

## Advies 63

### 1. Feiten

- 1.1 Beklaagde heeft een meervoudig onderhandse aanbesteding gehouden ten behoeve van een opdracht voor het reinigen van wegen, straten en pleinen. In par. 0.04 lid 9 van het bestek is bepaald:

'De inschrijver dient een plan van aanpak als onderdeel van zijn inschrijving in te dienen, waarin ten minste vermeld staat:

- korte omschrijving van de werkzaamheden
- samenvatting van het door de inschrijver in te zetten materieel, gekozen werkwijze en de specifieke risico's die daarmee samenhangen. Hierbij wordt ook vermeld wat de dagelijkse blootstellingsduur van de werknemers aan de verontreinigende stoffen is.
- specificatie van de door de inschrijver in te zetten werktuigen en hulpmaterieel voorzover hieraan in het bestek eisen zijn gesteld.'

- 1.2 In par. 0.04 lid 7 van het bestek, gewijzigd in de Nota van Inlichtingen van 21 november 2013, is bepaald:

'Indien de inschrijver niet voldoet aan de gestelde eisen, wordt de inschrijver uitgesloten van de aanbesteding.'

- 1.3 Het gunningscriterium is de laagste prijs. Op de aanbestedingsprocedure is het ARW 2012 van toepassing.

- 1.4 Klager heeft geen plan van aanpak ingediend. De inschrijving van klager is ongeldig verklaard. Beklaagde heeft na de mededeling van de gunningsbeslissing verdere stappen in de aanbestedingsprocedure aangehouden in afwachting van het advies van de Commissie.

### 2. Beschrijving klacht

- 2.1 (Klachtonderdeel 1) Beklaagde heeft gevraagd om een plan van aanpak terwijl sprake is van gunning op basis van laagste prijs. Klager heeft geen plan van aanpak ingediend, omdat zij dit overbodig vindt bij hantering van het gunningscriterium laagste prijs en de inschrijving van klager is nu ongeldig verklaard.
- 2.2 (Klachtonderdeel 2) Klager stelt zich op het standpunt dat ze in de gelegenheid moet worden gesteld alsnog een plan van aanpak aan te leveren nu er sprake is van een eenvoudig te herstellen gebrek. Er is sprake van een geringe fout in de aangeleverde stukken.

### **3. Onderbouwing klacht**

3.1 (Klachtonderdeel 1) Het vragen om een plan van aanpak bij hantering van het gunningscriterium laagste prijs is een zinledige eis. Het plan van aanpak heeft geen relatie met het gunningscriterium nu er op geen enkele wijze kan en mag worden getoetst aan het plan van aanpak. Daarmee wordt om meer informatie gevraagd dan nodig voor gunning. Het niet overleggen van overbodige c.q. zinloze informatie kan en mag niet leiden tot ongeldigverklaring van de inschrijving. Dat is in strijd met de redelijkheid en billijkheid.

3.2 Klager verwijst ter nadere onderbouwing van haar standpunten naar haar mails van 6 en 18 december 2013. In haar email van 6 december 2013 stelt klager:

‘Beklaagde miskent dat bij onderhavig aanbesteding sprake is van gunning op basis van laagste prijs en niet op basis van EMVI. Nu gegund wordt op basis van laagste prijs wordt op geen enkele wijze getoetst op een plan van aanpak noch wordt er een waardering aan het plan van aanpak gekoppeld. De aanbestedende dienst heeft dan ook geen enkel belang bij het overleggen door inschrijvers van een plan van aanpak. Om een voorbeeld te geven: als de laagste inschrijver een plan van aanpak indient waarin staat dat men het werk zal uitvoeren met louter onbekwame medewerkers en volstrekt verouderd materieel, dan heeft dat geen invloed op de aanbestedingsuitslag. Gegund wordt louter en alleen op laagste prijs.

Artikel 0.04 lid 9 van het bestek waar toch gevraagd wordt om een plan van aanpak is daarmee geheel zinledig en de vraag naar een plan van aanpak is daarmee niet in redelijke verhouding tot het achterliggende doel. In feite is de gestelde eis onjuist c.q. niet terecht. Want is niet verenigbaar met een aanbesteding op basis van laagste prijs.

De gestelde eis had simpelweg achterwege kunnen en moeten blijven. Wij stellen ons dan ook op het standpunt dat het in strijd is met de redelijkheid en billijkheid indien beklaagde voor de uitsluiting van klager vasthoudt aan een zinledige bepaling. Beklaagde heeft om meer informatie gevraagd dan noodzakelijk voor de gunningsbeslissing. Het plan van aanpak heeft geen relatie met het gunningscriterium. Het niet overleggen van (per saldo) overbodige en zonder betekenis zijne informatie kan en mag niet leiden tot ongeldigverklaring van onze inschrijving. Dat wij geen plan van aanpak hebben ingediend moet dan ook buiten beschouwing worden gelaten. Daarmee worden de aanbestedingsbeginselen of de belangen van ander inschrijvers ook niet geschonden nu het achterwege laten van deze onterechte en zonder betekenis zijnde eis geen invloed heeft op de beoordeling.’

3.3 (Klachtonderdeel 2) Er is sprake van een eenvoudig te herstellen gebrek. De gegevens die niet zijn overgelegd zijn niet relevant en als ook niet bepalend voor de uitkomst. Ook het later aanleveren van een plan van aanpak doet geen afbreuk aan de gelijke kansen van alle inschrijvers in de onderhavige aanbestedingsprocedure. (Blijkens het klachtformulier heeft klager het plan van aanpak inmiddels aangeleverd).

### **4. Aangedragen suggestie(s) tot verhelpen van de klacht**

4.1 (Klachtonderdeel 1) Alsnog geldig verklaren van de inschrijving van klager.

4.2 (Klachtonderdeel 2) Het alsnog meewegen van het door klager aangeleverde plan van aanpak in de beoordeling en de beoordeling herzien.

## **5. Reactie beklagde**

### **5.1 Klachtonderdeel 1**

- 5.1.1 In dit geval is de "laagste prijs" als gunningscriterium gekozen. Op grond van de Aanbestedingswet en de Gids Proportionaliteit kunnen bij dit gunningscriterium minimumeisen worden gesteld aan de aanbieding. Deze minimumeisen zijn in deze procedure vastgelegd in het bestek. Onderdeel van het bestek is het programma van eisen. In het programma van eisen is het indienen van een plan van aanpak opgenomen als eis.
- 5.1.2 De eisen die worden gesteld dienen transparant, niet-discriminatoir en proportioneel te zijn. Deze eisen dienen in relatie te staan tot de opdracht. De eis van indiening van een plan van aanpak voldoet hieraan.
- 5.1.3 De eis van het indienen van het plan van aanpak was al opgenomen in het programma van eisen dat bij de uitnodiging tot het doen van een aanbieding was toegezonden. Alle partijen hebben de mogelijkheid gekregen om te reageren op het programma van eisen. Klager had volgens beklagde bij die gelegenheid aan kunnen geven dat zij het indienen van een plan van aanpak een te vergaande eis vond. In de nota van inlichtingen die is opgesteld naar aanleiding van de ingediende vragen, is opgenomen dat wanneer niet wordt voldaan aan de gestelde eisen, de inschrijving wordt uitgesloten. De gestelde eisen zijn dan ook transparant.
- 5.1.4 Bij gunning op basis van de laagste prijs, bestaat het risico dat aan kwaliteit wordt ingeboet. Om toch enige controle te kunnen hebben op de kwaliteit, is gevraagd om een plan van aanpak in te dienen. Door een plan van aanpak te eisen van een aanbieder, laat de aanbieder zien dat hij een serieus bod doet. In het plan van aanpak wordt namelijk bijvoorbeeld opgenomen met welke materialen wordt gewerkt en welk tijdsbestek met de opdracht gemoeid is. Het eisen van een plan van aanpak staat daardoor in directe relatie en in redelijke verhouding tot de opdracht. Dit kon de beklagde dan ook als minimum eis stellen.

### **5.2 Klachtonderdeel 2**

- 5.2.1 Het bieden van gelegenheid tot herstel van een klein gebrek in de aanbieding is, volgens vaste jurisprudentie, onder omstandigheden aan de orde. In beginsel dient deze gelegenheid slechts te worden geboden, wanneer het ontstaan van het gebrek is te wijten aan omstandigheden die in de risicosfeer van de aanbestedende dienst liggen. Dit is aan de orde wanneer bijvoorbeeld sprake is van onduidelijkheden in de documenten, of wanneer eisen voor meerdere uitleg vatbaar zouden zijn. Daarbij is het van belang dat de aanbestedende dienst zich ook de belangen van de overige inschrijvers moet aantrekken en door het bieden van een herstelmogelijkheid aan één van de inschrijvers al snel in strijd handelt met het gelijkheidsbeginsel.
- 5.2.2 Zoals hiervoor reeds aangegeven is de eis van het indienen van een plan van aanpak reeds opgenomen in het bestek, bij de uitnodiging tot het doen van een aanbieding. Klager heeft op de eisen, die zijn opgenomen in het programma van eisen kunnen reageren hij had bij die gelegenheid ook kunnen reageren op de eis van het indienen van een plan van aanpak. Klager heeft echter in het geheel niet gereageerd. Vervolgens is de nota van inlichtingen toegestuurd, welke klager op 22 november 2013 heeft ontvangen. In die nota van inlichtingen is duidelijk onder wijziging 0.04 opgenomen dat wanneer niet aan de eisen wordt voldaan, de aanbidding wordt uitgesloten. Klager had ook op dat moment contact kunnen opnemen met de beklagde of met de Commissie. Immers de Aanbestedingswet biedt de mogelijkheid om gedurende de gehele aanbestedingsprocedure een klacht in te dienen. Klager heeft dat niet gedaan. Beklagde is van mening dat klager voldoende gelegen-

heid heeft gekregen om kennis te nemen van de ernst die zij toekent aan het voldoen aan de indieningseisen. Naar de mening van beklaagde is dan ook van een klein gebrek geen sprake.

5.2.3 Voorts heeft klager voldoende gelegenheid gekregen om tussentijds te reageren. Uit bovenstaande, het feit dat klager niet heeft gereageerd en doordat de andere inschrijvers wel aan alle aanbiddingseisen hebben voldaan, leidt beklaagde af dat geen sprake was van onduidelijkheden in de documenten. Er kon dan ook geen onduidelijkheid bestaan over de eis van het indienen van een plan van aanpak. Naast het feit dat beklaagde van mening is dat geen sprake is van een klein gebrek, betekent dit dat er geen sprake is van dat dit gebrek te wijten zou zijn aan omstandigheden die in de risicosfeer van beklaagde liggen. Dat betekent dat beklaagde klager terecht geen gelegenheid heeft geboden om het gebrek te herstellen.

## **6. Beoordeling**

### **6.1 Klachtonderdeel 1**

6.1.1 Op straffe van ongeldigheid van de inschrijving bepaalt artikel 7.9.6 ARW 2012 dat het inschrijvingsbiljet en "alle gegevens die nodig zijn voor de beoordeling van de inschrijving" tijdig moeten zijn ingediend. Op grond van artikel 7.20.2 ARW 2012 toetst de aanbestedder de inschrijvingen vervolgens aan de door hem in de uitnodiging tot inschrijving en in "de overige voor de inschrijving relevante stukken, gestelde normen, functionele eisen en prestatie-eisen".

6.1.2 In deze op de onderhavige aanbesteding van toepassing verklaarde bepalingen ligt naar het oordeel van de Commissie besloten dat een aanbestedder de inschrijvers mag vragen om gegevens die nodig zijn om te kunnen vaststellen of de inschrijving conform is aan de gestelde normen en eisen. Een aanbestedder kan van een inschrijver daarbij zelfs verlangen dat hij aantoont dat het product, de dienst of het werk in overeenstemming is met de gestelde normen en voldoet aan de eisen van de aanbestedder. Deze regel kan worden ontleend aan de artikelen 2.4.5, 3.4.5, 4.4.5, 5.4.5 en 6.3.5 ARW 2012, waarbij de beperking geldt dat dit aantonen geschiedt met gebruikmaking van een "passend middel". Hoewel deze bepalingen zijn geschreven voor andere in het ARW 2012 geregelde nationale aanbestedingsprocedures, is de Commissie van oordeel dat deze regel ook van toepassing is in het kader van een meervoudige onderhandse procedure zoals de onderhavige. Zou dat immers niet zo zijn, dan zou dat de toepassing van artikel 7.20.2 ARW 2012 onnodig bemoeilijken.

6.1.3 In het verlengde van het voorgaande ligt naar het oordeel van de Commissie besloten dat beklaagde de indiening van een Plan van Aanpak kan verlangen als passend middel voor inschrijvers om aan te tonen dat de dienst of het werk in overeenstemming is met de gestelde normen en voldoet aan de eisen van de aanbestedder als opgenomen in het bestek.

6.1.4 De te beantwoorden vraag is vervolgens of uit de formulering van paragraaf 0.04 lid 9 van het bestek voldoende duidelijk blijkt dat beklaagde met het daarin gestelde vereiste van de indiening van een Plan van Aanpak het in 6.1.3 gestelde heeft beoogd te bewerkstelligen. Op beklaagde rust immers de aanbestedingsrechtelijke verplichting om de eisen en criteria als ook de wijze waarop deze gedurende de aanbestedingsprocedure zullen worden toegepast zodanig in de aanbestedingsdocumenten te formuleren dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers in staat zijn deze op dezelfde wijze te interpreteren.

6.1.5 De Commissie deelt niet het standpunt van klager dat het vereiste van het indienen van een Plan van Aanpak zodanig dient te worden begrepen dat beklagde daarmee heeft beoogd informatie te verkrijgen die nodig is voor het nemen van de gunningsbeslissing. Uit dat standpunt – en dat geldt ook voor haar standpunt dat dit vereiste zinledig is nu het geen gewicht in de schaal werpt bij die beslissing – blijkt naar het oordeel van de Commissie dat klager zich in haar klacht ten onrechte heeft gefocust op de vraag of het Plan van Aanpak een functie vervult in het kader van de gunningsbeslissing. Naar het oordeel van de Commissie blijkt uit de samenhang tussen paragraaf 0.04 lid 9 van het bestek enerzijds – waar in de derde alinea een specificatie gevraagd wordt “van de door de inschrijver in te zetten werktuigen en hulpmaterieel voorzover hieraan in het bestek eisen zijn gesteld” – en de artikelen 7.9.6 en 7.20.2 ARW 2012 anderzijds, dat het Plan van Aanpak geen functie in het kader van de gunningsbeslissing vervult en dat de indiening daarvan slechts is bedoeld om de aanbesteder in staat te stellen vast te stellen of de inschrijving conform is aan de gestelde normen en eisen. Dat beklagde de functie van paragraaf 0.04 lid 9 van het bestek anders heeft begrepen, komt voor haar eigen rekening.

6.1.6 Het voorgaande betekent dat klachtonderdeel 1 ongegrond is.

6.1.7 De Commissie merkt ten overvloede nog het volgende op. Dat een aanbesteder de indiening van een Plan van Aanpak kan verlangen als passend middel voor de inschrijvers om aan te tonen dat de dienst of het werk in overeenstemming is met de gestelde normen en voldoet aan de eisen van de aanbesteder als opgenomen in het bestek, laat onverlet dat de aanbesteder ook dan die verplichting van de inschrijvers in duidelijke en ondubbelzinnige bewoordingen in de aanbestedingsstukken zal moeten formuleren. De in 6.1.4 genoemde verplichting van beklagde om de eisen en criteria op duidelijke en ondubbelzinnige wijze in de aanbestedingsdocumenten te formuleren, ziet immers ook daarop.

6.1.8 De Commissie is van oordeel dat beklagde aan deze verplichting niet heeft voldaan voor zover het de formulering van paragraaf 0.04 lid 9 van het bestek betreft. Deze formulering maakt onvoldoende duidelijk aan welke vereisten de inhoud van een Plan van Aanpak als onderdeel van de inschrijving moet voldoen en op welke wijze dat Plan van Aanpak door de aanbesteder zal worden gebruikt bij de beoordeling of de inschrijving conform is aan de gestelde normen en eisen. Klachtonderdeel 1 heeft op dit verzuim van aanbesteder echter geen betrekking.

## 6.2 Klachtonderdeel 2

6.2.1 Als uitgangspunt geldt dat wanneer een inschrijver zijn inschrijving heeft ingediend, deze inschrijving in beginsel niet meer mag worden aangepast op initiatief van de aanbestedende dienst of van de inschrijver zelf. De verplichting van een aanbestedende dienst om inschrijvers op gelijke en niet-discriminerende wijze te behandelen (art. 1.8 Aw 2012) en de hieruit voortvloeiende transparantieplichting (art. 1.9, eerste lid, Aw 2012) verzetten zich daartegen (HvJ EU 29 maart 2012, zaak C-599/10, rov. 38 en art. 7.17.1 ARW 2012). Deze verplichtingen staan er echter niet aan in de weg dat, in uitzonderlijke gevallen, de inschrijvingen gericht kunnen worden verbeterd of aangevuld, met name omdat deze klaarblijkelijk een eenvoudige precisering behoeven, of om kennelijke materiële fouten recht te zetten, mits deze wijziging er niet toe leidt dat in werkelijkheid een nieuwe inschrijving wordt voorgesteld (HvJ EU 29 maart 2012, zaak C-599/10, rov. 40).

6.2.2 De Commissie is van oordeel dat het alsnog in staat stellen van klager om zijn inschrijving aan te vullen met een Plan van Aanpak niet een aanvulling is die kan worden aangeduid als een “klaarblijkelijk eenvoudige precisering” van een inschrijving of om het rechtzetten van een “kennelijke materiële fout”. Betoogd zou zelfs

kunnen worden dat een dergelijke aanvulling in werkelijkheid leidt tot een nieuwe inschrijving.

## **7. Advies**

De Commissie acht de beide klachtonderdelen **ongegrond**.

Den Haag, 3 maart 2014

w.g.:  
Mr. J.G.J Janssen  
Voorzitter

Prof.mr. C.E.C. Jansen  
Vicevoorzitter