

ECLI:NL:RBOBR:2013:BY9055

Instantie	Rechtbank Oost-Brabant
Datum uitspraak	10-01-2013
Datum publicatie	22-01-2013
Zaaknummer	254866 / KG ZA 12-770
Rechtsgebieden	Civil recht
Bijzondere kenmerken	Kort geding
Inhoudsindicatie	Kort geding. Europese aanbesteding. Grossmann-arrest. Niet-ontvankelijk.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl JAAN 2013/64

Uitspraak

vonnis

RECHTBANK OOST-BRABANT

Sector civiel recht

zaaknummer / rolnummer:C/01/254866 / KG ZA 12-770

Vonnis in kort geding van 10 januari 2013

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

[eiseres],

gevestigd te [vestigingsplaats]

eiseres,

advocaten mr. J.P.A. Greuters en mr. B.H.H.M. Ramakers te Arnhem,

tegen

1. de publiekrechtelijke rechtspersoon
GEMEENTE BERGEIJK,
zetelend te Bergeijk,
2. de publiekrechtelijke rechtspersoon
GEMEENTE BLADEL,
zetelend te Bladel,
3. de publiekrechtelijke rechtspersoon
GEMEENTE EERSEL,
zetelend te Eersel,
4. de publiekrechtelijke rechtspersoon
GEMEENTE OIRSCHOT,
zetelend te Oirschot,
5. de publiekrechtelijke rechtspersoon
GEMEENTE REUSEL-DE MIERDEN,
zetelend te Reusel,
gedaagden,
advocaat mr. E.E. Zeelenberg te Nijmegen.

Partijen zullen hierna [eiseres] en de Gemeenten genoemd worden.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding van 9 november 2012 met producties 1 tot en met 7
- de brief van mr. Zeelenberg van 5 december 2012 met producties 1 tot en met 8
- de brief van mr. Ramakers van 10 december 2012 met aanvullende producties 8 tot en met 10
- de brief van mr. Zeelenberg van 10 december 2012 met aanvullende productie 9
- de mondelinge behandeling op 13 december 2012, waar gelijktijdig is behandeld het kort geding geregistreerd onder nummer KG ZA 12-763, tussen [A] en de Gemeenten
- de pleitnota van [eiseres]
- de pleitnota van de Gemeenten.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De feiten

2.1. De Gemeenten hebben op 24 augustus 2012 aangekondigd een Europese openbare aanbesteding te houden voor het reinigen en inspecteren van riolering onder besteknummer RAW0406-68983 (Bestek rioolreiniging en -inspectie).

2.2. Deze aanbesteding betreft perceel 1 en is de eerste in een reeks van vier soortgelijke aanbestedingen. Er volgen nog drie aanbestedingen van identieke werkzaamheden, te weten de percelen 2 (gemeenten Best, Veldhoven en Waalre), 3 (gemeenten Nuenen, Geldrop, Mierlo, Heeze Leende en Cranendonck en 4 (gemeenten Laarbeek, Gemert, Bakel, Deurne, Astén en Someren).

2.3. Op de aanbesteding is het Aanbestedingsreglement Werken 2005 (ARW 2005) van toepassing. De aanbesteding is begeleid door het Bureau Inkoop en Aanbestedingen Zuidoost-Brabant (hierna: BIZOB). Als gunningscriterium geldt de laagste prijs.

2.4. Bij brief van 12 oktober 2012 heeft [eiseres] haar bezwaren geuit ten aanzien van onderhavig bestek. De aanbesteding heeft plaatsgevonden op 15 oktober 2012 om 9.30 uur. [eiseres] heeft niet op de aanbesteding ingeschreven.

2.5. Bij brief van 25 oktober 2012 is aan de inschrijvers meegedeeld dat [B] B.V. (hierna te noemen [B]) heeft ingeschreven met de laagste prijs en dat de Gemeenten voornemens zijn de opdracht aan [B] te gunnen.

3. Het geschil

3.1. [eiseres] vordert bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad

1. de Gemeenten te gebieden de onderhavige aanbestedingsprocedure Bestek rioolreiniging en -inspectie met referentienummer RAW0406-68983 te staken en gestaakt te houden,
2. de Gemeenten te verbieden om onderhavige opdracht volgens het bestek Bestek rioolreiniging en -inspectie met referentienummer RAW0406-68983 definitief te gunnen en, voor zover de Gemeenten de opdracht nog wensen te gunnen, de Gemeenten te gebieden een heraanbesteding te houden,
3. zodanige maatregelen te treffen die de voorzieningenrechter in goede justitie vermeent te behoren, met hoofdelijke veroordeling van de Gemeenten in de kosten van deze procedure, te vermeerderen met de wettelijke rente.

3.2. Zij legt daaraan ten grondslag dat de onderhavige aanbestedingsprocedure niet voldoet aan de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht. In onderhavig bestek ontbreekt het in zodanig ernstige mate aan kostenhomogeniteit, dat een deugdelijke prijsaanbieding niet kan worden aangeboden en vaststelling van de laagste prijsaanbieder niet kan plaatsvinden. Voor inschrijvers betekent de in het bestek voorgeschreven afrekeningsmethodiek dat er geen enkele zekerheid bestaat dat de door iedere inschrijver te verstrekken fictieve inschrijfsom op gelijke wijze wordt beoordeeld ten opzichte van de fictieve inschrijfsom van iedere ander inschrijver. Dit doet afbreuk aan het transparantiebeginsel en het gelijkheidsbeginsel. Voorts beschikken de zittende aannemers over een ontoelaatbare kennisvoorsprong zodat geen sprake is van een (voldoende mate van) level playingfield.

3.3. De Gemeenten voeren verweer.

4. De beoordeling

4.1. De Gemeenten hebben zich primair beroepen op rechtsverwerking in relatie tot het zogenaamde "Grossmann-arrest". Dienaangaande overweegt de voorzieningenrechter als volgt.

4.2. Uitgangspunt is dat van rechtsverwerking in een situatie als de onderhavige slechts sprake kan zijn indien de inschrijver c.q. gegadigde ([eiseres]) zich heeft gedragen op een wijze die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onverenigbaar is met het (alsnog) uiten van bezwaren tegen de wijze waarop de aanbestedingsprocedure wordt gevoerd. Voor een geslaagd beroep op rechtsverwerking is enkel tijdsverloop of stilzitten onvoldoende, maar is de aanwezigheid van bijzondere omstandigheden vereist als gevolg waarvan hetzij bij de aanbestedende dienst (de Gemeenten) het gerechtvaardigde vertrouwen is gewekt dat de inschrijver/gegadigde geen gebruik (meer) zal maken van de mogelijkheid om bezwaar te maken tegen bepaalde aspecten van de aanbestedingsprocedure, hetzij de positie van de aanbestedende dienst onredelijk zou worden benadeeld of verzwaaard in geval de inschrijver/gegadigde alsnog gebruik maakt van de mogelijkheid om bezwaren aan te voeren.

4.3. Van een adequaat handelend inschrijver/gedagigde mag worden verwacht dat hij zich pro-actief opstelt bij het naar voren brengen van bezwaren in het kader van een aanbestedingsprocedure. De eisen van redelijkheid en billijkheid die de inschrijver/gedagigde jegens de aanbestedende dienst in acht heeft te nemen, brengen mee dat hij zijn bezwaren duidelijk naar voren brengt en in een zo vroeg mogelijk stadium aan de orde stelt, zodat eventuele onregelmatigheden desgewenst kunnen worden gecorrigeerd met zo min mogelijk consequenties voor het verdere verloop van de aanbestedingsprocedure. Een inschrijver/gedagigde die bezwaren heeft maar er (te lang) mee wacht om die te melden, handelt in strijd met het hiervoor al genoemde Grossmann-arrest.

4.4. Alle voor de aanbesteding relevante documenten waren voor [eiseres] vanaf 24 augustus 2012 beschikbaar via www.tenderned.nl. In die stukken was aangekondigd, onder punt VI.3 (prod. 8 van de zijde van de Gemeenten), dat er in deze aanbesteding tweemaal de gelegenheid zou worden gegeven om schriftelijk vragen te stellen, te weten tot 4 september 2012 en vervolgens tot 27 september 2012. Uiteindelijk heeft er naast deze reeds aangekondigde inlichtingenrondes ook nog een derde inlichtingenronde plaatsgevonden en is tevens nog een Nota van Aanvulling verschenen.

4.5. Niet in geschil is dat [eiseres] in het geheel geen vragen heeft gesteld of bezwaren heeft geuit in het kader van de gehouden inlichtingenrondes. Eerst op vrijdagmiddag 12 oktober 2012 om 16.34 uur heeft de advocaat van [eiseres] een brief gestuurd aan de Gemeenten met daarin een groot aantal bezwaren tegen de aanbesteding en het verzoek aan de Gemeenten om tot heraanbesteding over te gaan.

4.6. In aanmerking nemend dat de aanbesteding plaatsvond op maandagochtend 15 oktober 2012 om 9.30 uur, hadden de Gemeenten geen enkele reële mogelijkheid meer om naar de bezwaren te kijken, laat staan dat zij eventuele onregelmatigheden hadden kunnen corrigeren, terwijl in het kader van de aanbesteding reeds drie uitgebreide inlichtingenrondes hadden plaatsgevonden. Bijzondere omstandigheden op grond waarvan het voor [eiseres] niet mogelijk was om haar bezwaren ten aanzien van de onderhavige aanbesteding in een eerder stadium naar voren te brengen zijn niet gesteld of gebleken. Onder deze gegeven omstandigheden van het geval moet dan ook worden aangenomen dat [eiseres], door eerst op 12 oktober 2012 haar bezwaren jegens de aanbesteding naar voren te brengen, haar recht om over de aanbesteding te klagen heeft verwerkt. Zij zal niet-ontvankelijk worden verklaard in haar vorderingen.

4.7. Dat de Gemeenten zouden hebben toegezegd zich in de onderhavige procedure niet te beroepen op de niet-ontvankelijkheid van [eiseres] (vergelijk de als productie 5 door [eiseres] overgelegde e-mailcorrespondentie tussen mr. Greuters en mr. Van Laerhoven van BIZOB), leidt niet tot een ander oordeel. De Gemeenten hebben ter zitting uitdrukkelijk verklaard dat deze toezegging enkel is gedaan in verband met het niet inschrijven door [eiseres] op de onderhavige aanbesteding. Zulks vindt bevestiging in het e-mailbericht van mr. Greuters van 1 november 2012, waar staat: Namens cliënte, verzoek ik u aan mij te bevestigen dat de aanbestedende dienst in de te entameren procedure inzake perceel 1 zich niet gaat beroepen op een (eventuele) niet-ontvankelijkheid van mijn cliënte omdat zij niet zou hebben ingeschreven op perceel 1

Los daarvan staat dat van [eiseres] (te lang) heeft gewacht met het melden van haar bezwaren jegens de onderhavige aanbestedingsprocedure en daarmee in strijd handelt met het hiervoor al genoemde Grossmann-arrest.

4.8. [eiseres] zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van de Gemeenten worden begroot op:

- griffierecht 575,00
- salaris advocaat 816,00

Totaal 1.391,00

4.9. De gevorderde veroordeling in de nakosten is in het kader van deze procedure slechts toewijsbaar voor zover deze kosten op dit moment reeds kunnen worden begroot. De nakosten zullen dan ook worden toegewezen op de wijze zoals in de beslissing vermeld.

5. De beslissing

De voorzieningenrechter

5.1. verklaart [eiseres] niet-ontvankelijk in haar vordering,

5.2. veroordeelt [eiseres] in de proceskosten, aan de zijde van de Gemeenten tot op heden begroot op 1.391,00,

5.3. veroordeelt [eiseres] in de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op 131,00 aan salaris advocaat, te vermeerderen, onder de voorwaarde dat [eiseres] 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 de explootkosten van betekening van de uitspraak,

5.4. verklaart dit vonnis wat betreft de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mr. E. Loesberg en in het openbaar uitgesproken op 10 januari 2013.