

ECLI:NL:RBZWB:2014:1007

Instantie	Rechtbank Zeeland-West-Brabant
Datum uitspraak	04-02-2014
Datum publicatie	18-02-2014
Zaaknummer	274761 / KG ZA 13-822
Rechtsgebieden	Civil recht
Bijzondere kenmerken	Kort geding
Inhoudsindicatie	Aanbestedingsrecht: Fair-play-beginsel bij meervoudige onderhandse aanbesteding door Waterschap
Wetsverwijzingen	Aanbestedingswet 2012 Aanbestedingswet 2012 2.127
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl NJF 2014/188 JAAN 2014/65 met annotatie van mr. M.G. Rauws

Uitspraak

vonnis

RECHTBANK ZEELAND-WEST-BRABANT

Handelsrecht

Breda

zaaknummer / rolnummer: C/02/274761 / KG ZA 13-822

Vonnis in kort geding van 4 februari 2014

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

GLOBAL FACILITIES BV,

gevestigd te Arnemuiden,

eiseres,

advocaat mr. J. Boogaard te Middelburg,

tegen

de publiekrechtelijke rechtspersoon

WATERSCHAP SCHELDESTROMEN,

zetelend te Middelburg,

gedaagde,

advocaat mr. M.C.J. Meeuwsen-Dek te Middelburg.

Partijen zullen hierna Global en Scheldestromen genoemd worden.

1 De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding met producties 1 tot en met 8,
- de brief van mr. Boogaard van 22 januari 2014 met producties 9 en 10,
- de brief van mr. Meeuwsen-Dek van 23 januari 2014 met producties 1 tot en met 12,
- de mondelinge behandeling op maandag 27 januari 2014,
- de pleitnota van Global,
- de pleitnota van Scheldestromen.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2 Het geschil

2.1. Global vordert dat de voorzieningenrechter bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad:

1. Scheldestromen gebiedt de inschrijving van TMC Project voor het werk bij de gunning van het werk buiten beschouwing te laten, dan wel Scheldestromen verbiedt het werk te gunnen aan TMC Project, dan wel Scheldestromen beveelt de (eventuele) gunning van het werk aan TMC Project ongedaan te maken, een en ander op straffe van een onmiddellijk opeisbare dwangsom van 50.000,00, indien Scheldestromen handelt in strijd met dit gebod en/of verbod, dan wel niet binnen twee dagen na het wijzen van dit vonnis aan dit bevel voldoet;
2. Scheldestromen gebiedt het gunningsvoornemen binnen veertien dagen na het wijzen van dit vonnis in te trekken en over te gaan tot herbeoordeling van alle ingediende inschrijvingen voor de aanbesteding, waaronder de inschrijving van Global, op straffe van een onmiddellijk opeisbare dwangsom van 10.000,00 voor iedere dag dat Scheldestromen in gebreke blijft aan dit gebod te voldoen, met een maximum van 50.000,00;
3. Scheldestromen gebiedt op hetzelfde moment aan alle inschrijvers een herzien voornemen tot gunning te zenden, waarbij het werk wordt gegund aan de inschrijver die als eerste eindigt in de rangorde die op grond van de herbeoordeling tot stand is gekomen;
4. Scheldestromen veroordeelt in de kosten van het geding.

2.2. Scheldestromen voert verweer.

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

3 De feiten

3.1.

Op grond van de niet of onvoldoende weersproken stellingen en de overgelegde producties wordt uitgegaan van de navolgende feiten:

- a. Scheldestromen heeft een meervoudige onderhandse aanbestedingsprocedure uitgeschreven voor het leveren en leggen van vloerbedekking in het waterschapskantoor te Terneuzen.
- b. In de op 22 november 2013 daartoe door Scheldestromen opgestelde offerteaanvraag is bepaald dat het gunningscriterium de economisch meest voordelige aanbieding is, dat bij de beoordeling van de aanbiedingen de subgunningscriteria laagste prijs voor 80% en "kwaliteit" voor 20% meetellen.
- c. De offerteaanvraag vermeldt onder meer:

Hoofdstuk 2. Opdrachtschrijving

()

2.2 Planning uitvoering

Omdat momenteel nog niet bekend is wanneer de werkzaamheden uitgevoerd kunnen worden, zijn de verschillende opdrachten zoveel mogelijk verdeeld in apart uit te voeren werkzaamheden, samengevoegd per verdieping (hieronder als percelen opgenomen). De uitvoering van deze werkzaamheden kan apart of in combinatie van percelen worden afgeroepen door waterschap Scheldestromen.

Hoofdstuk 3. Inschrijvingsprocedure:

()

3.2 Aanbieding:

Aan uw aanbieding verbindt Scheldestromen de volgende voorwaarden:

- *De aanbieding dient uiterlijk op 9 december 2013 vóór 17:00 uur te worden ingediend bij de contactpersoon van waterschap Scheldestromen, via het e-mailadres zoals genoemd in 1.4. Waterschap Scheldestromen hanteert als indieningsdatum/-tijd het moment van ontvangst van de e-mail en verstuurt een ontvangstbevestiging. U dient zelf te bewaken of u de ontvangstbevestiging ontvangen heeft. Het niet (tijdig) aankomen van de Inschrijving is voor uw risico. Waterschap Scheldestromen adviseert dan ook om gevraagde informatie (bijvoorbeeld) een dag eerder in te dienen dan het genoemde uiterste inlevermoment.*
- *De aanbieding dient op de voorgeschreven wijze, compleet en correct te zijn ingevuld en op tijd te zijn ingeleverd.*
- *De aanbieding en alle te voeren correspondentie dient te geschieden in de Nederlandse taal, dan wel te zijn voorzien van een vertaling in de Nederlandse taal. Correspondentie en/of stukken gesteld in een andere dan de Nederlandse taal of niet voorzien van een deugdelijke vertaling in de Nederlandse taal, zullen dan ook niet in behandeling worden genomen.*
- *Waterschap Scheldestromen zal geen enkele vergoeding verschuldigd zijn voor het indienen van de aanbieding en/of aanleveren van de informatie.*
- *Aanbieding geschiedt per perceel. De beoordeling van de aanbiedingen zal op het gehele aanbod voor de locatie Terneuzen plaatsvinden.*

Bij de offerteaanvraag hoort een bijlage 1 specificatie leggen vloerbedekking Terneuzen, waarop voor vier percelen per perceel de prijzen voor de werkzaamheden dienen te worden ingevuld.

Global heeft op 8 december 2013 een geldige aanbieding gedaan met een prijs van 149.733,80 en met een voorstel van negen maatregelen teneinde een beter resultaat te bereiken tegen een lager kostenniveau.

Scheldestromen heeft bij brief van 13 december 2013 aan Global medegedeeld dat zij haar opdracht wenst te gunnen aan TMC Project, die het werk heeft aangeboden tegen een prijs van 142.392,17 (exclusief nog nader te bepalen egalisatiekosten).

Global heeft bij e-mailbericht van 16 december 2013 bezwaar tegen het gunningsvoornemen aan Scheldestromen kenbaar gemaakt.

Scheldestromen heeft bij e-mailbericht van 18 december 2013 op deze bezwaren gereageerd.

Scheldestromen heeft bij e-mailbericht van 20 december 2013 aan Global medegedeeld dat het door TMC Project aangeboden bedrag van 142.392,17 inclusief BTW is en dat dit bedrag exclusief BTW en exclusief egalisatiekosten 117.679,48 bedraagt.

Scheldestromen heeft bij brief van 13 januari 2014, met als bijlage onder meer geselecteerde delen uit de aanbieding van TMC Project, aan Global medegedeeld dat de aanbieding van TMC Project wel een prijs voor het egaliseren bevatte en dat uit de offerte van TMC Project duidelijk blijkt dat zij een aanbieding exclusief BTW heeft gedaan.

4 De beoordeling

- 4.1. In de dagvaarding grondt Global haar vordering onder meer op de stelling dat de inschrijving van TMC Project ongeldig is omdat TMC Project heeft ingeschreven exclusief nog nader te bepalen egalisatiekosten terwijl in de offerteaanvraag in paragraaf 2.3 is vermeld dat egaliseren in de prijs is begrepen. Global stelt dat daarmee de inschrijving van TMC Project afwijkt van de offerteaanvraag en Scheldestromen om die reden de inschrijving van TMC Project als ongeldig buiten beschouwing had moeten laten.

Ter zitting licht Global toe dat voorgaande stelling onjuist is gebleken omdat Scheldestromen bij de brief van 13 januari 2014 nadere informatie heeft verschaft waaruit blijkt dat TMC Project in haar inschrijving tevens een prijs voor het egaliseren van de vloeren heeft vermeld.

