

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 206

1. Feiten

1.1. Beklaagde heeft een meervoudig onderhandse aanbesteding gehouden voor een overheidsopdracht met betrekking tot het verlenen van adviesdiensten. De opdracht ziet op het bieden van inhoudelijke ondersteuning en advisering (inclusief het leveren van bepaalde producten) tijdens de voorbereiding, aanbesteding en realisatie van zogenoemde Dynamische Reis Informatie Systemen (DRIS).

1.2. Beklaagde heeft in het kader van de onderhavige aanbestedingsprocedure de "Offerteaanvraag meervoudige onderhandse aanbesteding Adviseur DRIS [Beklaagde]" (hierna: "de Offerteaanvraag") aan een viertal ondernemingen – waaronder klager – toegestuurd.

1.3. Op pagina 1 van de Offerteaanvraag is bepaald:

'Aan de hand van de hieronder genoemde gunningscriteria wordt bepaald welke inschrijver de 'Economisch Meest Voordelige Inschrijving (EMVI)' heeft gedaan. Met deze inschrijver wordt een opdrachtverlening gesloten.

De Economisch Meest Voordelige Inschrijving is de inschrijving van de inschrijver die:

- Bijlagen 4A t/m 4C en bijlage 7 geheel heeft ingevuld en ondertekend; en
- De hoogste score heeft behaald in kwaliteit / prijsverhouding zoals wordt beschreven in bijlage 2.'

1.4. In paragraaf 4 ("Uw inschrijving (offerte)") van de Offerteaanvraag is het volgende bepaald:

'Uw inschrijving bestaat uit een rechtsgeldig ondertekende aanbiedingsbrief én de ingevulde en ondertekende inschrijfformulieren als opgenomen in bijlage 4 van de offerteaanvraag.

Wij verzoeken u uw offerte in twee gesloten "niet-openen" enveloppen aan te leveren:

1. Envelop met plan van aanpak, Eigen Verklaring en Inschrijfformulieren 4A en 4C. In deze envelop mag géén prijs informatie zijn opgenomen. Wel vragen we in uw plan van aanpak de urenraming per medewerker per onderdeel van de inschrijfstaat te vermelden. U hanteert hiervoor de format urenraming bij Inschrijfformulier 4C.
2. Envelop met Inschrijfformulier 4B (de prijs).'

1.5. In paragraaf 7 ("Ongeldigheid inschrijving") van de Offerteaanvraag is het volgende bepaald:

'Een inschrijving wordt in ieder geval ongeldig verklaard door [Beklaagde] en komt als gevolg daarvan niet meer in aanmerking voor gunning wanneer:

- de inschrijving na de sluitingstermijn is ingediend;
- in de inschrijving voorbehouden zijn opgenomen of een inschrijving onder voorwaarden is gedaan;

- de inschrijving niet voldoet aan de door [Beklaagde] gestelde voorwaarden en eisen als opgenomen in deze offerte aanvraag.'

1.6. In Bijlage 4B van de Offerteaanvraag ("Prijs") is het volgende bepaald:

'Ondergetekende verklaart hierbij dat het ingevulde prijsformulier voldoet aan de volgende voorwaarden:

- De prijs is in euro en exclusief BTW.
- De prijs is marktconform (handelsgebruikelijk en realistisch). Dat betekent onder meer dat gebruikelijke prijzen zijn geoffreerd die gebaseerd zijn op normale kostprijzen met redelijke kortingen en winstmarges.
- Er zijn geen 0 (nul) euro bedragen en negatieve prijzen geoffreerd.
- Alleen de prijzen die zijn opgenomen in onderstaand prijsformulier worden beoordeeld en gelden tijdens de uitvoering van de opdrachtverlening. Prijzen die elders in de inschrijving genoemd worden, scheppen geen enkele rechten of verplichtingen tussen opdrachtgever en opdrachtnemer tijdens de uitvoering van de opdrachtverlening.
- Het prijsformulier bevat op alle gevraagde onderdelen een prijsopgaaf. De inschrijfstaat van de aanbestedende dienst is gehanteerd zonder dat hierin wijzigingen zijn aangebracht.
- De geoffreerde prijzen gelden zonder enig voorbehoud en zijn gebaseerd te zijn op de laatste versie van de offerte aanvraag inclusief alle (eventuele) rectificaties als genoemd in de NvI.
- Alle werkzaamheden als beschreven in het Programma van Eisen en in het aangeboden Plan van Aanpak zijn verdisconteerd in de all-in prijzen van het prijsformulier.
- Onder all-in prijzen wordt verstaan, inclusief alle kosten zoals, maar niet beperkt tot, overheadkosten, kantoorkosten, reis en verblijfkosten, kosten voor verzekering etc.
- De geoffreerde prijzen en tarieven in het prijsformulier gelden in geval van gunning gedurende looptijd (inclusief verlengingen) van de opdrachtverlening (met in acht name van het doen van prijswijzigingen conform het bepaalde in de opdrachtverlening). Er wordt géén indexatie toegepast.
- Alle in de offerte aanvraag genoemde aantallen zijn indicatief en hieraan kunnen geen rechten worden ontleend.
- De navolgende nadere uitgangspunten.

