

Advies 537 Samenvatting

De klacht ziet op een meervoudig onderhandse procedure voor een overheidsopdracht voor werken voor de renovatie van voetbalvelden. In het bestek is onder andere bepaald dat een inschrijver op het moment van inschrijving, in combinatie met de door hem aangeboden kunstgrasmat, zelf op de zogenoemde sportvloerenlijst vermeld dient te staan.

De ondernemer schrijft in met een ander type kunstgrasmat dan het type waarmee hij op de sportvloerenlijst vermeld staat. De aanbestedende dienst legt de inschrijving van de ondernemer om die reden als ongeldig terzijde.

De ondernemer klaagt dat zijn inschrijving ten onrechte als ongeldig terzijde is gelegd, aangezien de door hem aangeboden kunstgrasmat aantoonbaar gelijkwaardig is aan de kunstgrasmat waarmee hij op de sportvloerenlijst vermeld staat.

De Commissie oordeelt dat de klacht ongegrond is, nu in het bestek immers duidelijk is bepaald dat een inschrijver met de door hem aangeboden kunstgrasmat op de sportvloerenlijst vermeld moet staan. Aangezien de inschrijving van de ondernemer niet aan deze eis voldoet, heeft de aanbesteder deze terecht als ongeldig terzijde gelegd. Ook in het eventuele geval dat de door de ondernemer aangeboden kunstgrasmat technisch gelijkwaardig is aan een kunstgrasmat die wel aan de hiervoor genoemde eis voldoet, doet dat naar het oordeel van de Commissie aan het voorgaande niet af. De ondernemer had tijdens de inlichtingenronde moeten vragen of inschrijven met een technisch gelijkwaardige kunstgrasmat toegestaan zou worden. Nu hij dit kennelijk heeft nagelaten, kan hij na inschrijving geen beroep meer doen op deze mogelijkheid.

De ondernemer klaagt er verder nog over dat de in de aanbestedingsleidraad in het kader van de mededeling van de gunningsbeslissing voorziene vervalttermijn van 7 kalenderdagen te kort is.

De Commissie oordeelt dat ook deze klacht ongegrond is, nu de ondernemer met het indienen van zijn inschrijving immers met deze vervalttermijn heeft ingestemd. Hij kan dan na het indienen van zijn inschrijving geen bezwaar meer maken tegen de lengte van die termijn.

De Commissie overweegt ten overvloede – voortbouwend op haar eerdere Advies 147 – dat een vervalttermijn van 7 kalenderdagen in het geval van een meervoudig onderhandse procedure in beginsel een voldoende effectieve rechtsbescherming aan de inschrijvers biedt, maar dat de specifieke omstandigheden van het geval tot een ander oordeel aanleiding kunnen geven.

De Commissie overweegt verder ten overvloede dat wanneer een aanbestedende dienst in het kader van een meervoudig onderhandse procedure een vervalttermijn van 7 kalenderdagen in de aanbestedingsstukken bepaalt, hij tevens dient te bepalen dat op die termijn ook de Algemene Termijnenwet van toepassing is.

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 537

1. Feiten

- 1.1. Aanbesteder is op 3 mei 2019 een meervoudig onderhandse procedure gestart voor een overheidsopdracht voor werken voor de renovatie van voetbalvelden.
- 1.2. In de aanbestedingsleidraad 'Renovatie voetbalvelden [Voetbalvereniging]' van 3 mei 2019 is het volgende bepaald:

'1 ALGEMEEN

1.1 Inleiding

Het werk betreft de renovatie van het bestaande kunstgrasveld en aanpassingen van het bestaande natuurgrasveld van [Voetbalvereniging] in [gemeente Aanbesteder].

Het werk bestaat in hoofdlijnen uit:

- het verwijderen van beplantingen
- het verwijderen van terreininrichting
- het ontgraven van grond t.b.v. een waterberging
- het verwerken van de uitkomende grond naast de waterberging
- het aanbrengen van een drainagestelsel
- het renoveren van de kunstgrasmat voetbalveld [Voetbalvereniging]
- herstelwerkzaamheden verharding rondom kunstgrasveld
- herstelwerkzaamheden aan natuurgras voetbalveld [Voetbalvereniging]
- het aanbrengen van kantopsluitingen en verhardingen rondom natuurgras voetbalveld
- het aanbrengen van leunhekken en ballenvangers rondom natuurgras voetbalveld
- het aanbrengen van de sportveldinrichting

(...)

1.6 Duur van de opdracht

De duur van de opdracht is omschreven in deel 1.05 van het bestek. Startdatum werkzaamheden: 11-06-2019
Uiterste opleverdatum: 02-08-2019

Het kunstgras voetbalveld dient op de uiterste opleverdatum goedgekeurd te zijn, waarbij de opdrachtgever uiterlijk 1 dag na de eindkeuring in het bezit is van een kopie van alle analoge keuringsgegevens.

Uit deze keuringsgegevens moet blijken dat het veld voldoet aan de eisen zoals opgenomen in het bestek.

De werkzaamheden aan het natuurgras voetbalveld dienen op 01-07-2018 gereed te zijn, zodat de gemeente kan starten met het groot onderhoud ervan.

1.7 Aanbestedingsdocumenten

Bij deze aanbesteding behoren de volgende documenten:

- RAW-bestek en bijlagen met documentnr. 2019-KER034-B-01 d.d. 3 mei 2019
- Overzichtstekening 2019-0385 1:500 d.d. 3 mei 2019
- Uitvoeringstekening kunstgrasveld 2019-0484 1:200 d.d. 3 mei 2019
- Uitvoeringstekening natuurgrasveld 2019-0485 1:200 d.d.3 mei 2019
- UEA Renovatie voetbalvelden [Voetbalvereniging] (bijlage 1 van deze Aanbestedingsleidraad)

(...)

2 AANBESTEDINGSPROCEDURE EN INLICHTINGEN

2.1 Te volgen procedure

Het werk wordt aanbesteed conform het ARW door middel van een Nationale Meervoudig Onderhandse procedure, conform hoofdstuk 7 van het ARW2016.

(...)

2.4 Nadere inlichtingen

Nadere inlichtingen kunnen uitsluitend via Tendernet worden aangevraagd, tot het moment zoals aangegeven in tabel 1. Mondelinge inlichtingen zijn niet toegestaan en worden niet opgenomen in de Nota van Inlichtingen.

(...)

3 UITSLUITINGSGRONDEN EN GESCHIKTHEIDSEISEN

3.1 Checklist bij inschrijving in te dienen documenten

De aanbesteder heeft onderstaande checklist met de grootste zorg opgesteld. Desondanks worden de inschrijvers erop gewezen dat de checklist uitsluitend geldt als hulpmiddel. De bepalingen in dit hoofdstuk prevaleren in alle gevallen.

Tabel 2 Checklist

| Document |
|---|
| 1. Inschrijfbiljet (conform bestek en artikel 01.010,02 van de Standaard RAW Bepalingen 2015) |
| 2. Inschrijfstaat (conform bestek en/ of Nota van inlichtingen en de artikelen 01.01.03 en 01.01.04 van de Standaard RAW Bepalingen 2015) |
| 3. Ondertekend Uniform Europees Aanbestedingsdocument |

(...)

4 INDIENEN VAN DE INSCHRIJVING

Aan het indienen van de inschrijving worden de volgende eisen gesteld:

(...)

4. Door in te schrijven stemt de inschrijver in met de voorwaarden uit alle aanbestedingsdocumenten.

(...)

6. Ongeldige inschrijvingen en/of inschrijvingen onder voorwaarden worden ter zijde gelegd en uitgesloten van de aanbestedingsprocedure.

(...)

5 BEOORDELINGSPROCEDURE EN GUNNINGSCRITERIUM

5.1 Beoordelingsprocedure

De aanbestedende dienst zal de inschrijvingen na ontvangst toetsen volgens onderstaande procedure.

1. Toetsen van de volledigheid en juistheid van de inschrijving
2. Toetsen of uitsluitingsgronden van toepassing zijn

(...)

Indien de aanbestedende dienst concludeert dat niet voldaan wordt aan één van de bovenstaande punten, kan de inschrijving worden uitgesloten van deelname aan de verdere aanbestedingsprocedure.

(...)

6 GUNNINGSBESLISSING

Alle inschrijvers ontvangen schriftelijk bericht over het voornemen tot gunning. Dit bericht houdt geen aanvaarding in van het aanbod van de ondernemer die de laagste inschrijving heeft gedaan, door dit bericht komt derhalve geen overeenkomst tot stand als bedoeld in artikel 6:217 BW.

De ondernemers van wie de inschrijving is afgewezen, ontvangen in hetzelfde bericht de motivering van de afwijzing, waarbij de naam van de ondernemer die de laagste prijs heeft gedaan wordt vermeld.

Vanaf de dag na de datum van verzending van de gunningsbeslissing is er gedurende 7 kalenderdagen gelegenheid tot het stellen van vragen ten aanzien van deze gunningsbeslissing middels Tendernet.

Let op: in deze aanbestedingsprocedure wordt de termijn van 7 kalenderdagen aangemerkt als een vervaltermijn. Dit houdt in dat indien een partij zich niet kan vinden in de gunningsbeslissing, binnen deze termijn een kort geding dient te worden aangespannen bij de civiele rechter. Wordt van deze rechtsgang afgezien dan treedt rechtsverwerking op en wordt de gesloten overeenkomst onaantastbaar.'

- 1.3. In het bestek met kenmerk Bestek 2019-KER034-B-01 d.d. 3 mei 2019 is bestekspostnummer 242010 met hoofdcode 712299 opgenomen. In de relevante passage met betrekking tot de sportvloerenlijst is het volgende bepaald:

'De gehele constructie dient te voldoen aan de FIFA Quality eisen zoals deze worden gesteld door de FIFA. Tevens zijn de bepalingen van toepassing uit paragraaf 71 van deel 3 van dit bestek. Het aangebrachte sportveld dient gecertificeerd geleverd te worden door de KNVB. Status op de sportvloerenlijst: 'Erkend en gecertificeerd' op het moment van inschrijving.'

- 1.4. In het bestek staat onder hoofdstuk 71 paragraaf 01 artikel 04 lid 03 de volgende eis geformuleerd:

'De inschrijver of onderaannemer dient op het moment van inschrijving, in combinatie met de aangeboden kunstgrasmat, zelf op de sportvloerenlijst vermeld te staan en volledig te voldoen aan de eisen gesteld aan de kunstgrasmat in dit bestek'.

1.5. Ondernemer is door aanbesteder uitgenodigd tot deelname aan de onderhavige meervoudig onderhandse procedure. Ondernemer heeft op 24 mei 2019 een inschrijving ingediend.

1.6. Aanbesteder stuurt op 28 mei 2019 per brief het volgende verzoek om nadere informatie aan ondernemer:

'(...)

Tot slot vragen wij u naar aanleiding van het bestuderen van de bij u opgevraagde productspecificatie van de kunstgrasmat [Systeem A] om een bevestiging dat:
1) deze kunstgrasmat onder de naam [Systeem B] op de sportvloerenlijst als erkend en gecertificeerd staat, én dat
2) deze kunstgrasmat beschikt over een met glasvezel- of polyesternet versterkte backing, UV-gestabiliseerd met een gewicht van 215 g/ m².

Wij verzoeken u om zo spoedig mogelijk via TenderNed te reageren doch uiterlijk binnen vijf werkdagen na dagtekening.'

1.7. Ondernemer heeft bij brief van 31 mei 2019 als volgt gereageerd:

'Hierbij ontvangt u onze reactie op uw brief van 28 mei 2019 (...).

(...)

Het klinkt verwarrend dat wij inschrijven met het systeem [Systeem A], terwijl wij op de sportvloerenlijst staan met [Systeem B]. Het systeem waarmee wij hebben ingeschreven, valt binnen de toleranties die hoort tot de sportvloer waarmee wij op de sportvloerenlijst staan. Het is immers niet te doen om ALLE systemen die opdrachtgevers vragen, allemaal op de sportvloerenlijst te laten plaatsen. De ene opdrachtgever vraagt om een mat met een vezellengte van 55 mm, de andere 57 mm en weer een andere 60 mm. De ene keer wordt er 15 steken gevraagd, dan weer 15,5 en een andere keer weer 16 steken. Bij iedere sportvloer die op de sportvloerenlijst staat of kan staan, zitten bepaalde toleranties. Deze toleranties zijn bijvoorbeeld voor poolhoogte 5% en voor gewicht 10%.

Deze toleranties staan vermeld op de technische data die wij u hebben verstuurd.

Wij hebben onderstaand een tabel gemaakt, waarin de bestekseisen, de specificaties van de mat waarmee wij hebben ingeschreven en de specificaties van het systeem waarmee wij op de sportvloerenlijst staan. In de laatste kolom staan de afwijkingen tussen beide specificaties, waaruit blijkt dat de specificaties van de ingeschreven mat, binnen de toleranties vallen van het systeem waarmee wij op de sportvloerenlijst staan.

Het testrapport van [Systeem B] is tevens bijgevoegd als bijlage.

| | Bestekseisen | [Systeem A] | [Systeem B] | Afwijking [Systeem A - Systeem B] |
|------|--------------|-------------|-------------|---|
| Dtex | 13.500 | 16.000 | 16.000 | |

| | | | | |
|-----------------------------|---------------|---------------|---------------|------|
| Dikte vezel | 350 µm | 400 µm | 400 µm | |
| Poolhoogte | 57mm | 58 mm | 60mm | <5% |
| Aantal filamenten | 10.000 | 10.080 | 9.765 | <10% |
| Aantal filamenten per steek | 2x6 | 2x6 | 2x6 | |
| Vezelgewicht | 1.870 gram/m2 | 2.024 gram/m2 | 1.980 | <10% |
| Coating | latex | PU | PU | |
| Totaal gewicht | 3.085 gram/m2 | 2.974 gram/m2 | 2.980 gram/m2 | <10% |

Uit het tabel blijkt dat de ingeschreven kunstgrasmat binnen de toleranties valt ten opzichte van de sportvloer waarmee wij op de sportvloerenlijst staan. Betreft de backing vraagt u om een latex backing. Wij leveren en PU backing. Deze is kwalitatief beter dan latex backing. Hierdoor komt het totaal gewicht (vezel en backing) iets lager uit ten opzichte van wat u vraagt. Dit komt dus door het gewicht van de backing dat uit een hoogwaardiger product bestaat.

Wij gaan ervan uit hiermee de door u gestelde vragen op een correcte en duidelijke wijze te hebben beantwoord. Mochten er nog onduidelijkheden of vragen zijn, dan vernemen wij dat graag.'

- 1.8. Op 5 juni 2019 heeft aanbesteder aan ondernemer via de berichtenbox van TenderNed de gunningsbeslissing medegedeeld. Daarin is onder andere het volgende opgenomen:

'Naar aanleiding van uw inschrijving op de aanbesteding:

Omschrijving: Renovatie voetbalvelden [Voetbalvereniging]
(...)

Aantal inschrijvers: 2

Hierbij deel ik u mede dat de keus niet op uw onderneming is gevallen en licht ik uw inschrijving nader toe.

Op grond van de minimale eis, RAW-bestek met het kenmerk 2019-KER034-B-01 Hoofdstuk 71 Paragraaf 01 Artikel 04 sub 03, dient de aangeboden kunstgrasmat zelf op de sportvloerenlijst vermeld te staan en volledig te voldoen aan de eisen gesteld aan de kunstgrasmat in het eerder genoemde RAW-bestek. In uw brief, ter onderbouwing van uw inschrijving, d.d. 31 mei 2019 heeft u aangegeven ingeschreven te hebben met het systeem [Systeem A]. Na verificatie van het door u aangeboden systeem is gebleken dat dit systeem niet staat vermeld op de sportvloerenlijst.

Op grond van het voorgaande is geoordeeld dat uw inschrijving niet aan de minimale eisen voldoet en als ongeldig is aangemerkt. Het spijt [Aanbesteder] u niet anders te kunnen berichten.

[Aanbesteder] is voornemens de opdracht te gunnen aan (...).'

- 1.9. Ondernemer heeft per e-mailbericht van 11 juni 2019 een klacht bij aanbesteder ingediend. Daarin is onder andere het volgende opgenomen:

'In aansluiting op ons telefonisch onderhoud van een paar minuten geleden en onze berichten van 6 juni jl. tekenen wij hierbij formeel bezwaar aan tegen uw gunningsbeslissing m.b.t. de aanbesteding "Renovatie voetbalvelden [Voetvere-

niging]" waarbij onze inschrijving ongeldig is verklaard. Als reden is daarbij aangegeven dat wij niet zouden voldoen aan de minimale eis neergelegd in artikel 71. 01. 04 sub 03 van het bestek, inhoudende dat wij met de aangeboden mat op de Sportvloerenlijst dienen te staan en te voldoen aan de eisen van de kunstgrasmat in het bestek. Zoals bij onze onderbouwing d.d. 31 mei jl. al toegelicht is de mat waarmee wij hebben ingeschreven wel degelijk gekoppeld aan de Sportvloerenlijst en voldoen aan de minimale eisen van een glasvezel of polyesternet versterkte backing UV-gestabiliseerd met gewicht 215g/m². De [Systeem A] is immers een binnen de keuringstoleraties van ISA sport vallende afgeleide van de [Systeem B] en is als zodanig als gelijkwaardig te beschouwen (onder dit bericht is de bevestiging van Kiwa Isa sport bijgevoegd). Wij meenden dat op grond van de wetgeving al op passende wijze te hebben aangetoond. Een en ander wordt inmiddels echter ook bevestigd door het onafhankelijk keuringsinstituut KIWA ISA Sport; kopie van de zojuist ontvangen bevestiging als ook van onze eerdere motivering treft u bijgaand aan.

Overigens hechten wij er meer z'n algemeenheid nog aan op te merken dat zogenoemde minimale eisen aan kunstgrasvelden vastgelegd in deel 3 van een RAW-bestek pas na aanleg van het veld in de keuringsprocedure feitelijk zullen worden betrokken. Met de betreffende eisen kan worden vast gesteld of het aangelegde veld uiteindelijk zal voldoen aan eisen volgens de Sportvloerenlijst. Zo valt ook terecht op pag. 8 van de aanbestedingsleidraad te lezen, dat het veld op de uiterste opleverdatum goedgekeurd moet zijn, waarbij het keuringsrapport moet aantonen dat het veld voldoet aan de eisen in het bestek.

Wij verzoeken u hierbij dan ook vriendelijk doch dringend de ongeldig verklaring van onze inschrijving alsnog in heroverweging te nemen en het voornemen tot gunnen aan te houden. Hangende deze besluitvorming verzoeken wij u eveneens de bezwaartermijn te verlengen zodat tot zorgvuldige beschouwing van een en ander kan worden overgegaan en ons daar **heden uiterlijk 14.00 uur** over te berichten. Wij realiseren ons vanzelfsprekend dat dit, een hele korte reactietermijn betreft. Wij zouden het echter ook voor u als [Aanbesteder] uiterst ongewenst vinden als wij met het oog op het verstrijken van de bezwaartermijn ter bescherming van onze belangen een in onze ogen onnodige juridische procedure zouden moeten opstarten. Dit is eens te meer onwenselijk gezien de gewenste spoedige uitvoering van het werk. Wij zien uw tijdige reactie dan ook graag tegemoet.

Intussen bestempelen wij ons bezwaar omwille van de termijn al wel als klacht als bedoeld in par. 2.4 van de aanbestedingsleidraad en leggen deze hierbij tevens bij de contactpersoon van onderhavige aanbesteding neer.

In afwachting van uw reactie per omgaande.

Met behoud van rechten, (...)'

- 1.10. Als bijlage bij de klacht heeft ondernemer een e-mailbericht van 11 juni 2019 van KIWA ISA Sport gevoegd. Daarin is onder andere het volgende opgenomen:

'Ik heb de datasheet voor het product "[Systeem A]" vergeleken met de product-declaratie van het product "[Systeem B]".

Ik heb de gegevens bekeken die beschikbaar zijn:

| Eigenschap | [Systeem A] | [Systeem B] | Variatie |
|----------------|----------------|-------------|----------|
| Dtex | 16000 | 16000 | 0% |
| Thickness yarn | 380-420 µm | 400 | - |
| Width yarn | 1.65 - 1.85 mm | 1.80 mm | - |
| Pile height | 58 mm | 60 mm | 3% |

| | | | |
|-------------------|-----------|-----------|-----|
| Stitches per m' | 10080/m' | 9765 /m' | 3% |
| Total yarn weight | 2024 q/m' | 1980 q/m' | 2% |
| Carpet weight | 2974 q/m' | 2980 q/m" | <1% |

De beschikbare gegevens vallen binnen de toegestane toleranties.

Mocht je nog vragen hebben dan hoor ik het graag.'

- 1.11. Aanbesteder heeft per e-mail van 11 juni 2019 als volgt op de klacht van ondernemer gereageerd:

'Naar aanleiding van uw mailbericht heden als ook in vervolg op mijn bericht via TenderNed d.d. 7 juni 2019 deel ik u mede dat vanwege de aan te houden voortgang, de planning van de aan de orde zijnde aanbestedingsprocedure niet wordt bijgesteld. Onder verwijzing naar de van toepassing zijnde aanbestedingsleidraad informeer ik u dat indien u niet kunt instemmen met de beslissing omtrent de gunning u binnen de aangeven termijn daartegen bij de civiele rechter kunt opkomen. Korthedshalve verwijs ik u hiervoor naar Hs. 6 van de leidraad.'

2. Beschrijving klacht

- 2.1. De Commissie onderscheidt de volgende klachtonderdelen.

2.2. Klachtonderdeel 1

De in de aanbestedingsleidraad voorziene vervalttermijn van 7 kalenderdagen vanaf de datum van de mededeling van de gunningsbeslissing is te kort.

2.3. Klachtonderdeel 2

Aanbesteder heeft de inschrijving van ondernemer ten onrechte als ongeldig terzijde gelegd.

3. Onderbouwing klacht

3.1. Klachtonderdeel 1

Ondernemer is van oordeel dat de vervalttermijn van 7 kalenderdagen te kort is om objectief bewijs te kunnen verzamelen ter onderbouwing van zijn bezwaren tegen de mededeling van de gunningsbeslissing. Aanbesteder heeft ten onrechte geen gehoor gegeven aan het verzoek van ondernemer om de termijn te verlengen.

3.2. Klachtonderdeel 2

- 3.2.1. Ondernemer stelt zich op het standpunt dat zijn inschrijving ten onrechte ongeldig is verklaard omdat hij meent rechtsgeldig te hebben ingeschreven. Ter onderbouwing van dit standpunt voert hij het volgende aan.

- 3.2.2. Tijdens de aanbestedingsprocedure is door aanbesteder om een bevestiging gevraagd dat de kunstgrasmat voldoet aan de eisen van het bestek (zie 1.6 hiervoor). Ondernemer heeft die bevestiging ook gegeven (zie 1.7 hiervoor).

- 3.2.3. Verder is aanbesteder ten onrechte voorbij gegaan aan de passende wijze waarmee ondernemer heeft aangetoond dat de door hem aangeboden kunstgrasmat

met inachtneming van de toegestane toleranties voldoet aan de eisen in de technische specificaties in deel 3 van het RAW-bestek. Ondernemer doelt hier zowel op de onderbouwing van zijn hiervoor bedoelde bevestiging als op de door een onafhankelijk keuringsinstituut (KIWA ISA Sport) onderschreven zienswijze van ondernemer (zie 1.10 hiervoor) dat hij met zijn productspecificatie heeft ingeschreven met een mat die binnen de toleranties valt van de mat waarmee ondernemer staat geregistreerd op de Sportvloerenlijst.

- 3.2.4. Ondernemer stelt zich verder op het standpunt dat de minimale eisen ten aanzien van de kunstgrasvelden die zijn vastgelegd in deel 3 van het RAW-bestek pas na aanleg van het veld in de keuringsprocedure worden getoetst. Met de betreffende eisen kan worden vastgesteld of het veld uiteindelijk zal voldoen aan de eisen volgens de Sportvloerenlijst. Zo valt op pagina 8 van de aanbestedingsleidraad (zie 1.2 hiervoor) te lezen dat het veld op de uiterste opleverdatum goedgekeurd moet zijn, waarbij het keuringsrapport moet aantonen dat het veld voldoet aan de eisen in het bestek. Aanbesteder haalt volgens ondernemer eisen ten aanzien van de inschrijving en eisen ten aanzien van de contractuitvoering door elkaar. Nu het voldoen van het veld aan de gestelde eisen pas bij oplevering speelt, is de besluitvorming van aanbesteder met betrekking tot de ongeldigheid van zijn inschrijving, naar het oordeel van ondernemer, disproportioneel.
- 3.2.5. Ondernemer merkt tot slot nog op dat eventuele problemen met de benaming van de kunstgrasmat geen issue kunnen zijn. Bij andere opdrachtgevers waarvoor ondernemer werkt, is de hem gevolgde wijze van inschrijving in een exact vergelijkbare situatie met toetsing van de productspecificaties in relatie tot de Sportvloerenlijst aan de minimumeisen van Deel 3 van het RAW-bestek, volledig onderschreven.
- 3.2.6. Het voorgaande betekent volgens ondernemer dat hij voldoet aan het minimumvereiste volgens het bestek zodat wel degelijk geldig is ingeschreven. Omdat hij bovendien als laagste heeft ingeschreven, dient ondernemer voor de opdracht in aanmerking te komen.

4. Reactie aanbesteder

- 4.1. Als reactie op de door ondernemer bij de Commissie ingediende klacht merkt aanbesteder op dat de 'Aanbestedingsleidraad Renovatie Voetbalvelden [Voetbalvereniging]' (zie 1.2 hiervoor) in hoofdstuk 6 duidelijkheid verschaft over welke acties binnen welke termijn door partijen tegen de mededeling van de gunningsbeslissing ondernomen dienen te worden. Op voorhand stonden naar het oordeel van aanbesteder derhalve de status van en de proceduremogelijkheden tegen de gunningsbeslissing vast. Mede vanwege het imperatief gestelde acht aanbesteder het aanhouden van de gunningsbeslissing geen optie. Ondernemer heeft destijds ter zake van voornoemd hoofdstuk 6 van de aanbestedingsleidraad geen opmerkingen geplaatst in het kader van de nota van inlichtingen.
- 4.2. In het bestek met het kenmerk Bestek 2019-KER034-B-01 is bestekspostnummer 242010 met hoofdcode 712299 opgenomen met een omschrijving. In de relevante passage met betrekking tot de sportvloerenlijst is het volgende bepaald (zie 1.3 hiervoor):

'De gehele constructie dient te voldoen aan de FIFA Quality eisen zoals deze worden gesteld door de FIFA. Tevens zijn de bepalingen van toepassing uit paragraaf 71 van deel 3 van dit bestek. Het aangebrachte sportveld dient gecertificeerd geleverd te worden door de KNVB. Status op de sportvloerenlijst: 'Erkend en gecertificeerd' op het moment van inschrijving.'

- 4.3. In het bestek met het kenmerk Bestek 2019-KER034-B-01 staat onder hoofdstuk 71 paragraaf 01 artikel 04 lid 03 de volgende eis geformuleerd (zie 1.4 hiervoor):
- 'De inschrijver of onderaannemer dient op het moment van inschrijving, in combinatie met de aangeboden kunstgrasmat, zelf op de sportvloerenlijst vermeld te staan en volledig te voldoen aan de eisen gesteld aan de kunstgrasmat in dit bestek'.
- 4.4. Aanbesteder merkt op dat het ongeldig verklaren van de inschrijving van ondernemer is gebeurd omdat deze inschrijving duidelijk niet voldeed aan de gestelde voorwaarden zoals verwoord in het bestek (Bestek 2019-KER034-B-01), in het bijzonder de voorwaarde dat de inschrijver in combinatie met de aangeboden kunstgrasmat expliciet vermeld moet staan op de Sportvloerenlijst. Voor zover ondernemer van oordeel zou zijn dat zijn mat voldoet aan de toleranties van dan wel gelijkwaardig is aan de mat die is opgenomen op de Sportvloerenlijst, had ondernemer dit naar het oordeel van aanbesteder naar voren dienen te brengen in het kader van de nota van inlichtingen. Nu ondernemer dit heeft nagelaten, gold het op de Sportvloerenlijst staan als harde (minimale) eis waar de inschrijving aan moest voldoen.
- 4.5. In het schrijven van ondernemer van 28 mei 2019 (zie 1.6 hiervoor) is ondernemer nog eens duidelijk verzocht te bevestigen dat zijn kunstgrasmat op genoemde Sportvloerenlijst staat vermeld. Uit de ontvangen informatie van (zie 1.7 hiervoor) is gebleken dat het door hem aangeboden systeem niet staat vermeld op genoemde lijst. De vermelding op de Sportvloerenlijst was een duidelijke, harde inschrijvingseis. Dat toetsing aan de minimale eisen pas na aanleg van het veld plaatsvindt, maakt dit naar het oordeel van aanbesteder niet anders.

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder op 3 mei 2019 een meervoudig onderhandse procedure voor een overheidsopdracht voor werken voor de renovatie van voetbalvelden is gestart. Op deze meervoudig onderhandse procedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 van de Aw 2012, Afdelingen 1.2.1 en 1.2.4, hoofdstuk 7 ARW 2016 en de Gids Proportionaliteit.
- 5.2. Klachtonderdeel 1
- 5.2.1. De in het kader van dit klachtonderdeel te beantwoorden vraag is of de in de aanbestedingsleidraad voorziene vervalttermijn van 7 kalenderdagen vanaf de datum van de mededeling van de gunningsbeslissing te kort was en of aanbesteder om die reden gehoor had moeten geven aan het verzoek van ondernemer om die termijn te verlengen.
- 5.2.2. Vooropgesteld dient te worden dat de Aanbestedingswet 2012 en het ARW 2016 in het geval van de mededeling van de gunningsbeslissing in het kader van een meervoudig onderhandse procedure niet in een bezwaartermijn voorzien. Het ARW 2016 voorziet in het geval van uitsluitings- of afwijzingsbeslissingen in het kader van andere procedures wel in een bezwaartermijn van 7 dagen (zie artikelen 3.23.3, 4.23.3, 5.23.3, 5.35.3, 6.30.3, 8.23.4, 8.35.3 en 13.19.3 ARW 2016).
- 5.2.3. In dit kader is verder van belang dat ondernemer heeft ingestemd met alle voorwaarden van de aanbesteding door een inschrijving in te dienen, waaronder dus ook met de in paragraaf 6 van de aanbestedingsleidraad opgenomen vervalttermijn van 7 kalenderdagen voor het maken van bezwaar tegen de mededeling van

de gunningsbeslissing (zie 1.2). De Commissie is om die reden van oordeel dat ondernemer na het indienen van zijn inschrijving geen bezwaar meer kan maken tegen de lengte van deze vervaltermijn.

5.2.4. Het voorgaande betekent dat klachtonderdeel 1 ongegrond is.

5.3. De Commissie overweegt ten overvloede nog het volgende.

5.3.1. De Commissie heeft eerder al geoordeeld dat een aanbesteder ook in het geval van een meervoudig onderhandse procedure de verplichting heeft om een inschrijver een effectieve rechtsbeschermingsmogelijkheid tegen de mededeling van de gunningsbeslissing te bieden. Deze verplichting vloeit in dat geval voort hetzij uit het fair play-beginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur (zie Rb. Zeeland-West-Brabant (vzr.) 4 februari 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:1007, r.o. 4.9), hetzij uit de (pre-contractuele) maatstaven van redelijkheid en billijkheid (zie Advies 147, overweging 7.5.2).

5.3.2. De Commissie heeft in haar hiervoor genoemde Advies 147 ook geoordeeld dat het antwoord op de vraag of een aanbestedende dienst een inschrijver in een voorliggend geval een voldoende effectieve rechtsbeschermingsmogelijkheid tegen de mededeling van de gunningsbeslissing heeft geboden, niet in zijn algemeenheid valt te geven maar afhangt van alle omstandigheden van het geval (zie Advies 147, overweging 7.5.3).

5.3.3. In de zaak die in Advies 147 centraal stond, maakte de aanbestedende dienst de mededeling van de gunningsbeslissing bekend op woensdag 23 juli 2014 en sloot hij een overeenkomst met de winnende ondernemer op vrijdag 1 augustus 2014. Daardoor resteerde voor de klagende ondernemer op papier een bezwaartermijn van 8 kalenderdagen. Naar het oordeel van de Commissie had de aanbestedende dienst de klagende ondernemer daarmee – in beginsel – een voldoende effectieve rechtsbeschermingsmogelijkheid geboden, geabstraheerd althans van de specifieke omstandigheden van het geval (zie Advies 147, overweging 7.5.4). De specifieke omstandigheden van het geval dat zich in Advies 147 voordeed, leidden er vervolgens toe dat voor de klagende ondernemer feitelijk een vervaltermijn van slechts drie kalenderdagen resteerde. Naar het oordeel van de Commissie werd hem daarmee alsnog onvoldoende effectieve rechtsbescherming geboden (Advies 147, overweging 7.5.5).

