

EJEA 17-100

ECLI:NL:RBNNE:2017:2910

Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak 26-07-2017

Datum publicatie 01-08-2017

Zaaknummer 154686 KG/ZA 17-102

Rechtsgebieden

Civiel recht

Bijzondere kenmerken

Kort geding

Inhoudsindicatie

Aanbesteding voor onderhoud sportvelden en meststoffen.

Grossman-verweer van de aanbestedende dienst verworpen. Kan-bepaling is voor meerdere uitleg vatbaar en biedt te veel ruimte voor willekeur.

Gebod -onder aanvulling van gronden- om de lopende aanbestedingsprocedure te staken.

Uitspraak

vonnis

RECHTBANK NOORD-NEDERLAND

Afdeling privaatrecht

Locatie Leeuwarden

zaaknummer / rolnummer: C/17/154686 / KG ZA 17-102

Vonnis in kort geding van 26 juli 2017

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

BOUMA SPORT EN GROEN B.V.,

gevestigd te Tynaarlo,

eiseres,

advocaten mr. P.P.R. Hoekstra en mr. P. Bluemink, kantoorhoudende te Groningen,

tegen

de publiekrechtelijke rechtspersoon

GEMEENTE OPSTERLAND,

zetelend te Beetsterzwaag,

gedaagde,

advocaten mr. A.L. Appelman en mr. J.F. Hoff, kantoorhoudende te Zwolle.

Partijen zullen hierna Bouma en de gemeente genoemd worden.

1 De procedure

1.1.

Het verloop van de procedure blijkt uit:

-

de dagvaarding

-

de mondelinge behandeling

-

de pleitnota van de zijde van Bouma

-

de pleitnota van de zijde van de gemeente.

1.2.

Ten slotte is vonnis bepaald.

2 De feiten

2.1.

Op 10 januari 2017 heeft de gemeente op www.tenderned.nl de Europese openbare aanbesteding aangekondigd van de opdracht 'Raamovereenkomst loondiensten' (hierna: de opdracht). De aanbesteding ziet op het sluiten van een raamovereenkomst voor de duur van twee jaar met betrekking tot hoofdzakelijk de levering van trekkers, machines en werktuigen inclusief chauffeur ten behoeve van het onderhouden van de openbare ruimte en het onderhoud van sportvelden inclusief het leveren en toedienen meststoffen. De opdracht is gesplitst in verschillende percelen, waarop apart kan worden ingeschreven. Het gunningscriterium is de laagste prijs. Op de Opdracht zijn de Inkoopvoorwaarden leveringen en diensten 2014 van de gemeente van toepassing verklaard.

2.2.

In de door de gemeente in het kader van deze aanbesteding opgestelde Offerteaanvraag is - voor zover van belang - het volgende bepaald:

De gemeente heeft er voor gekozen deze opdracht op te delen in de volgende (vetgedrukte) percelen:

(...)

Perceel 14. Onderhoud sportvelden en meststoffen (gesloten periode speelseizoen, ingaande per 2018);

(...)

2.16

Aansprakelijkheid aanbestedende dienst

(...)

Indien Inschrijver meent dat dit document dan wel de Nota van Inlichtingen onduidelijkheden en/of tegenstrijdigheden bevat, dan wel de geschiktheidseisen, het Programma van Eisen of de gunningscriteria onduidelijk of ongeoorloofd zijn, dan wel de wijze van beoordelen onduidelijk is, dan wel dit document geheel of ten dele strijdig zou zijn met het recht dan wel aanbestedingsbeginselen, dan dient de potentiële Inschrijver hierover een vraag te stellen in de Nota van Inlichtingen dan wel dit uiterlijk 5 kalenderdagen na verzending van de Nota van Inlichtingen, schriftelijk en gemotiveerd aan de Aanbestedende dienst uiteen te zetten, bij gebreke waarvan ieder recht om tegen dit document te ageren vervalt.

(...)

4.2

Technische specificaties

Het Programma van Eisen bestaat uit een pakket van eisen met een knock-out karakter; het niet voldoen of kunnen voldoen aan één van deze eisen leidt automatisch tot uitsluiting van de aanbestedingsprocedure. Het programma van eisen is opgenomen in de bijlage van deze Offerteaanvraag. Dit betreft een invulbijlage, indien één of meer van de eisen met "nee" is aangekruist dan wordt de inschrijving terzijde gelegd en uitgesloten van verdere deelname.

(...)

5.2

Beoordelingsprocedure

De beoordeling van de tijdig ingediende Inschrijvingen verloopt als volgt:

Stap 1 Vaststellen volledigheid en geldigheid van de Inschrijvingen

(...)

Stap 2 Beoordelen uitsluitingsgronden en kwalitatieve minimumeisen

Beoordeling van de geldige en volledige Inschrijvingen geschiedt aan de hand van de uitsluitingsgronden en de minimumeisen, waaraan de Inschrijvers dienen te voldoen. Voldoet een

Inschrijver niet aan één of meerdere van deze minimumeisen of juist wél aan een van de uitsluitingsgronden, dan wordt de Inschrijving terzijde gelegd.

Stap 3 Beoordelen voldoen aan het Programma van Eisen

Aan alle eisen, zoals gesteld in het Programma van Eisen, dient te worden voldaan en deze dienen te zijn inbegrepen bij de geoffreerde prijs, tenzij expliciet anders is vermeld. (...)

Stap 4 Beoordeling op de gunningscriteria

Alle Inschrijvingen worden afzonderlijk beoordeeld op de genoemde gunningscriteria door de leden van de Beoordelingscommissie, volgens de methode zoals beschreven in paragraaf V.3 e.v. Alle geoffreerde wensen dienen, tenzij expliciet anders vermeld, bij de geoffreerde prijs zijn inbegrepen. De Inschrijvingen worden beoordeeld op basis van hetgeen door Inschrijvers is ingediend. Indien een Inschrijving enkel op (ondergeschikte) onderdelen vragen oproept kan Aanbestedende dienst besluiten de Inschrijving verder te beoordelen en om de navraag enkel uit te voeren bij de Inschrijvers die voor gunning van de Opdracht in aanmerking komen. Indien uit de navraag blijkt dat een Inschrijver niet voldoet zal deze alsnog als ongeldig ter zijde worden gelegd.

5.3

G1 Prijs

U dient uw prijs aan te bieden conform het aangeleverde prijsinvulformulier (bijlage D). De prijs wordt beoordeeld op basis van 'laagste inschrijving'.

2.3.

In bijlage D bij de Offerteaanvraag staat - voor zover van belang - het volgende vermeld:

Inschrijver heeft voor het indienen van zijn prijs het door Aanbestedende dienst voorgeschreven en verstrekte format gebruikt.

Inschrijver verklaart dat alle eisen zoals vermeld in het Programma van Eisen, en zoals aangepast in de Nota(s) van inlichtingen, alsmede alle wensen zoals door Inschrijver geoffreerd zijn in de geoffreerde prijzen verwerkt zijn.

Het is Inschrijver niet toegestaan een nulprijs te offreren. Het is wel toegestaan op onderdelen van een prijswens een nulprijs te offreren indien er sprake is van een optelsom. Het is onder geen beding toegestaan negatieve prijzen te offreren. Het niet invullen van (onderdelen van) een prijswens leidt tot ongeldigheid van de Inschrijving.

Inschrijver dient reële marktconforme prijzen te offreren (ook op onderdelen van een prijswens). Irrealistische prijzen kunnen door de Aanbestedende dienst worden gecontroleerd/nagevraagd en conform artikel 2.116 Aanbestedingswet kan de Inschrijving ongeldig worden verklaard. Ditzelfde geldt voor Inschrijvingen die door Aanbestedende dienst als manipulatief worden aangemerkt. (...)

De percelen zijn weergegeven in de bijlage I als zijnde prijsinvulformulier. (...) U dient deze prijsinvulformulieren in te vullen en te ondertekeningen.

2.4.

In bijlage I bij de Offerteaanvraag is een tabel opgenomen waarin een inschrijver per bestekpost dient in te vullen wat de door hem geoffreerde prijzen zijn en wat de uiteindelijke totaalprijs is die hij offreert. In die tabel zijn per post minimum- en maximumtarieven opgenomen. Omtrent deze minimum- en maximumtarieven is in deze bijlage het volgende vermeld:

Invulinstructie:

Note 1: Opdrachtgever hanteert een minimum- en maximumtarief per machine/manuur. Indien u een tarief aanbiedt dat boven of onder dit tarief ligt, kan dit leiden tot het terzijde leggen van uw inschrijving. U komt dan niet meer voor gunning in aanmerking.

2.5.

In het kader van deze aanbesteding heeft de gemeente op 2 maart 2017 een Nota van Inlichtingen uitgebracht en op 21 maart 2017 een Extra Nota van Inlichtingen. In het kader van beide Nota's van

Inlichtingen zijn door potentiële inschrijvers geen vragen gesteld over perceel 14 en over de door de gemeente in bijlage I gehanteerde minimum- en maximumtarieven.

2.6.

Op 3 april 2017 heeft Bouma ingeschreven op perceel 14. In de begeleidende brief heeft Bouma - voor zover van belang - het volgende vermeld:

Er worden door u verschillende voorwaarden gesteld waaraan de inschrijving dient te voldoen. Eén aspect willen we graag nader toelichten en dat behelst het feit dat er een marktconform tarief dient te worden berekend. Wij hebben uw tarievenstructuur dan ook getoetst aan de bij ons bedrijf gangbare tarieven voor de gevraagde werkzaamheden. Hierbij komen wij tot de conclusie dat er een aantal werkzaamheden in uw lijst voorkomen die wij aantoonbaar onder het door u gestelde minimumtarief aanbieden. De prijs per eenheid hebben wij dan ook aangepast naar deze voor ons bedrijf geldende tarieven.

2.7.

Bij brief van 5 april 2017 heeft de gemeente - voor zover van belang - het volgende aan Bouma bericht:

Bij deze informeren wij u over het resultaat van de aanbesteding 'loondiensten EU' 2016-40544. Uw inschrijving is grondig beoordeeld conform de in de offerteaanvraag omschreven procedure. Na beoordeling is gebleken dat uw inschrijving voldoet aan alle daaraan door de aanbestedende dienst gestelde eisen. In totaal heeft de aanbestedende dienst acht geldige inschrijvingen ontvangen. Na beoordeling op grond van de gunningscriteria is uw inschrijving echter als 'ongeldige inschrijving' verklaard. U heeft op perceel 14 onder de minimumtarieven ingeschreven. Conform de onderbouwing bij het prijzenblad kan inschrijven onder de laagste tarifiering zorgen voor uitsluiting. (Zie note 1 op de Werkomschrijving van perceel 14 Sportvelden en meststoffen). U wordt hierbij dan ook uitgesloten van deelname.

De laagste inschrijving is nog niet bekend. Er zijn namelijk twee partijen met dezelfde (laagste) prijs. Daarom zal een loting plaatsvinden bij notaris F. Kooi te Beetsterzwaag.

2.8.

In reactie op deze brief heeft mr. Hoekstra voornoemd namens Bouma bij brief van 12 april 2017 aan de gemeente bericht dat Bouma zich niet kon vinden in de beslissing van de gemeente tot uitsluiting van Bouma van deelname en dat zij een motivering van deze beslissing van de gemeente verlangde.

2.9.

Bij brief van 19 april 2017 heeft de gemeente - voor zover van belang - het volgende aan mr. Hoekstra bericht:

Op 12 april 2017 heeft u namens Bouma (...) een brief gestuurd waarin u vraagt om een motivering van de uitsluiting (...). In deze brief licht ik mijn motivatie toe.

In het bestek is voorgeschreven dat een inschrijving aan alle eisen - zowel de formele als de inhoudelijke eisen - moet voldoen, op straffe van ongeldigheid. Wat betreft de prijzen is dit vervolgens geconcretiseerd in het gegeven dat een prijs moet liggen tussen het minimumtarief en het maximumtarief, op straffe van ongeldigheid. In de betreffende bijlage staat dat de gemeente kan uitsluiten. Dat is een discretionaire bevoegdheid van de gemeente.

Wat opvalt in de inschrijving van Bouma (...) is dat zij bij maar liefst drie verschillende posten tarieven invult die lager liggen dan het aangegeven minimumtarief. Het gaat dus niet om een enkele bestek post. Verder gaat het hier om een aspect dat ziet op de prijsvorming. Als de gemeente de inschrijving van Bouma (...) nu alsnog geldig zou laten zijn, dan zou zij in strijd handelen met het gelijkheidsbeginsel jegens de overige inschrijvers die wel rekening hebben gehouden met de minimum- en maximumtarieven.

Tel hierbij op dat in het bestek bepaald is dat inschrijvers proactief en zorgvuldig moeten zijn. Dat betekent dat inschrijvers vragen moeten stellen en opmerkingen moeten plaatsen bij onderdelen van het bestek waar zij eventueel problemen of iets dergelijks mee hebben. Bouma (...) heeft dat nagelaten, terwijl het blijkt de begeleidende brief bij haar inschrijving haar wel bekend was dat haar reguliere tarieven wellicht lager lagen dan de minimumtarieven die de gemeente heeft opgesteld.

2.10.

De gemeente heeft de opdracht wat betreft perceel 14 voorlopig gegund aan

De Enk Groen & Golf B.V.

3 Het geschil

3.1.

Bouma vordert dat de voorzieningenrechter bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad:

primair

(I) de gemeente ter zake van de aanbestedingsopdracht 'Raamovereenkomst loondiensten' zal gebieden de beslissing tot uitsluiting van Bouma d.d. 8 april 2017 in te trekken en de gemeente zal verbieden de opdracht, meer specifiek perceel 14 als voormeld, voorlopig of definitief te gunnen aan één van de overige inschrijvende partijen; en

(II) indien de gemeente reeds een (voorlopige) gunningsbeslissing heeft genomen, de gemeente daarbij zal gebieden deze (voorlopige) gunningsbeslissing in te trekken; en

(III) indien de gemeente de opdracht na het te dezen wijzen vonnis nog wil gunnen, de gemeente te gebieden om binnen zeven dagen na dagtekening van het te wijzen vonnis een raamovereenkomst Loondiensten, ter zake van perceel 14: "Onderhoud sportvelden en meststoffen (gesloten periode speelseizoen, ingaande per 2018)", te gunnen aan Bouma;

(IV) zulks telkens op straffe van een dwangsom ter hoogte van € 250.000,- te vermeerderen met een bedrag van € 5.000,- per dag dat de overtreding voortduurt;

subsidiar

(I) de gemeente zal gebieden de aanbestedingsprocedure 'Raamovereenkomst loondiensten', ter zake van perceel 14: "Onderhoud sportvelden en meststoffen (gesloten periode speelseizoen, ingaande per 2018)", te staken en gestaakt te houden;

(II) de gemeente zal verbieden de opdracht, meer specifiek perceel 14 als voormeld, voorlopig of definitief te gunnen aan één van de overige inschrijvende partijen; en

(III) indien de gemeente reeds een (voorlopige) gunningsbeslissing heeft genomen, de gemeente daarbij zal gebieden deze (voorlopige) gunningsbeslissing in te trekken;

(IV) de gemeente daarbij zal gebieden om, wanneer zij de opdracht in kwestie wenst te vergeven, deze opnieuw aan te besteden, waarbij Bouma wederom kan deelnemen aan de inschrijving;

(V) zulks telkens op straffe van een dwangsom ter hoogte van € 250.000,- te vermeerderen met een bedrag van € 5.000,- per dag dat de overtreding voortduurt;

zowel primair als subsidiar

de gemeente zal veroordelen in de kosten van het geding, te vermeerderen met de nakosten ten belope van € 199,- in het geval van betekening, één en ander te voldoen binnen veertien dagen na dagtekening van het te wijzen vonnis en - voor het geval voldoening van de (na)kosten niet binnen de gestelde termijn plaatsvindt - te vermeerderen met de wettelijke rente over de (na)kosten te rekenen vanaf de bedoelde termijn voor voldoening.

3.2.

Bouma heeft - zakelijk weergegeven - het volgende aan haar vordering ten grondslag gelegd. Bouma is van mening dat de gemeente haar ten onrechte heeft uitgesloten van (verdere) deelname aan de aanbestedingsprocedure. In de Offerteaanvraag, meer specifiek bijlage I bij die Offerteaanvraag, is uitdrukkelijk niet bepaald dat inschrijvers die prijzen onder het minimumtarief (en tarieven boven het maximumtarief) offerreren uitgesloten zullen worden. De gemeente heeft inschrijvers - en dus Bouma - ruimte gelaten om marktconforme prijzen onder het minimumtarief te offerreren. Dit volgt uit de volgende passage in bijlage I "Opdrachtgever hanteert een minimum en maximumtarief per machine/manuur. Indien u een tarief aanbiedt dat boven of onder dit tarief ligt, kan dit leiden tot het

ter zijde leggen van uw inschrijving." Een en ander kan niet los worden gezien van bijlage D, zijnde een verklaring die alle inschrijvers hebben moeten ondertekenen ten aanzien van het prijsinvalformulier. Daarop staat dat een inschrijver reële marktconforme prijzen dient te offeren en dat irrealistische prijzen door de aanbestedende dienst kunnen worden gecontroleerd/nagevraagd en dat de inschrijving conform artikel 2.116 Aanbestedingswet (Aw) ongeldig kan worden verklaard. Uit de verwijzing naar artikel 2:116 Aw heeft Bouma mogen afleiden dat, voor zover de gemeente de marktconformiteit van haar prijs zou betwifelen, dit zou worden gecontroleerd. Indien de gemeente op basis van die controle zou menen dat de aangeboden prijzen niet marktconform zouden zijn, zou zij dat moeten kunnen motiveren. De gemeente handelt in strijd met de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht door, zonder de door Bouma geoffreerde prijzen tarieven op marktconformiteit te toetsen, tot uitsluiting van Bouma over te gaan. Aangezien Bouma wel degelijk marktconforme tarieven heeft geboden en zij klaarblijkelijk de laagste inschrijver is geweest, dient de opdracht aan Bouma te worden gegund. Indien en voor zover de voorzieningenrechter van oordeel is dat geen grond zou bestaan voor gunning aan Bouma, is zij subsidiair van mening dat door de gemeente is gehandeld in strijd met de algemene beginselen van aanbesteding en artikel 2.130 Aw. De aanbestedingsprocedure is daarmee onrechtmatig en kan niet tot gunning leiden en dient te worden afgebroken. De gemeente dient, indien zij de opdracht wenst te vergeven, tot heraanbesteding over te gaan.

3.3.

De gemeente voert verweer met conclusie tot niet-ontvankelijkverklaring van Bouma in haar vorderingen, althans afwijzing van de vorderingen met veroordeling van Bouma bij vonnis voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, in de kosten van het geding met bepaling dat daarover de wettelijke rente verschuldigd is, met ingang van 14 dagen na de datum van het in dezen te wijzen vonnis.

3.4.

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

4 De beoordeling

4.1.

Het spoedeisend belang van Bouma bij de gevraagde voorzieningen staat tussen partijen niet ter discussie en volgt naar het oordeel van de voorzieningenrechter uit de aard van de vordering.

4.2.

Als meest verstrekkende verweer heeft de gemeente aangevoerd dat Bouma niet-ontvankelijk is in haar vorderingen, omdat zij te laat heeft geklaagd. De gemeente heeft daartoe het volgende aangevoerd. Uit het begeleidend schrijven van Bouma bij haar inschrijving blijkt dat Bouma bekend was met de minimumtarieven en de discretionaire bevoegdheid van de gemeente om tot uitsluiting van deelname over te gaan, indien door een inschrijver prijzen werden geoffreerd die onder de voorgeschreven minimumtarieven liggen. Bouma heeft nagelaten hier tijdig en adequaat vragen over te stellen. Bouma is akkoord gegaan met de voorwaarden van de opdracht, zoals die zijn bepaald in de aanbestedingsstukken. Indien Bouma hiermee niet akkoord zou zijn geweest, had Bouma dit in een eerder stadium van de aanbestedingsprocedure kenbaar moeten maken. Het gevolg van het te laat klagen van Bouma is dat er sprake is van rechtsverwerking.

4.3.

Dit verweer faalt op de volgende gronden. Uit het Grossmann-arrest van het Europese Hof van Justitie (HvJ EU 12 februari 2004, zaak C-230/02) en de mede daarop gebaseerde jurisprudentie volgt dat in het belang van een snelle en effectieve aanbestedingsprocedure van een meedingende onderneming een proactieve houding mag worden verwacht: als deze inschrijver onduidelijkheden of onvolkomenheden in de aanbestedingsstukken danwel in de aanbestedingsprocedure signaleert in een stadium waarin deze nog ongedaan kunnen worden gemaakt, dient hij daar in dat stadium tegen

op te komen. Van een inschrijver mag worden verwacht dat hij bezwaar maakt tegen de procedure of de daarin te hanteren gunningscriteria op een moment dat deze zo nodig nog kunnen worden gecorrigeerd met zo gering mogelijke consequenties voor het verloop van de aanbestedingsprocedure. Deze verplichting van de inschrijver is in de onderhavige kwestie uitgewerkt in artikel 2.16 van de Offerteaanvraag.

4.4.

In Bijlage D bij de Offerteaanvraag is bepaald dat de inschrijver reële marktconforme prijzen dient te offren, dat irrealistische prijzen door de gemeente kunnen worden gecontroleerd/nagevraagd en dat een inschrijving conform artikel 2.116 Aw ongeldig kan worden verklaard. In bijlage D is voorts bepaald dat de prijsinvalformulieren, opgenomen in bijlage I bij de Offerteaanvraag ingevuld en ondertekend dienen te worden. In bijlage I bij de Offerteaanvraag is bepaald dat de gemeente een minimum- en maximumtarief per machine/manuur hanteert en dat indien de inschrijver een tarief aanbiedt dat boven of onder dit tarief ligt, dit kan leiden tot het terzijde leggen van haar inschrijving.

4.5.

De voorzieningenrechter stelt vast dat de gemeente noch in bijlage I bij de Offerteaanvraag noch elders in de aanbestedingsstukken heeft aangegeven aan de hand van welke criteria zij zal beoordelen of zij een inschrijver die een aangeboden tarief heeft gehanteerd dat onder het in bijlage I vastgestelde minimumtarief (of boven het vastgestelde maximumtarief) ligt, zal uitsluiten. Voorts heeft de gemeente in de aanbestedingsstukken niet aangegeven dat de voorgeschreven minimumtarieven, zoals zij ter zitting heeft betoogd, de ondergrens vormen van de marktconforme tarieven die zij door advies- en ingenieursbureau Antea Group heeft laten bepalen, en dat de voorgeschreven minimumtarieven derhalve een nadere invulling geven aan de eis van marktconformiteit die in bijlage D wordt gesteld. Door het ontbreken van deze beide toelichtingen heeft Bouma de kan-bepaling in bijlage I zo kunnen en mogen begrijpen dat aan de hand van de eisen die in bijlage D aan de te offren tarieven zijn gesteld door de gemeente zou worden bepaald of een inschrijver die een aangeboden tarief had gehanteerd dat onder het vastgestelde minimumtarief (of boven het vastgestelde maximumtarief) lag, diende te worden uitgesloten. Van een voor Bouma kenbare onduidelijkheid die noopte tot het stellen van vragen, is derhalve geen sprake, zodat het beroep van de gemeente op rechtsverwerking faalt.

4.6.

De gemeente heeft voorts ten verweerde aangevoerd dat zij op juiste gronden Bouma heeft uitgesloten van deelname aan de aanbesteding. Ook dit verweer faalt. Hiertoe overweegt de voorzieningenrechter als volgt.

4.7.

Vooropgesteld wordt dat de aan het aanbestedingsrecht ten grondslag liggende beginselen van transparantie en gelijke behandeling vereisen dat de voorwaarden inzake de deelneming aan en de gunning van een opdracht tevoren duidelijk moeten zijn bepaald, zodat betrokkenen exact de procedurele verplichtingen kunnen kennen en er zeker van kunnen zijn dat deze verplichtingen voor alle (potentiële) deelnemers gelden, zodat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen. Aanbestedingsstukken, zoals de Offerteaanvraag en de daarbij horende bijlagen, dienen te worden uitgelegd naar hun objectieve betekenis, zoals een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver deze, binnen de context van het totaal van de aanbestedingsstukken, redelijkerwijs heeft moeten begrijpen. Bij de uitleg van de aanbestedingsstukken dient de niet in die stukken tot uitdrukking gebrachte opvatting van de opstellers van de aanbestedingsstukken over de uitleg daarvan buiten beschouwing te worden gelaten, omdat die tot ongelijke behandeling zou kunnen leiden (zie HvJEU 29 april 2004, C-496/99, *Succhi di Frutta*).

4.8.

De gemeente heeft omtrent de uitleg van de in r.o. 4.4 vermelde bepalingen in bijlage D en I bij de Offerteaanvraag het volgende aangevoerd. De in bijlage I voorgeschreven minimumtarieven vormen de ondergrens van de marktconforme tarieven. Een inschrijving, zoals die van Bouma, waarin prijzen worden geoffreerd die onder de in bijlage I voorgeschreven minimumtarieven liggen, is daarom niet marktconform en voldoet daarmee niet aan het vereiste van marktconformiteit, dat in bijlage D is gesteld. Op grond van bijlage I kan de gemeente een inschrijving met een aangeboden prijs onder het vastgestelde minimumtarief of boven het vastgestelde maximumtarief terzijde leggen. De gemeente heeft gekozen voor een 'kan-bepaling', omdat uit arrest van het Europese Hof van Justitie van 14 december 2016 (Connexion Taxi Services; ECLI:EU:C:2016:948) volgt dat zij zonder deze 'kan-bepaling' het voornemen tot uitsluiting niet meer zou kunnen toetsen aan het proportionaliteitsbeginsel. De kan-bepaling behelst een discretionaire bevoegdheid van de gemeente. Bij de invulling van deze discretionaire bevoegdheid is de gemeente gebonden aan het proportionaliteitsbeginsel; de vraag of de gemeente tot uitsluiting overgaat, hangt derhalve enkel af van de vraag of uitsluiting onder de gegeven omstandigheden proportioneel is. Naar de mening van de gemeente is de uitsluiting van Bouma proportioneel, nu zij niet op één onderdeel maar op drie onderdelen aanmerkelijk onder het minimumtarief heeft ingeschreven.

4.9.

De voorzieningenrechter overweegt dat, voor zover de gemeente aanvoert dat de kan-bepaling in bijlage I haar uitsluitend de ruimte biedt om een proportionaliteitstoets uit te voeren in het kader van haar besluitvorming over de uitsluiting van een inschrijver, zij hierin niet kan worden gevolgd. Dit standpunt vindt, anders dan de gemeente wellicht meent, geen steun in voormeld arrest van het Europese Hof van Justitie (Connexion Taxi Services) waar de gemeente een beroep op heeft gedaan. In dat arrest heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat aan de bepaling in de aanbestedingsstukken dat in geval van een ernstige beroepsfout een automatische uitsluiting volgt voorrang moet worden gegeven boven de uit de Nederlandse regelgeving volgende toets aan het evenredigheidsbeginsel, omdat anders de beginselen van gelijkheid en transparantie zouden kunnen worden ondermijnd. Hieruit kan niet a contrario worden geconcludeerd dat, als in de aanbestedingsstukken in plaats van de sanctie van automatische uitsluiting de bepaling wordt opgenomen dat de aanbestedende dienst kan besluiten tot uitsluiting indien een inschrijver niet aan een bepaald vereiste voldoet, de aanbestedende dienst haar besluit om een inschrijver al dan niet uit te sluiten enkel mag laten afhangen van een door haar te verrichten proportionaliteitstoets. De kan-bepaling, zoals de onderhavige, impliceert een discretionaire bevoegdheid die op allerlei wijzen door de aanbestedende dienst kan worden ingevuld, waarbij zij niet beperkt is tot een proportionaliteitstoets.

4.10.

Het feit dat de discretionaire bevoegdheid op allerlei wijzen kan worden ingevuld en de gemeente in de aanbestedingsstukken niet heeft aangegeven hoe zij deze wil gaan invullen, maakt dat de bepaling te veel ruimte biedt voor willekeur. Ook zorgt het ervoor dat het bepaalde in bijlage I voor meerderlei uitleg vatbaar is, temeer nu in de aanbestedingsstukken evenmin is aangegeven dat de in bijlage I voorgeschreven minimumtarieven volgens de gemeente de ondergrens vormen van de marktconforme tarieven. De tekst en de context van de bepaling bieden ruimte voor de uitleg van Bouma, zoals hiervoor onder r.o. 4.5 is overwogen, maar ook voor de uitleg van de gemeente. Nu in bijlage D wordt verwezen naar bijlage I kan de bepaling in bijlage I dat een minimum- en maximumtarief wordt gehanteerd namelijk ook zo worden uitgelegd dat daarmee een nadere invulling wordt gegeven aan het vereiste in bijlage D dat de geoffreerde tarieven realistisch, marktconform en niet abnormaal laag moeten zijn. Het hanteren van minimum- en maximumtarieven duidt er immers op dat de gemeente de te offeren prijzen in heeft willen kaderen en het ligt voor de hand dat zij deze kaders heeft bepaald aan de hand van de door haar in bijlage D aan de te offeren prijzen gestelde eisen.

4.11.

Het vorenstaande leidt tot de conclusie dat het transparantiebeginsel en het verbod van willekeur zijn geschonden, zodat de gemeente de onderhavige aanbesteding niet kan voortzetten. Dit brengt mee dat de primaire vordering onder III om de gemeente, indien zij de opdracht nog wil gunnen, te gebieden een raamovereenkomst Loondiensten ter zake van perceel 14 te gunnen aan Bouma niet toewijsbaar is. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter hangen de overige primaire vorderingen zodanig samen met de primaire vordering onder III, dat deze overige vorderingen hetzelfde lot treft.

4.12.

Nu de primaire vorderingen worden afgewezen, komt de voorzieningenrechter toe aan beoordeling van de subsidiaire vorderingen. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter zijn de subsidiaire vorderingen onder I tot en met IV, gelet op het oordeel dat de gemeente onderhavige aanbesteding niet kan voortzetten, onder aanvulling van rechtsgronden toewijsbaar, zij het met inachtneming van het navolgende. De voorzieningenrechter leest de vordering onder II zo dat een verbod wordt gevorderd om de opdracht ter zake van perceel 14 op basis van de huidige aanbesteding voorlopig of definitief te gunnen aan één van de overige inschrijvende partijen. Nu de huidige aanbesteding niet kan worden voortgezet, kan de opdracht aan geen van de inschrijvers worden gegund, derhalve evenmin aan Bouma. De voorzieningenrechter zal de vordering in die zin toewijzen, als zijnde het mindere van hetgeen gevorderd is. De subsidiaire vordering onder V om aan de veroordelingen een dwangsom te verbinden zal worden afgewezen, nu de gemeente uitdrukkelijk heeft verklaard dat zij rechterlijke uitspraken altijd stipt en onverkort nakomt en Bouma niet heeft gesteld dat en waarom dat in deze zaak niet het geval zou zijn.

4.13.

De gemeente zal als de in het ongelijk te stellen partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van [[.....]] worden vastgesteld op:

explootkosten € 85,21

griffierecht € 618,00

salaris advocaat € 816,00

totaal € 1.519,21

4.14.

De gevorderde veroordeling in de nakosten zal als onbestreden worden toegewezen, zij het op de wijze als in het dictum vermeld, evenals de gevorderde wettelijke rente over de veroordeling in de proceskosten, daaronder begrepen de nakosten. Ook zal het vonnis, zoals gevorderd, uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard.

5 De beslissing

De voorzieningenrechter

5.1.

gebiedt de gemeente de aanbestedingsprocedure 'Raamovereenkomst loondiensten', ter zake van perceel 14: "Onderhoud sportvelden en meststoffen (gesloten periode speelseizoen, ingaande per 2018)", te staken en gestaakt te houden;

5.2.

gebiedt de gemeente om haar beslissing om de opdracht wat betreft perceel 14 voorlopig te gunnen aan De Enk Groen & Golf B.V. in te trekken;

5.3.

verbiedt de gemeente de opdracht wat betreft perceel 14 op basis van de huidige aanbesteding voorlopig of definitief te gunnen aan één van de inschrijvers;

5.4.

gebiedt de gemeente om, wanneer zij de opdracht wat betreft perceel 14 wenst te vergeven, deze opnieuw aan te besteden, waarbij Bouma wederom kan deelnemen aan de inschrijving;

5.5.

veroordeelt de gemeente in de proceskosten, tot aan deze uitspraak aan de zijde van Bouma vastgesteld op € 1.519,21, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW over dit bedrag vanaf de vijftiende dag na de datum van dit vonnis tot aan de dag van volledige betaling;

5.6.

veroordeelt de gemeente in de na dit vonnis ontstane kosten van Bouma, begroot op € 131,00 aan salaris advocaat, te vermeerderen, onder de voorwaarde dat de gemeente niet binnen 14 dagen na aanschrijving aan het vonnis heeft voldaan en er vervolgens betekening van de uitspraak heeft plaatsgevonden, met een bedrag van € 68,00 aan salaris advocaat, en te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW over de nakosten vanaf de vijftiende dag na de datum van dit vonnis tot de dag van volledige betaling;

5.7.

verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

5.8.

wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit vonnis is gewezen door mr. M. Sanna en in het openbaar uitgesproken op 26 juli 2017 in