

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 522 | Samenvatting

De klacht ziet op een meervoudig onderhandse procedure voor de realisatie van een fietstunnel, inclusief fietspaden met aansluiting op de omliggende fietspaden.

De aanbesteder neemt het standpunt in dat hij niet kwalificeert als aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf in de zin van de Aw 2012. Hij stelt zich op het standpunt dat de Commissie om die reden niet bevoegd is kennis te nemen van de klachten van de ondernemer en dat zijn vrijwillige keuze om de beginselen van gelijke behandeling en transparantie in acht te nemen daaraan niet afdoet.

De Commissie stelt vast dat aanbesteder in de stukken heeft vermeld dat hij de relevante wet- en regelgeving met betrekking tot het aanbesteden van werken in acht zal nemen en dat hij voor deze aanbesteding voor een meervoudig onderhandse procedure volgens Hoofdstuk 7 van het ARW 2016 heeft gekozen, dat hij het Uniform Europees Aanbestedingsdocument van toepassing heeft verklaard en dat hij bovendien naar de mogelijkheid verwijst om bij de Commissie een klacht in te dienen. De Commissie neemt daarom tot uitgangspunt dat de aanbesteder zichzelf heeft gebonden aan diverse bepalingen en beginselen van de Aw 2012 en het ARW 2016 en acht zich bevoegd de klacht in behandeling te nemen.

Klachtonderdeel 1

De ondernemer klaagt er in de eerste plaats over dat hij, ondanks – in zijn visie gedane – eerdere toezeggingen, niet is uitgenodigd voor de meervoudig onderhandse procedure. De Commissie stelt voorop dat zij slechts bevoegd is te oordelen over een handelen of nalaten van een aanbestedende dienst dat binnen de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012 valt (artikel 1 sub c Reglement Commissie). Deze wet biedt echter geen grondslag voor een verplichting van een aanbestedende dienst om een ondernemer uit te nodigen voor een meervoudig onderhandse aanbesteding. Bovendien had de aanbesteder een goede reden – gebaseerd op een objectief criterium in de zin van artikel 1.4, lid 1, Aw 2012 – om ondernemer niet uit te nodigen voor de meervoudig onderhandse procedure.

Klachtonderdeel 2

Het tweede klachtonderdeel betreft de klacht dat de aanbesteder, door in de meervoudig onderhandse procedure een RAW-bestek voor te schrijven waarin wordt gekozen voor een open ontgraving, een technische oplossing voorschrijft, terwijl hij zijn eisen functioneel zou moeten specificeren. In dat kader overweegt de Commissie dat de aanbesteder in beginsel vrij is te bepalen wat hij wil inkopen en niet verplicht is om de opdracht functioneel te specificeren. Daarom mag hij naar het oordeel van de Commissie in beginsel kiezen voor een traditioneel RAW-bestek en een open ontgravingsmethode. Dit is slechts anders indien als gevolg van de keuze voor een open ontgravingsmethode één van de tot inschrijving uitgenodigde ondernemingen wordt bevoordeeld. Dat dit in de onderhavige meervoudig onderhandse aanbesteding het geval is, is gesteld noch gebleken.

Klachtonderdeel 3

Het derde klachtonderdeel stelt aan de orde dat de aanbesteder niet zoveel mogelijk maatschappelijke waarde realiseert voor de publieke middelen door varianten, zoals de door de ondernemer ontwikkelde tunnelbouwmethode, niet toe te staan. De Commissie is van oordeel dat ook de keuze voor een bepaalde werkwijze en het uitsluiten van andere werkwijzen onder het toepassingsbereik van artikel 1.4,

lid 2, Aw 2012 valt. Naar het oordeel van de Commissie heeft de ondernemer echter, in het licht van hetgeen de aanbesteder in dat kader heeft aangevoerd, zijn standpunt dat met de voorgeschreven traditionele (open) tunnelbouwmethode in strijd wordt gehandeld met artikel 1.4, lid 2, Aw 2012 onvoldoende onderbouwd.

Daarmee acht de Commissie alle klachtonderdelen ongegrond.

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 522

1. Feiten

- 1.1. Aanbesteder is een gemeenschappelijke onderneming van een overheidsbedrijf en een particuliere onderneming. Deze entiteit is op 18 februari 2019 een meervoudig onderhandse procedure gestart voor de realisatie van een fietstunnel, inclusief fietspaden met aansluiting op de omliggende fietspaden. Daartoe zijn zes partijen uitgenodigd een inschrijving in te dienen. Ondernemer is niet uitgenodigd.
- 1.2. De Gunningsleidraad Meervoudig onderhandse aanbesteding van 18 februari 2019 vermeldt onder meer het volgende:

'BEGRIPPENLIJST/DEFINITIES

Aanbesteder: (...)

(...)

Bestek: De technische specificatie, bijzondere voorwaarden en uitvoeringsvoorwaarden als beschreven in artikel 3.61 Aanbestedingswet 2012.

(...)

1. INLEIDING

(...)

1.2. AANBESTEDER

Aanbesteder is, in tegenstelling tot een van haar aandeelhouders zijnde [naam], geen aanbestedende dienst c.q. speciale sectorbedrijf en derhalve niet verplicht om de relevante wet- en regelgeving m.b.t. het aanbesteden van goederen, diensten en werken na te leven en dus vrij in de keuze van de gewenste aanbestedingsprocedure.

Echter, gezien het feit dat 75% van het toegekende budget afkomstig is van publiekrechtelijke organisaties maakt dat aanbesteder voor deze specifieke opdracht toch kiest om, gelijk [naam] en publiekrechtelijke instellingen, de relevante wet- en regelgeving m.b.t. het aanbesteden van werken na te leven.

(...)

1.4. DOEL EN OMVANG VAN DE OPDRACHT

Het doel van de onderhavige aanbesteding is om met de winnende inschrijver een overeenkomst te sluiten voor het realiseren van een fietstunnel, inclusief fietspaden met aansluiting op de omliggende fietspaden, onder de [Straatnaam] te [Plaatsnaam].

De omvang van de werkzaamheden bestaan in hoofdzaak uit:

- Het verrichten van opruimingswerkzaamheden;
- Het uitvoeren van grondwerk;
- Het aanbrengen van een fietstunnel;
- Het aanbrengen van funderingslagen;
- Het aanbrengen van asfaltbetonverhardingen;
- Het (her)straten van bestratingen;
- Het aanbrengen van betonbanden;
- Het aanbrengen van openbare verlichting;
- Het aanbrengen van verkeersborden.

2. DE AANBESTEDINGSPROCEDURE

2.1. ALGEMEEN

Aanbesteder heeft ervoor gekozen om voor deze aanbesteding een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure volgens hoofdstuk 7 van het Aanbestedingsreglement Werken 2016 (ARW 2016). Afwijkingen en/of aanvullende bepalingen hierop worden in deel 5 van deze gunningsleidraad vermeld.

(...)

2.4. CONTRACTVORM

De opdracht wordt verstrekt in de vorm van een RAW-contract op basis van de UAV 2012.

(...)

3. GUNNINGSFASE

3.1. INLEIDING

In dit deel van de gunningsleidraad wordt een nadere toelichting gegeven op de zaken die door inschrijver bij Inschrijving ingediend moeten worden. Per onderdeel wordt tevens aangegeven op welke wijze de beoordeling plaatsvindt. De beoordeling heeft betrekking op de volgende onderdelen:

- Uitsluitingsgronden: het wel of niet kunnen overleggen van een volledig ingevuld Uniform Europees Aanbestedingsdocument;
- Prijs;
- Kwaliteit.

3.2. BEOORDELING VAN DE INSCHRIJVINGEN

De conformiteit aan gestelde eisen zijn zogenaamde knock-out eisen. Knock-out betekent dat inschrijvingen die niet voldoen aan de door aanbesteder gestelde eisen niet door aanbesteder beoordeeld gaan worden. Er kunnen dan ook geen punten worden gescoord door inschrijver op deze knock-out eisen. Inschrijver conformeert zich onvoorwaardelijk en zonder voorbehoud aan de door aanbesteder gestelde eisen.

Voor de onderhavige aanbestedingsprocedure geldt dat aanbesteder de opdracht zal gunnen op basis van de Economisch Meest Voordelig Inschrijving, hierna te noemen EMVI, waarbij de EMVI wordt bepaald op basis van gunningscriterium beste prijs-kwaliteitverhouding, hierna te noemen BPKV. De BPKV wordt bepaald door te gunnen op waarde. Hierbij wordt gunningscriteria kwaliteit in geld gewaardeerd en in mindering gebracht op de inschrijfprijs.

Aanbesteder zal de inschrijver met de laagste fictieve inschrijfprijs selecteren als de beoogde winnende inschrijver.

(...)

4. ALGEMENE BEPALINGEN

(...)

4.7. VARIANTEN

Het is voor inschrijvers **niet** toegestaan om varianten in te dienen op het bestek.

(...)

4.16. KLACHTENREGELING

Indien inschrijver niet tevreden is over de handelwijze van aanbestedder in deze aanbestedingsprocedure, kan deze een klacht indienen bij het klachtenmeldpunt dat aanbestedder hiervoor heeft ingericht. De klacht zal dan onafhankelijk worden behandeld.

(...)

Procedure afhandeling klacht:

(...)

- De indiener van de klacht heeft de mogelijkheid om, nadat op een klacht een besluit is genomen, dezelfde klacht bij de Commissie van Aanbestedingsexperts voor te leggen. Let op! Een klacht kan niet bij de voornoemde Commissie van Aanbestedingsexperts voorgelegd worden, voordat aanbestedder de kans heeft gehad om op de klacht te reageren.
- De Commissie van Aanbestedingsexperts neemt in beginsel geen klacht in behandeling, indien de klacht niet aan aanbestedder kenbaar is gemaakt middels het klachtenmeldpunt.

(...)

5. UITSLUITINGSGRONDEN EN GESCHIKTHEIDSEISEN

5.1. ALGEMEEN

Inschrijver wordt door aanbestedder gecontroleerd op de uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen. Inschrijver dient via het Uniform Europees Aanbestedingsdocument (bijlage 6) informatie te verschaffen aan aanbestedder over het (niet) voldoen aan de uitsluitingsgronden en de geschiktheidseisen.

Een inschrijver waarop een uitsluitingsgrond van toepassing is wordt door aanbestedder terzijde gelegd en komt derhalve niet in aanmerking voor verdere (inhoudelijke) beoordeling, tenzij aanbestedder overeenkomstig het bepaalde in artikel 2.88 van de Aanbestedingswet 2012 afziet van toepassing van een uitsluitingsgrond. Indien inschrijver niet voldoet aan één of meerdere geschiktheidseisen dan wordt de inschrijving terzijde gelegd en deze derhalve ook niet in aanmerking voor verdere (inhoudelijke) beoordeling.'

- 1.3. Voorafgaand aan de start van de meervoudig onderhandse procedure op 18 februari 2019 (vanaf begin 2018) hebben diverse besprekingen plaatsgevonden tussen vertegenwoordigers van aanbestedder en ondernemer en zijn tussen hen en hun advocaten diverse brieven en e-mails gewisseld. Partijen hebben met elkaar gesproken over een door ondernemer ontwikkelde, geöctrooieerde, innovatieve tunnelboormethode. Uiteindelijk heeft aanbestedder gekozen voor een meervoudig onderhandse aanbesteding op basis van een traditionele open ontgravingstechniek met een RAW-bestek, zonder varianten toe te laten. Ondernemer is niet uitgenodigd tot inschrijving. In de gewisselde correspondentie is onder meer het volgende opgenomen.
 - 1.3.1. Op 3 augustus 2018 heeft ondernemer aan aanbestedder een e-mail gestuurd, waarin is vermeld:

'(...),

Tijdens ons gesprek dd 6 juli hebben we afgesproken dat we na 3 weken een raming zouden afgeven en tevens [Aannemer] zouden benaderen.

Na een gesprek met [Aannemer], waarin we hen ingelicht hebben over uw project, hebben ze inderdaad hun belangstelling uitgesproken, maar we kunnen pas in de laatste week van augustus aan u een bezoek brengen omdat hun kostencalculator met vakantie is. Een definitieve raming kan begin september gegeven worden door het te vormen consortium.

Daar in principe eind dit jaar de pilot-fietstunnel opgeleverd moet zijn, heb ik om eea te bespoedigen, een taakstellende raming opgesteld, waaraan zowel [Aannemer] als de machinefabriek zal moeten voldoen. Volgens de voorlopige raming zou de aanleg van de fietstunnel, volgens uw tekening, € 796.000,= excl BTW bedragen. Wij verwachten een Europese subsidie van € 250.000,=, daar het belang van deze innovatie zeer groot is.

[Ondernemer] en [Aannemer] (hoofdaannemer) geven een garantietermijn van 10 jaar op de constructie en 10 jaar monitoring en correctie van ev zettingen bij de waterleidingbuis. Overigens is de kans op zettingen bij ons veel kleiner dan bij een open ontgraving. Tevens merken wij op dat de [naam methode] zeer flexibel is in zijn tracékeuze, zowel horizontaal als verticaal, wat tot uitdrukking komt in een goedkopere en eenvoudiger toerit van het fietspad. Ook kunnen wij de tunnel een meter onder de waterleidingbuis aan leggen, wat de kans op zettingen van de waterleiding verkleint. Gezien het grote belang dat [Ondernemer] van u een kans krijgt om het systeem te bewijzen, dat zowel door aannemers, TNO en RWS positief is beoordeeld, zijn wij u zeer dankbaar als het tot een opdracht komt. Uiteraard zijn we gaarne bereid verder met u van gedachten te wisselen, waarbij we ook het fietspad kunnen begroten, ev met mwv een plaatselijke aannemer.

Indien u vrijblijvend in hoofdlijnen akkoord kunt gaan met de voorlopige raming, dan kunnen wij op zeer korte termijn de voorbereiding, berekening en tekening van de [naam methode] (levertijd ± 13 weken) gaan opstarten.

(...)'

- 1.3.2. Op 1 oktober 2018 heeft ondernemer aan aanbesteder de volgende e-mail gestuurd:

'(...)

Vanmorgen heb ik u gebeld, maar kreeg geen gehoor.

Ik heb nl van [Aannemer] gehoord dat er moeilijkheden zijn met de aanbesteding. Ook las ik in de krant dat enkele politieke partijen bezwaar maakten over de bijdrage van € 100.000,=, op te brengen door [Subsidiegever].

Daar de aanleg van de EERSTE fietstunnel voor ons zeer belangrijk is en veel CO2-besparing oplevert tov traditioneel ontgraven zijn wij ([Ondernemer]) bereid om deze bijdrage zelf te betalen. Omdat ook Prorail en [Naam] waarschijnlijk op dezelfde bouwwijze tunnels wil bouwen, achten wij als [Ondernemer] de kans groot dat wij dit geld wel terugverdienen.

Helaas botsen wij steeds tegen hun schier onhaalbare eis dat de techniek "bewezen" moet zijn, hetgeen al een lang achterhaalde eis is, daar alle samenstellende technieken bekend zijn.

[Ondernemer] is ook van plan om zoveel mogelijk werk door plaatselijke leveranciers (oa de levering van de tunnelelementen in [locatie] door [naam] te laten doen.

Samen met de Europese subsidie komen de bouwkosten voor de tunnel uit op € 800.000,= min (35%) 280.000,= min 100.000,= op **€ 420.000,=**.

Ook de machinefabriek is al volop bezig om de [naam methode] uit te werken.

Alleen u maakt het mogelijk om de techniek te "bewijzen".

Gaarne willen wij verder met u overleggen.'

- 1.3.3. Op 2 oktober 2018 heeft de projectleider van aanbesteder in reactie de volgende e-mail aan ondernemer gestuurd:

'Bedankt voor de mail. Er zijn wat ons betreft op dit moment geen moeilijkheden met de aanbesteding. De toegezegde bijdrages zijn inmiddels rond en de voorbereidingen aan onze kant gaan ook volop verder. De bijdrage vanuit [Subsidiegever] ligt politiek gezien wat gevoelig – vandaar het bericht in de krant – maar is uiteindelijk wel rond.

Wij zetten op dit moment in op een meervoudig onderhandse aanbesteding waarbij we [Ondernemer] ook een kans willen geven. Onze planning schuift echter wel iets naar achter; we verwachten oktober nog nodig te hebben voor voorbereiding en medio november de uitvragen richting de marktpartijen te kunnen uitsturen.'

- 1.3.4. Op 18 januari 2019 heeft ondernemer aan aanbesteder een e-mail gestuurd met de volgende inhoud:

'(...)

In vervolg op mijn mail dd 17 jan, waarin ik uw bevestiging vroeg op de toegezegde uitnodiging door [de Projectleider van Aanbesteder], van uw afd Inkoop en onderstaande mails bericht ik u het volgende.

[De Projectleider van Aanbesteder] zei me in zijn tel dd 21 dec 2018, dat de aanvraag gebaseerd is op open ontgraving en dat alternatieven niet worden toegestaan. Daar heb ik direct bezwaar tegen gemaakt, omdat u ons schriftelijk 2 maal heeft toegezegd dat [Ondernemer] een kans krijgt om mee te doen. Die kans is hiermee ons ontnomen, wat in strijd is met fatsoenlijk zakendoen.

De door hem genoemde reden: [de in Aanbesteder deelnemende particuliere onderneming] heeft haast met de aanleg van de fietstunnel. Dit is echter veroorzaakt door de bureaucratie van uw afd Inkoop. U had het recht om opdrachten onder 1,5 mlj in een bouwteam aan te besteden. De tunnel had er dus al in jan 2019 gerealiseerd kunnen zijn. Tijdens dat tel gesprek met [de Projectleider van Aanbesteder] heb ik hem gewezen op het strategisch belang van deze fietstunnel, daar zowel ProRail als RWS eisen dat slechts "bewezen projecten" in aanvraag mogen komen, hun opgelegd door de landelijke politieke besluitvorming.

Dus zonder "Pilot" maken innovaties in Nederland geen kans en worden veilige spooronderdoorgangen veel te duur. Vandaar de oproep via CROW, gericht aan overheden en andere opdrachtgevers, om mee te werken aan een pilot, waaraan u als enige hebt gehoor gegeven en waar voor wij u onze dankbaarheid meerdere malen hebben getoond.

Daar had [de Projectleider van Aanbesteder] echter geen boodschap aan: "ProRail moet dan zelf maar voor een pilot zorgen". Verder zei hij dat er 7 uitnodigingen de deur uit gingen, echter niet naar [Ondernemer]. Uiteindelijk zegde hij, op mijn uitdrukkelijk verzoek, toe, om ons toch een uitnodiging te sturen.

Verder gaat u met deze open ontgraving ook voorbij aan uw verplichting zich te houden aan het Klimaatakkoord: er worden door de open bouwwijze veel tonnen CO2 en NOx opzettelijk en met voorbedachte rade de lucht in geblazen.

De vraag van [de in Aanbesteder deelnemende particuliere onderneming] om een spoedige realisatie acht ik volkomen op zijn plaats: de oplossing zou een tijdelijke verkeerslichtinstallatie kunnen zijn of een verkeersregelaar. Onze levertijd is 15 weken na opdracht. Nu bent u ook veel tijd en overbodige kosten kwijt aan 7 uitnodigingen.

Een groot bezwaar tegen deze gang van zaken acht ik, dat u zowel [Provincie], [Plaatsnaam] en [Subsidiegever], alsmede de media en [Ondernemer] in de veronderstelling hebt gebracht dat u een innovatieve oplossing onder de [Straatnaam] nastreefde.

Daarvoor hebt u ook een hoger budget toegewezen gekregen, nl ong € 800.000,=. U zult dit gemeenschapsgeld echter niet nodig hebben voor een open ontgraving (geraamde kosten ong € 600.000,=). Dit lijkt op misleiding.

Tenslotte verlang ik van u de aanvraag te wijzigen in: "**Alternatieven toege- staan**".

Indien u daaraan geen gehoor geeft dan voelen wij ons verplicht om bezwaar aan te tekenen.

Wij zijn gaarne bereid om tot een goede oplossing te komen.'

- 1.3.5. Op 22 januari 2019 heeft aanbesteder aan ondernemer een brief gestuurd met de volgende inhoud:

'(...)

In 2018 heeft [Aanbesteder] (...) verkennend met u gesproken over de realisatie van een fietstunnel onder de [Straatnaam] te [Plaatsnaam] en meer specifiek de mogelijkheid om deze te realiseren op basis van de [naam methode]. Wij stonden daar op dat moment zeker voor open maar hebben hierbij laten weten dat wij gebonden zijn aan de Aanbestedingswet. Dit betekent dat [Aanbesteder], gelet op de geraamde waarde van de opdracht, gehouden is om een aanbestedingsprocedure op te starten waarbij meerdere bedrijven door [Aanbesteder] moeten worden uitgenodigd voor het indienen van een inschrijving.

Op 21 december 2018 bent u echter door [de Projectleider], namens [Aanbesteder], geïnformeerd over het feit dat [Aanbesteder], als gevolg van een aantal ontwikkelingen, in overleg met haar stakeholders besloten heeft om de realisatie van een fietstunnel onder de [Straatnaam] te [Plaatsnaam] te laten plaatsvinden op basis van een RAW-bestek waarbij gekozen is voor een open ontgraving zonder toelating van varianten.

U hebt op 14 januari jl. een e-mail gestuurd naar [Naam] van de [Gemeente] en [Naam] van de [Provincie] waarin u uw ongenoegen kenbaar hebt gemaakt over de voorgenomen aanbestedingsprocedure van [Aanbesteder]. Op 18 januari jl. hebt u hier een vervolg aangegeven door wederom een e-mail, in dit geval gericht aan [Naam], te sturen m.b.t. de ontstane situatie.

[Naam] heeft, namens [Aanbesteder] inhoudelijk gereageerd op uw e-mail d.d. 14 januari jl. en [Aanbesteder] ziet in uw e-mail d.d. 18 januari jl. geen aanleiding om nogmaals inhoudelijk op deze kwestie te reageren. Reden is dat wij ons niet herkennen in de uitspraken c.q. beweringen die u doet in beide voornoemde e-mails. Uw eis dat [Aanbesteder] de aanbesteding dient te wijzigen door varianten op het bestek toe te staan gaat [Aanbesteder] niet inwilligen. Een aanbestedende dienst is vrij in haar keuze voor een aanbestedingsprocedure binnen de hiervoor geldende aanbestedingsregels. [Aanbesteder] heeft, in overeenstemming met de andere stakeholders voor het onderhavige project, gekozen voor een meervoudig

onderhandse aanbestedingsprocedure zonder toelating van een variant op het bestek. Gunning van de opdracht zal plaatsvinden op basis van de Economisch Meest Voordelige Inschrijving met als gunningscriterium de beste prijs-kwaliteitsverhouding en niet, zoals u hebt geschreven, op basis van gunningscriterium laagste prijs.

Gezien onze keuze voor het realiseren van de voornoemde fietstunnel op basis van een RAW-bestek met een open ontgraving zonder toelating van varianten hebben wij besloten om uw firma geen uitnodiging voor het indienen van een inschrijving te doen toekomen.

(...)'

2. Beschrijving klacht

2.1. Klachtonderdeel 1

Door ondernemer, ondanks eerdere toezeggingen, niet uit te nodigen voor de meervoudig onderhandse procedure, handelt aanbesteder in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en de eisen van de goede trouw en redelijkheid en billijkheid die zij als opdrachtgever in de precontractuele fase in acht moet nemen.

2.2. Klachtonderdeel 2

Door in de meervoudig onderhandse procedure een RAW-bestek voor te schrijven, waarin wordt gekozen voor een open ontgraving, wordt een technische oplossing voorgeschreven, terwijl een aanbestedende dienst zijn eisen functioneel moet specificeren.

2.3. Klachtonderdeel 3

Aanbesteder handelt in strijd met artikel 1.4, lid 2, Aw 2012 en de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht door geen gelijkwaardige varianten toe te staan in de meervoudig onderhandse procedure.

3. Onderbouwing klacht

3.1. Klachtonderdeel 1

3.1.1. Nadat ondernemer in het voorjaar van 2018 contact heeft gezocht met het CROW heeft het CROW in haar infra-innovatienetwerk een oproep gedaan om gebruik te maken van de door ondernemer ontwikkelde tunnelbouwmethode, die ook door Rijkswaterstaat wordt toegejuicht.

3.1.2. Naar aanleiding van de publicatie van het CROW heeft aanbesteder contact opgenomen met ondernemer en gevraagd of hij bereid en in staat zou zijn om een fietstunnel voor aanbesteder te realiseren. Ondernemer heeft toen de door hem ontwikkelde innovatieve tunnelboormethode aan aanbesteder gepresenteerd en aangegeven dat hij graag bereid is om op korte termijn de door hem ontwikkelde techniek toe te passen om de onderhavige fietstunnel te realiseren.

3.1.3. In meerdere gesprekken en richting derden, waaronder de gemeente, en de pers, heeft aanbesteder aangegeven dat hij bereid zou zijn om een alternatieve methode toe te passen ter realisering van het werk zoals bijvoorbeeld de door ondernemer ontwikkelde methodiek.

- 3.1.4. Aanbesteder heeft ondernemer mondeling en later ook tweemaal schriftelijk medegedeeld dat hij zou worden uitgenodigd om deel te nemen aan een meervoudig onderhandse procedure (zie voor één van deze twee mededelingen de e-mail van 2 oktober 2018 in 1.3.3 hiervoor).
- 3.1.5. Ondernemer heeft vervolgens de nodige voorbereidingen getroffen, waaronder het maken van aangepaste tekeningen en berekeningen en overleg met de machinefabriek. Hij heeft aan een aantal studenten van een hogeschool beloofd dat zij er hun afstudeerproject van zouden mogen maken. Ondernemer heeft de aandrijfmotoren en hydraulische cilinders die benodigd zijn voor de machine al gereserveerd. Ondernemer heeft deze investeringen en voorbereidingen ook aan aanbesteder gemeld.
- 3.1.6. Aanbesteder heeft daarmee het vertrouwen gewekt bij ondernemer dat hij zou worden uitgenodigd om deel te nemen aan de meervoudig onderhandse procedure. Door hem niet (alsnog) uit te nodigen handelt aanbesteder in strijd met het vertrouwensbeginsel. Voorts handelt aanbesteder daarmee in strijd met de beginselen van goede trouw die partijen in een precontractuele fase jegens elkaar in acht moeten nemen.
- 3.2. Klachtonderdeel 2
- 3.2.1. In de markt zijn meerdere methodes ontwikkeld om een fietstunnel te realiseren, waaronder de open ontgraving, een trektunnel waarbij een prefabtunnel wordt 'getrokken', alsook de door ondernemer ontwikkelde methode waarbij de tunnel wordt geboord en vervolgens wordt gerealiseerd met betonnen (prefab) wanden.
- 3.2.2. Door een RAW-bestek op te laten stellen en in dat bestek dwingend een open ontgraving voor te schrijven in een aanbesteding, kiest aanbesteder volgens ondernemer voor een technische oplossing, zonder dat hij daarbij motiveert en kan motiveren waarom hij voor die betreffende technische oplossing kiest.
- 3.2.3. Artikel 2.76 Aw 2012 staat het de aanbestedende dienst toe om technische specificaties van de opdracht aan de hand van nationale of Europese normen te stellen dan wel functionele of prestatie-eisen te stellen. Aanbesteder mag echter niet voorschrijven hoe een inschrijver de tunnel maakt.
- 3.2.4. Uitgangspunt is dat een aanbestedende dienst zoveel mogelijk zijn eisen functioneel moet omschrijven. Ondernemer verwijst naar artikel 2.76 van de Aw 2012 en ook naar Advies 442, Advies 430 en Advies 424 waarin dit is bepaald.
- 3.2.5. Nu aanbesteder heeft besloten om in een RAW-bestek voor te schrijven hoe de tunnel moet worden gerealiseerd, omschrijft hij de technische specificaties niet functioneel of volgens een landelijke of Europese norm maar eist hij een bepaalde uitvoering. Ondernemer stelt zich op het standpunt dat aanbesteder daarmee in strijd handelt met de Aanbestedingswet.
- 3.3. Klachtonderdeel 3
- 3.3.1. Het staat een aanbestedende dienst niet vrij hoe hij het werk in opdracht geeft, lees: hoe hij de aanbestedingsprocedure inricht. De aanbestedende dienst is niet (geheel) vrij in de keuze van een aanbestedingsprocedure en welke ondernemers hij daarvoor uitnodigt. Hij is daarbij gehouden aan de Aanbestedingswet. Ook aanbesteder is altijd gehouden, ook in het geval de opdracht onder de Europese drempelwaarde ligt, om de in de Aanbestedingswet opgenomen algemene beginselen van het aanbestedingsrecht in acht te nemen.

- 3.3.2. In artikel 1.4 Aw 2012 is bepaald dat een aanbestedende dienst gehouden is om op basis van objectieve criteria de keuze te maken voor de wijze van aanbesteding en de keuze voor de ondernemers die worden toegelaten tot die aanbesteding. Aanbesteder moet die keuze ook schriftelijk kunnen motiveren. Volgens ondernemer slaagt aanbesteder daar niet in.
- 3.3.3. Aanbesteder moet zich bovendien bij het aangaan van de schriftelijke overeenkomst inspannen om zo veel mogelijk maatschappelijke waarde te realiseren voor de publieke middelen die zullen worden besteed. Ook hierin slaagt aanbesteder volgens ondernemer niet, indien hij het niet toestaat dat varianten, zoals de methode van ondernemer, worden toegepast.
- 3.3.4. Aanbesteder moet de onderhavige aanbestedingsprocedure inrichten conform de Gids Proportionaliteit en moet daarbij onder meer letten op de aard en omvang van de opdracht, de samenstelling van de markt en de transactiekosten. De Nota van Wijziging bij de Aanbestedingswet (Kamerstukken II 2010-2011, 32.440, nr. 11, p. 15) noemt bovendien ook de plaats van uitvoering van de opdracht als objectief criterium.
- 3.3.5. Deze objectieve criteria, aangevuld met het criterium plaats van uitvoering, moeten aan de keuze van de aanbestedingsprocedure en de ondernemers die daarvoor worden uitgenodigd, ten grondslag liggen. Aanbesteder moet deze keuze bovendien ook aan de hand van deze criteria (schriftelijk) op verzoek kunnen motiveren.
- 3.3.6. Aanbesteder geeft aan dat hij kiest voor een meervoudig onderhandse procedure volgens een traditionele tunnelbouwmethode omdat een procedure waarin alternatieve uitvoeringsmethodes zouden worden toegestaan de opdracht meer complex zou maken en specifieke eisen zou stellen aan de offerteaanvraag en de beoordeling daarvan. Ondernemer stelt zich op het standpunt dat deze redenen de keuze voor het niet toestaan van varianten echter niet kunnen dragen en dat dit ook geen objectieve criteria zijn die aan een keuze van de aanbestedingsprocedure ten grondslag kunnen liggen.
- 3.3.7. Dat specifieke eisen aan de offerteaanvraag moeten worden gesteld en de beoordeling daarvan en de procedure, zoals aanbesteder dat stelt, daarmee 'complex' zou worden en de opdrachtbeschrijving uitgebreider zou moeten, vormen geen criteria die van invloed kunnen en mogen zijn op de inrichting van de aanbestedingsprocedure. Dat het van aanbesteder meer inspanning vergt om een aanbestedingsprocedure (anders) in te richten, is niet van belang voor en kan niet aan de keuze van een aanbestedingsprocedure in de weg staan, aldus ondernemer.
- 3.3.8. Overigens vallen deze extra inspanningen volgens ondernemer wel mee. De procedure zal bij het toestaan van varianten ook niet extra complex worden. Aanbesteder lijkt een beetje last te hebben van 'koudwatervrees'.
- 3.3.9. Dat het toestaan van varianten in meer inspanningen en kosten zal resulteren voor de marktpartijen om tot een inschrijving te komen is zonder nadere toelichting, die ontbreekt, onbegrijpelijk. Inschrijvers kunnen er immers ook voor kiezen om in te schrijven middels een traditionele tunnelbouwmethode. In dat geval kost het hun niets meer. Wellicht kost het wel meer als zij besluiten om in te schrijven met een variant. Dat is dan echter een eigen keuze van de inschrijver. In het geval varianten worden toegestaan, wordt het immers niet verplicht om met een variant in te schrijven, het wordt enkel toegestaan.
- 3.3.10. De motivering van aanbesteder dat hij het project binnen het beschikbare budget en op een relatief korte termijn zou willen realiseren en dat hij middels een

aanbestedingsprocedure voor een traditionele tunnelbouwmethode voldoende grip op de kosten en uitvoeringstermijn zou kunnen houden, acht ondernemer zonder nadere toelichting, die ontbreekt, onbegrijpelijk. Het houden van grip op kosten en uitvoeringstermijn realiseert aanbesteder immers niet in de aanbestedingsprocedure maar in de overeenkomst. Dit zijn zaken die aanbesteder contractueel kan regelen met de inschrijvers en maakt niet dat de aanbestedingsprocedure anders moet worden ingericht.

- 3.3.11. Dat de aanbestedende dienst gebaat is bij een goede doorstroming van de toe- en afvoerwegen van en naar het tunneltracé vormt evenmin een objectief criterium dat de keuze voor het niet toestaan van varianten kan dragen. Zonder nadere toelichting, die ontbreekt, valt volgens ondernemer ook niet in te zien waarom het niet toestaan van varianten in de aanbestedingsprocedure daaraan zou bijdragen. Zulks te meer omdat nu juist de door ondernemer ontwikkelde methode het mogelijk maakt om een deel van de toegangsweg tijdens het graven van de tunnel open te houden en de traditionele tunnelbouwmethode vereist dat de toegangsweg tijdens het graven volledig wordt afgesloten. De locatie waar de onderhavige opdracht moet worden uitgevoerd vormt nu juist een argument om alternatieve uitvoeringsmethodes wel toe te staan, zeker als die erin resulteren dat de aanvoerwegen tijdens het boren van de tunnel niet (volledig) hoeven te worden afgesloten.
- 3.3.12. Ondernemer wijst op Advies 48 van de Commissie waarin zij heeft geoordeeld over een klacht van een inschrijver dat er geen varianten werden toegestaan in de betreffende aanbestedingsprocedure. De Commissie bevestigde dat een aanbestedende dienst bij het aangaan van een overeenkomst zorg moet dragen voor het leveren van zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen.
- 3.3.13. De Commissie oordeelde vervolgens wel dat de betreffende klager voldoende aannemelijk moet kunnen maken dat een inschrijver met een variantoplossing meer maatschappelijke waarde voor de publieke middelen kan leveren dan de gekozen besteksoplossing. Ondernemer kan dit aannemelijk maken.
- 3.3.14. Volledigheidshalve wijst ondernemer er daarbij op dat de Commissie in advies 48 eveneens heeft geoordeeld dat het feit dat deze maatschappelijke (meer)waarde wordt onderbouwd met 'theoretische berekeningen van besparingen' en/of dat de 'theoretische onderbouwing' mogelijk niet wordt gehaald, geen reden kan zijn om de variant niet toe te staan. Dit miskent immers dat de aanbestedende dienst in beginsel de mogelijkheid heeft om de (winnende) inschrijver contractueel aansprakelijk te maken voor het feit dat de variant niet voldoet aan bepaalde resultaatseisen.
- 3.3.15. Het feit dat de door ondernemer ontwikkelde methode nimmer is toegepast in een project en 'feitelijk' niet is bewezen, is aldus ook geen motivatie om deze variant niet toe te staan. De aanbestedende dienst kan dit immers contractueel oplossen en hij kan de inschrijver aansprakelijk houden voor het te bereiken resultaat.
- 3.3.16. Daarbij wijst ondernemer er bovendien op dat twee grote aannemers zich garant hebben gesteld voor een juiste uitvoering, hetgeen ook zo is medegedeeld aan aanbesteder.
- 3.3.17. Overigens is de door ondernemer ontwikkelde methode wel in de praktijk bewezen omdat hij in een kleinere variant door een proefmachine is toegepast. Ondernemer heeft dat ook al aan aanbesteder toegelicht.
- 3.3.18. Ondernemer wijst de Commissie erop dat haar variant volledig gelijkwaardig is aan een traditionele tunnelbouwmethode. Middels de door ondernemer ontwikkelde methode kan ook op de beoogde locatie een tunnel worden gebouwd die – net als

in het geval van een traditionele tunnelbouwmethode – meer dan voldoende sterk is om het erover heen rijdende verkeer te dragen. Ondernemer biedt hier bewijs van aan middels een berekening die hij heeft laten maken door een adviesbureau. Uit deze (aangehechte) berekening volgt dat de tunnel van ondernemer voldoende sterk is om de bovenbelasting van de zwaarste verkeersklasse 60 te doorstaan.

- 3.3.19. De methode van ondernemer is qua snelheid vrijwel gelijk aan de open ontgravingsmethode. Daarbij merkt ondernemer op dat de door hem te bouwen machine binnen korte termijn kan worden gerealiseerd. Te meer omdat de aandrijfmotoren en hydraulische cilinders al zijn gereserveerd. Zijn methode is zo veel sneller dan een traditionele open ontgraving dat, zelfs als de bouw van de machine wordt meegenomen in de doorlooptijd van het project, het project even snel kan worden afgerond als dat bij een traditionele open ontgraving het geval zal zijn.
- 3.3.20. Ondernemer is overigens bereid om zich aan een maximale doorlooptijd te committeren, en bijvoorbeeld overeen te komen dat het project op straffe van een boete wordt afgerond binnen een aantal werkbare dagen.
- 3.3.21. De maatschappelijke meerwaarde van de door ondernemer ontwikkelde tunnelbouwmethode bestaat er uit dat bij toepassing van zijn methode – die aldus een gelijkwaardig alternatief is voor de traditionele tunnelbouwmethode – minder CO₂ uitstoot plaatsvindt dan bij de open ontgraving. Bij de methode van ondernemer behoeft minder graafwerk te worden verricht en het wegdek slopen en weer aanhelen is niet nodig. Dit betekent minder kosten en vooral ook minder CO₂ uitstoot.
- 3.3.22. Bovendien is er minder risico op zettingen dan bij een open ontgraving omdat er minder graafwerk behoeft te worden verricht.
- 3.3.23. De methode van ondernemer is goedkoper omdat daarbij minder graafwerk hoeft te worden verricht dan bij de traditionele methode en omdat ondernemer een subsidie kan verkrijgen vanuit het innovatiefonds. Ondernemer zal deze subsidie inzetten voor het onderhavige project en is daarmee aanzienlijk goedkoper dan inschrijvers met een traditionele methode die deze subsidie niet kunnen verkrijgen.
- 3.3.24. Ondernemer is bereid om te garanderen dat hij, in het geval de subsidie uitblijft, zelf deze investering zal inbrengen.
- 3.3.25. De methode van ondernemer heeft daarnaast als groot voordeel en daarmee maatschappelijk ook een meerwaarde ten opzichte van een open ontgraving, dat de weg open kan blijven gedurende het boren van de tunnel. Bij een open ontgraving moet de weg naar verwachting 2 à 3 weken dicht en het verkeer worden omgeleid. Bij de methode van ondernemer kan een weghelft openblijven. Die methode geeft kortom veel minder overlast voor de omgeving. Daarnaast worden opnieuw kosten bespaard omdat er geen wegomlegging behoeft te worden gerealiseerd (denk aan geen wegomlegging, plaatsing verkeersborden, geen opstoppingen, etc.).
- 3.3.26. De toepassing van de methode van ondernemer geeft aanbesteder en zijn samenwerkingspartners bovendien de unieke gelegenheid om zich op positieve wijze te presenteren. Zij zullen er immers voor zorgdragen dat de methode van ondernemer voor de eerste maal wordt toegepast hetgeen veel (positieve) publiciteit zal genereren.
- 3.3.27. Ondernemer wenst in de gelegenheid te worden gesteld om alsnog deel te nemen aan de meervoudig onderhandse procedure waarbij het hem (en andere inschrijvers) wordt toegestaan om in te schrijven met een variantoplossing voor de gevraagde fietstunnel, zoals de methode van ondernemer.

- 3.3.28. Ondernemer verzoekt de Commissie om zich uit te spreken over de vraag of het aanbesteder is toegestaan om een RAW-bestek met daarin een technische oplossing (open ontgraving) voor te schrijven en of het hem is toegestaan om geen varianten toe te staan binnen de door hem te organiseren meervoudig onderhandse procedure.

4. Reactie aanbesteder

- 4.1. Aanbesteder is primair van mening dat de Commissie de klacht van ondernemer niet in behandeling kan nemen. Hij vindt dat hij als commanditaire vennootschap niet kwalificeert als aanbestedende dienst noch als speciale-sectorbedrijf. Aanbesteder ziet zichzelf niet als publiekrechtelijke instelling omdat naar zijn mening niet aan de criteria daarvoor is voldaan. Hij acht zich niet gebonden aan de Aanbestedingswet 2012 en is van mening dat de Commissie niet bevoegd is kennis te nemen van de klachten van ondernemer. Dat aanbesteder er vrijwillig voor heeft gekozen de beginselen van gelijke behandeling en transparantie in acht te nemen, maakt dat volgens hem niet anders.
- 4.2. Voor zover de Commissie de klachten wel in behandeling neemt, acht aanbesteder de klachten ongegrond.
- 4.3. Alvorens in te gaan op de afzonderlijke klachtonderdelen, merkt aanbesteder ten aanzien van de feiten en achtergronden het volgende op.
- 4.3.1. Aanbesteder is een joint venture tussen een particuliere onderneming en een overheidsbedrijf. Door aanbesteder worden industrieterreinen ontwikkeld en geëxploiteerd.
- 4.3.2. Ter bevordering van de doorstroming van het verkeer bij die industrieterreinen wenst aanbesteder een fietstunnel aan te laten leggen onder één van de ontsluitingswegen van één van die industrieterreinen.
- 4.3.3. Aanbesteder heeft hierop een ingenieursbureau opdracht gegeven voor het uitvoeren van een quick scan naar de technische haalbaarheid van de aanleg van de fietstunnel en de kosten daarvan. Bij die quick scan heeft het ingenieursbureau alle verschillende bouwwijzen beoordeeld. Blijkens de quick scan kan de fietstunnel zowel middels een open ontgraving worden gerealiseerd als middels het trekken van een prefab tunnel. De kosten van een open ontgraven fietstunnel zijn door het ingenieursbureau geschat op een bedrag van € 400.000 excl. BTW en van een getrokken fietstunnel op een bedrag van € 800.000 excl. BTW.
- 4.3.4. Omdat meerdere partijen er belang bij hebben dat de doorstroming ter plaatse wordt bevorderd, heeft aanbesteder van de vier andere belanghebbenden bij die verbeterde doorstroming een financiële bijdrage gekregen voor de realisatie van die fietstunnel.
- 4.3.5. Overigens heeft aanbesteder bij het verzoek om die bijdragen niet aangegeven dat hij voornemens was een getrokken fietstunnel te laten realiseren. Op dat moment was nog niet bekend op welke wijze de fietstunnel gerealiseerd zou gaan worden en stonden alle bouwwijzen derhalve nog open.
- 4.3.6. Aanbesteder ontkent aan de belanghebbenden te hebben gevraagd om een bijdrage voor de aanleg van een getrokken fietstunnel (de duurste variant). Aanbesteder stelt op basis van de resultaten van de quick scan van het door hem ingeschakelde ingenieursbureau een bijdrage van de belanghebbenden te hebben gevraagd en gekregen.

- 4.3.7. Aangezien die financiële bijdragen voor een belangrijk deel afkomstig zijn van aanbestedende diensten, heeft aanbesteder er vrijwillig voor gekozen om bij de realisatie van de fietstunnel de beginselen van gelijke behandeling en transparantie in acht te nemen en concurrentie te stellen.
- 4.3.8. Toen aanbesteder met één van de belanghebbende entiteiten sprak over zijn voornemen een fietstunnel aan te laten leggen, heeft deze aanbesteder gevraagd om ondernemer uit te nodigen in het kader van marktconsultatie. Reden hiervoor was gelegen in een door ondernemer binnen het Infra-Innovatie Netwerk gedane oproep voor een pilotproject voor de realisatie van een tunnel middels de door hem ontwikkelde tunnelgraafmethode.
- 4.3.9. Naar aanleiding van het verzoek van bedoelde belanghebbende entiteit heeft aanbesteder in het kader van de marktconsultatie contact opgenomen met ondernemer. Vervolgens hebben er twee gesprekken met ondernemer plaatsgevonden. Daarbij is gesproken over de mogelijkheden en onmogelijkheden van toepassing van de methode van ondernemer bij de realisatie van de fietstunnel.
- 4.3.10. Aanbesteder ontkent dat hij het door ondernemer overgelegde memo heeft opgesteld ten behoeve van (één van) de besprekingen die hij met ondernemer heeft gevoerd. Aanbesteder kent dat memo niet, maar vermoedt dat het is opgesteld door ondernemer. Dit leidt hij af uit een aantal feiten:
- ten onrechte staat in het memo vermeld dat de fietstunnel wordt aangelegd op het terrein van aanbesteder;
 - het memo vermeldt in de tweede alinea: "Het budget van de opdrachtgever is niet bekend en eventuele opleveringsdata ook niet. Deze dienen achterhaalt te worden in het overleg", terwijl aan aanbesteder het beschikbare budget en de opleveringsdata uiteraard wel bekend waren;
 - het memo handelt voornamelijk over de wijze waarop de gesprekspartner overtuigd moet worden dat de methode van ondernemer te prefereren is boven andere bouwmethoden ("De voordelen van het gebruik van de (...)methode moeten zo veel mogelijk benadrukt worden", "Mogelijke voordelen van een trektunnel t.o.v. de (...)methode dienen te worden gepareerd", etc.);
 - Aanbesteder wordt in het memo aangeduid als "opdrachtgever".
- 4.3.11. Hoewel aanbesteder aanvankelijk voornemens was alle verschillende bouwmethoden toe te staan en daarmee de markt te laten bepalen welke bouwmethode zou leiden tot de beste verhouding tussen prijs en kwaliteit, begonnen de belanghebbenden bij de realisatie van de fietstunnel meer en meer aan te dringen op een snelle realisatie van de fietstunnel. Dit heeft aanbesteder uiteindelijk doen besluiten om de opdracht in de markt te zetten middels een standaard RAW-bestek. In dat bestek is een open ontgraving voorgeschreven, waarbij is bepaald dat varianten op het bestek niet waren toegestaan.
- 4.3.12. Aanbesteder heeft ondernemer hierover telefonisch geïnformeerd op 21 december 2018. Omdat ondernemer zich niet kon verenigen met die keuze heeft hij daartegen bezwaar gemaakt bij e-mails van 14 januari 2019 bij twee belanghebbende entiteiten en bij e-mail van 18 januari 2019 bij aanbesteder (zie 1.3.4 hiervoor). Aanbesteder heeft op dat bezwaar gereageerd bij brief van 22 januari 2019 (zie 1.3.5 hiervoor), waarna de advocaten van partijen verder gecorrespondeerd hebben over de bezwaren die ondernemer had tegen het feit dat varianten op het bestek niet zijn toegestaan en daarmee zijn methode niet was toegestaan.
- 4.4. Op de afzonderlijke klachtonderdelen reageert aanbesteder vervolgens als volgt.

4.5. Klachtonderdeel 1

- 4.5.1. Aanbesteder stelt dat de gesprekken met ondernemer over de door hem ontwikkelde tunnelbouwmethode plaatsvonden in het kader van marktorientatie en betwist dat concrete, ondubbelzinnige toezeggingen zijn gedaan dat die methode zou worden toegepast en dat ondernemer voor de meervoudig onderhandse procedure zou worden uitgenodigd.
- 4.5.2. Aanbesteder betwist dat het door ondernemer gepresenteerde memo van aanbesteder afkomstig is, dat de door ondernemer beweerde auteur bevoegd was hem te vertegenwoordigen en dat aanbesteder door ondernemer is geïnformeerd over en goedkeuring heeft verleend voor voorbereidingen en investeringen.
- 4.5.3. Aanbesteder wijst erop dat hij bij het verzoek voor een financiële bijdrage door de belanghebbenden in de kosten van de realisatie van de fietstunnel aan die belanghebbenden een afschrift heeft verstrekt van de quick scan die het door hem ingeschakelde ingenieursbureau had opgesteld en dat die notitie dateert van 19 december 2017, zo'n zes maanden voordat partijen voor de eerste maal contact hadden. In die notitie zijn de diverse gangbare varianten voor de bouw van een tunnel beschreven en begroot. Weliswaar heeft het ingenieursbureau in die notitie aangegeven dat de kosten van een getrokken fietstunnel zo'n € 800.000 zullen bedragen, maar die raming is gemaakt op basis van eigen deskundigheid op dit gebied en niet op basis van eventuele mededelingen dienaangaande van ondernemer.
- 4.5.4. Het enkele feit dat er twee gesprekken zijn gevoerd over de door ondernemer ontwikkelde methodiek voor tunnelbouw, acht aanbesteder volstrekt onvoldoende om de verwachting te rechtvaardigen dat ondernemer zou worden uitgenodigd voor de meervoudig onderhandse procedure. De gesprekken waren uitsluitend vrijblijvend van aard. Expliciet is vooraf aangegeven dat de gesprekken een oriënterend karakter hadden en dat aanbesteder zich zou conformeren aan de Aanbestedingswet.
- 4.5.5. Aanbesteder stelt dat aan ondernemer op geen enkele wijze de ondubbelzinnige toezegging is gedaan dat hij zou worden uitgenodigd. Dat zijn techniek is meegenomen in de marktorientatie moet niet worden verward met de gerechtvaardigde verwachting om uitgenodigd te worden tot het doen van een inschrijving.
- 4.5.6. Ook op basis van de e-mail van 2 oktober 2018 kan volgens aanbesteder geen gerechtvaardigd vertrouwen zijn gewekt op het mogen doen van een inschrijving. In de e-mail van 2 oktober 2018 geeft aanbesteder immers slechts aan op dat moment in te zetten op een meervoudig onderhandse aanbesteding waarbij hij ondernemer ook een kans wil geven.
- 4.5.7. Deze mededeling bevat geen concrete, ondubbelzinnige toezegging die is gedaan door een daartoe bevoegd persoon, waaraan een rechtens te honoreren verwachting kon worden ontleend en is volgens aanbesteder volstrekt onvoldoende om er gerechtvaardigd op te mogen vertrouwen te worden uitgenodigd voor de meervoudig onderhandse procedure.
- 4.5.8. Aanbesteder ontkent door ondernemer te zijn geïnformeerd over toezeggingen die hij zou hebben gedaan aan studenten en evenmin over investeringen, laat staan dat aanbesteder goedkeuring heeft gegeven voor het doen van die investeringen en toezeggingen.
- 4.5.9. Een dergelijke goedkeuring zou aanbesteder ook nimmer geven. Zeker niet in een stadium waarin het bestek en de gunningsleidraad nog niet gereed zijn. Zolang die

stukken niet gereed zijn, kan er immers nog van alles veranderen in de aard, omvang en aanpak van het werk.

- 4.5.10. Als ondernemer opdrachten en toezeggingen heeft verstrekt aan derden, dan heeft hij dat kennelijk gedaan omdat hij graag als kandidaat voor de opdracht in aanmerking wilde komen. Dit betekent echter niet dat aanbesteder dit aan ondernemer heeft verzocht, laat staan opgedragen. Het was kennelijk een eigen keuze van ondernemer om zich aldus voor te bereiden op een mogelijke deelname aan de aanbesteding.
- 4.5.11. Door dergelijke opdrachten en toezeggingen te verstrekken terwijl hij nog niet was uitgenodigd voor de meervoudig onderhandse procedure, heeft ondernemer de kwade kans aanvaard dit te hebben gedaan terwijl hij uiteindelijk niet zou worden uitgenodigd voor de meervoudig onderhandse procedure. Die kwade kans heeft zich gerealiseerd.
- 4.5.12. Aanbesteder concludeert dat ondernemer er niet gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat hij zou worden uitgenodigd voor de meervoudig onderhandse procedure.

4.6. Klachtonderdeel 2

- 4.6.1. Ondernemer stelt dat aanbesteder in strijd handelt met artikel 2.76 Aw 2012 door een RAW-bestek op te stellen waarin een open ontgraving wordt voorgeschreven en dat bestek dwingend voor te schrijven. Daarmee zou door aanbesteder gekozen zijn voor een technische oplossing, terwijl uitgangspunt is dat een aanbestedende dienst zoveel mogelijk zijn eisen functioneel omschrijft. Aanbesteder zou hebben nagelaten zijn keuze te motiveren.
- 4.6.2. Aanbesteder stelt dat uitgangspunt is dat het een aanbestedende dienst vrij staat om zelf te bepalen hoe hij de opdracht wenst vorm te geven en verwijst daarbij naar Advies 476, overweging 5.3.6. Ook stelt hij vrij te zijn in de keuze van de ondernemers die hij toelaat.
- 4.6.3. In dit geval heeft aanbesteder gekozen voor een meervoudig onderhandse procedure. Aanbesteder stelt dat de keuze voor deze procedure volledig in overeenstemming is met de Gids Proportionaliteit en verwijst naar de kleurenbalken op p. 32 van de Gids Proportionaliteit.
- 4.6.4. Aanbesteder geeft aan dat hij er in dit geval voor heeft gekozen zes partijen uit te nodigen voor het doen van een inschrijving en dat dit (ruimschoots) in overeenstemming is met Voorschrift 3.4 B van de Gids Proportionaliteit.
- 4.6.5. Aanbesteder geeft voorts aan dat uitgangspunt is dat een aanbestedende dienst in beginsel ook vrij is te bepalen wat hij wil inkopen. Wel zal hij daarbij zoveel mogelijk moeten aansluiten bij de in de markt gehanteerde standaarden of zijn eisen functioneel moeten specificeren. Een aanbestedende dienst is derhalve niet verplicht de opdracht functioneel te specificeren. Het is hem ook toegestaan deze technisch te specificeren, mits niet verwezen wordt naar een bepaald fabricaat, een bepaalde herkomst of een bijzondere werkwijze die kenmerkend is voor de producten of diensten van een bepaalde ondernemer, een merk, een octrooi of een type, een bepaalde oorsprong of een bepaalde productie.
- 4.6.6. Anders dan ondernemer het doet voorkomen, is de eis dat de fietstunnel aangelegd dient te worden middels een open ontgraving volgens aanbesteder een technische eis.

- 4.6.7. Inherent aan een dergelijke technische eis is dat ondernemingen die daaraan niet kunnen voldoen, worden uitgesloten van deelname aan de aanbestedingsprocedure. Dat een aanbestedende dienst een technische eis stelt waar één of meer ondernemingen niet aan kunnen voldoen, betekent volgens aanbesteder niet dat de aanbestedende dienst handelt in strijd met het beginsel van gelijke behandeling.
- 4.6.8. Aanbesteder stelt dat hij in beginsel vrij is te bepalen wat hij wil inkopen en dat artikel 2.76, lid 1, AW 2012 hem niet verplicht de opdracht functioneel te specificeren. Daaruit concludeert hij dat hij in beginsel mag kiezen voor een open ontgraven fietstunnel.
- 4.6.9. Dit is volgens aanbesteder slechts anders indien de mededinging ongerechtvaardigd wordt belemmerd in die zin dat er als gevolg van deze keuze onvoldoende mededinging overblijft. Dit is niet het geval aangezien zeer veel ondernemingen tunnels (kunnen) bouwen met de open ontgravingsmethode.
- 4.6.10. Aanbesteder kan ook motiveren waarom hij heeft gekozen voor een "traditionele tunnelbouwmethode". Bij deze keuze heeft hij onder meer rekening gehouden met de aard en omvang van de opdracht, de samenstelling van de markt en de transactiekosten. Een procedure waarbij alternatieve uitvoeringsmethoden worden gevraagd, maakt de opdracht en aanbestedingsprocedure meer complex. Dat maakt de inspanningen en kosten groter die marktpartijen moeten doen om tot een inschrijving daarvan te komen.
- 4.6.11. Het toestaan van alternatieve uitvoeringsmethoden stelt ook specifieke eisen aan de offerteaanvraag en de beoordeling daarvan door aanbesteder, zodat dit ook voor hem tot grotere inspanningen en kosten zou leiden.
- 4.6.12. Voorts geldt dat voor het gewenste eindresultaat een complexe procedure en opdrachtbeschrijving ook niet nodig is. Aanbesteder is met de wijze waarop de opdracht thans is vormgegeven goed in staat om in zijn behoefte te voorzien. De gekozen wijze van vormgeving van de opdracht en aanbesteding maakt ook dat aanbesteder voldoende grip kan houden op de kosten en de wens van alle bij dit project betrokken partijen/belanghebbenden om het project binnen het beschikbare budget en op een relatief korte termijn te realiseren.
- 4.7. Klachtonderdeel 3
- 4.7.1. Aanbesteder reageert in dit verband op het verwijt dat hij in strijd zou handelen met artikel 1.4 Aw 2012 door geen gelijkwaardige varianten op de open ontgraven tunnel toe te staan en daarmee geen zorg te dragen voor het leveren van zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen.
- 4.7.2. Ondernemer stelt – met verwijzing naar een door hem overgelegd rapport van een door hem ingeschakeld adviesbureau – dat een met zijn methode aangelegde tunnel net zo sterk is als een traditioneel gebouwde tunnel en dat deze tunnel net zo snel kan worden gerealiseerd als een traditioneel gebouwde tunnel.
- 4.7.3. Aanbesteder stelt geen reden te hebben eraan te twijfelen dat een met de methode van ondernemer gebouwde tunnel dezelfde sterkte kan hebben als een open ontgraven tunnel.
- 4.7.4. Het is volgens aanbesteder volstrekt onaannemelijk dat de fietstunnel middels de methode van ondernemer binnen dezelfde termijn gerealiseerd kan worden als de fietstunnel middels een open ontgraving.

- 4.7.5. Ondernemer heeft zelf aangegeven dat alleen de levertijd voor de benodigde tunnelgraafmachine al zo'n 13 weken bedraagt. Daarbovenop komt dan de tijd die benodigd is voor het ontwerpen van de tunnelgraafmachine. Dit betekent dat er al snel zo'n 15 weken nodig zijn, alvorens de tunnelgraafmachine geleverd kan worden en getest kan worden. Volgens aanbesteder is het derhalve aannemelijk dat er meer dan vier maanden verstreken zullen zijn alvorens überhaupt gestart kan worden met de aanleg van de fietstunnel.
- 4.7.6. Dit terwijl de open ontgraven tunnel binnen drie maanden gerealiseerd kan worden. Dat is ook het uitgangspunt in de gunningsleidraad: gunning van de opdracht op 28 maart 2019, oplevering van de fietstunnel uiterlijk op 28 juni 2019.
- 4.7.7. Ook is niet juist de stelling van ondernemer dat de fietstunnel middels zijn methode op een goedkopere wijze gerealiseerd kan worden dan middels een open ontgraving.
- 4.7.8. Ondernemer heeft aangegeven dat hij de kosten voor de realisatie van de fietstunnel met behulp van de door hem ontwikkelde methode op basis van een eerste tekening raamt op € 700.000.
- 4.7.9. Uit de notitie die het door aanbesteder ingeschakelde ingenieursbureau heeft opgesteld naar aanleiding van zijn quick scan blijkt dat met de aanleg van een fietstunnel middels een open ontgraving zo'n € 400.000 gemoeid zal zijn. Dat is dus € 300.000 minder dan de kosten gemoeid met de realisatie van de tunnel middels de methode van ondernemer.
- 4.7.10. Ondernemer stelt dat gat te kunnen dichten omdat het project in aanmerking zou kunnen komen voor een subsidie.
- 4.7.11. Aanbesteder stelt daartegenover dat ook dergelijke subsidies uit de maatschappelijke middelen komen, zodat de fietstunnel vanuit de maatschappelijke middelen nog steeds € 700.000 zou kosten.
- 4.7.12. Daarnaast acht aanbesteder de kans zeer gering dat het project vanuit het innovatiefonds in aanmerking zou komen voor een subsidie. Aanbesteder geeft aan dat de reden hiervoor is dat deze subsidies bedoeld zijn voor de ontwikkeling en valorisatie van een product. Projecten met een looptijd van korter dan zes maanden komen over het algemeen niet voor een dergelijke subsidie in aanmerking omdat deze projecten als onvoldoende risicovol beschouwd worden. Het gat tussen de huidige staat van de techniek en een marktrijp product is in zo'n geval namelijk onvoldoende groot.
- 4.7.13. Daarbij komt dat voorwaarde voor het verkrijgen van een innovatiesubsidie onder meer is dat er tussen de projectpartners sprake is van een evenwichtige samenwerking. Dit houdt in dat een enkele partner niet meer dan 70% van de projectkosten mag dragen. Ondernemer stelt dat het zijn bedoeling was dat de kosten van de middels zijn methode aangelegde tunnel na aftrek van de door ondernemer en zijn projectpartners verkregen subsidie, gedragen zouden worden door aanbesteder. De subsidie bedraagt maximaal 35% van de investeringskosten.
- 4.7.14. Aanbesteder acht het al met al niet waarschijnlijk dat de realisatie van de fietstunnel middels de methode van ondernemer in aanmerking zou komen voor een innovatiesubsidie.
- 4.7.15. Tot slot zou de maatschappelijke meerwaarde van de realisatie van de fietstunnel middels de methode van ondernemer daarin zijn gelegen, dat er bij die

bouwmethode minder CO2-uitstoot zal zijn. Ondernemer baseert dit op een memo van het door hem ingeschakelde ingenieursbureau van 25 november 2016.

- 4.7.16. Aanbesteder geeft aan dat dat memo ziet op een volledig andere bouwwijze dan de wijze waarop aanbesteder de bouw van de fietstunnel heeft voorgeschreven. De in dat memo gebouwde tunnel waarvan de CO2-uitstoot vergeleken is met die bij de bouw van diezelfde tunnel met behulp van de methode van ondernemer, is weliswaar open ontgraven, maar is aangelegd met behulp van een open ontgraving met gebruik van damwanden en van onderwaterbeton in verband met de aanwezigheid van grondwater.
- 4.7.17. Van damwanden en onderwaterbeton is bij de door aanbesteder voorgeschreven bouwwijze geen sprake zodat de vergelijking volledig mank gaat.
- 4.7.18. Bovendien kan volgens aanbesteder niet gesteld worden dat dit maatschappelijke voordeel (minder CO2-uitstoot) opweegt tegen voormelde nadelen (langere bouw-tijd en hogere kosten).
- 4.7.19. Ondernemer stelt overigens nog dat zijn methode niet enkel mag worden uitgesloten omdat deze niet bewezen is. Aanbesteder geeft aan dat dat niet ten grondslag heeft gelegen aan zijn keuze om geen varianten op een open ontgraven tunnel toe te staan.
- 4.7.20. Aanbesteder is van oordeel dat de door ondernemer opgeworpen klachten ongegrond verklaard dienen te worden.

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder op 18 februari 2019 een meervoudig onderhandse procedure is gestart.
- 5.2. De Commissie zal zich allereerst uitlaten of zij de klacht in behandeling kan nemen.
 - 5.2.1. Aanbesteder neemt het standpunt in dat hij niet kwalificeert als aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf in de zin van de Aanbestedingswet 2012. Hij acht zich om die reden niet gebonden aan de Aanbestedingswet 2012 en stelt zich op het standpunt dat de Commissie niet bevoegd is kennis te nemen van de klachten van ondernemer en dat zijn vrijwillige keuze om de beginselen van gelijke behandeling en transparantie in acht te nemen daaraan niet afdoet (zie 4.1 hiervoor).
 - 5.2.2. De Commissie is van oordeel dat in het midden kan blijven of aanbesteder een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf in de zin van de Aanbestedingswet 2012 is. In paragraaf 1.2 van de Gunningsleidraad van 18 februari 2019 (zie 1.2 hiervoor) heeft aanbesteder immers vermeld dat hij de relevante wet- en regelgeving met betrekking tot het aanbesteden van werken in acht zal nemen. In paragraaf 2.1 van de Gunningsleidraad (zie 1.2 hiervoor) heeft aanbesteder verder bepaald dat hij voor deze aanbesteding voor een meervoudig onderhandse procedure volgens Hoofdstuk 7 van het ARW 2016 heeft gekozen. Bovendien verwijst aanbesteder in paragraaf 4.16 van de Gunningsleidraad naar de mogelijkheid om bij de Commissie een klacht in te dienen. In paragraaf 5 van de Gunningsleidraad heeft aanbesteder ten slotte het Uniform Europees Aanbestedingsdocument van toepassing verklaard.
 - 5.2.3. De Commissie neemt daarom tot uitgangspunt dat aanbesteder zich gebonden heeft aan de Aw 2012 en het ARW 2016 en acht zich bevoegd de klacht in behandeling te nemen (zie ook Advies 147, overweging 7.1.4).

- 5.3. Alvorens tot een beoordeling van de klacht te komen, overweegt de Commissie het volgende met betrekking tot het toetsingskader.
- 5.3.1. Op deze meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1, Afdelingen 1.2.1 en 1.2.4 van de Aw 2012 (zie paragraaf 1.2 van de Gunningsleidraad in 1.2 hiervoor), hoofdstuk 7 ARW 2016 (zie paragraaf 2.1 van de Gunningsleidraad in 1.2 hiervoor) en de Gids Proportionaliteit.
- 5.3.2. In algemene zin merkt de Commissie wat betreft het toetsingskader nog het volgende op. De Commissie overweegt dat, hoewel de Aw 2012 voor de meervoudig onderhandse procedure weinig regels stelt, de vrijheid die aanbestedende diensten hebben bij de voorbereiding, inrichting en afwikkeling van een meervoudig onderhandse procedure slechts betrekkelijk is. Zij dienen op grond van de artikelen 1.15 en 1.16 Aw 2012 immers de beginselen van gelijke behandeling, transparantie en proportionaliteit in acht te nemen. Wanneer aanbestedende diensten kiezen voor een meervoudig onderhandse procedure, zullen zij deze beginselen moeten vertalen in concrete gedragsnormen. Bij gebrek aan concrete gedragsnormen in de geldende wet- en regelgeving, wordt in de jurisprudentie van de civiele rechter en in de adviezen van de Commissie voor wat betreft de invulling en uitwerking van deze gedragsnormen in toenemende mate aansluiting gezocht bij de regels die gelden voor Europese aanbestedingsprocedures (zie onder meer, Advies 564, overweging 5.2.1 en de aanbeveling onderaan Advies 417).
- 5.3.3. In artikel 1.15, lid 1, Aw 2012 is bepaald dat een aanbestedende dienst de inschrijvers op gelijke wijze behandelt. Deze bepaling beperkt zich tot een gelijke behandeling van uitgenodigde inschrijvers en strekt zich niet uit tot gelijke behandeling van potentiële gegadigden. In de memorie van toelichting bij de Aw 2012 is daarover onder meer vermeld dat op deze manier wordt voorkomen dat een ondernemer die niet door de aanbestedende dienst is uitgenodigd een inschrijving te doen in het kader van een meervoudig onderhandse procedure dit recht met een beroep op gelijke behandeling alsnog kan verwerven. Bij een meervoudig onderhandse aanbesteding is de aanbestedende dienst vrij in de keuze van degenen die hij wenst uit te nodigen tot het doen van een inschrijving (Kamerstukken II 2009/2010, 32 440, nr. 3, p. 14 en 15). Wel brengen de beginselen van gelijke behandeling en transparantie mee dat de aanbesteder zijn selectie van uit te nodigen aanbieders moet maken op basis van objectieve criteria. Doet hij dat niet, dan kan het niet uitnodigen van een of meer partijen onrechtmatig zijn (HR 25 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:503, HLA/Kadaster).
- 5.3.4. Artikel 1.4 Aw 2012 bepaalt:
1. 'Een aanbestedende dienst die (...) voornemens is een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel tot het verrichten van werken, leveringen of diensten te sluiten, bepaalt op basis van objectieve criteria:
 - a. a. de keuze voor de wijze waarop de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf voornemens is de overeenkomst tot stand te brengen;
 - b. b. de keuze voor de ondernemer of ondernemers die worden toegelaten tot de aanbestedingsprocedure.
 2. De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf draagt zorg voor het leveren van zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen bij het aangaan van een schriftelijke overeenkomst als bedoeld in het eerste lid.
 3. De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf verstrekt een ondernemer op diens schriftelijk verzoek de motivering van de in het eerste lid, onderdeel a en b, bedoelde keuze.'

5.3.5. Artikel 7.17 ARW 2016 bepaalt:

- '7.17.1 De aanbesteder kan de inschrijvers toestaan, of van hen verlangen, varianten in te dienen. Varianten zijn verbonden met het voorwerp van de opdracht. De aanbesteder waarborgt dat de gekozen gunningscriteria kunnen worden toegepast op varianten die aan de minimumeisen voldoen en op conforme inschrijvingen die geen varianten zijn.
 - 7.17.2 De aanbesteder staat alleen varianten toe indien hij in de uitnodiging tot inschrijving heeft vermeld dat deze zijn toegestaan of worden verlangd.
- (...)'

5.3.6. Voorschrift 3.7 van de Gids Proportionaliteit luidt:

'De aanbestedende dienst overweegt de inschrijvers toe te staan varianten voor te stellen.'

5.3.7. Het begrip 'variant' is inmiddels een gangbaar begrip voor een andere oplossing dan de door een aanbesteder voorgeschreven constructie, bouwstoffen, werkwijze, hulpmiddelen of contractuele voorwaarden (bijvoorbeeld de financiersvoorwaarden). Een variant behoeft geen wezenlijke wijziging te vormen van de voorgeschreven constructie etc., maar moet wel aan de door de aanbesteder voor varianten gestelde minimumeisen voldoen (vgl. Pijnacker Hordijk e.a., Handboek Aanbestedingsrecht, Sdu, 2009, hoofdstuk 16).

5.4. De Commissie zal thans overgaan tot de inhoudelijke behandeling per klachtonderdeel.

5.5. Klachtonderdeel 1

5.5.1. In dit klachtonderdeel stelt ondernemer in de kern dat hij aan de besprekingen en correspondentie met vertegenwoordigers van aanbesteder het gerechtvaardigde vertrouwen mocht ontleen dat hij zou worden uitgenodigd tot inschrijving.

5.5.2. De Commissie stelt voorop dat zij slechts bevoegd is te oordelen over een handelen of nalaten van een aanbestedende dienst dat binnen de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012 valt (artikel 1 sub c Reglement Commissie).

5.5.3. De Aanbestedingswet 2012 zelf biedt echter geen grondslag voor een verplichting van een aanbestedende dienst om een ondernemer uit te nodigen voor een meervoudig onderhandse aanbesteding (zie 5.3.3 hiervoor).

5.5.4. Aangezien de Commissie van oordeel is dat klachtonderdelen 2 en 3 ongegrond zijn (zie 5.6 en 5.7 hierna) kan de Commissie zich voorstellen dat aanbesteder van een uitnodiging tot inschrijving aan ondernemer heeft afgezien. Ondernemer heeft immers overduidelijk aan aanbesteder kenbaar gemaakt dat hij zou willen inschrijven met een andere werkwijze dan de door aanbesteder beoogde werkwijze. Aanbesteder had dan ook een goede reden – gebaseerd op een objectief criterium in de zin van artikel 1.4, lid 1, Aw 2012 – om ondernemer niet uit te nodigen voor de meervoudig onderhandse procedure.

5.5.5. Over de vraag of aanbesteder – onder de gegeven omstandigheden uit hoofde van het zorgvuldigheids- of vertrouwensbeginsel dan wel de eisen van redelijkheid en billijkheid die gelden in de precontractuele fase – verplicht was hem voor de meervoudig onderhandse aanbesteding uit te nodigen, laat de Commissie zich op basis van artikel 1, sub c, van haar Reglement niet uit (vgl. Advies 507, overweging 5.5,

Advies 485, overweging 5.3.2, Advies 413, overweging 5.5.3, Advies 389, overweging 5.2.2, Advies 66, overweging 6.1.5).

5.5.6. Daarmee is het eerste klachtonderdeel ongegrond.

5.6. Klachtonderdeel 2

5.6.1. Klachtonderdeel 2 klaagt over het niet-functioneel specificeren van de opdracht.

5.6.2. Een aanbestedende dienst is in een geval als het onderhavige op grond van artikel 1.15 lid 1 Aw 2012 verplicht de inschrijvers op gelijke wijze te behandelen. Deze verplichting houdt naar het oordeel van de Commissie onder andere in dat de door een aanbestedende dienst in de aanbestedingsstukken opgenomen functionele en technische specificaties en gunningssystematiek de tot inschrijving uitgenodigde ondernemingen gelijke toegang tot de opdracht moeten bieden. Aan deze verplichting wordt niet voldaan in het geval dat de specificaties en/of de gunningssystematiek zijn toegeschreven naar een bepaald fabricaat of merk waardoor één van de tot inschrijving uitgenodigde ondernemingen kan worden bevoordeeld (vgl. Advies 190, overweging 5.2).

5.6.3. Ondernemer baseert zijn klacht over het niet-functioneel specificeren mede op artikel 2.76 Aw 2012. Dat artikel is evenwel niet van toepassing in een meervoudig onderhandse procedure.

5.6.4. Een aanbesteder is niet verplicht zijn eisen functioneel te specificeren (zie voor opdrachten waarop artikel 2.76 Aw 2012 van toepassing is de tekst van dat artikel en Advies 276, overweging 5.3.9). Hij mag in beginsel ook technische eisen stellen en daarbij voor een bepaalde werkwijze kiezen.

5.6.5. Inherent aan een (technische) eis is dat ondernemingen die daaraan niet kunnen voldoen, worden uitgesloten van deelname aan de aanbestedingsprocedure. Dat een aanbestedende dienst een (technische) eis stelt waar een of meer ondernemingen niet aan kunnen voldoen, betekent derhalve nog niet per definitie dat de aanbestedende dienst handelt in strijd met het beginsel van gelijke behandeling (zie, onder meer, Advies 520, overweging 5.2.6).

5.6.6. Hoewel artikel 2.76 Aw 2012 in dit geval dus toepassing mist, zal de aanbesteder naar het oordeel van de Commissie bij zijn – in beginsel vrije – keuze voor wat hij wil inkopen toch zoveel mogelijk moeten aansluiten bij de in de markt gehanteerde standaarden of zijn eisen functioneel moeten specificeren (vgl. onder meer Advies 526, overweging 5.5.7; Advies 520, overweging 5.2.5; Advies 476, overweging 5.3.6; Advies 575, overweging 5.4.6; Advies 442, overweging 5.3.3; Advies 430, overweging 5.4.5 en Advies 424, overweging 6.3.6).

5.6.7. Nu aanbesteder in beginsel vrij is te bepalen wat hij wil inkopen en hij niet verplicht is om de opdracht functioneel te specificeren, mag hij naar het oordeel van de Commissie in beginsel kiezen voor een traditioneel RAW-bestek en een open ontgravingsmethode. Dit is slechts anders indien als gevolg van de keuze voor een open ontgravingsmethode één van de tot inschrijving uitgenodigde ondernemingen wordt bevoordeeld (vgl. 5.6.2. hiervoor). Dat dit in de onderhavige meervoudig onderhandse aanbesteding het geval is, is gesteld noch gebleken.

5.6.8. Daarmee acht de Commissie ook klachtonderdeel 2 ongegrond.

5.7. Klachtonderdeel 3

- 5.7.1. Dit onderdeel klaagt erover dat aanbesteder niet zoveel mogelijk maatschappelijke waarde realiseert voor de publieke middelen door varianten, zoals de door ondernemer ontwikkelde tunnelbouwmethode, niet toe te staan.
- 5.7.2. Op grond van artikel 1.4, lid 2, Aw 2012 dient een aanbestedende dienst zorg te dragen voor zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen bij het aangaan van een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel tot het verrichten van werken, leveringen of diensten.
- 5.7.3. Naar het oordeel van de Commissie richt dit artikel zich niet slechts op de wijze waarop de economisch meest voordelige inschrijving wordt bepaald (vgl. Rb. Midden-Nederland 8 januari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:104, JAAN 2016/58, r.o. 4.90 en 4.91; Advies 476, overweging 5.4.2; Advies 410, de aanbeveling in overweging 7; Advies 397, overweging 5.6; Advies 307, overweging 5.2.1 en Advies 48, overweging 6.2.5). Ook de keuze voor een bepaald product en het uitsluiten van andere producten, valt naar het oordeel van de Commissie onder het toepassingsbereik van artikel 1.4, lid 2, Aw 2012 (vgl. Advies 476, overweging 5.4.2; Advies 397, overweging 5.6 en Advies 48, overweging 6.2.5,). Naar het oordeel van de Commissie valt de keuze voor een bepaalde werkwijze en het uitsluiten van andere werkwijzen eveneens onder het toepassingsbereik van artikel 1.4, lid 2, Aw 2012.
- 5.7.4. Ondernemer heeft gesteld dat de door hem ontwikkelde methode volledig gelijkwaardig is aan en even sterk is als een traditionele tunnelbouwmethode, dat deze vrijwel even snel gerealiseerd kan worden, minder CO₂-uitstoot oplevert, minder risico op zettingen geeft door minder graafwerk, goedkoper en subsidiabel is, minder overlast voor de omgeving oplevert en een unieke gelegenheid biedt voor aanbesteder om zich op positieve wijze te presenteren (zie 3.3.17-3.3.26 hiervoor).
- 5.7.5. Aanbesteder bestrijdt niet dat een tunnel met de door ondernemer ontwikkelde tunnelbouwmethode even sterk kan zijn als een open, ontgraven tunnel. Hij betwist evenwel dat een volgens de methode van ondernemer gebouwde tunnel even snel gerealiseerd kan worden en goedkoper uitvalt. Verder betwijfelt hij of het project voor subsidie uit het innovatiefonds in aanmerking zou komen, en geeft hij aan dat de subsidie, indien deze al wordt verleend, ook uit de publieke middelen komt, en betwist hij dat er sprake zou zijn van minder CO₂-uitstoot. De reden om de door ondernemer ontwikkelde methode niet toe te laten, is volgens aanbesteder niet dat deze nog niet bewezen is (zie 4.7.3-4.7.19 hiervoor).
- 5.7.6. Aanbesteder stelt dat hij aanvankelijk voornemens was alle verschillende bouwmethoden toe te staan en daarmee de markt te laten bepalen welke bouwmethode zou leiden tot de beste verhouding tussen prijs en kwaliteit. Omdat de andere belanghebbenden bij de realisatie meer en meer begonnen aan te dringen op een snelle realisatie heeft aanbesteder er uiteindelijk voor gekozen om de opdracht middels een standaard RAW-bestek in de markt te zetten. In dat bestek is een open ontgraving voorgeschreven en is bepaald dat varianten op het bestek niet zijn toegestaan (zie 4.3.11 hiervoor).
- 5.7.7. Naar het oordeel van de Commissie heeft ondernemer, in het licht van hetgeen aanbesteder in dat kader heeft aangevoerd, zijn standpunt dat met de voorgeschreven traditionele (open) tunnelbouwmethode in strijd wordt gehandeld met artikel 1.4, lid 2, Aw 2012 onvoldoende onderbouwd (vgl. Advies 526, overweging 5.17.1; Advies 502, overweging 5.11.3; Advies 476, overweging 5.4.3 en Advies 375, overweging 5.5.4).
- 5.7.8. De Commissie acht daarmee ook klachtonderdeel 3 ongegrond.

6. Advies

De Commissie acht alle klachtonderdelen **ongegrond**.

Den Haag, 15 juni 2020

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

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

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid