht dat de hosting bij voorkeur door LIAS wordt verzorgd. Bij deze wens staat vermeld dat wanneer dit het geval is, dat de kosten hiervoor in de prijs inbegrepen moeten zijn. Is onze aanname correct dat de kosten voor de hosting onderdeel zijn van de licentie/abonnementskosten?”

Op 18 augustus 2017 heeft Lias op deze brief gereageerd. De gemeente heeft op 22 augustus 2017 (via Negometrix) aangegeven dat het antwoord ten aanzien van wens 35 uit het programma van technische eisen en wensen naar aanleiding van deze reactie nog niet geheel duidelijk was en de gemeente heeft aan Lias gevraagd of de hosting kosteloos wordt verzorgd door Lias (productie 7 van de gemeente).

2.8. Lias heeft op diezelfde datum hierop als volgt gereageerd (productie 7 van de gemeente):

“De kosten voor hosting hebben we niet meegenomen in de aanbesteding/ inschrijving. Indien hosting van LIAS Software van toepassing is, rekenen we daar een bedrag van 1.500 Euro per jaar voor, exclusief BTW. Dat zijn de vaste kosten per jaar zonder bijkomende kosten of beperkingen en inclusief een specifieke zoekfunctie en tools om de website goed te laten functioneren. Indien er geïmplementeerd wordt gedurende het jaar, dan zullen de kosten in evenredigheid met het aantal maanden hosting van dat jaar worden gefactureerd.”

2.9. Bij brief van 8 september 2017 (productie 1 bij de dagvaarding) heeft de gemeente aan Lias onder meer het volgende bericht:

“(…)Alle door de aanbestedende dienst ontvangen inschrijvingen zijn gecontroleerd op basis van de opgenomen uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen zoals vermeld in paragraaf 3.3 en de overige eisen in het aanbestedingsdocument.

Wij delen u mede dat uw onderneming op grond van deze controle is uitgesloten van verdere deelname. Uit uw inschrijving blijkt dat de door ons ge-

vraagde kosten voor de hosting door leverancier, zijnde € 1.500,00 per jaar, geen onderdeel uitmakend van uw inschrijving.

*U heeft bij wens 35 aangegeven er de voorkeur aan te geven de hosting voor de gemeente te verzorgen. In de betreffende wens is expliciet vermeld dat wanneer inschrijver hier de voorkeur aan geeft, de hostingskosten inbegrepen moeten zijn in de aanbidding. Door het ontbreken van deze kosten voldoet de inschrijving niet aan de vereisten die gesteld zijn. Een dergelijk gebrek is niet herstelbaar.*

*De aanbestedende dienst is voornemens de overeenkomst te gunnen aan Pepperflow B.V te Katwijk. Het is mogelijk om tot en met 15 september 2017 een kort geding tegen deze uitsluiting en gunningsbeslissing aanhangig te maken(...)*

2.10. Op 12 oktober 2017 heeft de heer [naam salesmanager Lias], salesmanager bij Lias, telefonisch contact gezocht en gekregen met de heer [werknemer gemeente] van de gemeente Boxmeer en de heer [naam concern inkoper], concern inkoper bij Bizob en vertegenwoordiger van de gemeente in deze aanbesteding. De gemeente heeft daarop de bewaartermijn met twee dagen verlengd tot 17 september 2017. Van deze verlenging heeft Lias blijkens de dagvaarding van 15 september 2017 vervolgens geen gebruik gemaakt.

