

## Advies 48

### 1. Feiten

- 1.1 Beklaagde heeft een Europese niet-openbare procedure uitgeschreven voor de werktuigkundige en elektrotechnische installaties van de nieuwbouw van een multifunctionele accommodatie. Na de afronding van de eerste fase van de aanbestedingsprocedure – de selectie tot 5 gegadigden – zijn de geselecteerde gegadigden uitgenodigd tot het doen van een inschrijving.
- 1.2 In de aanbestedingsleidraad wordt met betrekking tot het te hanteren gunningscriterium het volgende vermeld (blz. 13):  
  
'Economisch Meest Voordelige Inschrijving, op basis van:
  - Inschrijfsom;
  - Varianten.'
- 1.3 De gunnings- en beoordelingssystematiek (zie blz. 13-15 van de aanbestedingsleidraad) voorziet er allereerst in dat een inschrijver een prijs dient aan te bieden op basis van de complete set aanbestedingsdocumenten. De inschrijfsom dient afgeleid te zijn van de gedetailleerde open begroting welke onderdeel van de inschrijving is. In de tweede plaats voorziet de systematiek er in dat de inschrijver wordt gevraagd om, op basis van de aanbestedingsdocumenten en zijn uitvoeringsdeskundigheid en expertise maximaal tien varianten voor te stellen ter optimalisatie. Indien een variant voldoet aan een zestal daaraan gestelde randvoorwaarden (zie blz. 14 van de aanbestedingsleidraad), wordt de prijsconsequentie zoals opgegeven voor de betreffende variant (de waarde van de variant) in mindering gebracht op de inschrijfsom (zie blz. 15 van de aanbestedingsleidraad).
- 1.4 Klager is een branche-organisatie die een klacht indient namens een of meer ondernemers die in de verwerving van de onderhavige opdracht zijn geïnteresseerd.

### 2. Beschrijving klacht

- 2.1 (Klachtonderdeel 1) In de door beklagde gebruikte EMVI-systematiek wordt er wat het onderdeel varianten betreft niet op kwaliteit gegund, maar op prijs. Immers, als de variant geen kostenvoordeel oplevert in realisatie, wordt deze niet meegenomen. Dat kwalificeert als gunning op laagste prijs en is in strijd met de aanbestedingsregels.
- 2.2 (Klachtonderdeel 2) De aanbestedingsprocedure biedt geen ruimte voor het indienen van echte varianten die tot besparing in de exploitatie kunnen leiden. Daarmee is de aanbestedingsprocedure ondoelmatig en pakt zij onnodig kostenverhogend uit.
- 2.3 (Klachtonderdeel 3) De wijze waarop de aanbestedingsprocedure is ingericht leidt tot forse extra inschrijvingskosten: een verdubbeling van de normale inschrijvingskosten. Daarmee handelt beklagde in strijd met een van de doelstellingen van de Aw 2012, te weten het minimaliseren van de administratieve lasten.

### 3. Onderbouwing klacht

- 3.1 (Klachtonderdeel 1) Op basis van het uitgewerkte bestek wordt gevraagd om varianten ter optimalisatie aan te bieden. Er is daarbij aangegeven dat er kosten-, kwaliteits- en planningsconsequenties dienen te worden aangegeven. Door de randvoorwaarde in de

systematiek, die voorschrijft dat de kostenconsequentie in mindering op de aanbidding wordt gebracht, leidt dat ertoe dat niet de kwaliteit van de inschrijving doorslaggevend is in de beoordeling maar de hoogte van de minderprijs. Zie blz. 13/14 en met name blz. 15 van de gunningsleidraad d.d. 2 oktober 2013: 'De prijsconsequentie zoals opgegeven voor de betreffende variant wordt in mindering gebracht op de inschrijfsom.' In de brief van de adviseur van beklagde d.d. 28 oktober 2013 is opgegeven dat de kwaliteit en de prijs van de varianten wordt gewogen. In de brief d.d. 4 november 2013 is door de adviseur van beklagde aangegeven dat het waarden in Euro's geschiedt. Dat is niet te rijmen met bovenstaande: immers de door de *inschrijver* (gecursiveerd door klager) opgegeven kostenconsequentie wordt in mindering gebracht op de aanbiddingsprijs. Klager besluit haar onderbouwing van dit klachtonderdeel met de opmerking: 'Beklaagde beoordeelt dus niet waarmee hij de hoogte van de euro's vaststelt volgens een vooraf bekendgemaakte systematiek.'

- 3.2 (Klachtonderdeel 2) Optimalisaties bij installaties zijn voor een belangrijk deel pas in exploitatiefase effectief en meetbaar. Beklaagde heeft in haar brief d.d. 28 oktober 2013 en in de brief van 4 november 2013 aangegeven dat de voordelen in exploitatiefase niet ten gunste komen van haar. Dit gegeven is voor risico van beklagde en zij dient dat mee te wegen bij de inrichting van de aanbestedingsprocedure. Verder geldt dat een GPR berekening al is gemaakt, waarin al installatiedelen (b.v. warmtepomp, vloerverwarming e.d.) zijn vastgelegd om de door beklagde geëiste GPR score te behalen. Bij het voorstellen van varianten (b.v. andere verwarmings- of ventilatiesystemen) beïnvloedt dit de GPR score. Daarom is dit typisch iets dat met alle partijen (bouwkundige aannemer, installateur, architect, adviseur) gezamenlijk besproken wordt tijdens de ontwerpvergaderingen. Het risico is aanwezig dat de geëiste GPR score niet meer gehaald wordt.
- 3.3 (Klachtonderdeel 3) Het indienen van 10 varianten – voor zover mogelijk – brengt forse extra kosten met zich mee. Er dienen op installatietechnisch niveau de nodige engineeringsinspanningen (doorrekenen etcetera) geleverd te worden. Vanuit inschrijverszijde worden deze kosten geschat op het dubbele van een inschrijving zonder variatievoorstellen. Het argument van beklagde (zie brief d.d. 4 november 2013) dat deze methode bij Bouwend Nederland is getoetst, gaat geheel voorbij aan het feit dat de calculatie voor bouwkundige werkzaamheden en voor installatiewerken behoorlijk verschillend zijn: calculaties van installaties zijn veel bewerkelijker en leiden tot hogere inschrijfkosten dan die voor bouwkundige werken. De vrijheid om dan maar geen varianten in te dienen is geen keuze, want dan is vrijwel zeker dat dit niet tot een winnende inschrijving leidt. Bovendien zou dan de aanbiddingsprijs als inschrijving overblijven.

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

- 4.1 (Klachtonderdeel 1) Kwalitatieve criteria zoals varianten niet beperken op prijs.
- 4.2 (Klachtonderdeel 2) Als kwalitatieve criteria zoals varianten over exploitatiefase heen uitgevraagd kunnen worden, dan dient voor een andere invulling van kwaliteitscriteria gekozen te worden. De adviseur van beklagde heeft in een eerdere reactie op de klacht aangegeven dat het ontwerp al met een hoog kwaliteitsniveau is ontworpen. Dat zou ertoe leiden andere kwaliteitscriteria gekozen worden. Aanbesteder vraagt op blz. 13 gunningsleidraad aan inschrijvers om uitvoeringsdeskundigheid en expertise aan te wenden. Indien aanbesteder hiervan optimaal gebruik wenst te maken, dan hadden andere contractvormen, waarbij de uitvoeringsdeskundigheid al vanaf ontwerpfase ingezet kan worden, beter gekozen kunnen worden.
- 4.3 (Klachtonderdeel 3) Als juiste wijze van varianten wordt uitgevraagd, het aantal ervan beperken tot enkele. Of een reële kostenvergoeding instellen.

## 5. Reactie beklagde

- 5.1.1 (Klachtonderdeel 1) Beklaagde is van mening dat in deze aanbesteding – anders dan klager veronderstelt – wel degelijk het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving (EMVI) is gehanteerd. Naast de prijs op basis van het bestek, wordt de uitvoeringsdeskundigheid en kwaliteit van de inschrijver aan de hand van het vermogen om slimme varianten/optimalisaties te bedenken, beoordeeld. De kosten-, kwaliteits- en planningsconsequenties hiervan worden meegewogen als mate van deze deskundigheid en kwaliteit in de beoordeling. De waardering hiervan vindt plaats in euro's; dit had ook een puntenwaardering kunnen zijn. In beide gevallen geldt: hoe meer uitvoeringsdeskundigheid wordt ingebracht, hoe hoger de waardering en hoe groter de kans op de economisch meest voordelige inschrijving. Daarnaast schrijft de Aanbestedingswet voor dat bij het toestaan van varianten de aanbestedende dienst het gunningscriterium EMVI dient te hanteren en de minimumeisen die gesteld worden aan varianten dient te benoemen in de leidraad. Hieraan is invulling gegeven in de onderhavige aanbesteding.
- 5.1.2 Blijkens de MvT op de Aanbestedingswet 2012 ziet het gunningscriterium EMVI niet alleen op de laagste aanschafwaarde maar juist op een kwalitatieve inbreng van (inschrijvende) partijen. In de onderhavige aanbesteding is gevraagd om varianten, inclusief een beschrijving van de gevolgen voor de kwaliteit, planning en prijs. Het beschrijven van deze varianten is een nader criterium zoals bedoeld in artikel 2.115 van de Aanbestedingswet 2012. Op deze manier biedt beklagde de inschrijvende partijen de kans hun kennis en kunde optimaal te gebruiken en zo hun innovatieve kracht te benutten. Precies om deze reden is in de Aanbestedingswet ook de mogelijkheid geboden aan aanbestedende diensten om varianten toe te staan (zie ook MvT op art. 2.83 van de Aanbestedingswet 2012). Uiteraard dient het wel mogelijk te zijn om de inschrijvingen onderling te kunnen vergelijken. Vanwege deze reden is gekozen om de beoordeling van ingediende varianten, naast de inschrijfsom conform bestek, als nader criterium van EMVI te gebruiken.
- 5.1.3 De totale beoordeling vindt derhalve plaats op basis van twee nadere criteria: (i) de inschrijfsom conform bestek; en (ii) de (kostenbesparing van) ingediende varianten.
- 5.1.4 Beklaagde stelt dat uit de klacht blijkt dat bij klager verwarring is ontstaan door de formulering in de brief van beklagde van 28 oktober 2013. Hierin is medegedeeld dat bij elke variant ook wordt gekeken naar de kwalitatieve randvoorwaarden. Indien een variant hieraan niet voldoet dan wordt deze niet in aanmerking genomen. Dit is in lijn met hetgeen is bepaald in artikel 2.83 leden 3 en 4 van de Aanbestedingswet 2012. In de Gids Proportionaliteit is tevens opgenomen dat, bij hantering van het gunningscriterium EMVI de aanbestedende dienst overweegt om varianten toe te staan (Voorschrift 3.7). De Gids Proportionaliteit geeft aan dat aanbieders dan kunnen komen met ideeën 'waar een aanbestedende dienst niet aan had gedacht, die bijvoorbeeld *goedkoper*, efficiënter en zuiniger kunnen zijn' (cursivering beklagde).
- 5.1.5 Terzijde wil beklagde graag opmerken dat zij zich niet kan vinden in de constatering van de klager dat de regel is dat er op EMVI gegund moet worden. Naar de mening van de aanbestedende dienst is deze stelling incorrect, blijkens art. 2.114 lid 2 van de Aanbestedingswet 2012 en paragraaf 3.5.5 van de Gids Proportionaliteit.
- 5.2.1 (Klachtonderdeel 2) Beklaagde kan het eerste deel van de redenering die klager volgt ter onderbouwing van dit klachtonderdeel niet begrijpen. Naar beklagde aanneemt, doelt klager met die redenering op de oorspronkelijke klacht, zoals verwoord in de brief van klager d.d. 21 oktober 2013 waarin is gesteld dat in de huidige systematiek besparingen in de exploitatiefase niet meegenomen worden in de beoordeling van varianten. De brief van beklagde d.d. 28 oktober 2013 betreft een reactie op deze oorspronkelijke klacht. In deze brief heeft beklagde de constatering van klager dat besparingen in de exploitatiefase niet meegenomen worden bevestigd. Als reden daarvoor heeft beklagde aangegeven dat besparingen in deze fase niet

ten gunste van beklagde komen. In het aanbestedingsrecht bestaat een grote mate van vrijheid voor de aanbestedende dienst om te bepalen op basis waarvan zij inschrijvingen wil beoordelen. In het kader van deze keuzevrijheid heeft beklagde in dit geval ervoor gekozen om kostenbesparingen in de exploitatiefase niet mee te wegen in de beoordeling van ingediende varianten. In de aanbestedingsstukken is dit naar mening van beklagde voldoende duidelijk en helder omschreven. Er zijn omtrent dit punt ook geen vragen gekomen vanuit de markt (en ook uit de constatering in haar oorspronkelijke klacht blijkt dat ook klager dit op deze manier heeft begrepen).

5.2.2 Voor zover het tweede klachtonderdeel betrekking heeft op de constatering dat bij het indienen van varianten de zogenaamde GPR score beïnvloed zou kunnen worden, hetgeen een risico met zich meebrengt dat de geëiste GPR score niet behaald wordt, wijst beklagde graag op de randvoorwaarden zoals gesteld in de aanbestedingsstukken. Deze beschrijven de vereisten waaraan ingediende varianten minimaal dienen te voldoen (conform art. 2.83 van de Aanbestedingswet 2012). Eén van deze randvoorwaarden is dat de minimaal geëiste functionaliteit, duurzaamheid en esthetiek niet minder mag worden. Beklagde heeft gelet op haar risico inzicht als professioneel aanbesteder besloten een bepaald aspect niet mee te wegen in de beoordeling. Naar haar mening valt dat onder de bovengenoemde vrijheid van de aanbestedende dienst.

5.3.1 (Klachtonderdeel 3) Beklagde heeft in de aanbesteding een zorgvuldige afweging gemaakt met betrekking tot de inschrijvingskosten voor partijen. Mede om te voorkomen dat partijen met inschrijvingskosten geconfronteerd zouden worden in een aanbesteding waar de kans dat zij de opdracht zouden winnen zeer klein zou zijn, is gekozen voor een niet-openbare procedure. De inschrijvingskosten zijn op deze manier beperkt tot slechts de geselecteerde partijen. Zoals ook medegedeeld aan klager per brief d.d. 4 november 2013 rechtvaardigt dit naar mening van beklagde de verlangde inspanning van inschrijvende partijen.

5.3.2 De hoogte van de inschrijvingskosten wordt naar mening van beklagde door klager ook niet op de juiste manier beschreven. Beklagde heeft met de markt contact gehad om te controleren of de inschrijvingskosten niet te hoog zouden zijn. Marktpartijen hebben in reactie hierop aangegeven dat dit niet zo is. De kosten liggen natuurlijk hoger dan enkel een aanbesteding op laagste prijs, maar blijken bij navraag zeker niet het gesuggereerde dubbele te zijn. Overigens vragen EMVI-criteria in zijn algemeenheid een iets grotere inspanning. In de Nota van Inlichtingen is tevens geen vraag gesteld of opmerking gemaakt met betrekking tot de hoogte van de inschrijvingskosten. Om deze reden is de aanbestedende dienst van mening dat er verhoudingsgewijs geen aanzienlijke kosten gepaard gaan met de inschrijving en dat zij Voorschrift 3.8 van de Gids Proportionaliteit derhalve niet overtreedt.

## **6. Beoordeling**

### **6.1 Klachtonderdeel 1**

6.1.1 Art. 2.114 Aw 2012 bepaalt dat een aanbestedende dienst een opdracht gunt op basis van de economisch meest voordelige inschrijving en dat hij alleen van dat gebod kan afwijken – door te gunnen op basis van het criterium van de laagste prijs – wanneer hij de toepassing van dat laatste criterium in de aanbestedingsstukken motiveert. In art. 2.115, eerste lid, Aw 2012 is vervolgens bepaald dat wanneer een aanbestedende dienst het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving toepast, hij in de aankondiging van de opdracht bekendmaakt welke nadere criteria hij stelt met het oog op de toepassing van dat gunningscriterium. Art. 2.115, tweede lid, Aw 2012 geeft vervolgens een niet-limitatieve opsomming van deze nadere criteria.

6.1.2 Art. 2.115, eerste lid, Aw 2012 vormt de implementatie van art. 53, eerste lid, sub a Richtlijn 2004/18/EG. Uit die bepaling kan worden opgemaakt dat wanneer gunning aan de inschrijver

met de economisch meest voordelige inschrijving plaatsvindt, een aanbestedende dienst verschillende criteria toepast die verband houden met het voorwerp van de opdracht, zoals de kwaliteit, de prijs, de technische waarde, de esthetische en functionele kenmerken, de milieukenmerken, de gebruikskosten, de rentabiliteit, de klantenservice en de technische bijstand, de datum van levering en de termijn voor levering of uitvoering.

6.1.3 De Commissie neemt voor de beoordeling van het eerste klachtonderdeel tot uitgangspunt dat uit de (samenhang tussen de) hiervoor genoemde bepalingen blijkt dat het een aanbestedende dienst niet is toegestaan – althans niet zonder deugdelijke motivering – om bij de toepassing van het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving een opdracht te gunnen enkel en alleen op basis van het “nadere” criterium prijs. Een dergelijke handelwijze zou immers neerkomen op het toepassen van het gunningscriterium van de laagste prijs.

6.1.4 De Commissie is van oordeel dat beklagde in strijd met het hiervoor genoemde verbod heeft gehandeld door op blz. 13 van de aanbestedingsleidraad te bepalen dat de opdracht zal worden gegund aan de inschrijver met de economisch meest voordelige inschrijving op basis van de subcriteria “Inschrijfsom” en “Varianten”. Beide subcriteria dienen naar het oordeel van de Commissie te worden beschouwd als een uitwerking van het “nadere” criterium prijs. Voor wat betreft het subcriterium “Inschrijfsom” behoeft dit geen nader betoog. Dat ook het subcriterium “Varianten” een uitwerking vormt van het prijscriterium, blijkt allereerst uit het hetgeen staat vermeld op blz. 15 van de aanbestedingsleidraad:

‘Indien de variant in aanmerking wordt genomen, wordt de prijsconsequentie zoals opgegeven voor de betreffende variant (de waarde van de variant) in mindering gebracht op de inschrijfsom.’

6.1.5 Dat beklagde met het subcriterium “Varianten” niet tevens op andere “nadere” criteria dan het prijscriterium beoogt te gunnen, blijkt vervolgens uit de formulering (op blz. 14 van de aanbestedingsleidraad) van de randvoorwaarden waaraan de varianten zijn gebonden, in het bijzonder randvoorwaarde 6:

‘De kwaliteit mag op de hieronder genoemde onderdelen [functionaliteit, duurzaamheid en esthetiek] niet minder worden en het liefst beter (...)’.

Wanneer de kwaliteit op de genoemde onderdelen als gevolg van een aangeboden variantoplossing echter beter wordt, leidt dat er vervolgens niet toe dat de inschrijving van de betreffende inschrijver in het kader van de EMVI-beoordeling hoger wordt gewaardeerd. Dat is alleen anders wanneer die variantoplossing niet alleen kwalitatief beter maar ook goedkoper is dan de besteksoplossing. Is de kwalitatief betere variantoplossing daarentegen (indirect) duurder dan de besteksoplossing, dan wordt de variantoplossing in het kader van de EMVI-beoordeling juist lager gewaardeerd. Dat laatste blijkt uit randvoorwaarde 5 op blz. 14 van de aanbestedingsleidraad:

‘Indien de variant leidt tot een hogere prijsopgave bij een ander onderdeel van het bestek (of bij het andere perceel) dan dienen deze consequenties in kwaliteit en geld door de inschrijvende partij te worden aangegeven en moet dit meegenomen worden in de minderprijs (...)’.

6.1.6 Gelet op het voorgaande is de Commissie van oordeel dat beklagde met haar uitwerking van het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving op blz. 13 t/m 15 van de aanbestedingsleidraad in strijd heeft gehandeld met art. 2.115, eerste lid, Aw 2012. De verdere consequentie daarvan is dat beklagde weliswaar formeel het gunningscriterium van economisch meest voordelige inschrijving toepast, maar dat materieel sprake is van toepassing van het gunningscriterium van de laagste prijs. Aangezien beklagde de toepassing van dat criterium niet in de aanbestedingsstukken heeft gemotiveerd, heeft zij tevens in strijd gehandeld met art. 2.114 Aw 2012. Aan beklagde kan weliswaar worden toegegeven dat zij

met haar uitwerking van het "nadere" criterium prijs de potentiële inschrijvers niet alleen prikkelt tot het aanbieden van een zo laag mogelijke prijs op basis van de voorgeschreven besteksoplossing, maar die inschrijvers tevens de ruimte biedt om zich met hun kennis en kunde ook op een andere manier van hun concurrenten te onderscheiden, namelijk: door oplossingen aan te bieden die als alternatief voor de besteksoplossing kunnen dienen en waarmee de door beklagde met de aanbestedingsprocedure nagestreefde doelstelling – in dit geval: prijsoptimalisatie – nog beter kan worden gerealiseerd. Daarmee doet beklagde weliswaar recht aan een aantal door de wetgever met de Aw 2012 beoogde doelstellingen, maar dat laat onverlet dat zij – gelet op de strekking van art. 2.114 Aw 2012 – met de aanbestedingsprocedure daarnaast ook zal moeten streven naar het bereiken van een zo goed mogelijke prijs-kwaliteitverhouding binnen haar beschikbare budget.

6.1.7 De Commissie overweegt met betrekking tot klachtonderdeel 1 ten overvloede nog het volgende. Hoewel het eerste klachtonderdeel enkel betrekking heeft op de vraag of beklagde in strijd met art. 2.114 Aw 2012 heeft gehandeld, lijkt in haar laatste opmerking in de onderbouwing van het onderdeel tevens de klacht besloten te liggen dat beklagde onvoldoende inzicht zou hebben gegeven in de wijze waarop zij het realiteitsgehalte van de kostenconsequenties, zoals die door een inschrijver voor een variant moeten worden opgegeven, zal bepalen. De Commissie kan klager daarin niet volgen. Op blz. 13 van de aanbestedingsleidraad is immers bepaald dat een variantvoorstel onder andere dient te bestaan uit:

'een duidelijke onderbouwing (...) en een opgave van: kostenconsequenties middels open begroting (directe kosten, in euro, exclusief btw, inclusief opslagen voor algemene kosten, winst & risico, et cetera)'.

6.1.8 Door deze onderbouwing vervolgens te vergelijken met de gedetailleerde open begroting, die een inschrijver op grond van paragraaf 3.2.2 van de aanbestedingsleidraad ter onderbouwing van diens Inschrijfsom bij diens inschrijfbiljet moet voegen, zal beklagde in staat zijn het realiteitsgehalte van de voor het variantvoorstel opgegeven kostenconsequenties te bepalen.

## 6.2 Klachtonderdeel 2

6.2.1 Bij de beoordeling van dit klachtonderdeel heeft de Commissie mede acht geslagen op de briefwisseling tussen partijen die aan de klacht is voorafgegaan (zie de brieven van klager d.d. 21 en 31 oktober 2013 en de brieven van (de adviseur van) beklagde d.d. 28 oktober en 4 november 2013).

6.2.2 Gelet op die briefwisseling gaat de Commissie er van uit dat klager met het klachtonderdeel in de kern genomen betoogt dat beklagde de potentiële inschrijvers in de aanbestedingsprocedure niet de ruimte heeft geboden om een energiesysteem als variantoplossing aan te bieden dat intelligenter is dan het in de besteksoplossing voorziene energiesysteem. Met een dergelijk alternatief energiesysteem zouden – zo begrijpt de Commissie het betoog van klager – besparingen op de exploitatiekosten kunnen worden bereikt die groter zijn dan de meerkosten gemoeid met de realisatie daarvan (in vergelijking met de kosten van de realisatie van het in de besteksoplossing voorziene systeem). Door de potentiële inschrijvers niet de hiervoor bedoelde ruimte te bieden, werkt beklagde in de hand dat de aanbestedingsprocedure ondoelmatig is en onnodig kostenverhogend uitpakt. Daarmee heeft beklagde – zo begrijpt de Commissie nog steeds het betoog van klager – gehandeld in strijd met art. 1.4, tweede lid, Aw 2012 waarin is bepaald 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.

6.2.3 Bij de beoordeling van dit klachtonderdeel stelt de Commissie voorop dat zij ten aanzien van het eerste klachtonderdeel heeft geoordeeld dat beklagde in strijd heeft gehandeld met art. 2.114 Aw 2012. Beklagde heeft immers impliciet – zonder dat te motiveren – gekozen voor

toepassing van het gunningscriterium van de laagste prijs. Een dergelijke handelwijze kan tot gevolg hebben – en dat is een risico dat de wetgever met art. 2.114 Aw 2012 beoogt te beheersen – dat een aanbestedende dienst er met de aanbestedingsprocedure onvoldoende in slaagt een zo goed mogelijke prijs-kwaliteitverhouding binnen haar beschikbare budget te realiseren. Aldus bezien correspondeert de doelstelling van art. 2.114 Aw 2012 – zo blijkt ook uit de wetsgeschiedenis – met die welke ten grondslag ligt aan art. 1.4, tweede lid, Aw 2012.

6.2.4 Dat een aanbestedende dienst in strijd heeft gehandeld met art. 2.114 Aw 2012, betekent naar het oordeel van de Commissie echter niet dat hij daarmee per definitie ook in strijd handelt met diens zorgplicht van art. 1.4, tweede lid, Aw 2012. Voor de onderbouwing van het oordeel dat een aanbestedende dienst in strijd heeft gehandeld met art. 2.114 Aw 2012, kan immers worden volstaan met de vaststelling dat hij – zonder dat te motiveren – heeft gekozen voor het gunningscriterium van de laagste prijs. Voor de onderbouwing van het oordeel dat een aanbestedende dienst in strijd heeft gehandeld met art. 1.4, tweede lid, Aw 2012, is echter noodzakelijk dat wordt vastgesteld dat hij – gelet op de wijze waarop hij het proces van het aangaan van een overeenkomst heeft ingericht – niet voldoet aan diens zorgplicht om zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen te leveren.

6.2.5 Voor zover het klachtonderdeel betoogt dat beklagde met haar in 6.2.2 beschreven handelwijze in strijd met art. 1.4, tweede lid, Aw 2012 heeft gehandeld, heeft klager dat betoog naar het oordeel van de Commissie onvoldoende onderbouwd. Gelet op de aard, inhoud en de strekking van die bepaling kan klager niet volstaan met het poneren van de stelling dat de aanbestedingsprocedure ondoelmatig is en onnodig kostenverhogend uitpakt, enkel en alleen omdat beklagde de potentiële inschrijvers niet de ruimte zou hebben geboden een energiesysteem als variantoplossing aan te bieden waarmee besparingen op de exploitatiekosten kunnen worden bereikt. Het lag op de weg van klager die stelling verder uit te werken. Klager had dat moeten doen door enerzijds uiteen te zetten hoe een inschrijver de ruimte om een energiesysteem als variantoplossing aan te bieden – zo die ruimte door beklagde zou zijn geboden – zou hebben benut, en door anderzijds voldoende aannemelijk te maken dat een inschrijver met die variantoplossing méér maatschappelijke waarde voor de publieke middelen zou hebben kunnen leveren dan op basis van de bestekoplossing van beklagde mogelijk is. Zou klager dat hebben gedaan, dan zou het vervolgens op de weg van beklagde liggen om in reactie daarop te stellen en te bewijzen dat zij haar zorgplicht van art. 1.4, tweede lid, Aw 2012 is nagekomen.

6.2.6 Gelet op het voorgaande is de Commissie van oordeel dat dit klachtonderdeel ongegrond is en dat de inhoudelijke reactie van beklagde op het klachtonderdeel geen verdere bespreking meer behoeft. De Commissie wil met betrekking tot die reactie echter nog wel het volgende opmerken.

6.2.7 Beklagde heeft in haar brieven van 28 oktober en 4 november 2013 en in haar reactie op de klacht betoogd dat besparingen op de exploitatie als gevolg van een alternatief energiesysteem niet door haar zijn meegenomen in de gunnings- en beoordelingssystematiek 'nu in dit project de gebruiker niet gelijk is aan de opdrachtgever' en 'besparingen in deze [exploitatie]fase niet ten gunste van beklagde komen'. Deze reactie gaat er naar het oordeel van de Commissie aan voorbij dat de toedeling van financiële voordelen van de besparingen een kwestie is die beklagde in haar rechtsverhouding met de gebruiker zou kunnen regelen.

6.2.8 Beklagde heeft in haar brief van 4 november 2013 betoogd dat zij er voor heeft gekozen om exploitatievarianten niet te honoreren, omdat het bij de indiening daarvan zou gaan om 'theoretische berekeningen van besparingen' en dat de berekende besparing 'mogelijk (...) niet [wordt] gehaald en de inschrijver daar dan niet meer op aanspreekbaar [is] omdat er hier geen sprake is van een aanbesteding waarbij de exploitatiefase ook onderdeel is van het bestek'. Deze reactie miskent naar het oordeel van de Commissie dat beklagde in beginsel de mogelijkheid heeft om de (winnende) inschrijver contractueel aansprakelijk te maken voor het feit dat het geïnstalleerde energiesysteem na oplevering niet beantwoordt aan contractueel

overeengekomen resultaatseisen. Dat kunnen ook eisen zijn die betrekking hebben op het verband tussen het energiesysteem en de (maximale) exploitatielasten.

### 6.3 Klachtonderdeel 3

6.3.1 Bij de beoordeling van dit klachtonderdeel stelt de Commissie het volgende voorop. Er bestaat noodzakelijkerwijs een spanningsveld tussen enerzijds de met de Aw 2012 beoogde doelstelling dat aanbestedende diensten potentiële inschrijvers de ruimte geven om zich op een andere manier van hun concurrenten te onderscheiden dan alleen maar door het aanbieden van een zo scherp mogelijke prijs op basis van een gedetailleerd bestek en anderzijds de doelstelling dat aanbestedende diensten de administratieve lasten die zij oproepen met de wijze waarop zij een aanbestedingsprocedure inrichten zo veel mogelijk beperken. De artikelen 2114 *jo.* 2.83 Aw 2012 en in het bijzonder Voorschrift 3.7 van de Gids Proportionaliteit zijn een voorbeeld van de wijze waarop de wetgever de eerstgenoemde doelstelling tot uitdrukking heeft gebracht. Op basis daarvan moet een aanbestedende dienst in beginsel het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving hanteren en daarenboven overwegen het indienen van varianten toe te staan. Art. 1.6 Aw 2012 brengt de tweede doelstelling tot uitdrukking. Die bepaling verplicht een aanbestedende dienst die voornemens is een schriftelijke overeenkomst te sluiten, zorg te dragen voor een zo groot mogelijke beperking van de met de totstandkoming van die overeenkomst samenhangende en daaruit voortvloeiende administratieve lasten.

6.3.2 De Commissie neemt tot uitgangspunt dat het klachtonderdeel in de kern genomen betoogt dat beklagde in strijd met art. 1.6 Aw 2012 heeft gehandeld, aangezien zij – aldus klager – met de door haar gekozen gunnings- en beoordelingssystematiek potentiële inschrijvers er toe zou dwingen tien varianten in te dienen, hetgeen forse extra financiële inspanningen voor hen zou meebrengen. Beklaagde zou in de visie van klager alsnog aan haar hiervoor bedoelde verplichting kunnen voldoen door het aantal in te dienen varianten te beperken dan wel de inschrijvers een reële kostenvergoeding aan te bieden. Daarmee lijkt klager – zo heeft althans ook beklagde dat in haar reactie begrepen – te doelen op het bepaalde in Voorschrift 3.8 van de Gids Proportionaliteit: 'De aanbestedende dienst biedt een vergoeding aan wanneer een gedeelte van de te plaatsen opdracht moet worden uitgevoerd om de inschrijving in te kunnen dienen.'

6.3.3 Art. 1.6 Aw 2012 is nader uitgewerkt in diverse bepalingen in de Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit. Het gaat dan hoofdzakelijk om bepalingen die verband houden met procedurele verplichtingen van (potentiële) gegadigden en inschrijvers. Niet-naleving van dergelijke verplichtingen leidt er toe dat de betrokken gegadigden of inschrijvers van (verdere) deelname aan de aanbestedingsprocedure worden uitgesloten. In die gevallen hebben (potentiële) gegadigden en inschrijvers er een belang bij dat de administratieve lasten die zij als gevolg van de naleving van die procedurele verplichtingen moeten dragen, door de aanbestedende dienst zo veel mogelijk worden beperkt. Voorschrift 3.8 van de Gids Proportionaliteit moet naar het oordeel van de Commissie eveneens in dat licht worden gezien. De in dat Voorschrift bedoelde "vergoeding" ziet blijkens de toelichting op blz. 51 van de Gids Proportionaliteit op specifieke gevallen waarin (potentiële) gegadigden of inschrijvers kosten maken in het kader van de vervaardiging van 'visiepresentaties, maquettes en modellen, schetsen of (constructie-)doorberekening' en waarbij zij deze producten – op straffe van uitsluiting – bij hun inschrijvingen moeten voegen.

6.3.4 De Commissie is van oordeel dat het onderhavige geval, waarin (potentiële) inschrijvers kosten maken die verband houden met het indienen van een of meer varianten, niet vergelijkbaar is met de hiervoor bedoelde gevallen. In gevallen als het onderhavige is het hiervoor bedoelde belang van (potentiële) gegadigden en inschrijvers immers niet in geding. Wanneer een aanbestedende dienst (potentiële) inschrijvers de mogelijkheid biedt tot het indienen van varianten, bestaat voor deze inschrijvers niet de procedurele verplichting om – op straffe van uitsluiting – van die mogelijkheid gebruik te maken. Zij kunnen er voor kiezen te



volstaan met het indienen van een inschrijving op basis van de besteksoplossing en zullen niet – althans niet om die reden – van (verdere) deelname aan de aanbestedingsprocedure kunnen worden uitgesloten. Dat er in een geval als het onderhavige een (sterke) prikkel voor (potentiële) inschrijvers zal bestaan om van de geboden mogelijkheid tot het indienen van een of meer varianten gebruik te maken – en dat zij daarvoor noodzakelijkerwijs kosten zullen moeten maken – doet aan deze keuzevrijheid niet af. Een en ander is immers de logische consequentie van de door de wetgever gemaakte keuze om te stimuleren dat aanbestedende diensten – mede in het belang van (potentiële) inschrijvers zelf – deze de ruimte bieden om zich op een andere manier van hun concurrenten te onderscheiden dan alleen maar door het aanbieden van een zo scherp mogelijke prijs op basis van een gedetailleerd bestek.

6.3.5 Voor zover de in art. 1.6 Aw 2012 geformuleerde verplichting van aanbestedende diensten mede de strekking heeft om ook in een geval als het onderhavige de met het indienen van een of meer varianten gemoeide kosten zoveel mogelijk te beperken, heeft beklagde die verplichting naar het oordeel van de Commissie ook overigens niet geschonden. Beklaagde heeft die kosten in de eerste plaats immers beperkt door te kiezen voor toepassing van de niet-openbare procedure, zodat de kosten alleen zullen (kunnen) worden gemaakt door de vijf tot inschrijving uitgenodigde gekwalificeerde gegadigden. In de tweede plaats heeft beklagde het aantal varianten dat kan worden ingediend gemaximeerd. In de derde plaats is het zo dat – ook al bedraagt het maximumaantal varianten dat een inschrijver kan indienen nog altijd tien – beklagde de met het indienen van een variant gemoeide (financiële) consequenties voor de inschrijvers in haar gunnings- en beoordelingssystematiek heeft beperkt. Zij heeft dat gedaan door in randvoorwaarde 1 op blz. 14 van de aanbestedingsleidraad te bepalen dat één variant slechts uit één prijsonderdeel mag bestaan en dat daarvan alleen kan worden afgeweken wanneer meerdere prijsonderdelen onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn. Tot slot is het zo dat (potentiële) inschrijvers niet verplicht zijn om het maximaal mogelijke aantal van tien varianten in te dienen en dat zij er voor kunnen kiezen een lager aantal in dienen.

## 7. Advies

De Commissie acht onderdeel 1 van de klacht **gegrond** en de onderdelen 2 en 3 **ongegrond**.

Den Haag, 27 januari 2014

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

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