

## NIET-BINDEND ADVIES

in een geschil tussen

de publiekrechtelijke rechtspersoon  
PROVINCIE UTRECHT,  
zetelend te Utrecht,  
hierna te noemen "de Provincie",

gemachtigde: mr. [REDACTED] advocaat te Amsterdam,

en

de besloten vennootschappen  
COMBINATIE BAM INFRA B.V.,  
BAM INFRA RAIL B.V. en  
BAM INFRA ENERGIE EN WATER B.V.,  
alle kantoorhoudend te Breda,  
hierna te noemen "BAM",

gemachtigde: mr. [REDACTED] advocaat te Amsterdam.

## COMMISSIE VAN DESKUNDIGEN

1. Ondergetekenden, [REDACTED] (voorzitter), [REDACTED] (deskundige Railbouwkunde), en [REDACTED] (deskundige aanbestedings- en/of bouwrecht), zijn door partijen benoemd tot leden van de Commissie van Deskundigen (hierna "de Commissie") in dit geschil. De leden van de Commissie hebben hun benoeming schriftelijk aanvaard. De Commissie is administratief ondersteund door [REDACTED] [REDACTED] bij de Raad van Arbitrage voor de Bouw).
2. Daarnaast maakt deel uit van de Commissie [REDACTED] (kostendeskundige). Hij is echter niet betrokken bij de totstandkoming van dit advies.
3. De leden van de Commissie en partijen hebben getekend voor geheimhouding van het advies.

## DE PROCEDURE

4. Het verloop van de procedure blijkt uit:
  - het Procesreglement Commissie van Deskundigen, met bijlagen a tot en met o, door partijen ondertekend op 3 (Provincie) en 2 (BAM) november 2015. De leden van de Commissie en de secretaris hebben hiermee per e-mail ingestemd en het reglement vervolgens op de dag van de mondelinge behandeling, 4 december 2015, ondertekend.

- de overeenkomstig artikel 3.1 van het Procesreglement per e-mails van 16 november 2015 digitaal (en later ook per post) toegestuurde stukken (gronden):
    - van de Provincie, met bijlagen 1 tot en met 6;
    - van BAM, met producties 1 tot en met 6.
  - de overeenkomstig artikel 3.2 van het Procesreglement per e-mails van 30 november 2015 digitaal (en door BAM later ook per post) toegestuurde stukken (reactie op gronden):
    - van de Provincie, met bijlagen 7 en 8;
    - van BAM, met producties 7 en 8.
  - de pleitaantekeningen van [REDACTED]
  - de pleitnotitie van [REDACTED]
5. De mondelinge behandeling van dit geschil is gehouden op vrijdag 4 december 2015 in een vergaderzaal van het kantoor van de Raad van Arbitrage voor de Bouw te Utrecht, waarbij behalve de Commissie en de secretaris aanwezig waren:
- aan de kant van de Provincie: [REDACTED] diens kantoorgenoot [REDACTED] Projectorganisatie Uithoflijn/Provincie Utrecht, [REDACTED] [REDACTED] TU Delft, [REDACTED] Projectorganisatie Uithoflijn/Provincie Utrecht, en [REDACTED] Projectorganisatie Uithoflijn/Provincie Utrecht;
  - aan de kant van BAM: [REDACTED] BAM Infra Nederland, [REDACTED] BAM Infraconsult/ Combinatie Uithoflijn Utrecht, [REDACTED] [REDACTED] Combinatie Uithoflijn Utrecht, [REDACTED] [REDACTED] BAM Infra Nederland/ Combinatie Uithoflijn Utrecht, [REDACTED] [REDACTED] BAM Infra/ Combinatie Uithoflijn Utrecht en [REDACTED] [REDACTED] BAM Infra Projecten.
  - de heer [REDACTED] kostendeskundige, tevens lid van de Commissie

## DE GRONDEN VAN DE BESLISSING

### de feiten

6. Tussen partijen staat het volgende vast:
- a. De Provincie heeft het werk Traminfrastructuur Uithoflijn aanbesteed.

- b. In hoofdstuk 3 van de Vraagspecificatie 01- Technische Eisen is bepaald (3.1.2 120 Spoor, eis SE\_01432):  
 "Eistekst: TIUHL [traminfrastructuur] dient voorzien te zijn van de spoorconstructietypes zoals deze zijn voorgeschreven op de contracttekeningen.  
 Eistype: Functionele eis, Functie: Geleiden tramverkeer."
- c. 3.1.2.1 en 3.1.2.2 onderscheiden een "spoor in ballast" en een "ballastloosspoor".
- d. Op de als "bindend" aangeduide legenda van de contracttekeningen staan lengte- en dwarsprofielen weergegeven met daarbij de volgende omschrijvingen:
- "- Spoorconstructietype:  
 Ingestorte betonnen dwarsligger  
 met overrijdbare verharding;
  - Spoorconstructietype:  
 Ingestorte betonnen dwarsligger  
 met afwerking van teelaarde;
  - Spoorconstructietype:  
 Ingestorte betonnen dwarsligger  
 met ballast afwerking;
  - Spoorconstructietype:  
 Ingegaten spoorstaaf  
 met overrijdbare verharding;
  - Spoorconstructietype:  
 Ingegaten spoorstaaf  
 met afwerking van teelaarde;
  - Spoorconstructietype:  
 Ballastbaan;
  - Spoorconstructietype:  
 Indirecte regelbare spoorstaafbevestiging;
  - Spoorconstructietype:  
 Indirecte regelbare spoorstaafbevestiging  
 met afwerking van teelaarde;"
- e. Van de aanbestedingsprocedure heeft deel uitgemaakt een Dialoogfase, in welk kader tussen de Provincie en gegadigden individuele gesprekken

hebben plaatsgevonden overeenkomstig de Dialoogleidraad van 9 mei 2014. In deze fase heeft BAM de mogelijkheid gehad tot het stellen van vragen over het contractdossier.

- f. In het Dialoogverslag van de tweede dialoogronde met BAM van 8 juli 2014 staat, onder 8.5:
 

“Eisen voor spoorconstructies zijn functioneel (zoals overrijdbaar, groen, ...)”.
- g. Vraag 90 van de Nota van Inlichtingen (vragen tot en met 8 september 2014) luidt:
 

“De dwarsprofielen maken onderdeel uit van de bindende documenten. Hierin staat de spoorconstructie bindend voorgeschreven.

Is het de bedoeling van de opdrachtgever om deze spoorconstructie voor te schrijven of gaat het om het getekende constructie-systeem? Bijvoorbeeld de omschrijving van het constructie-type ‘ingestorte dwarsligger in beton’ laat een rheda-systeem zien.”
- h. en het antwoord op die vraag:
 

“Opdrachtgever schrijft het type spoorconstructie voor, niet het specifieke constructie-systeem zoals dat mogelijk uit de tekening/omschrijving kan worden opgemaakt.”
- i. In de aanbidding van 10 oktober 2014, meer in het bijzonder deel Q5: Visie op onderhoud, geeft de aannemer in paragraaf 3.1.1. (Eenvoudige vervanging van spoorstaaf.) onder meer aan: *“Voor alle embedded railvarianten (dus waar uw ontwerp ‘ingegoten spoorstaaf’ of ‘ingegoten betonnen dwarsligger’ voorschrijft) hebben wij gekozen voor een spoorstaafconstructie met kamerelementen rond de spoorstaaf.”* (zie blz. 6 van Q5). Voorts is in deze paragraaf een illustratie opgenomen inzake vervanging van rails met vermelding van een fabriekslogo “*PREFArails*” (zie blz. 6 van Q5).
- j. Op 23 december 2014 is tussen partijen een overeenkomst tot stand gekomen.
- k. In haar memo van 22 maart 2015 (opgesteld in het kader van de uitwerking van de vraagspecificatie tot een Definitief Ontwerp) geeft BAM aan dat zij voor het spoorconstructietype ballastloosspoor het systeem PREFArail, in de varianten GSF, Steroladder en Modulix, heeft gekozen.

- l. Bij het in haar memo's van 22 en 23 maart 2015 omschreven systeem van PREFArails worden geen betonnen dwarsliggers gebruikt en geen ingegoten spoorstaven.
- m. De Provincie heeft BAM laten weten dat zij van mening is dat het PREFArails-systeem niet voldoet aan de overeenkomst.
- n. Hangende dit geschil zal BAM de spoorconstructies ontwerpen conform de wens van de Provincie, gebaseerd op de systemen Edilon ERS Lite en Rheda City.

de adviesvraag

- 7. Naar aanleiding van het tussen partijen ontstane verschil van inzicht over het toe te passen spoorconstructiesysteem zijn partijen overeengekomen dat de Commissie een niet-bindend advies zal uitbrengen over een tweetal vragen. In het onderhavige advies is alleen de eerste vraag van belang. Die luidt:

*"Voldoet PREFArails, zoals beschreven in door BAM opgestelde memo's d.d. 22-03-2015 kenmerk UHL-PO01-MEM-11-176 en d.d. 23-03-2015 met kenmerk UHL-PO01-MEM-001, aan de Overeenkomst?"*

de standpunten van partijen

- 8. BAM stelt, voor zover voor de beoordeling van belang, dat het door haar aangeboden PREFArails-systeem voldoet aan de overeenkomst. Zij voert daartoe aan dat met "spoorconstructietypes" volgens de Vraagspecificatie 01 "ballastloos spoor" en "spoor in ballast" bedoeld is. Dat betekent volgens haar niet méér dan dat waar uit de tekening blijkt dat er een ballastloos spoor moet komen, een ballastloos spoor dient te worden aangelegd, en daar waar er een spoor in ballast moet komen, een spoor in ballast moet worden aangelegd. Dit zou blijken uit de Nota van Inlichtingen (vraag 90), waarin is vastgelegd dat het constructiesysteem niet bindend wordt voorgeschreven en uit de (daaraan voorafgegane) tweede Dialoogronde, punt 8.5, waarin is bevestigd dat de eisen voor spoorconstructies functioneel zijn, waarmee – volgens het verslag van die Dialoogronde - wordt bedoeld "overrijdbaar, groen, ...". Volgens de legenda bij de contracttekeningen bestaan er binnen de spoorconstructietypes "ballastloos spoor" en "spoor in ballast" de volgende functioneel omschreven eisen: met afwerking van teelaarde, met ballast afwerking, met overrijdbare verharding en met groenafwerking. Het is dus de bedoeling, aldus BAM, dat er

een spoorconstructietype (ballastloos of spoor in ballast) wordt toegepast dat op de op de tekeningen aangegeven locaties aan deze functioneel omschreven eisen voldoet. PREFArails voldoet daaraan.

9. De Provincie stelt kort gezegd dat BAM de overige bindend voorgeschreven eisen uit de contracttekeningen, te weten "ingestorte betonnen dwarsligger" en "ingegoten spoorstaaf", ten onrechte negeert. Op het verweer van de Provincie wordt, voor zover relevant, hieronder nader ingegaan.

de beantwoording van de vraag

10. Tussen partijen is niet in geschil dat bij het PREFArails-systeem geen sprake is van ingestorte betonnen dwarsliggers of ingegoten spoorstaven, zoals de legenda bij de contracttekeningen aangeeft. De vraag is dus of BAM op basis van de door haar genoemde contractstukken en bijkomende feiten en omstandigheden heeft mogen aannemen dat de in de legenda opgenomen omschrijving niet bindend is. Het betreft, kortom, een geschil over de interpretatie van de Vraagspecificatie, meer in het bijzonder eis SE\_01432 in samenhang met de contracttekeningen.
11. Bij de beantwoording van deze vraag stelt de Commissie voorop dat volgens vaste rechtspraak (HvJ 29 april 2004, zaak C-496/99 (*Succhi di Frutta*) en HR 4 november 2005, NJ 2006, 204) het aanbestedingsrecht twee centrale beginselen kent: het beginsel van gelijke behandeling van inschrijvers en het daarvan afgeleide transparantiebeginsel. 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 hun aanbieding dezelfde kansen krijgen: voor alle mededingers moeten dezelfde voorwaarden gelden. 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 de contractstukken worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en on dubbelzinnige 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 na te gaan of de aanbiedingen van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria die op de betrokken opdracht van toepassing zijn. Tegen deze achtergrond dient de uitleg van de Vraagspecificatie plaats te vinden naar objectieve maatstaven op de wijze die in de rechtspraak als de CAO-norm is omschreven (uitleg waarbij de bewoordingen, gelezen in de context van alle overige contractstukken, in beginsel van doorslaggevende betekenis zijn).

12. Uit de Vraagspecificatie 01, hoofdstuk 3.1.2, blijkt dat de traminfrastructuur voorzien dient te zijn van de spoorconstructietypes zoals deze zijn voorgeschreven op de contracttekeningen. Op de contracttekeningen zijn in de legenda spoorconstructietypes omschreven (zie feiten sub d.).
13. Dat in de contractstukken functionele eisen zijn gesteld, zoals "met overrijdbare verharding" of "met afwerking van teelaarde", of "geleiden tramverkeer", betekent niet dat de overeenkomst daarnaast geen concrete technische eisen kan bevatten. In de overeenkomst zijn specifieke technische eisen ten aanzien van spoorconstructietypes opgenomen, zoals "ingestorte betonnen dwarsligger" en "ingegoten spoorstaaf". Alleen de afwerking is daarmee dus functioneel gespecificeerd, het spoorconstructietype niet.
14. Uit het antwoord op vraag 90 in de Nota van Inlichtingen – welke vraag, naar ter zitting is gebleken, niet is gesteld door BAM, maar door een andere partij – valt naar het oordeel van de Commissie niet af te leiden dat de contracttekeningen en de daarbij behorende omschrijving geheel of gedeeltelijk terzijde zijn gesteld. Uit de enkele tekst van het antwoord kan niet worden afgeleid dat de Provincie meer heeft willen zeggen dan dat zij het "type spoorconstructie" voorschrijft ('wat er gebouwd moet worden'), niet het specifieke constructie-systeem ('zoals van het merk Rheda'). Juist de term "spoorconstructietype" is ook opgenomen in de bij de contracttekeningen behorende ("bindende") legenda, zoals bijvoorbeeld:  
"Spoorconstructietype: Ingestorte betonnen dwarsligger met afwerking van teelaarde."  
Daaruit volgt volgens de Commissie niet dat alleen het functioneel omschreven deel, "met afwerking van teelaarde", bindend is. Ook het overige, techni-

sche deel van de omschrijving, "ingestorte betonnen dwarsligger" is voorgescreven.

15. Bovendien zijn op de – ook als bindend aangeduide – dwars- en lengteprofielen bij de tekeningen eveneens ingestorte betonnen dwarsliggers en ingegoten spoorstaven weergegeven.
16. Het door BAM aangehaalde deel van het Dialoogverslag van eerder datum dan (het antwoord op) vraag 90, waarin uitsluitend is vermeld dat de eisen voor spoorconstructies functioneel zijn, zoals "overrijdbaar" en "groen" (informatie over de strekking van de discussie en/of de vraag van BAM ontbreekt), maakt dat niet anders. Zoals gezegd is naast een functionele omschrijving een specifieke technische omschrijving aanwezig, die ook volgens het Dialoogverslag niet expliciet is verlaten. In verband hiermee behoeft de status van (het verslag van) de Dialooggesprekken geen verdere bespreking meer.
17. Anders dan BAM betoogt spelen ten slotte eventuele uitlatingen door medewerkers of externe adviseurs van de Provincie tijdens besprekingen na de gunning geen rol bij de beantwoording van de vraag of het aangeboden systeem aan de overeenkomst beantwoordt.
18. De Commissie is op grond van al het voorgaande van mening dat het door BAM in haar memo's van 22 en 23 maart 2015 aangeboden PREFArails-systeem niet voldoet aan de eisen die besloten liggen in de bindende contracttekeningen en daarmee niet voldoet aan de overeenkomst.
19. De Commissie tekent daarbij aan dat zij zich uitdrukkelijk niet uitlaat over de vraag of de Provincie uit de aanbidding had kunnen of moeten afleiden, of zelfs hééft afgeleid, dat deze niet voldeed aan de bindende contracttekeningen en welke betekenis in het bevestigende geval moet worden gehecht aan het feit dat de Provincie de aanbidding desalniettemin onvoorwaardelijk heeft geaccepteerd en niet als een ongeldige inschrijving ter zijde heeft gelegd.
20. Gelet op de in het Procesreglement geformuleerde opdracht ligt evenmin aan de Commissie de vraag voor of de Provincie BAM heeft opgedragen om in plaats van PREFArail de systemen Edilon ERS Lite en Rheda City toe te passen. Wat partijen hierover hebben aangevoerd blijft derhalve onbesproken.



CONCLUSIE

De Commissie concludeert dat het door BAM in haar memo's van 22-03-2015 met kenmerk UHL-PO01-MEM-11-176 en 23-03-2015 met kenmerk UHL-PO01-MEM-001 omschreven PREFArails-systeem niet voldoet aan de overeenkomst.

Gewezen te Utrecht,