- 4.2. Global stelt thans, in punt 8 van haar pleitnota, dat uit de aanvullende informatie uit de bijlage bij de brief van Scheldestromen van 13 januari 2014, door haar overgelegd als productie 9, echter blijkt dat de inschrijving van TMC Project om een andere reden ongeldig is. Hiertoe voert Global aan dat Scheldestromen in paragraaf 3.2 van haar offerteaanvraag, onder het laatste aandachtsstreepje, als één van de voorwaarden waaraan aanbiedingen moeten voldoen, stelt dat een aanbieding dient te geschieden per perceel. De reden hiervoor is dat de uitvoering van de werkzaamheden afzonderlijk of in combinatie van percelen door Scheldestromen moet kunnen worden afgeroepen. Global stelt dat uit de eerder genoemde bijlage bij de brief van 13 januari 2014 van Scheldestromen blijkt dat TMC Project niet een aanbieding per perceel heeft gedaan, maar een totaalaanbieding waarin TMC Project slechts een onderverdeling heeft gemaakt aan de hand van de verschillende te verrichten werkzaamheden, zoals een totaalprijs voor het leggen van tapijttegels en een totaalprijs voor het slopen van de bestaande vloer. Global stelt dat TMC Project ook niet de als bijlage 1 bij de offerteaanvraag gevoegde specificatie per perceel heeft ingevuld en derhalve niet heeft voldaan aan de door Scheldestromen in de offerteaanvraag gestelde voorwaarden.

Volgens Global dient Scheldestromen de precontractuele goede trouw in acht te nemen en mag zij daarom niet afwijken van de door haarzelf in het kader van de aanbestedingsprocedure opgestelde spelregels. Omdat TMC Project haar aanbieding heeft gedaan in afwijking van de door Scheldestromen in haar aanbestedingsprocedure voorgeschreven samenstelling had Scheldestromen de inschrijving van TMC Project als ongeldig buiten beschouwing moeten laten, aldus Global.

- 4.3. Global stelt voorts dat Scheldestromen in strijd met het fair-playbeginsel heeft gehandeld omdat zij door haar optreden de rechtspositie van Global op onfaire wijze heeft benadeeld door ervoor te kiezen om op dezelfde dag dat zij als aanbestedende dienst aan inschrijvers bekend had gemaakt aan wie zij de opdracht wel of niet zou gunnen, de opdracht aan TMC te verlenen. Global voert aan dat bij een aanbesteding meerdere belangen spelen dan alleen een financieel belang dat kan worden gecompenseerd met een schadevergoeding en stelt dat in het onderhavige geval geen sprake is van spoed die rechtvaardigt dat op zón korte termijn een overeenkomst met TMC Project diende te worden gesloten.
- 4.4. Scheldestromen heeft de stelling van Global dat TMC Project niet de als bijlage 1 bij de offerteaanvraag gevoegde specificatie per perceel heeft ingevuld en niet een aanbieding per perceel heeft gedaan, maar een totaalaanbieding, niet weersproken.

Nadat Global bij repliek had geconstateerd dat haar stelling als hiervoor weergegeven niet door Scheldestromen is weersproken of betwist heeft Scheldestromen bij dupliek deze stelling geheel onbesproken gelaten. De voorzieningenrechter gaat er daarom vanuit dat die stelling van Global juist is en dat TMC Project niet een aanbidding per perceel heeft gedaan.

4.5. De voorzieningenrechter stelt voorop dat Scheldestromen in de onderhavige aanbestedingsprocedure die een onderhandse aanbesteding betreft is onderworpen aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de werking van de redelijkheid en billijkheid in precontractuele verhoudingen. In dat kader dient zij het transparantie- en het gelijkheidsbeginsel jegens de inschrijvers in acht te nemen. Dit betekent onder andere dat Scheldestromen niet kan afwijken van de door haarzelf in het kader van de aanbestedingsprocedure opgestelde spelregels.

4.6. In de offerteaanvraag heeft Scheldestromen duidelijk aangegeven op welke wijze ingeschreven dient te worden en heeft zij voorwaarden vermeld waaraan aanbiddingen moeten voldoen. Eén van die voorwaarden is dat de aanbidding per perceel dient te geschieden. De voorzieningenrechter is van oordeel dat Scheldestromen de aanbidding van TMC Project, die niet voldoet aan de door Scheldestromen voorgeschreven wijze van aanbidding, namelijk per perceel, terzijde had dienen te leggen.

Door de offerte van TMC Project niet terzijde te leggen is door Scheldestromen afgeweken van de door haarzelf opgestelde spelregels hetgeen niet is toegestaan. Het gelijkheidsbeginsel, dat strikt moet worden toegepast, vereist immers dat alle inschrijvers op gelijke wijze worden behandeld. De voorzieningenrechter concludeert dan ook dat de opdracht niet aan TMC Project gegund had mogen worden.

4.7. Scheldestromen stelt dat Global geen spoedeisend belang heeft bij haar vorderingen omdat de opdracht inmiddels definitief aan TMC Project heeft gegund en een belangenafweging in het voordeel van Scheldestromen dient uit te vallen. Het onder I, II en III gevorderde is volgens Scheldestromen gelet op de huidige feitelijke situatie niet toewijsbaar aangezien de door haar inmiddels met TMC Project gesloten overeenkomst niet aantastbaar is. Scheldestromen stelt zich op het standpunt dat het haar vrijstond direct over te gaan tot definitieve gunning aan TMC Project, omdat zij niet gehouden was een opschortende termijn in acht te nemen. Die verplichting geldt ingevolge artikel 2.127 Aanbestedingswet wel voor Europese, maar niet voor meervoudig onderhandse procedures, aldus Scheldestromen.

4.8. De voorzieningenrechter is van oordeel dat de omstandigheid dat Scheldestromen met TMC Project reeds een overeenkomst heeft gesloten aan toewijzing van de vorderingen niet in de weg staat. Het mag zo zijn dat vernietiging van de met TMC Project gesloten overeenkomst niet mogelijk is, zoals Scheldestromen stelt, maar dit laat onverlet dat het ingevolge artikel 7:408 BW mogelijk is om een overeenkomst van opdracht, zoals Scheldestromen met TMC Project in het onderhavige geval heeft gesloten, op te zeggen.

4.9. Bij de afweging van belangen laat de voorzieningenrechter zwaar wegen dat Scheldestromen heeft gehandeld in strijd met het fair-playbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur. Kern van het fair-playbeginsel is dat de overheid (hier als aanbestedende dienst) door haar optreden (of nalaten) op onfaire wijze de rechtspositie van een (rechts)persoon benadeelt. Scheldestromen heeft een effectieve rechtsbescherming tegen de gunningsbeslissing in feite onmogelijk gemaakt, door er voor te kiezen om op dezelfde dag dat zij als aanbestedende dienst aan inschrijvers bekend maakt aan wie de opdracht wel of niet zal worden gegund, met de inschrijver aan wie het werk zal worden gegund een overeenkomst te sluiten. In het onderhavige geval is geen sprake van spoed die rechtvaardigt dat op zo een korte termijn een overeenkomst met de inschrijver aan wie wordt gegund een overeenkomst moet worden gesloten.

4.10. Global heeft onbetwist gesteld dat TMC Project nog niet is overgegaan tot uitvoering van de opdracht. Nu de uitvoering van de overeenkomst zich kennelijk nog in een prille fase van voorbereiding

bevindt omdat de werkzaamheden nog niet zijn aangevangen, is vooralsnog aannemelijk dat de beëindiging van de overeenkomst tussen Scheldestromen en TMC Project geen grote schade tot gevolg zal hebben. In ieder geval is gesteld noch gebleken van onoverkomelijke problemen indien de tussen Scheldestromen en TMC Project gesloten overeenkomst door Scheldestromen wordt opgezegd.

- 4.11. De vordering zal aldus worden toegewezen dat Scheldestromen wordt bevolen de gunning ongedaan te maken en tevens wordt bevolen, indien zij de dienst nog wensen op te dragen op basis van de huidige aanbestedingsprocedure, over te gaan tot herbeoordeling, waarbij de inschrijving van TMC Project buiten beschouwing dient te blijven.
- 4.12. Voor toewijzing van de gevorderde dwangsom ziet de voorzieningenrechter geen aanleiding, aangezien hij er vanuit gaat dat Scheldestromen zonder meer aan de uit te spreken bevelen gevolg zal geven.
- 4.13. Nu de vorderingen op grond van het voorgaande toewijsbaar zijn behoeven de overige stellingen geen bespreking.

5 De kostenveroordeling

- 5.1. Scheldestromen zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van Global worden begroot op:

- dagvaarding 80,48
- griffierecht 608,00
- salaris advocaat 816,00

Totaal 1.504,48

6 De beslissing

De voorzieningenrechter

- 6.1. beveelt Scheldestromen de gunning van de opdracht tot dienstverlening aan TMC Project ongedaan te maken;
- 6.2. gebiedt Scheldestromen, indien zij de opdracht alsnog conform de onderhavige aanbestedingsprocedure wenst te gunnen, binnen veertien dagen na betekening van dit vonnis over te gaan tot herbeoordeling van alle ingediende inschrijvingen voor de aanbesteding, met dien verstande dat de inschrijving van TMC Project daarbij buiten beschouwing dient te blijven, en de opdracht te gunnen aan de inschrijver die als eerste eindigt in de rangorde die op grond van de herbeoordeling tot stand is gekomen;
- 6.3. veroordeelt Scheldestromen in de proceskosten, aan de zijde van Global tot op heden begroot op 1.504,48;
- 6.4. verklaart dit vonnis wat betreft de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad;
- 6.5. wijst af het meer of anders gevorderde.

Dit vonnis is gewezen door mr. Römers en bij vervroeging in het openbaar uitgesproken in aanwezigheid van mr. Van de Kreeke-Schütz op 4 februari 2014.

