

6.37. Voor veroordeling in de nakosten bestaat geen grond, nu de kostenveroordeling ook voor deze nakosten een executorialie titel oplevert (vgl. HR 19 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL1116). De rechtbank zal, zoals gevorderd, de nakosten begroten conform het gevorderde liquidatietarief.

7. De beoordeling in de vrijwaringszaak

7.1. Aangezien de vordering in de hoofdzaak wordt afgewezen, wordt ook de vordering in de vrijwaringszaak afgewezen.

7.2. Het is de eigen keuze geweest van Rijkswaterstaat om een vordering in gewijaring in te stellen en niet eerst de uitkomst van de hoofdzaak af te wachten. Bovendien stond in de hoofdzaak een eigen zorgplicht (verificatieverplichting) van Rijkswaterstaat centraal, zodat nog niet zonder meer gezegd is of en in hoeverre, bij een andere uitkomst, een veroordeling in de hoofdzaak op [B.V. III] had kunnen worden afgewenteld. De rechtbank zal Rijkswaterstaat dan ook veroordelen in de proceskosten in de vrijwaringszaak, aan de zijde van [B.V. III] begroot op € 1.086,-, aan salaris advocaat (2 punten x tarief € 543,-).

8. De beslissing in de hoofdzaak

De rechtbank

In het incident

8.1. wijst de vordering af;

8.2. veroordeelt [B.V. I c.s.] in de proceskosten, aan de zijde van Rijkswaterstaat begroot op nihil;

In de hoofdzaak

8.3. wijst de vorderingen af;

8.4. veroordeelt [B.V. I c.s.] in de proceskosten, aan de zijde van Rijkswaterstaat begroot op € 1.704,- aan tot op heden gemaakte proceskosten en op € 131,- aan nog te maken nakosten, te vermeerderen met € 68,- in geval van betekening;

8.5. bepaalt dat de proceskosten worden vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW, indien de proceskosten niet binnen veertien dagen na betekening van dit vonnis zijn betaald;

8.6. verklaart de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad;

9. De beslissing in de vrijwaringszaak

9.1. wijst de vordering af;

9.2. veroordeelt Rijkswaterstaat in de proceskosten, aan de zijde van [B.V. III] begroot op € 1.086,-.

NOOT

Deze noot heeft betrekking op «JAAN» 2020/46 en «JAAN» 2020/51

Onderzoeksplicht bij irreële inschrijving

De onderhavige uitspraken (van Rechtbank Rotterdam en Rechtbank Den Haag) bevatten diverse onderwerpen, waarvan ik er in deze noot slechts één behandel, te weten: de onderzoeksplicht van de aanbestedende dienst bij een mogelijk irreële inschrijving. Hierbij staat centraal in hoeverre een aanbestedende dienst een onderzoeksplicht heeft, wanneer een afgewezen inschrijver zich op het standpunt stelt dat sprake is van een irreële inschrijving.

Ontstaan onderzoeksplicht

In de hoofdregel mag de aanbestedende dienst uitgaan van de juistheid van de inschrijving. Dit wordt anders indien de aanbestedende dienst reden heeft om te moeten twijfelen aan die juistheid. Wanneer de afgewezen inschrijver stelt dat de aanbestedende dienst moet twijfelen, is het (in beginsel) ook aan de afgewezen inschrijver om die gerede twijfel aannemelijk te maken. Als gerede twijfel wordt aangenomen, komt een onderzoeksplicht te rusten op de aanbestedende dienst.¹

De onderzoeksplicht kan verschillende grondslagen hebben, zoals art. 2.113a en 2.116 Aw 2012, maar ook de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht.² Op basis van art. 2.113a Aw 2012 kan een aanbestedende dienst gehouden

1 Zie onderhavige uitspraak van Rb. Den Haag 18 december 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:13751, r.o. 6.8 en 6.12 en vgl. Rb. Den Haag 30 januari 2013, ECLI:NL:2013:11066 «JAAN» 2013/178, m.nt. T.H. Chen, Rb. Den Haag 3 oktober 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:13185 «JAAN» 2019/10, Rb. Den Haag 24 juli 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:7534 «JAAN» 2019/168, Rb. Rotterdam 26 september 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:7993 «JAAN» 2019/187. Zie tevens G. 't Hart, T&C Aanbestedingswet, aant. 3 bij art. 2.113a Aw.

2 Indien het Europese recht niet van toepassing is (op bijvoorbeeld meervoudig onderhandse aanbestedingen) kan de onderzoeksplicht voor de aanbestedende

zijn te controleren in of en zo ja, welke mate de inschrijving daadwerkelijk aan de (gunning)crite-
ria³ voldoet en op basis van art. 2.116 Aw 2012
kan op de aanbestedende dienst een onder-
zoekspllicht rusten indien sprake is van een ab-
normaal lage prijs.⁴ Overigens is de aanbeste-
dende dienst op grond van dit laatste artikel niet
gehouden – behoudens de in leden 5 en 6 van
het artikel genoemde gevallen – om een inschrij-
ving met abnormaal lage prijs af te wijzen, maar
kan zij wel gehouden zijn tot een contradictoir
debat.⁵ Dit artikel zal in de praktijk slechts beperkt
mogelijkheden bieden voor een afgewezen in-
schrijver die de winnende inschrijving ter discussie
wil stellen, aangezien in de rechtspraak wordt
aangenomen dat het artikel niet strekt tot be-
scherming van andere inschrijvers⁶. Zoals gezegd
vormen ook de algemene beginselen van het
aanbestedingsrecht, het gelijkheids- en transpa-

rantiebeginsel, een grondslag voor de onder-
zoekspllicht van de aanbestedende dienst bij irre-
ele inschrijvingen. Daarnaast kan de
onderzoekspllicht overigens ook ontstaan uit de
eisen van de redelijkheid en billijkheid in de pre-
contractuele verhouding.⁷ Verder leiden criteria
uit de aanbestedingsleidraad die bijvoorbeeld
een marktconforme en/of kostendekkende prijs
voorschrijven⁸ tevens tot een onderzoekspllicht
ten aanzien van (het realiteitsgehalte van) de in-
schrijvingsprijs.

De onderzoekspllicht van de aanbestedende
dienst ontstaat in beginsel pas bij gerede twijfel.⁹
Wanneer hiervan sprake is, zal van geval tot ge-
val verschillen.¹⁰ Indien de afgewezen inschrijver
een beroep doet op gerede twijfel, hoeft deze
niet concreet aan te tonen dat de inschrijving van
de (voorlopige) winnaar irreëel is.¹¹ Het is vol-
doende wanneer een afgewezen inschrijver tot
op zekere hoogte aannemelijk maakt dat de in-
schrijving niet realiseerbaar is of niet voldoet aan
de eisen van de aanbesteding.

Een beroep op gerede twijfel door een afgewe-
zen inschrijver lijkt in de rechtspraak vooralsnog
niet snel te worden aangenomen. Er zijn tal van
voorbeelden waarbij de afgewezen inschrijver er
niet in slaagde gerede twijfel te doen ontstaan.¹²

dienst tevens ontstaan via bijvoorbeeld het zorgvul-
digheidsbeginsel of de precontractuele goede trouw.

- 3 Art. 67 lid 4 Richtlijn 2014/24/EU ziet slechts op de
gunningcriteria en is geïmplementeerd in art. 2.113a
Aw. In de Nederlandse rechtspraak is het tweede lid van
art. 2.113a Aw echter al diverse malen ruimer uitgelegd,
in die zin dat het artikel als grondslag kan worden ge-
bruikt voor de verificatiepllicht ten aanzien van uitslui-
tingsgronden en geschiktheidseisen. Vgl. Rb. Gelder-
land 14 juni 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:6248 «JAAN»
2020/29, Rb. Gelderland 4 februari 2020,
ECLI:NL:RBGEL:2020:1494 en Rb. Limburg 12 februa-
ri 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:1107.
- 4 Zie voor een nadere beschouwing over art. 2.113a en
2.116 Aw 2012 en het onderscheid hiertussen de anno-
taties onder Rb. Den Haag 22 december 2017,
ECLI:NL:RBDHA:2017:15285 en Rb. Gelderland 10
april 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:2449 te weten
«JAAN» 2018/47, m.nt. E.L.H. Snijder-van Erp en
«JAAN» 2018/157, m.nt. J.H.C.A. Muller.
- 5 G. 't Hart, T&C Aanbestedingswet, aant. 1 tot en met 6
bij art. 2.116 Aw. Zie verder de recente uitspraak Rb.
Midden-Nederland 31 juli 2019,
ECLI:NL:RBMNE:2019:3633 «JAAN» 2019/170,
waarbij ProRail gehouden werd het contradictoir de-
bat ingevolge art. 2.116 Aw 2012 voort te zetten met
VolkerRail.
- 6 Zie o.a. Hof Den Haag 15 maart 2007,
ECLI:NL:GHSGR:2007:BA0867 «JAAN» 2007/25, Rb.
Rotterdam 13 februari 2017,
ECLI:NL:RBROT:2017:1182 «JAAN» 2017/89, Rb.
Amsterdam 8 maart 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:1504
«JAAN» 2017/156.

- 7 T.H. Chen, 'Hoe oordeelt de Nederlandse rechter over
strategisch inschrijven', *Tijdschrift aanbestedingsrecht
en staatssteun*, 2018, nr. 3, p. 21-31.
- 8 Waarbij het een aanbestedende dienst is aan te raden
deze eis zorgvuldig te formuleren. Rb. Midden-Neder-
land 22 februari 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:939
«JAAN» 2019/113 m.nt. J. Haest.
- 9 Deze stelling ziet slechts op het verschijnsel irreële in-
schrijving en laat onverlet de primaire taak en verant-
woordelijkheid van de aanbestedende dienst om im-
mer te onderzoeken of de inschrijving(en) voldoet(/
voldoen) aan de gestelde eisen.
- 10 Hof Den Haag 1 november 2016,
ECLI:NL:GHDHA:2016:3172 «JAAN» 2016/198.
- 11 HvJ EU 12 maart 2015, C-538/13 (eVigilo) «JAAN»
2015/60, m.nt. E. Verweij.
- 12 Rb. Gelderland 3 februari 2017,
ECLI:NL:RBGEL:2017:1370 «JAAN» 2017/86, Rb. Den
Haag 28 augustus 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:9823
«JAAN» 2017/229, CBB 1 november 2018,
ECLI:NL:CBB:2018:558 «JAAN» 2019/17, Rb. Den
Haag 26 november 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:12530

Zo is bijvoorbeeld het verschil in prijs of een erg lage prijs, op zichzelf genomen in voorkomend geval onvoldoende om een onderzoeksplicht aan te nemen.¹³ Hoewel het betoog van een irreële inschrijving regelmatig wordt afgewezen,¹⁴ is een geslaagd beroep hierop niet onmogelijk. De rechter heeft al enkele keren aangenomen dat op voorhand vaststond dat inschrijver bij gunning de inschrijving (waarschijnlijk) niet kon waarmaken. Voorbeelden van dergelijke gevallen zijn inschrijvingen met een stiptheid van 100%, een uitvoeringsduur van één tot enkele dagen en (recent) met producten die op basis van productinformatie ongeschikt zijn te achten.¹⁵

Onderhavige uitspraken

In het kort geding bij Rechtbank Rotterdam, bevoegt de afgewezen inschrijver dat de aanbestedende dienst de winnaar had moeten uitsluiten, of nader onderzoek had moeten doen, omdat de prijs waarmee winnaar heeft ingeschreven op de post "reparatie rubber snippers" niet (kostendekkend en niet) reëel zou zijn.¹⁶ Het betoog van de afgewezen inschrijver blijkt echter onvoldoende om een irreële inschrijving aan te nemen of om gerede twijfel te zaaien. Zo werd o.a. de door de afgewezen inschrijver ingebrachte expertiseberekening terzijde gelegd, omdat aannemelijk werd geacht dat bij deze berekening foutieve uitgangspunten waren gehanteerd.

«JAAN» 2020/14 en Hof Den Haag 10 december 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:3178 «JAAN» 2020/5.

13 Rb. Arnhem 6 december 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BO9068, Hof Arnhem-Leeuwarden 9 april 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:EZ8213 «JAAN» 2013/112, m.nt. T.H. Chen, Rb. Gelderland 12 oktober 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:5779 «JAAN» 2016/256, Rb. Den Haag, 12 september 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:1096, Rb. Midden-Nederland 19 juli 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:3440 «JAAN» 2019/173, Rb. Gelderland 12 februari 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:1499.

14 En de inschrijver het risico loopt dat de rechter terughoudend toetst (Rb. Amsterdam 8 maart 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:1504 «JAAN» 2017/156).

15 Hof Amsterdam 30 november 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:BA4235, BR 2007/99, m.nt. T.H. Chen en Rb. Gelderland 10 april 2018 en Rb. Gelderland 14 juni 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:6248.

16 In dit geval was in de aanbestedingsstukken de eis opgenomen dat de opgegeven tarieven reëel dienden te zijn.

In de uitspraak van Rechtbank Den Haag werd wel twijfel aangenomen. Hier had de door winnaar opgegeven onderaannemer in contacten met de aanbestedende dienst aangegeven dat zij de opdracht niet voor de winnaar zou uitvoeren. Hoewel de aanbestedende dienst hier een onderzoeksplicht had,¹⁷ leidde dit evenwel niet tot toewijzing van de (schadevergoedings-)vordering¹⁸ van de afgewezen inschrijver. De rechter stelde namelijk vast dat de aanbestedende dienst had voldaan aan de op haar rustende verificatieplicht, waarmee de ontstane twijfel was weggenomen en dus op de aanbestedende dienst geen onderzoeksplicht meer rustte.

De uitspraken sluiten daarmee aan bij de lijst van uitspraken waarbij het beroep van de afgewezen inschrijver niet slaagde. Niettemin blijkt uit de laatste uitspraak wel dat het zeker niet onmogelijk is om gerede twijfel te doen ontstaan.

Reikwijdte onderzoeksplicht

Uit de jurisprudentie blijkt de omvang van de onderzoeksplicht. De rechter neemt een onderzoeksplicht aan bij gerede twijfel. Deze onderzoeksplicht is evenwel begrensd. Op het moment dat deze twijfel wordt weggenomen (door onderzoek van de aanbestedende dienst en/of voldoende gemotiveerd weerspreken van stellingen van de afgewezen inschrijver), wordt door de rechter de onderzoeksplicht niet (langer) aangenomen. De onderzoeksplicht heeft aldus betrekking op de (door de afgewezen inschrijver(s)) opgeworpen twijfel en de aan die twijfel ten grondslag liggende stellingen en feiten. De onderzoeksplicht strekt (in beginsel) dan ook niet verder. Daarbij onderzoekt de aanbestedende dienst de inschrijving op basis van de informatie die zij ontvangt van inschrijver(s), hetgeen de onderzoeksplicht tevens beperkt.

De reikwijdte van de onderzoeksplicht geldt niet slechts voor de aanbestedende dienst, maar ook voor inschrijver(s). De winnende inschrijver behoeft zijn inschrijving (waaronder prijs en werk-

17 Naast de verificatieplicht die reeds uit de aanbestedingsstukken volgde.

18 De afgewezen inschrijver vordert schadevergoeding ex. art. 6:162 BW. Waarschijnlijk in verband met de Alcateltermijn en de gestelde irreële inschrijving pas in de onderbouwingsfase naar voren kwam.

wijze) in beginsel slechts nader te onderbouwen voor zover dat nodig is om de twijfel bij de aanbestedende dienst weg te nemen. Hoe verstrekkend die onderbouwing moet zijn, is afhankelijk van de feitelijke omstandigheden en de omvang van de twijfel. Aandachtspunt is dat de aanbestedende dienst de aanbestedende dienst de nodige vrijheid wordt gegund om te bepalen of al dan niet sprake is van gerede twijfel en of die twijfel door de onderbouwing wordt weggenomen. De onderbouwing moet dan ook voldoende zijn om deze twijfel te kunnen wegnemen. Door de onderbouwing te beperken, loopt een winnaar het risico dat de aanbestedende dienst haar inschrijving ter zijde legt, of afwijst. Dit geldt eveneens voor de afgewezen inschrijver bij zijn het beroep op gerede twijfel. De afgewezen inschrijver kan immers door een ruimere onderbouwing van de twijfel, die twijfel verruimen en daarmee de onderzoeksplicht.

Conclusie en enkele vuistregels voor de praktijk

Een aanbestedende dienst mag in beginsel uitgaan van de juistheid van een inschrijving. Wanneer (bijvoorbeeld door gemotiveerde stellingen van de afgewezen inschrijver) gerede twijfel ontstaat bij de aanbestedende dienst, is de aanbestedende dienst niettemin gehouden tot nader onderzoek. Deze onderzoeksplicht ziet aldus op de gerede twijfel. Indien deze twijfel wordt weggenomen, door nader onderzoek of doordat de twijfel gemotiveerd wordt weersproken, is de aanbestedende dienst in de praktijk niet langer gehouden tot nader onderzoek en/of het terzijde leggen, of afwijzen van de inschrijving. De rechter zal in dat geval de vordering in kort geding afwijzen. Deze praktische regel geldt in principe voor zowel art. 2.113a Aw 2012 en 2.116 Aw 2012, als voor een beroep op de algemene aanbestedingsbeginselen, al bieden de diverse grondslagen niet eenzelfde bescherming.¹⁹

Een aantal algemene vuistregels voor de praktijk:

1. De aanbestedende dienst mag uitgaan van de juistheid van de inschrijving, behoudens gerede twijfel.
2. Bij gerede twijfel, dient de aanbestedende dienst de aan die twijfel ten grondslag liggende stellingen en feiten te onderzoeken.

3. Bij een beroep op gerede twijfel door de afgewezen inschrijver, is het in beginsel aan de afgewezen inschrijver om die gerede twijfel aannemelijk te maken.²⁰

4. De afgewezen inschrijver doet er daarbij verstandig aan de twijfel ruim te onderbouwen, zodat (1) hij meer kans heeft dat gerede twijfel ontstaat en (2) deze twijfel minder snel kan worden weggenomen.

4. De winnaar doet er – op haar beurt – verstandig aan zijn inschrijving zodanig (nader) te onderbouwen dat de gerede twijfel kan worden weggenomen.

mr. E.H. Leenders
advocaat bij Infense advocaten

47

Twee aanmeldingen/één gegadigde

Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag
14 oktober 2019, nr. C/09/579141/KG ZA
19/819, ECLI:NL:RBDHA:2019:14010
(mr. G. van Ham)

Uitsluitingsgrond. Niet-openbare procedure. Loting. Transparantiebeginsel. Uitleg. Selectie. Heraanbesteding. Voorlopige gunningsbeslissing. Herstel gebrek. Eenvoudig gebrek. (On-) geldigheid inschrijving.

De provincie Zuid-Holland (hierna: de Provincie) heeft een Europese niet-openbare aanbestedingsprocedure georganiseerd voor het Integraal Dagelijks Beheer en Onderhoud (DBO) Vaarwegen (hierna: de aanbesteding). Bepaald is dat er maximaal vijf geschikte gegadigden in aanmerking komen voor een uitnodiging tot deelname aan de inschrijvingsfase.

De beoordelingsprocedure houdt in dat een loting plaats zal vinden en dat direct na binnenkomst van de aanmeldingen de namen van de gegadigden worden overhandigd aan een notaris, die de

¹⁹ Zie de genoemde annotaties in voetnoot 3.

²⁰ Dit is anders in geval van art. 2.116 Aw 2012. Daar is het aan de afgewezen inschrijver om de twijfel te ontkrachten en/of aan te voeren dat het contradictoir debat onvoldoende is gevoerd.