

Voorzieningenrechter Rechtbank Limburg 24 april 2017

Nr. C/03/233762/KG ZA 17-161

ECLI:NL:RBLIM:2017:3763

NOOT

Negatieve bedragen in een RAW inschrijvingsstaat
De voorzieningenrechter te Maastricht heeft zich uitgelaten over een afwijking op de Standaard RAW bepalingen die steeds vaker voorkomt in RAW bestekken namelijk; het niet toestaan van negatieve bedragen in de inschrijvingsstaat. De praktijkrelevantie geeft aanleiding deze uitspraak nader te beschouwen. Deze uitspraak is eens te meer het bespreken waard aangezien de voorzieningenrechter bij de onderbouwing van zijn oordeel op een belangrijk onderdeel de RAW-systematiek en enkele CROW publicaties onjuist interpreteert. In de praktijk hebben wij reeds navolging van deze onzuivere onderbouwing waargenomen en dat leidt naar onze mening tot ongewenste discussies en problemen. Tot slot signaleren wij dat enkele belangrijke argumenten ontbreken in de motivering van de voorzieningenrechter en ook dat rechtvaardigt een annotatie.

Op het aanbestede werk zijn van toepassing verklaard de Standaard RAW bepalingen 2015. In de door de aanbestedende dienst verstrekte inschrijvingsstaat staat (conform 01.01.03 lid 03 van de Standaard RAW bepalingen 2015) een post 'korting' vermeld. In de derde Nota van Inlichtingen wordt de vraag gesteld: "*zijn min bedragen toegestaan in de inschrijvingsstaat?*". Het antwoord daarop luidt: "*min bedragen zijn niet toegestaan*". In de aangepaste inschrijvingsstaat heeft de aanbestedende dienst de in te vullen post korting laten staan. Inschrijver heeft in zijn inschrijvingsstaat een post korting opgenomen van € 142.138,25, waarop de gemeente de inschrijving ongeldig verklaart.

Inschrijver stelt zich op het standpunt dat zij er niet aan behoefde te twifelen dat deze passage geen betrekking had op de post korting, omdat de RAW-systematiek nu eenmaal voorziet in de mogelijkheid tot het geven van een korting. En de post korting is naar zijn aard een minbedrag. De voorzieningenrechter kapt dit argument vlot en juist af. Van de Standaard RAW bepalingen 2015 kan – anders dan inschrijver nadrukkelijk heeft betoogd – nou eenmaal worden afgeweken. Zie artikel 01.01.01 lid 04 van de Standaard RAW bepalingen 2015 waarin nadrukkelijk de mogelijkheid tot wijzigingen, aanvullingen of uitbreidingen is opgenomen.¹ Met de vaststelling dat van de Standaard RAW bepalingen mag worden afgeweken zijn met één eenvoudige overweging alle vorderingen van inschrijver van tafel.

Een belangrijk extra argument waarom de vorderingen gedoemd waren te stranden kan naar onze mening gevonden worden in 01.01.03 van de Standaard RAW bepalingen 2015. Daarin is bepaald dat de post korting tot de inschrijvingsstaat behoort. Aangezien de gestelde vraag ziet op minbedragen in de inschrijvingsstaat, kan het niet anders zijn dan dat het verbod op negatieve bedragen ook ziet op de post korting. Nog een extra argument kan gevonden worden in advies 23 van de Commissie van Aanbestedings-experts van 8 augustus 2013. Daarin oordeelde de Commissie van Aanbestedingsexperts reeds dat het niet mogen opnemen van negatieve bedragen in de eenmalige kosten ook ziet op de post korting. Beide aanvullende argumenten zijn in de procedure niet aangevoerd, zo hebben wij in de processtukken – die wij verkregen van inschrijver – kunnen vaststellen.

1 Hoewel wellicht best betoogd zou kunnen worden dat de Standaard RAW bepalingen 2015 paritair opgestelde voorwaarden zijn, brengt genoemd artikel 01.01.01 lid 04 van de Standaard RAW bepalingen 2015 met zich mee dat voorschrift 3.9C van de Gids Proportionaliteit niet in stelling kan worden gebracht. Daarin is bepaald dat paritaire voorwaarden in beginsel integraal moeten worden toegepast.

De voorzieningenrechter geeft, daarbij gevoed door de aanbestedende dienst en de tussenkomende partij, nog wel een nadere toelichting waarom het verbieden van een korting begrijpelijk is. En daar gaat de voorzieningenrechter RAW technisch naar onze mening uit de bocht.

De voorzieningenrechter overweegt allereerst dat in een RAWeetje² van CROW getiteld *Kan de inschrijver een korting opnemen in de inschrijvingsstaat*³ aanbestedende diensten gewaarschuwd worden voor de post korting. Dat is wel erg kort door de bocht. Dat in het desbetreffende RAWeetje een waarschuwing staat is op zich wel juist. Uitgelegd wordt dat met een hoge(re) korting de inschrijver hogere prijzen per eenheid kan hanteren en dus bij eventueel meerwerk in de uitvoeringsfase tegen hogere prijzen kan verrekenen. Maar daaraan wordt in het RAWeetje direct toegevoegd dat dit voor aanbestedende diensten een goede reden is om aandacht te geven aan de beoordeling van de inschrijvingsstaat conform 01.01.04 van de Standaard RAW bepalingen 2015. Kort samengevat is daarin bepaald dat aanbestedende diensten controleren of de prijzen per eenheid wel juist zijn opgebouwd. Een te hoge prijs per eenheid, die ook aanleiding geeft voor ongeldigheid en daarmee dus geen reden vormt voor het verbieden van een korting, wordt met die toets eruit gefilterd. De waarschuwing waar de voorzieningenrechter naar verwijst is dus geenszins een reden korting te verbieden. Sterker nog, in een ander RAWeetje van CROW getiteld *De beoordeling van de inschrijvingsstaat*⁴ adviseert CROW letterlijk de post korting te handhaven. Dit laatste is in de procedure niet aangevoerd.

2 RAWeetjes zijn door CROW gepubliceerde antwoorden op veel gestelde vragen met betrekking tot de RAW-systematiek. Deze RAWeetjes zijn geen formeel onderdeel van de RAW-systematiek maar worden gebruikt de systematiek te verduidelijken.

3 <http://www.crow.nl/getmedia/6012cbf9-534e-426f-bf64-136777cd48f0/1204-5-Aanbesteden-Kan-de-inschrijver-een-korting-opnemen-in-de-inschrijvingsstaat.aspx>

4 [http://www.crow.nl/getmedia/49109cdc-5689-435a-9ac9-2347c56bd6e5/Staat,-aanbesteden-\(2\)-2011-09-De-beoordeling-van-de-inschrijvingsstaat-volgens-de-Standaard-2010-doc-\(2\).aspx](http://www.crow.nl/getmedia/49109cdc-5689-435a-9ac9-2347c56bd6e5/Staat,-aanbesteden-(2)-2011-09-De-beoordeling-van-de-inschrijvingsstaat-volgens-de-Standaard-2010-doc-(2).aspx)

Ook overweegt de voorzieningenrechter dat bij een bestek met veel verrekenbare posten, zoals in onderhavig geval, sprake is van een reële kans op substantieel meerwerk. Dat is nergens op gestoeld. Er kan net zo goed sprake zijn van minderwerk. En als al sprake zou zijn van meerwerk, waarom zou dan direct sprake zijn van substantieel meerwerk?

Verder overweegt de voorzieningenrechter dat de van korting geschoonde prijzen per eenheid van wezenlijk belang zijn om de inschrijvingen met elkaar te vergelijken. Daarmee lijkt het er op dat geoordeeld wordt dat aanbestedende diensten prijzen per eenheid van de diverse inschrijvers moeten kunnen vergelijken. Maar dat is helemaal geen uitgangspunt van de RAW-systematiek, integendeel. De aanbestedende dienst controleert op grond van 01.01.04 lid 01 van de RAW Standaard 2015 sec de prijzen per eenheid van de voorlopige winnaar en daar worden de prijzen per eenheid van de overige inschrijvers niet bij betrokken.

Tot slot oordeelt de voorzieningenrechter dat aan korting het risico kleeft van manipulatief of strategisch inschrijven. Zoals hiervoor uiteengezet is dat risico erg beperkt zolang de aanbestedende dienst maar deugdelijk een controle ten aanzien van de prijzen per eenheid uitvoert op grond van 01.01.03 en 01.01.04 van de Standaard RAW bepalingen 2015. Wat daarbij opvalt is dat de voorzieningenrechter voorbijgaat aan specifieke genoemde argumenten uit het desbetreffende RAWeetje om juist wel te voorzien in een mogelijkheid tot het geven van een korting. Die argumenten zijn dat daarmee voorkomen wordt dat: I) een inschrijver elders in zijn inschrijving een korting geeft en daarmee ongeldig inschrijft II) de inschrijver het kortingsbedrag verdisconteert in de prijzen per eenheid en op die grond sprake is van een ongeldige inschrijving III) inschrijver de korting verwerkt in de post winst en risico, met een navenante uitwerking op de later vast te stellen verrekenprijzen.

Opvallend is dat de voorzieningenrechter geen oordeel geeft over het argument van inschrijver dat zij er op mocht vertrouwen dat een post korting gehanteerd mocht worden omdat de aanbestedende dienst in de aangepaste inschrijvingsstaat de post korting heeft laten staan.

Daarbij heeft inschrijver gesteld (maar niet onderbouwd) dat aanbestedende diensten de post korting handmatig kunnen verwijderen uit de inschrijvingsstaat middels de besteksoftware. CROW is niet bekend met een mogelijkheid om middels de bestekschrijfsoftware de post korting weg te laten uit de inschrijvingsstaat. Een inschrijver heeft dus altijd de mogelijkheid met een korting in te schrijven. De enige mogelijkheid die een aanbesteder heeft om te voorkomen dat een inschrijver gebruik maakt van deze post is de inschrijvers te verbieden hier gebruik van te maken door een verbod op te nemen in de aanbestedingsstukken, hetgeen in onderhavig geval dus gebeurd is.

Mocht de post korting wel handmatig verwijderbaar zijn uit de inschrijvingsstaat dan leidt dat naar onze mening niet tot het oordeel dat inschrijver toch een post korting mocht hanteren omdat het antwoord bij Nota van Inlichtingen duidelijk is ten aanzien van negatieve bedragen. Een dergelijk antwoord moet leiden tot extra waakzaamheid bij inschrijvers. Daarbij is ook van belang dat inschrijvers bij onduidelijkheden geacht worden vragen te stellen. Vergelijk in dat kader wederom advies 23 van de Commissie van Aanbestedingsexperts waarin geoordeeld is dat een dergelijke onvolkomenheid (als daar dus al sprake van is) niet leidt tot het oordeel dat toch een korting mag worden opgenomen.

Conclusie (en enkele vuistregels voor de praktijk)

Conclusie is dat indien in de aanbestedingsdocumenten van een RAW bestek is bepaald dat geen negatieve bedragen zijn toegestaan, dit met zich meebrengt dat ook geen korting gegeven mag worden. Een dergelijke bepaling is weliswaar in strijd met de Standaard RAW bepalingen 2015, maar daarvan mag conform die zelfde Standaard RAW bepalingen 2015 (zie 01.01.01 lid 04 van de Standaard RAW bepalingen 2015) worden afgeweken.

Vuistregel zou naar onze mening evenwel moeten zijn dat negatieve bedragen toch moeten worden toegelaten in de inschrijvingsstaat. Enerzijds omdat opbrengsten kunnen leiden tot negatieve prijzen per eenheid (vergelijk 01.01.03 lid 02 van de Standaard RAW bepalingen 2015) en anderzijds omdat een belangrijk kernonder-

deel van de RAW-systematiek nu eenmaal is dat inschrijvers een korting mogen opnemen (zie bijvoorbeeld 01.01.03 lid 02 van de Standaard RAW bepalingen 2015). Indien toch gekozen wordt af te wijken van de Standaard RAW bepalingen 2015 ten aanzien van de korting dan zou een vuistregel moeten zijn dat dit zo vroeg mogelijk wordt gecommuniceerd inclusief onderbouwing waarom wordt afgeweken. En als de in te vullen post korting door de aanbestedende dienst niet verwijderd kan worden uit de inschrijvingsstaat dan zou het goed zijn als de aanbestedende dienst inschrijvers daar duidelijk voor waarschuwt in de aanbestedingsstukken.

J. Haest,
advocaat bij Severijn Hulshof Advocaten

R. Luiten,
consulent bij CROW