

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 420

1. Feiten

- 1.1. Beklaagde heeft op 12 oktober 2016 mede voor Y een Europese openbare procedure aangekondigd voor een raamovereenkomst met twee opdrachtnemers voor het uitvoeren van uitvaartdiensten van gemeentewege.
- 1.2. In de Aanbestedingsleidraad is, voor zover van belang, het volgende bepaald:

1.1. Algemene eisen en informatie betreffende aanbesteding

(...)

Algemene informatie over de procedure

1.1.3 K.O.

(...)

Indien de aanbestedingsdocumenten tot onduidelijkheden bij inschrijver leiden en vragen oproepen, dan dient inschrijver hierover vragen te stellen tijdens de periode die hiervoor in de procedure is gereserveerd. Wanneer een inschrijving wordt gedaan, dan gaat inschrijver akkoord met de procedure inclusief de genoemde (rand)voorwaarden.

(...)

Stap 3 (toetsing gunningseisen en beoordeling wensen)

In de aanbestedingsleidraad zijn voor deze aanbesteding eisen geformuleerd met betrekking tot de inschrijving (gunningseisen in de offertefase). De aanbestedingsstukken zijn zo opgebouwd, dat iedere vraag als aparte eis is geformuleerd. Inschrijver dient per vraag (eis) aan te geven of zijn inschrijving voldoet aan de betreffende eis. Bij sommige vragen dient inschrijver ondersteunende bewijsstukken (verklaringen) te uploaden. Nadat inschrijver is toegelaten tot stap 3 wordt zijn/haar inschrijving beoordeeld op basis van de gestelde gunningseisen. Inschrijver dient alle vragen met 'Ja' te beantwoorden, om zo te verklaren dat wordt voldaan aan alle gunningseisen. In beginsel dient inschrijver op straffe van uitsluiting te voldoen aan alle gunningseisen. Alleen de niet uitgesloten inschrijvingen worden beoordeeld op basis van de gunningswensen. De wijze waarop de inschrijving wordt beoordeeld op basis van de geformuleerde wensen, staat per wens aangegeven. Hier wordt zowel vermeld op basis van welke criteria de beoordeling plaatsvindt, als ook de wijze waarop de kwaliteit van de inschrijving wordt vertaald in een waarde (score). Tijdens de beoordeling van de kwaliteit is de inschrijfprijs niet bekend bij de personen die de beoordeling uitvoeren.

(...)

Onvolkomenheden en tegenstrijdigheden

Van inschrijver wordt een proactieve houding verwacht. Dit betekent dat een inschrijver geen rechtsgeldig beroep kan doen op onvolkomenheden of tegenstrijdigheden die door hem niet binnen de hiervoor genoemde termijn aan de orde zijn gesteld, terwijl dit redelijkerwijs wel mogelijk was geweest. Ten aanzien van deze onvolkomenheden of tegenstrijdigheden heeft een inschrijver in die situatie zijn rechten verwerkt.

(...)

Vraag & Antwoord (Nota van Inlichtingen)

1.1.5 KO

(...)

- Inschrijver dient zijn vraag zo spoedig mogelijk te stellen bij het desbetreffende vraagnummer onder vermelding van het onderwerp van de vraag in de vraagtitel;

(...)

- Inschrijvers kunnen vragen stellen vanaf het moment van publicatie. In de planning is een datum en tijdstip opgenomen tot wanneer inschrijvers in de gelegenheid worden gesteld om vragen te stellen. Vragen die na dit tijdstip worden gesteld, worden in beginsel niet meer in behandeling genomen.

(...)

Klachten en geschillen

1.1.7 KO

Q: 1.1.7. Klachtenregeling

Indien inschrijver een klacht heeft met betrekking tot de onderhavige aanbesteding, dan wordt hij geacht deze klacht goed gemotiveerd, inclusief de eventuele gevolgen voor zijn inschrijving, via de berichten module op Negometrix kenbaar te maken. Aanbestedende dienst zal zich vervolgens inspannen om de klacht op een zo kort mogelijke termijn, met inachtneming van alle relevante (juridische) aspecten, te behandelen en de klagende inschrijver hierover te informeren.

Indien inschrijver van mening is dat de klacht gegrond blijft, dan kan hij zich, conform het [Reglement] melden bij de klachtencommissie van [een aantal gemeenten].

Het indienen van een klacht heeft niet tot gevolg dat de stand still periode na de gecommuniceerde gunningsbeslissing wordt verlengd. (...)

(...)

1.3 Eisen aan inschrijving (gunningseisen)

Prijs

1.3.1. KO

Q: 1.3.1. Inschrijver dient bij het criterium 'Prijs' de volgende uitgangspunten in acht te nemen:

- Inschrijver geeft een netto all-in prijs af per uitvaart, in euro's, exclusief BTW. Prijspeil is het jaar van inschrijving.
- De all-in prijs per uitvaart dient binnen de bandbreedte van € 1500,- tot en met € 2200,- te vallen. Een prijsopgave die buiten de bandbreedte valt, is niet toegestaan en leidt tot uitsluiting van deelname aan deze aanbesteding.
- De door inschrijver opgegeven all-in prijs dekt alle in de aanbestedingsdocumenten opgenomen eisen en door inschrijver aangeboden invullingen van de wensen volledig. Dit betekent dat alle kosten (personele kosten, reiskosten, afleveringskosten, overhead, sociale lasten, administratiekosten en het vervullen van alle formaliteiten zoals accountantsverklaring e.d.) in de door inschrijver aangeboden prijs zijn verwerkt met daarbij:

- De algehele regeling van de uitvaart, alle overbrengingen van de overledene, het verzorgen en kisten van de overledene, alle ligdagen (mortuarium of andere uitvaartondernemer), aula voor opbaring en afscheid

(half uur), het beschikbaar stellen van de rouwauto, het leveren van een standaardkist en incassering / verzilveren polissen.

- Prijsopgave is exclusief kosten crematie (Crematorium [Provincie]) en begraafplaats (grafrechten), deze worden rechtstreeks in rekening gebracht bij de opdrachtgever.
- Facturatie van extra kosten is niet mogelijk, tenzij dit met opdrachtgever expliciet als meerwerk is overeengekomen. Enkele voorbeelden hiervan zijn (buiten de all-in prijs):
 - kist extra groot postuur (goedkoopst leverbare standaardkist)
 - extra lijkzak ivm staat van het lichaam
 - postmortalezorg

Inschrijver geeft in de prijslijst op het Negometrixplatform zijn all-in prijs per uitvaart op. De totale inschrijfprijs voor deze opdracht wordt automatisch berekend in de prijslijst op basis van 40 uitvaarten ten behoeve van de gunningsmethodiek 'Gunnen op waarde'. Dit aantal is gebaseerd op basis van inschatting van het gemiddeld aantal uitvaarten (ter indicatie) van de afgelopen jaren voor [Beklaagde] en [Y] tezamen. Er kunnen aan deze inschatting geen rechten worden ontleend. Indien blijkt dat er tijdens de looptijd aanzienlijk minder binnen de overeenkomst af wordt genomen heeft inschrijver geen recht op vergoeding. Indien inschrijver hieronder 'Ja' aanvinkt, dan bevestigt hij dat hij akkoord gaat met deze eis.

(...)

Proces: verplichtingen van de opdrachtnemer tijdens de uitvoering lijkbezorging

1.3.8. KO

Q: 1.3.8. Opdrachtnemer conformeert zich met de beschreven verplichtingen en werkwijzen tijdens de uitvoering van de lijkbezorging.

- 1) Opdrachtnemer verplicht zich bij een natuurlijke dood het stoffelijk overschot van de plaats van overlijden of het mortuarium van [Ziekenhuis A] over te brengen naar het uitvaartcentrum.
- 2) Opdrachtnemer regelt de verzorging als het stoffelijk overschot naar het uitvaartcentrum is overgebracht.
- 3) Opdrachtnemer kist (goedkoopste gangbare kist) de overledene. Opdrachtnemer levert de lijk-kist en zo nodig een milieuvriendelijke plastic hoes.
- 4) Opdrachtnemer verzorgt het overbrengen van de overledene van de plaats van opbaren naar het crematorium of de begraafplaats. Indien nodig zet opdrachtnemer 4 (vier) dragers in. Alle personeel dat bij de plechtigheid wordt ingezet, behoort gekleed te zijn zoals dat bij begrafenissen gebruikelijk en gepast is. Het vervoer van de overledene geschiedt uitsluitend in een lijk-wagen.
- 5) Opdrachtnemer is verplicht tot het doen van de overlijdensaangifte en het aanvragen van verlof tot lijkbezorging.
- 6A) In geval van begraven: Opdrachtnemer draagt zorg voor het begraven in een algemeen graf, zonder grafmonument. Kosten (grafrechten) worden door de Gemeentelijk belastingkantoor (GBT) rechtstreeks bij [Beklaagde] in rekening gebracht. De begrafenis geschiedt op [Begraafplaats B], gevestigd aan [Adres];
- 6B) In geval van cremeren: Opdrachtnemer draagt zorg voor de crematie uitvaart, deze geschiedt bij [Crematorium C] gevestigd aan [Adres]. De crematie bezorging vindt plaats vóór 10 uur onder "aanvoer zonder meer", dit betekent bezorging voor crematie waarbij geen gebruik wordt gemaakt van aula of condo-leanceruimte. [Beklaagde] geeft als opdrachtgever een bestemming aan de as. Kosten voor de crematie worden door [Crematorium C] rechtstreek bij de gemeente in rekening gebracht.

7) Als de lijkbezorging niet plaats vindt binnen de daarvoor in de wet gestelde termijn en verlenging daarvan dus noodzakelijk is, stelt opdrachtnemer [Beklaagde] daarvan direct in kennis.

8) Als de omstandigheden dit vereisen, kan opdrachtgever de opdrachtnemer toestemming geven tot het uitvoeren van extra werkzaamheden. Eventuele meerkosten stemmen opdrachtgever en opdrachtnemer vooraf met elkaar af.

9) Als opdrachtnemer, zonder verkregen toestemming van opdrachtgever werkzaamheden verricht, die niet zijn omschreven in deze paragraaf, worden de hierdoor ontstane kosten niet vergoed.

10) Als de opdracht tot lijkbezorging is gegeven dient het betreffende stoffelijk overschot binnen twee uur na opdracht in het mortuarium te zijn opgehaald. Indien dit niet het geval is, dient opdrachtnemer de hierdoor ontstane extra kosten aan het mortuarium te voldoen. Opdrachtnemer hoeft deze extra kosten niet te voldoen, indien deze extra kosten het gevolg zijn van omstandigheden die niet aan zijn schuld te wijten zijn, of hem in redelijkheid en billijkheid niet toegerekend kunnen worden.

11) Nabestaanden en/of kennissen worden éénmaal in de gelegenheid gesteld te worden (half uur) om afscheid te nemen. Opbaring vindt plaats in [het grondgebied van Beklaagde] of indien van toepassing [het grondgebied van Y].

12) Opdrachtnemer respecteert de privacy van de overledene. Opdrachtnemer verstrekt geen informatie over de overledene aan derden, maar verwijst hiervoor naar opdrachtgever.

13) De opdrachtnemer incasseert aanwezige of aangetroffen polissen bij een uitvaartverzekeraar en brengt deze in mindering op de eindfactuur. Het eventueel uit te keren bedrag door een uitvaartverzekeraar wordt vooraf afgestemd met de opdrachtgever. Het bedrag kan maximaal de prijsafpraak zijn verhoogd met de kosten van de begraafplaats of van het crematorium.

Uitkering van de kosten van de begraafplaats of van het crematorium worden doorbetaald aan de opdrachtgever.

Indien inschrijver hieronder 'Ja' aanvinkt, dan bevestigt hij dat hij akkoord gaat met deze eis.'

1.3. Op 28 november 2016 heeft beklagde de mededeling van de gunningsbeslissing aan klager gezonden. In die brief heeft zij klager geïnformeerd dat klager in de onderhavige aanbestedingsprocedure op de tweede plaats is geëindigd. Daarmee maakte beklagde haar voornemen kenbaar om met klager – als een van de twee als hoogst geëindigde inschrijvers – een raamovereenkomst te sluiten (zie 1.1 hiervoor).

1.4. In het verificatieverslag van 13 december 2016 en 24 maart 2017 is, voor zover van belang, het volgende bepaald:

'Verrekening kosten ligdagen/mortuarium

[Beklaagde] heeft in de aanbesteding als eis opgenomen dat alle ligdagen zijn opgenomen in de inschrijfprijs. Het gaat om een all-in prijs, waarbij ook kosten voor de ligdagen van het mortuarium of andere uitvaartondernemer voorafgaand aan de opdrachtverstrekking zijn inbegrepen. [Beklaagde] is hierin geen partij, betrokken partijen dienen dit zelf onderling te verrekenen. Hier mag geen "zwart gat" ontstaan als eerst een derde partij in beeld is, waarna door de gecontracteerde partijen ([Winnaar 1] en [Klager]) de uitvoering gedaan dient te worden in verband met een uitvaart van gemeentewege (...)'

1.5. Op 23 januari 2017 heeft klager de volgende brief aan beklagde verzonden:

'[Beklaagde] stelt in het verslag van het verificatieoverleg dat in de aanbesteding de eis is opgenomen dat de kosten van alle ligdagen in een mortuarium of bij een

andere uitvaartondernemer voorafgaand aan de opdrachtverstrekking bij de prijs zijn inbegrepen. In het verslag wordt gesteld dat [Klager] instemt met de verrekening van kosten ligdagen/mortuarium. Dit is onjuist. [Klager] heeft ter plekke geen antwoord gegeven, maar de uitleg ter kennisgeving aangehoord.

[Klager] kan het hier niet mee eens zijn.

Ten eerste is de opdrachtnemer conform het gestelde in de aanbestedingsdocumenten onder 1.3.8 sub 1) slechts verplicht om het stoffelijk overschot van de plaats van overlijden of het mortuarium van [Ziekenhuis A] over te brengen naar het uitvaartcentrum van [Klager]. Uit de formulering van deze verplichting heeft [Klager] begrepen dat alleen de kosten van de ligdagen van het mortuarium van [Ziekenhuis A] door [Klager] gedragen moeten worden. [Klager] is niet verplicht om het stoffelijk overschot vanuit een ander mortuarium of bij een andere uitvaartondernemer op te halen. De kosten die dat andere mortuarium of de andere uitvaartondernemer gemaakt heeft, kunnen daarom logischerwijze niet toegerekend worden aan [Klager].

Ten tweede is de prijsrange die [Beklaagde] heeft gesteld (van minimaal € 1.500,- tot maximaal € 2.220,-) een duidelijke indicatie dat het aantal ligdagen in het mortuarium van [Ziekenhuis A] voorafgaand aan de opdrachtverstrekking beperkt zal zijn tot maximaal 5 dagen (uitgezonderd situaties met nationale feestdagen). Dit is in overeenstemming met de wet waarin gesteld wordt dat uiterlijk de derde dag na overlijden de gemeente gewaarschuwd moet worden in het geval niemand zich meldt om de lijkbezorging op zich te nemen en het gestelde in de aanbestedingsstukken dat [Beklaagde] [Klager] zo spoedig mogelijk na het overlijden, maar slechts op werkdagen, een opdracht tot lijkbezorging zal geven.

Ten derde zijn er uitzonderlijke situaties waarbij het aantal ligdagen op kan lopen tot enkele maanden, bijvoorbeeld als het stoffelijk overschot niet door de politie vrijgegeven wordt. [Klager] heeft het meegemaakt dat een politiekorps een factuur voor 11 maanden ligtijd bij [Klager] ingediend heeft. Wij hebben die factuur vanzelfsprekend geweigerd. Het kan niet zo zijn dat de gemeente van mening is dat [Klager] voor degelijke kosten verantwoordelijk is. Dit zou buitengewoon disproportioneel zijn. [Klager] is er daarom bij haar aanbieding vanuit gegaan dat degelijke kosten niet bij de prijs zijn inbegrepen.

Ten vierde kan de in het verslag voorgestelde werkwijze, zodra die bekend wordt in de uitvaartwereld, leiden tot zeer ongewenst gedrag. [Klager] kent de uitvaartbranche van binnenuit en weet dat er, helaas, uitvaartondernemers zijn die gebruik maken van de omstandigheden die zich vlak na een overlijden kunnen voordoen. Nabestaanden reageren soms te impulsief en geven, voordat zij het zich beseffen, een uitvaartondernemer opdracht tot het verrichten van handelingen, zonder dat daarbij de condities goed zijn vastgelegd. Vaak wordt dan het stoffelijk overschot opgehaald en gebracht naar een uitvaartcentrum. Als daarna de offerte van de uitvaartondernemer komt, blijken de kosten veel te hoog te zijn voor de nabestaanden. [Klager] kan niet verantwoordelijk gesteld worden voor ondoordachte beslissingen van nabestaanden en het bedenkelijke gedrag van sommige uitvaartondernemers die van die ondoordachte beslissingen gebruik proberen te maken.

Ten vijfde kan de in het verslag voorgestelde werkwijze leiden tot zeer ongewenst gedrag van de burgers. Als bij hen bekend wordt dat [Klager] alles betaalt, ook als de burger onverantwoorde beslissingen neemt, zouden sommige burgers daar op in kunnen spelen door zeer luxueuze zaken en diensten te bestellen bij een uitvaartondernemer.

[Klager] is wel bereid om met instellingen van (gezondheids)zorg, anders dan [Ziekenhuis A], afspraken te maken over de ligdagen en het transport van het stoffelijk overschot tijdens zon- en feestdagen, als nog gewacht moet worden op een besluit van [Beklaagde].

(...)'

1.6. Op 26 februari 2017 heeft klager het volgende bericht aan beklagde verzonden:

'Op 20 februari 2017 heeft u ons gevraagd of [Klager] voornemens is haar inschrijving op de Europese aanbesteding "Uitvaart van gemeentewege" gestand te doen. Ons antwoord daarop is volmondig ja. [Klager] zal de gevraagde dienstverlening professioneel, met respect voor de overledene en de nabestaanden en conform het gestelde in de aanbestedingsdocumenten zoals die gepubliceerd zijn in Negometrix uitvoeren. Graag vernemen wij van u hoe het aanbestedingsproces verder zal verlopen.'

1.7. Op 27 april 2017 heeft klager het volgende bericht aan beklagde verzonden:

'[Klager] kan op dit moment de raamovereenkomsten zoals door u aangeleverd nog niet tekenen. Zie onderstaand onze opmerkingen hierbij.

Raamovereenkomst [Beklaagde]-[Klager] en [Y]-[Klager]

- (...)
- Pagina 2, Uitgangspunten: Bij 2 staan onder 2 en 3 de brief aanbestedingseisen en het verificatieverslag opgenomen. De inhoud van het verslag is a. niet goedgekeurd door [Klager] en, belangrijker, b. de inhoud van het verslag is een wezenlijke wijziging van de documenten in de aanbesteding en dat is niet toegestaan, zoals door ons uitgelegd op 24 maart.
- Pagina 3, Tarieven. Bij 1 staat '...dekken alle uit onderliggende overeenkomst voortvloeiende kosten van opdrachtnemer.' Aangezien met overeenkomst deze raamovereenkomst wordt bedoeld en het onder het vorige punt genoemde verificatieverslag daaraan is toegevoegd kan dit niet akkoord zijn.
- Pagina 3, Managementinformatie, bij 2: uitgegaan wordt van een frequentie van overleg van 1x per 3 maanden. In de aanbesteding stond 1x per 6 maanden. Een aanpassing in de overeenkomst is niet toegestaan.

Verificatieverslag

- De inhoud van het verslag van 13 december 2016 is onveranderd en een wezenlijke wijziging op de documenten in de aanbesteding en dus niet akkoord. Dit kan niet als toevoeging gelden van de raamovereenkomst.
- Op pagina 3 staat verslag 24 januari'. Dit moet 24 maart zijn. Bij dit gesprek waren ook de heren [A] en [B] aanwezig. Dit verslag voldoet aan de eisen van de aanbesteding omdat het geen wezenlijke wijziging is en is, op de datum na, akkoord voor [Klager].

Brief

- De brief is niet conform de afspraken zoals gemaakt met [Winnaar 1] en [Klager] op 24 maart jongstleden. De complete alinea 'Wij wijzen u er dan ook op dat andere uitvaartondernemingen geen recht hebben op een vergoeding van eventuele gemaakte kosten van [Klager], [Winnaar 1] of [Beklaagde].' is komen te vervallen. Deze alinea is cruciaal voor [Klager] en dient zoals afgesproken te worden toegevoegd.
- (...)

Wij zien de herziene raamovereenkomst, zonder het verificatieverslag van 13 december 2016 en met de overige aanpassingen, en de aangepaste brief graag tegemoet.'

1.8. Op 24 mei 2017 heeft beklagde de volgende brief aan klager verzonden:

'In 2016 heeft de aanbesteding Uitvaart van gemeentewege op grond van artikel 20 tot en met 22 van de Wet op de lijkbezorging plaatsgevonden. Bij voornoemde aanbesteding bent u op de tweede plaats geëindigd hetgeen geleid heeft tot een voorgenomen gunningsbeslissing op 28 november 2016. Naar aanleiding van verscheidene stukken die u aan [Beklaagde] heeft gezonden blijkt echter dat u niet bereid bent om de inschrijving die u heeft gedaan gestand te doen. Gelet op voornoemde gronden ziet [Beklaagde] zich dan ook genoodzaakt om de aan u voorgenomen gunning in te trekken. De nadere motivering treft u verder in deze brief aan.

In uw initiële schrijven d.d. 23 januari jl., die geldt als reactie op het verificatie-overleg dat heeft plaatsgevonden op 13 december 2016, komt nadrukkelijk naar voren dat u een andere definitie hanteert van de uitleg van de all-in prijs dan dat de aanbestedende dienst dat heeft gedaan. [Beklaagde] heeft expliciet gevraagd om een all-in prijs waarin zij geen extra kosten in het kader van een uitvaart van gemeentewege hoefde te vergoeden. Tijdens de inlichtingenfase heeft u geen vragen gesteld over dit onderdeel. Gelet hierop hoefde [Beklaagde] dan ook niet uit te gaan van enige verschrijving, fout of vergissing in de inschrijving. De opgeworpen vragen of kritieken over de prijsopbouw zijn dan ook tardief. Het hiervoor gestelde is tevens tot uitdrukking gebracht per e-mail d.d. 2 februari jl. waarin u aangeeft dat er een onnodig risico doorgelegd wordt bij u als uitvaart-ondernemer. Deze stelling is meermaals betwist, waarop later ingegaan zal worden

Als gevolg van het schrijven d.d. 23 januari en de eerder genoemde e-mail van 2 februari jl. heeft [Beklaagde] op 20 februari jl. een schrijven doen uitgaan. Daarbij heeft [Beklaagde] expliciet gevraagd of [Klager] voornemens is haar inschrijving gestand te doen en de opdracht conform de eisen van de aanbesteding uit te voeren. Hierop is door [Klager] per brief d.d. 26 februari jl. letterlijk geantwoord met "Ons antwoord daarop is volmondig ja." Als gevolg van dit laatst genoemde schrijven heeft op 24 maart jl. een nieuw verificatieoverleg plaatsgevonden. Hierna is u op 12 april jl. de overeenkomst met bijbehorende stukken toegestuurd, waaronder het verificatieverslag. Middels uw schrijven d.d. 27 april jl. geeft u aan dat de inhoud van verificatieverslag een wezenlijke wijziging inhoudt ten opzichte van de gestelde eisen van de aanbesteding. Bij deze opmerking geeft u aan dat dit is besproken ten tijde van het overleg op 24 maart jl. U refereert hier, naar onze uitleg, aan de definitie van de all-in prijs en de ligdagen bij andere ondernemers. Zoals eerder opgemerkt en besproken deelt [Beklaagde] de door u ingenomen positie niet. Volledigheidshalve wordt verwezen naar paragraaf 1.3.1 van de aanbestedingsleidraad, waarin vastgelegd wordt welke uitgangspunten de inschrijfprijs omvat.

In tegenstelling tot het "volmondig ja" dat geuit is in de brief van [Klager] d.d. 26 februari stuurt de heer [D] van [Klager] u en [Beklaagde] in kopie op 10 mei jl. een e-mail waarin deze herbevestigt dat hij de definitie van all-in prijs afwijkend interpreteert dan dat [Beklaagde] dat doet. In dit schrijven worden drie opties voorgelegd die geen van allen leiden tot een besteksconforme gestanddoening aan de zijde van [Klager].

Gelet op de vele uitingen die geen van allen conform de eisen van de aanbesteding zijn, ziet [Beklaagde] zich verplicht de gunning aan uw onderneming in te

trekken. De door u gedane inschrijving en de door u uit te voeren opdracht wijken van elkaar af waardoor niet gesteld kan worden dat wil en verklaring overeenstemmen. Op grond van artikel 3:33 BW kan dit niet leiden tot een overeenkomst.

Wellicht ten overvloede wijst [Beklaagde] op de rechtsmiddelen als opgenomen in de aanbestedingsleidraad onder paragraaf 1.1.7. Tevens leidt de gewijzigde gunningsbeslissing tot een nieuw besluit waar, op grond van de aanbestedingsleidraad en artikel 2.127 lid 3 Aanbestedingswet, een opschortende termijn van twintig dagen in acht wordt genomen na dag van dagtekening van dit schrijven.'

- 1.9. Op 12 juni 2017 heeft de advocaat van klager de volgende brief aan beklagde verzonden:

'(...)

Namens cliënte maak ik hierbij bezwaar tegen de intrekingsbeslissing. Ik licht dit hierna toe.

[Klager] doet haar aanbod volledig gestand

In uw brief stelt uw College zich op het standpunt dat cliënte niet bereid is haar inschrijving gestand te doen.

Dit is niet juist. Cliënte doet haar inschrijving volledig gestand conform de eisen en voorwaarden die in deze aanbesteding zijn gesteld, volgens hun objectieve uitleg.

Objectieve uitleg aanbestedingstukken

Volgens vaste rechtspraak moeten aanbestedingsstukken, zoals de leidraad, worden uitgelegd naar hun objectieve betekenis, zoals een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver deze, binnen de context van het totaal van de aanbestedingsstukken, redelijkerwijs heeft moeten begrijpen. Bij de uitleg van de aanbestedingsstukken dient de niet in die stukken tot uitdrukking gebrachte opvatting van de opstellers van de aanbestedingsstukken over de uitleg daarvan buiten beschouwing te worden gelaten, omdat dit tot ongelijke behandeling zou kunnen leiden (zie HvJ EU 29 april 2004, C-496/99, *Succhi di Frutta* en zie recent Vzr. Rb. Noord-Nederland 2 juni 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:1981, r.o. 4.10).

Uitleg all-in prijs en ligdagen van par. 1.3.1 Aanbestedingsleidraad

Reden van intrekking is een verschil van opvatting over de uitleg van het begrip all-in prijs en daarbinnen van het begrip ligdagen.

Tijdens de verificatiefase bleek [Beklaagde] plotseling een wezenlijk andere uitleg te hanteren van all-in prijs en ligdagen van par. 1.3.1 van de Aanbestedingsleidraad [zie 1.2 hiervoor, *Commissie*] dan cliënte als behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver heeft mogen en moeten begrijpen.

Doorslaggevend kan echter slechts zijn de objectieve uitleg, zoals zojuist juridisch geïd.

(...)

[Beklaagde] meent blijkbaar dat cliënte moet instaan voor kosten, die in voorkomend geval door een andere ondernemer zijn gemaakt voor ligdagen in een ander mortuarium dan dat van [Ziekenhuis A] vanaf datum overlijden en voor

andere handelingen en leveringen die door die andere ondernemer zijn verricht, en dat cliënte deze kosten met deze andere ondernemer moet verrekenen.

Cliënte is van oordeel dat dergelijke kosten niet kunnen vallen onder de Wet op de lijkbezorging, derhalve ook geen verplichting voor [Beklaagde] meebrengen op grond van die wet en dat dergelijke kosten dus voor risico komen en moeten komen van die andere ondernemer.

Overige voor de uitleg relevante bepalingen

Behalve par. 1.3.1 zijn ook de in par. 1.3.8 opgenomen verplichtingen van belang, met name daarvan de onder punt 1 opgenomen verplichting [zie 1.2 hiervoor, Commissie].

(...)

Er is dus slechts een verplichting om het stoffelijk overschot op te halen ofwel op de plaats van overlijden ofwel bij het mortuarium van [Ziekenhuis A].

Tevens zijn de artikelen 20-22 van de Wet op de lijkbezorging van belang. Artikel 20 legt op degene die het lijk onder zijn berusting heeft de verplichting op om de burgemeester te waarschuwen en wel uiterlijk op de derde dag na het overlijden. Ingevolge artikel 21 en 22 is het pas de verantwoordelijkheid van de burgemeester en komen de kosten van lijkbezorging pas ten laste van [Beklaagde] indien niemand voorziet in de lijkschouwing en lijkbezorging.

Ligdagen mortuarium andere uitvaartondernemer zijn voor diens rekening en risico

Als een andere uitvaartondernemer een stoffelijk overschot onder zijn berusting heeft genomen, is hij wettelijk verplicht uiterlijk de derde dag na het overlijden de burgemeester te waarschuwen. Het feit alleen dat een andere uitvaartondernemer het overschot onder zijn berusting heeft genomen, brengt per definitie mee dat er iemand moet zijn die die uitvaartondernemer daartoe opdracht heeft gegeven en die daardoor voorzien heeft in de lijkbezorging. Er ontstaat dan ook geen verplichting voor de burgemeester om de zorg van lijkbezorging op zich te nemen en er zijn ook geen kosten voor [Beklaagde]. Als die andere uitvaartondernemer het overschot onder zijn berusting heeft genomen en vervolgens degene, die hem na het overlijden heeft betrokken, per saldo niet wenst te betalen, komt dat voor rekening en risico van die uitvaartondernemer.

Kosten van ligdagen in een mortuarium van een andere uitvaartondernemer horen dus niet in de all-in prijs thuis. Op dergelijke kosten heeft cliënte geen enkele invloed.

Bovendien is er geen ophaalverplichting voor de inschrijver op deze aanbesteding bij een ander mortuarium dan [Ziekenhuis A]. Het mortuarium van [Ziekenhuis A] is 'het mortuarium' in het kader van deze aanbesteding. Het wordt in de praktijk beheerd door een andere uitvaartondernemer (dan de door [Beklaagde] te contracteren partijen). De woorden "alle ligdagen (mortuarium of andere uitvaartondernemer)" kunnen dus ook om die reden slechts worden begrepen in relatie tot ligdagen in het mortuarium van [Ziekenhuis A].'

1.10. Op 13 juni 2017 heeft beklagde de volgende brief aan (de advocate van) klager verzonden:

'Op 12 juni jl. ontvingen wij uw schrijven van die datum, namens uw cliënte [Klager] tekent u bezwaar aan tegen de gewijzigde gunningsbeslissing inzake de aanbesteding van [Beklaagde] en [Y] inzake de Uitvaart van Gemeentewege. In

bovengenoemde kwestie heeft [Beklaagde] opgetreden als aanbestedende dienst. Uw bezwaar strekt zich kortgezegd tot de interpretatie van de all-in prijs en de al dan niet inbegrepen kosten van ligdagen bij andere uitvaartondernemers.

Inhoudelijk legt u aan het bovengenoemde ten grondslag, dat:

1. Uw cliënte haar aanbod gestand doet, echter wel conform de door haar geïnterpreteerde interpretatie;
2. In de opbouw van prijs zijn weliswaar alle kosten en ligdagen opgenomen onder 1.3.1, maar dit is als zodanig niet vermeld onder 1.3.8 die betrekking heeft op de wijze van uitvoering van de opdracht;
3. Een overledene valt niet onder de verantwoordelijkheid van uw cliënte of de gemeente als de persoon al bij een andere uitvaartondernemer ligt, er zou dan namelijk al sprake zijn van een wetsconforme lijkbezorging.

Het voorgaande cumuleert in uw verzoek tot intrekking van de gunningsbeslissing en het alsnog gunnen van de opdracht aan cliënte.

Het door u gevorderde of de aangevoerde grondslag leidt er niet toe dat de aanbestedende dienst haar standpunt wijzigt. Verder in deze brief verneemt u de gronden hiervan.

Ad 1 en 2: Interpretatie van de leidraad

Op 28 november 2016 heeft [Beklaagde] een voorlopige gunningsbeslissing uitgebracht. Tijdens de daarna gevoerde verificatiegesprekken is de opbouw van prijs meermaals punt van discussie geweest door uw cliënte. Uw cliënte handhaaft daarbij haar standpunt dat ligdagen bij andere uitvaartondernemers niet voor rekening zouden moeten of mogen komen van uw cliënte. Zoals duidelijk staat in de opbouw van de prijs heeft de gemeente beoogd geen kosten buiten de aanbesteding en de als gevolg daarvan tot stand gekomen raamovereenkomst te maken. De door uw cliënte gehanteerde interpretatie van de stukken zou er toe leiden dat zij een bedrag offreert waarvoor zij geen diensten zou verlenen, meent te hoeven verlenen of beoogt te verlenen. Daarnaast heeft uw cliënte noch enige andere partij hier vragen over gesteld, een beroep op onduidelijkheid of tegenstrijdigheid is tardief en oneigenlijk, te meer gelet op hetgeen vermeld wordt onder 1.1.3 [*van de Aanbestedingsleidraad, zie 1.2 hiervoor, Commissie*]:

"Onvolkomenheden en tegenstrijdigheden

Van inschrijver wordt een proactieve houding verwacht. Dit betekent dat een inschrijver geen rechtsgeldig beroep kan doen op onvolkomenheden of tegenstrijdigheden die door hem niet binnen de hiervoor genoemde termijn aan de orde zijn gesteld, terwijl dit redelijkerwijs wel mogelijk was geweest. Ten aanzien van deze onvolkomenheden of tegenstrijdigheden heeft een inschrijver in die situatie zijn rechten verwerkt."

De genomen stelling dat de vermeende "objectieve uitleg" van uw cliënte als de enige juiste heeft te gelden kan geen stand houden. Daarnaast dient nog opgemerkt te worden dat de beslissing tot een nieuwe gunningsbeslissing onder meer tot stand is gekomen naar aanleiding van de e-mail van de heer [D] aan mevrouw [E] van [Klager] en de heer [F] van [Beklaagde] d.d. 10 mei jl.. De heer [D] meende dat [Beklaagde] afweek van afspraken en de leidraad, dit zou moeten leiden tot het ondertekenen van het contract conform de interpretatie van uw cliënte, de gemeente voert wijzigingen door als gevolg waarvan uw cliënte met een gewijzigd financieel voorstel komt, of de situatie blijft zoals deze is en uw cliënte zou hiertegen bezwaar maken. Het is overduidelijk dat de wil en verklaring van uw cliënte niet overeenstemmen waardoor niet rechtsgeldig gecontracteerd

kan worden. Er is namelijk sprake van een wezenlijke afwijking van de ongeclausuleerde gestanddoening die mevrouw [E] heeft verzonden op 26 februari jl.

Ad 3: Gemeentelijke verplichtingen op grond van de Wet op de lijkbezorging (Wlb)

In tegenstelling tot hetgeen u namens uw cliënte stelt is een overledene op grond van de wet een verantwoordelijkheid van de gemeente ook als deze wel degelijk bij een andere uitvaartondernemer ligt. Artikel 20 Wlb spreekt in een dergelijk geval van berusting onder een derde die de burgemeester uiterlijk de derde dag na overlijden hiervan in kennis stelt. Dit kunnen derhalve ook ligdagen bij andere uitvaartondernemers zijn. Daarnaast dient nog aangevuld te worden dat ten tijde van overlijden er al sprake is van een overledene die onder de verantwoordelijkheid van de burgemeester valt in de gevallen waar deze wet op van toepassing is. Dat dit mogelijk pas op de derde dag na overlijden wordt vastgesteld doet hier niet aan af.

Daarnaast zou de door u aangedragen toepassing er toe leiden dat een overledene zonder draagkrachtige nabestaanden, die wel degelijk onder de toepassing van de Wlb valt, bij iedere uitvaartondernemer aangedragen mag worden die op zijn beurt de kosten kan verhalen bij de gemeente. Dit zou leiden tot corrosie van de beoogde exclusiviteit.

Gezien het bovenstaande is er geen grond om over te gaan tot het toekennen van enig onderdeel van uw vordering.'

2. Beschrijving klacht

Beklaagde heeft de gunningsbeslissing ten onrechte ingetrokken omdat klager haar inschrijving niet gestand zou doen. Klager doet haar inschrijving wel gestand. Klager stemt echter niet in met de verhoogde eisen, die beklaagde na de mededeling van de gunningsbeslissing kenbaar heeft gemaakt. In het kader van de all-in prijs moet het begrip 'ligdagen' niet zo worden uitgelegd dat hieronder ook de kosten moeten worden begrepen van ligdagen in een mortuarium van een andere uitvaartondernemer in plaats van het mortuarium van het ziekenhuis.

3. Onderbouwing klacht

- 3.1. Beklaagde heeft de opdracht gegund aan klager. Vervolgens is klager uitgenodigd voor een verificatiegesprek waarin beklaagde volgens klager de eisen heeft verhoogd (meer verplichte werkzaamheden en kosten, geen extra vergoeding). Deze eisverhoging heeft beklaagde vervolgens vastgelegd in het verificatieverslag, dat deel zal uitmaken van de raamovereenkomst. Het verificatieverslag is volgens klager hoger in rangorde dan de aanbestedingsleidraad met de daarin oorspronkelijke eisen.
- 3.2. Klager geeft aan dat zij niet bereid is het verificatieverslag te ondertekenen met deze aangepaste, verzwaarde eisen, maar wel bereid is de opdracht conform de oorspronkelijke condities uit te voeren. Beklaagd heeft hierop aangegeven de gunningsbeslissing in te trekken.

4. Reactie beklagde

- 4.1. Beklaagde merkt op dat in haar brief van 13 juni 2017 (zie 1.10 hiervoor) beklagde de klacht ongegrond acht. Beklaagde heeft op 28 november 2016 de mededeling van de gunningsbeslissing bekend gemaakt waarbij klager één van de partijen was aan wie de opdracht gegund is. Op 13 december 2016 (zie 1.4 hiervoor) heeft het eerste verificatiegesprek tussen partijen plaatsgevonden. Na dit gesprek, waarvan een eerste verificatieverslag is gemaakt, is volgens beklagde voor de eerste keer door klager bekend gemaakt dat zij zich niet kon vinden in de definitie van de all-in prijs. Beklaagde stelt dat zij haar standpunt als gevolg hiervan meerdere malen heeft verduidelijkt, en dat klager deze verduidelijking in eerste instantie ook onvoorwaardelijk heeft geaccepteerd en bevestigd door middel van haar brief van 26 februari 2017 (zie 1.6 hiervoor). Bij toezending van het verificatieverslag heeft klager echter haar standpunt gewijzigd en aangegeven dat beklagde afweek van het bestek. Ondanks dat hierover meerdere malen gecorrespondeerd is, heeft dit voor klager niet geleid tot een bevredigend antwoord en weigerde klager dan ook haar offerte alsnog gestand te doen volgens beklagde. Het gevolg hiervan is dat beklagde de gunningsbeslissing op 24 mei 2017 (zie 1.8 hiervoor) heeft ingetrokken.
- 4.2. Beklaagde stelt dat uit voorgaande blijkt dat de passieve houding van klager en de weigering de opdracht uit te voeren de directe aanleiding zijn geweest voor beklagde om de voorgenomen gunning in te trekken. De raamovereenkomst zou in eerste instantie aanvangen op 1 januari 2017, deze termijn is door het doen of nalaten van klager niet behaald. Beklaagde geeft aan dat zij zich, gezien de ontwikkelingen die hierna nog hebben plaatsgevonden, genoodzaakt zag de gunningsbeslissing in te trekken om tot tijdige en correcte uitvoering van de opdracht over te kunnen gaan.
- 4.3. Het feit dat klager nu stelt benadeeld te worden ligt volgens beklagde geheel in de eigen invloedssfeer van klager. Het valt beklagde naar haar mening dan ook niet te verwijten dat zij terecht de gunningsbeslissing heeft ingetrokken.
- 4.4. De discussie die is ontstaan over de wijze van totstandkoming van de prijs ligt volgens beklagde evengoed in de invloedssfeer van klager. Onder de aanbestedingsleidraad 1.3.1 is opgenomen als all-in prijs het volgende:
- ‘De door inschrijver opgegeven all-in prijs dekt alle in de aanbestedingsdocumenten opgenomen eisen en door inschrijver aangeboden invullingen van de wensen volledig. Dit betekent dat alle kosten (personele kosten, reiskosten, afleveringskosten, overhead, sociale lasten, administratiekosten en het vervullen van alle formaliteiten zoals accountantsverklaring e.d.) in de door inschrijver aangeboden prijs zijn verwerkt met daarbij:
De algehele regeling van de uitvaart, alle overbrengingen van de overledene, (onderstreping aangebracht door beklagde) het verzorgen en kisten van de overledene, alle ligdagen (mortuarium of andere uitvaartondernemer), (onderstreping aangebracht door beklagde) aula voor opbaring en afscheid (half uur), het beschikbaar stellen van de rouwauto, het leveren van een standaardkist en incassering / verzilveren polissen.’
- 4.5. Beklaagde is van mening dat uit de stukken nadrukkelijk blijkt dat alle kosten opgenomen dienden te worden inclusief de ligdagen bij andere uitvaartondernemers. De door de klager aangenomen opvatting is dan ook onjuist. Mocht klager van mening zijn, zoals zij dit klaarblijkelijk doet, dat er onduidelijkheden of tegenstrijdigheden in de leidraad stonden, dan had het op de weg gelegen om hier vragen over te stellen conform 1.1.3 van de leidraad:

'Onvolkomenheden en tegenstrijdigheden

Van inschrijver wordt een proactieve houding verwacht. Dit betekent dat een inschrijver geen rechtsgeldig beroep kan doen op onvolkomenheden of tegenstrijdigheden die door hem niet binnen de hiervoor genoemde termijn aan de orde zijn gesteld, terwijl dit redelijkerwijs wel mogelijk was geweest. Ten aanzien van deze onvolkomenheden of tegenstrijdigheden heeft een inschrijver in die situatie zijn rechten verwerkt.'

- 4.6. Dat klager zich op het standpunt stelt dat in de opdrachtoomschrijving onder 1.3.8 de ligdagen bij een andere uitvaartondernemer niet zouden zijn opgenomen, doet hier volgens beklagde niet aan af. De geoffreerde prijs bevatte volgens beklagde namelijk ook ligdagen bij andere uitvaartondernemers. Dit leidt er volgens beklagde toe dat de gehanteerde interpretatie van klager geen doel kan treffen nu dit zou leiden tot een vergoeding voor een handeling die zij onder geen beding zou verrichten. Dit zou een oneigenlijk voordeel opleveren voor klager en niet leiden tot de gehele ontzorging van beklagden zoals beoogd is met deze aanbesteding.
- 4.7. Tot slot merkt beklagde nog op dat zij met twee partijen een overeenkomst wenste aan te gaan die tot gedeelde exclusiviteit van de twee winnende partijen zou moeten leiden. De interpretatie van klager zoals gegeven in de brief van 13 juni 2017 zou volgens beklagde leiden tot afbreuk van deze exclusiviteit. Lijken die ondanks het feit dat ze vallen onder de bepalingen van de artikelen 20 tot en met 22 van de Wet op de lijkbezorging (hierna: Wlb), bij een andere uitvaartondernemer berusten dan de gecontracteerde partijen, zouden op grond van de door klager gehanteerde interpretatie worden uitgezonderd van de gevraagde dienstverlening.
- 4.8. Klager is van mening dat hij gehanteerd wordt door beklagde. Beklagde kan zich niet in dit standpunt van klager vinden. Klager heeft vrijwillig geparticipeerd in de aanbesteding en zich geconformeerd aan de aanbestedingsleidraad. Volgens beklagde is er geen sprake van chantage, maar poogt klager een oneigenlijk financieel voordeel te behalen in strijd met de door haar geoffreerde prijs door een extra vergoeding te verzoeken.
- 4.9. Beklagde had een ordentelijke procedure verwacht en gehoopt, maar heeft zich genoodzaakt gezien de gunningsbeslissing in te trekken wegens de enorme vertraging die werd opgelopen door de weigering van klager om haar aanbieding gestand te doen. Het valt dan ook uitsluitend aan klager toe te rekenen dat zij de opdracht niet langer kan of mag uitvoeren.
- 4.10. Klager heeft in weerwil van artikel 8 lid 3 van het Reglement van de Commissie geen voorgaande klacht ingediend bij de in de aanbestedingsstukken aangewezen instantie. Desondanks verzoekt beklagde de Commissie om klager weliswaar ontvankelijk te verklaren in haar klacht, maar die klacht vervolgens niet gegrond te achten. De aanbestedingsprocedure is afgerond en beklagde zal overgaan, voor zover zij dat nog niet heeft gedaan, tot contracteren met de in rangorde eerstvolgende inschrijver. Het indienen van de klacht zal hier geen wijziging in aanbrengen. Eventuele verwijzing naar een andere instantie zal leiden tot vertraging in het antwoord naar klager en zal op generlei wijze tot een gewijzigd standpunt of handelen van beklagde leiden.

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt vast dat beklagde op 12 oktober 2016 een Europese openbare procedure heeft aangekondigd voor een raamovereenkomst met twee op-

drachtnemers voor het uitvoeren van uitvaartdiensten van gemeentewege. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Delen 1 en 2 van de ten tijde van de aankondiging van de raamovereenkomst geldende Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit.

- 5.2. De Commissie zal zich allereerst uitlaten over de vraag of zij de klacht in behandeling kan nemen. In dat kader zal zij eerst onderzoeken of klager voldoende proactief heeft gehandeld.
 - 5.2.1. Volgens bestaande jurisprudentie mag van een (potentiële) gegadigde of inschrijver een proactieve houding worden verwacht. Dit houdt in dat een inschrijver – mogelijke – inbreuken op het op de aanbestedingsprocedure van toepassing zijnde recht bij de aanbesteder dient te signaleren zodra hij die redelijkerwijze behoorde op te merken. De ratio daarvan is dat de aanbesteder daarmee mogelijk in staat wordt gesteld (de gevolgen van) die inbreuk ongedaan te maken in een stadium waarin de nadelige gevolgen daarvan voor alle betrokken partijen zoveel mogelijk beperkt kunnen blijven.
 - 5.2.2. Beklaagde heeft de hiervoor bedoelde verplichting nader uitgewerkt in eis 1.1.3 van de Aanbestedingsleidraad (zie 1.2 hiervoor). Hierin is de verplichting voor klager opgenomen vragen te stellen in de daarvoor in de procedure gereserveerde periode indien de aanbestedingsdocumenten tot onduidelijkheden bij haar leiden en vragen oproepen.
 - 5.2.3. Nu pas na de mededeling van de gunningsbeslissing is gebleken dat het mogelijk is de aanbestedingsstukken op verschillende manieren uit te leggen en er in beginsel ook overigens wat te zeggen valt voor het standpunt van klager dat de ligdagen bij andere uitvaartondernemingen niet voor haar rekening komen (zie 5.8 t/m 5.10 hierna), kan naar het oordeel van de Commissie niet worden geoordeeld dat klager voormelde verplichting had moeten naleven. In zoverre kan de Commissie de klacht dan ook in behandeling nemen.
- 5.3. Vervolgens zal de Commissie onderzoeken of zij de klacht ook met het oog op artikel 8, lid 3, en artikel 9, lid 1, sub a, van haar Reglement in behandeling kan nemen.
 - 5.3.1. Op grond van artikel 8, lid 3, van het Reglement van de Commissie dient een klager eventuele voorschriften omtrent het indienen van een klacht die in de aanbestedingsstukken zijn opgenomen na te leven. Voor zover die voorschriften de mogelijkheid voor klager beperken om bij beklagde een klacht in te dienen, blijft het bepaalde in het Reglement onverkort van toepassing.
 - 5.3.2. Op grond van artikel 9, lid 1, aanhef en sub a van haar Reglement neemt de Commissie een klacht niet in behandeling indien de klager de klacht niet eerst schriftelijk aan de beklagde kenbaar heeft gemaakt.
 - 5.3.3. In knock-out eis 1.7.1 in paragraaf 1.1 ("Algemene eisen en informatie betreffende aanbesteding") van de Aanbestedingsleidraad (zie 1.2 hiervoor) is bepaald dat een klacht met betrekking tot de aanbestedingsprocedure in eerste instantie via Negometrix aan beklagde kenbaar moet worden gemaakt. Beklaagde zal deze klacht behandelen en de klagende inschrijver hierover informeren. Indien de klagende inschrijver ook daarna van mening blijft dat de klacht gegrond is, kan hij zich bij een klachtencommissie melden.
 - 5.3.4. Hoewel klager met de brief van haar advocaat van 12 juni 2017 uitdrukkelijk bezwaar heeft gemaakt tegen intrekking van de gunningsbeslissing, werpt beklagde klager voor de voeten, in weerwil van artikel 8 lid 3 van het Reglement van de

Commissie, niet ook nog een klacht te hebben ingediend bij de aangewezen instantie in de aanbestedingsstukken (bedoeld zal zijn de klachtencommissie, zie 4.10 en 5.3.3 hiervoor). Naar het oordeel van de Commissie wordt hiermee een ongeoorloofde drempel opgeworpen die inschrijvers te sterk belemmert in de zin van artikel 8, lid 3 van haar Reglement om hun klachten aan de Commissie voor te leggen. Het Reglement van de Commissie schrijft in artikel 9, lid 1, sub a slechts voor dat de klager de klacht eerst schriftelijk bij de beklagde kenbaar maakt (zie Advies 328, overweging 5.5.1). Aan die eis heeft klager voldaan.

- 5.3.5. De Commissie neemt de klacht dan ook in behandeling.
- 5.4. Bij de beoordeling van de klacht moet worden voorop gesteld dat een aanbestedende dienst op grond van artikel 1.9, eerste lid, Aw 2012 transparant dient te handelen.
- 5.5. De te beantwoorden vraag is allereerst of beklagde aan haar hiervoor bedoelde verplichting heeft voldaan, in die zin dat zij de aanbestedingsstukken zodanig heeft geformuleerd dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers op dezelfde wijze zullen uitleggen welke kosten voor rekening zullen zijn van de opdrachtnemer. Het gaat hier in het bijzonder om de kosten met betrekking tot ligdagen bij een andere uitvaartondernemer. In het geval deze vraag bevestigend kan worden beantwoord, komt vervolgens de vraag aan de orde welke uitleg wat dat betreft aan de aanbestedingsdocumenten 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 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.
- 5.6. In paragraaf 1.3. ('Eisen aan inschrijving (gunningseisen)) van de Aanbestedingsleidraad (zie 1.2 hiervoor) is in knock-out eis 1.3.1 betreffende de prijs onder meer het volgende bepaald (onderstrepingen aangebracht door de Commissie):
- '• De door inschrijver opgegeven all-in prijs dekt alle in de aanbestedingsdocumenten opgenomen eisen en door inschrijver aangeboden invullingen van de wensen volledig. Dit betekent dat alle kosten (personele kosten, reiskosten, afleveringskosten, overhead, sociale lasten, administratiekosten en het vervullen van alle formaliteiten zoals accountantsverklaring e.d.) in de door inschrijver aangeboden prijs zijn verwerkt met daarbij:
 - De algehele regeling van de uitvaart, alle overbrengingen van de overledene, het verzorgen en kisten van de overledene, alle ligdagen (mortuarium of andere uitvaartondernemer), aula voor opbaring en afscheid (half uur), het beschikbaar stellen van de rouwauto, het leveren van een standaardkist en incassering / verzilveren polissen.'
- 5.7. Vervolgens is in knock-out eis 1.3.8 betreffende de verplichtingen van de opdrachtnemer tijdens de uitvoering van de lijkbezorging voor zover relevant slechts het volgende bepaald:
- '1) Opdrachtnemer verplicht zich bij een natuurlijke dood het stoffelijk overschot van de plaats van overlijden of het mortuarium van [Ziekenhuis A] over te brengen naar het uitvaartcentrum.'

- 5.8. Met de in 5.6 hiervoor geciteerde passage uit knock-out eis 1.3.1 lijkt beklagde te willen uitsluiten dat de beoogde opdrachtnemer naast de gevraagde 'all-in prijs' meerkosten in rekening kan brengen. De ligdagen bij een andere uitvaartondernemer lijken in dat opzicht een vreemde eend in de bijt. Dit zijn kosten die normaal gesproken niet door de opdrachtnemer worden gemaakt: hij heeft immers geen opdracht aan de andere uitvaartondernemer gegeven. Die kosten zal de opdrachtnemer normaal gesproken dan ook niet bij beklagde in rekening brengen. Enerzijds zou knock-out eis 1.3.1 dan ook zo kunnen worden gelezen dat beklagde met die eis heeft willen voorkomen dat de opdrachtnemer (onverplicht) tot betaling van de kosten van ligdagen bij een andere uitvaartondernemer zal overgaan en deze vervolgens bij beklagde in rekening zal brengen.
- 5.9. Anderzijds zou knock-out eis 1.3.1 zo kunnen worden gelezen dat beklagde wil bewerkstelligen dat de opdrachtnemer de kosten van ligdagen bij een andere uitvaartondernemer rechtstreeks aan die andere ondernemer vergoedt en de kosten vervolgens – als onderdeel van de aan beklagde aangeboden all-in-prijs – voor zijn rekening neemt.
- 5.10. De Commissie is van oordeel dat, nu voor beide interpretaties van knock-out eis 1.3.1 in beginsel wat te zeggen valt, beklagde de aanbestedingsstukken niet zodanig heeft geformuleerd dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers deze op dezelfde wijze zullen uitleggen. Dat betekent dat beklagde heeft gehandeld in strijd met haar transparantieplichting zoals bedoeld in art. 1.9 Aw 2012 en dat de klacht gegrond is.
- 5.11. De Commissie overweegt ten overvloede nog het volgende. Uit het voorgaande volgt dat de Commissie de huidige formulering van knock-out eis 1.3.1 onvoldoende duidelijk acht om daarmee de door beklagde beoogde verplichting voor de opdrachtnemer in het leven te kunnen roepen. Wanneer beklagde dat doel had willen bereiken, had zij expliciet in de aanbestedingsstukken moeten opnemen dat de opdrachtnemer de kosten van ligdagen bij een andere uitvaartonderneming voor zijn rekening zal moeten nemen (hetgeen iets anders is dan het niet in rekening mogen brengen van deze kosten).

6. Advies

De Commissie acht de klacht **gegrond**.

7. Aanbeveling

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

Den Haag, 30 november 2017

w.g.:

Prof.mr. C.E.C. Jansen
Voorzitter

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid