

toch nog concrete pogingen ondernam om van enkele 'oude' bouwmogelijkheden op het terrein gebruik te maken. De Afdeling hechtte daarbij onder meer ook nog belang aan het feit dat onduidelijk was of die pogingen uiteindelijk zouden passen in het grote herontwikkelingsplan en die pogingen bovendien het risico inhielden dat het overleg met de gemeente over dat plan zou worden bemoeilijkt.

6. De Afdeling aanvaardt sinds jaar en dag dat overheden eventuele planschade niet in geld, maar in natura compenseren door de schadeveroorzakende planologische maatregel 'terug te draaien' of doordat zij middels een bestemmingsplanwijziging voorzien in alternatieve bouwen/of gebruiksmogelijkheden. Voor deze wijze van compenseren hanteert de Afdeling wel strenge voorwaarden (vgl. recent onder meer nog ABRvS 3 maart 2021, ECLI:NL:RVS:2021:436 en 28 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1656).

In dit geval had de gemeente ervoor gekozen om in een nieuw bestemmingsplan een aantal alternatieve bouw- en gebruiksmogelijkheden voor het terrein op te nemen. Om te bepalen of daarmee de waardevermindering van het terrein als gevolg van het Lib (volgens de taxateur van de STAB € 190.000,- per peildatum 2003) voldoende gecompenseerd werd, moest tevens de waardestijging van het bedrijfsterrein bepaald worden als gevolg van die alternatieve bouw- en gebruiksmogelijkheden (per peildatum inwerkingtreding van het nieuwe bestemmingsplan: 2012). Deze waardestijging werd getaxeerd op ruim € 6,6 miljoen, en compenseerde dus ruimschoots de waardevermindering als gevolg van het Lib. Omdat in dit geval het verschil heel groot was, laat de Afdeling in het midden of bij een kleiner verschil het bedrag van de waardestijging niet contant moet worden gemaakt naar de peildatum van de waardevermindering om die beide bedragen zuiver te kunnen vergelijken.

7. Met het compenseren van planschade in natura door middel van het vaststellen van een 'corrigerend' bestemmingsplan is vaak geruime tijd gemoeid, in bovenstaand geval uiteindelijk ruim negen jaar. Sugar City stelde dat zij in deze periode (tijdelijke) inkomensschade had geleden als gevolg van beperkingen in de bouw- en gebruiksmogelijkheden op grond van het Lib en de vertraging die daarmee bij herontwikkeling van het terrein was ontstaan. Probleem bij deze tijdelijke inkomensschade was dat volgens vaste de jurisprudentie van de Afdeling inkomensschade niet voor vergoeding in aanmerking komt indien deze inkomensschade bestaat uit 'gemist voordeel van een op de peildatum nog niet aangevangen bedrijfsvoering'. Maar ook op dit punt vond de Afdeling in het feit dat Sugar City op peildatum al intensief bezig was met de herontwikkeling van het terrein aanleiding om op dit uitgangspunt een uitzondering te maken. Volgens de Afdeling lag het in de rede om in dit geval na te gaan of de eigenaar door de vertraging in de herontwikkeling van het terrein als gevolg van het Lib de mogelijkheid van tussentijdse exploitatie van het terrein was onthouden. Om dit te bepalen kreeg de STAB opdracht om een zo realistisch mogelijke inschatting te maken van de tussentijdse exploitatiemogelijkheden van het terrein voor Sugar City in de periode van ruim negen jaar (inclusief een zekere startperiode), rekening houdend met de 'oude' bedrijfsbestemming.

De taxateur van de STAB heeft daartoe een fictieve exploitatie van de betreffende gebouwen opgezet en vervolgens de potentieel gemiste inkomsten als gevolg van de tijdelijke bouw- en gebruiksbelemmeringen begroot: over ruim negen jaar een bedrag van ruim € 435.000,-.

8. Al met al concludeerde de Afdeling dat de waardestijging van het terrein als gevolg van het corrigerende bestemmingsplan uit 2008 ruimschoots de waardevermindering én tijdelijke inkomensschade als gevolg van het Lib overtrof, en daarmee een vergoeding van de gehele planschade met dat corrigerende bestemmingsplan 'voldoende anderszins verzekerd' was. Het verzoek van Sugar City om planschadevergoeding is daarmee – na 14 jaar procederen – definitief afgewezen, maar Sugar City blijft – gelet op de grote waardestijging van het bedrijfsterrein als gevolg van het corrigerende bestemmingsplan – bepaald niet met lege handen achter. De vraag blijft dan natuurlijk of de gemeente ook zonder deze planschadeclaim bereid zou zijn geweest om vergelijkbare nieuwe bouw- en gebruiksmogelijkheden planologisch mogelijk te maken!

I.P.A. van Heijst

Aanbestedingsrecht

BR 2021/77

Rechtbank Den Haag 24 december 2020,
nr. C-09-601348-KG ZA 20-999
(Mr. G.H.I.J. Hage)
m.nt. E.H. Leenders¹

(Art. 2.113a Aanbestedingswet 2012)

Module Aanbesteding 2021/1587
ECLI:NL:RBDHA:2020:14344

Geen gerede twijfel aan inschrijving (ondanks handleiding) bij bevestiging door leverancier en aanbestedende dienst.

De Politie heeft een Europese aanbesteding georganiseerd voor levering en onderhoud van Automatische Externe Defibrillatoren (AED's). De als tweede geëindigde inschrijver (AED Solutions) stelt dat de inschrijving van winnaar (Procardio) irreëel is, c.q. de uitvoering door de winnaar niet zal voldoen aan de gestelde eisen. De rechtbank acht echter géén gerede twijfel aanwezig ten aanzien van de geldigheid van de winnende inschrijving.

Vonnis in kort geding van 24 december 2020
in de zaak van
AED SOLUTIONS B.V. te Stramproy, gemeente Weert,
eiseres,

¹ Eva Leenders is advocaat bij Infense advocaten, gespecialiseerd op bouwen aanbestedingsrecht.

tegen:

DE (NATIONALE) POLITIE te Den Haag,
gedaagde,

waarin is tussengekomen:

PROCARDIO B.V.te Apeldoorn,

Partijen worden hierna respectievelijk aangeduid als 'AED Solutions', 'de Politie' en 'ProCardio'.

(...)

3. De feiten

(...)

3.2. Bij de aanbestedingsleidraad is een programma van eisen (hierna: pve) gevoegd. Daarin staat als eerste vermeld:

“Dit hoofdstuk bevat de eisen die aan de Opdracht worden gesteld.

Door in te schrijven op deze Opdracht verklaart de Inschrijver, bij de uitvoering van de Opdracht, volledig te voldoen aan alle eisen die genoemd zijn in de Aanbestedingsstukken.”

Verder zijn in het pve onder meer de volgende eisen opgenomen:

“A-1 Levering AED's

De opdrachtnemer levert, onderhoudt en repareert op verzoek van de Politie AED's die geschikt zijn voor het semiautomatisch defibrilleren van volwassenen en kinderen door medici en niet-medici.

(...)

A-7 Bedienwijze

De bedienwijze van de AED dient direct duidelijk te zijn en te zijn aangebracht op het apparaat zelf (pictogrammen of referentie kaart). Oftewel de apparatuur moet intuïtief en zonder handleiding correct te gebruiken zijn.

(...)

A-9 Omstandigheden

De AED moet minimaal voldoen aan de eisen gesteld in MIL-STD-810F-516.5, procedure IV (Transit Droptest, 122 cm)

(...)

0-5 Levensduur batterij

De batterij heeft na aflevering een standaard levensduur van minimaal 5 jaar.”

(...)

4. Het geschil

4.1. AED Solutions vordert, zakelijk weergegeven:

primair:

de Politie te gebieden om de gunningsbeslissing in te trekken, de inschrijving van ProCardio terzijde te leggen en – indien de Politie nog tot gunning van de opdracht wenst

over te gaan – de opdracht aan AED Solutions te gunnen, op straffe van verbeurte van een dwangsom;

subsidiair:

de Politie te gebieden een zorgvuldige en voor AED Solutions verifieerbare controle uit te voeren van de AED waarmee ProCardio heeft ingeschreven op het punt van de eisen A-1, A-9 en 0-5 van het pve, de Politie te verbieden de opdracht aan ProCardio te gunnen voordat deze controle heeft plaatsgevonden, de Politie te gebieden informatie te verstrekken zodat AED Solutions in staat wordt gesteld om te controleren of ProCardio daadwerkelijk aan de (minimum)eisen voldoet en de Politie te gebieden de inschrijving van ProCardio terzijde te leggen en de opdracht aan AED Solutions te gunnen als blijkt dat de door haar aangeboden AED niet aan alle eisen uit het pve voldoet,

een en ander op straffe van verbeurte van een dwangsom en met veroordeling van de Politie in de proceskosten op de wijze zoals in de dagvaarding vermeld.

4.2. Daartoe voert AED Solutions – samengevat – het volgende aan. AED Solutions gaat ervan uit dat ProCardio heeft ingeschreven met een bepaald type AED, welke aanname door de Politie niet is weersproken. Uit de gebruikshandleiding en brochures blijkt dat de door ProCardio aangeboden AED niet voldoet aan de door de Politie gestelde eisen. De Politie is niet ingegaan op de bezwaren van AED Solutions en stelt enkel dat de door ProCardio aangeboden AED wel voldoet aan de eisen. Het had echter op de weg van de Politie gelegen om een verifieerbare controle uit te voeren ten aanzien van de AED van ProCardio. Ook vordert AED Solutions de afgifte van de betreffende informatie zodat zij in staat wordt gesteld om te controleren of ProCardio daadwerkelijk aan de minimumeisen van de aanbesteding voldoet.

(...)

5. De beoordeling van het geschil

(...)

5.2. De voorzieningenrechter overweegt vervolgens dat volgens vaste rechtspraak het vereiste van effectieve rechtsbescherming niet zover gaat dat de Politie AED Solutions op enig moment in de gelegenheid zou moeten stellen te controleren of de inschrijving van de winnaar voldoet aan de gestelde eisen. De beoordeling van een inschrijving is aan de aanbestedende dienst. De aanbestedende dienst moet daarbij in beginsel uitgaan van de juistheid van (verklaringen in) de inschrijvingen. In geval van gerede twijfel of de inschrijver voldoet aan een gestelde eis, is de aanbestedende dienst evenwel gehouden daar nader onderzoek naar te verrichten. Vermeden moet immers worden dat de opdracht wordt gegund aan een inschrijver die niet aan een eis voldoet.

5.3. De politie heeft er in reactie op het gestelde in de dagvaarding op gewezen dat zij er in de aanbesteding voor heeft gekozen om aan inschrijvers te vragen om te bevestigen dat de inschrijving voldoet aan de gestelde eisen, waarbij bij sommige eisen aanvullend is gevraagd om aan te geven hoe wordt voldaan en/of om productspecificaties te geven. De politie heeft niet gevraagd om handleidingen te

verstrekken, onder meer omdat er soms sprake is van productspecificaties die niet conform de handleiding zijn. Dat is overigens bij de inschrijving van AED Solutions ook het geval, aldus de Politie. Ook heeft de Politie niet gevraagd om bij de inschrijving een voorbeeldproduct te verstrekken en er is (gezien de aard van het product) ook niet voorzien in een testvoorziening. De politie stelt dat ProCardio door in te schrijven op de opdracht heeft verklaard bij de uitvoering van de opdracht volledig te voldoen aan alle eisen die genoemd zijn in de aanbestedingsstukken. De politie stelt verder op basis van de inschrijvingsbescheiden van ProCardio te hebben vastgesteld dat de door haar aangeboden AED voldoet aan de eisen A-1, A-9 en O-5 van het pve. Zij stelt tevens dat zij ook aan die eisen zal vasthouden en dat ProCardio daaraan zal moeten blijven voldoen. Tot slot stelt de Politie kennis te hebben genomen van de door ProCardio in deze procedure overgelegde gezamenlijke verklaring van ProCardio en haar leverancier Philips betreffende het voldoen aan de gestelde eisen A-1, A-9 en O5 van het pve. De Politie stelt daar dan ook niet aan te twifelen.

5.4. Bezien in dit licht kan de enkele verwijzing door AED Solutions naar hetgeen over het door ProCardio ingediende product staat vermeld in handleidingen en brochures geen grondslag vormen voor het bestaan van gerede twijfel of de inschrijving van ProCardio voldoet aan de gestelde eisen, zoals bedoeld onder 5.2. Van een verdergaande onderzoeksplicht van de Politie is geen sprake en op de gevorderde bescheiden kan AED Solutions geen aanspraak maken, zo volgt uit hetgeen onder 5.2 is vermeld.

5.5. Het gevorderde zal daarom worden afgewezen.
(...)

6. De beslissing

De voorzieningenrechter:

- 6.1. wijst het gevorderde af;
- 6.2. veroordeelt AED Solutions om binnen veertien dagen nadat dit vonnis is uitgesproken de kosten van dit geding te betalen aan zowel ProCardio als de Politie, tot dusver voor beide partijen begroot op € 1.636,--, waarvan € 656,-- aan griffierecht en € 980,-- aan salaris advocaat;
- 6.3. bepaalt dat AED Solutions bij gebreke van tijdige betaling de wettelijke rente over de proceskosten verschuldigd is;
- 6.4. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad.

Noot

1. In deze uitspraak betoogt de als tweede geëindigde inschrijver (eiseres) tevergeefs dat de winnaar haar inschrijving bij uitvoering niet waar kan maken, althans dat zij niet conform de eisen van de aanbesteding zal presteren. Eiseres verwijst ter onderbouwing van haar stelling naar de gebruikershandleiding en brochure van het in de winnende inschrijving aangeboden product.
2. De rechtbank benoemt in haar uitspraak eerst het kader, waarbij de hoofdregel is dat een aanbestedende

dienst mag uitgaan van de juistheid van de inschrijving. Niettemin is de aanbesteding in geval van gerede twijfel gehouden tot nader onderzoek. Dit onderzoek strekt (in beginsel) niet verder dan de opgeworpen twijfel en dus tot de twijfel wordt weggenomen (door nader onderzoek of gemotiveerd weerspreken).

3. Hoewel de onderzoeksplicht van de aanbestedende dienst verschillende grondslagen kan hebben,² ontstaat de verplichting voor de aanbestedende dienst om een inschrijving op verzoek van een andere inschrijver nader te onderzoeken in beginsel pas bij gerede twijfel.³ Het is aan de afgewezen inschrijver om die gerede twijfel aannemelijk te maken. De aanbestedende dienst hoeft in dat kader de afgewezen inschrijver overigens niet in staat te stellen om de winnende inschrijving te controleren.⁴

4. In onderhavige uitspraak stelt eiseres dat de inschrijving niet voldoet aan (vier) uitvoeringseisen.⁵ Aangezien pas bij uitvoering aan deze eisen moet worden voldaan, zal de afgewezen inschrijver om gerede twijfel te zaaien aannemelijk moeten maken dat de inschrijving niet realiseerbaar is en/of niet zal (kunnen) voldoen aan de in de aanbesteding gestelde eisen. Dit blijkt in de praktijk geen eenvoudige taak. Het beroep op deze afwijzingsgrond heeft dan ook vooralsnog slechts een enkele keer tot succes geleid.

5. In deze uitspraak leidt het beroep evenmin tot succes. De rechtbank ziet géén gerede twijfel, ondanks de productinformatie waarop eiseres wijst (gebruikshandleiding en brochure). Zowel de winnende inschrijver als de leverancier garandeerden dat het product voldoet aan de eisen. In een enigszins vergelijkbare situatie nam Rb. Gelderland op basis van (een catalogus met) productspecificaties wel gerede twijfel aan, terwijl ook daar een verklaring werd aangeleverd namens zowel winnende inschrijver als leverancier.⁶

6. Hoewel deze uitspraken strijdig lijken aan elkaar, hoeft dat niet zo te zijn. Dat komt omdat de uitspraken op enkele belangrijke punten van elkaar verschillen. Zo baseerde de afgewezen inschrijver zich in de onderhavige uitspraak niet op de productspecificaties, maar slechts op een gebruikershandleiding. Aangezien in een handleiding niet alle productspecificaties (correct) behoeven te zijn opgenomen, leidt dit hier niet tot gerede twijfel. Daarbij heeft de aanbestedende dienst in onderhavige uitspraak op basis van de inschrijving vastgesteld dat wordt voldaan aan de

2 Zie voor diverse grondslagen mijn eerdere annotatie bij ECLI:NL:RBDHA:2019:13751 en ECLI:NL:RBROT:2020:336 (JAAN 2020/46 en JAAN 2020/51).

3 Deze stelling ziet slechts op het verschijnsel irreële inschrijving en laat onverlet de primaire taak en verantwoordelijkheid van de aanbestedende dienst om te onderzoeken of de inschrijving(en) voldoet(/voldoent) aan de gestelde eisen.

4 Zie in die zin ook Rb. Den Haag 30 januari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:11066; Rb. Den Haag 3 oktober 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:13185; Rb. Den Haag 24 juli 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:7534; Rb. Rotterdam 26 september 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:7993; Rb. Den Haag 18 december 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:13751. Zie tevens G. 't Hart, T&C Aanbestedingswet, aant. 3 bij art. 2.113a Aw.

5 Overigens wordt het standpunt van eiseres t.a.v. 1 van deze uitvoeringseisen door de rechter buiten beschouwing gelaten, omdat eiseres dit standpunt pas in haar pleitnota inneemt en dus te laat.

6 Rb. Gelderland 14 juni 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:6248.

eisen, anders dan het geval bij Rb. Gelderland (althans blijkt dat niet uit die uitspraak). En tot slot (niet onbelangrijk) kon Rb. Gelderland uit de verklaring van inschrijver en leverancier niet afleiden dat hetgeen in de winnende inschrijving werd aangeboden ook voldeed aan de gevraagde eisen. Uit die verklaring kon immers niet worden afgeleid dat aan de eisen zou worden voldaan, omdat daar de winnende inschrijver nou juist deze eisen betwistte. Ook dit is anders dan de verklaring van Rb. Den Haag.

7. Conclusie is dat productspecificaties onder omstandigheden kunnen leiden tot gerede twijfel, maar deze twijfel door een verklaring van inschrijver en leverancier, afhankelijk van de inhoud daarvan, weer kan worden weggenomen.

8. De les voor de praktijk van inschrijvers: onderbouwen! De onderbouwing bepaalt immers of, en zo ja in welke mate gerede twijfel (en dus een onderzoeksplicht voor aanbestedende dienst) ontstaat. Hoe specifiek hoe beter (productspecificaties i.p.v. een handleiding). Bovendien zal een ruim onderbouwde twijfel minder snel worden weggenomen. Aan de andere kant zal een goed onderbouwde inschrijving (al dan niet met een duidelijke verklaring van leverancier achteraf) gerede twijfel kunnen voorkomen/wegnemen.

9. Voor de aanbestedende dienst geldt dat zij in beginsel mag afgaan op de onderbouwing van inschrijvers. Echter, ook zij zal haar twijfel of juist het ontbreken daarvan moeten onderbouwen. De reikwijdte van die motiveringsverplichting zal in sterke mate afhankelijk zijn van de onderbouwing van inschrijvers.

