

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 434

1. Feiten

- 1.1. Beklaagde is op 8 mei 2017 een meervoudig onderhandse procedure gestart voor een overheidsopdracht voor diensten betreffende het digitaal ontsluiten van Bouw- en Hinderwetvergunningen voor medewerkers en inwoners van beklagde. Het gaat daarbij om Bouw- en Hinderwetvergunningen en andere series bouw- en omgevingsvergunningen over de periode 1983 tot heden.
- 1.2. In het Programma van Eisen van 8 mei 2017 is onder meer het volgende bepaald:

4. Aanbestedingsprocedure

4.1 Voorwaarden aanbestedingsprocedure

Deze aanbesteding vindt plaats onder de volgende voorwaarden:

- Aan het doen van een inschrijving zijn voor de Aanbestedende dienst geen kosten verbonden. Inschrijvers kunnen geen aanspraak maken op vergoeding van inschrijvingskosten in welke vorm dan ook;
- Er kunnen aan de aanbestedingsprocedure geen rechten worden ontleend;
- (...)

4.2 Schouw

Alle houders van het PvE hebben de mogelijkheid om onder begeleiding van een medewerker van [Beklaagde] de situatie op locatie te bekijken. (...)

Tijdens de schouw wordt niet ingegaan op vragen. Voor het stellen van vragen naar aanleiding van het PvE of de schouw wordt verwezen naar paragraaf 4.3 van het PvE.

(...)

4.3 Vragen over de aanbestedingsprocedure

Alle houders van het PvE hebben de mogelijkheid om naar aanleiding van het PvE, de schouw en de aanbestedingsprocedure aan de Aanbestedende dienst vragen te stellen. Vragen kunnen uitsluitend per e-mail [Naam@Beklaagde.nl] **uiterlijk 19 mei 2017 tot 17:00 uur** gesteld worden. Alle gestelde vragen met de bijbehorende antwoorden, evenals aanvullingen of wijzigingen van de Aanbestedende dienst worden geanonimiseerd op schrift gesteld in een Nota van Inlichtingen.

De Nota van Inlichtingen wordt op **29 mei 2017** (streefdatum) via e-mail verspreid aan alle betrokken partijen. Op deze wijze beschikt iedere houder van het PvE over dezelfde informatie.

(...)

4.6 Toetsing van de inschrijvingen

4.6.1 Stap 1: toetsing compleetheid van de inschrijvingen

De eerste stap in de toetsing van de inschrijvingen is de toets of de inschrijvingen compleet zijn.

De inschrijving dient alle onderdelen te bevatten:

- Compleet ingevuld en rechtsgeldig ondertekend inschrijfbiljet; (bijlage 1);
- Compleet ingevuld UEA (bijlage 2);
- Compleet Plan van Aanpak overeenkomstig met de kwalitatieve beoordeling in paragraaf 4.7.

Indien de inschrijving niet alle bovengenoemde onderdelen bevat, leidt dit tot directe uitsluiting van verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure.

(...)

4.6.2 Stap 2: toetsing geldigheid van de inschrijvingen

De tweede stap in de toetsing van de inschrijvingen is de toets of de inschrijvingen geldig zijn.

De inschrijving dient aan de volgende procedurele voorwaarden te voldoen:

- (...)
- Het Plan van Aanpak bevat niet meer dan 10 pagina's A4.

Indien niet wordt voldaan aan bovenstaande voorwaarden leidt dit tot directe uitsluiting van verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure.'

1.3. In de Nota van Inlichtingen van 29 mei 2017 zijn, onder meer, de volgende vragen en antwoorden opgenomen:

1.3.1. Vraag 24: 'U vraagt een plan van aanpak met maximaal 10 pagina's inclusief de elementen die worden vermeld onder logistieke en overige eisen. Wij hebben deze elementen allemaal beschikbaar. Wij stellen echter voor om dit als bijlagen bij het plan van aanpak te plaatsen. Anders komen we namelijk ruimschoots over de 10 pagina's. Is dat voor akkoord?'

Antwoord: 'De elementen die vermeld zijn in paragraaf 2.2.2. onder "Logistieke en overige eisen" vallen onder de categorieën die in paragraaf 4.7 zijn benoemd als onderdeel van het Plan van Aanpak. Het maximum van 10 pagina's voor het Plan van Aanpak blijft gehandhaafd.'

1.3.2. Vraag 38: '4.6.2 u geeft aan dat het plan van Aanpak niet meer dan 10 pagina's A4 mag bevatten. Bedoelt u hiermee bladzijden? Zo ja, bent U bereid dit op te rekken naar 14 bladzijden, dit ivm de uitvoerige kwaliteitsbeschrijving?'

Antwoord: 'Ja, een pagina is een bladzijde. Nee, niet akkoord met oprekking.'

1.3.3. Vraag 39: 'Om een juiste weergave te geven van een aanpak, zijn meer dan 10 pagina's noodzakelijk. Is het mogelijk deze aan te passen naar minimaal 25 pagina's?'

Antwoord: 'Nee, niet akkoord, het maximum aantal van 10 pagina's blijft gehandhaafd.'

1.4. Klager heeft op 8 juni 2017 een inschrijving ingediend.

1.5. Op 13 juni 2017 heeft de adviseur van beklagde klager de volgende e-mail gezonden:

'Bijgaand ontvang u een mededeling met betrekking tot uw inschrijving voor de aanbesteding Digitalisering archief bouwvergunningen [Beklaagde].

Bijgevoegde brief is vandaag ook per post naar u verzonden.'

- 1.6. In de brief van 13 juni 2017 is, voor zover van belang, het volgende opgenomen:

Beoordeling

Uit toetsing van uw inschrijvingsdocumenten is bij controle gebleken dat uw inschrijving niet voldoet aan:

- Het Plan van Aanpak bevat niet meer dan 10 pagina's A4. In paragraaf 4.6.2 en paragraaf 4.7 van het Programma van Eisen is beschreven dat het Plan van Aanpak maximaal 10 pagina's A4 mag bevatten.

Conclusie

Uw Plan van Aanpak overschrijdt het gestelde maximum aantal pagina's van 10 pagina's A4.

Op basis van bovenstaande heeft u een ongeldige inschrijving gedaan en is uw inschrijving daarmee uitgesloten van verdere deelname aan deze aanbestedingsprocedure.

(...)'

- 1.7. Klager heeft op 13 juni 2017 als volgt gereageerd op het bericht van de adviseur van beklagde:

'Met verbazing heb ik uw mail in ontvangst genomen.

Bij deze teken ik dan ook formeel bezwaar aan tegen de voorgenomen uitsluiting. Conform de aanbestedingswet 2012 bent u mijns inziens verplicht een meldpunt klachten binnen de aanbestedende dienst in te regelen. Hier heeft u geen regeling voor getroffen, vandaar dat ik mij tot u went.

Blijkbaar is er een afbeelding verschoven naar pagina 11. Het betreft een schematische weergave van een proces, wat de pagina ervoor tekstueel beschreven is en dus geen meerwaarde biedt, en u kunt zien als niet mee te nemen in de beoordeling. Daarnaast is het geen volledige pagina, en streep je de afbeeldingen in het PVA weg (die vaak alleen als illustratie zijn meegestuurd), je binnen de 10 pagina's blijft.

Uitsluiting hiervoor is een disproportionele maatregel en houdt geen stand. Daarnaast is de uitsluiting kennelijk onredelijk (art. 2.86a).

Ik wil u dan ook vriendelijk verzoeken om uw beslissing te herzien.

Mocht u uw standpunt handhaven, ben ik genoodzaakt voor deze zaak een klacht in te dienen bij de Commissie van Aanbestedingsexperts.'

- 1.8. Op 19 juni 2017 heeft de adviseur van beklagde als volgt gereageerd op de e-mail van klager:

'In Paragraaf 4.6.2 van het Programma van Eisen en in de Nota van Inlichtingen d.d. 22 mei 2017 is vermeld dat het Plan van Aanpak niet meer dan 10 pagina's A4 mag bevatten [*de Commissie neemt aan dat hier de Nota van Inlichtingen van 29 mei 2017 wordt bedoeld, zie 1.3 hiervoor*].

Bij uw inschrijving is een Plan van Aanpak toegevoegd van 11 pagina's.

Pagina 11 bevat zowel tekst als een illustratie.

Het is de aanbestedende dienst niet toegestaan een pagina te laten vervallen, dit wordt onder andere bevestigd door de volgende jurisprudentie:

<https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI.NL:RBDHA:2014:10786&showbutton=true&keyword=ECLI%3aRBDHA%3a2014%3a10786>

Het totale Plan van Aanpak dient uit maximaal 10 pagina's A4 te bestaan. Dit is een materiële eis waaraan alle inschrijvingen van deze aanbesteding dienen te voldoen. Bij deze materiële eis heeft de aanbestedende dienst in het Programma van Eisen de volgende sanctie opgenomen: "Indien niet wordt voldaan aan bovenstaande voorwaarden leidt dit tot een directe uitsluiting van verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure."

U maakt een verwijzing naar artikel 2.86a. Ik neem aan dat het gaat om de Aanbestedingswet, dit wordt niet vermeld in uw bericht. Artikel 2.86a Aanbestedingswet ziet toe op de gestelde uitsluitingsgronden van artikel 2.86 Aanbestedingswet. Dit artikel heeft geen betrekking op de materiële eis die de aanbestedende dienst heeft gesteld ten aanzien van het aantal in te dienen pagina's. Dit artikel doet niet ter zake.

Gezien bovenstaande feiten blijft uw uitsluiting gehandhaafd.

(...)'

- 1.9. Klager heeft op 19 juni 2017 de volgende e-mail verzonden aan de klachtencoördinator van beklagde:

'Onderstaand treft u het bericht aan dat de aanbestedende dienst [Adviseur] de voorgenomen uitsluiting blijft handhaven. Ik wil derhalve bij u de klacht neerleggen m.b.t. deze uitsluiting.

Zoals ik al in mijn mail aan mevrouw [X] heb medegedeeld, is een dergelijke uitsluiting disproportioneel.

Allereerst is doordat we een aantal afbeeldingen hebben toegevoegd een halve pagina versprongen, welke we over het hoofd gezien hebben.

In plaats van 10 hebben we dus 11 pagina's ingediend. Uitsluiting is dan ook een zware maatregel ons inziens.

We doen aan menige aanbesteding mee, en in nagenoeg alle gevallen is er nooit een uitsluiting op deze gronden, maar wordt de informatie die teveel aangeleverd is niet meegeteld in de beoordeling. Dat is een proportionele maatregel, waar ik vrede mee heb.

In de nota van inlichtingen is door meerdere partijen gevraagd of de Limiet van het PvA opgerekt kan worden. Dit wordt direct van de hand gewezen.

Verder is er ook geen eis omtrent de lettertype grootte neergelegd. Concollega's kunnen kleinere lettertypen gebruikt hebben, waardoor ze wel voldoen aan de eis. Hierdoor is enige transparantie en het vergelijken van appels met peren zoek.

Ondanks dat mevrouw [X] aangeeft dat de uitsluiting door het indienen van een klacht gehandhaafd blijft, wil ik toch een klacht deponeren.

De jurisprudentie waar mevrouw [X] op doelt is van 2014. Intussen is er veel veranderd in de aanbestedingswet.

Wij overwegen in ieder geval ook bij de commissie van aanbestedingsexperts deze klacht vanwege disproportionaliteit, discriminatie en ontbreken van transparantie neer te leggen.'

- 1.10. Naar aanleiding van de klacht van klager van 19 juni 2017 hebben partijen in onderling overleg een hoorzitting gepland. Deze hoorzitting heeft op 7 september

2017 plaatsgevonden. Klager heeft tijdens deze hoorzitting de volgende pleitnota overgelegd:

'[A], 7 september 2017 Hoorzitting

(...)

Wij als [Klager] hebben een klacht ingediend met betrekking tot de uitsluiting in de aanbesteding digitaliseren Bouwdossiers voor [Beklaagde].

Wij zijn van mening dat wij niet uitgesloten hadden mogen worden, en wel om 3 redenen:

- De Uitsluiting is disproportioneel en onredelijk.
- Gelijkheidsbeginsel en transparantiebeginsel, de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht wordt niet nageleefd
- Er is geen herstelmogelijkheid geboden.

Klacht afhandeling Aanbesteding

- Uitsluiting op basis van 1 pagina te veel, is disproportioneel te noemen, zeker gezien het feit dat er geen herstelmogelijkheid geboden wordt.
- In het bestek wordt niks geroepen over lettertype en grootte, hierdoor hebben andere bedrijven waarschijnlijk meer informatie kunnen verstrekken op dezelfde aantal pagina's, dus hier komt het gelijkheidsbeginsel in het gedrang.! (andere aanbidders zouden met een kleiner lettertype meer info kwijt kunnen), maar ook het transparantiebeginsel. Er was onvoldoende duidelijk wat er precies verwacht wordt in de 10 pagina's PVA (letterfont, lettergrootte).
- Uitsluiting kennelijk onredelijk. Maar ook de uitsluitingsbeginsel is onredelijk, daar alle aanbidders gevraagd hebben voor een aantal pagina's meer in het PVA. (zie Nota van Inlichtingen). Hierdoor had [Adviseur] kunnen aannemen dat dit toch wel een heikel punt was voor de aanbidders. Dat er dan 2 van de 3 aanbidders uitgesloten worden juist vanwege een pagina PVA teveel, geeft m.i. aan dat deze eis buiten proportie was.
- Er is geen herstelmogelijkheid geboden. --> disproportioneel --> Gezien het feit dat aanbieder ruim 2 uur met de auto onderweg is, er enkele dagen werk in de offerte zit. Getuigd niet van goed opdrachtgeverschap.
- [Adviseur] -> Stelt zich star op, geeft geen mogelijkheid tot reparatie, nog om het voorval voor te leggen aan objectieve professionals (de commissie van aanbestedingsexperts.)
- Tijdens schouw zouden geen vragen beantwoord worden. Dit is wel gebeurd, terwijl mensen aan de andere kant van de ruimte aan het inventariseren waren. De beantwoorde vragen zijn niet in de NVI teruggekomen! Hierbij overtreden ze een zelfgemaakte regel die in het bestek opgenomen staat en leven ze zowel het transparantiebeginsel als ook het gelijkheidsbeginsel niet na.
- Er zijn diverse voorbeelden (in 8 jaar tijd zeker 60 aanbestedingen gedaan) van bestekken waar ook maximum pagina's aangegeven zijn, maar die alle pagina's tekst wat meer zijn niet meetellen. Komt vaker voor dat er max. aantal pagina's gevraagd worden (zie aanbesteding [Y]). Echter de meerdere pagina's worden dan niet in de beoordeling meegenomen, nooit is dit als uitsluitingscriteria opgenomen. Uitsluiting is Disproportionele sanctie!
- Aktie om tegen uitsluiting met kort geding te ageren is gezien de opdrachtwaarde ook disproportioneel. Een kort geding zou ruim 10-15% van de opdrachtwaarde gaan kosten.

- Artikel 1.10 lid 1 van de aanbestedingswet 2012 staat: Een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf stelt bij de voorbereiding van en het tot stand brengen van een overheidsopdracht of een speciale-sectoropdracht, een concessieovereenkomst voor openbare werken of voor diensten of het uitschrijven van een prijsvraag uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijvers en de inschrijvingen die **in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.**
- Lid 2 zegt: Bij de toepassing van het eerste lid slaat de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf, voor zover van toepassing, in ieder geval acht op:
 - a. het al of niet samenvoegen van opdracht;
 - b. de uitsluitingsgronden;
 - c. de inhoud van de geschiktheidseisen;
 - d. het aantal te stellen geschiktheidseisen;
 - e. de te stellen termijnen;
 - f. de gunningscriteria;
 - g. een vergoeding voor hoge kosten van een inschrijving;
 - h. de voorwaarden van de overeenkomst
- 10. Artikel 2.86 en 2.87 Uitsluitingsgronden --> worden echt zware gronden genoemd (faillissement, criminele org enz). Nergens in de Aanbestedingswet wordt iets geroepen over max. aantal pagina's van een PvA. Omzeilt [Adviseur] hiermee de Aanbestedingswet 2012??
- 11. Artikel 2.112 lid 8 en 9 Een aanbestedende dienst kan een inschrijver verzoeken om de inschrijving toe te lichten of nauwkeuriger te omschrijven.
- 12. Naar onze mening had Aanbesteder in het bestek moeten aangeven dat de facultatieve uitsluitingsgrond max 10 pag. aan een proportionaliteitstoets onderworpen is (VOLGENS AANBESTEDINGSWET 2012) dit is verzuimd.
- 13.
 - Een inschrijver mag slechts in uitzonderlijke gevallen in de gelegenheid worden gesteld zijn inschrijving aan te vullen of te verbeteren. Het moet dan gaan om een eenvoudige verduidelijking of het rechtzetten van een klaarblijkelijke materiële fout (een voor ieder kenbare vergissing).
 - Op deze regel geldt een belangrijke uitzondering. Wanneer in de aanbestedingsstukken is bepaald, dat op straffe van uitsluiting van deelname aan de aanbestedingsprocedure aan een bepaalde eis moet worden voldaan, is herstel van het gebrek niet toegestaan. Dit vloeit voort uit het beginsel van gelijke behandeling. Op grond van dit beginsel is de aanbesteder namelijk verplicht de door hem zelf gestelde eisen nauwgezet toe te passen.
 - Op deze laatste regel bestaat ook weer een uitzondering. Wanneer uitsluiting van deelname aan de aanbestedingsprocedure disproportioneel is in verhouding tot het gebrek, is volgens sommige rechters herstel ondanks de sanctie van uitsluiting in de aanbestedingsstukken toch toegestaan.'

Samenvattend:

- **Uitsluiting was disproportioneel.**

- **Uitsluiting is kennelijk onredelijk in onze ogen.**
- **[Adviseur] stelt zich star op en geeft geen mogelijkheid tot reparatie. Wijst op de regeltjes maar omzeilt deze zelf. Dit getuigd niet van goed opdrachtgeverschap.**
- **Er wordt m.i. niet voldaan aan het gelijkheidsbeginsel en transparantiebeginsel. --> dit zijn de algemene beginselen van de aanbestedingswet. De aanbestedingsleidraad is niet gevolgd (er zouden geen mondelinge vragen beantwoord worden tijdens de schouwing waardoor aanbieder niet alle informatie heeft ontvangen die andere aanbieders wel hebben gekregen, en de Aanbesteder haar eigen procedure op de schouwing neemt).**

Afsluitend: Aanbesteder had mogelijkheden om de aanbesteding in te trekken of een herstelkans te bieden. De wetgever biedt hier ruimte voor. Aanbesteder heeft geen enkele keuze gehad naar de economisch meest voordelige aanbieder, daar 2 van de 3 partijen uitgesloten zijn. Dit resulteerde in het verstrekken van een opdracht die enkele duizenden euro's duurder was. Betaald met gemeenschapsgeld!

Eis

Indien u onze klacht gegrond acht, vinden wij het redelijk en billijk om een kostenvergoeding van de gemaakte kosten te krijgen: zijnde 2 x reiskosten en reizen en de uren werk aan de offerte. Totale kostenpost van 48 uur * 85,00=€ 4.080,00 excl btw.

NB.

Als bijlage heb ik de gewraakte pagina van het Plan van Aanpak toegevoegd zodat het college zich een beeld kan vormen omtrent de disproportionaliteit van de uitsluiting.

Bijlage 1. Pag. 11 PvA [*niet hier overgenomen, Commissie*]

- 1.11. Op 3 oktober 2017 heeft beklagde bij brief aan klager meegedeeld dat zij de klachten ongegrond acht.

'U heeft bij ons een klacht ingediend over een aanbestedingsprocedure. De burgemeester heeft u op 7 september 2017 gehoord, zodat u een mondelinge toelichting kon geven.

Wij verklaren uw klacht ongegrond en wijzen uw verzoek om schade af. Voor de motivering verwijzen we naar de bijgevoegde rapportage met het kort verslag van de hoorzitting.

(...)

Wij kennen u geen schadevergoeding toe. In het programma van eisen wordt onder 4.1 opgenomen dat inschrijvers geen aanspraak kunnen maken op vergoeding van de inschrijfkosten in welke vorm dan ook.

(...)

De klacht

De klacht kan als volgt worden geformuleerd:

Verzoeker had niet uitgesloten mogen worden om de volgende redenen:

- 1. De uitsluiting was onredelijk en disproportioneel.**
- 2. De gemeente heeft gelijkheidsbeginsel en transparantiebeginsel niet nageleefd.**
- 3. De gemeente heeft geen herstelmogelijkheid geboden.**

De inhoud.

(...)

Sub 1. De uitsluiting was onredelijk en disproportioneel.

De gedraging

Tijdens de hoorzitting is door verzoeker aangegeven dat hij uitsluiting op basis van 1 pagina te veel disproportioneel vindt. Er zijn geen eisen gesteld aan het lettertype en grootte. Zodat de aanbiedingen niet met elkaar te vergelijken zijn. Daarnaast is er geen herstelmogelijkheid geboden.

De gemeente heeft aangegeven de materiele eis van 10 pagina's niet onredelijk te vinden. In de nota van inlichtingen zijn hier vragen over gesteld en is als antwoord gegeven dat de 10 pagina's gehandhaafd blijven

De feiten

In het plan van aanpak is op pagina 18 onder 4.6.2 opgenomen: '*Het Plan van Aanpak bevat niet meer dan 10 pagina's A4*'. Daaronder is opgenomen: '*Indien niet wordt voldaan aan bovenstaande voorwaarden leidt dit tot directe uitsluiting van verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure.*'

Verzoeker is niet als enige uitgesloten wegens het overschrijden van de tien pagina's. Ook een andere inschrijver is om deze reden uitgesloten.

In de nota van inlichtingen is op de vragen of de tien pagina's opgerekt kon worden geantwoord:

'Nee niet akkoord met de oprekking' en 'Nee niet akkoord het maximum aantal van 10 pagina's blijft gehandhaaft'.

Beoordeling

Op onderhavige casus zijn de uitgangspunten van afdeling 1.2.4 van de Aanbestedingswet 2012 van toepassing. In artikel 1.16 lid 1 Aanbestedingswet 2012 luidt als volgt:

Een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf stelt bij de voorbereiding en het tot stand brengen van een overeenkomst uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijvers en de inschrijvingen die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.

In het inkoop en aanbestedingsbeleid is opgenomen onder 3.3 (Algemene beginselen van inkoop) wat verstaan wordt onder proportionaliteit:

Proportionaliteit (evenredigheid): *De keuze van de procedure, gestelde eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijvers mogen niet onevenredig zijn in verhouding tot het voorwerp van de opdracht. De Gemeente past het beginsel van proportionaliteit toe bij de keuze van de procedure, de te stellen eisen, voorwaarden en criteria aan inschrijvers en inschrijvingen en met betrekking tot de contractvoorwaarden.*

Dit betekent dat op de te stellen voorwaarden de proportionaliteit van toepassing is.

Het stellen van een voorwaarde van 10 pagina's en een overschrijding daarvan is al eerder aan de rechter voorgelegd: (rechtbank Den Haag d.d. 25 juli 2014 ECLO:NL:RBDHA:2014:10786).

De voorzieningenrechter acht dat als een dergelijke eis wordt neergelegd, deze bij overschrijding moet worden gevolgd door een ongeldigverklaring. In deze zaak was zelfs niet de zinsnede opgenomen dat indien niet wordt voldaan aan de bovenstaande voorwaarden dit leidt tot directe uitsluiting, hetgeen in het programma van eisen van de gemeente wel was opgenomen.

Verzoeker vindt de eis van 10 pagina's buitenproportioneel is gezien het feit dat alle inschrijvers hebben gevraagd om een verruiming en omdat er 2 van de drie aanbieders uitgesloten wordt wegens overschrijding van het aantal pagina's. Daarnaast geeft hij aan dat de uitsluiting op basis van overschrijding van het aantal pagina's disproportioneel is.

Het enkele feit dat de inschrijvers vragen om het aantal pagina's te verruimen of dat er 2 van de drie inschrijvers worden uitgesloten maakt niet dat de eis disproportioneel is. Een aanbestedende dienst heeft een ruime mate van beoordelingsvrijheid voor het opstellen van de eisen. In de jurisprudentie zijn bepaalde eisen wel disproportioneel bevonden maar dat waren eisen als ervaringseisen en solvabiliteitseisen waar weinig partijen aan konden voldoen. Dat is hier niet het geval.

Gezien het bovenstaande is de uitsluiting niet disproportioneel of onredelijk.

Conclusie

Klacht sub 1 is ongegrond.

Sub 2. De gemeente heeft het gelijkheidsbeginsel en transparantiebeginsel niet nageleefd.

De gedraging

Tijdens de hoorzitting is aangegeven dat tijdens de schouw vragen zijn gesteld en ook beantwoord terwijl in het programma van eisen staat dat dit niet mocht. Daarnaast is louter het maximum aantal pagina's opgenomen en niet het lettertype of de grootte.

De feiten.

Tijdens de hoorzitting heeft de gemeente toegegeven dat tijdens de schouw vragen zijn gesteld. Ook is aangegeven dat er toen gezegd is dat het programma van eisen niet voorziet in het stellen van vragen tijdens de schouw. Tijdens de schouw is door de vraagsteller aangegeven dat hij het niet erg vond om de vraag openbaar te stellen en dat iedereen het antwoord kon horen. Verzoeker heeft daar ter plaatse niet op gereageerd.

De eis van 10 pagina's staat in artikel 4.6.2 van het programma van eisen. De vragen in de nota van inlichtingen over de verruiming van het aantal pagina's zijn negatief beantwoord.

Beoordeling.

In het inkoop en aanbestedingsbeleid is opgenomen onder 3.3 (Algemene beginselen van inkoop) wat verstaan wordt onder het gelijkheidsbeginsel:

Gelijke behandeling: *Gelijke omstandigheden mogen niet verschillend worden behandeld, tenzij dat verschil objectief gerechtvaardigd is. Ook verkapte of indirecte discriminatie is verboden.*

Voor wat betreft het gelijkheidsbeginsel. In onderhavige aanbestedingsprocedure zijn twee partijen uitgesloten omdat zij niet voldeden aan de 10 pagina eis. Dit betekent dat gelijke gevallen gelijk zijn behandeld. Er zijn geen argumenten aangedragen op basis waarvan verzoeker anders behandeld diende te worden dan de andere inschrijvers.

In het inkoop en aanbestedingsbeleid is opgenomen onder 3.3 (Algemene beginselen van inkoop) wat verstaan wordt onder transparantiebeginsel:

Transparantie: *De gevolgde procedure dient navolgbaar (en dus controleerbaar) te zijn. Dit is een logisch uitvloeisel van het beginsel van gelijke behandeling. Normaal zorgvuldige en oplettende inschrijvers moeten weten waar ze aan toe zijn.*

Het programma van eisen en de nota van inlichtingen zijn voor alle partijen gelijk en duidelijk.

Tijdens de schouw zijn vragen gesteld. Hetgeen volgens het programma van eisen niet toegestaan was. Dit is echter wel tijdens de schouw aan de orde gesteld door de gemeente. Verzoeker heeft tijdens de schouw hier niet op gereageerd. Echter dit onderdeel heeft geen verbinding met de uitsluiting voor de overschrijding van de tien pagina's. Dat blijkt duidelijk uit het programma van eisen en de nota van inlichtingen.

De conclusie.

Klacht sub 2 is ongegrond.

Sub 3. De gemeente heeft geen herstelmogelijkheid geboden.

De gedraging.

Tijdens de hoorzitting geeft verzoeker aan dat de gemeente hem een herstelmogelijkheid diende aan te bieden danwel de laatste pagina niet mee te nemen in de beoordeling.

De feiten.

Per brief d.d. 13 juni 2017 is verzoeker op de hoogste gesteld dat zij uitgesloten was van verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure vanwege de overschrijding van het maximum aantal pagina's.

Per mail van 13 juni 2017 is door verzoeker gevraagd de uitsluiting te herzien. De reden is dat er een afbeelding is verschoven naar pagina 11. Aangegeven wordt dat pagina 11 niet meegenomen hoeft te worden in de beoordeling.

Per mail van 19 juni 2017 is hierop door de gemeente gereageerd dat de uitsluiting gehandhaafd blijft omdat een pagina te laten vervallen niet is toegestaan. Zij verwijst hiervoor naar een uitspraak van de rechtbank Den Haag d.d. 25 juli 2014 (ECLI:RBDHA:2014:10786).

Beoordeling

De Rechtbank Rotterdam heeft op 2 juni 2016 (ECLI:NL:RBROT:4125) [ECLI:NL:RBROT:2016:4135, Commissie] als volgt geoordeeld: *'De voorzieningenrechter overweegt dat het maximum aantal voorgeschreven pagina's van KG-1 en KG-3 een materiële eis is waaraan een inschrijving moet voldoen. Ingevolge het Beschrijvend Document wordt een inschrijving, die niet voldoet aan de materiële (en formele) eisen ter zijde gelegd en komt niet voor verdere beoordeling en gunning in aanmerking. Volgens vast rechtspraak kan slechts in uitzonderlijke gevallen een dergelijke inschrijving alsnog voor verdere beoordeling en gunning in aanmerking komen, namelijk indien een inschrijving een eenvoudige precisering behoeft of om kennelijke materiële fouten recht te zetten, mits deze wijzi-*

ging/aanvulling er niet toe leidt dat in werkelijkheid een nieuwe inschrijving wordt voorgesteld (HvJ EU 29 maart 2012, zaak C-599/10/SAG).

Van een dergelijk uitzonderingsgeval is hier, anders dan PostNL meent, geen sprake. De bijlagen, waarnaar wordt verwezen, maken onderdeel uit van het plan van aanpak en de beschrijving van innovatie en overige dienstverlening. Het weglaten van de bijlagen betreft geen eenvoudige precisering of het recht zetten van een kennelijke materiële fout in voornoemde zin. Bovendien kan de door de Gemeente verkregen informatie uit de bijlagen van invloed zijn op de beoordeling van de subgunningscriteria KG-1 en KG-3.

Het is ook in strijd zijn met de beginselen van gelijke behandeling en transparantie om bij het niet voldoen aan helder geformuleerde eisen zoals hier, waar andere partijen hun inschrijving op aanpassen, ongeldigverklaring achterwege te laten. Het ongeldig verklaren van de inschrijving is reeds hierom niet disproportioneel. Dat het hier gaat om (sub)gunningscriteria en niet om een knock-out criterium doet aan het voorgaande niet af.'

Daarnaast geeft de jurisprudentie rechtbank Den Haag d.d. 25 juli 2014 (ECLI:RBDHA:2014:10786) aan dat het weglaten van één van de pagina's geen eenvoudige precisering of het recht zetten van een kennelijke materiële fout betreft. Daarnaast geeft de rechtbank in deze zaak aan:

Het zou naar het oordeel van de voorzieningenrechter echter ook in strijd zijn met de beginselen van gelijke behandeling en transparantie om bij het niet voldoen aan een helder geformuleerde eis zoals hier, waar andere partijen hun inschrijving op aanpassen, ongeldigverklaring achterwege te laten als dit naar het oordeel van Rijkswaterstaat achteraf bezien niet proportioneel is.

In de onderhavige procedure zijn er twee partijen uitgesloten omdat zij de 10 pagina eis hebben overschreden. Van dit aantal pagina's afwijken ten behoeve van verzoeker zou dan ook in strijd zijn met het beginsel van gelijke behandeling. Daast geeft de uitspraak van de Rechtbank te Rotterdam aan dat het weglaten van de bijlagen geen eenvoudige precisering of het recht zetten van een materiële fout betreft. Analoot hieraan is het niet meenemen van pagina 11 ook geen eenvoudige precisering of het rechtzetten van een materiele fout.

Conclusie.

De klacht sub 3 is ongegrond.

Tot slot geeft verzoeker aan een schadevergoeding te eisen indien de klacht gegrond zou worden verklaard. In het programma van eisen wordt onder 4.1 opgenomen dat inschrijvers geen aanspraak kunnen maken op vergoeding van de inschrijfkosten in welke vorm dan ook. Een schadeclaim zoals ingediend is dan ook uitgesloten.

EINDCONCLUSIE:

De klacht met de onderdelen sub 1, 2 en 3 is ongegrond.'

2. Beschrijving klacht

2.1. De Commissie onderscheidt de volgende klachtonderdelen.

2.2. Klachtonderdeel 1

De door beklagde gehanteerde eis in paragraaf 4.6.2 van het Programma van Eisen is disproportioneel en niet transparant.

2.3. Klachtonderdeel 2

De uitsluiting van klager is onredelijk en disproportioneel.

2.4. Klachtonderdeel 3

Beklaagde heeft klager ten onrechte niet in de gelegenheid gesteld haar inschrijving te herstellen.

2.5. Klachtonderdeel 4

Beklaagde handelt in strijd met de beginselen van transparantie en gelijke behandeling door af te wijken van paragraaf 4.2 van het Programma van Eisen waarin het volgende is bepaald:

'4.2 Schouw

Alle houders van het PvE hebben de mogelijkheid om onder begeleiding van een medewerker van [Beklaagde] de situatie op locatie te bekijken. (...)

Tijdens de schouw wordt niet ingegaan op vragen. Voor het stellen van vragen naar aanleiding van het PvE of de schouw wordt verwezen naar paragraaf 4.3 van het PvE.'

2.6. Klachtonderdeel 5

Beklaagde heeft klager ten onrechte geen kostenvergoeding aangeboden.

3. Onderbouwing klacht

3.1. Klachtonderdelen 1, 2 en 3

3.1.1. Volgens klager is de eis ten aanzien van de 10 pagina's zoals vermeld in het Programma van Eisen onvoldoende duidelijk zodat inschrijvers niet wisten wat er van hen verwacht werd. In de eis vermeld in paragraaf 4.6.2 wordt namelijk niets vermeld over de lettergrootte of het lettertype waarin het plan van aanpak opgesteld diende te worden (zie 1.2 hiervoor). Dit leidt er naar mening van klager toe dat andere inschrijvers wellicht meer informatie op 1 pagina vermeld hebben door middel van het (bijvoorbeeld) hanteren van een kleinere lettergrootte. Dit is volgens klager in strijd met het gelijkheids- en transparantiebeginsel.

3.1.2. Als gevolg hiervan is de uitsluiting van klager disproportioneel en onredelijk nu uit de vragen in de Nota van Inlichtingen naar voren is gekomen dat meerdere inschrijvers hebben aangegeven dat 10 pagina's aan de krappe kant is.

3.1.3. Tenslotte is de weigering van beklagde om klager een herstelmogelijkheid te bieden disproportioneel gezien de tijd en moeite die klager in de offerte heeft gestoken.

3.1.4. Klager verwijst voor de onderbouwing van de klachtonderdelen naar haar brief van 19 juni 2017 en haar 'pleitnota' zoals weergegeven in 1.9 en 1.10 hiervoor.

3.2. Klachtonderdeel 4

Klager merkt op dat in de brief van beklaagde van 3 oktober 2017 (zie 1.11 hiervoor) wordt vermeld dat klager mondeling heeft ingestemd met het stellen van vragen tijdens de archiefschouw. Dit is volgens klager onjuist en is zeker ook niet in de Nota van Inlichtingen opgenomen. Beklaagde heeft volgens klager haar eigen opgestelde procedure betreffende de schouw omzeild en klager hiermee informatie onthouden (zie ook de pleitnota van klager in 1.10 hiervoor, Commissie).

3.3. Klachtonderdeel 5

Klager verzoekt om een vergoeding van de gemaakte kosten aangaande de inschrijving, de bezwaarprocedure, de hoorzitting en de klacht bij de Commissie (zie ook de pleitnota van klager in 1.10 hiervoor).

4. Reactie beklaagde

4.1. Beklaagde merkt allereerst op dat in het klachtenformulier wordt gesproken van een 'beslissing met betrekking tot de uitsluitingsgronden'. Beklaagde betwist dat er sprake is van een dergelijke beslissing omdat naar haar mening de klacht in beginsel betrekking heeft op een eis en niet op een uitsluitingsgrond zoals bedoeld in de artikelen 2.86 en 2.87 Aw 2012.

4.2. Klachtonderdelen 1, 2 en 3

4.2.1. Beklaagde verwijst voor haar reactie op de klacht naar haar brief van 3 oktober 2017 (zie 1.11 hiervoor) en voegt daar nog het volgende aan toe.

4.2.2. Klager heeft met haar inschrijving het aantal pagina's overschreden doordat zij een aantal afbeeldingen aan haar Plan van Aanpak heeft toegevoegd. Deze heeft klager volgens beklaagde over het hoofd gezien. Klager geeft toe dat zij wist van de 10 pagina's (zie 1.9 hiervoor).

4.2.3. Daarnaast is de eis van de 10 pagina's duidelijk weergegeven in het Programma van Eisen, inclusief de sanctie bij overschrijding van het aantal pagina's (zie 1.2 hiervoor) en is deze eis nogmaals bevestigd in de Nota van Inlichtingen van 29 mei 2017, in antwoord op vragen 24, 38 en 39 (zie 1.3 hiervoor).

4.3. Klachtonderdeel 4

Ten aanzien van de opmerking van klager over het stellen van vragen tijdens de schouw, verwijst beklaagde naar haar brief van 3 oktober 2017 (zie 1.11 hiervoor). Daarin is opgenomen dat er tijdens de schouw een vraag is gesteld waarop antwoord is gegeven in aanwezigheid van alle partijen. Beklaagde stelt echter dat zij reeds in de rapportage heeft opgemerkt dat zij op dit onderdeel geen causaal verband tussen de schouw en de uitsluiting heeft geconstateerd.

4.4. Klachtonderdeel 5

Beklaagde verwijst naar paragraaf 4.1 van het Programma van Eisen waarin bepaald is dat inschrijvers geen aanspraak kunnen maken op vergoeding van de inschrijfkosten in welke vorm dan ook (zie 1.2 hiervoor). Een schadevergoeding

zoals verzocht door klager is dan ook niet toegekend. Daarnaast is naar de mening van beklagde de vermeende schade ook niet toe te rekenen aan beklagde, nu klager zelf niet voldaan heeft aan de eis en daarmee, volgens beklagde, een ongeldige inschrijving heeft gedaan.

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt vast dat beklagde op 8 mei 2017 een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure is gestart voor een overheidsopdracht voor diensten voor het digitaal ontsluiten van Bouw- en Hinderwetvergunningen voor medewerkers en inwoners van beklagde. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1, afdelingen 1.2.1 en 1.2.4 van de ten tijde van de start van de procedure geldende Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit.
- 5.2. Klachtonderdelen 1, 2 en 3
 - 5.2.1. Klager stelt dat de eis in paragraaf 4.6.2 van het Programma van Eisen, waarin bepaald is dat het Plan van Aanpak maximaal 10 pagina's mag bevatten, disproportioneel is. Alvorens te kunnen onderzoeken of de eis proportioneel is, zal de Commissie beoordelen of de eis voldoende transparant is.
 - 5.2.2. Een aanbestedende dienst is op grond van artikel 1.15, lid 1, Aw 2012 gehouden om de inschrijvers op gelijke wijze te behandelen. In de rechtspraak is daarnaast algemeen aanvaard dat wanneer een aanbestedende dienst een opdracht aanbesteedt met gebruikmaking van een meervoudige onderhandse procedure, hij ook transparantie in zijn handelen moet betrachten (zie HR 25 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:503, JAAN 2016/69, m.nt. G. 't Hart, TBR 2016/159, m.nt. J.H.J. Bax, r.o. 4.2.2 en ook Advies 147, overweging 7.2.3, Advies 161, overweging 5.2.3, Advies 242, overweging 5.2, Advies 389, overweging 5.4.1, Advies 410, overweging 5.3.1, Advies 417, overweging 5.2.1 en Advies 423, overweging 5.7.2).
 - 5.2.3. De te beantwoorden vraag is of beklagde aan haar hiervoor bedoelde verplichting heeft voldaan, in die zin dat zij de eis dat het Plan van Aanpak maximaal 10 pagina's mag bevatten in de aanbestedingsstukken zodanig heeft geformuleerd dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers deze eis 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 de omschrijving van deze eis 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.
 - 5.2.4. Voor de beoordeling van de inschrijvingen geldt op basis van het Programma van Eisen het volgende (zie 1.2 hiervoor): de inschrijvingen dienen onder meer te voldoen aan de eis in paragraaf 4.6.2 dat het door inschrijvers in te dienen Plan van Aanpak niet meer dan 10 pagina's A4 bevat.
 - 5.2.5. De Commissie volgt klager in haar stelling (zie 3.1.1 hiervoor) dat de door beklagde gehanteerde eis in paragraaf 4.6.2 onvoldoende duidelijk is gespecificeerd. Zo worden regelafstand, lettertype, lettergrootte en de marges die inschrijvers in acht dienen te nemen bij het opstellen van een Plan van Aanpak niet voorgeschreven. Dat kan er bijvoorbeeld toe leiden dat wanneer twee inschrijvers

een Plan van Aanpak indienen met hetzelfde aantal woorden, de ene inschrijver als gevolg van de door hem gekozen tekstopmaak binnen de grens van 10 pagina's A4 weet te blijven, terwijl de andere inschrijver over die grens heen gaat. De Commissie is van oordeel dat de eis in paragraaf 4.6.2 van het Programma van Eisen in dat licht bezien onvoldoende transparant is en tot ongelijke behandeling van dezelfde gevallen kan leiden.

5.2.6. Daarmee is klachtonderdeel 1 gegrond voor zover is geklaagd over strijd met het transparantiebeginsel.

5.2.7. Nu de eis betreffende het maximum aantal pagina's naar het oordeel van de Commissie onvoldoende transparant is, kan de Commissie niet vaststellen of die eis verband houdt met het voorwerp van de opdracht en daarmee in redelijke verhouding staat. Daarmee komt de Commissie niet meer toe aan de vraag of de eis in strijd is met het proportionaliteitsbeginsel, zoals gesteld in klachtonderdeel 1.

5.2.8. Als gevolg van het ontbreken van voldoende transparantie kan de Commissie evenmin vaststellen of het uitsluiten van de inschrijving van klager, zoals gesteld in klachtonderdeel 2, disproportioneel is en of sprake is van een fout van klager die zich mogelijk leent voor herstel, zoals gesteld in klachtonderdeel 3.

5.3. Klachtonderdeel 4

5.3.1. Beklaagde heeft bevestigd dat er tijdens de schouw vragen zijn gesteld. Zij heeft daarbij toegegeven dat dit volgens het Programma van Eisen niet was toegestaan. Beklaagde heeft daaraan toegevoegd dat zij dit tijdens de schouw aan de orde heeft gesteld en dat klager daar toen niet op heeft gereageerd. Vervolgens heeft beklagde de vraag beantwoord in aanwezigheid van alle inschrijvers (zie 1.11 en 4.3 hiervoor).

5.3.2. Door een of meer vragen te beantwoorden heeft beklagde naar het oordeel van de Commissie in strijd met haar eigen regels zoals vermeld in paragraaf 4.2 van het Programma van Eisen gehandeld. Daarmee heeft beklagde bovendien in strijd met de beginselen van gelijke behandeling en transparantie gehandeld.

5.3.3. De Commissie acht het klachtonderdeel gegrond.

5.4. Klachtonderdeel 5

5.4.1. Klager wil van beklagde een vergoeding ontvangen voor de loonkosten, reiskosten en juridische advieskosten die zij heeft gemaakt als gevolg van de inschrijving, de bezwaarprocedure, de hoorzitting en (het indienen van) de klacht bij de Commissie.

5.4.2. Voor de door klager gevorderde (schade)vergoeding is in de Aanbestedingswet 2012 geen grondslag te vinden, nog daargelaten dat in het Programma van Eisen is bepaald dat inschrijvers geen aanspraak kunnen maken op een vergoeding en klager haar stelling ook overigens niet verder heeft onderbouwd.

5.4.3. De Commissie acht het klachtonderdeel ongegrond.

6. **Advies**

De Commissie acht klachtonderdeel 1, voor zover is geklaagd over de schending van het transparantiebeginsel, en klachtonderdeel 4 **gegrond** en acht klachton-

derdeel 5 **ongegron**d. Als gevolg van de gedeeltelijke gegrondverklaring van klachtonderdeel 1 komt de Commissie niet toe aan de behandeling van klachtonderdeel 1, voor zover is geklaagd over de schending van het proportionaliteitsbeginsel, en de klachtonderdelen 2 en 3.

7. Aanbeveling

De Commissie beveelt aanbestedende diensten aan om zich niet te rigide op te stellen in het geval veel gegadigden verzoeken om uitbreiding van het aantal pagina's van een plan van aanpak. Daarnaast wil de Commissie erop wijzen dat ongeldigverklaring bij overschrijding van het maximaal toegestane aantal pagina's een zware sanctie is. De Commissie beveelt aanbestedende diensten aan andere sancties in overweging te nemen. Een aanbestedende dienst kan bijvoorbeeld ook als sanctie in de aanbestedingsstukken opnemen dat de boventallige pagina's buiten beschouwing zullen worden gelaten. In het geval van wensen kan ook worden gedacht aan de mogelijkheid om een score van 0 punten voor de desbetreffende wens(en) toe te kennen.

Den Haag, 16 februari 2018

w.g.:

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

Mr. A.C.M Fischer-Braams
Vice-voorzitter

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid