

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 310

1. Feiten

- 1.1. Beklaagde heeft op 26 januari 2015 een Europese niet-openbare procedure voor een overheidsopdracht voor diensten aangekondigd. De opdracht heeft betrekking op het onderzoek en de asbestsanering van ca. 550 tuinen van (voornamelijk) particuliere woningen en de onverharde openbare ruimte in een woonwijk.
- 1.2. Na het afronden van de selectiefase zijn door beklagde vijf ondernemingen, waaronder klager, uitgenodigd om een inschrijving te doen.
- 1.3. In paragraaf 2.4.2 van het Beschrijvend Document is het volgende bepaald:

'2.4.2 Keuze contractvorm

De opdracht wordt aanbesteed door middel van een Overeenkomst Met Open Posten (OMOP) op basis van de Standaard RAW Bepalingen 2010 en de onderliggende UAV 2012. Door het gebruik van een OMOP wil de Opdrachtgever sterk invloed kunnen uitoefenen op de uitvoering van de sanering, de logistiek en het omgevingsmanagement. (...)

- 1.4. In paragraaf 2.6.6 van het Beschrijvend Document is het volgende bepaald:

'2.6.6 Beoordelingsprocedure

De beoordeling van de tijdig ingediende Inschrijvingen gaat in 4 stappen. Voldoet een Inschrijving aan een stap dan wordt de daaropvolgende stap uitgevoerd. Voldoet een Inschrijving niet aan de criteria van een stap, dan wordt de Inschrijving niet verder beoordeeld. Stap 4 is de laatste stap, waarin de beoordeling ten behoeve van de economische meest voordelige Inschrijving (EMVI) plaats vindt. Omwille van de voortgang van het beoordelingsproces kan al worden gestart met een stap terwijl de voorgaande stappen nog niet geheel zijn afgerond. Blijkt uit de toetsing van een voorgaande stap alsnog dat een Inschrijving ongeldig is of niet aan de vereisten voldoet dan zal de betreffende Inschrijving uit de verdere beoordeling worden gehaald.

- Stap 1 De Inschrijvingen worden gecontroleerd op de vormvereisten (§ 3.2), of de verklaringen voldoen, op de gestelde voorwaarden aan de in te zenden Inschrijvingen (hoofdstuk 3) en de eventuele overige bepalingen voor zover deze niet worden getoetst in de stappen 2, 3 of 4.
- Stap 2 Beoordeling op basis van de Geschiktheidseisen (zie Hoofdstuk 4)
- Stap 3 Beoordeling op basis van de overige eisen (zie Hoofdstuk 6)
- Stap 4 Beoordeling op basis van de wensen en toegevoegde waarde (zie Hoofdstuk 5)

De beoordelingsprocedure wordt uitgevoerd door het 'multidisciplinaire aanbestedingsteam', die een advies zullen uitbrengen aan de interne opdrachtgever. De volgende functies/experts zullen naar verwachting deel gaan uitmaken van het aanbestedingsteam: jurist, aanbestedingsspecialist en projectleider(s). Daarnaast kan het aanbestedingsteam zich laten adviseren door interne en/of externe adviseurs.'

- 1.5. In paragraaf 2.13 van het Beschrijvend Document is het volgende bepaald:

'2.13 Mogelijke ontbrekende informatie en controle

Opdrachtgever behoudt zich het recht voor alle verstrekte gegevens op juistheid te controleren. Mocht blijken dat informatie ontbreekt, dan kan Opdrachtgever besluiten om die ontbrekende informatie alsnog op te vragen. Opdrachtgever is daartoe op geen enkele wijze verplicht.

De Opdrachtgever behoudt zich tevens het recht voor om aanvulling of verduidelijking van een Inschrijving te vragen. Dit is ter uitsluitende beoordeling door de Opdrachtgever. Opdrachtgever is daartoe op geen enkele wijze verplicht.

Een Inschrijver die in zijn Inschrijving onjuiste informatie verstrekt kan door Opdrachtgever worden uitgesloten van (verdere) deelname aan de aanbestedingsprocedure c.q. van gunning.'

- 1.6. In paragraaf 3.6 van het Beschrijvend Document is het volgende bepaald:

'3.6 Voorwaarden

Voor deze aanbesteding is het Aanbestedingsreglement Werken 2012 (ARW 2012) en het gestelde in de artikelen 01.01.02, 01.01.04 en 01.01.11 uit de Standaard RAW Bepalingen 2010 van toepassing. Op de nader op te dragen Overeenkomst worden de Standaard RAW Bepalingen 2010 en de UAV 2012 van toepassing verklaard.

Leverings-, betalings- en andere algemene voorwaarden van de Gegadigde/Inschrijver worden uitdrukkelijk van de hand gewezen.'

- 1.7. In paragraaf 6.6 van het Beschrijvend Document is onder andere het volgende bepaald:

'6.6 Bepalen rangorde, berekenen scores

Door de inschrijvingsom op het inschrijvingsbiljet te verlagen met het bedrag behorende bij de kwalitatieve waarde ontstaat er een evaluatieprijs.

De Inschrijver met de laagste evaluatieprijs wordt geacht de Economisch Meest Voordelige Inschrijving te hebben gedaan. (...)'

- 1.8. In artikel 01.01.01 ("Van toepassing zijnde bepalingen"), lid 01, op blz. 199 van het Bestek is het volgende bepaald:

'Op dit project zijn van toepassing de Standaard RAW Bepalingen, zoals laatstelijk vastgesteld in december 2010, hierna te noemen 'Standaard 2010', uitgegeven door de Stichting CROW.

Tot deze Standaard behoort mede, als ware zij er letterlijk in opgenomen, de door de Stichting CROW uitgegeven Errata op deze Standaard, zoals deze op de dag van aanbesteding luidt.'

- 1.9. In de 1^e Nota van Inlichtingen van 1 mei 2015 zijn, voor zover van belang, de volgende vragen en antwoorden opgenomen:

- 1.9.1. Vraag 16: 'Zijn de aangegeven hoeveelheden in de inschrijfstaat representatief voor de uiteindelijke hoeveelheden?'

Antwoord: 'De fictieve hoeveelheden zijn enkel indicatief. Hieraan kunnen geen rechten worden ontleend.'

- 1.9.2. Vraag 44: 'een stelpost op te nemen in een openposten bestek is zeer ongebruikelijk. Hiermee wordt een fictieve inschrijvingsom vermeerderd met een werkelijk bedrag. Dit impliceert dat de in de inschrijvingsstaat genoemde hoeveelheden, de werkelijke hoeveelheden benaderen, en de besteksraming van de opdrachtgever op deze hoeveelheden is gebaseerd. Is deze veronderstelling correct?'

Antwoord: 'Nee, zie tevens het verstrekte antwoord bij vraag 16.'

- 1.10. In de 3^e Nota van Inlichtingen van 12 juni 2015 zijn, voor zover van belang, de volgende toelichtingen gegeven:

1.10.1. Toelichting 1:

'Overeenkomst met open posten: fictieve hoeveelheden

Toelichting

Op het bestek zijn van toepassing de Standaard RAW bepalingen 2010. Artikel 01.01.11 (overeenkomst met open posten), lid 01 luidt:

Ten behoeve van de inschrijving is bij de overeenkomst een inschrijvingsstaat gevoegd waarop fictieve hoeveelheden zijn vermeld. Deze hoeveelheden zijn uitsluitend ter inlichting en maken geen deel uit van de overeenkomst.

De werkzaamheden zijn gericht op het onderzoeken en het verwijderen van de asbestverontreiniging in de woonwijk.

Omdat het onderzoek naar de aanwezigheid van asbestverontreiniging nog moet worden uitgevoerd, is de omvang van de werkzaamheden die hieruit voortvloeien niet bekend. Daarnaast is de omvang van de onderzoekwerkzaamheden afhankelijk van de toestemming van eigenaren om onderzoek uit te voeren.

Derhalve wordt benadrukt dat de aangegeven hoeveelheden uit de inschrijvingsstaat fictief zijn. Bij gunning van de opdracht komen deze te vervallen en hebben geen status meer.

De inschrijver kan derhalve geen rechten ontlenen aan de opgegeven fictieve hoeveelheden uit de inschrijvingsstaat die bij inschrijving worden ingediend.'

1.10.2. Toelichting 3:

'Onrealistisch lage eenheidstarieven.

Toelichting:

Op het bestek zijn van toepassing de Standaard RAW bepalingen 2010. Artikel 01.01.04 schrijft voor dat voorafgaand aan de gunning wordt beoordeeld of de ontleding van de aanneemsom voldoet aan artikel 01.01.03. Indien dit niet het geval is, zal dit leiden tot ongeldigheid van de betreffende inschrijving.

- 1.11. Op 24 augustus 2015 heeft beklaagde aan klager een e-mail gestuurd met als bijlage het "Proces-verbaal opening enveloppen met prijzen en bepaling emvi". In die bijlage is onder andere vermeld:

'Hiermee is in onderstaande tabel de voorlopige Economisch Meest Voordelige Inschrijving (EMVI) bepaald.

Inschrijver	Kwalitatieve waarde van de inschrijving	Fictieve som (excl. BTW)	Evaluatieprijs	Ranking o.b.v. evaluatieprijs
[A]	€ 3.100.000,-	€ 30.630.000,-	€ 27.530.000,-	3
[B]	€ 2.200.000,-	€ 18.500.000,-	€ 16.300.000,-	1
[Klager]	€ 1.975.000,-	€ 18.440.000,-	€ 16.465.000,-	2

1.12. Op 18 september 2015 heeft beklagde aan klager een e-mail gestuurd met de volgende inhoud:

'Geachte heer [naam],

Naar aanleiding van uw inschrijving op het project [naam project] berichten wij u het volgende:

Tijdens het beoordelen van de inschrijvingsstaat van [Klager] is komen vast te staan dat er overeenkomstig het gestelde in artikel 01.01.04 (lid 02) uit de Standard RAW Bepalingen 2010 en par. 2.13 Beschrijvend Document, een nadere schriftelijke toelichting gewenst is. De onderdelen waarop een toelichting is gewenst zijn hieronder gerubriceerd weergegeven:

1. 1e, 2e en 3e gesprek(ken) eigenaren / gebruikers

Wij verzoeken u om een toelichting op de eenheidstarieven met betrekking tot de te voeren 1e, 2e en 3e gesprek(ken) met eigenaren / gebruikers (besteksposten 110010, 140010 en 703010, respectievelijk € 46,25, € 46,25 en € 34,98).

De door u voor deze posten opgegeven eenheidstarieven liggen beduidend lager dan de eenheidstarieven die onderdeel uitmaken van de directieraming.

Graag ontvangen wij inzage in tijdsbesteding, uurtarieven, materiaalkosten en eventuele overige kosten.

2. Toepassen rijplaten

Wij verzoeken u om een toelichting op het eenheidstarief met betrekking tot het toepassen van rijplaten (bestekspost 121010, € 0,83). Het door u voor deze post opgegeven eenheidstarief ligt beduidend lager dan het eenheidstarief dat onderdeel uitmaakt van de directieraming.

Graag ontvangen wij inzage in tijdsbesteding, uurtarieven, materiaalkosten en eventuele overige kosten.

3. Sproei-installaties

Wij verzoeken u om een toelichting op de eenheidstarieven met betrekking tot het toepassen van sproei-installaties ter plekke van makkelijke, gemiddelde en moeilijke blokken (respectievelijk bestekspostgroepen 1221, 1222 en 1223). De door u voor deze posten opgegeven eenheidstarieven liggen beduidend lager dan de eenheidstarieven die onderdeel uitmaken van de directieraming.

Graag ontvangen wij inzage in tijdsbesteding, uurtarieven, materiaalkosten en eventuele overige kosten.

4. Opslagloodsen

Wij verzoeken u om een toelichting op de eenheidsprijzen voor het gebruik van de opslagloodsen (besteksposten 129040 en 129050) in relatie met de huurprijzen van de desbetreffende opslagloodsen (besteksposten 129070 en 129080).

5. Depotkeuring NEN 5707 ex-situ partij (bigbags)

In de Overeenkomst Met Open Posten zijn twee posten opgenomen met betrekking tot de uitvoering van depotkeuringen ter plaatse van ex-situ partijen (be-

steksposten 130070 en 130080). Het onderscheid tussen deze posten zit hem in de wijze waarop het materiaal is opgeslagen (respectievelijk los in depot (130070) en in (afzet)containers en/of bigbags (130080)). In onze beleving is de bemonstering van los in depot opgeslagen materiaal goedkoper dan de bemonstering van materiaal dat in (afzet)containers en/of bigbags is opgeslagen. De in uw inschrijvingsstaat opgenomen eenheidstarieven duiden op het omgekeerde. Graag ontvangen wij hiervoor een verklaring inclusief inzage in tijdsbesteding, uurtarieven, materiaalkosten en eventuele overige kosten.

6. Laden en afvoeren herbruikbaar depotmateriaal

Wij verzoeken u om een toelichting op het eenheidstarief met betrekking tot het laden en afvoeren van herbruikbaar depotmateriaal (bestekspost 211050). Dit eenheidstarief ligt hoger dan het desbetreffende eenheidstarief dat onderdeel uitmaakt van de directieraming. Daarnaast lijkt dit eenheidstarief niet in verhouding te staan tot de eenheidstarieven die betrekking hebben op het laden en afvoeren van niet reinigbaar danwel reinigbaar depotmateriaal (respectievelijk besteksposten 211030 en 211040).

Graag ontvangen wij inzage in tijdsbesteding, uurtarieven, materiaalkosten en eventuele overige kosten.

7. Inmetingen, uitmetingen en revisiemetingen

Wij verzoeken u om een toelichting op de eenheidstarieven met betrekking tot het uitvoeren van inmetingen, (tussentijdse / definitieve) uitmetingen en revisiemetingen (128010 t/m 128070, 128110 t/m 128170, 128210 t/m 128270, 231010 t/m 231070, 231110 t/m 231170, 231210 t/m 231270, 232010 t/m 232070, 232110 t/m 232170, 232210 t/m 232270, 700010 t/m 700070, 701010 t/m 701070 en 702010 t/m 702070).

De door u voor deze posten opgegeven eenheidstarieven liggen beduidend lager dan de eenheidstarieven die onderdeel uitmaken van de directieraming. Graag ontvangen wij inzage in tijdsbesteding, uurtarieven, materiaalkosten en eventuele overige kosten.

8. Uitvoeringskosten, algemene kosten, winst en risico

De door u opgevoerde uitvoeringskosten, algemene kosten, winst en risico liggen in onze ogen relatief laag (respectievelijk 2,30, 0,46 en 0,86 %).

Graag ontvangen wij in het licht van een correcte uitvoering van het project en bezorgdheid over uw bedrijfseconomische insteek van de inschrijvingsstaat een verklaring van u ten aanzien van de relatief lage uitvoeringskosten, algemene kosten, winst en risico in combinatie met de korting.

9. Overige staartposten

i. U heeft bij post 960060 ("Bijdrage Social Return (1,0 %)") als kosten in verband met de uitvoering van de bijzondere uitvoeringsvoorwaarde inzake Social Return, zoals opgenomen in besteksparagraaf 01 08 04 lid 01, p. 202 van het Bestek ("De Inschrijver verplicht zich om bij gunning 1% van de gefactureerde opdrachtsom aan te wenden voor Social Return activiteiten.") een bedrag van € 184.400,-- opgenomen. Welke werkzaamheden gaat u in ruil voor deze bijdrage precies verrichten en hoe heeft u deze kosten (die u kennelijk bij de Provincie in rekening wenst te kunnen brengen) berekend en begroot?

ii. Wij constateren dat u bij post 918880 ("Overige eenmalige kosten") in uw inschrijvingsstaat géén bedrag heeft ingevuld. Onder verwijzing naar besteksparagraaf 01 01 03 lid 01 verzoeken wij u ons schriftelijk te bevestigen dat daarvoor een bedrag van € 0,00 moet worden gelezen.

iii. Graag vernemen wij een onderbouwing van het door u geoffreerde kortingbedrag ad "EUR – 216.000,00"? Is er in uw inschrijving (-staat) een koppe-

ling tussen (de hoogte van) deze kortingspost en een andere post en zo ja welke?

Overeenkomstig het gestelde in artikel 01.01.04 (lid 02) van de van toepassing verklaarde Standaard RAW Bepalingen 2010 en par. 2.13 Beschrijvend Document ontvangen wij per email uw schriftelijke toelichting op de ingediende ontleding van de aannemingsom voor 28 september 2015, 12.00 uur retour. U dient conform de volgorde van vraagstelling de vragen te beantwoorden. Wij zien uw reactie per e-mail tegemoet op inkoop@overijssel.nl inclusief afschrift naar [e-mailadres]

Bij voorbaat hartelijk dank voor uw reactie,
hoogachtend,
[naam]'

1.13. Op 25 september 2015 heeft klager per e-mail het volgende geantwoord:

'Geachte heer [naam],

Wij hebben uw bericht d.d. 18 september jl. in goede orde ontvangen. Dank daarvoor. Wij zijn zeker bereid onze inschrijving te verduidelijken en zijn hier mee bezig. Maar graag zouden wij van uw zijde nog enige nadere toelichtingen/motiveringen willen verkrijgen omtrent de door u gestelde vragen. Wij zullen dat onderbouwen.

U geeft aan toelichting te wensen op basis van artikel 010104 lid 02 van de RAW Standaard, waarbij u de conformiteit van de aannemingsom aan artikel 010103 controleert. Kunt u ons echter bij de vragen aangeven van welk lid van artikel 010103 u vermoedt dat daar niet aan zou zijn voldaan en hoe wij er onzes inziens u voldoende van zouden kunnen overtuigen dat daar wel aan is voldaan? Daarnaast willen wij u verzoeken om bij enkele vragen de redenen van de vermoedens te motiveren conform 010104 lid 02?

Dit willen wij u ook verzoeken ten aanzien van de vragen, die niet zijn gebaseerd op artikel 010104 van RAW Standaard, maar zoals u aangeeft, waarschijnlijk op basis van paragraaf 2.13 Beschrijvend Document? Of 3.26 ARW 2012? Ook bij deze door u gestelde vragen willen wij u verzoeken nader toe te lichten waarom een bepaalde ingevulde post onduidelijk voor u is en daarbij de redenen van eventuele vermoedens dat er niet zou zijn voldaan aan het bestek of andere bepalingen. Indien u bijvoorbeeld het vermoeden heeft van een abnormaal lage inschrijving (?), zoals opgenomen in 3.27 ARW 2012, vernemen wij graag van u de onderbouwing daarvan, want dan zullen wij conform 3.27.2 ARW 2012 bijvoorbeeld de daar bedoelde (gunstige) omstandigheden van onze inschrijving dienen te bespreken?

Nogmaals willen wij benadrukken dat wij zeker bereid zijn onze inschrijving te verduidelijken en u te overtuigen van de geldigheid van onze inschrijving, maar wij willen voorkomen dat wij uw vragen, vermoedens, bedoelingen en redenen niet goed hebben begrepen. Dit lijkt ons voor beide partijen niet gewenst? Wij willen u ook daarom vragen om een nieuwe reactietermijn te laten ingaan vanaf het moment dat u deze nadere motiveringen/redenen/bedoelingen aan ons heeft verstrekt?

Ter toelichting zullen wij bovengenoemde gevraagde inlichtingen nog even per vraag herhalen:

Vraag 1 tarieven gesprekken

U geeft aan dat de tarieven beduidend lager zijn dan de tarieven uit de directieraming. Bedoelt u wellicht dat u vermoedt dat deze tarieven niet voldoen aan 010103 lid 02 cq niet alle kosten zou bevatten danwel niet kostendekkend zouden zijn? Gaat u ermee akkoord, indien wij verklaringen verstrekken waarom wij dit kostendekkend kunnen uitvoeren (wij denken namelijk dat u die informatie niet kunt ontleen aan enige kostenopbouw van onze zijde)?

Vraag 2 toepassen rijplaten

Bij deze vraag geldt hetzelfde als bij vraag 1.

Vraag 3

Idem.

Vraag 4

Idem.

Vraag 5

Twijfelt u hier aan de kostendekkendheid van beide eenheidsprijzen (lid 02 van 010103)? Of wellicht het vermoeden dat er volgens lid 03 uitvoeringskosten in de prijzen zijn betrokken?

Vraag 6

Twijfelt u hier of er wellicht niet is voldaan aan lid 03, dat het tarief hoog is omdat er eenmalige kosten, uitvoeringskosten, AK winst of risico in zouden zijn begrepen? Graag een toelichting/nadere motivering met verwijzing naar een lid van 010103 RAW.

Vraag 7

Idem aan vraag 1

Vraag 8

Twijfelt u hier of deze (uitvoerings-, algemene) kosten en winst en risico reeds zijn meegenomen in de eenheidsprijzen (lid 03)? U geeft ook aan, gezien deze kosten, bezorgd te zijn over de bedrijfseconomische insteek van de inschrijvingsstaat: het lijkt hier alsof u dus bezorgd bent over een (meer algemene) abnormaal lage inschrijving conform 3.27 ARW 2012? Als dit zo is, kunt u dan onderbouwen dat er vermoedelijk sprake zou zijn van een abnormaal lage inschrijving in relatie tot uw begroting? En wenst u dus verduidelijking conform 3.27.2 ARW 2012?

Vraag 9

1: Wat voor een fout vermoedt u hier? Of waarom is dit onduidelijk? Op basis van welk artikel of paragraaf stelt u deze vraag? Kunt u de redenen van uw eventuele vermoedens motiveren?

2: Deze vraag is duidelijk

3: Deze vraag is niet gebaseerd op 010104 RAW Standaard? Wat voor soort fout vermoedt u hier? Heeft deze vraag wellicht ook te maken met uw eventuele vermoeden van een (meer algemene) abnormaal lage inschrijving? Kunt u dit onderbouwen en nader motiveren (zie vraag 8)?

PS overigens lezen wij niet in artikel 3.6 van het Beschrijvend document dat 010103 uit de Standaard RAW uitdrukkelijk van toepassing is verklaard op de inschrijving, **maar dit laten wij verder buiten beschouwing in deze brief.**

PSII mogen wij ervan uitgaan dat de nummer 1 (voorlopige emvi) is gepasseerd, aangezien deze vragen, zoals door u gesteld, slechts worden gesteld aan de partij aan wie men voornemens is te gunnen (010104 lid 01)?

Wij vernemen graag van u, in ieder geval graag voor maandag alvast een antwoord of de reactietermijn opnieuw kan ingaan? Vanzelfsprekend zijn wij ook tot telefonisch overleg bereid.

Met Vriendelijke groet
[naam]'

- 1.14. Op 28 september 2015 heeft klager, kennelijk naar aanleiding van een telefoongesprek, aan beklaagde per e-mail het volgende meegedeeld:

'Geachte heer [naam],

Naar aanleiding van het telefonische onderhoud van hedenochtend, ontvangt u hierbij zoals afgesproken onze e-mail.

Zoals door ons in de e-mail van afgelopen vrijdag is aangegeven, willen wij voorkomen dat door het verstrekken van gegevens een discussie ontstaat in relatie tot uw raming. Tijdens ons onderhoud heeft u te kennen gegeven dat dit niet de bedoeling van uw vraagstelling was. Het blijkt dat u als opdrachtgever ervan overtuigd wil zijn dat wij de werkzaamheden kunnen uitvoeren voor de bedragen zoals zijn opgenomen in onze inschrijfstaat.

Hierbij bevestigen wij dat wij de werkzaamheden uitvoeren voor de bedragen genoemd in onze aanbieding.

Met vriendelijke groeten,
[naam]'

- 1.15. Op 29 september 2015 heeft beklaagde per e-mail aan klager het volgende meegedeeld:

'Geachte heer [naam],

Dank voor uw onderstaande mail.

Wij hebben kennis genomen van uw bevestiging dat [Klager] (in voorkomend geval) de werkzaamheden zal uitvoeren voor de bedragen genoemd in haar aanbieding. Daarmee geeft u echter geen antwoord op onze (verificatie-) vragen d.d. 18 september jl. Wij betreuren dit en vinden dit ook onacceptabel. Daardoor is het voor ons namelijk niet mogelijk om tot een zorgvuldige beoordeling van uw inschrijving te komen en op basis daarvan een gunningsbeslissing te nemen die aan de daaraan te stellen eisen voldoet. De vragen die wij u hebben voorgelegd zijn zonder meer gerechtvaardigd, gezien de inhoud van uw inschrijving. Deze vragen moeten nu eerst worden beantwoord alvorens wij het beoordelingsproces op juiste en gelijke wijze kunnen afronden. Daarbij merken wij terzijde op dat, conform de geldende jurisprudentie, ook aan de twee andere inschrijvers (verduidelijkings-) vragen zijn gesteld, die inmiddels door hen zijn beantwoord.

Met verwijzing naar (o.a.) par. 2.13 van het Beschrijvend Document verzoeken wij u daarom met klem om alsnog schriftelijk gemotiveerd antwoord te geven op al onze vragen d.d. 18 september jl. Uw reactie ontvangen wij graag uiterlijk aanstaande vrijdag 2 oktober 2015 om 12:00 uur. Bij gebreke daarvan behouden wij ons alle rechten voor. In dit verband verwijzen wij naar bijvoorbeeld art. 01.01.04 lid 3 Standaard RAW 2010. Wij gaan er echter van uit dat u het niet zo ver laat komen en dat u uw medewerking zult verlenen. Dat is tenslotte ook in uw eigen belang.

Wij zien uw reactie tegemoet.

met vriendelijke groet,

[naam]'

- 1.16. Op 30 september 2015 heeft klager hierop het volgende antwoord per e-mail gegeven:

'Geachte heer [naam]

Dank voor uw mail, zoals al telefonisch aangeven hierbij onze reactie

In artikel 01.01.04 lid 01 (en jurisprudentie en literatuur hieromtrent) wordt duidelijk bepaald dat de beoogde winnende inschrijver nog het recht krijgt om haar inschrijvingsstaat toe te lichten. Wij zouden van dit recht zeker gebruik willen maken, maar hebben eerder begrepen van u dat wij helaas niet de voorlopige emvi hebben ingediend en dat de voorlopige nummer 1 nog niet is gepasseerd (omdat u zelf aangeeft deze gegevens ook van de voorlopige nummer 1 te hebben opgevraagd). De achtergrond van deze bepaling, waarin staat dat deze toelichting alleen bij de beoogde winnende inschrijver wordt opgevraagd, is ook omdat er bedrijfsvertrouwelijke en bedrijfseigen informatie zal moeten worden verstrekt (die bij de inschrijving zelf niet verplicht waren) evenals wellicht oplossingen. De op basis van het gunningscriterium (nog) niet in aanmerking komende inschrijvers kunnen niet verplicht worden deze informatie en oplossingen vrij te geven met het risico dat deze kunnen worden gebruikt met de winnende inschrijver. Op basis van dit gestelde leggen wij deze klacht conform 2.14 Beschrijvend Document voor aan de 'inkoopklacht-commissie'.

Overigens zijn wij van mening dat één van uw vragen wel reeds kan worden gesteld en worden beantwoord, te weten vraag 9 ii: het antwoord hierop is ja, dat bevestigen wij.

Met vriendelijke groet

[naam]'

- 1.17. Op 30 september 2015 heeft klager een klacht ingediend bij het klachtenmeldpunt van beklaagde.
- 1.18. Het klachtenmeldpunt concludeert in zijn advies van 6 oktober 2015:
- a. dat de klacht voor zover deze betrekking heeft op het verstrekken van informatie op basis van 01.01.04 lid 02 jo. 01 RAW Standaard 2010 terecht is;
 - b. dat op basis van artikel 3.26 ARW 2012 de verduidelijking gevraagd kan worden;
 - c. dat ook op grond van paragraaf 2.13 Beschrijvend Document om verduidelijking gevraagd kan worden; en
 - d. dat verduidelijking vragen mogelijk is voor zover dit binnen de grenzen van de aanbestedingsrechtelijke beginselen valt.
- 1.19. Op 7 oktober 2015 heeft beklaagde aan klager per e-mail verzocht conform paragraaf 2.13 Beschrijvend Document en de artikelen 3.26 en 3.27 ARW 2012 antwoord te geven op de eerder gestelde verduidelijkingsvragen.
- 1.20. Per e-mail van 9 oktober 2015 heeft klager hierop onder meer het volgende geantwoord:

'Wij zijn van mening dat de door u gestelde vragen om extra informatie buiten de aangegeven grenzen treden en bijvoorbeeld niet proportioneel zijn, zolang u deze stoelt op paragraaf 2.13 Beschrijvend Document of 3.26 ARW 2012. Wij zijn niet verplicht om u van nieuwe informatie te voorzien, daar de reeds verstrekte informatie uit de inschrijving voldoet aan hetgeen is gevraagd en niet onduidelijk is (vraag 9 ii is een uitzondering en is reeds aan u beantwoord). Als doel voor de te verstrekken informatie geeft u bij de meeste vragen aan, dat de eenheidsprijzen laag lijken in relatie tot de tarieven uit de begroting. U lijkt aldus te vermoeden dat de inschrijving (totaal inschrijfsom) abnormaal laag zou zijn, hetgeen u echter niet uitdrukkelijk stelt of motiveert. Of u dit al dan niet vermoedt, zouden wij graag gemotiveerd van u vernemen. Wij geven u hierbij nu reeds aan, dat niet voldoende is dat de inschrijfsom laag lijkt in verhouding tot de begroting, maar dat deze laag moet lijken in verhouding tot de te verrichten opdracht (zie 3.27 lid 1 ARW 2012).

Indien u dit bovenstaande kunt stellen en motiveren (stap 1), kunt u vervolgens op basis van 3.27 ARW 2012 toelichting vragen naar de samenstelling van de inschrijving. Het vragen naar opbouw van eenheidsprijzen is geheel in strijd met 3.27 ARW 2012, zoals ook in jurisprudentie is bepaald (zie ook noot van J. Haest bij JPA 11-12-2013). U kunt op basis van 3.27 ARW 2012 verduidelijkingen vragen (stap 2) op basis van de verbanden, zoals genoemd in lid 2. Wij kunnen aldus de doelmatigheid van de processen toelichten of de gekozen oplossingen of omstandigheden ed, zoals reeds eerder bij u aangegeven. Overigens zal er vervolgens nog (stap 3) een contradictoir debat moeten plaatsvinden (HVJEU 29 maart 2012) tussen u en ons, hetgeen betekent, dat zodra wij u onze toelichtingen op basis van 3.27.2 ARW 2012 hebben gegeven, u hierover nog met ons in overleg dient te treden en de toelichtingen in relatie tot de te verrichten opdracht dient te onderzoeken.

Tot slot het volgende: Evenals het klachtenmeldpunt zijn wij ook van mening dat het niet logisch is dat verduidelijking pas wordt gevraagd nadat de beoordeling voorlopig al is afgerond. Blijkbaar was het bij de beoordeling van de kwaliteit en prijs van de inschrijving niet direct kenbaar voor u dat de twee laagste inschrijvingen 'te laag' waren, anders had u logischerwijze deze twee inschrijvingen niet meegenomen in de kwalitatieve beoordeling. Het is ook de vraag wat de consequenties zijn voor deze kwalitatieve beoordeling als u de nieuwe informatie vanuit alle inschrijvers meeneemt of als u zou oordelen dat er 2 ongeldige inschrijvingen zijn gedaan. Voor zover u nu ineens het vermoeden heeft dat er twee abnormaal lage inschrijvingen zijn gedaan, zou dit toch vooral bij u als organisatie vragen moeten doen rijzen, namelijk of de begroting wel juist is geweest? En/of waarom de nummer 3 (ook huidige aannemer) bepaalde zaken anders begrepen heeft (cq wellicht meer risico's heeft gezien) dan de overige 2 inschrijvers?'

- 1.21. Op 19 oktober 2015 heeft klager per e-mail nogmaals een klacht ingediend bij het Klachtenmeldpunt van beklagde, waarin onder meer het volgende wordt gesteld:

'Wij zijn van mening dat het Klachtenmeldpunt nog geen inhoudelijke toets had uitgevoerd (hetgeen ook niet was gevraagd) of de onderhavige door de Provincie gestelde concrete vragen naar extra informatie (naar opbouw eenheidsprijzen en ontleding aannemingsom) binnen de grenzen van het ARW 2012 en de aanbestedingsbeginselen vallen. De Provincie heeft aangenomen dat zij nog steeds deze zelfde informatie mocht opvragen (bij de niet-beoogde winnaars), maar dan met verwijzing naar andere bepalingen.'

- 1.22. Het Klachtenmeldpunt van beklagde heeft de tweede klacht van klager ongegrond verklaard. Anders dan klager is het Klachtenmeldpunt van oordeel dat de

door beklagde gevraagde verduidelijking mag zien op de opbouw van de inschrijving en de daarbij behorende inschrijfstaat, indien deze bij de beklagde vragen oproepen over de verenigbaarheid van de inschrijving met de specificaties van het Beschrijvend Document en er verduidelijking nodig is om een definitieve gunningsbeslissing te kunnen nemen. Een aanbestedende dienst kan immers op grond van de vaste jurisprudentie een inschrijving niet afwijzen wegens een onduidelijkheid in die inschrijving als er door de aanbestedende dienst geen verzoek tot verduidelijking is gedaan. Het Klachtenmeldpunt verwijst ter onderbouwing van dit oordeel naar HvJ EU 29 maart 2012, C-599/10 (SAG), r.o. 44:

'Voorts dient het bedoelde verzoek alle punten van de inschrijving te behandelen **die onnauwkeurig zijn of niet overeenstemmen met de technische specificaties van het bestek**, zonder dat de aanbestedende dienst de inschrijving kan afwijzen wegens onduidelijkheid van een aspect ervan waarop dit verzoek geen betrekking had' [*Accentuering aangebracht door het Klachtenmeldpunt van beklagde, Commissie*].

- 1.23. Nadat de tweede klacht door het Klachtenmeldpunt van beklagde ongegrond is verklaard, heeft beklagde per e-mail van 4 november 2015 aan klager meegegeeld dat haar inschrijving ongeldig is verklaard en dat zij voornemens is de opdracht te gunnen aan inschrijver B. In de brief bij deze e-mail wordt onder meer het volgende vermeld:

'Gelet op het feit dat u weigert om onze (gerechtvaardigde) verduidelijkingsvragen te beantwoorden - als gevolg waarvan het nemen van een zorgvuldige gunningsbeslissing op voet van gelijkheid in feite onmogelijk wordt gemaakt - zien wij ons genoodzaakt om uw inschrijving formeel ongeldig te verklaren. Deze weigering impliceert namelijk dat u kennelijk toch niet onverkort akkoord bent met alle eisen, criteria en voorwaarden zoals gesteld in de aanbestedingsstukken (waarvan in dit verband met name paragraaf 2.13 Beschrijvend Document van belang is), terwijl dat wél is geëist in eerder genoemd Standaardformulier (bijlage E bij het Beschrijvend Document), welk formulier u voor akkoord heeft ondertekend en bij uw inschrijving heeft gevoegd. Zie in dit verband ook artikel 3.25.1 ARW 2012, waarin een vergelijkbare eis is opgenomen. Bovendien is in paragraaf 3.7 Beschrijvend Document bepaald dat inschrijvingen waaraan één of meer voorwaarden zijn verbonden, als ongeldig terzijde worden gelegd.'

2. Beschrijving klacht

2.1. Klachtonderdeel 1

Klager acht het opvragen van extra informatie door beklagde in strijd met artikel 01.01.04 jo. artikel 01.01.03 RAW 2010, maar ook met paragraaf 2.13 Beschrijvend Document en artikel 3.26 ARW 2012 en tot slot in strijd met de beginselen van aanbestedingsrecht. Klager wijst in dit verband op het proportionaliteitsbeginsel en het transparantiebeginsel, maar ook op de beginselen van zorgvuldigheid en rechtvaardigheid.

2.2. Klachtonderdeel 2

De inschrijving van klager is ten onrechte ongeldig verklaard.

3. Onderbouwing klacht

3.1. Klachtonderdeel 1

- 3.1.1. Beklaagde heeft om verduidelijking van verrekenprijzen gevraagd door middel van het opvragen van extra informatie (over opbouw prijzen). Eerst baseert beklagde dit verzoek om informatie op artikel 01.01.04 jo. artikel 01.01.03 RAW 2010. Nadat het Klachtenmeldpunt van beklagde een daartegen gerichte klacht gegrond verklaarde, heeft beklagde hetzelfde verzoek om extra informatie vervolgens gebaseerd op (de meer algemene) paragrafen 2.13 Beschrijvend Document en artikel 3.26 ARW 2012.
- 3.1.2. Een zorgvuldige inschrijver hoefde niet te verwachten dat het verzoek om opbouw van verrekenprijzen bij alle inschrijvers en in alle gevallen (onafhankelijk de daarvoor aangevoerde motivering) gerechtvaardigd zou zijn. Zij hoefde niet te verwachten: a) dat paragraaf 2.13 Beschrijvend Document en artikel 3.26 ARW 2012 voorrang zouden hebben boven het eveneens expliciet van toepassing verklaarde artikel 01.01.03 jo. artikel 01.01.04 RAW 2010; en b) dat deze paragrafen beklagde een onbeperkte bevoegdheid zouden geven tot het verzoeken om elke aanvullende informatie, ook als dit niet vooraf transparant is gemaakt.
- 3.1.3. Naar de mening van klager heeft beklagde ook niet gemotiveerd waarom er sprake zou zijn van een onduidelijkheid in de inschrijving, met uitzondering van het verstrekte motief dat sprake zou zijn van "lage verrekenprijzen". Ten aanzien van dit motief geldt echter specifiek artikel 01.01.03 jo. artikel 01.01.04 RAW Standaard 2010. In het tweede advies van het klachtenmeldpunt wordt nog gesproken over het motief van een eventueel manipulatieve inschrijving, maar dat motief (ter onderbouwing van het verzoek om de extra informatie) heeft beklagde nimmer kenbaar gemaakt bij klager. Dan is er nog het motief van de abnormaal lage inschrijving, maar ook wat dat betreft heeft beklagde zich nooit op het standpunt gesteld dat klager een dergelijke inschrijving zou hebben gedaan laat staan dat beklagde een verzoek conform artikel 3.27 ARW 2012 heeft gedaan.

3.2. Klachtonderdeel 2

Klager stelt ter onderbouwing van dit klachtonderdeel dat zij van mening is een geldige inschrijving conform de aanbestedingsstukken te hebben ingediend.

4. Reactie beklagde

4.1. Klachtonderdeel 1

- 4.1.1. Na beoordeling van de kwaliteitscriteria zijn de enveloppen met de inschrijfstaten geopend en is aan de inschrijvers het proces-verbaal gezonden, met de uitdrukkelijke mededeling dat aan dit proces-verbaal geen rechten kunnen worden ontleend en dat op dat moment de controles werden uitgevoerd betreffende de geldigheid van de inschrijvingen, zoals aangegeven in (onder andere) par. 2.6.6 Beschrijvend Document.
- 4.1.2. Tijdens deze controle (die min of meer parallel liep met de in artikel 01.01.04 lid 01 Standaard RAW 2010 bedoelde beoordeling van de ontleding van de aanneemingssom van de voorlopige EMVI van inschrijver B op het voldoen aan het bepaalde in artikel 01.01.03 Standaard RAW 2010 is, conform de hiervóór weergegeven beoordelingsprocedure, nagegaan of de inschrijvingsbiljetten en de inschrijvingsstaten van de inschrijvers volledig zijn ingevuld en ondertekend. Daar-

bij is onder meer geconstateerd dat niet alleen inschrijver B maar ook klager en inschrijver A een post onder het kopje "eenmalige kosten" in de inschrijvingsstaat hebben opengelaten. Bovendien riepen bij alle inschrijvers één of meer andere posten vragen op. Dit mede in het licht van de ingediende Plannen van Aanpak en voorlopige beoordeling daarvan die op dat moment reeds was uitgevoerd. In paragraaf 2.6 Beschrijvend Document is onder meer bepaald dat het Plan van Aanpak SMART moet worden omschreven. SMART betekent: Specifiek, Meetbaar, Acceptabel, Realiseerbaar en Tijdsgebonden. Een en ander kan niet los worden gezien van de door een inschrijver aangeboden prijzen.

- 4.1.3. Teneinde een juiste en zorgvuldige gunningsbeslissing op voet van gelijkheid (vergelijkbaarheid van de inschrijvingen) te kunnen nemen, heeft beklagde gemeend gebruik te mogen/moeten maken van haar bevoegdheid ex par. 2.13 Beschrijvend Document om verduidelijkingsvragen te stellen aan alle drie de inschrijvers. Onder de geschetste omstandigheden is beklagde bevoegd, zo niet verplicht, om alle inschrijvers om een nadere toelichting/verduidelijking te vragen ten aanzien van alle geconstateerde vraagpunten. Zie in dit verband de rechtspraak van onder meer het Hof van Justitie EU. Beklaagde wijst in dit verband in het bijzonder op HvJ EU 29 maart 2012, C-599/10 (SAG), r.o. 41 t/m 44:

'41. In de uitoefening van deze beoordelingsbevoegdheid dient de aanbestedende dienst de verschillende gegadigden gelijk en op loyale wijze te behandelen, zodat het verzoek om toelichting aan het einde van de selectieprocedure van de inschrijvingen en in het licht van de uitkomst daarvan niet overkomt als ten onrechte in het voordeel of nadeel van de gegadigde of gegadigden tot wie dit verzoek was gericht.

42. Teneinde een nuttig antwoord te geven aan de verwijzende rechter, dient daaraan te worden toegevoegd dat het verzoek om nadere toelichting bij de inschrijving slechts zou mogen worden gedaan nadat de aanbestedende dienst kennis heeft genomen van alle inschrijvingen (...).

43. Dit verzoek dient bovendien, bij het ontbreken van een objectief controleerbare reden die een in dit opzicht verschillende behandeling van de gegadigden kan rechtvaardigen, op vergelijkbare manier te worden gericht aan alle ondernemingen die in dezelfde situatie verkeren, in het bijzonder wanneer de inschrijving hoe dan ook in het licht van andere aspecten moet worden afgewezen.

44. Voorts dient het bedoelde verzoek alle punten van de inschrijving te behandelen **die onnauwkeurig zijn of niet overeenstemmen met de technische specificaties van het bestek**, zonder dat de aanbestedende dienst de inschrijving kan afwijzen wegens onduidelijkheid van een aspect ervan waarop dit verzoek geen betrekking had. [*Accentuering aangebracht door beklagde, Commissie*]

- 4.1.4. Zowel het toepasselijke ARW 2012 als het Beschrijvend Document bevatten een expliciete bevoegdheid van beklagde om de door de inschrijvers verstrekte gegevens op juistheid te controleren en de inschrijvers om een aanvulling of verduidelijking te vragen. De betreffende bepalingen beperken deze bevoegdheid van de aanbestedende dienst op geen enkele wijze tot specifieke situaties. Evenmin koppelen zij deze bevoegdheid aan een bepaald moment in het beoordelingsproces.
- 4.1.5. Zoals hierboven (zie 4.1.2) en in de verzoeken aan de inschrijvers uiteen is gezet, was er alle aanleiding om verduidelijkingsvragen te stellen. Anders dan klager in haar klacht suggereert, zijn die verzoeken ingegeven door de motieven die daarin worden genoemd. Meer of andere motieven (controle of sprake is van een

abnormaal lage en/of manipulatieve inschrijving) heeft beklagde daaraan niet ten grondslag gelegd. Dat neemt overigens niet weg, dat een dergelijk onderzoek op basis van de in voorkomend geval ontvangen antwoorden wél alsnog in beeld zou kunnen komen.

- 4.1.6. Dat beklagde in eerste instantie in haar verzoek om verduidelijking behalve naar paragraaf 2.13 Beschrijvend Document ook heeft verwezen naar bepalingen in de Standaard RAW 2010, doet aan het voorgaande niet af. Die bepaling ziet namelijk specifiek op de beoordeling van de ontleding van de aannemingssom van de beoogde winnaar op het voldoen aan het bepaalde in artikel 01.01.03 Standaard RAW 2010, maar dat staat in principe los van de (logische) bevoegdheid (plicht) van de aanbestedende dienst om ook de andere inschrijvingen op geldigheid te controleren. Alleen op die manier kan er een eerlijke vergelijking plaatsvinden en een juiste gunningsbeslissing worden genomen.

4.2. Klachtonderdeel 2

- 4.2.1. Klager is uitdrukkelijk en onvoorwaardelijk akkoord gegaan met (onder meer) de bepaling van paragraaf 2.13 Beschrijvend Document toen zij een inschrijving indiende.
- 4.2.2. Desondanks heeft klager als enige inschrijver geweigerd om mee te werken aan de gerechtvaardigde verduidelijkingsverzoeken van beklagde. Deze weigering impliceert dat klager kennelijk toch niet onverkort akkoord is met alle eisen, criteria en voorwaarden zoals gesteld in de aanbestedingsstukken. Ongeldigverklaring is dan op zijn plaats. Beklagde wijst in dit verband op artikel 3.25.1 ARW 2012 en paragraaf 3.7 Beschrijvend Document, waarin is bepaald dat inschrijvingen waaraan één of meer voorwaarden zijn verbonden, als ongeldig terzijde worden gelegd.
- 4.2.3. Maar zelfs al zou de inschrijving van klager in alle opzichten geldig zijn, dan nog geldt dat zij hoe dan ook niet de EMVI heeft gedaan. In zoverre heeft klager daarom geen belang bij haar klacht.

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt voorop dat beklagde op 26 januari 2015 een Europese niet-openbare procedure voor een overheidsopdracht voor diensten heeft aangekondigd. De opdracht heeft betrekking op het onderzoek en de asbestsanering van ca. 550 tuinen van (voornamelijk) particuliere woningen en de onverharde openbare ruimte in een woonwijk. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Richtlijn 2004/18/EG; Deel 1 en 2 van de ten tijde van de aankondiging van de opdracht geldende Aw 2012; hoofdstuk 3 ARW 2012; de bepalingen van de Standaard RAW 2010 die betrekking hebben op de beoordeling van de inschrijvingsstaat in de aanbestedingsfase.
- 5.2. Alvorens tot een behandeling van de klachtonderdelen over te gaan, zal de Commissie zich hierna eerst uitlaten over de juridische kaders die een aanbestedende dienst in een geval als het onderhavige in acht moet nemen, wanneer hij de inschrijvers verzoekt om hun inschrijvingen te verduidelijken. De Commissie zal zich daarbij tevens uitlaten over de gevolgen die een aanbestedende dienst mag verbinden aan de weigering van een inschrijver om aan een dergelijk verzoek te voldoen.
- 5.3. Het gereguleerde aanbestedingsrecht voorziet allereerst in een algemene bevoegdheid van een aanbestedende dienst op grond waarvan hij een inschrijver

kan verzoeken – binnen de hierna weergegeven kaders – zijn inschrijving te verduidelijken.

- 5.3.1. In artikel 2.55 Aw 2012 is ten aanzien van deze algemene bevoegdheid onder andere het volgende bepaald:

‘Een aanbestedende dienst kan een ondernemer vragen om zijn inschrijving (...) nader toe te lichten (...).’

- 5.3.2. Artikel 2.55 Aw 2012 en artikel 3.26 ARW 2012 stemmen materieel met elkaar overeen, voor zover in laatstgenoemde artikel het volgende is bepaald:

‘Op verzoek van de aanbesteder kunnen besprekingen met inschrijvers plaatsvinden met het oog op een verduidelijking van de inhoud van hun inschrijving (...), voor zover dit niet strijdig is met de beginselen van het aanbestedingsrecht. (...).’

- 5.3.3. Richtlijn 2004/18/EG bevat geen met artikel 2.55 Aw 2012 en artikel 3.26 ARW 2012 vergelijkbare bepaling. Uit de Memorie van Toelichting bij artikel 2.55 Aw 2012 blijkt dat de wetgever voor deze bepaling inspiratie heeft ontleend aan de Verklaring van 14 juni 1993 van de Raad en de Commissie van de Europese Gemeenschappen ad artikel 7, lid 4, van de richtlijn 93/37/ EEG (PbEG 1994, L111/114):

‘De Raad en de Commissie verklaarden dat bij de openbare en niet-openbare procedure er wel besprekingen met gegadigden of inschrijvers mogen plaatsvinden, «maar alleen met het oog op verduidelijking (...) van de inhoud van hun offerte, (...), en voor zover zulks geen discriminatie veroorzaakt.» (zie TK 2009-2010, 32 440, nr. 3, p. 68).

- 5.3.4. Dat Richtlijn 2004/18/EG – anders dan de Aanbestedingswet 2012 en het ARW 2012 – niet voorziet in een regeling van de bevoegdheid van een aanbestedende dienst zoals hiervoor omschreven, laat onverlet dat het HvJ EU heeft geoordeeld dat artikel 2 van die richtlijn zich er niet tegen verzet:

‘dat het nationale recht een bepaling bevat, (...), volgens welke in wezen de aanbestedende dienst de gegadigden schriftelijk kan verzoeken om hun inschrijving te verduidelijken (...).’ (HvJ EU 29 maart 2012, C-599/10 (SAG), rov. 40).

- 5.3.5. Zoals ook blijkt uit de reactie van beklagde (zie 4.1.3 hiervoor), mag een aanbestedende dienst volgens het hiervoor geciteerde arrest van het HvJ EU ‘het verzoek om nadere toelichting bij de inschrijving slechts [doen] nadat de aanbestedende dienst kennis heeft genomen van alle inschrijvingen’ (zie rov. 42) en dient dat verzoek ‘op vergelijkbare manier te worden gericht aan alle ondernemingen die in dezelfde situatie verkeren’ (zie rov. 43). Belangrijk is voorts dat het HvJ EU heeft geoordeeld dat het verzoek ‘alle punten van de inschrijving [moet] behandelen die onnauwkeurig zijn of niet overeenstemmen met de technische specificaties van het bestek, zonder dat de aanbestedende dienst de inschrijving kan afwijzen wegens onduidelijkheid van een aspect ervan waarop dit verzoek geen betrekking had’ (zie rov. 44) [*onderstreping Commissie*].

- 5.3.6. De Commissie is gelet op het voorgaande van oordeel dat een aanbestedende dienst op grond van artikel 2.55 Aw 2012 en artikel 3.26 ARW 2012 een inschrijver mag verzoeken – nadat hij kennis heeft genomen van alle inschrijvingen – om de inhoud van zijn inschrijving te verduidelijken, vooropgesteld dat hij in dat verzoek alle onderdelen van de inschrijving vermeldt die in zijn ogen onnauwkeurig zijn of niet overeenstemmen met de technische specificaties van het bestek. Afhankelijk van de inhoud van de verduidelijking die de inschrijver vervolgens

verstrekt, moet de aanbestedende dienst die inschrijving ófwel in beschouwing nemen met het oog op de verdere afwikkeling van de aanbestedingsprocedure, ófwel die inschrijving als ongeldig terzijde leggen. Indien de inschrijver in het geheel niet aan het verzoek van de aanbestedende dienst voldoet, moet deze de inschrijving als ongeldig terzijde leggen. In de schriftelijke mededeling van die beslissing moet de aanbestedende dienst dan de redenen voor die beslissing vermelden (zie de MvT bij – thans – artikel 2.130 Aw 2012, TK 2009-2010, 32 440, nr. 3, p. 95 en ook artikel 3.29.1 jo. 3.29.4 ARW 2012). Dat betekent dat hij in die mededeling alle onderdelen van de inschrijving moet vermelden die in zijn ogen onnauwkeurig zijn of niet overeenstemmen met de technische specificaties van het bestek. In dat kader mag hij geen onderdelen vermelden waarop zijn eerdere verzoek tot verduidelijking van de inschrijving geen betrekking had.

5.4. In aanvulling op de in 5.3 besproken algemene bevoegdheid van de aanbestedende dienst, voorzien de Aanbestedingswet 2012 en het ARW 2012 ook nog in de regeling van een specifieke bevoegdheid op grond waarvan hij een inschrijver kan verzoeken – wederom: binnen de hierna weergegeven kaders – zijn inschrijving te verduidelijken.

5.4.1. Deze specifieke bevoegdheid is uitgewerkt in artikel 2.116 Aw 2012 respectievelijk artikel 3.27 ARW 2012. Deze bepalingen – die de implementatie vormen van artikel 55 Richtlijn 2004/18/EG – geven de aanbestedende dienst de bevoegdheid om in het geval van een inschrijving die in verhouding tot de uit te voeren opdracht abnormaal laag lijkt, de inschrijver te verzoeken – alvorens diens inschrijving af te wijzen – de door de aanbestedende dienst noodzakelijk geachte verduidelijkingen te verschaffen over de samenstelling van desbetreffende inschrijving.

5.4.2. Artikel 2.116, tweede lid, Aw 2012 en artikel 3.27.2 ARW 2012 kaderen deze bevoegdheid van de aanbestedende dienst nader in, in die zin dat daarin een opsomming wordt gegeven van de aspecten waarop de gevraagde verduidelijkingen onder meer betrekking kunnen hebben:

'a. de doelmatigheid van het bouwproces, van het productieproces van de producten of van de dienstverlening;
b. de gekozen technische oplossingen of uitzonderlijk gunstige omstandigheden waarvan de inschrijver bij de uitvoering van de werken, de levering van de producten of het verlenen van de diensten kan profiteren;
c. de originaliteit van het ontwerp van de inschrijver;
d. de naleving van de bepalingen inzake arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden die gelden op de plaats waar de overheidsopdracht wordt uitgevoerd en
e. de ontvangst van staatssteun door de inschrijver.'

5.4.3. Anders dan wanneer de aanbestedende dienst zijn algemene bevoegdheid uitoefent, is voor de uitoefening van diens specifieke bevoegdheid op grond van artikel 2.116 Aw 2012 en artikel 3.27 ARW 2012 niet vereist dat hij in dat verzoek (alle) onderdelen van de inschrijving vermeldt die in zijn ogen onnauwkeurig zijn of niet overeenstemmen met de technische specificaties van het bestek (vergelijk 5.3.5 en 5.3.6 hiervoor). Vereist is slechts dat hij met zijn verzoek duidelijk kenbaar maakt dat de inschrijving in verhouding tot de uit te voeren opdracht abnormaal laag lijkt en dat hij daarbij aangeeft ten aanzien van welke van de in 5.4.2 hiervoor bedoelde aspecten hij een verduidelijking over de samenstelling van de inschrijving wenst te ontvangen. Wanneer hij dat laatste doet, kan de betreffende inschrijver vervolgens gehouden zijn – op straffe van afwijzing van diens inschrijving (zie ook hierna) – om de aanbestedende dienst inzage te geven in de uitgangspunten waarop hij zijn inschrijving heeft gebaseerd, bijvoorbeeld ten aanzien van de ingeschatte tijdsbesteding, uurtarieven, materiaalkosten en

eventuele overige kosten. Juist vanwege het bedrijfsvertrouwelijke karakter van deze informatie, dient het verzoek van de aanbestedende dienst om verduidelijking over de samenstelling van de inschrijving echter strikt te voldoen aan de eisen die artikel 2.116 Aw 2012 en artikel 3.27 ARW 2012 daaraan stellen. Afhankelijk van de inhoud van de verduidelijking die de inschrijver vervolgens verstrekt, kan de aanbestedende dienst – nadat hij in overleg met de inschrijver de samenstelling van de inschrijving aan de hand van de ontvangen toelichting heeft onderzocht (zie artikel 2.116, derde lid, Aw 2012 en artikel 3.27.1 ARW 2012) – die inschrijving ófwel in beschouwing nemen met het oog op de verdere afwikkeling van de aanbestedingsprocedure, ófwel die inschrijving afwijzen. Zoals de Commissie eerder heeft geoordeeld in haar Advies 67 (overweging 6.2.3) zal de aanbestedende dienst dat laatste alleen kunnen doen wanneer het lage niveau van de aangerekende prijzen of kosten niet genoegzaam wordt gestaafd door het verstrekte bewijsmateriaal, rekening houdend met de in 5.4.2 bedoelde aspecten (vergelijk artikel 69, derde lid, Richtlijn 2014/24/EU). Indien de inschrijver in het geheel niet aan het verzoek van de aanbestedende dienst voldoet, kan deze de inschrijving afwijzen.

- 5.5. Tot slot kan er nog op worden gewezen dat ook de Standaard RAW 2010 voorziet in een regeling van een specifieke bevoegdheid op grond waarvan de aanbestedende dienst een inschrijver kan verzoeken – binnen de hierna weergegeven kaders – zijn inschrijving te verduidelijken. Deze regeling is geïnspireerd op de in 5.4 hiervoor bedoelde regeling van de zogenoemde abnormaal lage inschrijvingen (zie A. ter Mors en T.G. van Reeuwijk, 'De herziene aanbestedingsbepalingen in de Standaard RAW 2010', *Bouwrecht* 2011/182, p. 946).
- 5.5.1. Opgemerkt zij dat deze bevoegdheid alleen bestaat in het geval dat de bepalingen van de Standaard RAW 2010 die betrekking hebben op de beoordeling van de inschrijvingsstaat op de aanbestedingsprocedure van toepassing zijn verklaard, zoals ook in het onderhavige geval is gebeurd.
- 5.5.2. De hiervoor bedoelde specifieke bevoegdheid is uitgewerkt in artikel 01.01.04 Standaard RAW 2010. Anders dan wanneer de aanbestedende dienst zijn algemene bevoegdheid (zie 5.3 hiervoor) of zijn specifieke bevoegdheid op grond van artikel 2.116, tweede lid, Aw 2012 en artikel 3.27.2 ARW 2012 (zie 5.4 hiervoor) uitoefent, kan hij zijn bevoegdheid op grond van artikel 01.01.04 Standaard RAW 2010 alleen uitoefenen jegens de inschrijver die op grond van het gunningscriterium voor gunning van de opdracht in aanmerking lijkt te komen (zie artikel 01.01.04.01 Standaard RAW 2010). De bevoegdheid houdt in dat de aanbestedende dienst die inschrijver kan verzoeken om een schriftelijke toelichting op de ingediende ontleding van de aannemingsom (zie artikel 01.01.02.02 jo. 01.01.04.02 Standaard RAW 2010).
- 5.5.3. Artikel 01.01.04.02 Standaard RAW 2010 kadert deze bevoegdheid van de aanbestedende dienst nader in, in die zin dat hij bij zijn verzoek de redenen van zijn vermoeden dat de ontleding van de aannemingsom niet conform het bepaalde in artikel 01.01.03 Standaard RAW 2012 is, moet motiveren.
- 5.5.4. Evenals geldt voor het geval dat de aanbestedende dienst zijn specifieke bevoegdheid op grond van artikel 2.116 Aw 2012 respectievelijk artikel 3.27 ARW 2012 uitoefent (zie 5.4 hiervoor), is voor de uitoefening van diens bevoegdheid op grond van artikel 01.01.04.02 Standaard RAW 2010 niet vereist dat hij in dat verzoek (alle) onderdelen van de inschrijving vermeldt die in zijn ogen onnauwkeurig zijn of niet overeenstemmen met de technische specificaties van het bestek (vergelijk 5.3.5 en 5.3.6 hiervoor). Vereist is slechts dat hij met zijn verzoek zijn vermoeden kenbaar maakt dat de ontleding van de aannemingsom niet conform het bepaalde in artikel 01.01.03 Standaard RAW 2012 is en dat hij daarbij

de redenen van zijn vermoeden motiveert. Afhankelijk van de inhoud van de toelichting die de inschrijver vervolgens verstrekt, moet de aanbestedende dienst die inschrijving ófwel in beschouwing nemen met het oog op de verdere afwikkeling van de aanbestedingsprocedure, ófwel die inschrijving als ongeldig afwijzen met de mededeling dat de ontleding van de aannemingssom niet conform het bepaalde in artikel 01.01.03 Standaard RAW 2010 is (zie artikel 01.01.04.03 Standaard RAW 2010). Ook indien de inschrijver in het geheel niet of niet tijdig aan het verzoek van de aanbestedende dienst voldoet, kan deze de inschrijving als ongeldig afwijzen (zie opnieuw artikel 01.01.04.03 Standaard RAW 2010).

5.6. Klachtonderdeel 1

- 5.6.1. De Commissie stelt vast dat beklagde op 18 september 2015 per e-mail een tweeledig verzoek aan klager heeft gedaan (zie 1.12 hiervoor). Allereerst heeft zij klager verzocht om een toelichting op de eenheidstarieven en eenheidsprijzen die klager voor diverse besteksposten in haar inschrijving heeft gehanteerd (zie 1.12 hiervoor). Meer specifiek heeft beklagde daarbij verzocht om inzage in tijdsbesteding, uurtarieven, materiaalkosten en eventuele overige kosten. Beklaagde heeft dit verzoek gemotiveerd met de opmerking dat de door klager gehanteerde eenheidstarieven en eenheidsprijzen beduidend lager liggen (en een enkele keer hoger) dan die welke onderdeel uitmaken van de directieraming. Beklaagde heeft daarnaast verzocht om een verklaring ten aanzien van de relatief lage uitvoeringskosten, algemene kosten, winst en risico in combinatie met de door klager aangeboden korting. Beklaagde heeft dit verzoek gemotiveerd met een verwijzing naar de correcte uitvoering van het project en haar bezorgdheid over de bedrijfseconomische insteek van de inschrijvingsstaat van klager. De Commissie stelt verder vast dat klager op 18 september 2015 niet de inschrijver was die op dat moment op grond van het gunningscriterium voor gunning van de opdracht in aanmerking leek te komen.
- 5.6.2. Klager stelt met dit klachtonderdeel de rechtmatigheid van het in 5.6.1 hiervoor bedoelde verzoek van beklagde ter discussie in het licht van artikel 01.01.04 Standaard RAW 2010, artikel 3.26 ARW 2010 en paragraaf 2.13 van het Beschrijvend Document. Artikel 3.27 ARW 2012 noemt zij in het klachtonderdeel niet. Uit de door partijen verstrekte informatie maakt de Commissie op dat beklagde haar verzoek uiteindelijk heeft beoogd te baseren op artikel 3.26 en 3.27 ARW 2010 en op paragraaf 2.13 van het Beschrijvend Document en niet (langer meer) op artikel 01.01.04 Standaard RAW 2010 (zie 1.19 hiervoor).
- 5.6.3. De Commissie zal in het navolgende toetsen of en in hoeverre het in 5.6.1 weergegeven verzoek van beklagde past binnen de kaders van artikel 2.55 Aw 2012 en art. 3.26 ARW 2012 (zie 5.3 hiervoor), artikel 2.116 Aw 2012 en artikel 3.27 ARW 2012 (zie 5.4 hiervoor) en artikel 01.01.04 Standaard RAW 2010 (zie 5.5 hiervoor). In dat verband zal de Commissie tevens nagaan of beklagde haar verzoek kon baseren op paragraaf 2.13 van het Beschrijvend Document.
- 5.6.4. De Commissie is allereerst van oordeel dat beklagde met haar verzoek buiten de kaders van haar algemene bevoegdheid op grond van artikel 2.55 Aw 2012 en art. 3.26 ARW 2012 is getreden. Zoals de Commissie in 5.3.5 hiervoor heeft overwogen, volgt uit het arrest HvJ EU 29 maart 2012, C-599/10 (SAG), rov. 44, immers dat een dergelijk verzoek om verduidelijking van de inschrijving 'alle punten van de inschrijving [moet] behandelen die onnauwkeurig zijn of niet overeenstemmen met de technische specificaties van het bestek'. Beklaagde heeft in haar reactie op de klacht (zie 4.1.2 hiervoor) weliswaar betoogd dat 'bij alle inschrijvers één of meer andere posten vragen op[riepen] (...) mede in het licht van de ingediende Plannen van Aanpak en voorlopige beoordeling daarvan die op dat moment reeds was uitgevoerd', maar zij heeft – anders dan het Klach-

tenmeldpunt van beklagde lijkt te veronderstellen (zie 1.22 hiervoor) – in haar verduidelijkingsverzoek van 18 september 2015 op geen enkele wijze melding gemaakt van onderdelen van de inschrijving van klager die onnauwkeurig of niet in overeenstemming met de technische specificaties van het bestek zouden zijn. Beklaagde heeft in haar verzoek slechts gewezen op verschillen tussen de door klager gehanteerde eenheidstarieven en eenheidsprijzen en haar eigen directieraming en daarnaast een algemene opmerking gemaakt over de correcte uitvoering van het project. Daarmee voldoet het verzoek van beklagde niet aan de hiervoor weergegeven eisen.

- 5.6.5. Aan het voorgaande doet niet af dat beklagde haar verzoek mede heeft gebaseerd op paragraaf 2.13 van het Beschrijvend Document voor zover die bepaling, evenals artikel 2.55 Aw 2012 en artikel 3.26 ARW 2012, voorziet in een bevoegdheid van beklagde om de inschrijvers te verzoeken hun inschrijvingen te verduidelijken. Ook een dergelijk op paragraaf 2.13 van het Beschrijvend Document gebaseerd verzoek zal immers moeten voldoen aan de hiervoor weergegeven eisen van het arrest HvJ EU 29 maart 2012, C-599/10 (SAG), rov. 44. Voor zover beklagde haar verzoek heeft gebaseerd op haar eveneens in paragraaf 2.13 van het Beschrijvend Document voorziene bevoegdheid om 'ontbrekende informatie' alsnog op te vragen, is zij met haar verzoek eveneens buiten de kaders van die bevoegdheid getreden. De aanbestedingsstukken bevatten immers geen verplichting voor de inschrijvers om in hun inschrijvingen informatie te verstrekken waarmee eventuele verschillen tussen de door hen gehanteerde eenheidstarieven en eenheidsprijzen en de directieraming van beklagde worden verklaard. Die stukken bevatten evenmin een verplichting voor de inschrijvers om in hun inschrijvingen informatie te verstrekken over tijdsbesteding, uurtarieven, materiaalkosten en eventuele overige kosten. Ook bevatten de aanbestedingsstukken geen verplichting voor de inschrijvers om in hun inschrijvingen informatie te verstrekken waarmee de eventueel door hen aangeboden relatief lage uitvoeringskosten, algemene kosten, winst en risico in combinatie met aangeboden kortingen worden verklaard.
- 5.6.6. De Commissie is in de tweede plaats van oordeel dat beklagde met haar verzoek – gesteld dat zij dat mede zou hebben gebaseerd op haar specifieke bevoegdheid op grond van artikel 2.116 Aw 2012 en art. 3.27 ARW 2012, hetgeen beklagde in haar reactie op de klacht ontkent (zie 4.1.5) – buiten de kaders van die bevoegdheid is getreden. Zoals de Commissie hiervoor in 5.4.2 en 5.4.3 heeft overwogen, gelden voor de uitoefening van deze bevoegdheid strikte eisen. Vereist is dat beklagde met haar verzoek duidelijk kenbaar maakt dat de inschrijving van klager in verhouding tot de uit te voeren opdracht abnormaal laag lijkt en dat zij daarbij aangeeft ten aanzien van welke van de in artikel 2.116, tweede lid, Aw 2012 en artikel 3.27.2 ARW 2012 (zie 5.4.2 hiervoor) bedoelde aspecten zij een verduidelijking over de samenstelling van de inschrijving wenst te ontvangen. Nog daargelaten dat beklagde in haar verduidelijkingsverzoek van 18 september 2015 de door klager gehanteerde (lage) eenheidstarieven en eenheidsprijzen enkel heeft geproblematiseerd in verhouding tot haar eigen directieraming, is zij op geen enkele wijze op de hiervoor bedoelde aspecten ingegaan. Daarmee voldoet het verzoek van beklagde niet aan de hiervoor bedoelde eisen.
- 5.6.7. De Commissie is in de derde plaats van oordeel dat beklagde haar verzoek evenmin kon baseren op artikel 01.01.04 Standaard RAW 2010, nu klager op 18 september 2015 immers niet de inschrijver was die op dat moment op grond van het gunningscriterium voor gunning van de opdracht in aanmerking leek te komen (zie 5.5.2 hiervoor).
- 5.6.8. Het voorgaande betekent dat het eerste klachtonderdeel gegrond is.

5.7. Klachtonderdeel 2

- 5.7.1. Nu de Commissie het eerste klachtonderdeel gegrond acht, is de Commissie in het verlengde daarvan van oordeel dat het beklagde niet vrijstond om de inschrijving van klager als ongeldig terzijde te leggen op grond van de weigering van klager te voldoen aan het verzoek van beklagde van 18 september 2015 (zie 1.12 hiervoor).
- 5.7.2. Aan het voorgaande oordeel doet niet af dat klager – zoals beklagde in haar reactie op de klacht stelt – ‘uitdrukkelijk en onvoorwaardelijk akkoord [is] gegaan met (onder meer) de bepaling van paragraaf 2.13 Beschrijvend Document toen zij een inschrijving indiende’. Zoals de Commissie hiervoor immers heeft overwogen (zie 5.6.5 hiervoor), is beklagde met haar verzoek (ook) buiten de kaders van haar bevoegdheid van paragraaf 2.13 van het Beschrijvend Document getreden.
- 5.7.3. Voor zover in paragraaf 2.13 van het Beschrijvend Document is bepaald dat een inschrijver die in zijn inschrijving onjuiste informatie verstrekt door beklagde kan worden uitgesloten van (verdere) deelname aan de aanbestedingsprocedure c.q. van gunning, kan een beroep op die bepaling beklagde evenmin baten. Beklagde heeft in haar e-mail van 4 november 2015 – waarmee zij de inschrijving van klager ongeldig verklaarde (zie 1.23 hiervoor) – immers geen melding gemaakt van door klager verstrekte onjuiste informatie.
- 5.7.4. Ook het tweede klachtonderdeel is derhalve gegrond.

6. **Advies**

De Commissie acht beide onderdelen van de klacht **gegrond**.

7. **Aanbeveling**

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

Den Haag, 22 juli 2016

w.g.:

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

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid