

113

Onvoldoende duidelijk verbod tot inschrijven met een negatieve prijs of nulprijs

Voorzieningenrechter Rechtbank Midden-Nederland

22 februari 2019, C/16/472610 / KG ZA 18-803, ECLI:NL:RBMNE:2019:939

(mr. M.J. Slootweg)

Noot mr. J. Haest

Meervoudig onderhandse aanbesteding. Uitleg. Transparantiebeginsel. Gelijkheidsbeginsel. (On-)geldigheid inschrijving. Rechtsverwerking.

Het gaat hier om een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure van de gemeente Woerden (hierna: de gemeente) voor de reconstructie van het kruispunt Hollandbaan-Waardsebaan in Woerden. Op de opdracht is de RAW 2015 van toepassing.

Er hebben in totaal vijf ondernemingen op de opdracht ingeschreven, waaronder eiseres en KWS Infra B.V. (hierna: KWS). De gemeente heeft op 4 december 2018 een proces-verbaal van aanbesteding bekendgemaakt, waaruit blijkt dat KWS de laagste inschrijfsom heeft geboden (€ 1.474.000) en eiseres de op-een-na-laagste inschrijfsom (€ 1.655.000). De gemeente heeft verklaard dat zij gelet hierop voornemens is de opdracht aan KWS te gunnen.

Eiseres heeft zich aanvankelijk op het standpunt gesteld dat de inschrijving van KWS ongeldig is omdat KWS in strijd met het bepaalde in hoofdstuk 4 van de offerteaanvraag met een korting heeft ingeschreven op bestekspost 918870. Ter

zitting heeft eiseres niet langer betwist dat het mogelijk was om op bestekspost 918870 met een korting in te schrijven, maar heeft zij betoogd dat dit er niet toe mocht leiden dat post 919990 "Totaal eenmalige kosten" op een negatief bedrag zou uitkomen omdat ook deze post als een prijs is aan te merken. Tussen partijen is niet in geschil dat de bestekspost "Totaal eenmalige kosten" in de inschrijfstaat van KWS negatief was als gevolg van een door KWS verleende korting op post 918870. Eiseres trekt hieruit de conclusie dat de inschrijving van KWS ongeldig is.

De gemeente en KWS stellen zich op het standpunt dat het verbod in hoofdstuk 4 van de offerteaanvraag om met een negatieve prijs of een nulprijs in te schrijven, niet geldt voor de post korting of de post "Totaal eenmalige kosten". Zij stellen dat de post "Totaal eenmalige kosten" geen prijs is, maar een rekenkundig saldo dat door de inschrijver niet zelf, maar door de werking van het systeem, op de inschrijfstaat wordt ingevuld. Het was in hun visie dus toegestaan om met een dusdanig hoge korting in te schrijven dat de post "Totaal eenmalige kosten" daarmee op een negatief bedrag zou uitkomen.

De voorzieningenrechter is van oordeel dat de aanbestedingsstukken onvoldoende duidelijkheid geven over de vraag of het verbod van hoofdstuk 4 om met een negatieve prijs of nulprijs in te schrijven ook geldt voor de bestekspost "Totaal overige kosten". Gelet op de tekst van hoofdstuk 4 van de offerteaanvraag, bezien in het licht van alle aanbestedingsstukken, is zowel de interpretatie van eiseres als de interpretatie van de gemeente en KWS verdedigbaar. De interpretatie van de gemeente en KWS ligt niet zoveel meer voor de hand dan die van eiseres, dat eiseres als behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver had moeten begrijpen dat de interpretatie van de gemeente en KWS de juiste was. De bewoordingen van hoofdstuk 4 sluiten immers niet uit dat de post "Totaal eenmalige kosten" als een prijs, namelijk een kostprijs, kan worden aangemerkt.

De aanbestedingsprocedure voldoet hierdoor niet aan het uit het transparantiebeginsel voortvloeiende vereiste dat de specificaties van een opdracht op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze geformuleerd moeten worden zodat alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplet-

tende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier interpreteren. Nu eiseres en KWS de gunningscriteria als gevolg van onduidelijkheid over het karakter ervan verschillend hebben geïnterpreteerd, hebben zij niet de mogelijkheid gehad om op gelijke voorwaarden hun inschrijving te doen. Ook het gelijkheidsbeginsel heeft dus onder druk gestaan. De gevolgde procedure heeft hierdoor fundamentele gebreken.