Nadere uitgangspunten voor uw inschrijving

Gelet op de fase waarin het project zich nu bevindt, is nog niet geheel helder wat de omvang is van de werkzaamheden. Om de inschrijvingen goed te kunnen vergelijken, geven we navolgend enkele nadere uitgangspunten waar u voor uw inschrijving vanuit dient te gaan:

- Aantal overleggen: in totaal 14 overleggen
- B1. Input Nota van Inlichtingen: 50 vragen
- B2. Beoordeling inschrijvingen: 5 inschrijvingen
- B4. Inhoudelijke ondersteuning bij bezwaren: 20 uren
- C2. Advies bij knelpunten voortgang / wijzigingen: 300 uren
- C4. Kwaliteitstoetsing DRIS Limburg: 550 displays

Indien later blijkt dat de omvang afwijkt ten opzichte van wat is voorzien, gaan we ervan uit dat de kosten naar rato worden bijgesteld. Dit kan zowel positief als negatief zijn.

Enkele voorbeelden:

Als uiteindelijk 60 vragen beantwoord moeten worden voor onderdeel B1, worden uw kosten voor onderdeel B1: $60/50 \times$ kosten onderdeel B1 conform inschrijfstaat.

Als uiteindelijk 4 inschrijvingen worden ingediend, worden uw kosten voor onderdeel B2: $4/5 \times$ kosten onderdeel B2 conform inschrijfstaat.

	Medewerker	Functie	Uurtarief
1			
2			
3			
4			
5			

(...)

Stap Omschrijving

Medewerker Tijdsbesteding Kosten

(aantal uren) (uren * uurtarief)

(...)

B1 Input Nota van Inlichtingen

1		€	-
2		€	-
3		€	-
4		€	-
5		€	-
	subtotaal	€	-

(...)

B3 Ondersteuning vragen/bezwaar gunningsbeslissing

1		€	-
2		€	-
3		€	-
4		€	-
5		€	-
	subtotaal	€	-

(...)

C2 Advies bij knelpunten (voortgang) project

1		€	-
2		€	-
3		€	-
4		€	-
5		€	-
	subtotaal	€	-

C3 8x Voortgangsoverleg

het betreft de totale prijs

één voortgangsoverleg is $1/8$ van deze prijs

1		€	-
2		€	-
3		€	-
4		€	-
5		€	-
	subtotaal	€	-

- 1.7. De Commissie neemt aan dat daar waar hierboven onder het kopje "Nadere uitgangspunten voor uw inschrijving" wordt gesproken over "B4. Inhoudelijke ondersteuning bij bezwaren: 20 uren", bedoeld zal zijn: "B3 Ondersteuning vra-

gen/bezwaar gunningsbeslissing”, aangezien er in de daaropvolgende opsomming met invultabellen geen B4 voorkomt.

- 1.8. Klager heeft in haar inschrijving bij B3 van de inschrijfstaat in twee regels elk 20 uren ingevuld en bij C2 van de inschrijfstaat één regel ingevuld met 200 uur.
- 1.9. Beklaagde heeft op 29 januari 2015 de mededeling van de gunningsbeslissing aan klager gezonden. In de bijlage bij die mededeling heeft beklagde ter toelichting op haar gunningsbeslissing onder andere het volgende aan klager geschreven:

‘U heeft op de onderdelen B2 en C3 een prijsaanbod gedaan op basis van een aantal uren dat afwijkt van de in onze offerteaanvraag aangegeven uitgangspunten waar u van uit had moeten gaan. Wij hebben deze afwijking aangemerkt als een omissie die slechts op één manier eenvoudig hersteld kan worden, namelijk analoog aan het bepaalde in Bijlage 4B van onze Offerte aanvraag inzake ‘het naar rato bijstellen van de kosten’. Het naar rato bijstellen van de prijs zien we als enige objectieve herstellmogelijkheid. Een ander herstel of geen herstel zal leiden tot ongeldigheid van uw inschrijving vanwege schending van het gelijkheidsbeginsel.

Uit oogpunt van een eerlijke vergelijking van de verschillende inschrijvingen hebben we de door u opgegeven prijzen voor onderdelen B2 en C3 naar rato als volgt bijgesteld zodat het aantal uren overeenstemt met de meegegeven uitgangspunten:

Onderdeel	Uren ingediend	Uren uitgangspunt	Ingediende prijs	Gecorrigeerde prijs	Prijs verschil
B3 (ondersteuning vragen/bezwaren leveranciers)	40	20	[...]	[...]	[...]
C2 (adviserende realisatiefase)	200	300	[...]	[...]	[...]
Totaal					[...]

Als totale prijs voor de beoordeling is uw ingediende totaalprijs (€ [...]) gecorrigeerd met dit prijs verschil (+ [...]) = € [...]. Uw prijs is hiermee de tweede laagste prijs.’

- 1.10. De Commissie neemt aan dat daar waar hierboven in de tekst van de toelichting op de gunningsbeslissing wordt gesproken over “onderdelen B2 en C3”, bedoeld zal zijn: “onderdelen B3 en C2” overeenkomstig de tekst zoals die is weergegeven in de daaropvolgende invultabel.

2. Beschrijving klacht

Beklaagde heeft de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, de precontractuele maatstaven van redelijkheid en billijkheid en het in dat kader in acht nemen transparantie- en gelijkheidsbeginsel niet in acht genomen door de inschrijving van klager op een voor klager niet-transparante wijze aan te passen. Beklaagde heeft dat gedaan door de prijsopgaaf van klager op een punt naar boven bij te stellen en op een ander punt naar beneden bij te stellen. Hierdoor werd de geoffreerde prijs ruim € [...] hoger.

3. Onderbouwing klacht

- 3.1. Klager heeft – verplicht – gebruik gemaakt van de door beklaagde voorgeschreven bijlage 4B, de kostenraming. Bij de beoordeling van de offerte van klager heeft beklaagde de prijsopgave van klager aangepast, door deze op een punt naar boven bij te stellen en op een punt naar beneden. De totaal door klager geoffreerde prijs kwam daarmee ruim € [...] hoger uit dan door haar geoffreerd.
- 3.2. Door beklaagde zijn uitgangspunten geformuleerd, waarmee de inschrijver rekening diende te houden bij de offerte. In bijlage 4B is echter niet aangegeven dat het niet volgen van deze uitgangspunten zal leiden tot uitsluiting van de procedure. Met andere woorden: klager heeft de schatting wel degelijk als uitgangspunten genomen, maar is van mening dat zij op basis van deze uitgangspunten een eigen bijstelling kon doorvoeren. Het prijzenblad heeft hier ook de ruimte voor gelaten door in tegenstelling tot andere posten het betreffende veld vrij invulbaar te houden.
- 3.3. Klager heeft op zorgvuldige wijze haar ureninschatting gemaakt op basis van jarenlange ervaring in dergelijke DRIS projecten en haar eigen kwaliteiten in het bijzonder. Klager meende zich hierdoor mede op dit punt te kunnen onderscheiden van de overige aanbieders. Het mag dan ook niet zo zijn dat beklaagde – zonder overleg – de door klager geoffreerde bedragen aanpast. Dit maakt dat de beoordeling door beklaagde ondoorzichtig heeft plaatsgevonden. Door deze handelswijze is het voor klager volstrekt onduidelijk of, en zo ja op welke wijze en op welke punten de offertes van de andere inschrijvers zijn aangepast. Ook is niet duidelijk of de andere inschrijvers zijn geïnformeerd over de aanpassing in de offerte van klager. Bovendien vormt de offerte de basis voor de contractafsluiting en kan door de handelswijze van beklaagde onduidelijkheid ontstaan over de voorwaarden waaronder het contract is afgesloten en welke afspraken en prijzen gelden.

4. Reactie beklaagde

- 4.1. Beklaagde stelt in de Offerteaanvraag uitgangspunten te hebben meegegeven omdat de omvang van de onderdelen van de opdracht ten tijde van de uitvraag moeilijk te bepalen was en om te voorkomen dat de verschillende inschrijvers hiervoor (sterk) uiteenlopende aannames zouden doen. De uitgangspunten vormden een voorwaarde waar aan voldaan moest worden. Dit blijkt uit het prijzenformulier (bijlage 4B) in combinatie met paragraaf 7 ("Ongeldigheid inschrijving") van de Offerteaanvraag. Niet is gebleken dat beklaagde niet met deze uitgangspunten heeft ingestemd, terwijl over die uitgangspunten in het kader van de Nota van Inlichtingen ook overigens geen vragen zijn gesteld.
- 4.2. Alle inschrijvers met uitzondering van klager hebben (expliciet) conform deze uitgangspunten een prijs ingediend. Indien beklaagde de door klager voorgestelde afwijking zou toestaan, zou dit oneerlijk zijn ten opzichte van de andere inschrijvers, waardoor het gelijkheidsbeginsel zou worden geschonden.
- 4.3. Beklaagde stelt de inschrijving van klager niet terzijde te hebben gelegd omdat terzijdelegging in haar ogen niet redelijk zou zijn in verhouding tot de door klager geleverde inspanningen om de offerte te maken. Beklaagde beroept zich in dit verband op de objectieve herstellmogelijkheid die volgens haar bestaat, waarbij zij verwijst naar het in de Offerteaanvraag aangegeven principe dat prijzen naar rato worden bijgesteld.

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt voorop dat beklaagde een meervoudig onderhandse aanbesteding heeft gehouden. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 (in het bijzonder afdeling 1.2.4) Aw 2012.
- 5.2. Klager klaagt in de kern over het feit dat beklaagde haar inschrijving heeft aangepast en dat zij dat heeft gedaan op voor klager niet-transparante wijze. Het gevolg van die aanpassing is dat de inschrijving van klager als tweede in rangorde is geëindigd. In de (onderbouwing van de) klacht ligt besloten dat klager er van uitgaat dat zij een geldige inschrijving heeft gedaan en dat die inschrijving – wanneer beklaagde deze niet zou hebben aangepast – als eerste in rangorde zou zijn geëindigd.
- 5.3. In de reactie op de klacht ligt besloten dat beklaagde er van uitgaat dat klager een ongeldige inschrijving heeft gedaan, maar dat sprake is van een gebrek dat zich voor herstel leende.
- 5.4. Gelet op het voorgaande overweegt de Commissie dat eerst zal moeten worden nagegaan – nu partijen die vraag immers verschillend beantwoorden – of klager een geldige inschrijving heeft gedaan. De Commissie beantwoordt die vraag als volgt.
 - 5.4.1. In paragraaf 7 (“Ongeldigheid inschrijving”) van de Offerteaanvraag is onder andere bepaald dat een inschrijving in ieder geval ongeldig wordt verklaard en daarmee niet meer voor gunning in aanmerking komt wanneer de inschrijving niet voldoet aan de door beklaagde in de Offerteaanvraag gestelde voorwaarden en eisen. In bijlage 4B van de Offerteaanvraag (“Prijzen”) is onder andere bepaald dat wanneer een inschrijver het door hem ingevulde prijsformulier ondertekent, hij daarmee verklaart dat het prijsformulier op alle gevraagde onderdelen een prijsopgave bevat en dat hij de inschrijfstaat van beklaagde heeft gehanteerd zonder dat hierin wijzigingen zijn aangebracht. Tevens heeft beklaagde in die bijlage (onder “Nadere uitgangspunten voor uw inschrijving”) enkele nadere uitgangspunten bepaald waarvan de inschrijvers bij het invullen van het prijsformulier dienden uit te gaan (zie 1.5 en 1.6 hiervoor).
 - 5.4.2. Tussen partijen staat niet ter discussie dat klager bij het invullen van het prijsformulier is afgeweken van een aantal van de in bijlage 4b genoemde uitgangspunten.
 - 5.4.3. Klager stelt dat het prijzenblad haar de ruimte liet om af te wijken van de hiervoor bedoelde uitgangspunten en dat in bijlage 4B ook overigens niet is aangegeven dat een dergelijke afwijking zal leiden tot uitsluiting van de aanbestedingsprocedure. De Commissie is van oordeel dat klager er met die stelling aan voorbij gaat dat in paragraaf 7 (“Ongeldigheid inschrijving”) van de Offerteaanvraag uitdrukkelijk is bepaald dat een inschrijving in ieder geval ongeldig wordt verklaard en daarmee niet meer voor gunning in aanmerking komt wanneer de inschrijving niet voldoet aan de door beklaagde in de Offerteaanvraag gestelde voorwaarden en eisen. Daartoe behoren ook de uitgangspunten die beklaagde in bijlage 4B heeft opgenomen.
 - 5.4.4. Het voorgaande leidt tot het oordeel dat klager een ongeldige inschrijving heeft gedaan.

- 5.5. De te beantwoorden vraag is vervolgens of het gebrek in de inschrijving van klager zich leende voor herstel. De Commissie beantwoordt die vraag als volgt, voortbouwend op haar Advies 89 (zie overweging 5.2 van dat advies).
- 5.5.1. Afdeling 1.2.4 Aw 2012 kent geen regeling met betrekking tot de voorwaarden waaronder gebreken in een inschrijving, die in het kader van een meervoudig onderhandse procedure is ingediend, mogen worden hersteld. Art. 1.15 lid 1 Aw 2012 bepaalt daarentegen wel dat een aanbestedende dienst de inschrijvers op gelijke wijze dient te behandelen.
- 5.5.2. Bij de beantwoording van de in 5.5 hiervoor gestelde vraag sluit de Commissie voor wat betreft de uitleg van het bepaalde in art. 1.15 lid 1 Aw 2012 aan bij de uitleg die het HvJ EU heeft gegeven aan het gelijkheidsbeginsel van art. 2 Richtlijn 2004/18/EG (vergelijk ook Hof Arnhem 11 november 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:8646, r.o. 5.11 e.v.; Hof Den Bosch 24 februari 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:618, r.o. 3.1 sub a *jo.* 3.7 e.v.; Rb. Den Haag (vzr.) 18 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:5996, r.o. 2.1 *jo.* 4.7; Rb. Rotterdam (vzr.) 30 april 2015, ECLI:NL:RBROT:2015: 3342, r.o. 2.1 *jo.* 4.2; Rb. Oost-Brabant (vzr.) 28 juli 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:4570, r.o. 2.1 *jo.* 4.2).
- 5.5.3. De hiervoor bedoelde jurisprudentie komt er – kort gezegd – op neer dat wanneer een inschrijver zijn inschrijving heeft ingediend, die inschrijving in beginsel niet meer mag worden aangepast op initiatief van de aanbestedende dienst of van de inschrijver zelf. De verplichting van een aanbestedende dienst om de inschrijvers op gelijke en niet-discriminerende wijze te behandelen en de hieruit voortvloeiende transparantieplichting verzetten zich daartegen. Deze verplichtingen staan er echter niet aan in de weg dat, in uitzonderlijke gevallen, de inschrijvingen gericht kunnen worden verbeterd of aangevuld, met name omdat deze klaarblijkelijk een eenvoudige precisering behoeven, of om kennelijke materiële fouten recht te zetten, mits deze wijziging er niet toe leidt dat in werkelijkheid een nieuwe inschrijving wordt voorgesteld (HvJ EU 29 maart 2012, zaak C-599/10 (SAG), r.o. 40). Het maken van een dergelijke uitzondering is echter uitgesloten ingeval van ontbrekende informatie die op straffe van uitsluiting moet worden verstrekt (HvJ EU 10 oktober 2013, zaak C-336/12 (Manova) r.o. 40).
- 5.5.4. De Commissie is van oordeel dat de in bijlage 4B van de Offerteaanvraag opgenomen uitgangspunten – waar de inschrijving van klager niet aan voldoet – het karakter hebben van knock-outeisen. Dat laatste volgt immers uit paragraaf 7 (“Ongeldigheid inschrijving”) van de Offerteaanvraag, waarin is bepaald dat wanneer de inschrijving niet voldoet aan de door beklagde in de Offerteaanvraag gestelde voorwaarden en eisen, een inschrijving in ieder geval ongeldig wordt verklaard en daarmee niet meer voor gunning in aanmerking komt.
- 5.5.5. Gelet op het voorgaande is de Commissie dan ook van oordeel dat de ongeldige inschrijving van klager van verdere beoordeling diende te worden uitgesloten en dat de mogelijkheid was afgesneden om een gebrek in die inschrijving te herstellen, nog daargelaten of beklagde dat herstel zelf mocht uitvoeren zonder klager daar vooraf in te kennen.
- 5.6. Het voorgaande betekent dat de klacht op zichzelf gegrond is: het was beklagde – zoals klager terecht stelt – niet toegestaan de inschrijving van klager aan te passen. Anders dan klager is de Commissie echter van oordeel dat beklagde de inschrijving van klager in plaats daarvan ongeldig had moeten verklaren en klager van verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure had moeten uitsluiten.

6. Advies

De Commissie acht de klacht **gegrond**, met de kanttekening die zij in overweging 5.6 heeft geplaatst.

7. Aanbeveling

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

Den Haag, 9 mei 2016

w.g.:

Mr. J.G.J. Janssen
Voorzitter

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

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid