

procedure immers te buiten. Een bodemprocedure is hiervoor de geëigende weg. De slotsom is dan ook dat de vorderingen van eiseres in kort geding niet toewijsbaar zijn.

Conclusie

De voorzieningenrechter wijst het gevorderde af.

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

[eiseres] B.V.,

statutair gevestigd en kantoorhoudende te [plaats], eiseres,

advocaat mr. R.M.E. Geraats te Heerlen,

tegen:

DE STAAT DER NEDERLANDEN (Ministerie van Financiën/Belastingdienst/IUC Belastingdienst), zetelende te Den Haag,

gedaagde,

advocaat mr. T.W. Franssen te Den Haag.

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

Ten aanzien van de geschiktheidseisen waaraan een inschrijver moet voldoen bepaalt paragraaf 3.2.1 van de Inschrijvingsleidraad onder meer:

“3.2.1 Kerncompetenties

Inschrijver beschikt over de volgende kerncompetenties:

Kerncompetentie 1:

De inschrijver heeft ervaring met het leveren, implementeren, beheer/onderhoud van een Wide Area Network (WAN) bestaande uit tenminste 200 verbindingen bij één opdrachtgever, waarbij sprake is van een combinatie van minimaal 100 bedrade koperverbindingen, minimaal 20 glasvezelverbindingen, minimaal 20 draadloze verbindingen gedurende een periode van minimaal 2 jaar.

[...]”

De Waterschappen hebben bij brief van 26 april 2018 aan KPN B.V. (hierna: KPN) medegedeeld dat KPN niet met de laagste prijs heeft ingeschreven en dat de Waterschappen het voornemen hebben de opdracht te gunnen aan Proxsys B.V. (hierna: Proxsys), dat met de laagste prijs heeft ingeschreven. KPN gaat in beroep tegen deze beslissing.

Geschiktheidseis

Eerst aan de orde is de geschiktheidseis van artikel 2.90 lid 2 onder b Aanbestedingswet 2012: technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid. Ter zitting bleek hieromtrent het volgende: Proxsys beschikte reeds over een netwerk, waarop diverse separate MKB-klienten waren aangesloten. Proxsys heeft dit netwerk in één keer omgebouwd tot een - in deze aanbesteding vereist - WAN-netwerk, voor welk netwerk de diverse MKB-klienten zich vervolgens desgewenst konden aanmelden.

Het bezwaar van KPN komt er in wezen op neer dat dit door Proxsys omgebouwde netwerk niet is gerealiseerd in opdracht van een klant en vervolgens aan die klant is geleverd, maar dat dit WAN-netwerk spontaan door Proxsys is gerealiseerd, waarna Proxsys haar reeds bestaande MKB-klienten heeft benaderd of zij aangesloten wilden worden op dit WAN-netwerk. Volgens KPN kan op deze wijze niet worden gesproken van één opdracht, noch van levering aan een klant, zijnde eisen die in de Inschrijvingsleidraad staan. Dit betoog faalt. KPN had, als behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver, moeten begrijpen dat de eis slechts betrekking had op de technische ervaring van de inschrijver en niet zozeer op de wijze waarop de opgedane ervaring contractueel vorm was gegeven. Een inschrijver mag niet snel begrijpen dat een andere inschrijver moet struikelen over

223

Voorzieningenrechter Rechtbank Rotterdam
13 juli 2018, nr. C/10/550661/KG ZA 18-523,
ECLI:NL:RBROT:2018:7960

(mr. De Bruin)

Noot mr. drs. F.J.J. Cornelissen en mr. I. Docter

Vertrouwelijke bedrijfsinformatie. Rechtsbescherming. Geschiktheidseisen. Uitleg geschiktheidseisen. Referentiewerk. Motivering gunningsbeslissing. Laagste prijs.

[Aanbestedingswet 2012 art. 2.90, 2.130]

De Waterschappen Hollandse Delta en Rivierenland (hierna: de Waterschappen) zijn een Europese openbare aanbestedingsprocedure aangevangen voor het aangaan van een overeenkomst voor het leveren, beheren/onderhouden en in stand houden van netwerkverbindingen bestaande uit een Wide Area Network (“WAN”) van circa 600 locaties, een verbinding tussen de datacenters van de Waterschappen, internetverbindingen en nieuwe routers. De door de Waterschappen aan de opdracht gegeven benaming luidt: “WAN-verbinding WSHD - WSRL”

een technische geschiktheidseis om redenen die niets te maken hebben met de technische geschiktheid. Dat zou weinig proportioneel zijn.

Motivering gunningsbeslissing

Tweede punt betreft de motivering van de gunningsbeslissing. Het gaat hier om een aanbesteding met als gunningscriterium de laagste prijs. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter mochten de Waterschappen in hun afwijzingsbrief aan KPN volstaan met de mededeling dat Proxsys had ingeschreven met de laagste prijs. Daarmee is genoegzaam voldaan aan de voorwaarde dat de relevante reden is medegedeeld. De motiveringsplicht gaat niet zover dat de Waterschappen aan KPN haar plaats in de rangorde kenbaar hadden moeten maken. Evenmin gaat de motiveringsplicht zover dat KPN het recht had om te vernemen met welke lagere prijs Proxsys had ingeschreven. Het is (voldoende) relevant om te vernemen dat een andere inschrijver op een aanbesteding met als gunningscriterium de laagste prijs, goedkoper was.