De voorzieningenrechter volgt de gemeente en KWS niet in hun standpunt dat eiseres haar recht heeft verwerkt om over de interpretatie van hoofdstuk 4 van de offerteaanvraag te klagen, omdat zij heeft nagelaten hierover voorafgaand aan haar inschrijving vragen te stellen. De gemeente en KWS stellen dat het eiseres had moeten opvallen dat haar uitleg van hoofdstuk 4 in strijd is met de RAW-systematiek, die standaard de mogelijkheid inhoudt van het invoeren van een korting waarbij ervoor is gekozen die korting onder te brengen bij de opgave van de "eenmalige kosten", hoewel die korting niet een (op te geven) kostenpost vormt. Dit is volgens de gemeente en KWS gebruikelijk en bij aannemers bekend. Er zijn dan ook meerdere inschrijvers die de korting hebben ingevoerd. De korting heeft dan ook eigenlijk niets te maken met de kostenposten van de bestekspost 91, waarmee de korting saldeert. De totale kosten komen opgeteld niet uit op een negatief bedrag. Dat het uiteindelijk saldo negatief is, volgt echter uit de systematiek van de RAW-bepalingen en dit was eiseres bekend. Eiseres heeft daartegenover toegelicht dat het op grond van art. 01.01.01 lid 4 RAW 2015 voor een aanbestedende dienst mogelijk is af te wijken van de Standaard RAW-bepalingen en dat zij er vanuit was gegaan dat de gemeente dit met het verbod op negatieve prijzen in hoofdstuk 4 ook had gedaan. De voorzieningenrechter acht deze aanneme niet onbegrijpelijk en daarom kan eiseres niet worden tegengeworpen dat zij destijds geen vragen heeft gesteld.

Conclusie

Het zal de gemeente worden verboden om op basis van het gunningsvoornemen van 4 december 2018 de opdracht aan KWS, althans aan een andere partij dan eiseres te gunnen. Het is immers niet uitgesloten dat KWS of een van de andere inschrijvers na een correct uitgevoerde her-

aanbesteding als winnende inschrijver uit de bus zullen komen.

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

[eiseres] B.V.,

gevestigd te [vestigingsplaats],

eiseres,

advocaat mr. A.J.F. de Jager te Amsterdam,

tegen

de publiekrechtelijke rechtspersoon

GEMEENTE WOERDEN,

zetelend te Woerden,

gedaagde,

advocaat mr. P.B.J. van den Oord te Alphen aan den Rijn.

en

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

KWS INFRA B.V.,

gevestigd te Vianen,

advocaat mr. J.F. van Nouhuys te Rotterdam.

Partijen zullen hierna [eiseres], de Gemeente en KWS worden genoemd.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

– de dagvaarding van 21 december 2018

– de akte wijziging eis

– de incidentele conclusie tot tussenkomst, subsidiair voeging van KWS

– de producties van de zijde van [eiseres]

– de producties van de zijde van de Gemeente

– de mondelinge behandeling van 7 februari 2019

– de pleitnota van [eiseres]

– de pleitnota van de Gemeente

– de pleitnota van KWS.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. Het incident

2.1. KWS vordert primair haar toe te staan tussen te komen in het kort geding tussen [eiseres] en de Gemeente en subsidiair haar toe te staan zich te voegen aan de zijde van de Gemeente.

2.2. KWS heeft ter zitting benadrukt belang te hebben bij haar primaire vordering. Zij heeft toegelicht bekend te zijn met de afweging in veel vonnissen van de voorzieningenrechter van deze rechtbank die in zaken als de onderhavige leidt tot de conclusie dat sprake is van een voegende in plaats van een tussenkomende partij. Dit geeft

volgens haar problemen bij het zelfstandig instellen van hoger beroep. De voorzieningenrechter betreft in zijn afweging een recent arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (ECLI:NL:GHARL:2019:1490) en komt voor deze zaak tot het volgende oordeel. De primaire incidentele vordering van KWS tot tussenkomst in het geding tussen [eiseres] en de Gemeente is op de wet gegrond. KWS heeft bij haar vordering tot tussenkomst voldoende belang. [eiseres] en de Gemeente hebben ter zitting te kennen gegeven tegen deze incidentele vordering geen bezwaar te hebben. Deze vordering zal daarom worden toegewezen en KWS wordt toegelaten als tussenkomende partij. De proceskosten in het incident zullen worden gecompenseerd, in die zin dat elke partij de eigen kosten draagt.

