

ECLI:NL:RBSGR:2006:AZ7517

Instantie	Rechtbank 's-Gravenhage
Datum uitspraak	11-12-2006
Datum publicatie	31-01-2007
Zaaknummer	KG 06/1224
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Kort geding
Inhoudsindicatie	TGC B.V. c.s. tegen de gemeente Oegstgeest. Niet-openbare aanbesteding voor hulp bij het huishouden. Het Besluit Aanbestedingen voor Overheidsopdrachten (BAO) is van toepassing. Ongeldige inschrijving van TGC c.s. wegens ontbreken van volgens de selectieleidraad vereiste twee referenties per perceel. Voor de beantwoording van de vraag of dit heeft te leiden tot niet-ontvankelijkheid van haar vordering dient eerst de vraag beantwoord te worden of aan de aanbestedingsprocedure en de gehanteerde subgunningscriteria zodanige bezwaren kleven dat dit op zichzelf zou moeten leiden tot het voorlopige oordeel dat het de gemeente niet vrijstaat het voorgenomen besluit tot gunning ten uitvoer te leggen. De conclusie van de voorzieningenrechter is dat, nu de stellingen van TGC c.s. vooralsnog niet leiden tot het oordeel dat het de gemeente niet vrijstaat het voorgenomen besluit tot gunning ten uitvoer te brengen, TGC c.s. in haar vordering niet ontvankelijk dient te worden verklaard.
Wetsverwijzingen	Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl JAAN 2006/12

Uitspraak

RECHTBANK 's-GRAVENHAGE

sector civiel recht - voorzieningenrechter

Vonnis in kort geding van 11 december 2006,
gewezen in de zaak met rolnummer KG 06/1224 van:

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
Take Good Care Holding B.V.,
statutair gevestigd en kantoorhoudend te Haarlem,
2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
Thuiszorg H+B B.V.,
statutair gevestigd en kantoorhoudend te 's-Gravenhage,
3. de stichting Stichting Thuiszorg Van Gool,
statutair gevestigd en kantoorhoudend te Heemstede,
eiseressen,
procureur mr. P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt,
advocaat mr. J. Koekkoek te Haarlem,

tegen:

de publiekrechtelijke rechtspersoon de gemeente Oegstgeest
zetelend te Oegstgeest,
gedaagde,
procureur mr. C.M. Gonsalves,

in welke procedure zich heeft gevoegd aan de zijde van gedaagde:
de stichting Stichting Florence,
statutair gevestigd en kantoorhoudend te Rijswijk,
gevoegde partij,
procureur mr. E.K.S. Mollen,

in welke procedure is tussengekomen:
de stichting Stichting Thuiszorg Groot Rijnland,
gevestigd te Leiden,
tussengekomen partij,
procureur mr. W. Heemskerk,
advocaat mr. P.F.C. Heemskerk.

Partijen zullen in het hierna volgende worden aangeduid als 'TGC', 'Thuiszorg H+B', 'Van Gool', 'de gemeente', 'Florence' en 'Thuiszorg Groot Rijnland'. Eiseressen zullen tesamen in het enkelvoud worden aangeduid als 'TGC c.s.'.

1. Het verloop van de procedure

TGC c.s. heeft de Staat doen dagvaarden tegen de zitting van 27 november 2006.

Op die zitting heeft Florence - zoals tevoren reeds aangekondigd - een incidentele vordering ingesteld tot voeging aan de zijde van gedaagde in het geding tussen TGC c.s. en de gemeente. Daarnaast heeft Thuiszorg Groot Rijnland - zoals tevoren reeds aangekondigd - ter zitting een incidentele vordering ingesteld tot tussenkomst in het geding tussen TGC c.s. en de gemeente.

Zowel TGC c.s. als de gemeente heeft meegedeeld tegen deze beide vorderingen geen bezwaren te hebben. De incidentele vorderingen zijn vervolgens toegewezen. Daarop hebben partijen hun standpunten over en weer toegelicht.

Het vonnis is bepaald op heden.

2. De feiten

Op grond van de stukken en het verhandelde ter zitting van 27 november 2006 wordt in dit geding van het volgende uitgegaan.

2.1. De gemeenten Alkemade, Oegstgeest, Leiden, Leiderdorp, Zoeterwoude en Voorschoten hebben, verenigd in het samenwerkingsverband Holland Rijnland, een niet-openbare Europese aanbestedingsprocedure voor hulp bij het huishouden uitgeschreven. Het Besluit Aanbestedingen voor Overheidsopdrachten (BAO) is van toepassing. De aanbesteding is nader beschreven in het aan de geselecteerden toegezonden "Beschrijvend document. Hulp bij het huishouden t.b.v. samenwerkingsverband Holland Rijnland" (hierna: het beschrijvend document). Onder 1.3 van dit beschrijvend document staat voor zover van belang vermeld:

"[...]

Gemeente Oegstgeest is de aanbestedende dienst en vertegenwoordigt de gemeenten van het samenwerkingsverband Holland Rijnland in deze aanbesteding. [...]"

2.2. De opdracht is verdeeld in twee percelen: perceel B bestaat uit hulp bij het huishouden in Leiden en perceel C uit hulp bij het huishouden in de overige vijf gemeenten. Doel van de aanbesteding is dat elk der deelnemende gemeenten per perceel met maximaal vijf inschrijvers een raamovereenkomst sluit per 1 januari 2007. NIC BV Zwolle (hierna: NIC) treedt op als adviseur van de gemeente.

2.3. Deze aanbesteding is uitgewerkt in de "Selectieleidraad. Aanbesteding Hulp bij het huishouden ten behoeve van het samenwerkingsverband Holland Rijnland" (hierna te noemen: de selectieleidraad). In de Selectieleidraad staat onder meer:

"4. Selectiedocumenten

4.1 Combinatie van inschrijvers/onderaanneming

[...] De gegadigde mag derden inschakelen als onderaannemer. Indien sprake is van onderaanneming dient de gegadigde voor zijn onderaannemers eveneens de gevraagde bescheiden aan te leveren. [...]

[...]

4.2 De bescheiden

Bij uw aanmelding dienen de volgende, onder meer in artikelen 44 tot en met 53 van het Besluit Aanbestedingsregels Overheidsopdrachten (Bao) bedoelde bescheiden xxxvoud te worden meegezonden.

[...]

III Verklaringen betreffende de technische bekwaamheid van de leverancier

E) Voor de in het verleden behaalde resultaten dienen per gedefinieerd perceel twee (2) referenties van derden. [...] De referenties die niet aan bovengenoemde minimumeisen voldoen worden terzijde gelegd en niet beoordeeld.

[...]

G) [...]

Daarnaast een opgave van de gemiddelde jaarlijkse personeelsbezetting van de onderneming en de omvang van het personeel welke is belast met de uitvoering van de diensten als door opdrachtgever bedoeld gedurende de laatste drie jaar (dit als bedoeld in artikel 49 lid 2 sub h Bao).

[...]

5. Selectieprocedure

De in het vorige hoofdstuk genoemde selectiecriteria zullen worden getoetst aan de hand van onderstaande leidraad. Na opening van de aanmeldingen zal allereerst op de aanwezigheid van de gevraagde bescheiden worden getoetst en vervolgens zal de inhoudelijke toetsing op de gevraagde bescheiden plaatsvinden. Indien de gevraagde bescheiden niet aanwezig zijn, leidt dit tot uitsluiting van deelname aan de aanbesteding.

[...]"

2.4. Het gunningscriterium is de economisch meest voordelige inschrijving. Dit criterium is onderverdeeld in kwaliteit en prijs. Onder 3.6.2 van het beschrijvend document staat over de gunningscriteria het volgende vermeld:

"Er wordt beoordeeld aan de hand van de volgende gunningscriteria [...]:

[In het vonnis staat hier een tabel. Deze tabel kan om technische redenen niet worden opgenomen in het vonnis dat gepubliceerd is op Rechtspraak.nl]

Bovenstaande gunningscriteria zijn verder uitgewerkt in de eisen en wensen in hoofdstuk 5.

[...]

De gunningsbeslissing wordt schriftelijk aan de vijf (5) hoogst scorende inschrijvers per perceel medegedeeld. De andere inschrijver(s) ontvang(t)(en) tegelijkertijd een schriftelijke afwijzing, waarbij de reden(en), kenmerk(en) en relatieve voorde(e)l(en) ten opzichte van de economisch meest voordelige inschrijving worden vermeld. Bezwaar tegen de afwijzing dient binnen 15 kalenderdagen na datum van de gunningsbeslissing, schriftelijk aan het NIC kenbaar gemaakt te worden onder vermelding van de vorm en inhoud van het bezwaar.

Gunning houdt in dat met de desbetreffende begunstigde inschrijver een raamovereenkomst wordt aangegaan inclusief alle daarbijbehorende voorwaarden. Daarin zal, geheel of gedeeltelijk, worden opgenomen hetgeen door inschrijver(s) is aangeboden."

"5. PROGRAMMA VAN EISEN EN WENSEN (ALLE PERCELEN)

De uit te voeren werkzaamheden als ook het eisen- en wensenpakket van de gemeenten zijn in dit hoofdstuk opgenomen. Zoals al eerder vermeld in paragraaf 3.5, MOET aan de gestelde eisen worden voldaan, anders wordt u uitgesloten van de aanbestedingsprocedure! De genoemde eisen en wensen gelden voor alle percelen."

2.5. TGC heeft voor beide percelen tijdig ingeschreven. Zij heeft aangegeven dat de inschrijving geschiedt in combinatie met Thuiszorg H+B en Van Gool. TGC is aanspreekpunt voor de opdrachtgever.

2.6. Bij brief van 27 september 2006 heeft het NIC aan TGC c.s. kenbaar gemaakt dat haar inschrijving is afgewezen omdat haar inschrijving niet tot de economisch meest voordelige behoort. Thuiszorg Groot Rijnland is uitgenodigd voor de besprekingen met betrekking tot de raamovereenkomsten voor perceel B en C. Florence is uitgenodigd voor de besprekingen voor perceel C.

3. De vorderingen, de gronden daarvoor en het verweer

in de hoofdzaak

TGC c.s. vordert na wijziging van eis - zakelijk weergegeven - het volgende:

Primair:

- te bepalen dat de gemeente een nieuwe aanbestedingsprocedure zal voeren, althans dat een nieuwe aanbestedingsprocedure zal plaatsvinden met objectief bepaalde gunningscriteria en beoordelingsmethodiek.

Subsidiar:

Voor zover geen nieuwe aanbestedingsprocedure gelast wordt:

- te bepalen dat TGC c.s. wordt uitgenodigd voor de besprekingen over de raamovereenkomsten en tot de verdere procedure wordt toegelaten zoals de andere inschrijvers;

- te bepalen dat de gemeente inzage geeft in alle details van de gehanteerde beoordelingssystematiek, de door alle inschrijvers geoffreerde prijzen en de beoordeling en motivering van alle inschrijvingen, zulks in voldoende mate van detail en op straffe van een dwangsom.

Meer subsidiar:

- een in goede justitie te bepalen passende maatregel.

Daartoe voert TGC c.s. - verkort weergegeven - het volgende aan.

De gemeente heeft de aanbestedingsprocedure niet deugdelijk gevoerd vanwege:

- a. de onduidelijkheid van de vraagstelling en de niet vooraf gemelde gehanteerde subcriteria;
- b. de niet vooraf gemelde 'intersubjectieve' beoordeling;
- c. het ontbreken van inzicht in de scores.

De gemeente en Florence voeren gemotiveerd verweer dat hierna, voor zover nodig, zal worden besproken.

in de tussenkomst

Thuiszorg Groot Rijnland vordert - zakelijk weergegeven - het volgende:

Primair:

- de gemeente te verbieden het dossier aan TGC c.s. ter hand te stellen, althans inlichtingen te verschaffen over de inschrijving en scores van Thuiszorg Groot Rijnland op straffe van een dwangsom;
- gunning aan TGC c.s. te verbieden op straffe van een dwangsom;

Subsidiar:

- TGC c.s. niet-ontvankelijk te verklaren in haar vordering, althans de vordering van TGC c.s. af te wijzen.

4. De beoordeling van het geschil

in de hoofdzaak

4.1. Als meest verstrekkend verweer heeft de gemeente aangevoerd dat TGC c.s. geen belang zou hebben bij haar vordering, aangezien de gemeente noch aan het primair noch aan het subsidiar gevorderde

zelfstandig kan voldoen. Voor toewijzing van de vordering had TGC c.s. ook de andere vijf gemeenten die deel uitmaken van het samenwerkingsverband Holland Rijnland in rechte moeten betrekken. Deze gemeenten sluiten immers zelfstandig de raamovereenkomsten met de vijf inschrijvers die daartoe uitgenodigd zijn.

Dit verweer wordt verworpen. Onder 1.3 van het beschrijvend document (zie hiervoor onder 2.1) staat uitdrukkelijk vermeld dat de gemeente voor deze aanbesteding de aanbestedende dienst is en de andere daarbij betrokken gemeenten vertegenwoordigt. Waar het gaat om de vraag of de aanbesteding in overeenstemming met de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht heeft plaatsgevonden, heeft de gemeente (nog steeds) te gelden als degene die optreedt namens het samenwerkingsverband Holland Rijnland en kan zij ter zake in die hoedanigheid ook in rechte worden betrokken. De gemeente is immers de instantie die het onderhavige besluit om tot gunning over te gaan - tegen welk voornemen nu juist bezwaar wordt gemaakt - ook namens de andere vijf gemeenten heeft genomen. Dat na de gunning ook met de vijf andere gemeenten raamovereenkomsten gesloten worden doet hieraan niet af.

4.2. Vervolgens heeft de gemeente aangevoerd dat TGC c.s. ten onrechte tot de tweede fase van de aanbestedingsprocedure is toegelaten, omdat haar inschrijving ongeldig zou zijn. Uit het handelsregister zou namelijk blijken dat TGC geen werkzame personen in dienst heeft, terwijl TGC c.s. in haar inschrijving verklaart dat 174 personen de gemiddelde jaarlijkse personeelsbezetting van TGC is.

Ter zitting heeft TGC c.s. deze stelling echter voldoende gemotiveerd weersproken, zodat de inschrijving van TGC c.s. op grond hiervan niet als ongeldig kan worden aangemerkt.

4.3. De gemeente heeft tevens aangevoerd dat TGC c.s. niet de volgens de selectieleidraad vereiste twee referenties per perceel van Thuiszorg H+B en Van Gool bij haar inschrijving heeft gevoegd. Tussen partijen staat niet ter discussie dat het niet aanwezig zijn van voormelde bescheiden op grond van de selectieleidraad leidt tot uitsluiting van deelname aan de aanbesteding. Verder staat vast dat met betrekking tot Thuiszorg H+B geen enkele referentie was bijgevoegd en met betrekking tot Van Gool slechts één. Hoewel TGC c.s. ter zitting heeft aangeboden alsnog in de ontbrekende referenties te voorzien, is een dergelijke aanvulling thans niet meer toegestaan. Dit brengt met zich mee dat TGC c.s. inderdaad ongeldig heeft ingeschreven. Voor de beantwoording van de vraag of dit heeft te leiden tot niet-ontvankelijkheid van haar vordering dient echter eerst de vraag beantwoord te worden of aan de aanbestedingsprocedure en de gehanteerde subgunningscriteria zodanige bezwaren kleven dat dit op zichzelf zou moeten leiden tot het voorlopige oordeel dat het de gemeente niet vrijstaat het voorgenomen besluit tot gunning ten uitvoer te leggen.

4.4. TGC c.s. heeft in dit verband gesteld dat de aanbesteding dient te worden afgebroken, omdat de subgunningscriteria in het beschrijvend document niet zodanig zijn geformuleerd dat normaal zorgvuldige inschrijvers in staat zijn deze criteria op dezelfde wijze te interpreteren. Met name de uitwerking van deze criteria in eisen en wensen is vaag en onduidelijk en dit heeft geleid tot een ondoorzichtige beoordeling. Daarnaast zijn subgunningscriteria gehanteerd die als zodanig niet vooraf zijn gemeld. Ook houden de criteria geen verband met het voorwerp van de aanbesteding.

4.5. Bij de beoordeling wordt voorop gesteld dat in het beschrijvend document staat aangegeven dat de inschrijvingen voor wat betreft het subgunningscriterium kwaliteit zullen worden beoordeeld aan de hand van sub-subgunningscriteria zoals geformuleerd in 3.6.2 (zie hiervoor onder 2.4). Daarbij is het relatieve gewicht en het maximaal aantal te behalen punten per (onderdeel van het) aangegeven criterium expliciet vermeld. Tevens is verwezen naar het programma van eisen en wensen waarin nader is aangegeven en omschreven welke informatie de gemeente per sub-subgunningscriterium van de inschrijver verlangt.

Anders dan TGC c.s. stelt is aldus naar voorlopig oordeel sprake van een begrijpelijke formulering die voldoende concreet en eenduidig nader is gespecificeerd. Duidelijk is ook dat de gemeente teneinde de aangeboden kwaliteit te kunnen beoordelen met name kennis wil nemen van de visie van de inschrijvers met betrekking tot de verschillende aandachtspunten alsmede de invulling die de inschrijvers daarbij voor

ogen staat. Deze beoordeling kan mitsdien niet aan de hand van modelantwoorden geschieden, maar is naar haar aard een kwalitatieve beoordeling waaraan enige mate van subjectiviteit inherent is en die ook in enige mate zal worden beïnvloed door de bij de beoordelaar aanwezige bekendheid met de invulling door andere inschrijvers. Immers de ene visie kan meer aanspreken en evenwichtiger overkomen dan de andere visie en mitsdien tot een hogere beoordeling in toegekende punten leiden. Dit op zichzelf maakt nog niet dat sprake is van onvoldoende objectiviteit. Daarnaast heeft de gemeente nader aangegeven dat gebruik is gemaakt van een ambtelijke beoordelingscommissie waarvan de leden ieder afzonderlijk de inschrijvingen op zichzelf en aan de hand van voormelde sub-subgunningscriteria in combinatie met de geformuleerde eisen en wensen hebben beoordeeld en gewaardeerd. Teneinde tot een afgewogen eindoordeel te komen is in het geval dat sprake was van grote onderlinge verschillen in de waardering van een en dezelfde inschrijving door de afzonderlijke beoordelaars nader overleg gepleegd en de waardering aangepast. Dit alles past binnen het kader van het beoordelingssysteem zoals dat in het beschrijvend document is aangegeven. Dat daarnaast de verschillende inschrijvingen ook onderling in volle omvang zijn vergeleken waarbij een rangorde is vastgesteld - anders dan een rangorde op grond van het aantal op basis van de individuele beoordeling verzamelde punten - is vooralsnog niet aannemelijk gemaakt. Aldus kan naar voorlopig oordeel niet gesteld worden dat sprake is geweest van een ondoorzichtige, niet transparante en onvoldoende objectieve beoordeling.

4.6. Uit het voorgaande volgt verder dat ook de stelling dat sub(sub)gunningscriteria zijn gehanteerd die vooraf niet in het beschrijvend document zijn vermeld, vooralsnog wordt verworpen. De stelling dat geformuleerde criteria geen verband houden met het onderwerp van de aanbesteding is onvoldoende nader geconcretiseerd zodat alleen al op die grond hieraan voorbij wordt gegaan.

4.7. Gelet op hetgeen hiervoor onder 4.3 is overwogen dient de conclusie te zijn dat, nu de stellingen van TGC c.s. vooralsnog niet leiden tot het oordeel dat het de gemeente niet vrijstaat het voorgenomen besluit tot gunning ten uitvoer te brengen, TGC c.s. in haar vordering niet ontvankelijk dient te worden verklaard. Bij de overige vorderingen heeft zij mitsdien geen belang meer. TGC c.s. dient als de in het ongelijk gestelde partij te worden verwezen in de kosten van de procedure aan de zijde van de gemeente. Ten aanzien van Florence wordt aanleiding gezien de kosten over een weer te compenseren in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt.

in de tussenkamst.

4.8. Nu de vorderingen in de hoofdzaak worden afgewezen, heeft Thuiszorg Groot Rijnland geen belang meer bij beoordeling van haar vorderingen jegens TGC c.s. en de gemeente. De vorderingen worden afgewezen en ook hier wordt aanleiding gezien de proceskosten te compenseren in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt.

5. De beslissing

De voorzieningenrechter:

in de hoofdzaak

verklaart TGC c.s. niet-ontvankelijk in haar vordering;

veroordeelt TGC c.s. in de kosten van dit geding aan de zijde van de gemeente, tot dusverre begroot op 1.064 ,--, waarvan 816,-- aan salaris procureur en 248,-- aan griffierecht;

verklaart voornoemde kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad;

compenseert de proceskosten tussen TGC c.s. en Florence aldus dat ieder van hen de eigen kosten draagt;

in de tussenkost

wijst de vorderingen af;

bepaalt dat ieder der partijen de eigen kosten draagt.

Dit vonnis is gewezen door mr. E.A.G.M. van Rens en uitgesproken ter openbare zitting van 11 december 2006 in tegenwoordigheid van de griffier.

jb