

ECLI:NL:RBOBR:2017:976

Instantie	Rechtbank Oost-Brabant
Datum uitspraak	24-02-2017
Datum publicatie	03-03-2017
Zaaknummer	C/01/316598 / KG ZA 17-16
Rechtsgebieden	Civil recht
Bijzondere kenmerken	Kort geding
Inhoudsindicatie	Kort geding. Aanbesteding. Uitsluiting wegens het niet indienen van een plan van aanpak social return.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl Module Aanbesteding 2017/643 JAAN 2017/94

Uitspraak

—

vonnis

RECHTBANK OOST-BRABANT

Civil Recht

Zittingsplaats 's-Hertogenbosch

zaaknummer / rolnummer: C/01/316598 / KG ZA 17-16

Vonnis in kort geding van 24 februari 2017

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

MOUWRIK WAARDENBURG B.V.,

gevestigd te Waardenburg,

eiseres,

advocaat mr. L. Knoups te Den Haag,

tegen

1 de publiekrechtelijke rechtspersoon

GEMEENTE BEST,

zetelend te Best,

2. de publiekrechtelijke rechtspersoon

GEMEENTE SON EN BREUGEL,

zetelend te Son en Breugel,

gedaagden,

advocaat mr. E.F.M. van Loo te Eindhoven.

Partijen worden Mouwrik en de gemeenten genoemd.

1 De procedure

1.1. De procedure blijkt uit:

- de dagvaarding van 10 januari 2017,
- de brief van mr. Knoups van 20 januari 2017 met een akte overlegging 8 producties,
- de brief van mr. Van Loo van 7 februari 2017 met 6 producties,
- de brief van mr. Knoups van 10 februari 2017 met een aankondiging van wijziging van eis,
- de mondelinge behandeling op 13 februari 2017,
- de pleitnota van Mouwrik tevens akte houdende wijziging van eis,
- de pleitnota van de gemeenten.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald op uiterlijk 27 februari 2017.

2 De feiten

2.1. De gemeenten hebben een meervoudig onderhandse aanbesteding georganiseerd voor de opdracht "*Realisatie Slowlane fietspad gedeelte Ekkersweijer*".

2.2. Op de aanbestedingsprocedure is de Aanbestedingswet 2012 (Aw 2012) van toepassing. Daarnaast hebben de gemeenten het Aanbestedingsreglement voor Werken 2016 (ARW 2016) van toepassing verklaard.

2.3. Het gunningscriterium is de laagste prijs.

2.4. In de inschrijvingsleidraad d.d. 7 november 2016 is op pagina 11 van 15 - voor zover hier van belang - het volgende opgenomen:

"4.2 Indeling van de inschrijving

De inschrijving voldoet aan hetgeen door de aanbestedende dienst wordt gevraagd. Bij inschrijving worden de vragen ten aanzien van de uitsluitingsgronden beantwoord en zijn de volgende documenten ge-upload in Negomatrix:

het ingevulde en ondertekende inschrijfbiljet. Verwezen wordt naar artikel 01.01.02 van de standaard RAW Bepalingen (Standaard 2015);

de ingevulde en ondertekende inschrijvingsstaat. Verwezen wordt naar de artikelen 01.01.03 en 01.01.04 van de Standaard RAW bepalingen (Standaard 2015);

de ingevulde (en ondertekende) Eigen Verklaring voor aanbestedingsprocedures van aanbestedende diensten (Eigen Verklaring) zoals deze door de aanbestedende dienst is verstrekt bij de aanbestedingsdocumenten;

Indien een inschrijver een van bovengenoemde documenten niet, of niet volledig, heeft ingevuld of ondertekend en/of geen of deels antwoord heeft gegeven op de vragen in Negomatrix, dan wordt de inschrijving ongeldig verklaard."

2.5. In deel 3 van het bestek is - voor zover hier van belang - het volgende opgenomen:

"01 25 01 Social return

01 Op deze aanbesteding zijn vereisten met betrekking tot social return van toepassing. Onder sociaal return wordt verstaan dat de opdrachtnemer bij het uitvoeren van de opdracht, dan wel bij het uitoefenen van zijn bedrijfsactiviteiten, mogelijkheden biedt om personen voor wie extra ondersteuning noodzakelijk is om op de reguliere arbeidsmarkt geplaatst te kunnen worden te betrekken bij de activiteiten in de vorm van regulier betaalde arbeid, stage- en scholing of andere vormen van participatie. De doelgroep betreft vooral niet werkende werkzoekenden die afhankelijk zijn van een gemeentelijke uitkering. Tot de doelgroep behoren echter ook personen die in andere zin naar werk of werkervaring op zoek zijn, al dan niet met functionele- of structurele beperkingen in relatie tot het verrichten van arbeid.

Social return maakt onderdeel uit van de inschrijfvereisten. Bij inschrijving dient u een plan van aanpak in over hoe u op basis van concrete ideeën invulling wil gaan geven aan social return. De gemeente heeft vervolgens de keus om dit al dan niet uit te laten voeren. Het niet indienen van ideeën kan leiden tot uitsluiting van verder deelname aan de aanbesteding.

De ideeën hoeven geen betrekking te hebben op feitelijke werktoeleiding noch op de te gunnen opdracht, maar kan al het denkbare zijn waarmee een bijdrage kan worden geleverd aan social return. Het idee dient uiteraard wel uitvoerbaar te zijn. Zo behoort bijvoorbeeld ook een bijdrage aan een sociaal project tot de mogelijkheden.

02 Social return bedraagt 5 % van de loonsom."

2.6. In de Nota van Inlichtingen van 18 november 2016 is ten aanzien van artikel 01.25.01 de volgende vraag en de beantwoording daarvan opgenomen:

"8. leidraad blz. 11 van 15 en bestek deel 3 art 01.25.01 Algemeen 18 nov 2016

12:19

Vraag: inleveren conform deel 3 een plan van aanpak van de invulling van social return. Dit staat niet in de leidraad als in te leveren document?

Uw antwoord op 18 nov 2016 11.57 uur:

Bij inschrijving dient u inderdaad ook een plan van aanpak social Return in te dienen conform bestek deel 3 artikel 01.25.01"

2.7. Mouwrik heeft op 2 december 2016 tijdig ingeschreven op voornoemde aanbesteding. Uit het door de gemeenten op 2 december 2016 opgemaakte proces-verbaal blijkt dat Mouwrik heeft aangeboden tegen de laagste prijs.

2.8. Bij brief van 28 december 2016 hebben de gemeenten aan Mouwrik medegedeeld dat zij zal worden uitgesloten van de aanbesteding, omdat zij heeft nagelaten het plan van aanpak social return bij inschrijving in te dienen. De gemeenten zijn voornemens de opdracht te gunnen aan Heijmans Wegen B.V. (hierna Heijmans).

- 2.9. Bij brief van 3 januari 2017 heeft Mouwrik bezwaar gemaakt bij de gemeenten tegen haar uitsluiting en het gunningsvoornemen aan Heijmans.
- 2.10. Bij brief van 6 januari 2017 hebben de gemeenten aan Mouwrik medegedeeld dat de inhoud van de brief van 3 januari 2017 geen aanleiding vormt voor de gemeenten om het eerder ingenomen standpunt terzake de ongeldigheid van de inschrijving van Mouwrik en het voornemen om de opdracht te gunnen aan Heijmans te herzien.

3 Het geschil

- 3.1. Mouwrik vordert - na wijziging van haar eis - bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad

primair: de gemeenten te verbieden gevolg te geven aan hun gunningsvoornemen voor de opdracht "Realisatie Slowlane fietspad gedeelte Ekkersweijer" aan Heijmans en de gemeenten te verbieden de opdracht "Realisatie Slowlane fietspad gedeelte Ekkersweijer" - zo zij deze wensen te gunnen - aan een ander dan aan Mouwrik te gunnen,

subsidiar: de gemeenten te verbieden gevolg te geven aan hun gunningsvoornemen voor de opdracht "Realisatie Slowlane fietspad gedeelte Ekkersweijer" aan Heijmans en de gemeenten te gebieden de aanbidding van Mouwrik alsnog in beschouwing te nemen en Mouwrik toe te staan alsnog het Plan van Aanpak Social Return in te dienen,

meer subsidiar: de gemeenten te gebieden de aanbestedingsprocedure van de opdracht "Realisatie Slowlane fietspad gedeelte Ekkersweijer" te staken en gestaakt te houden en de gemeenten te gebieden - voor zover zij tot gunning van deze opdracht wensen over te gaan - de opdracht opnieuw aan te besteden,

alles op straffe van verbeurte van een dwangsom en met veroordeling van de gemeenten in de kosten van deze procedure.

- 3.2. Mouwrik legt daaraan het volgende ten grondslag. De gemeenten hebben Mouwrik ten onrechte van de aanbesteding uitgesloten omdat zij bij de inschrijving hebben nagelaten een plan van aanpak social return in te dienen. Mouwrik betwist op zichzelf niet dat zij het plan van aanpak social return niet bij haar inschrijving heeft gevoegd, maar de gemeenten hadden haar in de gelegenheid moeten stellen om het plan van aanpak alsnog in te dienen. Door dit na te laten en Mouwrik vervolgens om die reden uit te sluiten, hebben de gemeenten onrechtmatig gehandeld jegens Mouwrik. Dat de gemeenten op grond van het SAG arrest en het Manova arrest in strijd zouden handelen met het gelijkheidsbeginsel of het transparantiebeginsel indien zij Mouwrik in de gelegenheid zouden stellen het plan van aanpak social return alsnog in te dienen, wordt door Mouwrik uitdrukkelijk betwist. Bovendien is uitsluiting van de aanbesteding in dit concrete geval, daar waar het ontbrekende document geen enkele rol speelt in de beoordeling van de bieding/gunning, op deze grond disproportioneel.

- 3.3. De gemeenten voeren verweer.

4 De beoordeling

- 4.1. Tussen partijen is niet in geschil dat Mouwrik geen plan van aanpak social return heeft gevoegd bij haar inschrijving. De vraag die in dit kort geding dient te worden beantwoord is of de gemeenten Mouwrik om deze reden terecht hebben uitgesloten van verdere deelname aan de aanbesteding, zonder Mouwrik in de gelegenheid te stellen haar inschrijving op dit punt aan te vullen. Deze vraag moet bevestigend worden beantwoord.
- 4.2. Algemeen uitgangspunt is dat de aanbestedende dienst bij de beoordeling van de inschrijving(en) moet uitgaan van de inschrijving(en) zoals die bij het sluiten van de inschrijvingstermijn is (zijn)

ontvangen. De beginselen van gelijke behandeling en transparantie verzetten zich in beginsel tegen de mogelijkheid dat een inschrijver zijn inschrijving nadien nog wijzigt of aanvult.

4.3. Volgens vaste rechtspraak (HvJ EU 29 maart 2012, zaak C-599/10/ SAG) kan in uitzonderlijke gevallen evenwel een uitzondering op dit uitgangspunt worden gemaakt en kunnen inschrijvingen worden verbeterd of aangevuld, met name omdat deze klaarblijkelijk een eenvoudige precisering behoeven, of om kennelijke materiële fouten recht te zetten, mits deze wijziging er niet toe leidt dat in werkelijkheid een nieuwe inschrijving wordt voorgesteld. Het verzoek tot herstel moet verder aan de volgende voorwaarden voldoen:

- in de uitoefening van voormelde beoordelingsbevoegdheid moet de aanbestedende dienst de verschillende gegadigden gelijk en op loyale wijze behandelen;
- het verzoek om nadere toelichting mag slechts worden gedaan nadat de aanbestedende dienst kennis heeft genomen van alle inschrijvingen;
- het verzoek moet op vergelijkbare manier worden ingericht aan alle ondernemingen die in dezelfde situatie verkeren, en
- het verzoek moet alle punten van de inschrijving behandelen die onnauwkeurig zijn of niet overeenstemmen met de technische specificaties van het bestek.

4.4. Het maken van een dergelijke uitzondering is echter uitgesloten ingeval van een ontbrekend stuk dat, of ontbrekende informatie die, op straffe van uitsluiting moet worden verstrekt (HvJ EU 10 oktober 2013, zaaknummer C-336/12/Manova).

4.5. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter had een normaal oplettende en behoorlijk geïnformeerde inschrijver op grond van de inhoud van de inschrijvingsleidraad, het bestek en de inhoud van de Nota van Inlichtingen van 18 november 2016 kunnen en moeten begrijpen dat het plan van aanpak social return tot de documenten behoort die op grond van paragraaf 4.2. Aanbestedingsleidraad op straffe van uitsluiting bij inschrijving moesten worden ingediend. Zo is in artikel 01.25.01 van het bestek bepaald: *"Social return maakt onderdeel uit van de inschrijvereisten. Bij inschrijving dient u een plan van aanpak in over hoe u op basis van concrete ideeën invulling wil gaan geven aan social return. De gemeente heeft vervolgens de keus om dit al dan niet uit te laten voeren. Het niet indienen van ideeën kan leiden tot uitsluiting van verder deelname aan de aanbesteding."*

4.6. Vervolgens is in de inlichtingenfase door één van de inschrijvers een vraag gesteld (vraag 8) over het indienen van een plan van aanpak social return. Door de betreffende inschrijver is expliciet opgemerkt dat het inleveren van een plan van invulling van social return niet in de leidraad staat vermeld als in te leveren document. Daarop hebben de gemeenten geantwoord: *"Bij inschrijving dient u inderdaad ook een plan van aanpak social return in te dienen conform bestek deel 3 artikel 01.25.01."* Uit de Nota van Inlichtingen blijkt dat de vraag betrekking heeft op blz. 11 van 15 van de inschrijvingsleidraad. Op bladzijde 11 van de inschrijvingsleidraad staan de documenten vermeld die bij inschrijving moeten worden ingediend, waarna vervolgens onderaan bladzijde 11 is vermeld dat het niet, niet volledig invullen of ondertekenen van genoemde documenten leidt tot ongeldigverklaring van de inschrijving.

4.7. Voor Mouwrik had daarmee helder moeten zijn dat het plan van aanpak social return tot de documenten behoorde die bij inschrijving, op straffe van ongeldigverklaring van de inschrijving, hadden moeten worden overgelegd. Nu Mouwrik dat niet heeft gedaan, is op grond van eerder genoemde jurisprudentie voor herstel geen plaats.

4.8. Dat aan het plan van aanpak van social return geen punten worden toegekend (gunningscriterium is immers laagste prijs) en het plan dus geen invloed heeft op de rangorde bij de gunning, leidt, anders dan Mouwrik veronderstelt, niet tot een ander oordeel.

In de op deze aanbesteding van toepassing verklaarde bepalingen ligt besloten dat een aanbesteder de inschrijvers mag vragen om gegevens die nodig zijn om vast te kunnen stellen of de inschrijving conform is aan de gestelde normen en eisen. De gemeenten hebben gemotiveerd toegelicht dat de

ideeën met betrekking tot social return onderdeel uitmaken van het aanbod van de inschrijver, omdat de gemeenten de inschrijvers, bij aanvaarding van het aanbod social return, in de uitvoeringsfase van de aanbesteding aan dit plan van aanpak kunnen houden. De door de gemeenten gestelde eis van indiening van een plan van aanpak social return bij inschrijving, op straffe van ongeldigheid van de inschrijving, acht de voorzieningenrechter daarmee niet disproportioneel. Het had bovendien op de weg van Mouwrik gelegen om, als zij van oordeel was dat sprake was van een disproportionele eis in het bestek, daarover in een eerder stadium te klagen en/of vragen te stellen. Dat heeft zij nagelaten. Niet goed valt in te zien waarom Mouwrik niet simpelweg een plan van aanpak heeft ingediend bij haar inschrijving, nu een dergelijk plan, zoals zij zelf stelt, op grond van de door de gemeenten genoemde randvoorwaarden, niks voorstelt.

4.9. Een en ander leidt tot de conclusie dat niet kan worden aangenomen dat de onderhavige aanbesteding fouten of onduidelijkheden bevat die tot het alsnog bieden van een herstel mogelijkheid aan Mouwrik, gunning aan Mouwrik of heraanbesteding moeten leiden. De daartoe strekkende vorderingen zullen dan ook worden afgewezen. Dat bij de onderhavige opdracht drie van de vier partijen vanwege het niet indienen van een plan van aanpak social return zijn afgevallen, zoals Mouwrik stelt, leidt niet tot een andere conclusie. Aanbestedingsrechtelijke regels zijn immers niet geschonden.

4.10. Mouwrik 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 618,00

- salaris advocaat 816,00

Totaal 1.434,00.

5 De beslissing

De voorzieningenrechter

5.1. wijst de vorderingen af,

5.2. veroordeelt Mouwrik in de proceskosten, aan de zijde van de gemeenten tot op heden begroot op 1.434,00, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW over dit bedrag met ingang van de vijftiende dag na betekening van dit vonnis tot de dag van volledige betaling,

5.3. veroordeelt Mouwrik in de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op 131,00 aan salaris advocaat, te vermeerderen, onder de voorwaarde dat betekening van de uitspraak heeft plaatsgevonden, met een bedrag van 68,00 aan salaris advocaat en de exploitkosten van betekening van de uitspraak, en te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW over de nakosten met ingang van veertien dagen na de betekening van dit vonnis tot aan de voldoening,

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

Dit vonnis is gewezen door mr. A.H.L. Roosmale Nepveu en in het openbaar uitgesproken op 24 februari 2017.