

# Commissie van Aanbestedingsexperts

## Advies 292

### 1. Feiten

- 1.1. Beklaagde heeft een meervoudig onderhandse procedure gehouden voor een opdracht tot het slopen van twee panden.
- 1.2. In paragraaf 4.20 ("Strategisch inschrijven") van het Aanbestedingsdocument is op pagina 12 het volgende bepaald:
- 1.3. 'In het kader van deze aanbesteding is het inschrijver niet verboden om strategisch in te schrijven. Opdrachtgever verplicht inschrijver echter wel rekening te houden met de volgende vier zaken:
- Inschrijver dient reëel en transparant in te schrijven. Een prijs van nul euro of negatieve prijzen worden niet geacht reëel en transparant te zijn.
  - Er mag niet met symbolische prijzen worden ingeschreven. Voor vaste periodiek (wekelijkse, maandelijks, jaarlijkse enz) terugkerende kosten gedurende de looptijd van een overeenkomst mag geen heel laag bedrag worden opgenomen dat niet past binnen/in lijn is met de systematiek van het bestek /Programma van eisen;
  - Inschrijver mag geen gebruik maken van "price dumping"(abnormaal lage prijsaanbieding) en "predatory pricing"(het misbruik maken van een economische machtspositie in de zin van artikel 102 Verdrag over de werking van de Europese unie (oud-artikel 82- EG-Verdrag);
  - Inschrijver mag geen misbruik maken van de gunningssystematiek (manipulatief inschrijven).

Indien inschrijver geen rekening houdt met de hierboven genoemde punten, zal haar inschrijving ongeldig worden verklaard zonder dat enig recht op vergoeding van gemaakte kosten ontstaat. De inschrijver wordt dan uitgesloten van verdere deelname aan deze aanbestedingsprocedure.'

- 1.4. In de Inschrijvingsstaat die door klager is ingevuld, is in de eerste regels het volgende bepaald:

'Inschrijvingsstaat als bedoeld in artikel 01.01.03 van de Standaard RAW Bepalingen (Standaard 2010) behorende bij het inschrijvingsbiljet van de ondergetekende(n):'

- 1.5. In paragraaf 3.2 ("Planningsoverzicht") van het Aanbestedingsdocument is op pagina 8 het volgende bepaald:

'(...)

Deadline voor het indienen schriftelijke vragen over aanbestedingsstukken 27-08-2010

Bezichtiging / schouw 25-08-2016

(...)

(...) Er is geen stand-stillperiode van toepassing. (...)'

- 1.6. Het is de Commissie uit de aanbestedingsstukken gebleken dat de uitvoering van de opdracht de sloop van een boerderij en een woonhuis behelst. De daarbij vrijgekomen materialen dienen door de te contracteren aannemer te worden afgevoerd en te worden gestort of verwerkt. Daaronder vallen ook het afvoeren en storten/verwerken van de vijf volgende materialen, voortvloeiende uit de besteksposten 113030, 113060, 113090, 113150 en 113160:

1130			Afvoer en stort diverse materialen Afvoeren diverse materiaalsoorten. Vrijgekomen materialen vervallen aan de aannemer en moeten per materiaalsoort worden afgevoerd naar een door het bevoegde gezag erkende velwerkingsinstallatie. Transport en acceptatiekosten komen voor rekening van de aannemer. Van alle afgevoerde materialen moet de aannemer per materiaalsoort, afvoer en acceptatie bonnen bij de directie indienen.
113030	111199		Afvoeren en verwerken kalkzandsteenpuin. Betreft het afvoeren, storten en verwerken van materiaal vrijgekomen uit bestekspostnrs. 112810 t/m 112830 Vrijgekomen materialen worden geacht voor de opdrachtgever geen waarde te hebben en dienen te worden afgevoerd naar een door het bevoegd gezag erkende be- en/of verwerker in Nederland,
113060	111199		Afvoeren en verwerken gasbeton. Betreft het afvoeren, storten en verwerken van materiaal vrijgekomen uit bestekspostnrs. 112810 t/m 112820 Vrijgekomen materialen worden geacht voor de opdrachtgever geen waarde te hebben en dienen te worden afgevoerd naar een door het bevoegd gezag erkende be- en/of verwerker in Nederland.
113090	111199		Afvoeren en verwerken C hout. Betreft het afvoeren, storten en verwerken van Chout vrijgekomen uit bestekspostnrs. 112810 t/m 112820 Vrijgekomen materialen worden geacht voor de opdrachtgever geen waarde te hebben en dienen te worden afgevoerd naar een door het bevoegd gezag erkende be- en/of verwerker in Nederland.
113150	111199		Storten en verw. teerhoudende dakbedekking. Betreft het afvoeren, storten en verwerken van materialen vrijgekomen uit bestekspostnrs. 112810 t/m 112820 Vrijgekomen materialen worden geacht voor de opdrachtgever geen waarde te hebben en dienen te worden afgevoerd naar een door het bevoegd gezag erkende be- en/of verwerker in Nederland.
113160	111199		Storten en verw. huishoudelijke materialen. Betreft het afvoeren, storten en verwerken van materialen vrijgekomen uit bestekspostnrs. 112810t/m 112820 Vrijgekomen materialen worden geacht voor de opdrachtgever geen waarde te hebben en dienen te wor-

			den afgevoerd naar een door het bevoegd gezag erkende be- en/of verwerker in Nederland.
--	--	--	-----------------------------------------------------------------------------------------

- 1.7. Op 25 augustus 2015 heeft er voorafgaand aan de inschrijving een bezichtiging/schouw plaatsgevonden. Tijdens de schouw zijn door geen van de inschrijvers vragen gesteld. Ook overigens zijn er door de inschrijvers tijdens de aanbestedingsprocedure geen inhoudelijke vragen gesteld over het afvoeren en storten/verwerken van hiervoor bedoelde materialen.
- 1.8. Klager heeft een inschrijving ingediend. Zij heeft de hiervoor bedoelde vijf besteksposten in haar inschrijvingsstaat niet afgeprijsd, maar voorzien van de vermelding "n.v.t."
- 1.9. Op 7 september 2015 heeft beklaagde de digitale kluis met inschrijvingen op TenderNed geopend en heeft zij proces-verbaal van de inschrijvingen opgemaakt. Dat proces-verbaal heeft zij op 8 september 2015 aan de inschrijvers gezonden.
- 1.10. Op 13 september 2015 heeft beklaagde de volgende vraag per e-mail aan klager gesteld:
- 'Bij de inschrijving heeft u bij 5 besteksposten n.v.t. ingevuld. Waarom heeft u dat gedaan.'
- 1.11. Klager heeft die vraag op 14 september 2015 per e-mail als volgt beantwoord:
- 'Dit betreft de posten voor het afvoeren en storten van kalkzandsteenpuin, gasbeton, c-hout, teerhoudende dakbedekking en huishoudelijke materialen. Voor zover ik heb kunnen nagaan uit de aangeleverde stukken en ook naar aanleiding van de aanwijz op locatie verwacht ik in de eerste instantie dat deze afval stromen niet als zodanig vrij zullen komen uit de sloopwerkzaamheden. Daarom dacht ik het zo aan te moeten geven in de inschrijfstaat. In principe had ik er ook 0.00 in kunnen vullen, maar ik wist niet zeker of dat de bedoeling was. Mochten wij deze stromen alsnog aantreffen tijdens de uitvoering, zullen wij dit uiteraard conform de SVMS-007 scheiden aan de bron en conform het bijbehorende productblad behandelen en afvoeren.'
- 1.12. Bij brief van 22 september 2015 heeft beklaagde onder meer het volgende aan klager meegedeeld:
- 'In uw inschrijvingsstaat heeft u een aantal besteksposten niet van toepassing verklaard. Overeenkomstig paragraaf 7.16.1 uit de ARW 2012 is deze inschrijving daardoor ongeldig.'
- 1.13. Klager heeft op 28 september 2015 schriftelijk bezwaar gemaakt tegen de ongeldigverklaring van haar inschrijving en gesteld dat haar inschrijving voldeed aan de eisen en dat zij op basis van de door beklaagde verstrekte informatie had verwacht de vijf genoemde materialen ter plaatse niet aan te treffen. In haar brief schrijft klager bovendien nog het volgende:
- 'Wij gaan er vanuit dat u de definitieve gunning voorlopig opschort. Mocht u de definitieve gunning niet opschorten, dan vernemen wij dit graag zo spoedig mogelijk''.'
- 1.14. Beklaagde heeft bij brief van 2 oktober 2015 als volgt gereageerd op de stelling van klager dat haar inschrijving voldeed aan de gestelde eisen:

'Uw stelling is evenwel onjuist. Vergelijk bijvoorbeeld het te storten en verwerken huishoudelijke materiaal (bestekspost 113160). Uit de bij het bestek gevoegde foto's, alsook de visuele waarnemingen tijdens de schouw had u het tegendeel kunnen opmaken. Denk hierbij aan (eet-)tafels, gaskachels, tapijt, etc. Al dit huishoudelijke materiaal dient overeenkomstig het bestek gestort/verwerkt te worden. Ter gelegenheid van de aanwijzing, noch de inlichtingenronde zijn hierover vragen en/of opmerkingen gemaakt door u, noch door de andere inschrijvers.

Op grond van paragraaf 01.01.03 lid 02 Standaard 2010 dienen alle kosten die nodig zijn om de resultaatsverplichting van bestekspost 113160 (storten en verwerken van het vrijgekomen huishoudelijke materiaal) tot stand te brengen, opgenomen worden in de prijs per eenheid van deze bestekspost. Aangezien u geen kosten hebt opgevoerd voor het tot stand brengen van deze bestekspost heeft u in strijd hiermee ingeschreven. Reeds op grond daarvan heeft u een ongeldige inschrijving gedaan, omdat deze inschrijving in strijd met paragraaf 01.01.03 lid 02 van de Standaard 2010 is opgemaakt en daarnaast ook overigens niet-bestekskonform is nu het bestek vraagt om het storten/verwerken van het vrijgekomen huishoudelijke materiaal en u (met de woorden "n.v.t.") heeft aangegeven dit niet uit te zullen voeren.'

## **2. Beschrijving klacht**

### 2.1. Klachtonderdeel 1

Klager is van mening dat zij een geldige inschrijving heeft gedaan en rechthebbende is op de opdracht. Het gunningscriterium is immers de laagste prijs en klager heeft de laagste geldige inschrijving gedaan.

### 2.2. Klachtonderdeel 2

Klager is van mening van de ongeldigheid van haar inschrijving niet juist en te laat is gemotiveerd.

### 2.3. Klachtonderdeel 3

Klager is van mening dat beklagde een opschortende termijn had moeten hanteren alvorens over te gaan tot gunning.

## **3. Onderbouwing klacht**

### 3.1. Klachtonderdeel 1

3.1.1. Klager heeft bij de aanwijzing op locatie geconstateerd dat zij bepaalde afvalstromen niet verwachtte. Deze afvalstromen hoefde zij dan ook niet af te prijzen in de inschrijvingsstaat. De inschrijving van klager is niet ongeldig in de zin van paragraaf 7.16.1 ARW 2012.

3.1.2. Klager heeft een complete inschrijving gedaan. Het inschrijfbiljet is volledig ingevuld en de inschrijvingsstaat sluit daar op aan. Klager heeft welbewust bepaalde afvalstromen niet afgeprijsd omdat zij die niet verwachtte. Klager heeft bij deze posten "n.v.t." ingevuld. Van een incomplete inschrijving is derhalve geen sprake. Van klager kan niet worden verwacht dat zij posten afprijsst waarvan haar inschatting is dat die niet voorkomen.

3.1.3. De handelswijze van klager is niet in strijd met het Aanbestedingsdocument. Er is immers niet ingeschreven met € 0,- of negatief of met symbolische prijzen. De posten zijn niet afgeprijsd en gemarkeerd met "n.v.t." omdat klager deze posten niet verwachtte. Bovendien is het niet verboden om strategisch in te schrijven, zie immers het Aanbestedingsdocument, paragraaf 4.20 op blz. 12.

### 3.2. Klachtonderdeel 2

3.2.1. Klager heeft op 14 september 2015 op verzoek van beklagde een duidelijke toelichting op haar inschrijving verstrekt. Uit die toelichting blijkt waarom klager de posten niet heeft afgeprijsd. Klager heeft tevens aangegeven dat wanneer de posten wel mochten voorkomen, zij deze zal uitvoeren. Dit is ondernemersrisico. Op basis van die toelichting had beklagde de inschrijving geldig moeten verklaren. De toelichting van klager maakt een onderdeel uit van de inschrijvingsstaat (zie paragraaf 01.01.04 RAW).

3.2.2. Het ongeldig verklaren van de inschrijving van klager is in strijd met het proportionaliteitsbeginsel. Paragraaf 7.16.1 ARW 2012 sluit de toepassing van het proportionaliteitsbeginsel niet uit (Hof Den Haag, 23 juni 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1588, rov. 14). Klager heeft een duidelijke toelichting gegeven omtrent haar inschrijving op verzoek van beklagde. Over de inhoud van de inschrijving bestond derhalve geen enkele discussie. Het geldig verklaren van de inschrijving van klager is niet in strijd met het gelijkheidsbeginsel.

3.2.3. Beklaagde heeft de vermeende ongeldigheid van de inschrijving van klager pas bij brief van 2 oktober 2015 gebaseerd op de RAW systematiek. Klager is allereerst van mening dat het beroep op de RAW systematiek niet opgaat. Haar inschrijving is immers niet in strijd met deze systematiek. In de tweede plaats stelt klager dat beklagde met haar verwijzing naar de RAW systematiek een nieuwe grondslag van ongeldigheid noemt. Klager is van mening dat deze nieuwe grondslag in formele zin geen rol meer kan spelen (Rb. Rotterdam (vzr.) 28 november 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:9989). Beklaagde had een volledige onderbouwing moeten geven in haar brief van 22 september 2015. Klager had dan immers al op 28 september kunnen reageren op alle stellingen. Die kans is haar nu ontnomen. Voor zover de nieuwe grondslag die beklagde in haar brief van 2 oktober 2015 heeft gegeven nog wel een rol speelt, heeft het volgende te gelden.

3.2.4. De RAW systematiek bepaalt dat in de eenheidsprijzen alle kosten dienen te zijn begrepen die voor het tot stand brengen van de resultaatsverplichting worden gemaakt (01.01.03 RAW 2010). De zogenaamde staartkosten dienen na het sub-totaal te worden opgenomen. De aanbesteder beoordeelt vervolgens of de eenheidsprijzen aan deze eis voldoen. Twijfelt de aanbesteder, dan kan hij de inschrijver om een toelichting vragen.

3.2.5. De inschatting van klager was dat hij geen kosten zou maken voor een aantal posten (vijf afvalstromen in post 1130). Naar de mening van klager zou het wel afprijzen van deze posten juist in strijd zijn met de RAW systematiek die bepaalt dat alle kosten die gemaakt worden dienen te zijn begrepen in de eenheidsprijs. In dit geval verwachtte klager echter geen kosten. Het invullen van € 0,- was niet de bedoeling (want niet toegestaan). Om die reden heeft klager achter de desbetreffende posten "n.v.t." opgenomen.

3.2.6. Beklaagde heeft conform paragraaf 01.01.04 RAW om een toelichting gevraagd. Beklaagde had op grond van de toelichting van klager kunnen begrijpen dat er is voldaan aan artikel 01.01.03 RAW.

3.2.7. Voorts stelt beklagde in haar brief van 2 oktober 2015 nog dat klager rekening moest houden met het afvoeren van eettafels, gaskachels e.d. Beklaagde miskent hiermee dat deze posten vallen onder de noemer verwijderen asbest en niet onder huishoudelijke materialen. Dat er asbest zit in de eettafel en kachels volgt uit het asbestrapport. Van de afvoer van huishoudelijk materiaal is verder geen sprake. Dit heeft klager zelf geconstateerd bij aanwijzing.

### 3.3. Klachtonderdeel 3

3.3.1. In het Aanbestedingsdocument is bepaald dat er geen opschortende termijn in acht wordt genomen (zie 1.5 hiervoor). Klager heeft in haar brief van 28 september 2015 beklagde verzocht de opdrachtverlening aan een van de andere inschrijvers op te schorten. Tevens heeft klager verzocht om haar te berichten als beklagde geen gevolg zou geven aan dit verzoek.

3.3.2. Beklaagde heeft in haar brief van 2 oktober 2015 niet op de hiervoor bedoelde verzoeken van klager gereageerd. Klager heeft inmiddels van beklagde gehoord dat het werk is opgedragen. Het is klager niet bekend wanneer de mededeling van de gunningsbeslissing heeft plaatsgevonden.

3.3.3. Het niet in acht nemen van een "Alcateltermijn" in geval van een meervoudig openbare procedure is in strijd met het fair play beginsel en belet een effectieve rechtsbescherming. In de rechtspraak is inmiddels erkend dat er bij de meervoudig onderhandse aanbesteding ook een stand still termijn gehanteerd moet worden (Rb. Zeeland-West-Brabant (vzr.) 4 februari 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:1007). Klager verwijst in dat kader tevens naar de Conclusie van de AG, punt 38 van het arrest HvJ EG 10 juni 1999 (Alcatel/Austria). Het ARW 2012 kent bij de meervoudig onderhandse aanbesteding geen Alcateltermijn. Op grond van de zojuist genoemde jurisprudentie moest echter wel een stand still termijn worden gehanteerd. Dit strookt met de Europese jurisprudentie op dit vlak (Alcatel/Austria). Daarbij is tevens van belang dat klager heeft verzocht om een opschortende termijn en dat beklagde niet heeft gereageerd op dit verzoek. Dit is in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Klager was in de veronderstelling dat de opdracht nog niet was opgedragen. Had klager geweten dat beklagde voornemens was om de opdracht op te dragen aan een andere inschrijver, dan had zij nog een kort geding aanhangig kunnen maken.

## **4. Reactie beklagde**

### 4.1. Klachtonderdeel 1

4.1.1. Als toelichting op het eerste klachtonderdeel voert klager wederom aan dat zij bij de aanwijzing op locatie geconstateerd [heeft] dat zij bepaalde afvalstromen niet verwachtte en dat zij deze afvalstromen dan ook niet hoeft af te prijzen in de inschrijvingsstaat.

4.1.2. Beklaagde vindt het onbegrijpelijk dat klager zich op dit standpunt blijft stellen. Zoals beklagde in haar brief van 2 oktober 2015 reeds had aangegeven, had klager wel degelijk uit onder andere de visuele waarnemingen tijdens de schouw kunnen en moeten opmaken dat de betreffende werkzaamheden zoals uitgevraagd in het bestek, afgevoerd en gestort/verwerkt dienen te worden. Beklaagde heeft ten bewijze van haar stelling een aantal foto's overgelegd.

4.1.3. Ook uit een bij de aanbestedingsstukken verstrekte asbestinventarisatie had klager uit de daarin opgenomen foto's kunnen opmaken dat huishoudelijke materia-

len wel degelijk aanwezig waren in de te slopen bouwwerken. Beklaagde verwijst in dit verband naar bijlage 15 (de asbestinventarisatie) waaruit de aanwezigheid van huishoudelijke materialen blijkt. Klager stelt in haar toelichting op de klacht dat: "Beklaagde miskent [hiermee] dat deze posten vallen onder de noemer verwijderen asbest en niet onder huishoudelijke materialen". Het standpunt van klager is onjuist. Op pagina 3 van de asbestinventarisatie is af te leiden dat in de woning [X] geen asbestverdachte materialen zijn aangetroffen. Voorts zijn de asbestverdachte materialen in de te slopen boerderij in de tabel op pagina 3 van het rapport weergegeven. Het gaat om kachels, een buis, een plaat op een tafel, een plaat in de serre etc. Die materialen zijn ook weergegeven in beeld op pagina 12 t/m 31 van het rapport Deze materialen dienen inderdaad op basis van de bestekspost "Verwijderen asbesthoudende materialen" afgevoerd te worden.

4.1.4. Wat klager evenwel niet vertelt, is dat naast het asbesthoudende materiaal dat gefotografeerd is, ook onmiskenbaar huishoudelijk materiaal te zien is op de foto's. Vergelijk bijvoorbeeld de foto op pagina 13. Naast de asbesthoudende kachel, is er een stoel op te zien. Op pagina 14 is tevens een ragebol zichtbaar; op pagina 16 een lampenkap; op pagina 17 een bank, op pagina 18 een elektrische kachel, op pagina 19 een schilderij; op pagina 20 wederom een lamp en op pagina 21 een deurmat, alsook een stalamp. Al deze huishoudelijke materialen dienen afgevoerd te worden op basis van bestekspost 113160 en niet, zoals klager ten onrechte stelt, op basis van de post verwijderen asbesthoudende materialen.

#### 4.2. Klachtonderdeel 2

4.2.1. Klager stelt dat beklagde in haar brief van 2 oktober 2015 een nieuwe grondslag zou hebben gegeven voor de ongeldigheid van de inschrijving van klager door daarin ook te verwijzen naar de RAW-systematiek.

4.2.2. Voor zover klager daarbij doelt op de in het arrest HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9233 gegeven regel gaat dat bezwaar niet op, daar die regel geldt voor Europese aanbestedingen en niet voor een meervoudig onderhandse procedure als de onderhavige.

4.2.3. Bovendien doet een en ander niet af aan de ongeldigheid zoals vervat in de afwijzingsbrief van 22 september 2015. Als grond voor ongeldigheid heeft beklagde opgevoerd dat klager ten onrechte een aantal besteksposten niet van toepassing heeft verklaard, zodat haar inschrijving op de voet van artikel 7.16.1 ARW 2012 ongeldig is. Reeds op grond daarvan komt klager, zoals hierboven behandeld, niet voor gunning in aanmerking.

4.2.4. Overigens bestrijdt beklagde dat zij de gronden van haar beslissing heeft aangevuld. Beklaagde heeft klager zo spoedig mogelijk op de hoogte willen stellen van de ongeldigheid van haar inschrijving.

4.2.5. Daarbij heeft beklagde de gronden/redenen van het bezwaar niet aangevuld. Integendeel, beklagde heeft vanaf het eerste uur de ongeldigheid gegrond op het niet van toepassing verklaren ("n.v.t.") van de vijf betreffende besteksposten. Dat gebrek in de inschrijving van klager vormt de grond van afwijzing.

4.2.6. De brief van 2 oktober 2015 bevat slechts een nadere toelichting (waarom die afwijzingsgrond tot ongeldigheid leidt). De grond van ongeldigheid (lees: het niet van toepassing verklaren van de vijf betreffende besteksposten) is daarin exclusief in stand gebleven. De rest is slechts een nadere toelichting waarom die grond voor ongeldigheid juridisch tot ongeldigheid leidt.

4.2.7. Dit klachtonderdeel is naar de mening van beklagde dan ook ongegrond.

#### 4.3. Klachtonderdeel 3

- 4.3.1. Wat betreft het laatste onderdeel van de klacht van klager, moet beklagde toegeven dat haar wat te verwijten valt. Beklaagde heeft inderdaad geen opschortende termijn in acht genomen. Hoofdstuk 7 van het ARW 2012 bevat weliswaar geen expliciete vermelding van een opschortende termijn voor meervoudig onderhandse aanbestedingen, maar het is beklagde inmiddels duidelijk geworden, dat zij een dergelijke termijn wel in acht had moeten nemen. Beklaagde betreurt de gang van zaken. Zij is ten tijde van de aanbesteding uitgegaan van de systematiek zoals die nog gold onder het ARW 2005. Destijds bestond er nog geen verplichting om een opschortende termijn in acht te nemen en is beklagde in verband met tijdsdruk vanuit ecologisch oogpunt (vleermuizen) zo spoedig mogelijk tot gunning overgegaan.
- 4.3.2. Hoewel beklagde niet wegloopt voor haar verantwoordelijkheid, kan vastgesteld worden dat ook klager wat te verwijten valt in deze. Immers, zij heeft kennis genomen (althans kunnen nemen) van voornoemde tekst (zie hiervoor onder 1.3) in par.3.2 van het Aanbestedingsdocument. Daar waar zij van oordeel is dat beklagde een opschortende termijn (lees: standstilltermijn) in acht diende te nemen, had zij daar proactief bezwaar tegen kunnen en moeten maken in een stadium waarin beklagde deze omissie nog kon herstellen (aldus voor inschrijving). Het eerst nadat zij ongeldig is verklaard, daartegen bezwaar te maken, kan dan ook als tardief gekwalificeerd worden.
- 4.3.3. Zoals hiervoor reeds aangegeven betreurt beklagde dat zij in strijd met de regels geen opschortende termijn in acht heeft genomen. Voor het onderhavige geval verandert dat de zaak niet meer. Waar klager ongeldig heeft ingeschreven, komt zij immers sowieso niet in aanmerking voor gunning, zoals zij wenst. Wat daar ook van zij, beklagde zal voor de toekomst ook bij meervoudig onderhandse procedures een opschortende termijn in acht nemen.

### **5. Beoordeling**

5.1. De Commissie stelt voorop dat beklagde een meervoudig onderhandse procedure heeft gehouden. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 Aw 2012; hoofdstuk 7 ARW 2012; RAW Standaard 2010.

#### 5.2. Klachtonderdeel 1

5.2.1. Paragraaf 01 01 03 02 RAW Standaard 2010 luidt als volgt:

'In elke op te geven prijs per eenheid respectievelijk in elk totaalbedrag van een resultaatsverplichting met de eenheid 'EUR' (vóór het subtotaal) dienen te 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 navolgende lid bedoelde kosten. Tenzij hiervoor een afzonderlijke voorziening in de overeenkomst is opgenomen, dienen in de op te geven prijs per eenheid of in het op te geven totaalbedrag tevens te zijn begrepen de eventuele opbrengsten die aan de aannemer verblijven en die voortkomen uit het voldoen aan de desbetreffende resultaatsverplichting.'

5.2.2. Tussen partijen is niet in geschil dat bij de vijf besteksposten waar klager in haar inschrijvingsstaat "n.v.t." heeft ingevuld sprake is van resultaatsverplichtingen



waarop de in 5.2.1 geciteerde regel van de RAW Standaard 2010 van toepassing is. Evenmin is in geschil tussen partijen wat klager heeft bedoeld met het invullen van "n.v.t.", namelijk dat het opgeven van een prijs voor die vijf besteksposten niet nodig was omdat er volgens klager de facto geen sprake was van resultaatsverplichtingen bij die vijf posten.

5.2.3. De Commissie is met beklagde van oordeel dat zij de inschrijving van klager terecht ongeldig heeft verklaard, nu klager een aantal besteksposten in haar inschrijvingsstaat niet van toepassing heeft verklaard in weerwil van het feit dat bij die besteksposten sprake is van resultaatsverplichtingen.

5.2.4. Het voorgaande betekent dat het klachtonderdeel ongegrond is.

5.3. De Commissie overweegt ten overvloede nog het volgende.

5.3.1. In paragraaf 4.13 van het Aanbestedingsdocument is onder andere het volgende bepaald:

'(...) De aanbestedende dienst verwacht een pro-actieve houding van inschrijver, hetgeen betekent dat inschrijver eventuele onduidelijkheden/onvolkomenheden in de aanbestedingsstukken zo spoedig mogelijk schriftelijk aan de aanbestedende dienst moet melden en wel op een zodanig moment dat deze onduidelijkheden/onvolkomenheden nog ongedaan kunnen worden gemaakt. (...)'

5.3.2. De Commissie is van oordeel dat een inschrijver die constateert dat een bepaalde resultaatsverplichting ten onrechte in het bestek is opgenomen, de aanbestedende dienst dient te verzoeken de desbetreffende bestekspost te verwijderen, dan wel te bepalen dat de inschrijver die post openlaat of bij die post "n.v.t." invult.

5.3.3. Klager baseert haar aanname dat de hiervoor bedoelde besteksposten ten onrechte in de aanbestedingsstukken zijn opgenomen op wat zij heeft waargenomen tijdens de schouw op 25 augustus 2015. Na die schouw had zij nog twee dagen om vragen te stellen of een verzoek in te dienen om de vijf besteksposten te verwijderen uit de inschrijvingsstaat. Dat is een korte periode, die zeker te kort zou zijn geweest wanneer klager na de schouw nog een uitgebreid onderzoek had moeten verrichten naar aanleiding van wat zij meende te hebben waargenomen tijdens de schouw. In casu was echter naar het oordeel van de Commissie een dergelijk tijdrovend onderzoek niet nodig. Het ging immers alleen om het afvinken ("wel/niet aanwezig") van de af te voeren objecten en materialen aan de hand van het bestek en de asbestinventarisatie.

5.3.4. De Commissie is gelet op het voorgaande van oordeel – hoewel de klacht daar niet over gaat – dat klager haar in paragraaf 4.13 van het Aanbestedingsdocument genoemde verplichting niet heeft nageleefd.

#### 5.4. Klachtonderdeel 2

5.4.1. In artikel 7.16.1 ARW 2012 is het volgende bepaald:

'Een inschrijving die niet voldoet aan de eisen gesteld in dit reglement, de uitnodiging tot inschrijving en de voor de inschrijving relevante stukken, is ongeldig.'

5.4.2. In haar brief aan klager van 22 september 2015 (zie 1.12) noemt beklagde als reden van het ongeldig verklaren dat klager een aantal besteksposten niet van toepassing heeft verklaard en dat op grond van artikel 7.16.1 ARW 2012 de inschrijving van klager ongeldig was. Duidelijk is dat beklagde daarmee bedoelde te zeggen dat de inschrijving van klager niet aan een of meer eisen uit de aanbe-

stedingsstukken voldeed. Pas nadat klager bezwaar had gemaakt tegen haar afwijzing, heeft beklagde op 2 oktober 2015 (zie 1.14) uiteengezet aan welke eis niet was voldaan en toegelicht waarom niet aan die eis was voldaan.

5.4.3. De Commissie is van oordeel dat, anders dan klager stelt (zie 3.2.3 hiervoor), beklagde in haar brief van 2 oktober 2015 geen nieuwe reden voor het ongeldig verklaren van de inschrijving van klager heeft aangevoerd. De Commissie is verder van oordeel dat, anders dan klager stelt (zie 3.2.2 hiervoor), het proportionaliteitsbeginsel in een geval als het onderhavige niet aan ongeldigverklaring van de inschrijving in de weg staat. Dat, zoals klager stelt, over de inhoud van haar inschrijving geen enkele discussie bestond, omdat die inhoud duidelijk was, is in dit verband niet relevant. Waar het om gaat is dat de inschrijving van klager niet voldeed aan de in de aanbestedingsstukken gestelde eisen op een wijze die zich niet meer leende voor herstel. In een dergelijk geval zou – anders dan klager stelt – het geldig verklaren van haar inschrijving juist wel in strijd met het gelijkheidsbeginsel zijn.

5.4.4. Het voorgaande betekent dat het klachtonderdeel ongegrond is.

5.5. De Commissie overweegt ten overvloede nog het volgende:

5.5.1. In artikel 7.20.2 ARW 2012 is het volgende bepaald:

‘De aanbesteder toetst de inschrijvingen (...) aan de door hem in de uitnodiging tot inschrijving en in de overige voor de inschrijving relevante stukken gestelde normen, functionele eisen en prestatie-eisen en beoordeelt de inschrijvingen op grond van het vastgestelde gunningscriterium.’

5.5.2. In artikel 7.20.5 ARW 2012 is het volgende bepaald:

‘De aanbesteder stelt de inschrijvers zo spoedig mogelijk gelijktijdig schriftelijk, in elk geval per fax of elektronisch bericht, in kennis van de beslissingen die zijn genomen op grond van de artikelen 7.20.2 tot en met 7.20.4, en, in voorkomend geval, de beslissing om de opdracht niet te verlenen. Deze mededeling bevat ten minste de gronden van de gunningsbeslissing, waaronder de kenmerken en voordelen van de uitgekozen inschrijving, en de naam van de begunstigde. Deze mededeling bevat tevens de redenen voor zijn beslissing dat de inschrijving niet gelijkwaardig is aan of niet voldoet aan de functionele en prestatie-eisen. In voorkomend geval bevat deze mededeling de redenen die er toe hebben geleid dat de inschrijving terzijde is gelegd op grond van artikel 7.20.1.’

5.5.3. De Commissie is van oordeel – hoewel klager daar niet over klaagt – dat beklagde heeft gehandeld in strijd met het bepaalde in artikel 7.20.5 ARW 2012. Uit dat artikel – gelezen in verband met art. 7.20.2 ARW 2012 – kan immers worden afgeleid dat beklagde de ongeldigverklaring van de inschrijving van klager aan klager had moeten mededelen als onderdeel van de mededeling van de gunningsbeslissing. De Commissie heeft in de door partijen overgelegde stukken geen mededeling van de gunningsbeslissing aangetroffen, waarbij de Commissie aantekent dat de brief die beklagde op 22 september 2015 aan klager stuurde (zie opnieuw 1.12) niet als een dergelijke mededeling kwalificeert.

5.6. Klachtonderdeel 3

5.6.1. Uit de reactie van beklagde blijkt dat zij erkent dat een aanbestedende dienst ook in het kader van een meervoudig onderhandse procedure een opschortende termijn in acht moet nemen. Die verplichting blijkt onder andere uit de uitspraak Rb. Zeeland-West-Brabant (vzr.) 4 februari 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:1007,

r.o. 4.9) en uit Advies 147 van de Commissie, overweging 7.5.2. Beklaagde heeft tevens erkend dat zij deze verplichting niet heeft nageleefd.

5.6.2. Het derde klachtonderdeel is derhalve gegrond.

## **6. Advies**

De Commissie acht de onderdelen 1 en 2 van de klacht **ongegrond** en de onderdeel 3 **gegrond**.

## **7. Aanbeveling**

De Commissie ziet geen kans tot het doen van een aanbeveling.

Den Haag, 23 maart 2016

w.g.:

Mr. J.G.J. Janssen  
Voorzitter

Prof.mr. C.E.C. Jansen  
Vicevoorzitter

Mr. drs. T.H. Chen  
Commissielid