

RECHTBANK 's-GRAVENHAGE
sector civiel recht - voorzieningenrechter

Vonnis in kort geding van 21 september 2006,
gewezen in de zaak met rolnummer KG 06/966 van:

de besloten vennootschap **Van den Herik Kust- en Oeverwerken B.V.**,
gevestigd te Sliedrecht,
eiseres,
procureur mr. E. Grabandt,
advocaat mr. B. van der Zijpp te Amsterdam,

tegen:

de Staat der Nederlanden (ministerie van Defensie, Dienst Vastgoed Defensie,
Directie Noord),
zetelende te 's-Gravenhage,
gedaagde,
procureur mr. E.L.H. van Erp,
advocaten mr. E.L.H. van Erp en mr. P.J. Stuijt te 's-Gravenhage,

in welke zaak heeft verzocht zich te mogen voegen:

de besloten vennootschap **Van Heteren Aannemingsbedrijf B.V.**,
gevestigd te Wierden,
voegende partij,
procureur mr. H.J.A. Knijff,
advocaat mr. D. Schipper te Amsterdam,

Partijen worden hierna aangeduid als 'Van den Herik', 'de Staat' en 'Van Heteren'.

1. Het incident tot voeging

Van Heteren heeft verzocht zich te mogen voegen aan de zijde van de Staat. Ter zitting van 7 september 2006 hebben Van den Herik en de Staat zich gerefereerd aan het oordeel van de voorzieningenrechter. Van Heteren is toegelaten tot voeging aangezien zij aannemelijk heeft gemaakt dat zij daarbij voldoende belang heeft. Voorts is niet gebleken dat het verzoek tot tussenkomst aan de vereiste spoed bij dit kort geding en de goede procesorde in het algemeen in de weg staan.

2. De feiten

Op grond van de stukken en het verhandelde ter zitting van 7 september 2006 wordt in dit geding van het volgende uitgegaan.

2.1. Het Koninklijk Besluit van 7 maart 2006 tot wijziging van het Arbeidsomstandighedenbesluit (opsporen van conventionele explosieven en enige andere wijzigingen), Stb. 2006, 142, heeft onder meer betrekking op de opname van voorschriften met betrekking tot de certificering van bedrijven die zich bezig houden met het opsporen van conventionele explosieven die zich in de bodem, al dan niet onder water, bevinden. In de Nota van Toelichting op voormeld besluit wordt verder onder meer vermeld (paragraaf 2.2.):

"Door het College van Deskundigen, waarin verschillende belanghebbende partijen zijn vertegenwoordigd (de ministeries van SZW, BZK en Defensie, de VNO, diverse opdrachtgevers en vertegenwoordigers van de twee brancheverenigingen waarin de (civieltechnische) opsporingsbedrijven zijn verenigd), is een beoordelingsrichtlijn

KG 06/966

2

(Beoordelingsrichtlijn Opsporing Conventionele Explosieven, hierna: BRL-OCE) opgesteld, waarin is omschreven aan welke eisen moet worden voldaan om voor een certificaat in aanmerking te komen. De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid zal een of meerdere certificerende instellingen aanwijzen die zullen zorgdragen voor de afgifte van het wettelijk verplichte procescertificaat Opsporen Conventionele Explosieven (OCE). De certificerende instelling wordt daarmee voor dat deel van haar werkzaamheden zelfstandig bestuursorgaan en valt als zodanig onder meer onder de werkingssfeer van de Algemene wet bestuursrecht en het toezicht door SZW."

Het voornemen is het Arbeidsomstandighedenbesluit te wijzigen in die zin dat alleen bedrijven die beschikking over voormeld certificaat, werkzaamheden in het kader van het opsporen van conventionele explosieven mogen verrichten.

2.2. Bij aankondiging van 5 mei 2006 heeft het ministerie van Defensie, Dienst Vastgoed Defensie, Directie Noord (hierna: Defensie) een openbare aanbesteding uitgeschreven met betrekking tot het ruimen en afvoeren van munitie op de schietrange 'De Vliehors' op Vlieland en schietrange "De Noordvaarder" op Terschelling (besteknummer 2.6.720.3400.700).

2.3. In de aankondiging is het Aanbestedingsreglement Werken 2005 (ARW 2005) van toepassing verklaard. Als gunningscriterium geldt de economisch meest voordelige aanbieding gelet op de laagste prijs en de uit de inschrijvingsstaat te herleiden verrekenprijzen. De aankondiging vermeldt ten aanzien van de vereiste vakbekwaamheid onder meer:

"De inschrijver moet beschikken over het voor de uitvoering van de dienst vereiste certificaat BRL-OCE (Procescertificaat "Opsporen Conventionele Explosieven (OCE)" en hiertoe de bij het bestek gevoegde "eigen verklaring" invullen en gelijktijdig bij zijn inschrijving indienen."

2.4. In het bij de aanbesteding behorende bestek wordt onder meer vermeld:

2.1. ALGEMENE GEGEVENS

(...)

BIJLAGEN

De volgende bijlagen behoren tot het bestek:

(...)

Beoordelingsrichtlijn voor het Procescertificaat "Opsporen Conventionele Explosieven (OCE)" Bijlage 2

(...)

2.2. NADERE BESCHRIJVING

(...)

WERKZAAMHEDEN DE NOORDVAARDER

(...)

De (ontwerp)BRL-OCE is van toepassing (zie bijlage 2)

(...)"

2.5. Als bijlage 2 bij het bestek is toegevoegd de "BEOORDELINGSRICHTLIJN voor het Procescertificaat "Opsporen Conventionele Explosieven (OCE)" (ONTWERP)" van oktober 2004 (hierna: de ontwerpBRL-OCE).

2.6. In de bij de inschrijving over te leggen Eigen Verklaring (als bedoeld in artikel 2.14 van het ARW 2005) dient de ondertekenende inschrijver ten behoeve van de onderhavige aanbesteding te verklaren dat

"(...) Zijn onderneming beschikt over het certificaat BRL-OCE (Procescertificaat "Opsporen Conventionele Explosieven (OCE)".

2.7. Van den Herik, Van Heteren en drie andere bedrijven hebben ingeschreven op de aanbesteding. Daarbij heeft Van den Herik een op 13 juni 2005 door RPS Certificatie B.V. verstrekte verklaring meegezonden. Deze vermeldt onder meer:

"Deze verklaring is op basis van de Beoordelingsrichtlijn Procescertificaat "Opsporen Conventionele Explosieven (OCE)", in ontwerp vastgesteld op 11-10-2004, afgegeven door RPS Certificatie B.V.

KG 06/966

3

RPS Certificatie verklaart op het moment van verstrekken dat het managementsysteem en de verrichte werkzaamheden voldoen aan de bovengenoemde beoordelingsrichtlijn en de daarin vastgelegde eisen ten aanzien van:

DEELGEBIED A: Opsporing

DEELGEBIED B: Civieltechnische opsporingsproces

(...)"

2.8. Naast Van den Herik hebben twee andere inschrijvers een soortgelijke verklaring overgelegd. Van Heteren heeft een dergelijke verklaring niet overgelegd.

2.9. Bij brief van 27 juli 2006 heeft Defensie aan Van den Herik bericht dat zij voornemens is om de opdracht te gunnen aan Van Heteren.

2.9. Bij brief van 1 augustus 2006 aan Defensie heeft Van den Herik bezwaar gemaakt tegen het voornemen om de opdracht aan Van Heteren te gunnen.

3. De vorderingen, de gronden daarvoor en het verweer

Van den Herik vordert – zakelijk weergegeven – de Staat op straffe van een dwangsom te verbieden de opdracht te gunnen aan Van Heteren.

Daartoe voert Van den Herik het volgende aan.

In tegenstelling tot Van den Herik is Van Heteren niet in het bezit van het gevraagde certificaat BRL-OCE. Krachtens artikel 2.25.1 ARW 2005 is een inschrijving die niet voldoet aan de eisen, als gesteld in onder meer de aankondiging van het bestek, ongeldig. Defensie heeft de aanbieding van Van Heteren daarom ten onrechte als geldig aangemerkt. Bovendien bepaalt artikel 2.30.4 ARW 2005 dat voor de opdracht alleen inschrijvers in aanmerking komen, die zowel op de dag van de inschrijving als op de dag van de opdrachtverlening voldoen aan de eisen die in de aankondiging, het bestek en de nota van inlichtingen zijn vermeld. Daaraan voldoet Van Heteren al evenmin.

De Staat en Van Heteren voeren gemotiveerd verweer dat hierna, voorzover nodig, zal worden besproken.

4. De beoordeling van het geschil

4.1. De Staat heeft Van den Herik bij faxbericht van 7 augustus 2006 laten weten dat hij één van de in de aankondiging gestelde geschiktheideisen, te weten het certificaat BRL-OCE, alsnog heeft laten vallen. Ter zitting heeft de Staat, daarin gesteund door Van Heteren, aangevoerd dat het certificaat in kwestie niet van inschrijvers kan worden verlangd, omdat dit certificaat thans nog niet verkrijgbaar is. De wettelijke bepalingen die het certificaat verplicht stellen, zijn namelijk nog niet van kracht en er zijn nog geen certificerende instellingen door de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aangewezen. In de visie van de Staat en Van Heteren betreft de gestelde eis daarom een evidente fout, die bij de beoordeling van de inschrijvingen terecht buiten beschouwing is gelaten. Verder voeren zij het verweer dat de door Van den Herik overgelegde verklaring niet kan worden aangemerkt als het in de aankondiging bedoelde certificaat.

4.2. Op zichzelf is het juist dat de wettelijke bepalingen die het BRL-OCE certificaat verplicht stellen, nog niet van kracht zijn en dat er in dit verband formeel nog geen certificerende instellingen door de Minister van Sociale Zaken

KG 06/966

4

en Werkgelegenheid zijn aangewezen. Vast staat echter wel dat er sedert december 2004 een proefperiode loopt in het kader waarvan alle bedrijven binnen de branche van de civieltechnische opsporing - waartoe ook Van den Herik en Van Heteren behoren - de ontwerpBRL-OCE binnen hun bedrijf kunnen implementeren en waarin ook een voorlopige toetsing door een certificatie-instelling kan worden uitgevoerd. Dit alles is door het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, mede namens de Ministeries van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en Defensie bij schrijven van 2 december 2004 aan de branche medegedeeld, waarbij tevens is aangegeven dat in dit verband de voorlopige toetsing zal worden uitgevoerd door RPS Certificatie B.V. (hierna: RPS). De aan voormelde proef deelnemende bedrijven zijn door RPS beoordeeld aan de hand van de criteria die zijn opgenomen in de ontwerpBRL-OCE. Opsporingsbedrijven die daaraan voldeden verkregen van RPS de verklaring die door Van den Herik in verband met de onderhavige aanbesteding aan Defensie is overgelegd. Ter zitting is verder komen vast te staan dat vrijwel de gehele branche van civieltechnische opsporingsbedrijven (volgens de Staat zelfs 11 van de 12) van de gegeven mogelijkheid gebruik hebben gemaakt, waarbij overigens niet aan een ieder (ook) een dergelijke verklaring is verstrekt. Verder staat vast dat in de onderhavige aanbesteding drie van de vijf inschrijvers een dergelijke verklaring hebben overgelegd. Dat de het hiervoor onder 2.1. vermelde Koninklijk Besluit als zodanig nog niet in werking was getreden, was verder binnen de branche algemeen bekend.

4.3. In het licht het voorgaande konden en mochten de inschrijvers naar het oordeel van de voorzieningenrechter het tijdens gedaagde gevraagde bewijs van vakbekwaamheid aldus begrijpen dat gevraagd werd om de hiervoor vermelde verklaring van RPS. Dit geldt zoveel te meer nu ook in het bestek zelf sprake is van (ontwerp)BRL-OCE (zie hiervoor onder 2.4.) en daarnaast het ontwerpBRL-OCE als bijlage 2 bij het bestek was gevoegd. Hierbij past ook dat geen van de inschrijvers terzake nadere vragen heeft gesteld aan Defensie.

Tegen deze achtergrond kan, anders dan de Staat heeft betoogd, niet worden gesproken van een 'irreële vakbekwaamheidseis' en van een evidente - een ieder kenbare - fout al evenmin. Het betoog van de Staat op dit punt faalt derhalve. Hetzelfde heeft te gelden voor het verweer dat de door Van den Herik overgelegde verklaring niet kan worden aangemerkt als het door Defensie gevraagde certificaat.

4.4. Vast staat dat Van Heteren niet in het bezit is van voormelde verklaring van RPS. Gelet hierop dient vooralsnog te worden geoordeeld dat haar inschrijving ten onrechte als geldig is aangemerkt. Dit voert tot de slotsom dat de onderhavige opdracht niet aan Van Heteren kan worden gegund, zodat het gevorderde verbod voor toewijzing in aanmerking komt. De overige stellingen van partijen behoeven mitsdien geen nadere bespreking meer. Voor oplegging van een dwangsom is vooralsnog geen aanleiding, omdat de Staat aan rechterlijke vonnissen pleegt te voldoen.

4.5. De Staat zal, als de in het ongelijk gestelde partij, worden veroordeeld in de proceskosten van Van den Herik.

In de omstandigheid dat dit kort geding voornamelijk betrekking heeft op het geschil tussen Van den Herik en de Staat wordt aanleiding gevonden te bepalen dat de proceskosten voor het overige worden gecompenseerd.

KG 06/966

5

5. De beslissing

De voorzieningenrechter:

verbiedt de Staat de opdracht te gunnen aan Van Heteren;

veroordeelt de Staat in de kosten van dit geding, tot dusverre aan de zijde van Van den Herik begroot op € 1.135,32, waarvan € 816,- aan salaris procureur, € 248,- aan griffierecht en € 71,32 aan dagvaardingskosten;

verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

bepaalt ten aanzien van de overige proceskosten dat iedere partij de eigen kosten draagt.

wijst af het meer of anders gevorderde.

Dit vonnis is gewezen door mr. E.A.G.M. van Rens en uitgesproken ter openbare zitting van 21 september 2006 in tegenwoordigheid van de griffier.

mlh