Bovendien staat in de Inschrijvingsleidraad dat bedrijfsvertrouwelijke gegevens niet zullen worden gedeeld met derden, tenzij daartoe gehouden door wettelijk voorschrift. Een wettelijk voorschrift dat verplicht tot het kenbaar maken van de laagste inschrijfprijs bestaat niet. Ook het bepaalde in de Inschrijvingsleidraad verzet zich tegen het kenbaar maken van de laagste prijs, nog daargelaten of ook de bepalingen in de Aanbestedingswet 2012 omtrent bedrijfsgeheimen zich hiertegen verzetten.

De voorzieningenrechter tekent hierbij nog aan dat aannemelijk is dat de inschrijfprijs bedrijfsvertrouwelijke informatie omvat. Proxsys heeft ter zitting verklaard dat er binnenkort een andere, soortgelijke aanbestedingsprocedure als hier in geding zal worden georganiseerd en dat het niet de bedoeling is dat KPN haar inschrijfprijs in die nieuwe aanbesteding kan afstemmen op de prijs waarmee Proxsys op de onderhavige aanbesteding heeft ingeschreven. De voorzieningenrechter onderschrijft dit standpunt.

Het is aan de nationale rechter om te bepalen hoe hij de balans vindt tussen bescherming van vertrouwelijke gegevens en een effectieve rechtsbescherming. Deze balans is in voldoende mate gewaarborgd nu KPN weet dat haar inschrijfprijs hoger was dan die van Proxsys.

Slotsom

De voorzieningenrechter wijst het door KPN gevorderde af.

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

KPN B.V.,

gevestigd te Rotterdam,

eiseres,

advocaten mr. J.F. van Nouhuys en mr. J. Wesselman te Rotterdam,

tegen

1. de publiekrechtelijke rechtspersoon

WATERSCHAP HOLLANDSE DELTA,

zetelend te Ridderkerk,

2. de publiekrechtelijke rechtspersoon

WATERSCHAP RIVIERENLAND,

zetelend te Tiel,

gedaagden,

advocaat mr. R.G.T. Bleeker te Amsterdam,

en met als interveniërende partij

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

PROXSYS B.V.,

gevestigd te Gorinchem,

advocaat mr. J.H.C.A. Muller te Den Haag.

1 De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding van 16 mei 2018
- de akte tot tussenkomst, subsidiair voeging, van Proxsys
- de overgelegde producties
- de mondelinge behandeling
- de pleitnota van KPN
- de pleitnota van de Waterschappen.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2 De feiten

2.1. De Waterschappen zijn een Europese openbare aanbestedingsprocedure aangevangen voor het aangaan van een overeenkomst voor het leveren, beheren/ onderhouden en in stand houden van netwerkverbindingen bestaande uit een Wide Area Network ("WAN") van circa 600 locaties, een verbinding tussen de datacenters van de Waterschappen, internetverbindingen en nieuwe routers. De door de Waterschappen aan de opdracht gegeven benaming luidt: "WAN-verbinding WSHD - WSRL".

2.2. De opdracht en de beoordelingssystematiek staan beschreven in een Inschrijvingsleidraad, gedateerd 1 februari 2018. Het gunningscriterium is de inschrijving met de laagste prijs. Er zijn vijf Nota's van Inlichtingen gepubliceerd.

2.3. In de Inschrijvingsleidraad staat onder 2.4.1 onder meer:

“9. Commerciële en/of bedrijfsvertrouwelijke gegevens van leveranciers zullen niet worden gedeeld met derden, tenzij daartoe gehouden door een wettelijk voorschrift.”

2.4. Ten aanzien van de geschiktheidseisen waaraan een inschrijver moet voldoen bepaalt paragraaf 3.2.1 van de Inschrijvingsleidraad onder meer:

“3.2.1 Kerncompetenties

Inschrijver beschikt over de volgende kerncompetenties:

Kerncompetentie 1:

De inschrijver heeft ervaring met het leveren, implementeren, beheer/onderhoud van een Wide Area Network (WAN) bestaande uit tenminste 200 verbindingen bij één opdrachtgever, waarbij sprake is van een combinatie van minimaal 100 bedrade koperverbindingen, minimaal 20 glasvezelverbindingen, minimaal 20 draadloze verbindingen gedurende een periode van minimaal 2 jaar.
[..]”

2.5. Bijlage 3 bij de Inschrijvingsleidraad betreft de tevredenheidsverklaring van eerdere opdrachtgevers van een inschrijver. De Inschrijvingsleidraad vermeldt over deze bijlage 3, in paragraaf 3.2.1:

“Inschrijver kan voor het bewijs van de kerncompetenties gebruik maken van bijlage 3.”

2.6. Vraag 28 en het antwoord daarop in de vierde Nota van Inlichtingen luiden:

Vraag 28 (over paragraaf 3.2.1 van de Inschrijvingsleidraad):

“U vraagt een referent met meer dan 200 verbindingen, waarvan minimaal 100*koper, 20 glas* en 20* draadloos. Wij engineeren, beheren voor een groep van MKB klanten 1 netwerk met de genoemde aantallen. Voldoet dit (dan) aan de eis en kunnen dus ook meerdere referenten afgeven over meerdere MKB bedrijven welke technisch gezien 1 zijn.”