5.3.4. De Commissie is van oordeel dat een aanbestedende dienst in een geval als het onderhavige, waarin een vervaltermijn van 7 kalenderdagen in de aanbestedingsstukken is bepaald, de inschrijvers in beginsel eveneens een voldoende effectieve rechtsbeschermingsmogelijkheid heeft geboden. Opnieuw geldt dat de specifieke omstandigheden van het geval tot een ander oordeel aanleiding kunnen geven. Te denken valt aan het (uitzonderlijke) geval dat sprake is van een complexe meervoudig onderhandse procedure, bijvoorbeeld met een omvangrijk programma van eisen en ingewikkelde gunningscriteria. In een dergelijk geval kan er sprake zijn van de noodzaak om een langere vervaltermijn vast te stellen. In de onderhavige casus doet zich dat niet voor.

5.3.5. De Commissie overweegt verder nog dat een vervaltermijn van 7 kalenderdagen inderdaad kort is, temeer daar op een contractuele vervaltermijn de Algemene Termijnenwet niet van toepassing is. Dat betekent dat de termijn niet wordt verlengd in het geval de laatste dag valt op een zaterdag, zondag of algemeen erkende feestdag. In het meest extreme geval kan de termijn daardoor effectief verkort worden tot vier kalenderdagen. Te denken valt aan het geval dat de gunningsbeslissing op dinsdag 19 december wordt meegedeeld. In het onderhavige geval, waarin de gunningsbeslissing is meegedeeld op woensdag 5 juni 2019,

doet zich die termijnverkorting overigens niet voor. De Commissie is desalniettemin van oordeel dat wanneer een aanbestedende dienst in het kader van een meervoudig onderhandse procedure een vervalttermijn van 7 kalenderdagen in de aanbestedingsstukken bepaalt, hij tevens dient te bepalen dat op die termijn ook de Algemene Termijnenwet van toepassing is.

5.4. Klachtonderdeel 2

5.4.1. De in het kader van dit klachtonderdeel te beantwoorden vraag is of aanbesteder de inschrijving van ondernemer ten onrechte als ongeldig terzijde heeft gelegd.

5.4.2. Het bestek bevat de volgende twee eisen (zie 1.3 en 1.4 hiervoor):

a. 'De gehele constructie dient te voldoen aan de FIFA Quality eisen zoals deze worden gesteld door de FIFA. Tevens zijn de bepalingen van toepassing uit paragraaf 71 van deel 3 van dit bestek. Het aangebrachte sportveld dient gecertificeerd geleverd te worden door de KNVB. Status op de sportvloerenlijst: 'Erkend en gecertificeerd' op het moment van inschrijving', en

b. 'De inschrijver of onderaannemer dient op het moment van inschrijving, in combinatie met de aangeboden kunstgrasmat, zelf op de sportvloerenlijst vermeld te staan en volledig te voldoen aan de eisen gesteld aan de kunstgrasmat in dit bestek.'

5.4.3. Naar het oordeel van de Commissie zijn deze twee eisen duidelijk en niet voor meerderlei uitleg vatbaar.

5.4.4. Niet in geschil tussen partijen is dat de inschrijving van ondernemer niet aan deze twee eisen voldoet. Op grond van een fundamentele regel van aanbestedingsrecht is een inschrijving die niet aan de eisen van het bestek voldoet ongeldig. In paragraaf 4 van de aanbestedingsleidraad is bepaald dat een ongeldige inschrijving terzijde wordt gelegd (zie 1.2).

5.4.5. Ondernemer stelt dat hij een kunstgrasmat heeft aangeboden die weliswaar niet aan de hiervoor bedoelde eisen voldoet, maar wel technisch gelijkwaardig is met een kunstgrasmat die wel aan deze eisen voldoet.

5.4.6. De Commissie heeft in de haar overgelegde aanbestedingsstukken geen aanwijzing aangetroffen dat het indienen van een inschrijving die gebaseerd is op een kunstgrasmat die technisch gelijkwaardig is met een kunstgrasmat die aan de eisen voldoet, toegestaan zou zijn.

5.4.7. Het voorgaande betekent naar het oordeel van de Commissie dat ondernemer tijdens de inlichtingenronde had moeten vragen of inschrijven met een technisch gelijkwaardige kunstgrasmat toegestaan zou worden. Nu ondernemer dit kennelijk heeft nagelaten, kan hij na inschrijving geen beroep meer doen op deze mogelijkheid (zie ook Rb. Rotterdam (vzr.) 14 juli 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:6520).

5.4.8. Het voorgaande betekent dat ook klachtonderdeel 2 ongegrond is.

6. Advies

De Commissie acht de onderdelen 1 en 2 van de klacht **ongegron**d.

Den Haag, 31 juli 2020

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

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

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid