

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 360

1. Feiten

- 1.1. Beklaagde is een Europese openbare procedure gestart voor een overheidsopdracht voor werken betreffende de renovatie van een rioolwaterzuiveringsinstallatie (RWZI). De opdracht is onderverdeeld in vier percelen.
- 1.2. In de Inschrijvingsleidraad van 31 maart 2016 is het volgende bepaald:

'3.2 Motivatie afwijken UAV-2012

De UAV-2012 is op deze opdracht niet van toepassing. Daarvoor in plaats stellen wij de '[Beklaagde] Algemene Voorwaarden voor het verstrekken van opdrachten tot het uitvoeren van werken 2013 ([Beklaagde]AV-2013).

In de periode vóór de inwerkingtreding van het Aanbestedingsbesluit 2012 heeft [Beklaagde] de UAV wel toegepast, maar daarbij maakten wij – net als vele andere aanbestedende diensten – op een aantal van de artikelen uit de UAV uitzonderingen, bijvoorbeeld op het artikel over de aansprakelijkheid van de aannemer voor gebreken die pas na de oplevering worden opgemerkt. Volgens dat artikel is de aannemer alleen aansprakelijk als de opdrachtgever voldoende toezicht heeft gehouden en het gebrek niet zonder meer opgemerkt had kunnen worden tijdens de uitvoering (§ 12, kennelijk toezicht). Deze uitzondering was – ongeacht het aanbestede project – altijd van toepassing.

De Gids Proportionaliteit (als onderdeel van het Aanbestedingsbesluit) heeft gemeend aan deze praktijk een einde te moeten maken. De Gids stelt (in Voorschrift 3.9C) dat: "daar waar paritair vastgestelde voorwaarden (zoals de UAV) voorhanden zijn, deze integraal door de aanbestedende dienst moeten worden toegepast". Van integrale toepassing mag alleen afgeweken worden indien project specifieke omstandigheden daartoe aanleiding geven, hierbij geldt voor de aanbesteder het principe 'pas toe of leg uit'.

[Beklaagde] wenst niet gehouden te zijn om uitzonderingen op de UAV bij iedere aanbesteding telkenmale te moeten motiveren. Ongeacht het werk zijn er bepalingen in deze voorwaarden die we bij ongewijzigde toepassing niet acceptabel vinden (zoals voornoemd § 12). Om onder de werking van Voorschrift 3.9C van de Gids Proportionaliteit uit te komen hebben wij daarom besloten de [Beklaagde]AV-2013 op te stellen. Aanbestedende diensten mogen hun eigen inkoopvoorwaarden hanteren, maar mogen deze voorwaarden niet dwingend opleggen. Voorschrift 3.9B van de Gids Proportionaliteit stelt dat: "*indien contractmodellen of inkoopvoorwaarden worden gehanteerd, de aanbestedende dienst de kans moet bieden suggesties te doen voor aanpassingen aan de conceptovereenkomst of af te wijken van de overlegde inkoopvoorwaarden*".

Die mogelijkheid wordt door ons altijd in aanbestedingsprocedures geboden, in de inlichtingenronde die leidt tot een nota van inlichtingen mogen tekstsuggesties gedaan worden voor aanpassing of aanvulling van de [Beklaagde]AV-2013.

Wij zijn ons ervan bewust dat de markt gewend is aan de inhoud en de structuur van de UAV-2012. Om hen van dienst te zijn hanteren wij daarom voor de [Beklaagde]AV-2013 een met de UAV-2012 vergelijkbare structuur en komt de

hoofdstukindeling en de paragraafnummers in beide voorwaarden met elkaar overeen. Verder hebben wij een lijst opgesteld waarin alle wijzigingen en aanvullingen in de [Beklaagde]AV-2013 ten opzichte van de UAV-2012 overzichtelijk naast elkaar zijn gezet. Deze lijst is op TenderNed als aanbestedingsdocument gepubliceerd.'

