

## 188

Voorzieningenrechter Rechtbank  
Zeeland-West-Brabant (zittingsplaats Breda)  
28 augustus 2013, nr. C/02/265179 / KG ZA  
13-336, ECLI:NL:RBZWB:2013:6289  
(mr. Van Geloven)  
Noot mr. C.S. Leunissen

**Meervoudig onderhandse aanbesteding. Uitleg geschiktheidseis. Inschrijving ten onrechte ongeldig verklaard. Aanvullende eisen in een later stadium van de procedure niet toegestaan. Gebod tot herbeoordeling. Toewijzing dwangsom.**

*De gemeenten starten in oktober 2012 een meervoudig onderhandse aanbesteding voor de uitvoering van indicatieadvies in het kader van de Wmo, de Gehandicaptenparkeerkaart en medische urgentie voor de woonruimteverdeling. Een van de geschiktheidseisen uit het bestek is eis S6 overde aan de adviseurs gestelde opleidings- en ervaringseisen. De eis vermeldt: 'De artsen hebben het diploma van een officieel erkende postacademische opleiding op het terrein van 'maatschappij en gezondheid' of 'indicatie en advies' behaald. Zij staan als arts ingeschreven in het BIG-register. De artsen beschikken minimaal over twee jaar ervaring met de uitvoering van de Wmo'. Uit een antwoord in de Nvl blijkt dat de gemeenten er niet mee akkoord gaan dat artsen een andere relevante bij- of nascholingsopleiding hebben gevolgd die aansluit bij de*

*gevraagde expertise. Argonaut Advies schrijft in. In december 2012 verzoeken de gemeenten Argonaut Advies hun het diploma toe te zenden van de door haar in haar offerte genoemde arts, de heer [arts]. Zij geven daarbij aan dat het voldoen aan de geschiktheidseis ook mag worden aangetoond met andere relevante opleidingen, namelijk met een door KNMG gelijkgesteld diploma als het in eis S6 genoemde diploma. In reactie daarop zendt Argonaut Advies van de heer [arts] het diploma Postdoctorale opleiding sociale geneeskunde tak Verzekeringsgeneeskunde, en de gevolgde (geaccrediteerde) nascholing en de daarmee behaalde opleidingspunten, zoals geregistreerd bij SGRC (GAIA) o.a. op het gebied van Maatschappij en Gezondheid en Indicatie en Advies. De arts is BIG-geregistreerd als verzekeringsgeneeskundige. Op 22 mei 2013 berichten de gemeenten aan Argonaut Advies dat haar inschrijving ongeldig is verklaard en dat zij voornemens zijn te gunnen aan Trompeter & van Eeden. Argonaut Advies start een kort geding en vordert onder meer een gebod tot herbeoordeling onder verbeurte van een dwangsom van €100.000 indien de gemeenten dit gebod niet nakomen. Zij stelt hiertoe dat zij geldig heeft ingeschreven omdat de door haar aangeboden heer [arts], anders dan de gemeenten stellen, wél voldoet aan eis S6.*

*Ter beoordeling staat of Argonaut Advies geldig heeft ingeschreven, in het bijzonder of de door Argonaut Advies aangeboden heer [arts] voldoet aan de door de gemeenten in het bestek onder S6 gestelde opleidingseis. De voorzieningenrechter stelt vast dat niet bestreden is de stelling van Argonaut Advies dat een postacademische opleiding 'indicatie en advies' niet bestaat, maar wel een zogenaamd profiel met die naam. Vast staat derhalve volgens de voorzieningenrechter, dat een diploma 'Indicatie en Advies' niet kan worden behaald, omdat 'Indicatie en Advies' een medische vervolgopleiding getiteld: 'Sociaal medische indicatiestelling en advisering' betreft die niet leidt tot een erkend specialisme, maar tot een zogenaamd profiel. Daarnaast staat vast dat de titel behorend bij een profiel niet wordt beschermd via de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg (Wet BIG). Gelet op het voorgaande is het, naar het oordeel van de voorzieningenrechter, derhalve niet mogelijk om aan de door de gemeenten gestelde eis dat een 'diploma van een officieel erkende postacademische opleiding op het terrein van 'indicatie en advies' moet worden overgelegd te voldoen.*

