

didaten gemiddeld 2 jaar actief op hun opdracht bleven voor de Provincie. Wat daar ook van moge zijn, was dit voor de beoordelingscommissie – kennelijk – niet (voldoende) van onderscheidende meerwaarde om haar het predicaat ‘uitstekend’ toe te kennen. Dit is naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter niet onbegrijpelijk. Uit de inschrijving van PiC volgt immers niet hoe zij de mate van borging van hetgeen gevraagd is gestand denkt te gaan doen.

Conclusie

De beoordelingscommissie heeft in redelijkheid tot de score ‘goed’ in plaats van de score ‘uitstekend’ kunnen komen op alle bovenstaande onderdelen van het gunningscriterium kwaliteit. Naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter is voorshands niet gebleken van (laat staan aperte) – procedurele dan wel inhoudelijke – onjuistheden of onduidelijkheden, zodat voor rechterlijk ingrijpen geen plaats is. De vordering dient daarom te worden afgewezen.

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

BUREAU VOOR OVERHEIDSCOMMUNICATIE B.V.,

gevestigd te Amersfoort,

2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

COMMUNICATIEMENSEN.NU B.V.,

gevestigd te Den Haag,

3. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

SCHAALX B.V.,

gevestigd te Utrecht,

eiseressen,

advocaat mr. S.C. Brackmann te Rotterdam,

tegen

de publiekrechtelijke rechtspersoon

PROVINCIE NOORD-HOLLAND,

zetelend te Haarlem,

gedaagde,

advocaat mr. J.H.C.A. Muller te 's-Gravenhage,

en

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

DOXA COMMUNICATIE B.V.,

gevestigd te Tilburg,

2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

BABBAGE COMPANY B.V.,

gevestigd te Amsterdam, eiseressen in het incident, tussenkomende partijen in de hoofdzaak, advocaat mr. A.J. van de Watering te Rotterdam.

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

149

Vertrek sleutelfunctionaris leidt tot ongeldigheid inschrijving

Rechtbank Den Haag

1 juli 2021, C-09-611355-KG ZA 21-424,

ECLI:NL:RBDHA:2021:6730

(mr. S.J. Hoekstra-van Vliet)

Noot mr. M.M. Fimerius

Gelijkheidsbeginsel. Intrekking gunningsbeslissing. Kwalitatieve gunningscriteria. (On)geldigheid inschrijving. Transparantiebeginsel.

[Aw 2012 art. 2:113a; ARW 2016 art. 3.39.1]

RWS heeft een Europese niet-openbare aanbestedingsprocedure georganiseerd voor het sluiten van een overeenkomst betreffende het meerjarig in stand houden van, monitoren van en informeren over de toestand van het areaal, met upgrade-werkzaamheden, in het beheergebied van RWS Zee & Delta, district Noord (hierna: ‘de Opdracht’). Op deze aanbestedingsprocedure is het Aanbestedingsreglement Werken 2016 (ARW 2016) van toepassing verklaard.

KWS heeft evenals de Combinatie en vier andere gegadigden tijdig een inschrijving ingediend. In haar inschrijving heeft KWS twee sleutelfunctionarissen aangeboden, waaronder mevrouw [A] als sleutelfunctionaris projectmanagement (hierna: ‘[A]’). Bij gunningsbeslissing van 30 juli 2020 heeft RWS de inschrijvers in kennis gesteld van haar voornemen de Opdracht te gunnen aan de combinatie [X]. Aan KWS is medegedeeld dat haar inschrijving in de rangorde als derde is geëindigd.

Op 31 juli 2020 heeft sleutelfunctionaris [A] haar arbeidsovereenkomst met KWS opgezegd. Haar

arbeidsovereenkomst is daardoor op 31 augustus 2020 geëindigd.

Op 3 september 2020 heeft RWS aan de inschrijvers bericht dat zij heeft besloten de gunningsbeslissing van 30 juli 2020 in te trekken. Op 23 september 2020 heeft RWS de inschrijvers bericht dat zij heeft besloten over te gaan tot een herbeoordeling van de inschrijvingen. De inschrijvers is daarbij verzocht schriftelijk te bevestigen dat zij bereid zijn hun inschrijving gestand te doen tot 1 april 2021.

KWS heeft schriftelijk verklaard dat zij haar inschrijving onvoorwaardelijk gestand doet (thans tot 1 juli 2021).

Op 17 februari 2021 heeft RWS medegedeeld dat zij op basis van de uitkomst van de uitgevoerde herbeoordeling van de inschrijvingen voornemens is de Opdracht aan KWS te gunnen. KWS is hierbij uitgenodigd voor de onderbouwingsfase en RWS heeft haar in dat kader verzocht haar inschrijving overeenkomstig de Aanbestedingsleidraad te onderbouwen en te detailleren. In dit bericht heeft RWS benadrukt dat de inschrijving van KWS als ongeldig terzijde zal worden gelegd indien op basis van de onderbouwing en nadere detaillering wordt geconstateerd dat de inschrijving niet aan de eisen voldoet. KWS heeft in het kader van de herbeoordeling op het vierde kwaliteitscriterium de maximale kwaliteitswaarde/score (10) behaald.

KWS heeft op 18 februari 2021 mondeling aan RWS medegedeeld dat [A] niet meer inzetbaar is als sleutelfunctionaris.

De Combinatie heeft – nadat haar bezwaar tegen de voorlopige gunningsbeslissing van 17 februari 2021 door RWS ongegrond was verklaard – op 9 maart 2021 een kort geding aanhangig gemaakt, waarin zij zich op het standpunt heeft gesteld dat de inschrijving van KWS vanwege het vertrek van [A] ongeldig had moeten worden verklaard en de gunningsbeslissing dientengevolge onrechtmatig is.

RWS verklaart de inschrijving van vervolgens KWS ongeldig en is voornemens de Opdracht te gunnen aan de Combinatie.

Oordeel van de voorzieningenrechter

In deze procedure moet de vraag worden beantwoord of RWS de inschrijving van KWS op 15 april 2021 op goede gronden (alsnog) als ongeldig ter zijde heeft gelegd.

De voorzieningenrechter beantwoordt die vraag bevestigend en overweegt daartoe als volgt. De aanbestedingsprocedure is op dit moment nog niet afgerond. Definitieve gunning van de Opdracht heeft immers nog niet plaatsgevonden. Op grond van art. 2:113a Aw en art. 3.39.1 ARW 2016 rust op de aanbestedende dienst de verplichting om ingeval van gerede twijfel over de inhoud of onderbouwing van een inschrijving effectief de juistheid daarvan te controleren. In dit geval bestond aanleiding voor een dergelijke effectieve controle.

De Opdracht is na herbeoordeling van de inschrijvingen op 17 februari 2021 voorlopig aan KWS gegund. In het kader van die herbeoordeling heeft de toetsing van de inschrijving van KWS aan het vierde (meest zwaarwegende) kwalitatieve gunningscriterium (bijdrage aan beoogd eindresultaat en projectdoelstellingen door sleutelfunctionarissen) plaatsgevonden op basis van de op dat moment beschikbare audio-opname van het interview met de twee door KWS in haar inschrijving aangeboden sleutelfunctionarissen. De twee in de inschrijving van KWS aangeboden sleutelfunctionarissen hebben tijdens hun interview hun bijdrage aan het beoogde eindresultaat en de doelstellingen van het project toegelicht en deze toelichting heeft ertoe geleid dat KWS maximaal op het vierde kwalitatieve gunningscriterium heeft gescoord. KWS kan niet worden gevolgd in haar betoog dat deze sleutelfunctionarissen in feite volledig inwisselbaar zijn omdat zij uitsluitend de visie van KWS hebben verwoord. Inschrijvers waren op grond van de Aanbestedingsleidraad immers verplicht om een functieprofiel per sleutelfunctionaris aan te leveren en in het kader van het vierde kwalitatieve gunningscriterium dient blijkens de Aanbestedingsleidraad beoordeeld te worden hoe de twee aangeboden sleutelfunctionarissen bijdragen aan het behalen van het beoogde eindresultaat en de projectdoelstellingen. De Aanbestedingsleidraad schrijft bovendien voor dat ingeval van gunning de twee aangeboden sleutelfunctionarissen gedurende de volledige looptijd van de met RWS te sluiten overeenkomst moeten worden ingezet. De bijdrage van specifiek deze twee sleutelfunctionarissen is daarmee dus in belangrijke mate bepalend voor zowel de scoretoekenning op voormeld gunningscriterium als (vanwege de met dit gunningscriterium te behalen kwaliteitswaarde) de uiteindelijke gunningsbeslissing.

RWS en de Combinatie stellen zich terecht op het standpunt dat de inschrijving van KWS reeds op 17 februari 2021 ongeldig had moeten worden verklaard. KWS beschikte immers ten tijde van die herbeoordeling van de inschrijvingen niet over een sleutelfunctionaris projectmanagement. Daarmee voldeed de inschrijving van KWS op dat moment niet aan alle eisen uit de Aanbestedingsleidraad.

Bovendien staat vast dat KWS RWS willens en wetens op het verkeerde been heeft gezet. Door het vertrek van [A] niet direct na opzegging van haar arbeidsovereenkomst maar pas ná de gunningsbeslissing van 17 februari 2021 aan RWS te melden, heeft KWS immers bewerkstelligd dat de herbeoordeling van haar inschrijving op het vierde kwalitatieve gunningscriterium heeft plaatsgevonden op basis van een interview met een op dat moment al niet meer beschikbare sleutelfunctionaris projectmanagement. Daarmee heeft KWS destijds op onjuiste gronden opnieuw de maximale score op het vierde kwalitatieve gunningscriterium toegekend gekregen. Tussen partijen is niet in geschil dat inschrijvers hangende de aanbestedingsprocedure geen beroep toekomt op de vervangingsregeling, die immers voorziet in de vervanging van sleutelfunctionarissen ná opdrachtverlening.

KWS is niettemin van mening dat haar inschrijving aan de gestelde eisen voldoet, omdat zij in de onderbouwingsfase (door het aandragen van een concrete vervangende sleutelfunctionaris) kan onderbouwen dat haar te zijner tijd in het kader van de uitvoering van de te sluiten overeenkomst een rechtsgeldig beroep op de vervangingsregeling zal toekomen. Dit betoog faalt. RWS zou in dat geval immers gedurende de aanbestedingsprocedure genoeg moeten nemen met een (aangekondigde) sleutelfunctionaris projectmanagement, met wie tijdens de inschrijffase geen interview heeft kunnen plaatsvinden. De Aanbestedingsleidraad voorziet immers niet in het afnemen van een interview met een sleutelfunctionaris ná bekendmaking van het gunningsvoornemen. Bovendien zou het toestaan van het door KWS tijdens de onderbouwingsfase aandragen van een in het kader van de uitvoering van de Opdracht in te zetten nieuwe sleutelfunctionaris projectmanagement neerkomen op een met art. 8.1 van de Aanbestedingsleidraad en het daaraan ten grondslag liggende aanbestedingsrechtelijke gelijkheidsbeginsel strijdige wijziging

van haar inschrijving. KWS zou daarmee immers worden bevoordeeld ten opzichte van de overige inschrijvers, onder meer vanwege het feit dat zij op die manier veel langer de tijd zou hebben om een sleutelfunctionaris projectmanagement te vinden.

Conclusie

Uit het voorgaande volgt dat RWS – na kennisgeving van het vertrek van [A] – op grond van het gelijkheids- en transparantiebeginsel gehouden was de gunningsbeslissing van 17 februari 2021 in te trekken en de inschrijving van KWS (alsnog) als ongeldig terzijde te leggen. Voor de door KWS verlangde belangenafweging is bij die stand van zaken geen plaats. De slotsom is dan ook dat de vordering van KWS wordt afgewezen.

1. KWS INFRA B.V. te Vianen,
2. VOLKERRAIL NEDERLAND B.V. te Vianen,
3. VIALIS B.V. te Houten,

eisers,
advocaten mrs. J.F. van Nouhuys en P. Heijnsbroek te Rotterdam,
tegen:

DE STAAT DER NEDERLANDEN (Ministerie van Infrastructuur en Waterstaat, meer in het bijzonder Rijkswaterstaat) te Den Haag,

gedaagde,
advocaat mr. J.H.C.A. Muller te Den Haag,
waarin zijn tussengekomen:

1. HEIJMANS INFRA B.V. te Rosmalen,
 2. ISTIMEWA ELEKTROTECHNIEK B.V. te Rithem,
- advocaten mrs. D.C. Orobio de Castro en L.A. Kersten te Amsterdam.

Partijen worden hierna respectievelijk aangeduid als ‘KWS’, ‘RWS’ en ‘de Combinatie’.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding van 3 mei 2021;
- de akte houdende overlegging producties van KWS;
- de conclusie van antwoord van RWS;
- de incidentele conclusie van de Combinatie tot primair tussenkomst en subsidiair voeging;
- de brief van mr. Orobio de Castro van 15 juni 2021, met producties;

- de op 17 juni 2021 gehouden mondelinge behandeling, waarbij door KWS en de Combinatie pleitnotities zijn overgelegd.

1.2. Ter zitting is vonnis bepaald op heden.

2. *Het incident tot primair tussenkomst en subsidiaire voeging*

2.1. De Combinatie heeft primair gevorderd te mogen tussenkomen in de procedure tussen KWS en RWS dan wel subsidiair zich te mogen voegen aan de zijde van RWS. Ter zitting hebben KWS en RWS verklaard geen bezwaar te hebben tegen de tussenkomst. De Combinatie is vervolgens toegelaten als tussenkomende partij, aangezien zij aannemelijk heeft gemaakt dat zij daarbij voldoende belang heeft. Voorts is niet gebleken dat de tussenkomst aan een voortvarende afdoening van dit kort geding in de weg staat. Hierdoor ontstaat er ook geen strijd met de goede procesorde in het algemeen.

3. *De feiten*

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

3.1. RWS heeft een Europese niet-openbare aanbestedingsprocedure georganiseerd voor het sluiten van een overeenkomst betreffende het meerjarig in stand houden van, monitoren van en informeren over de toestand van het areaal, met upgradewerkzaamheden, in het beheergebied van RWS Zee & Delta, district Noord (hierna: 'de Opdracht'). Op deze aanbestedingsprocedure is het Aanbestedingsreglement Werken 2016 (ARW 2016) van toepassing verklaard.

3.2. In de ten behoeve van deze aanbesteding door RWS opgestelde aanbestedingsleidraad van 10 oktober 2019 (hierna: 'de Aanbestedingsleidraad') valt in paragraaf 7.1 te lezen dat de Opdracht wordt gegund aan de economisch meest voordelige inschrijving (EMVI) met de beste prijs-kwaliteitverhouding (BPKV). Daarbij wordt blijkens paragraaf 1.3 gebruik gemaakt van de Best Value Procurement (BVP). Uitgangspunt van deze methode is dat de inschrijvingen worden gewaardeerd volgens het principe dat de meeste waarde moet worden verkregen voor de laagste prijs. De aanbestedingsprocedure kent een aanmeldingsfase, een selectiefase, een inschrijvingsfase, een beoordelingsfase en een onderbouwingsfase. Uit Bijlage I bij de Aanbestedingsleidraad met als aanhef 'Uitwerking BPKV-criteria voor de beste

prijs-kwaliteitverhouding' (hierna: 'Bijlage I') blijkt welke kwalitatieve gunningscriteria worden gehanteerd. Bijlage I bevat onder meer onderstaande 'Tabel BPKV-criteria' en onderstaand 'Rekenblad BPKV':

De relatie tussen beoordelingscijfers, waardering en kwaliteitswaarde voor alle kwaliteitscriteria is als volgt:

3.3. In het kader van het vierde kwaliteitscriterium 'Bijdrage aan beoogd eindresultaat en projectdoelstellingen door sleutelfunctionarissen' dienen blijkens paragraaf 6.4.4 en 6.4.5 van de Aanbestedingsleidraad in het kader van de inschrijvingsfase de volgende gegevens te worden verstrekt:

3.4. In paragraaf 8 van de Aanbestedingsleidraad is de onderbouwingsfase beschreven. In deze fase onderbouwt de inschrijver blijkens paragraaf 8.1 zijn inschrijving door het indienen van de in paragraaf 8.3 genoemde documenten. Aanpassing van de inschrijving is blijkens paragraaf 8.1 tijdens de onderbouwingsfase niet toegestaan. Aan de hand van de in paragraaf 8.3 genoemde documenten wordt blijkens paragraaf 8.2.5 geverifieerd of de inschrijving voldoet aan de eisen uit de aanbestedingsstukken. In paragraaf 8.3.1 valt te lezen dat de inschrijver de dominante informatie dient te onderbouwen, zoals verstrekt in de kwalitatieve documenten als bedoeld in paragraaf 6.4.3 en tijdens het interview. Uit paragraaf 8.1.1 volgt onder meer dat wanneer uit de in paragraaf 8.3 vermelde documenten blijkt dat a) de inschrijving niet voldoet aan de eisen van de overeenkomst, b) de documenten niet voldoen aan de in paragraaf 8.3 gestelde eisen of c) de documenten niet logisch voortbouwen op de bij de inschrijving ingediende documenten en derhalve geen onderbouwingsvormen van de daarin genoemde informatie, de inschrijving als ongeldig terzijde kan worden gelegd.

3.5. Kenmerkend voor de BVP-aanpak is de vrijheid van de opdrachtnemer om te bepalen welke werkzaamheden moeten worden uitgevoerd om de Opdracht te realiseren. Er zijn werkzaamheden die RWS zodanig van belang acht dat zij hieraan eisen heeft gesteld in de 'Vraagspecificatie Proces' van 10 oktober 2019 (hierna: 'de Vraagspecificatie'). In paragraaf 3.9 is bepaald onder welke omstandigheden de bij inschrijving aangeboden sleutelfunctionarissen gedurende de looptijd van de overeenkomst kunnen worden vervangen:

3.6. In annex III bij de Vraagspecificatie valt met betrekking tot het vervangen van sleutelfunctionarissen het volgende te lezen:

3.7. KWS heeft evenals als de Combinatie en vier andere gegadigden tijdig een inschrijving ingediend. In haar inschrijving heeft KWS twee sleutelfunctionarissen aangeboden, waaronder mevrouw [A] als sleutelfunctionaris projectmanagement (hierna: ' [A] '). Op 10 juni 2020 is het interview met de twee door KWS aangeboden sleutelfunctionarissen afgenomen en van dit interview is een audiobestand gemaakt.

3.8. Bij gunningsbeslissing van 30 juli 2020 heeft RWS de inschrijvers in kennis gesteld van haar voornemen de Opdracht te gunnen aan de combinatie [X] te [plaats]. Aan KWS is medegedeeld dat haar inschrijving in de rangorde als derde is geëindigd.

3.9. Op 31 juli 2020 heeft sleutelfunctionaris [A] haar arbeidsovereenkomst met KWS opgezegd. Haar arbeidsovereenkomst is daardoor op 31 augustus 2020 geëindigd.

3.10. Op 3 september 2020 heeft RWS aan de inschrijvers bericht dat zij heeft besloten de gunningsbeslissing van 30 juli 2020 in te trekken.

3.11. Op 23 september 2020 heeft RWS de inschrijvers bericht dat zij heeft besloten over te gaan tot een herbeoordeling van de inschrijvingen door een nieuwe beoordelingscommissie op basis van de ingediende kwalitatieve documenten en de audio-opnames van de reeds afgenomen interviews. De inschrijvers is daarbij verzocht schriftelijk te bevestigen dat zij bereid zijn hun inschrijving gestand te doen tot 1 april 2021.

3.12. KWS heeft respectievelijk op 29 september 2020, 6 oktober 2020, 15 oktober 2020, 12 november 2020, 8 januari 2020 en 5 maart 2021 schriftelijk verklaard dat zij haar inschrijving onvoorwaardelijk gestand doet (thans tot 1 juli 2021).

3.13. Op 17 februari 2021 heeft RWS medegedeeld dat zij op basis van de uitkomst van de uitgevoerde herbeoordeling van de inschrijvingen voornemens is de Opdracht aan KWS te gunnen. KWS is hierbij uitgenodigd voor de onderbouwingsfase en RWS heeft haar in dat kader verzocht haar inschrijving overeenkomstig de Aanbestedingsleidraad te onderbouwen en te detailleren. In dit bericht heeft RWS benadrukt dat de inschrijving van KWS als ongeldig terzijde zal worden gelegd indien op basis van de onderbouwing en nadere detaillering wordt geconstateerd dat de inschrijving niet aan de eisen voldoet.

KWS heeft in het kader van de herbeoordeling – voor zover thans van belang – op het vierde kwaliteitscriterium de maximale kwaliteitswaarde/score (10) behaald.

3.14. KWS heeft op 18 februari 2021 mondeling aan RWS medegedeeld dat [A] niet meer inzetbaar is als sleutelfunctionaris. Op 26 februari 2021 heeft KWS schriftelijk onder meer als volgt aan RWS bericht:

“In lijn met het gestelde in Vraagspecificatie Proces OR010 en OR020 alsmede Annex III bij de VS (Acceptatieplan) melden wij dat tijdens het vertraagde gunningstraject 1 van onze sleutelfunctionarissen ontslag heeft genomen.

Wij zijn op dit moment een geschikte (gelijkwaardige) sleutelfunctionaris aan het selecteren. Wij verwachten binnen 3 weken deze nieuwe sleutelfunctionaris te hebben geselecteerd. Vervolgens zullen wij deze Sleutelfunctionaris conform Annex III ter acceptatie voordragen.

De (minimale) gelijkwaardigheid van de Sleutelfunctionaris onderbouwen wij tijdens de onderbouwingsfase in ons projectmanagementplan.”

3.15. De Combinatie heeft – nadat haar bezwaar tegen de voorlopige gunningsbeslissing van 17 februari 2021 door RWS ongegrond was verklaard – op 9 maart 2021 een kort geding aanhangig gemaakt, waarin zij zich – kort gezegd – in lijn met haar eerdere bezwaar, op het standpunt heeft gesteld dat de inschrijving van KWS vanwege het vertrek van [A] ongeldig had moeten worden verklaard en de gunningsbeslissing dientengevolge onrechtmatig is.

3.16. Op 15 april 2021 heeft RWS via TenderNed onder meer aan KWS bericht:

“Met betrekking tot uw inschrijving delen wij u mede dat uw inschrijving ongeldig is verklaard.

(...)

NB: Over het vertrek van de sleutelfunctionaris heeft u Rijkswaterstaat eerst op 18 februari 2021 mondeling geïnformeerd. Inmiddels is mij bekend dat deze sleutelfunctionaris reeds medio september 2020 niet meer bij u in dienst was. Ik stel vast dat deze omstandigheid door u niet direct is gemeld, maar dat u dit pas daags na de publicatie van de voorlopige gunningsbeslissing van 17 februari 2021, mondeling op 18 februari 2021 en schriftelijk op 26 februari 2021, aan Rijkswaterstaat heeft meegegeeld. Dit terwijl u sinds 29 september 2020, na het vertrek van de sleutelfunctionaris, een aantal keren heeft verklaard dat u uw inschrijving gestand doet. Uw gestanddoeningsverklaring heeft ertoe geleid

dat (o.a.) op basis van de geluidsopnames van het gesprek met de twee in uw inschrijving genoemde sleutelfunctionarissen, waaronder de inmiddels vertrokken mw. [A], een herbeoordeling van uw inschrijving heeft plaatsgevonden. Deze herbeoordeling heeft geleid tot het gunningsvoornemen van 17 februari 2021, waarin uw inschrijving is aangegeven als de inschrijving met de beste prijs/kwaliteit verhouding (BPKV), mede nu uw inschrijving een 10 scoorde op het BPKV criterium 4.

De na de bekendmaking van het gunningsvoornemen van 17 februari 2021 gebleken nieuwe omstandigheid van de uitdiensttreding van mw. [A] is voor mij reden de gunningsbeslissing nog eens goed tegen het licht te houden. Hoewel ik aanvankelijk meende dat vervanging van de sleutelfunctionaris tot de mogelijkheden behoort, ben ik inmiddels met bezwaarmaker van mening dat dat standpunt niet juist is omdat dit zou leiden tot een ongeoorloofde wijziging van uw inschrijving. Voor vervanging van de sleutelfunctionaris is gedurende de aanbestedingsprocedure geen ruimte. In paragraaf 8.1 van de Aanbestedingsleidraad is bepaald dat het aanpassen van de inschrijving ook in de onderbouwingsfase niet is toegestaan. De aanbestedingsdocumenten voorzien ook anderszins niet in vervanging van een sleutelfunctionaris gedurende het aanbestedingsproces. Het zou dan ook in strijd zijn met het in acht te nemen gelijkheids- en transparantiebeginsel om u die kans te bieden, nog daargelaten dat het vervangen van een sleutelfunctionaris niet zou kunnen worden toegestaan zonder uw inschrijving opnieuw op BPKV criterium 4 te beoordelen. Voor een individuele herbeoordeling van uw inschrijving op basis van een nieuw voorgedragen sleutelfunctionaris biedt de Aanbestedingsleidraad evenmin ruimte.

Door het vertrek van een sleutelfunctionaris is een onderdeel van uw aanbod/inschrijving achterhaald c.q. ontbreekt een van de sleutelfunctionarissen waarop uw inschrijving op gunningscriterium is beoordeeld. Hierdoor is een deel van uw inschrijving komen te vervallen en kunt u uw inschrijving/aanbod – in weerwil van uw eerdere verklaring – niet meer onvoorwaardelijk gestand doen.

Dit dient (alsnog) te leiden tot ongeldigverklaring van uw inschrijving.

Ik verwijs in dit verband tevens naar de passage in de gunningsbeslissing van 17 februari 2021:

“Als ik op basis van bedoelde onderbouwing en nadere detaillering constateer dat uw inschrijving niet voldoet aan de eisen, dan wordt uw inschrijving als

ongeldig terzijde gelegd. U komt dan niet langer voor verlening van de opdracht in aanmerking”

Feit is dat u niet meer beschikt over de twee in uw inschrijving genoemde sleutelfunctionarissen en dat uw inschrijving (daarmee) niet meer voldoet aan de in de Aanbestedingsleidraad gestelde eisen.

Met deze brief informeer ik u derhalve dat ik de gunningsbeslissing van 17 februari 2021 intrek en een nieuwe gunningsbeslissing neem, inhoudende dat ik voornemens ben de opdracht te gunnen aan de combinatie Heijmans-Istimewa, met wie ik een onderbouwingsfase zal starten.”

4. Het geschil

4.1. KWS vordert – zakelijk weergegeven – bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

primair:

- RWS te gebieden de gunningsbeslissing van 15 april 2021 in te trekken;
- RWS te gebieden de inschrijving van KWS als geldig aan te merken;
- RWS te gebieden de Opdracht na het succesvol afronden van de onderbouwingsfase aan KWS te gunnen, voor zover RWS de opdracht nog wenst te gunnen;

subsidiar:

- RWS te gebieden de gunningsbeslissing van 15 april 2021 in te trekken;
- RWS te gebieden de inschrijving van KWS als geldig aan te merken;
- RWS te gebieden een nieuwe gunningsbeslissing te nemen ten gunste van KWS, voor zover RWS de Opdracht nog wenst te gunnen;

zowel primair als subsidiar op straffe van een per gebod door RWS te verbeuren dwangsom en met veroordeling van RWS in de proces- en nakosten.

4.2. Daartoe voert KWS – samengevat – het volgende aan. De beslissing om de Opdracht aan de Combinatie te gunnen is onrechtmatig. Volgens KWS is haar inschrijving ten onrechte ongeldig verklaard, nu haar daarin gedane aanbod als gevolg van het onvoorziene vertrek van [A] niet is gewijzigd. Volgens KWS voldoet haar aanbod onverminderd aan de aanbestedingsstukken, nu tijdens de uitvoering van de Opdracht conform haar aanbod door haar gebruik zal worden gemaakt van de aangeboden sleutelfunctionarissen dan wel van een gelijkwaardige vervanger conform de contractuele vervangingsregeling. Er is niet een deel van de inschrijving komen te vervallen. De vervanging van een sleutelfunctionaris

betreft volgens KWS een contractuele aangelegenheid, die pas aan de orde is in de uitvoeringsfase en die geen impact heeft op de voorafgaande aanbestedingsprocedure. Van vervanging van de sleutelfunctionaris gedurende de aanbestedingsprocedure is geen sprake. Het feit dat in de onderbouwingsfase reeds duidelijk wordt dat van die contractuele regeling gebruik gemaakt zal worden, maakt naar de mening van KWS haar inschrijving niet ongeldig. Geen van de situaties als bedoeld in paragraaf 8.1.1 van de Aanbestedingsleidraad doet zich voor. Daarbij benadrukt KWS dat de tijdens het interview door de sleutelfunctionarissen verstrekte informatie geen persoonlijke opvattingen van de sleutelfunctionarissen betreft, maar een door de organisatie voorbereide (en door de sleutelfunctionarissen verwoorde) toelichting op de inschrijving en daaraan ten grondslag liggende werkwijze, die nog steeds correct is. Evenmin staat volgens KWS vast dat zij haar inschrijving niet meer kan nakomen en dat hierdoor sprake is van een irreële inschrijving. KWS stelt dat zij in de onderbouwingsfase zal laten zien dat zij bij aanvang van de opdracht, derhalve vóór de definitieve gunning, gebruik zal mogen en kunnen maken van de contractuele vervangingsregeling. KWS stelt dat zij haar inschrijving dus nog onverkort gestand kan doen, nu de verplichting om de aangeboden sleutelfunctionarissen dan wel hun vervangers in te zetten pas vanaf de uitvoeringsfase op haar rust. Haar inschrijving voldoet aan alle eisen en deze dient dan ook voor gunning in aanmerking te komen, zodra de onderbouwingsfase succesvol is afgerond, aldus KWS. Het door RWS in de gunningsbeslissing van 15 april 2021 verwoorde standpunt heeft volgens KWS ongewenste gevolgen. In de eerste plaats creëert RWS hiermee een mogelijkheid voor inschrijvers om de onherroepelijkheid van hun inschrijvingen op te heffen, aangezien een inschrijver zich door het wegvallen van een sleutelfunctionaris desgewenst eenvoudig aan gunning kan onttrekken. In de tweede plaats wordt het hierdoor volgens KWS voor inschrijvers interessant om elkaar sleutelfunctionarissen over te nemen/weg te kopen. Ten slotte wijst KWS er met het oog op de aan te leggen belangenafweging op dat de onderhavige situatie is ontstaan doordat RWS niet meteen tot een juiste gunningsbeslissing is gekomen.

4.3. RWS en de Combinatie voeren verweer, dat hierna, voor zover nodig, zal worden besproken.

4.4. De Combinatie vordert – zakelijk weergegeven – bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, RWS te gebieden om de Opdracht na het succesvol door haar doorlopen van de onderbouwingsfase aan haar te gunnen en van KWS te veroordelen zulks te gehengen en te gedogen, met veroordeling van KWS in de proceskosten.

4.5. Verkort weergegeven stelt de Combinatie daartoe dat zij er belang bij heeft dat de opdracht definitief aan haar gegund wordt en dat zij daarom belang heeft bij afwijzing van de vorderingen van KWS, nu die definitieve gunning daardoor in gevaar kan komen.

4.6. Voor zover nodig zullen de standpunten van KWS en RWS met betrekking tot de vorderingen van de Combinatie hierna worden besproken.

5. De beoordeling van het geschil

5.1. In deze procedure moet de vraag worden beantwoord of RWS de inschrijving van KWS op 15 april 2021 op goede gronden (alsnog) als ongeldig ter zijde heeft gelegd.

5.2. De voorzieningenrechter beantwoordt die vraag bevestigend en overweegt daartoe als volgt. De aanbestedingsprocedure is op dit moment nog niet afgerond. Definitieve gunning van de Opdracht heeft immers nog niet plaatsgevonden. Op grond van artikel 2:113a Aw en artikel 3.39.1 ARW 2016 rust op de aanbestedende dienst de verplichting om in geval van gerede twijfel over de inhoud of onderbouwing van een inschrijving effectief de juistheid daarvan te controleren. In dit geval bestond aanleiding voor een dergelijke effectieve controle.

5.3. De Opdracht is na herbeoordeling van de inschrijvingen op 17 februari 2021 voorlopig aan KWS gegund. In het kader van die herbeoordeling heeft de toetsing van de inschrijving van KWS aan het vierde (meest zwaarwegende) kwalitatieve gunningscriterium (bijdrage aan beoogd eindresultaat en projectdoelstellingen door sleutelfunctionarissen) plaatsgevonden op basis van de op dat moment beschikbare audio-opname van het interview met de twee door KWS in haar inschrijving aangeboden sleutelfunctionarissen. De twee in de inschrijving van KWS aangeboden sleutelfunctionarissen hebben tijdens hun interview hun bijdrage aan het beoogde eindresultaat en de doelstellingen van het project toegelicht en deze toelichting heeft ertoe geleid dat KWS maximaal op het vierde kwalitatieve gunningscriterium heeft gescoord. KWS kan niet worden gevolgd

in haar betoog dat deze sleutelfunctionarissen in feite volledig inwisselbaar zijn omdat zij uitsluitend de visie van KWS hebben verwoord. Inschrijvers waren op grond van de Aanbestedingsleidraad immers verplicht om een functieprofiel per sleutelfunctionaris aan te leveren en in het kader van het vierde kwalitatieve gunningscriterium dient blijkens de Aanbestedingsleidraad beoordeeld te worden hoe de twee aangeboden sleutelfunctionarissen bijdragen aan het behalen van het beoogde eindresultaat en de projectdoelstellingen. De Aanbestedingsleidraad schrijft bovendien voor dat ingeval van gunning de twee aangeboden sleutelfunctionarissen gedurende de volledige looptijd van de met RWS te sluiten overeenkomst moeten worden ingezet. De bijdrage van specifiek deze twee sleutelfunctionarissen is daarmee dus in belangrijke mate bepalend voor zowel de scoretoekenning op voormeld gunningscriterium als (vanwege de met dit gunningscriterium te behalen kwaliteitswaarde) de uiteindelijke gunningsbeslissing.

5.4. RWS en de Combinatie stellen zich terecht op het standpunt dat de inschrijving van KWS reeds op 17 februari 2021 ongeldig had moeten worden verklaard. KWS beschikte immers ten tijde van die herbeoordeling van de inschrijvingen niet over een sleutelfunctionaris projectmanagement. Daarmee voldeed de inschrijving van KWS op dat moment niet aan alle eisen uit de Aanbestedingsleidraad. Paragraaf 6.4.4 verplicht de inschrijvers immers tot het aanbieden van twee specifieke sleutelfunctionarissen. Het toekennen van een score aan de inschrijving van KWS op het vierde (en zwaarstwegende) kwalitatieve gunningscriterium was op 17 februari 2021 bij gebreke van een sleutelfunctionaris projectmanagement niet mogelijk. De inschrijving van KWS kon immers bij gebreke van die sleutelfunctionaris niet worden vergeleken met de inschrijvingen van de overige inschrijvers, die ten tijde van de herbeoordeling wel over de door hen bij inschrijving aangeboden sleutelfunctionaris projectmanagement konden beschikken.

5.5. Bovendien staat vast dat KWS RWS willens en wetens op het verkeerde been heeft gezet. Door het vertrek van [A] niet direct na opzegging van haar arbeidsovereenkomst maar pas ná de gunningsbeslissing van 17 februari 2021 aan RWS te melden, heeft KWS immers bewerkstelligd dat de herbeoordeling van haar inschrijving op het vierde kwalitatieve gunningscriterium heeft plaatsge-

vonden op basis van een interview met een op dat moment al niet meer beschikbare sleutelfunctionaris projectmanagement. Daarmee heeft KWS destijds op onjuiste gronden opnieuw de maximale score op het vierde kwalitatieve gunningscriterium toegekend gekregen. Tussen partijen is niet in geschil dat inschrijvers hangende de aanbestedingsprocedure geen beroep toekomt op de hiervoor beschreven vervangingsregeling, die immers voorziet in de vervanging van sleutelfunctionarissen ná opdrachtverlening. KWS is niettemin van mening dat haar inschrijving aan de gestelde eisen voldoet, omdat zij in de onderbouwingsfase (door het aandragen van een concrete vervangende sleutelfunctionaris) kan onderbouwen dat haar te zijner tijd in het kader van de uitvoering van de te sluiten overeenkomst een rechtsgeldig beroep op de vervangingsregeling zal toekomen. Dit betoog faalt. RWS zou in dat geval immers gedurende de aanbestedingsprocedure genoeg moeten nemen met een (aangekondigde) sleutelfunctionaris projectmanagement, met wie tijdens de inschrijffase geen interview heeft kunnen plaatsvinden. De Aanbestedingsleidraad voorziet immers niet in het afnemen van een interview met een sleutelfunctionaris ná bekendmaking van het gunningsvoornemen. Bovendien zou het toestaan van het door KWS tijdens de onderbouwingsfase aandragen van een in het kader van de uitvoering van de Opdracht in te zetten nieuwe sleutelfunctionaris projectmanagement neerkomen op een met artikel 8.1 van de Aanbestedingsleidraad en het daaraan ten grondslag liggende aanbestedingsrechtelijke gelijkheidsbeginsel strijdige wijziging van haar inschrijving. KWS zou daarmee immers worden bevoordeeld ten opzichte van de overige inschrijvers, onder meer vanwege het feit dat zij op die manier veel langer de tijd zou hebben om een sleutelfunctionaris projectmanagement te vinden.

5.6. Uit het voorgaande volgt dat RWS – na kennisneming van het vertrek van [A] – op grond van het gelijkheids- en transparantiebeginsel gehouden was de gunningsbeslissing van 17 februari 2021 in te trekken en de inschrijving van KWS (alsnog) als ongeldig terzijde te leggen. Voor de door KWS verlangde belangenafweging is bij die stand van zaken geen plaats. De slotsom is dan ook dat de vordering van KWS dient te worden afgewezen.

5.7. Nu RWS voornemens is de opdracht ook definitief te gunnen aan de Combinatie, brengt

voormelde beslissing mee dat de Combinatie geen belang (meer) heeft bij toewijzing van haar vorderingen, zodat deze worden afgewezen. De Combinatie zal worden veroordeeld in de kosten van RWS, welke kosten worden begroot op nihil, nu niet is gebleken dat RWS als gevolg van deze vorderingen extra kosten heeft moeten maken. Ondanks de afwijzing moet KWS in haar verhouding tot de Combinatie worden aangemerkt als de in het ongelijk gestelde partij. Het doel van de Combinatie was immers te voorkomen dat de opdracht alsnog aan KWS zou worden gegund, welk doel is bereikt. KWS zal dan ook worden veroordeeld in de proceskosten van de Combinatie. Voorts zal KWS, als de in het ongelijk gestelde partij, worden veroordeeld in de proceskosten aan de zijde van RWS. Voor de door RWS gevorderde veroordeling in de nakosten bestaat geen grond, nu de kostenveroordeling ook voor deze nakosten een executoriala titel oplevert (vgl. HR 19 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL1116, NJ 2011/237).

6. De beslissing

De voorzieningenrechter:

6.1. wijst het door KWS en de Combinatie gevorderde af;

6.2. veroordeelt de Combinatie voor wat betreft de door haar ingestelde vorderingen jegens RWS in de kosten van RWS, tot dusver begroot op nihil;

6.3. veroordeelt KWS in de overige proceskosten, tot dusver aan de zijde van zowel RWS als de Combinatie telkens begroot op € 1.683,-- , waarvan € 667,-- aan griffierecht en € 1.016,-- aan salaris advocaat;

6.4. bepaalt dat de aan RWS verschuldigde proceskosten dienen te worden voldaan binnen veertien dagen nadat dit vonnis is uitgesproken en dat KWS bij gebreke daarvan daarover de wettelijke rente verschuldigd is;

6.5. verklaart de proceskostenveroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

Sleutelfunctionaris als gunningcriterium, dan vervangingsregeling noodzakelijk

In dit geschil stond het gunningcriterium 'Bijdrage aan beoogd eindresultaat en projectdoelstellingen door sleutelfunctionarissen' centraal. Dit gunningcriterium werd door RWS in een inter-

view met de door de inschrijvers aangeboden sleutelfunctionarissen getoetst. Het interview was het meest zwaarwegende kwalitatieve gunningcriterium dat in deze aanbestedingsprocedure werd gebruikt.

Het houden van een interview als zelfstandig gunningcriterium is niet per definitie onmogelijk.¹ Uiteraard dient dit gunningcriterium wel te voldoen aan de eisen die de Aw 2012 stelt. Een gunningcriterium dient onder meer voldoende verband te houden met het voorwerp van de opdracht. De Aw 2012 biedt expliciet de mogelijkheid om de kwalificatie van personeel dat op de uitvoering van de opdracht wordt ingezet als gunningcriterium te hanteren, wanneer de kwaliteit van het personeel een aanzienlijke invloed kan hebben op het niveau van de uitvoering van de opdracht.²

De deugdelijkheid van het gunningcriterium stond in het geschil echter niet ter discussie. Het geschil was ontstaan doordat de door de beoogd winnaar (KWS) aangeboden sleutelfunctionaris na inschrijving, en na de eerste (voor KWS negatieve) gunningsbeslissing haar arbeidsovereenkomst bij KWS had opgezegd. Op het moment dat de keuze van RWS – meer dan een half jaar later – alsnog op KWS viel, was de aangeboden sleutelfunctionaris niet langer bij KWS werkzaam. Voor RWS was dit reden om de inschrijving van KWS alsnog ongeldig te verklaren.

Omdat in het interview was beoordeeld of de aangeboden sleutelfunctionarissen optimaal zouden bijdragen aan het realiseren van het eindresultaat en de projectdoelstellingen, hadden de aangeboden sleutelfunctionarissen een grote invloed op de beoordeling van de inschrijvingen. Uit het Wall AG-arrest volgt dat in dat geval het wijzigen van de aangeboden sleutelfunctionarissen al snel een ontoelaatbare, wezenlijke wijziging oplevert.³

RWS had dit probleem voorzien, en had in de aanbestedingsdocumenten een regeling opgenomen

1 Zie bijvoorbeeld Hof Den Haag 17 maart 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:413.

2 Artikel 2.115 lid 2 sub g Aw 2012.

3 HvJ EG 13 april 2010, zaak C-91/08.

voor het geval een sleutelfunctionaris wegens onvoorziene omstandigheden zou moeten worden gewijzigd. Deze regeling was echter alleen geschreven voor de contractfase. Voor een wijziging van de sleutelfunctionarissen gedurende de aanbestedingsprocedure had RWS geen regeling getroffen. De voorzieningenrechter overweegt dat inschrijvers gedurende de aanbestedingsprocedure geen beroep toekomt op de vervangingsregeling die geldt voor de contractfase, aangezien die regeling daarvoor niet geschreven is.

RWS had er goed aan gedaan in de aanbestedingsdocumenten ook een voorziening te treffen voor een wijziging van de sleutelfunctionarissen gedurende de aanbestedingsprocedure. Door het ontbreken van een dergelijke regeling, komt het met het gunningcriterium geïntroduceerde risico (te weten: opzegging, ziekte of overlijden van de aangeboden sleutelfunctionaris) gedurende de aanbestedingsprocedure volledig voor rekening van de inschrijver (in dit geval KWS). Dat is mijns inziens niet redelijk.

Uiteraard kan worden gezegd dat KWS eerder melding had moeten maken van het vertrek van de sleutelfunctionaris, of dat KWS bezwaar had kunnen maken tegen het feit dat niet een voorziening was getroffen voor het wijzigen van een sleutelfunctionaris gedurende de aanbestedingsprocedure, echter de oorsprong van het probleem ligt in het gehanteerde gunningcriterium. Een regeling zoals deze voor de contractfase gold, had mijns inziens ook voor de aanbestedingsprocedure moeten worden geformuleerd. Zolang deze regeling duidelijk, nauwkeurig, en ondubbelzinnig is en de voorwaarden omschrijft waaronder een sleutelfunctionaris kan worden vervangen⁴, behoeft een noodzakelijk geworden wijziging van een sleutelfunctionaris gedurende de aanbestedingsprocedure geen onoverkomelijk probleem te zijn en tot ongeldigheid van een inschrijver te leiden. Immers, alle inschrijvers zijn in dat geval op het moment van inschrijven op de hoogte van de mogelijkheid om een sleutelfunctionaris te vervangen onder de in de regeling opgenomen voorwaarden. Deze regeling geldt voor alle inschrijvers op gelijke wijze. De bezwaren die de voorzieningenrechter in het von-

nis signaleert voor analoge toepassing van de vervangingsregeling uit de contractfase (kort gezegd: strijd met het gelijkheidsbeginsel en transparantiebeginsel) zijn daarmee weggenomen.

mr. M.M. Fimerius
advocaat bij Maasdam Broers Fischer advocaten

150

Gronduitgifte vormt overheidsopdracht voor werken

Rechtbank Rotterdam
16 juli 2021, C/10/619104 / KG ZA 21-408,
ECLI:NL:RBROT:2021:7123
(mr. P. de Bruin)
Noot mr. dr. P. Heijnsbroek

Aanbestedingsplicht. Drempelbedrag. EMVI. Intrekking aanbestedingsprocedure. Niet-openbare procedure. Overheidsopdracht voor werken. Gronduitgifte. Müller-criteria.

Op 15 juni 2020 heeft de gemeente (Dordrecht) via TenderNed de aankondiging gedaan van een nationale niet-openbare aanbesteding van de opdracht '180147GDD Vlijweide' (hierna: de opdracht). De opdracht betreft de ontwikkeling en realisatie van een woonbuurt. Op 27 januari 2021 heeft de Combinatie ingeschreven op de opdracht. Bij brief van 18 maart 2021 heeft de gemeente aan de Combinatie laten weten dat zij vier inschrijvingen heeft ontvangen en dat de inschrijving van de Combinatie als economisch meest voordelige inschrijving is geëindigd. Daarbij is opgemerkt dat de gemeente voornemens is om de gronduitgifte aan de Combinatie te gunnen. Op 3 mei 2021 heeft de gemeente de intrekking van de aanbestedingsprocedure op TenderNed gepubliceerd.

Beoordeling van de zaak

Vooropgesteld wordt dat een aanbestedende dienst, zoals de gemeente, niet slechts in uitzonderlijke gevallen van het plaatsen van een overheidsopdracht kan afzien en dat het besluit daartoe niet noodzakelijkerwijs op gewichtige redenen behoeft te berusten. Dit laat evenwel onverlet dat de aanbestedende dienst verplicht is om de rede-

4 Vergelijk artikel 2.163c Aw 2012