- 1.3. Beklaagde heeft in het kader van de onderhavige aanbestedingsprocedure het document 'Verschillen tussen [Beklaagde]AV 2013 en UAV 2012' gepubliceerd. Dat document omvat 30 pagina's.

2. Beschrijving klacht

2.1. Klachtonderdeel 1

Beklaagde handelt in strijd met Voorschrift 3.9 C door een eigen set algemene voorwaarden te hanteren en niet de paritair opgestelde UAV 2012.

2.2. Klachtonderdeel 2

Beklaagde handelt in strijd met Voorschrift 3.9 C door de afwijkingen van de UAV 2012 onvoldoende te motiveren.

3. Onderbouwing klacht

3.1. Klachtonderdeel 1

- 3.1.1. Voorschrift 3.9 C Gids Proportionaliteit stelt dat paritair opgestelde algemene voorwaarden integraal dienen te worden toegepast indien deze voorhanden zijn voor een bepaalde soort overeenkomst. Klager stelt dat dit het geval is. Dit soort opdrachten wordt regelmatig aanbesteed met toepassing van de UAV of de UAV-GC.

- 3.1.2. De door beklagde gehanteerde eigen algemene voorwaarden zijn afgeleid van de UAV 2012, maar voorzien in een groot aantal aanpassingen. Dit blijkt uit een overzicht dat de aanbestedende dienst heeft gemaakt om de verschillen tussen de eigen algemene voorwaarden en

- 3.1.3. de UAV 2012 duidelijk te maken. De UAV 2012 worden dus niet integraal toegepast. De eigen set algemene voorwaarden van beklagde zijn eenzijdig vastgesteld en kunnen niet worden aangemerkt als paritair opgestelde algemene voorwaarden.

3.2. Klachtonderdeel 2

- 3.2.1. Voorschrift 3.9 C Gids Proportionaliteit staat toe af te wijken van paritair opgestelde algemene voorwaarden indien projectspecifieke situaties dat noodzakelijk maken. De motivering van beklagde beperkt zich tot het duiden dat zij bezwaren heeft tegen de uitvoering van Voorschrift 3.9 C Gids Proportionaliteit op zichzelf.

- 3.2.2. Het openstellen van de mogelijkheid om aanpassingen op de eigen algemene voorwaarden voor te stellen is geen passend substituut voor het afwijken van Voorschrift 3.9 C Gids Proportionaliteit. Voorschrift 3.9 B en 3.9 C dienen beiden te worden gerespecteerd. Het is niet het een of het ander.