10. Let wel, ook bij een beperkte onderbouwing van de twijfel door afgewezen inschrijver doet een aanbestedende dienst er verstandig aan om kritisch de inschrijving te bekijken. Doet zij dat niet en blijkt tijdens uitvoering (bijv. door een WOB-verzoek) dat de inschrijving (toch) niet realiseerbaar is/niet voldoet aan de eisen, kan sprake zijn van een wezenlijke wijziging en zelfs schadelijkheid voor de aanbestedende dienst.⁷

11. Zo kan in onderhavig geval AED Solutions alsnog de Politie en Procardio in rechte aanspreken als tijdens uitvoering zou blijken dat het aangeboden product van Procardio toch niet blijkt te voldoen (zoals tijdens het onderhavige kort geding betoogd door AED Solutions).

12. Kortom, hoewel het in beginsel aan inschrijvers is om de twijfel of inschrijving te onderbouwen, doen aanbestedende diensten er verstandig aan de (winnende) inschrijving(en) kritisch te bekijken.

E.H. Leenders

BR 2021/78

Raad van Arbitrage voor de Bouw 10 mei 2021, nr. 36.868 (Mr. A.G.J. van Wassenaer van Catwijck, ir. J.T. Bresters & ing. B. Koman)
m.nt. M.A. Greven¹

(§ 44 UAV-GC)

Bouwrecht, tijdig aanspraak maken op kostenvergoeding § 44 UAV-GC.

Opdrachtnemster maakt 1,5 jaar na oplevering (en na de eindafrekening) aanspraak op kostenvergoeding op grond van § 44 lid 1 UAV-GC. Naar het oordeel van arbiters heeft Opdrachtnemster door niet met bekwame spoed schriftelijk gemotiveerd haar recht op kostenvergoeding kenbaar te maken niet voldaan aan het vereiste van § 44 lid 2 UAV-GC in combinatie met § 44 lid 5 UAV-GC. De mededeling van Opdrachtnemster vlak na oplevering is geen melding in de zin van § 44 lid 5 UAV-GC.

SCHEIDSRECHTERLIJK VONNIS

In een geschil tussen de besloten vennootschap A, hierna te noemen "opdrachtnemster", eiseres, en de publiekrechtelijke rechtspersoon DE STAAT, hierna te noemen "opdrachtgever", verweerder (...)

Het geschil

6. Opdrachtnemster is van mening dat de in het Werk aangetroffen zandkwaliteit (de korrelgrootte daarvan), de in het Werk geconstateerde hoeveelheid aanzanding en de in het Werk vastgestelde (beperkte) aanwezigheid van keileem afwijkt van de door opdrachtgever daarover bij aanbesteding verstrekte informatie. De door opdrachtgever verstrekte informatie is volgens haar onjuist. Omdat opdrachtgever verantwoordelijk is voor de juistheid van de door hem verstrekte informatie dienen de hierdoor ontstane meerkosten door opdrachtgever te worden gedragen, aldus opdrachtnemster.

7. Zij vindt dat sprake is van kosten die hun oorzaak vinden in een omstandigheid waarvoor opdrachtgever op grond van de Overeenkomst verantwoordelijk is, zoals beschreven in paragraaf 44 lid 1 sub b UAV-GC 2005. Daarnaast meent zij dat het gaat om onvoorziene omstandigheden in de zin van paragraaf 44 lid 1 sub c UAV-GC 2005 en artikel 6:258 BW.

Ten slotte is opdrachtgever volgens haar ongerechtvaardigd verrijkt (artikel 6:212 BW) als opdrachtnemster, naast al haar verliezen, ook deze meerkosten zelf zou moeten dragen. Dat levert bovendien een situatie op die naar maatstaven

⁷ Zie bijv. recent: Rb. Midden-Nederland 30 december 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:5672 (alsmede Rb. Midden-Nederland 10 september 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:3919).

¹ Myrna Greven is advocaat bij Infense advocaten, gespecialiseerd in bouwrecht.