

ECLI:NL:RBOVE:2020:4050

Instantie	Rechtbank Overijssel
Datum uitspraak	12-11-2020
Datum publicatie	30-11-2020
Zaaknummer	C/08/255385 / KG ZA 20-222
Rechtsgebieden	Aanbestedingsrecht
Bijzondere kenmerken	Kort geding
Inhoudsindicatie	Aanbestedingsrecht. Door de gemaakte fouten van gedaagde bij de aanbesteding is naar het oordeel van de voorzieningenrechter deze aanbesteding in zijn geheel onrechtmatig geworden. Sprake van schending van fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

—

vonnis

RECHTBANK OVERIJSEL

Team kanton en handelsrecht

Zittingsplaats Almelo

zaaknummer / rolnummer: C/08/255385 / KG ZA 20-222

Vonnis in kort geding van 12 november 2020

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

DPG MEDIA B.V.,

statutair gevestigd en kantoorhoudende te Amsterdam,

eiseres,
advocaten mrs. Tj.P. Grünbauer en C.J. van Dijk te Ede Gld,

tegen

de publiekrechtelijke rechtspersoon
GEMEENTE RIJSSEN-HOLTEN,
gevestigd en kantoorhoudende te Rijssen,
gedaagde,
advocaat mr. A.E. Broesterhuizen te Deventer.

Partijen zullen hierna DPG en de gemeente genoemd worden.

1 De procedure

- 1.1. DPG heeft in kort geding gesteld en gevorderd zoals staat te lezen in de op 13 oktober 2020 uitgebrachte dagvaarding. DPG heeft 29 producties in het geding gebracht. De behandeling ter terechtzitting heeft plaatsgevonden op 4 november 2020. Bij die gelegenheid zijn verschenen:
 - namens DPG mevrouw [A] en de heer [B] , bijgestaan door de mrs. Tj. P. Grünbauer en C.J. van Dijk,
 - namens de gemeente Rijssen-Holten mevrouw [X] en mevrouw [Y] , bijgestaan door mr. A.E. Broesterhuizen.
- 1.2. Meteen na aanvang van de zitting heeft DPG te kennen gegeven dat de door haar bij vooraf toegestuurde akte geformuleerde vermeerdering van eis ter zitting niet zal worden genomen, doch dat enkel het oorspronkelijke petitum enigszins zal worden aangepast (zie hierna onder 3.1).
- 1.3. Partijen hebben vervolgens hun standpunten toegelicht met behulp van reeds voor de zitting toegezonden pleitaantekeningen. Na verder debat is vonnis gevraagd, waarvan de uitspraak is bepaald op 18 november 2020 dan wel eerder in het geval het vonnis eerder gereed is.
- 1.4. Vervolgens is op heden uitspraak gedaan.

2 De feiten

- 2.1. De gemeente Rijssen-Holten heeft een per 19 mei 2020 gestarte meervoudige onderhandse aanbestedingsprocedure georganiseerd voor de publicatie van gemeentelijke informatie in een plaatselijk huis-aan-huis-blad. In dat kader heeft de gemeente een uniform Europees aanbestedingsdocument, een inschrijfformulier van 3 pagina's, een programma van eisen en een beoordelingsformulier gehanteerd.
- 2.2. Naar aanleiding van door diverse gegadigden gestelde vragen is op 2 juni 2020 een nota van inlichtingen verschenen naar aanleiding waarvan het programma van eisen is aangepast. Nadien is op 17 juni 2020 nog een tweede nota van inlichtingen verzonden.

- 2.3. DPG heeft meegedaan in deze aanbestedingsprocedure en heeft op 23 juni 2020 haar inschrijving ingediend.
- 2.4. Bij e-mail van 30 juni 2020 heeft de gemeente DPG laten weten: *'Uw inschrijving komt in aanmerking voor de opdracht en wij gunnen deze opdracht definitief aan u'.*
Als bijlage heeft de gemeente het proces-verbaal van gunning meegezonden.
- 2.5. Op 7 juli 2020 heeft de gemeente naar aanleiding van een ingediende klacht over de juistheid van de inschrijving van DPG per e-mail bij DPG om opheldering gevraagd over de toelichting die DPG op het inschrijfformulier heeft gegeven bij punt 7e van het programma van eisen, dat ziet op het beschikbaar hebben van een app voor AR/VR. De gemeente schrijft: *'Wij maken daarbij op dat u in het inschrijfformulier de kolom 'ja' heeft ingevuld bij 'Krant heeft app voor AR/VR' (...) met een verwijzing naar uw toelichtende document met betrekking tot punt 7e (...). Uit dat toelichtende document maken wij – nu, bij herbesteding – op dat u met zoveel woorden aangeeft dat u op dit moment géén app voor AR/VR gebruiksklaar heeft, maar die app nog moet ontwikkelen.'*
- 2.6. In reactie hierop laat DPG op 8 juli 2020 weten niet het woord 'ja' te hebben ingevuld in het programma van eisen, maar een verwijzing te hebben gegeven naar de toelichting.
- 2.7. Bij e-mail van 9 juli 2020 laat de gemeente weten: *'In dit gesprek heb ik u meegedeeld dat wij in de aanbestedingsprocedure hebben geconstateerd dat er zaken niet in orde zijn. Dit is voor de gemeente reden om de pagina in week 29 te publiceren in twee kranten, namelijk RijssenHoltens Nieuwsblad (op dinsdag 14 juli) en Hart van Rijssen-Holtens (op vrijdag 17 juli).*
Op dinsdag 14 juli vergadert het college van burgemeester en wethouders over deze aanbesteding. Op basis van de uitkomst van deze vergadering neem ik met u en de overige betrokkenen contact op'.
- 2.8. Nadat partijen meerdere keren telefonisch dan wel per e-mail contact met elkaar hebben gehad deelt de gemeente DPG bij brief van 30 juli 2020 mee:
'In de meervoudige onderhandse aanbesteding 'Contract plaatsen gemeentelijke informatiepagina's in huis-aan-huiskrant (raamovereenkomst)' zijn zoals eerder aangegeven onjuistheden geconstateerd. (...)
In de mail van 17 juli jl wordt door uw collega (...) bevestigd dat DPG media akkoord is met het feit dat RijssenHoltens Nieuwsblad uit komt op de woensdag en Hart van Rijssen op de vrijdag onder voorbehoud dat op korte termijn inzicht gegeven wordt in de overeenkomst.
Bij deze bevestigen wij dat de overeenkomst bestaat uit de nota van inlichtingen II en het programma van eisen per ingang van 8 juli 2020. Een apart document om een overeenkomst vast te leggen is daardoor overbodig geworden. DPG media heeft de opdracht geaccepteerd. DPG media voert deze uit in opdracht van de gemeente Rijssen-Holtens.
Wij beraden ons op dit moment over de ontwikkelingen in de periode van de aanbesteding. Uiterlijk op 1 september a.s. geven wij u meer duidelijkheid over de eerder gestelde vragen en onduidelijkheden'.
- 2.9. Bij brief van 11 augustus 2020 schetst de door DPG ingeschakelde raadsman de visie van DPG op de gang van zaken rond de aanbesteding en wordt de gemeente nogmaals om een reactie gevraagd.
- 2.10. Op 28 augustus 2020 deelt de gemeente DPG mee:
'(...) In de meervoudige onderhandse aanbesteding 'Contract plaatsen gemeentelijke informatiepagina's in huis-aan-huiskrant (raamovereenkomst)' zijn zoals eerder aangegeven, onjuistheden geconstateerd. Dit betreuren wij zeer, en heeft ons doen besluiten om de gemaakte fouten te corrigeren, en wel door deze aanbesteding opnieuw uit te voeren. Om die reden zullen wij de huidige raamovereenkomst met u opzeggen.
Wij streven ernaar om per 1 december 2020 een nieuwe aanbestedingsprocedure te hebben afgerond.

Bij deze zeggen wij de overeenkomst bestaande uit de nota van inlichtingen II en het programma van eisen per ingang van 8 juli 2020 met ingang van 1 december 2020 op. (...)

- 2.11. DPG laat de gemeente op 2 september 2020 via haar raadsman weten dat de opzegging van de overeenkomst geen grondslag vindt in de overeenkomst of de wet en dat DPG de opzegging niet accepteert. DPG geeft aan bij deze stand van zaken te overwegen de gemeente in kort geding te betrekken en roept - in een poging het geschil buiten rechte op te lossen - de gemeente op om in overleg te treden en in onderling overleg tot overeenstemming te komen.
- 2.12. Op 2 oktober 2020 heeft DPG de gemeente nog een laatste keer gesommeerd om de overeenkomst na te blijven komen en de opdracht niet (tevens) te gunnen aan andere partijen. Nadat de gemeente via haar raadsman had laten weten aan die sommatie geen gehoor te zullen geven, heeft DPG dit kort geding aanhangig gemaakt.
- 2.13. Bij monde van haar raadsman heeft de gemeente DPG bij brief van 21 oktober 2020 meegedeeld dat er op twee punten sprake is van een wezenlijke wijziging van de opdracht en dat zij reeds daarom verplicht was de opdrachten aan DPG en aan DWF te beëindigen en opnieuw aan te besteden. De gemeente erkent dat zij een reeks van ongelukkige beslissingen heeft genomen die de gunning van de opdracht onrechtmatig maken, zowel jegens DPG, DWF als jegens derden. De gemeente heeft aangeboden om de proceskosten van DPG te betalen als zij naar aanleiding van de brief het kort geding intrekt.
- 2.14. DPG heeft dat aanbod niet geaccepteerd.

3 Het geschil

- 3.1. DPG vordert samengevat - om de gemeente bij vonnis, voor zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

I. te bevelen de opdrachtverlening ter zake het plaatsen van de gemeenteberichten in een weekblad van andere partijen dan DPG te staken en gestaakt te houden, c.q. feitelijk op basis van een overeenkomst geen informatie meer aan te leveren aan andere partijen dan DPG, zodat plaatsing van de gemeente-berichten slechts nog kan plaatsvinden in het weekblad van DPG,

II. te bevelen met onmiddellijke ingang, althans een in goede justitie te bepalen termijn, de opzegging van 28 augustus 2020 in te trekken, althans om te bevelen de overeenkomst met DPG op ongewijzigde condities voor te (blijven) zetten totdat deze rechtsgeldig door tijdsverloop of om andere redenen dan die voorwerp zijn van dit geding is geëindigd,

III. te verbieden de aanbestede opdracht opnieuw aan te besteden tot het moment waarop deze opdracht rechtsgeldig is geëindigd,

IV. te veroordelen in de kosten van dit geding,

V. te veroordelen in de nakosten,

VI. zonodig te verhogen met de wettelijke rente over de onder IV. en V. genoemde kosten.

- 3.2. De gemeente voert verweer.

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

4 De beoordeling

4.1. Het spoedeisend belang is, zoals door DPG onweersproken is gesteld, gelegen in het feit dat de gemeente de opdracht aan DPG heeft opgezegd en van plan is de opdracht opnieuw aan te besteden tegen 1 december 2020. De voorzieningenrechter zal dan ook overgaan tot de inhoudelijke behandeling van het geschil over de vraag of - kort gezegd - bovengenoemde opzegging door de gemeente van het door partijen overeengekomene in rechte steek houdt.

4.2. Ter zitting heeft de gemeente erkend de volgende – naar eigen zeggen: kardinale -fouten te hebben gemaakt in/bij/na deze aanbestedingsprocedure:

1. de gemeente heeft zowel bij het gunnen van de opdracht aan DPG als bij het tevens gunnen van de opdracht aan DWF aan de overige inschrijvers geen Alcatel-termijn geboden en hen dus geen mogelijkheid gegeven om tegen de gunningsbeslissing op te komen;

2. de gemeente heeft de inschrijvingen meerdere keren fout beoordeeld. Eerst heeft de gemeente geoordeeld dat DPG een VR/AR-app had, om vervolgens te concluderen dat deze ontbrak. Daarnaast heeft de gemeente eerst geoordeeld dat DWF een eigen bezorgservice had, om vervolgens te concluderen dat dat helemaal niet het geval was;

3. de gemeente heeft de opdracht wezenlijk gewijzigd. In strijd met de (eisen en voorwaarden van de) aanbestede opdracht heeft de gemeente:

- (i) DWF toegestaan de gemeenteberichten te publiceren op vrijdag in plaats van woensdag,
- (ii) de opdracht gegund aan twee partijen, in plaats van één;

4. de gemeente heeft onduidelijke en verwarrende gunningscriteria gehanteerd en heeft daarmee gehandeld in strijd met het transparantiebeginsel:

a. criterium 5b: de beschrijving van de klachtenprocedure. Deze procedure zou ook op inhoud worden beoordeeld. Juist op het punt van de inhoudelijke beoordeling deugt het criterium niet. De gemeente heeft wel aangegeven dat er van 0 tot 8 kan worden gescoord, maar wanneer welke score kon worden behaald is niet duidelijk gemaakt, zelfs niet eens globaal of enigszins beperkt.

b. criterium 7g: de VR/AR-app. Op dit punt is veel onduidelijkheid ontstaan. Onduidelijk is:

- vanaf wanneer de app beschikbaar moest zijn,
- de gewenste functionaliteit,
- hoe tot de score (van 0 tot 6) wordt gekomen.

4.3. DPG onderschrijft dat de gemeente fouten heeft gemaakt. Anders dan de gemeente is DPG van mening dat de aanbestedingsprocedure zelf niet ondeugdelijk was opgezet, maar dat de aanbesteding slechts ondeugdelijk is beoordeeld. Volgens DPG is sprake van een op zich deugdelijke, rechtmatige aanbesteding en een rechtmatige gunning. Opzegging van een (aanbestedings)opdracht kan onder omstandigheden naar redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn. De drempel om daartoe te concluderen ligt hoog, maar wordt in dit geval volgens DPG wel genomen. De gemeente gebruikt haar eigen fouten en nalatigheid als argument om de opzegging van de overeenkomst met DPG te rechtvaardigen. DPG stelt onder verwijzing naar het nemo auditur suam turpitudinem allegans-beginsel dat de opzegging in rechte geen stand zal kunnen houden. Er zijn geen zwaarwegende gronden om de overeenkomst met DPG op te zeggen en dus is sprake van willekeur als de gemeente desondanks toch opzegt. DPG is van mening dat de gemeente misbruik van bevoegdheid maakt en het gerechtvaardigd vertrouwen van DPG schendt door op deze wijze te proberen haar eigen fouten weg te poetsen, terwijl DPG niet inhoudelijk is tekortgeschoten. Het uitschrijven van een nieuwe aanbestedingsprocedure is niet proportioneel, omdat een minder vergaande oplossing mogelijk is, namelijk het voortzetten

van de overeenkomst met DPG door het nemen van een nieuw gunningsbesluit en het opzeggen van de overeenkomst met DWF. Een nieuwe aanbesteding kan dan ook niet aan de orde zijn, aldus DPG.

4.4. De voorzieningenrechter overweegt als volgt.

Ingevolge artikel 1.14 (van afdeling 1.2.4 *Uitgangspunten bij de meervoudig onderhandse procedure*) van de Aanbestedingswet 2012 (Aw) gelden de bepalingen in deze afdeling voor aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven waarop de artikelen 1.7 en 1.11 niet van toepassing zijn en die, voordat zij een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel sluiten tot het verrichten van werken, leveringen of diensten, met betrekking tot die overeenkomst twee of meer ondernemers uitnodigen om een inschrijving in te dienen.

4.5. Tussen partijen is niet in geschil dat sprake is van een meervoudig onderhandse aanbesteding. Gelet op het bepaalde in artikel 1.14 Aw zijn op een dergelijke aanbesteding de artikelen 1.15 en 1.16 Aw van toepassing. Ingevolge artikel 1.15 Aw behandelt een aanbestedende dienst de inschrijvers op gelijke wijze. *Ingevolge artikel 1.16 Aw stelt een aanbestedende dienst bij de voorbereiding en het tot stand brengen van een overeenkomst uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijvers en de inschrijvingen die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.*

4.6. De gemeente is als aanbestedende dienst verder onderworpen aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de werking van de redelijkheid en billijkheid in precontractuele verhoudingen. In dat kader dient zij ook het transparantiebeginsel jegens de inschrijvers in acht te nemen.

4.7. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter brengt het gelijkheidsbeginsel en de precontractuele goede trouw mee dat de gemeente gehouden is inschrijvers een redelijke gelegenheid tot een effectieve rechtsbescherming te bieden. Zonder de mogelijkheid om het gunningsvoornemen van de aanbestedende dienst te laten heroverwegen door de aanbestedende dienst zelf dan wel te laten toetsen door de rechter, zijn de beginselen waaraan een aanbestedende dienst zich bij het volgen van een aanbestedingsprocedure (de beginselen ingevolge de Aanbestedingswet, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en/of de beginselen van de precontractuele goede trouw) dient te houden, illusoir.

4.8. Gebleken is dat de gemeente heeft nagelaten een voorgenomen aanbestedingsbesluit te nemen, maar dat zij op 30 juni 2020, zonder het in acht nemen van een Alcatel-termijn, gelijk is overgegaan tot het definitief verstrekken van de opdracht aan DPG. Door deze handelwijze heeft de gemeente een effectieve rechtsbescherming van anderen dan DPG in feite onmogelijk gemaakt en gehandeld in strijd met het gelijkheids- en zorgvuldigheidsbeginsel die zij als aanbestedende dienst in acht heeft te nemen. Reeds op deze grond is van een rechtmatige gunning geen sprake en is het gunningsbesluit vernietigbaar.

4.9. Nadat één van de partijen aan wie de opdracht niet was gegund zich bij de gemeente over de gunningscriteria had beklaagd heeft de gemeente naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter uiteindelijk terecht geconstateerd dat de gunningscriteria met betrekking tot de klachtenprocedure en de VRAR/-app onduidelijk en verwarrend waren, en wel op de wijze zoals beschreven onder rechtsoverweging 4.2 sub 4. De visie van de door DPG geraadpleegde aanbestedingsdeskundige, dat zij begrijpt waarop zij inschrijft, dat de puntentelling duidelijk is, en dat - hoewel summier weergegeven - duidelijk is wat de gemeente wil, leidt de voorzieningenrechter niet tot een ander oordeel.

4.10. De gemeente heeft de door haar gemaakte fouten in de beoordeling van de inschrijvingen proberen te herstellen door DFW, de partij die in haar ogen de dupe was geworden die fouten,

naast DPG de opdracht te gunnen. Daarmee heeft de gemeente echter de opdracht wezenlijk gewijzigd, zoals beschreven onder punt 3 van rechtsoverweging 4.2. Ook bij de gunning aan DWF is weer geen Alcatel-termijn in acht genomen.

- 4.11. De stapeling van de door de gemeente gemaakte fouten, die zeker niet enkel betrekking hebben op de beoordelingsfase, maar die voor een belangrijk deel de aanbestedingsprocedure zelf raken, maken naar het voorshandse oordeel van de voorzieningenrechter dat deze aanbesteding in zijn geheel onrechtmatig is geworden. De gemeente heeft door haar handelen en/of nalaten diverse beginselen van het aanbestedingsrecht dan wel algemene beginselen van behoorlijk bestuur geschonden.
- 4.12. Als algemeen aanvaard heeft te gelden dat wanneer aan een aanbestedingsprocedure ernstige gebreken kleven in de zin dat fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht zijn geschonden, ervan moet worden uitgegaan dat een aanbestedende dienst juist met het oog op het algemeen belang van een aanbesteding waarbij de beginselen van het aanbestedingsrecht - in het bijzonder het transparantie- en gelijkheidsbeginsel - in acht moeten worden genomen, zonder meer gerechtigd is de aanbesteding te staken en tot heraanbesteding van dezelfde opdracht over te gaan. Die situatie doet zich hier voor. Dat de gemeente bevoegd was tot heraanbesteding van de opdracht, impliceert dat de gemeente in beginsel tevens bevoegd was de oorspronkelijk in het kader van de aanbesteding verstrekte opdrachten (aan DPG en DWF) te beëindigen door opzegging per 1 december 2020.
- 4.13. Dat, zoals DPG stelt, de redelijkheid en billijkheid aan het gebruikmaken van die opzegbevoegdheid in de weg staan, volgt de voorzieningenrechter niet. Daarbij neemt de voorzieningenrechter in aanmerking dat de overeenkomst van partijen moet worden gekwalificeerd als een overeenkomst van opdracht in de zin van artikel 7:400 Burgerlijk Wetboek (BW). Dit betekent dat in het midden kan blijven of de algemene inkoopvoorwaarden van de gemeente wel aan DPG zijn overhandigd en of artikel 24 van die inkoopvoorwaarden van toepassing zijn en deel uitmaken van de overeenkomst tussen partijen. De wet bepaalt immers dat een overeenkomst van opdracht tussentijds door de opdrachtgever - in casu de gemeente - kan worden beëindigd door opzegging, waarbij een redelijke opzegtermijn in acht moet worden genomen. Artikel 7:408 BW luidt immers als volgt: "1. *De opdrachtgever kan te allen tijde de overeenkomst opzeggen.*".
- Dit laatste met dien verstande dat commerciële partijen - waarvan hier sprake is - kunnen afspreken die mogelijkheid uit te sluiten (zie artikel 7:413 lid 2 Burgerlijk Wetboek). In casu is naar het oordeel van de voorzieningenrechter niet in de op schrift vastgelegde afspraken te lezen dat partijen een dergelijke uitsluiting van de mogelijkheid van tussentijdse beëindiging zijn overeengekomen.
- 4.14. Ook als de wet, zoals in dit geval in artikel 7:408 BW in een regeling van de opzegging voorziet, kunnen de eisen van redelijkheid en billijkheid in verband met de aard en inhoud van de overeenkomst en de omstandigheden van het geval op grond van artikel 6:248 lid 1 BW meebrengen dat opzegging slechts mogelijk is indien een voldoende zwaarwegende grond voor de opzegging bestaat (onder meer HR 29 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1280). Daarnaast kan een beroep op een uit de wet of een overeenkomst voortvloeiende bevoegdheid om de overeenkomst op te zeggen op grond van art. 6:248 lid 2 BW onder omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn (onder meer HR 2 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:141, NJ 2018/98).
- 4.15. Met haar stelling dat de redelijkheid en billijkheid aan het tussentijds opzeggen van de opdracht in de weg staat, miskent DPG naar het oordeel van de voorzieningenrechter dat - zoals hiervoor reeds is overwogen - de aanbestedingsprocedure zelf gebrekkig was, zodat er geen rechtmatige gunning is geweest. Daaruit volgt reeds dat de oplossing die DPG voor ogen heeft, te weten herstel van de fouten door het (enkel) nemen van een nieuw gunningsbesluit waarbij de opdracht

aan DPG wordt verstrekt niet mogelijk is. Anders dan DPG stelt is de uitkomst van de aanbesteding immers niet op voorhand duidelijk, omdat zich tijdens de Alcatel-termijn partijen hadden kunnen melden met argumenten die hadden geleid tot een andere gunningsbeslissing. Dat dit scenario aannemelijk is blijkt reeds uit het feit dat DWF zich tot de gemeente heeft gewend met opmerkingen over de gang van zaken tijdens de aanbestedingsprocedure, ook zonder dat een Alcatel-termijn is gegeven en dat de gemeente uiteindelijk ook DWF de opdracht heeft gegund. Daarbij is de opdracht op twee punten wezenlijk gewijzigd, onder meer op het punt van de dag waarop de gemeenteberichten gepubliceerd konden worden. Als deze wijziging van meet af aan bekend was geweest hadden misschien behalve DPG en DWF ook andere partijen op de aanbesteding ingeschreven. Omdat ook belangen van derden betrokken zijn, die niet op een andere wijze gewogen kunnen worden dan in een nieuwe aanbestedingsprocedure, heeft de gemeente naar het oordeel van de voorzieningenrechter aanleiding mogen zien om de opdracht met DPG (en DWF) tussentijds op te zeggen, met als doel de weg vrij te maken voor een nieuw te starten aanbestedingsprocedure. Daarbij heeft de gemeente door het inachtnemen van een opzegtermijn van drie maanden bij een opdracht met een looptijd van twee jaren een redelijke termijn in acht genomen en daarmee voldoende waarde gehecht aan de belangen van DPG bij de voor haar lucratieve de overeenkomst met de gemeente. In dat verband acht de voorzieningenrechter van belang dat de gemeenteberichten op basis van de overeenkomst niet eenmalig gepubliceerd/gepresteerd moeten worden, maar dat sprake was van wekelijkse prestaties in de vorm van wekelijkse publicatie van de gemeenteberichten. DPG laat aldus beschouwd dan ook geen winst liggen bij de voortijdige opzegging van de opdracht.

- 4.16. DPG heeft zich er nog op beroepen dat het de gemeente niet vrij staat om een aanbestedingsopdracht in te trekken, omdat de oorzaak daarvan slechts ligt bij de gemeente zelf als aanbestedende dienst. DPG verwijst daarbij naar het beginsel 'nemo auditur suam turpitudinem allegans'. Nu dit beginsel in het Nederlandse recht geen gelding heeft, mocht de gemeente haar eigen falen meenemen in de beoordeling of die fouten zouden moeten leiden tot opzegging van de overeenkomst van opdracht met DPG (en met DWF). Dat van de zijde van DPG geen fouten zijn gemaakt, maar dat deze enkel zijn gemaakt door de gemeente, maakt niet dat daardoor in dit geval de (hoge) drempel voor een geslaagd beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid is genomen. De gemeente heeft bij haar afweging die heeft geleid tot haar beslissing om de opdracht in te trekken en een nieuwe aanbesteding uit te schrijven, doorslaggevende betekenis mogen toekennen aan het feit dat de situatie weliswaar is ontstaan door een reeks fouten aan haar zijde, maar dat die zich niet op een andere wijze laat herstellen dan de gemeente nu voor ogen heeft. Dat is ook waar het vergelijk dat DPG maakt met de zaak die speelde bij de rechtbank Noord-Nederland (ECLI:NL:RBNNE:2014:5503) mank gaat. Ook in die situatie was weliswaar sprake van een overheidsorgaan dat meerdere fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht dan wel beginselen van behoorlijk bestuur had geschonden, maar daar bestond wel de mogelijkheid om de fouten anders op te lossen, namelijk met het betalen van schadevergoeding. Een dergelijke bevoorschottingvordering is in het nu voorliggende kort geding niet ingesteld. Bovendien lagen de omstandigheden in die zaak ook anders. In de Noord-Nederlandse zaak was sprake van een opdracht die al voltooid was, terwijl DPG wekelijks moet presteren en een groot deel van de termijn waarvoor de opdracht is verstrekt nog in de toekomst ligt. Daarnaast was in die zaak kennelijk sprake van een situatie waarin de partij aan wie de opdracht niet verleend is, de opdracht wel in dezelfde aanbestedingsprocedure rechtmatig gegund had kunnen worden. Ook op dat punt wijkt de Noord-Nederlandse zaak af van de onderhavige. Nu de door de gemeente gekozen oplossing de enige oplossing is, is deze eveneens proportioneel.
- 4.17. DPG beroept zich er nog op dat de gemeente met de opzegging van de opdracht en de nieuwe aanbesteding misbruik maakt van bevoegdheid en dat haar handelen als willekeur moet worden bestempeld. De voorzieningenrechter is van oordeel dat van schending van deze of andere beginselen van behoorlijk bestuur geen sprake is en dat daarvan juist sprake zou zijn als de gemeente een aanbesteding als de onderhavige die in strijd met de fundamentele regels van het aanbestedingsrecht tot stand is gekomen, in stand zou laten.

- 4.18. Indien en voor zover DPG meent dat de opdracht was verleend voor twee jaren en dat zij geen rekening heeft hoeven houden met een tussentijdse opzegging, heeft DPG de in de wet geregelde en contractueel niet uitgesloten verregaande opzegbevoegdheid van de opdrachtgever uit het oog verloren.
- 4.19. Het voorgaande leidt tot de slotsom dat alle vorderingen van DPG zullen worden afgewezen.
- 4.20. DPG stelt zich op het standpunt dat zij de gemeente meerdere keren heeft gevraagd om te reageren op de door DPG met betrekking tot de gang van zaken rond de aanbesteding ingenomen standpunten. De gemeente heeft steeds nagelaten te reageren en heeft pas 24 uren voor de zitting verweer gevoerd en dit zou er in de visie van DPG toe moeten leiden dat de gemeente moet worden veroordeeld in de proceskosten.
- 4.21. De voorzieningenrechter ziet geen aanleiding deze eis in te willigen. De gemeente heeft weliswaar laat, te weten pas bij brief van 21 oktober 2020, dus na het aanhangig maken van dit kort geding, haar standpunten kenbaar gemaakt. Toch is het voeren van verweer twee weken voor de geplande behandeling van het kort geding in een dergelijke spoedprocedure juist weer ongebruikelijk vroeg. DPG is dus niet benadeeld in de mogelijkheid om (nader) stelling te nemen. Bovendien heeft de gemeente in de brief van 21 oktober 2020 ruimhartig haar fouten erkend en aangeboden om de proceskosten van DPG te betalen als DPG de procedure intrekt. Tot intrekking is DPG niet overgegaan. Onder die omstandigheden en gelet op de honorering van het door de gemeente gevoerde verweer, ziet de voorzieningenrechter niet in dat het zo'n 24 uren voor de zitting overleggen van de pleitnota met daarin op hoofdlijnen hetzelfde verweer als vervat in de brief van 21 oktober 2020, aanleiding zou moeten vormen voor het opleggen aan de gemeente van een proceskostenveroordeling. De voorzieningenrechter zal DPG als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten veroordelen. Deze kosten moeten aan de zijde van de gemeente worden begroot op:
- griffierecht € 656,00
 - salaris advocaat 980,00
- Totaal € 1.636,00

5 De beslissing

De voorzieningenrechter

- 5.1. wijst de vorderingen af;
- 5.2. veroordeelt DPG in de proceskosten, aan de zijde van de gemeente tot op heden begroot op € 1.636,00.
- 5.3. verklaart deze kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mr. M.L.J. Koopmans en in het openbaar uitgesproken op 12 november 2020.