

Advies 508 | Samenvatting

De aanbesteder heeft een nationale openbare procedure gestart voor een overheidsopdracht voor werken voor het plaatsen van een damwand en de herinrichting van de kade van aanbesteder. Deze procedure is na ontvangst van de inschrijvingen beëindigd. Vervolgens heeft de aanbesteder een mededingingsprocedure met onderhandeling gestart. Geklaagd is dat de aanbesteder ten onrechte geen vergoeding voor de door de inschrijvers gemaakte kosten heeft toegekend in het kader van hun deelname aan de nationale openbare procedure (klachtonderdeel 1), de intrekking daarvan (klachtonderdeel 2) en in het kader van de deelname aan de daaropvolgende mededingingsprocedure met onderhandeling (klachtonderdeel 3).

Klachtonderdelen 1 en 2

Eerst onderzoekt de Commissie of de ondernemer de bezwaren van klachtonderdelen 1 en 2 tijdig bij de aanbesteder onder de aandacht heeft gebracht. Indien een aanbestedende dienst in de aanbestedingsdocumenten kenbaar maakt dat de inschrijvers geen vergoeding krijgen voor gemaakte kosten waarvoor op basis van artikel 1.13 Aw 2012 en/of Voorschrift 3.8 Gids Proportionaliteit een vergoeding zou moeten worden toegekend, dan moeten de inschrijvers daarover al vóór inschrijving kritische vragen stellen of een klacht indienen. Vóór inschrijving heeft de ondernemer de aanbesteder onvoldoende duidelijk gemaakt dat hij van mening was dat de aanbesteder verplicht was een vergoeding voor de gemaakte kosten toe te kennen. Ook indien een aanbestedende dienst een bepaling in de aanbestedingsstukken opneemt dat bij intrekking van de aanbestedingsprocedure geen vergoeding zal worden toegekend voor de door de inschrijvers gemaakte kosten, moet de inschrijver daarover al vóór inschrijving kritische vragen stellen of een klacht indienen. Ook dat heeft de ondernemer niet gedaan. Daarmee heeft de ondernemer onvoldoende proactief gehandeld. Daarom acht de Commissie klachtonderdelen 1 en 2 ongegrond.

Ten overvloede gaat de Commissie nog inhoudelijk in op klachtonderdelen 1 en 2.

Klachtonderdeel 1 betreft de nationale openbare procedure. Op basis van de aanbestedingsstukken en de onderbouwing van de klacht is het de Commissie niet gebleken dat in het kader van deze nationale openbare procedure bovengemiddelde inspanningen van de inschrijvers worden gevraagd. Er is sprake van een RAW bestek, er is geen sprake van een geïntegreerd contract en de inhoud en omvang van de opdracht is helder. Ook doet zich niet de situatie voor dat reeds een gedeelte van de te plaatsen opdracht moet worden uitgevoerd om de inschrijving te kunnen indienen. Dat er zeer veel vragen zijn gesteld, brengt de Commissie niet tot een ander oordeel. Wel vindt de Commissie het opmerkelijk dat is aanbesteed met een RAW bestek, maar dat in het kader van de gunning kwaliteit niettemin zwaar meeweegt. Dat is niet gebruikelijk. Uit het dossier blijkt echter niet dat dit heeft geleid tot bovengemiddelde inspanningen van de inschrijvers. Naar het oordeel van de Commissie is niet gebleken dat aanbesteder in strijd heeft gehandeld met artikel 1.13, lid 1 en 2, aanhef en sub g, Aw 2012 of is afgeweken van Voorschrift 3.8 Gids Proportionaliteit.

Klachtonderdeel 2 betreft de intrekking van de nationale openbare procedure. De Commissie stelt voorop dat zij slechts bevoegd is te oordelen over handelen of nalaten van een aanbestedende dienst dat binnen de werkingssfeer van de

Aanbestedingswet 2012 valt. De Aanbestedingswet 2012 en de Gids Proportionaliteit bieden zelf echter geen grondslag voor een verplichting van een aanbestedende dienst tot vergoeding van tevergeefs gemaakte kosten in het geval van intrekking van een aanbesteding. Het voorgaande betekent dat de vraag of, en zo ja in welke mate, een aanbestedende dienst in een geval als het onderhavige een vergoedingsplicht jegens een ondernemer heeft, zich niet leent voor beantwoording door de Commissie. Een ondernemer kan die vraag desgewenst voorleggen aan de civiele rechter.

Overigens lijkt een categorische uitsluiting in de aanbestedingsstukken van een eventuele vergoedingsplicht bij intrekking van een aanbestedingsprocedure strijdig met artikel 1.13, lid 1, Aw 2012. De Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat is van plan dergelijke clausules aan banden te leggen (zie overwegingen 5.9.6-5.9.9 in het advies).

Klachtonderdeel 3

Klachtonderdeel 3 ziet op de mededingingsprocedure met onderhandeling. Naar het oordeel van de Commissie heeft de ondernemer wat klachtonderdeel 3 betreft voldoende proactief gehandeld.

Naar het oordeel van de Commissie vraagt de aanbesteder bij de mededingingsprocedure met onderhandeling duidelijk meer van de inschrijvers dan in het kader van de eerdere nationale openbare procedure. Het RAW-bestek is afkomstig van de aanbesteder, maar de inschrijvers wordt gevraagd om optimalisatievoorstellen in te dienen. Anders dan in de eerste nationale openbare procedure, vraagt de aanbesteder de inschrijvers daarmee om ontwerpwerkzaamheden te verrichten. Deze werkzaamheden zullen de inschrijvers moeten uitvoeren om een inschrijving te kunnen indienen.

De aanbesteder heeft aangevoerd dat uitsluitend aan de inschrijver waaraan aanbesteder voornemens is de opdracht te gunnen een extra inspanning wordt gevraagd om de optimalisatievoorstellen te onderbouwen met berekeningen. Daarmee miskent de aanbesteder dat het voor inschrijvers niet mogelijk is een realistisch optimalisatievoorstel in te dienen zonder constructieve berekeningen te maken en de financiële invloed daarvan te bepalen. Geen zorgvuldige inschrijver zal immers een ongefundeerd optimalisatievoorstel indienen, waaraan hij vervolgens wel gehouden kan worden.

Naar het oordeel van de Commissie is de aanbesteder dan ook zonder deugdelijke motivering afgeweken van Voorschrift 3.8 Gids Proportionaliteit en heeft hij in strijd gehandeld met artikel 1.13 dan wel 1.16 Aw 2012. De Commissie acht klachtonderdeel 3 gegrond.

Advies 508

1. Feiten

- 1.1. Aanbesteder heeft op 1 maart 2018 een nationale openbare procedure op TenderNed aangekondigd voor een overheidsopdracht voor werken voor het plaatsen van een damwand en de herinrichting van de kade van aanbesteder. Hoofdstuk 2 van het ARW 2016 is van toepassing verklaard.
- 1.2. In de Aanbestedingsleidraad van 28 februari 2018 is, onder meer, het volgende bepaald:

'Hoofdstuk 1 Verloop van de aanbestedingsprocedure

1.1 Inleiding

(...)

De voor het uitbrengen van de inschrijving gemaakte kosten worden niet vergoed.

(...)

1.4 Aard en omvang van de opdracht

(...)

De opdracht wordt verstrekt in de vorm van een RAW bestek en bevat vooral de volgende

werkzaamheden:

- Grondwerk
- Opbreken van diverse verhardingen
- Opbreken bestaande damwand
- Opbreken bestaande riolering
- Aanbrengen riolering
- Aanbrengen drainage
- Aanbrengen van damwandconstructie
- Aanbrengen van diverse funderingslagen
- Aanbrengen van diverse soorten verhardingen
- Aanbrengen gefundeerd gras
- Inzaaien gras en diverse mengsels
- Aanbrengen diverse inrichtingselementen

(...)

1.6 Gunningscriterium met motivering

De opdracht wordt gegund op basis van het gunningscriterium de Beste Prijs Kwaliteit Verhouding (bPKv). De inschrijver maakt middels het inschrijvingsbiljet zijn prijs bekend. De kwaliteit wordt vastgelegd middels een projectplan, op basis van de gestelde kwaliteitseisen.

Door middel van de beoordeling van het, door de inschrijver in te dienen, projectplan en het inschrijvingsbiljet wordt de inschrijving met de Beste Prijs Kwaliteit Verhouding bepaald volgens de systematiek "Gunnen op waarde".

De aanbestedder/opdrachtgever heeft de volgende kwaliteitseisen (KE) opgesteld:
1. Werkwijze aanbrengen damwandconstructie bij aansluiting '[Kade X]'.

Toelichting: [Kade X] betreft een stalen damwandconstructie welke aansluit op de bestaande betonnen damwand van [de Kade]. De stalen damwand bevindt zich in (zeer) slechte staat. De aansluiting op de bestaande situatie wordt als risico gezien. Hoe gaat ON om met dit risico? Aangeraden wordt om de situatie ter plaatse te bekijken.

Beoordelingspunten:

- a. De wijze waarop de (haakse) aansluiting wordt gerealiseerd. De eis is dat de volledige damwand constructie wordt gerealiseerd.
- b. Het beheersen van de risico van het bezwijken van [Kade X] dan wel schade voortvloeiend uit de werkzaamheden.

Doel: Risico's beheersen en het project volledig afronden.

2. Oplevering werk binnen gestelde einddatum van 1 december 2018.

Eisen aan de planning:

Gedurende de beschikbare uitvoeringstijd vinden enkele evenementen plaats, deze evenementen krijgen voorrang op de uitvoering. De werkzaamheden kunnen niet starten voor 23 mei 2018 (...). In de periode 29 augustus tot en met 14 september 2018 kunnen geen werkzaamheden plaats vinden op [de Kade] en zal ON het werkterrein beschikbaar moeten stellen voor [het Evenement]. Eisen aan het werkterrein voor die periode: Het terrein moet vlak opgeleverd worden voor [het evenement] en voorzien van rijplaten in overleg met [het Evenement].

Het werkterrein valt binnen de beschermingszone van het waterschap. Tijdens de periode van 15 september t/m 1 april mag niet gewerkt worden in de beschermingszone van de waterkering.

Beoordelingspunten:

- a. ON stelt een planning rekening houdend met de bovenstaande restricties met als einddatum 1 december 2018. Mits onderbouwd worden niet significante werkzaamheden en/of seizoensgebonden werkzaamheden geaccepteerd als restpunt om uitgevoerd te worden na de opleverdatum.

3. Risicodossier

ON stelt een risicodossier op met daarin de vijf top risico voor dit project. Risicodossier conform format K. De risico's dienen benoemd te worden met beschrijving van oorzaak, risico en gevolg en beheersmaatregel.

Het projectplan, exclusief voorblad en inhoudsopgave, mag maximaal bestaan uit:

- 4 bladzijden enkelzijdig A4 formaat waarbij lettertype Arial grootte 11 dient te worden toegepast. 2 pagina voor KE1 en 2 pagina's voor KE2.
 - 2 bijlages enkelzijdig met tekeningen (maximaal formaat A3) of plannings (maximaal formaat A0). 1 bijlage voor KE1 en 1 bijlage voor KE2.
- Indien het projectplan meer dan de maximaal te gebruiken pagina's bevat wordt het teveel aan pagina's niet beoordeeld.
- 1 risicodossier conform format K

(...)

1.10 Werkwijze beoordeling inschrijvingen

(...)

- Tot slot wordt bepaald welke inschrijving de Beste Prijs Kwaliteit Verhouding heeft.

De beoordeling van het "Projectplan" zal plaatsvinden door een beoordelingsteam van vier personen. De beoordeling van het projectplan zal als volgt worden uitgevoerd:

1. Elk commissielid beoordeelt de projectplannen afzonderlijk en onafhankelijk.
2. Per commissielid wordt per beoordelingscriterium een beoordeling gevormd, middels de waardering weergegeven in Tabel 1.
3. Na de afzonderlijke beoordeling wordt middels een consensusoverleg één unaniem gedragen beoordeling per criterium vastgesteld. Deze beoordeling dient een heel getal te zijn.
4. Middels de waarde van de beoordeling van het criterium zal de fictieve korting naar rato worden berekend conform tabel 2.

Beoordeling:	Omschrijving beoordeling:
<6	Uitgesloten (niet voldoen aan minimale eisen)
6	Voldoende (geen meerwaarde projectplan, wel voldoen aan minimale eisen)
8	Goed (meerwaarde omschreven in projectplan)
10	Uitstekend (veel meerwaarde omschreven in projectplan)

Tabel 1 – Beoordelingscriterium

Middels de waarde van de beoordeling van de onderdelen en eventuele subonderdelen zal de fictieve korting naar rato worden berekend. De wegingsfactoren per criterium staan weergegeven in onderstaande tabel. De inschrijver wordt uitgesloten van deelneming als één of meerdere criteria na consensus lager dan een 6,0 worden beoordeeld.

Criterium		Maximale fictieve korting	Beoordeling en bijbehorende fictieve korting			
			10 100%	8 50%	6 0%	<6 uitgesloten
Project plan	1	€800.000,-	€800.000,-	€400.000,-	€0,-	uitgesloten
	2	€800.000,-	€800.000,-	€400.000,-	€0,-	uitgesloten
	3	€400.000,-	€400.000,-	€200.000,-	€0,-	uitgesloten
	€2.000.000,-	€2.000.000,-	€2.000.000,-	€1.000.000,-	€0,-	uitgesloten

Tabel 2 – Scoretabel

1.11 Planning

(...) Inschrijvers hebben in het geval van opschorten of beëindiging van de aanbesteding geen recht op verlening van de opdracht of recht op een vergoeding van gemaakte kosten. Bij een besluit tot intrekking van de aanbesteding hebben inschrijvers de mogelijkheid om in kort geding bezwaar te maken.

(...)

Hoofdstuk 2 Overige informatie

2.1 Instemming met aanbestedingsprocedure

Met het indienen van zijn inschrijving bevestigt de inschrijver uitdrukkelijk in te stemmen met de inhoud van deze leidraad en de overige aanbestedingsdocumenten. (...)'

- 1.3. In de eerste Nota van Inlichtingen van 21 maart 2018 zijn 291 vragen beantwoord en zijn, onder meer, de volgende vraag en het volgende antwoord opgenomen:

Vraag 176: 'Kan er een reken vergoeding worden verleend?'

Antwoord: 'Nee'

- 1.4. In de tweede Nota van Inlichtingen van 6 april 2018 zijn 214 vragen beantwoord.
- 1.5. In de derde Nota van Inlichtingen van 19 april 2018 zijn 77 vragen beantwoord.
- 1.6. Aanbesteder heeft op 23 mei 2018 een aankondiging gepubliceerd waarin het volgende is bepaald:

'De ingediende inschrijvingen zijn door de aanbestedende dienst als onaanvaardbare inschrijvingen beoordeeld om reden dat de inschrijfsom te hoog is in verhouding tot de, door de aanbestedende dienst, uitgetrokken kredieten. Dit impliceert dat deze nationale openbare procedure wordt afgesloten. De aanbestedende dienst overweegt op grond van artikel 6.1.3 ARW2016 het project aan te besteden volgens de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging.'

- 1.7. Vervolgens is aanbesteder een mededingingsprocedure met onderhandeling gestart.
- 1.8. In de Inschrijvingsleidraad Mededingingsprocedure met onderhandeling van 27 september 2018 is, onder meer, het volgende bepaald:

2 Keuze procedure

De aanbestedende dienst heeft, voorafgaand aan deze aanbesteding, een nationaal openbare procedure doorlopen voor het project Herinrichting [Kade]. Deze procedure heeft geresulteerd in 10 geldige inschrijvingen, echter allen ver boven het beschikbare budget. De nationaal openbare procedure is stopgezet. Na juridisch advies heeft de aanbestedende dienst op grond van artikel 5.1 ARW2016, besloten de aanbesteding te hervatten conform een mededingingsprocedure met onderhandeling. Voor deze procedure zijn alle inschrijvers welke een geldige inschrijving hebben ingediend uitgenodigd tot deelname. De uitnodigingen zijn verstuurd en er heeft een eerste informatieve bijeenkomst plaatsgevonden op 19 juli 2018 in het gemeentehuis van de aanbestedende dienst. Op de bijeenkomst waren vertegenwoordigers van alle inschrijvers (10) aanwezig. De aanbestedende dienst heeft op de informatieve bijeenkomst toelichting gegeven op de keuze van de huidige procedure en, in hoofdlijnen, de inhoud.

(...)

7 Periode van uitvoering en oplevering

De aanbestedende dienst beoogt inschrijvers voldoende tijd ter beschikking te stellen voor de voorbereiding en uitvoering van de opdracht. Als startdatum voor de uitvoering van de opdracht is 1 april 2019 gepland. Daarmee heeft de uitvoering

van de opdracht geen last van de hoogwater sluitingsperiode van het Waterschap. Het is toegestaan om, in overleg met het Waterschap, eerder te beginnen. Uiterlijke opleverdatum inclusief restpunten voor het werk is 16 augustus 2019. Dit in verband met het, voor de gemeente belangrijke, [Evenement] 2019.

8 Planning procedure

In onderstaande tabel staat de planning weergegeven. De data gemerkt met een "***" zijn indicatief. De overige data zijn fatale data. Aan de planning kunnen geen rechten worden ontleend.

Datum / tijd	Onderdeel inschrijving procedure
27 september 2018	Publicatie inschrijvingsleidraad
4 oktober 2018 om 11.00 uur	Uiterlijke datum voor het indienen van vragen naar aanleiding van de inschrijvingsleidraad en bijlagen
9 oktober 2018 **	Publicatie 1e nota van inlichtingen
12 oktober 2018	Uiterlijke datum voor het indienen van optimalisatievoorstellen voor de 1e ronde individuele onderhandelingen
16 oktober 2018 - 18 oktober 2018 **	1e ronde individuele onderhandelingen
23 oktober 2018 **	Publicatie 2e nota van inlichtingen
26 oktober 2018	Uiterlijke datum voor het indienen van optimalisatievoorstellen voor de 2e ronde individuele onderhandelingen
30 oktober 2018 - 2 november 2018 **	2e ronde individuele onderhandelingen
6 november 2018 **	Publicatie 3e nota van inlichtingen
19 november 2018 om 12.00 uur	Sluitingsdatum voor het indienen van de inschrijvingen
21 november 2018	Verzenden proces verbaal van het openen van de inschrijvingen
22 november 2018 **	Verzenden voornemen tot gunning en afwijzingen
26 november 2018	Verificatiegesprek / toetsing optimalisatie voorstellen
13 december 2018 **	Einde bezwaartermijn
Week 51 2018 **	Ondertekening overeenkomst

(...)

10 Individuele onderhandelingen

De inschrijver krijgt de mogelijkheid optimalisatie voorstellen in te dienen. De voorstellen mogen uitsluitend betrekking hebben op de niet-zichtbare posten uit het bestek. In bijlage B Demarcatielijst [Besteknummer] zijn de bestekposten benoemd waarvoor optimalisatie voorstellen kunnen worden ingediend.

De inschrijver wordt uitdrukkelijk verzocht de optimalisatie voorstellen voorafgaand aan het overleg schriftelijk in te dienen bij de aanbestedende dienst. Afhankelijk van het onderwerp van de voorstellen worden (externe) deskundigen betrokken in de individuele onderhandelingen. Van de individuele onderhandelingen wordt een verslag opgemaakt. Indien tijdens de individuele onderhandelingen informatie wordt gevraagd waarvan de aanbestedende dienst van mening is dat het antwoord voor alle inschrijvers van belang is, wordt de informatie opgenomen in een nota van inlichtingen. De aanbestedende dienst overlegt in deze met de inschrijver welke om de informatie heeft gevraagd.

Als de aanbestedende dienst in de individuele onderhandeling besluit een optimalisatie voorstel te accepteren, betreft dit een voorlopige acceptatie. De constructieve haalbaarheid van de optimalisatievoorstellen wordt getoetst in de gunningfase van de aanbesteding. De toetsing vindt plaats op de voorstellen welke zijn ingediend door de inschrijver welke op de 1e plaats in rangorde voor de gunning staat. De aanbestedende dienst geeft aan welke gegevens voor de toetsing moeten worden ingediend door de inschrijver. Pas nadat de gegevens zijn aangereikt en voor akkoord zijn bevonden door de aanbestedende dienst, is een optimalisatie voorstel definitief geaccepteerd.

(...)

12 Inhoud en indeling van de inschrijving

De inschrijving dient conform de navolgende bestandindeling te worden ingediend:

Volg nr	Bestand benaming	Voorgescreven format	Bestand type
1	Inschrijvingsbiljet	Ja, bijlage SF1	PDF
2	Uniform Europees Aanbestedingsdocument	Ja, bijlage SF2	PDF
2	Optimalisatie voorstellen	Nee, eigen bijlage	PDF

(...)

15 Gunningcriterium

De gunning- / afwijzingsbeslissing vindt plaats op basis van het criterium "Laagste prijs". Het gebruik van dit criterium wordt gemotiveerd op de volgende gronden:

- er is voldoende tijd gereserveerd voor de voorbereiding en uitvoering. Hierdoor is het niet langer noodzakelijk dat inschrijvers zich kunnen onderscheiden op dit uitvoeringsaspect van de opdracht;
- er zijn geen technische complicaties voor de uitvoering. Hierdoor is het niet langer noodzakelijk dat inschrijvers zich kunnen onderscheiden op dit uitvoeringsaspect van de opdracht.

(...)

16 Inschrijfsom

De inschrijfsom dient gebaseerd te zijn op het aanbestedingsdocument, waaronder het bestek. De inschrijfsom is een integrale prijs, dat wil zeggen de vergoeding bevat alle kosten en opslagen welke moeten worden betaald voor de uitvoering van de opdracht. De opdrachtgever eist achteraf niet geconfronteerd te worden met andere extra kosten, behoudens reguliere meer-/minderwerken, en dergelijke kosten worden ook niet achteraf extra betaald door de opdrachtgever.

De inschrijver krijgt de mogelijkheid optimalisatievoorstellen in te dienen tijdens de individuele onderhandelingsronde. Deze voorstellen mogen geen afbreuk doen aan de (esthetische) kwaliteit maar kunnen tot gevolg hebben dat de inschrijfsom verminderd. Als de aanbestedende dienst van mening is dat het optimalisatievoorstel kwalitatief geen afbreuk doet aan het bestek, kan de inschrijver beslissen of het voorstel wordt opgenomen in de definitieve inschrijving.

De aanbestedende dienst heeft een maximum bedrag vastgesteld voor de hoogte van de inschrijfsom inclusief optimalisatie voorstellen ter grootte van Euro € 3.600.000,- excl. BTW. Dit plafondbedrag is een eis d.w.z. inschrijvingen met een

inschrijfsom boven het plafondbedrag worden uitgesloten van deelname aan de aanbesteding. Het is wel toegestaan om in te schrijven met een inschrijfsom onder het plafondbedrag.

Voor de opgave van de inschrijfsom moet de inschrijver gebruik maken van bijlage SF1 Inschrijvingsbiljet. De financiële invloed van de optimalisatievoorstellen op de inschrijfsom moet worden gekwantificeerd op het inschrijvingsbiljet. Dit betreft zowel de direct betrokken besteksposten als de mogelijke invloed op andere besteksposten. De inschrijfsom is vast d.w.z. er vinden geen prijsaanpassingen plaats op grond van indexatie.

17 Gunning, uitsluiting en afwijzing

(...)

Direct na het versturen van het voornemen tot gunning wordt gestart met de beoordeling van de optimalisatievoorstellen van de inschrijver aan wie het voornemen tot gunning is verstuurd. Als blijkt dat één of meerdere optimalisatievoorstellen niet worden geaccepteerd, wordt de rangorde van gunning opnieuw bepaald. Als dit geen gevolgen heeft voor de rangorde van gunning, blijft het voornemen tot gunning bij de betreffende inschrijver. Als er wel gevolgen zijn op de rangorde van gunning, worden alle inschrijvers geïnformeerd over de herbeoordeling. Het voornemen tot gunning wordt opnieuw uitgebracht en de toetsing van de optimalisatievoorstellen wordt gestart. Dit proces herhaalt zich tot het moment dat de toetsing van de optimalisatievoorstellen geen gevolgen meer heeft op de rangorde van gunning.

(...)

Indien tijdens de verificatiebespreking met de inschrijver aan wie het voornemen tot gunning is uitgebracht, blijkt dat in de inschrijving onjuiste informatie is verstrekt of dat op andere punten onoverkomelijke bezwaren bestaan, dan kan de betrokken inschrijver alsnog worden uitgesloten. Zolang er niet op alle punten volledige overeenstemming is bereikt en er nog geen schriftelijke en door beide partijen ondertekende overeenkomst tot stand is gekomen, is er geen sprake van enige gebondenheid tussen de aanbestedende dienst en de inschrijver. In dat geval is er ook geen enkele verplichting tot vergoeding van welke schade of kosten dan ook.'

- 1.9. Op 1 oktober 2018 heeft aanbesteder in het kader van de mededingingsprocedure met onderhandeling een aankondiging van een opdracht op TenderNed gepubliceerd, waarin onder meer is bepaald:

'II.1.4) Korte beschrijving

De aanbestedende dienst heeft, voorafgaand aan deze aanbesteding, een nationaal openbare procedure doorlopen voor [het Project Kade]. Deze procedure heeft resulterend in 10 geldige inschrijvingen, echter allen ver boven het beschikbare budget. De nationaal openbare procedure is stopgezet. Na juridisch advies heeft de aanbestedende dienst op grond van artikel 5.1 ARW2016, besloten de aanbesteding te hervatten conform een mededingingsprocedure met onderhandeling. Voor deze procedure zijn alle inschrijvers welke een geldige inschrijving hebben ingediend uitgenodigd tot deelname. De uitnodigingen zijn verstuurd en er heeft een eerste informatieve bijeenkomst plaatsgevonden op 19 juli 2018 in het gemeentehuis van de aanbestedende dienst. Op de bijeenkomst waren vertegenwoordigers van alle inschrijvers (10) aanwezig. De aanbestedende dienst heeft op de informatieve bijeenkomst toelichting gegeven op de keuze van de huidige procedure en, in hoofdlijnen, de inhoud.'

- 1.10. In de tweede Nota van Inlichtingen van 18 oktober 2018 zijn, onder meer, de volgende vragen en antwoorden opgenomen:

Vraag 1: 'Gezien de kosten die gemaakt zijn door alle 10 Inschrijvers tijdens de 1e en 2e afgebroken aanbestedingsprocedure [*bedoeld zal zijn: de 1e afgebroken en 2e aanbestedingsprocedure, Commissie*] en gezien de kosten die noodzakelijk zijn om optimalisaties uit te kunnen werken stellen wij voor dat u een rekenvergoeding instelt voor elke geldige inschrijver van € 25.000,--. Kunt u hiermee instemmen?'

Antwoord: 'Nee, er wordt geen rekenvergoeding beschikbaar gesteld. Iedere inschrijver kent de kaders voor deelname aan de aanbesteding waaronder het al dan niet ter beschikking stellen van een rekenvergoeding. Het is de eigen keuze van de inschrijver om, binnen de kaders, deel te nemen (of niet).'

- 1.11. In een e-mail van 10 januari 2019 met als onderwerp 'Klachtenloket aanbesteding [Kade Aanbesteder 2018]' heeft ondernemer het volgende onder de aandacht gebracht van aanbesteder.

'Betreffende de twee aanbestedingen voor het werk '[kade Aanbesteder] menen wij dat u ons en de mede inschrijvers een rekenvergoeding verschuldigd bent. Deze conclusie trekken wij door de zware inspanning die geleverd is, hierover gaan wij graag met u in gesprek.

In nota van inlichtingen van de eerste aanbesteding (vraag 176) wordt op de vraag 'Kan er een reken vergoeding worden verleend?' met 'nee' geantwoord. In de tweede nota van inlichtingen van de tweede aanbesteding (vraag 1) wordt nogmaals de rekenvergoeding niet van toepassing verklaard. Opdrachtgever motiveert haar besluit niet.

In lijn met de doelstellingen van het inkoop- en aanbestedingsbeleid van [Aanbesteder], de Aanbestedingswet (artikel 1.6 en 1.10) en de Gids Proportionaliteit (par. 3.5.5 en par. 3.8- voorschrift 3.8) is volgens Combinatie Ondernemer A / [Ondernemer] een inschrijververgoeding van toepassing. Deze inschrijververgoeding wordt temeer van toepassing door de loop van beide aanbestedingen.

Mijn conclusie is dat u in handelt strijd met de uitwerking van de Aanbestedingswet in de Gids Proportionaliteit en de handreiking tenderkosten. Naarmate de gevraagde inzet van de ondernemer groter is ten opzichte van de omvang van de opdracht en de kans deze te winnen kleiner is zijn tenderkostenvergoeding meer dan redelijk. Bij een mislukte aanbesteding met 10 inschrijvers gedurende de eerste aanbesteding is dit zeker het geval. Bij de tweede aanbesteding is veel uitzoekwerk door de markt verricht en is een rekenvergoeding ook niet minder dan redelijk.

Onderstaand overzicht komt uit de handreiking tenderkosten (pag. 11, bijgevoegd in de bijlage). De gemarkeerde delen zijn van toepassing op deze aanbestedingen.

Verplicht	Sterk geadviseerd	Doorgaans niet benodigd
Er is sprake van extreme inspanning in het kader van de EMVI (BPKV)	1 Er is sprake van een aanbesteding met aanzienlijke inspanning in het kader van de EMVI (BPKV)	Er is sprake van een reguliere aanbesteding met een normale inspanning (bijvoorbeeld op basis van een standaard uitvraag of bestek)
Er is sprake van uitvoering van een gedeelte van de geplaatste opdracht om de inschrijving te kunnen indienen	2 Er is sprake van een aanbesteding waarbij het maken van een (schets) ontwerp of berekening weliswaar geen expliciet onderdeel is van de geplaatste opdracht*, maar wel nodig voor een verantwoorde calculatie bij inschrijving	Er is sprake van toepassing van laagste prijs
	Er is sprake van een aanbesteding met toepassing van geïntegreerde contractvorm voor de uitvoering van de opdracht	Er is sprake van een aanbesteding met toepassing traditionele contractvorm voor de uitvoering van de opdracht
	3 Er is sprake van een inspanning in een minder gangbare en langlopende en/of complexe aanbestedingsprocedure**	Er is sprake van de volgende specifieke situatie: - Een ongeldige inschrijving; - Vallend buiten de score of rangorde die in aanmerking komt bij openbare aanbesteding; - De winnaar
	4 Er is sprake van een ingetrokken of mislukte aanbesteding	

Aanbesteding 1

1. Aanbestedingsleidraad bestek (...) par. 1.6 (plan van aanpak, planning, risico-dossier)
2. Schetsontwerp en toetsing ontwerp OG (zorgplicht)
3. Extra notaronde, wijzigingen in nota's door terugkomen op vragen (bijvoorbeeld beschikbaarheid natuursteen)
4. Ingetrokken / mislukte aanbestedingsronde door onjuiste begroting van Opdrachtgever (hierdoor werd door 10 inschrijvers minimaal 10% boven het budget geschreven)

Aanbesteding 2

1. -
2. Uitvoeren damwand- en ankerberekeningen
3. Meerdere bezoeken en presentaties met mogelijke besparingen, vier keer de aanbestedingsplanning herzien
4. Niet van toepassing

Vergoedingstabel MKB INFRA "Contract op maat"

MKB-INFRA heeft in haar uitgave "Contract op maat" aan de hand van een verzameling van praktijkervaringen voor de infrastructurele werken een vergoedingstabel gemaakt. Deze tabel zou als voorbeeld voor invulling van de tenderkostenvergoedingen bij overheidsopdrachten in deze sector kunnen dienen, maar (eventueel) ook daarbuiten. Het schema uit het boekje "Contract op maat" opgesteld door MKB-Infra ziet er als volgt uit:

Grootte-klasse (in euro's)	Tabel A in %	Tabel B in %	Tabel C in %
van 0 tot 200.000	1,5	2	nvt
van 200.00 tot 500.000	1	1,6	nvt
van 500.000 tot 1.000.000	0,6	1,2	nvt
van 1.000.000 tot 2.000.000	0,4	0,8	1,5
van 2.000.000 tot 5.000.000	0,3	0,6	1,2
boven 5.000.000	0,3	0,6	0,9

Geen vergoeding voor aanbestedingen conform de Standaard RAW op basis van de laagste prijs.

Tabel A = EMVI aanbestedingen

Tabel B = UAV-GC en DC aanbestedingen

Tabel C = BVP aanbestedingen (boven 1.000.000)

In de uitgave worden ook enkele voorwaarden en handreikingen met betrekking tot de toepassing van dit model gegeven

Op basis van bovenstaande tabel (handreiking tenderkosten pag. 15) kan in het geval van onze inschrijven worden uitgegaan van de volgende rekenvergoeding op basis van de winnende inschrijving:

Aanbesteding 1 – € 4.220.000 à 0,3% = € 11.844,00

Aanbesteding 2 – € 3.484.200 à 0,3% = € 10.452,60

Graag uw schriftelijke reactie. Bij afwijzen van een redelijke rekenvergoeding verwachten wij een transparante onderbouwing op basis van wet- en regelgeving, de Gids Proportionaliteit en uw eigen inkoopbeleid waarom tot dit Besluit is gekomen.'

- 1.12. Bij brief van 21 januari 2019 heeft aanbesteder als volgt op deze klacht gereageerd.

'Op 10 januari 2019 hebben wij van u een klacht ontvangen via het klachtenloket. De klacht gaat over het project [Kade Aanbesteder]. U vindt dat een rekenvergoeding voor het werk dat u gedaan heeft, op zijn plaats is.

Wij zijn niet voornemens af te wijken van ons standpunt. Dat houdt in dat wij geen rekenvergoeding geven voor dit project. Ik leg u uit waarom wij op dit standpunt blijven staan.

De aanbestedingswet

De aanbestedingswet stelt dat de aanbestedende dienst aandacht moet hebben voor de administratieve kosten van inschrijvers. Dat hebben we bij de eerste inschrijving gedaan in de vorm van een standaard RAW bestek.

De mislukking van de aanbesteding wijt u aan een onjuiste begroting van de aanbestedende dienst. Dit is een foute aanname van uw kant en geheel voor uw eigen rekening.

Ook de vervolprocedure staat goed omschreven in de aanbestedingswet. Het gaat nog steeds om hetzelfde standaard RAW bestek.

Daarbij hebben wij van te voren duidelijk gemeld dat wij geen rekenvergoeding betalen. Dit is gezegd:

- bij de bijeenkomst op 19 juli 2018; en
- in de tweede Nota van Inlichtingen.

U had er voor kunnen kiezen niet deel te nemen aan de inschrijving. Vijf van de 10 inschrijvers hebben hiertoe daadwerkelijk besloten.

Kortom, wat ons betreft waren de spelregels van de aanbestedingen vanaf het begin voldoende bekend. Wij hebben ons voldoende ingespannen om hoge administratieve kosten voor de inschrijvers te vermijden.

De gids proportionaliteit

Wanneer het onvermijdelijk is dat er verhoudingsgewijs aanzienlijke kosten moeten worden gemaakt, is het proportioneel om aan een inschrijver een vergoeding te geven. Dit is een advies, geen verplichting.

Onvermijdelijke, aanzienlijke kosten zoals visiepresentaties, maquettes, modellen en schetsen of (constructieve-)doorberekeningen, hebben wij in beide aanbestedingen niet van u gevraagd.

Bij de tweede aanbesteding hebben wij gezegd dat u uw optimaliseringsvoorstellen niet hoefde door te rekenen. Slechts de voorlopig gegunde partij moet met toetsbare berekeningen aantonen dat zijn optimaliseringsvoorstellen voldoen aan de uitgangspunten uit het standaard RAW bestek.

Handreiking Tendered

De handreiking Tendered [*bedoeld zal zijn: De handreiking Tenderkosten, Commissie*] heeft ook geen dwingende status. Hierin zit dus ook geen verplichting aan ons als aanbestedende dienst om een rekenvergoeding toe te kennen.

Wij begrijpen uiteraard uw teleurstelling in verband met deze inschrijving. Wij nodigen u echter graag uit opnieuw in te schrijven bij toekomstige opdrachten.'

2. Beschrijving klacht

2.1. De Commissie onderscheidt de volgende drie klachtonderdelen.

2.2. Klachtonderdeel 1

Aanbesteder handelt in strijd met artikel 1.13, lid 1 en 2, aanhef en sub g, Aw 2012 door geen vergoeding voor de door de inschrijvers gemaakte kosten toe te kennen in het kader van de nationale openbare aanbestedingsprocedure. Ook is

aanbesteder zonder deugdelijke motivering afgeweken van Voorschrift 3.8 Gids Proportionaliteit door geen vergoeding voor de gemaakte kosten toe te kennen.

2.3. Klachtonderdeel 2

Aanbesteder heeft ten onrechte geen vergoeding voor de door de inschrijvers gemaakte kosten toegekend in het kader van de intrekking van de nationale openbare aanbestedingsprocedure.

2.4. Klachtonderdeel 3

Aanbesteder handelt in strijd met artikel 1.13, lid 1 en 2, aanhef en sub g, of 1.16, lid 1 en 2, aanhef en sub c, Aw 2012 door geen vergoeding voor de door de inschrijvers gemaakte kosten toe te kennen in het kader van de mededingingsprocedure met onderhandeling. Ook is aanbesteder zonder deugdelijke motivering afgeweken van Voorschrift 3.8 Gids Proportionaliteit door geen vergoeding voor de gemaakte kosten toe te kennen.

3. **Onderbouwing klacht**

Ondernemer verwijst naar zijn klachtmail van 10 januari 2019 (zie 1.11 hiervoor).

4. **Reactie aanbesteder**

4.1. Aanbesteder heeft voor de herinrichting van de kade achtereenvolgens twee procedures doorlopen.

4.2. Allereerst is aanbesteder een nationale openbare procedure gestart. De aankondiging van de opdracht is op 1 maart 2018 op Tendered gepubliceerd. In de informatieronde zijn in totaal 582 vragen gesteld en beantwoord. Het gunningcriterium in de procedure was de beste prijs- kwaliteitverhouding volgens de systematiek van gunnen op waarde. Er zijn 10 inschrijvingen ingediend. Op 23 mei 2018 heeft aanbesteder de procedure stopgezet op Tendered met de volgende motivering:

'De ingediende inschrijvingen zijn door de aanbestedende dienst als onaanvaardbare inschrijvingen beoordeeld om reden dat de inschrijfsom te hoog is in verhouding tot de, door de aanbestedende dienst, uitgetrokken kredieten. Dit impliceert dat deze nationale openbare procedure wordt afgesloten. De aanbestedende dienst overweegt op grond van artikel 6.1.3 ARW2016 het project aan te besteden volgens de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging.'

4.3. Enkele inschrijvers hebben aanbesteder gewezen op het feit dat de procedure niet kon worden hervat met een onderhandelingsprocedure zonder aankondiging, maar (volgens artikel 5.1.3 ARW2016) moet worden hervat volgens de mededingingsprocedure met onderhandeling. Aanbesteder heeft deze terechtwijzing gevolgd.

4.4. Vervolgens heeft aanbesteder een mededingingsprocedure met onderhandeling doorlopen. De aankondiging van de opdracht is op 27 september 2018 [*bedoeld zal zijn: 1 oktober 2018, Commissie*] op Tendered gepubliceerd. Alle inschrijvers die een geldige inschrijving hebben ingediend in de nationale openbare procedure zijn uitgenodigd tot deelname. In de informatieronde zijn in totaal 62 vragen gesteld en beantwoord. Het gunningcriterium in deze procedure was laagste prijs. Er zijn 5 inschrijvingen ingediend, 5 uitgenodigde inschrijvers hebben ervoor gekozen niet deel te nemen. Gedurende de opschortende termijn na de gunningsbeslissing zijn er geen formele bezwaren ingediend. Op 31 januari 2018 [*bedoeld zal zijn*

2019, Commissie] is de aankondiging van de gegunde opdracht gepubliceerd op Tendered.

- 4.5. De door de aanbestedende dienst uitgetrokken kredieten voor de uitvoering van de opdracht zijn in de tweede procedure niet gewijzigd. Door optimalisatievoorstellen in de mededingingsprocedure met onderhandeling op te nemen bleek realisatie van de opdracht binnen de beschikbare kredieten wel mogelijk te zijn.
- 4.6. Naar aanleiding van de klacht voert aanbesteder het volgende aan. In zijn algemeenheid mag een aanbestedende dienst verwachten dat belangstellende ondernemingen een zorgvuldige en overwogen beslissing nemen om al dan niet deel te nemen aan een aanbesteding. Bij deze beslissing houden potentiële inschrijvers, onder meer, rekening met de kans op opdrachtverwerving en de inspanningen (lees: kosten) om een inschrijving te maken. De kaders waarbinnen de inschrijving moet worden opgemaakt zijn vanaf de aankondiging van de opdracht bekend. Het is iedere inschrijver, op het moment dat besloten wordt tot deelname, bekend dat er wel of geen rekenvergoeding wordt verstrekt. Aanbesteder merkt op dat een belangstellende onderneming de mogelijkheid heeft hieromtrent vragen te stellen in de informatieronden van de aanbesteding, als zij van mening is dat een aanbestedende dienst, wat betreft de toekenning van een rekenvergoeding, in strijd handelt met de wet- en regelgeving. Dat is niet gebeurd.
- 4.7. De keuze om de opdracht in eerste instantie volgens een nationale openbare procedure aan te besteden heeft aanbesteder gebaseerd op de volgende overwegingen. Aanbesteder merkt allereerst op dat in zijn algemeenheid geldt dat aanbestedingen in de huidige markt moeizaam verlopen. Uit andere door aanbesteder uitgevoerde aanbestedingen blijkt dat de belangstelling van ondernemingen voor opdrachtverwerving minimaal kan zijn. Aanbestedingen met uiteindelijk slechts 1 inschrijver zijn niet ongewoon. Het is aanbesteder bekend dat aanbestedingen met een groot "eisenpakket" en/of een grote mate van complexiteit en/of aanbestedingen waarin een hoge mate van inspanning door de inschrijvers wordt gevraagd, niet tot resultaat leiden. Dit pleit ervoor om een niet-gecompliceerde, gangbare, procedure te kiezen met, relatief, weinig inspanning voor de inschrijvers.
- 4.8. Verder heeft aanbesteder de opdrachtwaarde geraamd op € 3.600.000. Volgens aanbesteder is dit in de onderhavige branche geen financieel bijzonder aantrekkelijke opdracht. In combinatie met de voorgaande overweging was het volgens aanbesteder te verwachten dat het aantal inschrijvers beperkt zou zijn. Dat was voor aanbesteder de reden om niet voor een procedure met voorselectie te kiezen. Een voorselectie is niet zinvol als de verwachting is dat het aantal inschrijvers beperkt is.
- 4.9. Daarom heeft aanbesteder besloten om, naar zijn mening, een eenvoudig en gangbaar aanbestedingsdocument op te stellen. Aanbesteder heeft de inschrijvers gevraagd op basis van een volledig uitgewerkt RAW bestek met gestandaardiseerde uniforme werkmethoden een calculatie te maken. In het kader van het gunningscriterium beste prijs-kwaliteitverhouding heeft aanbesteder naar zijn mening beperkt invulling gegeven aan kwaliteit. In het kader van dit gunningscriterium heeft aanbesteder gevraagd een voorstel te doen voor de aansluiting van de kademuur op een kademuur van ondernemer X, communicatie met omwonenden en aangrenzende bedrijven en een planning op te maken waarin rekening wordt gehouden met evenementen welke op de plaats van uitvoering gepland staan.
- 4.10. De verwachting van aanbesteder was dat een uitgewerkt RAW bestek met een beperkt ingevuld gunningscriterium niet om disproportionele inspanningen van belangstellende ondernemingen vraagt.

- 4.11. Boven verwachting van aanbesteder zijn er 10 inschrijvingen ingediend. De hoogte van de inschrijvingsommen lag tussen € 3.900.000 en € 5.200.000. Aanbesteder heeft, naar aanleiding hiervan, een verificatie gedaan naar de financiële haalbaarheid van de opdracht op basis van het beschikbare krediet. De uitkomst van dit onderzoek was dat realisatie van de opdracht binnen het beschikbare krediet mogelijk moet zijn. Op grond van deze uitkomst heeft aanbesteder besloten de nationale openbare procedure te beëindigen.
- 4.12. Vervolgens heeft aanbesteder, rekening houdend met opmerkingen van inschrijvers en na consultatie van een aanbestedingsadvocaat, besloten de opdracht opnieuw aan te besteden volgens de mededingingsprocedure met onderhandeling. Aanbesteder heeft de keuze voor deze procedure gebaseerd op de volgende overwegingen. Het wet- en regelgevingskader biedt voor deze opdracht beperkte keuzemogelijkheden voor het procedureel vervolg waarbij rekening wordt gehouden met de administratieve lasten voor zowel aanbesteder als inschrijvers. In dit specifieke geval moet er een procedure worden opgestart waarbij aanbesteder, in theorie, moet onderhandelen met 10 inschrijvers. Bovendien hebben alle inschrijvers uit de afgesloten nationale openbare procedure, waaronder ondernemer, aangegeven nog steeds belangstelling te hebben in de opdrachtverwerving.
- 4.13. Aanbesteder heeft in het overleg met betrokken inschrijvers op 19 juli 2018 inhoudelijk toelichting gegeven op de mededingingsprocedure en de, naar mening van aanbesteder beperkte inspanningen in deze procedure voor de inschrijvers. In dit overleg is door inschrijvers gevraagd om een rekenvergoeding. Aanbesteder heeft zich hiertegen verweerd door te antwoorden dat er in de procedure niet wordt gevraagd om uitgebreide berekeningen en dergelijke maar puur om optimalisatievoorstellen. Uitsluitend de inschrijver waaraan het voornemen tot gunning wordt uitgebracht wordt een inspanning gevraagd om de optimalisatievoorstellen te onderbouwen met berekeningen.
- 4.14. Aanbesteder heeft in de inschrijvingsleidraad een financieel plafondbedrag opgenomen ter grootte van € 3.600.000 exclusief BTW, inclusief optimalisatievoorstellen. Om het kader van, voor aanbesteder acceptabele, optimalisatievoorstellen in te perken heeft hij een demarcatielijst als bijlage aan de inschrijvingsleidraad toegevoegd. In de demarcatielijst heeft aanbesteder de bestekposten benoemd waarvoor optimalisatie voorstellen kunnen worden ingediend. Het gunningcriterium was "Laagste Prijs". Verder merkt aanbesteder op dat 2 individuele onderhandelingen met een maximale tijdsduur van telkens 1 uur onderdeel van de procedure waren.
- 4.15. Aanbesteder heeft de inschrijvers gevraagd optimalisatievoorstellen te formuleren en ter goedkeuring voor te leggen aan aanbesteder. Na goedkeuring diende de inschrijver een financiële raming te maken van het voorstel.
- 4.16. De verwachting van aanbesteder was dat de inspanningen voor de inschrijvers beperkt bleven omdat het aantal besteksposten dat in aanmerking kwam voor optimalisatie (op basis van de demarcatielijst) beperkt was. Volgens aanbesteder hoefden de inschrijvers zich maar beperkt opnieuw te verdiepen in de technische inhoud omdat deze kennis bij alle inschrijvers reeds aanwezig was op basis van de gestaakte aanbesteding. Aanbesteder stelt zich op het standpunt dat de inschrijvers geen berekeningen en dergelijke hoefden te maken.
- 4.17. Er zijn 5 inschrijvingen ingediend (5 genodigde inschrijvers hebben er voor gekozen niet deel te nemen). Daarvan waren 4 inschrijvingen geldig in die zin dat de inschrijvingsom onder het financieel plafondbedrag lag.
- 4.18. Aanbesteder zal hierna nog inhoudelijk reageren op specifieke onderdelen van de klacht (zie 1.11 hiervoor).

- 4.19. Ondernemer onderbouwt de klacht door te verwijzen naar de handreiking tenderkostenvergoeding. Aanbesteder heeft reeds betoogd waarom er geen sprake is van handelen in strijd met de Aanbestedingswet en de Gids Proportionaliteit. Aanbesteder is tevens van mening dat er geen sprake kan zijn van handelen in strijd met de handreiking tenderkostenvergoeding om reden dat deze handreiking dateert uit oktober 2018. Op dat moment was de nationaal openbare procedure al beëindigd en de mededingingsprocedure met onderhandeling al gestart. Aanbesteder voert aan dat het niet is toegestaan de spelregels, waaronder het al dan niet toekennen van een rekenvergoeding, tijdens het verloop van de procedure te wijzigen.
- 4.20. Ook stelt ondernemer dat een rekenvergoeding voor zijn inspanningen in de nationaal openbare procedure redelijk is. Afgezien van het feit dat aanbesteder van mening is dat er geen sprake is van een grote gevraagde inzet van inschrijvers, voert aanbesteder aan dat het de eigen keuze van een ondernemer is om deel te nemen aan een aanbesteding binnen de door aanbesteder gestelde kaders (waaronder geen rekenvergoeding). Aanbesteder heeft geen invloed op de interne besluitvorming van ondernemer. Aanbesteder vindt het niet redelijk dat hij wordt aangesproken op deze besluitvorming door het indienen van een klacht over de rekenvergoeding.
- 4.21. Verder stelt ondernemer dat een rekenvergoeding voor zijn inspanningen in de mededingingsprocedure met onderhandeling eveneens redelijk is. In deze procedure is door aanbesteder gevraagd om optimalisatievoorstellen te doen op een beperkt aantal besteksposten zonder dat daarvoor een berekening hoeft te worden gemaakt. Het is aanbesteder niet duidelijk hoe dit kan leiden tot veel uitzoekwerk door de markt.
- 4.22. Ondernemer onderbouwt de redelijkheid van een tenderkostenvergoeding voor de eerste aanbestedingsprocedure aan de hand van een tabel uit de handreiking met de volgende toelichting (zie 1.11 hiervoor):

Aanbesteding 1

1. Aanbestedingsleidraad bestek (...) par. 1.6 (plan van aanpak, planning, risicodossier)
2. Schetsontwerp en toetsing ontwerp OG (zorgplicht)
3. Extra notaronde, wijzigingen in nota's door terugkomen op vragen (bijvoorbeeld beschikbaarheid natuursteen)
4. Ingetrokken / mislukte aanbestedingsronde door onjuiste begroting van Opdrachtgever (hierdoor werd door 10 inschrijvers minimaal 10% boven het budget geschreven)

- 4.23. Aanbesteder plaatst daarbij de volgende kanttekeningen:
- 1) Volgens aanbesteder is er sprake van een reguliere aanbesteding met een normale inspanning. Er is een volledig technisch bestek verstrekt door aanbesteder en het gunningscriterium beste prijs- kwaliteitverhouding mag voor een, in de branche ervaren, inschrijver geen aanzienlijke inspanning vragen.
 - 2) Aanbesteder heeft een volledig technisch bestek inclusief ontwerptekeningen verstrekt. De ontwerptekeningen zijn de basis voor de, door ondernemer uit te voeren, calculatie. De zorgplicht of verantwoordelijkheid ligt bij de opdrachtnemer, dat wil zeggen de inschrijver waaraan de opdracht wordt gegund, niet bij alle inschrijvers waaronder ondernemer.
 - 3) Volgens ondernemer zijn er extra notarondes nodig omdat er sprake is van een minder gangbare en langlopende en/of complexe aanbestedingsprocedure. Aanbesteder vraagt zich af of een reguliere openbare procedure complex wordt door extra notarondes.

4) Ondernemer stelt dat er sprake is van een mislukte aanbesteding omdat de begroting van aanbesteder onjuist is. De haalbaarheid van de begroting is getoetst door aanbesteder. Aanbesteder voert aan dat het feit dat de inschrijvingsommen boven de begroting liggen ook kan worden veroorzaakt door andere omstandigheden, bijvoorbeeld het gewenste moment van uitvoering van de opdracht.

4.24. Ondernemer onderbouwt de redelijkheid van een tenderkostenvergoeding voor de tweede aanbestedingsprocedure aan de hand van een tabel uit de handreiking met de volgende toelichting (zie 1.11 hiervoor):

1. -
2. Uitvoeren damwand- en ankerberekeningen
3. Meerdere bezoeken en presentaties met mogelijke besparingen, vier keer de aanbestedingsplanning herzien
4. Niet van toepassing

4.25. Aanbesteder plaatst hierbij de volgende kanttekeningen:

2) Het uitvoeren van damwand- en ankerberekeningen is niet gevraagd voor de inschrijving. Deze werkzaamheden behoeven uitsluitend te worden uitgevoerd door de inschrijver waaraan het voornemen tot gunning wordt uitgebracht.

3) Er zijn twee individuele onderhandelingsrondes opgenomen in de planning van de procedure. Er is niet gevraagd presentaties te verzorgen. Om de individuele onderhandelingsrondes effectief en efficiënt te doen verlopen is aan ondernemer gevraagd om voorafgaand de optimalisatievoorstellen te benoemen en te overleggen (zonder berekeningen). Het herzien van de aanbestedingsplanning is mogelijk vervelend voor ondernemer maar heeft geen relatie met de inspanningen van ondernemer dan wel de complexiteit van de aanbesteding.

4.26. Op grond van het voorgaande is aanbesteder van mening dat:

- er in de keuze en inhoudelijke opzet van beide aanbestedingsprocedures rekening is gehouden met de gevraagde inspanningen van ondernemer;
- er in beide procedures niet gevraagd is om extreme en/of disproportionele inspanningen voor het opmaken van de inschrijving;
- er in beide procedures niet gevraagd is om een deel van de opdracht uit te voeren voor het opmaken van de inschrijving;
- beide procedures wat betreft het verstrekken van een tenderkostenvergoeding, vanaf de start van de procedure, transparant waren;
- ondernemer kennis had van het feit dat er geen tenderkostenvergoeding werd betaald en zelf gekozen heeft om deel te nemen aan beide procedures.

5. Beoordeling

5.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder op 1 maart 2018 een nationale openbare procedure op TenderNed heeft aangekondigd voor een overheidsopdracht voor werken voor het plaatsen van een damwand en de herinrichting van de kade van aanbesteder. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1, Afdeling 1.2.1 en 1.2.3 van de Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit. Ook is hoofdstuk 2 van het ARW 2016 van toepassing verklaard.

5.2. Aanbesteder heeft op 23 mei 2018 aangekondigd de nationale openbare procedure te beëindigen.

5.3. Vervolgens heeft aanbesteder een mededingingsprocedure met onderhandeling aangekondigd voor een overheidsopdracht voor werken voor het plaatsen van een

damwand en de herinrichting van de kade van aanbestedder. Uit de op 1 oktober 2018 gepubliceerde aankondiging blijkt echter dat de inschrijvers die een geldige inschrijving hebben ingediend in het kader van de beëindigde nationale openbare procedure zijn uitgenodigd tot deelname aan de mededingingsprocedure met onderhandeling en dat er voor deze inschrijvers reeds een informatieve bijeenkomst heeft plaatsgevonden voorafgaande aan de aankondiging (zie 1.9 hiervoor). Om die redenen acht de Commissie het onwaarschijnlijk dat sprake is van een aankondiging in de zin van artikel 1.11 Aw 2012 en 5.1 ARW 2016 op basis waarvan alle ondernemers een verzoek tot deelneming mogen indienen.

- 5.4. In dat kader merkt de Commissie nog op dat niet aan de voorwaarden van artikel 5.4.2 ARW 2016 lijkt te zijn voldaan om een aankondiging achterwege te mogen laten. Indien slechts onregelmatige of onaanvaardbare inschrijvingen zijn ingediend in de nationaal openbare procedure hoeft de aanbestedende dienst bij een daaropvolgende mededingingsprocedure met onderhandeling geen aankondiging bekend te maken, indien hij uitsluitend alle inschrijvers tot de procedure toelaat die: a) niet zijn uitgesloten en aan de gestelde geschiktheidseisen voldoen en die b) gedurende de voorafgaande procedure een inschrijving hebben ingediend die aan de formele eisen van die aanbestedingsprocedure voldeed. Voorwaarde is dat de oorspronkelijke voorwaarden voor de opdracht niet wezenlijk worden gewijzigd. Aan deze voorwaarde lijkt niet te zijn voldaan, doordat het gunningscriterium van de beste prijs- kwaliteitsverhouding is gewijzigd in het gunningscriterium van de laagste prijs en in de mededingingsprocedure met onderhandeling ook ontwerp-werkzaamheden van de inschrijvers worden gevraagd (zie 5.10.9 hierna).
- 5.5. Aangezien het voor de beoordeling van de klacht niet uitmaakt of sprake is geweest van een mededingingsprocedure met onderhandeling hetzij met hetzij zonder voorafgaande aankondiging, laat de Commissie in het midden of op deze procedure – naast Deel 1, Afdeling 1.2.1 Aw 2012, hoofdstuk 5 ARW 2016 en de Gids Proportionaliteit – Afdeling 1.2.3 of 1.2.4 Aw 2012 van toepassing is.
- 5.6. Klachtonderdelen 1 en 2
 - 5.6.1. De Commissie zal allereerst onderzoeken of ondernemer de bezwaren van klacht-onderdelen 1 en 2 tijdig bij aanbestedder onder de aandacht heeft gebracht.
 - 5.6.2. 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 aanbestedder dient te signaleren zodra hij die redelijkerwijze behoorde op te merken. De ratio daarvan is dat de aanbestedder 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.
 - 5.6.3. De eerste procedure, de nationale openbare procedure, is op 1 maart 2018 op TenderNed aangekondigd (zie 1.1 en 5.1 hiervoor). Tijdens deze procedure heeft een potentiële inschrijver gevraagd of er 'een rekenvergoeding' kan worden verleend. Het antwoord van aanbestedder daarop was 'nee' (zie 1.3 hiervoor). Vervolgens heeft ondernemer een inschrijving ingediend. Op 23 mei 2018 heeft aanbestedder een aankondiging gepubliceerd waarin is meegedeeld dat de procedure wordt afgesloten (zie 1.6 hiervoor). Na de beëindiging van de nationale openbare procedure is aanbestedder de mededingingsprocedure met onderhandeling gestart (zie 1.7 e.v. hiervoor). Ook tijdens deze procedure heeft een inschrijver om 'een rekenvergoeding' gevraagd (mede) voor de gemaakte kosten voor de deelname aan de inmiddels afgeronde eerste aanbestedingsprocedure.

- 5.6.4. Naar het oordeel van de Commissie heeft ondernemer de in 5.6.2 hiervoor vermelde verplichting in het kader van klachtonderdeel 1 niet nageleefd, doordat de vraagstelling in de nationale openbare procedure vóór inschrijving onvoldoende kritisch was geformuleerd. Indien een aanbestedende dienst in de aanbestedingsdocumenten kenbaar maakt dat de inschrijvers geen vergoeding krijgen voor gemaakte kosten waarvoor op basis van artikel 1.13 Aw 2012 en/of Voorschrift 3.8 Gids Proportionaliteit een vergoeding zou moeten worden toegekend, dan moeten de inschrijvers daarover al vóór inschrijving kritische vragen stellen of een klacht indienen. Vóór inschrijving heeft ondernemer aanbesteder onvoldoende duidelijk gemaakt dat hij van mening was dat aanbesteder verplicht was een vergoeding voor de gemaakte kosten toe te kennen.
- 5.6.5. Het oordeel ten aanzien van het geval waar klachtonderdeel 2 op ziet, ligt in het verlengde van het voorgaande. Indien een aanbestedende dienst een bepaling in de aanbestedingsstukken opneemt dat bij intrekking van de aanbestedingsprocedure geen vergoeding zal worden toegekend voor de door de inschrijvers gemaakte kosten, moet de inschrijver daarover al vóór inschrijving kritische vragen stellen of een klacht indienen. Ondernemer heeft aanbesteder echter niet laten weten het niet eens te zijn met de bepaling in paragraaf 1.11 van de Aanbestedingsleidraad dat inschrijvers bij beëindiging van de aanbesteding geen recht hebben op een vergoeding van gemaakte kosten (zie 1.2 hiervoor). Met aanbesteder is de Commissie van oordeel dat ondernemer daarmee onvoldoende proactief heeft gehandeld.
- 5.6.6. Deze handelwijze van ondernemer staat er aan in de weg dat klachtonderdelen 1 en 2 gegrond kunnen worden verklaard.
- 5.6.7. Klachtonderdelen 1 en 2 zijn derhalve ongegrond.
- 5.7. Ten overvloede zal de Commissie nog inhoudelijk ingaan op klachtonderdelen 1 en 2.
- 5.8. Klachtonderdeel 1
- 5.8.1. Klachtonderdeel 1 ziet op de eerste procedure, de nationale openbare procedure.
- 5.8.2. In het kader van dit klachtonderdeel is het volgende toetsingskader van belang.
- 5.8.3. Artikel 1.13, lid 1 en 2, Aw 2012 luidt, voor zover relevant, als volgt:
- '1. Een aanbestedende dienst (...) stelt bij de voorbereiding van het tot stand brengen van een overeenkomst (...) uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijvers en de inschrijvingen die in redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.
2. Bij de toepassing van het eerste lid slaat de aanbestedende dienst (...), voor zover van toepassing, in ieder geval acht op:
- (...)
- g. een vergoeding voor hoge kosten van een inschrijving;
- (...)'
- 5.8.4. Krachtens het vierde lid van voornoemd artikel dient een aanbestedende dienst de voorschriften uit de Gids Proportionaliteit toe te passen of een afwijking daarvan te motiveren in de aanbestedingsstukken.

5.8.5. In Voorschrift 3.8 Gids Proportionaliteit is bepaald:

'De aanbestedende dienst biedt een vergoeding aan wanneer een gedeelte van de te plaatsen opdracht moet worden uitgevoerd om de inschrijving in te kunnen dienen.'

5.8.6. Voorschrift 3.8 is in de Gids Proportionaliteit onder meer als volgt toegelicht:

'Zoals een aanbestedende dienst kosten moet maken voor het in de markt zetten van een opdracht, moeten de inschrijvers/gedagdigden kosten maken voor de daadwerkelijke inschrijving. Het is van belang deze kosten niet onnodig te laten oplopen en ook niet door heel veel inschrijvers tegelijk te laten maken. Wanneer het onvermijdelijk is dat er verhoudingsgewijs aanzienlijke kosten (denk aan visiepresentaties, maquettes en modellen, schetsen of (constructie-)doorberekening) per inschrijving gemaakt moeten worden, is het proportioneel aan een inschrijver daarvoor een vergoeding te geven.'

5.8.7. De Commissie zal nu overgaan tot de beoordeling van het eerste klachtonderdeel.

5.8.8. Op basis van de aanbestedingsstukken en de onderbouwing van de klacht is het de Commissie niet gebleken dat in het kader van deze nationale openbare procedure bovengemiddelde inspanningen van de inschrijvers worden gevraagd. Er is sprake van een RAW bestek, er is geen sprake van een geïntegreerd contract en de inhoud en omvang van de opdracht is helder. Ook doet zich niet de situatie voor dat reeds een gedeelte van de te plaatsen opdracht moet worden uitgevoerd om de inschrijving te kunnen indienen. Dat er zeer veel vragen zijn gesteld, brengt de Commissie niet tot een ander oordeel. In dat kader merkt de Commissie op dat het gaat om een openbare aanbesteding waarbij 10 inschrijvingen zijn gedaan, zodat aannemelijk is dat veel potentiële inschrijvers vragen hebben gesteld.

5.8.9. Wel vindt de Commissie het opmerkelijk dat is aanbesteed met een RAW-bestek, maar dat in het kader van de gunning kwaliteit niettemin zwaar meeweegt. Dat is niet gebruikelijk. Wat in dat kader ook opvalt is dat kwaliteit zwaar meeweegt, maar dat inschrijven met varianten niet is toegestaan. Indien kwaliteit zwaar meeweegt, ligt het immers voor de hand dat de invulling van de kwaliteitsaspecten consequenties zal hebben voor de door aanbesteder gestelde eisen in het RAW-bestek en dat inschrijven met varianten wordt toegestaan. Uit het dossier blijkt echter niet dat de door aanbesteder gehanteerde wijze van uitvragen heeft geleid tot bovengemiddelde inspanningen van de inschrijvers.

5.8.10. Naar het oordeel van de Commissie is niet gebleken dat aanbesteder in strijd heeft gehandeld met artikel 1.13, lid 1 en 2, aanhef en sub g, Aw 2012 of is afgeweken van Voorschrift 3.8 Gids Proportionaliteit.

5.9. Klachtonderdeel 2

5.9.1. De Commissie gaat zoals gezegd ten overvloede ook nog in op het tweede klachtonderdeel.

5.9.2. Ondernemer wil van aanbesteder een vergoeding ontvangen voor de kosten die hij in het kader van de ingetrokken aanbestedingsprocedure tevergeefs heeft gemaakt.

5.9.3. De Commissie stelt voorop dat zij slechts bevoegd is te oordelen over handelen of nalaten van een aanbestedende dienst dat binnen de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012 valt (artikel 1 sub c Reglement Commissie). De Aanbestedingswet 2012 en de Gids Proportionaliteit bieden zelf echter geen grondslag voor een

verplichting van een aanbestedende dienst tot vergoeding van tevergeefs gemaakte kosten in het geval van intrekking van een aanbesteding. De grondslag voor een dergelijke vergoedingsplicht kan eventueel wel in het privaatrecht worden gevonden (zie Hof Den Haag 22 juli 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1905, r.o. 10).

- 5.9.4. Het voorgaande betekent dat de vraag of, en zo ja in welke mate, een aanbestedende dienst in een geval als het onderhavige een vergoedingsplicht jegens een ondernemer heeft, zich niet leent voor beantwoording door de Commissie (zie ook Advies 485, overweging 5.3.3 en Advies 66, overweging 6.1.5). Een ondernemer kan die vraag desgewenst voorleggen aan de civiele rechter.
- 5.9.5. Verder merkt de Commissie nog het volgende op.
- 5.9.6. In paragraaf 1.11 ("Planning") van de Aanbestedingsleidraad (zie 1.2 hiervoor) is bepaald dat inschrijvers in het geval van beëindiging van de aanbesteding geen recht hebben op een vergoeding van gemaakte kosten.
- 5.9.7. Een dergelijke categorische uitsluiting van een eventuele vergoedingsplicht in geval van intrekking van een aanbestedingsprocedure lijkt strijdig met artikel 1.13, lid 1, Aw 2012. De Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat is van plan dergelijke clausules aan banden te leggen (zie haar brief aan de Tweede Kamer over de handreiking tenderkostenvergoeding van 15 oktober 2018, TK 2018-2019, 34 252, nr. 9, p. 2-3, *onderstrepingen door de Commissie*):

'(...)

De voorliggende handreiking gaat slechts zijdelings in op de problematiek van tenderkosten bij ingetrokken aanbestedingen. Dit is een complex onderwerp. Voorop gesteld moet worden dat van tenderkostenvergoedingen in dergelijke gevallen slechts sprake kan zijn als er ook tenderkosten gemaakt worden. Dit is vooral het geval als de aanbesteding overduidelijk te laat, te weten na het verschijnen van de laatste nota van inlichtingen, ingetrokken wordt. Mijn voorganger heeft uw Kamer laten weten (Kamerstuk 32440, nr. 94) dat ook in die situaties slechts incidenteel tenderkostenvergoedingen verstrekt worden. Of dat wel had moeten is lastig te beoordelen: dat hangt onder meer af van de proportionaliteit van de gevraagde inzet van inschrijvers. Bovendien komt het voor dat aanbestedingen stopgezet worden omdat blijkt dat de opdracht aangepast moet worden, waarna een herstart plaatsvindt. Dat neemt niet weg dat het verstrekken van een tenderkostenvergoeding in dergelijke gevallen aan de orde kan zijn. Ik acht het onwenselijk dat aanbestedende diensten bedingen opnemen in hun aanbestedingsstukken die tenderkostenvergoedingen in dat soort situaties uitsluiten. In die mening wordt ik gesterkt door signalen uit de academische wereld [*noot 1: <https://www.cobouw.nl/bouwbreed/nieuws/2018/05/bouwers-draaien-op-voor-mislukte-aanbesteding-monapak-dit-aan-101261086>, Commissie*]. Daarom zal ik de adviesgroep Gids Proportionaliteit vragen, advies uit te brengen over het verbieden van dergelijke bedingen in de Gids Proportionaliteit. Daarmee geef ik invulling aan de motie Van den Berg/Wörsdörfer (Kamerstuk 32 440, nr. 106), die de regering onder meer verzoekt te bezien hoe kaders voor het bieden van vergoedingen aan rechtsgeldige inschrijvers ingeval van een laattijdige intrekking van een aanbesteding een plek kunnen krijgen in de handreiking Tenderkostenvergoeding dan wel de Gids Proportionaliteit.

(...)'

- 5.9.8. Op advies van de adviescommissie Gids Proportionaliteit is de Staatssecretaris voornemens het volgende voorschrift aan paragraaf 3.8 van de Gids Proportionaliteit toe te voegen (ontwerpbesluit tot wijziging van het Aanbestedingsbesluit in

verband met, onder meer, wijziging van de Gids Proportionaliteit, TK 2018/2019, 32 440, nr. 112):

‘Voorschrift 3.8B: De aanbestedende dienst sluit niet op voorhand iedere vergoeding van inschrijfkosten uit in geval van een laattijdige intrekking van de aanbesteding.’

- 5.9.9. In dit kader merkt de Commissie nog op dat een inschrijver ook na inwerkingtreding van Voorschrift 3.8B Gids Proportionaliteit niet kan wachten met het stellen van kritische vragen of het indienen van een klacht over een dergelijke uitsluitingsclausule tot ná intrekking van de aanbestedingsprocedure. Hij zal dit reeds vóór inschrijving bij de aanbestedende dienst moeten aankaarten (zie 5.6.4 hiervoor).
- 5.10. Klachtonderdeel 3
- 5.10.1. De Commissie zal eerst onderzoeken of ondernemer de bezwaren van klachtonderdeel 3 tijdig bij aanbesteder onder de aandacht heeft gebracht.
- 5.10.2. Na de beëindiging van de nationale openbare procedure is aanbesteder de mededingingsprocedure met onderhandeling gestart (zie 1.7 e.v. hiervoor). Reeds tijdens de informatieve bijeenkomst op 19 juli 2018 hebben inschrijvers gevraagd om een ‘rekenvergoeding’ (zie 4.13 hiervoor). Ook schriftelijk is om ‘een rekenvergoeding’ gevraagd. De vraagsteller heeft onderbouwd waarom hij om een vergoeding van de gemaakte kosten vraagt. In dat kader heeft hij gewezen op de kosten die gemaakt zijn voor beide aanbestedingsprocedures en kosten die noodzakelijk zijn om de optimalisaties te kunnen uitwerken (zie 1.10 hiervoor).
- 5.10.3. De Commissie kan in het midden laten of deze vragen door ondernemer zijn gesteld. Ook indien deze vragen niet zijn gesteld door ondernemer, brengt dat naar het oordeel van de Commissie niet met zich mee dat ondernemer later niet meer mag klagen over de weigering om een vergoeding toe te kennen. Als gevolg van de herhaalde en onderbouwde vragen is aanbesteder op de hoogte dat meerdere inschrijvers een vergoeding van de gemaakte kosten aangewezen vinden. Niet aannemelijk is dat aanbesteder een ander antwoord had gegeven indien de vraag door ondernemer zelf was gesteld. Bovendien zou een andersluidend oordeel tot gevolg hebben dat alle potentiële inschrijvers dezelfde vragen moeten stellen om hun recht om te klagen niet te verspelen (zie Advies 396, overweging 5.5).
- 5.10.4. Naar het oordeel van de Commissie heeft ondernemer wat klachtonderdeel 3 betreft dan ook voldaan aan zijn verplichting van 5.6.2 hiervoor en voldoende proactief gehandeld.
- 5.10.5. Daarmee komt de Commissie toe aan de inhoudelijke behandeling van klachtonderdeel 3.
- 5.10.6. Dit klachtonderdeel ziet op de tweede aanbestedingsprocedure, de mededingingsprocedure met onderhandeling.
- 5.10.7. In het kader van dit klachtonderdeel verwijst de Commissie naar het toetsingskader dat is weergegeven in 5.8.3-5.8.6 hiervoor. Voor meervoudige onderhandse procedures is in artikel 1.16 Aw 2012 een soortgelijke proportionaliteitsregeling opgenomen als in artikel 1.13 Aw 2012, met dien verstande dat in artikel 1.16, lid 2, aanhef en sub c, Aw 2012 is bepaald dat de aanbestedende dienst in dat kader in ieder geval acht moet slaan op de met de inschrijving verbonden kosten.

- 5.10.8. De Commissie zal nu overgaan tot de beoordeling van het derde klachtonderdeel.
- 5.10.9. Naar het oordeel van de Commissie vraagt aanbesteder bij de mededingingsprocedure met onderhandeling duidelijk meer van de inschrijvers dan in het kader van de eerdere nationale openbare procedure. Het RAW-bestek is afkomstig van aanbesteder, maar de inschrijvers wordt gevraagd om optimalisatievoorstellen in te dienen. Anders dan in de eerste nationale openbare procedure, vraagt aanbesteder de inschrijvers daarmee om ontwerpwerkzaamheden te verrichten. Deze werkzaamheden zullen de inschrijvers moeten uitvoeren om een realistische inschrijving te kunnen indienen.
- 5.10.10. Aanbesteder heeft aangevoerd dat uitsluitend aan de inschrijver waaraan aanbesteder voornemens is de opdracht te gunnen een extra inspanning wordt gevraagd om de optimalisatievoorstellen te onderbouwen met berekeningen (zie 4.13 en 4.16 hiervoor). Daarmee miskent aanbesteder dat het voor inschrijvers niet mogelijk is een realistisch optimalisatievoorstel in te dienen zonder constructieve berekeningen te maken en de financiële invloed daarvan te bepalen. Geen zorgvuldige inschrijver zal immers een ongefundeerd optimalisatievoorstel indienen, waaraan hij vervolgens wel gehouden kan worden.
- 5.10.11. Naar het oordeel van de Commissie is aanbesteder dan ook zonder deugdelijke motivering afgeweken van Voorschrift 3.8 Gids Proportionaliteit en heeft hij in strijd gehandeld met artikel 1.13 dan wel 1.16 Aw 2012.
- 5.10.12. Daarmee is klachtonderdeel 3 gegrond.

6. Advies

De Commissie acht klachtonderdelen 1 en 2 **ongegrond** en klachtonderdeel 3 **gegrond**.

De Commissie heeft zich ten behoeve van klachtonderdelen 1 en 3 van dit advies laten bijstaan door drs. ing. J.N. de Koning en ing. T.G. van Reeuwijk die als Branche-Experts aan de Commissie zijn verbonden.

Den Haag, 3 februari 2020

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

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

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid