

## 158

**Inschrijving niet ongeldig ondanks aangeboden korting**

Rechtbank Den Haag  
 29 juli 2022, C/09/630669 / KG ZA 22-516,  
 ECLI:NL:RBDHA:2022:7765  
 (mr. H.J. Vetter)  
 Noot mr. J. Haest

**EMVI. Laagste prijs. Meervoudig onderhandse procedure. Uitsluiting.**

*De gemeenten (lees: de gemeente Hardenberg die mede namens de gemeente Ommen optreedt als aankoopcentrale) hebben een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure georganiseerd voor de reparatie en renovatie van de rioleering in de gemeenten (hierna: 'de Opdracht').*

*De Opdracht is blijkens het Beschrijvend Document, behorend bij het Bestek, opgesplitst in twee percelen: perceel 1 en perceel 2. De Opdracht wordt gegund aan de inschrijver op basis van EMVI op basis van het gunningscriterium laagste prijs. De gemeenten sluiten elk een eigen raamovereenkomst met de winnende inschrijver. Op deze aanbestedingsprocedure zijn de hoofdstukken 1 en 7 ARW 2016 en de Standaard RAW Bepalingen 2020 van toepassing verklaard.*

*Door inschrijvers dienden in het kader van hun inschrijving onder meer te worden ingevuld een inschrijvingsbiljet (één document voor beide percelen) en een inschrijvingsstaat (één document per perceel). Blijkens het Beschrijvend Document wordt de inschrijving met de laagste prijs vastgesteld aan de hand van het inschrijvingsbiljet en de inschrijvingsstaat conform het Bestek. In art. 01.01.06 lid 01 van deel 3 Bestek valt te lezen dat het een inschrijver niet is toegestaan eenmalige kortingen op te nemen in de inschrijvingsstaten.*

*De gemeenten hebben op 7 april 2022 per perceel een inschrijvingsstaat gepubliceerd. Op 18 mei 2022 hebben de gemeenten gewijzigde inschrijvingsstaten gepubliceerd. Kumpen heeft evenals twee andere partijen tijdig een inschrijving op de beide percelen ingediend. In de door haar ingevulde inschrijvingsstaten heeft Kumpen onder de*

*bestekspost 'Staatposten' een korting aangeboden.*

*Blijkens het proces-verbaal van opening van de inschrijvingen heeft Kumpen met de laagste prijs ingeschreven. Op 10 juni 2022 hebben de gemeenten onder meer aan Kumpen bericht: 'Ik heb uw inschrijving helaas terzijde moeten leggen. Reden hiervoor is dat u een eenmalige korting heeft opgegeven in de inschrijvingsstaat. Dat is in strijd met bepaling 01 01 06 in deel 3 van het bestek.'*

**Beoordeling**

*Beoordeeld moet worden of de gemeenten Kumpen op goede gronden van verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure hebben uitgesloten.*

*In de voorlopige gunningsbeslissing hebben de gemeenten Kumpen uitgesloten vanwege het in strijd met het Bestek aanbieden van een eenmalige korting. Kumpen heeft met juistheid betoogd dat door haar geen eenmalige korting is aangeboden en dat om die reden het in art. 01.01.06 lid 01 van deel 3 Bestek neergelegde verbod niet is overtreden. Op grond van de hiervoor geciteerde Standaard RAW Bepalingen mag in beginsel door inschrijvers in een prijsaanbieding voor een te sluiten raamovereenkomst een korting worden aangeboden. Deze korting dient te worden opgenomen in de inschrijvingsstaat na het subtotaal in de vorm van een percentage ten opzichte van het subtotaal en met vermelding van het daaruit volgende bedrag. In deze aanbestedingsprocedure hebben de gemeenten het opstellen van de aanbestedingsstukken uitbesteed aan Taww B.V. Taww B.V. heeft daarbij de meest recente versie van de standaard RAW-systematiek toegepast. Deze standaard RAW-systematiek behelst onder meer een standaardmodel voor de inschrijvingsstaat met daarin een specifieke bestekspost, te weten bestekspost 919990 voor het aanbieden van korting. Kumpen heeft in haar inschrijvingsstaten onder bestekspost 919990 een kortingspercentage van 2% aangeboden, hetgeen overeenkomt met een bedrag van € 13.810,44. Dit is geen eenmalige korting (lees: een vast bedrag aan korting) aangezien bij een raamovereenkomst de omvang van het werk niet op voorhand vaststaat en de hoogte van de korting dus meebeweegt met de omvang van het aanbestede werk.*

*In deze procedure hebben de gemeenten het standpunt ingenomen dat door inschrijvers geen enkele vorm van korting mocht worden aangebo-*

den en dat dit duidelijk uit de aanbestedingsstukken volgt. De gemeenten verwijzen in dat kader naar de door hen gepubliceerde inschrijvingsstaten, waarin de besteksposten 91 en 919990 met rood zijn doorgestreept. In dit standpunt kunnen de gemeenten niet worden gevolgd. Indien de gemeenten in afwijking van de standaard RAW-systematiek daadwerkelijk iedere vorm van korting hadden willen verbieden, had het op hun weg gelegen om dit expliciet in het Bestek tot uitdrukking te brengen. Dit is niet gebeurd, aangezien in het Bestek uitsluitend het aanbieden van eenmalige kortingen is verboden. Zoals hiervoor overwogen, is een procentuele korting iets wezenlijk anders dan een eenmalige korting en strekt het verbod zich dus niet mede uit tot procentuele kortingen. Het op 7 april 2022 zonder enige toelichting toezenden aan inschrijvers van inschrijvingsstaten waarin de besteksposten 91 en 919990 zijn doorgestreept, is onvoldoende om de gelding van een dergelijk verbod voor deze aanbestedingsprocedure te kunnen aannemen. Dit klemt temeer nu de gemeenten op 18 mei 2022 gewijzigde inschrijvingsstaten aan de inschrijvers hebben toegezonden, waarin bedoelde besteksposten niet zijn doorgestreept. Een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver behoefde er daardoor naar het oordeel van de voorzieningenrechter niet op bedacht te zijn dat het aanbieden van een in het kader van een te sluiten raamovereenkomst gebruikelijke procentuele korting in deze aanbestedingsprocedure niet zou zijn toegestaan. Dat in de Nota van Inlichtingen geen vragen zijn gesteld over de in de eerste inschrijvingsstaten doorgestreepte besteksposten en de overige twee inschrijvers niet met een korting hebben ingeschreven, is van onvoldoende gewicht om tot een ander oordeel te komen. Uit het voorgaande volgt dat de gemeenten de inschrijving van Kumpen ten onrechte ongeldig hebben verklaard. Nu niet ter discussie staat dat Kumpen met de laagste prijs heeft ingeschreven, dient de Opdracht, voor zover de gemeenten nog tot gunning wensen over te gaan, in een nieuwe gunningsbeslissing aan Kumpen te worden gegund.

### **Beslissing**

De voorzieningenrechter verbiedt de gemeenten om uitvoering te geven aan de voorlopige gunningsbeslissing van 10 juni 2022 en bepaalt dat wanneer de gemeenten nog tot gunning van de

Opdracht wensen over te gaan, door hen een nieuwe voorlopige gunningsbeslissing dient te worden genomen, waarbij de Opdracht aan geen ander dan Kumpen wordt gegund.

KUMPEN N.V. te Hasselt, België,  
eiseres,

advocaten mrs. B.H.H.M. Ramakers en L. Lemmers te Arnhem,

tegen

1. GEMEENTE HARDENBERG te Hardenberg,

2. GEMEENTE OMMEN te Ommen,

gedaagden,

advocaten mrs. F.J.P. Stoop en F. Selmani te Amsterdam.

Partijen worden hierna respectievelijk aangeduid als 'Kumpen' en 'de Gemeenten'.

### *1. De procedure*

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding van 17 juni 2022 met producties 1 tot en met 4;
- de brief van mr. Ramakers van 8 juli 2022, met producties 5 tot en met 12;
- de e-mail van mr. Ramakers van 11 juli 2022, met productie 13;
- de brief van mr. Stoop van 11 juli 2022, met producties 1 tot en met 9;
- de op 12 juli 2019 gehouden mondelinge behandeling, waarbij door beide partijen pleitnotities zijn overgelegd.

1.2. Ter zitting is vonnis bepaald op heden.

### *2. De feiten*

Op grond van de stukken en het verhandelde ter zitting wordt in dit geding van het volgende uitgegaan.

2.1. De Gemeenten (lees: de gemeente Hardenberg die mede namens de Gemeente Ommen optreedt als aankoopcentrale) hebben een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure georganiseerd voor de reparatie en renovatie van de riolering in de Gemeenten (hierna: 'de Opdracht').

2.2. De Opdracht is blijkens het op 7 april 2022 gepubliceerde Beschrijvend Document (hierna: 'het Beschrijvend Document'), behorend bij het Bestek met nummer T001-1285150 van 8 april 2022 (hierna: 'het Bestek'), opgesplitst in twee percelen: perceel 1 betreft de reparatie en renovatie van de riolering in de gemeente Hardenberg en perceel 2 die in de gemeente Ommen. De Op-

dracht wordt gegund aan de inschrijver met de economisch meest voordelige inschrijving (EMVI) op basis van het gunningscriterium laagste prijs. De Gemeenten sluiten elk een eigen raamovereenkomst met de winnende inschrijver. Op deze aanbestedingsprocedure zijn de hoofdstukken 1 en 7 van het Aanbestedingsreglement Werken 2016 (ARW 2016) en de Standaard RAW Bepalingen 2020 van toepassing verklaard.

2.3. Door inschrijvers dienden in het kader van hun inschrijving onder meer te worden ingevuld een inschrijvingsbiljet (één document voor beide percelen) en een inschrijvingsstaat (één document per perceel). Blijkens paragraaf 2.9 van het Beschrijvend Document wordt de inschrijving met de laagste prijs vastgesteld aan de hand van het inschrijvingsbiljet en de inschrijvingsstaat conform het Bestek. In artikel 01.01.06 lid 01 van deel 3 van het Bestek valt te lezen dat het een inschrijver niet is toegestaan eenmalige kortingen op te nemen in de inschrijvingsstaten.

2.4. In artikel 01.01.06 van de Standaard RAW Bepalingen 2020 is onder meer het volgende bepaald:

*“01 Het eindtotaal van de op de inschrijvingsstaat te verstrekken ontleding van de inschrijvingsom moet overeenstemmen met het bedrag van de inschrijvingsom op het inschrijvingsbiljet.*

*02 In elke op te geven prijs per eenheid moeten zijn begrepen alle kosten die voor het tot stand brengen van de resultaatsverplichting moeten worden gemaakt, met inbegrip van de tot die resultaatsverplichting behorende (gebundelde) bestekspost(en), doch met uitzondering van de in het lid 03 van dit artikel bedoelde kosten.*

*Tenzij hiervoor een afzonderlijke voorziening in de overeenkomst is opgenomen, moeten in de op te geven prijs per eenheid of in het op te geven totaalbedrag tevens zijn begrepen de eventuele opbrengsten die aan de aannemer verblijven en die voortkomen uit het voldoen aan de desbetreffende resultaatsverplichting.*

*03 In een prijs per eenheid mogen geen uitvoeringskosten, algemene kosten, winst en risico en korting zijn begrepen. Na het subtotaal mogen geen eenmalige kosten worden opgenomen. Uitvoeringskosten, algemene kosten, winst en risico en een eventueel door de inschrijver gegeven korting worden opgenomen na het subtotaal in de vorm van een percentage ten opzichte van het subtotaal afgerond op ééntiende en met vermelding van het daaruit volgend bedrag.”*

2.5. De Gemeenten hebben op 7 april 2022 per perceel een inschrijvingsstaat gepubliceerd. Hierin is bij de bestekspost ‘Staartkosten’ het volgende te zien:

2.6. Op 18 mei 2022 hebben de Gemeenten gewijzigde inschrijvingsstaten gepubliceerd. Hierin is bij de bestekspost ‘Staartkosten’ het volgende te zien:

2.7. Kumpen heeft evenals twee andere partijen tijdig een inschrijving op de beide percelen ingediend. In de door haar ingevulde inschrijvingsstaten heeft Kumpen onder de bestekspost ‘Staartposten’ onderstaande korting aangeboden:

2.8. Blijkens het proces-verbaal van opening van de inschrijvingen van 2 juni 2022 heeft Kumpen met de laagste prijs ingeschreven. Bij brief van 10 juni 2022 hebben de Gemeenten onder meer als volgt aan Kumpen bericht:

*“Ik heb uw inschrijving helaas terzijde moeten leggen. Reden hiervoor is dat u een eenmalige korting heeft opgegeven in de inschrijvingsstaat. Dat is in strijd met bepaling 01 01 06 in deel 3 van het bestek.”*

### 3. Het geschil

3.1. Kumpen vordert – zakelijk weergegeven – bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad:

*primair:* de Gemeenten te verbieden de Opdracht te gunnen aan een ander dan Kumpen;

*subsidiair:* de Gemeenten te verbieden de Opdracht te gunnen voordat een heraanbesteding heeft plaatsgevonden;

*zowel primair als subsidiair* met veroordeling van de Gemeenten in de proceskosten, te vermeerderen met de wettelijke rente.

3.2. Daartoe voert Kumpen – samengevat – aan dat de Gemeenten haar ten onrechte van verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure hebben uitgesloten. Artikel 01.01.06 van het Bestek verbiedt inschrijvers een eenmalige korting in hun inschrijvingsstaten op te nemen. Deze bepaling sluit volgens Kumpen aan bij artikel 01.01.06 lid 3 van de Standaard RAW Bepalingen 2020. Kumpen stelt dat zij een procentuele korting heeft aangeboden, hetgeen volgens haar in het kader van een prijsaanbieding voor een te sluiten raamovereenkomst wel is toegestaan. Een procentuele korting is volgens Kumpen – daarbij verwijzend naar de Serie RAWeetjes van de Stichting CROW – iets wezenlijk anders dan een eenmalige korting, aangezien bij korting in de vorm van een percentage bij wijziging van de omvang van het

werk het bedrag aan korting groter of kleiner wordt, terwijl een eenmalige korting in zijn geheel wordt verrekend, ongeacht het verloop van het werk. Voor een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver was volgens Kumpen het verschil tussen de beide vormen van korting volstrekt duidelijk. Kumpen is dan ook van mening dat het haar op grond van het Bestek wel was toegestaan een procentuele korting aan te bieden. Zulks klemt volgens Kumpen temeer nu in de op 18 mei 2022 door de Gemeenten gepubliceerde inschrijvingsstaten in bestekspost 919990 expliciet in de mogelijkheid daartoe is voorzien. Nu zij rechtsgeldig en met de laagste prijs heeft ingeschreven, dient volgens Kumpen de Opdracht alsnog aan haar te worden gegund.

3.3. De Gemeenten voeren verweer, dat hierna, voor zover nodig, zal worden besproken.

#### 4. De beoordeling van het geschil

4.1. Beoordeeld moet worden of de Gemeenten Kumpen op goede gronden van verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure hebben uitgesloten.

4.2. In de voorlopige gunningsbeslissing hebben de Gemeenten Kumpen uitgesloten vanwege het in strijd met het Bestek aanbieden van een eenmalige korting. Kumpen heeft met juistheid betoogd dat door haar geen eenmalige korting is aangeboden en dat om die reden het in artikel 01.01.06 lid 01 van deel 3 van het Bestek neergelegde verbod niet is overtreden. Op grond van de hiervoor geciteerde Standaard RAW Bepalingen mag in beginsel door inschrijvers in een prijsaanbieding voor een te sluiten raamovereenkomst een korting worden aangeboden. Deze korting dient te worden opgenomen in de inschrijvingsstaat na het subtotaal in de vorm van een percentage ten opzichte van het subtotaal en met vermelding van het daaruit volgend bedrag. In deze aanbestedingsprocedure hebben de Gemeenten het opstellen van de aanbestedingsstukken uitbesteed aan Tauw B.V. Tauw B.V. heeft daarbij de meest recente versie van de standaard RAW-systematiek toegepast. Deze standaard RAW-systematiek behelst onder meer een standaardmodel voor de inschrijvingsstaat met daarin een specifieke bestekspost, te weten bestekspost 919990 voor het aanbieden van korting. Kumpen heeft in haar inschrijvingsstaten onder bestekspost 919990 een kortingspercentage van 2% aangeboden, hetgeen overeenkomt met een bedrag van

€ 13.810,44. Dit is – zoals Kumpen terecht stelt – geen eenmalige korting (lees: een vast bedrag aan korting) aangezien bij een raamovereenkomst de omvang van het werk niet op voorhand vaststaat en de hoogte van de korting dus meebeweegt met de omvang van het aanbestede werk.

4.3. In deze procedure hebben de Gemeenten het standpunt ingenomen dat door inschrijvers geen enkele vorm van korting mocht worden aangeboden en dat dit duidelijk uit de aanbestedingsstukken volgt. De Gemeenten verwijzen in dat kader naar de op 7 april 2022 door hen gepubliceerde inschrijvingsstaten, waarin de besteksposten 91 en 919990 met rood zijn doorgestreept. In dit standpunt kunnen de Gemeenten naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter niet worden gevolgd. Indien de Gemeenten in afwijking van de standaard RAW-systematiek daadwerkelijk iedere vorm van korting hadden willen verbieden, had het op hun weg gelegen om dit expliciet in het Bestek tot uitdrukking te brengen. Dit is niet gebeurd, aangezien in het Bestek uitsluitend het aanbieden van eenmalige kortingen is verboden. Zoals hiervoor overwogen, is een procentuele korting iets wezenlijk anders dan een eenmalige korting en strekt het verbod zich dus niet mede uit tot procentuele kortingen. Het op 7 april 2022 zonder enige toelichting toezenden aan inschrijvers van inschrijvingsstaten waarin de besteksposten 91 en 919990 zijn doorgestreept, is onvoldoende om de gelding van een dergelijk verbod voor deze aanbestedingsprocedure te kunnen aannemen. Dit klemt temeer nu de Gemeenten op 18 mei 2022 gewijzigde inschrijvingsstaten aan de inschrijvers hebben toegezonden, waarin bedoelde besteksposten niet zijn doorgestreept. Een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver behoefde er daardoor naar het oordeel van de voorzieningenrechter niet op bedacht te zijn dat het aanbieden van een in het kader van een te sluiten raamovereenkomst gebruikelijke procentuele korting in deze aanbestedingsprocedure niet zou zijn toegestaan. Dat in de Nota van Inlichtingen geen vragen zijn gesteld over de in de eerste inschrijvingsstaten doorgestreepte besteksposten en de overige twee inschrijvers niet met een korting hebben ingeschreven, is van onvoldoende gewicht om tot een ander oordeel te komen.

4.4. Uit het voorgaande volgt dat de Gemeenten de inschrijving van Kumpen ten onrechte ongeldig hebben verklaard. Nu niet ter discussie staat

dat Kumpen met de laagste prijs heeft ingeschreven, dient de Opdracht, voor zover de Gemeenten nog tot gunning wensen over te gaan, in een nieuwe gunningsbeslissing aan Kumpen te worden gegend.

4.5. De Gemeenten zullen, als de in het ongelijk gestelde partij, worden veroordeeld in de kosten van dit geding.

### 5. De beslissing

De voorzieningenrechter:

5.1. verbiedt de Gemeenten om uitvoering te geven aan de voorlopige gunningsbeslissing van 10 juni 2022;

5.2. bepaalt dat wanneer de Gemeenten nog tot gunning van de Opdracht wensen over te gaan, door hen een nieuwe voorlopige gunningsbeslissing dient te worden genomen, waarbij de Opdracht aan geen ander dan Kumpen wordt gegend;

5.3. veroordeelt de Gemeenten om binnen veertien dagen nadat dit vonnis is uitgesproken de kosten van dit geding aan Kumpen te betalen, tot dusverre aan de zijde van Kumpen begroot op € 1.969,58, waarvan € 1.016 aan salaris advocaat, € 676 aan griffierecht en € 254,34 aan dagvaardingskosten, in voorkomende gevallen te vermeerderen met btw, en € 23,24 aan verschotten;

5.4. bepaalt dat de Gemeenten bij gebreke van tijdige betaling de wettelijke rente over de proceskosten verschuldigd zijn;

5.5. verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad.

## NOOT

### Enmalige korting versus procentuele korting

Binnen twee maanden is er door twee verschillende rechtbanken geoordeeld over een en hetzelfde RAW-discussiepunt ten aanzien van op te nemen korting in de inschrijvingsstaat. De uitkomsten van deze uitspraken staan haaks op elkaar. Reden genoeg om in een noot te onderzoeken of er dan sprake is geweest van onderlinge verschillen die een verschillende uitkomst rechtvaardigen, of dat één van de uitspraken juridisch onjuist is. Dat laatste is mijns inziens het geval. De uitspraak van de rechtbank Limburg is naar mijn oordeel evident onjuist. Dat maakt eens te meer dat een noot bij deze uitspraken relevant is voor de aanbestedingspraktijk.

### De Haagse uitspraak

Ik begin bij de eerste uitspraak, gewezen door de rechtbank Den Haag. De aanbestedende dienst heeft in die kwestie een RAW-raamovereenkomst voor de reparatie en renovatie van rioleringen in de markt gezet. Daarop zijn de Standaard RAW Bepalingen 2020 van toepassing verklaard. Bij RAW-raamovereenkomsten heeft op grond van artikel 01.01.06 lid 03 te gelden dat in de prijzen per eenheid geen korting mag worden opgenomen. Een eventueel door de inschrijver te geven korting moet worden opgenomen na het subtotale (in de staartkosten) in de vorm van een percentage ten opzichte van het subtotale. Dat opgegeven percentage wordt dan tijdens de uitvoering gerekend over iedere deelopdracht. In deel 3 van dit specifieke bestek is opgenomen dat het een inschrijver niet is toegestaan *eenmalige* kortingen op te nemen in de inschrijvingsstaat.

Aannemer Kumpen heeft in haar inschrijvingsstaat een percentage van 2,0 % ingevuld bij de post korting. De inschrijving werd door de aanbestedende dienst ongeldig verklaard omdat die in strijd zou zijn met het verbod uit deel 3 van het bestek om een eenmalige korting op te nemen in de inschrijvingsstaat.

Kumpen maakte bezwaar tegen deze ongeldigverklaring stellende dat zij geen eenmalige korting heeft gegeven, maar een (conform de Standaard RAW Bepalingen toegestane) procentuele korting. Ter onderbouwing van haar standpunt verwees Kumpen naar een RAWeetje van CROW<sup>1</sup> waaruit volgt dat een eenmalige korting altijd in zijn geheel wordt verrekend ongeacht het verloop van het werk (denk vooral aan meer- en minderwerk), terwijl het bedrag van een procentuele korting niet vooraf vast staat maar automatisch meebeweegt met de omvang van de deelopdrachten.

De voorzieningenrechter te Den Haag volgt integraal het standpunt van Kumpen. Allereerst wordt vastgesteld dat het op grond van de toepasselijke Standaard RAW Bepalingen in beginsel is toegestaan dat inschrijvers een korting toepassen. In het geval van een

1 RAWeetje: "Kan de inschrijver een korting opnemen in de inschrijvingsstaat?" <https://www.raw.nl/thema/raw-2020/blog/194-kan-de-inschrijver-een-korting-opnemen-in-de-inschrijvingsstaat>

RAW-raamovereenkomst gebeurt dat dus door het opnemen van een percentage bij de post korting. En geoordeeld wordt dat een procentuele korting iets wezenlijk anders is dan een (in dit geval besteksmatig verboden) eenmalige korting, aangezien bij een RAW-raamovereenkomst de omvang van het werk niet op voorhand vaststaat en de hoogte van de korting dus fluctueert naar gelang de omvang van de verstrekte deelopdrachten.

Indien de aanbestedende dienst - in afwijking van de Standaard RAW Bepalingen - daadwerkelijk iedere vorm van korting had willen verbieden in de inschrijvingsstaat, dan had zij dit duidelijk tot uitdrukking dienen te brengen. En dat heeft de aanbestedende dienst niet gedaan, nu in deel 3 van het bestek uitsluitend een eenmalige korting verboden is. Feitelijk was de bepaling in deel 3 van het bestek zinledig, omdat die bepaling alleen ziet op een eenmalige korting en niet op procentuele korting.

Conclusie: de inschrijving van Kumpen is ten onrechte ongeldig verklaard.

Gezien de RAW-systematiek een terecht oordeel. Ook CROW, de opsteller en beheerder van de RAW, kan zich met dit oordeel verenigen. Dit blijkt uit de toelichting die CROW op verzoek aan mij gegeven heeft na lezing en kritische toetsing van de concept versie van onderhavige noot welke toelichting hierna wordt weergegeven. CROW geeft aan dat de RAW-systematiek een inschrijver verplicht om in elke prijs per eenheid en in elk bedrag boven het subtotaal alle kosten in rekening te brengen die moeten worden gemaakt om aan de resultaatsverplichting te voldoen. Kortweg: arbeid, materiaal en materieel. Staartkosten mogen geen onderdeel uitmaken van deze prijzen of bedragen. Schuiven van kosten binnen de inschrijvingsstaat is niet toegestaan. Als een inschrijver voor een ander bedrag wil inschrijven dan feitelijk volgt uit deze wijze van calculatie, heeft een inschrijver de mogelijkheid om op de inschrijvingsstaat een bedrag in te vullen bij de post 'Korting'. Deze post komt sinds de RAW-jaarversie 2010 voor als vaste post op elke inschrijvingsstaat. Daar is in 2010 voor gekozen omdat in de praktijk door inschrijvers diverse termen werden gebruikt zoals 'korting', 'éénmalige korting', 'projectkorting', 'projectverwervingskosten' etc. om de in de inschrijvingsleidraad geformuleerde eisen met betrekking tot het niet mogen geven van een korting te omzeilen. Door het geven van

een 'Korting' zoals nu opgenomen op de RAW-inschrijvingsstaat is duidelijk dat het bij een gewoon RAW-bestek altijd gaat over een vast bedrag ten opzichte van de aannemingsom van het werk en bij een RAW-raamovereenkomst over een vast percentage ten opzichte van de inschrijvingssom, waarbij dit percentage geldt voor elke, op basis van de RAW-raamovereenkomst op te dragen deelopdracht.

### **De Maastrichtse uitspraak**

Dan de uitspraak van de rechtbank Limburg. Daar heeft de aanbestedende dienst een RAW-raamovereenkomst "*regiecontracten klein civieltechnisch onderhoud*" in de markt gezet eveneens met toepasselijkheid van de Standaard RAW Bepalingen 2020. In de inschrijvingsleidraad is bepaald dat ten aanzien van de op de inschrijfformulieren te vermelden eenheidsprijzen en uurtarieven geldt dat het opnemen van een eenmalige korting niet is toegestaan. Inschrijver RR Civiel heeft ingeschreven met een procentuele korting van 25,2% in de staartkosten en haar inschrijving wordt door de aanbestedende dienst ongeldig verklaard.

Omdat in dit geval in de aanbestedingsstukken niet alleen gesproken wordt over een verbod tot toepassen van een eenmalige korting, maar daarnaast het verbod ook nog eens heel duidelijk gekoppeld wordt aan de prijzen per eenheid (en dus niet aan de staartkosten) zou je zeggen dat deze kwestie nog eenvoudiger is dan die in Den Haag. Want RR Civiel heeft nu eenmaal geen eenmalige korting gegeven in de eenheidsprijzen. Nee, RR Civiel heeft een procentuele korting gegeven in de staartkosten. En zoals de rechtbank Den Haag oordeelde zijn dat wezenlijk van elkaar verschillende kortingen. RR Civiel heeft tijdens de mondelinge behandeling – zo heb ik begrepen van de betrokken advocaten – ook nadrukkelijk verwezen naar de Haagse uitspraak. Toch oordeelt de rechtbank Maastricht dat de inschrijving van RR Civiel terecht ongeldig is verklaard. Allereerst oordeelt de voorzieningenrechter nog wel dat RR Civiel een punt heeft dat de redactie van de kortingsbepaling alleen op de eenheidsprijzen en uurtarieven ziet, en dus niet op de staartkosten. Maar vervolgens wordt geoordeeld dat die redactie niet volkomen eenduidig of ondubbelzinnig is. De eerste gedachte die bij de vaststelling van een transparantiegebrek opkomt is dat dit dan zou moeten leiden tot een in-

trekking van de aanbesteding en een (eventuele) heraanbesteding, maar dat was in deze procedure niet gevorderd. De tweede gedachte die opkomt is voor deze noot relevanter, namelijk waarom zou de kortingsbepaling niet eenduidig en ondubbelzinnig zijn? Die redactie is wat mij betreft juist wel heel eenduidig en ondubbelzinnig. Er is duidelijk bepaald dat alleen ten aanzien van eenheidsprijzen en uurtarieven geen eenmalige korting mag worden gegeven. Duidelijker kan het toch niet worden beschreven? En met het Haagse vonnis in het achterhoofd kan dat maar één ding betekenen: RR Civiel heeft rechtsgeldig ingeschreven. Toch niet, zo oordeelt de voorzieningenrechter.

De voorzieningenrechter oordeelt dat het kortingsverbod uit de leidraad in de context van de RAW-systematiek dient te worden beschouwd. En in die RAW-systematiek is in artikel 01.01.06 lid 03 reeds beschreven dat een korting in de prijzen per eenheid niet is toegestaan. De bepaling in de leidraad dat geen korting in de prijzen per eenheid is toegestaan kan dan volgens de voorzieningenrechter dan ook alleen zien op de korting die normaliter wel is toegestaan, te weten de korting in de staartposten. Want een herhaling in de leidraad opnemen van artikel 01.01.06 lid 03 van de Standaard RAW Bepalingen acht de voorzieningenrechter niet aannemelijk. Dit oordeel is niet juist, om meerdere redenen:

- Dat bestekschrijvers de bepaling uit artikel 01.01.06 lid 3 van de Standaard RAW Bepalingen herhalen in de leidraad of het RAW-bestek is – anders dan de voorzieningenrechter lijkt te oordelen – niet zo bijzonder. Dat gebeurt vaker, zie bijvoorbeeld ook de Haagse kwestie. Uit het herhalen van artikel 01.01.06 lid 03 Standaard RAW Bepalingen mag niet worden afgeleid dat die bepaling dan ineens zou zien op de procentuele korting in de staartkosten;
- Wat de voorzieningenrechter oordeelt staat gewoon niet in de leidraad. En het achteraf invullen van de bedoeling die een aanbestedende dienst kennelijk voor ogen had met de kortingsbepaling is niet toegestaan in aanbestedingskwesties;<sup>2</sup>

- Een (blijkbaar) foutieve omschrijving van een kortingsbepaling dient voor rekening te blijven van de opsteller van het document en mag niet worden afgewenteld op de inschrijver;<sup>3</sup>
- Zoals de voorzieningenrechter te Den Haag oordeelde, dient een aanbestedende dienst duidelijk te omschrijven dat zij daadwerkelijk iedere vorm van korting wil verbieden. Dat is hier niet gebeurd.

Het oordeel van de voorzieningenrechter dat inschrijvers ten aanzien van deze “onduidelijkheid” maar proactief vragen hadden moeten stellen, snijdt gezien vorenstaande ook geen hout. De bepaling in de leidraad was immers duidelijk en gaf voor inschrijvers geen aanleiding vragen te stellen.

Het vervolg van het vonnis is zo mogelijk nog bijzonderder. Want ten aanzien van de door RR Civiel verleende procentuele korting oordeelt de voorzieningenrechter dat die korting toch als eenmalig moet worden beschouwd. De RAW-raamovereenkomst heeft namelijk een initiële duur van 11 maanden met een verlengingsmogelijkheid.

Omdat de verleende korting op grond van artikel 01.21.04 lid 01 van de Standaard RAW Bepalingen 2020 alleen geldt voor de initiële contractperiode (en niet voor de verlengingsperiode) komt de voorzieningenrechter tot de conclusie dat de verleende korting dan dus eenmalig is.

Ook dit oordeel is mijns inziens evident onjuist. Of, met de woorden van CROW gesproken, deze uitleg is wel heel erg wonderlijk. Want dit oordeel is direct strijdig met de Standaard RAW Bepalingen. Uit artikel 01.21.05 lid 01 en 02 van de Standaard RAW Bepalingen volgt immers letterlijk dat de korting per deelopdracht wordt betrokken, terwijl een deelopdracht steeds gezien wordt als een afzonderlijk werk als bedoeld in de UAV 2012. Met andere woorden: de procentuele korting bij een RAW-raamovereenkomst is zeker niet eenmalig, maar geldt voor alle deelopdrachten in de initiële contractperiode. Dat een verleend kortingspercentage niet geldt voor de verlengings-

Haag, 25 oktober 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:11855, «JAAN» 2021/208.

3 Zie bijvoorbeeld Vzr. Den Haag, 26 februari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:2717 en zie ook Vzr. Utrecht, 7 september 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BX6236, «JAAN» 2012/166.

2 Zie bijvoorbeeld Vzr. Utrecht, 22 februari 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:939 en zie ook Vzr. Den

periode maakt niet dat daarmee gesteld kan worden dat sprake zou zijn van een eenmalige korting. Tijdens het laatste RAW-café in september 2022 hebben 45 RAW-specialisten complimenten uitgesproken voor de creativiteit van dit argument, maar ook direct en unaniem geoordeeld dat dit argument niet juist is.

Gezien vorenstaande is mijn vaststelling dat de voorzieningenrechter te Maastricht ten onrechte heeft geoordeeld dat de inschrijving van RR Civiël ongeldig mocht worden verklaard.

### Conclusie en enkele vuistregels voor de praktijk

Op basis van deze twee uitspraken kan geconcludeerd worden dat discussies over kortingen bij RAW-(raam)overeenkomsten tot problemen blijven leiden. Vergelijk ook mijn eerdere noot in «JAAN» 2019/113. En dat is jammer, want zo lastig is het allemaal niet. In dat kader twee eenvoudige vuistregels.

Als eerste merk ik op dat een belangrijk onderdeel van de RAW-systematiek is dat inschrijvende partijen in de staart een korting kunnen geven. CROW geeft in haar publicaties stevast aan dat aanbestedende diensten er verstandig aan doen die mogelijkheid tot het geven van korting in stand te laten. Het is ook niet voor niks dat de post korting in de RAW-bestekschrijfssoftware als niet verwijderbare post is opgenomen.

Ten tweede heeft te gelden dat als een aanbestedende dienst – in strijd met de RAW-systematiek en in afwijking van het advies van CROW – dan toch het inschrijven met een korting wil verbieden, dan dient de aanbestedende dienst dit expliciet, ondubbelzinnig en eenduidig te formuleren in de aanbestedingsstukken.

mr. J. Haest  
advocaat bij Severijn Hulshof Advocaten

## 159

### Wezenlijke betrokkenheid beoordelingscommissie

Rechtbank Den Haag  
24 augustus 2022, C/09/630756 / KG ZA  
22-527, ECLI:NL:RBDHA:2022:8575  
(mr. H.J. Vetter)  
Noot mr. M.M. Fimerius

### Beoordelingscommissie. Herbeoordeling. Kwalitatieve gunningscriteria. Motivering gunningsbeslissing.

[ARW 2016]

*De Staat heeft een aanbesteding uitgeschreven volgens de Europese niet-openbare procedure ter zake van de opdracht met zaaknummer 31163428 'Herberekening 2 staal-betonbruggen en Molenbrug Kampen (hoofd- en zijoverspanningen)'. Het Aanbestedingsreglement Werken 2016 (ARW 2016) is van toepassing op de aanbesteding.*

*Op grond van paragraaf 6.2 van de Aanbestedingsleidraad geschiedt de beoordeling van de kwalitatieve gunningscriteria door middel van 'direct beoordelen' door een beoordelingsteam, samengesteld uit ter zake kundige beoordelaars. In Bijlage H bij de Aanbestedingsleidraad (Uitwerking EMVI-BPKV-criteria) staat dat de kwaliteit van de Inschrijvingen op basis van de gunningscriteria zal worden beoordeeld door een nader samen te stellen beoordelingscommissie.*

*Bij gunningsbeslissing van 8 maart 2022 (hierna: de eerste gunningsbeslissing) heeft de Staat aan de inschrijvers het resultaat van de Aanbesteding meegedeeld. De inschrijving van [de vof] is daarbij als de winnende inschrijving aangemerkt. De inschrijving van Iv-Infra is als derde geëindigd. Op de drie kwalitatieve subgunningscriteria heeft Iv-Infra respectievelijk een 6, een 8 en een 7 gescoord (op een schaal van 2 tot 10).*

*Iv-Infra heeft bij brief van 15 maart 2022 bezwaar gemaakt tegen de eerste gunningsbeslissing. Ook een andere inschrijver heeft bezwaar gemaakt tegen de eerste gunningsbeslissing. Naar aanleiding van de ingediende bezwaren heeft de Staat*