*Kennelijk hebben de gemeenten als geschiktheids-eis bedoeld te stellen: arts met specialisme 'maatschappij en gezondheid' dan wel een arts met een profiel 'advies en indicatie'. Dit blijkt echter niet uit de woorden van de geschiktheidseisen in S6. Het woord 'profiel' komt niet voor en er is voor wat betreft een 'opleiding op het terrein van indicatie en advies' geen nadere eis gesteld dat 'Indicatie en Advies' onderdeel moet zijn van het specialisme 'Maatschappij en Gezondheid' en niet van het specialisme 'Verzekeringsgeneeskunde'. Als redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver heeft Argonaut Advies dan ook mogen begrijpen dat ook de oudere opleiding van de heer [arts], namelijk Verzekeringsgeneeskunde met als onderdeel de kennis en vaardigheden die benodigd zijn in het kader van indicatie en advies, voldeed aan de gestelde geschiktheidseis. De door de gemeenten in een later stadium gewijzigde eis tot het overleggen van aanvullend bewijs ten aanzien van de door de artsen gevolgde relevante bij- of nascholing, is naar het oordeel van de voorzieningenrechter niet toelaatbaar. Als algemene regel geldt dat een aanbestedende dienst niet in een later stadium van de procedure aanvullende regels mag stellen. Tot slot oordeelt de voorzieningenrechter dat de heer [arts] om bovengenoemde redenen voldoet aan de door de gemeenten vereiste geschiktheids-eis op het terrein van 'Indicatie en Advies en dat, gezien zijn jarenlange ervaring als Wmo-arts, zijn deskundigheid op dit gebied buiten twijfel staat. De vordering van Argonaut Advies, voor zover deze strekt tot een herbeoordeling, wordt toegewezen. De voorzieningenrechter is van oordeel dat het handelen van de gemeenten, te weten het sluiten van een (voorlopige) overeenkomst met één van de inschrijvers, in de wetenschap dat door een andere inschrijver, binnen de opschortingstermijn, een kort geding aanhangig is gemaakt, in strijd moet worden geacht met de algemene rechtsbeginselen die een aanbestedende dienst tegenover inschrijvers in acht moet nemen. Daarom bepaalt de voorzieningenrechter dat de gemeenten een dwangsom verbeuren van € 50.000 indien zij niet voldoen aan een van de hierboven gegeven veroordelingen.*

De besloten vennootschap *Argonaut Advies BV* te Amsterdam,  
advocaat mr. T.G. Zweers-te Raaij te Zwolle,  
tegen

1. de publiekrechtelijke rechtspersoon *gemeente Vlissingen* te Vlissingen,
2. de publiekrechtelijke rechtspersoon *gemeente Middelburg* te Middelburg,
3. de publiekrechtelijke rechtspersoon *gemeente Veere* te Domburg,  
advocaat mr. U.T. Hoekstra te Middelburg.

#### 1 De procedure

(...; red.)

#### 2. Het geschil

2.1. Argonaut Advies vordert na wijziging van eis dat de voorzieningenrechter bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad:

Primair:

1. de Gemeenten gebiedt binnen 48 uur na datum van dit vonnis de voorlopige gunning aan Trompetter & van Eeden in te trekken en/of – voorzover daarvan al sprake is – de Gemeenten gebiedt de overeenkomst met Trompetter & van Eeden op te zeggen en  
– indien zij nog steeds tot gunning van de opdracht wensen over te gaan – Argonaut Advies toe te laten tot de aanbesteding en die opdracht aan Argonaut Advies te gunnen, althans aan geen ander te gunnen dan aan Argonaut Advies onder verbeurte van een dwangsom van € 100.000,-, indien de Gemeenten dit gebod niet nakomen, althans;

2. de Gemeenten gebiedt binnen 48 uur na datum van dit vonnis de voorlopige gunning aan Trompetter & van Eeden in te trekken en/of – voorzover daarvan al sprake is – de Gemeenten gebiedt de overeenkomst met Trompetter & van Eeden op te zeggen en  
– indien zij nog steeds tot gunning van de opdracht wensen over te gaan – Argonaut Advies toe te laten tot de aanbesteding – indien Argonaut Advies op de tweede plaats zou zijn geëindigd – de Gemeenten gebiedt een nieuwe gemotiveerde voorlopige gunnings- c.q. afwijzingsbeslissing te nemen met een daarbij behorende standstill-termijn van 15 dagen na dagtekening van die beslissing.

Subsidiair:

de Gemeenten gebiedt binnen 48 uur na datum van dit vonnis de voorlopige gunning aan Trompetter & van Eeden in te trekken en/of – voorzover

ver daarvan al sprake is – de Gemeenten gebiedt de overeenkomst met Trompetter & van Eeden op te zeggen en gebiedt om binnen 14 dagen na dagtekening van het vonnis tot een (her)beoordeling over te gaan en binnen die termijn een nieuwe gemotiveerde voorlopige gunnings-/afwijzingsbeslissing (met een nieuwe 15 dagen standstill-termijn) te nemen, onder verbeurte van een dwangsom van € 100.000,- indien de Gemeenten dit gebod niet nakomen;

de Gemeenten gebiedt om op straffe van een dwangsom van € 100.000,-, indien uit de hiervoor onder 2. bedoelde (her)beoordeling blijkt dat de inschrijving van Argonaut Advies de emvi is, de opdracht te gunnen aan geen ander dan Argonaut Advies;

de Gemeenten gebiedt op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 100.000,- de aanbestedingsprocedure te schorsen en geschorst te houden gedurende de tijd gemoeid met de hiervoor in punt 2 bedoelde (her)beoordeling.

Meer subsidiair:

de Gemeenten gebiedt om binnen 48 uur na datum van dit vonnis, de aanbesteding Sociaal-medische advisering te staken en/of – voor zover daarvan al sprake is – de Gemeenten gebiedt de overeenkomst(en) met Trompetter & van Eeden op te zeggen en, indien de Gemeenten de opdracht alsnog wensen af te nemen, de Gemeenten gebiedt om binnen 30 dagen na dagtekening van het vonnis opnieuw een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure te voeren waarvoor Argonaut Advies wordt uitgenodigd, welke heraanbesteding alsdan plaatsvindt overeenkomstig de inhoud van dit vonnis, zulks op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 100.000,-.

Uiterst subsidiair:

Om – in geval de voorzieningenrechter overhoopt tot een afwijzing van de vorderingen overgaat – het vonnis niet uitvoerbaar bij voorraad zal verklaren en voorts de Gemeenten gebiedt de standstill-termijn te verlengen en verbiedt dat gedurende die termijn een overeenkomst wordt gesloten tussen de Gemeenten en Trompetter & van Eeden, althans gebiedt – voor zover daarvan al sprake is – de overeenkomst met Trompetter & van Eerden op te zeggen, totdat – in voorkomend geval – arrest is gewezen in een door Argonaut Advies in te stellen appelprocedure, onder verbeurte van een dwangsom van € 100.000,- indien de Gemeenten dit gebod en verbod niet nakomen.

Primair, subsidiair, meer subsidiair, uiterst subsidiair en in incident:

de Gemeenten hoofdelijk in de kosten van dit geding veroordeelt, waaronder begrepen het verschuldigde griffierecht en het tot aan deze uitspraak begrote bedrag aan salaris van de advocaat, te voldoen binnen 14 dagen na betekening van dit vonnis, en indien voldoening niet binnen deze termijn plaatsvindt te vermeerderen met de wettelijke rente, te rekenen vanaf de datum van het vonnis, althans vanaf de veertiende dag na de datum van het vonnis tot aan de dag van de algehele voldoening.

Gedaagden hoofdelijk veroordeelt in de na de uitspraak vallende kosten (nakosten), voor wat betreft het salaris van de advocaat (nasalaris) forfaitair berekend op € 131,00 zonder betekening en verhoogd met € 68,00 in geval van betekening, te voldoen binnen 14 dagen na dagtekening van dit vonnis, en indien voldoening niet binnen deze termijn plaatsvindt te vermeerderen met de wettelijke rente, te rekenen vanaf de datum van het vonnis, althans van de veertiende dag na de datum van het vonnis tot aan de dag van algehele voldoening;

Incidentele vordering ex artikel 843a Rv:

de Gemeenten gebiedt – op een door de voorzieningenrechter te bepalen wijze – afschrift te verschaffen van c.q. inzage te verstrekken in de volgende bescheiden op straffe van een dwangsom van € 100.000,- indien de Gemeenten dit gebod niet nakomen:

a. het beoordelingsadvies (zo nodig ontdaan van bedrijfsvertrouwelijke informatie) van de Wmo-adviesraden (zie blz. 19 in het Bestek) en  
b. de scorelijst van het team van Wmo-consulenten/indicatiestellers (zie blz. 19 in het Bestek), waarbij de cijfers kunnen worden weggelakt, uit welke bescheiden in ieder geval dient te blijken welke inschrijvingen er zijn beoordeeld en (indien de inschrijving van Argonaut Advies is beoordeeld) op welke plaats Argonaut Advies is geëindigd.

2.2. De Gemeenten voeren verweer.

2.3. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

3 *De feiten*

(...; red.)

4 *De beoordeling*

4.1. Argonaut Advies grondt haar vorderingen op de stelling dat zij geldig heeft ingeschreven omdat de door haar aangeboden arts de heer [arts], an-

ders dan de Gemeenten stellen, wèl voldoet aan de in punt S6 van het bestek gestelde geschiktheids-eisen.

Argonaut Advies voert hiertoe aan dat [arts] voldoet aan de geschiktheidseis op het terrein van "indicatie en advies", omdat "indicatie en advies" een onderdeel was van zijn specialistische opleiding tot verzekeringsarts.

Argonaut Advies stelt dat zij heeft mogen begrijpen dat [arts] aan de geschiktheidseis op het terrein van "indicatie en advies" voldoet, omdat hetgeen de Gemeenten letterlijk eisen, namelijk "een diploma van een officieel erkende postacademische opleiding op het terrein van indicatie en advies" niet bestaat. Wel bestaat een profiel "indicatie en advies", maar een dergelijk profiel kan niet worden geregistreerd in het BIG-register, waarin alleen erkende specialismen kunnen worden geregistreerd. Omdat er geen specialisme "indicatie en advies" bestaat kan er dus evenmin een diploma "indicatie en advies" worden behaald.

Volgens Argonaut Advies hebben de Gemeenten weliswaar later aan Argonaut Advies medegedeeld dat met "indicatie en advies" het profiel met die naam is bedoeld en gevraagd om andere documenten te overleggen, maar is een en ander niet zo in het bestek vermeld, terwijl wijziging van een geschiktheidseis gedurende de aanbesteding niet is toegestaan.

4.1.1. De Gemeenten stellen zich op het standpunt dat de door Argonaut Advies aangeboden arts [arts] niet voldoet aan de gestelde opleidingseis. Hiertoe voeren zij aan dat als eis is gesteld dat de aangeboden artsen een diploma bezitten op het terrein of deelgebied "maatschappij en gezondheid" dan wel het profiel "indicatie en advies". Volgens de Gemeenten is dit een heldere eis is en blijkt dit ook uit het feit dat de inschrijvers daarover geen enkele vraag hebben gesteld. Niet juist is volgens de Gemeenten dat de gestelde eis na aanbesteding zou zijn gewijzigd, omdat de Gemeenten strak vast houden aan de tekst van het bestek. Gevraagd was een diploma op de terreinen "maatschappij en gezondheid" dan wel "indicatie en advies", beide welomschreven deelgebieden van de sociale geneeskunde.

4.2. Volgens de Gemeenten heeft Argonaut Advies in de verklaring gesteld dat de heer [arts] verzekeringsarts is en beroept Argonaut Advies zich er niet op dat deze arts beschikt over een diploma voor het specialisme "maatschappij en gezondheid", want dat is binnen de sociale geneeskunde

een ander specialisme. Argonaut Advies heeft in de verklaring wel gesteld dat de heer [arts] ook arts "indicatie en advies" zou zijn. De Gemeenten stellen dat zij ter onderbouwing van de laatste stelling aan Argonaut Advies hebben gevraagd om een bewijsstuk van gelijkwaardigheid van het diploma dat kennelijk door de KNMG, althans haar registratiecommissie, zou kunnen worden verstrekt. Omdat dit bewijs niet is ontvangen, heeft een en ander geleid tot de voor Argonaut Advies negatieve voorlopige gunningsbeslissing.

4.3. Volgens de Gemeenten levert de door Argonaut Advies gegeven toelichting dat in 1985 de opleiding tot verzekeringsarts in haar curriculum ook de kennis en vaardigheden bevatte die benodigd zijn in het kader van indicatie en advies, dat [arts] voldoet aan alle registratie eisen, waaronder de verplichting voor intervisie en dat [arts] zonder onderbreking vanaf 1991 indicatie- en advieswerkzaamheden heeft verricht, niet het bewijs op dat de heer [arts] met succes een opleiding heeft gevolgd op het terrein "indicatie en advies". Integendeel valt, aldus de Gemeenten, uit die mededeling af te leiden dat [arts] mogelijk – de Gemeenten stellen dit niet te kunnen beoordelen – materieel wel aan de eisen voldoet, maar dat dit door een bevoegde instantie niet formeel is getoetst.

4.4. Tot slot stellen de Gemeenten dat het er in de aanbesteding natuurlijk om gaat of de aangeboden arts al dan niet de gevraagde werkzaamheden mag verrichten, althans of hij daarin al dan niet gespecialiseerd is. Een verzekeringsarts als de heer [arts] heeft niet de deskundigheid op de gevraagde terreinen, althans niet aantoonbaar. Argonaut Advies verklaart wel dat de heer [arts] arts "indicatie en advies" is, maar uit de gegeven toelichting volgt volgens de Gemeenten dat dat door de formele instanties niet is getoetst en het dus vragen om problemen is om deze arts aan te bieden. De voorzieningenrechter overweegt het navolgende:

4.5. Ter beoordeling staat of Argonaut Advies geldig heeft ingeschreven, in het bijzonder of de door Argonaut Advies aangeboden arts de heer [arts] voldoet aan de door de Gemeenten in het bestek onder S6 gestelde opleidingseis, meer speciaal de eis dat "het diploma van een officieel erkende postacademische opleiding op het terrein van 'indicatie en advies' moet zijn behaald."

4.6. Niet bestreden is de stelling van Argonaut Advies dat een postacademische opleiding “indicatie en advies” niet bestaat, maar wel een zogenaamd profiel met die naam.

Vast staat derhalve dat een diploma “Indicatie en Advies” niet kan worden behaald, omdat “Indicatie en Advies” een medische vervolgopleiding getiteld: “Sociaal medische indicatiestelling en advisering” betreft die niet leidt tot een erkend specialisme, maar tot een zogenaamd profiel. Daarnaast staat vast dat de titel behorend bij een profiel niet wordt beschermd via de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg (Wet BIG).

Gelet op het voorgaande is het derhalve niet mogelijk om aan de door de Gemeenten gestelde eis dat een “diploma van een officieel erkende postacademische opleiding op het terrein van “indicatie en advies” moet worden overgelegd te voldoen.

4.7. Ter beoordeling staat of “redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers” de geschiktheidseis op het terrein van “indicatie en advies” zoals verwoord in S6 van het bestek aldus mochten begrijpen als Argonaut Advies heeft gedaan.

Naar oordeel van de voorzieningenrechter mogen de woorden “op het terrein van” zo worden begrepen dat ook oudere opleidingen op de genoemde terreinen voldoen aan de gestelde geschiktheidseis. In de periode van wetswijzigingen van de sociale regelgeving van AAW naar WVG naar WMO zullen ook de namen van de opleidingen zijn gewijzigd.

Al die wetten vergden echter “indicatie en advies” van een arts. Daarom ligt het voor de hand dat de geschiktheidseis zo wordt begrepen dat ook oudere opleidingen op de genoemde terreinen voldoen aan de geschiktheidseis.

4.8. Het verweer van de Gemeenten dat de geschiktheidseis onder S6 helder is, omdat daarover geen vragen zijn gesteld gaat niet op, aangezien hiervoor is overwogen dat Argonaut Advies de geschiktheidseis zo heeft mogen begrijpen dat de opleiding van de heer [arts] voldeed aan de geschiktheidseis verwoord in S6 van het bestek.

Kennelijk hebben de Gemeenten als geschiktheidseis bedoeld te stellen: arts met specialisme “maatschappij en gezondheid” dan wel een arts met een profiel “advies en indicatie”. Dit blijkt echter niet uit de verwoording van de geschiktheidseisen in S6. Het woord “profiel” komt niet voor en er is voor wat betreft een “opleiding op het terrein van indicatie en advies” geen nadere

eis gesteld dat “Indicatie en Advies” onderdeel moet zijn van het specialisme “Maatschappij en Gezondheid” en niet van het specialisme “Verzekeringsgeneeskunde”. Indien met het onderdeel indicatie en advies iets anders wordt bedoeld dan de opleiding die [arts] zoveel jaar geleden heeft gevolgd, dan wordt dit niet duidelijk uit het bestek, waarin immers slechts staat “indicatie en advies” zonder nadere omschrijving.

4.9. Ofschoon de Gemeenten stellen dat zij de geschiktheidseisen niet hebben gewijzigd of uitgebreid blijkt uit de handelwijze van de Gemeenten die in eerste instantie hebben aangegeven dat zij niet akkoord gaat met een door artsen gevolgde andere relevante bij- of nascholingsopleiding, dat zij nadien wel hebben verzocht om aanvullend bewijs, dat echter in het bestek niet nader is geformuleerd. Nadien hebben de gemeenten echter aangegeven dat het voldoen aan de geschiktheids eis wel mag worden aangetoond met andere relevante opleidingen, namelijk door een door KNMG op naam van de arts verstrekt bewijsstuk waaruit blijkt dat KNMG de kennis of competenties, opleiding en ervaring van deze arts gelijk stelt met het diploma van een officieel erkend postacademische opleiding op het terrein van “maatschappij en gezondheid” of het diploma van een officieel erkende postacademische opleiding op het terrein van “indicatie en advies”. Omdat als algemene regel geldt dat een aanbestedende dienst niet in een later stadium van de procedure aanvullende regels mag stellen, is de door de Gemeenten in een later stadium aan Argonaut Advies gestelde gewijzigde eis tot overlegging van documenten niet toelaatbaar.

4.10. De Gemeenten hebben hun afwijzing gemotiveerd met de stelling dat er geen verklaring is dat de opleiding van [arts] gelijkwaardig is. Zoals hiervoor reeds is overwogen is een wijziging van de geschiktheidseis door te vragen naar een dergelijke verklaring niet toegestaan. De in het bestek onder S6 gebruikte woorden “op het terrein van” zijn niet te begrijpen als een vraag naar formaliteit. Van de aanbestedende Gemeenten mag worden verwacht dat zij voldoende geïnformeerd zijn om te kunnen beoordelen en motiveren dat de postacademische opleiding Verzekeringsgeneeskunde niet is een opleiding “op het terrein van Indicatie en Advies”.

