

Commissie van Aanbestedingsexperts

De klacht ziet op drie aanbestedingen onder een erkenningsregeling voor het sluiten van een overeenkomst voor prestatiegericht onderhoud ("PGO-contract") van spoorweginfrastructuur in drie contractgebieden.

Klachtonderdelen

De klacht van ondernemer bestaat uit 9 onderdelen. De Commissie acht klachtonderdelen 1 tot en met 4, 6 tot en met 8 **ongegrond, staakt de behandeling** van klachtonderdeel 5 en **schort de behandeling op** van klachtonderdeel 9.

Klachtonderdeel 1 – Indexering loonkosten

Aanbesteder heeft aannemelijk gemaakt dat het voor hem in deze situatie niet mogelijk is om eenvoudigweg aan te sluiten bij de cao RIS. De Commissie signaleert met ondernemer een (rest)risico dat ondernemer op grond van de cao Railinfrastructuur hogere kosten zal moeten maken dan op grond van de door aanbesteder van toepassing verklaarde CBS prijsindex. Ondernemer heeft niet aannemelijk gemaakt dat aanbesteder het genoemde (rest)risico beter zou kunnen beheersen dan ondernemer.

Klachtonderdeel 2 – Onredelijke kwalificatie UO/DOT/NUO

De Commissie overweegt dat een systeem waarbij de inschrijver een reële kans op een bonus maakt, naast een reële kans op een malus op zich niet disproportioneel is. Het enkele feit dat onder een voorgaand contract er mogelijk een hogere bonus behaald kon worden danwel een minder groot risico was op een boete (malus), maakt niet dat de huidige systematiek disproportioneel is.

Klachtonderdeel 3 – Disproportionele kwalificatie van een redundantie

Het kwalificeren van Onregelmatigheden betreffende redundant uitgevoerde systemen als UO of DOT, lijkt de Commissie op voorhand niet disproportioneel. Ondernemer stelt wel dat dat risico niet beheersbaar is, maar maakt vervolgens niet duidelijk waarom het risico van storingen daarbij niet met tijdig en deugdelijk onderhoud beheerst kan worden.

Klachtonderdeel 4 - Kwalificatie 'kortstondige Onregelmatigheden' niet transparant en disproportioneel

De kwalificatie van 'kortstondige Onregelmatigheden' is mede door de door aanbesteder gedane toevoegingen aan de aanbestedingsstukken voor de Commissie – en daarmee voor inschrijvers – duidelijk en transparant. De Commissie overweegt dat een systeem waarbij de inschrijver een reële kans op een bonus maakt, naast een reële kans op een malus op zich niet disproportioneel is. Het enkele feit dat onder een voorgaand contract er mogelijk een hogere bonus behaald kon worden danwel een minder groot risico was op een boete (malus), maakt niet dat de huidige systematiek disproportioneel is.

Klachtonderdeel 5 – Onredelijke risico-toerekening

Nu aanbesteder de uitleg die ondernemer geeft aan artikel 27 lid 1 AVPO bevestigt, behoeft dit klachtonderdeel door de Commissie niet verder te worden behandeld.

Klachtonderdeel 6 – Overkoepelend principe bij risico-toerekening ontbreekt

Ondernemer stelt dat aanbesteder in strijd met het transparantiebeginsel handelt, omdat in plaats van een opsomming van voorbeelden een overkoepelend principe had moeten worden geformuleerd en in strijd met het proportionaliteitsbeginsel, omdat door artikel 27.2 AVPO risico's bij opdrachtnemers worden gelegd die niet door hen kunnen worden beheerst of beïnvloed. De Commissie constateert dat partijen het overkoepelend principe op gelijke wijze uitleggen, namelijk dat er geen risico's bij ondernemer mogen worden neergelegd die hij niet kan beheersen of beïnvloeden. Ten aanzien van het proportionaliteitsbeginsel acht de Commissie die klachtonderdeel ongegrond, nu ondernemer verder niet concreet onderbouwd heeft waarom (de aanpassing op) artikel 27.2 AVPO tot voor hem niet beheersbare of beïnvloedbare risico's leidt.

Klachtonderdeel 7 – Onjuiste risicocallocatie verborgen gebreken

Vanwege het leereffect neemt de Commissie dit klachtonderdeel in behandeling. Aanbesteder heeft risico X (het restrisico dat overbleef nadat aanbesteder met inachtneming van Voorschrift 3.9D het risico voor de inschrijvers had gelimiteerd) bij de juiste partij gealloceerd.

Klachtonderdeel 8 – Beperking art 19.3 AVPO onredelijk en disproportioneel

De Commissie overweegt dat aanbesteder in de elfde nota van inlichtingen het in geschil zijnde eigen risico van 5% heeft gelimiteerd tot maximaal 1 onvoorziene omstandigheid per jaar. Nu ondernemer niet onderbouwt waarom de wijziging (nog steeds) onredelijk en disproportioneel zou zijn, acht de Commissie dit klachtonderdeel ongegrond.

Klachtonderdeel 9 – Ontbreken volledige storingsdatabase

Aanbesteder heeft toegezegd de nog ontbrekende informatie zo spoedig mogelijk te verstrekken. Wanneer die informatie desondanks niet tijdig vóór inschrijving wordt verstrekt, kan ondernemer dit klachtonderdeel nogmaals aan de orde stellen bij de Commissie die het alsdan met voorrang en versneld zal behandelen.

Advies 671

1. Feiten

- 1.1. Aanbesteder, een speciale-sectorbedrijf, heeft op 3 maart 2022 een aantal erkende aannemers uitgenodigd om in te schrijven op drie aanbestedingen onder een erkenningsregeling voor het sluiten van een overeenkomst voor prestatiegericht onderhoud ("PGO-contract") van spoorweginfrastructuur in drie contractgebieden. De systematiek van de drie aanbestedingen is identiek. Om die reden volstaat de Commissie met enkele citaten uit de aanbestedingsstukken van één aanbesteding.

Wat houdt een PGO-contract in?

Bij een PGO-contract krijgt de onderhoudsaannemer voor het overeengekomen onderhoud een vaste maandelijkse vergoeding waarvoor hij in beginsel alle problemen (in de PGO-overeenkomsten Afwijkingen en Onregelmatigheden genoemd) die zich op het desbetreffende deel van het spoorweginfrastructuur kunnen voordoen, moet voorkomen. Als zich al wel problemen voordoen, dan moet de onderhoudsaannemer naar de spoorweginfrastructuur om deze te verhelpen.

Van een Afwijking is sprake indien de contractuele afspraken over onder andere de beschikbaarheid en betrouwbaarheid, veiligheid en duurzaamheid van de spoorweginfrastructuur niet worden nageleefd door de onderhoudsaannemer. Van een Onregelmatigheid is bijvoorbeeld sprake in het geval van een defect sein. Er zijn drie gevalstypen van Onregelmatigheid te onderscheiden: Urgente Onregelmatigheid ("UO"), een Dringende Onregelmatigheid met Tijdsafpraak ("DOT") of een Niet-Urgente Onregelmatigheid ("NUO").

Al de te verhelpen Onregelmatigheden zijn in beginsel voor rekening en risico van de onderhoudsaannemer. De onderhoudsaannemer kan trachten het (preventieve) spooronderhoud zo uit te voeren dat het aantal Onregelmatigheden zo beperkt mogelijk blijft. Ter beperking van het aantal Onregelmatigheden is een bonus/malusregeling in de PGO-overeenkomsten opgenomen. De onderhoudsaannemer die op de aanbestedingsprocedure inschrijft, kan door een aantal Onregelmatigheden per jaar aan te bieden dat lager ligt dan het maximum aantal in de vraagspecificatie van aanbesteder, een fictieve korting op de inschrijfsom verdienen. In het PGO-contract met de onderhoudsaannemer aan wie de opdracht wordt gegund, wordt dat aantal Onregelmatigheden opgenomen. Daaraan wordt een bonus/malusregeling gekoppeld: bij een overschrijding van het overeengekomen aantal volgt een boete, bij minder Onregelmatigheden dan het overeengekomen aantal volgt een bonus.

- 1.2. Tot voor kort waren er vier erkende spooraannemers en ondernemer heeft vele jaren ervaring met contracten voor spooronderhoud van aanbesteder.

Relevante passages uit de aanbestedingsstukken

- 1.3. In de Aanbestedingsleidraad versie 31 maart 2022 wordt onder meer het volgende meegedeeld:

'Op deze aanbesteding is de ARN2016versie 1.0, d.d. 1 juli 2016 van toepassing. [Aanbesteder] volgt voor de aanbesteding van de Onderhoudswerkzaamheden een

niet-openbare procedure volgens Deel II van het Aanbestedingsreglement Nutssectoren 2016: ARN2016versie 1.0, d.d. 1 juli 2016.'

- 1.4. In de Overeenkomst Prestatiegericht Onderhoud van 3 maart 2022 staan de volgende bepalingen:

'3.2 De Opdrachtnemer verplicht zich met aanvaarding van deze opdracht om de Infrastructuur in de, in de Vraagspecificatie gespecificeerde, vereiste conditie te houden. Deze verplichting gaat in op 1 maart 2023 en rust op de Opdrachtnemer tot beëindiging van deze Overeenkomst of het verstrijken van 5 jaren na aanvang van deze verplichting.

(...)

14.1 Kosten voor herstel van een Afwijking waarvan de oorzaak ligt in een situatie die al bestond bij aanvang van de Overeenkomst, doch welke niet had kunnen worden opgemerkt door Opdrachtnemer zonder destructief onderzoek of graafwerkzaamheden, komen ten hoogste voor Euro 10.000,- Euro voor rekening en risico Opdrachtnemer. Noodzakelijke te maken kosten boven de Euro 10.000,- worden verrekend conform Artikel 19 AVPO.'

- 1.5. In de Algemene Voorwaarden voor het Prestatiegericht Onderhoud van 28 februari 2022 ("AVPO") bevatten onder meer de volgende bepalingen:

'12.3 De Opdrachtnemer is gedurende een termijn van 3 maanden na afronding van de Mobilisatie bevoegd de Infrastructuur te onderzoeken teneinde te beoordelen of de Infrastructuur voldoet aan de eisen met betrekking tot veiligheid, duurzaamheid en omgevingsbeheer zoals deze zijn vastgelegd in de Vraagspecificatie. Voor Infrastructuur die op basis van voorgeschreven standtijd moet worden vervangen, geldt niet de voornoemde termijn van 3 maanden maar een termijn van 12 maanden na afronding van de Mobilisatie. Eventuele uitzonderingen op deze termijnen zijn opgenomen in de Overeenkomst. Indien in de Overeenkomst nader is toegelicht in welke conditie de Infrastructuur zal zijn bij afloop van de Mobilisatie, dan prevaleren die bepalingen boven de Vraagspecificatie bij het vaststellen of de Infrastructuur voldoet aan de eisen zoals hiervoor benoemd.

Opdrachtnemer zal zijn bevindingen in de 3 maanden (12 maanden voor genoemde standtijdvervangingen) na afronding van de Mobilisatie melden aan [Aanbesteder], zoveel als redelijkerwijs mogelijk gefaseerd, tenzij de in de Overeenkomst andere termijnen worden toegestaan. Het aantoonbaar maken van het bestaan van bevindingen die volgens de Opdrachtnemer kwalificeren als Afwijkingen geschiedt door middel van een volledig ingevuld format, dat verstrekt is als Aanbestedingsdocument, en bijbehorende gevraagde informatie. Een Afwijking waarvan niet de volledige of niet juiste informatie wordt aangeleverd, wordt niet in behandeling genomen door [Aanbesteder] en geldt als niet bestaand.

(...)

19.1 Behoudens het bepaalde in artikel 18 heeft Opdrachtnemer recht op kostenvergoeding in de volgende gevallen:

- a) de Overeenkomst daar uitdrukkelijk in voorziet, onder de voorwaarde dat de extra kosten hun oorzaak vinden in een omstandigheid die niet aan Opdrachtnemer kan worden toegerekend.
- b) kosten hun oorzaak vinden in een omstandigheid waarvoor [Aanbesteder] krachtens de Overeenkomst verantwoordelijk is en waartegen de Opdrachtnemer op grond van artikel 7 lid 3 niet behoefde te waarschuwen.
- c) zich een omstandigheid voordoet waarin de Overeenkomst niet voorziet.

(..)

19.3 Indien zich één of meerdere omstandigheden voordoen als bedoeld in het eerste lid sub c, heeft Opdrachtnemer enkel recht op kostenvergoeding indien en voor zover de kostenvergoeding per omstandigheid meer bedraagt dan 5% van het Maandbedrag.

(...)

27.1 De Opdrachtnemer is volledig verantwoordelijk, voor eigen rekening en risico, voor het voorkomen van, voor de gevolgen van, en het herstel van Onregelmatigheden conform het beschrevene in de Vraagspecificatie. Uitzondering op deze bepaling zijn de Onregelmatigheden benoemd in lid 2.

27.2 De Opdrachtnemer is in het kader van de Overeenkomst niet verantwoordelijk en risicodragend voor Onregelmatigheden indien deze worden veroorzaakt door:

- Infrastructuur die blijkens de Overeenkomst niet door Opdrachtnemer onderhouden hoeft te worden;
- opdrachtnemers van [Aanbesteder] in het kader van functiehandhaving en functiewijziging van Infrastructuur ('[Aanbesteder] Projecten'), tenzij de handeling die de Onregelmatigheid veroorzaakt langer dan 3 maanden is geleden;
- opdrachtnemers van [Aanbesteder] in het kader van onderhoudsdiensten ('[Aanbesteder] Assetmanagement') aanvullend op het onderhoud in het kader van de Overeenkomst, tenzij de handeling die de Onregelmatigheid veroorzaakt langer dan 3 maanden is geleden. Onregelmatigheden veroorzaakt door slijpsel e.d. veroorzaakt door het slijpen van sporen en wissels zijn wel voor risico van Opdrachtnemer;
- exploitanten van de Infrastructuur ("vervoerders") voor zover Onregelmatigheden blijkens de Vraagspecificatie niet toe te rekenen zijn aan Opdrachtnemer;
- handelingen van [Aanbesteder] of derden namens [Aanbesteder];
- het betreden van de Infrastructuur door personen (spoorlopers, suicide, aanrijdingen) mits de aanwezige afschermingsmaatregelen in de vereiste conditie zijn;
- dieren, tenzij het schoonhouden van [Aanbesteder] eigendommen de Onregelmatigheid zou hebben voorkomen en afschermingsconstructies op orde zijn;
- beschadiging van de Infrastructuur door derden, onder derden niet begrepen de hiervoor genoemde exploitanten van de Infrastructuur ("vervoerders");
- objecten van derden, onder derden niet begrepen de hiervoor genoemde exploitanten van de Infrastructuur ("vervoerders"), die de (juiste) werking van de Infrastructuur onmogelijk maken. "Muntjes op het spoor en soortgelijke verstoring van elektrische systemen" zijn wel voor risico van Opdrachtnemer;
- milieuverontreiniging door derden, waaronder niet begrepen zwerfafval als oorzaak;
- weersomstandigheden die blijkens de Vraagspecificatie niet toe te rekenen zijn aan Opdrachtnemer;
- sneeuw en ijs voor alle UO's en DOT's boven het aantal van 20 stuks per jaar, mits voorzieningen bedoeld voor de bescherming tegen gevolgen van sneeuw en ijs in correcte conditie verkeren;
- wateroverlast die te overvloedig is om tijdig afgevoerd te kunnen worden door in correcte conditie verkerende aanwezige drainagevoorzieningen en -mogelijkheden.'

1.6. In Appendix 1 bij de Vraagspecificatie wordt onder meer het volgende bepaald:

'Ook wordt een codering 4 vermeld indien een Onregelmatigheid kortstondig lijkt te zijn én [Aanbesteder] verwacht dat de Onregelmatigheid als definitief verholpen

kan worden verondersteld. Opdrachtnemer hoeft dan niet te komen binnen een tijdsafspraken voor het verhelpen van de Onregelmatigheid.'

En op pagina 16:

'De wijze van classificeren in deze appendix, met in aanvulling hetgeen is gesteld in appendix 3, is een bindend uitgangspunt voor het voldoen aan de contractuele verplichtingen door Opdrachtnemer.'

- 1.7. Ondernemer heeft op 13 april 2022 bij het klachtenmeldpunt van aanbesteder een twaalfstal klachten ingediend.
- 1.8. Op 26 april 2022 heeft ondernemer bij vier klachten een aanvulling ingediend.
- 1.9. Op 13 mei 2022 heeft het klachtenmeldpunt vijf klachtonderdelen (deels) terecht verklaard en aanbesteder een aantal aanbevelingen gedaan. Aanbesteder stelt dat hij die aanbevelingen heeft opgevolgd en een aantal wijzigingen in de aanbestedingsstukken heeft doorgevoerd.
- 1.10. In de Nota van Inlichtingen van 9 juni 2022 zijn, onder meer, de volgende vragen en antwoorden opgenomen:
 - 1.10.1. Vraag 469: 'Het Ministerie heeft de Rail CAO Algemeen Verbindend Verklaard (AVV). Op welke wijze toetst [Aanbesteder] in de Aanbiedingsfase de Inschrijvingen van Gegadigden en gedurende de uitvoering van de Overeenkomst of deze verplichting wordt nageleefd? Indien U dit niet kunt verklaren kunt u aangeven op welke wijze deze bindende regelgeving wordt getoetst/gehandhaafd zodat een level playing field te wordt gecreëerd?'
- Antwoord: 'Het is uiteraard aan de werkgever zelf om zich aan de CAO te houden. Afgezien daarvan kunt u teruglezen in de erkenningsregeling dat het naleven van de AVV CAO een voorwaarde is erkend te zijn en blijven.'
- 1.11. Op 28 juni 2022 heeft ondernemer een klacht ingediend bij de Commissie. Deze klacht omvat negen onderdelen, waarbij over een aantal bij het klachtenmeldpunt ingediende onderdelen niet langer geklaagd wordt.
- 1.12. Op 13 juli 2022 heeft ondernemer op verzoek van de Commissie een toelichting gegeven op klachtonderdeel 2.
- 1.13. Op 27 juli 2022 heeft aanbesteder een elfde nota van inlichtingen gepubliceerd. In die nota zijn, onder meer, de volgende mededelingen opgenomen:
 - 1.13.1. Mededeling: '[Aanbesteder] zal het verzoek om te indexeren op basis van de CAO Railinfrastructuur niet honoreren, maar de genoemde CBS indexen handhaven. Dit omdat een directe koppeling met een specifieke branche CAO aanleiding kan geven tot ongewenste onderlinge beïnvloeding van prijsontwikkelingen.

(...)

Toelichting met betrekking tot risico's voor Opdrachtnemer
- Artikel 27.2 AVPO, aandachtsstreepje 9 wordt gewijzigd in: - *objecten van derden, onder derden niet begrepen de hiervoor genoemde exploitanten van de Infrastructuur ("vervoerders"), die de (juiste) werking van de Infrastructuur onmogelijk maken. "Muntjes en andere kortsluitende voorwerpen op de Infrastructuur waardoor T.O.B.S. ontstaat" zijn wel voor risico van Opdrachtnemer;*
- Artikel 14 Overeenkomst wordt gewijzigd. Het eigen risico voor Opdrachtnemer

van Euro 10.000,- wordt gemaximeerd tot maximaal 5 voorvallen per jaar waarin een eigen risico van toepassing zal zijn.
- Artikel 19.3 AVPO wordt gewijzigd. Het eigen risico van 5% is voor slechts 1 onvoorziene omstandigheid per jaar van toepassing.'

- 1.14. Tevens zijn bij die nota een drietal gewijzigde aanbestedingsstukken gevoegd.
- 1.15. Op 28 juli 2022 heeft aanbesteder aan de Commissie per brief een toelichting gestuurd op de elfde nota van inlichtingen en aangegeven dat hiermee een deel van de klachten zou zijn opgelost.
- 1.16. Op 12 augustus 2022 heeft ondernemer naar aanleiding van de elfde nota van inlichtingen aan de Commissie een aanvulling op klachtonderdelen 2 en 4 gestuurd.
- 1.17. Naar aanleiding van de brief van de advocaat van aanbesteder heeft de Commissie aan ondernemer gevraagd welke klachtonderdelen hij handhaaft. Per e-mail van 22 augustus 2022 heeft de advocaat van ondernemer geantwoord dat alle klachtonderdelen gehandhaafd blijven en dat alleen klachtonderdeel 9 deels is opgelost.
- 1.18. Aanbesteder heeft op 21 september 2022 een reactie ingediend (zie paragraaf 4 hierna). Op 5 oktober 2022 heeft de Commissie onderhavig advies aan partijen toegestuurd.

2. Beschrijving klacht en onderbouwing

2.1. Klachtonderdeel 1

Aanbesteder heeft een indexeringsregeling verstrekt en de klacht betreft het onderdeel loonkosten. Aanbesteder heeft bij het techniekveld beveiliging een prijsindexering van de loonkosten gebaseerd op de cao lonen Metaal en elektro industrie en bij de overige techniekvelden op de cao lonen Nijverheid en energie. De spoor-aannemers moeten echter de cao Railinfrastructuur (RIS) toepassen. De cao RIS voorziet in een bepaalde jaarlijkse salarisverhoging. De verstrekte indexeringsregeling sluit voor wat betreft de loonkosten derhalve niet aan op de door aanbesteder zelf voorgescreven cao. Hierdoor loopt opdrachtnemer het risico dat de indexering voor de loonkosten op grond van het PGO-contract minder zal zijn dan waartoe hij op grond van de cao RIS is gehouden. Hierdoor heeft aanbesteder een risico bij de inschrijvers neergelegd die dat niet kunnen beheersen of beïnvloeden, wat in strijd is met Voorschrift 3.9A Gids Proportionaliteit. Ondernemer stelt dat aanbesteder een indexeringsregeling dient te hanteren waarbij de indexering van de loonkosten is gebaseerd op de cao Railinfrastructuur.

2.2. Klachtonderdeel 2

- 2.2.1. In zijn klacht bij de Commissie schrijft ondernemer onder meer het volgende:

'Ten opzichte van de bestaande contracten (PGO 3.0) heeft [Aanbesteder] in de PGO 4.0 contracten de inhoudelijke definities van de begrippen UO, DOT en NUO geschrapt. Die definities voorzagen in een onderscheid op basis van urgentie, waarbij achteraf – op basis van alle relevante feiten en omstandigheden – werd bepaald wat die urgentie was. In plaats daarvan wordt de kwalificatie van een Onregelmatigheid als UO, DOT of NUO nu in eerste instantie bepaald op basis van appendix 3 van Document 01. Die appendix bevat echter geen regel voor de kwalificatie maar een lijst met voorbeelden. Die voorbeelden zijn telkens gekwalificeerd op grond van de prioriteit die vooraf door de meldkamer ([Aanbesteder]) aan de desbetreffende melding is toegekend. Het is echter goed mogelijk – dat komt in de praktijk ook regelmatig voor – dat die prioriteit achteraf gezien onjuist blijkt te

zijn, wanneer alle relevante feiten en omstandigheden bekend zijn. Deze systematiek is onredelijk, disproportioneel en onvoldoende transparant. Een onjuiste kwalificatie heeft vanwege de bonus/malus-systematiek direct financiële consequenties voor de Opdrachtnemer: een UO is veel meer "geld waard" dan een NUO. Alleen als een Onregelmatigheid niet past binnen één van de voorbeelden uit appendix 3, wordt de kwalificatie bepaald op basis van een stroomschema uit appendix 1 bij Document 01. Dat stroomschema bevat echter evenmin een overkoepelend principe met betrekking tot de kwalificatie.'

- 2.2.2. Nadat de Commissie hem om een toelichting op dit klachtonderdeel heeft gevraagd, schrijft ondernemer het volgende:

'De kern van klachtonderdeel 2 is dat [Aanbesteder] de kwalificatie van Onregelmatigheden niet meer objectief baseert op een werkelijke, "gedefinieerde" urgentie (urgent: UO, dringend: DOT of niet urgent: NUO), maar op de subjectieve prioriteit die de meldkamer ter plekke aan de desbetreffende melding heeft gegeven (zie appendix 3 waaruit blijkt dat de prioriteit bepalend is), dan wel op een achterhaald stroomschema (zie appendix 1). [Aanbesteder] schendt hiermee het proportioneelheidsbeginsel (art. 1.10 Aw) en het transparantiebeginsel (art. 1.9 Aw).

- 2.2.3. Naar aanleiding van de wijzigingen in de elfde Nota van Inlichtingen schrijft ondernemer op 12 augustus aan de Commissie het volgende:

'Als gevolg van deze aanpassingen, is bij de voorbeelden uit appendix 3 de prioriteit van de melding niet langer bepalend voor de kwalificatie van de Onregelmatigheid als UO/DOT dan wel als NUO. Een voorbeeld is volgens de gewijzigde versie immers ófwel altijd een UO/DOT (zoals voorbeelden 1 t/m 3 en 20) ófwel altijd een NUO (zoals voorbeelden 33 en 34). Daarmee vervalt het bezwaar van [Ondernemer] dat de willekeurig door [Aanbesteder] toe te kennen prioriteit van de melding doorslaggevend is voor de kwalificatie van de Onregelmatigheid als UO/DOT resp. NUO.

Echter, deze nieuwe systematiek is naar de aard onverminderd onredelijk en disproportioneel, omdat nagenoeg elke Onregelmatigheid onmiddellijk een UO/DOT oplevert en derhalve tot een lagere bonus leidt, c.q. een hogere malus. Het gaat in casu echter om de toestand van bestaande spoorinfrastructuur die in gebruik is en het is een vaststaand feit dat daar Onregelmatigheden zullen optreden. Door elke Onregelmatigheid, ongeacht de omstandigheden, als een tekortkoming van de opdrachtnemer aan te merken, wordt een onredelijke norm toegepast waarop de opdrachtnemer niet kan sturen en die geen ruimte meer biedt voor de feitelijke nuances uit de praktijk.'

2.3. Klachtonderdeel 3

- 2.3.1. 'In appendix 1 bij Document 01 staat dat indien "een redundantie" in de Infrastructuur wegvalt, sprake is van een UO/DOT. Een redundant systeem betreft een systeem met 'overtollige' voorzieningen die maken dat een eventuele uitval kan worden opgevangen. Een voorbeeld van redundantie is dat er drie schakelaars op een apparaat zijn aangebracht, terwijl er maar een nodig is. Als de eerste kapot gaat, kan de andere nog worden benut én is er nog steeds een reserveschakelaar aanwezig. Op basis van de nieuwe systematiek van [aanbesteder] is dan echter onmiddellijk sprake van een UO/DOT. Als er meerdere redundanties zijn, het systeem functioneert en urgent herstel daarom niet acuut geboden is, is het disproportioneel om het wegvallen van "een redundantie" reeds aan te merken als een UO/DOT. In dat geval wordt er een malus opgelegd, terwijl het systeem werkt en er geen dreiging is voor het treinverkeer of de functionaliteit van de Infrastructuur als geheel.'

2.3.2. Uiteindelijk gaat het erom dat als er niet direct of spoedig functieherstel nodig is omdat er meerdere redundanties zijn, er geen sprake is van een UO of DOT maar van een NUO.

2.3.3. De stelling van aanbesteder dat ondernemer bij het opstellen van zijn aanbieding "maar een prijsopslag moet hanteren in haar storingsaanbod" om daarmee rekening te houden met Onregelmatigheden die onnodig als UO/DOT worden gekwalificeerd, kan de disproportionaliteit daarvan niet wegnemen. Met een prijsopslag beheerst of beïnvloedt de inschrijver het risico niet, omdat het risico zelf in aard en omvang ongewijzigd en onbeheersbaar blijft. Aanbesteder dient de aanbestedingsstukken zodanig aan te passen dat de daadwerkelijke vereiste urgentie van het herstel bepalend is voor de kwalificatie van een Onregelmatigheid en de bijbehorende berekening van de bonus/malus. Dat geldt ook bij het wegvallen van een redundantie.

2.4. Klachtonderdeel 4

2.4.1. In zijn klacht bij de Commissie schrijft ondernemer het volgende:

'Volgens appendix 1 bij Document 01 is een Onregelmatigheid een NUO als deze kortstondig lijkt te zijn én [Aanbesteder] verwacht dat de Onregelmatigheid als definitief verholpen kan worden verondersteld. In alle andere gevallen kan sprake zijn van een UO/DOT. Het is disproportioneel om op deze manier de verwachting van [Aanbesteder] bepalend te laten zijn, in plaats van de feitelijke situatie. Achteraf kan immers worden vastgesteld of de Onregelmatigheid inderdaad eenmalig was of niet, én of urgent functieherstel nodig was.'

2.4.2. Na de wijzigingen die bij de elfde nota van inlichtingen bekend gemaakt zijn, schrijft ondernemer als aanvulling op dit klachtonderdeel onder meer het volgende:

'Met NvI 11 komt daar bij dat [Aanbesteder] in appendix 1 van Document 01 het volgende heeft toegevoegd:

"De kortstondigheid of het reeds verholpen zijn van een Onregelmatigheid is niet van belang bij het classificeren van de Onregelmatigheid als UO, DOT of NUO. Van belang is de aard van de Onregelmatigheid zoals deze aanvangt."

Een voorbeeld van een kortstondige storing is een wissel dat na het omzetten geen goed contact maakt ("niet in controle komt"), maar na nóg een keer omzetten wel. Dit komt in de praktijk vaak voor en in die gevallen is er geen herstel nodig. Dat komt pas aan de orde als dat wissel die karakteristiek frequent vertoont of ook na een tweede keer omzetten nog steeds niet "in controle komt". Als geen herstel nodig is en evenmin sprake is van treinhinder, kwalificeren dergelijke situaties onder de PGO 3.0 contracten dan ook als NUO.

Op basis van de nieuwe toevoeging in appendix 1 zal echter in al die gevallen volgens [Aanbesteder] geen acht worden geslagen op het kortstondige karakter van de storing en zal sprake zijn van een UO/DOT.

(...)

Daarnaast zijn de twee zinnen uit de geciteerde toevoeging onderling tegenstrijdig. Volgens [Aanbesteder] is de "aard van de Onregelmatigheid zoals deze aanvangt" bepalend. Het feit of het een kortstondige storing betreft of een veel wezenlijker storing maakt onderdeel uit van de aard ervan (bijvoorbeeld: of het een kwestie is van het wissel nogmaals omzetten of dat er een onderliggend probleem is dat

urgent herstel vergt). Het is dan ook tegenstrijdig dat [Aanbesteder] tegelijkertijd meent dat de kortstondigheid niet van belang is. De toevoeging is daarmee niet alleen disproportioneel, maar tevens in strijd met het transparantiebeginsel.'

2.5. Klachtonderdeel 5

- 2.5.1. Ondernemer leest artikel 27.1 AVPO zo dat werkzaamheden die op grond van de Vraagspecificatie buiten de scope van de opdrachtnemer vallen, ook buiten deze 'volledige verantwoordelijkheid' vallen. Daarnaast gaat het begrip 'volledig verantwoordelijk' in de ogen van ondernemer niet verder dan tot die Onregelmatigheden die redelijkerwijze tot de reikwijdte van de overeenkomst te rekenen zijn. Aanbesteder wil deze uitleg echter niet bevestigen en lijkt van mening te zijn dat de opdrachtnemer verantwoordelijk is voor onderhoud dat door een nevenaannemer kan en moet worden uitgevoerd. Ondernemer is van mening dat storingen aan een object die binnen de scope vallen en die worden veroorzaakt door een object dat eveneens binnen de scope valt, niet zonder meer voor risico van de Opdrachtnemer kunnen komen. Voor diverse objecten geldt namelijk dat deze ook tot de scope van een opdracht aan een nevenaannemer behoren en de facto niet door de PGO-opdrachtnemer (kunnen) worden onderhouden. Het is dan ook onredelijk en disproportioneel om een Onregelmatigheid die wordt veroorzaakt door iets dat alléén een nevenaannemer kan herstellen voor risico van de opdrachtnemer te laten komen.
- 2.5.2. Het klachtenmeldpunt van aanbesteder heeft weliswaar een en ander beantwoord, maar ondernemer heeft onvoldoende zekerheid dat bij de uitvoering van de opdracht aanbesteder inderdaad de uitleg van zijn klachtenmeldpunt zal volgen, nu die uitleg niet c.q. onvoldoende duidelijk uit de huidige aanbestedingsstukken blijkt. Om die reden ziet ondernemer zich genoodzaakt om deze deelklacht zekerheidshalve toch aan de Commissie voor te leggen. Indien aanbesteder in zijn reactie op de klacht toezegt inderdaad de uitleg van het klachtenmeldpunt te zullen volgen (zoals ondernemer deze interpreteert), dan behoeft deze deelklacht geen nadere inhoudelijke behandeling meer door de Commissie.

2.6. Klachtonderdeel 6

- 2.6.1. 'Op grond van art. 27.1 AVPO is het uitgangspunt dat het voorkomen en herstellen van Onregelmatigheden voor risico van de Opdrachtnemer komt. Art. 27.2 AVPO bevat een opsomming van uitzonderingen op dat uitgangspunt, die is toegelicht in appendix 3 van Document 01. De opsomming uit art. 27.2 AVPO betreft enkel voorbeelden, terwijl het veel duidelijker en proportioneel zou zijn om een overkoepelend principe (lees: een definitie en/of regel) te formuleren.'
- 2.6.2. Het overkoepelende principe zou hier volgens ondernemer eenvoudig zijn vast te stellen, bijvoorbeeld: "Het is disproportioneel om risico's bij de Opdrachtnemer te leggen die hij niet kan beheersen of beïnvloeden" (voorschrift 3.9 A Gids Proportionaliteit). Om die reden zou aanbesteder moeten bepalen dat Onregelmatigheden waarvan de oorzaak buiten de invloedssfeer van de Opdrachtnemer ligt, op grond van art. 27.2 AVPO niet aan hem kunnen worden toegerekend en derhalve voor risico van aanbesteder komen. De Opdrachtnemer kan deze Onregelmatigheden immers niet voorkomen met preventief onderhoud of andere werkzaamheden.'
- 2.6.3. 'Een voorbeeld hiervan is dat in art. 27.2 AVPO het volgende staat: "Muntjes op het spoor en soortgelijke verstoring van elektrische systemen' zijn wel voor risico van Opdrachtnemer". Nog los van het feit dat het onduidelijk is wat moet worden gezien als 'soortgelijke verstoring', geldt dat het risico dat een derde een muntje op het spoor legt niet kan worden beheerst of beïnvloed door de Opdrachtnemer.'

Het is niet reëel om van de Opdrachtnemer bijvoorbeeld te verwachten dat hij overal het spoor permanent laat bewaken en/of afschermt met hekken. Het is derhalve disproportioneel om dit risico bij de Opdrachtnemer te leggen’.

2.6.4. Het klachtenmeldpunt van aanbesteder geeft aan ‘dat uitzonderingen die worden genoemd in art. 27.2 AVPO zo moeten worden uitgelegd dat omstandigheden waarop Opdrachtnemer met haar preventief onderhoud geen enkele invloed op kan uitoefenen, niet voor rekening en risico van Opdrachtnemer komen, “tenzij expliciet is bepaald dat dergelijke Onregelmatigheden wel voor rekening en risico van Opdrachtnemer komen”’. De uitzondering uit de laatste zinsnede is volgens ondernemer echter rechtstreeks in strijd met voorschrift 3.9 A van de Gids Proportionaliteit. Aanbesteder dient de aanbestedingsstukken zodanig aan te passen dat duidelijk is dat Onregelmatigheden waarvan de oorzaak buiten de invloedssfeer van de Opdrachtnemer ligt, op grond van art. 27.2 AVPO niet aan hem kunnen worden toegerekend en derhalve – zonder uitzondering – voor risico van aanbesteder komen.

2.7. Klachtonderdeel 7

2.7.1. ‘De regeling in art. 14 Overeenkomst voor verborgen gebreken stelt dat van ieder verborgen gebrek de eerste EUR 10.000 aan herstelkosten voor rekening van de Opdrachtnemer komt. [Aanbesteder] overweegt dit bedrag te maximaliseren (zie antwoord op vraag 180) maar is kennelijk niet bereid om dit bedrag geheel te schrappen. Daarmee handelt zij disproportioneel. Het betreft immers een niet van tevoren te beheersen c.q. in te calculeren risico. Er kan bij inschrijving geen inschatting gemaakt worden van het aantal ‘verborgen gebreken’ dat in het contractgebied aanwezig is. De volledige kosten van een verborgen gebrek zouden derhalve voor rekening van [Aanbesteder] moeten komen. De regeling in art. 14 Overeenkomst voor verborgen gebreken is nieuw ten opzichte van PGO 3.0. Een duidelijke definitie van het begrip “verborgen gebrek” ontbreekt overigens.’

2.7.2. ‘Het doorberekenen van een deel van de kosten voor verborgen gebreken aan de Opdrachtnemer is om voornoemde redenen in strijd met voorschrift 3.9 A van de Gids Proportionaliteit.’

2.7.3. ‘[Aanbesteder] dient in art. 14 Overeenkomst te schrappen dat van ieder verborgen gebrek de eerste EUR 10.000 aan herstelkosten voor rekening van de Opdrachtnemer komt, althans dat te beperken tot verborgen gebreken die de Opdrachtnemer in redelijkheid had kunnen constateren gedurende de daarvoor toepasselijke termijn uit art. 12.3 AVPO.’

2.8. Klachtonderdeel 8

2.8.1. ‘Art. 19.1 AVPO voorziet in een recht van de Opdrachtnemer op kostenvergoeding in geval “*zich een omstandigheid voordoet waarin de Overeenkomst niet voorziet*”. Art. 19.3 AVPO bepaalt echter dat de Opdrachtnemer alsdan enkel recht heeft op kostenvergoeding “*indien en voor zover de kostenvergoeding per omstandigheid meer bedraagt dan 5% van het Maandbedrag*”. De eerste 5% van de kosten van een onvoorziene omstandigheid komt dus telkens voor rekening van de Opdrachtnemer. [Ondernemer] acht deze beperking in art. 19.3 AVPO onredelijk en disproportioneel. Het betreft immers naar de aard onvoorziene omstandigheden die de Opdrachtnemer niet kan verdisconteren in zijn inschrijving en ook niet kan beheersen of beïnvloeden.

2.9. Klachtonderdeel 9

- 2.10. '[Aanbesteder] heeft aan de inschrijvers een storingsdatabase verstrekt met de historische storingsen. Het betreft een 'dump' uit het SAP-systeem van [Aanbesteder]. De dump is echter niet compleet. Zo heeft [Aanbesteder] niet de kolom met een toelichting op de verrichte handelingen ("(korte) ltxt TOVH") gedeeld. De destijds toegepaste herstelmaatregelen en het effect daarvan zijn echter relevant voor de inschrijvers om een goede oorzaakanalyse te kunnen uitvoeren en eventueel beheersmaatregelen te kunnen bepalen, teneinde te komen tot een goede en onderbouwde aanbidding. In de huidige situatie beschikt ten onrechte alleen de zittende Opdrachtnemer over alle relevante informatie, hetgeen tot een onrechtmatige voorsprong leidt.'

3. Reactie aanbesteder

- 3.1. Aanbesteder en daarmee dus ook de onderhoudsaannemers (waaronder [Ondernemer]) werken sinds 2007 met een nieuwe systematiek, namelijk de systematiek van Prestatiegericht Onderhoud (PGO). Stapsgewijs zijn alle contractgebieden in de afgelopen jaren van OPC naar PGO gegaan.
- 3.2. Bij een PGO-contract krijgt de onderhoudsaannemer een vaste maandelijkse vergoeding waarvoor hij in beginsel alle problemen (in de PGO-overeenkomsten Afwijkingen en Onregelmatigheden genoemd) die zich op het desbetreffende deel van het spoorweginfrastructuur kunnen voordoen, moet voorkomen. Als zich al wel problemen voordoen, dan moet de onderhoudsaannemer naar de spoorweginfrastructuur om deze te verhelpen.
- 3.3. Aanbesteder maakt onderscheid tussen een Urgente Onregelmatigheid ("UO"), een Onregelmatigheid met Tijdsafpraak ("DOT") en een Niet-Urgente Onregelmatigheid ("NUO").
- 3.4. De onderhoudsaannemer kan trachten het (preventieve) spooronderhoud zo uit te voeren dat het aantal Onregelmatigheden zo beperkt mogelijk blijft. Ter beperking van het aantal Onregelmatigheden is een bonus/malusregeling in de PGO-overeenkomsten opgenomen. De onderhoudsaannemer die op de aanbestedingsprocedure inschrijft, kan door een aantal Onregelmatigheden per jaar aan te bieden dat lager ligt dan het aantal in de vraagspecificatie een fictieve korting op de inschrijfsom verdienen. In de PGO-overeenkomst wordt dat aantal Onregelmatigheden opgenomen en daaraan wordt een bonus/malusregeling gekoppeld.
- 3.5. Tegen deze systematiek zijn in kort geding bezwaren gemaakt door drie spooraanbidders, welke bezwaren door de voorzieningenrechter Midden-Nederland zijn afgewezen in zijn vonnis van 8 januari 2016 (ECLI:NL:RBMNE:2016:104).
- 3.6. Klachtonderdeel 1
- 3.6.1. Aanbesteder verwijst naar de zienswijze van het Klachtenmeldpunt, dat onder meer overweegt 'dat de verwijzing naar de cao Nijverheid en Energie een verwijzing is naar een categorie die is samengesteld uit de volgende categorieën:
B – Winnen van delfstoffen
C – Industrie
D – Productie en distributie van en handel in elektriciteit, aardgas, stoom en gekoelde lucht
E – Winning en distributie van water; afval- en afvalwaterbeheer en sanering
F – Bouwnijverheid
CBS hanteert geen afzonderlijke categorie voor de cao Railinfrastructuur, zodat [Aanbesteder] in overleg met CBS is aangesloten bij het prijsindexcijfer voor de categorie Nijverheid en Energie. [Aanbesteder] heeft opgemerkt dat zij hier niet

mee heeft beoogd Onderhoudsaannemers te laten afwijken van de voor hen toepasselijke cao Railinfrastructuur.

Gelet op het voorgaande is het Klachtenmeldpunt van mening dat uit de onderbouwing van de klacht van [Ondernemer] onvoldoende blijkt dat de door [Aanbesteder] gehanteerde indexeringsregeling niet althans onvoldoende aansluit op de cao die van toepassing is op de Onderhoudsaannemers.'

- 3.6.2. Aanvullend stelt aanbesteder dat vijf van de zes partijen die aangesloten zijn bij de cao Railinfrastructuur, waaronder ondernemer, vrijwel uitsluitend aanbesteder hebben als opdrachtgever, terwijl aanbesteder geen partij is bij die cao. De loonindexering zouden die vijf partijen bij het hanteren van die cao ten behoeve van een prijsindexering eenvoudig aan een van hun belangrijkste opdrachtgevers kunnen doorberekenen.

3.7. Klachtonderdeel 2

- 3.7.1. Met de introductie van Appendix 3 bij Document 01 (de Vraagspecificatie) heeft aanbesteder de voorspelbaarheid van de kwalificatie van Onregelmatigheden als UO, DOT of NUO willen vergroten. 'Is namelijk sprake van een van de Onregelmatigheden als opgenomen in de opsomming in Appendix 3 bij Document 01, dan vindt de kwalificatie conform de 'regel' in Appendix 3 plaats. Is dat niet mogelijk? Dan valt men terug op de 'achterliggende regel', namelijk het stappenplan van Appendix 1. Op die manier kan altijd worden uitgekomen bij de kwalificatie van een Onregelmatigheid als UO, DOT of NUO. Dit stroomschema is niet gewijzigd in PGO 4.0 en de omstandigheid dat via dit stroomschema altijd kan worden bepaald of een Onregelmatigheid kwalificeert als een UO, DOT of NUO is ook bevestigd door de voorzieningenrechter van de rechtbank Midden-Nederland in zijn vonnis van 8 juli 2016. Waarom het stroomschema in Appendix 1 achterhaald en ongeschikt is zoals ondernemer stelt in de toelichting op klachtonderdeel 2 d.d. 13 juli 2022, is aanbesteder voorts niet duidelijk.'

- 3.7.2. Ondernemer wijst op de omstandigheid dat vrijwel iedere Onregelmatigheid straks zal worden gekwalificeerd als UO of DOT, zodat ondernemer feitelijk verzekerd zou zijn van wanprestatie en iedere UO/DOT zal resulteren in een malus. Naar aanleiding van de aanvulling op klachtonderdeel 2 van 12 augustus 2022 stelt aanbesteder daartegenover dat ondernemer op het Inschrijfbiljet kan aangeven met hoeveel UO's en DOT's hij verwacht het maximumaantal dat door aanbesteder is voorgeschreven te verminderen. Deze norm is – ook na wijziging van Appendix 3 – vastgesteld op een niveau dat iedere onderhoudsaannemer kan halen.

- 3.7.3. Ook al zal het aantal UO's en DOT's derhalve stijgen naar aanleiding van de wijziging van Appendix 3, dan brengt dat niet met zich dat dit in strijd is met het transparantiebeginsel of het proportionaliteitsbeginsel. In de eerste plaats is nu (nog) duidelijk(er) wanneer sprake zal zijn van een UO, DOT of NUO. In de tweede plaats kan ondernemer nu inschrijven met een lagere vermindering van het aantal UO's en DOT's.

- 3.7.4. Ondernemer lijkt daarbij echter ook te stellen dat zij niet goed in staat is om in te schatten met welke verlaging (ten opzichte van het maximum aantal) zij zou moeten inschrijven. Maar het systeem is verder ongewijzigd ten opzichte van PGO 3.0 en aanbesteder levert bij iedere aanbestedingsprocedure een uitgebreide storingsdatabase aan. Ondernemer kan die storingsdatabase bestuderen en zien welke (type) Onregelmatigheden bijvoorbeeld veelvuldig plaatsvinden in het contractgebied. Op basis daarvan en in combinatie met Appendices 3 en 1 kan ondernemer vervolgens zien hoe aanbesteder Onregelmatigheden zal gaan kwalificeren. De resultaten van deze analyse kan ondernemer aanwenden voor het maken van een

inschatting voor zijn inschrijving op het onderdeel 'Verlaging aantal UO's en DOT's' op het Inschrijfbiljet.

3.8. Klachtonderdeel 3

- 3.8.1. Aanbesteder vat de klacht van ondernemer in de kern op dat geen sprake zou mogen zijn van een UO of DOT indien één van meerdere redundanties wegvalt en het systeem nog functioneert. Aanbesteder acht de invulling van de regeling omtrent redundantie van belang omdat een verhoogde kans op hinder ontstaat op het moment dat één van de redundanties van een systeem wegvalt. Of dat systeem nu tweevoudig of zevenvoudig redundant is uitgevoerd.
- 3.8.2. De wijze waarop aanbesteder om wenst te gaan met dergelijke Onregelmatigheden is daarmee voldoende duidelijk voor de onderhoudsaannemers en daar dienen zij dan ook rekening mee te houden in hun inschrijving.
- 3.8.3. Indien aanbesteder niet het risico wil lopen dat er meerdere redundanties kort na elkaar uitvallen en een systeem überhaupt niet meer werkt, moet zij kunnen verlangen van onderhoudsaannemers dat zij direct (UO) of binnen afzienbare tijd (DOT) de betreffende Onregelmatigheid verhelpen.
- 3.8.4. Het voorwerp van de opdracht behelst hier het prestatiegericht onderhoud van het spoor. Door de voorwaarden mee te geven onder welke omstandigheden aanbesteder een Onregelmatigheid ernstig acht of niet, meent aanbesteder dat hij een voorwaarde heeft gesteld (wanneer is sprake van het wegvallen van redundantie) die in verhouding staat tot het voorwerp van de opdracht, namelijk het onderhoud van de spoorweginfrastructuur en het waarborgen van de beschikbaarheid en betrouwbaarheid van deze spoorweginfrastructuur.

3.9. Klachtonderdeel 4

- 3.9.1. Aanbesteder wijst er op dat hij bij de elfde nota van inlichtingen niet alleen de door ondernemer geciteerde wijziging in de definitie van kortstondige onregelmatigheden heeft ingevoerd, maar ook nog enkele andere in dit verband relevante wijzigingen:

'- prioriteit 4: NUO's die niet binnen 48 uur verholpen hoeven te zijn en [Onregelmatigheden die voldoen aan de classificatie UO/DOT maar waarvoor Opdrachtnemer niet hoeft te komen voor herstel \(kortstondig of reeds hersteld\)](#). ~~[Kortstondige UO's zoals benoemd onder bullet 1.](#)~~

(...)

- Hinder? Op het moment dat de situatie zich dreigt voor te doen dat [Aanbesteder] een treinpad niet juist, niet tijdig of niet volgens afgesproken kwaliteit kan leveren of als dit inmiddels al het geval is, is er sprake van hinder. Er is dan sprake van een UO of een DOT. [Is binnen 48 uur geen treinbeweging voorzien dan is sprake van een NUO.](#)

(...)

"Prioriteit 4

Dit is een Onregelmatigheid waarbij de Opdrachtnemer gevraagd wordt om een Onregelmatigheid te verhelpen in een tijdslot dat ruim ligt na de melding (niet dringend) of bij zijn eerst volgende TVP. Tevens wordt deze melding gebruikt voor Onregelmatigheden die reeds zijn verholpen 'of spontaan opgelost' zodat de Opdrachtnemer niet meer gevraagd wordt om te verhelpen. [Als](#)

[Aanbesteder] twijfelt aan het werkelijk definitief verholpen zijn van de Onregelmatigheid zal een prioriteit 5 worden gebruikt. Hierbij is doorgaans sprake van een NUO met geen belang van derden of een reeds verholpen UO."

3.9.2. 'Uit deze verduidelijkingen blijkt dat de 'verwachting van [Aanbesteder]' of een Onregelmatigheid zichzelf oplost, is geobjectiveerd. De aard van een Onregelmatigheid kan immers zijn dat een wissel voor de tweede keer niet in controle is. De omstandigheid dat deze wissel kort daarna wel weer in controle komt en dat daarmee de storing is 'verholpen', neemt niet weg dat de aard – een wissel die voor de tweede keer niet in controle komt – met zich brengt dat [Aanbesteder] de Onregelmatigheid als UO of DOT kwalificeert.'

3.10. Klachtonderdeel 5

3.10.1. '[Aanbesteder] kan hierbij bevestigen dat als een Onregelmatigheid wordt veroorzaakt door een gebrek aan onderhoud door een nevenaannemer én waarvan herstel behoort tot de expliciete werkzaamheden van die nevenaannemer die niet door [Ondernemer] zijn gecontracteerd, deze Onregelmatigheid niet kan worden toegerekend aan [Ondernemer].

3.10.2. Aanbesteder meent dat hiermee dit klachtonderdeel opgelost is.

3.11. Klachtonderdeel 6

3.11.1. Aanbesteder verwijst naar de zienswijze van het Klachtenmeldpunt dat bij dit onderwerp het volgende overweegt:

'Uit de beantwoording van de vragen door [Aanbesteder] volgt naar het oordeel van het Klachtenmeldpunt reeds dat het overkoepelende principe waar [Ondernemer] over spreekt, voortvloeit uit artikel 27.2 AVPO.

Hieruit volgt dat uitzonderingen als genoemd in artikel 27.2 AVPO zo moeten worden uitgelegd dat omstandigheden waarop Opdrachtnemer met haar preventief onderhoud geen enkele invloed op kan uitoefenen, niet voor rekening en risico van Opdrachtnemer komen, tenzij expliciet is bepaald dat dergelijke Onregelmatigheden wel voor rekening en risico van Opdrachtnemer komen.

Dat is bijvoorbeeld het geval ten aanzien van muntjes op het spoor.'

3.11.2. Aanbesteder schrijft in zijn uitgebreide reactie onder meer nog het volgende:

'Als het bijvoorbeeld gaat om muntjes op het spoor, kunnen de onderhoudsaannemers uit de database afleiden hoe vaak dergelijke storingen gemiddeld genomen plaatsvinden. En hoewel de onderhoudsaannemers daarmee muntjes op het spoor niet altijd kunnen voorkomen – het spoor kan immers niet overal hermetisch worden afgesloten voor personen die het leuk vinden om een muntje op het spoor te leggen – kunnen de onderhoudsaannemers daarmee wel hun financiële risico als gevolg van muntjes op het spoor beperken door dit in hun inschrijving te verwerken en/of maatregelen te bedenken om het leggen van muntjes te verminderen (bijv. voorlichting aan jongeren, betere hekken, etc).'

3.11.3. Daarnaast heeft aanbesteder middels NvI 11 verduidelijkt wat moet worden verstaan onder 'soortgelijke storingen':

'Artikel 27.2 AVPO, aandachtsstreepje 9 wordt gewijzigd in: - objecten van derden, onder derden niet begrepen de hiervoor genoemde exploitanten van de Infrastructuur ("vervoerders"), die de (juiste) werking van de Infrastructuur onmogelijk

maken. "Muntjes en andere kortsluitende voorwerpen op de Infrastructuur waardoor T.O.B.S. ontstaat" zijn wel voor risico van Opdrachtnemer;'

3.11.4. Ondernemer heeft niet aangegeven waarom de hiervoor geciteerde verduidelijking niet voldoende zou zijn. Aanbesteder meent echter dat deze verduidelijking voldoende zou moeten zijn voor de onderhoudsaannemers om te beoordelen welk type Onregelmatigheden niet onder artikel 27.2 AVPO vallen. Artikel 27.2 AVPO is dan ook niet disproportioneel.

3.12. Klachtonderdeel 7

3.12.1. Aanbesteder wijst er op dat in de elfde nota van inlichtingen het eigen risico voor Opdrachtnemer van Euro 10.000,- wordt gemaximeerd tot maximaal 5 voorvallen per jaar waarin een eigen risico van toepassing zal zijn (zie 1.13.1 hiervoor).

3.12.2. 'Niet duidelijk is waarom [Ondernemer] haar klacht op dit punt handhaaft. Ten eerste heeft het Klachtenmeldpunt reeds opgemerkt in de Zienswijze dat het risico dat [Ondernemer] loopt ten aanzien van verborgen gebreken niet volledig onbeheersbaar is voor onderhoudsaannemers. Er is immers een onderzoeksperiode op grond van artikel 12.3 AVPO (zie 1.5 hiervoor). Daarnaast heeft [Aanbesteder] met deze wijziging het risico van onderhoudsaannemers in het licht van voorschrift 3.9D Gids Proportionaliteit verder beperkt en dus gelimiteerd door het 'eigen risico' voor Onderhoudsaannemers te beperken tot maximaal 5 voorvallen per jaar.'

3.13. Klachtonderdeel 8

3.13.1. Aanbesteder merkt op dat hij in de elfde nota van inlichtingen het risico voor de Opdrachtnemer beperkt heeft door te bepalen dat het gaat om maximaal 1 onvoorziene omstandigheid per jaar (zie 1.13.1 hiervoor).

3.13.2. Verder merkt aanbesteder op 'dat een onvoorziene omstandigheid per definitie niet door één van partijen kan worden voorzien. Voorschrift 3.9A Gids Proportionaliteit bepaalt dat risico's moeten worden gealloceerd bij de partij die deze het best kan beheersen of beïnvloeden. Op voorhand kan niet worden bepaald welke partij een onvoorziene omstandigheid het beste kan beheersen. Het is immers niet bekend wat zich zou kunnen voordoen.'

3.14. Klachtonderdeel 9

3.14.1. 'Na het uitbrengen van de Zienswijze en na het uitbrengen van NvI 11 is gebleken dat niet alle kolommen die relevant zijn voor het opstellen van de inschrijving zijn gedeeld met de onderhoudsaannemers. Dit is gelegen in een technische fout. De relevante nog ontbrekende kolommen zullen alsnog zo spoedig mogelijk worden gedeeld met de onderhoudsaannemers, waarbij dit naar verwachting in week 38 of 39 zal geschieden.'

4. Beoordeling

4.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder, een speciale-sectorbedrijf, een drietal aanbestedingen onder een erkenningsregeling heeft opgestart. Op deze aanbestedingsprocedures zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en 3 van de Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit (3^e herziene versie die op 1 januari 2022 in werking is getreden).

4.2. Klachtonderdeel 1 – Indexering loonkosten

- 4.2.1. De Commissie overweegt dat de Aanbestedingswet 2012 een speciale-sectorbedrijf niet verplicht om in een contract met een looptijd van meerdere jaren een indexeringsclausule op te nemen. Een dergelijke verplichting kan onder omstandigheden – en de huidige economische omstandigheden wijzen sterk in die richting – worden afgeleid uit de Gids Proportionaliteit. Ondernemer wijst in dit verband dan ook terecht op Voorschrift 3.9A dat als volgt luidt:

‘De aanbestedende dienst alloceert het risico bij de partij die het risico het best kan beheersen of beïnvloeden.’

- 4.2.2. Het gaat hier om het risico op prijsstijgingen, in het bijzonder op stijging van de cao-lonen die opdrachtnemers verplicht zijn toe te passen. Uit de reactie van aanbesteder blijkt dat hij dit risico niet volledig kan beheersen; hij kan wel de meest passende indexatiecijfers uit de cao Nijverheid en energie volgen, terwijl ondernemer als werkgever in die branche, al dan niet via een brancheorganisatie, enige invloed op de cao Railinfrastructuur afspraken omtrent de indexatie van loonkosten kan uitoefenen. Aanbesteder heeft aannemelijk gemaakt dat het voor hem in deze situatie niet mogelijk is om eenvoudigweg aan te sluiten bij de cao RIS.
- 4.2.3. De Commissie signaleert met ondernemer een (rest)risico dat ondernemer op grond van de cao Railinfrastructuur hogere kosten zal moeten maken dan op grond van de door aanbesteder van toepassing verklaarde CBS prijsindex. Overigens zouden die kosten ook lager kunnen uitpakken, in welk geval ondernemer een voordeel zou hebben bij de door aanbesteder gemaakte keuze. Hoe dan ook, ondernemer heeft niet aannemelijk gemaakt dat aanbesteder het genoemde (rest)risico beter zou kunnen beheersen dan ondernemer – het tegenovergestelde komt de Commissie zelfs meer aannemelijk voor.
- 4.2.4. Het eerste klachtonderdeel is derhalve **ongegegrond**.
- 4.2.5. Ten overvloede overweegt de Commissie dat het ook geen eenvoudige opgave lijkt om op basis van een cao een prijsindex te berekenen. De cao Railinfrastructuur omvat 83 pagina's met vele tientallen bepalingen die een invloed op de loonkosten hebben die erg lastig te calculeren valt. Een werknemer heeft bijvoorbeeld volgens artikel 6 recht op 17 vrije zondagen: stel dat dit aantal in een nieuwe cao gewijzigd wordt in 18 vrije zondagen, met hoe veel procent zouden de loonkosten dan stijgen? Uit dit eenvoudige voorbeeld blijkt ook dat het destilleren van een prijsindex uit één of meer cao's vakwerk is dat het CBS verstaat, maar dat niet van een aanbesteder verwacht kan worden dat hij daartoe in staat is.

4.3. Klachtonderdeel 2 – onredelijke kwalificatie UO/DOT/NUO

- 4.3.1. In zijn klacht aan de Commissie en zijn toelichting op klachtonderdeel 2 van 13 juli 2022 stelt ondernemer dat er sprake is van schending van het proportionaliteitsbeginsel en van het transparantiebeginsel. In de aanvulling op klachtonderdeel 2 van 12 augustus 2022 lijkt ondernemer niet langer te klagen over schending van het transparantiebeginsel.
- 4.4. De Commissie overweegt dat indien zij zou concluderen dat het transparantiebeginsel geschonden is, zij niet meer kan toekomen aan het beoordelen van de proportionaliteit van de betwiste voorwaarden van de overeenkomst.
- 4.5. Voor zover ondernemer nog zou klagen over schending van het transparantiebeginsel, overweegt de Commissie dat deze schending weersproken wordt en door ondernemer niet concreet wordt onderbouwd. De Commissie zal zich bij dit klachtonderdeel derhalve beperken tot een proportionaliteitstoets.

- 4.6. Ondernemer stelt dat nagenoeg elke Onregelmatigheid onmiddellijk een UO/DOT oplevert en derhalve leidt tot een lagere bonus, c.q. hogere malus. Daarmee bevestigt hij de systematiek van aanbesteder dat de inschrijver een bepaald aantal Onregelmatigheden in zijn inschrijving opgeeft en dat afwijkingen van de door inschrijver opgegeven aantallen naar beneden tot een bonus leiden en afwijkingen naar boven tot een malus. Een bonus is dus afhankelijk van de door ondernemer opgegeven aantallen UO's en DOT's. Wanneer op grond van deze systematiek er de facto geen enkele kans op een bonus zou zijn, dan is er grond voor de stelling dat dit niet proportioneel is. Maar ondernemer stelt dit niet, hij stelt immers alleen dat er kans op een *lagere* bonus, niet dat hij geen enkele kans op een bonus maakt. In dat laatste geval zou de door hem aan te bieden aantallen gelijk moeten liggen aan het door aanbesteder gepubliceerde maximum. En de Commissie leest in dit klachtonderdeel geen concrete onderbouwing op basis waarvan geconcludeerd moet worden dat de hoogte van het door aanbesteder in de vraagspecificatie gestelde maximale aantal UO's en DOT's disproportioneel zou zijn.
- 4.7. De Commissie overweegt dat een systeem waarbij de inschrijver een reële kans op een bonus maakt, naast een reële kans op een malus op zich niet disproportioneel is. Het enkele feit dat onder een voorgaand contract er mogelijk een hogere bonus behaald kon worden danwel een minder groot risico was op een boete (malus), maakt niet dat de huidige systematiek disproportioneel is.
- 4.8. Het tweede klachtonderdeel is derhalve **ongegrond**.
- 4.9. Klachtonderdeel 3 – Disproportionele kwalificatie van een redundantie
- 4.9.1. Het kwalificeren van Onregelmatigheden betreffende redundant uitgevoerde systemen als UO of DOT, lijkt de Commissie op voorhand niet disproportioneel. De Commissie stelt voorop dat een aanbesteder in beginsel zelf mag bepalen welke verstoringen van de functionaliteit van door hem in onderhoud gegeven systemen verholpen moeten worden en op welke termijn en onder welke voorwaarden dat dient te geschieden. Het is niet aan de inschrijver om te bepalen dat verhelpen van een verstoring nog wel even kan wachten omdat het gaat om een meervoudige redundantie.
- 4.9.2. Van belang is daarbij wel dat de opdrachtnemer in staat is om met preventief onderhoud van redundant uitgevoerde systemen ervoor te zorgen dat het aantal Onregelmatigheden beheersbaar is. Ondernemer stelt wel dat dat risico niet beheersbaar is, maar concretiseert dat alleen door bij wijze van voorbeeld te verwijzen naar tractiegelijkrichters zonder duidelijk te maken waarom het risico van storingen daarbij niet met tijdig en deugdelijk onderhoud beheerst kan worden.
- 4.9.3. Het derde klachtonderdeel moet derhalve wegens gebrek aan onderbouwing **on-gegrond** verklaard worden.
- 4.9.4. Ten overvloede overweegt de Commissie dat uit perspublicaties blijkt dat back-up systemen soms falen (zie <https://www.ad.nl/auto/chaos-na-opnieuw-computer-blunder-bij-prorail-het-back-upsysteem-moet-werken~aff76aff/>), zodat het niet onlogisch lijkt dat aanbesteder ook een storing aan een meervoudig redundant uitgevoerd systeem aanmerkt als een UO of DOT.
- 4.10. Klachtonderdeel 4 - kwalificatie 'kortstondige Onregelmatigheden' niet transparant en disproportioneel
- 4.10.1. Ondernemer heeft in zijn klacht bij de Commissie in eerste instantie gesteld dat de definitie van 'kortstondige Onregelmatigheid' onredelijk is. Aanbesteder bepaalt dat een zogenaamde 'codering 4' ook wordt vermeld 'indien een

Onregelmatigheid kortstondig lijkt te zijn én [aanbesteder] verwacht dat de Onregelmatigheid als definitief verholpen kan worden verondersteld'. Aanbesteder heeft bij nota van inlichtingen (nr. 11) aangevuld *dat de kortstondigheid of het reeds verholpen zijn van een Onregelmatigheid niet van belang is bij het classificeren van de Onregelmatigheid als UO, DOT of NUO. Van belang is de aard van de Onregelmatigheid zoals deze aanvangt*. Codering 4 verwijst in datzelfde document naar het type Onregelmatigheid met 'prioriteit 4': 'NUO's die niet binnen 48 uur verholpen hoeven te zijn en kortstondige UO's zoals benoemd onder bullit 1'. Aanbesteder heeft ook aan deze definitie bij nota van inlichtingen (nr. 11) een gedeelte weggehaald en een aanvulling toegevoegd, waardoor een prioriteit 4 als volgt wordt gedefinieerd: 'NUO's die niet binnen 48 uur verholpen hoeven te zijn en Onregelmatigheden die voldoen aan de classificatie UO/DOT maar waarvoor Opdrachtnemer niet hoeft te komen voor herstel (kortstondig of reeds hersteld)'. Ondernemer stelt dat de toevoeging aan de omschrijving voor codering 4 tegenstrijdig en dus in strijd met het transparantiebeginsel is. Als dat zo zou zijn, kan de Commissie geen oordeel geven over de proportionaliteit van de definitie.

- 4.10.2. Ondernemer baseert die tegenstrijdigheid op de stelling dat aanbesteder aangeeft dat de aard van de Onregelmatigheid zoals deze aanvangt van belang is en dat de kortstondigheid of het reeds verholpen zijn van een Onregelmatigheid niet van belang zijn voor de classificatie. Volgens ondernemer maakt echter het feit of het een kortstondige storing betreft of een veel wezenlijker storing onderdeel uit van de aard ervan (zie 2.4.2 hiervoor). De Commissie volgt ondernemer niet in zijn stelling. De toevoeging begint immers met de vaststelling dat niet de kortstondigheid van belang is voor de classificatie, maar de aard van de storing. Uit deze bepaling blijkt duidelijk dat aanbesteder de (eventuele) kortstondigheid niet rekent tot de aard van de storing. Omdat ook de overige door aanbesteder gedane toevoegingen aan de aanbestedingsstukken (zie 3.9.1 hiervoor) voor de Commissie duidelijk zijn, gaat zij ervan uit dat aanbesteder zoals hij stelt in de nota van inlichtingen in voldoende mate tegemoet gekomen is aan dit klachtonderdeel door de gewraakte definitie te verduidelijken, zodat inschrijvers weten waar zij aan toe zijn.
- 4.10.3. Ondernemer stelt voorts dat op basis van de nieuwe toevoeging er sprake zal zijn van een toename van UO/DOT's, waardoor de toevoeging onredelijk zou zijn. Waar onder de vorige contracten (PGO 3.0) bijvoorbeeld een kortstondige storing van een wissel dat na het omzetten geen goed contact maakt, maar na nog een keer omzetten wel, als NUO kwalificeerde, zal dat door de toevoeging onder de voorgenomen overeenkomst (PGO 4.0) waarschijnlijk vaker kwalificeren als een UO/DOT. En ondanks dat er geen noodzaak is tot urgent herstel en ondanks dat aanbesteder dergelijke storingen in redelijkheid niet kan voorkomen met preventief onderhoud, zou ondernemer daarvoor "beboet" worden, omdat hij nu het risico loopt op een lagere bonus of een hogere malus. De Commissie overweegt dat een systeem waarbij de inschrijver een reële kans op een bonus maakt, naast een reële kans op een malus op zich niet disproportioneel is. Het enkele feit dat onder een voorgaand contract er mogelijk een hogere bonus behaald kon worden dan wel een minder groot risico was op een boete (malus), maakt niet dat de huidige systematiek disproportioneel is. De Commissie is het met aanbesteder eens (zie ook 3.7.4 hiervoor) dat het aan de ondernemer is om zijn inschrijving te baseren op alle eisen, criteria en voorwaarden zoals door aanbesteder in de aanbestedingsstukken is gesteld, waarbij de bonus- en malussystematiek afhangt van de aantallen die ondernemer in zijn inschrijving aanbiedt.
- 4.10.4. Het vierde klachtonderdeel is derhalve **ongegrond**.
- 4.11. Klachtonderdeel 5 – onredelijke risico-toerekening

Nu aanbesteder de uitleg die ondernemer geeft aan artikel 27 lid 1 AVPO bevestigt, behoeft dit klachtonderdeel door de Commissie niet verder te worden behandeld.

4.12. Klachtonderdeel 6 – overkoepelend principe bij risico-toerekening ontbreekt

- 4.12.1. De Commissie leest in dit klachtonderdeel dat gesteld wordt dat het geven van een opsomming van voorbeelden van Onregelmatigheden waarvoor de Opdrachtnemer niet verantwoordelijk en risicodragend is, in strijd is met het transparantiebeginsel, omdat in plaats van een opsomming van voorbeelden een overkoepelend principe had moeten worden geformuleerd en in strijd met het proportionaliteitsbeginsel, omdat door artikel 27.2 AVPO risico's bij opdrachtnemers worden gelegd die niet door hen kunnen worden beheerst of beïnvloed (wat in strijd is met voorschrift 3.9 A van de Gids Proportionaliteit).
- 4.12.2. De Commissie leest in de klacht van ondernemer en de reactie van aanbesteder dat beiden dezelfde uitleg hanteren ten aanzien van het overkoepelende principe:
- Het principe van ondernemer (zie 2.6.2 hiervoor): "Het is disproportioneel om risico's bij de Opdrachtnemer te leggen die hij niet kan beheersen of beïnvloeden."
 - Het overkoepelend principe van aanbesteder (zie 3.11.1 hiervoor): "omstandigheden waarop Opdrachtnemer met haar preventief onderhoud geen enkele invloed kan uitoefenen, komen niet voor rekening en risico van Opdrachtnemer, tenzij expliciet is bepaald dat dergelijke Onregelmatigheden wel voor rekening en risico van Opdrachtnemer komen".
- 4.12.3. Nu beide partijen het overkoepelend principe op gelijke wijze uitleggen, namelijk dat er geen risico's bij ondernemer mogen worden neergelegd die hij niet kan beheersen of beïnvloeden, kijkt de Commissie naar de uitzonderingen die aanbesteder op die regel heeft gesteld (artikel 27.2 AVPO en de aanvulling daarop (zie 3.11 hiervoor). Allereerst overweegt de Commissie dat uit het proportionaliteitsbeginsel niet voortvloeit dat het uitwerken van een contractuele regel door middel van voorbeelden, onrechtmatig zou zijn. In dit verband wijst de Commissie op de talloze contracten die haar bekend zijn, waarin het begrip overmacht door middel van voorbeelden wordt ingekaderd.
- 4.12.4. Ondernemer geeft aan dat het risico (artikel 27.2 AVPO, aandachtstreepje 9) dat een derde een muntje op het spoor legt wat leidt tot een Onregelmatigheid, niet kan worden beheerst of beïnvloed door de Opdrachtnemer en derhalve disproportioneel is. Aanbesteder stelt daartegenover dat ondernemer met betrekking tot 'muntjes en andere kortsluitende voorwerpen' zijn financiële risico als gevolg van muntjes op het spoor kan beperken door dit in zijn inschrijving te verwerken en/of beheersmaatregelen te bedenken om het leggen van muntjes te verminderen (zie 3.11.2 hiervoor). Nu ondernemer verder niet concreet onderbouwd heeft waarom (de aanpassing op) artikel 27.2 AVPO leidt tot voor hem niet beheersbare of beïnvloedbare risico's acht de Commissie dit klachtonderdeel ongegrond.
- 4.12.5. Het zesde klachtonderdeel is derhalve **ongegrond**.

4.13. Klachtonderdeel 7 – onjuiste risicocallocatie verborgen gebreken

- 4.13.1. De Commissie overweegt dat ondernemer met zijn klacht heeft bereikt dat aanbesteder het risico voor inschrijvers in de elfde nota van inlichtingen heeft beperkt tot maximaal 5 voorvallen per jaar van ieder maximaal 10.000 euro. Daarmee is het financiële belang van dit klachtonderdeel zo gering geworden, gelet op de waarde van de opdrachten, dat de Commissie zich met aanbesteder erover verbaast dat ondernemer dit klachtonderdeel handhaaft en is de Commissie geneigd om de verdere behandeling van dit klachtonderdeel te staken.

- 4.13.2. Omdat er toch een leereffect met dit klachtonderdeel kan worden bereikt, zal de Commissie het niettemin in behandeling nemen.
- 4.13.3. De Commissie overweegt dat ondernemer stelt dat sprake is van schending van voorschrift 3.9A Gids Proportionaliteit, terwijl het verweer van aanbesteder luidt dat hij met inachtneming van Voorschrift 3.9D Gids Proportionaliteit het risico voor de inschrijvers beperkt heeft. Omdat de Gids niet als wetgeving is opgezet, bevat hij geen voorrangregels in het geval dat er een tegenstelling zou ontstaan tussen twee voorschriften. Ten aanzien van de twee genoemde voorschriften overweegt de Commissie dat het volgende geldt:
- a. Wanneer de aanbesteder met inachtneming van Voorschrift 3.9A het risico gealloceerd heeft bij de inschrijvers, dan geldt dat op grond van Voorschrift 3.9D getoetst moet worden of dat risico gelimiteerd is.
 - b. Wanneer de aanbesteder met inachtneming van Voorschrift 3.9D het risico voor de inschrijvers gelimiteerd heeft tot een redelijke limiet, dan moet hij nog steeds onderzoeken of hij dat risico conform Voorschrift 3.9A heeft gealloceerd bij de juiste partij.
- 4.13.4. Geval b doet zich hier voor, zodat de Commissie zal toetsen of aanbesteder Voorschrift 3.9A correct heeft toegepast.
- 4.13.5. Met aanbesteder is de Commissie van mening dat er inderdaad gesproken kan worden over een aansprakelijkheid van de inschrijver voor de eerste 10.000 euro van de kosten van herstel van verborgen gebreken. Het risico waar het in beide genoemde voorschriften om gaat, is het risico dat er tijdens de looptijd van de overeenkomst verborgen gebreken worden ontdekt die tot hoge kosten voor herstel leiden. De opdrachtnemer loopt hierbij een gelimiteerd risico X van maximaal 5 voorvallen per jaar van ieder maximaal 10.000 euro, aanbesteder het ongelimiteerde risico Y dat de kosten hoger uitvallen dan dit maximum.
- 4.13.6. Aanbesteder kan risico X beïnvloeden door een onderzoek uit te voeren naar mogelijke verborgen gebreken. Hetzelfde geldt voor de inschrijvers. Ondernemer heeft niet gesteld dat aanbesteder beter in staat is om een dergelijk onderzoek uit te voeren dan de inschrijvers. De Commissie neemt aan dat gelet op het feit dat de inschrijvers al vele tientallen jaren het spooronderhoud in Nederland voor aanbesteder verrichten, zij het risico X het beste kunnen beïnvloeden, namelijk door een grondig onderzoek te verrichten naar de staat van onderhoud van het in onderhoud te nemen gebied. Daarbij heeft aanbesteder zelf het risico beheerst door er een limiet van 5 voorvallen per jaar van ieder maximaal 10.000 euro aan te verbinden en een periode van 3 respectievelijk 12 maanden te bepalen, waarbinnen ondernemer kan beoordelen of de infrastructuur voldoet aan de gestelde eisen van de Vraagspecificatie. In die periode geconstateerde afwijkingen komen niet voor rekening en risico van ondernemer.
- 4.13.7. Aanbesteder heeft dus risico X bij de juiste partij gealloceerd. Over de allocatie van risico Y wordt (begrijpelijkerwijs) niet geklaagd, maar de Commissie overweegt dienaangaande dat de omstandigheid dat een aanbesteder nalaat om een voorschrift van de Gids toe te passen geen nadeel oplevert voor de inschrijvers, hij niet verplicht is dat voorschrift toe te passen. De Commissie hoeft dus niet te onderzoeken of ten aanzien van risico Y Voorschrift 3.9A correct is toegepast.
- 4.13.8. De conclusie luidt dus dat het zevende klachtonderdeel **ongegrond** is.
- 4.14. Klachtonderdeel 8 – beperking art 19.3 AVPO onredelijk en disproportioneel

- 4.14.1. De Commissie overweegt dat aanbesteder in de elfde nota van inlichtingen het in geschil zijnde eigen risico van 5% heeft gelimiteerd tot maximaal 1 onvoorziene omstandigheid per jaar (zie 1.13.1 hiervoor). Hiervoor geldt hetzelfde als de Commissie heeft overwogen in punt 4.13.1.
- 4.14.2. Nu ondernemer echter niet onderbouwt waarom de wijziging in de elfde nota van inlichtingen (nog steeds) onredelijk en disproportioneel zou zijn, acht de Commissie dit klachtonderdeel ongegrond.
- 4.14.3. Het achtste klachtonderdeel is derhalve **ongegrond**.
- 4.15. Klachtonderdeel 9 – ontbreken volledige storingsdatabase
- 4.15.1. De klacht van ondernemer komt neer op een gestelde schending van het gelijkheidsbeginsel doordat niet alle inschrijvers over dezelfde informatie beschikken als de zittende opdrachtnemers.
- 4.15.2. De Commissie kan ondernemer in zoverre bijvallen dat inderdaad aanbesteder de verplichting heeft om op grond van het gelijkheidsbeginsel alle inschrijvers te voorzien van de informatie die zij nodig hebben om een concurrerende inschrijving te kunnen doen en dat een eventuele voorsprong van zittende opdrachtnemers zoveel mogelijk geneutraliseerd moet worden.
- 4.15.3. Uit de reactie van aanbesteder blijkt dat deze zich terdege bewust is van deze verplichting en dat deze zich heeft ingespannen en verder zal inspannen om aan die verplichtingen te voldoen. Dat dit tot nu toe nog niet volledig gelukt lijkt te zijn, valt te betreuren, maar is nog geen reden om dit klachtonderdeel nu al gegrond te verklaren.
- 4.15.4. Aanbesteder heeft toegezegd de nog ontbrekende informatie zo spoedig mogelijk te verstrekken. Wanneer die informatie desondanks niet tijdig vóór inschrijving wordt verstrekt, kan ondernemer dit klachtonderdeel nogmaals aan de orde stellen bij de Commissie die het alsdan met voorrang en versneld zal behandelen.
- 4.15.5. Een en ander betekent dat de Commissie de behandeling van het negende klachtonderdeel opschort.

5. Advies

De Commissie acht klachtonderdelen 1 tot en met 4, 6 tot en met 8 **ongegrond, staakt de behandeling** van klachtonderdeel 5 en **schort de behandeling op** van klachtonderdeel 9.

Den Haag, 5 oktober 2022

Mr. G.R. Werkman-Bouwkamp

Voorzitter

Mr. drs. T.H. Chen

Commissielid