2.11. Bij brief van 17 oktober 2017 (productie 9 van de gemeente) heeft mr. Serra aan mr. Groot Kormelink als volgt bericht:

*(...)*

*Tijdens de voorbereiding van het kort geding vernam ik van cliënte, de gemeente Boxmeer, dat de heer [naam salesmanager Lias], sales manager van uw cliënte, op dinsdag 12 september 2017 telefonisch contact heeft gezocht met de heer [werknemer gemeente] van de gemeente Boxmeer en met de heer [naam concern inkoper], concern inkoper bij Bizob en vertegenwoordiger van de gemeente in deze aanbesteding. De heer [naam salesmanager Lias] heeft in die twee telefoongesprekken getracht om meer informatie te verkrijgen over de uitsluiting van zijn inschrijving. (...)*

*Deze handelwijze van Lias is in strijd met het bepaalde in par. 1.8 van het aanbestedingsdocument. Daar staat duidelijk vermeld dat de gemeente in deze aanbestedingsprocedure wordt vertegenwoordigd door de heer [naam concern inkoper] én dat de communicatie met betrekking tot deze aanbesteding te allen tijde via Negometrix dient te geschieden.*

*Deze handelwijze van Lias vormt voor de gemeente een extra reden voor uitsluiting van de inschrijving van uw cliënte. (...)*

2.12. Bij brief van 18 oktober 2017 (productie 6 van Lias) heeft mr. Groot Kormelink aan mr. Serra bericht geen bewaar te hebben tegen het inbrengen van de onder 2.11.bedoelde - confraternale - brief in deze procedure.

### **3 Het geschil**

#### **In de hoofdzak**

3.1. Lias vordert bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

I. te bepalen dat de gemeente verplicht wordt de uitsluiting van Lias in de aanbesteding van het project "Digitalisering planning & controlcyclus" ongedaan te maken en haar binnen 24 uur na het wijzen van dit vonnis, dan wel binnen een door de voorzieningenrechter in goede justitie te bepalen termijn, toe te laten tot de aanbestedingsprocedure, op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 10.000,00 voor iedere dag dat de gemeente geen uitvoering geeft aan dit vonnis, dan wel een door de voorzieningenrechter te bepalen dwangsom;

II. de gemeente te gebieden haar voornemen om de opdracht te gunnen aan Pepperflow in te trekken en wel binnen 24 uur na het wijzen van dit vonnis, dan wel binnen een door de voorzieningenrechter in goede justitie te bepalen termijn, op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 10.000,00 voor elke dag dat de gemeente geen uitvoering geeft aan dit vonnis, dan wel een door de voorzieningenrechter te bepalen dwangsom;

III. de gemeente te veroordelen in de (na)kosten van deze procedure en de daarover verschuldigde wettelijke rente.

3.2. Lias legt aan haar vorderingen - samengevat - het volgende ten grondslag.

De gemeente heeft Lias ten onrechte uitgesloten van deelname aan de aanbestedingsprocedure. Er waren geen uitsluitingsgronden aanwezig. Het besluit van de gemeente is gebaseerd op het niet voldoen aan een wens, terwijl dit volgens het aanbestedingsdocument geen uitsluitingsgrond is. Zo hier toch sprake is van een uitsluitingsgrond, dan heeft de gemeente, door in het aanbestedingsdocument niet duidelijk kenbaar te maken dat zowel de eisen als de wensen knock-outcriteria vormden, in strijd gehandeld met het transparantiebeginsel. Ook uit de bewoordingen in de door de gemeente verstrekte informatie mocht Lias afleiden dat de uitsluitingsgronden enkel betrekking

hadden op de Eigen Verklaring en de “eisen”, en dus niet op de “wensen”. Bovendien heeft te gelden dat Lias hoe dan ook niet verplicht was de kosten voor hosting te vermijden nu zij ervoor heeft gekozen de hosting niet in eigen beheer te nemen, hoewel haar voorkeur daar wel naar uitgaat. Ook op grond van paragraaf 3.3.1. van het aanbestedingsdocument hoefde Lias de hostingkosten niet op te nemen in de prijsopgave omdat voor de werking van het softwareproduct van Lias, de eigen hosting niet noodzakelijk is.

Ten slotte voldoet het aanbestedingsdocument van de gemeente Boxmeer niet aan het uitgangspunt dat een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver deze, binnen de context van het totaal van de aanbestedingsstukken, redelijkerwijs heeft moeten begrijpen. De voorwaarden van wens 35 zijn onduidelijk geformuleerd.

3.3. De gemeente en Pepperflow hebben afzonderlijk gemotiveerd verweer gevoerd.

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

#### **In de tussenkomst**

3.5. Pepperflow vordert, bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad:

1. de gemeente te veroordelen tot contractering met Pepperflow van de aanbestedingsopdracht “Digitalisering planning & controlcyclus”, althans de opdracht die voorwerp is van die aanbestedingsprocedure en/of de gerechtelijke procedure in de hoofdzaak, binnen vijf werkdagen na het wijzen van dit vonnis, mits de gemeente de opdracht nog immer wenst te verstrekken;

2. Lias en/of de gemeente in de kosten aan de zijde van Pepperflow te veroordelen, waaronder begrepen een redelijke tegemoetkoming in de kosten van rechtsbijstand van Lias, alsmede de nakosten ten bedrage van € 131,00 zonder betekening en van

€ 199,00 met betekening van dit vonnis, vermeerderd met de wettelijke rente over de proceskosten zo niet binnen twee weken na het wijzen van dit vonnis aan de proceskostenveroordeling is voldaan.

3.6. Pepperflow meent dat de inschrijving van Lias niet voldoet aan de instructies die de gemeente vooraf heeft gegeven en is daardoor onvergelijkbaar geworden met de andere inschrijvingen. De gemeente heeft de inschrijving van Lias terecht en op goede gronden uitgesloten. De inschrijving van Pepperflow is terecht als beste inschrijving

gerangschikt en de gemeente wenst dan ook op goede gronden de opdracht aan Pepperflow te gunnen.

3.7. Lias heeft gemotiveerd verweer gevoerd. De gemeente heeft zich in essentie bij de conclusies van Pepperflow aangesloten.

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

#### **4 De beoordeling in de hoofdzaak en in de tussenkomst**

4.1. De gemeente stelt dat zij Lias op goede gronden heeft uitgesloten van de aanbestedingsprocedure. Primair stelt de gemeente dat Lias, in strijd met paragraaf 1.8 van het aanbestedingsdocument, gedurende de lopende bezwaartermijn tegen de beslissing tot uitsluiting tot twee keer toe rechtstreeks telefonisch contact heeft gezocht met de gemeente, teneinde op oneigenlijke wijze meer informatie te verkrijgen over de uitsluiting van haar inschrijving. Lias brengt hier tegenin dat zij enkel rechtstreeks contact met de gemeente heeft opgenomen omdat Negometrix niet bereikbaar was. Bovendien heeft Lias enkel uitstel gevraagd voor het aanhangig maken van een kort geding, zo stelt zij.

4.2. Lias heeft erkend dat er op 12 september 2017 in elk geval twee contactmomenten van haar heer [naam salesmanager Lias] met de gemeente zijn geweest, te weten een contactmoment met de heer [werknemer gemeente], projectleider aanbesteding bij de gemeente, en de heer [naam concern inkoper], concern inkoper bij Bizob en vertegenwoordiger van de gemeente in deze aanbesteding. Alle betrokkenen waren ter zitting aanwezig en hebben zich desgevraagd uitgelaten over de inhoud van de telefoongesprekken. Daarover bleken de lezingen enigszins uiteen te lopen, maar dat de aanleiding van het telefonische contact de in het kader van de onderhavige aanbesteding door Lias ontvangen brief van 8 september 2017 is geweest en dat in ieder geval een verzoek van Lias tot verlenging van de bezwaartermijn onderwerp van gesprek is geweest, is duidelijk.

4.3. Wat ook zij van de (niet meer vast te stellen) exacte inhoud van de telefoongesprekken die Lias met twee heren aan de zijde van de gemeente heeft gevoerd, blijktens paragraaf 1.8 van het aanbestedingsdocument is correspondentie, anders dan via de “vragen en antwoorden” module van Negometrix, niet toegestaan. Lias moet, zeker als professionele partij, geacht worden te begrijpen, dat die regel bedoeld is om te voorkomen dat een in-

schrijver, buiten de andere inschrijver(s) om, zou kunnen communiceren met de gemeente en op die manier oneerlijk zou kunnen concurreren met de andere inschrijvers. Nu Lias in strijd met paragraaf 1.8 van het aanbestedingsdocument contact heeft opgenomen met de gemeente, is de voorzieningenrechter met de gemeente van oordeel dat de gemeente Lias op goede gronden heeft uitgesloten van de aanbestedingsprocedure. Lias heeft op een voor Pepperflow niet direct kenbare wijze gevraagd om een bewilligd in een verlenging van de bezwaartermijn. Het moge zo zijn dat de verlenging in dit geval geen praktisch gevolg heeft gehad, maar in deze aanbesteding is er wel “gedoe” ontstaan over de telefoongesprekken. Partijen zijn het niet geheel eens over wat er is besproken en of dat ernstig is of niet en dat “gedoe” is nu precies wat met de strikte regel van paragraaf 1.8 van het aanbestedingsdocument in aanbestedingen, waarbij altijd meer partijen betrokken zijn die alle stuk voor stuk grote belangen hebben, moet worden voorkomen. Wat oppervlakkig gezien formalistisch lijkt, raakt welbeschouwd de transparantie van de aanbesteding, een van de centrale beginselen van aanbestedingsrecht.

4.4. Het voorgaande leidt de voorzieningenrechter tot de conclusie dat het primaire verweer van de gemeente slaagt. De vorderingen van Lias moeten reeds om die reden worden afgewezen.

4.5. Strikt genomen ten overvloede, maar om Lias ook duidelijkheid te geven op het inhoudelijke punt rond wens 35, waarin Lias meent dat de gemeente haar onrecht doet, wordt nog als volgt overwogen.

4.6. Volgens Lias kan het door haar gegeven antwoord op wens 35 niet leiden tot uitsluiting omdat het daar gaat om een wens en de wensen, anders dan de eisen, ingevolge paragraaf 2.2 van het aanbestedingsdocument, deel uitmaken van de gunningscriteria en niet van de uitsluitingsgronden. Deze redenering is op zichzelf genomen juist. De wensen maken onderdeel uit van de gunningscriteria en het geven van een bepaald antwoord op deze wensen kan op zichzelf niet leiden tot uitsluiting van de aanbestedingsprocedure maar kan in een later stadium wel leiden tot het al dan niet gegund krijgen van de opdracht.

4.7. Lias miskent met deze redenering echter dat de gemeente de uitsluiting van Lias niet gebaseerd heeft op (een van) de uitsluitingsgronden, maar op de onvolledigheid van de inschrijving van Lias. Dat de gemeente de uitsluiting van Lias op de

onvolledigheid van de inschrijving van Lias baseert, blijkt overigens ook uit de brief van de gemeente aan Lias van 8 september 2017, waarin zij schrijft: *“Uit uw inschrijving blijkt dat de door ons gevraagde kosten voor de hosting door leverancier, zijnde € 1.500,00 per jaar, geen onderdeel uitmaken van uw inschrijving. Door het ontbreken van deze kosten voldoet de inschrijving niet aan de vereisten die gesteld zijn.”*

4.8. Gelet op de voorkeur die Lias in haar reactie op wens 35 had uitgesproken voor het zelf verzorgen van de hosting, had zij, gelet op de instructie bij wens 35, de hostingkosten behoren te vermelden op het inschrijfbiljet en in de prijs moeten opnemen. In deze instructie staat vermeld: *“Indien de leverancier de voorkeur geeft aan eigen hosting, dan is dit in de prijs in begrepen.”* Ook in paragraaf 3.3.1 van het aanbestedingsdocument staat dit met zoveel woorden vermeld: *“Op het inschrijfbiljet (bijlage 3) geeft u alle kosten weer die noodzakelijk zijn om de aangeboden oplossing te leveren en implementeren, en om hierop onderhoud en support te leveren:*

(...)

*-tarieven hosting, jaarlijks;*

(...)”

Op het inschrijfbiljet zelf staat ook nog eens vermeld: *“Indien er sprake is van hostingkosten ten aanzien van de applicatie of de weboutput, geef deze dan hieronder weer.”*

De voorzieningenrechter concludeert, met de gemeente en Pepperflow, dat enig misverstand over de vraag of Lias de hostingkosten op het inschrijfbiljet had behoren te vermelden, gezien het voorgaande welhaast onmogelijk is.

4.9. Vast staat dat Lias de hostingkosten niet op het inschrijfbiljet heeft vermeld. De inschrijving van Lias voldoet daarmee niet aan de instructies die de gemeente vooraf heeft gegeven en is daardoor niet volledig en op objectieve wijze te vergelijken met andere inschrijvingen, in dit geval de inschrijving van Pepperflow. Met de gemeente en Pepperflow is de voorzieningenrechter van oordeel dat de inschrijving van Lias niet kan worden toegelaten tot de aanbestedingsprocedure. Zou de gemeente niettemin tot toelating van de inschrijving van Lias overgaan, dan leidt dit tot strijd met het beginsel van gelijke behandeling. Dat Lias later, bij brief van 22 augustus 2017, haar inschrijving heeft aangepast, maakt het voorgaande niet anders. Volgens vaste jurisprudentie kan een inschrijving slechts in uitzonderlijke gevallen

na inschrijving alsnog worden gewijzigd of aangevuld, namelijk indien een inschrijving een eenvoudige precisering behoeft of om kennelijke materiële fouten recht te zetten, mits deze wijziging/ aanvulling er niet toe leidt dat in werkelijkheid een nieuwe inschrijving wordt voorgesteld (HvJ EU 29 maart 2012, zaak C-599/10/SAG, ECLI:EU:C:2012:191). Van een dergelijk uitzonderingsgeval is hier geen sprake. Het na het niet opnemen van de hostingkosten na de inschrijving alsnog toevoegen van een bedrag voor hostingkosten (in dit geval feitelijk ook nog eens leidend tot twee prijzen, een prijs met hosting en een prijs zonder hosting) betreft geen eenvoudige precisering of het recht zetten van een kennelijke materiële fout in voornoemde zin.

4.10. Voor zover Lias zich nog op het standpunt stelt dat zij heeft gekozen voor hosting door de gemeente en niet voor eigen hosting, oordeelt de voorzieningenrechter dat de gemeente uit de inschrijving van Lias mocht afleiden dat zij voor eigen hosting heeft gekozen, nu zij met zoveel woorden heeft verklaard: “(...)Gezien eerdere ervaringen geven wij er echter de voorkeur aan de hosting voor u te verzorgen.”

4.11. Lias heeft ten slotte nog naar voren gebracht dat de gemeente de voorwaarden van wens 35 onduidelijk heeft geformuleerd. Ter adstructie van dit standpunt heeft Lias aangevoerd dat het voor haar niet duidelijk was dat er een keuze gemaakt moest worden voor ofwel hosting door de gemeente ofwel eigen hosting. Anders dan Lias, is de voorzieningenrechter van oordeel dat het voor een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver voldoende duidelijk moet zijn geweest dat de inschrijver een keuze moest maken voor ofwel hosting door de gemeente ofwel eigen hosting. Een en ander blijkt genoegzaam uit de zinsnede “Beschrijf op welke wijze de leverancier de weboutput bij voorkeur publiceert: via de hosting van Boxmeer of via eigen hosting.”

De gemeente mocht er overigens vanuit gaan dat de voorwaarden van wens 35 ook voor Lias - net als dat voor Pepperflow het geval blijkt te zijn geweest - duidelijk waren. Lias heeft immers voorafgaand aan het indienen van haar inschrijfbiljet geen vragen gesteld over (de voorwaarden van) wens 35. Het had op de weg van Lias had gelegen om, zo een en ander voor haar onduidelijk was, daarover vragen te stellen via de daartoe in paragraaf 1.8 van het aanbestedingsdocument aangegeven weg.

4.12. Tenslotte zou, zoals de gemeente en Pepperflow ook hebben opgemerkt, het honoreren van de stelling van Lias, dat de voorwaarde van met name wens 35 van de aanbesteding te onduidelijk is geformuleerd, bezwaarlijk kunnen leiden tot toewijzing van de door Lias gevorderde toelating tot de lopende aanbestedingsprocedure. In dat geval zou de aanbesteding als mislukt moeten worden beschouwd.

4.13. De slotsom is dat de vorderingen van Lias ook zouden moeten worden afgewezen indien het primaire verweer van de gemeente niet zou zijn geslaagd.

4.14. De gemeente heeft in de tussenkomst aangevoerd dat de vordering van tussenkomende partij Pepperflow, die ertoe strekt dat de gemeente veroordeeld wordt te contracteren met Pepperflow, te ver voert in dit kort geding. Pepperflow heeft ter zitting toegelicht dat haar vordering onder 1, aldus moet worden gelezen dat de gemeente wordt veroordeeld om de aanbestedingsprocedure, vanuit de staat waarin deze zich thans bevindt, voort te zetten. Daartegen heeft de gemeente geen bezwaren geuit. Nu de vorderingen van Lias in de hoofdzaak worden afgewezen, staat niets eraan in de weg de aanbestedingsprocedure te vervolgen. Uit de brief van 8 september 2017 aan Lias blijkt dat de gemeente voornemens is de overeenkomst aan Pepperflow te gunnen. Op geen enkele wijze is gesteld of gebleken dat dit in werkelijkheid anders ligt. De vordering van Pepperflow onder 1, waarin terecht de voorwaarde is verwerkt dat de gemeente de opdracht nog steeds zal moeten willen verstrekken, zal in die zin worden toegewezen.

4.15. Lias zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten van de gemeente worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van de gemeente worden begroot op:

- griffierecht € 618,00
- salaris advocaat 816,00

Totaal € 1.434,00.

4.16. Lias zal in de tussenkomst als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten van Pepperflow worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van Pepperflow worden begroot op:

- griffierecht € 618,00
- salaris advocaat € 816,00

Totaal € 1.434,00.

4.17. De proceskosten tussen de gemeente en Pepperflow worden gecompenseerd als na te melden.

4.18. De door de gemeente en Pepperflow gevorderde veroordeling in de nakosten is in het kader van deze procedure slechts toewijsbaar voor zover deze kosten op dit moment reeds kunnen worden begroot. De nakosten zullen dan ook worden toegewezen op de wijze zoals in de beslissing vermeld.

### 5 De beslissing

De voorzieningenrechter:

In de hoofdzaak en in de tussenkomst

5.1. wijst de vorderingen van Lias af;

5.2. veroordeelt de gemeente de aanbestedingsprocedure voort te zetten vanuit de stand waarin deze zich heden bevindt (na uitsluiting van de inschrijving van Lias en het kenbaar maken van het voornemen tot gunning aan Pepperflow);

5.3. veroordeelt Lias in de proceskosten, aan de zijde van de gemeente tot op heden begroot op € 1.434,00, 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 dit vonnis tot de dag van volledige betaling;

5.4. veroordeelt Lias in de proceskosten, aan de zijde van Pepperflow tot op heden begroot op € 1.434,00, 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 dit vonnis tot de dag van volledige betaling;

5.5. veroordeelt Lias in de na dit vonnis ontstane kosten, aan de zijde van de gemeente begroot op € 131,00 aan salaris advocaat, te vermeerderen, onder de voorwaarde dat Lias niet binnen 14 dagen na aanschrijving aan het vonnis heeft voldaan en er vervolgens betekening van de uitspraak heeft plaatsgevonden, met een bedrag van € 68,00 aan salaris advocaat en de exploitkosten van betekening van de uitspraak, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW over de nakosten met ingang van de vijftiende dag na betekening van dit vonnis tot de dag van volledige betaling;

5.6. veroordeelt Lias in de na dit vonnis ontstane kosten, aan de zijde van Pepperflow begroot op € 131,00 aan salaris advocaat, te vermeerderen, onder de voorwaarde dat Lias niet binnen 14 dagen na aanschrijving aan het vonnis heeft voldaan en er vervolgens betekening van de uitspraak heeft plaatsgevonden, met een bedrag van € 68,00 aan salaris advocaat en de exploitkosten van betekening van de uitspraak, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW over

de nakosten met ingang van de vijftiende dag na betekening van dit vonnis tot de dag van volledige betaling;

5.7. verklaart dit vonnis wat betreft de veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;

5.8. compenseert de proceskosten tussen Pepperflow en de gemeente, in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt;

5.9. wijst het meer of anders gevorderde af.

### NOOT

#### Ruis over de communicatiebepaling

De zaak, die aan de voorzieningenrechter van de Rechtbank Oost-Brabant voorlag, zag op een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure van de gemeente Boxmeer. Zij had een inschrijver aanvankelijk uitgesloten omdat zijn inschrijving onvolledig was. Bij mededeling van de uitsluiting is een bezwaartermijn van zeven dagen gegeven. De salesmanager van de inschrijver heeft vervolgens de gemeente en haar (externe) inkooporganisatie gebeld met – in ieder geval – een verzoek om verlenging. Dat verzoek is toegewezen. Na (tijdige) dagvaarding heeft de gemeente aan uitsluiting van de inschrijver mede ten grondslag gelegd dat hij heeft getelefoneerd met de gemeente en hij zich niet (uitsluitend) via de module “vragen en antwoorden” van het aanbestedingsplatform (Negometrix) tot de aanbestedende dienst had gericht. Het aanbestedingsdocument schreef die laatste communicatiewijze voor.

De Bossche voorzieningenrechter volgt de gemeente en oordeelt dat de telefoongesprekken terecht tot uitsluiting leiden. Wij hebben moeite met dat oordeel.

Allereerst neemt het vonnis aan dat de voorgescreven communicatiewijze – via de berichtenmodule – ertoe dient om oneerlijke concurrentie te voorkomen. De inschrijver had dat “zeker als professionele partij” moeten begrijpen.<sup>1</sup> Het is echter maar de vraag of dat inderdaad de bedoeling van de bepaling was. Anders dan het door

<sup>1</sup> Zie rechtsoverweging 4.3.

aanbestedende diensten ook wel gehanteerde verbod van contact *tussen* inschrijvers, volgt dat doel wat ons betreft nog niet uit deze communicatiebepaling.<sup>2</sup> Die kan ook een praktischer reden hebben. Voor aanbestedende diensten kan het namelijk van belang zijn dat vragen en andere berichten over een aanbesteding centraal binnenkomen – met name als de aanbesteding door een (gedeeltelijk) extern inkoopbureau wordt begeleid. Berichten komen dan snel bij de juiste (contact)persoon terecht, zodat men ze niet mist of verkeerd beantwoordt. Een concurrentiebeschermende strekking volgt dus niet zonder meer uit de bepaling en van een uitsluitingsgrond – die ondubbelzinnigheid vereist – is dan (te minder) sprake.<sup>3</sup>

Ook als de aanbestedende dienst de eerlijke concurrentie wel kenbaar voor ogen had, dan nog gaat uitsluiting in deze zaak (ons) te ver. Ten onrechte kent de voorzieningenrechter namelijk geen gewicht toe aan het tijdstip waarop is getelefoneerd: pas na ontvangst van de gunningsbeslissing. De inschrijver *kán* de mededinging dus niet oneigenlijk hebben beïnvloed. De selectie had al plaatsgevonden. Om die reden oordeelde de Groningse voorzieningenrechter dat een overtreding van een contactverbod – dat in die zaak wel “op straffe van uitsluiting” gold – ná voorlopige gunning niet meer tot uitsluiting leidde.<sup>4</sup>

Ook de vermeende inhoud van het telefoongesprek lijkt de eerlijke concurrentie niet te raken. De inschrijver heeft in deze zaak gebeld over verlenging van de (zevendagse) bezwaartermijn en wellicht – op dat punt is namelijk “gedoe” ontstaan – over de oorspronkelijke uitsluiting

van de inschrijving.<sup>5</sup> Het is in de aanbestedingspraktijk niet ongebruikelijk dat inschrijvers nadere mondelinge toelichting op een gunningsbeslissing ontvangen en dat is op zichzelf ook niet bezwaarlijk.

Tot slot dringt zich de parallel met belangenconflicten op. Uit het arrest eVigilo van het Hof van Justitie, en uit artikel 1.10b Aanbestedingswet 2012, volgt dat een aanbestedende dienst die dient “te voorkomen, te onderkennen en te beëindigen”.<sup>6</sup> Uitsluiting is echter pas aan de orde, als sprake is van daadwerkelijke bevoordeling van de inschrijver.<sup>7</sup> Als de inschrijver in de onderhavige zaak door het telefonische contact daadwerkelijk was bevoordeeld, dan was wellicht ruimte voor uitsluiting geweest, maar dat voordeel blijkt nergens uit.

Kortom, wij menen dat een eenvoudige bepaling over de communicatiewijze, zoals hier aan de orde, niet te snel tot uitsluitingsgrond zou moeten worden verheven. Die status heeft de voorzieningenrechter haar in deze uitspraak dus ten onrechte toegekend.

T. van Wijk,  
advocaat bij Dirkzwager

2 Die strekking is in ieder geval niet op “duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze” geformuleerd (HvJ EU 29 april 2004, C-496/99P, ECLI:EU:C:2004:236, *Suchi di Frutta*).

3 HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9233, «JAAN» 2013/6 m.nt. mr. M.J. Mutsaers (*Staat/KPN*), r.o. 3.6.3.-3.6.4.

4 Vزر. Rb. Groningen 2 november 2012, ECLI:NL:RBGRO:2012:BY2168, «JAAN» 2013/28, r.o. 4.2. Vgl. t.a.v. een verbod tot contact tussen inschrijvers: Vزر. Rb. 's-Gravenhove 9 juli 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX2142, «JAAN» 2012/134, r.o. 4.13.

5 Zie rechtsoverweging 4.3.

6 HvJ EU 12 maart 2015, C-538/13, ECLI:EU:C:2015:166, «JAAN» 2015/60 m.nt. mr. E. Verweij, r.o. 43-47.

7 Vزر. Rb. Noord-Nederland 19 maart 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:1360, «JAAN» 2014/105 m.nt. mr. C.H. van Hulsteijn, r.o. 6.4.-6.5. Vزر. Rb. Den Haag 3 december 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:16365, «JAAN» 2015/42, r.o. 4.1. Vزر. Rb. Den Haag 8 november 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:12772, r.o. 5.3.3. Soms wordt ook wel een lagere lat gehanteerd: Vزر. Rb. Amsterdam 1 maart 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:1477, «JAAN» 2015/103, m.nt. mr. C.H. van Hulsteijn (“schijn van belangenverstremgeling”), Vزر. Rb. Gelderland 14 september 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:8310, «JAAN» 2016/77 m.nt. mr. drs. V.C.H.M. Broeders (“groot risico op daadwerkelijke verstoring van de concurrentie”). Een inschrijver dient in ieder geval in de gelegenheid te worden gesteld om aan te tonen dat de mededinging niet is vervalst (HvJ EU 3 maart 2005, C-21/03 en C-34/03, ECLI:EU:C:2005:127, «JAAN» 2007/43, Fabricom).

F.J.J. Cornelissen,  
advocaat bij Dirkzwager