

raw

ECLI:NL:RBOBR:2020:4307

Instantie	Rechtbank Oost-Brabant
Datum uitspraak	28-08-2020
Datum publicatie	08-09-2020
Zaaknummer	359944 KG ZA 20-363
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - enkelvoudig Kort geding
Inhoudsindicatie	kort geding; aanbesteding; hergebruik bestanddelen asfaltgranulaat
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

—

vonnis

RECHTBANK OOST-BRABANT

Civiel Recht

Zittingsplaats 's-Hertogenbosch

zaaknummer / rolnummer: C/01/359944 / KG ZA 20-363

Vonnis in kort geding van 28 augustus 2020

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

[eiseres] ,

raw

gevestigd te [woonplaats] ,

eiseres,

advocaten mr. C.R.V. Lagendijk en mr. J.F. van Nouhuys te Rotterdam,

tegen

de publiekrechtelijke rechtspersoon

de PROVINCIE NOORD-BRABANT,

zetelend te 's-Hertogenbosch,

gedaagde,

advocaat mr. J.H.C.A. Muller te Den Haag,

in welke zaak is tussengekomen:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

BAM INFRA B.V.,

gevestigd te Gouda,

tussengekomen partij,

advocaten mr. P.F.C. Heemskerk en mr. O. de Wit te Amsterdam.

Partijen zullen hierna [eiseres] , de Provincie en BAM genoemd worden.

1 De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding van 29 juni 2020
- de brief van mr. Lagendijk van 18 augustus 2020 met een akte producties houdende overlegging 16 producties
- de brief van mr. De Wit van 19 augustus 2020 met een incidentele conclusie tot tussenkomst, subsidiair voeging
- de brief van mr. Muller van 21 augustus 2020 met 3 producties
- de brief van mr. Heemskerk van 21 augustus 2020 met akte producties houdende overlegging 6 producties
- de mondelinge behandeling via een skypeverbinding op 25 augustus 2020
- de pleitnota van [eiseres]
- de pleitnota van de Provincie
- de pleitnota van BAM.

1.2. [eiseres] en de Provincie hebben aangegeven geen bezwaar te hebben tegen inwilliging van het (primaire) verzoek tot tussenkomst van BAM. De voorzieningenrechter heeft ter zitting op het incident tot tussenkomst beslist en BAM als tussenkomende partij toegelaten in dit kort geding. BAM heeft als partij aan wie de Provincie

voornemens is de opdracht te gunnen immers een eigen belang bij het tussen [eiseres] en de Provincie aanhangige kort geding waarvan de inzet gevormd wordt door het voornemen om de opdracht aan BAM te gunnen.

1.3. Ten slotte is vonnis bepaald op heden.

2 De feiten

- 2.1. Op 29 januari 2020 en 10 februari 2020 heeft de Provincie een Europese openbare aanbesteding (voor)aangekondigd voor de realisatie van groot onderhoud aan de provinciale weg N631 Gilze-Rijen-Oosterhout (hierna: de opdracht). De opdracht heeft onder meer betrekking op het vernieuwen van het asfalt op de hoofdrijbanen, inritten en toegangswegen, rotondes en fietspaden.
- 2.2. Op de aanbesteding zijn de Aanbestedingswet 2012 en het Aanbestedingsreglement Werken 2016 (ARW 2016) van toepassing.
- 2.3. Het gunningscriterium is de economisch meest voordelige inschrijving op basis van de beste prijs kwaliteit verhouding.
- 2.4. Teneinde de inschrijver met de beste prijs kwaliteit verhouding te selecteren heeft de Provincie naast het (sub)gunningscriterium Prijs, in het bestek nog een drietal kwalitatieve (sub)gunningscriteria geformuleerd, te weten: Verkeersmanagement, Omgevingsmanagement en Duurzaamheid. Elk (sub)gunningscriterium vertegenwoordigt een maximale kwaliteitswaarde uitgedrukt in euro's. De totaal door een inschrijver behaalde kwaliteitswaarde wordt, als een fictieve korting, afgetrokken van de geoffreerde inschrijfsom. Dit leidt tot de zogenaamde "evaluatieprijs". De inschrijver met de laagste evaluatieprijs komt voor gunning van de opdracht in aanmerking.
- 2.5. De N631 is één van de innovatieve en duurzame projecten van de Provincie. Een van de duurzaamheidsdoelstellingen van de Provincie is om bij de aanleg van wegen zoveel mogelijk te werken met gerecyclede bouwstoffen. De Provincie heeft in het bestek dan ook voorgeschreven dat een aantal asfaltmengsels voor zowel onderlagen, tussenlagen en deklagen van wegen tenminste voor 60 % uit "PR asfalt" moeten bestaan (hierna: asfaltgranulaat). Asfaltgranulaat is het materiaal dat wordt verkregen door het breken van asfaltpuin of het frezen van bestaande asfaltverhardingen.
- 2.6. De Provincie heeft inschrijvers uitgenodigd om zich in de aanbesteding te onderscheiden op het gunningscriterium "Duurzaamheid". Inschrijvers dienden daartoe hun aanbod voor (verdere) beperking van de CO2 footprint te beschrijven. Naarmate de CO2 footprint ten opzichte van de referentiewaarde meer wordt beperkt, scoren inschrijvers een hogere kwaliteitswaarde (KW). Daarmee krijgen zij een hogere fictieve korting op hun inschrijfsom.
- 2.7. [eiseres] en BAM hebben (naast 2 andere inschrijvers) op de aanbesteding ingeschreven.
- 2.8. Op 9 juni 2020 heeft de Provincie de inschrijvers bericht dat zij voornemens is de opdracht aan BAM te gunnen. BAM heeft van alle inschrijvingen de hoogste kwaliteitswaarde en de laagste evaluatieprijs (€ 1.243.698,37) behaald. BAM heeft met haar aanbod voor de CO2 footprint een hoge fictieve korting behaald op haar inschrijfsom aangezien de CO2 footprint van BAM slechts 33,5 % van de referentie CO2 footprint bedraagt. [eiseres] is als tweede geëindigd met een evaluatieprijs van € 2.029.511,90.
- 2.9. In paragraaf 81.26.02, lid 7 van de Standaard RAW 2015 bepalingen (hierna: de Standaard) is bepaald dat in asfaltbeton voor deklagen ten hoogste 30 % asfaltgranulaat mag worden toegepast. De Provincie is bij bepaalde posten, met het oog op de duurzaamheidsvoordelen, van dit percentage afgeweken en heeft daar voorgeschreven dat minimaal 60 % asfalt met asfaltgranulaat moet worden gebruikt.

2.10. De provincie heeft in het bestek voorgeschreven dat de deklaag van een deel van de asfaltverhardingen moet bestaan uit asfaltbeton van het type "AC Surf". Uitzondering is de deklaag van (een deel van) de hoofdrijbaan, daar moet geen AC Surf deklaag worden toegepast, maar een deklaag van SMA-NL G8+ (een type geluid reducerende steenmastiekasfalt).

2.11. In de deklaag van het asfalt voor de hoofdrijbaan, waar is gevraagd om asfalt type SMA-NL G8, is asfaltgranulaat niet toegestaan. De betreffende bepaling in het bestek luidt als volgt:

"81.41 Eisen en uitvoering SMA-NL 8G+

81.41.01 81.41.01 Mengselontwerp en eigenschappen SMA-NL G8+

(..)

03 In afwijking op artikel 81.26.04 lid 2 moet grof toeslagmateriaal voor SMA-NL 8G+ bestaan uit Porfier uit de groeve Quenast (België) of Microdioriet uit de groeve Bierges (België) of Bestone.

(...)

05 In SMA-NL 8G+ geen asfaltgranulaat toepassen.

2.12. Naar aanleiding van vraag 48 uit de eerste Nota van Inlichtingen is het derde lid van artikel 81.41.01 aangevuld met de woorden: "...Bestone of vergelijkbaar.", zodat deze bepaling luidt als volgt:

"03 In afwijking op artikel 81.26.04 lid 2 moet grof toeslagmateriaal voor SMA-NL 8G+ bestaan uit Porfier uit de groeve Quenast (België) of Microdioriet uit de groeve Bierges (België) of Bestone of vergelijkbaar."

2.13. In de Standaard is ten aanzien van grof toeslagmateriaal (zoals steenslag) - onder meer - het volgende bepaald:

"81.26.07 Grof toeslagmateriaal

01 Grof toeslagmateriaal moet, met inachtneming van het bepaalde in de navolgende leden, voldoen aan het bepaalde voor grof toeslagmateriaal in NEN-EN 13043 met inachtneming van het bepaalde in NEN 6240.

02 Als grof toeslagmateriaal van niet-natuurlijke oorsprong wordt toegepast, moet de aannemer aantonen dat dit toeslagmateriaal geschikt is voor de toepassing in asfalt. Ten minste moet aangetoond worden dat het toeslagmateriaal bestendig is overeenkomstig het bepaalde in onderdeel 4.3.4 van NEN-EN 13043. De aannemer, of de asfaltproducent namens hem, moet de waarden van de desbetreffende eigenschappen verklaren.

2.14. BAM heeft in haar inschrijving voor de deklagen van de wegen gebruik gemaakt van PA-stone. PA-stone wordt gewonnen uit asfaltgranulaat. PA-stone is op 9 september 2015 door Kiwa Nederland B.V. gecertificeerd volgens NEN-EN 13043.

3 Het geschil

In de hoofdzaak

3.1. [eiseres] vordert - samengevat - bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad de Provincie

primair:

1. te verbieden de opdracht op basis van de gunningsbeslissing aan BAM te gunnen,
2. te gebieden de gunningsbeslissing in te trekken, en indien en voor zover de Provincie de opdracht nog wenst te gunnen:

3. te gebieden een nieuw voornemen tot gunning van de opdracht ten gunste van [eiseres] te uiten,

subsidiair:

raw

4. te verbieden de opdracht op basis van de gunningsbeslissing aan BAM te gunnen,

5. te gebieden de gunningsbeslissing in te trekken en indien voor zover de Provincie de opdracht nog wenst te gunnen:

6. te gebieden, binnen vier weken na het te wijzen vonnis, althans binnen een door de voorzieningenrechter te bepalen termijn, de inschrijvingen, al dan niet door een nieuw samengestelde deskundige beoordelingscommissie, te laten beoordelen met inachtneming van het in deze te wijzen vonnis, en

7. te gebieden een nieuwe afdoende gemotiveerde gunningbeslissing te uiten, waarbij een termijn voor effectieve rechtsbetrekking wordt geboden,

meer subsidiair:

8. te verbieden de opdracht op basis van de gunningsbeslissing aan BAM te gunnen,

9. te gebieden de gunningsbeslissing in te trekken, en indien en voor zover de Provincie de opdracht nog wenst te vergeven:

10. te gebieden de opdracht opnieuw aan te besteden,

alles op straffe van verbeurte van een dwangsom en onder veroordeling van de Provincie in de proceskosten.

3.2. [eiseres] legt daaraan ten grondslag dat BAM een ongeldige inschrijving heeft gedaan, omdat BAM ten onrechte in haar aanbieding asfaltgranulaat gebruikt terwijl het bestek dat uitdrukkelijk verbiedt. Uit artikel 81.41.01, lid 5 van het bestek blijkt dat in SMA-NL 8G+, dat is voorgeschreven voor de top laag van de (hoofd)weg, geen asfaltgranulaat mag worden toegepast. Niet ter discussie staat dat BAM in het door haar aangeboden asfaltmengsel SMA-NL 8G+ PA-stone heeft toegepast.

In de visie van [eiseres] lijkt het geen twijfel dat PA-stone asfaltgranulaat is. PA-stone wordt gewonnen uit bestaand asfalt en is daarmee (een vorm van) asfaltgranulaat. Dat dit asfaltgranulaat wordt schoongemaakt en gezeefd en in verschillende fracties wordt verdeeld, laat onverlet dat het een vorm van asfaltgranulaat is en blijft. Door PA-stone toe te passen in het asfaltmengsel SMA-NL 8G+ en ook in de overige toplagen, waar het asfaltmengsel AC Surf is voorgeschreven, waardoor het maximaal toegestane percentage asfaltgranulaat wordt overschreden, heeft BAM een niet besteksconforme inschrijving gedaan. Door de inschrijving van BAM niet als ongeldig aan te merken en terzijde te schuiven handelt de Provincie in strijd met de aanbestedingsrechtelijke beginselen van gelijkheid, transparantie en proportionaliteit en derhalve onrechtmatig jegens [eiseres]. Nu de Provincie voornemens is de opdracht aan BAM te gunnen heeft [eiseres] een spoedeisend belang bij haar vorderingen.

3.3. De Provincie en BAM voeren verweer.

In de tussenkomst

3.4. BAM vordert - samengevat - bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad

1. [eiseres] niet ontvankelijk te verklaren in haar vorderingen, althans de vorderingen van [eiseres] af te wijzen,
2. de Provincie te gebieden - voor zover zij de opdracht nog wenst te gunnen - de opdracht overeenkomstig de gunningsbeslissing te gunnen aan BAM en over te gaan tot het sluiten van een overeenkomst met BAM ter zake de opdracht,
3. voor zover de vorderingen van BAM worden afgewezen en die van [eiseres] worden toegewezen, te bepalen dat de Provincie een eventueel spoedappell moet afwachten alvorens tot gunning over te gaan,
4. [eiseres] te veroordelen in de kosten van deze procedure, daaronder begrepen de nakosten, te vermeerderen met de wettelijke rente over deze kosten.

- 3.5. BAM legt hieraan ten grondslag dat de gunning van het werk aan BAM op rechtmatige wijze heeft plaatsgevonden. BAM ^{raw}voldoet aan alle eisen zoals uiteengezet in het bestek en de Provincie heeft terecht geoordeeld dat BAM de economisch meest voordelige inschrijving heeft gedaan.
- 3.6. [eiseres] voert verweer.
- 3.7. De Provincie heeft geen verweer gevoerd tegen de vorderingen van BAM.

4 De beoordeling in de hoofdzaak en in de tussenkomst.

- 4.1. [eiseres] stelt zich op het standpunt dat BAM ten onrechte in haar inschrijving asfaltgranulaat heeft gebruikt, daar waar het bestek dit uitdrukkelijk verbiedt. [eiseres] heeft daarbij - onder meer - verwezen naar artikel 81.41.01, lid 5 van het bestek waarin is bepaald dat in het asfaltmengsel SMA-NL 8G+, geen asfaltgranulaat mag worden gebruikt.
- 4.2. Niet in geschil is dat BAM daar waar in het bestek voor de deklaag van (hoofd)wegen is gevraagd om het asfaltmengsel SMA-NL 8G+, heeft ingeschreven met PA-stone.
- De discussie in dit kort geding spitst zich toe op de vraag of PA-stone kwalificeert als asfaltgranulaat. Indien die vraag immers bevestigend moet worden beantwoord, heeft BAM ingeschreven in strijd met de besteksbepalingen.
- 4.3. Niet ter discussie staat dat PA-stone wordt gewonnen uit asfaltgranulaat. Anders dan [eiseres] betoogt, is daarmee echter niet gezegd dat PA-stone ook asfaltgranulaat is. BAM heeft onweersproken gesteld dat PA-stone wordt geproduceerd door bestaand asfalt (asfaltgranulaat) door middel van een speciale machine te trommelen, waardoor de oorspronkelijke elementen van het asfaltgranulaat, te weten: steenslag, bitumen, zand en vulstoffen, worden gescheiden en herwonnen. Op die manier wint BAM de oorspronkelijk in het bestaande asfalt toegepaste steenslag (voor 99 %) terug. Deze teruggewonnen steenslag bevat nog een fractie van minder dan 1 % bitumen, maar dit heeft, aldus BAM, geen effect op de functionele eigenschappen van het gewonnen steenslag.
- 4.4. Onweersproken is gebleven dat de samenstelling en eigenschappen van PA-stone niet vergelijkbaar zijn met de samenstelling en eigenschappen van asfaltgranulaat. PA-stone bestaat immers voor 99 % uit (herwonnen) steenslag, terwijl asfaltgranulaat bestaat uit steenslag, bitumen, zand en vulstoffen. Dat de samenstelling van PA-stone en asfaltgranulaat verschillend is en daarmee ook de toepassing daarvan, wordt ook bevestigd door het feit dat het Kiwa PA-stone op 9 september 2015 heeft gecertificeerd volgens NEN-EN 13043, dezelfde certificering die geldt voor steenslag direct gewonnen uit een groeve dan wel voor artificiële toeslagmaterialen. Asfaltgranulaat kent deze NEN certificering niet en is apart gecertificeerd onder NEN-EN 13108. Doordat PA-stone is gecertificeerd volgens NEN-EN 13043 voldoet het aan de eisen die krachtens het bepaalde in 81.41.01 (zoals in de eerste Nota van Inlichtingen aangevuld in het antwoord op vraag 48) jo 81.26.07 van de Standaard worden gesteld aan grof toeslagmateriaal dat geschikt is om te worden toegepast in SMA-NL 8G+ asfaltmengsels.
- 4.5. Dat PA-stone niet hetzelfde is als asfaltgranulaat kan overigens ook worden afgeleid uit de door de Provincie als productie 2 overgelegde Omschrijving Productgroep Warm Asfalt (hierna: OPWA), samengesteld door de centrale organisatie [A] ([A]). Asfaltproducenten gebruiken deze OPWA lijst om zich ervan te vergewissen dat zij enkel goedgekeurde bouwstoffen toepassen bij de productie van asfalt. In de OPWA lijst is PA-stone genoemd in de lijst "Steenslag en grind" en niet in de lijst "Granulaat en slakken". [eiseres] is een van de deelnemers van de Centrale Organisatie [A] en moet daarmee de door deze organisatie opgestelde OPWA lijst als juist te hebben onderkend.

- 4.6. Nu op grond van het voorgaande moet worden geconcludeerd dat PA-stone niet kan worden gekwalificeerd als asfaltgranulaat, komt de grond aan de stellingen van [eiseres] te ontvallen. BAM voldoet met haar inschrijving met PA-stone aan de ^{raw}eisen uit het bestek en de Standaard. Met de NEN-NE 13043 certificering staat vast dat PA-stone voldoet aan de noodzakelijke eigenschappen om volgens het bestek als "grof toeslagmateriaal" in de deklaag van de hoofdrijbaan te worden gebruikt. Door PA-stone toe te passen in het betonmengsel SMA-NL G8+ voldoet BAM aan het bepaalde in artikel 81.41.01 van het bestek dat het grof toeslagmateriaal voor asfaltbeton van het type SMA-NL G8 moet bestaan uit Porfier of Microdioriet uit Belgische groeve of Bestone of *vergelijkbaar*. BAM heeft - ten overvloede, in het licht van de in de eerste NvI verruimde norm van 81.41.01 - nog nader onderzoek laten verrichten naar de door haar voor de opdracht te gebruiken steentjes door Kiwa KOAC en door een geoloog, [naam] (producties 4 en 5 van BAM), waaruit naar voren komt dat het door BAM voor de opdracht te gebruiken PA-stone bestaat uit Bestone, zoals expliciet gevraagd in het bestek. Van een inschrijving in strijd met de bestek bepalingen kan om die reden evenmin worden gesproken.
- 4.7. De stelling van [eiseres] dat de verwerking van PA-stone door BAM in het asfaltmengsel type AC Surf leidt tot overschrijding van het voorgeschreven maximum van 30 % dan wel 60 % asfaltgranulaat kan evenmin leiden tot toewijzing van de vorderingen van [eiseres] reeds nu deze stelling is gebaseerd op de (zoals hiervoor is gebleken) onjuiste aanname dat PA-stone kwalificeert als asfaltgranulaat. BAM heeft overigens onweersproken gesteld dat daar waar het bestek en de Standaard toepassing van asfaltgranulaat toestaat of voorschrijft zij dit ook daadwerkelijk toepast en niet vervangt door PA-stone vanwege de aanmerkelijk hogere kostprijs van laatstgenoemd materiaal. In zoverre lijken de stellingen van [eiseres] ook een feitelijke grondslag te ontberen.
- 4.8. Uit wat hiervoor is overwogen vloeit voort dat de vorderingen van [eiseres] moeten worden afgewezen en dat de vordering van BAM, nu deze verder niet door de Provincie is weersproken, kan worden toegewezen. [eiseres] zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van de Provincie en BAM.
- 4.9. De kosten aan de zijde van de Provincie worden begroot op:
- griffierecht € 656,00
 - salaris advocaat 980,00
- Totaal € 1.636,00
- 4.10. De kosten aan de zijde van BAM worden begroot op:
- griffierecht € 656,00
 - salaris advocaat 980,00
- Totaal € 1.636,00

5 De beslissing

De voorzieningenrechter

In de hoofdzaak

5.1. wijst de vorderingen af,

5.2. veroordeelt [eiseres] in de proceskosten, aan de zijde van de Provincie tot op heden begroot op € 1.636,00, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW over dit bedrag met ingang van de vijftiende dag na betekening van dit vonnis tot de dag van volledige betaling,

- 5.3. veroordeelt [eiseres] in de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op € 157,00 aan salaris advocaat, te vermeerderen, onder de voorwaarde dat betekening van de uitspraak heeft plaatsgevonden, met een bedrag van € 82,00 aan salaris advocaat en de exploitkosten van betekening van de uitspraak,
- 5.4. verklaart dit vonnis wat betreft de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad,
- In de tussenkost
- 5.5. laat BAM toe als tussenkomende partij;
- 5.6. veroordeelt de Provincie - voor zover zij de opdracht nog wenst te gunnen – om de opdracht overeenkomstig de gunningsbeslissing te gunnen aan BAM en over te gaan tot het sluiten van een overeenkomst met BAM ter zake de opdracht,
- 5.7. veroordeelt [eiseres] in de proceskosten, aan de zijde van BAM tot op heden begroot op € 1.619,00, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW over dit bedrag met ingang van 14 dagen na dagtekening van dit vonnis tot de dag van volledige betaling,
- 5.8. veroordeelt [eiseres] in de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op € 157,00 aan salaris advocaat, te vermeerderen, onder de voorwaarde dat betekening van de uitspraak heeft plaatsgevonden, met een bedrag van € 82,00 aan salaris advocaat en de exploitkosten van betekening van de uitspraak, en te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW over de nakosten met ingang van veertien dagen na de betekening van dit vonnis tot aan de voldoening,
- 5.9. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad,
- 5.10. wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit vonnis is gewezen door mr. W. Schoorlemmer en in het openbaar uitgesproken op 28 augustus 2020.