

Advies 593 Samenvatting

De klacht ziet op een Europese openbare procedure voor een raamovereenkomst met één ondernemer voor het vellen en rooien van bomen in een gemeente. De klacht dat het voorschrijven met welk werkmaterieel de werkzaamheden moeten worden verricht niet voldoende is gemotiveerd en daarmee in strijd is met het proportionaliteitsbeginsel acht de Commissie gegrond. De klacht dat daarmee is toegeschreven naar de zittende aannemer acht de Commissie ongegrond.

Klachtonderdeel 1

De klacht, dat het voorschrijven met welk werkmaterieel de werkzaamheden moeten worden verricht, in strijd is met het proportionaliteitsbeginsel en daarmee een afwijking vormt van de Standaard RAW 2015 en de paritair opgestelde UAV 2012 en dat de afwijking niet deugdelijk is gemotiveerd en derhalve in strijd is met voorschrift 3.9C van de Gids Proportionaliteit, acht de Commissie **gegrond**.

De Commissie is van mening dat er geen enkele reden voor aanbesteder is gebleken, om bij de toepasselijkheid van de Standaard RAW 2015 af te wijken van de systematiek van die Standaard. Daarmee heeft aanbesteder naar het oordeel van de Commissie in ieder geval een ondoelmatige uitvraag gedaan. Bovendien heeft aanbesteder, door ongemotiveerd af te wijken van het RAW contractmodel en de UAV 2012, het proportionaliteitsbeginsel geschonden.

Klachtonderdeel 2

De Commissie acht de klacht dat het voorschrijven met welk werkmaterieel de werkzaamheden moeten worden verricht, in strijd is met het gelijkheidsbeginsel omdat daarmee is toegeschreven naar de zittende aannemer, **ongegrond**.

Ondernemer heeft onvoldoende onderbouwd waarom deze wijze van uitvragen op het inschrijfformulier met zich brengt dat de aanbesteding zou zijn ontworpen met als doel om de zittende ondernemer te bevoordelen. De Commissie wijdt vervolgens enige overwegingen ten overvloede aan de gehanteerde prijsmethodiek.

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 593

1. Feiten

- 1.1. Aanbesteder heeft op 6 maart 2020 een Europese openbare procedure aangekondigd voor een raamovereenkomst met één ondernemer voor het vellen en rooien van bomen in de gemeente. Aanbesteder treedt op als aanbestedende dienst voor meerdere gemeenten.
- 1.2. Uit de aanbestedingsstukken valt – voor zover relevant – het volgende op te maken:

Vragenlijsten

05 Tijdsbepaling

1. Het werk start na gunning op 1 juli 2020 en eindigt op 30 juni 2022. De uitvoering zal plaatsvinden middels, gemiddeld, 6 deelopdrachten per jaar. Per deelopdracht zal door de opdrachtgever, op basis van redelijkheid, aan de opdrachtnemer (ook aangeduid als aannemer), een to do lijst, een startdatum, uitvoeringstermijn en opleverdatum worden overlegd. De aannemer dient zijn werkzaamheden binnen de door de opdrachtgever aan te geven uitvoeringstermijn aaneengesloten uit te voeren.

De aannemer overlegt, na een aanwijs-c.q. inventarisatieronde met de opdrachtgever, voor elke deelopdracht een planning met daarin opgenomen de door de opdrachtgever verstrekte startdatum, uitvoeringstermijn en opleveringsdatum. Tevens wordt er ook vastgelegd met welk materieel de aannemer de uitvoering van de werkzaamheden wilt gaan verrichten. Dit ter vastlegging en bespreking. Bij het opstellen van de planning houdt de aannemer rekening met de aaneengesloten uitvoeringsperiode.

Voor aanvang van een deelopdracht wordt in onderling overleg de inzetcapaciteit bepaald. Dit aan de hand van gangbare productienormen.

2. Als geen overeenstemming bereikt wordt over de planning, start- en opleverdatum en uitvoeringsperiode behoudt de opdrachtgever zich het recht voor de deelopdracht door derden uit te laten voeren.

3. In afwijking op paragraaf 42 lid 2 van de U.A.V. 2012 bedraagt het bedrag van de in deze paragraaf bedoelde korting € 1.500,00 per dag. Tevens dient per deelopdracht een "vaste" ploeg ingezet te worden, zodat er per deelopdracht geen wisselingen in de personele bezetting plaats vinden. Indien er wel personele wisselingen plaats vinden dan zal er een korting van € 500,00 per dag worden gehanteerd.

(...)

3. B e p a l i n g e n

01 Algemeen en administratief

01 01 Algemene bepalingen

01 01 01 Van toepassing zijnde bepalingen

01 Op dit werk zijn van toepassing de Standaard RAW Bepalingen 2015, zoals laatstelijk vastgesteld in januari 2015, hierna te noemen 'de Standaard' uitgegeven

door de Stichting CROW. Tot de Standaard behoort mede, als ware zij er letterlijk in opgenomen, de door de Stichting CROW uitgegeven Errata op de Standaard, zoals deze op de dag van aanbesteding luidt.

02 (...)

03 Alle in dit bestek beschreven werkzaamheden dienen te worden uitgevoerd conform het Handboek Bomen 2018. Aantoonbare kennis van het Handboek Bomen 2018 is verplicht.

04 Bij tegenstrijdigheden tussen de Standaard en het onder lid 03 genoemde Handboek Bomen prevaleert het in lid 03 genoemde Handboek Bomen boven de Standaard. De volledige volgorde van prevaleren is: 1. Bestek, 2. Handboek Bomen, 3. Standaard RAW, 4. U.A.V. 2012.

(...)

Concept-Raamovereenkomst

Considerans

Naar aanleiding van deze Europese aanbestedingsprocedure is de inschrijving van de Opdrachtnemer als inschrijving met de Beste Prijs- Kwaliteitverhouding naar voren gekomen, waarbij Opdrachtnemer voldoet aan alle door de Opdrachtgever gestelde eisen en criteria;

(...)

Artikel 5 Prijzen

5.1 Opdrachtnemer zal Het vellen en rooien van bomen in de Gemeente [A] uitvoeren tegen de in het inschrijfformulier genoemde eenheidsprijzen. Een en ander zoals volgt uit de inschrijving die als bijlage aan deze overeenkomst is gehecht.

5.2 De in lid 5.1 van dit artikel genoemde eenheidsprijzen zijn vast tot en met 30 juni 2022. Alle prijzen zijn exclusief BTW en inclusief alle kosten voortkomend uit de aanbestedingsdocumenten. Na deze datum heeft de opdrachtnemer het recht de tarieven jaarlijks aan te passen met maximaal de jaarmutatie oktober van de inputprijsindex GWW zoals gepubliceerd door het CBS

5.3 Opdrachtnemer dient prijsaanpassingen uiterlijk binnen één maand aan de Opdrachtgever schriftelijk kenbaar te maken.

5.4 Inhaalslagen op niet doorgevoerde indexeringen worden niet geaccepteerd.

5.5 De genoemde bedragen zijn netto, excl. BTW en bevatten alle kosten die nodig zijn voor het uitvoeren van de werkzaamheden, inclusief overhead, uitvoeringskosten, verwijderkosten, stort- en verwerkingskosten, reiskosten, algemene kosten, winst en risico, afschrijvingskosten en dergelijke.

(...)

Inschrijfformulier

Bijlage bij de concept raamovereenkomst is het Inschrijfformulier. Dit formulier is op de volgende wijze opgesteld:

Inschrijfformulier 2020/[Aanbesteder] /MvO/01	Enkel de blauwe velden invullen			
	Aantal	Eenheid	Prijs per eenheid	Totaal
REGULIERE WERKZAAMHEDEN				
Rupskraan ca. 20 ton uitgerust met:			-	-
- stobbenfreeskop, knipschaar tot 60 cm, sorteergriper (opening 200 cm), zware hark	5	dag		€ -
Mobiele kraan ca. 20 ton uitgerust met:			-	-

- stobbenfreeskop (incl. pompschakeling voor extra hoge capaciteit), knipschaar tot 60 cm, sorteergrijper (opening 200 cm), zware hark	30 dag		€ -
Minigraver 5 ton, rups uitgerust met:			-
- stobbenfreeskop, knipschaar tot 25 cm, sorteergrijper (opening 130 cm), sorteergrijper (opening 130 cm), zware hark	40 dag		€ -
Vrachtwagen met haakarm, incl. containerbak 44 m3	15 dag		€ -
Versnipperaer met minimaal capaciteit 30 ton p/u met eigen kraan			-
- incl opvangbak 20 m3, invoer opening 80x60 cm en incl verwisselbare zeef 30/70mm	5 dag		€ -
Versnipperaer met minimaal capaciteit 30 ton p/u met eigen kraan			-
- incl opvangbak 30 m3, invoer opening 80x60 cm en incl verwisselbare zeef 30/70mm	10 dag		€ -
Tractor 135 pk met knijperauto en eigen kraan (ca. 7,5 mtr bereik en 6,8 ton/meter) en ca 7,5 m3 laadvermogen	50 dag		€ -
Zelfrijdende hoogwerker tot 16 mtr	15 dag		€ -
Grote stobbenfrees achter tractor, minimaal 150 pk	5 dag		€ -
Zelfrijdende stobbenfrees, max breedte 90 cm en mogelijkheid tot dubbel lucht minimaal 25 pk	5 dag		€ -
Bosfrees groot minimaal 280 pk (ca. 2,4 mtr werkbreedte)	5 dag		€ -
Bosfrees klein (ca. 1 mtr breed)	4 dag		€ -
Telescoopkraan 50 ton	5 dag		€ -
Telescoopkraan 70 ton	5 dag		€ -
Spinhoogwerker tot ca 20 mtr	8 dag		€ -
Schaarhoogwerker, rups tot ca. 6 mtr	20 dag		€ -
Torenkatkraan 40 mtr	3 dag		€ -
Torenkatkraan 50 mtr	3 dag		€ -
Verreiker met bomenvelkop bereik 27 mtr minimaal	5 dag		€ -
Grondwerker/grondman	50 dag		€ -
Zager met zagen van 20 cm t/m 90 cm	50 dag		€ -
European treeworker met zagen van 20 cm t/m 90 cm	45 dag		€ -
European treeworker met zagen van 20 cm t/m 90 cm en uitgerust met klimuitrusting	50 dag		€ -
Verkeerregelaar	10 dag		€ -
CALAMITEITEN			
Aan- en afvoerkosten per calamiteit	6 keer		€ -
Mobiele kraan ca. 20 ton uitgerust met:			-
- knipschaar tot 60 cm, sorteergrijper (opening 200 cm), zware hark	24 uur		€ -
Minigraver 5 ton, rups, uitgerust met:			-
- knipschaar tot 25 cm, sorteergrijper (opening 130 cm), zware hark	24 uur		€ -
Vrachtwagen met haakarm, incl. containerbak 44 m3	8 uur		€ -
Versnipperaer met minimaal capaciteit 30 ton p/u met eigen kraan			-
- incl opvangbak 30 m3, invoer opening 80x60 cm en incl verwisselbare zeef 30/70mm	8 uur		€ -
Tractor 135 pk met knijperauto en eigen kraan (ca. 7,5 mtr bereik en 6,8 ton/meter) en ca 7,5 m3 laadvermogen	8 uur		€ -
Grondwerker/grondman	24 uur		€ -
Zager met zagen van 20 cm. t/m 90 cm	12 uur		€ -
European treeworker met zagen van 20 cm. t/m 90 cm	12 uur		€ -
European treeworker met zagen van 20 cm. t/m 90 cm en uitgerust met klimuitrusting	12 uur		€ -
		Inschrijfsom	€ 0,00
		Fictieve korting conform (sub-)Gunningscriteria ¹	€ 0,00
		Evaluatieprijs	€ 0,00
¹ In te vullen door Opdrachtgever			

Nota van Inlichtingen

In de Nota van Inlichtingen is op 24 april 2020 de volgende vraag en het volgende antwoord opgenomen:

Vraag 27: 'Kan de aannemer zelf bepalen op welke wijze en met name met welk werkmaterieel de werkzaamheden worden uitgevoerd?'

Antwoord: 'Nee, de uitvoeringswijze wordt bepaald zoals in de aanbesteding o.a. is opgenomen onder:

1. Vragenlijst Negometrix onder 1. 'Offerteaanvraag':

Werkwijze: De werkzaamheden vinden plaats op basis van deelopdrachten. Iedere deelopdracht worden in overleg tussen partijen worden besproken. De volgende onderdelen zullen per deelopdracht worden overeengekomen:

- Inzet machines
- Randvoorwaarden

Opdrachtnemer levert aan de hand hiervan binnen een week een planning aan met de capaciteit/inzet op basis van de tarieven uit het inschrijfformulier. Na goedkeuring van de planning door de opdrachtgever zal de deelopdracht worden uitgevoerd.

2. Bestek:

05 Tijdsbepaling

1. Het werk start na gunning op 1 juli 2020 en eindigt op 30 juni 2022.

De uitvoering zal plaatsvinden middels, gemiddeld, 6 deelopdrachten per jaar. Per deelopdracht zal door de opdrachtgever, op basis van redelijkheid, aan de opdrachtnemer (ook aangeduid als aannemer), een to do lijst, een startdatum, uitvoeringstermijn en opleverdatum worden overlegd. De aannemer dient zijn werkzaamheden binnen de door de opdrachtgever aan te geven uitvoeringstermijn aaneengesloten uit te voeren.

De aannemer overlegt, na een aanwijs-c.q. inventarisatieronde met de opdrachtgever, voor elke deelopdracht een planning met daarin opgenomen de door de opdrachtgever verstrekte startdatum, uitvoeringstermijn en opleveringsdatum.

Tevens wordt er ook vastgelegd met welk materieel de aannemer de uitvoering van de werkzaamheden wilt gaan verrichten. Dit ter vastlegging en bespreking. Bij het opstellen van de planning houdt de aannemer rekening met de aaneengesloten uitvoeringsperiode. Voor aanvang van een deelopdracht wordt in onderling overleg de inzetcapaciteit bepaald. Dit aan de hand van gangbare productienormen.

Opdrachtgever heeft voor bovenstaande werkwijze gekozen om te voorkomen dat:

- er een onevenredig groot risico voor één van de bouwpartners ontstaat;
- er een kans op onherstelbare fouten optreedt;
- belangen van derden geschaad zullen worden.'

- 1.3. Op 23 maart 2020 heeft de brancheorganisatie namens een ondernemer een klacht, bestaande uit twee onderdelen, ingediend bij de aanbesteder. Op 26 maart 2020 heeft aanbesteder gereageerd op deze klacht, waarbij een van de onderdelen heeft geleid tot het schrappen van een besteksbepaling. De andere klacht wordt door aanbesteder ongegrond verklaard. Op 31 maart 2020 onderbouwt de brancheorganisatie nader waarom de klacht gegrond moet worden verklaard en tot aanpassing zou moeten leiden van de aanbestedingsstukken. Op 2 april 2020 reageert aanbesteder met een onderbouwing en de toezegging om de motivering van zijn handelwijze in de Nota van Inlichtingen verder toe te lichten. De brancheorganisatie laat op 6 april 2020 weten niet akkoord te kunnen gaan met de betreffende onderbouwing en bij haar initiële standpunt te blijven. Op 9 april 2020 laat aanbesteder weten niet over te gaan tot aanpassing van de aanbestedingsstukken. Op 5 mei 2020 stuurt de brancheorganisatie haar klacht naar de gemeente namens wie aanbesteder de betreffende aanbestedingsprocedure uitvoert.

2. Beschrijving klacht

2.1. Klachtonderdeel 1

Het voorschrijven met welk werkmaterieel de werkzaamheden moeten worden verricht, is in strijd met het proportionaliteitsbeginsel en vormt een afwijking van de Standaard RAW en de paritair opgestelde UAV 2012. Bovendien is de afwijking, in strijd met voorschrift 3.9C van de Gids Proportionaliteit, niet deugdelijk gemotiveerd.

2.2. Klachtonderdeel 2

Met het voorschrijven met welk werkmaterieel de werkzaamheden moeten worden verricht, is in strijd met het gelijkheidsbeginsel gehandeld omdat daarmee is toegeschreven naar de zittende aannemer.

3. **Onderbouwing klacht**

3.1. Klachtonderdeel 1

3.1.1. Aanbesteder heeft in het Inschrijfformulier, bijlage bij de Raamovereenkomst, exact en heel specifiek uitgeschreven met welk werkmaterieel (type, welke uitvoering) de werkzaamheden moeten worden verricht. De brancheorganisatie is van mening dat deze handelwijze in strijd is met RAW-systematiek en de paritair opgestelde UAV voorwaarden. Zowel in de RAW als in de UAV is bepaald dat een ondernemer naar eigen inzicht met daarvoor geëigend werkmaterieel de werkzaamheden conform bestek moet verrichten. Een ondernemer wordt geacht in staat te zijn om de werkzaamheden op deugdelijke wijze uit te voeren; op welke wijze het resultaat bereikt wordt, is aan de ondernemer zelf. Door middel van het voorschrijven van werkmaterieel wordt er naar het oordeel van de brancheorganisatie ten nadele van ondernemers afgeweken van het wettelijk stelsel; dat is disproportioneel. Daarnaast wordt met het zo concreet formuleren van werkmaterieel gezocht naar het schaap met de vijf poten hetgeen ook disproportioneel is.

3.1.2. Afwijken van de RAW en UAV is volgens de brancheorganisatie slechts toegestaan in geval van een deugdelijke motivering. Dat heeft aanbesteder nagelaten. In de aanbestedingsstukken heeft aanbesteder geen motivering opgenomen. Pas nadat de brancheorganisatie aanbesteder had gewezen op de motiveringsplicht en op een viertal uitzonderingen, meende de aanbesteder dat er sprake was van drie van de vier uitzonderingen. Aanbesteder onderbouwt dit verder niet, althans ondeugdelijk. De brancheorganisatie verwijst in dit verband naar de correspondentie tussen haar en aanbesteder. Graag wenst de brancheorganisatie een oordeel van de Commissie in deze kwestie, zodat duidelijk wordt of het is toegestaan om het werkmaterieel zo concreet en specifiek voor te schrijven.

3.2. Klachtonderdeel 2

3.2.1. Naar het oordeel van de brancheorganisatie is het werkmaterieel toegeschreven naar het werkmaterieel van de 'huis-aannemer' van aanbesteder. Deze heeft de aanbesteding ook gewonnen. De brancheorganisatie stelt dat dit in strijd is met het gelijkheidsbeginsel. De brancheorganisatie verwijst naar Advies 351 van de Commissie. In dit advies is bepaald dat het toeschrijven naar één partij ontoelaatbaar en onrechtmatig is.

4. **Reactie aanbesteder**

4.1. Niet in behandeling nemen van de klacht

Aanbesteder stelt dat de klacht niet in behandeling zou moeten worden genomen door de Commissie. Met de behandeling van de klacht wordt het nastreven van de doelen van de Commissie onvoldoende gediend, omdat blijkt het geschetste doel er geen of te weinig mogelijkheden zijn voor een effectieve rol van de Commissie. Het is niet aan de Commissie om bindend te beoordelen of een bepaalde handwijze van een aanbestedende dienst in het algemeen ontoelaatbaar is.

4.2. Klachtonderdeel 1

- 4.2.1. Aanbesteder is een publiekrechtelijke instelling die zich bezighoudt met het adviseren en ondersteunen van gemeenten, bedrijven, scholen en (overheids)organisaties op het gebied van afvalinzameling en onderhoud van de openbare ruimte. In dat kader heeft hij de onderhavige aanbesteding uitgevoerd.
- 4.2.2. Op 11 maart 2020 is de aanbestedingsprocedure voor de gunning van een raamovereenkomst inzake het vellen en rooien binnen de gemeente gepubliceerd. Omdat het bij voorbaat niet bekend was welke werkzaamheden zouden moeten plaatsvinden (deze gebeuren immers op afroep) en aanbesteder voldoende ervaring heeft om te weten welk werkmaterieel in ieder geval beschikbaar dient te zijn om de werkzaamheden binnen een gemeente op correcte wijze uit te voeren, heeft hij in het bestek opgenomen dat per deelopdracht tussen partijen overlegd zal worden welke machines zullen worden ingezet. Daarnaast heeft hij prijzen uitgevraagd voor de diverse noodzakelijke machines, volgens een door hem gemaakte inschatting van bezetting daarvan. Aanbesteder noemt in dit verband de vragenlijst onder 1 'Offerteaanvraag', onder het kopje 'Werkwijze' en in het Bestek, paragraaf 05 'Tijdsbepaling' (zie 1.2 hiervoor, antwoord op vraag 27 Nota van Inlichtingen).
- 4.2.3. Aanbesteder stelt dat de uitgevraagde machines tot het standaard beschikbare materieel voor een dergelijke opdracht behoren. Slechts een partij heeft zich - via de brancheorganisatie - beklagd over het feit dat aanbesteder prijzen van diverse specifieke machines heeft uitgevraagd. Aanbesteder stelt reeds uitgebreid gecorrespondeerd te hebben met de brancheorganisatie over de klacht. Aanbesteder heeft daarin toegelicht dat hij op basis van zijn jarenlange ervaring kon inschatten, en daarmee objectiveren, welk materieel er nodig was om de volledige opdracht te kunnen uitvoeren in die zin dat de meest voorkomende vel- en rooiwerkzaamheden konden worden uitgevoerd.
- 4.2.4. Aanbesteder is van mening dat de aanbesteding niet disproportioneel is. Anders dan bij de gemiddelde opdracht in de bouw valt volgens aanbesteder bij de onderhavige opdracht geen scherpe lijn te trekken tussen de eigen verantwoordelijkheden van opdrachtgever en opdrachtnemer. Uit het bestek volgt ook dat het meer gaat om een samenwerking. Iedere deelopdracht wordt vooraf gegaan door een gezamenlijke inventarisatieronde, waarin de planning en het in te zetten materieel wordt afgestemd. Als de afstemming niet leidt tot overeenstemming dan behoudt aanbesteder zich ook het recht voor om de werkzaamheden door derden te laten uitvoeren. Aanbesteder stelt dat hij in het bestek niet voorschrijft hoe de opdrachtnemer zijn opdracht moet uitvoeren. Hij schrijft alleen voor over welk materieel de opdrachtnemer minimaal moet beschikken om alle deelopdrachten te kunnen uitvoeren. Dit is op grond van zowel de RAW-systematiek als op grond van, onder meer, paragraaf 6 leden 1 en 2 sub b van de UAV 2012, toegestaan. Aanbesteder is van oordeel dat er geen sprake is van het zoeken naar 'het schaap met de vijf poten' of het naar een specifieke partij toeschrijven. Dit blijkt volgens aanbesteder uit het feit dat er een viertal passende en concurrerende inschrijvingen zijn ontvangen.

5. **Beoordeling**

5.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder op 6 maart 2020 een Europese openbare procedure heeft aangekondigd. Op deze procedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en 2 van de Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit.

5.2. Namens ondernemer is onderhavige klacht door een brancheorganisatie ingediend.

In behandeling nemen klacht

5.3. De Commissie oordeelt dat zij de onderhavige klacht in behandeling kan nemen. Zij overweegt in dat verband het volgende.

5.4. De Commissie is van mening dat met het behandelen van de klacht het nastreven van de doelen van de Commissie voldoende wordt gediend, doordat met onderhavig advies wordt bijgedragen aan de verbetering van de professionaliteit van de aanbestedingspraktijk. Anders dan aanbesteder stelt, zijn de adviezen van de Commissie niet bindend (artikel 2 lid 2 sub b Reglement Commissie van Aanbestedingsexperts), heeft de klacht betrekking op de handelwijze van aanbesteder in een specifieke aanbestedingsprocedure en ziet de klacht niet op het aanbestedingsbeleid in het algemeen, wat een grond zou kunnen zijn voor de Commissie om de klacht niet in behandeling te nemen.

5.5. Klachtonderdeel 1

Beknopt oordeel

5.5.1. De klacht, dat het voorschrijven met welk werkmaterieel de werkzaamheden moeten worden verricht, in strijd is met het proportionaliteitsbeginsel en daarmee een afwijking vormt van de Standaard RAW 2015 en de paritair opgestelde UAV 2012 en dat de afwijking niet deugdelijk is gemotiveerd en derhalve in strijd is met voorschrift 3.9C van de Gids Proportionaliteit, acht de Commissie **gegrond**.

Toelichting

5.5.2. De Commissie is van mening dat er geen enkele reden voor aanbesteder is gebleken, om bij de toepasselijkheid van de Standaard RAW 2015 af te wijken van de systematiek van die Standaard. Daarmee heeft aanbesteder naar het oordeel van de Commissie in ieder geval een ondoelmatige uitvraag gedaan. Bovendien heeft aanbesteder, door ongemotiveerd af te wijken van het RAW contractmodel en de UAV 2012, het proportionaliteitsbeginsel geschonden.

RAW-systematiek raamovereenkomst met één opdrachtnemer

5.5.3. De Commissie wil vooropstellen dat artikel 01.01.01 lid 04 Standaard RAW Bepalingen 2015 nadrukkelijk de mogelijkheid geeft tot wijzigingen, aanvullingen of uitbreidingen van de Standaard RAW Bepalingen. Dat het aanbesteder is toegestaan om af te wijken van de Standaard RAW Bepalingen staat dan ook vast. Echter, of de opsteller van de RAW-systematiek daarbij een afwijking die haaks staat op het wezenskenmerk van de resultaatgerichte opzet van de RAW-systematiek voor ogen heeft gehad, ligt niet in de rede.

5.5.4. Aanbesteder heeft ervoor gekozen om de opdracht voor het vellen en rooien van bomen op basis van de Standaard RAW Bepalingen 2015 in te kopen. Aangezien aanbesteder de opdracht in deelopdrachten wenst te verstrekken en vooraf (blijkbaar) niet bekend is welke en hoeveel werkzaamheden gerealiseerd dienen te worden, zijn de voorwaarden met betrekking tot deze deelopdrachten vastgelegd in

een raamovereenkomst, welke gesloten wordt met één opdrachtnemer. De RAW-raamovereenkomst is een raamovereenkomst waarbij gebruik wordt gemaakt van de RAW-systematiek. In de RAW-systematiek wordt de inschrijfsom bepaald op basis van de som van de prijzen per eenheid vermenigvuldigd met de fictieve hoeveelheden resultaatsverplichting, verhoogd met de bedragen na het subtotaal (zie artikel 01.21.01 onder 01 van de Standaard RAW Bepalingen 2015). De RAW-Systematiek is dan ook gebaseerd op resultaatsverplichtingen.

- 5.5.5. Aanbesteder heeft ervoor gekozen om – in afwijking van de Standaard RAW-systematiek – de gunning niet te laten plaatsvinden op basis van een overeenkomst met open posten (OMOP). De term 'OMOP' is overigens in de Standaard RAW Bepalingen 2015, zoals op deze aanbesteding van toepassing is verklaard, gewijzigd in 'RAW-raamovereenkomst'.
- 5.5.6. Een OMOP is een overeenkomst met open posten. Onder een OMOP kunnen inschrijvers eenheidsprijzen van bepaalde producten of diensten aanbieden. Tijdens de uitvoering van de opdracht worden orders geplaatst onder de OMOP-raamovereenkomst. Deze worden afgerekend tegen de aangeboden eenheidsprijzen. Tijdens de aanbestedingsprocedure verstrekt de aanbestedende dienst zogenaamde fictieve hoeveelheden (als ware er een inschrijfstaat voor een concrete opdracht). Deze hoeveelheden werken als rekenkundig hulpmiddel om vergelijkbare inschrijvingsommen te creëren. Deze fictieve hoeveelheden staan los van de hoeveelheden die een aanbestedende dienst daadwerkelijk zal afnemen. Tijdens de uitvoering van de opdracht kan de opdrachtnemer dan ook geen rechten ontleen aan de fictieve hoeveelheden (zie ook Advies 67 van de Commissie).
- 5.5.7. Van de Standaard RAW-Systematiek met betrekking tot de OMOP, zoals hiervoor is toegelicht, is door aanbestededer geen gebruik gemaakt. In plaats daarvan heeft aanbestededer een eigen 'inschrijfformulier' gehanteerd, dat gebaseerd is op inspanningsverplichtingen. Dit inschrijfformulier bestaat uit een opsomming van werkmaterieel, waarbij een verdeling is gemaakt tussen werkmaterieel dat kan worden ingezet tijdens reguliere werkzaamheden en werkmaterieel dat kan worden ingezet tijdens calamiteiten.

Voorschrijven werkmaterieel m.b.t. uitgangspunten RAW-systematiek en UAV 2012

- 5.5.8. Vastgesteld kan worden dat aanbestededer werkmaterieel, in uiteenlopende mate van specificatie heeft voorgeschreven. Tevens is in de aanbestedingsstukken bepaald dat per deelopdracht zal worden overeengekomen welke inzet van machines zal plaatsvinden (zie Bestek 05.1 en Vragenlijst in 1.2 hiervoor).
- 5.5.9. Door aanbestededer is de Raamovereenkomst opgesteld volgens 'de RAW-systematiek'; de Standaard RAW Bepalingen 2015 – CROW. De UAV 2012 zijn de administratieve voorwaarden die zien op de uitvoering van een (werk)overeenkomst. De UAV 2012 maken deel uit van de Standaard RAW Bepalingen, voor zover daarvan in het bestek niet uitdrukkelijk wordt afgeweken.
- 5.5.10. Uitgangspunt van de RAW-systematiek is de uitvoeringsvrijheid van de aannemer. De opdrachtgever vult het 'wat', 'waar', 'waarvan' en 'onder welke voorwaarden' in, de aannemer vult het 'hoe' en het 'waarmee' in.
- 5.5.11. Volgens § 6 lid 3 van de UAV 2012 omvat de verplichting dat aannemer het werk uitvoert naar de bepalingen van de overeenkomst mede de beschikbaarstelling van gereedschap, materieel (...), nodig voor de uitvoering van het werk (...). Deze verplichting vloeit reeds voort uit de aard van de overeenkomst. Onder het werk en de uitvoering daarvan wordt mede begrepen (...) de doelmatigheid en capaciteit

van werktuigen en gereedschappen (§ 6 lid 4). Daarmee staat vast dat uit de toepasselijkheid van de UAV 2012 volgt dat het tot de verplichting van de aannemer behoort om gereedschap en materieel ter beschikking te stellen voor de uitvoering van het werk.

- 5.5.12. In Voorschrift 3.9 C van de Gids Proportionaliteit is bepaald dat aanbestedende diensten paritair opgestelde voorwaarden, zoals de UAV 2012 integraal toepassen. Projectspecifieke situaties kunnen het noodzakelijk maken om van die modellen of voorwaarden af te wijken, maar die afwijkingen dienen dan wel te kunnen worden gemotiveerd.
- 5.5.13. Aanbesteder heeft, op vragen van de ondernemer m.b.t. de afwijking op het uitgangspunt van de RAW-systematiek, in de Nota van Inlichtingen op 24 april 2020 (vraag en antwoord 27, zie 1.2 hiervoor) toegelicht waarom een uitvoeringswijze wordt voorgeschreven. Deze toelichting citeert een zogenaamd 'RAWeetje' en aanbesteder kopieert in zijn toelichting drie van de vier daarin genoemde omstandigheden, te weten dat:
- er een onevenredig groot risico voor één van de bouwpartners ontstaat;
 - er een kans op onherstelbare fouten optreedt;
 - belangen van derden geschaad zullen worden.
- Een nadere toelichting waarom in het kader van deze aanbesteding sprake zou zijn van deze risico's ontbreekt.
- 5.5.14. De Commissie acht de door aanbesteder in de aanbestedingsstukken, pas bij Nota van Inlichtingen, gegeven motivering dermate generiek dat onvoldoende inzicht wordt verschaft in de afwegingen die hebben geleid tot het afwijken van de uitgangspunten van de RAW-systematiek en de UAV 2012. De Commissie verklaart klachtonderdeel 1 **gegrond**.
- 5.5.15. Ten overvloede vraagt de Commissie zich af of, wanneer in een (RAW) (raam)overeenkomst is opgenomen dat de UAV 2012 in aanvulling op eigen van toepassing verklaarde algemene inkoopvoorwaarden gelden, aanbesteder daarmee projectspecifieke situaties op het oog heeft gehad die een afwijking van paritair opgestelde voorwaarden rechtvaardigen. Omdat aanbesteder dit niet heeft toegelicht, kan de Commissie daarover geen oordeel uitspreken.

5.6. Klachtonderdeel 2

Beknopt oordeel

- 5.6.1. De Commissie acht de klacht dat het voorschrijven met welk werkmaterieel de werkzaamheden moeten worden verricht, in strijd is met het gelijkheidsbeginsel omdat daarmee is toegeschreven naar de zittende aannemer, **ongegrond**.

Toelichting

Klacht is onvoldoende onderbouwd

- 5.6.2. Ondernemer heeft niet voldoende onderbouwd waarom deze wijze van uitvragen op het inschrijfformulier met zich brengt dat de aanbesteding zou zijn ontworpen met als doel om de zittende ondernemer te bevoordelen. Enkel wordt, met een verwijzing naar ECLI:NL:RBGSR:2007:BA0340, r.o 3.4 en Advies 351 van de Commissie, gesteld dat het toeschrijven van de aanbesteding naar één inschrijver niet is toegestaan wegens schending van het gelijkheidsbeginsel. In het algemeen gesproken, heeft ondernemer daarin gelijk. Echter, niet gesteld noch gebleken is waarom daar in de onderhavige aanbestedingsprocedure sprake van zou zijn.

- 5.6.3. Wanneer het voorgeschreven werkmaterieel precies overeenstemt met de machines van de zittende ondernemer, lijkt er sprake van bevoordeling van de betreffende ondernemer. Ook kan de Commissie zich voorstellen dat het object van de RAW-raamovereenkomst niet voldoende is bepaald, nu aanbesteder een eigen inschrijfformulier heeft gebruikt, dat gebaseerd is op inspanningsverplichtingen. Daarmee lijkt aanbesteder geen enkele concrete informatie over de uiteindelijke omvang van de te verrichten werkzaamheden te hebben verschaft en kan dit leiden tot een onrechtmatige kennisvoorsprong voor de zittende leverancier. Nu dat echter niet is gesteld noch concreet gebleken, kan door de Commissie niet worden vastgesteld of er sprake is van bevoordeling en dus van strijd met het gelijkheidsbeginsel. Derhalve verklaart de Commissie klachtonderdeel 2 **ongegrond**.

Overwegingen ten overvloede m.b.t. de gehanteerde prijsmethodiek

- 5.7. Ten aanzien van de door aanbesteder gehanteerde prijsmethodiek overweegt de Commissie ten overvloede nog het volgende.
- 5.7.1. In het algemeen kan worden gesteld dat het economisch voordelig is wanneer werkzaamheden nauwkeurig worden omschreven en qua inspanning goed gestandaardiseerd kunnen worden. In dat geval komen er immers vanzelf marktpartijen die dit goedkoop en toch kwalitatief goed gaan doen. Het standaardiseren is in de GWW-sector in Nederland goed gelukt met de Standaard RAW Bepalingen. Daarmee is het mogelijk om concurrerende prijzen te vragen voor gestandaardiseerde werkzaamheden. Zo zijn er bijvoorbeeld in de RAW Catalogus diverse resultaatsverplichtingen gestandaardiseerd voor het verwijderen van bomen. Opdrachtgevers kunnen bijvoorbeeld aangeven tot welke diepte onder het maaiveld de boom dient te worden verwijderd, of dit inclusief of exclusief wortelgestel dient te gebeuren, of het stamhout van bast moet worden ontdaan, tot welke grootte takhout dient te worden verkleind, enz. Normaliter worden bij al die werkzaamheden in de RAW Inschrijfstaat regels opgenomen waarbij door de aannemer prijzen worden ingevuld, op basis waarvan de opdracht wordt gegund.
- 5.7.2. Aanbesteder heeft gekozen voor een (ver)rekenmethodiek welke principieel verschilt van de RAW-systematiek. Niet de resultaatsverplichtingen maar de inzet van mens en materieel, de inspanning, wordt als enige prijsmethodiek gehanteerd. Volgens de Commissie doet de gekozen methodiek geen recht aan het belonen van een hogere efficiëntie. Het is daarmee dan ook maar zeer de vraag of bij het aangaan van de onderhavige overeenkomst door aanbesteder zoveel mogelijk maatschappelijke waarde wordt behaald voor de publieke middelen (artikel 1.4 lid 2 Aw 2012). Daartoe overweegt de Commissie verder nog het volgende.
- 5.7.3. Risico's die, wanneer er sprake is van een resultaatsverplichting, bij een aannemer berusten, blijven nu voor rekening en risico van opdrachtgever. De aannemer draagt geen enkel risico, ervan uit gaande dat hij winstgevende tarieven heeft geoffreerd. Het risico dat de inspanning zwaarder is dan verwacht en er bijvoorbeeld toch een zwaardere telescoopkraan zal moeten worden ingezet, komt voor rekening van opdrachtgever. Ook bijvoorbeeld de omstandigheid dat (het personeel van) aannemer niet efficiënt werkt, komt niet voor rekening en risico van aannemer.
- 5.7.4. De concurrentie is in het onderhavige geval uitsluitend gebaseerd op de uurtarieven van materieel en mensen. Een aannemer met goed (en waarschijnlijk duurder) personeel en materieel is hierbij in het nadeel, omdat de extra efficiëntie en kwaliteit die hij kan bieden ten opzichte van een concurrent niet tot een betere inschrijfsom leidt (maar juist tot een slechtere). Aannemers die langzaam werken met goedkoop personeel en materieel maken bij de (ver)rekenmethodiek van aanbesteder een grotere kans op gunning. Stel dat er twee inschrijvers zijn die voor

de post op het inschrijfformulier 'European treeworker met zagen van 20 cm t/m 90 cm' bij calamiteiten, als volgt hebben ingeschreven. Het fictieve aantal is in het inschrijfformulier bepaald op '12'. A voert een uurtarief van € 60,00 en heeft op deze post dus ingeschreven met € 720,00. B voert een uurtarief van € 75,00 en heeft op deze post dus ingeschreven met € 900,00. Deze prijssystematiek heeft voor inschrijver A, omdat hij een lager uurtarief hanteert, het gunstige effect dat het zijn kans op gunning vergroot. Stel nu dat deze gemeente wordt getroffen door een valwind, welke veel schade heeft toegebracht in de buitenruimte van de gemeente. Er is sprake van een calamiteit en de gemeente geeft Inschrijver A de opdracht om te helpen bij het herstellen van de schade. A zet daarbij 6 European treeworkers met zagen van 80 cm in en is 8 uur bezig. De uitvoering van deze (deel)opdracht m.b.t. voornoemde inzet kost de gemeente dan € 2.880,00. Stel dat de gemeente dezelfde opdracht aan B had opgedragen. B hanteert een hoger uurtarief, maar werkt efficiënter. B kan dezelfde opdracht in 6 uur uitvoeren met 5 European treeworkers. In dat geval had de gemeente voor het herstel van de schade een bedrag van € 1.800 betaald.

6. Advies

De Commissie acht onderdeel 1 van de klacht **gegrond** en klachtonderdeel 2 **on-gegrond**.

Den Haag, 24 juni 2021

Mr. A.C.M Fischer-Braams
Voorzitter

Mr. G.R. Werkman-Bouwkamp
Vicevoorzitter

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid