

aan te nemen. Het is immers een feit dat aan het sluiten van de overeenkomst een aanbestedingsprocedure vooraf ging en dat, zoals hiervoor is overwogen, aangenomen moet worden dat Connexxion bewust heeft ingeschreven voor de prijs van

€ 4,00 per leerling per rit.

4.12. De omstandigheid dat recent een beslismoment is verstreken waarop de Gemeenten konden afzien van verlening van de overeenkomst, zoals door Connexxion is aangevoerd, doet hier niet aan af. De optie tot verlenging is - gelet op de strekking en de letterlijke tekst van de bepaling - overeengekomen ten behoeve van de Gemeenten, niet ten behoeve van de inschrijver. Dat de optie-bepaling in de aanbestedingsstukken anders zou moeten worden uitgelegd is door Connexxion niet aangevoerd en is niet aannemelijk.

Evident is dus dat de inschrijver ten tijde van het inschrijven er wat betreft zijn kosten- en batenrekening en de afweging of hij wenste in te schrijven rekening diende te houden met de situatie dat de Gemeenten de opties tot verlenging zouden benutten.

In de rede ligt immers, gelet op de door de Gemeenten te maken kosten in het geval van het initiëren van een nieuwe aanbestedingsprocedure, dat de Gemeenten in beginsel zouden kiezen voor verlenging, althans dat de inschrijver er niet op voorhand rekening mee kon houden dat de Gemeenten in beginsel zouden afzien van verlenging. Met de stelling dat de Gemeenten Connexxion zou pijnigen door nu een verlengingsrecht in te roepen, lijkt Connexxion dat te miskennen. Overigens hebben de Gemeenten hun belang - anders dan een financieel belang - bij het invoeren van de optie ter zitting deugdelijk inzichtelijk gemaakt.

4.13. Een algehele belangenafweging kan, voor zover deze procedure daarvoor de ruimte zou bieden, Connexxion ook niet baten. Het is voor Connexxion als ondernemer niet wenselijk om verlies te maken op een overeenkomst, maar ook de Gemeenten hebben een belang bij voortzetting van de overeenkomst. Niet van de Gemeenten kan worden verwacht dat zij in het geheel niet opkomen voor hun eigen belangen en in de gegeven situatie afzien van de overeenkomst met Connexxion.

4.14. Connexxion heeft de voorzieningen nog verzocht vast te stellen waar het 'plafond' van het aantal wijzigingen dat de Gemeenten zou mogen doorvoeren bij uitleg van de overeenkomst zou

liggen. De voorzieningenrechter ziet geen aanleiding hierover een voorlopige uitspraak te doen. Zoals hiervoor is overwogen is het aantal doorgevoerde wijzigingen vooralsnog geen aanleiding de vordering tot nakoming af te wijzen.

Nu uit de toelichting van de Gemeenten ter zitting blijkt, wat door Connexxion ook niet is weersproken, dat de noodzaak tot het wijzigen van aantallen leerlingen en aantallen bestemmingen samenhangt met de keuze van ouders voor de school van hun kinderen, is niet te verwachten dat de Gemeenten de grenzen van de overeenkomst in de door Connexxion betoogde zin zullen opzoeken.

4.15. De vordering van de Gemeenten zal op grond van het voorgaande worden toegewezen. Aan de veroordeling zal zoals gevorderd een dwangsom worden verbonden als prikkel tot nakoming. De dwangsom zal worden gemaximeerd, zoals in het dictum bepaald.

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

- dagvaarding € 101,10
- griffierecht 618,00
- salaris advocaat 816,00
Totaal € 1.535,10

De 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

5.1. veroordeelt Connexxion tot nakoming van de (verlengde) overeenkomst d.d. 1 juli 2014 over te gaan per 1 augustus 2017 tegen de in de overeenkomst opgenomen voorwaarden en tarieven;

5.2. veroordeelt Connexxion om aan de Gemeenten na betekening van dit vonnis een dwangsom te betalen van € 10.000,00 voor iedere dag dat zij niet aan de in 5.1 uitgesproken hoofdveroordeling voldoet, tot een maximum van € 400.000,00,

5.3. veroordeelt Connexxion in de proceskosten, aan de zijde van de Gemeenten tot op heden begroot op € 1.535,10,

5.4. veroordeelt Connexxion in de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op € 131,00 aan salaris advocaat, te vermeerderen, onder de voorwaarde

dat Connexxion 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,

5.5. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad,

5.6. wijst het meer of anders gevorderde af.

NOOT

De werking van aanbestedingsrechtelijke kernbeginselen in de contractuele fase

Wanneer het aankomt op de uitleg van aanbestedingsdocumentatie heeft volgens de literatuur en jurisprudentie de zogeheten cao-norm te gelden.¹ Deze norm houdt in dat de aanbestedingsdocumentatie naar objectieve maatstaven moet worden uitgelegd en dat de bewoordingen van die bepalingen, gelezen in het licht van de gehele tekst van de aanbestedingsstukken, van doorslaggevende betekenis zijn. Omdat een uit een (Europese) aanbestedingsprocedure voortvloeiende overeenkomst niet los kan worden gezien van de aanbestedingsstukken, moeten ook de aanbestede overeenkomsten worden uitgelegd in overeenstemming met de (objectieve uitleg van de) aanbestedingsstukken waarvan zij een uitvloeisel vormen.²

Om de aanbestedingsrechtelijke beginselen in de contractuele fase geen geweld aan te doen is niet alleen noodzakelijk dat aanbestede overeenkomsten volgens de cao-norm (objectief) worden uitgelegd, maar is het ook noodzakelijk dat de voorwaarden in de overeenkomst strikt worden nageleefd. Als er dus bijvoorbeeld, zoals

- 1 Voor recente jurisprudentie zie bijvoorbeeld: V.zr. Rb. Amsterdam 4 mei 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:3268, V.zr. Rb. Noord-Nederland 3 maart 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:836. Zie voor literatuur bijvoorbeeld M.J.J.M. Essers, *Aanbestedingsrecht voor overheden*, vijfde volledig herziene druk, p. 158.
- 2 PHR 19 mei 2017, ECLI:NL:PHR:2017:467. Zie voor een recent voorbeeld ook Rb. Rotterdam 7 februari 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:833.

in de onderhavige zaak, in de (aan de) overeenkomst (ten grondslag liggende aanbestedingsdocumenten) is bepaald dat de gemeenten de financiële risico's van wijzigingen van leerlingaantallen en bestemmingen niet op zich wensen te nemen en dat deze dus voor rekening en risico van de vervoerder zouden komen (en als zij hierover overigens ook klip en klaar hebben gecommuniceerd in de nota's van inlichtingen) dan kunnen/mogen de gemeenten in beginsel niet gedurende de looptijd van de overeenkomst afwijken van dit uitgangspunt. De gemeenten zijn in dat geval - uitzonderingen wellicht daargelaten - gehouden tot een strikte naleving van hun eigen voorwaarden.

Dat de aanbestedingsrechtelijke beginselen op deze manier doorwerken in de contractuele fase wordt breed gedragen door de literatuur en jurisprudentie.³ Ik zal dit nader illustreren aan de hand van twee recente voorbeelden uit de praktijk, waaruit zal blijken dat het gebod tot een strikte naleving van eigen voorwaarden samenhangt met het leerstuk/de regels met betrekking tot de wezenlijke wijziging.⁴

Illustratieve praktijkvoorbeelden

Een eerste voorbeeld uit de nationale jurisprudentie is een arrest van het Hof Den Haag uit 2017, waarin twee aanbestedende diensten het financiële risico van een overschrijding van een plafondbudget wensten neer te leggen bij de uiteindelijke opdrachtnemer. In dit arrest onderstreept het Hof (terecht) dat de aanbestedende diensten 'slechts in beperkte mate ten gunste van de gekozen opdrachtnemer kunnen afwijken van het in de aanbestedingsstukken neergelegde uitgangspunt dat het financiële risico bij de opdrachtnemer ligt. Een wijziging van dat uitgangspunt zou immers kunnen leiden tot de conclusie dat sprake is van een wezenlijk gewijzigde opdracht waarop andere marktpartijen mogelijk

- 3 Zie bijvoorbeeld: C.E.C. Jansen, *De aanbestedingsovereenkomst. Aanbesteden in verbintenissenrechtelijk perspectief* (2009). HvJ EU 7 september 2016, zaak C-549/14 (Finn Frogne). Zie ook PHR 19 mei 2017, ECLI:NL:PHR:2017:467 voor een samenvatting en handig bronnenoverzicht.
- 4 Zie hoofdstuk 2.5 Aw 2012 voor deze regels.

zouden hebben willen inschrijven. Om die reden mochten de aanbestedende diensten in deze zaak ook niet een 'overlegbepaling' aangrijpen om de (eenzijdige) risico-verdeling aan te passen.⁵ Afwijken van de eigen voorwaarden door middel van het aangrijpen van een (niet-concrete) overlegbepaling zou dus strijd kunnen opleveren met het gelijkheidsbeginsel.

Een tweede voorbeeld betreft een recenter vonnis van de Rechtbank Den Haag uit 2018. In deze zaak wilde Rijkswaterstaat met haar opdrachtnemer een regeling tot schadevergoeding overeen komen ter compensatie van een tekortkoming van de opdrachtnemer. Deze mogelijkheid was volgens de voorzieningenrechter niet aanwezig omdat het contract – in dit geval de algemene voorwaarden in de Ariv 2016 – niet in een dergelijke mogelijkheid voorzag en de door Rijkswaterstaat voorgestelde regeling tot schadevergoeding er in de praktijk op neer zou komen dat zij akkoord zou gaan met een prestatie die niet voldoet aan de gestelde eisen tegen een lagere prijs.⁶

Kortom, aanbestedende diensten moeten doen wat er in de overeenkomst staat en lopen juridische risico's aanbestede overeenkomsten wezenlijk te wijzigen, wanneer zij overeenkomsten creatief gaan uitleggen, wijzigen en/of een schikking/regeling proberen te treffen in het geval van een conflict. Het (Europese) aanbestedingsrecht loopt in dergelijke gevallen soms dwars door het 'gewone' civiele recht heen.

Zijn aanbestede overeenkomsten rigide?

Het uitgangspunt dat een aanbestedende dienst in de contractuele fase is gehouden om voorwaarden volgens de cao-norm uit te leggen om de eigen voorwaarden strikt na te leven, betekent niet dat overeenkomsten die tot stand zijn gekomen naar aanleiding van een Europese aanbestedingsprocedure rigide zijn. Integendeel. Aanbestedende diensten hebben namelijk de (wettelijke) ruimte om in de overeenkomst uit-

drukkelijk te voorzien in de mogelijkheid voor de aanbestedende dienst om bepaalde, zelfs belangrijke, voorwaarden van die opdracht aan te passen ná de gunning ervan.⁷ Door in de aanbesteding overeenkomst wijzigingsclausules op te nemen en door de voorwaarden voor de toepassing ervan (op duidelijke wijze) op te nemen, waarborgt de aanbestedende dienst dat alle marktdeelnemers die interesse hebben om deel te nemen aan deze opdracht daarvan bij aanvang kennis hebben en bijgevolg op voet van gelijkheid staan bij het formuleren van hun inschrijving.⁸ Besluit de aanbestedende dienst om geen wijzigingsclausules op te nemen, dan dienen inschrijvers daar bij het inschrijven op de opdracht rekening mee te houden en de bijbehorende risico's – bijvoorbeeld risico's op dalende leerlingenaantallen – te verdisconteren in de inschrijving.

Conclusie en vuistregels voor de praktijk

Het feit dat de voorzieningenrechter in de onderhavige zaak aan de aanbestedingsrechtelijke beginselen een belangrijke/doorslaggevende rol toekent in de contractuele fase zal menig aanbestedingsrechtjurist niet verbazen. Het vonnis is niets nieuws onder de zon en is in mijn optiek in lijn met eerdere jurisprudentie en met de (meeste) opvattingen in de literatuur.

Als het geen nieuws is, waarom dan toch deze noot? Ik denk dat het vonnis een welkome attentie is voor 'civilisten' die contractuele problemen steevast willen oplossen met het Burgerlijk Wetboek (hierna: 'BW') in de hand en daarbij blind zijn voor de belangrijke rol van het aanbestedingsrecht in de contractuele fase. Wanneer het gaat om overeenkomsten die voortvloeien uit een (Europese) aanbestedingsprocedure, dan is het zinvol om verder te kijken dan het BW.

Dat deze attentie welkom is, wordt in mijn optiek ondersteund door een vonnis in kort geding van de Rechtbank Oost-Brabant.⁹ Een vonnis dat nota bene in dezelfde maand gepubliceerd is als

⁵ Hof Den Haag 14 februari 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:260 «JAAN» 2017/74 m.nt. mr. G. 't Hart.

⁶ V.zr. Rb. Den Haag 25 april 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:4940.

⁷ Zie art. 2.163c Aw 2012.

⁸ HvJ EU 7 september 2016, zaak C-549/14 (Finn Frogne).

⁹ V.zr. Rb. Oost-Brabant 3 mei 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:2237.

zouden hebben willen inschrijven. Om die reden mochten de aanbestedende diensten in deze zaak ook niet een 'overlegbepaling' aangrijpen om de (eenzijdige) risico-verdeling aan te passen.⁵ Afwijken van de eigen voorwaarden door middel van het aangrijpen van een (niet-concrete) overlegbepaling zou dus strijd kunnen opleveren met het gelijkheidsbeginsel.

Een tweede voorbeeld betreft een recenter vonnis van de Rechtbank Den Haag uit 2018. In deze zaak wilde Rijkswaterstaat met haar opdrachtnemer een regeling tot schadevergoeding overeen komen ter compensatie van een tekortkoming van de opdrachtnemer. Deze mogelijkheid was volgens de voorzieningenrechter niet aanwezig omdat het contract – in dit geval de algemene voorwaarden in de Ariv 2016 – niet in een dergelijke mogelijkheid voorzagen en de door Rijkswaterstaat voorgestelde regeling tot schadevergoeding er in de praktijk op neer zou komen dat zij akkoord zou gaan met een prestatie die niet voldoet aan de gestelde eisen tegen een lagere prijs.⁶

Kortom, aanbestedende diensten moeten doen wat er in de overeenkomst staat en lopen juridische risico's aanbestede overeenkomsten wezenlijk te wijzigen, wanneer zij overeenkomsten creatief gaan uitleggen, wijzigen en/of een schikking/regeling proberen te treffen in het geval van een conflict. Het (Europese) aanbestedingsrecht loopt in dergelijke gevallen soms dwars door het 'gewone' civiele recht heen.

Zijn aanbestede overeenkomsten rigide?

Het uitgangspunt dat een aanbestedende dienst in de contractuele fase is gehouden om voorwaarden volgens de cao-norm uit te leggen om de eigen voorwaarden strikt na te leven, betekent niet dat overeenkomsten die tot stand zijn gekomen naar aanleiding van een Europese aanbestedingsprocedure rigide zijn. Integendeel. Aanbestedende diensten hebben namelijk de (wettelijke) ruimte om in de overeenkomst uit-

drukkelijk te voorzien in de mogelijkheid voor de aanbestedende dienst om bepaalde, zelfs belangrijke, voorwaarden van die opdracht aan te passen ná de gunning ervan.⁷ Door in de aan te besteden overeenkomst wijzigingsclausules op te nemen en door de voorwaarden voor de toepassing ervan (op duidelijke wijze) op te nemen, waarborgt de aanbestedende dienst dat alle marktdeelnemers die interesse hebben om deel te nemen aan deze opdracht daarvan bij aanvang kennis hebben en bijgevolg op voet van gelijkheid staan bij het formuleren van hun inschrijving.⁸ Besluit de aanbestedende dienst om geen wijzigingsclausules op te nemen, dan dienen inschrijvers daar bij het inschrijven op de opdracht rekening mee te houden en de bijbehorende risico's – bijvoorbeeld risico's op dalende leerlingenaantallen – te verdisconteren in de inschrijving.

Conclusie en vuistregels voor de praktijk

Het feit dat de voorzieningenrechter in de onderhavige zaak aan de aanbestedingsrechtelijke beginselen een belangrijke/doorslaggevende rol toekent in de contractuele fase zal menig aanbestedingsrechtjurist niet verbazen. Het vonnis is niets nieuws onder de zon en is in mijn optiek in lijn met eerdere jurisprudentie en met de (meeste) opvattingen in de literatuur.

Als het geen nieuws is, waarom dan toch deze noot? Ik denk dat het vonnis een welkome attentie is voor 'civilisten' die contractuele problemen steevast willen oplossen met het Burgerlijk Wetboek (hierna: 'BW') in de hand en daarbij blind zijn voor de belangrijke rol van het aanbestedingsrecht in de contractuele fase. Wanneer het gaat om overeenkomsten die voortvloeien uit een (Europese) aanbestedingsprocedure, dan is het zinvol om verder te kijken dan het BW.

Dat deze attentie welkom is, wordt in mijn optiek onderstreept door een vonnis in kort geding van de Rechtbank Oost-Brabant.⁹ Een vonnis dat nota bene in dezelfde maand gepubliceerd is als

5 Hof Den Haag 14 februari 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:260 «JAAN» 2017/74 m.nt. mr. G. 't Hart.
6 Vzr. Rb. Den Haag 25 april 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:4940.

7 Zie art. 2.163c Aw 2012.
8 HvJ EU 7 september 2016, zaak C-549/14 (Finn Frogne).
9 Vzr. Rb. Oost-Brabant 3 mei 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:2237.

de onderhavige zaak. In deze zaak, waarin het wederom gaat om de uitleg van een aanbestede overeenkomst, oordeelt de voorzieningenrechter als volgt:

'De bevoegdheid van de Gemeenten tot het vaststellen van het budget vloeit voort uit de overeenkomst. Uitgangspunt is dat Humanitas nakoming kan verlangen van de overeenkomst en dat zij kan eisen dat de Gemeenten daarbij de geldende wet en regelgeving (in dit geval meer in het bijzonder de Wmo en de uitvoeringswetgeving) correct toepassen. Daartoe behoren naar het oordeel van de voorzieningenrechter niet de bepalingen uit de Aanbestedingswet en de (daarin vastgelegde) beginselen van het aanbestedingsrecht. Dat de overeenkomst tot stand is gekomen via een aanbestedingsprocedure betekent niet dat die bepalingen en beginselen ook nog doorwerken in de contractfase, zoals Humanitas betoogt. Strekking van de Aanbestedingswet en de beginselen van het aanbestedingsrecht is om de aanbestedingsprocedure zo eerlijk mogelijk te laten verlopen. Die procedure is inmiddels afgerond. Voor de contractfase gelden andere waarborgen, zoals de aanvullende en beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:2 en 6:248 BW).'

In het licht van eerdere (genoemde) rechtspraak valt dit oordeel van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Oost-Brabant niet goed te begrijpen. Aanbestedingsrechtelijke kernbeginselen van gelijke behandeling, proportionaliteit enzovoort zijn in mijn optiek ook niets waard in de precontractuele fase, wanneer men zich niets van deze beginselen hoeft aan te trekken in de contractuele fase. Wat betekent bijvoorbeeld een eerlijk prijsvergelijk in de precontractuele fase nog, wanneer de prijs in de contractuele fase zomaar (wezenlijk) gewijzigd kan worden? En wat betekent het gebod om proportionele contractvoorwaarden te hanteren nog, wanneer men zich in de contractuele fase niets meer hoeft aan te trekken van het proportionaliteitsbeginsel. Zonder doorwerking in de contractuele fase, verliezen de beginselen hun waarde in de precontractuele fase.

In mijn optiek is het daarom evident dat aanbestedingsrechtelijke leerstukken en beginselen wél een rol (moeten) spelen in de contractuele

fase. Voor zover er geen rechtstreeks beroep (op een uitwerking van¹⁰) deze beginselen mogelijk is in de contractuele fase, dienen de kernbeginselen van het aanbestedingsrecht in mijn optiek in ieder geval een rol te spelen bij het inkleurven van de redelijkheid en billijkheid. De stelling dat de beginselen niet doorwerken in de contractfase lijkt mij dan ook niet houdbaar. Hopelijk komt de Rechtbank Oost-Brabant in de toekomst ook tot dit inzicht...

A.B.B. Gelderman,
advocaat bij KienhuisHoving

123

Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag
27 maart 2018, nr. C-09-546707-KG ZA 18-73,
ECLI:NL:RBDHA:2018:5657
(mr. Hage)

(On-)geldigheid inschrijving. Staken aanbestedingsprocedure. Heraanbesteding. Herbeoordeling. Beoordelingsmethodiek.

Op 7 augustus 2017 heeft de Politie bekendgemaakt een Europese openbare aanbestedingsprocedure te houden voor de opdracht 'Dienst Beeldspraak'. De opdracht is verdeeld in twee percelen. Perceel 1 betreft het beheer, de levering en het onderhoud van telediensten en verhoorregistraties, inclusief bijbehorende dienstverlening en omvat een geraamde waarde van € 50.000.000. Perceel 2 betreft de aanbesteding van de centrale videotransport infrastructuur systemen en omvat een geraamde waarde van € 24.000.000.

Avex B.V. (hierna: Avex), Visions Connected Netherlands B.V. (hierna: Visions) en Inter Visual Systems hebben tijdig een inschrijving ingediend. Bij brief van 13 november 2017 heeft de Politie aan Avex bericht dat zij voornemens is beide percelen van de opdracht te gunnen aan Visions en dat Avex op beide percelen als tweede is geëindigd.

10 Hoofdstuk 2.5 Aw betreft in de optiek van de auteur hoofdzakelijk een wettelijke uitwerking van het gelijkheidsbeginsel.