4. Reactie beklagde

4.1. Klachtonderdeel 1

- 4.1.1. Nu de UAV 2012 paritair opgestelde voorwaarden betreffen, interpreteert klager Voorschrift 3.9 C Gids Proportionaliteit als dwingendrechtelijke instructie dat beklagde de UAV 2012 dient toe te passen en niet haar eigen algemene voorwaarden. Volgens beklagde moet in dat kader de volgende vraag worden beantwoord: dienen de paritair opgestelde voorwaarden UAV 2012 als dwingendrechtelijk toe te passen standaardregeling begrepen te worden zoals in wetgeving opgenomen? Om deze vraag te kunnen beantwoorden acht beklagde historische verdieping noodzakelijk. Daartoe heeft beklagde het volgende naar voren gebracht.
- 4.1.2. De Hoge Raad heeft (naar aanleiding van de eenmalige mogelijkheid in 1950 dat algemene condities door de Hoven te Den Haag (zie Hof 's-Gravenhage 6 maart 1963 SS 1963 no 33 en 19 januari 1967 NJ 1968 no 384) en Arnhem (zie Hof Arnhem 20 oktober 1964 NJ 1966 no 56 en 22 februari 1967 NJ 1967 no 404 SS 1968 no 3) in verschillende zin werden uitgelegd (zie Hondius (diss), nr. 281) toegestemd met het oordeel dat de termen 'reglementen', 'statuten' en 'standaardbedingen' te weinig omlijnd waren en ook niet afdoend konden worden gepreciseerd (zie Asser procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen (2005) nr. 89), bijvoorbeeld door te spreken van 'statuten en organieke reglementen van rechtspersonen' (zie J.C.M. Leyten, 'Moeten olifanten verpakt worden?', *NJB* 1970, 1337-1348, waarover T.W. Mertens en Th.H.J. Dorrestein, *NJB* 1971, 24-27, met naschrift van J.C.M. Leyten en voorts de literatuur in *Contractenrecht VII* no 186). In het kader van rechtszekerheid speelt sindsdien de behoefte aan afbakening en adressering van voorwaarden en regelingen.
- 4.1.3. In wetgeving is inmiddels met art. 6:214 BW de mogelijkheid hiertoe gecreëerd. Een daartoe door de Minister van Justitie te benoemen commissie kan standaardregelingen vaststellen voor bijzondere soorten van overeenkomsten, door een der partijen gesloten in de uitoefening van haar beroep of bedrijf. Deze worden onderworpen aan goedkeuring door de Kroon en worden afgekondigd in de Nederlandse Staatscourant, waardoor zij de rang van wettelijk voorschrift verkrijgen. Het betreffende wetsartikel is echter tot nog toe een dode letter gebleven: er zijn tot op heden geen standaardregelingen tot stand gebracht. Een en ander is zodoende bij het oude gebleven.
- 4.1.4. In de praktijk lijkt de Hoge Raad van een verruiming van zijn taak op dit gebied niet of nauwelijks te willen weten. Zo oordeelde het college dat de Uniforme Administratieve Voorwaarden (UAV) geen recht in de zin van art. 99 Wet RO zijn:
- 'De UAV behelzen immers slechts algemene voorwaarden welke de pp. op wier overeenkomst zij van toepassing zijn, niet binden krachtens de in de Ned. Staatscourant gepubliceerde ministeriële beschikking waarbij zij zijn vastgesteld maar doordat zij, kort gezegd, zijn overeengekomen', (zie HR 12 mei 1989, NJ 1989, 615, ECLI:NL:PHR:1989:AC2493 en ECLI:NL:HR:1989:AC2493).
- 4.1.5. De standaardregeling zoals bedoeld in wetgeving (art. 6:214 BW) betreft de eventuele regeling tussen de belanghebbende groeperingen. Het gaat daarbij om een instrument van de betreffende branche welke goedgekeurd moet zijn door de Minister van Justitie. Dit laatste is een wezenlijk verschil ten opzichte van Uniforme Algemene Voorwaarden zoals de UAV 2012.
- 4.1.6. Algemene Voorwaarden zijn contractuele bedingen die standaard door de ene partij aan wederpartijen worden opgelegd (zie art. 231-247 afdeling 3, Boek 6,

BW). Een standaardregeling is echter een vorm van wetgeving (wet in de materiele zin), die derhalve van rechtswege van toepassing is, d.w.z. ongeacht de vraag of partijen dat willen of beseffen. Eventuele uniformiteit noch paritaire totstandkoming van zulke voorwaarden doen daar niets aan af.

- 4.1.7. Het doel van een standaardregeling zoals in wetgeving opgenomen (art. 6:214 BW) heeft de bedoeling om het algemeen contractenrecht voor een specifieke situatie aan te vullen, waarbij dwingende regels worden opgelegd in plaats van facultatieve regels (d.w.z. dat partijen daarvan mogen afwijken). Met andere woorden; de UAV 2012 is weliswaar een bouwbreed gedragen (Breed Overleg) regeling maar daarmee nog niet een standaardregeling opgenomen in wetgeving.
- 4.1.8. De UAV zijn tot op heden de meest gebruikte algemene voorwaarden in de Nederlandse bouwsector. Hoewel de UAV 2012 door de overheid zijn vastgesteld (zie Besluit vaststelling Uniforme administratieve voorwaarden voor de uitvoering van werken en van technische installatiewerken 2012 (UAV 2012) Nr. 1567, 30 januari 2012), zijn deze niet automatisch op een bouwcontract van toepassing. De UAV 2012 betreffen immers algemene voorwaarden die uitsluitend op een overeenkomst van toepassing zijn wanneer deze door partijen op de overeenkomst van toepassing zijn verklaard. Dit kan door middel van een verwijzing naar de UAV in de offerte, het bestek of de technische omschrijving en uiteraard ook in de aannemingsovereenkomst zelf. De UAV 2012 hebben zodoende géén gevolgen voor overeenkomsten waarop deze niet van toepassing zijn verklaard.
- 4.1.9. De UAV 2012 betreft een ministeriële regeling oftewel een (uitvoerings)regeling die vastgesteld wordt door een minister. In Nederland betekent dit dat noch de ministerraad noch de Eerste en Tweede Kamer er aan te pas komen. Een minister heeft de bevoegdheid tot het maken van een ministeriële regeling die wordt voorbereid op het departement van de betreffende minister waarna deze vervolgens gepubliceerd wordt in de Staatscourant. Daarmee is de regeling van kracht geworden. In de op 30 januari 2012 gepubliceerde tekst in de Staatscourant aangaande de UAV 2012 staat daarom terecht; 'Deze beschikking zal in de Staatscourant worden geplaatst'. Een ministeriële regeling wordt daarom in de *Staatscourant* geplaatst. Een wet en een Algemene Maatregel van Bestuur (AMvB) daarentegen, wordt in het *Staatsblad* gepubliceerd.
- 4.1.10. Tenslotte: Naar aanleiding van Kamervragen (7 april 2014, kenmerk DGETM-MC / 14031586) over onder meer de wijze waarop bevorderd wordt dat algemene inkoopvoorwaarden (die als model worden gebruikt voor contractvoorwaarden bij overheidsopdrachten) samen met het bedrijfsleven worden opgesteld en worden nageleefd, antwoordt de Minister dat die samenwerking voor zowel de rijksinkoopvoorwaarden (ARIV, ARVODI en ARBIT) als de VNG model inkoopvoorwaarden heeft plaatsgevonden. De nieuwe rijksinkoopvoorwaarden zijn inmiddels bij besluit van 26 maart 2014 vastgesteld (Besluit vaststelling Algemene Rijksvoorwaarden bij IT-overeenkomsten (ARBIT-2014, ARIV-2014 en ARVODI-2014)). Door het ontbreken van de UAV 2012 in de hier genoemde modellen kunnen de UAV 2012 evenmin begrepen worden als rijksinkoopvoorwaarden.
- 4.1.11. Naar de mening van beklagde valt niet in te zien dat de toepassing van de UAV 2012, met slechts een beperkt aantal (ongemotiveerde) aanpassingen opgenomen in het bestek, de gepaste oplossing vormt.
- 4.1.12. Nu de opgestelde voorwaarden UAV 2012 (slechts) als paritaire voorwaarden begrepen dienen te worden, echter uitdrukkelijk niet als wettelijk voorgeschreven standaardregeling, dient voorschrift 3.9 C van de Gids proportionaliteit hier volgens beklagde te worden gelezen als:

'Indien de paritair opgestelde UAV 2012 facultatief toegepast wordt, past de aanbestedende dienst deze integraal toe.'

4.1.13. Beklaagde acht klachtonderdeel 1 op grond van het voorgaande ongegrond.

4.2. Klachtonderdeel 2

4.2.1. Beklaagde stelt onder verwijzing naar haar reactie op het eerste klachtonderdeel dat de UAV 2012 niet kunnen worden begrepen als verplicht toe te passen standaardregeling bij bouwovereenkomsten en dat beklagde bij toepassing van haar eigen algemene voorwaarden de Gids Proportionaliteit als verplicht richtsnoer dient aan te houden. Omdat de eigen algemene voorwaarden niet paritair zijn opgesteld, geldt het vereiste van integrale toepassing van Voorschrift 3.9 C Gids Proportionaliteit volgens beklagde niet. Beklaagde neemt in haar reactie op het onderhavige klachtonderdeel dan ook tot uitgangspunt dat toepassing van de eigen algemene voorwaarden rechtmatig is.

4.2.2. Overeenkomstig de Gids Proportionaliteit heeft beklagde de eigen algemene voorwaarden afgestemd op het geheel van clausules in de nog af te sluiten overeenkomsten. In dat kader citeert beklagde de volgende passage uit paragraaf 3.9 'Contractvoorwaarden' van de Gids Proportionaliteit, versie januari 2013, p. 52:

'Aangezien inschrijven onder voorwaarden niet is toegestaan, gaat het hier specifiek om voorwaarden die door de aanbestedende dienst zelf op de aan te besteden opdracht van toepassing worden verklaard. Hierbij valt zowel te denken aan besteksvoorwaarden als aan eventuele inkoopvoorwaarden van een aanbestedende dienst.

Aanbestedende diensten en bedrijven maken afwegingen of contract-, inkoop- en leveringsvoorwaarden acceptabel zijn. Het gebruik van proportionele voorwaarden is dan ook in het belang van zowel de aanbestedende dienst als de inschrijvende partijen. Het geheel van clausules in een contract inclusief inkoopvoorwaarden worden het best gezien in hun onderlinge samenhang. (...)'

4.2.3. Beklaagde voert aan dat zij met het van toepassing verklaren van haar eigen algemene voorwaarden voldoet aan Voorschrift 3.9 B Gids Proportionaliteit. Dit voorschrift bepaalt dat tijdens de aanbestedingsprocedure potentiële inschrijvers altijd de kans dienen te krijgen suggesties te doen voor eventuele aanpassingen aan de conceptovereenkomst of af te wijken van de inkoopvoorwaarden. Het opleggen van een overeenkomst zonder enige mogelijkheid voor de inschrijver suggesties in te dienen is daarmee in beginsel disproportioneel. In aanbestedingsprocedures waarin de eigen algemene voorwaarden van toepassing worden verklaard, biedt beklagde potentiële inschrijvers altijd de mogelijkheid onderbouwde wijzigingsvoorstellen op die voorwaarden in te dienen conform Voorschrift 3.9 B Gids Proportionaliteit.

4.2.4. Ook als de wijzigingen in de eigen algemene voorwaarden ten opzichte van de UAV 2012 als proportioneel kunnen worden begrepen, blijft volgens beklagde gelden dat de eigen algemene voorwaarden niet paritair zijn opgesteld en daarom ongemotiveerd kunnen worden ingeroepen. In aanbestedingsprocedures waarin de eigen algemene voorwaarden van toepassing worden verklaard, neemt beklagde altijd Voorschrift 3.9 B Gids Proportionaliteit in acht. Hiermee is volgens beklagde weerlegd dat beklagde bezwaren heeft tegen de toepassing van Voorschrift 3.9 C Gids Proportionaliteit op zichzelf. Klachtonderdeel 2 mist daarmee naar de overtuiging van beklagde grondslag.

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt vast dat beklagde een Europese openbare procedure is gestart voor een overheidsopdracht voor werken betreffende de renovatie van een rioolwaterzuiveringsinstallatie (RWZI). De opdracht is onderverdeeld in vier percelen. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Delen 1 en 2 Aw 2012 en onder meer Voorschrift 3.9 C Gids Proportionaliteit (versie januari 2013).
- 5.2. Een aanbestedende dienst moet op grond van artikel 1.10, lid 4, Aw 2012 hetzij de voorschriften van de Gids Proportionaliteit toepassen, hetzij een afwijking van die voorschriften motiveren in de aanbestedingsstukken.
- 5.3. In Voorschrift 3.9 C Gids Proportionaliteit (versie januari 2013) is het volgende bepaald: 'In gevallen waarin voor een bepaalde soort overeenkomst contractmodellen of algemene voorwaarden bestaan die paritair zijn opgesteld, past de aanbestedende dienst deze integraal toe.' De toelichting op Voorschrift 3.9 C Gids Proportionaliteit noemt de UAV 1989 als een voorbeeld van paritair opgestelde voorwaarden (zie blz. 53 Gids Proportionaliteit). In de toelichting van de eerste herziene versie van de Gids Proportionaliteit van april 2016 worden als voorbeeld van paritair opgestelde voorwaarden de versies 1989 en 2012 van de UAV genoemd (zie blz. 65 Gids Proportionaliteit versie april 2016).
- 5.4. De Commissie stelt vast dat klager met haar klachtonderdelen in de kern van de zaak klaagt over de niet-naleving door beklagde van Voorschrift 3.9 C Gids Proportionaliteit jo. artikel 1.10, lid 4, Aw 2012. Geklaagd wordt immers over het door beklagde niet integraal toepassen van de paritair vastgestelde UAV 2012 in samenhang met het niet, althans niet deugdelijk, motiveren van de afwijking van die voorwaarden. Daarmee lenen de beide klachtonderdelen zich voor een gezamenlijke behandeling. Bij deze behandeling zal de Commissie het toetsingskader in haar eerdere Advies 228 tot uitgangspunt nemen.
- 5.5. De Commissie stelt vast dat beklagde er van uitgaat dat – nu de UAV 2012 "slechts" als paritaire voorwaarden begrepen dienen te worden en uitdrukkelijk niet de status hebben van wettelijk voorgeschreven standaardregeling (zie 4.1.1 jo. 4.1.12 hiervoor) – Voorschrift 3.9 C Gids Proportionaliteit haar de vrijheid laat om in plaats van de UAV 2012 haar eigen inkoopvoorwaarden van toepassing te verklaren op overeenkomsten die zij door middel van een gereguleerde aanbestedingsprocedure tot stand brengt. Beklagde stelt voorts dat zij in dat geval wel gehouden is de overige voorschriften van paragraaf 3.9 van de Gids Proportionaliteit als verplicht richtsnoer aan te houden. Omdat haar eigen algemene voorwaarden niet paritair zijn opgesteld, geldt het vereiste van integrale toepassing van Voorschrift 3.9 C Gids Proportionaliteit volgens beklagde niet (zie 4.2.1 hiervoor).
- 5.6. De Commissie deelt de lezing van beklagde van Voorschrift 3.9 C Gids Proportionaliteit niet. Voorschrift 3.9 C Gids Proportionaliteit, gelezen in verband met de toelichting op dat voorschrift, laat er geen misverstand over bestaan dat in een geval als het onderhavige, waarin voor een overeenkomst algemene voorwaarden bestaan die paritair zijn opgesteld zoals de UAV 1989 en de UAV 2012, een aanbestedende dienst verplicht is – behoudens gemotiveerde afwijking – deze voorwaarden integraal toe te passen. Deze verplichting geldt dus niet alleen in het geval dat een aanbestedende dienst er voor kiest om paritair opgestelde algemene voorwaarden zoals de UAV 1989 en de UAV 2012 vrijwillig toe te passen. De hiervoor bedoelde verplichting van een aanbestedende dienst vindt haar basis in de wet: zie artikel 1.10, lid 4, Aw 2012 in samenhang met artikel 1.10, lid 1 en lid 3, Aw 2012 en artikel 10 Aanbestedingsbesluit.

- 5.7. Bij de verdere beoordeling van de klacht neemt de Commissie tot uitgangspunt dat tussen partijen niet ter discussie staat dat beklagde in haar eigen algemene voorwaarden is afgeweken van verschillende bepalingen van de UAV 2012. Daarmee staat vast dat beklagde Voorschrift 3.9 C Gids Proportionaliteit niet heeft toegepast.
- 5.8. Beklagde heeft in paragraaf 3.2 van de Inschrijvingsleidraad (zie 1.2 hiervoor) gemotiveerd waarom zij heeft afgezien van integrale toepassing van de UAV 2012. De te beantwoorden vraag is of beklagde met die motivering heeft voldaan aan haar motiveringsplicht van art. 1.10, lid 4, Aw 2012, zodat aan het niet toepassen van Voorschrift 3.9 C Gids Proportionaliteit geen betekenis meer toekomt.
- 5.9. Alvorens deze vraag hierna in 5.10 e.v. te beantwoorden, maakt de Commissie de navolgende algemene opmerkingen. Die opmerkingen hebben mede betrekking op het toetsingskader dat bij de beantwoording van de vraag moet worden toegepast.
- 5.9.1. In de eerste plaats is de Commissie van oordeel dat een aanbestedende dienst – in het geval dat hij Voorschrift 3.9 C Gids Proportionaliteit niet wenst toe te passen – zich niet van zijn motiveringsplicht van art. 1.10, lid 4, Aw 2012 ontslagen mag achten wanneer hij de (potentiële) inschrijvers in de gelegenheid heeft gesteld om suggesties, opmerkingen en tekstvoorstellen met betrekking tot de door hem opgestelde algemene voorwaarden te doen. Anders dan beklagde lijkt te veronderstellen (zie paragraaf 3.2 van de Inschrijvingsleidraad) heeft zij met het bieden van die gelegenheid weliswaar voldaan aan haar verplichting om Voorschrift 3.9 B Gids Proportionaliteit toe te passen, maar is het niet toepassen van Voorschrift 3.9 C alleen toegestaan wanneer dat wordt gemotiveerd met inachtneming van het bepaalde in art. 1.10, lid 4, Aw 2012 (zie ook Advies 228, overweging 5.7.1).
- 5.9.2. In de tweede plaats is de Commissie van oordeel dat een aanbestedende dienst zijn motiveringsplicht van art. 1.10, lid 4, Aw 2012 in een geval als het onderhavige mag naleven door generiek te motiveren waarom hij de UAV 2012 niet integraal heeft toegepast. Een aanbestedende dienst is derhalve niet verplicht om elke afwijking van elke individuele bepaling van de UAV 2012 specifiek en afzonderlijk te motiveren. Het voorgaande laat echter onverlet dat dergelijke individuele afwijkingen wel zullen moeten kunnen worden gedragen door een generieke motivering zoals hiervoor bedoeld (zie ook Advies 228, overweging 5.7.3).
- 5.9.3. De wetgever heeft in art. 1.10 Aw 2012 en in de Gids Proportionaliteit niet uitdrukkelijk voorzien in een normatieve toetsingsmaatstaf aan de hand waarvan in concrete gevallen dient te worden bepaald of een afwijking van de hoofdregel van lid 4 van dat artikel – namelijk: dat een aanbestedende dienst een voorschrift van de Gids niet toepast – is toegestaan. In het verlengde daarvan heeft de wetgever evenmin voorzien in een regeling van de aspecten waarop een aanbestedende dienst in zijn motivering acht moet slaan bij de beantwoording van de vraag waarom hij van oordeel is dat een afwijking van een dergelijk voorschrift is toegestaan. In de algemene toelichting op de Gids Proportionaliteit is slechts bepaald: 'In voorkomend geval zal gemotiveerd aangegeven moeten worden, waarom en in hoeverre in die specifieke situatie een afwijkend standpunt gerechtvaardigd is. Afwijking van de voorschriften kan derhalve niet zonder goede grond' (zie Toelichting Gids Proportionaliteit, versie januari 2013, blz. 7), terwijl in de specifieke toelichting op Voorschrift 3.9 C Gids Proportionaliteit is bepaald dat 'Projectspecifieke situaties (...) het noodzakelijk [kunnen] maken om van die modellen of voorwaarden af te wijken, maar die afwijkingen dienen dan wel te kun-

nen worden gemotiveerd' (zie Toelichting Gids Proportionaliteit, versie januari 2013, blz. 53).

- 5.9.4. Niettegenstaande het voorgaande is de Commissie van oordeel dat – gegeven de doelstellingen die de wetgever met art. 1.10 Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit heeft beoogd – het een aanbestedende dienst is toegestaan af te wijken van Voorschrift 3.9C Gids Proportionaliteit wanneer die beslissing voldoende wordt gedragen door een uit de motivering van die afwijking blijkende goede afweging van de volgende aspecten (zie ook Advies 228, overweging 5.7.5):
- (i) de aard en omvang van de met het voorwerp van de opdracht en de marktsituatie verband houdende projectspecifieke belangen van de aanbestedende dienst, die voor hem de aanleiding zijn geweest om de UAV 2012 niet integraal toe te passen;
 - (ii) de mate waarin in de UAV 2012 niet dan wel onvoldoende rekening is gehouden met de belangen zoals hiervoor bedoeld;
 - (iii) de mate waarin de door de aanbestedende dienst van toepassing verklaarde voorwaarden van de overeenkomst – niettegenstaande dat daarmee wordt afgeweken van de UAV 2012 – in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht;
 - (iv) de mate waarin het voor de aanbestedende dienst mogelijk is (geweest) om de projectspecifieke belangen te dienen door het treffen van andere en minder vergaande maatregelen dan het niet integraal toepassen van de UAV 2012.
- 5.9.5. Daarmee komt de Commissie toe aan de beantwoording van de in 5.9 gestelde vraag of beklagde met haar motivering in de Inschrijvingsleidraad heeft voldaan aan haar motiveringsplicht van art. 1.10, lid 4, Aw 2012.
- 5.10. De Commissie stelt vast dat beklagde in paragraaf 3.2 van de Inschrijvingsleidraad (zie 1.2 hiervoor) generiek heeft gemotiveerd waarom zij de UAV 2012 niet integraal heeft toegepast. Beklaagde heeft in dat verband slechts gesteld dat er, ongeacht het werk, bepalingen in de UAV 2012 zijn die beklagde bij ongewijzigde toepassing niet acceptabel vindt. Als voorbeeld heeft beklagde § 12 van de UAV 2012 genoemd, zonder toe te lichten waarom zij die bepaling onacceptabel acht. Deze motivering is naar het oordeel van de Commissie niet projectspecifiek en kan de beslissing om van Voorschrift 3.9 C Gids Proportionaliteit af te wijken niet dragen.
- 5.11. Dat beklagde niet gehouden wenste te zijn om uitzonderingen op de UAV 2012 bij iedere aanbesteding te moeten motiveren en haar eigen set algemene voorwaarden heeft opgesteld om onder de werking van Voorschrift 3.9 C Gids Proportionaliteit uit te komen, kan afwijking van dit voorschrift uiteraard evenmin rechtvaardigen. De Commissie is gelet op het voorgaande dan ook van oordeel dat beklagde met haar generieke motivering niet heeft voldaan aan haar motiveringsplicht van artikel 1.10, lid 4, Aw 2012.
- 5.12. Voor zover beklagde in paragraaf 3.2 van de Inschrijvingsleidraad (zie 1.2 hiervoor) specifiek ingaat op § 12 van de UAV 2012, licht beklagde niet toe waarom zij deze bepaling onacceptabel acht. Zoals gezegd, deze motivering is niet projectspecifiek en kan de beslissing om op dit punt van Voorschrift 3.9 C Gids Proportionaliteit af te wijken niet dragen. De Commissie is gelet op het voorgaande dan ook van oordeel dat beklagde met haar specifieke motivering evenmin heeft voldaan aan haar motiveringsplicht van artikel 1.10, lid 4, Aw 2012.

6. Advies

De Commissie acht klachtonderdelen 1 en 2 **gegrond**.

7. Aanbeveling

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

Den Haag, 6 juli 2016

w.g.:

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

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid