

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 394

1. Feiten

- 1.1. Beklaagden, drie waterschappen, hebben op 20 september 2016 een Europese openbare procedure aangekondigd voor een overheidsopdracht voor NEN3140 Inspecties ten behoeve van beklagden. De opdracht is verdeeld in drie percelen, per waterschap een perceel. Tevens behoort het keuren van elektrische gereedschappen tot de opdracht van de eerste twee percelen.
- 1.2. In het Beschrijvend document NEN3140 Inspecties is – voor zover relevant – het volgende bepaald:

'2.1.3.2 Looptijd van de Overeenkomst

De Overeenkomst heeft als ingangsdatum 1 januari 2017 en heeft een looptijd van twee jaar, met een optionele verlenging van twee (2) keer twee (2) jaar, waarbij de Aanbestedende diensten bepalen of verlenging plaatsvindt. De totale looptijd inclusief verlenging is maximaal zes (6) jaar.'

- 1.3. In de conceptovereenkomst is in paragraaf 3 het volgende bepaald:

'3. Duur van de Overeenkomst

- 3.1 Deze Overeenkomst gaat in op **<datum>** en eindigt van rechtswege na twee (2) jaar, derhalve op **<datum>**.
 - 3.2 De Opdrachtgever kan de overeenkomst na de in het vorige artikel genoemde einddatum verlengen met maximaal twee maal twee (2) jaar. De opdrachtgever zal minimaal twee maanden voor het einde van de lopende overeenkomst schriftelijk kenbaar maken aan de Opdrachtnemer of hij gebruik wenst te maken van het recht tot verlenging.
 - 3.3 Opdrachtgever is gerechtigd de overeenkomst tussentijds op te zeggen door middel van een aan de Opdrachtnemer gerichte aangetekende brief, met inachtneming van een opzegtermijn van twee maanden.'
- 1.4. In de conceptovereenkomst is in paragraaf 13 het volgende bepaald:

'13. Tarieven

- 13.1 De werkzaamheden worden uitgevoerd conform de aangeboden tarieven.
- 13.2 De tarieven zijn vast gedurende de eerste twee contractjaren (1 januari 2017 – 31 december 2018).
- 13.3 Per 1 januari 2019 kunnen de prijzen per 1 januari van elk jaar geïndexeerd worden (zowel omhoog als omlaag). Indexering geschiedt op basis van de Tabel Regelingslonen, Bouwnijverheid en Installatiebedrijven van het CBS. Per 1 november van elk jaar (ingående per 1 november 2018) zal deze prijsstijging bekend worden gemaakt aan Opdrachtgever. Voor vaststelling van de indexering zullen de percentages van de normlonen over de voorgaande periode ultimo juli ultimo juli worden gehanteerd.'

- 1.5. In het Programma van Eisen is in paragraaf 2.4 het volgende bepaald:
 'Per objectgroep dienen onderstaande inspectie-intervallen aangehouden te worden:

<i>Objectgroep</i>	<i>WS [A]</i>	<i>WS [B]</i>	<i>WS [C]</i>
RWZI groot (>300.000 VE)	6 jaar	6 jaar	5 jaar
RWZI klein (<300.000 VE)	6 jaar	6 jaar	5 jaar
Slibverwerkers	6 jaar	6 jaar	5 jaar
Werkplaats	6 jaar	6 jaar	6
Rioolgemalen groot (>700kub)	6 jaar	6 jaar	5 jaar
Rioolgemalen (<700)	6 jaar	6 jaar	5 jaar
Waterbeheersingsgemalen groot	6 jaar	6 jaar	6
Waterbeheersingsgemalen middel	6 jaar	6 jaar	6
Waterbeheersingsgemalen klein	6 jaar	6 jaar	6
Sluizen	6 jaar	6 jaar	6
Bruggen	6 jaar	6 jaar	6
Stuwen	6 jaar	6 jaar	6
Krooshekreinigers	6 jaar	6 jaar	6
Meetpunten	6 jaar	6 jaar	6
Kantoorpanden groot (>150 werkplekken)	1 jaar	1	3
Kantoorpanden middel (50-150 werkplekken)	Nvt	3 jaar	3
Kantoorpanden klein (<50 werkplekken)	Nvt	3 jaar	3
Elektrische gereedschappen	1 jaar	1 jaar	1 jaar

Let op!

Voor waterschap [C] geldt een inspectie-interval van 5 jaar voor een aantal objectgroepen. Omdat de maximale looptijd van de overeenkomst (inclusief optionele verlengingen) 6 jaar is, zal in jaar 6 gestart worden met een nieuwe cyclus voor deze objectgroepen.

Per waterschap zijn de objectgroepen en aantallen vastgesteld en weergegeven in onderstaande tabel:

<i>Objectgroep</i>	<i>Aantal Waterschap [A]</i>	<i>Aantal Waterschap [B]</i>	<i>Aantal Waterschap [C]</i>
RWZI groot (>300.000 VE)	4	2	4
RWZI klein (<300.000 VE)	14	6	3
Slibverwerkers	4	1	0
Werkplaats	14	0	1
Rioolgemalen (groot)	45	14	20
Rioolgemalen	51	55	87
Waterbeheersingsgemalen groot	1	1	4
Waterbeheersingsgemalen middel	27	8	10
Waterbeheersingsgemalen klein	139	47	74
Sluizen	7	0	4
Bruggen	1	0	0
Stuwen	120	59	133

Krooshekreinigers	5	2	5
Meetpunten	30	45	11
Kantoorpanden groot (>150 werkplekken)	1	1	1
Kantoorpanden middel (50-150 werkplekken)	1	0	0
Kantoorpanden klein (<50 werkplekken)	2	0	4
Elektrische gereedschappen (bij benadering)	0	650	700
Aantal locaties tbv inspectie elektrische gereedschappen	0	6	12

1.6. Klager heeft in de onderhavige aanbestedingsprocedure een inschrijving ingediend.

1.7. Op 17 november 2016 hebben beklagden de volgende e-mail aan klager verstuurd:

'Geachte mevrouw [Naam],

Momenteel vindt de beoordeling plaats van de inschrijvingen.

Met betrekking tot uw inschrijving hebben de aanbestedende diensten één vraag.

U heeft per perceel een Inschrijving ingediend waaronder een totaal som welke meeweegt als criteria Prijs met betrekking tot de economisch meest voordelige inschrijving.

Kunt u ons verduidelijken voor welke termijn (looptijd) uw totaal som per perceel geldt.

(...)'

1.8. Op 18 november 2016 heeft klager de volgende reactie aan beklagden verzonden:

'(...)

Het betreft een inschrijving met een termijn (looptijd) van 2 jaar zoals omschreven in het beschrijvend document paragraaf 2.1.3.2 Looptijd van de Overeenkomst (hieronder als screenshot toegevoegd) en nogmaals omschreven in de concept overeenkomst NEN3140 Inspecties DEF.

Ter verduidelijking; Onze totaalprijs per perceel betreft het totaal van twee jaar, zoals in uw uitvraag omschreven.

(...)'

1.9. Beklagden hebben vervolgens het volgende bericht aan klager verzonden:

'(...)

Op 1 november 2016 heeft u een Inschrijving ingediend voor de aanbesteding NEN3140 Inspecties perceel 1, 2 en 3.

Naar aanleiding van de beoordeling van de Inschrijvingen hebben de Aanbestedende diensten geconcludeerd dat de wijze waarop de Totaalsom op het prijzen-

blad diende te worden vermeld op verschillende wijzen is geïnterpreteerd door de Inschrijvers. Het verschil in interpretatie van de te vermelden Totaalsom is voor de Aanbestedende diensten aanleiding tot het bieden van de mogelijkheid tot herstel.

Wij bieden zodoende alle deelnemers die een Inschrijving hebben ingediend opnieuw de mogelijkheid om een nieuwe Totaalsom exclusief BTW in te dienen conform de voorwaarden die zijn gesteld onder de tab "Prijzlijsten" in Negometrix, Prijslijst 2 "Herziende Prijslijst NEN3140 Inspecties – perceel 1/2/3 [Beklaagden]".

In Negometrix is een nieuwe fase ingesteld namelijk de BAFO-fase. U kunt hierin onder tab "Prijzlijsten", Prijslijst 2 "Herziende totaalprijs NEN3140 Inspecties perceel 1/2/3" uw nieuwe Totaalsom indienen. De overige stukken die u al heeft ingediend op 1 november 2016 blijven gelden. De aanbestedende diensten stellen een termijn in van 5 werkdagen voor het indienen van de nieuwe Totaalsom. Dit betekent dat de uiterste datum voor het indienen van de nieuwe Totaalsom 28 november 2016, 23:59 uur is.

(...)'

- 1.10. Op 24 november 2016 hebben beklaagden de volgende e-mail aan klager verzonden:

'(...)

U informeerde mij over het volgende: naar aanleiding van een bericht van u aan uw brancheorganisatie, informeerde u mij over het feit dat de brancheorganisatie heeft geconcludeerd dat het juridisch niet mogelijk is om een herziende prijslijst in te dienen omdat de termijn voor het indienen van een inschrijving is verlopen. U stelt dat er opnieuw aanbesteed moet worden of verder te gaan met de ingediende inschrijving.

Hierbij berichten wij u als volgt. Naar aanleiding van de beoordeling van de Inschrijvingen hebben de aanbestedende diensten geconcludeerd dat de wijze waarop de totaalsom op het prijzenblad vermeld diende te worden op verschillende wijzen in geïnterpreteerd door de Inschrijvers. Naar aanleiding hiervan hebben de aanbestedende diensten besloten om alle Inschrijvers opnieuw de mogelijkheid te geven een totaalsom in te dienen conform gestelde voorwaarden.

Rekening houdend met de algemene beginselen van het aanbesteden en het feit dat de aanbestedende diensten de administratieve lasten van de Inschrijvers zo veel mogelijk wilt beperken, hebben wij voor de optie gekozen waarbij alle deelnemers die een inschrijving hebben ingediend de gelegenheid gegeven een herziende prijslijst in te dienen. Wij menen hiermee zo veel mogelijk recht te doen aan het beperken van de administratieve lasten en het gelijkheidsbeginsel.

Mocht dit voor u evenwel op onoverkomelijke bezwaren stuiten dan verneemt [Beklaagden] dit graag en zal zich dan verder beramen over het vervolg van deze aanbesteding.

(...)'

- 1.11. Klager heeft dezelfde dag als volgt gereageerd op het bericht van beklaagden:

'Geachte mevrouw [Naam],

Bedankt voor uw snelle reactie. Helaas moet ik u wel mededelen dat wij toch op onoverkomelijke bezwaren stuiten.

Allereerst het argument waarmee u tot herinschrijving bent overgegaan. Zoals reeds in onze verduidelijk is aangegeven is het klaarblijkelijk dat het een looptijd van 2 jaar betreft. Het is dan ook geen argument dat diverse inschrijvers deze eerder vernoemde tijd anders geïnterpreteerd hebben.

Juist in het kader van het transparantie beginsel is dit niet correct. Een inschrijver heeft de plicht het inschrijvingsleidraad zorgvuldig te lezen, dat er verschillende interpretaties zijn van de inschrijving is voorts het gevolg van onzorgvuldigheid van de desbetreffende inschrijver. Het overgaan tot herinschrijving bij onzorgvuldigheid van een of diverse inschrijvers doet dan ook geen gestand.

Daarnaast heropent u de inschrijving, dit is niet in lijn met de aanbestedingswet e.e.a. terug te vinden in het SAG-arrest (C-599/10, 29 maart 2012).

"Indien het een aanbestedende dienst wordt toegelaten een gegadigde om preciseringen te verzoeken bij een inschrijving die hij onnauwkeurig of niet in overeenstemming met de technische specificaties van het bestek acht, zou dit immers een risico opleveren dat het zou lijken alsof de aanbestedende dienst, in geval de inschrijving van die gegadigde uiteindelijk zou worden gekozen, over deze inschrijving heimelijk heeft onderhandeld, ten nadele van de andere gegadigden, en in strijd met het beginsel van gelijke behandeling. (ov. 36 en 37)".

In dit arrest is duidelijk terug te vinden dat u op dit moment handelt in strijd met het beginsel van gelijke behandeling.

Wij willen de aanbestedende dienst er nogmaals op wijzen dat er (1) geen reden is om tot herinschrijving over te gaan waarbij dit ook met het transparantie beginsel schaadt en (2) het over gaan op herinschrijving in strijd is met het beginsel van gelijke behandeling. Daarom verzoeken wij de huidige aanbestedingsprocedure voort te zetten zonder gebruik te maken van herinschrijving.

(...)'

1.12. Op 28 november 2016 hebben beklagden een reactie aan klager verzonden:

'Geachte mevrouw [Naam],

Uit de aanbestedingsdocumenten blijkt niet ondubbelzinnig op welke termijn de inschrijving betrekking dient te hebben, waardoor de aanbestedende diensten hebben geconcludeerd dat de onduidelijkheid aan haar te wijten is. De aanbestedingsdocumenten zijn met betrekking tot de prijsbepaling namelijk onduidelijk dan wel voor meerdere uitleg vatbaar (zie ook: RBZLY:2012:BV6393). Zo wordt in het beschrijvend document en in de conceptovereenkomst een termijn van 2 jaar beschreven terwijl uit het programma van eisen onder 2.4.1 de inspectieintervallen worden aangeduid waardoor de indruk wordt gewekt dat de inschrijving voor periode van 6 jaar dient te worden ingediend.

Er is in tegenstelling tot hetgeen u beweert dan ook geen sprake van onzorgvuldigheid bij één of meerdere inschrijvers. Omdat deze onduidelijkheid te wijten is aan de aanbestedende diensten en dit geldt voor alle inschrijvers, wordt de mogelijkheid geboden tot herstel en niet tot herinschrijving.

In het kader van het gelijkheids- en transparantiebeginsel is aan alle inschrijvers de mogelijkheid tot herstel geboden en is er bovendien een redelijke termijn gehanteerd voor dat herstel. De aanbestedende diensten zien dan ook geen reden om deze verder te verlengen.

(...)'

- 1.13. Klager heeft daarop de volgende reactie aan beklaagden gezonden:

`(...)

Wij hebben de aanbestedingsdocumenten nogmaals getoetst en zijn het niet eens met u stelling aangaande de onduidelijkheid van u als aanbestedende dienst. De stukken hiervoor hebben wij reeds eerder verzonden, daarom is herstel van de inschrijving in dit geval niet relevant en dus in strijd met het gelijkheids- en transparantiebeginsel.

Wij verzoeken u nogmaals de oorspronkelijke inschrijving te hanteren.

(...)'

- 1.14. Tenslotte heeft klager het volgende bericht aan beklaagden gezonden:

`Geachte heer [Naam],

Helaas hebben we van u als aanbestedende dienst geen reactie meer ontvangen. Nogmaals willen wij u benadrukken dat wij het niet eens zijn met de huidige procedure. Welke naar ons inzien in strijd is met het gelijkheids- en transparantiebeginsel. Door deze huidige door u voorgestelde en doorlopen procedure tast u momenteel zelfs de eerlijke mededinging aan. Wanneer wij voor woensdag 1-12-2016 15:15 geen reactie op deze en de eerder gestuurde berichten (zie bericht van mijn collega [Naam]) hebben ontvangen gaan wij over tot de eerder genoemde juridische toepassingen.

(...)'

2. Beschrijving klacht

Beklaagden zijn ten onrechte een herinschrijving gestart voor de aanbestedingsprocedure NEN3140 Inspecties.

3. Onderbouwing klacht

- 3.1. Na het indienen van de inschrijvingen hebben beklaagden aan partijen laten weten dat hen is gebleken dat er bij inschrijvers onduidelijkheid is ontstaan over de looptijd van de overeenkomst. Beklaagden hebben daarom inschrijvers de mogelijkheid geboden tot herinschrijving om hen zo de kans te geven hun eerdere inschrijving te wijzigen.
- 3.2. Klager stelt dat in de aanbestedingsstukken duidelijk is omschreven dat het gaat om een looptijd van twee jaar en zij verwijst hiertoe naar par. 2.1.3.2 in het beschrijvend document. Verder verwijst klager naar de concept overeenkomst NEN3140 Inspecties DEF waaruit volgens haar ook duidelijk blijkt dat het gaat om een overeenkomst met een looptijd van twee jaar. De stelling van beklaagden dat de indruk wordt gewekt dat het zou gaan om een looptijd van zes jaar wordt door klager niet gedeeld.

- 3.3. Volgens klager is het niet gepast om inschrijvers hun inschrijving te laten wijzigen nu duidelijk in de stukken staat dat de overeenkomst een looptijd van twee jaar heeft.
- 3.4. Klager heeft bij een brancheorganisatie nagevraagd of in dit geval een BAFO-termijn, met daarbij het publiceren van een nieuw inschrijfformulier, waarbij gewezen wordt op een looptijd van zes jaar, gepast is. De brancheorganisatie heeft volgens klager aangegeven dat dit wettelijk gezien geen goede gang van zaken is.
- 3.5. Vervolgens heeft klager aan beklagden gemeld dat het hanteren van een BAFO-termijn niet juist is en dat beklagden over dienen te gaan tot gunning op basis van de reeds ingediende inschrijvingen.
- 3.6. Het standpunt van beklagden dat het gaat om een herstel wordt niet door klager gedeeld nu beklagden een nieuwe termijn (looptijd) voor de totaalsom hanteren op een nieuw (en aangepast) inschrijfblad.
- 3.7. Klager stelt dat beklagden, door inschrijvers de mogelijkheid tot herinschrijven te bieden, gehandeld hebben in strijd met het transparantiebeginsel en het gelijkheidsbeginsel. Daarnaast leidt het handelen van beklagden tot aantasting van de eerlijke mededinging.

4. Reactie beklagden

- 4.1. Beklagden stellen voorop dat de aanbestedingsstukken er in voorzien dat gunning van de opdracht zal plaatsvinden op basis van de beste prijs-kwaliteitverhouding waarbij de wegingsfactor voor prijs 40% bedraagt en voor kwaliteit 60%. Ten behoeve van het aspect prijs diende per perceel een prijslijst te worden ingediend waarbij de totaal som gebaseerd moest zijn op een looptijd van zes jaar. Deze totaal som ontstaat uit een optelsom van afzonderlijke bedragen die betrekking moesten hebben op het inspecteren van verschillende objectgroepen voor de termijn (looptijd) van zes jaar. Tijdens de periode waarin vragen gesteld konden worden over de aanbesteding(-sstukken) zijn geen vragen gesteld met betrekking de looptijd waarop de prijslijst betrekking diende te hebben.
- 4.2. Op 1 november 2016 om 23:59 sloot de offertefase. Naar aanleiding van de beoordeling van de inschrijvingen werd duidelijk dat niet door alle inschrijvers met een termijn (looptijd) van zes jaar was gerekend maar ook twee jaar en zelfs met een prijs per voor alle, binnen dat perceel genoemde objecten, waarbij de te inspecteren objecten per tijdsperiode wordt verrekend. De eerste indruk van beklagden was dat de inschrijvingen waarin niet met de beoogde termijn (looptijd) van zes jaar was ingeschreven ongeldig verklaard dienden te worden. Bij nadere bestudering van de aanbestedingsstukken bleek echter dat de gewenste termijn (looptijd) niet ondubbelzinnig uit de aanbestedingsstukken opgemaakt kon worden.
- 4.3. Op 17 november 2016 is hierover aan alle inschrijvers, waaronder klager, een verduidelijkingsvraag gesteld. Op 18 november 2016 antwoordde klager dat uitgegaan moest worden van een inschrijving met een termijn (looptijd) van 2 jaar. Uit andere reacties bleek echter ook dat de prijs gebaseerd was op:
 - een looptijd met eenmalig de aangegeven cyclus van de inspecties;
 - de aangegeven aantallen maal de eenheidsprijzen;
 - een totaalsom voor alle objecten waarbij er per tijdsperiode wordt verrekend met de binnen die tijdsperiode geïnspecteerde objecten.

- 4.4. De verduidelijkingsvraag sterkte het vermoeden van beklagden dat uit de aanbestedingsstukken niet ondubbelzinnig bleek dat de looptijd betrekking dient te hebben op zes jaar. Ter toelichting op het niet ondubbelzinnig zijn van de aanbestedingsstukken geldt het volgende.
- 4.5. Op het door inschrijvers in te vullen oorspronkelijke prijzenblad was geen termijn (looptijd) vermeld. Inschrijvers dienden zelf de afzonderlijke bedragen met betrekking tot de verschillende te inspecteren objectgroepen te vermenigvuldigen met de termijn (looptijd) van zes jaar. Door de afzonderlijke bedragen vervolgens op te tellen zou een totaal som ontstaan voor de looptijd van zes jaar. Dit heeft, zoals ook bleek uit de reacties van de inschrijvers, er (mede) toe geleid dat de looptijd van de prijs voor meerdere interpretaties vatbaar is.
- 4.6. Op basis van de teksten in de aanbestedingsdocumenten zijn beklagden tot de volgende conclusies gekomen.
- 4.7. Uit het prijzenblad zelf kon de termijn (looptijd) die inschrijvers dienden te hanteren niet worden afgeleid omdat daarin in het geheel niet wordt gesproken over een bepaalde termijn (looptijd).
- 4.8. Uit het beschrijvend document zelf kon de termijn ook niet evident worden afgeleid omdat er sprake is van optionele verlenging. Dit geldt ook voor de termijn (looptijd) in de concept-overeenkomst. In het programma van eisen worden verschillende inspectie-intervallen per objectgroep en per aanbestedende dienst aangehouden van 6, 5, 3 en 1 jaar zodat ook hier niet klaarblijkelijk is welke termijn (looptijd) in het prijzenblad moest worden aangehouden. Uit artikel 13 van de concept-overeenkomst kan dus ook niet ondubbelzinnig worden opge maakt dat de termijn waarop de prijzen betrekking dienden te hebben, 2 jaar bedraagt zoals klager stelt.
- 4.9. Naar aanleiding van de ontvangen inschrijvingen waarbij was gerekend met verschillende termijnen (looptijden), de antwoorden van inschrijvers op de verduidelijkingsvraag en bestudering van de aanbestedingsstukken zijn beklagden zodoende tot de conclusie gekomen dat er niet alleen sprake is van een onduidelijkheid maar ook dat deze te wijten is aan beklagden. Deze onduidelijkheid betrof de termijn (looptijd) die gehanteerd diende te worden op het prijzenblad bij het berekenen van de totaal som. Deze termijn (looptijd) bleek op basis van de aanbestedingsstukken zowel afzonderlijk als in samenhang niet objectief vast te stellen en bleek hierdoor voor meerdere uitleg vatbaar. Zodoende is een beoordeling op gelijke gronden van de inschrijving niet mogelijk.
- 4.10. Vervolgens hebben beklagden gezien welke opties rechtmatig en doelmatig openstonden om met deze kwestie om te gaan.
- 4.11. De optie om inschrijvingen met een andere looptijd dan zes jaar ongeldig te verklaren stuitte op het bezwaar dat een ongeldigverklaring niet rechtmatig is. Immers, er is sprake van een onduidelijkheid in de aanbestedingsstukken. Uitgaan van een termijn (looptijd) van twee jaar, zoals klager beoogt, zou op dezelfde bezwaren van onrechtmatigheid stuiten en er zou daarmee bovendien geen invulling worden gegeven aan de opzet van de aanbesteding van de opdracht, zijnde het verkrijgen van een prijsstelling voor een periode van zes jaar.
- 4.12. De optie om de aanbesteding af te breken en een nieuwe aanbesteding te starten stuitte op het bezwaar dat de opdracht wezenlijk gewijzigd zou moeten worden. Beklagden zien echter geen mogelijkheid tot wezenlijke wijziging omdat daarmee dan niet in hun behoefte wordt voorzien. Deze optie is zodoende als niet doelmatig beoordeeld. Stel dat besloten zou worden tot een heraanbesteding – met wederom toepassing gunningscriterium beste-prijskwaliteitverhouding –

houdt dit in dat partijen opnieuw de documenten bij het onderdeel kwaliteit moeten indienen en hiermee worden belast.

- 4.13. Daarom is de optie om tot herstel over te gaan toegepast. Zoals overwogen wordt in de uitspraak van de rechtbank Zwolle-Lelystad van 20 februari 2012 (ECLI:NL:RBZLY:2012:BV6393) moet een inschrijver in de gelegenheid worden gesteld gebreken te herstellen in het geval waarin het ontstaan van het gebrek te wijten is aan omstandigheden die in de risicosfeer van de aanbestedende dienst liggen, bijvoorbeeld doordat de door de aanbestedende dienst vervaardigde aanbestedingsdocumenten onduidelijk dan wel voor meerdere uitleg vatbaar zijn.
- 4.14. Daarbij is van belang dat de aanbestedende dienst zich ook de belangen van de overige inschrijvers moet aantrekken en door het bieden van een herstelmogelijkheid aan één van de inschrijvers, in strijd handelt met het gelijkheidsbeginsel.
- 4.15. Daarom is aan alle inschrijvers, waaronder klager, op 21 november 2016 de mogelijkheid tot herstel geboden door middel van het indienen van een volledig nieuwe prijs onder verduidelijking van de door beklagden bedoelde termijn (looptijd) van zes jaar. Door klager wordt aangevoerd dat hiermee sprake is van opening van de BAFO-termijn dan wel herinschrijving. Zoals hiervoor is aangegeven is er sprake van herstel na verduidelijking wat heeft geleid tot het indienen van een nieuwe prijs op het verduidelijkte prijzenblad. Wellicht dat er bij klager hierover onduidelijkheid is ontstaan omdat de enige mogelijkheid die het platform Negometrix biedt het openstellen van de BAFO-fase is, Negometrix hiervoor de term BAFO hanteert en dit binnen dat aanbestedingsplatform de enige mogelijkheid is om een hernieuwde prijs in te dienen.
- 4.16. Voor het herstel is een nieuwe prijslijst ter beschikking gesteld waarin voor de goede orde de termijn (looptijd) van zes jaar is verduidelijkt. Tevens is de looptijd (termijn) in de concept-overeenkomst verduidelijkt. Door alle inschrijvers conform de overwegingen van de uitspraak de mogelijkheid tot herstel te bieden werd strijd met het gelijkheidsbeginsel voorkomen en werd de administratieve last voor inschrijvers tot een minimum beperkt omdat de overige stukken (onder andere de kwaliteitsdocumenten) die reeds op 1 november 2016 waren ingediend bleven gelden. Deze optie was daarmee zowel rechtmatig als doelmatig.
- 4.17. Aan de mogelijkheid van herstel is een redelijke termijn van 5 werkdagen gekoppeld zodat de uiterste termijn voor het indienen van de nieuwe prijslijst 28 november 2016, 23:59 uur bedroeg. Voor het verlengen van deze termijn, zoals verzocht door klager per e-mail van 25 november 2016, was geen aanleiding. Klager is hier per e-mail van 28 november 2016 van bericht. Klager reageerde hierop met een e-mail van 28 november 2016. Op die e-mail waarin klager de eerder ingebrachte standpunten opnieuw herhaalde heeft geen beantwoording plaatsgevonden omdat hierop eerder door beklagden al was gereageerd.
- 4.18. Concluderend: vanwege aan beklagden te wijten onduidelijkheid in de aanbestedingsdocumenten ten aanzien van de termijn (looptijd) die gehanteerd moest worden in het prijzenblad, zijn door beklagden diverse opties op rechtmatigheid en doelmatigheid onderzocht. In lijn met jurisprudentie is geoordeeld dat het rechtmatig en doelmatig was de mogelijkheid van herstel te bieden na verduidelijking door beklagden. Door alle inschrijvers deze herstelmogelijkheid te bieden en een redelijke termijn hiervoor te hanteren is strijd met het gelijkheidsbeginsel voorkomen alsmede onevenredige administratieve lasten voor inschrijvers.
- 4.19. Klager heeft geen gebruik gemaakt van de geboden mogelijkheid van herstel, zelfs geen inschrijving onder protest ingediend, en daarmee bewust het risico geaccepteerd een ongeldige inschrijving te hebben gedaan. Voorts heeft klager

geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid een klacht in te dienen bij beklaagden zoals omschreven in paragraaf 5.2.4 Klachtenregeling in het beschrijvend document van de betreffende aanbesteding.

- 4.20. Mocht de Commissie desondanks toch oordelen dat de gevolgde procedure onrechtmatig is, verzoeken beklaagden om een belangenafweging toe te passen en deze in het voordeel van beklaagden uit te laten vallen. Heraanbesteding zal namelijk leiden tot soortgelijke procedure die eigenlijk al doorlopen is met als gevolg dat de markt onnodig belast wordt. De gekozen mogelijkheid is naar het oordeel van beklaagden de enige mogelijkheid geweest om op een adequate manier te reageren op de onduidelijkheid in de aanbestedingsstukken, met inachtneming van het transparantie- en gelijkheidsbeginsel.

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt vast dat beklaagden op 20 september 2016 een Europese openbare procedure hebben aangekondigd voor een overheidsopdracht voor NEN3140 Inspecties ten behoeve van beklaagden. Tevens behoort het keuren van elektrische gereedschappen tot de opdracht. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Delen 1 en 2 van de ten tijde van de aankondiging van de opdracht geldende Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit.
- 5.2. Vooropgesteld dient te worden dat een aanbestedende dienst op grond van artikel 1.9, eerste lid, Aw 2012 transparant dient te handelen. De te beantwoorden vraag is allereerst of beklaagden aan deze verplichting hebben voldaan, in die zin dat zij het prijs criterium in de aanbestedingsstukken zodanig hebben geformuleerd dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers dit criterium op dezelfde wijze zullen uitleggen. In het geval dat deze vraag bevestigend kan worden beantwoord, komt vervolgens de vraag aan de orde welke uitleg aan het criterium moet worden gegeven. Bij de beantwoording van deze onderling met elkaar verband houdende vragen geldt als uitgangspunt dat voor de uitleg van de aanbestedingsdocumenten de bewoordingen van de bepalingen, gelezen in het licht van de gehele tekst van die stukken, in beginsel van doorslaggevende betekenis zijn. Daarbij komt het aan op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin de stukken zijn gesteld. De Commissie beantwoordt de hiervoor gestelde vragen als volgt.
 - 5.2.1. In de in te vullen prijslijsten wordt per perceel en per soort object gevraagd om een totaalprijs en om een eenheidsprijs. De totaalprijzen van alle objecten worden opgeteld en het is duidelijk dat de uitkomst van die optelling de basis vormt van het prijs criterium.
 - 5.2.2. Waterschap [A] heeft 4 RWZI (groot) met een inspectiecyclus van 6 jaar en 1 kantoorpand (groot) met een jaarlijkse inspectiecyclus. Wanneer, zoals klager stelt, de totaalprijs over 2 jaar moet worden ingediend, is duidelijk dat de eenheidsprijs van een inspectie van het kantoorpand (groot) met 2 moet worden vermenigvuldigd, maar minder duidelijk is wat er moet gebeuren met de eenheidsprijs van de 4 RWZI's (groot). Wanneer die eenheidsprijs met 4 wordt vermenigvuldigd, wordt de facto voor de RWZI's (groot) de totaalprijs over 6 jaar berekend, terwijl voor het kantoorpand (groot) die totaalprijs over 2 jaar berekend wordt. Dan zouden dus twee onvergelykbare prijzen opgeteld worden.
 - 5.2.3. Niet voor de hand ligt dat bij de talrijke objecten die een inspectiecyclus van 6 jaar hebben al die objecten in de eerste contractperiode van 2 jaar geïnspecteerd zullen worden. Dan zou de overeenkomst na de eerste twee jaar immers vrijwel

volledig uitgevoerd zijn. Onduidelijk is bijvoorbeeld in welke periode de 6-jaarlijkse inspectie van de brug van waterschap A moet worden uitgevoerd en hoe de totaalprijs van dat object over 2 jaar moet worden berekend: zou dan de eenheidsprijs van één eenheid door 3 gedeeld moeten worden? Die eenheidsprijs zal in geval van twee verlengingen slechts in één van de drie contractperioden in rekening worden gebracht en zeker niet voor een derde in de eerste periode.

- 5.2.4. De Commissie constateert derhalve dat er veel pleit voor het uitgangspunt van beklagden dat zij er op rekenden dat een totaalprijs over 6 jaar zou worden ingediend.
- 5.2.5. Tegen deze uitleg – en vóór de uitleg die klager aan het prijscriterium heeft gegeven – pleiten echter twee argumenten:
 - a. De conceptovereenkomst kent een vaste looptijd van 2 jaar, met twee opties tot verlenging met 2 jaar; en
 - b. Na de vaste looptijd van 2 jaar worden de tarieven geïndexeerd.
- 5.2.6. Het is niet gebruikelijk om in geval van een opdracht die verlengd kan worden een totaalprijs te vragen voor de volledige looptijd inclusief verlengingen. Veel meer ligt het dan voor de hand om – zoals beklagden wellicht ook hebben bedoeld – tarieven per object te vragen, af te rekenen op basis van de daadwerkelijk uitgevoerde inspecties en in geval van verlenging af te rekenen op basis van de daadwerkelijk uitgevoerde inspecties met de geïndexeerde tarieven.
- 5.2.7. Wanneer een totaalprijs voor 6 jaar wordt ingediend door een inschrijver, is niet duidelijk hoe met de indexering moet worden omgegaan. Aangezien de indexcijfers tijdens de inschrijving nog niet bekend zijn, kan de inschrijver die indexcijfers niet in zijn prijs verwerken. Hoe die indexering vervolgens tijdens de uitvoering van de overeenkomst moeten worden toegepast, is niet op volstrekt eenduidige wijze uit de aanbestedingsstukken af te leiden. Het zou kunnen gebeuren op de wijze als in 5.2.6 hiervoor beschreven, maar ook andere indexeringsmethoden zijn denkbaar.
- 5.2.8. Wanneer beklagden – anders dan zij nu hebben gedaan – in de aanbestedingsstukken hadden vermeld dat de inschrijvers totaalprijzen per object over 6 jaar dienden in te vullen en hadden vermeld op welke wijze de indexering zal worden toegepast (bijvoorbeeld op de wijze als beschreven in 5.2.6 hiervoor), dan was naar het oordeel van de Commissie het prijscriterium op zodanige wijze beschreven dat iedere redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver dit criterium op dezelfde wijze had geïnterpreteerd.
- 5.2.9. De Commissie is van oordeel dat beklagden het prijscriterium niet zodanig in de aanbestedingsstukken hebben geformuleerd dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers het criterium op dezelfde wijze zullen uitleggen. Dat betekent dat beklagden in zoverre – zoals zij ook zelf hebben geconstateerd – hebben gehandeld in strijd met hun in 5.2 hiervoor bedoelde verplichting.
- 5.3. De vraag die vervolgens moet worden beantwoord is welke consequenties beklagden aan het voorgaande hadden moeten verbinden. Bij de beantwoording van deze vraag stelt de Commissie voorop dat beklagden – anders dan zij hebben gedaan (zie 4.15 hiervoor) – de ondernemingen die een inschrijving hebben ingediend niet konden verzoeken die inschrijvingen te herstellen door hen de gelegenheid te bieden nogmaals (al dan niet aangepaste) prijslijsten in te dienen. Een aanbestedende dienst kan een inschrijver immers alleen de mogelijkheid tot herstel van diens inschrijving bieden – en ook overigens slechts binnen strikte kaders – wanneer die inschrijving een kennelijke materiële fout bevat. Die situatie doet zich in het onderhavige geval echter niet voor. Immers, zoals ook be-

klaagde zelf heeft onderkend (zie 4.11 hiervoor) en zoals de Commissie heeft bevestigd (zie 5.2 hiervoor) doet zich in het onderhavige geval de situatie voor dat de inschrijvingen zijn gebaseerd op een in de aanbestedingsstukken opgenomen prijscriterium dat onvoldoende transparant is. Dat betekent dat er sprake is van een ernstig procedureel gebrek in de aanbestedingsprocedure.

- 5.4. De consequenties die een aanbestedende dienst aan de constatering van een dergelijk gebrek moet verbinden, is dat hij de aanbestedingsprocedure zal moeten intrekken (zie HvJ EG 4 december 2003, C-448/01 (EVN en Wienstrom) dictum (2). Zie ook Rb. Noord-Nederland (vzr.) 11 januari 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BY8197, r.o. 4.1 en 4.2 en Rb. Gelderland (vzr.) 7 april 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:3676, r.o. 4.14 in fine).
- 5.5. Het voorgaande betekent dat de klacht gegrond is.
- 5.6. Ten overvloede overweegt de Commissie nog het volgende. Het is beklagde toegestaan om na intrekking van de aanbestedingsprocedure vanwege een ernstig procedureel gebrek tot heraanbesteding van de opdracht over te gaan. Anders dan beklagde veronderstelt – zie 4.12 hiervoor – is zij in dat geval niet gehouden de opdracht wezenlijk te wijzigen (zie CvAE Advies 142, overwegingen 6.1.4 en 6.1.5 en CvAE Advies 153, overweging 5.4.2, met verwijzing naar Rb. Noord-Nederland (vzr.) 11 januari 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BY8197).

6. Advies

De Commissie acht de klacht **gegrond**.

7. Aanbeveling

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

Den Haag, 20 december 2016

w.g.:

Mr. J.G.J. Janssen
Voorzitter

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

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid