

## 119

**Onterechte uitsluiting van aanbesteding na niet-tijdig overhandigen van deel van de inschrijving**

Rechtbank Den Haag  
17 april 2023, C/09/642665 / KG ZA 23-118,  
ECLI:NL:RBDHA:2023:5737  
(mr. S.J. Hoekstra-van Vliet)  
Noot mr. J. Haest

**Aanvullen inschrijving. Beginselen van aanbestedingsrecht. Eenvoudig herstel. Evenredigheidsbeginsel. Gelijkheidsbeginsel. Gunningsbeslissing. Meervoudig onderhandse procedure. Transparantiebeginsel. Wezenlijke wijziging inschrijving.**

*De gemeente heeft een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure georganiseerd voor het verlenen van een eenmalige opdracht. Op 6 februari 2023 zijn er vijf vertegenwoordigers van bedrijven verschenen in het hiervoor aangewezen zaaltje in het gemeentehuis en vier personen namens de gemeente. De vertegenwoordiger van eiseres heeft toen aangegeven dat hij twee enveloppen had, één met het inschrijvingsbiljet en één met de overige stukken, dat hij op dat moment alleen de envelop met het inschrijvingsbiljet overhandigde en dat hij de andere envelop zou overhandigen als zou blijken dat hij de winnende inschrijving had gedaan. De vertegenwoordiger van de gemeente heeft daarop de eerstbedoelde envelop in ontvangst genomen. Nadat de in ontvangst genomen enveloppen door de gemeente waren geopend en bekend werd gemaakt dat eiseres de laagste prijs had geboden, heeft de vertegenwoordiger van eiseres de tweede envelop met de overige stukken, waaronder de inschrijvingsstaat, aan de gemeente overhandigd. Een vertegenwoordiger van een ander bedrijf (hierna: B.V.) heeft bezwaar gemaakt tegen deze gang van zaken en baseert dat bezwaar op het feit dat eiseres onvolledige stukken heeft overhandigd. Op 9 februari 2023 heeft de gemeente bekend gemaakt dat zij voornemens is om de opdracht aan B.V. te gunnen. Daarbij heeft de gemeente aangegeven dat de inschrijving van eiseres als*

*ongeldig wordt aangemerkt, nu zij het inschrijvingsbiljet wel tijdig, maar de overige stukken niet tijdig heeft ingediend.*

**Beoordeling**

*Vaststaat dat eiseres de in de aanbesteding gestelde eis heeft geschonden om beide delen van de inschrijving, te weten het kwalitatieve deel en het kwantitatieve deel gezamenlijk in te dienen. Gelet op de conclusie dat door eiseres wel tijdig maar (aanvankelijk) incompleet is ingeschreven, kan de gemeente niet worden gevolgd in haar standpunt dat zij de inschrijving ongeldig móest verklaren gelet op het bepaalde in hoofdstuk 4 van de leidraad. Daarin is weliswaar vermeld dat er sprake is van een fatale termijn voor inschrijving en dat inschrijvingen die na dit tijdstip zijn ontvangen, ongeldig zijn en worden uitgesloten van aanbesteding, maar die situatie doet zich hier niet voor. De eerste envelop was immers tijdig ontvangen en is dienovereenkomstig ook door de gemeente geopend, terwijl te late inschrijvingen blijkens de leidraad helemaal niet geopend worden maar ongeopend worden geretourneerd.*

*De beginselen van gelijke behandeling en transparantie verzetten zich ertegen dat een inschrijver na de inschrijvingstermijn zijn ingediende inschrijving nog mag wijzigen of aanvullen. Deze wijziging of aanvulling mag er niet toe leiden dat in werkelijkheid een nieuwe inschrijving wordt ingediend (HvJ EU C-599/10). De verbetering mag slechts betrekking hebben op gegevens waarvan objectief kan worden vastgesteld dat zij dateren van voor het einde van de inschrijvingstermijn om deel te nemen aan een aanbestedingsprocedure en het mag niet gaan om stukken of informatie die op straffe van uitsluiting moest(en) worden verstrekt (HvJ EU C-366/12). Van stukken die op straffe van uitsluiting bij de inschrijving moesten worden verstrekt is hier geen sprake. De aanbesteding vond fysiek plaats, waarbij de aanbestedende dienst en alle inschrijvers zich gezamenlijk in een afgesloten ruimte bevonden. Eiseres had de ruimte tussentijds niet verlaten en hij heeft bovendien onweersproken verklaard dat de stukken zijn ondertekend op de zaterdag vóór de dag van inschrijving. Een en ander laat geen andere conclusie toe dan dat die overige stukken dateren van vóór het einde van de inschrijvingstermijn. Eiseres heeft dus niet meer tijd gehad voor het produceren van deze stukken en heeft ook niets meer kunnen wijzigen. Eiseres heeft geen onei-*

genlijk concurrentievoordeel genoten ten opzichte van andere inschrijvers. De gemeente heeft desgevraagd ook niet kunnen toelichten welk nadeel de andere inschrijvers hierdoor zouden hebben kunnen lijden. Het gaat erom dat inschrijvers een eerlijke kans moeten krijgen om mee te dingen naar overheidsopdrachten en naar voorshands oordeel hebben alle inschrijvers die kans hier ook gekregen.

De rechter acht het niet onbegrijpelijk dat eiseres meende dat er in dit geval geen probleem schuilde in haar handelswijze, juist omdat daardoor niemand kon worden bevoordeeld of benadeeld. Eiseres heeft verklaard dat zij de tweede envelop 'uiteraard' direct zou hebben overhandigd, indien de vertegenwoordiger van de gemeente haar er op zou hebben gewezen dat dit vereist was en dat haar inschrijving anders ongeldig zou worden verklaard. Vaststaat dat dit niet is gebeurd. Door aldus te handelen heeft de gemeente minst genomen de indruk doen ontstaan dat de handelwijze werd geaccepteerd.

Al het voorgaande in aanmerking nemende, moet ongeldigverklaring van de inschrijving van eiseres in dit specifieke geval in strijd worden geacht met het evenredigheidsbeginsel. De nadelige gevolgen daarvan voor eiseres zijn onevenredig in verhouding tot de gevolgen voor de overige inschrijvers. Dat de tweede envelop bij de beoordeling van de inschrijving van eiseres wel in aanmerking wordt genomen leidt in dit specifieke geval niet tot een schending van het gelijkheids- en transparantiebeginsel. De gemeente had de iets te laat en apart ingediende tweede envelop van eiseres dus wel degelijk in aanmerking kunnen en moeten nemen bij de beoordeling van haar inschrijving.

#### Conclusie

De primaire vordering wordt enigszins gewijzigd toegewezen, te weten in die zin dat de gemeente zal worden geboden de gunningsbeslissing in te trekken en ingetrokken te houden en een nieuwe gunningsbeslissing te nemen, met inachtneming van hetgeen in dit vonnis is overwogen.

[eiseres] te [plaats 1], gemeente [gemeente], eiseres,

advocaat mr. F.R.H. Kuiper te Hattem, tegen

GEMEENTE NIEUWKOOP te Nieuwveen, gemeente Nieuwkoop,

gedaagde, advocaat mr. J.H. Ligtenberg te Bodegraven, gemeente Bodegraven-Reeuwijk.

Partijen worden hierna respectievelijk aangeduid als 'eiseres' en 'de Gemeente'.

#### 1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding met de daarbij en nadien overgelegde producties;
- de conclusie van antwoord met producties;
- de op 3 april 2023 gehouden mondelinge behandeling, waarbij door [eiseres] pleitnotities zijn overgelegd.

1.2. Ter zitting is vonnis bepaald op vandaag.

#### 2. De feiten

Op grond van de stukken en het verhandelde ter zitting wordt in dit geding van het volgende uitgegaan.

2.1. De Gemeente heeft een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure georganiseerd voor het verlenen van een eenmalige opdracht gericht op het Werk "[...]" (hierna: de aanbesteding).

2.2. In de inschrijvingsleidraad van de aanbesteding (hierna: de leidraad) staat, voor zover relevant voor dit kort geding, het volgende vermeld: "(...)"

#### 2.3. Opstellen en indienen inschrijving

(...)

De inschrijver dient zijn inschrijving in bij de aanbesteder (paragraaf 1.2) binnen de in de uitnodigingsbrief en paragraaf 3.1 genoemde termijn.

(...)

#### 3.1. Planning

(...)

#### Inschrijven

Indienen inschrijvingen, uiterlijk: 06-02-2023 10:00 uur

(...)

#### 4. Eisen aan de inschrijving

De inschrijving moet (...) uiterlijk zijn ontvangen op de datum en het tijdstip voor inschrijving, vermeld onder paragraaf 3.1.

Deze datum en het tijdstip vormen een fatale termijn.

Inschrijvingen die na dit tijdstip zijn ontvangen, zijn ongeldig en worden uitgesloten van aanbesteding. Deze inschrijvingen worden ongeopend getourneerd.

(...)

*De inschrijving bestaat uit een twee delen:*

- *Kwalitatief deel*
  - *Verklaring bestuurder omtrent rechtmatigheid inschrijving (model K)*
  - *Kwaliteitscertificaat ISO 9001*
  - *Veiligheidscertificaat VCA \**
- *Kwantitatief deel*
  - *Inschrijvingsbiljet*
    - *Verwezen wordt naar de Standaard RAW Bepalingen*
- *Inschrijvingsstaat*
  - *Verwezen wordt naar de Standaard RAW Bepalingen;*

o **Een variant** van de inschrijver volgens artikel 01.01.02 lid 04 van de Standaard RAW Bepalingen wordt **niet geaccepteerd**.

o **Kortingen en** of negatieve bedragen in de inschrijvingsstaat zijn **niet toegestaan**.

*Het kwalitatieve en kwantitatieve deel van de inschrijving moeten gezamenlijk worden ingediend uiterlijk op de in paragraaf 3.1 genoemde datum en tijdstip van inschrijving.*

(...)

#### 4.3. **Beoordeling**

*De aanbesteder opent op de in paragraaf 3.1 genoemde datum en tijdstip, ten behoeve van de beoordeling, van elke inschrijving de enveloppe met het inschrijvingsbiljet en de inschrijvingsstaat. De ingediende inschrijvingen worden door de aanbesteder ter plaatse bekend gemaakt.*

#### 4.4. **Vaststellen economisch meest voordelige inschrijving**

*De inschrijver met de laagste inschrijfprijs heeft de economisch meest voordelige inschrijving gedaan. (...)*

2.3. In de Nota van Inlichtingen is op de vraag of de aanbesteding digitaal is of fysiek in het gemeentehuis in [plaats 2] geantwoord: *“Ja, de Aanbesteding is fysiek op het gemeentehuis in [plaats 2]. De aanbesteding is een uur uitgesteld. Maandag 6 februari 2023 om 11.00 uur in het gemeentehuis van [plaats 2].”*

2.4. Op 6 februari 2023 zijn er vijf vertegenwoordigers van bedrijven verschenen in het hiervoor aangewezen zaaltje in het gemeentehuis in [plaats 2] en vier personen namens de Gemeente. Een vertegenwoordiger van de Gemeente heeft ter plekke bij de vertegenwoordigers van de bedrijven de enveloppen opgehaald. De vertegenwoordiger van [eiseres] heeft toen aangegeven dat hij twee enveloppen had, één met het inschrijvings-

biljet en één met de overige stukken, dat hij op dat moment alleen de envelop met het inschrijvingsbiljet overhandigde en dat hij de andere envelop zou overhandigen als zou blijken dat hij de winnende inschrijving had gedaan. De vertegenwoordiger van de Gemeente heeft daarop de eerstbedoelde envelop in ontvangst genomen. Nadat de in ontvangst genomen enveloppen door de Gemeente waren geopend en bekend werd gemaakt dat [eiseres] de laagste prijs had geboden, heeft de vertegenwoordiger van [eiseres] de tweede envelop met de overige stukken, waaronder de inschrijvingsstaat, aan de Gemeente overhandigd. Een vertegenwoordiger van een ander bedrijf heeft bezwaar gemaakt tegen deze gang van zaken.

2.5. In het proces-verbaal van aanbesteding staat vermeld:

*“Op 6 februari 2023, om 11.00 uur in het gemeentehuis van de Gemeente Nieuwkoop (...) [plaats 2], is door ons (...) overgegaan tot het openen van de inschrijvingen voor de aanneming van het bestek (...).*

*Bij de gehouden meervoudig onderhandse aanbesteding zijn ingekomen 5 inschrijvingen, waarvan de onderstaande staat is opgemaakt:*

(...)

Uit de daaronder opgenomen tabel blijkt dat [eiseres] de laagste inschrijvingsom heeft aangeboden en “ [de B.V.] ” (hierna: [de B.V.] ) de op een na laagste inschrijvingsom. Bij bijzonderheden staat vermeld “ [de B.V.] maakt bezwaar op onvolledige stukken van de laagste inschrijver ([eiseres]).”

2.6. Op 9 februari 2023 heeft de Gemeente bekend gemaakt dat zij voornemens is om de opdracht aan [de B.V.] te gunnen. Daarbij heeft de Gemeente aangegeven dat de inschrijving van [eiseres] als ongeldig wordt aangemerkt, nu zij het inschrijvingsbiljet wel tijdig, maar de overige stukken niet tijdig heeft ingediend (hierna: de gunningsbeslissing).

#### 3. **Het geschil**

3.1. [eiseres] vordert, zakelijk weergegeven:

*primair*

de Gemeente te gebieden de gunningsbeslissing in te trekken en ingetrokken te houden en de opdracht – indien zij die nog wenst te gunnen – te gunnen aan geen ander dan [eiseres] ;

*subsidiair*

de Gemeente te gebieden de aanbestedingsprocedure te staken en gestaakt te houden;

*meer subsidiair*

andere voorzieningen te treffen die de voorzieningenrechter geraden acht;

met veroordeling van de Gemeente in de proceskosten en de nakosten, op de wijze zoals nader omschreven in de dagvaarding.

3.2. Daartoe voert [eiseres] – samengevat – het volgende aan. De inschrijving van [eiseres] is ten onrechte ongeldig verklaard. De Gemeente is gehouden zowel het vertrouwensbeginsel als het proportionaliteitsbeginsel in acht te nemen. Voor de toepassing van het vertrouwensbeginsel is van belang dat [eiseres] heeft aangegeven dat zij op het moment van inschrijving alle stukken bij zich had, dat zij de eerste envelop tijdig heeft overhandigd en heeft aangegeven dat zij tweede envelop direct zou verstrekken indien zou blijken dat zij de winnende inschrijving had gedaan. Vanuit de Gemeente is op basis van deze informatie alleen de eerste envelop in ontvangst genomen en zijn er verder geen opmerkingen gemaakt. [eiseres] mocht er daarom op vertrouwen dat zij een geldige inschrijving had gedaan. Daarnaast is ongeldigverklaring ook disproportioneel. De tweede envelop is weliswaar iets later overhandigd en daarmee is een vormvoorschrift geschonden, maar die stukken waren er al en [eiseres] heeft daar niets meer aan kunnen veranderen. Ook kunnen andere inschrijvers niet door deze handelwijze zijn benadeeld en kan [eiseres] hierdoor niet zijn bevoordeeld. Onder deze omstandigheden kan een ongeldigverklaring niet aan de orde zijn.

3.3. De Gemeente voert verweer, dat hierna, voor zover nodig, zal worden besproken.

#### *4. De beoordeling van het geschil*

4.1. De voorzieningenrechter stelt voorop dat vaststaat dat [eiseres] de in de aanbesteding gestelde eis heeft geschonden om beide delen van de inschrijving, te weten het kwalitatieve deel en het kwantitatieve deel gezamenlijk in te dienen. In de eerste envelop zat immers alleen het inschrijvingsbiljet. Daardoor kon de aanbesteder bij [eiseres] ook niet, ten behoeve van de beoordeling van haar inschrijving, de envelop met het inschrijvingsbiljet en de inschrijvingsstaat openen, zoals in de leidraad als werkwijze is beschreven. De voorzieningenrechter gaat er daarnaast vanuit dat de eerste envelop (met daarin het inschrijvingsbiljet) door [eiseres] vóór 11.00 uur is ingediend en de tweede envelop (met daarin de overi-

ge stukken) daarna. Dit kan genoegzaam worden afgeleid uit al de hierover afgelegde verklaringen, ook die van [eiseres] zelf. Daarmee heeft [eiseres] naar het oordeel van de voorzieningenrechter wel tijdig ingeschreven, maar was die inschrijving op het uiterste tijdstip van inschrijving niet compleet.

4.2. Aan het betoog dat [eiseres] ter zitting heeft gehouden om te concluderen dat ook de tweede envelop tijdig is ingediend (onder verwijzing naar een mogelijk verkeerd lopende klok in het zaaltje en stellende dat niet 11.00 uur als eindtijd heeft te gelden, maar het moment waarop de eerste mensen het zaaltje verlieten) gaat de voorzieningenrechter voorbij, nu ieder aanknopingspunt om uit te gaan van de juistheid daarvan ontbreekt. Bovendien is duidelijk dat ook [eiseres] zelf ervan uit is gegaan dat de inschrijving gesloten was op het moment van het ophalen van de enveloppen door de vertegenwoordiger van de Gemeente. Dat is ook alleszins logisch, nu direct nadien de enveloppen werden geopend en de prijzen bekend werden gemaakt.

4.3. Gelet op de conclusie dat door [eiseres] wel tijdig maar (aanvankelijk) incompleet is ingeschreven, kan de Gemeente niet worden gevolgd in haar standpunt dat zij de inschrijving ongeldig móest verklaren gelet op het bepaalde in hoofdstuk 4 van de leidraad. Daarin is weliswaar vermeld dat er sprake is van een fatale termijn voor inschrijving en dat inschrijvingen die na dit tijdstip zijn ontvangen, ongeldig zijn en worden uitgesloten van aanbesteding maar die situatie doet zich hier niet voor. De eerste envelop was immers tijdig ontvangen en is dienovereenkomstig ook door de Gemeente geopend, terwijl te late inschrijvingen blijkens de leidraad helemaal niet geopend worden maar ongeopend worden getourneerd. De inschrijving is in dit geval, zoals hiervoor al is overwogen, wel tijdig ontvangen, maar deze was toen nog niet compleet. Deze inschrijving is dus niet reeds op basis van artikel 3.1 ongeldig. In geschil is dan nog wel of de Gemeente terecht tot ongeldigverklaring is overgaan omdat de inschrijving niet direct compleet was of dat zij de envelop met de aanvullende stukken onder de gegeven omstandigheden alsnog heeft moeten accepteren.

4.4. De beginselen van gelijke behandeling en transparantie verzetten zich ertegen dat een inschrijver na de inschrijvingstermijn zijn ingediende inschrijving nog mag wijzigen of aanvul-

len. In uitzonderlijke gevallen kan op dit uitgangspunt echter een uitzondering worden gemaakt. Bijzondere omstandigheden kunnen met zich brengen dat een aanbestedende dienst in strijd handelt met het evenredigheidsbeginsel indien geen mogelijkheid tot herstel van de inschrijving wordt geboden. Daarbij is van belang dat herstel alleen mogelijk is als een inschrijving klaarblijkelijk een eenvoudige precisering behoeft of om kennelijke materiële fouten recht te zetten. Deze wijziging of aanvulling mag er niet toe leiden dat in werkelijkheid een nieuwe inschrijving wordt ingediend (HvJ EU 19 maart 2012, C-599/10 (SAG-arrest)). De verbetering mag slechts betrekking hebben op gegevens waarvan objectief kan worden vastgesteld dat zij dateren van voor het einde van de inschrijvingstermijn om deel te nemen aan een aanbestedingsprocedure en het mag niet gaan om stukken of informatie die op straffe van uitsluiting bij de inschrijving moest(en) worden verstrekt (HvJ EU 10 oktober 2013, C-366/12 (Manova-arrest)).

4.5. Van stukken die op straffe van uitsluiting bij de inschrijving moesten worden verstrekt is hier geen sprake. Bij de vraag of in dit geval het overhandigen van de tweede envelop bij wege van herstelbaarheid zou moeten worden geboden, is van belang dat hier sprake is van een bijzondere situatie. De aanbesteding vond immers fysiek plaats, waarbij de aanbestedende dienst en alle inschrijvers zich gezamenlijk in een afgesloten ruimte bevonden zowel vlak vóór de inschrijving als op het moment dat de enveloppen met de inschrijvingen werden opgehaald. Dat geldt ook voor het moment dat de enveloppen werden geopend en de inschrijvingsommeten bekend werden gemaakt en voor het moment dat [eiseres] direct daarna de envelop met de overige stukken heeft overhandigd. Een en ander laat geen andere conclusie toe dan dat die overige stukken dateren van vóór het einde van de inschrijvingstermijn. [eiseres] had immers de ruimte tussentijds niet verlaten en hij heeft bovendien onweersproken verklaard dat deze zijn ondertekend op de zaterdag vóór de dag van inschrijving. Daarmee staat vast dat deze stukken zich al vóór de sluiting van de inschrijftermijn in het zaaltje bevonden. [eiseres] heeft dus niet meer tijd gehad dan de andere inschrijvers voor het produceren van deze stukken en [eiseres] heeft nadat de inschrijvingstermijn was verlopen ook niets meer kunnen wijzigen aan de inhoud van deze stukken.

4.6. Voor zover de Gemeente heeft gesuggereerd dat het wellicht nog mogelijk was dat [eiseres] meerdere versies van de overige stukken bij zich had en na de bekendmaking van de inschrijvingsommeten een keuze heeft kunnen maken welke versie van de stukken zij zou overhandigen, overweegt de voorzieningenrechter dat niet duidelijk is geworden welk belang [eiseres] (die overigens stellig betwist dat dit het geval was) daarbij zou kunnen hebben. Daarbij is relevant dat in de aanbesteding als gunningscriterium enkel de laagste prijs wordt gehanteerd en dat die prijs op het moment van het indienen van de overige stukken al aan de inschrijvers bekend was gemaakt. Verder is hierbij van belang dat in deze aanbesteding vast voorgeschreven hoeveelheden dienden te worden beprijsd. De optelsom daarvan moet in de inschrijvingsstaat dus exact uitkomen op de som, waarmee op het inschrijvingsbiljet is ingeschreven en die som was, zoals gezegd, al bekend op het moment van overhandigen van de tweede envelop.

4.7. De voorzieningenrechter ziet dan ook geen enkel aanknopingspunt om aan te nemen dat [eiseres] in haar voordeel gebruik heeft kunnen maken van haar handelen. Met andere woorden, [eiseres] heeft geen oneigenlijk concurrentievoordeel genoten ten opzichte van andere inschrijvers. De Gemeente heeft desgevraagd ook niet kunnen toelichten welk nadeel de andere inschrijvers hierdoor zouden hebben kunnen lijden. Voor zover de Gemeente heeft gesteld dat dit nadeel is gelegen in het feit dat de andere inschrijvers, althans de voorlopige winnaar, bij het geven van een herstelbaarheid de aanbesteding niet meer gegund kunnen krijgen, gaat de voorzieningenrechter daaraan voorbij. Dat is immers geen nadeel waartegen die inschrijvers op grond van het aanbestedingsrecht beschermd behoeven te worden. Het gaat erom dat inschrijvers een eerlijke kans moeten krijgen om mee te dingen naar overheidsopdrachten. Naar voorshands oordeel hebben alle inschrijvers die kans hier ook gekregen en doet het in aanmerking nemen bij de beoordeling van de inschrijving van [eiseres] van de door haar iets te laat en apart ingediende tweede envelop met overige stukken daar niet aan af.

4.8. Alhoewel de voorzieningenrechter het standpunt van de Gemeente, dat erop neerkomt dat inschrijvers die er zelf voor kiezen om te handelen in strijd met de gestelde voorschriften niet “be loond” mogen worden, in beginsel wel volgt,

dient bij de vraag welke gevolgen hieraan in een specifiek geval zouden moeten worden verbonden wel steeds acht te worden geslagen op het soort vormvoorschrift dat is geschonden en het doel hiervan. De Gemeente heeft het doel van het voorschrift hier niet nader toegelicht. De voorzieningenrechter acht het niet onbegrijpelijk dat [eiseres] meende dat er in dit geval geen probleem schulde in haar handelwijze, juist omdat daardoor niemand kon worden bevoordeeld of benadeeld. Daarbij heeft de voorzieningenrechter ook acht geslagen op het volgende. [eiseres] heeft verklaard dat zij de tweede envelop 'uiteraard' direct zou hebben overhandigd, indien de vertegenwoordiger van de Gemeente haar er op zou hebben gewezen dat dit vereist was en dat haar inschrijving anders ongeldig zou worden verklaard. Vaststaat dat dit niet is gebeurd. De aanbestedende dienst heeft, ondanks dat [eiseres] bij de overhandiging van de eerste envelop duidelijk maakte dat zij de tweede envelop met de overige stukken ook bij zich had, maar pas zou overhandigen als zou blijken dat zij de laagste inschrijfsom zou hebben geboden, alleen de eerste envelop in ontvangst genomen en die vervolgens ook geopend, zonder [eiseres] te wijzen op de mogelijk nadelige gevolgen van het niet direct overhandigen van beide enveloppen. Door aldus te handelen heeft de Gemeente minst genomen de indruk doen ontstaan dat die handelwijze werd geaccepteerd.

4.9. Al het voorgaande in aanmerking nemende, moet ongeldigverklaring van de inschrijving van [eiseres] in dit specifieke geval in strijd worden geacht met het evenredigheidsbeginsel. De nadelige gevolgen daarvan voor [eiseres] zijn onevenredig in verhouding tot de gevolgen voor de overige inschrijvers. Dat deze tweede envelop bij de beoordeling van de inschrijving van [eiseres] wel in aanmerking wordt genomen leidt in dit specifieke geval niet tot een schending van het gelijkheids- en transparantiebeginsel. De Gemeente had de iets te laat en apart ingediende tweede envelop van [eiseres] dus wel degelijk in aanmerking kunnen en moeten nemen bij de beoordeling van haar inschrijving.

4.10. De Gemeente heeft zich er niet over uitgelaten of zij ondanks de ongeldigverklaring wel nog heeft beoordeeld of de inschrijving van [eiseres] – zoals aangevuld met de stukken in de tweede envelop – overigens aan alle eisen voldoet. De voorzieningenrechter zal daarom de primaire vordering enigszins gewijzigd toewijzen, te weten

in die zin dat de Gemeente zal worden geboden de gunningsbeslissing in te trekken en ingetrokken te houden en een nieuwe gunningsbeslissing te nemen, met inachtneming van hetgeen in dit vonnis is overwogen.

4.11. De Gemeente zal, als de in het ongelijk gestelde partij, worden veroordeeld in de kosten van dit geding als na te melden. Voor veroordeling in de nakosten bestaat geen grond, nu de kostenveroordeling ook voor deze nakosten een executoriale titel oplevert (vgl. HR 19 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL1116, NJ 2011/237).

### 5. De beslissing

De voorzieningenrechter:

5.1. gebiedt de Gemeente de gunningsbeslissing in te trekken en ingetrokken te houden en een nieuwe gunningsbeslissing te nemen, voor zover zij de opdracht nog wenst te gunnen, met inachtneming van hetgeen in dit vonnis is overwogen;

5.2. veroordeelt de Gemeente om binnen veertien dagen nadat dit vonnis is uitgesproken de kosten van dit geding aan [eiseres] te betalen, tot dusverre aan de zijde van [eiseres] begroot op € 1.864,33, waarvan € 1.079 aan salaris advocaat, € 676 aan griffierecht en € 104,02 aan dagvaardingskosten, in voorkomende gevallen te vermeerderen met btw, en € 5,31 aan verschotten;

5.3. bepaalt dat de Gemeente bij gebreke van tijdige betaling de wettelijke rente over de proceskosten verschuldigd is;

5.4. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

5.5. wijst af het meer of anders gevorderde.

### NOOT

#### De 'truc' met de inschrijfstaat

In deze uitspraak diende een inschrijver na het uiterste moment van inschrijven (alsnog) zijn inschrijvingsstaat in. Die inschrijvingsstaat is volgens de inschrijvingsleidraad een verplicht onderdeel van de inschrijving.<sup>1</sup> De inschrijvingsleidraad bepaalt verder dat inschrijvingen die na dit uiterste tijdstip zijn ontvangen als ongeldig worden aangemerkt. Voor de hand ligt dan de conclusie dat in dat geval de inschrijving – door

1 Zie de feitenweergave in rechtsoverweging 2.2.

het te laat indienen van de inschrijvingsstaat – ongeldig moet worden verklaard. Toch oordeelde de voorzieningenrechter dat deze inschrijving niet ongeldig mag worden verklaard, omdat sprake is van bijzondere omstandigheden. Dit oordeel is naar mijn mening echter evident onjuist, deze inschrijving had gewoon ongeldig moeten worden verklaard.

Het uitgangspunt bij het overtreden van een bepaling in de aanbestedingsstukken waar een ongeldigheids sanctie aan is gekoppeld is op basis van (onder meer) de Europese Manova<sup>2</sup> uitspraak duidelijk. Herstel van een dergelijk gebrek is niet toegestaan. Die standaardoverweging valt ook terug te lezen in rechtsoverweging 4.4 van het vonnis.

In rechtsoverweging 4.5 overweegt de voorzieningenrechter echter dat geen sprake zou zijn van stukken die op straffe van uitsluiting bij de inschrijving moesten worden verstrekt. Dat oordeel is simpelweg niet juist. Uit de feitenweergave in rechtsoverweging 2.3 blijkt zonder meer dat daarvan wel sprake is. In de leidraad staat namelijk dat een inschrijving die te laat wordt ingediend ongeldig wordt verklaard en tot de inschrijving behoort zowel de inschrijvingsstaat als ook het inschrijvingsbiljet. Als je strikt in de leer bent zou dit eigenlijk al betekenen dat daarmee de kous af is omdat de inschrijvingsstaat na de fatale termijn is ingeleverd.

Juridisch wordt het nog veel interessanter in het tweede deel van rechtsoverweging 4.5 e.v. van het vonnis. Daarin wordt geoordeeld dat wel een herstelmogelijkheid zou moeten worden geboden vanwege het feit dat hier sprake was van een bijzondere situatie. Die bijzondere situatie bestaat volgens de voorzieningenrechter uit het navolgende:

- De aanbesteding vond fysiek plaats, waarbij de aanbestedende dienst en alle inschrijvers zich gezamenlijk in een afgesloten ruimte bevonden zowel vlak vóór de inschrijving als ook op het moment dat de enveloppen met de inschrijvingen werden ingenomen;
- De eisende partij heeft verklaard dat zij de inschrijvingsstaat 'uiteraard' direct zou hebben overhandigd, indien de vertegenwoordiger van de aanbestedende dienst haar er op

zou hebben gewezen dat dit vereist was en dat haar inschrijving anders ongeldig zou worden verklaard. Vaststaat dat dit niet is gebeurd.

- De aanbestedende dienst heeft, ondanks het feit dat eisende partij bij de overhandiging van de eerste envelop met het inschrijvingsbiljet duidelijk maakte dat zij de tweede envelop met de inschrijvingsstaat ook bij zich had, maar pas zou overhandigen als zou blijken dat zij de laagste inschrijfsom zou hebben geboden, alleen de eerste envelop in ontvangst genomen en die vervolgens ook geopend. Daarbij heeft de aanbestedende dienst de eisende partij niet gewezen op de mogelijk nadelige gevolgen van het niet direct overhandigen van beide enveloppen. Door aldus te handelen heeft de aanbestedende dienst op zijn minst genomen de indruk doen ontstaan dat die handelwijze werd geaccepteerd.
- De enveloppen werden geopend in het bijzijn van alle inschrijvers en datzelfde geldt voor het bekend maken van de inschrijvingsommen. Dat brengt mee dat vaststaat dat de inschrijvingsstaat dateert van vóór het einde van de inschrijvingstermijn. De eisende partij heeft immers de ruimte tussentijds niet verlaten. De eisende partij heeft na de fatale inschrijftermijn de inschrijvingsstaat dan ook niet meer kunnen wijzigen.
- Het gunningscriterium betrof de laagste prijs en de prijzen waren aan alle inschrijvers bekend gemaakt op het moment dat de eisende partij alsnog haar inschrijvingsstaat indiende. Verder ging het - conform de RAW-systematiek – om vast voorgeschreven hoeveelheden die afgeprijsd moesten worden. De optelsom daarvan moet in de inschrijvingsstaat dus exact uitkomen op de som die vermeld staat op het tijdig ingediende inschrijvingsbiljet.
- Er is geen enkel aanknopingspunt om aan te nemen dat de eisende partij in haar voordeel gebruik heeft kunnen maken van haar handelwijze en daarmee is er geen oneigenlijk concurrentievoordeel.

Met inachtneming van alle feiten en omstandigheden oordeelde de voorzieningenrechter dat de ongeldigverklaring van de inschrijving van de eisende partij in dit specifieke geval in strijd moet worden geacht met het evenredigheidsbeginsel. In de lijn van het door de rechtbank

2 Arrest van het Europese Hof van Justitie, 10 oktober 2013, ECLI:EU:C:2013:647 (Manova).

Utrecht ingezette afstraffen van “onnodig formalisme”<sup>3</sup> lijkt deze redenering best sympathiek en daarmee te billijken. Maar het probleem is dat de Voorzieningenrechter (en de aanbestedende dienst) niet hebben onderkend dat de eisende partij deze handelwijze wel degelijk in haar voordeel heeft kunnen gebruiken. De eisende partij kon met deze handelwijze namelijk heel simpel haar eigen (on)geldigheid bepalen. Dat is een truc die al bijna zo oud is als de weg naar Rome, en met name tijdens de bouwfraude een aantal malen in de spotlights heeft gestaan.

Hoe werkt de truc? Je neemt als inschrijver één inschrijvingsbiljet en twee verschillende inschrijvingsstaten mee naar de inschrijving. Als na het openen van de inschrijvingsbiljetten blijkt dat je winnaar bent maar het gat met de opvolgers is heel groot, dan zou het wel eens kunnen zijn dat je een verkeerde calculatie hebt gemaakt waarmee je een stevig gat in de broek riskeert. Dan dien je vervolgens een inschrijvingsstaat in met een inschrijfsom die afwijkt van de inschrijvingsom op het inschrijvingsbiljet. Want dat betekent namelijk dat je ongeldig hebt ingeschreven. Vergelijk artikel 01.01.03 lid 01 van de toepasselijke RAW systematiek, waarin is bepaald dat het eindtotaal van de inschrijvingsstaat overeen moet stemmen met de inschrijvingsom op het inschrijvingsbiljet. Andere mogelijkheden om je eigen ongeldigheid te creëren is het weglaten van bepaalde besteksposten in de inschrijvingsstaat<sup>4</sup>, het opnemen van negatieve prijzen per eenheid waar het niet is toegestaan<sup>5</sup>, het opnemen van prijzen per eenheid die onmogelijk zijn (te laag) voor het realiseren van de desbetreffende werkzaamheden<sup>6</sup>

En als je na opening van het wel ingediende inschrijvingsbiljet winnaar bent en het gat met de opvolgend inschrijver is acceptabel, dan dien je de inschrijvingsstaat in die overeenkomt met het bedrag op het inschrijvingsbiljet (en geen overige ongeldigheden bevat) in en dan heb je een geldige inschrijving.

De gemeente heeft overigens wel gesuggereerd dat de eisende partij mogelijk meerdere versies van de inschrijvingsstaat bij zich had en daarmee na de bekendmaking van de inschrijvingsommen een eigen keuze heeft kunnen maken welke versie van de inschrijvingsstaat de eisende partij zou overhandigen. Maar de voorzieningenrechter oordeelt tot driemaal toe<sup>7</sup> dat de aanbestedende dienst niet duidelijk heeft gemaakt welk belang de eisende partij zou kunnen hebben bij het te laat indienen van de inschrijvingsstaat. Duidelijk gemiste kansen dus voor de gemeente, want dat belang is – zoals hiervoor uiteengezet – bepaald niet lastig uiteen te zetten.

#### Conclusie en vuistregel voor de praktijk

Als de voorzieningenrechter bekend was geraakt met het aanwezige belang voor de eisende partij bij het indienen van de inschrijvingsstaat na de fatale indieningstermijn, dan ben ik er van overtuigd dat er een diametraal ander vonnis was gevolgd. De inschrijving van de eisende partij had dan immers ongeldig moeten worden verklaard. Conclusie is verder dat er nu een vonnis ligt dat een voor de praktijk verkeerde richting aangeeft. Nu zal er niet snel navolging worden gegeven aan de “ouderwetse” manier van fysiek inschrijven, maar dat neemt niet weg dat dit vonnis inschrijvers kan triggeren om “trucs” uit te halen. Vuistregel voor de praktijk zou wat mij betreft moeten zijn dat aanbestedende diensten inschrijvingen digitaal laten verlopen en niet fysiek. Daarmee kunnen problemen zoals in onderhavige uitspraak voorkomen worden.

mr. J. Haest  
advocaat bij Severijn Hulshof Advocaten

3 Rechtbank Utrecht, 10 februari 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:504.

4 Advies 292 Commissie van Aanbestedingsexperts van 23 juni 2016. Zie ook: <https://www.crow.nl/blog/september-2016/mag-je-resultaatsverplichtingen-in-een-raw-bestek>

5 Rechtbank Limburg, 24 april 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:3763. Zie ook mijn noot in «JAAN» 2017/188.

6 Vergelijk artikel 01.01.03 lid 02 RAW en Rb. Haarlem 22 juli 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BN6663, Rb. Den Haag 3 maart 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BP9888, Rb. Dordrecht 30 juni 2011, ECLI:NL:RBDOR:2011:BQ9811, Rb. Maastricht 27

april 2012, ECLI:NL:RBMAA:2012:BW5172, Rb. Den Bosch 14 juni 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BW8663.

7 Zie rechtsoverweging 4.6, 4.7 en 4.8 van het vonnis.



## 120

**Voorgescreven beoordelingssystematiek niet correct toegepast**

Rechtbank Rotterdam  
17 april 2023, C/10/651935 / KG ZA 23-76,  
ECLI:NL:RBROT:2023:3292  
(mr. A.F.L. Geerdes)

**Beoordeling gunningscriteria. Beoordelingscommissie. Beoordelingssystematiek. Grossmann. Herbeoordeling. Intrekking gunningsbeslissing. Kwalitatieve gunningscriteria. Motivering gunningsbeslissing. Rechtsverwerking.**

*Netbeheerders Enduris B.V. en Stedin Netbeheer B.V. (per 1 januari 2022 tezamen Stedin Netbeheer B.V.) zijn op 13 mei 2020 samen met waterbedrijf Evides B.V. een Europese aanbestedingsprocedure gestart. Het doel van deze procedure was het sluiten van raamovereenkomsten met meerdere partijen voor het aanleggen, vervangen, verplaatsen en verwijderen van verbindingen en aansluitingen voor drinkwater, elektra, gas, HFC (hybrid fibre coaxial) en telecom. De opdracht is verdeeld over 2 percelen.*

*Rasenberg heeft zich aangemeld voor het perceel Zeeland Zuid en is geselecteerd voor de gunningsfase. Aan het begin van de gunningsfase heeft een overlegfase plaatsgevonden, waarna Rasenberg een eerste inschrijving heeft ingediend. Na het voeren van een onderhandelingsgesprek heeft Rasenberg op 18 november 2022 een tweede (definitieve) inschrijving gedaan. Op 12 januari 2023 heeft Stedin aan alle inschrijvers van beide percelen de gunningsbeslissing toegezonden. Vanwege het niet behalen van de drempelwaarde van subgunningscriterium K2.2 is de inschrijving van Rasenberg als ongeldig terzijde gelegd. Op 24 januari 2023 heeft Rasenberg bezwaar gemaakt tegen de gunningsbeslissing, waarna Stedin op 27 januari 2023 alsnog de namen en scores van de voorlopige winnaars bekend heeft gemaakt en het bezwaar van Rasenberg verder heeft afgewezen.*

*Rasenberg vordert primair om Stedin te gebieden de gunningsbeslissing voor perceel Zeeland Zuid*

*in te trekken en de inschrijving van Rasenberg, althans voor zover vereist alle inschrijvingen, door een nieuwe beoordelingscommissie te laten herbeoordelen op de subgunningscriteria K1, K2.2, K2.3 en K4.1 en met inachtneming daarvan een nieuwe gunningsbeslissing te nemen. Subsidiar vordert Rasenberg om Stedin te gebieden de gunningsbeslissing voor perceel Zeeland Zuid in te trekken en, indien en voor zover Stedin nog wenst te gunnen, onder toepassing van een verbeterde beoordelingsmethodiek met inachtneming van het in het vonnis bepaalde een nieuwe inschrijf- en onderhandelingsfase te doorlopen. Rasenberg legt aan de vorderingen ten grondslag dat de door Stedin gehanteerde beoordelingssystematiek als zodanig ondeugdelijk en niet-transparant is. Daarnaast heeft Stedin de inschrijving van Rasenberg onjuist beoordeeld, omdat is afgewezen van het vastgestelde beoordelingskader. Stedin heeft haar eigen scoremethodiek onjuist toegepast door de verschillende beoordelingscomponenten oneigenlijk te vermengen. Als gevolg hiervan is een te lage score toegekend, aldus Rasenberg.*

*Stedin voert verweer en concludeert tot afwijzing van de vordering.*

**Beoordeling****Klacht over de gehanteerde beoordelingssystematiek**

*Aan Rasenberg kan worden toegegeven dat Stedin had kunnen kiezen voor een makkelijker te doorgronden beoordelingssysteem (voor een weergave van het systeem zij verwezen naar het vonnis). Het systeem als zodanig en mogelijke uitkomsten daarvan was voorafgaand aan de inschrijving kenbaar voor alle inschrijvers. Zowel op grond van de aanbestedingsstukken als op grond van vaste jurisprudentie (o.a. HvJEG Grossman-arrest, ECLI:EU:C:2004:93) mag van inschrijvers een proactieve houding worden verwacht, in die zin dat onvolkomenheden in en bezwaren tegen de aanbestedingsstukken en de procedure tijdig kenbaar worden gemaakt in een zo vroeg mogelijk stadium, op straffe van rechtsverwerking. Gelet op de uitgebreide Nota van Inlichtingen hebben inschrijvers, waaronder Rasenberg, die gelegenheid ruimschoots gehad en hebben zij daarvan deels ook gebruik gemaakt. Niet gebleken is dat Rasenberg tegen de scoringsmethodiek als zodanig bezwaar heeft gemaakt. Naar het oordeel van de rechter heeft Rasenberg*