

moet komen, zoals door Twence bepleit, is geen sprake. Of de door Twence voorgestane andersluidende uitleg al dan niet strijdig is met het aanbestedingsrecht, zoals Avalex betoogt, kan onbesproken blijven. Dat geldt ook voor hetgeen Avalex verder naar voren brengt.

4.14. Twence kan niet worden gevolgd in haar betoog dat de door Avalex bepleite uitleg van artikel 11, lid 2 in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De rechtbank overweegt daartoe als volgt.

4.15. De omstandigheden waarop Twence wijst staan niet ter discussie: Avalex gebruikt een in Nederland vrijwel uniek systeem van perscontainers. Bij de toepassing daarvan doen zich met enige regelmaat 'verklemmingen' (vastzittend afval) voor. Twence moet eerder dan voorzien bij het afsluiten van de overeenkomst, containers vervangen. Avalex is niet bereid geweest deze, voor een groot deel onvoorziene kosten van Twence te vergoeden/compenseren. Twence moet nu een investering doen, die zij niet binnen de verlengde looptijd kan terugverdienen en is geconfronteerd met meerkosten als gevolg van laagwater en stremmingen van sluizen en de gewijzigde samenstelling en afnemende kwaliteit van het aangeboden afval.

4.16. Met Avalex is de rechtbank van oordeel dat deze problemen, meerkosten en investeringen deel uitmaken van het bedrijfsrisico dat op grond van de overeenkomst in beginsel geheel bij Twence ligt. Het niet ter discussie staande gegeven dat het systeem van perscontainers in 2009/2010 nieuw en uniek was, was bij Twence en bij alle andere inschrijvers bekend ten tijde van de aanbesteding. Dat geldt ook voor de in de Nota's van Inlichtingen behandelde risico's van stagnatie van het overladen, transport en de verwerking daarvan, die in beginsel voor Twence zijn, en het financiële risico van stremmingen op de vaarroute. Twence moet deze risico's en de financiële consequenties daarvan, net als de andere inschrijvers, geacht te hebben verdisconteerd in haar inschrijving, tezamen met eventuele onverwachte ontwikkelingen. Met juistheid wijst Avalex erop dat Twence een andere afweging van deze op voorhand onzekere risico's in haar prijs tot uiting had kunnen brengen en destijds een hogere prijs had kunnen bieden.

4.17. Het voorgaande leidt tot toewijzing van de eerste twee onderdelen van de gevorderde verklaring voor recht. Voor toewijzing van de rest van de gevorderde verklaring voor recht en van de vordering tot schadevergoeding op te maken bij staat bestaat geen grond, nu Twence de overeenkomst hangende deze procedure nakomt en gesteld noch gebleken is van enige schade bij Avalex. Nu een zuiver declaratoir vonnis wordt gewezen, is er geen plaats voor het uitvoerbaar bij voorraad verklaren van dit vonnis.

4.18. Nu partijen over en weer op punten in het ongelijk gesteld, worden de proceskosten gecompenseerd.

5 De beslissing

De rechtbank

5.1 verklaart voor recht dat Avalex geldig de overeenkomst heeft verlengd en Twence gehouden is tot nakoming van de overeenkomst tot en met de einddatum 31 december 2021;

5.2 wijst af het meer of andere gevorderde.

NOOT

Uitleg van verlengingsoptie

Op grond van het transparantiebeginsel is een aanbestedende dienst gehouden om alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure op duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze te formuleren, opdat alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier interpreteren.

Inschrijvers beklagen zich er in kort geding geregeld over dat een aanbestedende dienst deze verplichting heeft geschonden. Bij de beoordeling van zo'n zaak gaat de rechter en ook de Commissie van Aanbestedingsexperts in de eerste plaats na of het voorschrift of de bepaling in de aanbestedingsleidraad, voldoende duidelijk is. Pas indien wordt vastgesteld dat dat het geval is, komt aan de orde welke uitleg aan het voorschrift of de bepaling moet worden gegeven.¹ Indien het antwoord op de eerste vraag echter

¹ Zie bijvoorbeeld Advies 392 alinea's 5.3.4 en 5.4.3 alsmede Advies 448 alinea 5.3.1.

negatief is, zal dit in de regel het einde van de aanbestedingsprocedure betekenen wegens schending van een van de fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht.

De zaak waarover de Rechtbank Den Haag te oordelen kreeg gaat niet over een onduidelijkheid in de aanbestedingsleidraad, maar over een onduidelijkheid in de overeenkomst die de aanbestedende dienst met de winnende inschrijver heeft gesloten.

Avalax, een gemeenschappelijke regeling van zes gemeenten in Zuid-Holland, heeft op 1 januari 2010 een overeenkomst gesloten met Twence voor het transport en de verwerking van restafval. In het artikel over de looptijd van de overeenkomst is het volgende bepaald: *“In onderling overleg en na schriftelijke goedkeuring door Opdrachtgever kan een verlenging van deze overeenkomst voor maximaal 3 maal 2 jaar worden toegestaan. Een verlenging dient door de Opdrachtgever ten minste 9 maanden voor de afloop van de overeenkomst te worden vastgelegd.”*

Na afloop van de eerste verlengingsoptie van twee jaar, geeft Avalax aan Twence te kennen dat zij de overeenkomst opnieuw wil verlengen. Twence wil dit niet, omdat inmiddels is gebleken dat zich bij het gebruik van perscontainers met enige regelmaat ‘verklemmingen’ (vastzittend afval) voordoen. Hierdoor moet Twence eerder dan voorzien bij het afsluiten van de overeenkomst containers vervangen. Avalax is niet bereid Twence voor een groot deel van de onvoorzienbare kosten te vergoeden/compenseren met als gevolg dat Twence een investering moet doen die zij niet binnen de looptijd van de overeenkomst kan terugverdienen.

Volgens Avalax kan zij als enige van de verlengingsoptie gebruik maken, óók indien Twence hiermee niet akkoord gaat. Twence meent daarentegen dat beide partijen met de verlenging akkoord moeten gaan; dit volgt onder meer uit de woorden ‘in onderling overleg’.

De rechtbank oordeelt dat de uitleg die Avalax aan de onduidelijke bepaling geeft de juiste is. De rechtbank laat hierbij onder meer meewegen dat het aanbestedingsrecht eraan in de weg staat

dat partijen na ommekomst van de looptijd van een overeenkomst in onderhandeling treden over de voortzetting daarvan. Ook wijst de rechtbank erop dat uit bepaalde bepalingen van de overeenkomst volgt dat Avalax een geheel andere positie heeft dan Twence; dat zou ervoor pleiten dat dit ook bij de verlengingsoptie het geval is.

Naar mijn mening komt de rechtbank tot een onbevredigend en onbegrijpelijk oordeel.

Dát sprake is van een onduidelijk geformuleerde bepaling, staat wat mij betreft buiten kijf. Overeenkomsten die aanbestedende diensten sluiten na het doorlopen van een aanbestedingsprocedure bevatten geregeld een verlengingsmogelijkheid. Veelal volgt dan uit de tekst van het desbetreffende artikel dat het gaat om een eenzijdige door de aanbestedende dienst te benutten verlengingsoptie. Het is niet erg ingewikkeld om op eenduidige wijze te formuleren wat de bedoeling is. De tekst kan bijvoorbeeld luiden als volgt: *“Na ommekomst van de in lid 1 van dit artikel opgenomen bepaalde duur van vier jaar, heeft [aangebestedende dienst] het recht de overeenkomst tweemaal met een periode van een jaar te verlengen.”* Een heldere tekst; geen discussie over mogelijk!

De formulering van de onduidelijke verlengingsoptie in de overeenkomst tussen Avalax en Twence komt uit de koker van Avalax. Hierover zijn tijdens de aanbestedingsprocedure meerdere vragen gesteld, maar de door Avalax verstrekte antwoorden geven niet de benodigde duidelijkheid.

De schending van de transparantieverplichting in deze is in feite geen andere schending dan wanneer een voorschrift of bepaling in de aanbestedingsleidraad niet eenduidig is. Een vergelijkbare sanctie – te weten: intrekking van de aanbestedingsprocedure – kan niet aan de orde zijn, aangezien de aanbestedingsprocedure al lang is afgerond. Maar dat de rechtbank in dit geval tot het oordeel komt dat de onduidelijkheid in het nadeel van de opdrachtnemer uitpakt is wat mij betreft onbegrijpelijk en niet terecht.

Ik ben er een voorstander van dat in dit soort situaties aansluiting wordt gezocht bij de contra proferentem-regel. Dat is een algemeen rechtsbeginsel in het contractenrecht – in de jurisprudentie ook wel als algemeen ‘gezichtspunt’ aangeduid – dat inhoudt dat bij twijfel over de uitleg van een onduidelijke bepaling in een overeenkomst de rechter mag kiezen voor de uitleg ten nadele van degene die deze voorwaarde bij de totstandkoming van het contract heeft geëist.² Daardoor komt de interpretatie ten goede aan de partij die niet op het onduidelijke beding heeft aangedrongen.

De ratio achter de contra proferentem-regel is dat opstellers van een overeenkomst zo duidelijk en expliciet mogelijk dienen te formuleren. Bij eenzijdig opgestelde overeenkomsten die tot stand komen na een Europese aanbestedingsprocedure dient dit bij uitstek het geval te zijn.³ Het lijkt mij dan ook alleszins redelijk dat deze regel bij de beoordeling van dit soort geschillen vaker wordt toegepast.

In het verleden is dit al eens gebeurd. De voorzieningenrechter van de rechtbank Limburg, locatie Maastricht beriep zich op de regel bij de beoordeling van een enigszins vergelijkbare zaak.⁴ Het geschil ging over de uitlegging van een opzeggingsmogelijkheid die was opgenomen in een overeenkomst tussen de gemeenschappelijke regeling reinigingsdiensten RD4 en de winnende inschrijver over de afzet van grof-

vuil. De rechtbank stelt de opdrachtnemer in het gelijk en overweegt: *“Voorts is van belang dat het artikel is opgesteld door RD4 en, indachtig de contra proferentem-regel, onduidelijkheden in de letter van het contract eerder ten nadele van de opsteller van het contract dienen te worden gebracht.”*

De Haagse rechter gaat uit van een tegenovergestelde maatstaf en oordeelt in r.o. 4.11 van het vonnis zelfs dat als, zoals Twence betoogt, bedoeld zou zijn verlenging (ook) alleen mogelijk te laten zijn met haar instemming, het voor de hand gelegen zou hebben dat dit met zoveel woorden was vastgelegd. Dat deze eis niet met zoveel woorden in de door Avalex opgestelde overeenkomst is opgenomen, maakt het volgens de rechter niet voor de hand liggend dat de uitleg van Twence moet worden gevolgd. Toepassing van de contra proferentem-regel zou tot een ander oordeel hebben moeten leiden.

Ik ben overigens wel van mening dat er bij de uitleg van overeenkomsten die tot stand zijn gekomen na een Europese aanbestedingsprocedure ook weer niet al te snel een beroep gedaan zal kunnen worden gedaan op de contra proferentem-regel. Zo zal de rechter altijd eerst moeten nagaan of de inhoud van een contractuele bepaling vast kan worden gesteld aan de hand van de in de jurisprudentie ontwikkelde cao-norm. Dat betekent dat gekeken zal moeten worden naar de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de gehanteerde bewoordingen, alsmede de elders in de aanbestedingsdocumenten gebruikte formuleringen. Alleen als na die toets nog steeds twijfel over de uitleg van de bepaling bestaat, is ruimte voor het gezichtspunt dat de bepaling ten nadele van de opsteller moet worden uitgelegd.

Dit is met name van belang omdat overeenkomsten die zijn aanbesteed tussentijds niet wezenlijk mogen worden gewijzigd. Het mag dus niet zo zijn dat de deelnemers aan de aanbestedingsprocedure mogelijk een andere offerte zouden hebben ingediend of dat de kring van gegadigden anders zou zijn geweest, indien de uitleg van de opdrachtnemer zou worden gevolgd. Door aan de hand van de cao-norm eerst uit te sluiten dat er naar objectieve maatstaven geen andere (eenduidige) uitleg van de bepaling mo-

2 Zie Rb. Arnhem 14 november 2007, ECLI:NL:RBARN:2007:BB8431, r.o. 4.6 en HR 18 oktober 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7002, r.o. 3.4 (Pieterse/Nationale-Nederlanden).

3 Nb. Bij deze opmerking moet wellicht de kanttekening worden geplaatst dat van een eenzijdig opgestelde overeenkomst geen sprake is indien een aanbestedende dienst inschrijvers op grond van Voorschrift 3.9 B van de Gids Proportionaliteit ruimschoots de gelegenheid geeft suggesties te doen voor aanpassingen aan de conceptovereenkomst. Indien er nadien – na kennisname en verwerking van de door de inschrijvers gestelde vragen – nog steeds onduidelijkheid blijft bestaan, zou ik menen dat de contra proferentem-regel nog steeds zou moeten kunnen worden toegepast.

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

gelijk was geweest, wordt voorkomen dat achteraf door een derde zou kunnen worden betoogd (met alle gevolgen van dien) dat de normaal oplettende en redelijk geïnformeerde inschrijver een andere uitleg aan de bepaling mocht geven.

Conclusie en vuistregel voor de praktijk

Aanbestedende diensten zijn op grond van het transparantiebeginsel gehouden om de aanbestedingsstukken, waaronder de met de winnaar te sluiten overeenkomst, op een duidelijke wijze te formuleren zodat iedere normaal oplettende inschrijver de inhoud daarvan op dezelfde manier kan interpreteren.

Neemt een aanbestedende dienst een onduidelijke bepaling in de met de winnaar te sluiten overeenkomst op, dan zal in eerste instantie aan de hand van de cao-norm moeten worden gezocht naar de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de gehanteerde bewoordingen, alsmede de elders in de aanbestedingsdocumenten gehanteerde formuleringen. Indien dat echter niet de benodigde duidelijkheid oplevert en er dus nog steeds twijfel over de uitleg bestaat, zal op grond van het contra preferentem-beginsel een uitleg ten faveure van de opdrachtnemer moeten worden gekozen.

B.J.H. Blaisse-Verkooyen,
advocaat bij Pot Jonker

161

Rechtbank Noord-Nederland
13 juni 2018, nr. 160590,
ECLI:NL:RBNNE:2018:2257
(mr. Los)

**Beoordelingscommissie. Beoordelingsvrijheid.
Beoordeling gunningscriteria.**

Provincie Fryslân heeft een Europese openbare aanbestedingsprocedure georganiseerd ten behoeve van de aanbesteding van taxatiediensten via het aanbestedingsplatform Negometrix. Deze aanbesteding is op 17 januari 2018 aangekondigd. Voor de aanbesteding geldt de Aanbestedingsleidraad Europese aanbesteding Taxatiediensten 6534

(hierna te noemen de aanbestedingsleidraad). Doel van de aanbesteding is het selecteren en contracteren van één opdrachtnemer voor het taxeren van objecten voor Provincie Fryslân. De raamovereenkomst wordt voor de duur van één jaar aangegaan, met de mogelijkheid voor Provincie Fryslân voor verlenging met maximaal driemaal één jaar. Als gunningscriterium hanteert Provincie Fryslân de beste prijs-kwaliteitverhouding, waarbij de prijs 35% bepaalt en de kwaliteit 65%.

De organisatie van de aanbesteding bestaat uit een aanbestedingscommissie en een beoordelingscommissie. De beoordelingscommissie heeft alleen toegang tot het 'kwaliteit'-gedeelte van Negometrix en beoordeelt het 'kwaliteit'-gedeelte.

Provincie Fryslân heeft de ingediende inschrijvingen beoordeeld. Op 26 maart 2018 heeft Provincie Fryslân aan Kendes Rentmeesters Zwolle B.V. (hierna: Kendes) bericht dat haar inschrijving in de rangorde als tweede is geëindigd, dat van alle inschrijvingen de inschrijving van Thorbecke de beste prijs-kwaliteitverhouding heeft en dat de opdracht voorlopig gegund zal worden aan Thorbecke.

Kendes stelt dat dat Provincie Fryslân haar inschrijving inhoudelijk onjuist heeft beoordeeld. Kendes had zowel op het onderdeel continuïteit en beschikbaarheid als op het onderdeel conformiteit meer punten moeten scoren. Hetzelfde geldt voor het onderdeel van de casus.

De voorzieningenrechter stelt voorop dat de rechterlijke toetsing van de beoordeling van de aanbestedingen door de aanbestedende dienst in beginsel marginaal is. Met inachtneming hiervan wordt als volgt overwogen.

G.1 Onderdeel continuïteit en beschikbaarheid

Aan dit onderdeel heeft de beoordelingscommissie 11,00 punten toegekend. Uitgaande van een wegingsfactor 1,5 betekent dit een gemiddelde score van 7,33 op een schaal van 0 tot 10. In de motivering van de beoordelingscommissie is aangegeven dat niet duidelijk is gemaakt hoe en/of de achtervang op de hoogte is van de lopende taxatie opdrachten.

Gelijk Provincie Fryslân heeft betoogd, is niet beschreven dat en op welke wijze de achtervang in geval van afwezigheid of ondercapaciteit op de hoogte is of wordt gebracht van lopende taxaties, maar blijkt hooguit dat de achtervang daarvan op de hoogte kan zijn. De beoordelingscommissie kon daarom in redelijkheid tot haar beoordeling komen.

G.1 Onderdeel conformiteit