

EJEA 17-111

ECLI:NL:RBDHA:2017:10450

Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak 11-09-2017

Datum publicatie 14-09-2017

Zaaknummer C/09/535544

Rechtsgebieden

Aanbestedingsrecht

Bijzondere kenmerken

Kort geding

Inhoudsindicatie

Aanbestedingsgeschil. Afwijzing vorderingen, Alcatel-termijn verstreken en al overeenkomst met winnaar inschrijving gesloten

Uitspraak

Rechtbank den haag

Team handel - voorzieningenrechter

zaak- / rolnummer: C/09/535544 / KG ZA 17/905

Vonnis in kort geding van 11 september 2017

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

SITA RECYCLING SERVICES NOORD B.V.,

gevestigd te Zuidwolde,

eiseres,

advocaat mr. B.J.H. Blaisse-Verkooyen te Haarlem,

tegen:

de publiekrechtelijke rechtspersoon

DE STAAT DER NEDERLANDEN,

zetelend te Den Haag,

advocaat mr. H.M. Fahner te Den Haag.

en

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

KRINKELS B.V.,

gevestigd te Wouw,

advocaat mr. L. Knoups te Den Haag,

gedaagden.

Partijen worden hierna respectievelijk aangeduid als 'Sita', 'de Staat' en 'Krinkels'.

1 De procedure

1.1.

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de gelijklopende dagvaardingen van 11 juli 2017 met producties 1-17;
- de conclusie van antwoord van de Staat, met producties 1-2;
- de akte houdende wijziging van eis, met producties 18-24;
- de fax van Krinkels d.d. 30 augustus 2017;
- de fax van Sita d.d. 31 augustus 2017;
- de fax van de Staat d.d. 31 augustus 2017;
- de op 1 september 2017 gehouden mondelinge behandeling, waarbij door alle partijen pleitnotities zijn overgelegd.

1.2.

Tegen de eiswijziging is door Krinkels bezwaar gemaakt. Dit bezwaar wordt verworpen nu de eis tijdig, dat wil zeggen meer dan 24 uur voorafgaand aan de zitting, schriftelijk is ingediend en de goede procesorde niet is geschaad.

1.3.

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.

De Staat heeft in januari 2017 een Europese openbare aanbestedingsprocedure georganiseerd voor het coördineren en uitvoeren van de gladheidbestrijding gedurende de periode van 1 oktober 2017 tot 1 mei 2020. De opdracht was verdeeld in twee percelen, Groningen en Drenthe. Het gunningscriterium was de laagste prijs.

2.2.

De opdracht omvat het uitvoeren van zowel preventieve strooiacties (gericht op het voorkomen en bestrijden van gladheid) als curatieve strooiacties (gericht op het bestrijden van als gevolg van sneeuwval en/of ijzel voorkomende gladheid). De aannemer van de opdracht dient te beschikken over motorvoertuigen ("tracties") die geschikt zijn voor het gladheidsbestrijdingsmaterieel dat door de Staat ter beschikking wordt gesteld.

2.3.

In het Inschrijvings- en beoordelingsdocument staat vermeld dat de aanbestedingsprocedure in twee fasen uiteenvalt, namelijk een Beoordelingsfase en een Onderbouwingsfase. De Beoordelingsfase eindigt volgens de planning op 30 maart 2017 met het verzenden van de gunningsbeslissing. Daarna gaat een rechtsbeschermingstermijn lopen tot 19 april 2017. De partij in wiens voordeel de gunningsbeslissing is genomen heeft vervolgens tot 9 mei 2017 de gelegenheid aan te tonen dat hij beschikt over de vereiste tractie.

2.4.

In de Nota van Inlichtingen is, bij vraag 21, over deze opzet het volgende opgemerkt:

"Vraag

(...) Inschrijvers behoren de zekerheid te hebben dat zowel de inschrijving als de bewijsdocumenten inzake minimumeisen en uitsluitingsgronden volledig zijn beoordeeld en in orde bevonden. (...) Wij vragen u de gunningsbeslissing pas te verzenden nadat de onderbouwingsfase met goed gevolg is afgerond.

Antwoord

De aantoonplicht voor de beoogd opdrachtnemer m.b.t. de beschikbaarheid van de benodigde tractie is geen inschrijfvereiste en geen bewijsdocument inzake minimumeisen en/of uitsluitingsgronden, maar een voorwaarde voor definitieve opdrachtverlening. Het kan van inschrijvers niet verlangd worden dat reeds bij inschrijving aangetoond moet worden dat een inschrijver de beschikbaarheid van alle vereiste tractie contractueel heeft vastgelegd. (...)"

2.5.

In het Inschrijvings- en beoordelingsdocument komt verder onder meer de volgende passage voor:

"2.3.1 Bij de inschrijving te verstrekken documenten

1. De inschrijving dient te geschieden op het bij dit inschrijvings- en beoordelingsdocument gevoegde inschrijvingsbiljet (bijlage D bij dit inschrijvings- en beoordelingsdocument) dan wel op een geheel overeenkomstig daaraan opgesteld biljet.

2. De inschrijver dient bij zijn inschrijving twee volledig ingevulde, gedateerde en conform paragraaf 2.4.1 digitaal ondertekende eigen verklaringen te voegen: (...)

3. De inschrijver dient bij zijn inschrijving een volledig ingevulde opgave conform bijlage H bij dit inschrijvings- en beoordelingsdocument te voegen (...)

4. De inschrijver dient bij zijn inschrijvingsbiljet een verklaring te voegen als genoemd in artikel 2.32.3 van het ARW 2016 (...)

5. Indien de inschrijver zich, om te voldoen aan de geschiktheidseisen genoemd in paragraaf 3.3, beroept op de financiële en economische draagkracht en/of de technische bekwaamheid van andere natuurlijke of rechtspersonen, dient de inschrijver dit aan te geven in het Uniform Europees Aanbestedingsdocument.

Voorts dient de inschrijver bij zijn inschrijvingsbiljet de volgende bescheiden te voegen:

a. (...)

b. een door elke andere natuurlijke of rechtspersoon opgestelde, gedateerde en conform paragraaf 2.4.1 digitaal ondertekende verklaring, waarin deze jegens de aanbesteder verklaart dat de inschrijver over de voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijke middelen kan beschikken; (...)"

2.6.

In de Nota van Inlichtingen is over deze passage de volgende vraag en antwoord (onder 18) opgenomen:

“ Vraag

2.3.1.

lid 5.b. De hier gevraagde verklaring is Bijlage I? Deze bijlage vermeldt slechts het aantal tracties voor preventieve acties. Gezien het belang van de dienst lijkt het ons rechtvaardiger hier het aantal tracties inclusief curatieve acties te vermelden.

Antwoord

Ja, in artikel 2.3.1 lid 5b wordt Bijlage I bedoeld.

Het is de keus van de aanbesteder om in bijlage I “verklaring tractie preventieve strooiroutes (type 1)” alleen de preventieve acties te vermelden”.

2.7.

Bijlage I luidt als volgt:

“Verklaring tractie preventieve strooiroutes (Type 1).

De inschrijver toont door het invullen van de onderstaande tabel aan dat deze over voldoende tractie beschikt om de preventieve strooiacties type 1 te kunnen uitvoeren.

Steunpunt

Aantal

tracties

beschikbaar

Voldoet ja/nee

Perceel 1 Groningen

Leek

5 tracties

Kolham

7 tracties

Winschoten

3 tracties

Perceel 2 Drenthe

Assen

7 tracties

Hoogeveen

6 tracties

Erm

6 tracties

VERKLARING

Ondergetekende verklaart dat:

de bovenstaande tabel volledig en naar waarheid is ingevuld;

hij deze ingevulde tabel onvoorwaardelijk en zonder enig voorbehoud heeft ondertekend; hij zich ervan bewust is dat het verstrekken van onjuiste of onvolledige informatie door de aanbestedende dienst kan worden aangemerkt als een valse verklaring en dat dit kan leiden tot een onvoorwaardelijke uitsluiting voor de resterende duur van deze aanbestedingsprocedure;

deze tabel is ondertekend door een daartoe, blijktens het handelsregister, dan wel een overeenkomstig register van het land van vestiging van de onderneming, vertegenwoordigingsbevoegde,

Ondertekening

Na(a)m(en) vertegenwoordigingsbevoegde ondertekenaar(s)''

Datum:

Handtekening(en)''

2.8.

In het Inschrijvings- en beoordelingsdocument staat verder het volgende vermeld:

''4.2 Gunningscriteria

(...)

De beoogd opdrachtnemer dient een gedetailleerd uitgewerkte lijst (bijlage 1) met in te zetten kentekens en namen van onderaannemers gekoppeld aan het in te zetten materieel van de opdrachtgever in digitale vorm te verstrekken (uiterste datum 9 mei 2017). Waarbij geborgd is dat er voldoende tractie inzetbaar is om de preventieve acties met het materieel wat beschikbaar wordt gesteld door de opdrachtgever uit te kunnen voeren. (art. 5.3)''

(...)

5.2

Onderbouwingsfase

1. Met het versturen van de gunningsbeslissing vangt de onderbouwingsfase aan. In deze fase onderbouwt de beoogd opdrachtnemer zijn inschrijving door het indienen van de in paragraaf 5.3 van dit inschrijvings- en beoordelingsdocument gespecificeerde documenten.

(...)

Indien uit de in paragraaf 5.3 van dit inschrijvings- en beoordelingsdocument gespecificeerde documenten blijkt dat de inschrijving van de beoogd opdrachtnemer niet voldoet aan de eisen van de overeenkomst, kan de inschrijving als ongeldig ter zijde worden gelegd.

5.3

In de onderbouwingsfase te verstrekken document

(...)

Er dient een gedetailleerde uitgewerkte lijst (bijlage 1) aangeleverd te worden met de in te zetten tracties. Dit document is als (bijlage 1) bij het bestek gevoegd. ''De kolommen welke ingevuld dienen te worden zijn kenteken en onderaannemer''.

2.9.

Bijlage 1 is een tabel van het door de Staat ter beschikking te stellen materieel, met een omschrijving van het voorgeschreven gebruik ervan. De inschrijver dient in deze tabel het kenteken van het door hem in te zetten voertuig en de naam van de onderaannemer in te vullen. De tabel is hieronder gedeeltelijk weergegeven

2.10.

In de Nota van Inlichtingen is over deze tabel, naar aanleiding van vraag 14, het volgende vermeld:

“De beoogd opdrachtnemer dient bijlage 1 volledig in te vullen, dat betreft dus ter beschikking te stellen materieel voor zowel preventieve acties als voor curatieve acties”.

2.11.

Verderop in deze Nota van Inlichtingen is over deze tabel, naar aanleiding van vraag 37, het volgende vermeld:

“(…) de beoogd opdrachtnemer dient bijlage 1 volledig in te vullen, dat betreft dus ter beschikking te stellen materieel voor preventieve acties. (…)”.

2.12.

Op 30 januari 2017 is een Inlichtingenbijeenkomst over de aan te besteden opdracht geweest.

Tijdens die bijeenkomst is een sheet getoond met daarop de opmerking

“Onderbouwingsfase nader invullen bijlage 1”.

2.13.

Voor het perceel Groningen hebben alleen Sita en Krinkels ingeschreven, waarbij Krinkels de laagste prijs heeft geboden. De opdracht is aan Krinkels verstrekt.

2.14.

Krinkels heeft op bijlage I (zie 2.7) de vraag in de rechter kolom beantwoord met “nee”.

2.15.

Krinkels heeft op bijlage II (zie 2.9) voor de preventieve tracties de gevraagde informatie verstrekt.

Voor de curatieve tractie heeft zij dit niet volledig gedaan.

3 Het geschil

3.1.

Sita vordert, na wijziging van eis, – zakelijk weergegeven – dat de Staat geboden wordt de inschrijving van Krinkels ongeldig te verklaren, de uitvoering van de door hem met Krinkels gesloten overeenkomst te schorsen en de overeenkomst te beëindigen, en dat Krinkels wordt geboden dit te gehangen en gedogen. Voorts vordert Sita dat de Staat wordt bevolen een nieuwe gunningsbeslissing te nemen, in die zin dat Sita wordt uitgenodigd voor de onderbouwingsfase.

3.2.

Daartoe voert Sita – samengevat – het volgende aan.

3.2.1.

Krinkels beschikte bij haar inschrijving niet over de voor preventieve acties benodigde tractie. Zij heeft dus bijlage I niet (correct) kunnen invullen. Met die bijlage moest worden aangetoond dat de inschrijver over voldoende tractie beschikt om de preventieve strooiacties te kunnen uitvoeren.

Krinkels had daarom van verdere deelname aan de procedure uitgesloten dienen te worden.

3.2.2.

Daarnaast heeft Krinkels in de onderbouwingsfase geen volledig ingevulde bijlage 1 overgelegd, terwijl dit volgens het antwoord op vraag 14 in de Nota van Inlichtingen (zie 2.10) wel had moeten.

Uit de markt weet Sita dat Krinkels nog in juni op zoek was naar de benodigde tractie. Krinkels heeft dus ook in de onderbouwingsfase niet aan de gestelde vereisten voldaan en ook om die reden had geen overeenkomst tussen de Staat en Krinkels tot stand mogen komen.

3.2.3.

Tot slot voert Sita aan dat Krinkels blijkens haar opgave gebruik gaat maken van vrachtauto's die inclusief strooier, lading en bijbehorende uitrusting de technisch maximale massa zullen overschrijden. Uitvoering van de overeenkomst zal leiden tot een economisch delict. De overeenkomst tussen de Staat en Krinkels moet daarom op grond van artikel 3:40 Burgerlijke Wetboek (BW) nietig worden geacht.

3.3.

De Staat en Krinkels voeren gemotiveerd verweer, dat hierna, voor zover nodig, zal worden besproken.

4 De beoordeling van het geschil

4.1.

Sita stelt dat zij ontvankelijk is, ondanks het feit dat zij dit kort geding aanhangig heeft gemaakt na het verstrijken van de rechtsbeschermingstermijn, die immers liep tot 19 april 2017 (zie 2.3). Sita beroept zich er op dat de informatie die haar tot het instellen van haar vordering heeft doen besluiten, pas na het verstrijken van de betreffende termijn bij haar bekend is geworden. Voor een effectieve rechtsbescherming is noodzakelijk dat de betreffende termijn eerst na de beoordelingsfase was aangevangen.

4.2.

Uit het Grossmann-arrest (HvJ EG 12 februari 2004, ECLI:EU:C:2004:93) moet worden afgeleid dat van een deelnemer aan een aanbesteding een proactieve houding mag worden verwacht. Daarmee wordt voorkomen dat aanbestedingsprocedures onnodig worden vertraagd en daarmee wordt bewerkstelligd dat eventuele omissies in de procedure zodanig tijdig aan de orde worden gesteld dat zij nog (eenvoudig) kunnen worden hersteld. Daarmee is niet alleen het belang van de aanbestedende dienst gediend, maar ook het belang van de (andere) deelnemers omdat voorkomen wordt dat kosten worden gemaakt voor een procedure die niet aan eisen voldoet. Het tijdstip waarop over een bepaald aspect van een aanbestedingsprocedure moet worden geklaagd, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. In algemene zin dient van een gegadigde te worden verwacht dat hij zijn bezwaren kenbaar maakt zo spoedig mogelijk nadat hij kennis had of had behoren te hebben van de gestelde gebreken in de procedure. Wanneer een deelnemer niet klaagt over een door hem gesteld gebrek in de aanbestedingsprocedure op het tijdstip dat hij dit gebrek kende of behoorde te kennen, maar vervolgens wel inschrijft, kan de conclusie zijn dat hij zijn recht heeft verwerkt om alsnog te klagen over het gestelde gebrek. Bij dit alles dient de gegadigde wel een effectieve en doeltreffende rechtsbescherming te genieten (vgl. Hof Den Haag, 3 november 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2944).

4.3.

Uit het voorgaande volgt dat Sita er in dit stadium niet meer over kan klagen dat de bezwaartermijn niet eerst na de beoordelingsfase is aangevangen, aangezien zij er voorafgaand aan haar inschrijving mee bekend was dat dit niet het geval was. Sita stelt echter in haar pleitnota dat haar geen effectieve en doeltreffende rechtsbescherming is geboden omdat de Staat een andere uitleg heeft gegeven aan de eisen en opzet van de aanbestedingsprocedure dan op basis van de stukken mocht worden verwacht, en dat dit gebrek pas na het verstrijken van de bezwaartermijn bij haar bekend is geworden. De gebreken bestaan er volgens Sita in dat de Staat, anders dan zij in de stukken had vermeld, het niet correct invullen van bijlage I geen reden acht om een inschrijving buiten beschouwing te laten en daarnaast niet vast houdt aan zijn eis dat bijlage 1 in de beoordelingsfase volledig dient te zijn ingevuld. De voorzieningenrechter zal daarom moeten beoordelen of de door de Staat (en Krinkels) gegeven uitleg van de aanbestedingsdocumentatie zodanig afwijkend is van hetgeen Sita mocht verwachten dat zij daartegen thans nog in het geweer kan komen.

4.4.

De Staat en Krinkels hebben evenwel terecht opgemerkt dat de inmiddels tussen hen tot stand gekomen overeenkomst slechts op een beperkt aantal gronden aantastbaar is. Derhalve zal eerst nagegaan moeten worden of één van deze gronden zich voordoet. Indien dit niet het geval is behoeft het in de slotzin van de vorige alinea bedoelde onderzoek immers niet plaats te vinden.

4.5.

De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 18 november 2016 (ECLI:NI:HR:2016:2638) bepaald dat een als resultaat van een gunningsbeslissing tot stand gekomen overeenkomst wegens strijd met aanbestedingsregels slechts aantastbaar is op de gronden vermeld in artikel 4.15 lid 1 Aanbestedingswet 2012 (Aw), en dat deze in andere gevallen slechts aantastbaar is in het geval van wilsgebreken en in het geval van nietigheid of vernietigbaarheid ingevolge artikel 3:40 BW (op een andere grond dus dan strijd met aanbestedingsregels). 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. Onderzocht dient derhalve te worden of een van de door de Hoge Raad genoemde gronden zich hier voordoet.

4.6.

De stelling van Sita dat de overeenkomst tussen de Staat en Krinkels ex artikel 3:40 BW nietig is omdat de strekking ervan in strijd is met de openbare orde, wordt verworpen. Zelfs indien ervan moet worden uitgegaan dat Krinkels bij de uitvoering van de opdracht de wet zal overtreden (ter terechtzitting is dit gemotiveerd betwist) staat vast dat de overeenkomst tussen de Staat en Krinkels niet is aangegaan met het doel Krinkels 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.

4.7.

Sita beroept zich verder op het bepaalde in artikel 4.15 lid 1 sub b Aw juncto 2.127 Aw, waarin – zakelijk weergegeven – is bepaald dat een als resultaat van een gunningsbeslissing gesloten overeenkomst in rechte vernietigbaar is ingeval de aanbestedende dienst tussen de gunningsbeslissing en het moment van sluiten van de overeenkomst geen opschortingstermijn in acht neemt. Tussen partijen is niet in geschil dat een dergelijke termijn in acht is genomen in de periode 30 maart 2017 – 19 april 2017. In de toelichting op de wijziging van eis heeft Sita betoogd dat die termijn geen deugdelijke invulling van de verplichting ex artikel 2.127 Aw is, omdat toen nog niet duidelijk kon zijn of de inschrijving van Krinkels wel aan alle gestelde eisen voldeed. Voor zover echter al moet worden aangenomen dat Sita, gelet op hetgeen hiervoor onder 4.2 en 4.3 is overwogen, thans nog een dergelijk beroep toekomt, faalt dit. Redengevend hiervoor is het volgende.

4.8.

Hoewel de tekst van paragraaf 2.3.1 van het Inschrijvings- en beoordelingsdocument, gelezen in combinatie met vraag en antwoord 18 van de Nota van Inlichtingen en de tekst van bijlage I zelf, ook een andere uitleg toelaat, blijkt uit het onder 2.4 weergegeven citaat uit de Nota van Inlichtingen dat het kunnen aantonen van het beschikbaar hebben van de benodigde tractie geen inschrijfvereiste is, maar een voorwaarde voor definitieve opdrachtverlening. Anders dan Sita acht de voorzieningenrechter deze keus niet in strijd met artikel 2.127 Aw. Het ligt voor de hand dat de selectie niet plaatsvindt op basis van de vraag of de inschrijver voldoende tractie bezit. Dat is immers geen onderscheidend criterium, maar een drempel die in ieder geval genomen moet worden. De Staat heeft daarbij onweersproken aangevoerd dat de uitvoering van het aanbestede werk veelal plaatsvindt door onderaannemers, met wie pas een contract gesloten kan worden als duidelijk is dat de opdracht is gegund. Het is dan ook begrijpelijk dat de controle of de drempel wordt gehaald pas plaatsvindt nadat de opdracht is gegund. De zogeheten Alcatel-termijn is niet bedoeld om na te kunnen gaan of aan de voorwaarden voor definitieve opdrachtverlening (“de drempel”) is voldaan, maar om de kenmerken en voordelen van de uitgekozen inschrijving te kunnen toetsen. De gevolgde handelwijze kan daarom niet als ondeugdelijke invulling van artikel 2.127 Aw worden beschouwd.

4.9.

Uit het voorgaande volgt dat geen van de door de Hoge Raad genoemde gronden voor vernietiging van de overeenkomst tussen de Staat en Krinkels zich voordoet. De vorderingen zijn daarom reeds

om die reden niet toewijsbaar. Het in de slotzin van rechtsoverweging 4.3 genoemde onderzoek behoeft daarom niet plaats te vinden.

4.10.

Ten overvloede merkt de voorzieningenrechter op dat ook ingeval daartoe wel was overgegaan, dit niet tot een andere uitkomst zou hebben geleid. De wijze waarop de Staat zou omgaan met bijlage I, kon Sita, zoals blijkt uit hetgeen onder 4.8 is vermeld, reeds eerder bekend zijn. Hetgeen Sita heeft opgemerkt met betrekking tot bijlage 1 zou evenmin tot toewijzing van de vorderingen hebben kunnen leiden. Weliswaar is de communicatie over de wijze waarop deze bijlage diende te worden ingevuld niet consistent geweest, maar juist die kenbare inconsistentie had er, gelet op hetgeen onder 4.2 is overwogen, toe moeten leiden dat Sita hierover eerder opheldering had verzocht. Niet kan worden geconcludeerd dat Sita wat deze punten betreft geen effectieve en doeltreffende rechtsbescherming heeft genoten.

4.11.

Sita zal, als de in het ongelijk gestelde partij, worden veroordeeld in de kosten van dit geding. Voor veroordeling in de nakosten, zoals door de Staat verzocht, 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 de vorderingen af;

5.2.

veroordeelt Sita in de kosten van dit geding, tot dusverre aan de zijde van zowel de Staat als Krinkels begroot op € 1.434,-, waarvan € 816,- aan salaris advocaat en € 618,- aan griffierecht, in voorkomende gevallen te vermeerderen met btw;

5.3.

bepaalt dat bij gebreke van betaling van de proceskosten van de Staat binnen veertien dagen na betekening van dit vonnis de wettelijke rente over de proceskosten verschuldigd is;

5.4.

verklaart de kostenveroordeling van Sita ten opzichte van de Staat uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mr. G.P. van Ham en in het openbaar uitgesproken op 11 september 2017.

[JWR]