

EJEA 17-051

ECLI:NL:RBDHA:2017:2971

Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak 20-02-2017

Datum publicatie 28-03-2017

Zaaknummer C-09-524698-KG ZA 17-13

Rechtsgebieden

Civiel recht

Bijzondere kenmerken

Kort geding

Inhoudsindicatie

Kort geding. Aanbesteding. Vordering afgewezen. Inschrijving zittende dienstverlener moet op gelijke wijze worden beoordeeld als andere inschrijvingen.

Uitspraak

Rechtbank den haag

Team Handel - voorzieningenrechter

zaak- / rolnummer: C/09/524698 / KG ZA 17/13

Vonnis in kort geding van 20 februari 2017

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

ECO Toilet B.V.,

statutair gevestigd te Beverwijk,

eiseres,

advocaat mr. H.J. van der Hauw te Velsen-Zuid,

tegen:

de publiekrechtelijke rechtspersoon

de Staat der Nederlanden (het ministerie van Defensie),

zetelend te Den Haag,

gedaagde,

advocaat mr. J.E. Palm te Den Haag.

Partijen worden hierna respectievelijk aangeduid als 'ECO Toilet' en 'de Staat'.

1 De procedure

1.1.

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding met producties;
- de bij de mondelinge behandeling door beide partijen overgelegde pleitnotities.

1.2.

De mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden op 6 februari 2017. Ter zitting is vonnis bepaald op heden.

2 De feiten

Op grond van de stukken en het verhandelde ter zitting wordt in dit geding van het volgende uitgegaan.

2.1.

Het ministerie van Defensie (hierna: Defensie) heeft een Europese aanbesteding uitgeschreven voor de inhuur van mobiele sanitaire voorzieningen. De opdracht omvat het leveren, plaatsen en onderhouden van mobiele toiletcabines, plaskruizen en mobiele toiletcabines voor mindervaliden.

2.2.

In de Aanbestedingsleidraad van 5 oktober 2016 staat, voor zover hier relevant, vermeld:

“5.1 Het gunningscriterium EMVI

EMVI: Beste prijs-kwaliteitverhouding

De Raamovereenkomst voor de inhuur van mobiele sanitaire voorzieningen wordt gegund aan één inschrijver en wel die inschrijver die de beste prijs-kwaliteitverhouding heeft. Dit is de inschrijver die met zijn inschrijving:

- a. voldoet aan alle gestelde knock-out criteria als beschreven in paragraaf 5.2; en
- b. die de laagste score heeft in de volgende formule:

Score = totaal vergelijkingsprijs – fictieve korting*

*totaal vergelijkingsprijs als geoffreerd (...) minus de fictieve korting die geldt op basis van de beoordeling van Kwaliteit.

(...)

5.1.1

Het beoordelingsteam Kwaliteit

De beoordeling van de Kwaliteit bestaat enerzijds uit de beoordeling van de antwoorden op de vragen inzake Kwaliteit als opgenomen in Bijlage 2-3 van deze Aanbestedingsleidraad.

De beoordeling geschiedt door een beoordelingsteam van Aanbestedende dienst dat bestaat uit 3 (drie) personen die ieder afzonderlijk en individueel de beoordeling doen. De wijze van beoordeling is beschreven in paragraaf 5.4 van deze Aanbestedingsleidraad.

(...)

5.4

Gunningscriterium Kwaliteit (K)

De beoordeling van de Kwaliteit vindt plaats aan de hand van de antwoorden op de vragen als opgenomen in Bijlage 2-3 van deze Aanbestedingsleidraad.

In overzicht betreft het de volgende vragen, waarbij tevens aangegeven de maximale score.

Vraag

Onderwerp

Maximale score per beoordelaar

Maximale fictieve korting

1

Continuïteit in de uitvoering

50

€ 120.000,-

2

Implementatieplan

50

€ 120.000,-

Totaal

100

€ 240.000,-

(...)

De beoordeling vindt per vraag plaats en op basis van de volgende aspecten:

- Door de mate waarin de inschrijver antwoord heeft gegeven op de vraag als gesteld in Bijlage 2-3 van deze Aanbestedingsleidraad en de daarin genoemde elementen; en

(...)

De toekenning van de scores en fictieve korting geschiedt als volgt:

1. 1. De individuele beoordelaar van het beoordelingsteam kent een puntenscore per vraag toe als hieronder genoemd:

Beoordeling per vraag per individuele beoordelaar

Punten per vraag

Voldoet en heeft meerwaarde

50 punten

Voldoet

40 punten

Voldoet gedeeltelijk doch merendeels

30 punten

Voldoet merendeels niet

20 punten

Voldoet vrijwel niet

10 punten

Voldoet geheel niet

0 punten

2. 2. De eindscore per vraag wordt vastgesteld door middeling van de scores per individuele beoordelaar. Middeling wil zeggen dat het aantal punten per vraag van alle beoordelaars bij elkaar wordt opgeteld en vervolgens wordt gedeeld door het aantal beoordelaars. De eindscore wordt afgerond op een heel getal.

3. 3. Aan de eindscore per vraag wordt een fictieve korting toegekend conform onderstaande tabel:

Eindscore per vraag

Fictieve korting

45 - 50 punten

€ 120.000,00

35 - 44 punten

€ 110.000,00

25 - 34 punten

€ 80.000,00

15 - 24 punten

€ 40.000,00

0 - 14 punten

€ 0,00

4. 4. Aan de hand van de eindscores wordt tevens beoordeeld of de betreffende inschrijver voldoet aan de eis dat de totale score Kwaliteit (eindscore van vraag 1 en 2 opgeteld) minimaal 60 punten is."

2.3.

In de tweede Nota van Inlichtingen van 4 november 2016 staat als vraag en antwoord 22 vermeld:

"Hoe dienen wij als huidige leverancier van de sanitaire voorzieningen aan Defensie om te gaan met de opdracht; stel een implementatieplan op. Wat dienen wij hier aan te leveren om ook de maximale score te kunnen behalen?

Uw implementatieplan dient antwoord te geven op de vraagstelling zoals geformuleerd in bijlage 2-3, als ware u een nieuwe leverancier. De beoordeling geschiedt conform het gestelde in paragraaf 5.4 Aanbestedingsleidraad."

2.4.

Bijlage 2-3 van de Aanbestedingsleidraad bevat de volgende twee kwaliteitsvragen:

"Vraag 1 Kwaliteit: Continuïteit in de uitvoering

U dient Opdrachtgever er van te overtuigen dat u in geval van gunning gedurende de looptijd van de Raamovereenkomst te allen tijde kunt voldoen aan de huuropdrachten die aan u versterkt worden, zoals omschreven in het Programma van Eisen (...)

Vraag 2 Kwaliteit: Implementatieplan

Opdrachtgever streeft vanzelfsprekend naar een zo vloeiend mogelijke overgang van het huidige contract naar de nieuwe Raamovereenkomst die op 1 februari 2017 in werking treedt.

Stel een implementatieplan op en geef aan:

- a. welke acties door u genomen moeten worden binnen welke termijn; en
- b. welke acties er naar uw mening door de Opdrachtgever genomen moeten worden binnen welke termijn;
- c. welke risico's u erkent die een vloeiende overgang zouden kunnen hinderen en welke mitigerende maatregelen u daarvoor neemt. Besteed ook aandacht aan de implementatie van DigilInkoop binnen uw organisatie."

2.5.

Vier partijen hebben een inschrijving ingediend, waaronder ECO Toilet. ECO Toilet is de huidige dienstverlener voor mobiele sanitaire voorzieningen aan Defensie.

2.6.

In de inschrijving van ECO Toilet staat onder meer vermeld:

"Vraag 1 Kwaliteit: Continuïteit in de uitvoering

(...)

De processen van ECO Toilet BV zijn voor het Ministerie van Defensie al volledig ingericht aangezien wij de afgelopen 4 jaar de leverancier zijn geweest van de mobiele sanitaire voorziening. Uitrol op 01-02-2017 is geen enkel probleem. (...)

De afgelopen 4 jaar heeft aangetoond dat wij te allen tijde konden voldoen, naast onze overige klanten, aan de aanvragen van het Ministerie van Defensie.

(...)

Vraag 2 Kwaliteit: Implementatieplan

Op het moment van gunning aan ECO Toilet BV is er geen enkele implementatie nodig en kunnen wij op de vertrouwde basis verder. (...)

Wij zien voor ons, ECO Toilet BV, geen risico's die een vloeiende overgang zouden kunnen hinderen en wij hoeven dan ook geen mitigerende maatregelen te treffen.

Risico's en acties

Wij zien risico's voor het Ministerie van Defensie als het gaat om de continuïteit van het proces wanneer er geen gunning aan ECO Toilet BV plaatsvindt."

2.7.

ECO Toilet heeft voor de beantwoording van de eerste vraag 43 punten behaald en voor de beantwoording van de tweede vraag 30 punten.

2.8.

Bij brief van 13 december 2016 heeft Defensie aan ECO Toilet bericht:

"Middels deze Voorlopige Gunningsbeslissing bericht ik u dat wij het voornemen hebben om de opdracht voor de Raamovereenkomst te gunnen aan [A] BV.

Hierbij licht ik graag de beoordeling van uw inschrijving van 17 november 2016 toe.

(...)

De beoordeling van uw inschrijving op basis van de EMVI criteria K en P heeft geleid tot een totaalscore van 348.042,75 punten. In de bijlage bij deze brief treft u een overzicht in uw scores.

De beoordeling van uw inschrijving op het onderdeel K licht ik als volgt toe:

Vraag 1: Continuïteit dienstverlening

De middelen en materialen waarover u beschikt zijn als voldoende beoordeeld om gedurende de looptijd van de Raamovereenkomst te kunnen voldoen aan de te verstrekken huuropdrachten. De wijze waarop u uw interne processen inricht ten behoeve van de levering, plaatsing en het servicen van de mobiele voorzieningen ten behoeve van het Ministerie van Defensie is beoordeeld als inzichtelijk, specifiek en realistisch. De beantwoording van de beoogd begunstigde inschrijver biedt wat meer meerwaarde ten opzichte van uw beantwoording.

Implementatieplan

Uw omschrijving van de risico's en de mitigerende maatregelen is inzichtelijk en heeft meerwaarde. U gaat echter onvoldoende in op de vraag om een implementatieplan op te stellen, zoals is verzocht in de inschrijfformulieren (bijlage 2-3 Aanbestedingsleidraad) en op verzoek is verduidelijkt in vraag 22 van de Nota van Inlichtingen."

3 Het geschil

3.1.

ECO Toilet vordert, zakelijk weergegeven:

primair: de Staat te veroordelen tot ongedaanmaking van de gunning van de opdracht aan [A] en tot gunning van de opdracht aan ECO Toilet, voor zover hij de opdracht nog wenst te gunnen;

subsidiar: de Staat te veroordelen tot ongedaanmaking van de gunning van de opdracht aan [A] en tot herbeoordeling van de inschrijving van ECO Toilet;

meer subsidiar: de Staat te veroordelen tot heraanbesteding over te gaan, voor zover hij de opdracht nog wenst te gunnen;

uiterst subsidiar: een beslissing te nemen die de voorzieningenrechter juist en geraden acht.

3.2.

Daartoe voert ECO Toilet – samengevat – het volgende aan. ECO Toilet heeft voor de beantwoording van Vraag 2 (implementatieplan) ten onrechte slechts 30 punten behaald. Zij had het maximale aantal punten (50) toebedeeld moeten krijgen.

ECO Toilet is de huidige opdrachtnemer voor de inhuur van mobiele sanitaire voorzieningen. Zij voert de opdracht naar volle tevredenheid van Defensie uit. Het gevolg daarvan is vanzelfsprekend dat er geen implementatie plaats hoeft te vinden en dus ook geen implementatieplan hoeft te worden opgesteld. Dat heeft ECO Toilet vermeld in haar inschrijving. Voor andere inschrijvers brengt de overgang naar de nieuwe raamovereenkomst wel risico's en kosten mee. Deze risico's heeft ECO Toilet helder uiteengezet in haar inschrijving. Ten aanzien van ECO Toilet is sprake van een geheel fictieve en overbodige vraagstelling over een implementatieplan. Van ECO Toilet kan niet verwacht worden dat zij een implementatieplan opstelt voor een niet bestaande situatie.

Het behaalde puntentotaal komt voorts niet overeen met de wijze van toekenning van de scores per vraag zoals beschreven in de Aanbestedingsleidraad. De beoordelaar kent 50 punten toe indien de beantwoording voldoet en meerwaarde heeft. Uit de voorlopige gunningsbeslissing volgt dat het beoordelingsteam heeft geoordeeld dat de beantwoording van ECO Toilet van Vraag 2 voldoet en meerwaarde heeft. De beantwoording diende dus 50 punten te scoren. Zelfs indien twee van de drie beoordelaars de beantwoording in de hoogste categorie van de beoordeling hebben geplaatst en de derde beoordelaar zou hebben geoordeeld dat de beantwoording in het geheel niet voldoet (0 punten), zou een gemiddelde eindscore van 33 punten zijn behaald. Het is echter ondenkbaar dat twee beoordelaars het maximale aantal punten geven en één beoordelaar helemaal geen punten. Indien ECO Toilet 50 punten zou hebben gekregen voor de beantwoording van Vraag 2, zou zij als eerste zijn gerangschikt in de EMVI rangorde.

Daarnaast heeft ECO Toilet voor de beantwoording van Vraag 1 ten onrechte slechts 43 punten gekregen. De in de Aanbestedingsleidraad gestelde eisen met betrekking tot de continuïteit in de uitvoering komen volledig overeen met de eisen die golden bij de totstandkoming van de vigerende raamovereenkomst met ECO Toilet. ECO Toilet heeft de afgelopen vier jaar aangetoond en bewezen te allen tijde te kunnen voldoen aan de huuropdrachten van Defensie. Dat is door haar ook gespecificeerd en gemotiveerd in haar inschrijving.

Defensie heeft de gunningsbeslissing voorts niet deugdelijk gemotiveerd. Niet blijkt waarom de beantwoording van de winnaar meerwaarde biedt ten opzichte van de beantwoording van ECO Toilet.

3.3.

De Staat voert gemotiveerd verweer, dat hierna, voor zover nodig, zal worden besproken.

4 De beoordeling van het geschil

4.1.

Partijen twisten onder meer over de puntentoekening aan de inschrijving van ECO Toilet voor de beantwoording van "Vraag 2 Kwaliteit: Implementatieplan". De beoordelingscommissie motiveert de beslissing om ECO Toilet op dit punt niet het maximale aantal punten toe te kennen met de opmerking dat ECO Toilet onvoldoende ingaat op de vraag om een implementatieplan op te stellen. ECO Toilet stelt zich op het standpunt dat het maximale aantal, althans meer punten hadden moeten worden toegekend omdat (i) er geen implementatie(plan) nodig is indien aan haar, de zittende dienstverlener, zal worden gegund, (ii) Defensie zelf in de gunningsbeslissing meldt dat de inschrijving van ECO Toilet op dit punt meerwaarde heeft en (iii) ECO Toilet wel degelijk een genoegzaam implementatieplan heeft ingediend. Deze stellingen zullen hierna achtereenvolgens worden besproken.

4.2.

In deze zaak doet de situatie zich voor dat reeds bestaande dienstverlening (naar ECO Toilet onweersproken heeft betoogd: ongewijzigd) opnieuw in de markt wordt gezet door middel van een nieuwe aanbestedingsprocedure. In die situatie verkeert de zittende dienstverlener feitelijk in een andere positie dan andere inschrijvers. Het aanbestedingsrecht strekt er evenwel toe de eerlijke mededinging te waarborgen. Het gelijkheidsbeginsel brengt dan ook mee dat de inschrijving van de zittende dienstverlener vergelijkbaar moet zijn met de inschrijvingen van andere inschrijvers en op gelijke wijze als die inschrijvingen moet worden beoordeeld.

4.3.

Uit (de door ECO Toilet gestelde) vraag en antwoord 22 van de twee Nota van Inlichtingen volgt ondubbelzinnig dat de zittende dienstverlener de vraag naar een implementatieplan diende te beantwoorden als ware hij een nieuwe leverancier. Voor zover ECO Toilet betoogt dat het opstellen van een implementatieplan door haar niet nodig was, zal dat betoog dan ook worden gepasseerd. Indien ECO Toilet zich op het standpunt stelt dat dit voorschrift – ondanks het hiervoor geschetste kader – ontoelaatbaar is, had zij daarover eerder moeten klagen. ECO Toilet stelt dat zij daartoe geen gelegenheid meer had, aangezien het antwoord op vraag 22 is gegeven in de laatste Nota van Inlichtingen en daarna geen vragen meer mochten worden gesteld. Die stelling slaagt niet. Blijkens de artikelen 1.2 en 1.3 van de Aanbestedingsleidraad was ECO Toilet immers in de gelegenheid onjuistheden in en klachten over de beantwoording van de vragen tot aan de sluitingstermijn voor het doen van een inschrijving aan de genoemde contactpersoon te melden. ECO Toilet heeft dan ook haar recht verwerkt om de rechtmatigheid van voornoemde bepaling thans nog aan de orde te stellen.

4.4.

ECO Toilet stelt voorts dat haar inschrijving het maximale aantal punten voor Vraag 2 had moeten krijgen, omdat in de gunningsbeslissing staat vermeld dat het antwoord van ECO Toilet op Vraag 2 meerwaarde heeft. Het is juist dat uit een tabel in de Aanbestedingsleidraad (zoals geciteerd onder 2.2.) volgt dat een individuele beoordelaar de maximale score toekent indien hij van oordeel is dat de inschrijving voldoet en meerwaarde heeft. Uit de tekst van de gunningsbeslissing blijkt evenwel dat de kwalificatie "meerwaarde" slechts betrekking heeft op een deel van de beantwoording van de vraag en dat een ander deel als "onvoldoende" is beoordeeld. Een gemiddelde score van 30 punten is in dat licht niet onlogisch of onbegrijpelijk. De veronderstelling van ECO Toilet dat twee

beoordelaars de maximale score hebben toegekend en één beoordelaar 0 punten, mist een feitelijke grondslag.

4.5.

Het geschil van partijen spitst zich daarnaast toe op de vraag of ECO Toilet een implementatieplan heeft ingediend. ECO Toilet stelt dat dat het geval is, onder verwijzing naar de tabel in haar inschrijving met als titel "Taak Risico Analyse". De voorzieningenrechter is met de Staat van oordeel dat die tabel niet als het verzochte implementatieplan kan worden beschouwd. In Vraag 2 wordt immers gevraagd naar een implementatieplan in het kader van het streven van Defensie naar een zo vloeiend mogelijke overgang van het huidige contract naar de nieuwe raamovereenkomst. De tabel waarnaar ECO Toilet verwijst, geeft geen beschrijving van de door haar en Defensie te nemen stappen om de overgang vloeiend te laten verlopen, maar bevat een opsomming van de mogelijke risico's die ECO Toilet signaleert bij de uitvoering van de opdracht en de maatregelen die met het oog daarop moeten worden getroffen.

4.6.

Gelet op het voorgaande kan niet worden geconcludeerd dat de score van de inschrijving van ECO Toilet voor Vraag 2 onjuist is. Dit leidt ertoe dat ECO Toilet geen belang meer heeft bij een beoordeling van haar standpunt dat zij ook voor de beantwoording van Vraag 1 een te lage score heeft ontvangen. Indien zij voor dat onderdeel alsnog de maximale score ontvangt, zal zij de winnende inschrijver immers niet in de rangorde passeren. De primaire en subsidiaire vorderingen zullen dan ook worden afgewezen. Dat geldt eveneens voor de meer subsidiaire vordering strekkende tot heraanbesteding, nu die vordering niet is onderbouwd.

4.7.

ECO Toilet stelt tot slot dat Defensie de gunningsbeslissing niet voldoende heeft gemotiveerd. Dit standpunt behoeft niet te worden beoordeeld, aangezien ECO Toilet geen daarop aansluitende vordering heeft ingesteld. Indien geconcludeerd zou worden dat de gunningsbeslissing onvoldoende is gemotiveerd, zou dat immers (enkel) leiden tot de oplegging van een gebod aan de Staat om daartoe alsnog over te gaan, onder de verplichting daarna een nieuwe Alcateltermijn in acht te nemen. Die vordering is niet ingesteld. De uiterst subsidiaire vordering om maatregelen te treffen die de voorzieningenrechter juist en geraden acht, maakt het voorgaande niet anders. Het is aan een eisende partij om weer te geven welk resultaat zij wenst te bereiken door middel van het formuleren van concrete vorderingen die op haar stellingen aansluiten.

4.8.

ECO Toilet zal, als de in het ongelijk gestelde partij, worden veroordeeld in de kosten van dit geding. Voor veroordeling in de nakosten bestaat geen grond, nu de kostenveroordeling ook voor deze nakosten een executoriale titel oplevert (vgl. HR 19 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL1116, NJ 2011/237).

5 De beslissing

De voorzieningenrechter:

5.1.

wijst het gevorderde af;

5.2.

veroordeelt ECO Toilet om binnen veertien dagen nadat dit vonnis is uitgesproken de kosten van dit geding aan de Staat te betalen, tot dusverre aan de zijde van de Staat begroot op € 1.434,--, waarvan € 816,-- aan salaris advocaat en € 618,-- aan griffierecht;

5.3.

bepaalt dat bij gebreke van tijdige betaling de wettelijke rente over de proceskosten verschuldigd is;

5.4.

verklaart deze kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mr. G.P. van Ham en in het openbaar uitgesproken op 20 februari 2017.

hvd