

Essentie: RAW-bestek. Wat is een gelijkwaardig product? Dat wordt getoetst aan de hand van alle objectief kenbare relevante eigenschappen van het voorgeschreven product. Objectieve kenbaarheid moet letterlijk worden opgevat en betekent niet dat de eigenschappen waaraan getoetst mag worden expliciet genoemd moeten zijn in het bestek.

Nr. 37.630

SCHEIDSRECHTERLIJK VONNIS
in een geschil tussen

A.,
hierna te noemen "aanneemster",

e i s e r e s,

gemachtigden: aanvankelijk mr. W.J. Leerink en ter zitting mr. R. Hoiting, beiden advocaat te Groningen,

en

GEMEENTE,
hierna te noemen "de gemeente",

v e r w e e r s t e r,

gemachtigden: aanvankelijk mr. M. Dijsselhof en ter zitting mevrouw mr. K.R. Attema, beiden advocaat te Assen.

HET SCHEIDSGERECHT

1. Ondergetekende, J. VAN MIDDELKOOP, lid-deskundige van het College van Arbiters van de Raad van Arbitrage in bouwgeschillen, voorheen geheten Raad van Arbitrage voor de Bouw ("RvA"), is overeenkomstig de statuten van de RvA benoemd tot enig arbiter in dit geschil. Arbiter heeft zijn benoeming schriftelijk aanvaard. Bij brief van 27 juli 2023 is daarvan mededeling gedaan aan partijen. Aan het scheidsgerecht is toegevoegd mr. C.M.H. Kroeks, secretaris.

DE PROCEDURE

2. Het verloop van de procedure blijkt uit:
 - de memorie van eis van ("MvE"), binnengekomen op 13 april 2023, met producties 1 tot en met 21;
 - de brief van de RvA van 18 april 2023;
 - de memorie van antwoord in conventie en van eis in reconventie ("MvA"), met producties 22 tot en met 24;
 - de memorie van repliek in conventie en van antwoord in reconventie ("MvR"), met producties 25 tot en met 27;
 - de memorie van dupliek ("MvD"), met producties 28 tot en met 36;

- de e-mail van mr. Dijsselhof van 23 november 2023 met producties genummerd 28 tot en met 30;
 - de door partijen ingediende inventarislijsten;
 - de pleitnotities van mr. Hoiting;
 - de pleitnotities van mr. Attema.
3. De mondelinge behandeling van dit geschil is gehouden op maandag 4 december 2023.

DE GRONDEN VAN DE BESLISSING

In conventie

De bevoegdheid

4. De bevoegdheid van arbiter tot beslechting van dit geschil bij scheidsrechterlijk vonnis staat onbetwist tussen partijen vast. In paragraaf 49 van de toepasselijke Uniforme Administratieve Voorwaarden voor de uitvoering van werken en van technische installatiewerken 2012 (hierna te noemen: "UAV 2012") is een arbitraal beding opgenomen dat verwijst naar de RvA en zijn arbitragereglement. Van toepassing is het arbitragereglement van 14 januari 2019.

De feiten

5. Tussen partijen staat het volgende vast:
- a. De gemeente heeft een aanbesteding gehouden voor straatwerk, waaronder de levering en plaatsing van straatkolken, trottoirkolken en combikolken.
 - b. Bij brief van 2 juni 2021 (productie 2) heeft de gemeente de opdracht aan aanneemster gegund.
 - c. Op de opdracht zijn de Standaard RAW Bepalingen 2020 en dus ook de UAV 2012 van toepassing.
 - d. In het bestek is voorgeschreven dat straatkolken van leverancier TBS moeten worden toegepast van drie bepaalde types en afmetingen "*Voorzien van een flexibele zij-aansluiting voor een PVC leiding Ø 160 mm*". Op grond van de vermelding "*of gelijkwaardig*" in de drie relevante besteksposten is het de aannemer toegestaan alternatieve straatkolken aan te bieden.
 - e. Aanneemster heeft vier alternatieven aan de gemeente aangeboden, die door deze alle zijn afgekeurd.

- f. Partijen zijn overeengekomen dat aanneemster de in het bestek genoemde kolken zou toepassen en dat aan de RvA zou worden voorgelegd of de kolken terecht zijn afgekeurd.

Het geschil

6. Aanneemster stelt - samengevat - dat de gelijkwaardigheid van de door haar aangeboden alternatieven alleen mag worden getoetst aan expliciet in het bestek genoemde functionele eigenschappen van de kolken. Aanneemster verwijst ter onderbouwing van die stelling naar correspondentie tussen de gemeente en haar adviseurs COPPA en Stichting CROW, alsmede naar jurisprudentie van de RvA.
7. Aanneemster concludeert bij MVE:

"MET CONCLUSIE

dat het Uw Raad moge behagen om bij arbitraal vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

- I. de Gemeente te veroordelen tot betaling aan [aanneemster], zulks tegen behoorlijk bewijs van kwijting, [van] een bedrag ad € 33.358,70, althans een door Uw Raad te bepalen bedrag, te vermeerderen met (primair) de wettelijke handelsrente (ex art. 6:119b BW) dan wel (subsidiar) de wettelijke rente (ex art. 6:119 BW) vanaf 29 april 2022, althans 16 juli 2022, althans datum MvE, althans een door Uw Raad in goede justitie te bepalen datum, tot aan de dag van algehele voldoening, te voldoen binnen veertien (14) dagen na het in dezen te wijzen arbitraal vonnis, althans binnen een door Uw Raad te bepalen termijn;*
- II. de Gemeente te veroordelen tot betaling aan [aanneemster], zulks tegen behoorlijk bewijs van kwijting, van de buitengerechtelijke kosten ad € 1.341,39, althans een door Uw Raad te bepalen bedrag, te voldoen binnen veertien (14) dagen na het in dezen te wijzen arbitraal vonnis, althans binnen een door Uw Raad te bepalen termijn;*
- III. de Gemeente te veroordelen tot betaling van de proceskosten, een en ander te voldoen binnen veertien dagen na dagtekening van het in deze*

zaak te wijzen arbitraal vonnis, te vermeederen met eventuele nakosten en – voor het geval voldoening van de (na)kosten niet binnen de gestelde termijn plaatsvindt - te vermeederen met de wettelijke rente over de (na-)kosten vanaf bedoelde termijn voor voldoening”.

8. De gemeente stelt - samengevat - dat de gelijkwaardigheid niet alleen moet worden getoetst aan de in het bestek genoemde functionele eigenschappen, maar aan alle relevante eigenschappen van de in het bestek omschreven kolken.
9. De gemeente stelt dat zij de door aanneemster aangeboden, goedkopere alternatieven heeft afgekeurd, hoofdzakelijk omdat deze niet beschikten over een aangevulkaniseerde flexibel rubberen zij-aansluiting, die nagenoeg onverbreekelijk met de betonnen put verbonden is, waterdicht is en bestand is tegen zettingen tot 15 graden.
10. De door aanneemster aangeboden alternatieven hadden volgens de gemeente geen flexibele zij-aansluiting, of een met koppelstukken aan de kolk verbonden zij-aansluiting, die niet onlosmakelijk verbonden is met de betonnen kolk, gevoeliger is voor lekkage en een minder lange levensduur hebben. De koppelstukken zijn slechts bestand tegen zettingen tot 12 graden, aldus de gemeente.
11. De gemeente concludeert - samengevat - dat de aangeboden alternatieven aldus relevante eigenschappen van de in het bestek omschreven kolken misten, dat zij die alternatieven dus terecht heeft afgekeurd en dat de vorderingen van aanneemster daarom moeten worden afgewezen met veroordeling van aanneemster in de proceskosten, met inbegrip van € 163,00 aan nakosten, te verhogen met € 92,00 in geval van betekening, en te vermeederen met de wettelijke rente over alle proceskosten vanaf twee weken na de datum van dit vonnis, als dan nog niet is betaald.

De beoordeling van het geschil

12. Arbitrator stelt voorop dat de toepasselijke Standaard RAW Bepalingen en UAV 2012 geen regels voor de toetsing van gelijkwaardigheid bevatten.

13. Aanneemster stelt (onder 3.2.3 MvE) dat uit het appelvonnis RvA 71.896 van 17 september 2014 volgt dat bij beoordeling van de gelijkwaardigheid enkel de objectief kenbare eigenschappen van belang zijn: de bestekseisen.
14. Tot zover volgt arbiter aanneemster.
15. Aanneemster vervolgt dat de gemeente de in het bestek voorgeschreven TBS-kolken van een bepaald type alleen had mogen voorschrijven, als het onmogelijk zou zijn geweest de gewenste technische eigenschappen van de kolken functioneel te omschrijven en wijst erop dat COPPA dit per e-mail heeft bevestigd.
16. Dat aanbestedingsrechtelijke oordeel is echter naar het oordeel van arbiter niet relevant voor de vraag of de gemeente de door aanneemster aangeboden alternatieven mocht afkeuren. Het bestek eist nu eenmaal kolken van een bepaald merk en type, of gelijkwaardig.
17. Anders dan aanneemster stelt, zijn voor de beoordeling van die gelijkwaardigheid niet uitsluitend de expliciet in het bestek genoemde eigenschappen van de met naam en type omschreven kolken van belang, maar alle objectief kenbare relevante eigenschappen van die kolken, zoals ook blijkt uit het genoemde, zowel door aanneemster als door de gemeente aangehaalde appelvonnis RvA 71.896, waarin is overwogen en geoordeeld:

"61. Partijen zijn het erover eens dat de door de gemeente gehanteerde omschrijving van een bepaald fabricaat "of gelijkwaardig" de ruimte laat een ander product aan te bieden, mits dit dezelfde relevante eigenschappen bezit als het in het bestek vermelde product en minstens zo goed is als dat product.

62. Met aanneemster zijn appelarbiters verder van oordeel dat bij de beoordeling van gelijkwaardigheid enkel de objectief kenbare eigenschappen van belang zijn.

Dakbeplating (Multibox versus Lignatur)

63. *Vast staat dat in het bestek dakbeplating van het fabricaat Lignatur of gelijkwaardig is voorgeschreven en dat aanneemster heeft aangeboden Multibox aan te brengen.*
64. *Met de gemeente zijn appellarbiters van oordeel dat aanneemster niet heeft aangetoond dat sprake is van een gelijkwaardig product. Tijdens de mondelinge behandeling heeft aanneemster een Lignatur en een Multibox element getoond. Conform het ontwerp waren deze elementen geperforeerd. Appellarbiters hebben gezien dat het Multibox element een samengesteld gelamineerd houtproduct is, in tegenstelling tot Lignatur dat een massief houten element is. Bij het Multibox element waren door de perforaties hout en lijm zichtbaar, wat niet het geval was bij het Lignatur element. Appellarbiters zijn dan ook met de gemeente van oordeel dat deze elementen qua esthetiek niet gelijkwaardig zijn, wat de gemeente op grond van het in het bestek voorgeschreven materiaal wel mocht verwachten. Daarbij komt dat aanneemster ondanks verzoek namens de gemeente (onder meer) per e-mail van 20 december 2010 (productie 14 memorie van dupliek) geen referentie kon overleggen van toepassing van dit materiaal in een zwembadmilieu. Gezien het feit dat Multibox een gelamineerd product is, wat mogelijk tot problemen kan leiden in een vochtige omgeving, was dit een redelijke eis van de gemeente”.*
18. Uit de laatst geciteerde rechtsoverweging blijkt dat appellarbiters niet louter hebben getoetst aan expliciet in het bestek genoemde eigenschappen, maar ter zitting in appel de door hen relevant geachte eigenschappen van het in het bestek omschreven product en het aangeboden alternatief met elkaar hebben vergeleken.
19. Ook arbiter is van oordeel dat een aangeboden alternatief voor een in het bestek met naam en typenummer genoemd product in beginsel in alle relevante objectief kenbare eigenschappen van dat product gelijkwaardig moet zijn, wat wil zeggen: minstens even goed. Ter verduidelijking kan een opdrachtgever een aantal eigenschappen noemen die hij relevant acht, zoals ook door COPPA en CROW wordt geadviseerd, maar dat hoeft hij niet te doen. Als hij dat niet doet, loopt hij wel het risico dat zijn afkeuring van het alternatief onterecht wordt

geoordeeld, omdat de door opdrachtgever gewenste eigenschap niet objectief kenbaar en/of niet relevant wordt geacht.

20. Vanzelfsprekend dient de beoordeling van de gestelde gelijkwaardigheid plaats te vinden binnen de grenzen van redelijkheid en billijkheid.
21. Aanneemster heeft de stelling van de gemeente dat de in het van de gemeente afkomstige bestek voorgeschreven kolken van TBS sinds 2015 beschikken over een aangevulkaniseerde, flexibel rubberen zij-aansluiting niet weersproken. Volgens de evenmin weersproken verklaring van de gemeente ter zitting wordt in de brochure van de kolken gewezen op die aangevulkaniseerde aansluiting. Naar het oordeel van arbiter is alleen daarom al sprake van een objectief kenbare eigenschap.
22. Arbiter volgt de gemeente in haar stelling dat de door aanneemster aangeboden alternatieve kolken van een ander merk, met rubberen aansluitingen die met knelkoppelingen moeten worden bevestigd, minder waarborgen bieden op het gebied van losraken en waterdichtheid, minder bestand zijn tegen beschadiging door zettingen, en minder duurzaam zijn.
23. Arbiter acht deze eigenschappen relevant.
24. De aangeboden alternatieven waren reeds daarom niet gelijkwaardig aan de voorgeschreven kolken, zodat de gemeente deze mocht afkeuren.
25. De vorderingen van aanneemster zullen dan ook worden afgewezen.

De proceskosten en overige vorderingen

26. De door de RvA gemaakte kosten hebben tot en met het depot van dit vonnis ter griffie van de rechtbank te Amsterdam bij moderatie met inachtneming van het Waarborgsom-/moderatieschema van de RvA € 4.750,00 bedragen (waarvan € 801,12 aan btw) en zijn verrekend met de door aanneemster gedane storting.
27. Omdat aanneemster in overwegende mate in het ongelijk is gesteld, zal zij met deze kosten worden belast.

28. Arbitrator stelt, met inachtneming van de Leidraad vergoeding kosten van proces-suele bijstand, de aan de gemeente toekomende tegemoetkoming in de kosten van rechtsbijstand vast op (2 memories (2 punten) + één mondelinge behan-deling (3 punten) = 5 punten à € 766,00 =) € 3.830,00.
29. Tegen de vordering van de gemeente met betrekking tot nakosten is geen on-derbouwd verweer gevoerd. Volgens de genoemde Leidraad heeft de gemeente recht op € 173,00, in geval van betekening te vermeerderen met € 90,00. Haar vordering van € 163,00 valt binnen de genoemde € 173,00 en zal daarom wor-den toegewezen. Van de € 92,00 die de gemeente vordert voor als het vonnis betekend moet worden, zal € 90,00 worden toegewezen.
30. Ter verrekening van de proceskosten moet aanneemster dus binnen twee we-ken na de datum van dit vonnis aan de gemeente betalen € 3.830,00 + € 163,00 = € 3.993,00, in geval van betekening te vermeerderen met € 90,00, en, als aan het einde van de genoemde termijn nog niet betaald is, het totaal verschuldigde bedrag te vermeerderen met de wettelijke rente daarover vanaf dat einde tot aan de dag der algehele voldoening.
31. Zoals gevorderd, zal arbitrator het vonnis uitvoerbaar bij voorraad verklaren.
32. Wat meer of anders is gevorderd, zal worden afgewezen.

DE BESLISSING

Arbitrator, rechtdoende naar de regelen des rechts:

WIJST de vorderingen AF;

VEROORDEELT aanneemster ter verrekening van de proceskosten aan de gemeente binnen twee weken na de datum van dit vonnis te betalen € 3.993,00 (drieduizend negenhonderddrieënnegentig euro), in geval van betekening te vermeerderen met € 90,00 (negentig euro), en, als aan het einde van de genoemde termijn nog niet betaald is, het totaal verschuldigde bedrag te vermeerderen met de wettelijke rente daarover vanaf dat einde tot aan de dag der algehele voldoening;

VERKLAART dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad voor zover het die veroordeling betreft.

Gewezen te Amsterdam, 8 januari 2024

w.g. J. van Middelkoop
37630