

EJEA 17-084

ECLI:NL:RBMNE:2017:3097

Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak 19-04-2017

Datum publicatie 03-07-2017

Zaaknummer C/16/393714 / HA ZA 15-490

Rechtsgebieden

Civiel recht

Bijzondere kenmerken

Eerste aanleg - enkelvoudig

Inhoudsindicatie

aanbestedende dienst heeft deskundige opdracht gegeven haar bij te staan in het kader van een aanbesteding en verwijt die deskundige in dat kader een beroepsfout te hebben gemaakt. ook de toepasselijkheid van algemene voorwaarden is in geschil.

Uitspraak

vonnis

RECHTBANK MIDDEN-NEDERLAND

Civiel recht

handelskamer

locatie Utrecht

zaaknummer / rolnummer: C/16/393714 / HA ZA 15-490

Vonnis van 19 april 2017

in de zaak van

de naamloze vennootschap

[eiseres] N.V.,

gevestigd te [vestigingsplaats] ,

eiseres,

advocaten mr. P.B.J. van den Oord en mr. R.W. La Gro,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

HASKONINGDHV NEDERLAND B.V.,

gevestigd te [vestigingsplaats] ,

gedaagde,

procesadvocaat voorheen mr. L.Ph.J. baron van Utenhove, thans mr. J.A. Dullaart,

behandelend advocaten mr. L.C. van den Berg en mr. L. Knoups.

Partijen zullen hierna [eiseres] en HaskoningDHV genoemd worden.

1 De procedure

1.1.

Het verloop van de procedure blijkt uit:

-

het tussenvonnissen van 7 oktober 2015,

-

het proces-verbaal van de comparitie van 8 december 2015,

-

de conclusie na comparitie van [eiseres] ,

-

de antwoordconclusie na comparitie van HaskoningDHV.

1.2.

Ten slotte is vonnis bepaald.

2 De feiten

2.1.

[eiseres] is een publiekrechtelijke rechtspersoon die diensten verleent op het gebied van afvalbeheer en van het beheer van de openbare ruimte ten behoeve van de gemeenten Alphen aan den Rijn, Bodegraven-Reeuwijk, Gouda, Kaag en Braassem, Krimpenerwaard, Nieuwkoop, Waddinxveen en Zuidplas. [eiseres] is een aanbestedende dienst in de zin van de Aanbestedingswet 2012.

2.2.

HaskoningDHV is een advies-, ingenieurs- en projectmanagementbureau.

2.3.

In 2008 heeft (een rechtsvoorganger van) HaskoningDHV op verzoek van [eiseres] een locatiestudie verricht voor de door [eiseres] gewenste nieuwe huisvesting, waarna [eiseres] heeft gekozen voor de locatie [naam locatie] in [vestigingsplaats]. Vervolgens heeft [eiseres] in 2012 aan HaskoningDHV verzocht om haar te adviseren en te begeleiden bij de uitwerking en realisatie van haar nieuwbouwplannen.

2.4.

Bij brief van 2 november 2012 heeft [eiseres] de door HaskoningDHV uitgebrachte offerte geaccepteerd:

“Onder verwijzing naar uw offerte (...) d.d 17 oktober 2012, verlenen wij u hierbij opdracht voor het uitvoeren van de in de offerte genoemde werkzaamheden m.b.t. de nieuwbouw van [eiseres].”

2.5.

In de bedoelde offerte van 17 oktober 2012 heeft HaskoningDHV het volgende vermeld:

“Onze werkzaamheden

Wij zijn reeds in onderling overleg gestart met verschillende werkzaamheden. Om te komen tot bovengenoemd eindresultaat verrichten wij de volgende werkzaamheden:

(...)

Stap 4 – Aanbesteding

(...)

Wij zullen u verder begeleiden in de selectie- en gunningsfase. De begeleiding van de selectiefase omvat het Publicatie documenten, Beantwoording vragen, Opstellen nota van inlichtingen, Controle aanmeldingen, Beoordelen aanmeldingen i.o.m. opdrachtgever, Opstellen brieven selectievoornemen, Beantwoording vragen n.a.v. selectievoornemen.

Werkzaamheden tijdens de gunningsfase zijn: verzenden documenten, Beantwoording vragen, Opstellen nota van inlichtingen, Individuele vragenronde bijwonen, Controle inschrijvingen (volledigheid, indieningsvereisten), Bijwonen presentaties + beoordelingen kwalitatief i.o.m. opdrachtgever, Beoordeling inschrijvingen kwantitatieve criteria, Opstellen proces verbaal + gunningsvoornemen, Beantwoording vragen n.a.v. gunningsvoornemen en gereedmaken basisovereenkomst.

Advisering bij eventuele juridische procedures valt buiten onze werkzaamheden.

(...)

Advieskosten

Wij ramen onze advieskosten per stap zoals in het onderstaande schema is weergegeven.

Stap 1 – Update uitgangspunten/opstellen vraagspecificatie	57.250,-
Stap 2 – Ontwerp	19.500,-
Stap 3 – Aankoop grond	29.375,-
Stap 4 – Aanbesteding	57.500,-
Stap 5 – Vergunningen	20.500,-
Stap 6 – Bouwbegeleiding	70.000,-

(...)

Voorwaarden en uitgangspunten

Op de overeenkomst tussen Haskoning Nederland B.V. [de betrokken rechtsvoorgangster van HaskoningDHV, toevoeging rechtbank] en [eiseres] N.V. zijn de Haskoning Nederland Voorwaarden, zoals deze op 4 september 2009 zijn gedeponereerd bij de kamer van Koophandel en Fabrieken voor Centraal Gelderland te Arnhem, alsmede de bepalingen van de "Rechtsverhouding Opdrachtgever – architect, ingenieur en adviseur DNR 2011", hierna te noemen "DNR" van toepassing. Een exemplaar van de Haskoning Nederland Voorwaarden is bijgevoegd. Een exemplaar van DNR kunnen wij u indien gewenst toezenden."

2.6.

In artikel 2 van de Haskoning Nederland Voorwaarden, die op 4 september 2009 zijn gedeponereerd, (hierna: Haskoning-Voorwaarden) is het volgende bepaald:

"Indien op de opdracht tevens andere algemene voorwaarden van toepassing zijn, zoals de RVOI 2001, de SR 1997 of de DNR 2005, gelden deze andere algemene voorwaarden voorzover hiervan in de Haskoning Nederland-Voorwaarden 2009 niet wordt afgeweken. De Haskoning Nederland-Voorwaarden 2009 prevaleren altijd boven andere toepasselijke voorwaarden."

2.7.

In "De Nieuwe Regeling 2011, Rechtsverhouding opdrachtgever – architect, ingenieur en adviseur DNR 2011" (hierna: DNR 2011) is het volgende opgenomen:

"Artikel 1

Begripsbepalingen

Verstaan wordt onder:

(...)

toerekenbare tekortkoming

een tekortkoming die te wijten is aan schuld, of krachtens wet, rechtshandeling of volgens in het verkeer geldende opvattingen, voor rekening van de schuldenaar komt. Onder in het verkeer geldende opvattingen wordt verstaan: een tekortkoming die een goed en zorgvuldig handelend adviseur of opdrachtgever onder de betreffende omstandigheden en met inachtneming van normale oplettendheid – en waar het de adviseur betreft: met de voor de opdracht vereiste vakkennis en middelen uitgerust – had kunnen en behoren te vermijden;

(...)

Artikel 13

Aansprakelijkheid van de adviseur voor toerekenbare tekortkomingen

1. De adviseur is jegens de opdrachtgever aansprakelijk voor zijn toerekenbare tekortkoming. Voor zover nakoming niet reeds blijvend onmogelijk is, vindt dit lid slechts toepassing met inachtneming van de wettelijke regeling van verzuim van de schuldenaar.

(...)

Artikel 16

Aansprakelijkheidsduur en vervaltermijnen

(...)

2. De rechtsvordering uit hoofde van een toerekenbare tekortkoming vervalt en is niet ontvankelijk indien de opdrachtgever niet binnen bekwame tijd nadat hij de tekortkoming heeft ontdekt of redelijkerwijs had behoren te ontdekken, schriftelijk en met redenen omkleed bij de adviseur ter zake heeft geprotesteerd.

(...)"

2.8.

Op 1 november 2012 heeft [eiseres] een Europese niet-openbare aanbesteding aangekondigd betreffende het ontwerpen en realiseren van haar nieuwe bedrijfshuisvesting, met gunning van de opdracht aan de economisch meest voordelige inschrijver. De aanbestedingsdocumenten zijn opgesteld door HaskoningDHV.

2.9.

In de selectiefase van de aanbesteding heeft [eiseres] met hulp van HaskoningDHV vijf partijen geselecteerd, waaronder Ballast Nedam Bouw & Ontwikkeling Holding B.V. (hierna: Ballast Nedam) en [bedrijfsnaam 1] B.V. (hierna: [bedrijfsnaam 1]).

2.10.

In de gunningsfase heeft [eiseres] de geselecteerde partijen de Gunningleidraad Europese Aanbesteding Ontwerp en Realisatie Huisvesting [eiseres] [naam locatie] (hierna: Gunningleidraad) verstrekt. Daarin is het volgende vermeld:

“4.3 Inhoud van de inschrijving

De Inschrijving bestaat uit 6 (zes) onderdelen, zoals weergegeven in tabel I.

(...)

Inhoud van de Inschrijving

1

Algemene gegevens

2

Eigen verklaringen en bewijsstukken

3

Voorontwerp

4

Projectmanagementplan

5

Energieprestatie

6

Inschrijfprijs (aparte afgesloten envelop)

Tabel I: inhoud van de Inschrijving

(...)

4.3.5

Energieprestatie

De inschrijver dient een EPC-berekening te verstrekken bij de Inschrijving. Kunt u de EPC-waarde, zoals voorgeschreven in het bouwbesluit, verder verbeteren binnen het vastgestelde budget? Geef, onderbouwd met maatregelen en berekeningen, aan met hoeveel punten u de EPC-waarde kunt verbeteren en wat de te verwachte terugverdientijd en onderhoudsgevoeligheid is van de maatregelen. De voorkeur van [eiseres] gaat uit naar een korte terugverdientijd en lage onderhoudsgevoeligheid.

De verstrekte uitwerking van de EPC-berekening is niet vrijblijvend, de Inschrijving van opdrachtnemer maakt onderdeel uit van de Aanbieding en daarmee ook van de contractdocumenten. De te verrichten Werkzaamheden dienen hiermee in overeenstemming te zijn.

(...)

5.2

Beoordelingsmethode

(...) De (...) beoordelingscommissie (...) bestaat uit vertegenwoordigers van [eiseres] (...) en (...) HaskoningDHV.

Voor de onderdelen 5 (Energieprestatie) en 6 (inschrijfprijs) vindt een kwantitatieve beoordeling plaats, conform de rekenmethoden die in paragraaf 6.3 [kennelijk wordt bedoeld paragraaf 5.3, toevoeging rechtbank] zijn opgenomen voor het betreffende onderdeel. (...).

5.3

Beoordeling op de gunningscriteria

(...)

5.3.3

Energie prestatie

Voor het beoordelen van duurzaamheid/ energie prestatie wordt gekeken naar de Energie prestatie coëfficiënt (EPC) van het kantoorgebouw (...). Beoordeling van de Energie prestatie vindt plaats op grond van het aantal punten waarmee de EPC-waarde kan worden verbeterd. Deze onderbouwing dient te bestaan uit een concrete beschrijving van de maatregelen en een EPC-berekening voor het gehele project.

De punten voor het onderdeel Energie prestatie worden als volgt bepaald:

- Aan een EPC van 1,100, overeenkomend met de maximale EPC voor het Werk, wordt 0 punten toegekend;
- Voor iedere 0,0275 punt dat de EPC lager is dan de maximale EPC, wordt één punt toegekend;
- Voor tussenliggende EPC-waarden wordt de score lineair bepaald op grond van de volgende formule:

$$\text{Score (Energie prestatie)} = (\text{Maximale EPC} - \text{Aangeboden EPC}) / (0,0275)$$

- De punten worden afgerond op 1 decimaal;

- Er is maximaal 10 punten te verdienen op het onderdeel EPC.

Rekenvoorbeeld

$$\text{Aangeboden EPC} = 0,850$$

$$\text{Score} = (1,100 - 0,850) / 0,0275 = 9,1$$

Voor het verlagen van de EPC-waarde mag u gebruik maken van energieopwekking echter deze energieopwekking dient op het [eiseres] terrein te worden gerealiseerd en moet passen binnen de kaders van de Vraagspecificatie.

Indien tijdens de ontwerp- en/of uitvoeringsfase blijkt dat de gerealiseerde EPC-waarde afwijkt van de aangegeven waarde in de Inschrijving van Opdrachtnemer geldt de in de Basisovereenkomst (art. 16) opgenomen boetclausule.

Opdrachtgever behoudt zich het recht voor nadere informatie met betrekking tot de gegeven onderbouwing te vragen en de score aan te passen indien de maatregelen volgens Opdrachtgever niet aannemelijk zijn. Op basis van de opgegeven terugverdientijd en onderhoudsgevoeligheid van de maatregelen wordt een correctiefactor toegepast op de punten die zijn behaald volgens onderstaande tabel.

Correctiefactor EPC

Beoordeling

Correctiefactor

Goed

1,00

Gemiddeld

0,75

Onder gemiddeld

0,50

Slecht

0,25

Tabel IV: Correctiefactor

Rekenvoorbeeld

$$\text{Score voor EPC} = 9,1$$

Correctiefactor is beoordeeld als gemiddeld

$$\text{Eindscore (Energieprestatie)} = 9,1 \times 0,75 = 6,825$$

(...)

5.3.5

Berekenen totaal score

De scores voor de verschillende onderdelen worden gewogen zoals weergegeven in tabel III, met als resultaat een maximale score van 100 punten voor de totale inschrijving. De scores worden afgerond op 1 decimaal. De Inschrijving met de hoogste totaal score wordt gezien als de Economisch meest voordelige inschrijving.

Onderdeel

Maximum punten

Wegings-factor

Ontwerp

10,0

4

40,0

Projectmanagementplan

10,0

2

20,0

Energieprestatie

10,0

3

30,0

Prijs

10,0

1

10,0

Totaal score

100,0

Tabel V: berekening totaal score

(...)

6 Gunning

6.1

Gunningsbeslissing

De gunning geschiedt op basis van het gunningscriterium van de Economisch meest voordelige inschrijving (EMVI). De Economisch meest voordelige inschrijving wordt bepaald aan de hand van de gunningscriteria zoals weergegeven in paragraaf 5.3. De Inschrijving met de hoogste score (conform de berekening in paragraaf 5.3.5) wordt aangemerkt als meest gereede Inschrijving. (...)"

2.11.

In de tweede Nota van Inlichtingen is het volgende vermeld:

“Vraag

nummer

Document

(...)

Citaat-tekst

Vraag

Antwoord

(...)

(...)

(...)

(...)

(...)

(...)

57.

Gunning-leidraad

EPC

T.a.v. de duurzame maatregelen, worden deze beoordeeld op terugverdientijd en onderhoudsvriendelijkheid. Kunt u aangeven hoe deze aspecten gewogen en beoordeeld zullen worden?

Bij het bepalen van de correctie-factor wordt over het algemeen gekeken naar de:

- Terugverdientijd

- Exploitatiekosten

Het saldo van energiebesparing en exploitatiekosten, dient te leiden tot een (reële) terugverdientijd van 10 jaar.

Geldt dit voor alle voorgestelde maatregelen (boven wettelijk) = goed.

Geldt dit voor het merendeel = gemiddeld. Geldt dit voor de een beperkt deel = onder gemiddeld.

Geldt dit voor geen van de maatregelen = slecht.

(...)

(...)

(...)

(...)

(...)

(...)"

2.12.

Vier partijen, waaronder Ballast Nedam en [bedrijfsnaam 1], hebben ingeschreven op de opdracht.

2.13.

Op 25 juni 2013 heeft HaskoningDHV namens [eiseres] het voornemen tot gunning aan Ballast Nedam geuit. In de brief aan [bedrijfsnaam 1] is in dat verband volgende vermeld:

"De beoordelingscommissie heeft de Inschrijvingen beoordeeld op; ontwerp, projectmanagementplan (PMP), energiestatistiek (EPC) en prijs. In de onderstaande tabel is (unanieme) beoordeling per onderdeel weergegeven.

Totaal beoordeling

Ontwerp

PMP

EPC

Prijs

(...)

(...)

Score uit EPC (max. 10)

Wegingsfactor

Score x weging

(...)

Totaal

X

(...)

(...)

9,5

3

28,6

(...)

69,6

[bedrijfsnaam 1] (...)

(...)

(...)

2,7

3

8,2

(...)

53,4

X

(...)

(...)

8,3

3

25,0

(...)

62,0

Ballast Nedam

(...)

(...)

10,0

3

30,0

(...)

75,0

In de tabel is te zien dat de hoogste score is behaald door Ballast Nedam. [eiseres] is voornemens Ballast Nedam het werk te gunnen.

Onderstaand worden de belangrijkste overwegingen van de beoordelingscommissie gegeven bij het bepalen van de score van uw Inschrijving op de kwalitatieve beoordelingscriteria.

(...)

EPC:

- terugverdiertijden en exploitatie zijn onderbouwd;
- er is in berekening geen rekening gehouden met energie gebruik voor koeling;
- onduidelijkheid over het gebruik van een open of gesloten WKO systeem in berekening.”

2.14.

[bedrijfsnaam 1] , die als vierde was geëindigd, kon zich niet verenigen met dit gunnings-voornemen en heeft [eiseres] op 9 juli 2013 in kort geding gedagvaard om te verschijnen voor de voorzieningenrechter in de rechtbank Den Haag. Ballast Nedam is tussengekomen.

2.15.

[eiseres] heeft zich, vanaf het moment waarop [bedrijfsnaam 1] aankondigde tot dagvaarding over te gaan, laten bijstaan door haar raadslieden.

2.16.

Op 10 juli 2013 hebben [eiseres] , haar raadslieden en HaskoningDHV de door [bedrijfsnaam 1] geuite bezwaren onderling besproken. Ten behoeve van dit gesprek heeft de betrokken projectleider van HaskoningDHV, de heer [A] , op 9 juli 2013 een vertrouwelijk memo opgesteld. In dit memo, waarin HaskoningDHV wordt aangeduid als RHDHV, is het volgende vermeld:

“Gunningfase

(...)

- De beoordeling van het onderdeel EPC voor [bedrijfsnaam 1] is op de volgende wijze tot stand gekomen:

[bedrijfsnaam 1] schrijft in met een EPC van 0,80, de formule uit paragraaf 5.3.3 van de gunningleidraad levert de volgende formule:

$$(1,100-0,800)/0,0275 = 10,9$$

Voor het bepalen van de correctiefactor zijn de volgende zaken in acht genomen:

- correctie voor niet aannemelijke EPC als gevolg achterwegen laten van koeling in berekening;
- correctie voor niet aannemelijke EPC als gevolg van open WKO systeem in berekening;
- correctie aangezien het niet duidelijk is welke maatregelen de wettelijk minimalen EPC (1,1) verlagen tot de EPC van Inschrijven (0,80). Daardoor zijn maatregelen en terugverdientijden niet te controleren;
- correctie voor niet aannemelijke terugverdientijden naar aanleiding van de (onvolledige) onderbouwing van LED-verlichting en zonneboilersysteem.

De score op het onderdeel EPC is naar aanleiding van bovenstaande punten gecorrigeerd met de correctiefactor 0,25. (...)

(...)

Telefoongesprekken

(...)

- Telefoongesprek 26 juni met Mevrouw [B] :

Mevrouw [B] belt namens [bedrijfsnaam 1] , omdat zij niet snapt dat de punten voor EPC in mindering zijn gebracht. (...) Ik meld haar dat onze expert op het gebied van EPC berekening 2 fouten in haar berekening had ontdekt, te weten geen energie voor koeling en gesloten systeem beschreven en open systeem in berekening opgenomen. Mevrouw [B] geeft aan dat volgens [bedrijfsnaam 1] beide onderdelen niet anders opgenomen kunnen worden in de EPC-berekening. (...)

- Het bespreken van de onderbouwing van mevrouw [B] levert volgens de expert (RHDHV) geen herziene beoordeling op.

- Telefoongesprek 28 juni met Mevrouw [B] gesproken voor een toelichting.

Naar aanleiding van het overleg met de expert belt [A] met mevrouw [B] om de beoordeling nogmaals toe te lichten. [bedrijfsnaam 1] snapt niet waarom zij niet de volledige score heeft gekregen. (...) Mevrouw [B] heeft uit de brief geconcludeerd op basis van ‘terugverdientijden en exploitatie zijn onderbouwd’ dat de onderbouwing goed is. [A] geeft aan dat dit niet het geval is (...)” 2.17.

Op 17 juli 2013 heeft de heer [C] (hierna: [C]), werkzaam bij HaskoningDHV en expert op het gebied van de Energieprestatiecoëfficiënt (hierna: EPC), de volgende schriftelijke verklaring afgelegd:

“(...) Alvorens nader toe te lichten op welke wijze ik de beoordelingscommissie heb geïnformeerd, zal ik eerst in zijn algemeenheid ingaan op de wijze van beoordeling van de inschrijvingen en de toepassing van de EPC-systematiek.

In het Bouwbesluit artikel 5.2, lid 1, is vastgelegd dat een nieuw te bouwen gebouw moet voldoen aan een maximale energieprestatiecoëfficiënt, bepaald volgens NEN7120. (...). Hoe lager deze coëfficiënt, hoe energiezuiniger het gebouw.

In het Bouwbesluit is per gebruiksfunctie vastgelegd wat de maximale waarde van deze energieprestatiecoëfficiënt mag zijn. Voor het door [eiseres] aan te besteden werk geldt de maximale Energieprestatiecoëfficiënt behorende bij een kantoorfunctie. Deze maximale waarde bedraagt 1,1. Een energieprestatiecoëfficiënt van lager dan 1,1 kan beschouwd worden als een bovenwettelijke prestatie. In de gunningleidraad artikel 5.3.3 is aangegeven dat een bovenwettelijke prestatie op het gebied van energiezuinigheid wordt gewaardeerd door middel van een puntentelling.

Deze puntentelling wordt in drie stappen vastgesteld:

1. de door de inschrijver vastgestelde energieprestatiecoëfficiënt wordt vertaald in een score;
2. de score wordt gecorrigeerd op basis van de onderbouwing door de inschrijver;
3. de score wordt vastgesteld, waarbij een maximum wordt gehanteerd. Indien de score op basis van stap 1 en 2 hoger is dan het maximum, geldt de maximale score.

(...)

Beoordeling inschrijving [bedrijfsnaam 1] (...)

Ten aanzien van de inschrijving van [bedrijfsnaam 1] (...) heb ik de beoordelingscommissie als volgt geadviseerd:

Stap 1:

[bedrijfsnaam 1] (...) geeft in haar inschrijving aan, te komen tot een energieprestatiecoëfficiënt van 0,80. Hiervoor is een NEN7120 berekening aangeleverd. Op basis van deze energieprestatiecoëfficiënt is voor stap 1 een score vastgesteld van $(1,1-0,8)/0,0275 = 10,9$ punten.

Stap 2:

In de inschrijving van [bedrijfsnaam 1] (...) is in zijn algemeenheid een aantal zaken geconstateerd:

1. de NEN7120 berekening komt niet overeen met het ingediende ontwerp. De energieprestatiecoëfficiënt van het ingediende ontwerp is daarmee onduidelijk;
2. er is geen berekening van het wettelijk niveau bijgevoegd (energieprestatiecoëfficiënt van 1,1). Daardoor is het niet duidelijk welke maatregelen bovenwettelijk zijn en welke nodig zijn om het wettelijk niveau te halen;
3. de terugverdiertijden per maatregel zijn niet berekend maar alleen genoemd. De terugverdiertijden en exploitatie worden hiermee wel onderbouwd maar niet aannemelijk gemaakt. Het is niet duidelijk ten opzichte waarvan deze terugverdiertijden zijn bepaald. Niet alle genoemde terugverdiertijden worden aannemelijk en/of realistisch geacht;
4. meer in detail: er is in de berekening geen rekening gehouden met energie gebruik voor koeling en er is onduidelijkheid over het gebruik van een open of gesloten WKO systeem.

Op basis van deze constatering is voor geen enkele voorgestelde energiebesparende maatregel vast te stellen of deze bovenwettelijk is of niet. Als een maatregel niet bovenwettelijk is, dan is er ook geen sprake van een terugverdiertijd. Alle besparingen zijn namelijk ten opzichte van het minimale wettelijk vereiste niveau.

Het wettelijk vereiste niveau is niet vastgesteld op basis van een NEN7120 berekening. Ook in de bepaling van de terugverdiertijd per afzonderlijke maatregel wordt niet aan een wettelijk niveau gerefereerd. Ook daar is dus niet duidelijk ten opzichte waarvan de terugverdiertijd is bepaald. Concluderend is dus voor geen van de afzonderlijke maatregelen aannemelijk gemaakt dat de terugverdiertijd ten opzichte van het wettelijk vereiste niveau korter is dan 10 jaar. De onderbouwing is daarom als slecht beoordeeld.

De correctiefactor bedraagt daarom 0,25. De score wordt dan $0,25 \times 10,9 = 2,7$ punten.

Stap 3:

De score uit stap 1 en 2 bedraagt 2,7 punten. Dit is minder dan het maximum van 10. De uiteindelijke score bedraagt dus ook 2,7 punten.

Op grond van stap 1 tot en met 3 heb ik de beoordelingscommissie geadviseerd aan de inschrijving van [bedrijfsnaam 1] (...) een totaal van 2,7 punten toe te kennen voor het onderdeel "Energieprestatie."

2.18.

Op 29 juli 2013 heeft de heer [D] (hierna: [D]), werkzaam bij [eiseres] en lid van de beoordelingscommissie, de volgende schriftelijke verklaring afgelegd:

"(...) Als beoordelingscommissie hebben wij de inschrijvingen beoordeeld conform de gunningsleidraad. In dat kader hebben wij ons op onderdelen laten bijstaan door experts, zoals ook omschreven staat in de gunningsleidraad. Voor wat betreft het onderdeel EPC, hebben wij ons laten adviseren door de heer [C] van (...) HaskoningDHV.

Hetgeen staat opgenomen in de verklaring van (...) [C] betreft een correcte weergave van het advies dat wij als beoordelingscommissie hebben ontvangen.

(...)

Op basis van het door ons als beoordelingscommissie ingewonnen advies, de geconstateerde gebreken, het ontbreken van onderscheid tussen wettelijke en bovenwettelijke maatregelen, onvoldoende controlebaarheid van de onderbouwing en/of dat deze irreëel werd geacht, hebben wij geconstateerd dat er gelet op de wijze van inschrijving geen sluitend oordeel kon worden gegeven omtrent de door [bedrijfsnaam 1] voorgestelde maatregelen. Vervolgens hebben wij in lijn

met de gunningsleidraad een correctiefactor van 0,25 toegepast op de puntenscore van [bedrijfsnaam 1] , hetgeen heeft geleid tot een score van 2,7.

(...) Wij hebben als beoordelingscommissie unaniem geoordeeld dat een correctiefactor van 0,25 geïndiceerd was.

Voor wat betreft de motivering van het voornemen tot gunning, bevestig ik dat deze op het onderdeel EPC mogelijk onvoldoende duiding geeft aan de achtergrond van het toepassen van de correctiefactor. Ik beschouw het voornoemde als een afdoende toelichting op onze motivering van de gunningsbeslissing.”

2.19.

Op 31 juli 2013 heeft HaskoningDHV namens [eiseres] een aanvullende brief gestuurd aan [bedrijfsnaam 1] , met de volgende inhoud:

“4. Voor de goede orde lichten wij graag toe hoe de beoordeling is verlopen. De beoordeling van het onderdeel EPC is in opdracht van de beoordelingscommissie uitgevoerd door de EPC-deskundige van (...) HaskoningDHV. Dit is conform de aanbestedingsleidraad geschied. De EPC-deskundige heeft de beoordelingscommissie geadviseerd tot een correctie van 0,25 (conform de aanbestedingsleidraad) op uw EPC-score. De beoordelingscommissie heeft dit oordeel overgenomen. Bijgaand treft u aan de verklaring van de EPC-deskundige (bijlage 1) [= de verklaring van [C] , toevoeging rechtbank], waarin hij aangeeft op welke wijze hij de beoordelingscommissie heeft geadviseerd en de verklaring van de beoordelingscommissie (bijlage 2) [= de verklaring van [D] , toevoeging rechtbank] ter bevestiging van deze beoordeling.

5. Wij constateren dat de verwoording van de motivering van uw beoordeling op het onderdeel EPC mogelijk onvoldoende duiding geeft en een nadere toelichting behoeft (voor zover dit niet reeds telefonisch is geschied). Wij verwijzen in dat kader naar de verklaring van de beoordelingscommissie en citeren:

“Op basis van het door ons als beoordelingscommissie ingewonnen advies, de geconstateerde gebreken, het ontbreken van onderscheid tussen wettelijke en bovenwettelijke maatregelen, onvoldoende controlebaarheid van de onderbouwing en/of dat deze irreëel werd geacht, hebben wij geconstateerd dat er gelet op de wijze van inschrijving geen sluitend oordeel kon worden gegeven omtrent de door [bedrijfsnaam 1] voorgestelde maatregelen. Vervolgens hebben wij in lijn met de gunningsleidraad een correctiefactor van 0,25 toegepast op de puntenscore van [bedrijfsnaam 1] , hetgeen heeft geleid tot een score van 2,7.”

(...)

6. Wij beschouwen dit voor zover nodig als een nadere toelichting op de motivering van het gunningsvoornemen bij brief d.d. 25 juni 2013. Wij bevestigen voor de goede orde dat geen sprake is van een nieuwe beoordeling en/of een herbeoordeling. De beoordeling, alsmede de grondslag van de beoordeling is ongewijzigd.

(...)”

2.20.

De verklaringen van [C] en [D] alsmede de brief van 31 juli 2013 zijn tot stand gekomen in overleg met de raadslieden van [eiseres] .

2.21.

De brief met bijlagen van 31 juli 2013 heeft niet geleid tot intrekking van de vordering door [bedrijfsnaam 1] . Zij heeft haar vordering gehandhaafd.

2.22.

Bij vonnis van 4 september 2013 heeft de voorzieningenrechter de subsidiaire vordering van [bedrijfsnaam 1] toegewezen en [eiseres] tot een herbeoordeling van de inschrijvingen veroordeeld. De voorzieningenrechter heeft daartoe het volgende overwogen:

“4.2. Blijkens de Gunningleidraad en de tweede nota van inlichtingen (vraag 57) wordt de toe te passen correctiefactor slechts bepaald aan de hand van de opgegeven terugverdientijd en onderhoudsgevoeligheid c.q. exploitatiekosten van de maatregelen. In de gunningsbeslissing heeft [eiseres] aan [bedrijfsnaam 1] kenbaar gemaakt dat de “terugverdientijden en exploitatie zijn onderbouwd”. Gelet hierop en nu niet (voldoende gemotiveerd) is gesteld dat de twee overige in de gunningsbeslissing vermelde opmerkingen voor wat betreft het onderdeel EPC – betreffende het energiegebruik voor de koeling en het (soort) WKO-systeem – daarmee in relatie staan, kan op grond van de (motivering van de) gunningsbeslissing niet anders worden geconcludeerd dan dat [bedrijfsnaam 1] de terugverdientijden en de onderhoudsgevoeligheid/exploitatie van de maatregelen goed, althans voldoende heeft onderbouwd. In het andere geval had het op de weg van [eiseres] gelegen om duidelijk aan te geven, welke concrete bezwaren/klachten zij dienaangaande heeft, hetgeen zij dus heeft nagelaten.

4.3.

In de brief van 31 juli 2013 heeft [eiseres] als concrete gebreken tegen de inschrijving van [bedrijfsnaam 1] en ter rechtvaardiging van de gegeven eindscore van 8,2 met betrekking tot het onderdeel EPC – kort gezegd – nog aangevoerd dat (i) het onderscheid tussen wettelijke en bovenwettelijke maatregelen ontbreekt, (ii) de verstrekte onderbouwing onvoldoende controleerbaar is en (iii) de onderbouwing irreëel is, hetgeen volgens haar meebrengt dat geen sluitend oordeel kan worden gegeven over de door [bedrijfsnaam 1] aangeboden maatregelen. In het kader van de onderhavige procedure heeft [eiseres] die bezwaren herhaald, waarbij Ballast zich heeft aangesloten. Die argumenten moeten echter buiten beschouwing blijven om de navolgende reden(en).

4.4.

Artikel 6 lid 1 van de Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden (‘Wira’) luidt: “De mededeling aan iedere inschrijver of gegadigde van een gunningsbeslissing bevat de relevante redenen voor die beslissing (...)”. Deze bepaling – die ondanks het feit dat zij inmiddels is vervallen, nog van toepassing is op de onderhavige aanbesteding – dient aldus te worden uitgelegd dat een latere aanvulling van de in de gunningsbeslissing bedoelde relevante redenen in beginsel niet mogelijk is. Een uitzondering daarop kan slechts worden aanvaard in geval van door de aanbestedende dienst aannemelijk te maken bijzondere redenen of omstandigheden. De mogelijkheid van aanvulling van de motivering zou namelijk in strijd komen met de strekking van artikel 6 lid 1 Wira, te weten het openstellen van de mogelijkheid van een effectief beroep tegen de gunningsbeslissing. Voorts verlangen de beginselen van gelijke behandeling en transparantie dat door de motivering aan de inschrijvers voldoende inzicht wordt gegeven in de relevante redenen die aan de gunningsbeslissing ten grondslag liggen, teneinde zich geïnformeerd te kunnen beraden op eventueel daartegen – in of buiten rechte – te ondernemen stappen (HR 7 december 2012; LJN: BW9231 en BW9233).

4.5.

Anders dan [eiseres] en Ballast stellen kunnen de onder 4.3 vermelde argumenten niet worden beschouwd als een nadere toelichting op de in de gunningsbeslissing opgenomen motivering. Zoals hiervoor al overwogen, volgt uit die beslissing immers dat [bedrijfsnaam 1] de terugverdientijden en de onderhoudsgevoeligheid/exploitatie van de maatregelen goed, althans voldoende heeft onderbouwd. Daaruit blijkt niet van enig bezwaar aangaande die kwesties, zodat van een nadere toelichting daarop ook geen sprake kan zijn en [bedrijfsnaam 1] daarmee ook geen rekening heeft behoeven en kunnen houden bij de bepaling van haar rechtspositie. Daar komt bij dat [eiseres] geen bijzondere omstandigheden of redenen heeft aangevoerd die een uitzondering op het onder 4.4 vermelde uitgangspunt zouden kunnen rechtvaardigen.

4.6.

Het vorenstaande betekent dat de in geschil zijnde argumenten buiten beschouwing moeten blijven. Nu de gunningsbeslissing kennelijk (mede) daarop is gegrond, kan deze niet in stand blijven, wegens strijd met artikel 6 lid 1 Wira.

4.7.

Daarmee is aan de orde de vraag welke consequenties dat moet hebben. Mede gelet op de standpunten van [eiseres] en Ballast dienaangaande, heeft de voorzieningenrechter onvoldoende informatie om op basis van de thans voorhanden zijnde stukken te concluderen dat [bedrijfsnaam 1] de aanbesteding zou hebben gewonnen indien de 'nieuwe' redenen buiten beschouwing worden gelaten. De primaire vordering – er toe strekkend dat de opdracht aan [bedrijfsnaam 1] moet worden gegund – zal dan ook worden afgewezen. De subsidiaire vordering komt wel voor toewijzing in aanmerking, echter niet in die zin dat – zoals gevorderd – enkel de inschrijving van [bedrijfsnaam 1] wordt herbeoordeeld. Met het oog op de rechtsgelijkheid en -bescherming van de andere inschrijvers dienen alle inschrijvingen te worden herbeoordeeld (...). Vanzelfsprekend dienen 'nieuwe' bezwaren/argumenten, waaronder de onderhavige, buiten beschouwing te blijven bij de herbeoordeling van de inschrijvingen."

2.23.

[eiseres] en Ballast Nedam hebben ieder afzonderlijk hoger beroep ingesteld tegen het vonnis van 4 september 2013. Daarnaast is [eiseres] , althans de beoordelingscommissie, bestaande uit vertegenwoordigers van [eiseres] en HaskoningDHV, overgegaan tot herbeoordeling van de inschrijvingen.

2.24.

Namens [eiseres] heeft HaskoningDHV op 19 september 2013 een nieuw gunningsvoornemen geuit. De brief aan [bedrijfsnaam 1] luidde als volgt:

"De beoordelingscommissie heeft de Inschrijvingen beoordeeld op; ontwerp, projectmanagementplan (PMP), energiestaat (EPC) en prijs. In de onderstaande tabel is de (unanieme) beoordeling per onderdeel weergegeven.

Totaal beoordeling

Ontwerp

PMP

EPC

Prijs

(...)

(...)

Score uit EPC (max. 10)

Wegingsfactor

Score x weging

(...)

Totaal

X

(...)

(...)

9,5

3

28,6

(...)

69,6

[bedrijfsnaam 1] (...)

(...)

(...)
8,2
3
24,5
(...)
69,7
X
(...)
(...)
8,3
3
25,0
(...)
62,0
Ballast Nedam
(...)
(...)
10,0
3
30,0
(...)
75,0

In de tabel is te zien dat de hoogste score is behaald door Ballast Nedam. [eiseres] is voornemens Ballast Nedam het werk te gunnen.

Onderstaand worden de belangrijkste overwegingen van de beoordelingscommissie gegeven bij het bepalen van de score van uw Inschrijving op de kwalitatieve beoordelingscriteria.

(...)
EPC:

- terugverdiertijden en exploitatie zijn voldoende onderbouwd;
- er is in berekening geen rekening gehouden met energie gebruik voor koeling;
- in het ontwerp staat een gesloten WKO systeem, terwijl in berekening een open WKO systeem is opgenomen. De berekening komt dus niet overeen met het ingediende ontwerp.

Naar het oordeel van [eiseres] is, met in achtneming van bovenstaande, van het merendeel van de voorgestelde maatregelen (bovenwettelijk) een reële terugverdiertijd van 10 jaar (gelet op het saldo van energiebesparing en exploitatiekosten) aannemelijk gemaakt, hetgeen heeft geleid tot toepassing van een correctiefactor van 0,75 op het onderdeel EPC.”

2.25.

[bedrijfsnaam 1] kon zich ook met dit gunningsvoornemen na herbeoordeling niet verenigen, en heeft [eiseres] nogmaals in kort geding gedagvaard voor de voorzieningenrechter in de rechtbank Den Haag. Ballast Nedam is wederom tussengekomen.

2.26.

Bij brief van 3 oktober 2013 heeft [eiseres] HaskoningDHV aansprakelijk gesteld voor haar schade:

“Zoals u bekend, is ons bedrijf (...) betrokken geraakt in diverse juridische procedures. Deze procedures vinden geheel of ten dele hun grondslag in de door HaskoningDHV uitgevoerde werkzaamheden (aanbesteding en begeleiding) betreffende onder meer de inhoud van het bestek, de wijze van beoordeling en de motivering van de beoordeling.

Ter behoud van rechten stellen wij uw bedrijf bij deze aansprakelijk voor de in dat kader door [eiseres] geleden en te lijden schade.”

2.27.

Bij vonnis van 20 november 2013 heeft de voorzieningenrechter de vorderingen van [bedrijfsnaam 1] afgewezen, daarbij het volgende overwegend:

“4.3. Gelet op al het voorgaande is naar voorlopig oordeel onvoldoende gebleken dat [eiseres] de EPC-score op een onjuiste wijze, dan wel in strijd met het bepaalde in de Gunning-leidraad heeft berekend. Immers, zowel uit paragraaf 5.3.3 van de Gunningleidraad als uit de door [eiseres] voldoende aannemelijk gemaakte ratio achter deze wijze van berekenen, blijkt genoegzaam dat de EPC-score dient te worden berekend door eerst (op basis van de door de inschrijver gegeven onderbouwing) een correctie op de EPC-score toe te passen en het resultaat vervolgens waar nodig te maximaleren. (...) Voor zover [bedrijfsnaam 1] zich op het standpunt stelt dat de wijze van berekening van de EPC-score onduidelijk is, dat deze voor haar niet kenbaar was en niet op ondubbelzinnige wijze uit de aanbestedingsstukken kan worden afgeleid, had het op haar weg gelegen om hierover vragen te stellen, hetgeen zij heeft nagelaten, ook na de eerste beoordeling van haar inschrijving en in het kader van het vorige kort geding. (...) Het primaire standpunt van [bedrijfsnaam 1] wordt verworpen.

4.4.

Subsidiar heeft [bedrijfsnaam 1] zich op het standpunt gesteld dat op haar score correctiefactor 1 had moeten worden toegepast. Volgens [bedrijfsnaam 1] volgt dit uit rechtsoverweging 4.2. in het vonnis van 4 september 2013. (...) [eiseres] heeft in het kader van de herbeoordeling op de score van [bedrijfsnaam 1] de correctiefactor 0,75 toegepast, hetgeen naar voorlopig oordeel niet onbegrijpelijk voorkomt. Enerzijds niet, omdat de inhoud van het vonnis van 4 september 2013 daarvoor de ruimte biedt en anderzijds niet, nu [eiseres] voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat de beoordelingscommissie (namens [eiseres]) met inachtneming van het vonnis van 4 september 2013 een herbeoordeling heeft uitgevoerd en van mening is dat de onderbouwing van [bedrijfsnaam 1] niet als goed kan worden aangemerkt. Gelet op het voorgaande is de voorzieningenrechter van oordeel dat (de beoordelingscommissie namens) [eiseres] – gelet op haar discretionaire bevoegdheid – op goede gronden tot het oordeel heeft kunnen komen dat op de inschrijving van [bedrijfsnaam 1] de correctiefactor 0,75 dient te worden toegepast. Het subsidiaire standpunt van [bedrijfsnaam 1] wordt daarom eveneens verworpen.

4.5.

Een en ander leidt tot de slotsom dat niet valt in te zien dat [eiseres] de Opdracht niet zou mogen gunnen aan Ballast Nedam, noch waarom een (nieuwe) herbeoordeling gerechtvaardigd zou zijn. (...)

2.28.

[eiseres] heeft begin december 2013 met [bedrijfsnaam 1] en Ballast Nedam een regeling getroffen. Daarbij is het gunningsvoornemen aan Ballast Nedam in stand gebleven.

3 Het geschil

3.1.

[eiseres] vordert dat de rechtbank bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad,

-

voor recht zal verklaren dat HaskoningDHV toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van haar verplichtingen,

-

HaskoningDHV zal veroordelen tot betaling aan [eiseres] , tegen bewijs van kwijting, van een bedrag van € 208.739,68 (bestaande uit € 205.935,00 aan hoofdsom en € 2.804,68 aan buitengerechtigde incassokosten), te vermeerderen met de wettelijke rente over het totale bedrag vanaf de datum van opeisbaarheid tot de voldoening,

-

HaskoningDHV zal veroordelen in de proceskosten, te voldoen binnen veertien dagen na de datum van dit vonnis, bij gebreke waarvan voormeld bedrag zal worden vermeerderd met de wettelijke rente daarover vanaf de vijftiende dag tot de voldoening, en in de nakosten.

3.2.

[eiseres] heeft aan die vordering ten grondslag gelegd dat HaskoningDHV bij de uitvoering van de opdracht niet de zorgvuldigheid in acht heeft genomen die [eiseres] van haar mocht verwachten en toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van haar verplichtingen. Volgens [eiseres] is HaskoningDHV op de volgende drie onderdelen tekort geschoten.

3.2.1.

[eiseres] is in de eerste plaats van mening dat de door HaskoningDHV in het bestek opgenomen gunningssystematiek op het onderdeel EPC onvoldoende transparant is. Het daarin opgenomen correctiemechanisme was volgens [eiseres] onvoldoende duidelijk, hetgeen heeft geleid tot vragen van inschrijvers, en tot een nadere invulling van dit gunningscriterium in de tweede Nota van Inlichtingen (bij de beantwoording van vraag 57). Volgens [eiseres] blijkt uit het arrest van het Hof van Justitie EG van 10 mei 2012, C-368/10 (Europese Commissie/Koninkrijk der Nederlanden) onomstotelijk dat het niet geoorloofd is om na aankondiging van een opdracht een wijziging aan te brengen in de belangrijkste voorwaarden van die opdracht, waaronder de gunningscriteria, zodat [bedrijfsnaam 1] op die grond had kunnen vorderen dat [eiseres] zou worden verplicht tot heraanbesteding. Verder heeft [eiseres] in dit verband opgemerkt dat de onduidelijkheid over de toepassing van het in dit gunningscriterium opgenomen correctiemechanisme in ieder geval aanleiding heeft gegeven tot discussies in de procedures in kort geding. [bedrijfsnaam 1] heeft zich in rechte namelijk op het standpunt gesteld dat [eiseres] de maximale score op het onderdeel EPC ten onrechte pas heeft teruggebracht tot 10, nadat zij de correctiefactor had toegepast, waar dat volgens [bedrijfsnaam 1] andersom had moeten zijn: eerst had de maximale score moeten worden teruggebracht tot tien, en daarna had pas de correctiefactor moeten worden toegepast.

3.2.2.

In de tweede plaats verwijt [eiseres] HaskoningDHV dat zij heeft miskend dat de inschrijving van [bedrijfsnaam 1] op het onderdeel EPC innerlijk tegenstrijdig was, om welke reden die inschrijving ongeldig had moeten worden verklaard. In plaats daarvan heeft HaskoningDHV geadviseerd om de inschrijving inhoudelijk te beoordelen, en op het onderdeel EPC vervolgens te corrigeren met de correctiefactor 0,25, omdat – zo blijkt volgens [eiseres] uit de memo van HaskoningDHV van 9 juli 2013 – sprake was van een slechte onderbouwing van de EPC-score en een deel van de voorgestelde maatregelen niet in overeenstemming was met de door [bedrijfsnaam 1] ingediende EPC-score, gebaseerd op andere maatregelen. Blijkens de Nota van Inlichtingen werd de correctiefactor 0,25 echter alleen toegepast ingeval voor geen van de voorgestelde energiebesparende maatregelen een terugverdientijd van 10 jaar aannemelijk was.

3.2.3.

Tot slot is [eiseres] van mening dat de motivering van het gunningsvoornemen van 25 juni 2013 in strijd is met artikel 6 van de destijds toepasselijke Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden (hierna: Wira) en het destijds recente arrest van de Hoge Raad van 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9233 (KPN/Staat). HaskoningDHV heeft er volgens [eiseres] ten onrechte voor gekozen om niet alle relevante redenen in de gunningsbeslissing op te nemen, maar alleen de belangrijkste redenen. Ook is niet aan de inschrijvers duidelijk gemaakt op welke wijze de score op het onderdeel EPC tot stand is gekomen en of al dan niet daarop een correctiefactor is toegepast.

3.3.

[eiseres] heeft hieraan toegevoegd dat zij het gunningsvoornemen aan Ballast Nedam uiteindelijk wel heeft kunnen handhaven, maar dat de uitvoering van het project toch ruim vijf maanden vertraging heeft opgelopen, met schade tot gevolg. [eiseres] heeft namelijk verplicht € 103.250,00 aan

bouwrente moeten voldoen, zij heeft in verband met de juridische procedures € 52.685,00 (inclusief griffierechten en deurwaarderskosten et cetera) moeten betalen aan haar raadslieden, en heeft € 50.000,00 extra moeten betalen aan Ballast Nedam, als bedongen indexatie van de aanneemsom. Ook heeft zij, in een poging te komen tot een minnelijke oplossing, buitengerechtelijke kosten gemaakt, die zij begroot op € 2.804,68. Deze schade staat in causaal verband tot het handelen van HaskoningDHV, en komt daarom voor vergoeding in aanmerking, aldus [eiseres].

3.4.

HaskoningDHV heeft verweer gevoerd en geconcludeerd tot niet-ontvankelijkheid van [eiseres], dan wel tot afwijzing van haar vordering, met veroordeling van [eiseres] in de proceskosten, en daarbij te bepalen dat die kosten dienen te worden voldaan binnen veertien dagen na de datum van het vonnis, bij gebreke waarvan [eiseres] daarover vanaf de vijftiende dag wettelijke rente en nakosten verschuldigd zal zijn.

3.5.

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

4 De beoordeling

Algemene voorwaarden

4.1.

Partijen twisten allereerst over het antwoord op de vraag of algemene voorwaarden op de overeenkomst van toepassing zijn. Volgens [eiseres] is dat niet het geval. Aanvankelijk beriep zij zich daarvoor op het arrest van de Hoge Raad van 28 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2507 ([achternaam] /Avéro), maar nadat de Hoge Raad zijn arrest van 24 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1125 (ForFarmers/ [bedrijfsnaam 2]) had gewezen, heeft zij haar standpunt aangepast in die zin, dat geen algemene voorwaarden van toepassing zijn omdat HaskoningDHV ter zake onduidelijkheid heeft gecreëerd: HaskoningDHV heeft in de offerte vermeld dat de Haskoning-Voorwaarden en DNR 2011 van toepassing waren, maar heeft in artikel 2 van de Haskoning-Voorwaarden niet verwezen naar DNR 2011, maar naar DNR 2005. En de gecreëerde onduidelijkheid is volgens [eiseres] nog vergroot doordat HaskoningDHV bij de offerte wel de Haskoning-Voorwaarden heeft gevoegd, en ook de eerste pagina van andere voorwaarden, namelijk de Royal HaskoningDHV Voorwaarden 2012 (hierna DHV-Voorwaarden), maar niet DNR 2011 en evenmin DNR 2005. HaskoningDHV heeft de gestelde ontstane onduidelijkheid gemotiveerd betwist.

4.2.

De rechtbank overweegt dat HaskoningDHV blijkens haar offerte een overeenkomst wilde sluiten met toepassing van de Haskoning-Voorwaarden en DNR 2011. [eiseres] heeft die offerte, en daarmee de toepasselijkheid van de twee daarin genoemde sets algemene voorwaarden, zonder opmerkingen aanvaard. Die twee sets algemene voorwaarden zijn dan ook van toepassing op de overeenkomst. Dat in artikel 2 van de Haskoning-Voorwaarden onder meer ook DNR 2005 zijn genoemd, maakt het voorgaande niet anders, omdat uit de tekst van dit artikel duidelijk blijkt dat slechts een voorbeeld werd gegeven van mogelijke algemene voorwaarden, die eventueel naast de Haskoning-Voorwaarden van toepassing zouden kunnen zijn. Zonder nadere toelichting, die ontbreekt, valt daarnaast ook niet in te zien waarom de eventuele (door HaskoningDHV betwiste) toezending van een pagina van andere, niet-overeengekomen, algemene voorwaarden het voorgaande zou veranderen. Voor zover daar destijds al onduidelijkheid over zou hebben bestaan, had het bovendien op de weg van [eiseres] gelegen om daarover vragen te stellen, voordat zij de offerte aanvaardde. Gesteld noch gebleken is dat zij dat heeft gedaan.

Verweten beroepsfouten

4.3.

Mede gelet op hetgeen in de toepasselijke voorwaarden is vermeld, is de vraag die ter beantwoording voorligt dan ook of HaskoningDHV een of meer tekortkomingen kunnen worden verweten, die een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot in vergelijkbare omstandigheden had kunnen en behoren te vermijden. Als die vraag bevestigend wordt beantwoord, dient nog te worden nagegaan of HaskoningDHV in verzuim is geraakt en/of [eiseres] tijdig over het verweten handelen heeft geklaagd. In dat geval is HaskoningDHV aansprakelijk jegens [eiseres]. Of daarvan sprake is, zal de rechtbank beoordelen aan de hand van de drie verwijten die [eiseres] HaskoningDHV maakt, opgesomd in de overwegingen 3.2.1., 3.2.2. en 3.2.3. van dit vonnis.

4.4.

De rechtbank stelt daarbij voorop dat zij het voor het antwoord op de vraag of HaskoningDHV een beroepsfout moet worden verweten, niet relevant acht dat [eiseres] als aanbestedende dienst zelf (ook) over ter zake doende kennis beschikt. Die omstandigheid leidt, anders dan HaskoningDHV lijkt te betogen, niet tot een minder vergaande zorgplicht van haar jegens [eiseres], nu [eiseres] zich juist tot HaskoningDHV heeft gewend teneinde zichzelf van deskundige bijstand en deskundig advies te voorzien en uit de overeenkomst op dit punt ook geen beperking van de zorgplicht blijkt.

verwijt 1, gunningscriterium EPC onvoldoende transparant

4.5.

[eiseres] verwijt HaskoningDHV in de eerste plaats dat de door haar in het bestek opgenomen gunningssystematiek op het onderdeel EPC onvoldoende transparant was, in die zin dat het in het gunningscriterium EPC opgenomen correctiemechanisme heeft geleid tot vragen van inschrijvers, en tot een nadere invulling van dit gunningscriterium in de tweede Nota van Inlichtingen. Dat is volgens [eiseres] niet geoorloofd, omdat na aankondiging van een opdracht geen wijziging mag worden aangebracht in de belangrijkste voorwaarden van die opdracht, waaronder de gunningscriteria. Volgens [eiseres] heeft de onduidelijkheid over de toepassing van het in dit gunningscriterium opgenomen correctiemechanisme daarnaast ook aanleiding gegeven tot discussies in de procedures in kort geding, en hadden de gevolgen nog erger kunnen zijn, omdat [bedrijfsnaam 1] op grond van die ongeoorloofde wijziging ook heraanbesteding had kunnen vorderen. HaskoningDHV heeft betwist dat sprake was van een wijziging van het gunningscriterium in de Nota van Inlichtingen. Volgens haar ging het om een verduidelijking van het criterium, waarvoor de Nota van Inlichtingen juist is bedoeld.

4.6.

De rechtbank overweegt dat het Europese Hof van Justitie in zijn arrest van 29 april 2004, C-496/99 (Succhi di Fruta), uiteen heeft gezet wat de betekenis is van de aan het Europese aanbestedingsrecht ten grondslag liggende transparantiebeginsel. Samengevat komt deze uiteenzetting erop neer dat het transparantiebeginsel ertoe strekt te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen. Het impliceert dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze worden geformuleerd. In dat geval kunnen alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers immers de juiste draagwijdte daarvan begrijpen en deze op dezelfde manier interpreteren. Tegelijkertijd is de aanbestedende dienst dan in staat om 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 mee dat alle aanbieders 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, zoals de gunningscriteria. De relevante vraag is dus of HaskoningDHV heeft voldaan aan de verplichting om het gunningscriterium dat ziet op de EPC zodanig te formuleren, dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers in staat waren om dat criterium op dezelfde wijze te interpreteren. Voor het antwoord op die vraag dient te worden beoordeeld of objectief duidelijk was wat het criterium inhield, gelezen in het licht van de hele tekst van de offerteaanvraag en de daarbij behorende bijlagen.

4.7.

De rechtbank gaat voorbij aan [eiseres] ' stelling dat het criterium in strijd met jurisprudentie van het Hof van Justitie nader is ingevuld in de tweede Nota van Inlichtingen. Zonder nadere toelichting, die ontbreekt, valt niet in te zien dat de tweede Nota van Inlichtingen op het onderdeel EPC iets anders zou bevatten dan een verduidelijking van dit gunningscriterium. Maar zelfs indien er veronderstellenderwijs van zou worden uitgegaan dat sprake zou zijn van een ontoelaatbare nadere invulling, kan dat [eiseres] niet baten. [eiseres] heeft daaraan immers geen ander gevolg verbonden dan de mogelijkheid van een vordering tot heraanbesteding, welke mogelijkheid door [bedrijfsnaam 1] niet is benut. Daardoor kan [eiseres] ter zake geen schade hebben geleden. Uit het arrest van de Hoge Raad van 27 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:760, volgt dat zij daardoor ook geen belang heeft bij een oordeel over de gestelde ongeoorloofde nadere invulling.

4.8.

Overigens is de rechtbank – met de voorzieningenrechter in de rechtbank Den Haag in zijn vonnis van 20 november 2013 – van oordeel dat het gunningscriterium EPC, zoals dat is verwoord in paragraaf 5.3.3. van de Gunningleidraad, objectief duidelijk is met betrekking tot de volgorde van correctie en maximering. In dat kader acht ook de rechtbank relevant dat geen van de inschrijvers in de inlichtingenfase vragen heeft gesteld over de gehanteerde gunningssystematiek. Dat vormt een eerste aanwijzing voor de veronderstelling dat behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers in de relevante markt in de Gunningleidraad voldoende richting hadden gekregen en de volgorde van correctie en maximering begrepen.

4.9.

Daar komt nog bij dat [eiseres] blijkens het tweede vonnis in kort geding, van 20 november 2013, in die procedure beargumenteerd heeft betoogd dat:

- de tekst van paragraaf 5.3.3 van de Gunningleidraad impliceerde dat de score eerst werd berekend op basis van de formule in de Gunningleidraad en de gehanteerde correctiefactor, en daarna pas werd gemaximeerd;
 - die maximering bovendien een definitief karakter had, zodat het ook daarom voor de hand lag dat die maximering de laatste stap was;
 - ook uit de aanbestedings- en gunningssystematiek volgde dat de maximering werd toegepast op de al gecorrigeerde puntenscore, om zodoende te kunnen beoordelen hoe de inschrijvers zich tot elkaar verhielden, en dat de kwalitatieve verschillen tussen de inschrijvers onvoldoende tot uiting kwamen als de correctie werd toegepast op de gemaximeerde puntenscore, wat in het kader van het bepalen van de economisch meest voordelige inschrijving niet wenselijk was;
 - de achterliggende gedachte was dat maximering zou voorkomen dat het onderdeel EPC in het uiteindelijke gunningsresultaat te zwaar zou wegen ten opzichte van de andere gunningscriteria.
- Ook daaruit moet worden geconcludeerd dat werd beoogd de score eerst te corrigeren en vervolgens, als het totaal hoger was dan tien, tot tien te maximeren. Een andere uitleg ligt, gezien in het licht van de hele tekst van de offerteaanvraag en de daarbij behorende bijlagen, niet voor de hand en moet, nu de juiste volgorde kennelijk ook voor de inschrijvers duidelijk was, worden verworpen.

4.10.

De rechtbank overweegt in dit verband nog dat het op de weg van [eiseres] lag om in de onderhavige procedure, waarin zij zich, anders dan in het tweede kort geding, op het standpunt stelt dat de volgorde van correctie en maximering toch niet duidelijk zou zijn geweest, voldoende aanknopingspunten voor dat gewijzigde standpunt te bieden. Dat heeft [eiseres] nagelaten. Bij dagvaarding heeft zij zich beperkt tot de opmerking dat de onduidelijkheid over de volgorde bleek uit de omstandigheid dat [bedrijfsnaam 1] die volgorde in de procedures in kort geding ter discussie heeft gesteld, en bij conclusie na comparitie heeft zij daar alleen nog aan toegevoegd dat zij en haar raadslieden er in overleg met HaskoningDHV zekerheidshalve voor hebben gekozen om die volgorde

in de verklaring van [C] nog eens uit te leggen, omdat [eiseres] inmiddels zelf tot de conclusie was gekomen dat de Gunningleidraad op dat punt te wensen overliet. Dat is onvoldoende. De enkele omstandigheid dat bij een aanbestedende dienst zelf twijfels rijzen over de duidelijkheid van een gunningscriterium maakt dat criterium namelijk nog niet per definitie objectief onduidelijk, in die zin dat niet alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers in staat zijn om dat criterium op dezelfde wijze te interpreteren. En de omstandigheid dat [bedrijfsnaam 1] dit gunningscriterium om haar moverende redenen (in een begrijpelijke poging om tot een hogere score te komen, mogelijk zelfs op dat idee gebracht door de verklaring van [C]) in het kort geding vervolgens toch ter discussie heeft gesteld, maakt het voorgaande ook niet anders.

4.11.

Geconcludeerd moet daarom worden dat HaskoningDHV, die het criterium heeft geformuleerd, een objectief duidelijk gunningscriterium heeft geformuleerd. Dat leidt tot het oordeel dat HaskoningDHV op dit punt niet tekort is geschoten in de nakoming van haar verplichtingen uit de opdracht.

verwijt 2, ten onrechte beoordeling met correctie in plaats van uitsluiting

4.12.

In de tweede plaats verwijt [eiseres] HaskoningDHV dat de inschrijving van [bedrijfsnaam 1] op het onderdeel EPC ongeldig had moeten worden verklaard. [eiseres] heeft daartoe uiteengezet dat [bedrijfsnaam 1] in haar inschrijving had ingevuld dat zij een betere EPC kon realiseren dan wettelijk was voorgeschreven en dat [bedrijfsnaam 1] dat ook had onderbouwd met een NEN-berekening, maar dat de juistheid van die berekening niet kon worden afgeleid uit het door [bedrijfsnaam 1] ingediende ontwerp. Die twee zaken correspondeerden volgens [eiseres] niet met elkaar, zij waren innerlijk tegenstrijdig. Daardoor kon niet worden vastgesteld of [bedrijfsnaam 1] met haar ontwerp en met de door haar voorgestelde maatregelen inderdaad de door haar gestelde EPC-waarde kon bewerkstelligen. Bij gebreke daarvan is [eiseres] van mening dat HaskoningDHV haar had moeten adviseren om de inschrijving van [bedrijfsnaam 1] ongeldig te verklaren. In plaats daarvan heeft HaskoningDHV haar echter geadviseerd om de inschrijving van [bedrijfsnaam 1] toch te beoordelen. Uit de Gunningleidraad in combinatie met de tweede Nota van Inlichtingen bleek dat de aanbestedende dienst een inschrijving kon corrigeren als zij de voorgestelde maatregelen niet aannemelijk vond. Het ging er daarbij om dat de kosten die nodig waren om de voorgestelde energiebesparing te realiseren, binnen tien jaar moesten kunnen worden terugverdiend: als alle voorgestelde maatregelen binnen tien jaar konden worden terugverdiend, werd de inschrijving niet gecorrigeerd; als het merendeel van de maatregelen binnen tien jaar kon worden terugverdiend, werd de inschrijving gecorrigeerd met een factor 0,75; als een beperkt aantal maatregelen binnen tien jaar kon worden terugverdiend, werd gecorrigeerd met een factor 0,5 en als geen van de maatregelen binnen tien jaar kon worden terugverdiend, werd gecorrigeerd met een factor 0,25. [eiseres] wijst erop dat HaskoningDHV haar in dit geval heeft geadviseerd te corrigeren met de factor 0,25 en dat zij dat blijkens het memo van 9 juli 2013 heeft gedaan op basis van een andere toets dan de hiervoor vermelde toets op grond van de Gunningleidraad en tweede Nota van Inlichtingen. Dat is volgens [eiseres] verwijtbaar. Zij wijst erop dat uit genoemd memo blijkt dat de score is gecorrigeerd met 0,25 omdat:

-

de EPC waarmee [bedrijfsnaam 1] had ingeschreven niet aannemelijk was omdat in de berekening geen rekening was gehouden met koeling,

-

de EPC waarmee [bedrijfsnaam 1] had ingeschreven niet aannemelijk was omdat in die berekening was uitgegaan van een open WKO-systeem,

-

niet duidelijk was welke maatregelen de wettelijk voorgeschreven EPC verlaagden tot de EPC waarmee was ingeschreven, waardoor de voorgestelde maatregelen en gestelde terugverdientijden niet te controleren waren, en

-

de terugverdiertijden niet aannemelijk waren, omdat de voorgestelde maatregelen LED-verlichting en een zonneboilersysteem onvolledig waren onderbouwd.

4.13.

HaskoningDHV heeft betwist dat [bedrijfsnaam 1] had kunnen, zelfs moeten, worden uitgesloten van de aanbestedingsprocedure. Volgens haar ontbreekt daarvoor een grond. HaskoningDHV voert daartoe aan dat de EPC-berekening op zichzelf wel correct was, maar dat er alleen twijfels waren gerezen bij de juistheid van de door [bedrijfsnaam 1] ingevulde EPC. Voor die situatie was in de Gunningleidraad nu juist voorzien in een correctiemechanisme: "Opdrachtgever behoudt zich het recht voor (...) de score aan te passen indien de maatregelen volgens de Opdrachtgever niet aannemelijk zijn. Op basis van de opgegeven terugverdiertijd en onderhoudsgevoeligheid van de maatregelen wordt een correctiefactor toegepast op de punten die zijn behaald (...)." De beoordelingscommissie heeft daarom terecht besloten om de inschrijving van [bedrijfsnaam 1] wel te beoordelen en vervolgens te corrigeren. En volgens HaskoningDHV is daarbij wel degelijk, anders dan [eiseres] nu betoogt, de uit de Gunningleidraad en tweede Nota van Inlichtingen volgende toets gehanteerd.

4.14.

De rechtbank ziet geen grondslag voor uitsluiting van de inschrijving van [bedrijfsnaam 1]. In de Gunningleidraad was immers, zoals HaskoningDHV terecht heeft aangevoerd, voorzien in de situatie, waarin de voorgestelde maatregelen niet logischerwijs volgden uit het ontwerp en de opgegeven EPC-waarde dus niet kon worden gecontroleerd. Daarvoor was het middel van een correctie op de beoordeling voorgeschreven. [eiseres] heeft er verder op gewezen dat in de Gunningleidraad en de tweede Nota van Inlichtingen ook de dan te hanteren toets is voorgeschreven, en heeft betoogd dat het advies van HaskoningDHV niet rijmt met die toets, maar ook daarin volgt de rechtbank haar niet. Aan een beoordelingscommissie, die geacht wordt te zijn aangewezen vanwege haar specifieke deskundigheid, komt immers de nodige vrijheid toe. Enige mate van subjectiviteit is daarbij onvermijdelijk. Een beoordelingscommissie is ook vrij in haar weging van de beoordeelde criteria, dus in haar puntentoekenning. De rechter dient zich terughoudend op te stellen en de beoordeling door de beoordelingscommissie slechts marginaal te toetsen. Voor [C], die fungeerde als deskundig adviseur van de beoordelingscommissie (die het advies van [C] op haar beurt ongewijzigd heeft overgenomen) geldt hetzelfde. Ook hem komt de nodige vrijheid toe, ook wat zijn advies omtrent de puntentoekenning betreft.

4.15.

Blijkens de Gunningleidraad en de tweede Nota van Inlichtingen diende een inschrijving te worden gecorrigeerd met een factor 0,25 als geen van de voorgestelde maatregelen binnen tien jaar kon worden terugverdiend. In dit geval blijkt uit het memo van [C] van 9 juli 2013, gelardeerd met voorbeelden, dat uit de onderbouwing van [bedrijfsnaam 1] niet kon worden afgeleid dat een of meer van de voorgestelde maatregelen wel binnen tien jaar kon(den) worden terugverdiend. De door [C] geadviseerde en door de beoordelingscommissie overgenomen correctie met de factor 0,25, bedoeld voor gevallen waarin geen van de voorgestelde maatregelen binnen tien jaar kan worden terugverdiend, is dan ook niet bij voorbaat onjuist, in die zin dat [C] in redelijkheid niet aldus had kunnen adviseren. Zonder nadere toelichting, die ontbreekt, valt dan ook niet in te zien dat HaskoningDHV op dit punt een beroepsfout heeft gemaakt.

verwijt 3, gunningsbeslissing onvoldoende gemotiveerd

4.16.

Tot slot verwijt [eiseres] HaskoningDHV dat de motivering van de voorlopige gunningsbeslissing van 25 juni 2013 in strijd is met artikel 6 Wira en het arrest KPN/Staat. Volgens [eiseres] heeft HaskoningDHV er ten onrechte voor gekozen om niet alle relevante redenen in die gunningsbeslissing op te nemen. Zij heeft in de brief van 25 juni 2013 ook met zoveel woorden vermeld dat daarin (alleen) de belangrijkste redenen zijn opgenomen. Voorts is volgens [eiseres] ten

onrechte nagelaten om in de gunningsbrief aan de inschrijvers duidelijk te maken op welke wijze de score op het onderdeel EPC tot stand was gekomen, of daarop een correctiefactor was toegepast en zo ja welke en waarom.

4.17.

De rechtbank overweegt als volgt. Artikel 6 lid 1 Wira bepaalde, voor zover hier relevant, dat de mededeling aan iedere inschrijver van een gunningsbeslissing de relevante redenen voor die beslissing bevatte. Daarmee werd blijkens de Memorie van Toelichting bij dit artikel bedoeld dat alle redenen in de gunningsbeslissing moesten worden vermeld, omdat alleen een samenvattende beschrijving van de redenen die ten grondslag lagen aan de gunningsbeslissing naar verwachting van de wetgever in veel gevallen aan de inschrijvers onvoldoende houvast zou bieden om te kunnen beoordelen of het aanhangig maken van een juridische procedure zinvol zou zijn. In het arrest KPN/Staat heeft de Hoge Raad deze wetsgeschiedenis beschreven, waarna hij het volgende heeft overwogen:

“3.11 Het vorenoverwogene brengt mee dat art. 6 lid 1 Wira aldus dient te worden uitgelegd dat een latere aanvulling van de daarin bedoelde relevante redenen in beginsel niet mogelijk is. (...)

3.12 (...)

Ter voorkoming van misverstand wordt nog opgemerkt dat art. 6 lid 1 Wira zich niet ertegen verzet dat in de gunningsbeslissing vermelde redenen door de aanbestedende dienst later nader worden toegelicht. Deze mogelijkheid vindt haar begrenzing daar, waar in feite sprake is van het aanvoeren van nieuwe redenen.”

4.18.

De voorzieningenrechter heeft in overweging 4.5. van het vonnis van 4 september 2013 overwogen dat in casu niet was voldaan aan de verplichting om alle relevante redenen voor de gunningsbeslissing te vermelden in de brief, waarin de gunningsbeslissing aan alle inschrijvers wordt medegedeeld. De voorzieningenrechter ging daarvan uit, omdat in de gunningsbrief van 25 juni 2013 onder het kopje EPC is toegelicht dat “terugverdiertijden en exploitatie zijn onderbouwd”. Daaruit kon niet worden afgeleid dat er op die punten bezwaren kleefden aan de inschrijving, zodat de brief met bijlagen van 31 juli 2013 niet kan worden beschouwd als een nadere toelichting op de al eerder gegeven redenen, en [bedrijfsnaam 1] daarmee dus ook geen rekening heeft hoeven en kunnen houden bij de bepaling van haar rechtspositie. De rechtbank sluit zich bij dit oordeel van de voorzieningenrechter aan. Door de positieve kwalificatie in de gunningsbrief ten aanzien van de terugverdiertijden en exploitatie, is de lage score onbegrijpelijk en moet dus worden geconcludeerd dat relevante redenen voor de gunningsbeslissing ontbreken, of dat de inschrijving van [bedrijfsnaam 1] ten onrechte een te lage score heeft gekregen. Nu niet is uitgelegd hoe de score op het onderdeel EPC tot stand is gekomen, of daarop een correctiefactor is toegepast, en zo ja welke, heeft [bedrijfsnaam 1] ten onrechte uit de gunningsbrief niet kunnen begrijpen waarom haar inschrijving niet als winnend uit de bus is gekomen en heeft zij daaruit, eveneens ten onrechte, ook niet kunnen opmaken of het zin had om in rechte tegen de voorlopige gunningsbeslissing op te komen.

4.19.

HaskoningDHV heeft de gunningsbrief opgesteld. Dat waren [eiseres] en HaskoningDHV ook zo overeengekomen. Omdat een redelijk handelend en redelijk bekwaam adviseur/aanbestedingsbegeleider in staat moet worden geacht tot het opstellen van een correcte gunningsbrief, moet worden geconcludeerd dat HaskoningDHV op dit punt toerekenbaar tekort is geschoten in de uitvoering van haar opdracht. Daarmee staat echter, gelet op de overeengekomen voorwaarden, nog niet vast dat HaskoningDHV op dit punt ook gehouden is tot schadevergoeding. Dat wordt als volgt toegelicht.

4.20.

[eiseres] en HaskoningDHV twisten over de vraag of de toelichting in de gunningsbrief (“terugverdiertijden en exploitatie zijn onderbouwd”) welbewust is verwoord zoals die is verwoord, of dat eigenlijk beoogd werd te schrijven: “terugverdiertijden en exploitatie zijn niet onderbouwd”, waarbij in die zinsnede abusievelijk het woord “niet” is weggevalen. [eiseres] betoogt het eerste. Volgens haar lag een verschrijving vanwege het verschil tussen de (positieve) toelichting en de (negatieve) score weliswaar voor de hand, maar desgevraagd heeft HaskoningDHV tijdens de bespreking op 10 juli 2013 ontkend dat daarvan sprake was. [eiseres] voegt daaraan toe dat HaskoningDHV bij gebreke van een verschrijving toen – anders dan zij nu betoogt – dus ook niet heeft voorgesteld om die verschrijving te herstellen. Integendeel, volgens [eiseres] heeft HaskoningDHV tijdens die bespreking laten weten dat bewust was gekozen voor de toelichting “terugverdiertijden en exploitatie zijn onderbouwd”, omdat wel degelijk sprake was van een (tekstuele) onderbouwing, zij het een onderbouwing die niet volgde uit de ingediende berekeningen. Wat er eigenlijk had moeten staan, zo heeft [eiseres] ter zitting nader uitgelegd, was dit: “terugverdiertijden en exploitatie zijn onderbouwd, maar matches niet met de berekeningen, om welke reden correctiefactor 0,25 is toegepast”, maar dat is volgens haar op 10 juli 2013 uitdrukkelijk niet zo gezegd door HaskoningDHV. [eiseres] verwijst ter onderbouwing van haar standpunt naar het memo van die bespreking, naar de verklaring van [D] van 29 juli 2013 en naar de brief aan [bedrijfsnaam 1] van 31 juli 2013.

4.21.

[eiseres] stelt verder dat zij en HaskoningDHV, in de overtuiging dat de beoordeling en de score van [bedrijfsnaam 1] op zichzelf wel correct waren, maar dat alleen de motivering ongelukkig was, vervolgens de keuze hadden tussen het uitvoeren van een herbeoordeling en het nader toelichten van het bestaande gunningsvoornemen. Na het arrest KPN/Staat vonden de raadslieden van [eiseres] het echter risicovol om na herbeoordeling een nieuwe gunningsbeslissing te nemen. [eiseres] heeft daarom, na afstemming met HaskoningDHV, besloten het advies van haar raadslieden te volgen en heeft dus gekozen voor een nadere toelichting op het bestaande gunningsvoornemen. Dat leek haar en haar raadslieden niet bij voorbaat kansloos, ook niet omdat zij dan tevens zouden kunnen bepleiten dat [bedrijfsnaam 1], die als laatste was geëindigd, onvoldoende belang had bij haar vordering, aldus [eiseres].

4.22.

HaskoningDHV heeft dit standpunt gemotiveerd betwist. Volgens haar was evident sprake van een verschrijving, gelet op de discrepantie tussen de (positieve) toelichting en de (negatieve) score. Hoewel HaskoningDHV niet kan uitsluiten dat het woord “verschrijving” op 10 juli 2013 niet is gebezigd, heeft zij toen wel degelijk aan [eiseres] en haar raadslieden – en eerder ook al aan [bedrijfsnaam 1] – duidelijk gemaakt dat er een fout was geslopen in de gunningsbrief. Dat blijkt volgens HaskoningDHV uit het ten behoeve van die bespreking opgestelde memo van 9 juli 2013. Volgens HaskoningDHV lag herstel van de verschrijving voor de hand en heeft zij die mogelijkheid op 10 juli 2013 ook geopperd. [eiseres] heeft die dag echter in overleg met haar raadslieden besloten dat de bestaande gunningsbeslissing zou worden gehandhaafd en nader zou worden toegelicht, en wel omdat in hun optiek sprake was van een onherstelbare fout. HaskoningDHV is het daar niet mee eens. Volgens haar is het, anders dan [eiseres] en haar raadslieden meenden, geenszins in strijd met het arrest KPN/Staat om een geuite gunningsbeslissing in te trekken en een nieuwe gunningsbeslissing te nemen, waaraan dan wel een nieuwe bezwaartermijn moet worden gekoppeld. Dat kan haars inziens ook in geval van een kennelijke verschrijving in de motivering, dan wel een gebrekkige motivering. HaskoningDHV heeft er in dit verband nog op gewezen dat de verklaringen van [C] en [D] en de brief van 31 juli 2013 in overleg met de raadslieden van [eiseres] zijn opgesteld, nadat [eiseres] en haar raadslieden hadden besloten dat de bestaande gunningsbeslissing zou worden gehandhaafd en nader toegelicht. Om die reden is in die stukken niet duidelijk vermeld dat in de motivering van de gunningsbeslissing een kennelijke schrijffout is geslopen.

4.23.

De rechtbank overweegt dat partijen weliswaar radicaal van mening verschillen over de vraag of al dan niet sprake was van een evidente verschrijving, maar dat zij het er, wat daar verder ook van zij, in ieder geval wel over eens zijn dat [eiseres] op 10 juli 2013 op advies van haar raadslieden heeft besloten om het aan [bedrijfsnaam 1] geuite gunningsvoornemen nader toe te lichten, en daarmee te proberen [bedrijfsnaam 1], die als laatste was geëindigd, zover te krijgen dat zij haar vordering in zou trekken. De rechtbank neemt dat daarom tot uitgangspunt.

4.24.

De beslissing van [eiseres] en haar raadslieden om het geuite gunningsvoornemen nader toe te lichten was op zichzelf begrijpelijk en gerechtvaardigd. Dat blijkt ook wel uit jurisprudentie, bijvoorbeeld uit een uitspraak van de voorzieningenrechter in de rechtbank Gelderland van 10 juni 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:4344. Dat die beslissing niet het gewenste resultaat had – [bedrijfsnaam 1] heeft haar vordering immers niet ingetrokken –, doet daar niet aan af. De rechtbank is echter met HaskoningDHV van oordeel dat de door HaskoningDHV bepleite oplossing, intrekking van de reeds geuite gunningsbeslissing, gevolgd door een nieuwe gunningsbeslissing, die wel aan de eisen voldeed, waarbij dan wel weer een nieuwe bezwaartermijn in acht zou zijn genomen, ook mogelijk was geweest. Het arrest KPN/Staat heeft die mogelijkheid onverlet gelaten, zo blijkt uit uitspraken van voorzieningenrechters, bijvoorbeeld van de voorzieningenrechter in de rechtbank Den Haag van 10 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:4824, en in de rechtbank Noord-Nederland van 26 augustus 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:4061, waar HaskoningDHV ook al naar verwees. Dat deze vonnissen in juli 2013 nog niet waren geweest, maakt het voorgaande niet anders.

4.25.

Of [bedrijfsnaam 1] na de ontvangst van een deugdelijke gunningsbeslissing, na afweging van haar goede en kwade kansen, alsnog zou hebben afgezien van het kort geding, is onzeker. Wel moet uit het voorgaande worden geconcludeerd dat de gestelde schade als gevolg van de ondeugdelijke gunningsbrief niet, in ieder geval niet geheel, kan worden toegerekend aan HaskoningDHV, maar (ook) het gevolg is van de beslissing van [eiseres] en haar raadslieden om het in die ondeugdelijke brief geuite gunningsvoornemen in stand te laten en nader toe te lichten. Voor zover de schade het gevolg is van die beslissing, moet die voor rekening en risico van [eiseres] blijven en kan die niet worden afgewenteld op HaskoningDHV.

4.26.

Voor zover [eiseres] ook schade heeft geleden die wel kan worden toegerekend aan HaskoningDHV geldt het volgende. Uit de omstandigheid dat [eiseres] op 10 juli 2013 heeft besloten het gunningsvoornemen van een nadere toelichting te voorzien, volgt dat [eiseres] zich er die dag van bewust was dat HaskoningDHV wat de motivering van het gunningsvoornemen betreft toerekenbaar tekort was geschoten. Het had daarom, gelet op artikel 16 DNR 2011, op haar weg gelegen om binnen bekwame tijd na 10 juli 2013 schriftelijk en met redenen omkleed te klagen over de gebrekkige prestatie van HaskoningDHV. Dat heeft zij niet gedaan. [eiseres] heeft in dat verband bepleit dat HaskoningDHV al zonder ingebrekestelling in verzuim was geraakt (volgens haar was deugdelijke nakoming al blijvend onmogelijk omdat de vertraging al was ingetreden en de schade dus al geleden). Ook als de rechtbank veronderstellenderwijs van de juistheid van dat standpunt uitgaat, betekent dat niet dat ook een schriftelijk en met redenen omkleed protest achterwege kon blijven. Als [eiseres] had geprotesteerd over de gebrekkige prestatie had HaskoningDHV daaruit immers de gevolgtrekking kunnen en moeten maken dat [eiseres] eventuele schade op haar zou willen verhalen. Als gevolg daarvan zou HaskoningDHV zich, zoals zij ook terecht heeft betoogd, op en na 10 juli 2013 actiever hebben opgesteld om die schade te voorkomen, bijvoorbeeld door harder aan te dringen op intrekking van de gunningsbeslissing, waar zij daar nu bij gebreke van een klacht geen taak voor zichzelf zag weggelegd. [eiseres] had zich inmiddels immers tot haar raadslieden gewend en advisering bij juridische procedures was geen onderdeel van de aan HaskoningDHV verstrekte opdracht. Dat [eiseres] heeft nagelaten alstoen te klagen over de aan HaskoningDHV verweten

prestatie, moet haar dan ook worden tegengeworpen. Voor zover [eiseres] schade zou hebben geleden, die wel aan HaskoningDHV zou kunnen toegerekend, moet dan ook worden geoordeeld dat het recht van [eiseres] om ter zake een vordering in te stellen, is vervallen.

Conclusie

4.27.

Uit het voorgaande volgt dat HaskoningDHV niet kan worden gehouden enige schade aan [eiseres] te voldoen, ook al heeft zij niet op alle fronten gehandeld als een redelijk bekwaam en redelijk handelend adviseur/aanbestedingsbegeleider in vergelijkbare omstandigheden. [eiseres] heeft met betrekking tot de toerekenbare tekortkoming van HaskoningDHV ook een verklaring voor recht gevorderd. Gesteld noch gebleken is echter dat [eiseres] daarbij een ander belang heeft dan het belang van het verkrijgen van schadevergoeding. Nu HaskoningDHV hoe dan ook niet kan worden gehouden tot schadevergoeding, moet op grond van het arrest van de Hoge Raad van 27 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:760, worden geoordeeld dat [eiseres] ook onvoldoende belang heeft bij toewijzing van die verklaring voor recht. Dat leidt tot afwijzing van alle vorderingen.

4.28.

[eiseres] zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van HaskoningDHV worden begroot op:

- griffierecht € 3.864,00

- salaris advocaat € 5.000,00 (2,5 punten × tarief € 2.000,00)

Totaal € 8.864,00

4.29.

De rente over de proceskosten, waarvan HaskoningDHV betaling vordert, is toewijsbaar op de in het dictum vermelde wijze. De eveneens gevorderde nakosten zullen worden begroot op de in het dictum weergegeven manier.

5 De beslissing

De rechtbank

5.1.

wijst de vorderingen af,

5.2.

veroordeelt [eiseres] in de proceskosten, aan de zijde van HaskoningDHV tot op heden begroot op € 8.864,00, te voldoen binnen veertien dagen na de datum van dit vonnis, bij gebreke waarvan voormeld bedrag wordt vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de vijftiende dag na de datum van dit vonnis,

5.3.

veroordeelt [eiseres] , onder de voorwaarde dat zij niet binnen veertien dagen na aanschrijving door HaskoningDHV volledig aan dit vonnis voldoet, in de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op:

-

€ 131,00 aan salaris advocaat,

-

te vermeerderen, indien betekening van het vonnis heeft plaatsgevonden, met een bedrag van € 68,00 aan salaris advocaat en de exploitkosten van betekening van het vonnis;

5.4.

verklaart het bepaalde in 5.2. en 5.3. van dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mr. H.A.M. Pinckaers en in het openbaar uitgesproken op 19 april 2017.1

