

die is gevestigd in Oegstgeest
die ook hoger beroep heeft ingesteld
en bij de rechtbank optrad als eiseres
hierna: Clear Channel
advocaat: mr. S.H. Janssen

2. Gemeente Utrecht
die zetelt in Utrecht
en bij de rechtbank optrad als gedaagde
hierna: gemeente
advocaat: W.J.W. Engelhart

3. JCDecaux Nederland B.V.
die is gevestigd in Amsterdam
en bij de rechtbank optrad als tussenkomen-
de partij
hierna: JCDecaux
advocaat: J.F. van Nouhuys
in de zaak met zaaknummer 200.337.513
JCDecaux Nederland B.V.
die is gevestigd in Amsterdam
die hoger beroep heeft ingesteld
en bij de rechtbank optrad als tussenkomen-
de partij
hierna: JCDecaux
advocaat: J.F. van Nouhuys
tegen

1. Clear Channel Nederland B.V.
die is gevestigd in Oegstgeest
die ook hoger beroep heeft ingesteld
en bij de rechtbank optrad als eiseres
hierna: Clear Channel
advocaat: mr. S.H. Janssen

2. Gemeente Utrecht
die zetelt in Utrecht
en bij de rechtbank optrad als gedaagde
advocaat: W.J.W. Engelhart

3. Reclamebureau Limburg B.V.
die is gevestigd in Voerendaal
en bij de rechtbank optrad als gedaagde
hierna: RBL
advocaat: mr. D.E.A.F. Aertssen
in de zaak met zaaknummer 200.337.517:
JCDecaux Nederland B.V.
die is gevestigd in Amsterdam
die hoger beroep heeft ingesteld
en bij de rechtbank optrad als tussenkomen-
de partij
hierna: JCDecaux
advocaat: mr. J.F. van Nouhuys
tegen

1. Global Media & Entertainment B.V.
die is gevestigd in Amsterdam
die ook hoger beroep heeft ingesteld

en bij de rechtbank optrad als eiseres
hierna: Global
advocaat: mr. J.W. Fanoy

2. Gemeente Utrecht
die zetelt in Utrecht
en bij de rechtbank optrad als gedaagde
hierna: gemeente
advocaat: mr. J.W.J. Engelhart

3. Reclamebureau Limburg B.V.
die zetelt in Voerendaal
en bij de rechtbank optrad als tussenkomen-
de partij
hierna: RBL
advocaat: mr. D.E.A.F. Aertssen

De volledige uitspraak is te raadplegen op
opmaat.sdu.nl.

119

Loslaten knock-out eis na gunning

Gerechtshof Den Haag
25 juni 2024, 200.329.818/01,
ECLI:NL:GHDHA:2024:945
(mrs. A.E.A.M. van Waesberghe,
H.M.H. Speyart van Woerden, R.M. Hermans)
Noot mr. J.P.M. van Beers, mr. R. Smit

**Gunningsbeslissing. Knock-out criteria.
Rechtsverwerking. Wezenlijke wijziging.**

[AanbW 2012 art. 2.163g lid 2]

RDW is op 25 september 2020 een Europese openbare aanbesteding gestart voor een nieuw telefonieplatform voor zijn klantcontactcentrum. Bij de beoordeling van de inschrijving maakt RDW gebruik van de methodiek van 'Best Value Procurement' ('Prestatie-inkoop'). Die methodiek is gericht op de inschrijver die aan de hand van de ingediende (geanonimiseerde) kwalitatieve documenten (Prestatie-onderbouwing, Risicodossier en Kansendossier) heeft aangetoond het beste de risico's te minimaliseren en de kansen te benutten. In de aanbestedingsstukken is met de letters 'KO' aangegeven wanneer een vraag een minimeis betreft (Knock-Out eis). RDW heeft vier inschrijvingen ontvangen, waaronder die van Cloudeo en van Frontline Services

B.V. (hierna: Frontline). RDW heeft de inschrijving van Cloude op de kwalitatieve documenten (Prestatie-onderbouwing, Risicodossier en Kansendossier) telkens met een beter cijfer beoordeeld dan die van Frontline. Op de interviews scoorden Cloude en Frontline gelijk. Omdat Frontline een beduidend lagere prijs had aangeboden kwam de inschrijving van Frontline als de economisch meest voordelige inschrijving uit de bus. De RDW is na verificatie met Frontline vanaf 21 december 2020 de Concretiseringsfase ingegaan. Op 3 februari 2021 heeft Cloude opnieuw haar bedenkingen geuit over de inschrijving van Frontline en geeft zij aan te signaleren dat de Concretiseringsfase met Frontline stroef verloopt. In haar brief van 12 februari 2021 vraagt Cloude met een beroep op de beginselen van transparantie en eerlijke behandeling aan RDW om inzicht te geven in het moment van afronding van de Concretiseringsfase.

Op 27 april 2021 heeft RDW de overeenkomsten voor de opdracht met Frontline gesloten. Cloude heeft RDW bij brief van haar advocaat van 23 juli 2021 aansprakelijk gesteld, omdat de gunning van de opdracht aan Frontline volgens Cloude in strijd is met de wet en de aanbestedingsvoorwaarden.

Beoordeling

Rechtsverwerking (grievens 1 tot en met 6)

In haar eerste zes grieven komt Cloude op tegen het oordeel van de rechtbank dat zij het recht om een schadevordering aanhangig te maken op grond van het bepaalde in de aanbestedingsvoorwaarden heeft verwerkt. Zij voert aan dat als RDW ten tijde van de gunning al had aangegeven dat hij de deadline van 31 mei 2021 zou loslaten, zij tijdig in kort geding tegen de gunning aan Frontline was opgekomen.

De grieven zijn gegrond. Blijkens de e-mail van RDW aan Frontline van 5 maart 2021 was RDW er toen al van op de hoogte dat de door hem voorgestelde verlenging van de concretiseringsfase gevolgen kon hebben voor de deadline van 31 mei 2021. In zijn reactie daarop van 25 maart 2021 bestrijdt RDW dat een verlenging van de Concretiseringsfase zeker tot het uitstellen van de opleveringsdeadline zou leiden. RDW voegt daaraan toe: 'Parallel aan de compliancy gesprekken, op grond waarvan de concretiseringsfase langer heeft geduurd, hebben andere activiteiten met betrekking tot de werkzaamheden kunnen plaatsvinden.' Met

Cloude is het hof van oordeel dat met deze toevoeging minst genomen de suggestie wordt gewekt dat Frontline, ondanks de door RDW verlengde Concretiseringsfase, de deadline van 31 mei 2021 nog steeds kon en zou halen. Dat laatste lijkt RDW ook te bevestigen in zijn gunningsbeslissing van 6 april 2021, waarin RDW schrijft dat Frontline heeft aangetoond 'op basis van zijn inschrijving in staat te zijn om, binnen de gestelde eisen en randvoorwaarden, te voldoen aan de vraagscope en met de aangeboden prestaties de opdracht succesvol uit te kunnen voeren.' Nu de opleveringsdatum van 31 mei 2021 in de aanbestedingsstukken uitdrukkelijk was opgenomen als knock-out eis, kon Cloude deze toevoeging redelijkerwijs zo begrijpen dat RDW op 25 maart 2021 en 6 april 2021 nog steeds van oordeel was dat de oplossing van Frontline op die datum geaccordeerd en operationeel zou zijn.

RDW had echter bij (of kort na) het communiceren van de gunningsbeslissing op 6 april 2021 al besloten om de deadline van 31 mei 2021 los te laten. Reeds dit stilzwijgen over het loslaten van de uiterlijke opleveringsdatum, welke datum gedurende de gehele aanbestedingsfase nog gold als KO-eis, alsmede het feit dat Cloude van dit loslaten pas kennis kreeg op een moment dat de klachttermijn al was verstreken, maakt dat de redelijkheid en billijkheid eraan in de weg staan dat RDW zich ter afwering van de pas na die termijn door Cloude ingestelde schadevordering beroept op rechtsverwerking wegens overschrijding van die klachttermijn.

Onrechtmatige aanbesteding (grief 7)

Ad 1: ongeldige inschrijving Frontline

Dat Frontline de deadline van 31 mei 2021 niet zou halen en dus niet voldeed aan de KO-voorwaarde dat de aangeboden CCaaS+-oplossing uiterlijk op 31 mei 2021 operationeel moest zijn, stond volgens Cloude al vast op het moment dat RDW ervoor koos om met Frontline de Concretiseringsfase in te gaan en werd met het verlengen van de Concretiseringsfase alleen maar duidelijker. RDW heeft bestreden dat Frontline een ongeldige inschrijving heeft gedaan. Frontline heeft, zo stelt RDW, in haar inschrijving door middel van een planning behorend bij de prestatieonderbouwing laten zien dat de oplossing op 31 mei 2021 operationeel kon zijn. Tijdens de Concretiseringsfase heeft Frontline vervolgens eveneens in haar plannings laten zien dat die termijn haalbaar was.

Cloudoe heeft haar stelling dat sprake was van een ongeldige inschrijving van Frontline niet verder gesubstantieerd of van een nadere onderbouwing voorzien, hetgeen gegeven de gemotiveerde betwisting door RDW wel van haar had mogen worden verlangd. Met name heeft Cloudoe niet uitgelegd waarom de enkele omstandigheid dat RDW de Concretiseringsfase niet heeft willen afronden voordat bij hem als de verwerkingsverantwoordelijke partij voor de AVG voldoende zekerheid bestond over de bescherming van persoonsgegevens, zou meebrengen dat de inschrijving van Frontline niet voldeed. De conclusie is dat de inschrijving van Frontline voldeed aan de eisen van het bestek en dat, nu Frontline met haar inschrijving op de eerste plaats was geëindigd, de opdracht terecht aan haar is gegund. De enkele omstandigheid dat RDW en Frontline na de gunning onderling een nieuwe opleveringsdatum zijn overeengekomen kan de inschrijving van Frontline niet alsnog ongeldig maken.

Ad 2: ontoelaatbare wijziging spelregels?

Volgens Cloudoe is ook sprake van een onrechtmatige aanbesteding omdat RDW tijdens de aanbestedingsprocedure de voorwaarden heeft gewijzigd. Uit art. 1.3.6 van het bestek blijkt duidelijk dat het bij de opleveringsdeadline van 31 mei 2021 ging om een harde KO-eis, zodat door het feit dat RDW deze datum later heeft losgelaten sprake is van een niet toelaatbare wijziging, aldus Cloudoe.

Het hof gaat hierin niet mee. De omstandigheid dat Frontline en RDW na de gunning een latere opleveringsdatum zijn overeengekomen betekent niet dat RDW in strijd met de AanbW 2012 de KO-eis heeft losgelaten of aangepast. Door zo te handelen heeft RDW zijn KO-eis met betrekking tot de implementatiedatum van 31 mei 2021 naar het oordeel van het hof correct uitgelegd en toegepast in het licht van de daarvoor geldende maatstaf uit het zogenaamde *Succhi di Frutta*-arrest van het HvJ EU.

Het opschuiven van de implementatiedatum van 31 mei 2021 naar 1 oktober 2021 heeft ook niet geresulteerd in een wezenlijke wijziging als bedoeld in art. 2.163g lid 2 AanbW 2012. De reikwijdte en de inhoud van de wederzijdse rechten en verplichtingen zijn door dat opschuiven immers niet gewijzigd. De nieuwe datum had geen invloed op de aangeboden prestaties, kansen, risico's en interviews. De nader overeengekomen

opleveringsdatum was evenmin het resultaat van nadere onderhandelingen over de inhoud van de opdracht, maar is doorgevoerd op eenzijdig verzoek van RDW, die voor het onderzoek met zijn privacy- en security-medewerkers meer tijd nodig bleek te hebben dan bij het uitschrijven van de opdracht was voorzien. Een nadere opleveringsdatum was zoals eerder overwogen ook nodig geweest als de opdracht aan Cloudoe zou zijn gegund.

Conclusie

De conclusie is dat Cloudoe met haar eerste zes grieven terecht is opgekomen tegen het oordeel van de rechtbank dat zij haar recht om een schadevordering aanhangig te maken heeft verwerkt. Deze gegrondverklaring kan haar echter niet brengen tot het in deze procedure door haar beoogde resultaat, omdat van een jegens Cloudoe onrechtmatig verlopen aanbesteding geen sprake is geweest. Daarom zal het hof het vonnis bekrachtigen.

Cloudoe B.V.,
gevestigd in Den Bosch,
appellante,
advocaat: mr. E.C.M. Braun, kantoorhoudend in Den Bosch,
tegen
Dienst Wegverkeer (RDW),
gevestigd in Zoetermeer,
verweerster,
advocaat: mr. J.J. Veldhuis, kantoorhoudend in Leeuwarden.

Het hof zal partijen hierna noemen Cloudoe en RDW.

1. De zaak in het kort

1.1. RDW heeft een aanbesteding uitgeschreven voor een nieuw telefonieplatform voor zijn klantcontactcentrum. Een derde partij (Frontline) heeft die aanbesteding gewonnen. Cloudoe is op de tweede plaats geëindigd.

1.2. Cloudoe meent dat de aanbesteding niet rechtmatig is verlopen en dat zij de opdracht gegund had moeten krijgen. Zij heeft in deze procedure daarom een verklaring voor recht gevraagd dat RDW jegens haar onrechtmatig heeft gehandeld.

1.3. De rechtbank heeft de vordering afgewezen. De rechtbank oordeelde dat Cloudoe haar recht

om een schadevordering aanhangig te maken heeft verwerkt omdat zij niet tijdig in kort geding is opgekomen tegen de gunningsbeslissing, zoals voorgeschreven in de aanbestedingsleidraad.

1.4. Het hof is, anders dan de rechtbank, van oordeel dat RDW zich in dit geval niet op het betrokken vervalbeding uit de aanbestedingsleidraad mag beroepen. Daarom onderwerpt het hof de vordering alsnog aan een inhoudelijke beoordeling. Het hof oordeelt dat de vordering moet worden afgewezen en komt om die reden tot een bekrachtiging van het vonnis.

2. Procesverloop in hoger beroep

2.1. Het verloop van de procedure in hoger beroep blijkt uit de volgende stukken:

- de dagvaarding van 11 juli 2023, waarmee Cloudoe in hoger beroep is gekomen van het vonnis van de rechtbank Den Haag van 12 april 2023;
- de memorie van grieven van Cloudoe;
- de memorie van antwoord van RDW.

2.2. Op 23 mei 2024 heeft een mondelinge behandeling plaatsgevonden. Cloudoe werd daarin bijgestaan door mr. E.C.M. Braun voornoemd, alsmede door diens kantoorgenoot mr. D.I.J. Snijders. RDW heeft zich daarin laten bijstaan door mr. M.M. Fimerius, advocaat in Rijswijk. De advocaten hebben de zaak toegelicht aan de hand van pleitaantekeningen die zij hebben overgelegd.

3. Feitelijke achtergrond

3.1. RDW is op 25 september 2020 een Europese openbare aanbesteding gestart voor een nieuw telefonieplatform voor zijn klantcontactcentrum, waarbij de e-mail management functie in het nieuwe telefonieplatform moet worden ondergebracht (de Contact Center as a Service-oplossing, hierna ook: CCaaS+-oplossing). Op de aanbesteding zijn de bepalingen van de Aanbestedingswet 2012 (Aw) van toepassing.

3.2. Het doel van de aanbesteding is uiterlijk per 1 maart 2021 twee overeenkomsten met één inschrijver getekend te hebben voor het uitvoeren van de opdracht. RDW wenst continuïteit met betrekking tot de CCaaS+ oplossing (Contract 1) en flexibiliteit met betrekking tot de realisatie en beheerpartij (Contract 2) te combineren.

3.3. Blijkens het van de aanbesteding deel uitmakende 'Bestek Best Value aanbesteding CCaaS' heeft RDW ervoor gekozen om het onderscheidend vermogen van inschrijvers aan te spreken

door naast de prijs een zwaar accent te leggen op kwaliteit. Bij de beoordeling van de inschrijving maakt RDW gebruik van de methodiek van 'Best Value Procurement' ('Prestatie-inkoop'). Die methodiek is gericht op de inschrijver die aan de hand van de ingediende (geanonimiseerde) kwalitatieve documenten (Prestatie-onderbouwing, Risicodossier en Kansendossier) heeft aangetoond het beste de risico's te minimaliseren en de kansen te benutten. In de aanbestedingsstukken is met de letters 'KO' aangegeven wanneer een vraag een minimumeis betreft (Knock-Out eis).

3.4. Het selecteren van de beste 'performer' of 'expert' vindt plaats in twee 'blokken'. In het eerste 'blok' dienen inschrijvers een aantal documenten in, waarin zij hun visie geven op en invulling geven aan de opdracht. In het tweede blok, dat plaatsvindt na de beoordeling van de documenten, worden interviews gehouden met de zogenoemde 'Sleutelfunctionarissen' van de inschrijvers. Na afronding van het tweede blok zal mede op basis van de inschrijfprijzen worden bepaald welke inschrijver de economisch meest voordelige inschrijving heeft gedaan. Met die inschrijver (de beoogde opdrachtnemer) wordt de zogenoemde Concretiseringsfase doorlopen. In die fase moet de beoogd opdrachtnemer aantonen dat hij de kwaliteit gaat leveren die hij heeft beloofd binnen de aangegeven planning en voor de opgegeven inschrijfprijs.

3.5. In de bestekstukken is onder hoofdstuk 1.3 (Opdrachtbeschrijving) onder meer het volgende opgenomen:

“RANDVOORWAARDEN NIVEAU 1: VOORGESCHREVEN, AFWIJKEN NIET TOEGESTAAN

1.3.6. KO

(..) *In deze vraag staan de randvoorwaarden op niveau 1 opgesomd. Hiervan mag Inschrijver op straffe van uitsluiting niet afwijken.*

- *De aangeboden oplossing dient te voldoen aan wet- en regelgeving;*

(...)

- *Inschrijver dient te voldoen aan de AVG. Hij moet kunnen aangeven op welke onderdelen van de AVG hij compliant is. Eventuele subwerkers moeten ook aan de AVG voldoen;*

(...)

- *Uiterlijk per 31 mei 2021 dient de aangeboden CCaaS+ oplossing geaccepteerd en volledig operationeel te zijn.”*

3.6. Onder hoofdstuk 1.4 (Inschrijvingsvoorwaarden) staat onder meer opgenomen:

“OVERIGE VOORWAARDEN

1.4.4. KO

(...)

6. Indien een, in het kader van de aanbesteding, niet gegunde partij van mening is dat het genomen besluit in strijd is met de Aanbestedingswet (...), of andere toepasselijke regelgeving, dient hij binnen een termijn van 20 kalenderdagen na dagtekening van deze brief een kort geding aanhangig te hebben gemaakt bij de bevoegde rechter te 's-Gravenhage. Indien niet binnen voornoemde termijn een kortgeding dagvaarding correct is betekend, gaat de RDW er van uit dat Inschrijver uitdrukkelijk berust in de afwijzing (...).

7. Indien niet binnen 20 dagen na verzending van het besluit een kort geding aanhangig is gemaakt, kunnen de gepasseerde Inschrijvers geen bezwaar meer maken naar aanleiding van de beslissing en hebben zij hun rechten ter zake verwerkt. De Aanbestedende dienst is in dat geval dan ook vrij om gevolg te geven aan de geuite beslissing. De gepasseerde Inschrijvers hebben in genoemd geval evenzeer hun rechten verwerkt in een (bodem)procedure een vordering tot schadevergoeding te stellen.”

3.7. Over de Aanbestedingsprocedure staat in hoofdstuk 1.6 verder vermeld:

“RISICODOSSIER

1.6.4. KO

(.) In het Risicodossier dient Inschrijver op maximaal 2 pagina's A4 de belangrijkste “risico's van buiten” ten aanzien van de te gunnen opdracht te identificeren. Dit zijn risico's op het intreden waarvan de Opdrachtnemer geen invloed heeft en die de projectdoelstellingen in gevaar kunnen brengen (projectspecifieke risico's). Inschrijver dient deze geïdentificeerde risico's naar zijn inzicht te prioriteren (..) en bijbehorende beheersmaatregelen te noemen.

(...)

In de Concretiseringsfase zal uitgebreid aandacht worden geschonken aan het totale risicodossier en alle mogelijke risico's zullen hierin worden opgenomen, inclusief door de beoogde opdrachtnemer te formuleren beheersmaatregelen. In deze fase zullen ook de risico's die andere Inschrijvers hebben genoemd en de Beoogde Opdrachtnemer niet (zonder de beheersmaatregelen van de andere inschrijvers) worden voorgelegd aan de Beoogde Opdrachtnemer die daarbij dient aan te geven hoe hij de betreffende risico's mitigeert.

Het kan voorkomen dat zich tijdens de uitvoering van de Opdracht een risico van buiten voordoet, die niemand heeft voorzien. Indien daarvan sprake is, dient Opdrachtnemer dit te melden in de wekelijkse risicorapportage (...) en een voorstel voor een beheersmaatregel te doen inclusief onderbouwing daarvan. Daarbij dient de Opdrachtnemer aan te geven welke kosten dit met zich meebrengt en welke gevolgen dit heeft op de planning. Dit komt voor rekening van Opdrachtgever (...).”

3.8. Hoofdstuk 1.9 gaat over de gunning en de Concretiseringsfase. Daarover is in de bestekstukken onder meer te lezen:

“GUNNINGSPERIODE (CONCRETISERINGSFASE)

1.9.2. KO

(.) Met het verzenden van de bekendmaking, vangt tevens de Concretiseringsfase aan. Deze fase neemt naar verwachting 6 tot 8 weken in beslag en is bedoeld om de Inschrijving van de beoogde Opdrachtnemer te toetsen.

(...)

Gedurende de Concretiseringsfase wordt van de Beoogde Opdrachtnemer verwacht dat hij het uit te voeren Project tot in detail uitwerkt in een Plan van Aanpak (inclusief detailplanning) op basis van de door hem ingediende Inschrijving. De Beoogde Opdrachtnemer moet in het Plan van Aanpak nauwkeurig aangeven op welke wijze hij het beloofde resultaat zal bereiken binnen de randvoorwaarden en Projectdoelstellingen (...). Het Plan van Aanpak dient in ieder geval een realiseringsplan te bevatten en een factureringsschema. Ook wordt van de Beoogde Opdrachtnemer verwacht dat hij in het Plan van Aanpak de beheersmaatregelen meeneemt ten aanzien van risico's die hij niet had voorzien en die hem zijn aangereikt door Opdrachtgever (o.a. afkomstig uit risicodossiers van afgewezen Inschrijvers), indien daarvan sprake is.

(...)

Indien de Aanbestedende dienst van mening is, dat de Beoogde Opdrachtnemer met het ingediende Plan van Aanpak, het resultaat van de PoC en de overige bewijsmiddelen en methoden (...) heeft aangetoond dat hij in staat is de Opdracht uit te voeren overeenkomstig de door hem bij Inschrijving (kwalitatieve documenten en interviews) aangegeven kwaliteit, binnen de gestelde eisen en randvoorwaarden zoals aangegeven in het Beschrijvend document en voor de opgegeven inschrijfprijs en er overeenstemming bestaat over de door de Beoogde Opdrachtnemer opgestelde Overeenkomst, sluit de

Aanbestedende dienst deze fase af door over te gaan tot het definitief gunnen van de opdracht, voor zover er geen overige (juridische) belemmeringen zijn die in de weg staan aan het definitief gunnen van de Opdracht.

(...)

Indien de Beoogde Opdrachtnemer niet in staat is voldoende aan te tonen dat hij het door hem beloofde resultaat kan bereiken, zal zijn Inschrijving als nog als ongeldig terzijde worden gelegd.

3.9. RDW heeft vier inschrijvingen ontvangen, waaronder die van Cloudoe en van Frontline Services B.V. (hierna: Frontline). Omdat de twee andere inschrijvingen niet aan de minimale kwaliteitsnorm voldeden, zijn alleen met Cloudoe en Frontline interviews afgenomen.

3.10. RDW heeft de inschrijving van Cloudoe op de kwalitatieve documenten (Prestatie-onderbouwing, Risicodossier en Kansendossier) telkens met een beter cijfer beoordeeld dan die van Frontline. Op de interviews scoorden Cloudoe en Frontline gelijk. Omdat Frontline een beduidend lagere prijs had aangeboden kwam de inschrijving van Frontline als de economisch meest voordelige inschrijving uit de bus.

3.11. Bij brief van 14 december 2020 heeft RDW aan Cloudoe (en aan de andere inschrijvers) bericht dat Frontline met haar inschrijving op de eerste plaats is geëindigd en dat RDW, bij een succesvol verloop van de verificatiefase, met Frontline de Concretiseringsfase zal ingaan. Ook is medegedeeld dat Cloudoe op de tweede plaats is geëindigd. In de brief aan Cloudoe zijn de plaatsingsbeslissing en de beoordeling van de inschrijving van Cloudoe gemotiveerd, met aan het slot de mededeling dat Cloudoe binnen 20 dagen na dagtekening een (kort geding) procedure kan starten, indien zij het niet eens is met de genomen beslissing.

3.12. Cloudoe is naar aanleiding van de beslissing van 14 december 2020 geen kort geding gestart. Wel heeft zij bij brieven van 15 en 22 december 2020 aan de RDW bericht dat zij sterke bedenkingen heeft over de inschrijving van Frontline, ook als het gaat om het kunnen opleveren van een oplossing met de juiste kwaliteit voor eind mei 2021.

3.13. De RDW is na verificatie met Frontline vanaf 21 december 2020 de Concretiseringsfase ingegaan. Op 3 februari 2021 heeft Cloudoe opnieuw haar bedenkingen geuit over de inschrijving van Frontline en geeft zij aan te signaleren dat de Con-

cretiseringsfase met Frontline stroef verloopt. In haar brief van 12 februari 2021 vraagt Cloudoe met een beroep op de beginselen van transparantie en eerlijke behandeling aan RDW om inzicht te geven in het moment van afronding van de Concretiseringsfase. RDW heeft daarop als volgt geantwoord:

(...) Dit betekent dat er enige ruimte is voor de beoogd Opdrachtnemer ten aanzien van de tijd die nodig is om de Concretiseringsfase goed te doorlopen en af te ronden. Hierbij is van belang dat de aangeboden oplossing per 31 mei 2021 operationeel dient te zijn en dat de verlenging van de Concretiseringsfase ten koste van de resterende tijd gaat. Hierbij wordt uiteraard door de RDW aan de beoogd Opdrachtnemer gevraagd om aan te tonen dat een dergelijke vertraging past binnen planning voor de uitvoeringsfase.

(...)

De tijdlijnen die nu van toepassing zijn op grond van de huidige planning en dat zijn als volgt:

- *Beoogde datum voorlopige gunning: 26 februari 2021*
- *Opschortende termijn: 27 februari 2021 t/m 22 maart 2021 (..)*
- *23 maart 2021 t/m 31 mei 2021 implementatie periode.*

3.14. Bij brief van 26 februari 2021 heeft Cloudoe onder meer het volgende aan RDW geschreven:

“Wij maken momenteel al kenbaar dat wij ons belang (desnoods in rechte) zullen verdedigen als op of rond 31 mei 2021 (de fatale termijn) blijkt dat u besluit tot voortgang met Frontline, ondanks dat de oplossing niet volledig is opgeleverd, getest en akkoord bevonden is. E.e.a. conform de beschrijving in uw bestek.”

3.15. Op 5 maart 2021 heeft de RDW per e-mail, voor zover van belang, het volgende aan Frontline bericht:

“Afgelopen donderdag hebben we geconstateerd dat Frontline voldaan heeft aan de eisen met betrekking tot de Concretiseringsfase zoals gesteld in het bestek (...). Met betrekking tot 1 onderwerp hebben we tot onze spijt moeten constateren dat er nog geen sprake van overeenstemming en dat betreft de privacy aspecten van de aangeboden oplossing. De betrokken Security en Privacy specialisten van de RDW hebben, ondanks de door Frontline overgelegde informatie hieromtrent, naar hun oordeel nog geen sluitend beeld gekregen van het voldoen van de aangeboden oplossing aan de eisen zoals gesteld (met name m.b.t. de AVG). Aangezien dit een risico

vormt voor de uitvoeringsfase van het te sluiten contract wat grotendeels in de invloedssfeer van de RDW ligt, volgt hierbij het formele verzoek vanuit de RDW om de Concretiseringsfase met 1 week te verlengen tot 12 maart 2021.

(...)

Mogelijk heeft deze vertraging consequenties voor de vervolgfase van het project en dan met name de implementatie en acceptatie van de aangeboden oplossing voor de gestelde deadline van 31 mei 2021. Zoals reeds besproken moeten we hier de komende tijd met elkaar van vast gaan stellen wat dit precies betekent en welke scenario's we eventueel kunnen hanteren om tot een passende oplossing te komen gegeven de situatie zoals deze zich nu ontvouwt."

3.16. In haar brief van 17 maart 2021 aan RDW heeft Cloudoe gesteld dat Frontline door de verlenging van de Concretiseringsfase wordt bevoordeeld en dat zo geen sprake meer is van een eerlijk en gelijk speelveld. Cloudoe heeft in de brief verder geschreven:

"(...) Feitelijk staat inmiddels vast dat u (..) nog steeds niet gegund heeft. Dit terwijl uw eigen planning stelt dat deze direct na de concretiseringsfase dient te volgen. Wij tasten in het duister over de door u gecommuniceerde motivering: 'een issue vanuit de Privacy afdeling' van RDW.

(...)

Wij stellen vast dat beide redenen voor deze uitloop onacceptabel zijn. Immers, vanuit het risicodossier in onze inschrijving hebben wij al kenbaar gemaakt dat het een key-issue is om de dialoog m.b.t. tijdige borging van de privacy en security eisen meteen vanaf de start van de concretisering te starten.

In ons Risico 2 beargumenteerden wij al dat niet-tijdige opstart van de compliance-thematiek in 100% van implementaties leidt tot vertraagde oplevering. Voor uw traject geldt nog steeds: 31 mei 2021 is de uiterlijke oplevertermijn (KO-criterium, zie o.a. §1.3.6 van uw leidraad).

Uw bestek schrijft voor dat u risico's van de andere inschrijvers in de concretisering deelt met de beoogd deelnemer. Dat betekent dat zowel Frontline (..) én RDW op de hoogte is, afhad moeten zijn, om mitigerende maatregelen te nemen, zodanig dat dit risico niet optreedt. Dit is blijkbaar nagelaten. Wij kwalificeren dit als onzorgvuldig handelen, verwijtbaar aan RDW én Frontline.

RDW heeft, vanuit haar rol als aanbestedende dienst, nagelaten om haar bestek correct uit te voeren en/of toe te zien op tijdige en adequate mitigatie

door Frontline. Frontline zou moeten worden gezien als de expert die de lead neemt, het project en de daaraan verbonden risico's (tijdig!) overziet en (tijdig) managet. Ook dat is evident niet aan de orde. Kortom: RDW, dan wel Frontline, heeft onvoldoende uitgevoerd en/of getoetst wat in §1.6.4 (knock-out criterium) is beschreven. Een voorlopige gunning aan Frontline, mocht u dat nog ovenvegen, is daarmee de facto 'ongeldig' c.q. het betreft hier (inmiddels ruimschoots) een ongeldige inschrijving, welke geen stand zal houden in rechte.

Wij stellen aanvullend dat uw argument een ongeldige reden is om uitstel te verlenen ten opzichte van uiterlijke oplevering op 31 mei 2021, mocht u dat ovenvegen. Het kan dus nimmer reden zijn dat Frontline, én voorlopig

gegund krijgt én dat u Frontline nog meer tijd en ruimte geeft ten opzichte van dit knock-out criterium."

3.17. RDW heeft bij brief van 25 maart 2021 onder meer als volgt op het bovenstaande geantwoord:

"Allereerst merkt de RDW op dat, (..), bij de planning is aangegeven dat deze planning indicatief is en aan wijzigingen onderhevig. Ten tweede merkt de RDW op dat de Concretiseringsfase nog niet beëindigd is en dat er derhalve op dit moment geen sprake kan zijn van een situatie dat de gunning niet direct aansluitend heeft plaatsgevonden.

In uw brief geeft u aan dat, conform hetgeen beschreven is in vraag 1.6.4. Risicodossier van het Bestek, ook de risico's die andere inschrijvers hebben benoemd en de Beoogde opdrachtnemer niet, worden voorgelegd aan de Beoogde opdrachtnemer die daarbij aan dient te geven hoe hij de betreffende risico's mitigeert. De RDW heeft dit conform het gestelde uitgevoerd en door Frontline zijn hiervoor mitigerende maatregelen genomen door middel van diverse activiteiten die gedurende de Concretiseringsfase hebben plaatsgevonden. (..) Het al dan niet optreden van een risico is daarmee niet geheel uitgesloten. Naar oordeel van de RDW gaat het daarbij in dit geval met name om het feit of de RDW en de Beoogd opdrachtnemer datgene hebben gedaan wat binnen de eigen invloedssfeer ligt om het optreden van het risico zo veel mogelijk te beperken. Daarbij moet ook in acht genomen worden wat beide betrokken partijen redelijkerwijs hadden kunnen voorzien in dit kader. Als mitigerende maatregel zijn onder meer de Decentrale Security Officer en de Decentrale Privacy Officer vroegtijdig aangehaakt. Dit heeft het risico echter niet geheel

weg kunnen nemen maar heeft naar het oordeel van de RDW wel een beperkend effect op de onverwacht opgelopen vertraging gehad. Dat het risico derhalve is opgetreden is spijtig, maar dat maakt op zichzelf nog niet dat er sprake is van onzorgvuldig en verwijtbaar handelen zoals wordt gesteld door Cloude B.V. Tevens wordt uw aanname dat het uitstellen van de concretiseringsfase in 100% van de gevallen tot uitstellen van de opleveringsdeadline zal leiden door de RDW niet aangenomen. Parallel aan de compliancy gesprekken, op grond waarvan de concretiseringsfase langer heeft geduurd, hebben andere activiteiten met betrekking tot de werkzaamheden kunnen plaatsvinden.

(...)

De RDW bestrijdt (...) de stelling dat Frontline de expertise mist en onbekwaam is, aangezien Frontline in de Concretiseringsfase tot op heden afdoende heeft aangetoond in staat te zijn de opdracht op adequate wijze uit te kunnen voeren. De huidige vertraging heeft betrekking op de privacy aspecten met betrekking tot de aangeboden oplossing welke niet waren voorzien en door de RDW worden veroorzaakt. Er is geen sprake van het bevoordelen van een deelnemer in het gunningsproces zoals door Cloude wordt beweerd, maar juist van passende zorgvuldigheid om dit te voorkomen. Dit wordt ook van de RDW verwacht op grond van de rol van de RDW als Aanbestedende dienst.“

3.18. Bij brief van 6 april 2021 heeft RDW aan Cloude bekend gemaakt dat Frontline de Concretiseringsfase succesvol heeft doorlopen en dat RDW voornemens is de opdracht aan Frontline te gunnen. In de brief schrijft RDW onder meer het volgende:

“De kenmerken van de winnende inschrijving zijn:

- (...)
 - Heeft in de Concretiseringsfase door middel van diverse verifieerbare prestatie indicatoren aangetoond op basis van zijn inschrijving in staat te zijn om, binnen de gestelde eisen en randvoorwaarden, te voldoen aan de vraagscope en met de aangeboden prestaties de opdracht succesvol uit te kunnen voeren.

(...)

Indien Cloude B.V. gronden heeft om aan te nemen dat de Concretiseringsfase onregelmatig is verlopen, dient Cloude B.V.’ binnen een termijn van 20 kalenderdagen na dagtekening van deze brief een kort geding aanhangig te hebben gemaakt door middel van een getekende dagvaarding bij de bevoegde rechter. Bij gebreke daarvan zal de RDW

na verstrijken van deze termijn de aanbesteding afronden met definitieve gunning van de opdracht aan Frontline Services B.V.”

3.19. Op verzoek van RDW, die inmiddels de uiterlijke opleveringsdatum van 31 mei 2021 had losgelaten, heeft Frontline op 8 april 2021 een nieuwe planning toegestuurd, met een beoogde livegang op 14 juli 2021. Omdat deze datum in het midden van de vakantieperiode viel, heeft RDW aan Frontline voorgesteld — en is tussen hen overeengekomen — dat de CCaaS+-oplossing per 1 oktober 2021 operationeel moet zijn.

3.20. Cloude is niet in kort geding tegen de gunningsbeslissing van 6 april 2021 opgekomen. Wel heeft zij zich in correspondentie bij RDW beklagd over de gang van zaken. RDW heeft bij brief van 21 april 2021 op de vragen van Cloude gereageerd. In die brief heeft RDW, kort weergegeven, geantwoord dat RDW heeft vastgesteld dat Frontline aan de in artikel 1.9.2. van de Aanbestedingsvoorwaarden gestelde eis heeft voldaan, zodat RDW tot gunning kon overgaan. Ook heeft RDW — onder verwijzing naar eerdere brieven — herhaald dat de vertraging in de Concretiseringsfase (ten opzichte van de initieel daarvoor geplande termijn) is veroorzaakt door het alsnog optreden van een risico met betrekking tot privacy en veiligheid van de aangeboden oplossing, ondanks genomen mitigerende maatregelen.

3.21. Op 27 april 2021 heeft RDW de overeenkomsten voor de opdracht met Frontline gesloten.

3.22. Cloude heeft RDW bij brief van haar advocaat van 23 juli 2021 aansprakelijk gesteld, omdat de gunning van de opdracht aan Frontline volgens Cloude in strijd is met de wet en de aanbestedingsvoorwaarden.

3.23. Op 1 oktober 2021 is het door Frontline aangeboden platform operationeel geworden.

3.24. Naar aanleiding van de aansprakelijkstelling hebben Cloude en RDW eind januari 2022 een gesprek gevoerd, in het bijzijn van hun respectieve advocaten. Dit heeft niet tot een oplossing van het geschil geleid. Daarop is Cloude op 22 februari 2022 deze bodemprocedure gestart.

4. Procedure bij de rechtbank

4.1. Cloude heeft RDW gedagvaard en gevorderd dat, zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, voor recht wordt verklaard dat RDW onrechtmatig heeft gehandeld tegenover Cloude en aansprakelijk is voor de daardoor door Cloude geleden schade, nader op te maken bij staat en te

vermeerderen met rente, en voorts dat RDW wordt veroordeeld in de proceskosten, met nakosten en wettelijke rente.

4.2. De rechtbank heeft de vorderingen afgewezen en Cloudoe in de kosten veroordeeld. Volgens de rechtbank heeft Cloudoe het recht om een schadevordering aanhangig te maken verwerkt, door niet binnen de in artikel 1.4.4., leden 6 en 7, van de aanbestedingsstukken gestelde termijn van twintig dagen in kort geding tegen de gunningsbeslissing op te komen.

5. *Vordering in hoger beroep*

5.1. Cloudoe is in hoger beroep gekomen omdat zij het niet eens is met het vonnis. Zij heeft zeven grieven tegen het vonnis aangevoerd. Cloudoe vordert hetzelfde als bij de rechtbank.

5.2. In haar grieven heeft Cloudoe uiteengezet dat het beroep van RDW op rechtsverwerking om meerdere redenen niet slaagt en dat haar vordering op inhoudelijke gronden had moeten worden toegewezen.

5.3. RDW heeft verweer gevoerd en geconcludeerd tot bekrachtiging van het vonnis.

6. *Beoordeling in hoger beroep*

Rechtsverwerking? (grievens 1 tot en met 6)

6.1. In haar eerste zes grieven komt Cloudoe op tegen het oordeel van de rechtbank dat zij het recht om een schadevordering aanhangig te maken op grond van het bepaalde in de aanbestedingsvoorwaarden heeft verwerkt. Cloudoe voert daarbij onder meer aan dat RDW in zijn communicatie naar Cloudoe ten onrechte de indruk had gewekt dat Frontline de Concretiseringsfase succesvol had doorlopen en aan alle aanbestedingsvoorwaarden voldeed, waaronder ook aan de KO-voorwaarde dat de aangeboden CCaaS+-oplossing uiterlijk op 31 mei 2021 operationeel moest zijn. Volgens Cloudoe was het laatste niet het geval en bleek haar dat pas toen de termijn van artikel 1.4.4, leden 6 en 7 van de aanbestedingsvoorwaarden al was verstreken. Zij voert aan dat als RDW ten tijde van de gunning al had aangegeven dat hij de deadline van 31 mei 2021 zou loslaten, zij tijdig in kort geding tegen de gunning aan Frontline was opgekomen.

6.2. Deze grieven zijn gegrond. Blijkens de e-mail van RDW aan Frontline van 5 maart 2021 was RDW er toen al van op de hoogte dat de door hem voorgestelde verlenging van de Concretiserings-

fase gevolgen kon hebben voor de deadline van 31 mei 2021. In die e-mail stelt RDW immers aan Frontline voor om juist op dat punt nader met elkaar in overleg te gaan. In haar brief van 17 maart 2021 beklaagt Cloudoe zich uitdrukkelijk over deze gang van zaken, met name omdat verlenging van de Concretiseringsfase volgens haar betekent dat de knock-out eis van 31 mei 2021 dan niet meer kan worden gehaald en daarmee sprake is van een ongeldige inschrijving. In zijn reactie daarop van 25 maart 2021 bestrijdt RDW dat een verlenging van de Concretiseringsfase zeker tot het uitstellen van de opleveringsdeadline zou leiden. RDW voegt daaraan toe: *“Parallel aan de compliancy gesprekken, op grond waarvan de concretiseringsfase langer heeft geduurd, hebben andere activiteiten met betrekking tot de werkzaamheden kunnen plaatsvinden.”* Met Cloudoe is het hof van oordeel dat met deze toevoeging minst genomen de suggestie wordt gewekt dat Frontline, ondanks de door RDW verlangde Concretiseringsfase, de deadline van 31 mei 2021 nog steeds kon en zou halen. Dat laatste lijkt RDW ook te bevestigen in zijn gunningsbeslissing van 6 april 2021, waarin RDW schrijft dat Frontline heeft aange-toond *“op basis van zijn inschrijving in staat te zijn om, binnen de gestelde eisen en randvoorwaarden, te voldoen aan de vraagscope en met de aangeboden prestaties de opdracht succesvol uit te kunnen voeren.”* (onderstreping hof). Nu de opleveringsdatum van 31 mei 2021 in de aanbestedingsstukken uitdrukkelijk was opgenomen als knock-out eis, kon Cloudoe deze toevoeging redelijkerwijs zo begrijpen dat RDW op 25 maart 2021 en 6 april 2021 nog steeds van oordeel was dat de oplossing van Frontline op die datum geaccordeerd en operationeel zou zijn.

6.3. RDW had echter bij (of kort na) het communiceren van de gunningsbeslissing op 6 april 2021 al besloten om de deadline van 31 mei 2021 los te laten. Dat blijkt uit de door Frontline op verzoek van RDW op 8 april 2021 toegestuurde nieuwe planning, waarover RDW tijdens de mondelinge behandeling in hoger beroep nader heeft verklaard dat hij daar tussen 6 en 8 april 2021 bij Frontline om had gevraagd. Die omstandigheid heeft RDW echter niet (ook) aan Cloudoe medegedeeld. Dat heeft RDW zelfs niet gedaan in zijn brief van 21 april 2021, die hij heeft verstuurd binnen de klachttermijn als bedoeld in artikel 1.4.4 van de aanbestedingsvoorwaarden, in welke brief hij reageert op enkele nadere vragen die

Cloude naar aanleiding van de gunningsbeslissing had gesteld. Reeds dit stilzwijgen over het loslaten van de uiterlijke opleveringsdatum, welke datum gedurende de gehele aanbestedingsfase nog gold als KO-eis, alsmede het feit dat Cloude van dit loslaten pas kennis kreeg op een moment dat de klachttermijn al was verstreken, maakt dat de redelijkheid en billijkheid eraan in de weg staan dat RDW zich ter afwering van de pas na die termijn door Cloude ingestelde schadevordering beroept op rechtsverwerking wegens overschrijding van die klachttermijn.

Onrechtmatige aanbesteding? (grief 7)

6.4. Met het slagen van de eerste zes grieven komt het hof toe aan de beoordeling van de in de zevende grief aan de orde zijnde vraag of RDW jegens Cloude onrechtmatig heeft gehandeld. Volgens Cloude is dat het geval (1) omdat RDW de opdracht heeft gegund aan Frontline, terwijl Frontline van meet af aan niet kon voldoen aan de KO-eis dat de aangeboden CCaaS+-oplossing uiterlijk op 31 mei 2021 opgeleverd moest worden en (2) omdat RDW in de loop van de aanbesteding de deadline van 31 mei 2021 heeft losgelaten en daarmee “tijdens de wedstrijd de spelregels heeft veranderd”. Cloude meent dat sprake is van strijd met de Aanbestedingswet 2012 (Aw), waaronder met name het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel (art. 1.8 Aw) en het transparantiebeginsel (art. 1.9 Aw). Zij stelt dat zij ten gevolge van het onrechtmatig handelen van RDW schade heeft geleden, nu zij na een terzijdestelling van de ongeldige inschrijving van Frontline als de enig overgebleven inschrijver de opdracht had moeten krijgen, dan wel dat de kans daarop na een eventuele heraanbesteding zeer groot zou zijn geweest.

Ad (1): Ongeldige inschrijving Frontline?

6.5. Dat Frontline de deadline van 31 mei 2021 niet zou halen en dus niet voldeed aan de KO-voorwaarde dat de aangeboden CCaaS+-oplossing uiterlijk op 31 mei 2021 operationeel moest zijn, stond volgens Cloude al vast op het moment dat RDW ervoor koos om met Frontline de Concretiseringsfase in te gaan en werd met het verlengen van de Concretiseringsfase alleen maar duidelijker. RDW heeft zelf aan Cloude laten weten dat de vertraging tijdens de Concretiseringsfase werd veroorzaakt door *privacy issues*. Die *issues* waren volgens Cloude verwijtbaar aan

Frontline, omdat zij in haar inschrijving had aangegeven gebruik te zullen maken van het Amerikaanse Genesys Pure Cloud Platform zonder de daarmee mogelijk gepaard gaande *privacy issues* adequaat te adresseren. Cloude wijst er in dat verband op dat ten tijde van de inschrijvingen al bekend was dat het tot dan toe voor de doorgifte van persoonsgegevens vanuit de Europese Unie aan de Verenigde Staten gehanteerde *EU-US Privacy Shield* door het HvJ EU¹ ongeldig is verklaard en dat dus per geval beoordeeld moest gaan worden of en hoe de *privacy* bescherming voldoende was gewaarborgd. Frontline had op deze *privacy*-problemen dus kunnen en moeten anticiperen, aldus Cloude, die daaraan heeft toegevoegd dat zij deze *privacy issues* wél uitdrukkelijk heeft opgenomen in haar risicodossier. In haar inschrijving, maar ook daarna, heeft zij aangegeven dat het noodzakelijk is om al vanaf de start van de Concretiseringsfase de *Security Officer* van RDW daarin te betrekken, omdat anders de deadline van 31 mei 2021 niet kon worden gehaald. Dat maakt dat RDW niet met Frontline maar met haar de Concretiseringsfase had moeten ingaan. Door niettemin te kiezen voor Frontline en de met haar aangevangen Concretiseringsfase vervolgens te verlengen werd Frontline ten detrimente van Cloude in de gelegenheid gesteld om haar kwalitatief slechtere inschrijving te compenseren waardoor niet langer sprake was van een *level playing field*, aldus Cloude. Bovendien hanteert Genesys volgens Cloude een implementatieperiode van minimaal vier maanden, zodat al in februari 2021 duidelijk was dat Frontline niet zou kunnen voldoen aan de KO-deadline van 31 mei 2021. Hoe dan ook was het voor Frontline op het moment van de voorlopige gunning op 6 april 2021 feitelijk onmogelijk om de oplossing uiterlijk op 31 mei 2021 op te leveren. Non-conformiteit aan de KO-eis van 31 mei 2021 had moeten leiden tot uitsluiting van de inschrijving van Frontline. De gunning aan Frontline was dus in strijd met de aanbestedingsvoorwaarden en daarmee onrechtmatig, aldus nog steeds Cloude.

6.6. RDW heeft bestreden dat Frontline een ongeldige inschrijving heeft gedaan. Frontline heeft, zo stelt RDW, in haar inschrijving door middel van een planning behorend bij de prestatieonder-

1 HvJ EU 16-07-2020, ECLI:EU:C:2020:559, C-311/18, inzake Facebook Ireland en Schrems.

bouwing laten zien dat de oplossing op 31 mei 2021 operationeel kon zijn. Tijdens de Concretiseringsfase heeft Frontline vervolgens eveneens in haar planningslaten zien dat die termijn haalbaar was. Ook nog begin maart 2021 heeft Frontline volgens RDW genoegzaam aangetoond dat zij haar inschrijving kon waarmaken, inclusief de datum van 31 mei 2021. RDW wijst erop dat het risicodossier ziet op de belangrijkste risico's van buiten, dat wil zeggen risico's op het intreden waarvan de opdrachtnemer geen invloed heeft en die dus liggen buiten diens risicosfeer. Bovendien heeft Frontline de Decentrale Privacy Adviseur (DPA) van RDW al in een vroegtijdig stadium bij de procedure betrokken en heeft zij telkens adequaat gereageerd op vragen vanuit RDW over *privacy issues*, zo stelt RDW. RDW voert aan dat hij, mede in verband met de ongeldigverklaring van het *EU-US Privacy Shield* door het HvJ EU, als de verwerkingsverantwoordelijke voor de AVG uitvoerig onderzoek heeft gedaan naar de wijze waarop de bescherming van persoonsgegevens kon worden gewaarborgd in het gegevensverkeer naar, vooral, de Verenigde Staten. De tijd die daarmee gemoeid was maakt volgens RDW niet dat de inschrijving van Frontline ongeldig was. Ten slotte wijst RDW erop dat de door Genesys gehanteerde *'ramp duration period'* van vier maanden niet een minimale implementatieperiode betreft, maar een aanloopfase voorafgaand aan de ingangsdatum van het abonnement. Frontline heeft het Genesys platform uiteindelijk ook in minder dan drie maanden geïmplementeerd, zo betoogt RDW in zijn verweer.

6.7. Cloudeo heeft haar stelling dat sprake was van een ongeldige inschrijving van Frontline niet verder gesubstantieerd of van een nadere onderbouwing voorzien, hetgeen gegeven de gemotiveerde betwisting door RDW wel van haar had mogen worden verlangd. Met name heeft Cloudeo niet uitgelegd waarom de enkele omstandigheid dat RDW de Concretiseringsfase niet heeft willen afronden voordat bij hem als de verwerkingsverantwoordelijke partij voor de AVG voldoende zekerheid bestond over de bescherming van persoonsgegevens, zou meebrengen dat de inschrijving van Frontline niet voldeed. RDW heeft bij herhaling aangegeven dat het bij zijn onderzoek ging om het adresseren van risico's die lagen buiten de invloedssfeer van Frontline. Het stond ter beoordeling van de door RDW ingeschakelde *security- en privacy officers* en de DPA of aan de

vereisten van de AVG werd voldaan, en over de grondigheid of snelheid van het daarmee gepaard gaande onderzoek heeft Frontline geen zeggenschap. Daarom was het ook RDW, en niet Frontline, die bij e-mail van 5 maart 2021 heeft verzocht om verlenging van de Concretiseringsfase. RDW had op dat moment al vastgesteld dat de inschrijving van Frontline voldeed: *"Afgelopen donderdag hebben we geconstateerd dat Frontline voldaan heeft aan de eisen met betrekking tot de Concretiseringsfase zoals gesteld in het bestek (...)".* Dat door het onderzoek van RDW de datum van 31 mei 2021 vervolgens niet meer kon worden gehaald maakte de inschrijving van Frontline niet (met terugwerkende kracht) ongeldig.

6.8. Overigens zou het door RDW geïnitieerde onderzoek naar de betrokken privacy-aspecten bij de doorgifte van persoonsgegevens naar de Verenigde Staten ook hebben plaatsgevonden als de inschrijving van Cloudeo als economisch meest voordelige was beoordeeld, aangezien tussen partijen vast staat dat ook Cloudeo in haar inschrijving het platform van Genesys heeft aangeboden. Haar inschrijving was evenmin om die reden ongeldig. Aan het argument van Cloudeo dat zij haar inschrijving, anders dan Frontline, had voorzien van adequate mitigerende maatregelen waarmee zou zijn voorkomen dat de opleveringsdatum moest worden uitgesteld komt in dit verband geen betekenis toe. Inderdaad heeft Cloudeo op de kwalitatieve documenten, waaronder op het Risicodossier, beter gescoord dan Frontline, maar die betere score kan aan de geldigheid van de inschrijving van Frontline niet afdoen. Bovendien zouden ook in het kader van de inschrijving van Cloudeo de *privacy- en security-*medewerkers van RDW al vroeg in de Concretiseringsfase moeten worden betrokken, terwijl, naar RDW ter gelegenheid van de zitting voor het hof uiteen heeft gezet, hun beschikbaarheid voor dat moment allerminst vast stond en hoe dan ook niet door Cloudeo had kunnen worden bepaald.

6.9. De conclusie is dat de inschrijving van Frontline voldeed aan de eisen van het bestek en dat, nu Frontline met haar inschrijving op de eerste plaats was geëindigd, de opdracht terecht aan haar is gegund. Om die reden strandt het beroep dat Cloudeo heeft gedaan op de uitspraak van de rechtbank Amsterdam van 14 oktober 2015². An-

2 ECLI:NL:RBAMS:2015:9752.

ders dan bij Frontline was in die zaak duidelijk dat de inschrijver aan wie de opdracht werd gegund *niet* in staat was of zou zijn om aan alle bestekvoorwaarden te voldoen. De enkele omstandigheid dat RDW en Frontline na de gunning onderling een nieuwe opleveringsdatum zijn overeengekomen kan de inschrijving van Frontline niet alsnog ongeldig maken.

Ad (2): ontoelaatbare wijziging spelregels?

6.10. Volgens Cloudoe is ook daarom sprake van een onrechtmatige aanbesteding omdat RDW tijdens de aanbestedingsprocedure de voorwaarden heeft gewijzigd. Uit artikel 1.3.6 van het bestek blijkt duidelijk dat het bij de opleveringsdeadline van 31 mei 2021 ging om een harde KO-eis, zodat door het feit dat RDW deze datum later heeft losgelaten sprake is van een niet toelaatbare wijziging, aldus Cloudoe.

6.11. Het hof gaat hierin niet mee. De omstandigheid dat Frontline en RDW na de gunning een latere opleveringsdatum zijn overeengekomen betekent niet dat RDW in strijd met de Aw de KO-eis heeft losgelaten of aangepast. Door zo te handelen heeft RDW zijn KO-eis met betrekking tot de implementatiedatum van 31 mei 2021 naar het oordeel van het hof correct uitgelegd en toegepast in het licht van de daarvoor geldende maatstaf uit het zogenaamde *Succhi di Frutta*-arrest van het HvJ EU³. De volgens die maatstaf maatgevende redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver zal de KO-eis van 31 mei 2021 namelijk opvatten zoals RDW die heeft toegepast, namelijk (1) dat de inschrijver op het moment van inschrijving moet verklaren dat (en onderbouwen waardoor) hij in staat is om de toepassing van de door hem aangeboden CCaaS+-oplossing op die datum geaccepteerd en operationeel te hebben en (2) dat de aanbestedende dienst bij de gunning nog steeds aan die eis gebonden is en de inschrijver die datum op de datum van gunning dus nog steeds moet kunnen halen, tenzij dat niet halen niet aan de inschrijver maar aan de aanbestedende dienst zelf te wijten is. Een andere uitleg zou tot het ongerijmde gevolg leiden, dat de inschrijver met de als beste beoordeelde inschrijving die tussen de inschrijving en de gunning te maken krijgt met omstandigheden buiten zijn

macht, daarvoor dan bestraft zou worden, zonder dat daar binnen het stelsel van het aanbestedingsrecht een goede reden voor is. Dit uitgangspunt is ook terug te vinden in artikel 1.9.2 van het bestek, waarin immers is vastgelegd dat van de beoogde opdrachtnemer wordt verwacht dat hij in het Plan van Aanpak ook de beheersmaatregelen meeneemt ten aanzien van risico's die hij niet had voorzien en die hem zijn aangereikt door de opdrachtgever, bijvoorbeeld risico's afkomstig uit de risicodossiers van afgewezen inschrijvers.

6.12. Het opschuiven van de implementatiedatum van 31 mei 2021 naar 1 oktober 2021 heeft ook niet geresulteerd in een wezenlijke wijziging als bedoeld in artikel 2.163g lid 2 Aw. De reikwijdte en de inhoud van de wederzijdse rechten en verplichtingen zijn door dat opschuiven immers niet gewijzigd. De nieuwe datum had geen invloed op de aangeboden prestaties, kansen, risico's en interviews. De nader overeengekomen opleveringsdatum was evenmin het resultaat van nadere onderhandelingen⁴ over de inhoud van de opdracht, maar is doorgevoerd op eenzijdig verzoek van RDW, die voor het onderzoek met zijn *privacy*- en *security*-medewerkers meer tijd nodig bleek te hebben dan bij het uitschrijven van de opdracht was voorzien. Een nadere opleveringsdatum was zoals eerder overwogen ook nodig geweest als de opdracht aan Cloudoe zou zijn gegund.

Conclusie en proceskosten

6.13. De conclusie is dat Cloudoe met haar eerste zes grieven terecht is opgekomen tegen het oordeel van de rechtbank dat zij haar recht om een schadevordering aanhangig te maken heeft verwerkt. Deze gegrondverklaring kan haar echter niet brengen tot het in deze procedure door haar beoogde resultaat, omdat van een jegens Cloudoe onrechtmatig verlopen aanbesteding geen sprake is geweest. Daarom zal het hof het vonnis bekrachtigen.

6.14. Niettegenstaande haar gegrond verklaarde grieven moet Cloudoe worden veroordeeld in de kosten van het hoger beroep, omdat zij door de

3 HvJ EG 29 april 2004, ECLI:EU:C:2004:236, C-496/99 P, inzake Commissie/CAS Succhi di Frutta.

4 Verg: HvJ EG 19 juni 2008, C-454/06, r.o. 34, inzake Pressetext Nachrichtenagentur/Oostenrijk (ECLI:EU:C:2008:351) jo. HvJ EU 7 september 2016, C-549/14, r.o. 33, inzake Finn Frogne (ECLI:EU:C:2016:634).

bekrachtiging van het vonnis heeft te gelden als de (geheel) in het ongelijk gestelde partij⁵.

6.15. Die proceskosten worden begroot op:

Griffierecht € 783

Salaris advocaat € 3.642 (3 punten × tarief II à € 1.214 per punt)

Nakosten € 178 (plus de verhoging zoals vermeld in de beslissing)

Totaal € 4.603

De gevorderde wettelijke rente over de proceskosten wordt toegewezen zoals vermeld in de beslissing.

7. Beslissing

Het hof:

- bekrachtigt het vonnis van de rechtbank Den Haag van 12 april 2023;
- veroordeelt Cloudoe in de kosten van de procedure in hoger beroep, aan de zijde van RDW begroot op € 4.603, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten als Cloudoe dit bedrag niet binnen veertien dagen na heden heeft voldaan;
- bepaalt dat als Cloudoe niet binnen veertien dagen na aanschrijving aan de uitspraak heeft voldaan en dit arrest vervolgens wordt betekend, Cloudoe de kosten van die betekening moet betalen, plus extra nakosten van € 92, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten als Cloudoe deze niet binnen veertien dagen na betekening heeft voldaan;
- verklaart dit arrest wat betreft voornoemde kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

Schadevergoeding en rechtsverwerking

Inleiding

In deze bodemprocedure vordert Cloudoe schadevergoeding en legt daar primair aan ten grondslag dat de RDW de inschrijving van Frontline ten onrechte niet als ongeldig terzijde heeft gelegd. Voor de RDW had volgens Cloudoe duidelijk moeten zijn dat Frontline niet aan de gestelde eis kon voldoen inhoudende dat de CCaaS-oplossing aan alle privacywetgeving moest voldoen en uiterlijk op 31 mei 2021 moest

zijn opgeleverd. Subsidiair stelt Cloudoe zich op het standpunt dat sprake is van een wezenlijke wijziging, vanwege het toestaan van een latere implementatiedatum. De RDW stelt zich op het standpunt dat Cloudoe haar rechten heeft verwerkt om schadevergoeding te kunnen vorderen en verwijst daarbij naar de gehanteerde rechtsverwerkingsclausule:

‘7. Indien niet binnen 20 dagen na verzending van het besluit een kort geding aanhangig is gemaakt, kunnen de gepasseerde Inschrijvers geen bezwaar meer maken naar aanleiding van de beslissing en hebben zij hun rechten ter zake verwerkt. De Aanbestedende dienst is in dat geval dan ook vrij om gevolg te geven aan de geuite beslissing. De gepasseerde Inschrijvers hebben in genoemd geval evenzeer hun rechten verwerkt in een (bodem)procedure een vordering tot schadevergoeding te stellen.’

Redelijkheid en billijkheid

De rechtbank komt tot de conclusie dat het beroep op dit beding in de gegeven omstandigheden niet in strijd is met de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW). Het gerechtshof oordeelt, onzes inziens terecht, dat dit wel het geval is. Cloudoe heeft zich voorafgaand aan het voornemen tot gunning op verschillende momenten op het standpunt gesteld dat Frontline de implementatiedatum van 31 mei 2021 niet zal kunnen halen en dat de inschrijving van Frontline daardoor terzijde had moeten worden gelegd. In de brief van 6 april 2021 geeft de RDW aan Cloudoe aan dat Frontline in staat is om binnen de gestelde eisen en randvoorwaarden de opdracht succesvol uit te kunnen voeren. Naar ons oordeel heeft de RDW Cloudoe daarmee in het ongewisse gelaten met betrekking tot de naderende overeenstemming met Frontline in relatie tot het verlengen van de implementatiedatum. Cloudoe heeft zich na de brief van 6 april 2021 beklagd bij de RDW, maar ook in de reactie van 21 april 2021 zegt de RDW niets over de gewijzigde implementatiedatum. Het feit dat Cloudoe pas na de klachttermijn vernam dat de implementatiedatum zou worden uitgesteld is voor het gerechtshof mede aanleiding geweest om te oordelen dat het beroep op de rechtsverwerkingsclausule in strijd is met de redelijkheid en billijkheid.

⁵ Verg: HR 4 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3477.

Rechtsbeschermingsrichtlijn

De principiële vraag is of deze verstrekkende rechtsverwerkingsclausule in strijd is met Richtlijn 2007/66/EG ('Rechtsbeschermingsrichtlijn').¹ Het hof gaat hier, anders dan de rechtbank, niet op in. De rechtbank oordeelt, onder verwijzing naar het *Lämmerzahl-arrest*, dat het toepassen van een vervaltermijn voor het indienen van een vordering tot schadevergoeding mogelijk is onder Europees recht, mits de termijn redelijk is. De passage waar de rechtbank naar verwijst in het *Lämmerzahl-arrest* is een verwijzing naar het *Universale-arrest*.² In het *Universale-arrest* ging het niet om de vraag of een termijn mag worden gesteld waarbinnen een schadevordering moet worden ingesteld. Centraal stond de vraag of een termijn mag worden gesteld waarbinnen moet worden opgekomen tegen het besluit tot voorlopige gunning. Het HvJ EU is van oordeel dat art. 1 lid 1 van de Rechtsbeschermingsrichtlijn er niet aan in de weg staat dat een termijn mag worden gesteld waarbinnen moet worden opgekomen tegen het besluit van de aanbestedende dienst, mits die termijn redelijk is gelet op de rechtszekerheid.³ Concluderend zijn wij van oordeel dat de rechtbank ten onrechte heeft verwezen naar voornoemde arresten omdat daaruit niet volgt dat art. 1 lid 1 de mogelijkheid biedt om een termijn te stellen waarbinnen een schadevordering moet worden ingesteld.

Nationale recht

Wij zijn van oordeel dat in het nationale recht aanwijzingen te vinden zijn dat een verstrekkend beding zoals in deze aanbesteding onaanvaardbaar is. Naast par. 4.4 van de Gids Proportionaliteit wijzen wij op de zwarte lijst voor algemene voorwaarden. Art. 6:236 sub g BW bepaalt dat het verkorten van de termijn tot één jaar om een schadevergoedingsactie te kunnen instellen een onredelijk bezwarend beding is en daarom vernietigbaar is. Weliswaar geldt de zwarte lijst alleen tussen bedrijven en consumenten, maar het geeft aan dat de wetgever terughoudendheid verlangt waar het gaat om het verkorten van een

termijn om een schadevordering in te kunnen stellen.

Weten of behoren te weten

Interessant is om te analyseren hoe geoordeeld zou (kunnen) worden in de hypothetische situatie dat de RDW in de gunningsbeslissing had aangegeven dat de deadline losgelaten zou worden en zou worden verlengd tot 1 oktober 2021. Dit roept de vraag op of in zo'n geval een beroep kan worden gedaan op een rechtsverwerkingsclausule waarin is bepaald dat binnen twintig dagen na voorlopige gunning een bodemprocedure moet zijn gestart. Zoals hiervoor al uiteengezet menen wij dat er aanwijzingen zijn dat deze eis als zodanig onaanvaardbaar is. Aangenomen dat zo'n bepaling als zodanig wel aanvaardbaar is, staat de redelijkheid en billijkheid wat ons betreft aan een beroep op de clausule in de weg indien de aanbestedende dienst binnen de standstill-termijn aansprakelijk is gesteld en de gronden daarvan – in dit geval het ten onrechte niet ongeldig verklaren van de inschrijving van Frontline en het doorvoeren van een wezenlijke wijziging – kenbaar zijn gemaakt. Als een aansprakelijkstelling wordt gecombineerd met een kort geding binnen de standstill-termijn dan is dat des te meer aanleiding om een beroep op rechtsverwerking, zou buiten de standstill-termijn een bodemprocedure worden aangespannen, te passeren. Onder deze omstandigheden kan naar ons oordeel niet worden aangenomen dat bij de aanbestedende dienst het gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat de afgewezen inschrijver het recht om schadevergoeding te vorderen niet meer zou uitoefenen.

Vordering tot schadevergoeding

Primair stelt Cloudoe dat de inschrijving van Frontline als ongeldig terzijde had moeten worden gelegd omdat tijdens de concretiseringsfase duidelijk is geworden dat de knock-out eis van 31 mei 2021 niet gehaald kon worden. Het gerechtshof oordeelt dat Cloudoe haar standpunt invloedsfeer van Frontline hebben gemaakt dat de deadline is opgeschoven, aldus de RDW. Het gerechtshof over-

1 Voorheen Richtlijn 89/665.

2 HvJ EU 12 december 2002, ECLI:EU:C:2022:746, r.o. 39 (Universale).

3 HvJ EU 12 december 2002, ECLI:EU:C:2022:746, r.o. 71 e.v. (Universale).

weegt dat van ongeldigheid met terugwerkende kracht, omdat na maart 2021 bleek dat 31 mei 2021 niet gehaald kon worden, niet aan de orde kan zijn. Dat oordeel lijkt ons juist, omdat de geldigheid van de inschrijving moet worden beoordeeld op het moment van het nemen van de voorlopige gunningsbeslissing. Wij verwijzen in dit verband naar de Abri-zaak, waarin is geoordeeld dat de inschrijving van de winnende inschrijver (achteraf bezien) ten tijde van het gunningsvoornemen ongeldig had moeten worden verklaard.⁴ In de Abri-zaak is vastgesteld dat de eisende partij (nummer twee) wel geldig heeft ingeschreven en dat de opdracht dus aan haar had moeten worden gegund. Dat ligt in deze zaak anders indien het standpunt gevolgd zou zijn dat de inschrijving van Frontline maanden na het gunningsvoornemen met terugwerkende kracht ongeldig had moeten worden verklaard. Dat zou Cloudeo ook zijn overkomen. Het gerechtshof overweegt ook dat als de opdracht aan Cloudeo was gegund de deadline van 31 mei 2021 ook niet was gehaald, omdat Cloudeo gebruik maakt van hetzelfde platform waar privacy issues mee waren.

Subsidiar stelt Cloudeo dat sprake is van een wezenlijke wijziging. Het gerechtshof gaat daar niet in mee, omdat de wederzijdse rechten en verplichtingen door het opschuiven niet zijn gewijzigd en omdat de wijziging is doorgevoerd op eenzijdig verzoek van de RDW omdat de RDW meer tijd nodig bleek te hebben om onderzoek te doen. Daarbij wordt betrokken dat een nadere opleveringsdatum ook nodig was geweest als de opdracht aan Cloudeo zou zijn gegund.

Als een wezenlijke wijziging zou zijn aangenomen dan had de RDW in 2021 opnieuw moeten aanbesteden. Uitgaande van een eerder vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam kon Cloudeo de wezenlijke wijziging doorgevoerd in april/mei 2021 in februari 2022 (het moment waarop de dagvaarding is betekend) niet meer ten grondslag leggen aan een vernietigingsvordering.⁵ Om in aanmerking te

komen voor schadevergoeding moest Cloudeo aannemelijk maken dat zij ook in 2021 zou hebben ingeschreven en dat zij een reële kans op gunning van de opdracht zou hebben gehad.⁶ Als uitgangspunt bij kansschade voor misgelopen aanbestedingen geldt het beginsel van gelijke kansen: iedere potentiële inschrijver heeft in beginsel evenveel kans gehad om de aanbesteding te winnen.⁷ De rechter kan van dit uitgangspunt afwijken en een beoordeling van de kansen maken naar aanleiding van de concrete omstandigheden van het geval, zoals in de zaak tegen de NS.⁸

Conclusie en vuistregels voor de praktijk

Er zijn aanwijzingen op basis waarvan betoogd kan worden dat een verstrekkende rechtsverwerkingsclausule, waarin is bepaald dat een eventuele schadevergoedingsvordering in een (bodem) procedure binnen een termijn van twintig dagen moet worden ingesteld, ongeoorloofd is. Het gerechtshof laat in het midden of een dergelijke rechtsverwerkingsclausule in zijn algemeenheid is toegestaan en oordeelt dat het beroep op de rechtsverwerkingsclausule i.c. in strijd is met de redelijkheid en billijkheid. Mogelijk zou dit anders zijn geweest indien de schadevordering was gebaseerd op feiten en omstandigheden die ten tijde van de gunningsbeslissing kenbaar waren of hadden behoren te zijn. Voor aanbestedende diensten is het van belang te beseffen dat het achterhouden van informatie tijdens de standstill-termijn kan betekenen dat een afgewezen inschrijver die buiten de standstill-termijn in een bodemprocedure schadevergoeding vordert, geen rechtsverwerking tegengeworpen kan worden. Voor inschrijvers is van belang om binnen de standstill-termijn werk te maken van feiten die op dat moment bekend zijn en kunnen dienen als grondslag voor een schadevordering, als een aanbestedende een rechtsverwerkingsclausule hanteert waarin is bepaald dat een schadevordering tot twintig dagen na voorlopige gunning kan

4 Zie voor een vergelijkbare zaak: Rechtbank Midden-Nederland 30 december 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:5672 (eerste aanleg) en Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 19 juli 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:6172 (hoger beroep).

5 V.zr. Rechtbank Amsterdam 10 januari 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:121, r.o. 4.8. De voorzienin-

genrechter past de termijn van zes maanden (art. 4.15 lid 2 sub b AanbW 2012) toe.

6 Rechtbank Midden-Nederland 17 april 2024, ECLI:NL:RBMNE:2024:2256, r.o. 4.5.

7 Rechtbank Utrecht 4 juli 2001, ECLI:NL:RBUTR:2001:ZL1173.

8 Rechtbank Midden-Nederland 17 april 2024, ECLI:NL:RBMNE:2024:2256, r.o. 4.33.

worden ingesteld. Zij zouden de aanbestedende dienst in dat geval op zijn minst aansprakelijk moeten stellen binnen de gestelde termijn van twintig dagen.

mr. J.P.M. van Beers
advocaat bij Holla legal & tax

mr. R. Smit
advocaat bij Holla legal & tax

120

Didam: Onderhandse verkoop percelen door gemeente niet in strijd met Didam

Gerechtshof 's-Hertogenbosch
2 juli 2024, 200.334.823_01,
ECLI:NL:GHSHE:2024:2128
(mrs. E.H. Schulten, Z.D. van Heesen-Laclé,
C.B.M. Scholten van Aschat)

Didam. Mededinging. Gronduitgifte. Openbare verkoop. Selectie.

Appellant is eigenaar van een perceel grond met opstallen. De gemeente is eigenaar van een daaraan grenzend perceel, wat ook geldt voor 'de B.V.'. Bij raadsbesluit van 14 juli 2015 heeft de gemeenteraad besloten om de panden op twee van de percelen te slopen en een herontwikkelingsvisie te laten opstellen voor de vrijkomende locaties, tezamen met de direct omliggende panden. In april 2017 heeft appellant een initiatiefplan ingediend bij de gemeente voor de realisatie van een gebouw op de locatie, bestaande uit één woning en vier appartementen voor verhuur.

Op 1 april 2020 hebben de B.V. en de eigenaren van de Kringlooplocatie een intentieovereenkomst gesloten waarin partijen hun voornemen bevestigen om op hun locaties een nieuwbouwontwikkeling van woningen te realiseren en daartoe een initiatiefplan in te zullen dienen bij de gemeente. Op 21 mei 2020 heeft de B.V. het initiatiefplan ingediend bij de gemeente. In de loop van 2020 is de B.V. met appellant in gesprek gegaan over de mogelijkheid om de voormalige moskeelocatie bij de integrale ontwikkeling te betrekken. Op 14 april 2021 hebben de gemeente en de B.V. een intentieovereenkomst gesloten en

zijn er afspraken gemaakt over nader onderzoek naar de haalbaarheid van de plannen. In maart 2023 heeft appellant telefonisch contact opgenomen met de gemeente omdat de onderhandelingen met de B.V. stuk waren gelopen en hij voor zijn gevoel 'uitgeknepen werd' door de B.V. In eerste aanleg stelt appellant zich op het standpunt dat de door de gemeente voorgenomen verkoop in strijd is met de in de jurisprudentie vastgelegde regels van het Didam-arrest. Appellant stelt dat het de gemeente in 2020 bekend was dat hij het perceel wilde kopen, hij als gegadigde is aan te merken en er in deze procedure geen plaats is om te beoordelen of hij over voldoende kennis, ervaring en financiële middelen beschikt om een vergelijkbaar project op te zetten. Daarnaast stelt appellant dat de gemeente hem had moeten informeren over een selectieprocedure en criteria. In het eindvonnis heeft de rechter de vorderingen van appellant afgewezen.

Beoordeling

Het hof stelt voorop, evenals de rechter in eerste aanleg, dat het zogenaamde Didam-arrest bij de beoordeling het uitgangspunt vormt.

Het hof is van oordeel dat appellant onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat hij als (potentiële) gegadigde is te beschouwen. Door appellant is onvoldoende toegelicht waarom hij als natuurlijke persoon, niet handelend in de uitoefening van een beroep of bedrijf, zou beschikken over de vereiste kennis, ervaring en financiële draagkracht om de beoogde herontwikkeling te kunnen realiseren. Dat appellant in dat kader een beroep zou kunnen doen op de technische bekwaamheid en financiële draagkracht van Fivente, is niet aannemelijk gemaakt.

Appellant heeft ter onderbouwing van zijn betoog dat hij en Fivente als gelijkwaardige partners zouden opereren, verwezen naar verschillende versies van tussen hem en Fivente gesloten (samenwerkings)overeenkomsten. Daarbij valt op dat in hoger beroep door appellant een drietal verschillende overeenkomsten zijn ingebracht, waarbij de eerste is gedateerd op 4 december 2023 maar niet ondertekend, de tweede is gedateerd op 12 oktober 2023 en enkel ondertekend door Fivente en de derde gedateerd is op 12 oktober 2023 en ondertekend door beide partijen. Door appellant is een en ander niet toegelicht in de stukken.

Uit de derde overeenkomst, waar appellant zich kennelijk op beroept, blijkt onvoldoende concreet