

Aanbesteding voor selectie van een architect ten behoeve van Collectiegebouw Boijmans Van Beuningen. Leidt gesprek tot uitsluiting?

Rb. Rotterdam (vzr.) 04-02-2014, ECLI:NL:RBROT:2014:692, m.nt. R. Smith

Samenvatting

Gemeente Rotterdam heeft de aanbesteding uitgeschreven voor de selectie van een architect ten behoeve van de nieuwbouw van Collectiegebouw museum Boijmans van Beuningen. Voorafgaand aan de indiening van de inschrijving heeft een afvaardiging van architect MVRDV een gesprek gehad met onder andere de directeur van Boijmans van Beuningen, tevens lid van de beoordelingscommissie. Voor de gemeente is dit aanleiding om MVRDV uit te sluiten. MVRDV heeft zich daartegen verzet en met succes. De Voorzieningenrechter oordeelt dat onvoldoende aannemelijk is geworden dat MVRDV een zodanig relevante kennisvoorsprong had, dat daardoor de mededinging is vervalst of uitgeschakeld.

Partij(en)

Vonnis in kort geding van 4 februari 2014

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

MVRDV B.V.,

gevestigd te Rotterdam, eiseres,

tegen

de publiekrechtelijke rechtspersoon

GEMEENTE ROTTERDAM,

zetelend te Rotterdam, gedaagde,

in welk geschil als tussenkomende partijen optreden:

- 1) de vennootschap onder firma
NIO ARCHITECTEN,
gevestigd te Rotterdam,
- 2) de vennootschap naar vreemd recht
MAD ARCHITECTS,
gevestigd te Beijing, China,
- 3) de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
OKRA LANDSCHAPSARCHITECTEN B.V.,

gevestigd te Utrecht,

(...)

Uitspraak

2. De Feiten

(...)

2.10.

Een brief van de gemeente aan MVRDV d.d. 28 november 2013 luidt voor zover hier van belang:

"(...)

De beslissingen aangaande MVRDV en haar inschrijving zijn als volgt:

1. *MVRDV komt niet in aanmerking voor gunning van de opdracht om redenen zoals in het navolgende omschreven.*
2. *de gemeente is voornemens de opdracht te gunnen aan de Combinatie NIO architecten/MAD architects & Okra landschapsarchitecten.*

Redenen waarom MVRDV niet in aanmerking komt voor gunning van de opdracht

Op 5 september 2013 heeft, buiten ons medeweten een gesprek plaatsgevonden tussen MVRDV en Museum Boijmans van Beuningen. Namens MVRDV waren bij dit gesprek aanwezig haar partner de heer [I] en haar architect mevrouw[H] en namens het museum het hoofd Collecties en Onderzoek mevrouw [G] en haar directeur de heer [C]. Tijdens dit gesprek is

de aanbesteding van de Architectenselectie Collectiegebouw Museum Boijmans van Beuningen gedurende zo'n half uur besproken.

Op 26 september 2013 zijn wij bekend geraakt met dit overleg over de aanbesteding Architectenselectie Collectiegebouw Museum Boijmans van Beuningen. Wij hebben vervolgens zowel MVRDV als de heer [C] verzocht om een verslag. Uit die verslagen bleek ons dat tijdens dat overleg in ieder geval de navolgende onderwerpen aan de orde zijn gekomen:

- de spanning tussen het programma en het budget en hoe realisatie van bijvoorbeeld 80% van het gebouw zich verhoudt tot het programma van eisen;
- de mogelijkheid van een vaste verbinding tussen het museum en het Collectiegebouw ondergronds dan wel door de lucht,
- aandachtspunten die voor het museum van belang zijn, waaronder:
 - het tegelijk open en gesloten moeten zijn van het Collectiegebouw en dat het aan de architect is om met die tegenstelling open en gesloten iets interessants te doen;
 - het klimaatbeheer en dat de architect zich ervan bewust moet zijn en de organisatie van de organisatie van het gebouw zo moet maken dat door het publiek veroorzaakte verstoringen van het klimaat tot een minimum beperkt blijven;
 - duurzaamheid, waarbij erop is gewezen dat dit niet alleen voor het te bouwen Collectiegebouw belangrijk is maar ook voor de installaties die erin komen en die van invloed kunnen zijn op het ruimtebeslag.

Deze onderwerpen raken zowel eisen uit het Programma van Eisen, als de gunningcriteria aan de hand waarvan wordt beoordeeld welke inschrijver de beste inschrijving heeft gedaan.

De vijf partijen die in vervolg op de selectiefase zijn uitgenodigd tot het doen van een inschrijving hebben alle recht op een gelijke behandeling door de aanbestedende dienst, zodat zij ook alle een eerlijke kans hebben op de opdracht. Om dit te waarborgen is in de Gunningleidraad bepaald dat vragen alleen schriftelijk en via de email kunnen worden ingediend bij één specifieke contactpersoon en dat alle inschrijvers gelijktijdig door middel van nota's van inlichtingen over de antwoorden op die vragen worden geïnformeerd.

(...)

MVRDV heeft, in afwijking van deze duidelijke bepalingen, (een deel van) haar vragen in een één op één gesprek met vertegenwoordigers van het museum Boijmans van Beuningen gesteld, terwijl zij wist dat één van die vertegenwoordigers ook nog eens lid van de beoordelingscommissie is.

Door deze handelwijze is het gelijkheid- en transparantiebeginsel ernstig geschonden (...).

In het licht van een en ander hebben wij moeten concluderen dat voor het herstel van het gelijke speelveld niet volstaat dat de heer [C] zich heeft teruggetrokken uit de beoordelingscommissie. De vervanging van de heer [C] in de commissie neemt immers niet weg dat MVRDV op basis van het gesprek op 5 september 2013 een inhoudelijke voorsprong heeft gekregen bij de voorbereiding van haar inschrijving. Ook andere mogelijkheden ter opheffing van de informatievoorsprong voorafgaand aan het moment van inschrijving stonden ons niet ter beschikking. De enige mogelijkheid om die voorsprong weg te nemen en dus om het gelijke speelveld te herstellen is om MVRDV niet in aanmerking te laten komen voor de opdracht (...).

Beoordeling inschrijvingen

Van de resterende vier inschrijvingen is de inschrijving van de combinatie NIO architecten/MAD architects & Okra landschapsarchitecten op de eerste plaats geëindigd. Wij zijn derhalve voornemens om, gelet op het door ons gehanteerde gunningcriterium van de economisch meest voordelige inschrijving, de opdracht te gunning aan de combinatie NIO architecten/MAD architects & Okra landschapsarchitecten (...).

Een bijlage bij deze brief luidt voor zover hier van belang:

(...)

		<i>Inpassing en vormgeving</i>	%	<i>Functionaliteit</i>	%	<i>Presentatie en gesprek</i>	%	<i>Bouwkosten</i>	%	<i>Totaal</i>
		7	40	7	20	8	20	6	20	7,0
1	MVRDV	7	40	7	20	6	20	7	20	6,8
2	MAD/NIO/OKRA									

MVRDV

(...)

Presentatie en gesprek

Het gunningaspect 'presentatie en gesprek' is integraal op de volgende punten beoordeeld: kern (essentie van de opgave), communicatie en houding en professionaliteit (...).

De presentatie aan en het gesprek tussen de commissie en de architect geeft de commissie het gevoel dat de architect de essentie van de opgave goed heeft begrepen en dat hij deze centraal heeft gesteld in het ontwerp en de toelichting. De commissie waardeert het dat er tijdens de aanbestedingsfase door de architect andere adviseurs zijn aangesteld en deze ook aanwezig waren tijdens het gesprek. Vragen die gesteld zijn door commissieleden zijn enthousiast en goed beantwoord door alle aanwezigen. Er was een team aanwezig dat overtuigend professioneel acteerde en haar kennis en kunde ten aanzien van de onderhavige opgave goed wist te etaleren. De architect toont hiermee aan dat hij in staat is een goed team te vormen wat getuigt van een goede houding en professionaliteit.

(...).

MAD/NIO/OKRA

Het gunningaspect 'presentatie en gesprek' is integraal op de volgende punten beoordeeld: kern (essentie van de opgave), communicatie en houding en professionaliteit (...).

De tekeningen en de renders, met name voor wat betreft de buitenruimte, bevatten tegenstrijdigheden. Deze tegenstrijdigheden kunnen zijn ontstaan door bijv. tijdsdruk, maar getuigt volgens de commissie minder van professionaliteit. Deze tegenstrijdigheden konden in de presentatie aan en het gesprek met de commissie onvoldoende worden weggenomen (...). Uit het gesprek blijkt dat het team nog onvoldoende in balans qua samenwerking. Dit vindt de commissie teleurstellend omdat de beschikbaarheid van de ervaringen van een landschapsarchitect bij het gesprek en in de combinatie juist gewaardeerd werd. De architect toont hiermee nog niet overtuigend aan dat hij in staat is een goed team te vormen wat getuigt van een goede houding en professionaliteit. Bij het beantwoorden van de vragen werd wel voldoende kennis en kunde voor de onderhavige opgave getoond en de commissie is er wel van overtuigd dat de kern en de essentie van de opgave meer dan voldoende begrepen is".

(...)

4. De beoordeling

4.1.

Het spoedeisend belang vloeit reeds uit de aard van de vorderingen van MVRDV voort. De gemeente en de combinatie hebben het spoedeisend belang bovendien niet betwist.

4.2.

Blijkens de brief van 28 november 2013 (zie 2.10) heeft de gemeente de inschrijving van MVRDV uitgesloten, omdat op 5 september 2013, buiten medeweten en zonder instemming van de gemeente, een gesprek heeft plaatsgevonden tussen MVRDV en (de directeur van) Museum Boijmans Van Beuningen, waarbij de onderhavige aanbesteding onderwerp van gesprek is geweest, terwijl op grond van de aanbestedingsstukken communicatie over de aanbesteding uitsluitend via e-mail diende te geschieden.

4.3.

Tussen partijen is in geschil of de gemeente de inschrijving van MVRDV terecht heeft uitgesloten.

4.4.

De voorzieningenrechter stelt voorop dat naar vaste jurisprudentie een aanbestedende dienst het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers moet respecteren. Dit beginsel beoogt de ontwikkeling van een gezonde en daadwerkelijke mededinging te bevorderen tussen de aan de aanbestedingsprocedure deelnemende ondernemingen en vereist dat alle inschrijvers bij het opstellen van het in hun offertes gedane voorstel dezelfde kansen krijgen. Dat betekent dus dat voor alle mededingers dezelfde voorwaarden moeten gelden. Het transparantiebeginsel heeft in essentie ten doel te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen. Het impliceert dat alle voorwaarden

en modaliteiten in de aanbestedingsstukken worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze opdat, enerzijds, alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier interpreteren, en anderzijds, de aanbestedende dienst in staat is om metterdaad na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria welke op de betrokken opdracht van toepassing zijn. Een en ander brengt niet alleen mee dat alle aanbieders gelijk worden behandeld, maar ook dat zij in gelijke mate, mede met het oog op een goede controle achteraf, een duidelijk inzicht moeten hebben in de voorwaarden waaronder de aanbesteding plaats heeft.

4.5.

Het bovenstaande geldt *ook* voor uitsluitingsgronden. De beginselen van transparantie en gelijke behandeling brengen mee dat de door de aanbestedende dienst te hanteren uitsluitingsgronden ondubbelzinnig en op niet voor misverstand vatbare wijze in de aanbestedingsstukken moeten zijn vermeld. (HR 7 december 2012 (KPN/Staat), ECLI:NL:HR:2012:BW9233). Het verweer van de gemeente dat het arrest KPN/Staat niet relevant is voor de onderhavige zaak, omdat het in die zaak ging om de uitsluitingsgronden als bedoeld in art. 45 van den Aanbestedingsrichtlijn 2004/18/EG, treft geen doel. In bovengenoemd arrest KPN/Staat formuleert de Hoge Raad in algemene termen dat 'de door de aanbestedende dienst te hanteren uitsluitingsgronden ondubbelzinnig en op niet voor misverstand vatbare wijze in de aanbestedingsdocumentatie moeten zijn vermeld' (r.o. 3.6.4). Aangenomen kan worden dat dit dus niet alleen geldt voor de verplichte en facultatieve uitsluitingsgronden (art. 2.86 en 2.87 Aanbestedingswet 2012), maar ook voor 'andere', op grond van rechtspraak van HvJ EU toegestane uitsluitingsgronden (bijvoorbeeld ter waarborging van het beginsel van gelijke behandeling en het transparantiebeginsel; vgl HvJ EU 16 december 2008, nr. C-213/07 ([J]), ECLI:NL:XX:2008:BG7816).

4.6.

In de onderhavige aanbestedingsprocedure heeft de gemeente in de Gunningsleidraad (§ 1.2 en § 1.6) voorgeschreven dat communicatie uitsluitend via e-mail dient te verlopen en dat vragen uitsluitend via e-mail kunnen worden ingediend. Naar voorlopig oordeel kan het gesprek op 5 september 2013 tussen dhr. [C] van Museum Boijmans Van Beuningen enerzijds en MVRDV anderzijds als schending van dat communicatievoorschrift worden aangemerkt. Weliswaar is de gemeente de aanbestedende dienst, maar de aanbesteding werd gehouden ten behoeve van Museum Boijmans Van Beuningen, dhr. [C] was lid van de commissie die de inschrijvingen zou beoordelen en MVRDV was daarvan op de hoogte en tijdens het gesprek op 5 september 2013 is de onderhavige aanbesteding inhoudelijk besproken en heeft MVRDV vragen over de opdracht gesteld, die door dhr. [C] zijn beantwoord. MVRDV heeft ook erkend dat het deel van het gesprek op 5 september 2013 dat is besteed aan de onderhavige aanbesteding, onder voornoemd communicatievoorschrift valt.

4.7.

Blijkens de aanbestedingsstukken heeft de gemeente aan het handelen in strijd met voornoemd communicatievoorschrift niet op ondubbelzinnige en op niet voor misverstand vatbare wijze de sanctie van ongeldigheid/uitsluiting verbonden. Tegen de achtergrond van het voorgaande was er derhalve geen grondslag aanwezig voor de uitsluiting van MVRDV om de reden dat zij met het gesprek op 5 september 2013 het in de aanbestedingsstukken opgenomen communicatievoorschrift heeft geschonden.

Het verweer van de gemeente dat uit de formulering van het communicatievoorschrift dat alle communicatie uitsluitend per e-mail dient te verlopen, volgt dat andere wijzen van communicatie niet zijn toegestaan oftewel verboden zijn, treft geen doel. Zoals hiervoor reeds overwogen brengen de beginselen van transparantie en gelijke behandeling mee dat de door de aanbestedende dienst te hanteren uitsluitingsgronden ondubbelzinnig en op niet voor misverstand vatbare wijze in de aanbestedingsstukken moeten zijn vermeld.

Dat zelfde geldt voor het verweer dat MVRDV ruime ervaring heeft met aanbesteden en dat communicatievoorschriften zeer gebruikelijk zijn in aanbestedingsprocedures.

Het beroep van de gemeente op het vonnis van de voorzieningenrechter te Assen d.d. 17 februari 2009 (ECLI:NL:RBASS:2009:BI3870) treft evenmin doel. In de aanbestedingsstukken waar het in die zaak om ging, was immers wel expliciet vermeld dat het *op straffe van uitsluiting* niet was toegestaan om andere functionarissen van de gemeente (...) te benaderen over de aanbesteding.

4.8.

Door de inschrijving van MVRDV toch uit te sluiten/ongeldig te verklaren wegens overtreding van het communicatievoorschrift, heeft de gemeente in feite een nieuwe – niet (vooraf) kenbare – uitsluitingsgrond gebruikt, waartegen het aanbestedingsrecht zich verzet.

De gemeente had in dit geval een ander instrument moeten gebruiken, zoals bijvoorbeeld heraanbesteding, om in te grijpen na een vermeende schending van fundamentele beginselen van aanbestedingsrecht. Dat heeft de gemeente echter niet gedaan.

Aldus moet thans beoordeeld worden of, zoals de gemeente en de combinatie stellen, het 'level playing field' in de onderhavige aanbesteding is verstoord. De enkele omstandigheid dat geoordeeld moet worden dat de gemeente MVRDV ten onrechte heeft uitgesloten, betekent immers niet dat -zoals gevorderd- de opdracht aan geen ander dan aan MVRDV mag worden gegund, omdat haar inschrijving als de economisch meest voordelige inschrijving is beoordeeld. Indien het 'level playing field' door toedoen van MVRDV daadwerkelijk is verstoord, staat dat, uit het oogpunt van gelijke behandeling van de inschrijvers, aan toewijzing van haar vorderingen in de weg.

4.9.

Tussen partijen staat vast dat MVRDV voor inschrijving een gesprek met (de directeur van) Museum Boijmans Van Beuningen heeft gehad, waarbij onder meer de onderhavige aanbesteding onderwerp van gesprek is geweest en dat de overige inschrijvers niet de gelegenheid hebben gehad om een dergelijk gesprek te voeren met (de directeur van) Museum Boijmans Van Beuningen.

Naar het oordeel van de voorzieningenrechter is het op zichzelf niet uitgesloten dat MVRDV hierdoor een zekere kennisvoorsprong heeft gehad op de andere inschrijvers. Dit betekent evenwel niet zonder meer dat het 'level playing field' in de onderhavige aanbesteding niet langer gewaarborgd is. Dat zou het geval kunnen zijn, indien sprake is van een zodanige kennisvoorsprong dat daardoor de mededinging wordt vervalst of uitgeschakeld. De voorzieningenrechter dient derhalve te beoordelen of hiervan sprake is.

4.10.

Blijkens de brief van de gemeente d.d. 28 november 2013 ziet de gestelde kennisvoorsprong van MVRDV op de volgende punten:

1. de spanning tussen het programma en het budget en hoe realisatie van bijvoorbeeld 80% van het gebouw zich verhoudt tot het programma van eisen,
2. de mogelijkheid van een vaste verbinding tussen het museum en het Collectiegebouw ondergronds dan wel door de lucht,
3. aandachtspunten die voor het museum van belang zijn, waaronder:
 - a) het tegelijk open en gesloten moeten zijn van het Collectiegebouw en dat het aan de architect is om met die tegenstelling open en gesloten iets interessants te doen;
 - b) het klimaatbeheer en dat de architect zich ervan bewust moet zijn en de organisatie van de organisatie van het gebouw zo moet maken dat door het publiek veroorzaakte verstoringen van het klimaat tot een minimum beperkt blijven,
 - c) duurzaamheid, waarbij erop is gewezen dat dit niet alleen voor het te bouwen Collectiegebouw belangrijk is, maar ook voor de installaties die erin komen en die van invloed kunnen zijn op het ruimtebeslag.

4.11.

MVRDV betwist dat het gesprek op 5 september 2013 heeft geleid tot de gestelde kennisvoorsprong aan haar zijde. Zij stelt dat de door Museum Boijmans Van Beuningen tijdens het gesprek verstrekte informatie ook is vermeld in het Programma van Eisen en in de Nota('s) van Inlichtingen.

Uit het Programma van Eisen en de Nota's van Inlichtingen blijkt inderdaad dat de onder 4.10 genoemde punten alle zijn terug te vinden in de aanbestedingsstukken (zie 2.3 en 2.4), zodat in zoverre van een (relevante) kennisvoorsprong van MVRDV als gevolg van het gesprek op 5 september 2013 geen sprake lijkt te zijn.

4.12.

De gemeente stelt dat de verslagen van dhr. [C] en dhr. [I] geen volledige weergave vormen van alles wat is gezegd en dat die verslagen evenmin inzicht geven in de non-verbale communicatie en de eventuele accenten die daarmee zijn aangebracht. De combinatie stelt ook dat de verslagen slechts een globaal beeld geven van wat er is besproken. Volgens de combinatie leidt een gesprek met een opdrachtgever juist tot een kennisvoorsprong, omdat het bij een gesprek gaat om het 'gevoel' dat de architect krijgt bij de opdracht en de wensen van de opdrachtgever. Uit het feit dat MVRDV op het onderdeel Gesprek en Presentatie beduidend beter heeft gescoord dan de combinatie en uit het oordeel van de beoordelingscommissie dat MVRDV 'de essentie van de opgave goed heeft begrepen', blijkt volgens de gemeente en de combinatie dat MVRDV door het gesprek op 5 september 2013 bevoordeeld is.

4.13.

De enkele omstandigheid dat MVRDV door het gesprek op 5 september 2013 mogelijk een beter 'gevoel' heeft kunnen krijgen bij de opdracht, betekent nog niet dat MVRDV daarmee een zodanige kennisvoorsprong heeft, dat daardoor de

mededinging is vervalst of uitgeschakeld. Uit het feit dat MVRDV op het onderdeel Gesprek en Presentatie veel beter heeft gescoord dan de combinatie kan dat in ieder geval niet op voorhand worden afgeleid. De beoordelingscommissie heeft immers zowel ten aanzien van MVRDV als ten aanzien van de combinatie geoordeeld dat zij de essentie van de opgave goed respectievelijke meer dan voldoende hebben begrepen (zie 2.10).

Blijkens het verslag van de beoordelingscommissie (zie 2.10) heeft de beoordelingscommissie op het punt Presentatie en Gesprek ten aanzien van de combinatie geoordeeld dat 'de tekeningen en de renders (...) tegenstrijdigheden bevatten', dat 'het team nog onvoldoende in balans is qua samenwerking' en dat 'de architect nog niet overtuigend aantoont dat hij in staat is een goed team te vormen wat getuigt van een goede houding en professionaliteit'.

Ten aanzien van MVRDV heeft de beoordelingscommissie op het punt Gesprek en Presentatie juist geoordeeld dat 'er een team aanwezig was dat overtuigend professioneel acteerde en haar kennis en kunde ten aanzien van de onderhavige opgave goed wist te etaleren' en dat 'de architect hiermee aantoont dat hij in staat is een goed team te vormen wat getuigt van een goede houding en professionaliteit'.

Het verschil tussen de inschrijvingen van MVRDV en de combinatie op het punt Gesprek en Presentatie lijkt dus met name gelegen te zijn in de door beide inschrijvers gepresenteerde teams. Uit de verslagen van het gesprek van 5 september 2013 blijkt echter niet dat (de samenstelling van) 'het team' onderwerp van gesprek is geweest.

De enkele omstandigheid dat de verslagen van dhr. [C] en dhr. [I] geen letterlijke weergaven van het gesprek van 5 september 2013 zijn, doet daaraan niet af. Met name de verklaring van dhr. [C] is een gedetailleerd verslag en de verslagen van dhr. [C] en dhr. [I] lopen niet (althans niet in overwegende mate) uiteen.

4.14.

Op grond van voorgaande en nu niet gebleken is van andere, in dit kader relevante feiten en/of omstandigheden, is naar het oordeel van de voorzieningenrechter voorshands onvoldoende aannemelijk dat MVRDV door het gesprek met Museum Boijmans Van Beuningen op 5 september 2013 een zodanig relevante kennisvoorsprong had, dat daardoor de mededinging is vervalst of uitgeschakeld. Aldus is niet aannemelijk dat in de onderhavige aanbesteding het 'level playing field' verstoord is geraakt.

4.15.

Tegen de achtergrond van het voorgaande en nu niet in geschil is dat de inschrijving van MVRDV als de economisch meest voordelige inschrijving moet worden aangemerkt, zijn de vorderingen van MVRDV toewijsbaar, met dien verstande dat de gemeente alleen gehouden is de opdracht aan MVRDV te gunnen, voor zover zij deze opdracht nog wenst te gunnen.

4.16.

De gemeente zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten.

Ten aanzien van de vorderingen van de combinatie

4.17.

Het voorgaande brengt mee dat de vorderingen van de combinatie moeten worden afgewezen.

4.18.

Nu MVRDV ook tegen de vorderingen van de combinatie verweer heeft moeten voeren, is er aanleiding voor een kostenveroordeling ten gunste van MVRDV en ten laste van de combinatie, begroot op een halve punt advocatensalaris.

5. De beslissing

De voorzieningenrechter,

Ten aanzien van de vorderingen van MVRDV

5.1.

verbiedt de gemeente om de architectenopdracht voor de nieuwbouw Collectiegebouw Boijmans Van Beuningen in het kader van de onderhavige aanbesteding, aan ieder ander dan MVRDV te gunnen,

5.2.

gebiedt de gemeente om de architectenopdracht voor de nieuwbouw Collectiegebouw Boijmans Van Beuningen, voor zover zij deze opdracht nog wenst te gunnen, binnen 4 weken na betekening van dit vonnis te gunnen aan MVRDV, (...)

Ten aanzien van de vorderingen van de combinatie

5.7.

wijst de vorderingen af,

5.8.

veroordeelt de combinatie in de proceskosten, tot aan deze uitspraak aan de zijde van MVRDV begroot op € 408,-- aan salaris voor de advocaat,
(Enz., enz.,Red.)

Noot

Auteur: R. Smith¹

Noot

Op 15 mei 2013 heeft de gemeente Rotterdam een niet-openbare aanbesteding aangekondigd voor de selectie van een architect ten behoeve van de nieuwbouw collectiegebouw (hierna het Collectiegebouw) van Museum Boijmans van Beuningen (verder het Museum). In de Gunningsleidraad van 2 augustus 2013 is opgenomen dat communicatie uitsluitend via e-mail wordt gevoerd.

Op 5 september 2013 heeft er een gesprek plaatsgevonden tussen een delegatie van architectenbureau MVRDV en een delegatie van het Museum, waaronder de directeur, die op dat moment lid was van de beoordelingscommissie. Aanleiding voor het gesprek was een mogelijke samenwerking betreffende een door MVRDV vervaardigde expositie. Tijdens dat gesprek is tevens uitgebreid gesproken over deze aanbesteding. De gemeente heeft op 26 september 2013 lucht gekregen van dat gesprek en heeft beide delegaties verzocht een verslag van dat gesprek te maken. Uit de verslagen bleek duidelijk dat er (tenminste) drie zaken zijn besproken, te weten 1) de spanning tussen budget en planning; 2) de mogelijkheid van een vaste verbinding tussen het Museum en het Collectiegebouw door de grond of de lucht; en 3) aandachtspunten die voor het Museum van belang waren waaronder klimaatbeheer en duurzaamheid.

Op 28 november 2013 heeft de gemeente in haar voorlopige gunningsbesluit bericht dat MVRDV weliswaar de beste score had behaald, maar dat de gemeente vanwege het gesprek met de afvaardiging van het Museum heeft bepaald 'MVRDV niet in aanmerking te laten komen voor de opdracht'. Zij heeft in haar motivering aangegeven dat zij het gelijkheids- en transparantiebeginsel van groot belang heeft geacht en om die reden in de Gunningsleidraad heeft opgenomen dat communicatie uitsluitend via de nota's van inlichtingen en per e-mail plaatsvindt. MVRDV heeft door het gesprek een inhoudelijke voorsprong verkregen, zo stelt de gemeente, die om die reden heeft gemeend dat zij niet anders kon dan MVRDV niet in aanmerking te laten komen.

De Voorzieningenrechter dacht daar echter anders over. Het vonnis kent enkele voor de praktijk zeer nuttige gezichtspunten, op basis waarvan aanbestedende diensten een dergelijk vonnis kunnen voorkomen. In deze noot komen twee aspecten aan bod. Hoe om te gaan met een verbod op communicatie op een andere wijze dan in de aanbestedingsleidraad voorgeschreven, en is hier nu het 'level playing field' geschaad?

In de eerste plaats stelt de Voorzieningenrechter onder verwijzing naar het arrest van HR 7 december 2012 (ECLI:NL:HR:2012:BW9233 (*KPN/Staat*)) dat de beginselen van transparantie en gelijkheid meebrengen dat uitsluitingsgronden 'op een niet voor misverstand vatbare wijze in de aanbestedingsstukken moeten zijn vermeld'. In dit geval had de gemeente Rotterdam opgenomen dat communicatie uitsluitend via e-mail plaatsvindt. Zij had hieraan echter geen uitsluitingsgrond gekoppeld. De Voorzieningenrechter heeft geoordeeld dat sprake was van een schending van het in de aanbestedingsstukken opgenomen communicatievoorschrift, maar nu daar in de Aanbestedingsleidraad geen sanctie was gekoppeld, deze schending niet kon worden bestraft met uitsluiting. Voor uitsluiting van de aanbesteding was simpelweg geen grondslag.

De Voorzieningenrechter sluit hierbij aan bij het genoemde arrest KPN/Staat, waarin het volgende is geoordeeld:

"In zijn arrest van 24 januari 2008, C-532/06, Jur. 2008, p. I-00251, LJV BC5729, NJ 2008/307 (Lianakis/Alexandroupolis) heeft het HvJ EU de in dit verband op de aanbestedende dienst rustende verplichting aldus verwoord dat een aanbestedende dienst geen afwegingsregels of subcriteria voor de gunningscriteria kan toepassen die hij niet vooraf ter kennis van de inschrijvers heeft gebracht."

Alle uitsluitings-, selectie- en gunningscriteria moeten voorafgaand aan de aanbesteding worden vermeld, anders hebben deze geen gelding. Nu de gemeente geen gevolgen had verbonden aan het beginsel dat communicatie uitsluitend via e-mail en in de nota's van inlichtingen plaatsvindt, kon er achteraf geen gevolg aan handelen in strijd met dat beginsel worden verbonden.

In Nederlandse rechtspraak wordt de Europese rechtspraak opgerekt. Ging het in Lianakus nog over afwegingsregels of subcriteria voor de gunningcriteria. In het arrest KPN/Staat betrof het facultatieve uitsluitingsgronden die de aanbesteder kan invoeren (zie. r.o. 3.6.3). De Hoge Raad had in die rechtsoverweging al aangegeven daarmee Europese rechtspraak op te rekken:

“Een andere opvatting zou tot een willekeurige toepassing van de facultatieve uitsluitingsgronden kunnen leiden en daarmee een gelijke behandeling van de inschrijvers in gevaar kunnen brengen.”

De Voorzieningenrechter borduurt in het vonnis MVRDV hierop verder en heeft daarmee een logisch vonnis gewezen. Wil een aanbesteder bepaald handelen voorkomen, dan dient zij dit handelen te koppelen aan een uitsluitingsgrond. Doet zij dat niet, dan leidt deze schending niet tot uitsluiting.

In de tweede plaats heeft de Voorzieningenrechter beoordeeld of het gesprek tussen de delegaties van MVRDV en Boijmans heeft geleid tot een verstoring van het ‘level playing field’: heeft MVRDV een voorsprong verkregen op de overige inschrijvers. De Voorzieningenrechter oordeelt dat de kans bestaat dat MVRDV een zekere kennisvoorsprong heeft gehad op de andere inschrijvers, maar dat deze voorsprong niet is komen vast te staan.

Het waarborgen van het ‘level playing field’ vloeit voort uit de beginselen van transparantie en gelijke behandeling van inschrijvers: hoe kan worden gewaarborgd dat alle inschrijvers dezelfde kansen hebben. Deze uitgangspunten zijn in de Aanbestedingswet 2012 gecodificeerd in artikel 1.8 en 1.9 voor Europese aanbestedingen, in artikel 1.12 voor Nationale aanbestedingen en in artikel 1.15 voor de meervoudig onderhandse aanbesteding. Bij verstoring van het ‘level playing field’ kan worden gedacht aan het bevoordelen van een inschrijver door de wijze waarop de vraagspecificatie is opgesteld, belangenverstrengeling tussen inschrijvers en adviseurs in de voorbereidende fase (Pijnacker Hordijk e.a., Aanbestedingsrecht 4de druk, p. 398 e.v.) en contact tussen inschrijvers en aanbesteder, zoals in deze kwestie omtrent het Museum.

Er zijn diverse uitspraken gepubliceerd die zien op verstoring van het ‘level playing field’. Veel inschrijvers hebben het gevoel dat een andere inschrijver is bevoordeeld, wat zou moeten leiden tot uitsluiting van die betreffende inschrijver. Aanbestedingsgeschillen worden veelal door de Voorzieningenrechter oordelend in kort geding beslecht. Uit diverse vonnissen volgt, dat het inschrijvers in de korte looptijd van een kort geding niet lukt om aannemelijk te maken dat er inderdaad sprake is van een verstoord ‘level playing field’. Dat kan zijn omdat zij daarvoor het bewijs niet op tafel krijgen; het kan ook omdat er nu eenmaal geen sprake is van een verstoring op dat vlak.

Degeene die stelt dat het ‘level playing field’ is verstoord, draagt daarvan de bewijslast. Aanbesteders kunnen daarvoor in de aanbestedingsleidraad een voorziening voor opnemen, bijvoorbeeld door aan bepaald gedrag een uitsluitingsgrond te koppelen. Eerder is gemeend dat het gesloten stelsel van uitsluitingsgronden het opnemen van specifieke projectgebonden uitsluitingsgronden in de weg staat. Het HvJ EG heeft in de zaak Michaniki (C-213-07) uitgemaakt dat uitsluitingsmaatregelen wel degelijk vastgesteld kunnen worden.

In dit geval heeft de aanbesteder in het bestek opgenomen dat communicatie buiten nota’s van inlichtingen en e-mail niet was toegestaan: een maatregel om het ‘level playing field’ te waarborgen. MVRDV en het Museum hebben gehandeld in strijd met deze maatregel zodat mogelijk geoordeeld had kunnen worden dat daarmee ‘level playing field’ is verstoord. De Voorzieningenrechter heeft dat niet gedaan en heeft geoordeeld dat ‘onvoldoende aannemelijk is dat MVRDV door het gesprek met Museum Boijmans Van Beuningen op 5 september 2013 een zodanig relevante kennisvoorsprong had, dat daardoor de mededingen is vervalst of uitgeschakeld. Aldus is niet aannemelijk gemaakt dat in de onderhavige aanbesteding het ‘level playing field’ is verstoord’.

Interessant in deze kwestie is de door de gemeente gekozen motivering van haar uitsluitingsbesluit, zie het vonnis onder 2.10:

“Door de handelswijze is het gelijkheids- en transparantiebeginsel ernstig geschonden (...) In het licht van een en ander hebben wij moeten concluderen dat voor het herstel van het gelijke speelveld niet volstaat dat (de directeur van het Museum, RS) zich heeft teruggetrokken uit de beoordelingscommissie. De vervanging van de (directeur) in de commissie neemt immers niet weg dat MVRDV op basis van het gesprek op 5 september 2013 een inhoudelijke voorsprong heeft gekregen bij de voorbereiding van haar inschrijving. Ook andere mogelijkheden ter opheffing van de informatievoorsprong voorafgaand aan het moment van inschrijving stonden ons niet ter beschikking. De enige mogelijkheid om die voorsprong weg te nemen en dus om het gelijke speelveld te herstellen is om MVRDV niet in aanmerking te laten komen voor de opdracht (...).”

Als de gemeente Rotterdam zich op het standpunt stelt dat de ‘level playing field’ is verstoord, moet zij deze verstoring aantonen. De gemeente kon de ‘inhoudelijke voorsprong’ simpelweg niet aantonen, zodat het niet verwonderlijk is dat de Voorzieningenrechter de vorderingen van MVRDV heeft toegewezen. Dat doet nog wel de vraag rijzen wat de uitkomst van de procedure was geweest, als de gemeente Rotterdam een minder verstrekkende motivering had gekozen, zoals

“De Gemeente heeft om reden van transparantie en gelijkwaardigheid communicatie buiten nota van inlichtingen en e-mail verboden. Door het gesprek van MVRDV en het Museum kan de gemeente de gelijkheid tussen partijen en de door

inschrijvers en de door haar in acht te nemen transparantie niet garanderen. Reden waarom zij MVRDV uitsluit.”

Wellicht had de Voorzieningenrechter ook dan geoordeeld dat daarmee de verstoring van het ‘level playing field’ nog steeds niet was aangetoond. Dat is nu niet vast te stellen. Gezien het communicatieverbod had de Voorzieningenrechter in dat geval wellicht nog kunnen oordelen dat niet is uit te sluiten dat de ‘level playing field’ is verstoord. Duidelijk is wel, dat indien de aanbesteder beter had opgelet bij het opstellen van de Aanbestedingsleidraad, dit geschil voorkomen had kunnen worden. Het vonnis is daarmee een oproep om de Aanbestedingsleidraad zorgvuldig op te stellen, zodat toekomstige juridische problemen voorkomen worden.

Voetnoten

[\[1\]](#)

Mr. R. Smith is advocaat bij Fundament Advocatuur BV te Rotterdam.