3. Het geschil en de beoordeling daarvan

2.3. Het gaat hier om een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure van de Gemeente voor de reconstructie van het kruispunt Hollandbaan-Waardsebaan in Woerden. Op de opdracht is de RAW 2015 van toepassing.

2.4. In de offerteaanvraag is in hoofdstuk 4 ten aanzien van de gunningscriteria het volgende vermeld.

“Gunning vindt plaats aan de niet-uitgesloten inschrijver die de economisch meest voordelige inschrijving op basis van: de laagste prijs heeft geoffreerd.

Strategisch en manipulatief inschrijven is niet toegestaan en leidt tot uitsluiting. Voor alle prijs onderdelen dient een reële prijs te worden aangeboden.

(...)

Strategische inschrijving

Een strategische inschrijving is ongeldig. Onder strategisch inschrijven verstaat de opdrachtgever het volgende. Het inschrijven met irreële percentages of prijzen en het inschrijven met € 0, symbolische prijzen of negatieve prijzen.”

2.5. Er hebben in totaal vijf ondernemingen op de opdracht ingeschreven, waaronder [eiseres] en KWS. De Gemeente heeft op 4 december 2018 een proces-verbaal van aanbesteding bekendgemaakt, waaruit blijkt dat KWS de laagste inschrijfsom heeft geboden (€ 1.474.000) en [eiseres] de op-een-na-laagste inschrijfsom (€ 1.655.000). De Gemeente heeft verklaard dat zij gelet hierop voornemens is de opdracht aan KWS te gunnen.

De vordering van [eiseres]

2.6. [eiseres] vordert – na wijziging van eis – bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

I. de Gemeente op straffe van een dwangsom te verbieden de opdracht te gunnen aan KWS, althans aan een andere partij dan [eiseres] ;

II. voor zover de opdracht niet wordt ingetrokken, de Gemeente te gebieden de opdracht aan [eiseres] te gunnen, althans, – en subsidiair – de Gemeente te gebieden de inschrijvingen van [eiseres] en/of KWS te herbeoordelen met inachtneming van haar gunningscriteria (zoals opgenomen onder hoofdstuk 4 van de offerteaanvraag) en dit vonnis;

III. de Gemeente te veroordelen in de proceskosten en de nakosten, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de datum van betekening van dit vonnis.

2.7. De spoedeisendheid van de zaak is uit het gestelde en gevorderde voldoende aannemelijk geworden.

2.8. Het gaat in deze zaak om de uitleg van het verbod in hoofdstuk 4 van de offerteaanvraag om met negatieve prijzen of nulprijzen in te schrijven en om de vraag wat de consequenties van dit verbod zijn voor de inschrijfstaat die de inschrijvers bij hun inschrijving moesten invullen. In deze inschrijfstaat, die is gebaseerd op een RAW-model, is een groot aantal resultaatsverplichtingen opgenomen waarvoor eenheidsprijzen moeten worden ingevuld. Hiervoor wordt vervolgens een sub totaal berekend. Na dit sub totaal moet een aantal staartposten worden ingevuld, waaronder de post “Eenmalige kosten”. Deze post is als volgt opgebouwd:

“Bestekspostnummer Omschrijving Eenheid

9. Staartposten

91 Eenmalige kosten

910010 Inrichten werkterrein EUR.....
 910020 Opruimen werkterrein EUR.....
 910030 Melding Besluit bodemkwaliteit EUR.....
 918870 Korting EUR.....
 918880 Overige eenmalige kosten EUR.....
 919990 Totaal eenmalige kosten EUR.....
 EUR.....”

2.9. [eiseres] heeft zich aanvankelijk bij dagvaarding op het standpunt gesteld dat de inschrijving van KWS ongeldig is omdat KWS in strijd met het bepaalde in hoofdstuk 4 van de offerteaanvraag met een korting heeft ingeschreven op bestekspost 918870. Ter zitting heeft [eiseres] niet langer betwist dat het mogelijk was om op bestekspost

918870 met een korting in te schrijven, maar heeft zij betoogd dat dit er niet toe mocht leiden dat post 919990 “Totaal eenmalige kosten” op een negatief bedrag zou uitkomen omdat ook deze post als een prijs is aan te merken. Tussen partijen is niet in geschil dat de bestekspost “Totaal eenmalige kosten” in de inschrijfstaat van KWS negatief was als gevolg van een door KWS verleende korting op post 918870. [eiseres] trekt hieruit de conclusie dat de inschrijving van KWS ongeldig is.

2.10. De Gemeente en KWS stellen zich op het standpunt dat het verbod in hoofdstuk 4 van de offerteaanvraag om met een negatieve prijs of een nulprijs in te schrijven, niet geldt voor de post korting of de post “Totaal eenmalige kosten”. Zij stellen dat de post “Totaal eenmalige kosten” geen prijs is, maar een rekenkundig saldo dat door de inschrijver niet zelf, maar door de werking van het systeem, op de inschrijfstaat wordt ingevuld. Het was in hun visie dus toegestaan om met een dusdanig hoge korting in te schrijven dat de post “Totaal eenmalige kosten” daarmee op een negatief bedrag zou uitkomen.

2.11. Bij het antwoord op de vraag op welke wijze de aanbestedingsvoorwaarden dienen te worden uitgelegd en te worden toegepast, is van belang wat het Europese Hof van Justitie in de zaak *Succhi di Frutta* (HvJ 29 april 2004, zaak C-496/99 PbEG 2004 C 118 en de Hoge Raad (HR 4 november 2005, LJN AU 2806) hebben overwogen en als uitgangspunt voorop hebben gesteld, namelijk dat het aanbestedingsrecht twee centrale beginselen kent: het beginsel van gelijke behandeling van inschrijvers en het daarvan afgeleide transparantiebeginsel.

2.12. Het beginsel van gelijke behandeling van inschrijvers beoogt de ontwikkeling van een gezonde en daadwerkelijke mededinging tussen de aan de aanbestedingsprocedure voor een overheidsopdracht deelnemende ondernemingen te bevorderen en vereist dat alle inschrijvers bij het opstellen van het in hun offerte gedane voorstel dezelfde kansen krijgen: voor alle mededingers moeten dezelfde voorwaarden gelden.

2.13. Het transparantiebeginsel strekt, in samenhang daarmee, ertoe te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen en impliceert dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure in het aanbestedingsbericht of in het bestek worden geformuleerd op een duidelijk-

ke, precieze en ondubbelzinnige wijze, opdat enerzijds alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde wijze kunnen interpreteren, en anderzijds de aanbestedende dienst in staat is om metterdaad na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria die op de betrokken opdracht van toepassing zijn. Dat brengt niet alleen mee dat alle aanbieders gelijk worden behandeld, maar ook dat zij in gelijke mate, mede met het oog op een goede controle achteraf, een duidelijk inzicht moeten hebben in de voorwaarden waaronder de aanbesteding plaatsvindt.

2.14. Daarnaast moet acht worden geslagen op de bewoordingen van de aanbestedingsvoorwaarden, gelezen in het licht van de gehele tekst van in beginsel alle aanbestedingsstukken. Daarbij komt het aan op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin die stukken zijn gesteld, zulks binnen de context van het totaal van de aanbestedingsstukken. Bij die uitleg kan onder meer worden gekeken naar de elders in de aanbestedingsstukken gebruikte formuleringen en verschaft informatie.

2.15. De voorzieningenrechter is van oordeel dat de aanbestedingsstukken onvoldoende duidelijkheid geven over de vraag of het verbod van hoofdstuk 4 om met een negatieve prijs of nulprijs in te schrijven ook geldt voor de bestekspost “Totaal overige kosten”. Gelet op de tekst van hoofdstuk 4 van de offerteaanvraag, bezien in het licht van alle aanbestedingsstukken, is zowel de interpretatie van [eiseres] als de interpretatie van de Gemeente en KWS verdedigbaar. De interpretatie van de Gemeente en KWS ligt niet zoveel meer voor de hand dan die van [eiseres], dat [eiseres] als behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver had moeten begrijpen dat de interpretatie van de Gemeente en KWS de juiste was. De bewoordingen van hoofdstuk 4 sluiten immers niet uit dat de post “Totaal eenmalige kosten” als een prijs, namelijk een kostprijs, kan worden aangemerkt.

2.16. De aanbestedingsprocedure voldoet hierdoor niet aan het uit het transparantiebeginsel voortvloeiende vereiste dat de specificaties van een opdracht op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze geformuleerd moeten worden zodat alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier

interpreteren. Nu [eiseres] en KWS de gunningscriteria als gevolg van onduidelijkheid over het karakter ervan verschillend hebben geïnterpreteerd, hebben zij niet de mogelijkheid gehad om op gelijke voorwaarden hun inschrijving te doen. Ook het gelijkheidsbeginsel heeft dus onder druk gestaan. De gevolgde procedure heeft hierdoor fundamentele gebreken.

2.17. De voorzieningenrechter volgt de Gemeente en KWS niet in hun standpunt dat [eiseres] haar recht heeft verwerkt om over de interpretatie van hoofdstuk 4 van de offerteaanvraag te klagen, omdat zij heeft nagelaten hierover voorafgaand aan haar inschrijving vragen te stellen. De Gemeente en KWS stellen dat het [eiseres] had moeten opvallen dat haar uitleg van hoofdstuk 4 in strijd is met de RAW-systematiek, die standaard de mogelijkheid inhoudt van het invoeren van een korting waarbij ervoor is gekozen die korting onder te brengen bij de opgave van de “eenmalige kosten”, hoewel die korting niet een (op te geven) kostenpost vormt. Dit is volgens de Gemeente en KWS gebruikelijk en bij aannemers bekend. Er zijn dan ook meerdere inschrijvers die de korting hebben ingevoerd. De korting heeft dan ook eigenlijk niets te maken met de kostenposten van de bestekspost 91, waarmee de korting saldeert. De totale kosten komen opgeteld niet uit op een negatief bedrag. Dat het uiteindelijk saldo negatief is, volgt echter uit de systematiek van de RAW-bepalingen en dit was [eiseres] bekend. [eiseres] heeft daartegenover toegelicht dat het op grond van artikel 01.01.01 lid 4 RAW 2015 voor een aanbestedende dienst mogelijk is af te wijken van de Standaard RAW-bepalingen en dat zij er vanuit was gegaan dat de Gemeente dit met het verbod op negatieve prijzen in hoofdstuk 4 ook had gedaan. De voorzieningenrechter acht deze aanneming niet onbegrijpelijk en daarom kan [eiseres] niet worden tegengeworpen dat zij destijds geen vragen heeft gesteld.

2.18. Gezien het voorgaande kan de vordering onder I. worden toegewezen, met dien verstande dat het de Gemeente zal worden verboden om op basis van het gunningsvoornemen van 4 december 2018 de opdracht aan KWS, althans aan een andere partij dan [eiseres] te gunnen. Het is immers niet uitgesloten dat KWS of een van de andere inschrijvers na een correct uitgevoerde heraanbesteding als winnende inschrijver uit de bus zullen komen. De voorzieningenrechter ziet geen aanleiding om aan deze veroordeling een dwang-

som te verbinden, zoals door [eiseres] is gevorderd. De Gemeente heeft ter zitting toegezegd dat zij aan het vonnis zal voldoen en de voorzieningenrechter heeft geen aanleiding om hieraan te twijfelen. Daarbij wordt mede in aanmerking genomen dat van een overheidsorgaan als de Gemeente verwacht mag worden dat zij zich zonder meer aan rechterlijke uitspraken houdt.

2.19. Het onder II. gevorderde gebod om de opdracht aan [eiseres] te gunnen althans de inschrijvingen van [eiseres] en KWS te herbeoordelen, kan niet worden toegewezen. Gelet op de fundamentele gebreken die aan deze aanbestedingsprocedure kleven dient deze procedure te worden afgebroken en zal alleen na een heraanbesteding met duidelijker gunningscriteria gunning van de opdracht kunnen plaatsvinden. Een heraanbesteding is door [eiseres] echter na wijziging van haar eis niet langer gevorderd.

De vordering van KWS

2.20. KWS vordert de Gemeente te gebieden de opdracht aan KWS te gunnen, voor zover de Gemeente de opdracht nog wenst te vergeven en [eiseres], voor zover nodig, te gebieden te gehengen en te gedogen dat de opdracht wordt gegund aan KWS. Gelet op hetgeen met betrekking tot de vordering van [eiseres] is overwogen, dient deze vordering van KWS te worden afgewezen.

De kosten

2.21. De Gemeente en KWS zullen als de groten-deels in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van [eiseres] worden begroot op:

- dagvaarding € 81,00
- griffierecht 639,00
- salaris advocaat 980,00

Totaal € 1.700,00

2.22. De door [eiseres] gevorderde nakosten en de wettelijke rente over de proceskosten en de nakosten, zullen worden toegewezen zoals in de beslissing is bepaald.

2.23. De proceskosten tussen de Gemeente en KWS zullen worden gecompenseerd, in die zin dat elke partij de eigen kosten draagt.

3. De beslissing

De voorzieningenrechter

In het incident

3.1. wijst de vordering tot tussenkomst toe;

3.2. compenseert de proceskosten in die zin dat elke partij de eigen kosten draagt;

In de hoofdzaak

3.3. verbiedt de Gemeente om op basis van het gunningsvoornemen van 4 december 2018 de opdracht te gunnen aan KWS, althans aan een andere partij dan [eiseres];

3.4. veroordeelt de Gemeente en KWS in de proceskosten, aan de zijde van [eiseres] tot op heden begroot op € 1.700,00, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW over dit bedrag met ingang van de vijftiende dag na de datum van dit vonnis tot de dag van betaling;

3.5. veroordeelt de Gemeente en KWS, onder de voorwaarde dat zij niet binnen 14 dagen na aanschrijving door [eiseres] volledig aan dit vonnis voldoen, in de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op:

– € 157,00 aan salaris advocaat, vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW met ingang van de vijftiende dag na aanschrijving, – te vermeerderen, indien betekening van het vonnis heeft plaatsgevonden, met een bedrag van € 82,00 aan salaris advocaat en de exploitkosten van betekening van het vonnis, vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW met ingang van de vijftiende dag na betekening;

3.6. compenseert de proceskosten tussen de Gemeente en KWS in die zin dat elke partij de eigen kosten draagt;

3.7. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

3.8. wijst het meer of anders gevorderde af.

NOOT

Negatieve prijzen in een RAW inschrijvingsstaat

Na een eerder kort geding vonnis van de voorzieningenrechter te Maastricht¹ ten aanzien van de toelaatbaarheid van negatieve bedragen in een RAW inschrijvingsstaat² is er recent een tweede kort geding vonnis over dezelfde problematiek gevolgd van de voorzieningenrechter te Utrecht.

Met deze keer een geheel andere uitkomst. De voorzieningenrechter te Maastricht kwam op basis van de aanbestedingsdocumenten tot het oordeel dat inschrijven met een negatief bedrag in een RAW inschrijvingsstaat een ongeldige inschrijving oplevert. De voorzieningenrechter te Utrecht komt tot het oordeel dat er in de aanbestedingsdocumenten onvoldoende duidelijkheid bestaat omtrent de toelaatbaarheid van het inschrijven met negatieve prijzen in de RAW inschrijvingsstaat waardoor de primaire vordering tot ongeldig verklaring van de inschrijving van de voorlopig winnaar (de tussenkomende partij) niet werd toegewezen. Wel werd toegewezen de door eiseres subsidiair gevorderde heraanbesteding. Deze verschillende uitkomsten in vergelijkbare kwesties rechtvaardigen een nadere beschouwing.

Uit de Utrechtse uitspraak wordt niet duidelijk of de Maastrichtse uitspraak bekend was bij de betrokkenen. Het lijkt er op dat dit niet het geval is. Naast het duidelijke verschil in de uitkomst wijst ik op het feit dat de Maastrichtse uitspraak niet wordt aangehaald in de Utrechtse kwestie en dat de aanbestedende dienst en tussenkomende partij argumenten in stelling brengen die door de voorzieningenrechter Maastricht reeds met duidelijke bewoordingen zijn afgewezen. Vergelijk bijvoorbeeld randnummer 2.17 van de Utrechtse uitspraak waar wordt ingegaan op het standpunt dat de post korting onderdeel is van de RAW systematiek omwille waarvan inschrijven met een negatief bedrag gebruikelijk is. De voorzieningenrechter Maastricht had daarover reeds – terecht – geoordeeld dat uit art. 01.01.01 lid 04 van de Standaard RAW bepalingen volgt dat mag worden afgeweken van de RAW systematiek. De voorzieningenrechter te Utrecht komt tot hetzelfde oordeel, maar verwijst niet naar het Maastrichtse vonnis.

Dan de verschillen in de onderliggende casuïstiek. In de Maastrichtse uitspraak was in de Nota van Inlichtingen de vraag gesteld: “zijn min bedragen toegestaan in de inschrijvingsstaat?” Het antwoord daarop was: “min bedragen zijn niet toegestaan”. De inschrijving van de partij die toch inschreef met een negatief bedrag in de vorm van een korting werd vervolgens uitgesloten. De voorzieningenrechter Maastricht liet die ongeldigheid – naar mijn oordeel terecht – in stand. De

1 Vzf. Rb. Maastricht 24 april 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:3763.

2 Zie ook de noot die ik schreef met ing. R. Luiten in «JAAN» 2017/188.

post korting maakt nu eenmaal onderdeel uit van de RAW inschrijvingsstaat, en als bepaald is dat in de inschrijvingsstaat geen negatieve bedragen mogen worden opgenomen dan brengt dit mee dat dus ook geen korting mag worden verstrekt want dat is een negatief bedrag.

In de Utrechtse kwestie was in de aanbestedingsleidraad opgenomen *“Een strategische inschrijving is ongeldig. Onder strategisch inschrijven verstaat de opdrachtgever het volgende. Het inschrijven met irreële percentages of prijzen en het inschrijven met € 0, symbolische prijzen of negatieve prijzen.”* Verschilt daarmee de casus nou zoveel van de Maastrichtse casus? Wat mij betreft zijn er twee verschillen aan te wijzen. Er wordt hier niet verwezen naar de inschrijvingsstaat, en er wordt gesproken over *“prijzen”* in plaats van *“bedragen”*. Daarmee heb ik best begrip voor de interpretatie van de aanbestedende dienst en de tussenkomende partij dat naar hun mening alleen bedoeld kan zijn op de prijzen per eenheid die afgegeven moeten worden voor de fysiek uit te voeren werkzaamheden conform art. 01.01.03 lid 02 van de Standaard RAW bepalingen. En dus niet op de korting conform art. 01.01.03 lid 03 van de Standaard RAW bepalingen omdat de korting geen prijs (per eenheid) is. En ook kan ik begrip hebben voor het argument dat het verbod om met een negatieve prijs in te schrijven niet geldt voor de post *“Totaal eenmalige kosten”* omdat dit geen prijs is, maar een rekenkundig saldo.

Maar begrip is geen erkenning van de juistheid van deze argumenten. Ik acht deze argumenten namelijk niet juist. Naar mijn oordeel hadden inschrijvingen met negatieve prijzen, waaronder dus ook een korting of een negatief totaal aan eenmalige kosten, als ongeldig terzijde moeten worden gelegd. De interpretatie die de aanbestedende dienst en de tussenkomende partij aan het begrip *“negatieve prijzen”* geven volgt immers niet uit de aanbestedingsdocumenten. Geen negatieve prijzen is wat mij betreft dan ook gewoon geen negatieve prijzen. Geen uitzonderingen. Geheel in lijn met de Maastrichtse uitspraak dus. Het is dan ook jammer dat eiseres ter zitting niet langer heeft betwist dat het mogelijk was om met een korting in te schrijven. Onder verwijzing naar het Maastrichtse vonnis en een duidelijke betwisting van de (te vrije) interpretatie van de standpunten van de aanbestedende dienst en de

tussenkomende partij had dit argument wat mij betreft namelijk goede kans gemaakt om te komen tot toewijzing van het werk aan eiseres. Dat gezegd hebbende stel ik dus vast dat ik tot een ander oordeel kom dan de heraanbesteding die de voorzieningenrechter te Utrecht heeft gelast. Want het begrip voor de standpunten van de aanbestedende dienst en de tussenkomende partij is voor mij onvoldoende om te komen tot heraanbesteding. Naar mijn mening had de inschrijving van de voorlopig winnaar, die dus had ingeschreven met een korting en daarmee ook een negatief totaal aan eenmalige kosten, ongeldig moeten worden verklaard.

Interessant is verder nog de nadrukkelijke en principiële koerswijziging van de voorzieningenrechter ten opzichte van zijn eerdere oordeel (in een ander kort geding) betreffende het verzoek tot tussenkomst. In een kort geding van nog geen maand eerder³ oordeelde deze voorzieningenrechter namelijk dat een verzoek tot tussenkomst moest worden afgewezen omdat materieel sprake zou zijn van een gewenste voeging. De vordering van de interveniërende partij werd namelijk gelijk geacht aan de vordering van de aanbestedende dienst, namelijk gestanddoening van het oorspronkelijke gunningsvoornemen. In dat oordeel stond deze voorzieningenrechter binnen de rechtbank Utrecht overigens bepaald niet alleen.⁴ Zelfs een week voor onderhavige uitspraak is er in Utrecht nog een vonnis geweest door een voorzieningenrechter die alleen voeging toestond en geen tussenkomst.⁵

De tussenkomende partij heeft gewezen op de eerdere vonnissen van de Rechtbank Utrecht waarbij tussenkomst niet werd toegestaan, om vervolgens te benadrukken dat er wel degelijk belang bestaat bij het toewijzen van tussenkomst. Betoogd werd dat het afwijzen van tussenkomst problemen geeft bij het zelfstandig instellen van hoger beroep.

3 V.zr. Rb. Utrecht 25 januari 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:245.

4 Vergelijk bijvoorbeeld V.zr. Rb. Utrecht 18 mei 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:2195, V.zr. Rb. Utrecht 2 mei 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:1780, V.zr. Rb. Utrecht 7 februari 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:531.

5 V.zr. Rb. Utrecht 13 februari 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:428.

De voorzieningenrechter komt in onderhavig vonnis nu wel tot toewijzing van de primaire vordering tot tussenkomst. Dit gewijzigde inzicht is ingegeven door een arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden⁶ dat is geweest vier dagen voor onderhavig kort geding vonnis. Het hof oordeelde in die procedure dat tussenkomst moet worden toegestaan indien de interveniërende partij voldoende belang heeft gesteld bij de vordering tot tussenkomst en ook een eigen vordering heeft ingesteld. De voorzieningenrechter volgt nu dus deze zienswijze van het hof, wat op zich wel weer opvallend is omdat het hof nu juist oordeelde dat de door de interveniërende partij ingestelde vordering afweek van de vordering van de aanbestedende dienst hetgeen in de Utrechtse kwestie per saldo niet het geval was.

Enfin, voor de praktijk is het in ieder geval goed dat er een eenduidige lijn ontstaat ten aanzien van de beoordeling van het verzoek tot tussenkomst. Dat die lijn laat zien dat het verzoek tot tussenkomst steeds minder vaak geweigerd wordt kan ik alleen maar toejuichen.

Conclusie (en enkele vuistregels voor de praktijk)

Een eerste vuistregel voor de praktijk is dat aanbestedende diensten er goed aan doen duidelijk(er) te formuleren als zij geen negatieve bedragen / prijzen willen toestaan in een RAW inschrijvingsstaat. Met name dient dan aangegeven te worden of dit ook ziet op de post korting en/of de totaal eenmalige kosten/staartkosten. Een verduidelijking is eenvoudig en met weinig woorden te geven. Twee kort gedingen over deze materie in twee jaar zijn gewoon twee kort gedingen te veel.

Een tweede vuistregel is dat interveniërende partijen er goed aan doen voor de onderbouwing van het verzoek tot tussenkomst nadrukkelijk te verwijzen naar onderhavige Utrechtse kwestie in combinatie met het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 18 februari 2019.

mr. J. Haest
advocaat bij Severijn Hulshof Advocaten

6 Hof Arnhem-Leeuwarden 18 februari 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:1490.