Antwoord:

“Voor wat betreft het element ‘één opdrachtgever’ wordt voldaan aan dit element van de kerncompetentie als de groep van MKB klanten als één opdrachtgever is te kwalificeren. De groep MKB klanten is als één opdrachtgever te kwalificeren indien er sprake is van één WAN dat in één implementatiegang is gerealiseerd [..].”

2.7. De Waterschappen hebben bij brief van 26 april 2018 aan KPN medegedeeld dat KPN niet met de laagste prijs heeft ingeschreven en dat de

Waterschappen het voornemen hebben de opdracht te gunnen aan Proxsys, dat met de laagste prijs heeft ingeschreven. Hierbij is aan KPN een termijn van 20 kalenderdagen na verzending van de gunningsbeslissing gegund om een kort geding aanhangig te maken.

2.8. Tussen partijen is nadien gecorrespondeerd over (met name) de vraag of de Waterschappen al dan niet verplicht waren om de prijs waarmee Proxsys had ingeschreven te vermelden in de afwijzingsbrief aan KPN en over de vraag of Proxsys voldoet aan kerncompetentie 3.2.1. Dit heeft niet tot een vergelijk tussen partijen geleid.

3 Het geschil

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

Primair:

- De Waterschappen te verbieden de opdracht te gunnen aan een ander dan KPN, althans te verbieden de opdracht te gunnen aan Proxsys.

Subsidiar:

- De Waterschappen te gebieden de gewraakte gunningsbeslissing in te trekken, de inschrijvingen en in het bijzonder de referenties van de inschrijvers opnieuw te beoordelen met inachtneming van het in dezen te wijzen vonnis en opnieuw een gunningsbeslissing te nemen, althans voor zover de Waterschappen de opdracht nog in de markt wensen te zetten

Primair en subsidiar:

- Waarbij elk gebod en verbod van dit petitum aan de Waterschappen wordt opgelegd op straffe van verbeurte van een direct opeisbare dwangsom van € 1.000.000,-

- de Waterschappen te veroordelen in de kosten van deze procedure, een tegemoetkoming in de door KPN gemaakte kosten van juridische bijstand daaronder begrepen, alsmede de nakosten ten bedrage van € 131,- zonder betekening en van € 199,- met betekening van het in deze zaak te wijzen vonnis (voor zover de voorzieningenrechter van oordeel is dat deze niet in de kostenveroordeling is inbegrepen), met de aantekening dat als niet binnen twee weken na wijzen van het vonnis aan de proceskostenveroordeling is voldaan daarover de wettelijke rente verschuldigd is. KPN stelt daartoe, samengevat, het volgende.

3.2. Proxsys beschikt niet over de vereiste kerncompetentie die betrekking heeft op ervaring met de levering, de implementatie, alsmede het beheer

en onderhoud een WAN, danwel een WAN dat voldoet aan de eisen als gesteld in het kader van de aanbestedingsprocedure.

Bovendien is het voornemen tot gunning onvoldoende door de Waterschappen gemotiveerd.

Het voornemen tot gunning bevat geen vermelding van de inschrijfprijs van Proxsys en is daardoor onvoldoende specifiek en bevat niet op navolgbare wijze de relevante reden(en) voor gunning van de opdracht aan Proxsys. De plaats van KPN in de rangorde van inschrijvers is ook niet aan KPN medegedeeld.

3.3. De Waterschappen voeren verweer.

3.4. Proxsys voert eveneens verweer en Proxsys vordert, samengevat, primair afwijzing van de vorderingen van KPN, gunning van de opdracht aan geen ander dan aan Proxsys en een verbod aan de Waterschappen om bedrijfsvertrouwelijke informatie van Proxsys bekend te maken aan KPN.

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

4 De beoordeling

in het incident

4.1. Ieder die een belang heeft bij een tussen andere partijen aanhangig geding, kan vorderen zich daarin te mogen voegen of daarin te mogen tussenkomen. Het belang van Proxsys, als ondernemer aan wie de Waterschappen voornemens zijn de opdracht te gunnen, is evident. De voorzieningenrechter heeft, partijen gehoord hebbend ter zitting, Proxsys toegestaan te interveniëren in de onderhavige procedure. De overige partijen stemden hiermee overigens ook in.

4.2. Ter zitting bleek dat Proxsys in wezen het zelfde wil als de Waterschappen, namelijk dat de opdracht aan Proxsys wordt verstrekt. Bovendien bleken de Waterschappen niet van plan om (vrijwillig) de inschrijfprijs van Proxsys, of enig ander (gesteld) bedrijfsgeheim van Proxsys, mede te delen aan KPN. Daarom wordt de interventie aangemerkt als een voeging en niet als een tussenkomst. Niet de kwalificatie die de interveniërende partij zelf aan haar processuele hoedanigheid heeft gegeven (voeging of tussenkomst), maar de beoordeling van haar processuele positie door de rechter aan de hand van haar opstelling in het geding is beslissend voor haar processuele hoedanigheid (HR 22 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9067).

4.3. De (extra) proceskosten in het incident worden begroot op nihil, zodat een proceskostenveroordeling in het incident achterwege kan blijven. *in de hoofdzaak*

4.4. Het spoedeisend belang volgt uit de aard der zaak.

4.5. In geding zijn de vragen of voldoende aanneemelijk is dat Proxsys aan de onderhavige referentie-eis voldoet alsmede of de Waterschappen de gunningsbeslissing voldoende hebben gemotiveerd.

4.6. Over de referentie-eis wordt als volgt geoordeeld.

4.7. Bij de beoordeling is van belang dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure in het aanbestedingsbericht of in het bestek moeten worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze, opdat, enerzijds, alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier interpreteren, en, anderzijds, de aanbestedende dienst in staat is om metterdaad na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria welke op de betrokken opdracht van toepassing zijn.

4.8. Het gaat hier om een geschiktheidseis, meer in het bijzonder: de geschiktheidseis van artikel 2.90 lid 2 onder b Aanbestedingswet 2012: technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid. Ter zitting bleek hieromtrent het volgende: Proxsys beschikte reeds over een netwerk, waarop diverse separate MKB-klienten waren aangesloten. Proxsys heeft dit netwerk in één keer omgebouwd tot een - in deze aanbesteding vereist - WAN-netwerk, voor welk netwerk de diverse MKB-klienten zich vervolgens desgewenst konden aanmelden.

4.9. Het bezwaar van KPN komt er in wezen op neer dat dit door Proxsys omgebouwde netwerk niet is gerealiseerd in opdracht van een klant en vervolgens aan die klant is geleverd, maar dat dit WAN-netwerk spontaan door Proxsys is gerealiseerd, waarna Proxsys haar reeds bestaande MKB klienten heeft benaderd of zij aangesloten wilden worden op dit WAN-netwerk. Volgens KPN kan op deze wijze niet worden gesproken van één opdracht, noch van levering aan een klant, zijnde eisen die in de Inschrijvingsleidraad staan. Dit betoog faalt. KPN leest de Inschrijvingsleidraad zonder daarbij het antwoord op vraag 28 van de vierde Nota van Inlichtingen te betrekken. Dat mag KPN niet doen. In het antwoord op vraag 28

staat duidelijk dat (reeds) voldaan wordt aan de geschiktheidseis indien één WAN in één implementatiegang is gerealiseerd. Niet in geding is dat Proxsys aan die voorwaarde heeft voldaan. En dat is voldoende. In het antwoord op vraag 28 staat niet dat er ook nog eens aanvullende eisen gelden ten aanzien van de juridische constructie (contract vooraf of achteraf? één of meer opdrachtgevers?) die de inschrijver heeft gehanteerd bij de realisatie van het referentiewerk. KPN had, als behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver, moeten begrijpen dat de eis slechts betrekking had op de technische ervaring van de inschrijver en niet zozeer op de wijze waarop de opgedane ervaring contractueel vorm was gegeven. Een inschrijver mag niet snel begrijpen dat een andere inschrijver moet struikelen over een technische geschiktheidseis om redenen die niets te maken hebben met de technische geschiktheid. Dat zou weinig proportioneel zijn.

4.10. KPN heeft ter zitting nog gesteld dat de handelwijze van Proxsys (ook) in strijd is met de tekst in de tevredenheidverklaringen (bijlage 3 bij de inschrijving) waarmee een inschrijver *'moet kunnen aantonen dat zij een concrete opdracht heeft uitgevoerd.'* Deze stelling miskent dat volgens de Inschrijvingsleidraad het hanteren van bijlage 3 niet verplicht is zie (rov. 2.6). Bovendien mag KPN ook bijlage 3 niet lezen los van het antwoord op vraag 28 in de vierde Nota van Inlichtingen.

4.11. Over de motivering van de gunningsbeslissing wordt als volgt geoordeeld.

4.12. Ingevolge het hier toepasselijke art. 2.130 lid 1 van de Aanbestedingswet 2012 dient de mededeling van de gunningsbeslissing aan iedere betrokken inschrijver of betrokken gegadigde de relevante redenen te bevatten voor die beslissing. Ingevolge lid 2 van dit artikel wordt voor de toepassing van het eerste lid onder relevante redenen in ieder geval verstaan de kenmerken en relatieve voordelen van de uitgekozen inschrijving alsmede de naam van de begunstigde of de partijen bij de raamovereenkomst.

4.13. Over de reikwijdte van de motiveringsplicht van de aanbestedende dienst heeft het gerechtshof Den Haag op 19 december 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3549, onder meer geoordeeld:

“De Staat heeft er terecht op gewezen dat het hem niet is toegestaan bedrijfsvertrouwelijke informatie van de andere inschrijvers met [appellanten] te delen. [appellanten] hebben ook niet aangege-

ven hoe een nadere toelichting ten aanzien van de scores van de winnende inschrijvers méér informatie had kunnen bevatten dan de scores als zodanig in combinatie met de eigen gegevens, een en ander afgezet tegen de eisen uit het Beschrijvend Document. Anders dan [appellanten] betogen, gaat het vereiste van effectieve rechtsbescherming niet zover dat de Staat [appellanten] in de gelegenheid zou moeten stellen de aan de winnende inschrijvers gegevens scores te controleren. De beoordeling van een inschrijving is immers aan de aanbestedende dienst. Het recht van een afgevoerde inschrijver om een gunningsbeslissing aan te vechten brengt niet mee dat hij (i) kennis neemt van de andere inschrijvingen en (ii) aan de hand daarvan de beoordeling door de aanbestedende dienst controleert.

18. [appellanten] voeren voorts aan dat het voor een doeltreffende rechtsbescherming nodig is dat zij hun plaats in de rangschikking kennen om aldus te kunnen beoordelen of het zinvol is om op te komen tegen de beoordeling van hun inschrijving. Het hof verwerpt dat standpunt. Uit de bijlage bij de gunningsbeslissingen kunnen [appellanten] afleiden wat de score is van de laagst scorende inschrijver die voor het sluiten van een overeenkomst in aanmerking komt. [appellanten] kennen verder de eigen scores en kunnen dus uit de gunningsbeslissingen afleiden welk puntenverschil zij moeten overbruggen om alsnog voor gunning in aanmerking te komen. Daarvoor is niet relevant te weten hoeveel partijen er zitten tussen de laagst scorende winnaar enerzijds en [appellanten] anderzijds.”

4.14. De voorzieningenrechter sluit zich bij dit oordeel aan.

4.15. Het gaat hier om een aanbesteding met als gunningscriterium de laagste prijs. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter mochten de Waterschappen in hun afwijzingsbrief aan KPN volstaan met de mededeling dat Proxsys had ingeschreven met de laagste prijs. Daarmee is genoegzaam voldaan aan de voorwaarde dat de relevante reden is medegedeeld. Het is immers aan KPN zonder meer duidelijk waarom zij niet de winnende inschrijving had. De motiveringsplicht gaat ook niet zover dat de Waterschappen aan KPN haar plaats in de rangorde kenbaar hadden moeten maken. Evenmin gaat de motiveringsplicht zover dat KPN het recht had om te vernemen met welke lagere prijs Proxsys had ingeschreven. Het is (voldoende) relevant om te vernemen dat een

andere inschrijver op een aanbesteding met als gunningscriterium de laagste prijs, goedkoper was.

4.16. Bovendien staat in de Inschrijvingsleidraad (zie rov. 2.4) dat bedrijfsvertrouwelijke gegevens niet zullen worden gedeeld met derden, tenzij daartoe gehouden door wettelijk voorschrift. Een wettelijk voorschrift dat verplicht tot het kenbaar maken van de laagste inschrijfprijs bestaat niet. En een aanbestedende dienst is volgens bestendige jurisprudentie van het Hof van Justitie gehouden om te handelen op de wijze zoals zij zelf van tevoren heeft beschreven in de aanbestedingsstukken. Ook het bepaalde in de Inschrijvingsleidraad verzet zich derhalve tegen het kenbaar maken van de laagste prijs, nog daargelaten of ook de bepalingen in de Aanbestedingswet 2012 omtrent bedrijfsgeheimen zich hiertegen verzetten.

4.17. De voorzieningenrechter tekent hierbij nog aan dat voorshands aannemelijk is dat de inschrijfprijs bedrijfsvertrouwelijke informatie omvat. Proxsys heeft ter zitting verklaard dat er binnenkort een andere, soortgelijke aanbestedingsprocedure als hier in geding zal worden georganiseerd en dat het niet de bedoeling is dat KPN haar inschrijfprijs in die nieuwe aanbesteding kan afstemmen op de prijs waarmee Proxsys op de onderhavige aanbesteding heeft ingeschreven. De voorzieningenrechter onderschrijft dit standpunt.

4.18. Het is aan de nationale rechter om te bepalen hoe hij de balans vindt tussen bescherming van vertrouwelijke gegevens en een effectieve rechtsbescherming (Hof van Justitie 14 februari 2008, ECLI:EU:C:2008:91 inzake Varec S.A.-Belgische Staat). Deze balans is in voldoende mate gewaarborgd nu KPN weet dat haar inschrijfprijs hoger was dan die van Proxsys.

4.19. KPN zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten van de Waterschappen en van Proxsys. Deze kosten worden begroot op:

- zijdens Waterschappen:

€ 1.606,-, zijnde € 980,- aan salaris advocaat (standaard tarief kort geding volgens de Liquidatietarieven) en € 626,- aan griffierecht,

- zijdens Proxsys:

€ 1.606,-, zijnde € 980,- aan salaris advocaat (standaard tarief kort geding volgens de Liquidatietarieven) en € 626,- aan griffierecht, nog te vermeerderen met de gevorderde nakosten en wettelijke rente. De wettelijke rente is toewijsbaar over de periode tot aan algehele voldoening van

de proceskosten. Wettelijke rente is niet toewijsbaar over de nakosten, nu niet van tevoren valt te zeggen wanneer het - voor het recht op wettelijke rente vereiste - verzuim zal intreden bij de nakosten.

5 De beslissing

De voorzieningenrechter

in het incident

5.1. staat Proxsys toe zich te voegen aan de zijde van de Waterschappen,

5.2. wijst het meer of anders gevorderde af,

in de hoofdzaak

5.3. wijst het door KPN gevorderde af,

5.4. veroordeelt KPN in de proceskosten van de Waterschappen, tot heden begroot op € 1.606,-,

5.5. veroordeelt KPN in proceskosten van Proxsys, tot op heden begroot op € 1.606,-, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf twee weken na dagtekening van het vonnis tot aan de dag der algehele voldoening en voorts vermeerderd met € 157,- voor nasalaris zonder betekening, en, in geval betekening van het vonnis plaatsvindt, met € 82,- en de exploitkosten van betekening van het vonnis,

5.6. wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit vonnis is gewezen door mr. P. de Bruin en in het openbaar uitgesproken op 13 juli 2018.

NOOT

Motiveringsplicht: wat blijft er nog van over?

Geen verplichting prijs winnaar en plaats in rangorde bekend te maken

In de hier te bespreken zaak, die voorlag aan de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam, werd door twee waterschappen een opdracht voor het leveren, beheren, onderhouden en in stand houden van netwerkverbindingen gegund op basis van het gunningscriterium laagste prijs. Bij mededeling van de gunningsbeslissing aan KPN bleef de motivering beperkt tot de simpele vaststelling dat KPN niet met de laagste prijs heeft ingeschreven en dat de waterschappen voornemens zijn de opdracht te gunnen aan Proxsys, dat met de laagste prijs heeft ingeschreven.

De voorzieningenrechter oordeelt dat de waterschappen hiermee hebben voldaan aan de op hen rustende motiveringsplicht.¹ Besprekenswertig aan dit oordeel is met name wat de waterschappen in die motivering achterwege mochten laten. Zij hebben op de eerste plaats de door Proxsys geboden prijs verzwegen. Ten tweede hebben zij ook de plaats van de inschrijving van KPN in de rangorde niet medegedeeld. Na enkele algemene opmerkingen over de reikwijdte van de motiveringsplicht gaan wij achtereenvolgens op deze twee elementen in.

Motiveringsplicht

Artikel 2.130 lid 1 Aw 2012 schrijft mededeling voor van “de relevante redenen” voor de gunningsbeslissing. Tot die redenen behoren volgens lid 2 in ieder geval “de kenmerken en relatieve voordelen van de uitgekozen inschrijving”. De wetgever heeft ervoor gekozen de aanbestedende dienst uitdrukkelijk te verplichten *alle* relevante redenen mede te delen en niet te volstaan met een samenvatting daarvan (de minimumnorm van Rechtsbeschermingsrichtlijn 2007/66/EG). Die uitgebreide motiveringsplicht heeft blijkens de parlementaire geschiedenis effectieve rechtsbescherming tot doel: de inschrijver moet voldoende houvast hebben om te kunnen beoordelen of het zinvol is om een juridische procedure te starten.² In zijn bekende arrest *Staat/KPN* heeft de Hoge Raad uitdrukkelijk tegen de achtergrond van dat doel overwogen dat de motivering van de gunningsbeslissing aanstands volledig moet zijn.³

De wetgever licht toe dat het in de rede ligt dat de scores en relatieve positie ten opzichte van de winnaar meegezonden worden als onderbouwing van de gunningsbeslissing.⁴

Verplichting tot bekendmaking prijs?

De voorzieningenrechter overweegt, onder verwijzing naar een recent arrest van het hof Den Haag, dat de waterschappen mochten volstaan met de mededeling dat KPN niet de laagste prijs had geboden.⁵ De absolute hoogte van de prijs van de winnaar is niet (voldoende) relevant en hoeft dus niet bekend te worden gemaakt.⁶ De Rotterdamse voorzieningenrechter wijkt aldus af van de opvatting, die ook wel door voorzieningenrechtters is gehuldigd, dat de prijs van de winnende inschrijving wél tot de (mede te delen) relevante redenen hoort bij toepassing van het laagsteprijs criterium.⁷

Tegen de achtergrond van de effectieve rechtsbescherming, waartoe de motiveringsplicht van artikel 2.130 Aw 2012 strekt, is de “Rotterdamse” redenering wat ons betreft goed te volgen. Wetenschap van de hoogte van de winnende prijs baat de afgewezen inschrijver niet. De prijzen waarmee is ingeschreven kunnen namelijk – evident – niet meer worden gewijzigd terwijl ieder prijsverschil, hoe klein ook, de conclusie rechtvaardigt dat de afgewezen inschrijver niet de laagste prijs heeft. Het heeft daarom voor een inschrijver in het kader van effectieve rechtsbescherming geen zin te weten hoe groot

1 Zie rechtsoverweging 4.15.

2 Zie de MvT bij (art. 6 van) de Wira: Kamerstukken II 2006-07, 32027, nr. 3, p. 7; en bij (art. 2.130 van) de Aw 2012: Kamerstukken II 2009-10, 32440, nr. 3, p. 94. Effectieve rechtsbescherming is een Unierechtelijk beginsel met een wijder toepassingsbereik, zie HvJ EG 13 maart 2007, C-432/05, ECLI:EU:C:2007:163, r.o. 37.

3 HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9233, NJ 2013/48 m.nt. M.R. Mok, «JAAN» 2013/6 m.nt. mr. M.J. Mutsaers (Staat/KPN), r.o. 3.9.2. en 3.10.

4 Kamerstukken II 2008/09, 32027, nr. 3, p. 7 (MvT).

5 Zie r.o. 4.13 van de hier besproken uitspraak en Hof Den Haag 19 december 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3549, «JAAN» 2018/35 m.nt. mr. A.B.B. Gelderman en mr. L.J. Vermeulen, r.o. 17 en 18. Zie (ook) kritisch over dit arrest en zijn gevolgen voor de rechtsbescherming: S. Brackmann, A.H. Klein Hofmeijer & J. Verlinden-Bijlsma, ‘Rechtsbescherming voor inschrijvers: werk aan de winkel voor de (Europese) wetgever!’, *Tender Nieuwsbrief* 2018/2, p. 5.

6 Zie r.o. 4.15.

7 Vzr. Rb. Arnhem 24 november 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BO9051, «JAAN» 2011/66, r.o. 4.16; Vzr. Rb Midden-Nederland 12 juli 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:3625, «JAAN» 2018/198 m.nt. mr. J.W.A. Meesters.

het prijsverschil tussen haar en de winnaar is. Daarbij moet worden bedacht dat de motiveringsplicht volgens vaste rechtspraak niet zover strekt dat een inschrijver moet kunnen controleren of de aanbestedende dienst de prijzen waarmee ingeschreven is correct met elkaar heeft vergeleken. Ook dat lijkt ons juist: een aanbestedende dienst mag er wel op worden vertrouwd dat hij ertoe in staat is om inschrijvers eerlijk te rangschikken op de hoogte van geoffreerde prijzen.

Een en ander laat onverlet dat iedere afgewezen inschrijver een (evident) concurrentiebelang heeft bij kennis van de winnende prijs, maar dat enkele belang wordt door de effectieve rechtsbescherming niet gerechtvaardigd.

Overigens zijn er goed omstandigheden denkbaar waaronder een afgewezen inschrijver wél een rechtsbeschermingsbelang heeft bij kennisname van de winnende prijs en dan zou de hoogte van de winnende prijs dus wél tot de – als uitgangspunt mede te delen – relevante redenen behoren.⁸ Dat belang kan op de eerste plaats aan de orde zijn bij toepassing van het gunningscriterium beste prijs-kwaliteitverhouding (BPKV). Bij dat criterium kan een afgewezen inschrijver alleen met kennis van de winnende prijs bepalen welke verbetering van scores op kwalitatieve criteria hij nodig heeft om de winnaar van zijn troon te stoten. Een gerechtvaardigd belang op kennisname van de winnende prijs doet zich daarnaast voor als in de aanbestedingsstukken is opgenomen dat een inschrijving met irreële prijs of niet-marktconforme prijs wordt uitgesloten. In dat geval zou een inschrijver er wel belang bij kunnen hebben de prijs van de winnaar te kunnen controleren.⁹

Als de afgewezen inschrijver wél een gerechtvaardigd (rechtsbeschermings)belang heeft bij kennisname van de winnende prijs, dan nog is daarmee niet gegeven dat de aanbestedende dienst die prijs moet (of zelfs: mag) mededelen. Dat belang moet dan namelijk worden afgewogen tegen het belang van de winnaar bij bescherming van zijn bedrijfsvertrouwelijke gegevens, waartoe de prijs vrijwel steeds behoort.¹⁰ Onder omstandigheden moet de effectieve rechtsbescherming voor de bedrijfsvertrouwelijkheid wijken.¹¹

Nu de waterschappen de eerbiediging van de bedrijfsvertrouwelijkheid van gegevens in hun aanbestedingsstuk hadden voorgeschreven, waren zij volgens de Rotterdamse voorzieningenrechter – lees: op grond van het transparantiebeginsel – gehouden om de winnende prijs in navolging van dat voorschrift geheim te houden. Ook om die reden, aldus de voorzieningenrechter hier ten overvloede, hoefde de winnende prijs niet te worden medegedeeld.¹²

Plaats in rangorde

Tot zover vinden wij de Rotterdamse uitspraak goed te volgen: bij “laagste prijs” kan de winnende prijs onvermeld blijven omdat hij aan effectieve rechtsbescherming niet bijdraagt én omdat hij (i.c.) bedrijfsvertrouwelijk is.

De voorzieningenrechter gaat echter een (flinke) stap verder door in uitdrukkelijke navolging van het hierboven aangehaalde Haagse arrest te overwegen dat de motiveringsplicht niet zo ver gaat dat de plaats in de rangorde moet worden

⁸ Vزر. Rb. Den Haag 18 oktober 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:12738, «JAAN» 2018/12, r.o. 5.5.

⁹ Bij het ontbreken van een dergelijke bepaling in de aanbestedingsstukken is dat belang er naar onze mening niet, nu de in de Aanbestedingswet opgenomen bepaling over abnormaal lage inschrijvingen (art. 2.116 Aw) slechts ter bescherming van de aanbestedende dienst strekt en een inschrijver daarop geen beroep kan doen. Zie onder meer Vزر. Rb. Overijssel 6 juni 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:3245, «JAAN» 2014/136, r.o. 4.7; Vزر. Rb. 's-Gravenhage 23

december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:15921, «JAAN» 2016/80, m.nt. mr. C.S. Leunissen, r.o. 5.3.

¹⁰ HvJ EU 14 februari 2008, C-450/06, ECLI:EU:C:2008:91 (Varec S.A./Belgische Staat). Zie ook art. 2.57 Aw 2012 en art. 2.138 Aw 2012.

¹¹ Vزر. Rb. Midden-Nederland 15 juli 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5272, «JAAN» 2016/230, r.o. 4.15; Vزر. Rb. Den Haag 18 oktober 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:12738, «JAAN» 2018/12, r.o. 5.5.

¹² Zie r.o. 4.16 en 4.17.

medegedeeld.¹³ Het hof gaat ervan uit dat inschrijvers genoeg hebben aan de winnende score en de eigen score, zodat zij weten welk puntenaantal overbrugd dient te worden. Met die algemeen geformuleerde overweging miskent het hof naar ons idee echter dat een bezwaar tegen een gunningsbeslissing niet altijd – vaak zelfs niet – ziet op de puntentaallen maar is gericht tegen de deelname van de winnaar. Het bezwaar komt er dan op neer dat de winnaar had moeten worden uitgesloten door toepasselijkheid van een uitsluitingsgrond of op wegens het niet voldoen aan een geschiktheids-eis, of dat hij een ongeldige inschrijving zou hebben ingediend. Of een juridische procedure tegen de gunningsbeslissing in dat geval “zinvol” is, kan een afgewezen inschrijver alleen aan de hand van de plaats in de rangorde bepalen. In de regel zal alleen de “nummer twee” belang hebben om met een dergelijk bezwaar naar de voorzieningenrechter te stappen.¹⁴

Afgewezen inschrijvers die hun plaats in de rangorde niet kennen, zullen in een dergelijk geval niet tot een kort geding bereid zijn. De situatie ontstaat dan dat evidente fouten van de aanbestedende dienst – neem: hij laat een inschrijving ná het verstrijken van de inschrijftermijn toe – onbestraft blijven. Geen afgewezen inschrijver zal in de regel een kort geding voor zijn rekening willen nemen, wetende dat hij waarschijnlijk de kastanjes uit het vuur haalt voor een concurrent. Sterker nog, hij loopt het risico dat de aanbestedende dienst een aanhan-

gig kort geding – en na verloop van de gebruikelijke vervalttermijn van 20 dagen – alsnog torpedeert met de mededeling dat de eiser een te lage plaats in de rangorde bekleedt.

Die situatie lijkt ons ongewenst en (te zeer) indruisen tegen de effectieve rechtsbescherming. Zonder mededeling van de positie in de rangorde ontbreekt de vereiste “voldoende houvast” voor een inschrijver om de merites van een juridische procedure in te schatten. Anders dan het geval kan zijn bij mededeling van prijzen, wordt inperking van rechtsbescherming op dit punt niet gerechtvaardigd door de bescherming van bedrijfsvertrouwelijke informatie. De positie in de rangorde zegt immers niets inhoudelijks of te weinig over de inschrijvingen van anderen.

Conclusie en vuistregels voor de praktijk

Waar de Rotterdamse voorzieningenrechter oordeelt dat de motiveringsplicht bij “laagste prijs” als uitgangspunt geen inzage in de winnende prijs vereist, volgen wij hem. Die informatie dient geen gerechtvaardigd belang van de afgewezen inschrijver of is bedrijfsvertrouwelijk. Bij toepassing van het laagsteprijscriterium hoeven aanbestedende diensten dus in ieder geval de winnende prijs als uitgangspunt niet mede te delen.

In navolging van het Hof Den Haag oordeelt de voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam daarnaast dat ook de plaats in de rangorde niet hoeft te worden medegedeeld. Dat gaat (ons) te ver. Daarmee wordt immers te zeer afbreuk gedaan aan de effectieve rechtsbescherming waartoe de motiveringsplicht dient. Aanbestedende diensten zouden naar wij menen dus de verleiding moeten weerstaan om de plaats in de rangorde van de afgewezen inschrijver te verzwijgen.

F.J.J. Cornelissen,
advocaat bij Dirkzwager

I. Docter,
advocaat bij Dirkzwager

¹³ Zie r.o. 4.13 tot en met 4.15. Hof Den Haag 19 december 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3549, «JAAN» 2018/35 m.nt. mr. A.B.B. Gelderman en mr. L.J. Vermeulen, r.o. 18.

¹⁴ V.zr. Rb. Den Haag 1 februari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:1199, «JAAN» 2017/85, r.o. 5.4. Bij een aanbesteding met meer winnaars – zoals een raamovereenkomst voor meer raamcontractanten – komt het belang bij de eerstvolgende inschrijver te liggen (“nummer vier” komt op tegen gunning aan een van de drie inschrijvers). Uiteraard kan een “nummer drie” in een uitzonderingsgeval ook baat hebben bij bezwaren tegen “één” en “twee” of bij bezwaren tegen “één” of “twee” om bijvoorbeeld aanspraak te maken op een wachtkamerovereenkomst.