Voorzieningenrechter Rechtbank
Noord-Nederland
17 februari 2016, nr. C/17/145948/KG ZA 15-359,
ECLI:NL:RBNNE:2016:568
(mr. Werkema)
Noot mr. ir. M.B. Klijn

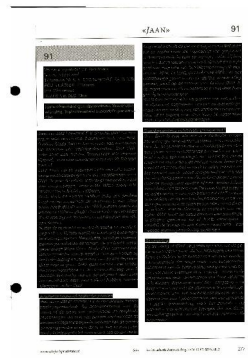
Toelaatbaarheid gunningscriteria. Wezenlijke wijziging. Toelaatbaarheid beoordelingsmethodiek.

Dokterswacht Friesland B.V. (hierna: DWF) is een organisatie van en voor huisartsen in de provincie Fryslân. Sinds 2006 is het vervoer van huisartsen ten behoeve van patiëntenbezoeken door DWF uitbesteed aan Kijlstra Taxivervoer B.V (hierna: Kijlstra), deze overeenkomst loopt op 28 februari 2016 af.
DWF heeft op 31 augustus 2015 een offerteaanvraag met betrekking tot de Vervoersdiensten voor DWF (hierna de offerteaanvraag) verzonden naar vier marktpartijen, waaronder Witte Kruis B.V. (hierna: Witte Kruis) en Kijlstra.
Witte Kruis en Kijlstra hebben tijdig een geldige inschrijving ingediend. De inschrijving van Witte Kruis heeft 804,83 van de 1000 punten gescoord en die van Kijlstra 804,07. De inschrijving van Witte Kruis was bijna € 150.000 per jaar duurder dan die van Kijlstra.
Nadat de opdracht in eerste instantie voorlopig is gegund aan Kijlstra wordt dit voorlopig gunningsbesluit ingetrokken. Vervolgens wordt een tweede gunningsbeslissing genomen, de opdracht wordt gegund aan Witte Kruis. Nadat DWF van verschillende zijden bezwaren heeft ontvangen besluit zij tot beëindiging en intrekking van de offerteprocedure over te gaan. DWF gaat hiertoe over omdat de gunningscriteria in de offerteaanvraag onvoldoende eenduidig waren geredigeerd waardoor de aanbieders deze verschillend hebben kunnen uitleggen, aldus DWF.

Aanbestedingsrechtelijke beginselen
Vast staat dat er sprake is van een private aanbestedingsprocedure. Bij beantwoording van de vraag of de eisen van redelijkheid en billijkheid meebrengen dat ook een private aanbesteder de aanbestedingsrechtelijke beginselen van gelijkheid en transparantie in acht dient te nemen staat centraal of de (potentiële) aanbieders aan de aanbesteding redelijkerwijs de verwachting kunnen ontlenen dat de aanbesteder de beginselen van gelijkheid en transparantie in acht zal nemen, zodat hij hen daarin naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet mag teleurstellen (Hof Den Haag 30 september 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3028). In het onderhavige geval is een dergelijke verwachting gewekt, gelet op de inhoud van de door DWF in de markt gezette offerteaanvraag en het door haar gevolgde offertetraject.
Het is een aanbesteder toegestaan om, ook indien de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht van toepassing zijn, een aanbestedingsprocedure af te breken (Hof Den Haag 30 september 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3028).

Gunningscriteria voldoende transparant?
Door DWF is niet, althans zeer summier, onderbouwd op grond waarvan (achteraf zou zijn gebleken) dat de gunningscriteria onvoldoende eenduidig zijn en door verschillende aanbieder verschillend zouden zijn uitgelegd. Het enkele feit dat de criteria de aanbieders de nodige ruimte lieten om creatief en innovatief te werk te gaan, maakt naar het oordeel van de voorzieningenrechter nog niet dat de criteria zoals deze zijn geformuleerd onvoldoende transparant zouden zijn en zouden leiden tot willekeur en favoritisme. De voorzieningenrechter acht daarbij tevens van belang dat DWF in staat is gebleken om de aanbiedingen door haar beoordelingscommissie te laten beoordelen en de diverse criteria, met motivering, te voorzien van een cijfer. DWF heeft op basis daarvan een gunningsbeslissing genomen en zij heeft vervolgens – daarbij de bezwaren van Kijlstra passerend – een tweede gunningsbeslissing genomen.

Beoordeling
Bij de vraag of DWF op goede gronden tot de gedane beoordeling van de inschrijvingen van Witte Kruis en Kijlstra heeft kunnen komen moet worden vooropgesteld dat enige mate van subjectiviteit inherent is aan de beoordeling van gunningscriteria, met name wanneer deze criteria – zoals in de onderhavige zaak – kenmerken van 'best value' in zich dragen. Weliswaar staat dat – enigszins – op gespannen voet met de objectieve beoordelingssystematiek van het aanbestedingsrecht en de daarop toepasselijke beginselen van transparantie en gelijke behandeling, maar het behoeft – op zichzelf – nog niet mee te brengen dat ook daadwerkelijk sprake is van strijd met dat recht c.q. die beginselen.


</JAAN> 91
91
[redacted]

De voorzieningenrechter dient slechts marginaal te toetsen of de door de aanbesteder uitgevoerde beoordeling – de puntenscore plus motivering – van de inschrijving voldoende grondslag vindt in de aanbestedingsstukken.
Dat Kijlstra op het criterium 'personeel' ten onrechte minder punten heeft gekregen dan Witte Kruis en dat Witte Kruis op het criterium 'implementatie' ten onrechte evenveel punten heeft gekregen, heeft Kijlstra niet aannemelijk gemaakt. Kijlstra heeft immers haar offerte en de beoordeling daarvan niet volledig in het geding gebracht, doch slechts onderdelen daarvan. Kijlstra heeft weliswaar gesteld dat het hierbij om de cruciale teksten gaat, doch dat laat onverlet dat deze teksten niet in samenhang met de hele beoordeling kunnen worden bezien en dat de juistheid van het betoog van Kijlstra onvoldoende kan worden beoordeeld. Bovendien is in de offerteaanvraag opgenomen dat de aanbiedingen worden beoordeeld op de wijze waarop zij, ten opzicht van elkaar, invulling geven aan de gunningscriteria. De offerte van Witte Kruis behoort echter evenmin tot de processtukken. De voorzieningenrechter kan op basis van hetgeen Kijlstra heeft aangevoerd niet tot het oordeel komen dat er sprake is van kennelijke beoordelingsfouten noch dat de beoordelingscommissie in redelijkheid niet tot het gegeven oordeel heeft kunnen komen.

Wijziging van de opdracht
Nu de procedure correct is verlopen en niet aannemelijk is geworden dat Witte Kruis niet als terechte winnaar uit de bus is gekomen, had DWF – indien zij tot gunning zou zijn overgegaan – de opdracht aan Witte Kruis moeten gunnen. Hieruit volgt dat indien DWF besluit over te gaan tot heraanbesteding, zij de opdracht slechts opnieuw in de markt kan zetten indien er sprake is van een wezenlijke gewijzigde opdracht.
Nu DWF bij brief van 15 januari 2016 reeds heeft aangekondigd welke wijzigingen zij mogelijk door zou willen voeren, acht de voorzieningenrechter het opportuun om reeds nu te beoordelen of deze aangekondigde mogelijke aanpassingen in de opdracht een wezenlijke wijziging daarvan opleveren:
- mogelijkheden om zelf personeel in dienst te nemen: dit levert geen wezenlijke wijziging van de opdracht op;
- wijzingen in de verhouding kwaliteit en prijs en de daaraan verbonden wegingsfactoren: dit levert geen inhoudelijke wijziging van de opdracht op, het gaat immers nog steeds om het verzorgen van dezelfde vervoersdiensten onder dezelfde specificaties;
- inspelen op nieuwe huisartsenposten die zich aan willen sluiten: geen wezenlijke wijziging in de opdracht opleveren nu bijna alle huisartsen in Friesland zijn aangesloten bij DWF;
- betere inrichting van de opdracht: dit levert evenmin een wijziging op als hiervoor bedoeld.

Gelijkheidsbeginsel
Met de door DWF beoogde 'wijzigingen' kunnen andere inschrijvers dan Witte Kruis mogelijk wel in een betere positie worden gebracht waardoor strijd met het gelijkheidsbeginsel ontstaat. DWF handelt onrechtmatig indien zij – zonder wezenlijke wijzigingen aan te brengen – tot heraanbesteding over gaat. Dit brengt mee dat heraanbesteding met het wijzigen van voornoemde criteria onrechtmatig is. Het gevorderde verbod zal daarom op onderstaande wijze worden toegewezen. Aan dit verbod zal de voorzieningenrechter een dwangsom verbinden van € 1.000.000 zoals door Witte Kruis gevorderd.
Het vorenstaande leidt er toe dat alle vorderingen van Kijlstra als tussenkomende partij, zowel die tegen Witte Kruis als die tegen DWF, zullen worden afgewezen.

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
WITTE KRUIS B.V.,
gevestigd te Den Haag,
eiseres,
advocaten mr. J.F. van Nouhuys en mr. C.G. van Blaaderen te Rotterdam,
tegen
de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
DOKTERSWACHT FRIESLAND B.V.,
gevestigd te Heerenveen,
gedaagde,
advocaat mr. C. Borstlap te Zwolle,
en de tussenkomende partij
de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
KIJLSTRA TAXIVERVOER B.V.,
gevestigd te Drachten,
eiseres in het incident tot tussenkomst,
advocaten mr. Th. Dankert en mr. S. Lautenbag te Leeuwarden.

1 De procedure
1.1. Witte Kruis heeft DWF in kort geding doen dagvaarden tegen de openbare terechtzitting van 2 februari 2016.

1.2. Witte Kruis heeft - na een akte wijziging van eis - gevorderd bij vonnis in kort geding, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad en op de minuut:
- DWF te verbieden haar voornemen zoals weergegeven in de Beëindigings- en Intrekkingsbrief uit te voeren en te verbieden tot intrekking van de aanbestedingsprocedure over te gaan;
- DWF te verbieden dezelfde opdracht als beschreven in de Offerteaanvraag conform haar voornemen in de Beëindigings- en Intrekkingsbrief opnieuw in de markt te zetten;
- DWF te verbieden de opdracht zoals beschreven in de Offerteaanvraag aan een ander dan aan Witte Kruis te gunnen, althans te gebieden de Tweede Gunningsbeslissing te doen herleven;
- waarbij elk verbod en gebod van dit petitum aan DWF wordt opgelegd op straffe van verbeurte van een direct opeisbare dwangsom van € 1.000.000,- en
- DWF te veroordelen in de kosten van deze procedure, een tegemoetkoming in de door Witte Kruis gemaakte kosten van juridische bijstand daaronder begrepen, alsmede de nakosten ten bedrage van € 131,- zonder betekening en € 199,- met betekening van het in deze zaak te wijzen vonnis, met de aantekening dat als niet binnen twee weken na wijzing van het vonnis aan de proceskostenveroordeling is voldaan daarover de wettelijke rente verschuldigd is;
1.3. Kijlstra heeft voorafgaand aan de terechtzitting een incidentele conclusie tot tussenkomst, subsidiair voeging ingediend, waarbij zij heeft gevorderd:
primair:
bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, Kijlstra toe te staan tussen te komen in de procedure tussen Witte Kruis en DWF;
en, in de hoofdzaak, dat de voorzieningenrechter in dat geval uitvoerbaar bij voorraad:
i. Witte Kruis niet-ontvankelijk te verklaren, althans haar vorderingen af te wijzen;
ii. Witte Kruis te gebieden te gehengen en te gedogen dat een nieuw offertetraject als bedoeld in het lichaam van de incidentele conclusie wordt voorbereid en opgestart door DWF;
iii. Witte Kruis te gebieden te gehengen en te gedogen dat, voor zover DWF niet het aanvankelijke offertetraject mocht stopzetten, DWF overgaat tot herbeoordeling van de inschrijvingen van in ieder geval Witte Kruis en Kijlstra en op basis daarvan een nieuwe gunningsbeslissing neemt;
iv. DWF te verbieden de opdracht definitief te gunnen aan Witte Kruis en te gebieden over te gaan tot het voorbereiden en opstarten van een nieuw offertetraject zoals bedoeld in het lichaam van de incidentele conclusie, welk offertetraject voldoet aan het transparantiebeginsel en voor deelname aan dat nieuwe offertetraject in ieder geval Kijlstra uit te nodigen;
v. DWF te verbieden de opdracht definitief te gunnen aan Witte Kruis en te gebieden, om, voor zover zij niet het aanvankelijke offertetraject mocht stopzetten, binnen veertien dagen na het in deze te wijzen vonnis, althans een in goede justitie door de voorzieningenrechter te bepalen termijn, over te gaan tot herbeoordeling van de inschrijvingen van in ieder geval Witte Kruis en Kijlstra en op basis van die herbeoordeling een nieuwe gunningsbeslissing te nemen waartegen een afdoende rechtsbeschermingstermijn van veertien dagen, althans een door de voorzieningenrechter te bepalen termijn, open staat;
vi. Een en ander op straffe van verbeurte van een direct opeisbare dwangsom van
€ 1.000.000,- dan wel een ander in goede justitie te bepalen bedrag, voor elke overtreding van een door de voorzieningenrechter opgelegd gebod en/of verbod, te vermeerderen met een bedrag van € 1.000,- voor iedere dag of gedeelte van een dag dat deze overtreding voortduurt, en;
vii. met veroordeling van Witte Kruis en/of DWF in de kosten van het geding aan de zijde van Kijlstra, daaronder begrepen een vergoeding van de na de uitspraak vallende kosten van € 131,- aan salaris advocaat zonder betekening van dit vonnis en € 199,- ingeval van betekening van dit vonnis, met bepaling dat, indien deze proceskosten niet binnen twee weken na dagtekening van het in dezen te wijzen vonnis aan Kijlstra zijn voldaan, daarover wettelijke rente verschuldigd is tot de dag van algehele voldoening;
subsidiair:
bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad Kijlstra toe te staan zich te mogen voegen aan de zijde van DWF, met veroordeling van verweerster(s) in het incident tot voeging in de kosten.
1.4. De voorzieningenrechter heeft ter zitting de door Kijlstra gevorderde
tussenkomst alsmede de door haar overgelegde producties toegestaan.

1.5. Ter terechtzitting hebben partijen hun standpunten nader toegelicht, waarbij de advocaten van partijen gebruik hebben gemaakt van pleitnotities. DWF heeft geconcludeerd tot afwijzing van de vorderingen van zowel Witte Kruis als Kijlstra.
1.6. Ten slotte is vonnis bepaald op heden.

2 De feiten
2.1. DWF is een organisatie van en voor huisartsen in de provincie Fryslân. Nagenoeg alle huisartsen die praktijk houden in Friesland zijn aangesloten bij DWF. Sinds 2006 is het vervoer van huisartsen ten behoeve van patiëntenbezoeken door DWF uitbesteed aan Kijlstra. De huisartsen worden opgehaald vanaf de huisartsenposten in Heerenveen, Dokkum, Drachten, Leeuwarden en Sneek en naar het verblijf van de patiënten gereden. De overeenkomst van DWF met Kijlstra loopt op 28 februari 2016 af.
2.2. DWF heeft op 31 augustus 2015 een offerteaanvraag met betrekking tot de Vervoersdiensten voor DWF (hierna de offerteaanvraag) verzonden naar vier marktpartijen, waaronder Witte Kruis en Kijlstra. Deze offerteaanvraag luidt (voor zover hier van belang):
1.4. **Doel van het offertetraject**
Het doel van dit offertetraject is om met een transparante, objectieve procedure te komen tot de gunning van de opdracht aan die partij die de beste aanbieding doet waarbij wordt gekeken naar de economisch meest voordelige aanbieding, dat wil zeggen de beste verhouding tussen prijs en kwaliteit.
Er zal aan één (1) partij de opdracht voor het leveren van vervoersdiensten gedurende een periode van zes (6) jaar gegund worden.
(.....)
2.3.2. **Tegenstrijdigheden**
De offerteaanvraag met alle bijbehorende bijlagen zijn met zorg samengesteld. Mocht aanbieder hierin desondanks onduidelijkheden en/of tegenstrijdigheden en/of onvolkomenheden aantreffen, dan wel anderszins bezwaren hebben tegen de procedure, de voorwaarden en/of eisen dan dient de aanbieder omwille van de voortgang en efficiëntie van de procedure, de opdrachtgever hiervan te vergewissen bij gelegenheid van de inlichtingen als bedoeld in § 2.2.1. Dit met opgaaf van de eventuele gevolgen voor u als aanbieder.
Eventuele onduidelijkheden etc. en/of bezwaren die eerst kenbaar geworden kunnen zijn naar aanleiding van de inhoud van de nota van inlichtingen, dienen uiterlijk negen (9) dagen voor het uiterste tijdstip voor aanbieding per e-mail bij de contactpersoon aan de orde worden gesteld.
Maakt aanbieder van de geboden gelegenheid geen gebruik, dan komt zulks voor risico van aanbieder en mogen de overige aanbieders en de opdrachtgever er gerechtvaardigd op vertrouwen dat bij aanbieder geen onduidelijkheden etc. en/of bezwaren aanwezig zijn.
Het eerst na de hierboven geboden mogelijkheden aan de orde stellen van onduidelijkheden etc. en/of bezwaren, die voor de Aanbieding kenbaar waren of redelijkerwijs kenbaar hadden moeten zijn, zal op grond van rechtsverwerking en/of opgewekt vertrouwen, leiden tot niet-ontvankelijkheid.
2.3.3. **Voorbehoud**
De opdrachtgever behoudt zich het recht voor dit offertetraject of een deel daarvan tijdelijk of definitief stop te zetten. Tevens heeft de opdrachtgever geen verplichting tot het aangaan van een Overeenkomst.
(.....)
2.3.6. **Instemming**
Het indienen van een offerte houdt in dat de aanbieder instemt met bovenstaande voorwaarden.
(.....)
3.2. **Kwaliteit personeel en op termijn overnemen van personeel**
Voor de Dokterswacht is het grootste afbreukrisico de kwaliteit en de continuïteit van de Chauffeurs. Om deze reden is besloten om de markt uit te dagen om niet alleen het vervoer als totaal concept aan te bieden maar ook om een business case uit te werken waarin het personeel op termijn wordt overgenomen door de Dokterswacht. Te denken valt dan aan detacheringsconstructies.
(.....)
De Business case kan bijgevoegd worden bij de offerte. Deze Business case maakt geen onderdeel uit van de gunning.
3.3. **Nieuwe situatie Vervoersdiensten**
(.....)
De Dokterswacht wil met dit offerte traject de volgende doelstelling behalen:
Doelstelling
Dokterswacht zoekt die opdrachtnemer die in staat is om:

• gegarandeerde continuïteit van vervoer te leveren, zodat de huisarts veilig op de juiste plaats van bestemming komt en daar van de Chauffeurs de juiste (medisch) kwalitatieve ondersteuning krijgt voor zijn of haar werkzaamheden.
• continuïteit te leveren in personeel dat vervolgens in staat is om zich als een verlengde van de Dokterswacht te gedragen, het betrouwbare imago van de Dokterswacht te handhaven en in sociaal opzicht zich aanpast aan de artsen en patiënten.
• Dokterswachtauto's te leveren die passen bij het betrouwbare imago van de Dokterswacht.
• maximaal bij te dragen aan de klanttevredenheid van de deelnemende artsen.
• een goede samenwerking te onderhouden met de RAV / MKA en daartoe ook over de juiste communicatiemiddelen beschikt.
• volledige transparantie in de kosten te bieden en hiermee bij te dragen aan de verlaging van de total cost of ownership.
(.....)

4.1. **Gunningcriteria**

De aanbestedende dienst gunt op basis van het criterium economisch meest voordelige aanbieding.
Een toelichting op de gunningscriteria is opgenomen in het format voor de offerte. Voor de volgende gunningscriteria met weging is gekozen:

Criterium	**Inhoud van het criterium**	**Weegfactor**	**Maximale Score**
Kwaliteit		95	950
Personeel	De waarde toegevoegde kenmerken van uw personeels- en opleidingsbeleid en communicatiebeleid. Ga hierbij onder andere in op de regionale gebondenheid en bekendheid	30	
Implementatie	Op welke wijze de implementatie van de dienstverlening wordt verzorgd. En de keuze voor het Vervoermiddel wordt gefaciliteerd.	25	
Materieel	In staat zijn de doelstelling t.a.v. het materieel te behalen. Ga hierbij onder andere in op storingsafhandeling bij ICT gerelateerde zaken.	20	
Innovatie	De aanpak nu en tijdens de looptijd van deze Overeenkomst omtrent omgaan met innovaties. Ga hierbij in op ontwikkelingen in de branche zoals duurzaamheid, maar ook de samenwerking met de RAV en C2000	12,5	
Prijs transparantie	Gedurende de looptijd bijdragen aan de doelstelling om volledige transparantie in de kosten te bieden en hiermee bij te dragen aan de verlaging van de total cost of ownership	7,5	
Prijs		5	50
	Inschrijfprijs aan de hand van het voorgeschreven inschrijfmodel.	5	
	Totaal		**1000**

(.....)

4.2. **Beoordelingsprocedure**

(.....)

Fase 4a. Beoordeling van het gunningcriterium "kwaliteit"
De kwaliteit wordt bepaald aan de hand van de door de aanbieder gegeven antwoorden. De aanbiedingen worden beoordeeld op de wijze waarop zij, ten opzichte van elkaar, invulling geven aan de gunningcriteria.
Bij de gunningcriteria kent het beoordelingsteam per gunningcriterium in consensus een waardering toe in de vorm van een geheel cijfer tussen minimaal 1 en maximaal 10 punten. (.....)
Fase 4b. Presentatie
Ter verduidelijking zal er een presentatie door de aanbieders worden gegeven aan de opdrachtgever. Deze presentatie zal puur ter verduidelijking zijn en dient geen nieuwe informatie m.b.t. de aanbieding te geven. De maximale duur van de presentatie zal 30 minuten zijn met aansluitend 15 minuten de tijd voor het stellen van vragen door opdrachtgever. De mogelijkheid bestaat dat de presentatie zal worden opgenomen. De presentatie dient als verplicht onderdeel van de gunning te worden beschouwd.
Fase 4c. Beoordeling van het gunningcriterium "prijs"
De aanbieder met de laagste prijs behaalt het maximale aantal punten.
De overige aanbieders worden als volgt beoordeeld:
(laagste prijs/prijs aanbieder) x aantal maximaal punten = aantal punten aanbieder
(.....)
4.3. **Gunning**
Nadat opdrachtgever heeft beslist aan welke aanbieder de opdracht wordt gegund, worden alle aanbieders schriftelijk op de hoogte gebracht van deze gunningbeslissing.
Tevens wordt gemeld dat er in eerste instantie sprake is van voorgenomen gunning. De voorgenomen gunning wordt na een redelijke termijn van (7) dagen, omgezet in een definitieve gunning. Opdrachtverlening heeft pas plaatsgevonden na ondertekening van de Overeenkomst. Zolang er niet op alle punten volledige overeenstemming is bereikt en er nog geen schriftelijke door beide partijen ondertekende Overeenkomst tot stand is gekomen, is er geen sprake van enige gebondenheid van opdrachtgever. In geen enkel geval is er een verplichting tot vergoeding van welke schade of kosten dan ook.

Gunningscriteria

Kwaliteit	Gunningscriterium
G1	Beschrijf in maximaal 2 A4 de waarde toevoegende kenmerken van uw personeels- en opleidingsbeleid en communicatiebeleid. Ga hierbij onder andere in op de regionale gebondenheid en bekendheid.
G2	Beschrijf in maximaal 2 A4 op welke wijze u de implementatie van de dienstverlening gaat verzorgen per 29 februari 2016. Ga hierbij o.a. in op de klanttevredenheid van de huisartsen en de inspraak op de autokeuze.
(.....)	(.....)
G4	Beschrijf in maximaal 2 A4 hoe u nu en tijdens de looptijd van deze Overeenkomst om zult gaan met innovaties. Ga hierbij in op ontwikkelingen in de branche zoals duurzaamheid, maar ook de samenwerking met RAV en C2000.
(.....)	(.....)

2.3. Er zijn twee Nota's van Inlichtingen geweest. In de eerste Nota van Inlichtingen van 15 september 2015 zijn drie vragen gesteld over de toepassing van de gunningcriteria. Voorts is de vraag gesteld of er een wens is vanuit de Dokterwacht dat de nieuwe vervoerder bij gunning de medewerkers - of een gedeelte daarvan - overneemt van de huidige vervoerder, welke vraag door DWF in bevestigende zin is beantwoord. In de tweede Nota van Inlichtingen van 23 september 2015 zijn geen nadere vragen over de gunningcriteria geformuleerd.
2.4. Witte Kruis en Kijlstra hebben tijdig een geldige inschrijving ingediend. De inschrijving van Witte Kruis heeft 804,83 van de 1000 punten gescoord (760 voor kwaliteit en 44,43 voor prijs) en die van Kijlstra 804,07 (755 voor kwaliteit en 49,07 voor prijs). De inschrijving van Witte Kruis was bijna € 150.000,- per jaar duurder dan die van Kijlstra.
2.5. DWF heeft bij brief van 28 oktober 2015 aan Witte Kruis onder meer bericht:
Uw inschrijving is beoordeeld conform de in de offerteaanvraag omschreven procedure.

Tijdens de beoordeling is gebleken dat uw offerte nagenoeg gelijk heeft gescoord met die van Kijlstra Taxivervoer BV. Kwalitatief gezien heeft uw organisatie een beter aanbod gedaan, echter dat aanbod brengt een aanzienlijke kostenverhoging teweeg. Om deze reden heeft Dokterswacht Friesland zich moeten beraden op het vervolg van dit traject.
Na beraad is de uitkomst dat we mogelijkheden van kwaliteitsverbetering willen bespreken met Kijlstra Taxivervoer B.V. en is derhalve besloten om de opdracht voorlopig te gunnen aan Kijlstra Taxivervoer BV.
2.6. Witte Kruis heeft bij brief van 30 oktober 2015 formeel bezwaar gemaakt tegen deze gang van zaken.
2.7. Bij brief van 4 november 2015 heeft DWF aan alle inschrijvers bericht dat zij meerdere bezwaren had ontvangen en dat deze bezwaren aanleiding vormden voor het aanhouden van de gunningsbeslissing om de bezwaren te onderzoeken. Bij brief van 5 november 2015 heeft Kijlstra bezwaren geuit tegen de puntentoekenning en de motivering.
2.8. DWF heeft bij brief van 13 november 2015 aan Witte Kruis bericht:
Zoals aangekondigd in onze brief van 4 november jl. heeft Dokterswacht Friesland zich beraad over het door haar op 28 oktober 2015 genomen besluit om de opdracht zoals omschreven in de offerteaanvraag voor Vervoersdiensten voor Dokterswacht Friesland voorlopig te gunnen aan Kijlstra Taxivervoer B.V.
Mede op basis van de door Witte Kruis daartegen geuite bezwaren is Dokterswacht inmiddels van oordeel dat dat gunningsvoornemen (juridisch) onjuist geweest is en Dokterswacht kan dan ook niet anders dan haar besluit om voorlopig te gunnen aan Kijlstra Taxivervoer B.V. te gunnen in te trekken.
Dokterswacht moet constateren dat Witte Kruis B.V. met een totaal aantal punten van 804,83 de meeste punten heeft behaald. En dat Witte Kruis BV. op grond van de offerteaanvraag derhalve de economisch meest voordelige aanbieding heeft gedaan. Dokterswacht is dan ook voornemens om de opdracht te gunnen aan Witte Kruis B.V.
Dokterswacht zal alle aanbieders in de gelegenheid stellen om binnen 7 dagen na heden (en derhalve uiterlijk op vrijdag 20 november 2015) op te komen tegen dit gunningsvoornemen door middel van het aanhangig maken van een kort geding. Pas wanneer definitief komt vast te staan dat de overige aanbieders van die mogelijkheid geen gebruik zullen maken/hebben gemaakt zal Dokterswacht Friesland het initiatief nemen om met Witte Kruis nadere afspraken te maken over de tussen Witte Kruis en Dokterswacht Friesland te sluiten overeenkomst.
Wanneer één van de aanbieders echter onverhoopt toch meent op te moeten komen tegen onderhavige gunningsbeslissing zal Dokterswacht Friesland de uitkomsten van die procedure afwachten voordat zij met betrekking tot de Vervoersdiensten nadere stappen zet. Wij verzoeken u in dit kader om ons schriftelijk te bevestigen dat Witte Kruis de termijn van gestanddoening van de door haar ingediende offerte zonder nadere voorwaarden zal verlengen met 30 dagen.
2.9. DWF heeft vervolgens de bezwaartermijn met 7 dagen verlengd tot en met 27 november 2015. In de periode tussen 13 november 2015 en 18 november 2015 heeft Kijlstra een conceptdagvaarding aan DWF doen toekomen. Kijlstra heeft dit kort geding niet aanhangig gemaakt. Bij brief van 19 november 2015 heeft een van de andere inschrijvers, Meditaxi, bij DWF geklaagd over het verloop van de procedure.
2.10. Bij brief van 30 november 2015 (hierna te noemen de intrekkingsbrief) heeft DWF aan Witte Kruis meegedeeld (voor zover van belang):
Door middel van onze brief van 13 november jl. heeft Dokterswacht Friesland u laten weten voornemens te zijn de opdracht met betrekking tot de vervoersdiensten te gunnen aan Witte Kruis B.V. Inmiddels moet Dokterswacht echter constateren dat zij tot beëindiging en intrekking van de offerteprocedure over moet gaan.
(.....)
Hoewel Dokterswacht zich tot het uiterste heeft ingespannen om het hiervoor genoemde doel te verwezenlijken moet zij inmiddels - tot haar spijt - concluderen dat zij daarin niet geslaagd is. Uit de bezwaren die zij van verschillende zijden heeft ontvangen blijkt dat de door Dokterswacht geformuleerde gunningscriteria onvoldoende eenduidig te zijn geredigeerd, waardoor de aanbieders deze verschillend hebben kunnen uitleggen. Dit heeft ertoe geleid dat sprake is van strijdigheid met het transparantiebeginsel waardoor Dokterswacht niet anders kan dan de procedure stopzetten en intrekken. Dokterswacht zal daarom geen uitvoering geven aan haar voornemen tot gunning van de opdracht aan Witte Kruis.

Dokterswacht zal de opdracht in een later stadium opnieuw door middel van een offerteaanvraag in de markt zetten en u daarbij wederom uitnodigen tot het doen van een aanbieding. (.....)
2.11. Witte Kruis heeft bij brief van 4 december 2015 van haar raadsman DWF verzocht om inzicht te geven in de redenen die aan de intrekkingsbrief ten grondslag lagen. De raadsvrouwe van DWF heeft hierop bij brief van 11 december 2015 gereageerd en aangegeven dat de gunningcriteria in de offerteaanvraag onvoldoende eenduidig waren geredigeerd, waardoor de aanbieders deze verschillend hebben kunnen uitleggen.
2.12. DWF heeft - in afwachting van de uitspraak in dit onderhavige kort geding - de bestaande overeenkomst met Kijlstra verlengd voor de duur van en jaar, met een tussentijdse opzegmogelijkheid met een opzegtermijn van 4 maanden.
2.13. De raadslieden van DWF hebben in een brief van 15 januari 2016 aan de raadslieden van Witte Kruis een aantal mogelijke wijzigingen van de opdracht medegedeeld.

3 Het standpunt van Witte Kruis
3 .1. Witte Kruis stelt dat DWF de aanbestedingsprocedure niet kan intrekken en dat zij niet tot heraanbesteding van dezelfde opdracht mag overgaan. De civielrechtelijke beginselen van de redelijkheid en billijkheid verzetten zich ertegen dat DWF, wanneer eenmaal een aanbesteding heeft plaatsgehad en een winnende inschrijver kan worden aangewezen die voor gunning van de opdracht in aanmerking komt, zonder een goede reden tot heraanbesteding overgaat. Met de door DWF gevolgde aanbestedingsprocedure is volgens Witte Kruis niets mis en deze kan de toets der kritiek doorstaan. DWF heeft gekozen voor een aanbestedingsprocedure met kenmerken van 'best value'. Aan alle marktpartijen is gevraagd een oplossing te bieden die tegemoet komt aan de doelstellingen van DWF. Uit de aard van de procedure volgt dan ook dat een beroep op de creativiteit van de inschrijvers wordt gedaan. Bovendien is vooraf voor elk gunningcriterium bepaald hoeveel punten inschrijvers daarmee maximaal zouden kunnen verdienen. Van ondoorzichtigheid van de gunningcriteria is volgens Witte Kruis geen sprake. Door de aanbieders zijn ook geen klachten en bezwaren geuit over de offerteaanvraag en de bijbehorende bijlagen via de Nota van Inlichtingen. Gelet op het bepaalde in paragraaf 2.3.2. van de offerteaanvraag hebben de aanbieders daarmee hun recht verwerkt om bezwaren te uiten of klachten te formuleren. DWF heeft bovendien een beoordeling kunnen uitvoeren, getuige het feit dat haar beoordelingscommissie de scores heeft toegekend. Uit de gunningsbeslissing blijkt ook dat de aanbieding van Witte Kruis aan de verwachtingen van DWF voldeed. Het stopzetten van een aanbestedingsprocedure is ingegeven door willekeur. De handelwijze van DWF is bovendien strijdig met de toezeggingen die DWF gedurende de aanbestedingsprocedure heeft gedaan. DWF heeft toegezegd de uitkomst van een juridische procedure af te wachten. DWF heeft een juridische procedure niet afgewacht, maar naar aanleiding van een concept kortgedingdagvaarding van Kijlstra haar schriftelijke en mondelinge toezegging(en) richting Witte Kruis geschonden door de opdracht in te trekken. Nu de door DWF aangevoerde redenen voor de intrekking niet valide zijn - DWF heeft bovendien steeds uiteenlopende en tegenstrijdige standpunten ingenomen - handelt DWF door de intrekking en heraanbesteding van dezelfde opdracht onrechtmatig jegens Witte Kruis. Witte Kruis vordert daarom een verbod om de opdracht aan een ander te gunnen dan aan Witte Kruis alsmede een verbod om uitvoering te geven aan het in de intrekkingsbrief verwoorde voornemen om de opdracht opnieuw in de markt te zetten. Het wijzigen van de opdracht is niet mogelijk, omdat dan niet in de behoefte van DWF wordt voorzien. De door DWF in haar brief van 15 januari 2016 voorstelde wijzigingen leiden niet tot een wezenlijke wijziging in de opdracht, aldus nog steeds Witte Kruis.
3.2. Witte Kruis betwist dat de door DWF uitgevoerde beoordeling van de inschrijving van Kijlstra onjuist is. DWF heeft gekozen voor een aanbestedingsprocedure met kenmerking van de inkoopmethode 'best value'. Dit betekent dat een inschrijver moet laten zien dat hij is in staat is om de doelstellingen van DWF te behalen en toegevoegde waarde te realiseren. Bij alle inschrijvers is gekeken naar de leerervaringen uit het verleden. De 'past performance' van Kijlstra is dan ook niet op zichzelf beoordeeld, maar voor alle inschrijvers is dezelfde norm gehanteerd, aldus Witte Kruis. Voorts voert Witte Kruis aan dat nu niet bekend is wat Kijlstra heeft aangeboden aan DWF en hoe DWF dat beoordeeld heeft, Kijlstra niet heeft aangetoond dat er sprake zou zijn van beoordelingsfouten.

4 Het standpunt van Kijlstra

4.1. Kijlstra voert aan dat het DFW - zowel aanbestedingsrechtelijk als civielrechtelijk - vrij stond de opdracht in te trekken en dat er geen plicht voor DWF bestaat om de opdracht aan Witte Kruis te gunnen, temeer nu DFW in de offerteaanvraag uitdrukkelijk het voorbehoud heeft gemaakt het offertetraject tijdelijk of definitief stop te zetten. Nu de verplichtingen en voorschriften voortvloeiend uit de aanbestedingswet en - regelgeving niet van toepassing zijn, bestond er ook geen verplichting om de redenen te verstrekken van het besluit van DWF om gebruik te maken van haar recht om tijdens het offertetraject - definitieve gunning had immers nog niet plaatsgevonden - de procedure te stoppen. DWF mocht dan ook - zonder opgaaf van reden - de procedure stopzetten. Ten overvloede heeft Kijlstra nog aangevoerd dat DWF zelfs verplicht was het offertetraject stop te zetten, nu de gunningcriteria niet eenduidig waren geredigeerd en om die reden door de uitgenodigde vervoerder verschillend (kunnen) zijn uitgelegd. Kijlstra heeft dit ter zitting aan de hand van een aantal voorbeelden nader toegelicht.

4.2. DFW dient, zo voert Kijlstra aan, in de gelegenheid te worden gesteld om zich beter te laten begeleiden en de formulering van haar opdracht alsook de procedureregels zorgvuldiger af te wegen en af te stemmen met de bij haar aangesloten huisartsen alvorens zij wederom de betreffende vier partijen uitnodigt tot het doen van een inschrijving. Of de nieuw aan te besteden opdracht een wezenlijk gewijzigde opdracht is, kan pas worden getoetst op het moment dat deze nieuwe opdracht in de markt wordt gezet, aldus Kijlstra.

4.3. Kijlstra stelt zich voorts op het standpunt dat er kennelijke beoordelingsfouten zijn gemaakt. Indien het offertetraject niet stopgezet had mogen worden en er geen heraanbesteding plaatsvindt, dan dienen de inschrijvingen van in ieder geval Witte Kruis en Kijlstra te worden herbeoordeeld. In verband met haar commerciële belangen wenst Kijlstra niet alle informatie uit haar inschrijving prijs te geven.

5 Het standpunt van DWF

5.1. DWF voert aan dat het haar, gelet op het beginsel van de contractsvrijheid, vrij stond de procedure af te breken, waarbij zij gebruik heeft gemaakt van de contractueel overeengekomen intrekkingsmogelijkheid: zij heeft zich in de offerteaanvraag het recht voor te behouden de procedure te stoppen. Deze intrekking levert geen misbruik van recht op noch is zulks naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. Het intrekken van de procedure was volgens DWF gerechtvaardigd. DWF voert daartoe aan dat zij de procedure heeft ingetrokken nu zij naar aanleiding van bezwaren van Kijlstra (zoals verwoord in de brief van 5 november 2015 en in de concept-dagvaarding) almede de brief van Meditaxi van 19 november 2015, tot de conclusie was gekomen dat de gevoerde procedure niet transparant genoeg was. Volgens DWF waren de gunningcriteria te algemeen geformuleerd, hetgeen heeft geleid tot verschillende interpretaties daarvan door de aanbieders.

5.2. Ten aanzien van het door Witte Kruis gevorderde verbod om dezelfde opdracht als beschreven in de offerteaanvraag opnieuw in de markt te zetten voert DWF aan dat nog geen definitieve beslissing is genomen aangaande een nieuw offertetraject en al helemaal niet hoe die er precies uit gaat zien. Met name het punt van de chauffeurs zal dan nader uitgewerkt worden aangezien DWF zich niet gerealiseerd heeft dat de ervaring van de huidige chauffeurs verloren gaat en de daarin gedane investeringen 'vernietigd' worden indien de opdracht ongewijzigd in de markt wordt gezet. DWF wil of de chauffeurs zelf in dienst nemen of deze over laten nemen door de nieuwe dienstverlener. De opdracht zal zich dan beperken tot het managen van het vervoer en het ter beschikking stellen van auto's. Het door Witte Kruis gevorderde verbod is volgens DWF dan ook niet toewijsbaar.

6 De beoordeling

6.1. Het spoedeisend belang bij de gevraagde voorzieningen wordt voldoende aanwezig geacht en is ook niet weersproken.

6.2. Vast staat dat er sprake is van een private aanbestedingsprocedure, waarbij de (precontractuele) verhouding tussen DWF enerzijds en Witte Kruis en Kijlstra anderzijds wordt beheerst door de redelijkheid en billijkheid. Bij beantwoording van de vraag of de eisen van redelijkheid en billijkheid meebrengen dat ook een private aanbesteder de aanbestedingsrechtelijke beginselen van gelijkheid en transparantie in acht dient te nemen staat centraal of de (potentiële) aanbieders aan de aanbesteding redelijkerwijs de verwachting kunnen ontlenen dat de aanbesteder de beginselen van

gelijkheid en transparantie in acht zal nemen, zodat hij hen daarin naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet mag teleurstellen (gerechtshof Den Haag, 30 september 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3028). In het onderhavige geval is een dergelijke verwachting gewekt, gelet op de inhoud van de door DWF in de markt gezette offerteaanvraag en het door haar gevolgde offertetraject. Uit het door de aanbestedende dienst in acht te nemen transparantiebeginsel vloeit voort dat de voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze in het de daartoe bestemde stukken dienen te worden vermeld, opdat enerzijds alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en zij deze voorwaarden en modaliteiten op dezelfde manier interpreteren, en anderzijds, de aanbestedende dienst in staat is om daadwerkelijk na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria die op de opdracht van toepassing zijn. Een en ander brengt mee, dat de inschrijvers vooraf een duidelijk inzicht moeten hebben in de voorwaarden waaronder de aanbesteding plaatsvindt (zie HvJ EU 29 april 2004, zaak C-496/99, Succhi di Frutta). Een aanbestedende dienst is gehouden om de inschrijving overeenkomstig de door hem gestelde eisen te beoordelen, omdat anders in strijd met het transparantie- en gelijkheidsbeginsel zou worden gehandeld (zie gerechtshof Den Haag, 21 februari 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BV6808).

6.3. Vooropgesteld dient te worden dat het een aanbesteder is toegestaan om, ook indien de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht van toepassing zijn, een aanbestedingsprocedure af te breken (gerechtshof Den Haag, 30 september 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3028). Noch het gelijkheids- en het vertrouwensbeginsel noch de precontractuele goede trouw staan hier aan in de weg. Bovendien is in het onderhavige geval de offerteaanvraag uitdrukkelijk de bevoegdheid opgenomen om de procedure op ieder moment stop te zetten (zonder schadeplichtig te worden). Tevens staat in de offerteaanvraag vermeld dat DWF geen verplichting heeft tot het aangaan van een overeenkomst. Witte Kruis heeft met het indienen van een offerte deze voorwaarden aanvaard. DWF kan dan ook niet verboden worden om haar voornemen zoals weergegeven in de intrekkingsbrief uit te voeren. Het door Witte Kruis gevorderde verbod tot intrekking van de aanbestedingsprocedure over te gaan, zal dan ook worden afgewezen. Dat aan Witte Kruis de - mogelijke - toezegging is gedaan dat een eventuele procedure zou worden afgewacht en dat DWF deze toezegging geen gestand heeft gedaan, maakt niet dat DWF gehouden kan worden het offertraject voort te zetten en een contract met Witte Kruis aan te gaan. DWF kan naar het oordeel van de voorzieningenrechter derhalve evenmin worden veroordeeld om de opdracht alsnog aan Witte Kruis te gunnen.

6.4. Volgens vaste rechtspraak verzetten de aanbestedingsrechtelijke grondbeginselen alsook de eisen van redelijkheid en billijkheid zich ertegen dat een aanbestedende dienst zonder objectieve rechtvaardiging tot heraanbesteding van dezelfde opdracht overgaat wanneer eenmaal een aanbesteding heeft plaatsgehad en een inschrijver kan worden aangewezen die voor gunning van de opdracht in aanmerking komt. Tenzij geen geschikte inschrijvingen zijn gedaan of indien er procedurele gebreken aan de aanbestedingsprocedure kleven die maken dat een rechtmatige gunning niet mogelijk is, zal een aanbestedende dienst niet tot heraanbesteding mogen overgaan zonder de specificaties van de opdracht wezenlijk te wijzigen. Tussen partijen is dit ook niet in geschil. In het kader van de beoordeling van het door Witte Kruis gevorderde verbod om dezelfde opdracht opnieuw in de markt te zetten dient derhalve de vraag te worden beantwoord of er - afgezien van de mogelijkheid van intrekking van de opdracht - aanleiding bestond om de opdracht niet aan Witte Kruis te gunnen. In dat kader is van belang (i) of de gunningcriteria voldoende transparant waren en/of (ii) DWF op goede gronden tot de gedane beoordeling van de inschrijvingen van Witte Kruis en Kijlstra heeft kunnen komen. Het verweer van Witte Kruis dat Kijlstra niet meer op kan komen tegen de beoordeling, zal daarbij worden gepasseerd nu - gelijk Kijlstra heeft aangevoerd - de mogelijkheid van het aanvechten van een gunningsbeslissing binnen een daarvoor vooraf vastgestelde termijn op straffe van verval van het recht om zulks te doen, niet is opgenomen in de offerteaanvraag. Bovendien heeft Kijlstra reeds door middel van een conceptdagvaarding haar bezwaren tegen de beoordeling van haar inschrijving aan DWF kenbaar gemaakt en is Witte Kruis hiervan op de hoogte gesteld, zodat het alle partijen bekend was dat Kijlstra - indien DWF op

basis van de ingediende aanbiedingen tot gunning wilde overgaan - herbeoordeling van de inschrijvingen verlangde.

6.5. Voor zover Kijlstra - overigens in een ander kader (namelijk dat van de verplichting tot intrekking van de opdracht) en naar eigen zeggen ten overvloede - heeft betoogd dat de gunningcriteria onvoldoende transparant waren - hetgeen zij heeft toegelicht aan de hand van de criteria 'Personeel' en 'Innovatie' overweegt de voorzieningenrechter als volgt. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter stuit hetgeen Kijlstra dienaangaande heeft aangevoerd reeds af op artikel 2.3.2. van de offerteaanvraag, waarin is bepaald op welke momenten eventuele onduidelijkheden en/of bezwaren kenbaar kunnen worden gemaakt en dat, indien de aanbieder van de geboden gelegenheid geen gebruik maakt, zulks voor risico van de aanbieder komt. Het nadien aan de orde stellen van onduidelijkheden en/of bezwaren, die voor de aanbesteding kenbaar waren of redelijkerwijs kenbaar hadden moeten zijn, dienen op grond van rechtsverwerking en/of opgewekt vertrouwen tot niet-ontvankelijkheid leiden, aldus het slot van artikel 2.3.2.

6.6. Voor zover DWF zelf heeft aangevoerd dat de gunningcriteria te algemeen geformuleerd waren, waardoor gehandeld is in strijd met het transparantiebeginsel, overweegt de voorzieningenrechter dat door DWF niet, althans zeer summier, is onderbouwd op grond waarvan (achteraf zou zijn gebleken) dat de gunningcriteria onvoldoende eenduidig zijn en door verschillende aanbieder verschillend zouden zijn uitgelegd. Het enkele feit dat de criteria de aanbieders de nodige ruimte lieten om creatief en innovatief te werk te gaan, maakt naar het oordeel van de voorzieningenrechter nog niet dat de criteria zoals deze zijn geformuleerd onvoldoende transparant zouden zijn en zouden leiden tot willekeur en favoritisme. De voorzieningenrechter acht daarbij tevens van belang dat DWF in staat is gebleken om de aanbiedingen door haar beoordelingscommissie te laten beoordelen en de diverse criteria, met motivering, te voorzien van een cijfer. DWF heeft op basis daarvan een gunningsbeslissing genomen en zij heeft vervolgens - daarbij de bezwaren van Kijlstra passerend - een tweede gunningsbeslissing genomen.

6.7. Bij de vraag of DWF op goede gronden tot de gedane beoordeling van de inschrijvingen van Witte Kruis en Kijlstra heeft kunnen komen moet worden vooropgesteld dat enige mate van subjectiviteit inherent is aan de beoordeling van gunningcriteria, met name wanneer deze criteria - zoals in de onderhavige zaak - kenmerken van 'best value' in zich dragen. Weliswaar staat dat - enigszins - op gespannen voet met de objectieve beoordelingssystematiek van het aanbestedingsrecht en de daarop toepasselijke beginselen van transparantie en gelijke behandeling, maar het behoeft - op zichzelf - nog niet mee te brengen dat ook daadwerkelijk sprake is van strijd met dat recht c.q. die beginselen. Van belang is dat (i) zodanige criteria worden geformuleerd dat het voor een kandidaat-inschrijver volstrekt duidelijk is aan welke eisen hij moet voldoen, (ii) de inschrijvingen aan de hand van een zo objectief mogelijk systeem worden beoordeeld, en (iii) de aanbestedende dienst zijn uiteindelijke keuze motiveert op een wijze die het voor de afgewezen inschrijvers mogelijk maakt om (a) de wijze waarop de beoordeling heeft plaatsgevonden te toetsen en (b) te controleren of de beoordeling de (voorlopige) gunningsbeslissing rechtvaardigt. Een aanbestedende dienst is gehouden om de inschrijving overeenkomstig de door hem gestelde eisen te beoordelen en mag geen afwegingsregels of subcriteria toepassen die zij niet vooraf ter kennis van de inschrijvers heeft gebracht, omdat anders in strijd met het transparantie- en gelijkheidsbeginsel zou worden gehandeld (zie HvJ EU 24 januari 2008, C-532/06, Lianakis/Alexandroupolis en gerechtshof Den Haag 21 februari 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BV6808).

6.8. De voorzieningenrechter mag niet op de stoel van de aanbestedende dienst gaan zitten bij het beoordelen van een inschrijving maar dient slechts marginaal te toetsen of de door de aanbesteder uitgevoerde beoordeling – de puntenscore plus motivering – van de inschrijving voldoende grondslag vindt in de aanbestedingsstukken. Het is niet aan de voorzieningenrechter om zelf punten toe te kennen aan (onderdelen van) de inschrijving. Aan de aangewezen beoordelaars komt dan ook de nodige vrijheid toe, te meer nu zij geacht mogen worden te zijn aangewezen vanwege hun specifieke deskundigheid. Bij de weging van de beoordeling – welk cijfer wordt toegekend – is de beoordelingscommissie vrij. Slechts indien sprake zou zijn van procedurele dan wel inhoudelijke onjuistheden dan wel onduidelijkheden die zou-

den kunnen meebrengen dat de (voorlopige) gunningsbeslissing niet deugt, is plaats voor ingrijpen door de rechter.

6.9. Ten aanzien van de bezwaren van Kijlstra tegen de beoordeling zoals zij die bij brief van 5 november 2015 verwoord heeft, merkt de voorzieningenrechter op dat Kijlstra in die brief niet zozeer bezwaar maakt tegen de beoordeling van haar eigen inschrijving, maar dat zij met name ageert tegen de scores die DFW op de verschillende onderdelen aan Witte Kruis heeft toegekend, waarbij zij de offerte van Witte Kruis als niet realistisch betiteld. Deze bezwaren leveren naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter dan ook geen grond op voor herbeoordeling.

6.10. Kijlstra heeft ter zitting betoogd dat de beoordelingscommissie van DWF ten onrechte 'past performance' heeft meegewogen. Dit blijkt volgens Kijlstra uit de motivering bij het gunningcriterium 'implementatie' (G2), nu daarbij wordt vermeld *'In uw offerte heeft u ervoor gekozen om te onderbouwen waarom het blijven bij uw organisatie garanties bieden voor een overgang zonder verstoring van het huidige proces. Hierbij bent u echter niet ingegaan op eventuele verbeteringen in de huidige dienstverlenging.'* als uit de motivering bij het gunningscriterium 'personeel' (G1), nu daarbij wordt vermeld *'In uw offerte gaat u in op de wijze waarop personeel wordt geselecteerd en op basis van welke criteria en hoe dit wordt getoetst. De opleidingen worden in eigen beheer uitgevoerd. Het is duidelijk welke opleidingen en bijscholingen medewerkers moeten volgen. Deze beschrijving voldoet aan het gevraagde en levert op zichzelf geen toegevoegde waarde. Er wordt onvoldoende ingegaan op de leerervaringen van voorgaande jaren dan wel in de toekomst.'*. Dit heeft er volgens Kijlstra toe geleid dat haar minder punten zijn toegekend dan wanneer dit gehele aspect van 'past performance' buiten beschouwing was gebleven. Aan Kijlstra zijn voor het criterium 'personeel' maar 6 punten toegekend terwijl aan Witte Kruis 8 punten zijn toegekend. Dit terwijl Kijlstra al beschikt over goed opgeleide en ingewerkte chauffeurs die regionaal gebonden zijn, regionaal volledig bekend zijn en waaraan de huisartsen reeds volledig gewend zijn. Dit tegenover Witte Kruis die nog geen vesting in Friesland heeft en al de in te zetten chauffeurs nog zal moeten werven, selecteren, opleiding en inwerken, aldus nog steeds Kijlstra. Ook met betrekking tot het criterium 'implementatie' begrijpt Kijlstra niet dat aan Witte Kruis evenveel punten zijn toegekend als Kijlstra, nu Witte Kruis volgens Kijlstra de continuïteit van dienstverlening niet kan garanderen.

6.11. De voorzieningenrechter overweegt als volgt. DWF heeft - ondanks het feit dat zij tevreden was over de huidige vorm van dienstverlening door Kijlstra - er zelf voor gekozen om voor het leveren van vervoersdiensten voor de visites door de huisartsen een totaalconcept aan te vragen. Daarbij heeft zij ook Witte Kruis, die niet is gevestigd is in Friesland, uitgenodigd om een aanbieding te doen. Dat Kijlstra op het criterium 'personeel' ten onrechte minder punten heeft gekregen dan Witte Kruis en dat Witte Kruis op het criterium 'implementatie' ten onrechte evenveel punten heeft gekregen, heeft Kijlstra naar het oordeel van de voorzieningenrechter niet aannemelijk gemaakt. Kijlstra heeft immers haar offerte en de beoordeling daarvan niet volledig in het geding gebracht, doch slechts onderdelen daarvan. Kijlstra heeft weliswaar gesteld dat het hierbij om de cruciale teksten gaat, doch dat laat onverlet dat deze teksten niet in samenhang met de hele beoordeling kunnen worden bezien en dat de juistheid van het betoog van Kijlstra onvoldoende kan worden beoordeeld. Bovendien is in de offerteaanvraag opgenomen dat de aanbiedingen worden beoordeeld op de wijze waarop zij, ten opzicht van elkaar, invulling geven aan de gunningcriteria. De offerte van Witte Kruis behoort echter evenmin tot de processtukken. De voorzieningenrechter kan op basis van hetgeen Kijlstra heeft aangevoerd dan ook niet tot het oordeel komen dat er sprake is van kennelijke beoordelingsfouten noch dat de beoordelingscommissie in redelijkheid niet tot het gegeven oordeel heeft kunnen komen.

6.12. De voorzieningenrechter overweegt voorts naar aanleiding van de door Kijlstra aangehaalde citaten als volgt. Voor zover Kijlstra heeft aangevoerd dat zij in haar plan van aanpak meer opleidingen en bijscholingen heeft genoemd dan door DWF aan opleidingen wordt vereist, brengt dit niet met zich dat DWF in redelijkheid niet tot haar beoordeling en bijbehorende puntenscore heeft kunnen komen. De motivering van DWF behelst immers meer dan de opmerking dat de beschrijving op zichzelf geen toegevoegde waarde oplevert. Dat Kijlstra van mening is dat zij in haar aanbieding met betrekking tot het personeelsbeleid wel voldoende is ingegaan op aspecten als

'doorstroom', 'instroom' en 'communicatie' moge zo zijn, maar dat brengt niet met zich dat de beoordelingscommissie in redelijkheid niet tot het oordeel kon komen dat de aanbieding van Kijlstra op deze punten niet voldeed aan het gevraagde. Dat er sprake is van een kennelijke beoordelingsfout is de voorzieningenrechter niet gebleken. Voor het criterium 'implementatie' geldt naar het oordeel van de voorzieningenrechter hetzelfde. Dat Witte Kruis ter gelegenheid van de presentatie een toelichting heeft gegeven op dit onderdeel, maakt naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter nog niet dat Witte Kruis dat zij - zoals Kijlstra heeft aangevoerd - haar aanbieding heeft verbeterd.

6.13. Tot slot acht de voorzieningenrechter van belang dat DWF in het kader van de onderhavige procedure niet inhoudelijk heeft gereageerd op de stelling van Kijlstra dat DWF beoordelingsfouten zou hebben gemaakt. De conclusie moet dan ook zijn dat DWF heeft beoordeeld conform de gunningcriteria en dat zij in redelijkheid tot haar beoordeling heeft kunnen komen. Deze beoordeling heeft DWF naar het oordeel van de voorzieningenrechter ook voldoende gemotiveerd.

6.14. Anders dan Kijlstra heeft aangevoerd volgt uit meergenoemd arrest van het gerechtshof Den Haag van 30 september 2014 niet dat DWF niet verplicht zou zijn om - indien zij tot heraanbesteding besluit - de opdracht bij heraanbesteding wezenlijk te wijzigen. Het gerechtshof (ECLI:NL:GHDHA:2014:3028) heeft immers overwogen: 'dat er geen regel is, ook niet een algemeen beginsel van aanbestedingsrecht, die een private opdrachtgever, die (immers) niet aanbestedingsplichtig is, verbiedt om vervolgens niet te kiezen voor een nieuwe aanbestedingsprocedure, maar met één partij te onderhandelen om te komen tot een overeenkomst die hij passend acht.'. Die situatie is hier echter niet aan de orde. Evenmin ligt de vraag voor of DWF gehouden is tot heraanbesteding over te gaan. Nu de procedure naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter correct is verlopen en niet aannemelijk is geworden dat Witte Kruis niet als terechte winnaar uit de bus is gekomen, had DWF - indien zij de opdracht niet zou hebben ingetrokken en tot gunning zou zijn overgegaan - de opdracht aan Witte Kruis moeten gunnen. Hieruit volgt dat indien DWF besluit over te gaan tot heraanbesteding, zij de opdracht slechts opnieuw in de markt kan zetten indien er sprake is van een wezenlijke gewijzigde opdracht, dat wil zeggen dat er sprake dient te zijn van (een) (wezenlijke) wijzing(en) in de specificaties van de opdracht.

6.15. Nu DWF in haar brief van 15 januari 2016 reeds heeft aangekondigd welke wijzigingen zij mogelijk door zou willen voeren, acht de voorzieningenrechter het opportuun om reeds nu te beoordelen of deze aangekondigde mogelijke aanpassingen in de opdracht een wezenlijke wijziging daarvan opleveren, die maken dat DWF de opdracht op die wijze opnieuw mag gaan aanbesteden.

Daar waar DWF aanvoert dat zij zich wil oriënteren op mogelijkheden om zelf personeel in dienst te nemen, dan wel personeel over te laten nemen, overweegt de voorzieningenrechter als volgt. Gelijk Witte Kruis heeft aangevoerd is in de eerste Nota van Inlichtingen de vraag gesteld of het de wens van DWF is dat de nieuwe vervoerder bij gunning de medewerkers - of een gedeelte daarvan - overneemt van de huidige vervoerder, welke vraag door DWF bevestigend is beantwoord. Bovendien hebben de inschrijvers als onderdeel van de aanbesteding een business case moeten indienen waarin werd uitgewerkt hoe DWF het personeel op termijn kan overnemen. Het overnemen van personeel door DWF levert naar het voorlopig oordeel dan ook geen wezenlijke wijziging van de opdracht op.

Ten aanzien van de voorgenomen wijzingen in de verhouding kwaliteit en prijs en de daaraan verbonden wegingsfactoren overweegt de voorzieningenrechter dat DWF kennelijk wil bewerkstelligen dat er in een nieuwe ronde een goedkopere inschrijving worden ingediend. Los van het feit dat een dergelijke handelwijze in strijd is met de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht, levert zulks naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter geen inhoudelijke wijziging van de opdracht op. Het gaat immers nog steeds om het verzorgen van dezelfde vervoersdiensten onder dezelfde specificaties.

Dat DWF wil inspelen op nieuwe huisartsenposten die zich aan willen sluiten zal naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter evenmin een wezenlijke wijziging in de opdracht opleveren nu, zo heeft Witte Kruis onweersproken heeft aangevoerd, bijna alle huisartsen in Friesland zijn aangesloten bij DWF. Een wezenlijke wijziging valt ook hierin niet te verwachten.

Dat de opdracht beter ingericht zal worden, zoals DWF tot slot aanvoert, levert evenmin een wijziging op als hiervoor bedoeld.
6.17. Met vorenstaande door DWF beoogde 'wijzigingen' kunnen andere inschrijvers dan Witte Kruis mogelijk in een betere positie worden gebracht waardoor strijd met het gelijkheidsbeginsel ontstaat. DWF handelt onrechtmatig indien zij - zonder wezenlijke wijzigingen aan te brengen - tot heraanbesteding over gaat. Dit brengt mee dat heraanbesteding met het wijzigen van voornoemde criteria onrechtmatig is. Het gevorderde verbod zal daarom op onderstaande wijze worden toegewezen. Aan dit verbod zal de voorzieningenrechter een dwangsom verbinden van € 1.000.000,- zoals door Witte Kruis gevorderd.
6.18. Het vorenstaande leidt er toe dat alle vorderingen van Kijlstra als tussenkomende partij, zowel die tegen Witte Kruis als die tegen DWF, zullen worden afgewezen.
6.19. De voorzieningenrechter is van oordeel dat de proceskosten van het incident tot tussenkomst dienen te worden gecompenseerd, in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt.
6.20. In de hoofdzaak zullen DWF en Kijlstra als de in het ongelijk te stellen partijen worden veroordeeld in de kosten van het geding in de hoofdzaak. Deze kosten worden als volgt vastgesteld:
Ten aanzien van DWF:
- dagvaarding € 83,84
- griffierecht 619,00
- salaris advocaat 816,00
Totaal € 1.518,84,
te vermeerderen met de nakosten en wettelijke rente als nog te melden.
Ten aanzien van Kijlstra:
- salaris advocaat € 816,00
Totaal € 816,00.

7 De beslissing
De voorzieningenrechter
in het incident
7.1. staat de tussenkomst van Kijlstra toe;
7.2. compenseert de proceskosten, in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt;
in de hoofdzaak
7.3. verbiedt DWF tot heraanbesteding over te gaan van de opdracht als omschreven in de offerteaanvraag, tenzij er sprake is van (een) wezenlijke wijziging(en), anders dan aangekondigd in haar brief van 15 januari 2016;
7.4. bepaalt dat DWF een dwangsom van € 1.000,000,- zal verbeuren bij overtreding van het onder 7.3. bedoelde verbod;
7.5. wijst de overige vorderingen van Witte Kruis jegens DWF af;
7.6. wijst de vorderingen van Kijlstra jegens Witte Kruis en DWF af;
7.7. veroordeelt DWF in de proceskosten, tot op heden aan de zijde van Witte Kruis vastgesteld op € 1.518,84, te vermeerderen met de nakosten ten bedrage van
€ 131,00 zonder betekening en € 199,00 met betekening van dit vonnis, en - als niet binnen twee weken na betekening van het vonnis aan de proceskostenveroordeling is voldaan, te vermeerderen met de wettelijke rente;
7.8. veroordeelt Kijlstra in de proceskosten, tot op heden aan de zijde van Witte Kruis vastgesteld op € 816,00;
7.9. verklaart de proceskostenveroordeling als vermeld onder 7.7. uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

Inleiding
Deze zaak draait om het handelen van een – wat zwalkende – private aanbesteder. Het betreft DWF, een organisatie die een aanbesteding organiseert voor het vervoer van huisartsen ten behoeve van patiëntbezoeken. Het gunningcriterium is EMVI. Kort weergegeven besluit DWF achtereenvolgens: (i) te gunnen aan de nummer 2 (Kijlstra), omdat de inschrijving van de nummer 1 (Witte Kruis) weliswaar meer kwaliteit bood, maar ook veel duurder was; (ii) nadat Witte Kruis hiertegen – mijns inziens op juiste gronden – bezwaar had aangetekend, dit gunningsbesluit in te trekken en alsnog te gunnen aan Witte Kruis; (iii) de aanbestedingsprocedure in te trekken, omdat Kijlstra op haar beurt tegen dat tweede gunningsvoornemen in het verweer kwam; en (iv) de opdracht toch maar opnieuw aan te gaan besteden, onder doorvoering van een aantal mogelijke wijzigingen.

Witte Kruis start daarop een kort geding, waarbij zij onder meer aanvoert dat de wijzigingen niet wezenlijk zijn en dus geen heraanbesteding mag volgen. Deze noot handelt over deze (wezenlijke?) wijzigingen.

Wezenlijke wijzigingen?
Niet in discussie is dat – gegeven de wijze waarop de aanbestedingsprocedure is vormgegeven – de aanbestedingsrechtelijke beginselen van gelijkheid en transparantie door DWF in acht dienen te worden genomen. De voorzieningenrechter overweegt dat dit met zich brengt dat DWF niet tot heraanbesteding mag overgaan zonder de specificaties van de opdracht wezenlijk te wijzigen, behoudens het ontbreken van geschikte inschrijvingen (wat in casu niet aan de orde was) of in het geval van procedurele gebreken.

DWF voert zulke gebreken aan: de gunningscriteria zouden te algemeen geformuleerd zijn geweest. Naar mijn mening dient een dergelijk argument aangevoerd door een aanbesteder kritisch te worden bezien, zeker indien hij ondanks de kennelijke procedurele gebreken in staat is gebleken te komen tot een gemotiveerd gunningsvoornemen; in het geval van DWF zelfs tot tweemaal toe. De voorzieningenrechter gaat hierin dan ook niet mee met DWF.

Kijlstra voert op grond van het arrest van het hof Den Haag van 30 september 2014[1] aan dat DWF als private aanbesteder in geval van heraanbesteding niet verplicht zou zijn de opdracht wezenlijk te wijzigen. In het aangevoerde arrest oordeelde het Hof – kort weergegeven – dat een private opdrachtgever na intrekking van de aanbestedingsprocedure met één partij mag onderhandelen om te komen tot een (al dan niet wezenlijk gewijzigde) overeenkomst, zelfs als de aanbestedingsbeginselen van toepassing zijn. Eerder heb ik de nodige kanttekeningen geplaatst bij dit oordeel.[2] Het is mijn inziens dan ook terecht dat de voorzieningenrechter niet meegaat met dit argument van Kijlstra, al doet ze dat om de reden dat 'die situatie' uit het aangevoerde arrest (vermoedelijk is bedoeld het onderhandelen met één partij) hier niet aan de orde is.

De voorzieningenrechter beoordeelt vervolgens in concreto de wijzigingen die DWF heeft aangekondigd eventueel te zullen doorvoeren. Dit is opvallend, omdat de wijzigingen feitelijk nog niet zijn doorgevoerd – er is nog geen heraanbesteding gestart – en de wijzigingen in kwestie slechts als mogelijk door DWF aan Witte Kruis zijn medegedeeld. Toch heeft de voorzieningenrechter gemeend partijen hierover niet in het ongewisse te laten en het opportuun geacht hierover een oordeel te geven. Hiermee heeft hij wellicht op voorhand een nieuwe rechtsgang (willen) doen voorkomen; om die reden wat mij betreft een pragmatische, maar zeker te billijken keuze. De mogelijke wijzigingen betreffen de volgende.

1. *DWF oriënteert zich op de mogelijkheden om zelf personeel in dienst te nemen dan wel personeel over te laten nemen.* De voorzieningenrechter acht dit geen wezenlijke wijziging van de opdracht, omdat uit de eerste Nota van Inlichtingen blijkt dat het de wens van DWF is dat de nieuwe vervoerder bij gunning de medewerkers – of een gedeelte daarvan – overneemt van de zittende vervoerder. Bovendien hebben de inschrijvers als onderdeel van de aanbesteding een business case moeten indienen waarin werd uitgewerkt hoe DWF het personeel op termijn kan overnemen. Gelet hierop lijkt de voorzieningenrechter – mijns inziens niet onbegrijpelijk – van oordeel te zijn geweest dat de mogelijkheden aangaande het personeel waarop DWF zich oriënteert al in de opdracht besloten zouden hebben gelegen; vergelijk de herzieningsclausule als een van de uitzonderingsgronden in de nieuwe Aanbestedingswet op grond waarvan een wijziging van de opdracht is toegestaan.[3]

2. *Een wijziging in de subgunningscriteria kwaliteit en prijs.* Dit levert naar het oordeel van de voorzieningenrechter geen inhoudelijke wijziging van de opdracht op. Het gaat immers nog steeds om dezelfde vervoersdiensten onder dezelfde specificaties. Ik zou menen een terecht oordeel, dat in lijn is met de meeste rechtspraak over dit

1 Hof Den Haag, 30 september 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3028, «JAAN» 2014/213 m.nt. mr. ir. M.B. Klijn en mr. dr. P. Heijnsbroek.
2 Zie noot 1.
3 Zie art. 2.163c Voorstel tot Wijziging van Aanbestedingswet 2012 zoals op 22 maart jl. aangenomen door de Tweede Kamer.

onderwerp.[4] Zie onder meer een uitspraak van de rechtbank Den Haag van vorig jaar, waar het ging om verhoging van de kredieteisen en de verlaging van de referentie-eisen.[5] Ook de Commissie van Aanbestedingsexperts heeft zich over vergelijkbare situaties uitgelaten. In één kwestie betrof het de aanpassing van EMVI-criteria en geschiktheidseisen en het wijzigen van een nationaal openbare procedure in een meervoudig onderhandse procedure.[6] In een andere zaak ging het om het splitsen van een opdracht in percelen, het wijzigen van de selectiecriteria en het wijzigen van andere administratieve bepalingen.[7] In dit advies overwoog de Commissie overigens treffend als volgt (ov. 6.1.10): *'Zou dat laatste anders zijn (bijvoorbeeld door heraanbesteding toe te staan in de gevallen waarin het wijzigen van gunningcriteria de rechtvaardiging vormt voor de beslissing tot afbreken en heraanbesteding), dan zou een aanbestedende dienst een winnende, maar hem onwelgevallige inschrijver kunnen trachten te passeren door opnieuw een aanbesteding ten aanzien van (vrijwel) dezelfde opdracht uit te schrijven, met een beoordelingskader dat nader toegesneden is op de gewenste ondernemer.'*

3. *DWF wil inspelen op nieuwe huisartsenposten die zich willen aansluiten.* De voorzieningenrechter ziet hierin evenmin een wezenlijke wijziging, omdat bijna alle huisartsen in Friesland al zijn aangesloten bij DWF. Begrijpelijk wat mij betreft, omdat dit geen aanzienlijke uitbreiding van de opdracht zal kunnen betekenen en evenmin valt in te zien dat een dergelijk beperkte wijziging zou hebben kunnen leiden tot een andere kring der gegadigden dan wel een andere winnaar van de aanbesteding.

4. *De opdracht zal beter ingericht worden.* Onduidelijk is wat hiermee wordt beoogd, maar de voorzieningenrechter is hier in ieder geval, wellicht juist daarom, kort over: geen wezenlijke wijziging.

Conclusie

De voorzieningenrechter concludeert dat deze door DWF beoogde 'wijzigingen' andere inschrijvers dan Witte Kruis mogelijk in een betere positie brengen waardoor strijd met het gelijkheidsbeginsel ontstaat. Heraanbesteding conform het beoogde is daarom onrechtmatig. Wat mij betreft een terecht oordeel. Wat dit vonnis maar weer eens laat zien, is mijns inziens vooral het belang voor een aanbesteder om van te voren heel goed na te denken over de toe te passen gunningscriteria en de onderlinge weegfactoren. Is er eenmaal een terechte winnaar uit de bus gekomen, dan kom je daar als aanbesteder niet zo eenvoudig meer van af. En zo hoort het ook.

M.B. Klijn,
advocaat bij Houthoff Buruma

4 Anders en mijns inziens onjuist: Rb. Gelderland, 6 mei 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:3398, «JAAN» 2015/158 m.nt. mr. ir. M.B. Klijn en mr. S.E. Landheer.

5 Vgl.: Rb. Den Haag, 24 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:4864, «JAAN» 2015/149 m.nt. mr. T. van Wijk.

6 CvAE 22 januari 2015, advies 153, ov. 3.8 en 3.9.

7 CvAE 19 september 2014, advies 142, ov. 6.1.10.