4.11. De voorzieningenrechter is van oordeel dat [arts] voldoet aan de door de Gemeenten vereiste geschiktheidseis op het terrein van “Indicatie en

Advies, omdat in de tijd dat [arts] de opleiding Verzekeringsgeneeskunde "indicatie en advies" daarvan onderdeel uitmaakte. In aanmerking nemend dat [arts] meer dan twintig jaar ervaring heeft met de Wmo (daarvoor GMD voorzieningen en WMO), terwijl [arts] op het moment van inschrijving werkzaam was voor de Walcherse gemeenten (eiseressen) en thans nog steeds werkzaam is voor de gemeente Middelburg (eiseres sub 2) in het kader van keuringen GPK en second opinions Wmo, staat de deskundigheid van [arts] op dit gebied buiten twijfel.

4.12. Argonaut Advies grondt de primaire vorderingen, evenals de incidentele vordering, op de (veronder)stelling dat er een beoordeling van de inschrijvers is geweest die heeft geleid tot de opstelling van een scorelijst.

4.13. De Gemeenten betwisten echter dat er een beoordeling van de inschrijvers is geweest op de emvi, omdat dit niet noodzakelijk was aangezien er slechts één geldige inschrijver over bleef. Hier toe voeren zij aan dat er drie inschrijvingen zijn ontvangen, van Argonaut Advies, SAP en Trompetter & van Eeden en dat zowel de door SAP als de door Argonaut Advies aangeboden artsen niet voldeden aan de in het bestek omschreven vraagspecificatie. Omdat dit al snel werd geconstateerd was voor de totstandkoming van het voorlopig gunningbesluit geen beoordeling op gunningscriteria vereist omdat er maar één inschrijving, die van Trompetter & van Eeden, was die voor gunning in aanmerking kwam, aldus de Gemeenten.

4.14. Nu niet is komen vast te staan en onvoldoende aannemelijk is dat de Gemeenten een beoordelingsadvies en scorelijst hebben opgesteld kan het gevorderde afschrift in deze bescheiden niet worden toegewezen. De primair ingestelde vorderingen komen om dezelfde reden niet voor toewijzing in aanmerking.

4.15. De subsidiaire vordering, die strekt tot een herbeoordeling van de inschrijvers, zal worden toegewezen. Ook het eerste onderdeel daarvan, dat strekt tot opzegging van de voorlopige gunning aan/overeenkomst met Trompetter & van Eeden zal worden toegewezen. De voorzieningenrechter is van oordeel dat het handelen van de Gemeenten, te weten het sluiten van een (voorlopige) overeenkomst met één van de inschrijvers, in de wetenschap dat door een andere inschrijver, binnen de opschortingstermijn, een kort geding aanhangig is gemaakt, in strijd moet worden ge-

acht met de algemene rechtsbeginselen die een aanbestedende dienst tegenover inschrijvers in acht moet nemen.

De gevorderde dwangsom zal worden gematigd als hierna te melden.

#### 5 De kostenveroordeling

5.1. De gemeenten zullen als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van Argonaut Advies worden begroot op:

- dagvaarding	EUR 76,17
- vast recht	589,00
- salaris advocaat	816,00
Totaal	EUR 1.481,17

#### 6 De beslissing

De voorzieningenrechter

6.1. gebiedt de Gemeenten binnen 48 uur na datum van dit vonnis de voorlopige gunning aan Trompetter & van Eeden in te trekken en/of – voorzover daarvan al sprake is – de overeenkomst met Trompetter & van Eeden op te zeggen;

6.2. gebiedt de Gemeenten om binnen 14 dagen na dagtekening van dit vonnis tot een (her)beoordeling over te gaan en binnen die termijn een nieuwe gemotiveerde voorlopige gunnings- of afwijzingsbeslissing (met een nieuwe 15 dagen standstill-termijn) te nemen;

6.3. gebiedt de Gemeenten de aanbestedingsprocedure te schorsen en geschorst te houden gedurende de tijd gemoeid met de hiervoor in 6.2. bedoelde (her)beoordeling;

6.4. bepaalt dat de Gemeenten een dwangsom verbeuren van € 50.000,-- indien zij niet voldoen aan een van de hierboven gegeven veroordelingen, met bepaling dat in totaal maximaal € 150.000,-- aan dwangsommen kunnen worden verbeurd;

6.5. veroordeelt de Gemeenten hoofdelijk in de proceskosten, aan de zijde van Argonaut Advies tot op heden begroot op EUR 1.481,17, te vermeerderen met de wettelijke rente, te rekenen vanaf de veertiende dag na de datum van het vonnis tot aan de dag van de algehele voldoening;

6.6. veroordeelt de Gemeenten hoofdelijk in de na de uitspraak vallende kosten (nakosten), voor wat betreft het salaris van de advocaat (nasalaris) forfaitair berekend op

€ 131,00 zonder betekening en verhoogd met € 68,00 in geval van betekening, te voldoen binnen 14 dagen na dagtekening van dit vonnis, en indien voldoening niet binnen deze termijn plaatsvindt te vermeerderen met de wettelijke rente, te reke-

nen vanaf de datum van het vonnis, of in geval van betekening van de veertiende dag na betekening van het vonnis tot aan de dag van algehele voldoening;

6.7. verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad;

6.8. weigert het meer of anders gevorderde.

## NOOT

De gemeenten werden in deze zaak op straffe van een dwangsom veroordeeld tot intrekking van de voorlopige gunning, schorsing van de aanbestedingsprocedure en herbeoordeling. Uit het vonnis kan niet worden opgemaakt of er door de gemeenten verweer is gevoerd tegen de gevorderde dwangsom.

Niet vaak komt het voor dat aan een aanbestedende dienst een dwangsom wordt opgelegd. De gevorderde dwangsom wordt nog al eens afgewezen met de overweging dat overheidsorganen in de regel vonnissen plegen na te komen<sup>1</sup> of dat er wel van mag worden uitgegaan dat de aanbestedende dienst de veroordeling zal nakomen,<sup>2</sup> bijvoorbeeld omdat de gemeente of de provincie, gelet op haar positie als overheidsinstantie wordt geacht rechterlijke oordelen volledig en onvoorwaardelijk na te leven.<sup>3</sup> In een zaak waarin de gemeente een toezegging aan inschrijvers om te zullen heraanbesteden niet was nagekomen werd geoordeeld dat het ver-

trouwensbeginsel was geschonden en achtte de voorzieningenrechter termen aanwezig om die gemeente een dwangsom op te leggen.<sup>4</sup>

Een toezegging ter zitting door de aanbestedende dienst dat zij een veroordeling zal nakomen, is meermaals aanleiding geweest om de gevorderde dwangsom af te wijzen.<sup>5</sup> Een Maastrichtse voorzieningenrechter, die vertrouwend op een dergelijke toezegging de gevorderde dwangsom afwees, voegde daar nog aan toe dat mocht de gemeente, dit vertrouwen beschamend, de gunning niet ruimhartig nakomen en de uitvoering ervan op enigerlei wijze traineren, niets de inschrijver belet om alsdan opnieuw de voorzieningenrechter te adiëren teneinde te bewerkstelligen dat de gemeente alsnog een dwangsom wordt opgelegd. Afwijzing van de gevorderde dwangsom wordt ook wel gemotiveerd met de vaststelling dat onvoldoende aannemelijk is geworden dat de aanbestedende dienst het vonnis niet zal naleven<sup>6</sup> of met het oordeel dat niet aannemelijk is gemaakt dat de aanbestedende dienst een prikkel nodig heeft om aan het vonnis te voldoen.<sup>7</sup> Een vordering tot verhoging van de eerste aanleg toegewezen dwangsom werd door het Hof Leeuwarden afgewezen met de motivering dat geen feiten of omstandighe-

- 1 Vzr. Rb. Rotterdam 10 mei 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW5760; Vzr. Rechtbank Leeuwarden 29 juli 2010, ECLI:NL:RBLEE:2010:BN5172; Vzr. Rb. Zwolle-Lelystad 12 augustus 2011, ECLI:NL:RBZLY:2011:BU4429
- 2 Hof Leeuwarden 16 december 2008, ECLI:NL:GHLEE:2008:BG9924; Vzr. Rb. Amsterdam 5 augustus 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:5345 («JAAN» 2013/183); Vzr. Rb. Amsterdam 30 januari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ0665 («JAAN» 2013/74); Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant 30 januari 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:BZ0480 («JAAN» 2013/76); Vzr. Rb. Oost-Brabant 10 januari 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:BY9052 («JAAN» 2013/63); Vzr. Rb. Limburg 10 januari 2013, ECLI:NL:RBLIM:2013:BY8739 («JAAN» 2013/65).
- 3 Vzr. Rb. Maastricht 27 februari 2012, ECLI:NL:RBMAA:2012:BV7037.

- 4 Vzr. Rb. Maastricht 27 februari 2012, ECLI:NL:RBMAA:2012:BV7037.
- 5 Vzr. Rb. Zutphen 1 maart 2012, ECLI:NL:RBZUT:2012:BW5058; Vzr. Rb. Alkmaar 17 juni 2010, ECLI:NL:RBALK:2010:BN3043; Vzr. Rb. 's-Gravenhage 12 november 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BO5145; Vzr. Rb. Amsterdam 24 mei 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX3388; Vzr. Rb. Gelderland 7 mei 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:CA3391 («JAAN» 2013/153); Vzr. Rb. Noord-Holland 9 april 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:CA1157 («JAAN» 2013/133); Vzr. Rb. Den Haag 17 april 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BZ7736 («JAAN» 2013/124); Vzr. Rb. Oost-Nederland 13 februari 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ2236 («JAAN» 2013/83).
- 6 Vzr. Rb. Arnhem 15 maart 2012, BW0577.
- 7 Vzr. Rb. Limburg 17 mei 2013, ECLI:NL:RBLIM:2013:CA0482 «JAAN» 2013.129).

den waren gesteld waaruit zou blijken dat de eerder toegewezen dwangsom onvoldoende zou zijn om naleving te waarborgen.<sup>8</sup>

Een toezegging tot naleving van het vonnis baat overigens ook de private aanbestedder.<sup>9</sup>

Wordt de dwangsom wel toegewezen dan wordt die dwangsom niet zelden gematigd<sup>10</sup> en gemaximeerd<sup>11</sup> of er wordt een eenmalige dwangsom opgelegd.<sup>12</sup> Ook wordt er nog wel eens bepaald dat de op te leggen dwangsom vatbaar is voor matiging door de rechter, voor zover handhaving daarvan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, mede in aanmerking genomen de mate waarin aan de veroordeling is voldaan, de ernst van de overtreding en de verwijtbaarheid daarvan.<sup>13</sup>

Als de aanbestedende dienst nalaat verweer te voeren tegen de gevorderde dwangsom of nalaat ter zitting te verklaren dat zij zich aan het vonnis zal houden, kan dat aanleiding zijn een dwangsom, al dan niet gematigd toe te wijzen.<sup>14</sup> De redenering die de Raad van Arbitrage in een dergelijk geval volgde was dat als de veroorde-

ling vrijwillig zou worden nagekomen de aanbestedende dienst geen last zou ondervinden van de dwangsom en als er niet vrijwillig zou worden nagekomen de dwangsom kennelijk terecht zou zijn toegewezen.<sup>15</sup>

Een recorddwangsom van EUR 1.500.000 werd onlangs toegewezen door de voorzieningenrechter van de Rechtbank Assen. Ook uit deze uitspraak blijkt niet of er door de gemeente verweer was gevoerd tegen de gevorderde dwangsom, maar daar lijkt het niet op aangezien de voorzieningenrechter niet heeft gematigd noch gemaximeerd.<sup>16</sup>

Om te voorkomen dat men als aanbestedende dienst onder druk van een dwangsom zal moeten nakomen is het dus van belang om verweer te voeren tegen een gevorderde dwangsom en in ieder geval ter zitting aan te geven dat het vonnis vrijwillig zal worden nagekomen. Althans, dat de hoogte van de dwangsom zou moeten worden gematigd.

C.S. Leunissen  
Advocaat bij Gijs Heutink advocaten

8 Hof 's-Hertogenbosch 12 februari 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ1714 («JAAN» 2013/49).

9 Hof 's-Hertogenbosch 12 februari 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ1714 («JAAN» 2013/49).

10 Vزر. Rb. Maastricht 17 mei 2010, ECLI:NL:RBMAA:2010:BM5293.

11 Vزر. Rb. Arnhem 15 februari 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BL5214; Vزر. Rb. Groningen 3 december 2010, ECLI:NL:RBGRO:2010:B06300.

12 Vزر. Rb. Zwolle-Lelystad 27 juni 2012, ECLI:NL:RBZLY:2012:BW9819; Vزر. Rb. Arnhem 10 juni 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BM9566; Vزر. Rb. Haarlem 31 mei 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BN2434.

13 Vزر. Rb. Den Haag 26 januari 2010, ECLI:NL:RBDHA:2010:BL1919; Vزر. Rb. Den Haag 30 maart 2010, ECLI:NL:RBDHA:2010:BL9937; Vزر. Rb. Den Haag 23 juli 2009, ECLI:NL:RBDHA:2009:BJ3920.

14 Vزر. Rb. Assen 23 december 2010, ECLI:NL:RBASS:2010:BP0116; Vزر. Rb. Maastricht 9 juli 2007, ECLI:NL:RBMAA:2007:BA9093; Vزر. Rb. Den Haag 21 februari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:CA2675 («JAAN» 2013/120).

15 RvA 20 november 2009, nr. 31.798.

16 Rb. Noord-Nederland zp Assen 3 april 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:4853, zie «JAAN» 2013/174.