

Pleitnotitie mrs. Sueters en Rassa – kort geding Van Dongen e.a. / gemeente 's-Hertogenbosch

Datum zitting : 19 juni 2019 (14.00 uur)
Zaaknummer : C/01/346378 / KG ZA 19/259

inzake

1. **VAN DONGEN-KOSCHUCH ARCHITECTS AND PLANNER B.V.**
2. **KRAAIJVANGER B.V.**
3. **MVRDV B.V.**
4. **AMA GROUP ASSOCIATED ARCHITECTS B.V.**

eisers, advocaat: mr. B. van Mieghem te Rotterdam

tegen

de publiekrechtelijke rechtspersoon **GEMEENTE 'S-HERTOGENBOSCH**,

gedaagde, advocaten: mr. L.J.W. Sueters en mr. A.A. Rassa te 's-Hertogenbosch

Geachte President!

Inleiding

1. Onderhavig kort geding verschilt sterk van het gemiddelde aanbestedingskortgeding dat immers, gelet op alle betrokken belangen, dient te worden gevoerd binnen de daartoe gestelde bezwaartermijn ('Alcateltermijn').
2. De gunningsbeslissing inzake onderhavige opdracht is inmiddels circa vier maanden geleden (op 22 februari 2019) door de Gemeente genomen. De bezwaartermijn tegen deze gunningsbeslissing is al geruime tijd geleden verstreken, namelijk op 14 maart 2019.
3. Gelet op het ongebruikt verstrijken van deze bezwaartermijn, is de overeenkomst inzake onderhavige opdracht op 2 april 2019 tussen de Gemeente en NOAHH gesloten. De opdracht zoals is aanbesteed bevindt zich daarmee al geruime tijd in de uitvoeringsfase, waarbij er niet alleen diverse werkzaamheden door NOAHH en de Gemeente zijn verricht, maar in welk verband ook diverse met onderhavige aanbesteding samenhangende andere (reeds gegunde) opdrachten in uitvoering zijn, dan wel zich thans in de aanbestedingsfase bevinden. Voor wat betreft het laatste, de selectiefase van de niet-openbare aanbestedingsprocedure voor contractering van een aannemer die het uit te werken ontwerp gaat uitvoeren is inmiddels achter de rug en de gunningsfase met de vijf geselecteerde en reeds uitgenodigde aannemers heeft reeds een aanvang genomen (thans het 'finaliseren' van de documenten voor de gunningsfase).
4. Of om in toneeltermen te spreken: de voorstelling is voor eisers al lange tijd geleden definitief beëindigd en een verlenging hiervan is niet aan de orde. Kortom, het (aanbestedings)doek is voor eisers al geruime tijd geleden gevallen.

5. Enigszins complicerend is het feit dat de vier eisers, gelet op verschillende op hen van toepassing zijnde feitencomplexen, zich niet allemaal in dezelfde positie ten opzichte van de Gemeente bevinden, hetgeen dan ook gevolgen heeft voor het verweer van de Gemeente jegens hen, dat op onderdelen anders zal zijn. Overigens wel met hetzelfde eindresultaat, namelijk dat alle vorderingen niet voor toewijzing in aanmerking komen. Mede gelet hierop, maar ook gelet op het feit dat het petitum van de dagvaarding wel erg 'gecomprimeerd' is opgesteld, worden de vorderingen onder Romeinse I t/m VII van het petitum voor de overzichtelijkheid van het geschil eerst 'ontrafeld' en gemakshalve nader (per Romeins cijfer) genummerd, zodat hiernaar gedurende het pleidooi eenvoudig(er) kan worden verwezen.
6. De gemeente begrijpt de primaire vordering onder I, II en III petitum als volgt:
- IA: De Gemeente te veroordelen de gunning van de opdracht aan NOAHH te staken en gestaakt te houden;
 - IB: De Gemeente te veroordelen verdere contractering met NOAHH te staken en gestaakt te houden;
 - IC: De Gemeente te veroordelen het laten uitvoeren van werkzaamheden door NOAHH te staken en gestaakt te houden;
 - ID: De Gemeente te veroordelen de contractering met overige partijen ter uitvoering van het project (bouwers, aannemers etc.) te staken en gestaakt te houden;
 - IE: De Gemeente te veroordelen het laten uitvoeren van werkzaamheden door overige partijen op basis van reeds gesloten overeenkomsten te staken en gestaakt te houden;
 - II: Gedaagde te gebieden over te gaan tot heraanbesteding van de opdracht omdat als gevolg van wezenlijke wijzigingen van de oorspronkelijke opdracht, sprake is van een nieuwe opdracht. Deze vordering ziet dus op een (vermeende) wezenlijke wijziging van de opdracht tijdens de uitvoeringsfase;
 - III: betreft een zogenaamde 'veegvordering'.
7. Subsidiair vorderen eisers onder IV en V:
- IVA: de Gemeente te veroordelen de gunning aan NOAH in te trekken; en
 - IVB: de Gemeente te gebieden verdere contractering met NOAHH te staken en gestaakt te houden; en
 - IVC: De Gemeente te gebieden het laten uitvoeren van werkzaamheden door NOAHH op basis van reeds gesloten overeenkomsten te staken en gestaakt te houden.
 - V: betreft een zogenaamde 'veegvordering'.
8. Meer subsidiair vorderen eisers onder VI en VII, allereerst onder VI de Gemeente te gebieden de gunning aan NOAHH binnen veertien dagen na vonnis, althans binnen een door UEA te bepalen redelijke termijn, te voorzien van een deugdelijke motivering,
- VIA: waaruit in ieder geval blijkt op welke onderdelen het ontwerp van NOAHH niet voldoet aan het PvE (waaronder het functioneel ontwerp) en het concept bestemmingsplan;
 - VIB: en waarom, desondanks, mede gelet op de afwijking van de eisen van de overige inschrijvers, aan NOAHH is gegund;
 - VIC: met bekendmaking van het Structuurontwerp van NOAHH (de tekeningen) zoals ingediend in de aanbestedingsprocedure.
 - VII: de Gemeente te gebieden van de onder VIA t/m VIC gevorderde motivering aan alle gegadigden (bedoeld zal zijn eisers) een rechtsgeldige Alcateltermijn te stellen waarbinnen eventueel rechtsmaatregelen kunnen worden getroffen.
9. Naar het oordeel van de Gemeente dienen eisers in hun vorderingen niet-ontvankelijk te worden verklaard, althans dienen hun vorderingen te worden afgewezen. Ten aanzien van de twee

veegvorderingen kan de Gemeente al kort zijn: deze zijn te weinig specifiek om voor toewijzing in aanmerking te komen.¹ Ter nadere toelichting het navolgende.

Rechtsverwerking van Van Dongen – Koschuch Architects and Planners ('Van Dongen')

10. De Gemeente stelt zich op het standpunt dat Van Dongen haar rechten heeft verwerkt voor zover het bezwaren betreft die anders zijn dan dat sprake is van een wezenlijke wijziging van de opdracht in de *uitvoeringsfase*. Dit volgt immers onmiskenbaar uit de e-mail van de advocaat namens Van Dongen d.d. 13 maart 2019 aan de Gemeente, prod. 4, die eerder nog bij e-mail van 11 maart 2019 had aangekondigd een kort geding te willen starten (prod. 4). Van Dongen meldt in dit verband over het gunningsresultaat van de aanbesteding expliciet (prod. 4): "*Mijn cliënte acht het niet opportuun daarover in kort geding in discussie te gaan*". En: "*Mijn cliënte wil zich geen slecht verliezer tonen, zij richt zich liever op de toekomst*". En: "*Ik meld dit alles niet om de procedure te heropenen, dat is niet aan de orde, maar slechts in de hoop dat een dergelijk traject in het vervolg anders wordt aangepakt*". Op grond van deze mededelingen heeft Van Dongen bij de Gemeente het gerechtvaardigd vertrouwen gewekt dat zij zich definitief heeft neergelegd bij de wijze waarop de aanbesteding is ingestoken en bij het gunningsresultaat ten gunste van NOAHH, in welk verband de advocaat van Van Dongen ter zake geen enkel voorbehoud heeft gemaakt. Deze mededelingen van Van Dongen zijn naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onverenigbaar met de in dit kort geding tegen de Gemeente ingestelde vorderingen onder I, III, IV, V, VI en VII. Dit geldt des te meer nu de positie van de Gemeente gelet op de reeds gesloten overeenkomst en de hiermee samenhangende gesloten overeenkomsten en de in voorbereiding zijnde andere (samenhangende) aanbestedingstrajecten onredelijk wordt benadeeld als de overeenkomst met NOAHH alsnog op grond van voormelde vorderingen aangetast zou moeten worden.

Overeenkomst inzake de Opdracht die is aanbesteed is reeds gesloten

11. In onderhavige kwestie kunnen partijen er niet om heen dat de gunningsfase en daarmee ook de aanbestedingsfase gelet op de totstandkoming van de overeenkomst tussen de Gemeente en NOAHH op 2 april 2019 definitief is beëindigd.² De Gemeente heeft eisers hierop gewezen (prod. 7 eisers, blz. 4 en 5). Het standpunt van eisers komt er in dit verband op neer dat het feit dat de Gemeente al een overeenkomst met NOAHH heeft gesloten voor rekening en risico komt van de Gemeente (randnr. 68 dagvaarding). Dit is echter enkel juist voor zover de bezwaren van eisers betrekking hebben op het (vermeend) wezenlijk wijzigen van de reeds gesloten overeenkomst gedurende de uitvoering hiervan. Dit ligt daarentegen geheel anders met betrekking tot alle overige bezwaren van eisers, die (samengevat) betrekking hebben op de rechtmatigheid van de gevoerde aanbestedingsprocedure, de gunningsbeslissing ten gunste van NOAHH en de met NOAHH gesloten overeenkomst. Ter toelichting het navolgende.

Consequenties van de tussen de Gemeente en NOAHH gesloten overeenkomst van 2 april 2019 voor wat betreft de bezwaren van eisers anders dan dat sprake is van een wezenlijke wijziging van de opdracht gedurende de uitvoering hiervan.

12. Artikel 4.15 lid 1 sub a t/m c Aw bepaalt expliciet dat een als resultaat van een gunningsbeslissing gesloten overeenkomst in rechte slechts vernietigbaar is op een drietal limitatieve gronden. Dat één van deze drie gronden in onderhavige situatie van toepassing is voor wat betreft de bezwaren van eisers (anders dan dat sprake is van een wezenlijke wijziging van de opdracht gedurende de

¹ Vgl. Vzr. Rb. Oost-Brabant, 26 juli 2018, r.o. 4.20, ECLI:NL:RBOBR:2018:3593.

² Zie Vzr. Rb. Den Haag, d.d. 26 oktober 2018, r.o. 4.2, ECLI:NL:RBDHA:2018:12716.

uitvoering hiervan), is niet gesteld en overigens gelet op de aard van deze gronden ook niet aan de orde. De situatie van sub a is immers niet aan de orde omdat in casu een Europese aanbesteding heeft plaatsgevonden. Ook de situatie van sub b is niet aan de orde, omdat deze categorie enkel die gevallen betreft waarin de bezwaartermijn niet in acht is genomen dan wel de uitspraak van de rechter in eerste aanleg niet is afgewacht. In casu is door de Gemeente een bezwaartermijn gesteld, die door de Gemeente ook daadwerkelijk in acht is genomen alvorens de overeenkomst met NOAHH te sluiten.

Zie ook Vzr. Rb. Den Haag 18 oktober 2017 ECLI:NL:RBDHA:2017:12739, r.o. 4.3; Vzr. Rb. Den Haag 27 november 2018 ECLI:NL:RBDHA:2018:15509, r.o. 5.3 (waarin uitdrukkelijk werd geoordeeld dat sanctie van vernietiging van art. 4.15 lid 1 sub b Aw uitsluitend ziet op het niet in acht nemen van een opschortende termijn van 20 dagen) en Gerechtshof 's-Hertogenbosch 12 maart 2019 ECLI:NL:GHSHE:2019:974, r.o. 6.5.4 en 6.5.5 (waarin uitdrukkelijk werd geoordeeld dat een inschrijver geen beroep op art. 4.15 lid 1 sub b Aw toekomt indien een opschortende termijn is gehanteerd, ook al zou achteraf vast komen te staan dat sprake is geweest van een motiveringsgebrek op grond waarvan de bezwaartermijn mogelijk niet zou zijn aangevangen).

13. En de situatie van sub c van art. 4.15 lid 1 Aw doet zich in casu ook niet voor. Dit betekent dan ook dat vernietiging/aantasting van de reeds gesloten overeenkomst niet kan worden toegewezen op grond van art. 4.15 lid 1 Aw. Voor het overige zou de overeenkomst conform vaste jurisprudentie³ enkel kunnen worden vernietigd/aangetast als er sprake is van wilsgebreken of van nietigheid of vernietigbaarheid op grond van art. 3:40 BW (op een andere grond dan in strijd met aanbestedingsregels).

Een beroep op wilsgebreken op grond waarvan de overeenkomst moet worden vernietigd komt toe aan de 'vernietigingsbevoegde' (ex art. 3:50 en 3:51 BW), dus NOAHH, de contractspartij van de Gemeente. NOAHH heeft echter geen beroep gedaan op een dergelijk wilsgebrek en evenmin is door NOAHH een vernietigingsactie ingesteld, zodat vernietiging o.g.v. een wilsgebrek in casu niet aan de orde is.⁴

Nietigheid/vernietigbaarheid o.g.v. art. 3:40 BW is evenmin aan de orde, nu geen sprake is van een overeenkomst waarvan de inhoud of strekking in strijd is met de goede zeden of de openbare orde. De wettelijke regeling van het aanbestedingsrecht is niet van openbare orde⁵ en een overeenkomst die in strijd met het aanbestedingsrecht is gesloten is niet nietig.⁶ Zelfs indien ervan moet worden uitgegaan dat NOAHH bij de uitvoering van de opdracht de wet zal overtreden staat vast dat de overeenkomst tussen de Gemeente en NOAHH niet is aangegaan met het doel NOAHH in de gelegenheid te stellen in strijd met de wet te handelen. De strekking van de overeenkomst is derhalve niet in strijd met de openbare orde.⁷

³ Zie HR 18 november 2016 (Xafax), ECLI:NL:HR:2016:2638, r.o. 3.73, 3.75 en 3.9; Hof Den Bosch, 12 maart 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:974, r.o. 6.5.4.; Vzr. Rb. Den Haag, d.d. 26 oktober 2018, r.o. 4.2-4.5 (indien door inschrijver niet wordt voldaan aan PvE), ECLI:NL:RBDHA:2018:12716; Vzr. Rb. Den Haag, 15 mei 2019, r.o. 4.18, ECLI:NL:RBDHA:2019:4916.

⁴ Zie ook Gerechtshof 's-Hertogenbosch 16 oktober 2018 ECLI:NL:GHSHE:2018:4294, r.o. 3.8.

⁵ Gerechtshof Den Haag 4 oktober 2016 ECLI:NL:GHDHA:2016:2816, r.o. 10.

⁶ HR 22/01/1999 (Uneto/De Vliert), ECLI:NL:HR:1999:ZC2826 en HR 4 november 2005, ECLI:NL:HR2005:AU2806.

⁷ Zie ook Vzr. Rb. Den Haag 11 september 2017 ECLI:NL:RBDHA:2017:10450, r.o. 4.7.

14. Dat één van deze omstandigheden zich in deze aanbestedingsprocedure heeft voorgedaan is door eisers niet gesteld en overigens ook niet aan de orde, hetgeen ook volgt uit hetgeen zo dadelijk nog over de gevoerde aanbestedingsprocedure verder naar voren zal worden gebracht.

Met dit rechtsbeschermingsstelsel zoals neergelegd in de Aanbestedingswet is door de wetgever nadrukkelijk beoogd een evenwicht te vinden tussen enerzijds de belangen van de aanbestedende dienst en de winnende inschrijver en anderzijds die van de overige inschrijvers (Kamerstukken II 2009/10, 32 027, nr. 7, blz. 5-6). Zie ook Vzr. Rb. Den Haag, d.d. 11 september 2017, r.o. 4.5 (ECLI:NL:RBDHA:2017:10450) en d.d. 26 oktober 2018 (ECLI:NL:RBDHA:2018:12716), r.o. 4.2: *“Deze beperking dient ertoe het evenwicht tussen de verschillende bij een aanbesteding betrokken belangen te waarborgen en te voorkomen dat grote of te langdurige onzekerheid ontstaat over de vraag of de overeenkomst gesloten en uitgevoerd kan worden”*. E.e.a. laat onverlet dat eisers ter zake altijd nog een bodemprocedure kunnen starten strekkende tot het verkrijgen van schadevergoeding.

Zie meer specifiek Vzr. Rb. Den Haag, 11 september 2017, r.o. 3.1, 4.4 t/m 4.6 (ECLI:NL:RBDHA:2017:10450), waarin (zoals ook *in casu* door eisers) ná het sluiten van de overeenkomst de geldigheid van de inschrijving van de winnaar werd aangevochten. In die zaak is geoordeeld dat de inmiddels gesloten overeenkomst met de winnaar slechts op een beperkt aantal gronden aantastbaar is. Derhalve werd eerst nagegaan of één van deze gronden zich voordeed, hetgeen, zoals ook *in casu*, niet het geval was. De vorderingen waren daarom dan ook niet toewijsbaar.

15. Het zojuist genoemde toetsingskader geldt overigens ook voor vorderingen die bij wijze van alternatieve sancties verbieden om verdere uitvoering aan de gesloten overeenkomst te geven. Dergelijke vorderingen staan in feite gelijke aan vernietiging.

Zie in dit verband HR 18 november 2016 (Xafax), ECLI:NL:HR:2016:2638, r.o. 3.7.5: *“De als resultaat van de gunningsbeslissing tot stand gekomen overeenkomst is dus alleen aan te tasten in de hiervoor in 3.7.3 genoemde gevallen. Dat brengt mee dat ook vorderingen waarmee wordt beoogd die overeenkomst te beëindigen of de uitvoering daarvan te verhinderen, alleen toegewezen kunnen worden in die gevallen”*. En Hof Den Bosch, 12 maart 2019, r.o. 6.5.5, ECLI:NL:GHSHE:2019:974: *“Voor een alternatieve sanctie in plaats van een vernietiging is alleen sprake indien aan de voorwaarden voor vernietiging is voldaan”*. Zie ook Rb. Den Haag, 15 augustus 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:9907, r.o. 4.3: *“Ditzelfde toetsingskader geldt in het geval – zoals in deze zaak – wordt beoogd de uitvoering van de als resultaat van de gunningsbeslissing tot stand gekomen overeenkomst te verhinderen”*. Zie ook Vzr. Rb. Overijssel 10 april 2019 ECLI:NL:RBOVE:2019:1240, r.o. 4.5: *“(…) Echter, de hiervoor onder rechtsoverweging 4.4 genoemde vervaltermijnen ex artikel 4.15 lid 2 Aanbestedingswet 2012 hebben niet alleen betrekking op vernietiging van een overeenkomst, maar zien eveneens op vorderingen waarmee wordt beoogd de overeenkomst/aanvullende overeenkomst te beëindigen of de uitvoering daarvan te verhinderen (...)”*⁸

16. De primaire vorderingen onder I, III, IV, V, VI en VII komen gelet op het voorgaande dan ook niet voor toewijzing in aanmerking. Voor de vorderingen onder VI en VII geldt dat het eisers in dit verband ontbreekt aan recht en belang, nu deze vorderingen beogen een nieuwe gunningsbeslissing met daarbij een nieuwe bezwaartermijn af te dwingen hetgeen nergens toe

⁸ Zie ook Gerechtshof Amsterdam 27 juni 2017 ECLI:NL:GHAMS:2017:2573, r.o. 3.2.2 en Vzr. Rb. Den Haag 21 december 2017 ECLI:NL:RBDHA:2017:15465, r.o. 5.2.

kan leiden omdat de overeenkomst tussen de Gemeente en NOAHH immers niet voor vernietiging/aantasting in aanmerking komt.

Vernietiging van de overeenkomst op grond van art. 4.15 lid 1 sub a – wezenlijke wijziging van de opdracht gedurende de uitvoering van de opdracht

17. De tussen de Gemeente en NOAHH gesloten overeenkomst zou op grond van art. 4.15 lid 1 sub a Aw in beginsel voor vernietiging/aantasting in aanmerking kunnen komen indien de opdracht zoals is aanbesteed *tijdens de uitvoering* van de opdracht wezenlijk zou zijn gewijzigd. Zo dadelijk zal worden toegelicht dat van een dergelijke wezenlijke wijziging geen sprake is.
18. Echter ook indien UEA mocht oordelen dat sprake is van een wezenlijk gewijzigde opdracht in de uitvoeringsfase, komen de vorderingen van eisers die zien op ingrijpen in de overeenkomst tussen de Gemeente en NOAHH nog steeds niet voor toewijzing in aanmerking. Allereerst niet omdat het onder II van het petitum gevorderde (ongeclausuleerde) gebod tot heraanbesteding aan de Gemeente in strijd is met de contractsvrijheid, nu het de Gemeente vrij dient te staan te beslissen om ter zake geen opdracht te gunnen. De Gemeente kan dan ook niet worden verplicht tot heraanbesteding.⁹
19. Daarnaast kunnen de vorderingen onder IA, IB, IC, II en IV van het petitum alleen worden toegewezen indien UEA de kans van slagen gelet op de zojuist genoemde uitzonderlijke (limitatieve) omstandigheden voor ingrijpen in een gesloten overeenkomst door de bodemrechter aanmerkelijk acht, in welk verband eisers in het licht van artikel 3:51 lid 2 BW echter niet alleen de Gemeente hadden moeten dagvaarden, maar ook NOAHH. Op grond van laatstgenoemd artikel moet een rechtsvordering tot vernietiging van een rechtshandeling immers worden ingesteld tegen alle partijen bij die rechtshandeling, dus de Gemeente en NOAHH. Zie ook Kamerstukken II 2008/09, 32 027, nr. 3, blz. 11 (MvT). De door eisers ingestelde vorderingen staan feitelijk gelijk aan vernietiging van de overeenkomst, zodat om die reden ook NOAHH had moeten worden gedagvaard. Nu eisers hebben verzuimd NOAHH te dagvaarden, kunnen de zojuist genoemde vorderingen van eisers niet worden toegewezen. De vorderingen onder IB en IVB komen overigens ook niet voor toewijzing in aanmerking omdat verdere contractering met NOAHH een (algeheel) contracteringsverbod met NOAHH inhoudt, waarvoor rechtens geen grondslag bestaat zolang de Gemeente zich aan de vigerende aanbestedingsregels houdt.
20. Voor wat betreft de vorderingen onder ID en IE geldt allereerst dat eisers helemaal geen recht en belang hebben bij toewijzing van deze vorderingen, nu eisers niet op enigerlei wijze betrokken zijn bij *overige* projecten/opdrachten (dus anders dan de opdracht die in geschil is). Die projecten/opdrachten zijn immers geen onderdeel van de aanbesteding/overeenkomst waartegen eisers ageren. Mocht UEA onverhoopt anders oordelen dat geldt ook voor deze vorderingen dat eisers verzuimd hebben voor deze overige projecten/opdrachten de contractanten van de Gemeente in rechte te betrekken, zodat op dezelfde gronden zoals zojuist uiteen is gezet, ook deze vorderingen niet voor toewijzing in aanmerking komen.

Vorderingen onder I en IV leveren geen toewijsbare voorlopige voorzieningen op

21. Met de vorderingen onder I en IV van het petitum wordt door eisers een definitief staken van de gunning / overeenkomst beoogd, hetgeen overigens ook reeds volgt uit het feit dat deze

⁹ Vgl. Vzr. Rb. Den Haag 5 oktober 2016 ECLI:NL:RBDHA:2016:14439, r.o. 4.3; Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 12 januari 2016 ECLI:NL:GHARL:2016:130, r.o. 4.19 en Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant 22 maart 2016 ECLI:NL:RBZWB:2016:1666, r.o. 5.2.

vorderingen niet in de tijd zijn beperkt of afhankelijk zijn gesteld van de uitkomst van een te voeren bodemprocedure. Dergelijke vorderingen zijn naar hun aard geen voorlopige maatregel. De gevorderde staking en het gestaakt houden levert gelet hierop dan ook geen toewijsbare voorlopige voorziening op (zie Hof Den Bosch, 16 oktober 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:4294, r.o. 3.7.2., m.n. laatste gedeelte). Indien toegewezen moet een dergelijke uitspraak namelijk als constitutief worden aangemerkt. De rechtstoestand tussen partijen (de Gemeente en NOAHH) wordt immers ten gronde gewijzigd. Als een voorlopige voorziening kan zo'n uitspraak dan niet meer worden aangemerkt (zie HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR2012:BV6727).

22. Nu de vorderingen onder I en IV ook gelet hierop niet voor toewijzing in aanmerking komen, hebben eisers daarmee ook geen recht en belang meer bij de vorderingen onder VI en VII van het petitum.

Niet gedagvaard binnen contractueel overeengekomen vervaltermijn

23. Op grond van de voorgaande verweren kunnen de vorderingen van eisers naar het oordeel van de Gemeente al niet worden toegewezen. Mocht UEA hier anders over oordelen, het navolgende. In par. 5.4.1 van het Gunningsdocument (prod. 2 eisers) is (samengevat) bepaald dat afgewezen inschrijvers na ontvangst van de voorlopige gunningsbeslissing 20 kalenderdagen de tijd hebben om bezwaar te maken tegen deze voorlopige gunningsbeslissing, waarbij deze bezwaartermijn als een (gebruikelijke) vervaltermijn is aangemerkt.
24. Door inschrijving hebben eisers deze contractuele vervaltermijn geaccepteerd (zie ook expliciet de tweede bullet in par. 3.7 Gunningsdocument, prod. 2 Eisers) en zijn zij hieraan gebonden, zodat eisers buiten deze termijn geen bezwaar meer kunnen maken tegen de gunningsbeslissing ten gunste van NOAHH. Dit geldt des te meer nu inschrijvers tijdens de aanbestedingsprocedure geen bezwaar tegen deze contractuele vervaltermijn hebben gemaakt, hier geen vragen over hebben gesteld en hiermee dan ook onvoorwaardelijk hebben ingestemd.
25. Dat sprake is van een contractuele vervaltermijn is ook in de afwijzingsbrieven (tweede blz., tweede alinea) aan inschrijvers (producties 5 t/m 8) nogmaals klip en klaar medegedeeld. Kortom eisers zijn bekend geweest met deze duidelijke, onvoorwaardelijke contractuele vervaltermijn, althans hadden dat behoren te zijn.
26. De afwijzingsbrieven dateren van 22 februari 2019 (prod. 5 t/m 8), zodat uiterlijk op 14 maart 2019 een afgewezen inschrijver een dagvaarding op het adres van de Gemeente had moeten laten betekenen (op straffe van niet-ontvankelijkheid) indien hij bezwaren had tegen de voorlopige gunningsbeslissing ten gunste van NOAHH. Vast staat dat de dagvaarding is betekend op 16 mei 2019, dus ruimschoots buiten de voorgeschreven overeengekomen contractuele vervaltermijn. Gelet hierop kunnen eisers niet worden ontvangen in hun vorderingen onder I, III, IV t/m VII van het petitum. Het spreekt voor zich dat de vervaltermijn niet wordt ingeroepen door de Gemeente voor wat betreft de vordering onder II (heraanbesteding vanwege een wezenlijk gewijzigde opdracht tijdens de uitvoeringsfase).
27. Het beroep van eisers dat een beroep door de Gemeente op het verstrijken van de bezwaartermijn (Alcateltermijn) naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, moet worden verworpen. Te laat is gelet op het karakter en de aard van de contractuele vervaltermijn gewoonweg te laat en in casu zijn er geen zodanig bijzondere omstandigheden door eisers gesteld die een beroep door de Gemeente op de vervaltermijn naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid in de weg staan. Dit geldt al helemaal voor AMA en MVRDV die immers

geen vragen hebben gesteld n.a.v. de afwijzingsbrieven, terwijl op deze mogelijkheid door de Gemeente in de afwijzingsbrieven (prod. 5 en 8) expliciet is gewezen.

Terughoudende toetsing aan art. 6:248 lid 2 BW geldt in casu des te meer nu sprake is van een aanbestedingsprocedure, waarbij ook de belangen van NOAHH als de begunstigde inschrijver zijn betrokken en wiens positie (ook) wordt benadeeld indien overschrijving van de bezwaartermijn toelaatbaar wordt geacht. De Gemeente is immers gehouden alle inschrijvers gelijk te behandelen en hierbij past het niet om t.a.v. de consequenties die aan overschrijving van een vervaltermijn zijn verbonden, een uitzondering voor eisers te maken (vgl. Vzr. Rb. Midden-Nederland, 17 juni 2016, r.o. 4.6, ECLI:NL:RBMNE:2016:3152).

28. Anders dan eisers stellen, heeft de Gemeente zich nooit op het standpunt gesteld dat het Structuurontwerp van NOAHH aan alle eisen uit het PvE (waaronder het FO en concept BP 2019) voldoet. En anders dan eisers stellen volgt dit ook niet uit de berichten van de Gemeente aan enerzijds Kraaijvanger (prod. 12 eisers) en anderzijds Van Dongen (prod. 13 eisers). Alvorens deze berichten nader te bespreken wordt vooropgesteld dat MVRDV en AMA vanzelfsprekend geen rechten kunnen ontlenen aan voornoemde twee berichten, nu deze berichten geen betrekking hebben op hun (rechts-)verhouding met de Gemeente. Verder kunnen Van Dongen en Kraaijvanger ook geen rechten ontlenen aan de berichten aan de ander. De twee berichten van de Gemeente (prod. 13 en 14 eisers) kunnen voor de afdoening van onderhavig geschil dan ook niet in samenhang worden beschouwd, nu ieder bericht afzonderlijk enkel gericht is geweest tot Kraaijvanger resp. Van Dongen.
29. Voor wat betreft het bericht van de Gemeente aan Kraaijvanger (prod. 13 eisers) het navolgende. Dit bericht van de Gemeente moet worden gelezen in de context van de aanbestedingsdocumenten en de opzet van de aanbesteding, waaruit volgt, zo dadelijk nog nader toe te lichten, dat een Structuurontwerp dat wordt ingediend in het kader van het gunningscriterium 'Structuurontwerp' en dat niet voldoet aan het PvE (waaronder het concept BP 2019) niet leidt tot ongeldigheid van de betreffende inschrijving, maar uitsluitend een rol speelt bij de puntentoekenning op dit gunningscriterium in het licht van de beoordelingsparameter *'mate van voldoen aan het PvE'* (prod. 15, rectificatie, par. 4.4). Het feit dat een inschrijver dus bijvoorbeeld met het ingediende Structuurontwerp niet volledig aan het concept BP 2019 voldoet, en daarmee dus niet volledig aan het PvE, laat onverlet dat inschrijvers zich door inschrijving hebben geconformeerd aan par. 3.7 Gunningdocument, zodat bij de uitvoering van de opdracht in het kader van het ontwerpproces (uitwerking van het Structuurontwerp naar een Uitvoeringsgereed Ontwerp) het Structuurontwerp alsnog in lijn moet worden gebracht met het PvE.
30. Overigens kan uit het berichtje van Kraaijvanger van 25 februari 2019 (prod. 13) geenszins worden afgeleid dat Kraaijvanger zich destijds op het standpunt stelde dat het bij inschrijving niet voldoen aan het PvE *tot ongeldigheid* van een inschrijving zou moeten leiden. Gelet op deze context en benadering van de aanbestedingsstukken heeft door de Gemeente een behoorlijke beantwoording van de vraag van Kraaijvanger plaatsgevonden. Van een bewust onjuist althans een ontwijkend antwoord door de Gemeente, zoals door eisers gesteld, is in ieder geval geen sprake geweest. Duidelijk is wel dat Kraaijvanger *gelet op het thans bij dagvaarding ingenomen standpunt* inzake de door haar gestelde vraag (prod. 13 eisers) toch echt destijds had moeten vaststellen dat haar vraag door de Gemeente niet was beantwoord, zodat zij ter zake dus wel degelijk had moeten 'doorvragen', bij gebreke waarvan dit in haar risicosfeer ligt. Bovendien had Kraaijvanger nog ongeveer twee weken de tijd om 'door te vragen', nu het antwoord van de Gemeente dateerde van 28 februari 2019 en de bezwaartermijn pas eindigde op 14 maart 2019. Dit heeft Kraaijvanger niet gedaan. Dat Kraaijvanger had kunnen doorvragen geldt des te meer nu de Gemeente in haar reactie aangaf dat zij er vanuit ging de vraag van Kraaijvanger afdoende te

hebben beantwoord en voor zover dit niet het geval mocht zijn, zij dit dan graag van Kraaijvanger zou vernemen. Bovendien heeft de heer D. Hess van Kraaijvanger op 14 maart 2019 in een telefoongesprek met dhr. P. Zwart van de Gemeente expliciet aangegeven geen behoefte te hebben aan de mogelijkheid van een *formeel* gesprek met de beoordelingscommissie. Wel was er bij Kraaijvanger behoefte aan een *informeel* gesprek om van de gevoerde aanbesteding 'te leren'. Dit gesprek heeft op 20 maart 2019 naar tevredenheid van beide partijen plaatsgevonden.

31. Door niet meer te reageren heeft Kraaijvanger in ieder geval bij de Gemeente het gerechtvaardigde vertrouwen gewekt dat haar vraag van 25 februari 2019 door de Gemeente naar tevredenheid is beantwoord. Dat de Gemeente Kraaijvanger had moeten aansporen om door te vragen zoals in de dagvaarding (randnr. 51) wordt gesteld, is geenszins het geval, nu de Gemeente in de overtuiging verkeerde de vraag naar behoren te hebben beantwoord. Dat de Gemeente vragen welwillend en uitgebreid heeft willen beantwoorden, blijkt ook wel uit de uitvoerige reactie van de Gemeente op vragen van Van Dongen op haar afwijzing (prod. 14 eisers) en het aan Kraaijvanger aangeboden gesprek met de beoordelingscommissie, dat door Kraaijvanger is geweigerd omdat zij hieraan geen behoefte had. Bovendien heeft Kraaijvanger gelet op de afwijzingsbrief aan haar van 22 februari 2019 (prod. 7), reeds tijdens de bezwaarperiode kunnen vaststellen dat het niet voldoet aan het PvE niet tot ongeldigheid van een inschrijving heeft geleid, maar een rol speelde bij de punttoekenning op het gunningscriterium Structuurontwerp, hetgeen zo nog nader wordt toegelicht. De geschetste feiten en omstandigheden zijn dan ook niet van dien aard, dat de Gemeente naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid jegens eisers geen beroep mag doen op de contractueel overeengekomen vervalttermijn.
32. Voor wat betreft het bericht van de Gemeente aan Van Dongen van 12 maart jl. (prod. 14 eisers) geldt, voor zover UEA hier nog aan toe komt gelet op de eerder naar voren gebrachte verweren, het navolgende. In het kader van de toelichting op de motivering van het subgunningscriterium 'Structuurontwerp' is onder meer medegedeeld dat NOAHH beter dan Van Dongen heeft gescoord omdat *"NOAHH BV middels inventieve oplossingen aantoonde dat zij binnen de strakke kaders van de uitvraag een substantiële toegevoegde waarde biedt"*. Dit is ook daadwerkelijk het geval, doch dit laat onverlet dat ook NOAHH, gelijk alle andere vier inschrijvers, niet volledig aan het PvE heeft voldaan. Anders dan eisers stellen kan uit voornoemde passage redelijkerwijs niet worden afgeleid dat NOAHH geen gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheden om af te wijken van de kaders. Immers, de aan Van Dongen bij e-mail van 12 maart jl. verstrekte informatie moet worden gezien in het kader van het geven van (een rechtens onverplichte) nadere motivering van de gunningsbeslissing, in welk verband het benoemen van *negatieve* aspecten uit de inschrijving van NOAHH (bijv. het op onderdelen niet voldoen aan het PvE) helemaal niet aan de orde is.
33. Dat in dit verband sprake is van een rechtens niet te honoreren gelegenheidsargument van Van Dongen, volgt voorts uit randnr. 67 van de dagvaarding. Hieruit blijkt namelijk expliciet dat Van Dongen gelet op het bericht van de Gemeente van 12 maart 2019 (prod. 14 eisers) naar haar oordeel dus heeft vastgesteld (en daarmee dus ook op 12 maart 2019 had vastgesteld of had kunnen vaststellen) dat het Structuurontwerp van NOAH niet voldoet aan het PvE nu het doortrekken van de vide naar de kelder volgens Van Dongen niet om een ondergeschikte afwijking van het PvE moet worden gezien, hetgeen naar het oordeel van Van Dongen dan ook zonder meer tot uitsluiting van NOAHH had moeten leiden. Op 12 maart 2019 was de bezwaartermijn echter nog niet voorbij, die eindigde immers op 14 maart 2019. Van Dongen, op dat moment reeds bijgestaan door een advocaat, heeft dan ook zonder meer de mogelijkheid gehad om de thans bij dagvaarding gestelde bezwaren t.a.v. de (vermeende) ongeldigheid van de inschrijving van NOAHH vanwege het niet voldoen aan het PvE, binnen de bezwaarperiode door

middel van een kort geding aanhangig te maken. Dat Van Dongen, ondanks deze wetenschap op 12 maart 2019, dit niet heeft gedaan komt voor haar rekening en risico. De vervaltermijn kan in dit verband dan ook zonder meer door de Gemeente ook aan Van Dongen worden tegengeworpen.

Tussenconclusie

34. Gelet op al hetgeen zojuist naar voren is gebracht, waarbij de verweren meer formeel van aard zijn, moeten eisers naar het oordeel van de Gemeente reeds niet-ontvankelijk worden verklaard in hun vorderingen, althans dienen deze vorderingen te worden afgewezen.
35. Voor zover UEA van oordeel mocht zijn dat één of meerdere van de vorderingen van (één of meerdere) eisers nog 'overeind' staan, dan ligt/liggen deze vordering(en) gelet op de navolgende verweren, die meer materieel van aard zijn, eveneens voor afwijzing gereed. In dit verband zal ik eerst kort stil zijn bij enkele relevante onderdelen uit de aanbestedingsprocedure. Vervolgens zal ik toelichten dat er geen sprake is geweest van een wezenlijke wijziging gedurende de aanbestedingsprocedure; door NOAHH een geldige inschrijving is gedaan, waarbij wordt betwist dat het ontwerp van NOAHH op essentiële punten niet voldoet aan het concept BP 2019; er door de Gemeente een rechtens deugdelijke motivering is verstrekt bij afwijzingsbrieven van 22 februari 2019 en dat er ook geen sprake is geweest van een wezenlijke wijziging van de opdracht tijdens de uitvoering hiervan.

Relevante onderdelen uit de aanbestedingsprocedure

36. De aanbesteding ziet op een opdracht voor een overeenkomst met een kern-ontwerpteam voor de (ver)nieuwbouw van het Theater aan de Parade. Daarbij gaat het om vier ontwerpdisciplines, te weten Architectuur, Constructie, Installaties en Duurzaamheid. Zie II.1.4 van de aankondiging van de opdracht (prod. 9), hoofdstuk 2 en 2.2 Selectiedocument (prod. 10) en par. 2.3 Gunningsdocument (prod. 2 Eisers). In het kader van de gunningsfase is gunningscriterium 4.4 opgenomen in welk verband inschrijvers een Structuurontwerp dienden te vervaardigen (zie prod. 15 voor de bij 2^e Nvl gecorrigeerde par. 4.4 van het Gunningsdocument).
37. De opdracht zoals is aanbesteed behelst dus uitdrukkelijk niet het in het kader van de inschrijving indienen van een Definitief Ontwerp of een Uitvoeringsgereed Ontwerp. Het is juist duidelijk de bedoeling van onderhavige Opdracht dat opdrachtnemer na gunning met het geselecteerde Kern Ontwerpteam het bij inschrijving ingediende Structuurontwerp gaat uitwerken naar een Voorontwerp (VO), een Definitief Ontwerp (DO), een Technisch ontwerp bestek (TO) naar uiteindelijk een Uitvoeringsgereed ontwerp (UO). Zie in dit verband dus onder meer 2.3 Gunningsdocument. Gelet op de aard van deze opdracht is hieraan inherent dat gedurende dit ontwerpproces van SO->VO->DO->TO->UO eisen uit het PvE zullen worden gewijzigd dan wel vervallen. In een dergelijk ontwerpproces kunnen eisen uit het PvE vanzelfsprekend niet in beton zijn gegoten. Dit blijkt bovendien ook expliciet uit de aanbestedingsstukken, zie art. 9 lid 2 van het van toepassing zijnde DNR 2011 op de opdracht (2.9 Gunningsdocument), bijlage 6 (projectplan) van het PvE, hoofdstuk 8 (blz. 21, tweede alinea), productie 13) en prod. 12. Voor alle inschrijvers is dan ook van meet af aan duidelijk geweest dat gedurende de uitvoering van de opdracht eisen kunnen wijzigen/vervallen. Ik kom hier zo nog op terug.
38. Eisers hebben slechts onderdelen uit het PvE als productie overgelegd. Met betrekking tot het PvE wordt verwezen naar productie 14. Hieruit volgt dat het Functioneel Ontwerp als bijlage 1 onderdeel is van het PvE (zie inhoudsopgave PvE, blz. 6, prod. 14). Zie met betrekking tot het bestemmingsplan, par. 15.1.1 van het PvE (prod. 7), waar wordt vermeld dat het gebouw moet

voldoen aan het gemeentelijk bestemmingsplan. Zie ook onder 15.2.1 (RO aspecten) van het PvE (prod. 14), waaruit volgt dat het ontwerp dient te voldoen aan het voor deze locatie (dus aan de Parade) geldende bestemmingsplan. Het FO en het bestemmingsplan maken dus deel uit van het PvE, hetgeen ook niet ter discussie staat. Zie ook 4.1.2 ('Aspecten RO') PvE (prod. 14): "*Het uitgangspunt voor het nieuwe theatergebouw is dat deze binnen de ruimtelijke kaders van het vigerende bestemmingsplan moet passen*". Het bestemmingsplan 2013 is bij 7^e Nvl (d.d. 21 december 2018, prod. 16) dus gewijzigd in het concept BP 2019. Bovendien volgt hier ook uit dat het er om gaat dat het nieuwe *theatergebouw* binnen de gestelde ruimtelijke kaders (concept BP 2019) dient te passen, hetgeen in lijn is met het zojuist geschetste ontwerpproces van SO -> UO, in welk verband het UO dus uiteindelijk in lijn dient te zijn met het concept BP 2019 en waarbij in de aanbestedingsstukken expliciet is bepaald dat gedurende de uitvoering van de opdracht wijzigingen op het PvE zullen worden doorgevoerd ('Herijking'), zie onder meer productie 12.

39. Met betrekking tot de Structuurontwerpen van inschrijvers die moesten worden ingediend in het kader van het gunningscriterium Structuurontwerp, is par 4.4 Gunningdocument, zoals gewijzigd bij tweede Nota van Inlichtingen (zie prod. 15) van belang. Uit het beoordelingskader volgt dat één van de beoordelingsparameters is *'de mate waarin het vervaardigde structuurontwerp aansluit op de in het programma van eisen gestelde ruimtelijke, functionele en financiële kaders'*. Een redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldig handelende inschrijver ('maatman-inschrijver') heeft dan ook zonder meer moeten begrijpen dat het door een inschrijver bij inschrijving in het kader van onderhavig gunningscriterium ingediende Structuurontwerp niet op straffe van uitsluiting aan alle eisen uit het PvE hoeft te voldoen en dat de mate van voldoen aan het PvE bepalend zou zijn voor de puntenscore. In de bewoordingen 'de mate van voldoen' aan het PvE ligt reeds besloten dat een inschrijving niet op straffe van uitsluiting volledig hoeft te voldoen aan het PvE. Bovendien is inherent aan de aard van de opdracht dat gedurende de uitvoering van de opdracht, dus in het kader van het ontwerpproces, wijzigingen op het PvE worden doorgevoerd (herijking PvE).
40. Dat in de toelichting op het concept BP 2019 (prod. 6 eisers; zoals verstrekt bij 7^e Nvl (prod. 16)) is vermeld dat de inschrijving geen optimalisaties en kansen mag bevatten welke niet passen binnen het bestemmingsplan doet aan de zojuist genoemde uitleg niets af, nu uit de toelichting op het concept BP 2019 niet volgt dat een afwijking van het Structuurontwerp t.o.v. het PvE (waaronder het concept BP 2019) die niet zijn te kwalificeren als ondergeschikt en/of verbetervoorstellen, tot ongeldigheid van de inschrijving dient te leiden. Dit is nergens in de aanbestedingsdocumenten bepaald en zou ook haaks staan op het feit dat gedurende het ontwerpproces in de uitvoering van de opdracht juist expliciet is voorzien in wijzigingen op het PvE (zie prod. 12 en prod. 13, hoofdstuk 8, blz. 21 en de toepasselijkheid van de DNR 2011 op de uitvoering van de opdracht). Het beoordelingskader (par 4.4 Gunningleidraad) *'de mate waarin het vervaardigde structuurontwerp voldoet aan het in het PvE gestelde ruimtelijke en functionele kader'*, betekent dus ook dat de mogelijkheid bestaat dat niet volledig aan het PvE (waaronder het concept BP 2019 dat immers onderdeel is van het PvE) wordt voldaan, hetgeen dus ruimer is dan de stelling van eisers dat het uitsluitend dient te gaan om afwijkingen op ondergeschikte punten en/of verbetervoorstellen. Overigens gaat het bij de 'afwijkingen' in het Structuurontwerp van NOAHH ten opzichte van het concept BP 2019 naar het oordeel van de Gemeente om ondergeschikte punten. Dit komt zo nog aan de orde.
41. Dat alle inschrijvers hebben begrepen dat afwijking van het PvE niet tot ongeldigheid van de inschrijving leidt, volgt ook wel uit het feit dat geen enkele inschrijver, ook eisers niet, volledig aan het PvE (waaronder het concept BP 2019) hebben voldaan, hetgeen overigens door eisers ook wordt erkend (zie randnr35 dagvaarding). Ik licht dit zo nog nader toe.

42. Ten aanzien van de maximale goothoogte/bouwhoogte het volgende. Deze hoogten zijn in het concept BP 2019 hetzelfde als in het BP 2013. Bijlagen 1 en 3 bij de Toelichting concept BP 2019 zijn resp. de tekening Bestemmingsplan Theater aan de Parade 2019 en de regels concept BP 2019 (prod. 6 eisers, waarbij bijlage 1, dus de tekening, als eennalaatste blz. in prod. 6 is opgenomen). In art. 3.2.2 lid c concept BP 2019 (prod. 6 eisers, bijlage 3) is met betrekking tot de maatvoering van een hoofdgebouw bepaald dat hiervoor geldt de maximale goothoogte en de maximale bouwhoogte zoals op de verbeelding (tekening Bestemmingsplan, prod. 6 eisers, eennalaatste blz.) is aangegeven. Daarbij geldt, dat hoofdgebouwen met een plat dak uitsluitend mogen worden verhoogd tot de aangegeven maximale bouwhoogte door het hoofdgebouw te voorzien van een kap, dakschild of attiek. In de tekening Bestemmingsplan Parade 2019 (prod. 6 eisers) zijn de maximale goothoogten en bouwhoogten aangegeven voor de locatie van het theater aan de Parade. Hieruit volgt dat ter plaatse een maximale goothoogte geldt van 12,4; 16,8 en 22,7. De goothoogte betreft kort gezegd de bouwhoogte indien er geen gebruik wordt gemaakt van een kap of dakschild (hellend dakvlak met een hellingsvlak van tenminste 40° en ten hoogste 60° (zie 1.26 (blz. 7) concept BP 2019, prod. 6 voor definitie kap of daksschild) of een attiek. Wanneer echter wel gebruik wordt gemaakt van een hellend dakvlak of een attiek dan mag er hoger dan de aangegeven maximale goothoogte worden gebouwd, namelijk een maximale bouwhoogte van resp. 16,4; 20,8 en 26,7 meter (zie art. 3.2.2 onder c (blz. 11) concept BP 2019 met verwijzing naar de tekening Bestemmingsplan, eennalaatste blz. prod. 6 eisers, waarin deze maximale goothoogte/bouwhoogte ook is aangegeven). Of m.a.w. de bouwhoogte mag hoger zijn dan de maximale goothoogte indien er gebruik wordt gemaakt van een hellend dakvlak of een attiek. Dit volgt dus expliciet uit art. 3.2.2 lid c concept BP 2019 dat van toepassing is verklaard bij 7^e Nvl. Deze regeling volgt overigens ook uit art. 3.2.2 lid c van het BP 2013 (zie prod. 6 eisers, toelichting op het concept BP 2019, blz. 10), zodat ook op dit punt geen sprake is geweest van enige wijziging.
43. Anders dan eisers stellen heeft de Gemeente de spelregels gedurende de aanbestedingsprocedure dan ook niet veranderd, maar de spelregels juist toegepast zoals deze uit de documenten volgen.

Geen wezenlijke wijziging gedurende de aanbestedingsprocedure

44. De centrale stelling van eisers in dit verband is dat de eis van maximaal twee bouwlagen uit het vigerende bestemmingsplan 2013 zou zijn geschrapt door in de 7^e Nvl (prod. 16) het concept BP 2019 als leidend voor inschrijvers voor het in te dienen Structuurontwerp aan te merken (randnr. 17 dagvaarding). Omdat het concept BP 2019 geen beperking van maximaal twee bouwlagen kent, zou sprake zijn van een wezenlijke wijziging omdat hiermee laagbouw dan hoogbouw zou zijn geworden. Eisers stellen dan ook: *"het loslaten van de eis van maximaal twee bouwlagen heeft te gelden als een wezenlijke wijziging"*. Voor het overige zijn er door eisers geen andere wezenlijke wijzigingen *gedurende* de aanbestedingsprocedure in de dagvaarding gesteld in welk verband zij bovendien stelt: (dgv. (20): *"Voor het overige is nauwelijks sprake van aanpassingen"*.
45. De Gemeente merkt allereerst op dat het eisers in dit verband ontbreekt aan een rechtens te respecteren belang. Immers alle eisers hebben een ontwerp ingediend van meer dan 2 bouwlagen. Voor zover al sprake zou zijn van een wezenlijke wijziging door de gestelde (vermeende) eis van maximaal twee bouwlagen te wijzigen, quod non, dan zijn daarmee de belangen van eisers in ieder geval niet geschaad geweest, nu eisers niet alleen allemaal hebben begrepen dat een Structuurontwerp van meer dan 2 bouwlagen kon worden ingediend, maar dit ook daadwerkelijk hebben gedaan. Welk document eisers in dit verband bij het opstellen van de Structuurontwerpen hebben gehanteerd (Functioneel Ontwerp of concept BP 2019; in beide is

geen eis inzake maximaal twee bouwlagen opgenomen) is daarmee irrelevant. Ook voor het overige geven de stellingen van eisers in dit verband geen grondslag voor toewijzing van enige vordering. Ter toelichting het volgende.

46. Uit de zevende nota van inlichtingen d.d. 21 december 2018 (prod. 16) volgt duidelijk dat inschrijvers het concept BP 2019 als uitgangspunt dienden te hanteren voor het in te dienen Structuurontwerp. Zie in dit verband de antwoorden op de vragen 1 ('De maximale bouwenvelop wordt bepaald door het (concept-ontwerp) bestemmingsplan), 4 en 5 van de zevende Nvl (prod. 16) en de toelichting op het concept BP 2019 (prod. 6 eisers): *"Voor de ontwikkeling van uw plannen t.b.v. de Inschrijving in het kader van de aanbesteding 'Kernontwerpteam Nieuwbouw Theater aan de Parade', is dit concept-ontwerpbestemmingsplan leidend. De maximale bouwenvelop wordt bepaald door hetgeen hierin is toegestaan"*. Het in te dienen Structuurontwerp diende dus aan te sluiten bij het concept BP 2019. Het concept BP 2019 kent inderdaad, zoals eisers ook terecht stellen, geen beperking van maximaal twee bouwlagen. Het BP 2019 kent wel zoals toegelicht een beperking t.a.v. de maximale goothoogte/bouwhoogte (prod. 6 eisers), hetgeen overigens zelfsprekend betekent dat er geen sprake is van een ongelimiteerd aantal bouwlagen zoals eisers stellen (randnr. 17 dagvaarding). Dat het concept BP 2019 buiten de aanbestedingsprocedure geen andere status heeft dan van een concept (randnr. 22 dgv.), doet aan de rechtmatigheid van de aanbestedingsprocedure geen afbreuk.
47. De Gemeente stelt zich in dit verband verder op het standpunt dat reeds op grond van de zojuist genoemde 'formele' verweren van de Gemeente (waaronder de zeer beperkte aantastbaarheid van de overeenkomst en het ongebruikt laten verstrijken van de bezwaar(verval)termijn) de vorderingen van eisers, waarbij als grondslag dient dat sprake is geweest van een rechtens niet toegestane wezenlijke wijziging *gedurende* de aanbestedingsprocedure, niet kunnen worden toegewezen. Bovendien hebben eisers zonder enig voorbehoud ten aanzien van de door de Gemeente gehanteerde aanbestedingsmodaliteiten een inschrijving ingediend, waardoor zij door het doen van een inschrijving *onvoorwaardelijk akkoord zijn gegaan* met de eisen en voorwaarden van de aanbesteding, dus ook met het concept BP 2019, geïntroduceerd bij 7^e Nvl. Zie in dit verband par. 3.7, tweede bullet, Gunningsdocument (prod. 2 eisers). Daarop kunnen eisers thans, dus nu de opdracht reeds in uitvoering is, rechtens niet meer terugkomen.
48. Voor zover UEA dit standpunt van de Gemeente niet volgt, is de Gemeente van oordeel dat de vorderingen met voornoemde onderhavige grondslag niet kunnen worden toegewezen vanwege rechtsverwerking, dit gelet op het bepaalde in 5.4 Gunningsdocument (kort gezegd: tijdig bezwaren/onregelmatigheden kenbaar maken tegen aanbestedingsmodaliteiten) en bestendige Grossmann-jurisprudentie. Hieruit volgt immers (samengevat) dat van een adequaat handelend inschrijver mag worden verwacht dat hij zich proactief opstelt bij het naar voren brengen van bezwaren in het kader van een aanbestedingsprocedure en deze bezwaren zo vroeg mogelijk en zo duidelijk mogelijk naar voren brengt en deze bezwaren dus niet (zoals eisers doen) pas in de uitvoeringsfase van de opdracht voor het eerst kenbaar maken. Tijdens de aanbestedingsprocedure is geen enkel bezwaar gemaakt tegen de introductie en inhoud van het concept BP 2019 en de inschrijvingstermijn is door de Gemeente bovendien verlengd naar 30 januari 2019. Door hun bezwaren t.a.v. de gehanteerde aanbestedingsmodaliteiten, i.h.b. het concept BP 2019 maar ook het bezwaar van eisers dat het FO op essentiële punten niet zou voldoen aan het vigerende bestemmingsplan (*"een onmogelijke opdracht"*) niet tijdens de aanbestedingsprocedure naar voren te brengen (terwijl toen overigens wel reeds kenbaar voor eisers, zie randnr. 15 dgv.) en dit pas te doen in de (nota bene) uitvoeringsfase hebben eisers zonder meer hun recht verwerkt hierover thans nog te klagen. Zie recent bijv. Vzr. Rb Overijssel, 10 april 2019, r.o. 4.9, ECLI:NL:RBOVE:2019:1240.

49. Indien UEA van oordeel mocht zijn dat de reeds door de Gemeente genoemde verweren in dit verband niet kunnen slagen, stelt de Gemeente zich voorts op het standpunt dat ter zake helemaal geen sprake is geweest van een wezenlijke wijziging. Ter toelichting hierop het navolgende.
50. Vooropgesteld dient te worden dat het standpunt van eisers dat het FO niet in overeenstemming zou zijn met het BP 2013 niet relevant is, nu gelet op de 7^e Nvl onmiskenbaar niet het FO noch het BP 2013 maar het concept BP 2019 als uitgangspunt voor het in te dienen Structuurontwerp heeft te gelden. Door inschrijving hebben eisers hiermee onvoorwaardelijk ingestemd. Bovendien erkennen eisers ook expliciet dat het concept BP 2019 bij inschrijving als uitgangspunt voor het Structuurontwerp had te gelden (randnr. 16 dgv): *“Vanaf dat moment moesten de ontwerpen voldoen aan dit concept ontwerp bestemmingsplan”*. Dit blijkt natuurlijk ook klip en klaar uit de 7^e Nvl en de toelichting hierop. Van een heimelijke, niet transparante introductie van het concept BP 2019 door de Gemeente is dan ook geen sprake geweest.
51. Zoals gezegd kent het concept BP 2019 geen beperking van maximaal twee bouwlagen. Dit is in lijn met het FO dat ook een dergelijke beperking niet kent, hetgeen reeds volgt uit de tekeningen van bijlage 1, blz. 5, 18, 20 t/m 23 van het FO (prod. 3 eisers) en ook niet door eisers wordt betwist. Daarmee sluit het FO dus aan bij het concept BP 2019, waarmee door de Gemeente vanzelfsprekend geen volgtijdelijke aansluiting is bedoeld (zie randnr. 23 dagvaarding). Dus ook wanneer bij 7^e Nvl door de Gemeente niet was bepaald dat het concept BP 2019 als uitgangspunt had te dienen voor het op te stellen Structuurontwerp m.b.t. de maximale bouwvelop (zie vraag 1, 7^e Nvl en toelichting hierop), en inschrijvers dus hadden moeten uitgaan van hetgeen oorspronkelijk (initieel) was bepaald t.a.v. de bouwvelop, namelijk dat de aanbestedende dienst een Structuurontwerp van de inschrijver wenst te ontvangen *“wat aansluit op het voorliggende functioneel ontwerp”* (zie bij tweede Nvl gewijzigde par. 4.4 Gunningsdocument onder doelstelling, eerste regel, prod. 15), was voor alle eisers in ieder geval helder (of had dit moeten zijn) dat het FO geen beperking kende van maximaal 2 bouwlagen, nu dit immers expliciet uit het FO volgt.
52. Op grond van het bepaalde in art. 20 lid 2 BP 2013 (prod. 19) wordt de aanwezigheid van meer dan twee bouwlagen bij het huidige theater (‘vergunde situatie’) als in overeenstemming met het BP 2013 geacht te zijn (zie blz. 2 en 3. prod. 7 eisers). Het FO sluit dus aan bij de huidige (feitelijke) situatie van het theater dat meer dan 2 bouwlagen kent. Anders dan eisers (veronder)stellen, wordt hiermee volledig recht gedaan aan de bedoeling van de Raad om met het FO binnen het BP 2013 te blijven (incl. ‘vergunde situatie’). Het feit dat in het raadsbesluit van 3 juli 2018 specifiek melding wordt gemaakt van aanpassingen van het BP 2013 voor wat betreft de bestaande ‘loading docks’, doet hier niets aan af. De Raad heeft geenszins bedoeld een beperking van max. twee bouwlagen (daarmee immers volstrekt afwijkend van de huidige situatie) voor het nieuwe theater te introduceren. Dit blijkt overigens expliciet uit het feit dat het FO (dat dus meer dan 2 bouwlagen kent) bij raadsbesluit van 3 juli 2018 expliciet door de Raad is vastgesteld (zie prod. 5 eisers, p. 5 onder I).
53. Een maatman-inschrijver heeft dan ook zonder meer moeten begrijpen dat op grond van het (initieel van toepassing zijnde) FO in par. 4.4 Gunningsdocument (prod. 15) meer dan 2 bouwlagen waren toegestaan en dat dit dus niet strijdig was met de in par. 4.4 Gunningsdocument vermelde voorwaarde binnen het vigerende bestemmingsplan (BP 2013) te blijven. Het bij 7^e Nvl geïntroduceerde concept BP 2019 dat *gelijk het FO* ook geen beperking kent van maximaal twee bouwlagen, betreft dan ook geenszins een wezenlijke wijziging t.o.v. het in par. 4.4

Gunningsdocument vermelde FO, dat initieel als uitgangspunt voor het op te stellen Structuurontwerp had te gelden, zoals net toegelicht.

54. Uit de aanbestedingsstukken volgt gelet (mede) hierop dan ook geenszins de eis zoals door eisers gesteld (randnr. 17 dgv.) dat er maximaal 2 bouwlagen mogen zijn conform het vigerende BP 2013. Een dergelijke eis is niet gesteld en daarmee is in het concept BP 2019 dan ook geen sprake geweest van het schrappen van deze (vermeende) eis. Dit verklaart ook waarom door de Gemeente in de toelichting op het concept BP 2019 geen mededeling is gedaan van het schrappen van een eis van maximaal 2 bouwlagen, nu deze eis immers nooit is gesteld en dan valt er dus ook niets te schrappen. Bovendien is zoals toegelicht met de introductie van het concept BP 2019 geen sprake geweest van een wezenlijke wijziging. Van verhullend/misleidend handelen van de Gemeente is dan ook geen sprake geweest.
55. En mocht UEA oordelen dat toch sprake is geweest van een wezenlijke wijziging, dan heeft de Gemeente hiermee nog steeds niet in strijd met aanbestedingsregels gehandeld. Immers de wettelijke inschrijvingstermijn van de offertefase van deze niet-openbare procedure is tenminste 40 kalenderdagen (art. 2.71 lid 4 Aw). Op 21 december 2018 is de wijziging door de Gemeente op TenderNed gepubliceerd en op 30 januari 2019 eindigde de op 11 januari 2010 verlengde inschrijvingsdatum (zie prod. 18 eisers, bovenste regel). Daarmee is dus vanaf publicatie van de wijziging (dus 21 december 2018) inzake het concept BP 2019, een nieuwe volledige inschrijvingstermijn gesteld (eindigend op 30 januari 2019), die daarmee voldoet aan de voorgeschreven wettelijke inschrijvingstermijn van minimaal 40 dagen. Na verlenging van de inschrijvingstermijn bij 8^e NvI zijn er door inschrijvers overigens ter zake geen bezwaren kenbaar gemaakt en ook geen verzoeken meer gedaan voor een verdere verlenging van de inschrijvingstermijn, zodat bij Gemeente het gerechtvaardigd vertrouwen bestond dat de toegepaste verlenging door inschrijvers was geaccepteerd. En tot slot: het ontwerp van NOAHH kent geen lessenaarsdak (randnr. 20 dgv.).

Inschrijving van NOAHH is geldig

56. Eisers stellen dat NOAHH geen geldige inschrijving heeft gedaan, hetgeen (mede) ten grondslag ligt aan de vorderingen I, III t/m VII. Gelet op eerder genoemde verweren van de Gemeente, komen deze vorderingen niet voor toewijzing in aanmerking.
57. Mocht UEA nog aan een inhoudelijke beoordeling toekomen, dan stelt de Gemeente zich op het standpunt dat de inschrijving van NOAHH zonder meer geldig is. Immers, wanneer een ingediend Structuurontwerp niet valt binnen het concept BP 2019, leidt dit niet tot ongeldigheid van de inschrijving, maar heeft dit invloed op de puntentoekenning, hetgeen zojuist bij de bespreking van de aanbestedingsprocedure al is toegelicht.
58. De Gemeente heeft eerder geen mededelingen gedaan over de punten waarop het door NOAHH ingediende Structuurontwerp niet voldoet aan het concept BP 2019. Dit was mede ingegeven door het bedrijfsvertrouwelijke karakter van de inschrijving van NOAHH, hetgeen door NOAHH aan de Gemeente expliciet is medegedeeld. Het is de Gemeente niet toegestaan om informatie openbaar te maken die de rechtmatige commerciële belangen van NOAHH zouden kunnen schaden (ex art. 2.57 en 2.138 AW).¹⁰ De Gemeente kan in dit verband dan ook slechts een beperkte toelichting geven.

¹⁰ Zie ook Rb. Oost Brabant 1 december 2014 ECLI:NL:RBOBR:2014:7463, r.o. 4.8; Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant 16 februari 2017 ECLI:NL:RBZWB:2017:846, r.o. 3.4 en 3.5; Vzr. Rb. Noord-Nederland 2 juni 2017 ECLI:NL:RBNNE:2017:1981, r.o. 4.2; Vzr. Rb. Den Haag 5 oktober 2017

59. Het door NOAHH ingediende Structuurontwerp voldoet op een tweetal punten niet aan het concept BP 2019. Enerzijds wordt in het Structuurontwerp niet op elke plek voldaan aan de maximale goothoogte/bouwhoogte zoals volgt uit het concept BP 2019 en anderzijds gaat het om een overschrijding van de maximaal toegestane 5% van het bestaande vloeroppervlak op kelderniveau. Deze twee punten, kunnen vrij eenvoudig worden opgelost door het Structuurontwerp in de uitvoeringsfase, dus de verdere ontwerpfase, beperkt aan te passen. Zoals gezegd mag de bouwhoogte hoger zijn dan de maximale goothoogte indien er gebruik wordt gemaakt van een hellend dakvlak of een attiek, nu dit expliciet uit het concept BP 2019 volgt. Door namelijk gebruik te maken van een hellend dakvlak of een attiek mag er immers hoger worden gebouwd, e.e.a. conform de maximale bouwhoogte, zojuist al toegelicht bij de bespreking van de relevante onderdelen van de aanbestedingsprocedure. Voorts is de beperkte overschrijding in het Structuurontwerp van het bestaande vloeroppervlak op kelderniveau inmiddels teruggebracht naar maximaal 5%. Ook dit betrof een beperkte aanpassing in het Structuurontwerp. Zo dadelijk zal nog worden toegelicht dat het geen wezenlijke wijzigingen van de opdracht (in de uitvoeringsfase) betreft.
60. Zoals eisers in de dagvaarding ook erkennen, voldoet geen van de inschrijvers volledig aan het PvE. Zo voldoet bijvoorbeeld de uitwerking van het Structuurontwerp bij géén van de inschrijvers aan het concept BP 2019 voor wat betreft de voorgeschreven maximale goothoogte/bouwhoogte, of omdat dit expliciet uit het bij inschrijving ingediende Structuurontwerp bleek, of omdat het bij gebreke van een adequate uitwerking niet viel te verifiëren.
61. Dat het niet voldoet aan het PvE (waaronder het concept BP 2019) niet tot ongeldigheid van de inschrijving leidt, hebben eisers ook reeds kunnen begrijpen uit de afwijzingsbrieven van 22 februari 2019. Hier wordt nu nader op ingegaan.

Gemeente heeft een rechtens deugdelijke motivering verstrekt

62. Anders dan eisers stellen heeft de Gemeente haar gunningsvoornemen in de afwijzingsbrieven van 22 februari 2019 aan eisers (prod. 5 t/m 8) deugdelijk gemotiveerd. Uit deze brieven volgt zonder meer dat de Gemeente aan haar motiveringsverplichting conform art. 2.130 Aanbestedingswet 2012 heeft voldaan. De Gemeente heeft immers zowel de eindscores als de scores op specifieke kenmerken (dus de 3 subgunningscriteria) van eisers als de begunstigde inschrijver (NOAHH) bekend gemaakt. Daarnaast volgt uit de door de Gemeente per subgunningscriterium gegeven motivering wat ter zake de negatieve en de positieve aspecten van de inschrijving van ieder van eisers zijn, daarmee is ook duidelijk waarom ieder van de eisers op deze subgunningscriteria niet de maximale score is toegekend. Ook is de positie van ieder van de eisers in de (beoordelings-)rangorde kenbaar gemaakt. De afwijzingsbrieven bevatten voldoende relevante informatie om beroep tegen de gunningsbeslissing in te stellen. Verwezen wordt in dit verband naar onderstaande jurisprudentie (zie ook productie 14 eisers, e-mail van 12 maart 2019 van dhr. Pfenning, voor de relevante citaten).

Vzr. Rb. Den Haag, 9 februari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:1857, r.o. 4.2 en 4.3; Vzr. Rb. Limburg, 13 juni 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:4991, r.o. 4.10; Vzr. Rb. Den Haag, 27 oktober 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:13154, r.o. 4.2.2.; Vzr. Rb. Rotterdam, 26 juni 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:5449, r.o. 4.3.; Vzr. Rb. Den Haag, 26 juli 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:8416; Vzr. Rb. Den Haag, 12 februari 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:1501, r.o. 5.2; Vzr. Rb. Noord-

Holland, 2 oktober 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018, r.o. 4.20; Vzr. Rb. Noord-Nederland, 26 februari 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:716, r.o. 4.5 en 4.6.

63. Dat de Gemeente had moeten motiveren waarom het ontwerp van NOAHH, hoewel dat niet volledig voldoet aan het PvE niet is uitgesloten, maar zelfs heeft gewonnen, is een onbegrijpelijk standpunt van eisers nu, zoals zojuist al is toegelicht, uit de aanbestedingsstukken geenszins volgt dat wanneer niet volledig aan het PvE (waaronder ook het concept BP 2019) wordt voldaan dit tot uitsluiting van de aanbesteding zou leiden. Wel speelt de mate van voldoen aan het PvE een rol bij de punttoekenning op het subgunningscriterium Structuurontwerp, in welk verband de Gemeente aan haar motiveringsverplichting heeft voldaan.
64. Zoals al is toegelicht is geen sprake geweest van onware mededelingen door de Gemeente aan Kraaijvanger en Van Dongen inzake de inschrijving van NOAHH. Eisers erkennen in de dagvaarding (zie o.m. randnr. 35) ook expliciet dat hun inschrijvingen niet aan alle eisen uit het PvE voldoen, hetgeen zij bij het doen van hun inschrijving al wisten. Eisers hebben dan ook drommels goed begrepen dat bij het niet voldoen aan het PvE (waaronder het concept BP 2019, waaraan geen van de inschrijvers heeft voldaan voor wat betreft de hierin voorgeschreven maximale goothoogte/bouwhoogte, zojuist al aangegeven), dit niet tot ongeldigheid zou leiden maar een beoordelingsfactor zou zijn in het kader van de punttoekenning (waarom anders de moeite van een inschrijving doen die niet voldoet aan het PvE indien dit tot ongeldigheid leidt?). Bovendien hadden eisers reeds uit hun afwijzingsbrieven (prod. 5 t/m 8) bij het gunningscriterium Structuurontwerp kunnen afleiden dat het niet voldoen aan eisen uit het PvE niet tot ongeldigheid van de inschrijving heeft geleid, maar is betrokken bij de toekenning van de score voor het ingediende Structuurontwerp. Zie in dit verband:
- **Afwijzingsbrief AMA**, prod. 5: blz. 4: *“Op onderdelen wijkt het ontwerp af van het PvE”*. Blz 5: *“De inschrijving wijkt op onderdelen af van het PvE en het Functioneel Ontwerp. Daardoor sluit het schetsontwerp dan ook minder goed aan op de ruimtelijke en functionele kaders”*.
 - **Afwijzingsbrief Van Dongen**, prod. 6: Blz. 4: *‘de mate waarin het getoonde ontwerp voldoet aan gestelde ruimtelijke kaders’*. Blz. 5: *‘er worden weliswaar minder m2 BVO gerealiseerd ten opzichte van het Functioneel Ontwerp (met name door de beperking van verkeersruimte) maar het gaat ook ten koste van functionaliteit en ruimtelijkheid’*. Blz. 5: *‘De zichtlijnen in de grote zaal, zijn door de geringere stijging van de stoelenrijen van mindere kwaliteit dan de zichtlijnen in het Functioneel Ontwerp (...) In functionele zin een verarming ten opzichte van het functioneel ontwerp (geen toegevoegde waarde)’*. Blz. 5: *“Op onderdelen ontbreekt een SMART-omschrijving van oplossingen of zijn oplossingen niet verifieerbaar. (...) Daardoor op onderdelen moeilijk verifieerbaar”*.
 - **Afwijzingsbrief Kraaijvanger**, prod. 7: Ook Kraaijvanger voldoet niet volledig aan het PvE, zie blz. 5: *“(…) dat inschrijver in sterke mate het FO volgt...(het ontwerp blijft dicht bij de uitvraag)”. “De inschrijving volgt in zeer grote mate het FO”*. En tweemaal op blz. 5: *“Op onderdelen ontbreekt een SMART-omschrijving van oplossingen of zijn oplossingen niet verifieerbaar”*. En voorts (blz. 5): *“(…) maar voor sommige ruimten (bijvoorbeeld het theatercafé) is dit onvoldoende uitgewerkt of ontbreekt überhaupt de uitwerking van de sfeer (backstage, artiestenfoyer). Daardoor op onderdelen moeilijk verifieerbaar”*. *“Beheer en exploitatie zijn moeilijk te beoordelen omdat deze vrij beperkt wordt beschreven en niet SMART toetsbaar/meetbaar wordt onderbouwd. Hierdoor zijn onderwerpen in voorkomende gevallen niet herkenbaar of onvindbaar”*.
 - **Afwijzingsbrief MVRDV**, prod. 8: Blz 4: *“Op hoofdlijnen blijft het ontwerp dicht bij het PvE”* (echter, dus niet volledig). Blz. 5: *“De inschrijving volgt in grote mate [dus wederom: niet volledig] het Functioneel Ontwerp”*. *“De grote trap richting de kelder eindigt dicht voor de*

garderobe wat hier de functioneleit belemmert. De garderobe is ook wat kleiner dan in het FO getekend". "De zichtlijnen in de grote zaal zijn minder optimaal dan het uitgangspunt in het FO". "Niet alle aspecten worden afdoende benoemd". "Op onderdelen ontbreekt een SMART-omschrijving van oplossingen of zijn oplossingen niet verifieerbaar". "Daardoor op onderdelen moeilijk verifieerbaar". "Beheer en exploitatie zijn – met betrekking tot onderhoud – moeilijk te beoordelen omdat deze vrij beperkt wordt omschreven en niet SMART toetsbaar/meetbaar wordt onderbouwd. Hierdoor zijn onderwerpen in voorkomende gevallen niet herkenbaar."

65. En dat het niet voldoen door eisers aan het PvE, voor eisers dus zonder meer kenbaar uit de afwijzingsbrieven, niet tot ongeldigheid van hun inschrijvingen heeft geleid volgt ook uit het feit dat eisers conform par. 3.7 (laatste bullet) Gunningsdocument ieder een vergoeding van EUR 50.000,- uitgekeerd hebben gekregen, hetgeen conform par. 3.7 Gunningsdocument immers alleen aan de orde is indien een inschrijving als geldig en volledig door de Gemeente is gekwalificeerd. En alle eisers hebben reeds (ruim) vóór afloop van de bezwaartermijn (14 maart 2019) hun facturen ter verkrijging van voornoemde EUR 50.000,- ingediend (zie prod. 18), dus met de kennis uit de afwijzingsbrieven dat hun inschrijvingen niet aan het PvE voldeden, en daarmee met de wetenschap dat het niet voldoen aan het PvE niet tot ongeldigheid leidt, nu par. 3.7 van het Gunningsdocument vergoeding van EUR 50.000,- immers bij ongeldigheid uitsloot.
66. Kortom, indien eisers zich in de door de Gemeente toegepaste aanbestedingsystematiek- en modaliteiten niet konden vinden, voor hen ook kenbaar uit de afwijzingsbrieven, dan hadden eisers hiertegen tijdens de aanbestedingsprocedure bezwaar moeten maken althans hiertegen in ieder geval tijdens de bezwaarperiode in een kort geding moeten opkomen, hetgeen eisers niet hebben gedaan. Gelet op de eerder genoemde 'Grossmann-doctrine' en aangehaalde contractuele vervaltermijn moeten eisers thans worden geacht hun rechten ter zake te hebben verwerkt.
67. De op de Gemeente rustende motiveringsverplichting gaat ook niet zo ver dat de Gemeente zou moeten motiveren (meer dan hetgeen zij tot nu toe heeft gedaan) in welke mate en op welke onderdelen het Structuurontwerp van NOAHH niet aan het PvE (waaronder het concept BP 2019) heeft voldaan. Bovendien kan deze informatie door de Gemeente ook niet worden verstrekt, nu het (bedrijfs)vertrouwelijke informatie uit de inschrijving van NOAHH betreft. Het ziet immers op de wijze waarop NOAHH invulling geeft aan de uitvoering van de opdracht, die de Gemeente mede gelet op het bepaalde in art. 2.57 en art. 2.138 Aw niet aan eisers kan verstrekken. Deze informatie is naar haar aard bedrijfsvertrouwelijk, hetgeen NOAHH overigens ook aan de Gemeente heeft medegedeeld. Het bedrijfsvertrouwelijke karakter van deze informatie klemt natuurlijk des te meer nu eisers een heraanbesteding hebben gevorderd. De artt. 2.57 en 2.138 Aw staan er verder ook aan in de weg eisers in de gelegenheid te stellen de door de Gemeente uitgevoerde beoordeling van het ontwerp van NOAHH te controleren (vgl. Hof Den Haag, 19 december 2017; GHDHA:2017:3549 en Vzr. Rb. Den Haag, 1 augustus 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:9597, r.o. 5.2), hetgeen met de vorderingen onder VI en VII door eisers wordt beoogd.
68. In de afwijzingsbrieven is voorts ook aangegeven dat indien eisers vragen zouden hebben met betrekking tot de afwijzing en de verstrekte motivering, zij zich tot de Gemeente konden wenden. MVRDV en AMA hebben dat niet gedaan op het moment dat dit had gekund. En de heer D. Hess van Kraaijvanger heeft zoals al gemeld op 20 maart 2019 op zijn verzoek een informeel gesprek gehad met de Gemeente, waarbij door Kraaijvanger geen bezwaar is geuit m.b.t. de aanbestedingsprocedure en het gunningsresultaat ten gunste van NOAHH en ook niet om meer informatie is verzocht. En zoals zojuist al is toegelicht heeft Van Dongen haar rechten verwerkt, onder meer gelet op haar bericht van 13 maart 2019 aan de Gemeente. Nu de

aanbestedingsprocedure enkele maanden geleden al is afgerond, geen kort geding is gestart door eisers, de overeenkomst is gesloten en gelet op de passieve houding van eisers tijdens de gunningsfase, rust ook gelet hierop op de Gemeente rechtens geen verplichting een (nadere) motivering t.a.v. de gunningsbeslissing te verstrekken, zodat eisers ook gelet hierop geen recht en belang meer hebben bij de vorderingen onder VI en VII van het petitum.

69. En tot slot, mocht UEA de vordering onder VI van het petitum toe willen wijzen, dan verzoekt de Gemeente om de in dit verband gevorderde termijn van veertien dagen niet toe te wijzen en de Gemeente zelfstandig te laten bepalen wanneer de gevorderde motivering wordt verstrekt, nu uw vonnis midden in de zomervakantie valt en diverse betrokkenen, waaronder diverse beoordelaars, de komende vakantiemaanden afwezig zijn wegens vakanties.

Geen sprake van een wezenlijke wijziging van de opdracht gedurende de uitvoeringsfase

70. Eisers refereren in dit verband allereerst naar uitspraken van de wethouder, dhr. Van Olden, in een interview (randnr. 30 en 31 dagvaarding). Anders dan eisers stellen, liggen deze uitspraken geheel in lijn met de aard van de opdracht zoals door de Gemeente is aanbesteed en hieruit kan al helemaal niet worden afgeleid dat het door NOAHH ingediende Structuurontwerp nog *drastisch* zal worden gewijzigd. Een Structuurontwerp is immers geen panklaar uitvoeringsgereed ontwerp. Het Structuurontwerp wordt juist in het kader van de opdracht doorontwikkeld tot uiteindelijk een Uitvoeringsgereed Ontwerp, waarvoor inderdaad wordt verwacht dat de gecontracteerde architect als onderdeel van het kernteam in dit kader met goede ideeën komt. Dit betekent niet dat hiermee het Structuurontwerp na gunning is verworpen tot 'goede ideeën', nu het Structuurontwerp immers juist als (vanzelfsprekend belangrijk) uitgangspunt wordt gehanteerd voor het verdere ontwerpproces, dus van SO->VO->DO->TO->UO, aan het begin van het pleidooi al toegelicht, waarbij echter wel herijking van het PvE kan plaatsvinden. Anders dan eisers stellen kan op basis van de uitspraken van de wethouder dan ook geenszins worden vastgesteld dat de opdracht zoals is aanbesteed wezenlijk zou zijn gewijzigd. Integendeel de opdracht wordt conform hetgeen is aanbesteed uitgevoerd en de opdracht is dan ook helemaal niet veranderd zoals eisers stellen. En van een noodzaak de opdracht drastisch te wijzigen omdat NOAHH niet zou voldoen aan de eisen van het BP 2013 is al helemaal geen sprake. Allereerst is het BP 2013 niet het toetsingskader maar het concept BP 2019. En van drastische wijzigingen van de opdracht zoals is aanbesteed is al helemaal geen sprake. Ter toelichting het volgende.
71. Voor NOAHH betekent het feit dat het door haar ingediende Structuurontwerp op een tweetal punten niet volledig in overeenstemming is geweest met het ontwerp BP 2019, dit in het kader van de uitvoering van de opdracht (verdere ontwerpfase) dus alsnog in overeenstemming met het ontwerp BP 2019 moet worden gebracht, waarbij het om beperkte aanpassingen gaat. Dit zou overigens ook voor alle andere inschrijvers hebben gegolden, die immers eveneens niet aan alle eisen uit het PvE hebben voldaan.
72. Zoals al is aangegeven hoefde conform de aanbestedingsstukken een Structuurontwerp niet volledig te voldoen aan het PvE (waaronder het concept BP 2019) op straffe van ongeldigheid van de inschrijving, maar werd het niet voldoen aan het PvE betrokken als een beoordelingsaspect (mate van voldoen aan het PvE) bij de toe te kennen score op het gunningscriterium Structuurontwerp.
73. Dat in het kader van de uitvoering het van het PvE afwijkende Structuurontwerp juist in overeenstemming wordt gebracht met het PvE (in het bijzonder het concept BP 2019) brengt, anders dan eisers (veronder)stellen dan ook geenszins mee dat de opdracht zoals is aanbesteed wezenlijk wordt gewijzigd. Het leerstuk van de wezenlijke wijziging zoals is neergelegd in

hoofdstuk 2.5 Aanbestedingswet 2012, ziet namelijk niet toe op een wezenlijke wijziging van een inschrijving (dus het ingediende Structuurontwerp), maar op een wezenlijke wijziging van de overheidsopdracht. Een bij inschrijving ingediend Structuurontwerp dat juist op onderdelen in het kader van de uitvoering van de opdracht wordt aangepast door het in lijn te brengen met het PvE (waaronder het concept BP 2019), leidt dan ook niet tot enige, laat staan een wezenlijke wijziging van de opdracht zoals is aanbesteed.

74. En mocht UEA oordelen dat voornoemde aanpassingen in het ingediende Structuurontwerp wel moeten worden gekwalificeerd als wijzigingen in de opdracht zoals is aanbesteed, quod non, dan is enerzijds gelet op het beperkte karakter van deze wijzigingen geen sprake van wezenlijke wijzigingen van de opdracht in de zin van art. 2.163g Aw en anderzijds is geen sprake van een wezenlijke wijzigingen van de opdracht gelet op de van toepassing zijnde uitzonderingsgrond van art. 2.163 lid c Aw die ziet op in de aanbestedingsstukken opgenomen herzieningsclausules op grond waarvan een opdracht mag worden gewijzigd zonder nieuwe aanbestedingsprocedure. Uit de aanbestedingsstukken volgt immers klip en klaar dat gedurende de uitvoering van de opdracht mag worden afgeweken van de door de Gemeente in het kader van de aanbestedingsstukken gestelde eisen uit het PvE. Zie voor deze herzieningsclausules/mogelijkheden waaruit duidelijk blijkt dat gedurende de uitvoering van de opdracht wijzigingen in het PvE (waaronder dus ook het concept BP 2019 valt) kunnen worden doorgevoerd onder meer:
- Par. 2.9 Gunningsdocument (prod. 2 eisers), waarin is bepaald dat op de af te sluiten overeenkomst de DNR 2011 (herzien juli 2013) van toepassing is, met inbegrip van de door de Aanbestedende dienst gestelde afwijkingen (zie voor deze afwijkingen, bijlage 4 Gunningsdocument, prod. 11). De Gemeente is niet afgeweken van art. 9 lid 2 DNR, zodat deze bepaling onverkort van toepassing is op de uitvoering van de opdracht. In art. 9 lid 2 DNR wordt bepaald: *"De volgende omstandigheden geven in ieder geval aanleiding de opdracht aan te passen: (...) – relevante wijzigingen in het programma van eisen dan wel de oorspronkelijke opdracht.* Uit het van toepassing zijnde DNR volgt dus dat gedurende de uitvoering van de opdracht wijzigingen in het PvE dan wel de oorspronkelijke opdracht mogen worden doorgevoerd.
 - Bijlage 5 bij het Gunningsdocument, te weten de DNR – STB taken-/kruisjeslijst Kern Ontwerpteam, waar met betrekking tot de fase inzake het Voorontwerp onder de code 04.03.020 de taakomschrijving 'Herijken en uitwerken PvE is opgenomen. Met herijken wordt dus bedoeld het aanpassen en wijzigen van eisen uit het PvE tijdens de VO-fase, dus gedurende de uitvoeringsfase van de Opdracht. Uit de rechterkolom 'documentinhoud', blijkt dat de herijking in feite ziet op alle eisen uit het PvE, waaronder eisen aan de locatie en eisen en wensen m.b.t. stedenbouwkundige, landschappelijke en architectonische inpassing (zie productie 12, eerste blz.). Uit de hieronder opgenomen rijen met codes 04.15.060 volgt dat de wijzigingen deugdelijk moeten worden geadmistreerd. Uit blz. 2 van productie 12 volgt dat deze herijking en uitwerking van het PvE ook geldt voor de fase van het Definitief Ontwerp en de fase van het Technisch Ontwerp/Bestek. Idem dito voor de fase voor het Uitvoeringsgereed Ontwerp (zie blz. 3 productie 12). Of met andere woorden, tijdens de gehele uitvoeringsduur van de Opdracht bestaat de mogelijkheid om eisen uit het PvE te wijzigen, hetgeen voor alle inschrijvers tijdens de aanbestedingsprocedure gelet op bijlage 5 bij het Gunningsdocument duidelijk is geweest (of had moeten zijn). Gelet op de aard van de opdracht is het overigens ook volstrekt logisch dat gedurende het ontwerpproces eisen worden bijgesteld, gewijzigd of vervallen.
 - Bijlage 6 bij het Gunningsdocument (zie blz. 3, prod. 2 eisers), te weten het Projectplan (prod. 13), hoofdstuk 8 (blz. 21, laatste alinea): *"Feitelijk is het programma van eisen het document dat de kwaliteitseisen omschrijft. Tijdens de ontwerpfase wordt continue getoetst of het ontwerp voldoet aan het programma van eisen. Het is mogelijk dat voortschrijdend inzicht*

noopt tot afwijkingen van het programma van eisen. Deze worden dan gemotiveerd voorgelegd aan de opdrachtgever en gebruiker. Resultaten (en afwijkingen) worden aan het eind van elke (ontwerp)fase vastgelegd in zogenoemde fasedocumenten (verantwoordelijkheid Ontwerp-/Bouwmanager)."

Belangenafweging

75. Indien UEA onverhoopt mocht oordelen dat de handelwijze van de Gemeente onrechtmatig is jegens eisers en gelet hierop één of meerdere vorderingen toewijsbaar zouden zijn, dan verzoekt de Gemeente UEA rekening te houden met de navolgende belangen van de Gemeente en die te laten prevaleren boven de belangen van eisers, daarbij ook rekening houdend met het feit dat eisers (binnen de kaders van het bepaalde in de aanbestedingsdocumenten) een mogelijke aanspraak op schadevergoeding behouden en gelet hierop de vorderingen van eisers niet toe te wijzen.¹¹
76. Ter toelichting het volgende. Het is algemeen bekend dat het 'theaterproject' al een groot aantal jaren loopt (circa 10 jaar) en dat de vorige aanbesteding inzake het theater is mislukt omdat het plan te duur werd. In de zomer van 2016 was sprake van asbestproblematiek in het theater, waardoor het theater destijds gedeeltelijk is gesloten en gelet op getroffen maatregelen vanaf de zomer 2017 weer grotendeels kon functioneren. Gelet op dit alles staat de theaterorganisatie al vele jaren onder grote druk vanwege de onzekerheid en vertraging van het nieuwbouwplan en wordt er al jaren gewerkt in een verouderd theater, dat al jaren op 'de laatste benen loopt'. Dit heeft tot gevolg dat er niet alleen sprake is van imagoschade, maar ook dat bij betrokken werknemers onzekerheid bestaat over het voortbestaan van het werk, de theaterorganisatie met leegloop heeft te kampen, er sprake is van verlies van 'bepelers' en commerciële gebruikers van het theater, waardoor de exploitatie onder druk komt te staan. Een heraanbesteding versterkt deze nadelige aspecten vanzelfsprekend nog meer.
77. Daarnaast betekent een heraanbesteding een forse vertraging van de (ver)nieuwbouwplannen voor het theater, hetgeen betekent dat er nog langer geen volwaardig functionerend theater en een kwalitatief goed podiumaanbod in Den Bosch aanwezig zal zijn. Dit alles zorgt ook voor economische schade aan de stad, nu een theater ook een bijdrage levert aan de economische ontwikkeling van de (binnen)stad (waaronder horecabezoek, winkelbezoek, parkeerinkomsten). Zolang er geen geschikt volwaardig functionerend theater is, zullen bepaalde bespelers en vaste gebruikers van het theater de stad niet alleen tijdelijk, maar mogelijk ook definitief kunnen verlaten. Heraanbesteding betekent voorts dat het theater nog langer dicht gaat, hetgeen een langduriger leegstand met zich zal meebrengen, met een groter risico van verloedering van en aan het belangrijkste plein van de stad.
78. Gelet op dit alles dient een belangenafweging naar het oordeel van de Gemeente dan ook in haar voordeel uit te pakken.

¹¹ Zie ook Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 23 februari 2016 ECLI:NL:GHARL:2016:1376, r.o. 3.8: "Het verweer van de stichting dat op grond van een belangenafweging door het hof de (op zichzelf nog wel toewijsbare) vordering van [appellante] in dit hoger beroep tot een verbod op het geven van verdere uitvoering aan de overeenkomst met Pola moet worden afgewezen, slaagt daarom."

Dwangsom

79. Ook de gevorderde dwangsom dient te worden afgewezen. De Gemeente geeft als bestuursorgaan namelijk zonder meer gehoor aan rechterlijke uitspraken en zal dat ook in deze zaak doen. De dwangsom is voorts disproportioneel hoog en dient, voor zover UEA van oordeel mocht zijn dat oplegging hiervan aangewezen is, gematigd en gemaximeerd te worden, door UEA in goede justitie te bepalen.

MET CONCLUSIE

Dat het UEA moge behagen eisers, althans eiser sub 1 en/of eiser sub 2 en/of eiser sub 3 en/of eiser sub 4 in hun (haar) vorderingen niet-ontvankelijk te verklaren, danwel hun (haar) vorderingen te ontzeggen, een en ander met veroordeling van eisers althans eiser sub 1 en/of eiser sub 2 en/of eiser sub 3 en/of eiser sub 4, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, in de kosten en nakosten van deze procedure, de kosten van rechtsbijstand van de Gemeente daaronder begrepen, met bepaling dat, als deze kosten niet binnen zeven dagen na de dagtekening van het in deze zaak te wijzen vonnis worden voldaan, daarover vanaf de achtste dag na dagtekening van het vonnis, wettelijke rente is verschuldigd.