

Advies 67

1. Feiten

- 1.1 Beklaagde heeft een Europese openbare procedure gevoerd ten behoeve van het sluiten van een raamovereenkomst met één opdrachtnemer met betrekking tot onderhoudswerkzaamheden aan de openbare verlichtingsinstallatie van beklaagde. De opdracht betreft een zogenoemde overeenkomst met open posten ('OMOP') overeenkomstig het bepaalde in de – van toepassing verklaarde – Standaard RAW 2010.
- 1.2 Een OMOP is een raamovereenkomst. Dat betekent dat de inschrijvers eenheidsprijzen van bepaalde producten aanbieden. Tijdens de uitvoering van de opdracht worden orders geplaatst onder de OMOP-raamovereenkomst. Deze worden afgerekend tegen de aangeboden eenheidsprijzen. Tijdens de aanbestedingsprocedure verstrekt de aanbestedende dienst zogenaamde fictieve hoeveelheden (als ware er een inschrijfstaat voor een concrete opdracht). Deze hoeveelheden werken als rekenkundig hulpmiddel om vergelijkbare inschrijvingssommen te creëren. Deze fictieve hoeveelheden staan los van de hoeveelheden die een aanbestedende dienst daadwerkelijk zal afnemen. Tijdens de uitvoering van de opdracht kan de opdrachtnemer dan ook geen rechten ontlenen aan de fictieve hoeveelheden.
- 1.3 Op de uitvoering van de opdracht zijn de UAV 2012 van toepassing verklaard. Op de aanbestedingsprocedure is het ARW 2012 van toepassing. Als gunningscriterium is het criterium van de laagste prijs gehanteerd.
- 1.4 Klager heeft op de opdracht ingeschreven met de laagste prijs. Beklaagde heeft klager vervolgens gevraagd haar prijsstelling van een aantal besteksposten te onderbouwen.
- 1.5 Nadat klager een onderbouwing had verstrekt, heeft beklaagde haar op 13 december 2013 per brief bericht dat zij deze onderbouwing niet bevredigend achtte en dat haar inschrijving om een aantal redenen niet voldeed aan de bestekscriteria en daarom als ongeldig terzijde is gelegd. De door beklaagde in haar brief aangevoerde redenen zijn:
 1. klager heeft niet afdoende aangetoond waarom zij een afwijkende tariefstelling heeft gehanteerd;
 2. klager heeft ongeoorloofd besteksposten gemengd;
 3. klager heeft niet gecommuniceerd dat zij met andere dan in het bestek opgenomen armaturen heeft gerekend;
 4. de gelijkwaardigheid van de armaturen kon (als gevolg van 3) niet worden geverifieerd;
 5. klager heeft de toe te rekenen kortingen niet aangegeven zodat de toekomstige prijsstelling niet helder is.

2. Beschrijving klacht

Beklaagde heeft de inschrijving van klager ten onrechte als ongeldig terzijde gelegd. Geen van de door beklaagde aangevoerde redenen geeft een juiste weergave van de feiten en/of rechtvaardigt een uitsluiting.

3. Onderbouwing klacht

- 3.1 Klager voert vier gronden aan ter onderbouwing van haar klacht. De Commissie Zal deze gronden hierna als afzonderlijke klachtonderdelen beschouwen.
- 3.2 Klachtonderdeel 1
- 3.2.1 Klager heeft abusievelijk ten aanzien van enkele posten in de inschrijfstaat onjuiste aantallen gehanteerd. Deze fout is door beklagde veroorzaakt. Beklaagde heeft namelijk een "RSX-bestand" verstrekt maar daarin niet de aantallen fictieve hoeveelheden opgenomen. Deze aantallen zijn in een afzonderlijke bijlage verstrekt. Daarmee is beklagde afgeweken van de Standaard RAW en de "market practice". Dit leidt tot fouten.
- 3.2.2 De fout is evenwel eenvoudig te herstellen. De aantallen in de inschrijfstaat dienen alsnog aangepast en doorgerekend te worden. Dat leidt niet tot een aanpassing van de inschrijving/verstoring van de mededinging. De aantallen fictieve hoeveelheden zijn namelijk slechts een rekenkundig hulpmiddel. De aanbidding bestaat uitsluitend uit de eenheidsprijzen, welke allen juist zijn opgegeven.
- 3.2.3 Het corrigeren van de aantallen is volgens vaste jurisprudentie toegestaan en in dit soort gevallen zelfs een verplichting van de aanbestedende dienst (zie bijv. Hof Arnhem d.d. 7 augustus 2012, LJN: BX4609 en Vza Den Haag d.d. 25 april 2013, zaaknr: C/09/439293/KG ZA 13-292, r.o. 4.6, niet gepubliceerd).
- 3.3 Klachtonderdeel 2
- 3.3.1 Beklaagde stelt dat de tarieven van klager ongeloofwaardig zijn en dat klager besteksposten heeft vermengd. Daardoor zou er sprake zijn van een abnormaal lage inschrijving. Dat is volgens klager niet juist.
- 3.3.2 Ten eerste omdat klager heeft toegelicht dat (en hoe) zij een realistische prijs heeft geboden. Daarbij heeft zij de totstandkoming van haar prijzen in het algemeen toegelicht. Klager heeft daarnaast toegelicht waarom zij (extra) lage tarieven kan hanteren voor lichtmasten met een lengte van minder dan 4,5 meter.
- 3.3.3 Ten tweede gaat beklagde er volgens klager aan voorbij dat zij geen duidelijke demarcatie heeft aangebracht tussen de (kosten bij de) verschillende besteksposten. Daardoor kan beklagde niet stellen dat klager bepaalde kosten bij de verkeerde post heeft opgevoerd. Klager heeft dit onder meer aan de hand van een concreet voorbeeld aan beklagde laten zien.
- 3.3.4 Ten derde geldt volgens klager dat er slechts in uitzonderingsgevallen sprake kan zijn van een abnormaal lage inschrijfsom. Beklaagde moet kunnen aantonen dat zij ervoor moet vrezen dat de opdracht niet naar behoren zal worden uitgevoerd en/of er sprake is van dump Prijzen (zie E.H. Pijnacker Hordijk e.a., Aanbestedingsrecht. Handboek van het Europese en het Nederlandse Aanbestedingsrecht, Den Haag: Sdu 2009, Hoofdstuk 19.2.3.1). Dat laatste heeft beklagde niet gedaan. En dat terwijl het ontvangen van een lage inschrijving juist het doel is van een aanbestedingsprocedure (te meer nu het enige gunningcriterium de laagste prijs is).

3.4 Klachtonderdeel 3

- 3.4.1 Beklaagde stelde dat de Klager niet de juiste kortingspercentages hanteerde. Het geven van kortingspercentages was echter alleen mogelijk indien de door beklagde genoemde merken (INDAL, Philips, Schröder en Innolumis) werden aangeboden. Klager wenst gelijkwaardige producten te gebruiken en kon daarom niet eens kortingspercentages opgeven.
- 3.4.2 Als beklagde dat laatste niet toestaat, schrijft zij de facto voornoemde merken voor. Dat is verboden. Ingevolge art. 2.76 en 2.77 Aw 2012 mag een inschrijver altijd een gelijkwaardig product aanbieden (zie bijvoorbeeld Vزر. Rb Noord-Holland 9 april 2013, LJN: CA1157). Sterker: reeds het noemen van merken is al onrechtmatig (zie bijvoorbeeld Vزر. Rb 's-Gravenhage 29 maart 2011, LJN: BQ0351). Daarom is ook de eis om kortingen op bepaalde merken te geven niet toegestaan.

3.5 Klachtonderdeel 4

- 3.5.1 Beklaagde stelt dat klager bij haar inschrijving had moeten melden dat zij gelijkwaardige producten aanbiedt. Dat is volgens klager niet het geval.
- 3.5.2 Ten eerste is zoiets door beklagde niet verzocht/geëist in de aanbestedingsdocumentatie. Beklaagde heeft slechts het ARW 2012 gehanteerd en het daarbij behorende inschrijvingsbiljet. Dat biljet geeft niet de ruimte om te melden dat er sprake is van gelijkwaardige producten. Had klager die ruimte genomen, dan had zij een besteks-non-conforme inschrijving gedaan.
- 3.5.3 Ten tweede geldt dat op deze overeenkomst de UAV 2012 van toepassing zijn. Ingevolge § 17 lid 5 UAV 2012 kan een aannemer ook tijdens de uitvoering nog gelijkwaardige producten aanbieden. Dat hoeft een aannemer niet bij inschrijving te melden.
- 3.5.4 Het beroep van beklagde op art. 2.78 Aw 2012 kan haar niet baten. Dat artikel bepaalt slechts dat een inschrijver bij zijn inschrijving dient aan te tonen dat het product voldoet aan de eisen van de aanbestedende dienst (eisen die Beklaagde op grond van art. 2.76 en art. 2.77 Aw functioneel had moeten specificeren). Dat deed klager met het ondertekenen van het inschrijvingsbiljet (te meer nu beklagde geen nadere informatie had gevraagd).
- 3.5.5 Ten overvloede merkt klager op dat beklagde altijd – na inschrijving – om een nadere toelichting ten aanzien van de gelijkwaardigheid mag vragen. Daarnaast kan beklagde een product – ook tijdens de uitvoering – weigeren indien dat niet gelijkwaardig is (zie ook voornoemde § 17 lid 5 UAV 2012). In dat geval dient de inschrijver alsnog het genoemde (of wel gelijkwaardige) merk te leveren. Beklaagde is hieraan voorbij gegaan. Dat toont (nogmaals) aan dat beklagde – in strijd met het aanbestedingsrecht – geen andere merken wil accepteren.

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

Klager verzoekt de Commissie beklagde te adviseren dat de uitsluiting van beklagde onterecht is en beklagde de opdracht alsnog aan klager dient te gunnen.

5. Reactie beklagde

5.1 Klachtonderdeel 1

- 5.1.1 Beklaagde bestrijdt dat de gemaakte fout met betrekking tot de aantallen door haar is veroorzaakt. In de publicatie is door beklagde een RSX-bestand verstrekt, met daarbij een afzonderlijke tabel met de fictieve aantallen. Deze aantallen zijn gepubliceerd op www.tenderned.nl en op die wijze aan alle gegadigden ter beschikking gesteld. Dat inschrijver de aantallen foutief heeft overgenomen (als door haarzelf aangegeven) kan volgens beklagde niet tot de risicosfeer van de aanbestedende dienst worden gerekend.
- 5.1.2 De manier van uitvragen is niet ongebruikelijk in de branche. Beklaagde heeft in totaal zes inschrijvingen ontvangen. Inschrijver nummer 2, aan wie het werk voorlopig is gegund, heeft wel een juiste inschrijving gedaan.
- 5.1.3 De jurisprudentie als aangehaald door klager ziet volgens beklagde op een ander aspect, namelijk dat niet alle gegadigden de kans hebben gehad kennis te nemen van dezelfde informatie. Dat is in deze situatie niet aan de orde. In dit geval heeft klager acht fouten gemaakt bij het overnemen van voor iedereen gelijke en vrij toegankelijke informatie.
- 5.1.4 Met het oog op het gelijkheidsbeginsel is beklagde van mening dat het laten herstellen van de acht fouten als gemaakt door klager de concurrentiepositie van andere inschrijvers onevenredig wordt benadeeld.

5.2 Klachtonderdeel 2

- 5.2.1 Klager betoogt wel degelijk een realistische prijs te hebben aangeboden. Vooropgesteld zij dat het tarief dat klager hanteert voor activiteiten ten aanzien van masten tot 4,5 meter sterk afwijkt van de gebruikelijke tariefstelling, namelijk een factor 3 à 4 lager dan gebruikelijk. Opmerkelijk is dat verzuimd is in te gaan op het merkwaardige verschil tussen masten tot 4,5 meter en de overige masten. Voor de "overige" masten geldt in principe een vergelijkbare redenering maar de tariefstelling bij de overige masten wijkt veel minder af van de gebruikelijk prijzen terwijl het verschil met de masten tot 4,5 meter groot is.
- 5.2.2 Voor wat betreft de opbouw van de posten, bijvoorbeeld 311010, merkt beklagde op dat het plaatsen van een mast niet noodzakelijkerwijs betekent dat tezelfdertijd ook de kabel wordt aangesloten. Als dat wel zo was, had dit als activiteit bij het plaatsen van de mast gestaan.
- 5.2.3 Klager heeft gesteld dat er posten zouden zijn beschreven voor het leveren van het armatuur, het plaatsen van het armatuur, het leveren en aanbrengen van het aansluitsnoer en het leveren en aanbrengen van de lamp. Voor het werkend krijgen van een lichtmast die geplaatst moet worden, zouden dus meer dan 10 bestekposten als productie worden genoemd. Met deze stellingname wordt volgens beklagde de indruk gewekt dat klager bij het plaatsen van een mast, het monteren van een armatuur, het aanbrengen van een lamp en monteren van het snoer apart wil opvoeren. Dit is echter niet het geval. In post 311010 staat duidelijk beschreven dat als onderdeel van het plaatsen van de masten ook het armatuur gemonteerd moet worden inclusief aansluiten van het aansluitsnoer. De benadering van klager wekt bij beklagde de indruk dat zij de opbouw van het bestek niet heeft begrepen.

5.3 Klachtonderdelen 3 en 4

- 5.3.1 Beklaagde stelt dat klager met deze klachtonderdelen betoogt dat beklaagde merken voorschrijft en dat het de inschrijvers onmogelijk is gemaakt alternatieven aan te bieden.
- 5.3.2 Bij het citeren van wetsartikelen wordt door klager stelselmatig voorbijgegaan aan de toevoeging 'tenzij dit door het voorwerp van de overheidsopdracht gerechtvaardigd wordt'. Het onderhavige bestek betreft een onderhoudsbestek. Er is dus sprake van een bestaande situatie. In het kader van systematisch onderhoud gedurende langere tijd (langer dan de contractperiode) is het dus van belang dat aangehaakt wordt bij de geldende praktijk binnen de organisatie van beklaagde voor wat betreft de toe te passen apparatuur. Dat is niet alleen binnen de organisatie van beklaagde zo, het is zeer gebruikelijk in een beleidsplan vast te leggen, veelal na onderzoek, welke apparatuur voor de voorliggende beleidsperiode zal worden toegepast. Dit heeft onder meer te maken met de kwaliteit van de openbare ruimte die een aanbestedende dienst voor ogen heeft. Als allerhande verschillende armatuurtypes worden toegepast, leidt dat tot een ratjetoe langs de weg. De regelgeving geeft zoals gezegd aan dat wel degelijk concrete producten mogen worden voorgeschreven.
- 5.3.3 Ter illustratie daartoe stelt beklaagde nog het volgende. Elk armatuur heeft specifieke eigenschappen. Deze hebben onder meer betrekking op vormgeving, slagvastheid, levensduur, toepassingsgebied, toe te passen lichtbron en fotometrische eigenschappen. Op basis van de wegfunctie, wegprofiel, masthoogte en de beleidsuitgangspunten ten aanzien van gewenste verlichtingskwaliteit, wordt bepaald welk armatuurtype per locatie toegepast gaat worden. De lichtopbrengst van een armatuur maar ook de overige fotometrische eigenschappen hebben daarbij een grote invloed. Omdat dit specifieke armatureigenschappen zijn (per armatuur kunnen meerdere optieken mogelijk zijn) heeft beklaagde de armaturen met naam en toenaam genoemd. Aanvullend geldt dat de gemeente expliciet gekozen heeft voor een armatuurtype met oog op het comfort voor de weggebruiker.
- 5.3.4 Kortom, er gelden allerhande overwegingen om te komen tot een keuze voor een armatuur. Het kan niet bestaan dat een inschrijver gelijkwaardige producten voorstelt zonder inhoudelijk in te gaan op de relevante aspecten, zelfs niet tijdens de gevoerde overleggen.
- 5.3.5 De stelling dat de kortingspercentages alleen voor de door de gemeente opgevoerde fabricaten kan worden opgevoerd is niet juist. In artikel 01 01 11 van het bestek wordt de achtergrond van het opgeven van kortingen duidelijk vermeld. Daaruit kan zondermeer worden afgeleid dat alternatieve armaturen ook opgevoerd dienen te worden. De lijst met kortingen is een excelsheet waarin aanvullingen gedaan kunnen worden. Beklaagde verwijst hiervoor ook naar de 2e Nota van Inlichtingen, volgnummer 2.16.
- 5.3.6 De beschreven armaturen worden in de markt algemeen toegepast en zijn voor alle leveranciers vrij toegankelijk. Indien klager niet in de gelegenheid was de gevraagde armaturen te leveren of anderszins, had het op haar weg gelegen hier tijdens de nota van inlichtingen vragen over te stellen. Dit is niet gebeurd, waarna beklaagde ervan uit mag gaan dat het gevraagde voor alle inschrijvers duidelijk en acceptabel is geweest. Het is niet mogelijk hier achteraf op terug te komen (Grossmannarrest).
- 5.4 Alle genoemde aspecten zijn afzonderlijk in meer of mindere mate reden om tot

uitsluiting van de inschrijving van klager te komen, de extra reden ligt in de combinatie van de verschillende aspecten.

6. Beoordeling

6.1 Klachtonderdeel 1

6.1.1 De Commissie begrijpt dit klachtonderdeel aldus dat klager daarmee betoogt dat beklagde haar ten onrechte niet in de gelegenheid heeft gesteld een fout in haar inschrijving te herstellen.

6.1.2 Art. 1.07 ("Inschrijvingsstaat") van het bestek luidt – na aanpassing daarvan door middel van de 3e Nota van Inlichtingen (volgnr. 3.3) van 6 november 2013 – als volgt:

'1. Op de bijgevoegde staat van fictieve hoeveelheden zijn de hoeveelheden fictief aangegeven. De op de staat van fictieve hoeveelheden genoemde hoeveelheden vormen geen onderdeel van dit bestek en zijn uitsluitend ter informatie.

2 De aantallen zoals genoemd in bijlage 1, staat van fictieve hoeveelheden, dienen gebruikt te worden om de fictieve inschrijfsom te bepalen.

3 De aangegeven fictieve hoeveelheden zijn gebaseerd op voorafgaande jaarproductie(s), maar bieden geen garantie. Het bepaalde in paragraaf 38 en 39 UAV 2012 is niet van toepassing.'

Tussen partijen staat niet ter discussie dat klager enkele van de in art. 1.07, tweede lid, van het bestek bedoelde "aantallen zoals genoemd in bijlage 1" onjuist heeft overgenomen in haar inschrijfsom. De te beantwoorden vraag is vervolgens of er een regel bestaat die zich er tegen zou verzetten wanneer beklagde aan klager de gelegenheid zou bieden een dergelijke fout te herstellen.

6.1.3 Bij de beantwoording van deze vraag moet naar het oordeel van de Commissie worden vooropgesteld dat het op de aanbestedingsprocedure van toepassing zijnde ARW 2012 zich er niet tegen verzet dat beklagde een dergelijke herstellmogelijkheid biedt. Art. 2.22.1 ARW 2012 bepaalt weliswaar dat een inschrijving die niet voldoet aan de in dat reglement, de aankondiging en de voor de inschrijving relevante stukken gestelde eisen ongeldig is, maar de Commissie vermag niet in te zien aan welke in art. 1.07 van het bestek opgenomen "eis" klager niet zou hebben voldaan door de aantallen uit bijlage 1 onjuist over te nemen in haar inschrijvingsstaat. Een verplichting tot het correct overnemen van die aantallen volgt onvoldoende duidelijk uit art. 1.07, tweede lid, van het bestek. Die bepaling regelt immers slechts in algemene zin – zonder een verplichting van de inschrijvers tot het daadwerkelijk overnemen van de fictieve hoeveelheden in hun inschrijvingsstaat te expliciteren – dat bij het bepalen (door wie dan ook) van de fictieve inschrijfsom gebruik moet worden gemaakt van de aantallen zoals genoemd in bijlage 1.

6.1.4 Voor de beantwoording van de in 6.1.2 in fine gestelde vraag geldt vervolgens als uitgangspunt dat wanneer de inschrijvers hun inschrijving hebben ingediend, deze inschrijving in beginsel niet meer mag worden aangepast op initiatief van de aanbestedende dienst of van een inschrijver zelf. De verplichting van een aanbestedende dienst om inschrijvers op gelijke en niet-discriminerende wijze te behandelen (art. 1.8 Aw 2012) en de hieruit voortvloeiende transparantieplichting (art. 1.9, eerste lid, Aw 2012) verzetten zich daartegen (HvJ EU 29 maart 2012, zaak C-599/10, rov. 38 en art. 2.23.1 ARW 2012). Deze verplichtingen staan er echter niet aan in de weg dat, in uitzonderlijke gevallen, de inschrijvingen gericht kunnen worden verbeterd of aangevuld, met name omdat deze klaarblijkelijk een eenvoudige precisering behoeven, of om kennelijke materiële fouten recht te zetten, mits deze wijziging er niet toe leidt dat in

werkelijkheid een nieuwe inschrijving wordt voorgesteld (HvJ EU 29 maart 2012, zaak C-599/10, rov. 40).

- 6.1.5 De Commissie stelt vast dat de aantallen zoals genoemd in bijlage 1, staat van fictieve hoeveelheden, slechts van rekenkundig belang zijn voor het verkrijgen van toetsbare inschrijvingen en het kunnen bepalen van de laagste prijs. Een eventuele aanpassing door klager van haar inschrijving, bestaande uit het alsnog in haar inschrijfstaat opnemen van de juiste aantallen zoals vermeld in bijlage 1 en het doorrekenen van die aantallen, zou er dan ook niet toe leiden dat in werkelijkheid een nieuwe inschrijving wordt voorgesteld maar er slechts toe leiden dat de ontvangen inschrijvingen qua prijs met elkaar vergelijkbaar zullen zijn, zoals blijkt het door beklaagde gehanteerde gunningscriterium van de laagste prijs ook het doel is van de onderhavige aanbestedingsprocedure. Steun voor deze opvatting vindt de Commissie in Vزر. Den Haag 25 april 2013, zaaknr. C/09/439293/KG ZA 13-292, rov. 4.6.
- 6.1.6 Het voorgaande betekent naar het oordeel van de Commissie – anders dan beklaagde heeft betoogd – dat de concurrentiepositie van andere inschrijvers niet zal worden benadeeld wanneer zij klager in de gelegenheid zou stellen haar inschrijving aan te passen zoals hiervoor omschreven. Of de door klager in haar inschrijving gemaakte fout al of niet door beklaagde in de hand is gewerkt is overigens, mede gelet op het onder 6.1.4 genoemde arrest van het HvJ EU, niet relevant voor de beantwoording van de vraag of beklaagde inschrijver de gelegenheid mag bieden om die fout te herstellen (Hof Arnhem 7 augustus 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BX4609, rov. 4.10).
- 6.1.7 Nu vast staat dat ook het gereguleerde aanbestedingsrecht zich er in het onderhavige geval niet tegen zou verzetten wanneer beklaagde aan klager de gelegenheid zou bieden haar fout te herstellen, moet de vraag worden beantwoord of beklaagde vervolgens ook verplicht is klager die gelegenheid te bieden. Bij de beantwoording van deze vraag moet naar het oordeel van de Commissie worden vooropgesteld dat het op de aanbestedingsprocedure van toepassing zijnde gereguleerde aanbestedingsrecht niet in een dergelijke verplichting voorziet. Art. 2.12.7 ARW 2012 voorziet slechts in een verplichting voor de aanbestedende dienst om een ondernemer in de gelegenheid te stellen gebreken in de eigen verklaring of de bewijsmiddelen te herstellen, binnen de randvoorwaarden zoals die in de genoemde bepaling zijn gesteld. Art. 2.15 ARW 2012 e.v. voorziet niet in een vergelijkbare verplichting voor wat betreft een fout in de inschrijving zoals die waarvan in het onderhavige geval sprake is.
- 6.1.8 De Commissie is echter van oordeel dat deze leemte in de regeling van de tussen partijen bestaande rechtsverhouding, mede gelet op de aard van die rechtsverhouding en de daarbij betrokken belangen, op grond van de redelijkheid en billijkheid kan worden aangevuld met een verplichting van beklaagde om klager in de gelegenheid te stellen haar fout in een geval als het onderhavige te herstellen. Het belang dat klager bij die verplichting heeft, behoeft geen verder betoog. Dat belang vindt zijn begrenzing in de gerechtvaardigde belangen van beklaagde en van de overige inschrijvers. Dat de belangen van de overige inschrijvers zich niet tegen een verplichting van beklaagde zoals hiervoor bedoeld verzetten, heeft de Commissie reeds vastgesteld in 6.1.4 e.v. Die belangen van de overige inschrijvers vallen deels samen met het belang van beklaagde, zodat ook dat belang in zoverre niet in het geding komt. Gegeven de omstandigheid dat beklaagde nog niet is overgegaan tot aanvaarding van de inschrijving van een van de andere inschrijvers, kan de Commissie vervolgens niet inzien hoe het belang van beklaagde overigens in het geding zou komen wanneer zij klager in de gelegenheid zou stellen haar fout te herstellen. Het staat tussen partijen immers

vast dat klager heeft ingeschreven met de laagste fictieve inschrijvingsom. De verwachting bestaat dat dat zo zal blijven wanneer klager de gelegenheid wordt geboden haar fout te herstellen. Zelfs wanneer dat herstel leidt tot een stijging van de door klager ingediende laagste fictieve inschrijvingsom, raakt die stijging niet aan het belang van beklagde. In dat geval zullen de door klager aangeboden eenheidsprijzen immers ongewijzigd blijven, terwijl de fictieve inschrijvingsom in het kader van de contractuitvoeringsfase ook overigens niet meer van belang zal zijn.

6.1.9 Het voorgaande betekent dat klachtonderdeel 1 gegrond is.

6.2 Klachtonderdeel 2

6.2.1 De Commissie begrijpt dit klachtonderdeel aldus dat klager daarmee betoogt dat haar inschrijving niet als ongeldig terzijde had mogen worden gelegd – althans niet op grond van het feit dat sprake zou zijn van een abnormaal lage inschrijving – omdat beklagde niet zou hebben aangetoond dat de inschrijving van klager – aldus het betoog van klager – als abnormaal laag dient te worden gekwalificeerd.

6.2.2 Bij de beoordeling van dit klachtonderdeel moet naar het oordeel van de Commissie worden vooropgesteld dat art. 2.24.1 ARW 2012 bepaalt dat indien een inschrijving is gedaan die in verhouding tot de te verrichten opdracht abnormaal laag lijkt, de aanbestedende dienst – voordat hij deze inschrijving kan afwijzen – schriftelijk verzoekt om de door hem nodig geachte verduidelijkingen over de samenstelling van de inschrijving. De aanbestedende dienst onderzoekt vervolgens in overleg met de inschrijver de samenstelling aan de hand van de toelichtingen die hij van de inschrijver heeft ontvangen. In art. 2.24.2 ARW 2012 is bepaald met welke aspecten de door de aanbestedende dienst nodig geachte verduidelijkingen onder meer verband kunnen houden.

6.2.3 Art. 2.24 ARW 2012 regelt echter niet – evenmin als het daarmee corresponderende art. 2.116 Aw 2012 en art. 55 Richtlijn 2004/18/EG dat doen – binnen welke normatieve kaders de aanbestedende dienst na afloop van het hiervoor bedoelde onderzoek kan besluiten een inschrijving af te wijzen. De Commissie neemt tot uitgangspunt de regel dat de aanbestedende dienst dat alleen zal kunnen doen wanneer het lage niveau van de aangerekende prijzen of kosten niet genoegzaam wordt gestaafd door het verstrekte bewijsmateriaal, rekening houdend met de in 6.2.2 *in fine* bedoelde aspecten. De Commissie ontleent deze regel aan art. 69, derde lid, van de door het Europees Parlement op 15 januari 2014 vastgestelde Richtlijn betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten. In deze regel ligt naar het oordeel van de Commissie een geobjectiveerde maatstaf besloten: het gaat er om of de aanbestedende dienst – gegeven de inhoud van de door de inschrijver verstrekte toelichtingen – in redelijkheid tot het oordeel heeft kunnen komen dat die toelichtingen het lage prijsniveau onvoldoende verklaren. In deze maatstaf ligt besloten dat dit oordeel zal moeten worden gemotiveerd met inhoudelijke verwijzingen naar de verstrekte toelichtingen, ten einde de redelijkheid van het oordeel te kunnen toetsen.

6.2.4 De Commissie is vervolgens – gelet op de in 6.2.2 en 6.2.3 omschreven kaders – nagegaan hoe partijen hebben gehandeld vanaf het moment dat beklagde op 29 november 2013 kennis heeft genomen van de inschrijving van klager. Daarbij is de Commissie het volgende gebleken.

6.2.5 Beklaagde heeft per brief d.d. 2 december 2013 klager verzocht de in haar inschrijving opgenomen posten 311010, 321010, 331010 en 334010-334030 te onderbouwen, aangezien de door klager gehanteerde tarieven volgens beklagde sterk afweken van wat gebruikelijk is en er twijfels bestonden over de juistheid

van deze tarieven. Klager heeft op 6 december 2013 met betrekking tot deze posten de volgende schriftelijke onderbouwing verstrekt:

'Voor de posten 311010, 321010 en 321010 geldt dat de activiteiten die benodigd zijn voor het volledig plaatsen, verwijderen en vervangen door u in het bestek verdeeld zijn over levering van materialen en (de)montage van aansluitingen, moffen, aansluitkabel en grondwerk/bedekking. Dit betekent dat wij op basis van de benodigde werkzaamheden en leveringen zelf bepaald hebben welke onderdelen berekend worden bij deze posten. Bijvoorbeeld staat bij besteksgroep 31 aangegeven leveringen op posten 701210 t/m 732050. In de post zelf staat:

Aanbrengen verlichtingsobject.

Lichtmast:

Met een nominale masthoogte lph $\leq 4,5$ m.

Aan te brengen onderdelen:

- Verlichtingsarmatuur: verlichtingsarmatuur leveren staat in een andere post omschreven
- Lamp: leveren lamp staat in een andere post omschreven, standaard laten wij de lamp bij de leverancier van het armatuur monteren
- Aansluitsnoer: reactie gelijk aan lamp
- Objectnummer: objectnummer staat ook in een andere post omschreven
- Eventueel dimunit: dimunit staat ook in een andere post omschreven.

Grondstuk vullen met:

Schoon droog zand conform 34.12.02: leveren zand staat ook in een andere post omschreven.

Uit te voeren grondwerk t.b.v. mastgat

- Graven mastgat: omdat er ook een aansluiting gemaakt moet worden en
- vanuit de tarieven van Liander standaard hier ook graafwerk bij staat is bij de
- aansluiting ook het grondwerk gelaten
- Plaatsen mast: omdat de mast klein is kan dit werk met een normale servicebus
- en handwerk uitgevoerd worden, de hogere masten vergen inzet van een
- hijswerktuig
- Aanvullen mastgat: zie graven mastgat
- Verdichten grond: zie graven mastgat

Aanleveren revisiegegevens: bij het plaatsen van een mast moet ook een aansluiting gemaakt worden middels een aftakmof en kabelwerkzaamheden. De revisie gegevens uit die post worden ook gebruikt voor deze post.

Als extra aanvulling op de posten 334010-334030: Dit betreft projectmatige werkzaamheden.

Wij hebben gemeend de projectmatige werkzaamheden zoveel als mogelijk efficiënt uit te voeren tijdens de reparatieronden. Gezien het aantal storingen op jaarbasis en het aantal storingen die dagelijks verhelpen betekent het dat wij uren overhouden na de storingsronde en omdat wij dan toch ter plekken zijn willen wij de projectmatige werkzaamheden op deze manier combineren hetgeen voor u betekent dat wij de projectmatige werkzaamheden tegen een lagere prijs kunnen uitvoeren.'

Beklaagde heeft klager na ontvangst van deze onderbouwing op 13 december 2013 schriftelijk bericht dat zij die onderbouwing niet bevredigend achtte en dat haar inschrijving om een aantal redenen – onder andere dat sprake zou zijn van een abnormaal lage inschrijving – niet voldeed aan de bestekscriteria en daarom

als ongeldig terzijde is gelegd. Meer specifiek heeft beklagde met betrekking tot de door klager verstrekte onderbouwing in die brief het volgende opgemerkt: 'U stelt in uw beantwoording dat de tarieven enerzijds heel scherp zijn doordat u werkzaamheden combineert, bijvoorbeeld verhelpen van storingen en projectmatige werkzaamheden, en anderzijds dat u bepaalde aspecten in andere posten verdisconteert.

Combineren van werkzaamheden

De door u aangevoerde argumenten gelden voor alle werkzaamheden. Opmerkelijk is dat alleen de tariefstelling van masten tot een lichtpunthoogte van 4,5 meter afwijkend is van wat gebruikelijk is. Voor de hand ligt dat alle tarieven in een vergelijkbare afwijking zouden hebben ten opzichte van de gebruikelijke.

Mengen van besteksposten

Uit de Standaard RAW bepalingen 2010 artikel 010103, blijkt dat de aannemer niet de vrijheid heeft zelf te bepalen bij welke post hij de kosten opvoert. U geeft aan dat wel te hebben gedaan. Uit het door u aangehaalde voorbeeld blijkt al direct in het begin dat het monteren van het armatuur berekend wordt bij de leverantiepost.

Dat geldt voor alle volgende activiteiten ook. Genoemd artikel 010103 lid 2 geeft aan dat in de post waar expliciet sprake is van de handeling, alle daarbij behorende kosten opgevoerd moeten worden. Dit geldt eveneens andersom, bij leveringen alleen de materiaalkosten. Verder geldt dat wel bijvoorbeeld de snoerprijs apart opgevoerd wordt, niet als onderdeel van het armatuur en dat het monteren geacht wordt door de armatuurleverancier te worden gedaan.

Per saldo is dus sprake van een ongeloofwaardige tariefstelling die sterk afwijkt van wat gebruikelijk is wat leidt tot een abnormaal lage inschrijving.'

Op 16 december 2013 heeft vervolgens alsnog een overleg tussen partijen plaatsgevonden. Tijdens dat overleg is de door klager op 6 december 2013 verstrekte onderbouwing ter sprake gekomen. Na afloop van dat overleg heeft beklagde op 19 december 2013 klager schriftelijk bericht dat klager ten aanzien van de in de brief van beklagde van 13 december 2013 genoemde aspecten geen overtuigende argumenten heeft aangevoerd waarop beklagde haar besluit zou moeten herzien.

In reactie op de brieven van beklagde van 13 en 19 december 2013 heeft klager op 20 december 2013 schriftelijk onder andere laten weten dat zij tijdens de bespreking van 16 december 2013 wel degelijk heeft toegelicht waarom masten met een lichtpunthoogte tot 4,5 meter extra scherpe tarieven kennen. Die toelichting hield volgens klager in dat dergelijke masten (aanzienlijk) goedkoper getransporteerd kunnen worden dan hogere masten. Klager stelt in die brief daarenboven dat beklagde er aan is voorbij gegaan dat de door klager aangevoerde algemene argumenten [het combineren van werkzaamheden, bijvoorbeeld verhelpen van storingen en projectmatige werkzaamheden, Commissie] een verklaring vormen voor het feit dat de inschrijfsom van klager in zijn geheel scherp is. Met betrekking tot het door beklagde beweerde mengen van besteksposten heeft klager in haar brief allereerst aan de hand van een voorbeeld geïllustreerd waarom – anders dan beklagde tot uitgangspunt lijkt te nemen in haar brief van 13 december 2013 – er geen sprake is van een duidelijke demarcatie tussen de (kosten bij de) verschillende besteksposten en dat beklagde mitsdien niet kan stellen dat klager bepaalde kosten bij de verkeerde post heeft opgevoerd. In de tweede plaats heeft klager opgemerkt dat niet valt in te zien waarom de stelling van beklagde dat klager besteksposten heeft gemengd – een stelling die beklagde gelet op het voorgaande heeft betwist – tot de slotsom kan leiden dat de inschrijfsom van klager abnormaal laag is.

6.2.6 De Commissie stelt op grond van het voorgaande vast dat beklagde in strijd met het bepaalde in art. 2.24.1 ARW 2012 heeft nagelaten om – nadat zij op 6 december 2013 van klager de door haar verzochte onderbouwing had ontvangen – in overleg met klager de samenstelling van haar inschrijving te onderzoeken aan de hand van die onderbouwing. Beklaagde heeft in plaats daarvan op 13 december 2013 de inschrijving van klager als ongeldig terzijde gelegd, onder andere omdat deze in haar ogen abnormaal laag zou zijn. Beklaagde heeft dat oordeel in haar brief van 13 december 2013 gemotiveerd met een verwijzing naar onderdelen van de door klager verstrekte onderbouwing die zij niet bevredigend achtte. De Commissie kan in het midden laten of op basis van die motivering kan worden vastgesteld dat beklagde in redelijkheid tot het oordeel heeft kunnen komen dat de door klager op 6 december 2013 verstrekte toelichtingen het lage prijsniveau van haar inschrijving onvoldoende verklaren. Vast staat immers dat partijen op 16 december 2013 alsnog met elkaar in overleg zijn getreden en dat klager tijdens dat overleg in aanvulling op haar schriftelijke toelichting van 6 december 2013 een nadere toelichting heeft gegeven op de door haar gehanteerde tarieven met betrekking tot de posten 311010, 321010, 331010 en 334010-334030. Vast staat ook dat beklagde na afloop van dat overleg klager op 19 december 2013 schriftelijk heeft laten weten dat zij van oordeel was dat klager tijdens het overleg geen overtuigende argumenten heeft aangevoerd die aanleiding vormden om haar besluit van 13 december 2013 te herzien. Uit de brief van beklagde van 19 december 2013 is de Commissie echter niet gebleken dat beklagde haar hernieuwde oordeel heeft gemotiveerd met inhoudelijke verwijzingen naar de nadere toelichtingen zoals die door klager tijdens het overleg van 16 december zijn verstrekt. Daarmee kan de Commissie de redelijkheid van het oordeel van beklagde niet toetsen en staat derhalve evenmin vast dat beklagde in redelijkheid tot het oordeel heeft kunnen komen dat de toelichtingen die klager heeft verstrekt op 6 en 16 december 2013 het lage prijsniveau van haar inschrijving onvoldoende verklaren.

6.2.7 Het voorgaande betekent dat klachtonderdeel 2 gegrond is.

6.2.8 De Commissie merkt ten overvloede nog op dat haar bovenstaande oordeel niet anders wordt door de reactie die beklagde in 5.2 heeft gegeven op dit klachtonderdeel. Allereerst is het immers zo de stelling van beklagde – namelijk: dat klager zou hebben verzuimd in te gaan op het merkwaardige verschil tussen masten tot 4,5 meter en de overige masten – wordt weersproken door de inhoud van de brief van klager van 20 december 2013. In de tweede plaats heeft beklagde haar stelling – namelijk: dat het tarief dat klager hanteert voor activiteiten ten aanzien van masten tot 4,5 meter sterk afwijkt van de gebruikelijke tariefstelling, te weten een factor 3 à 4 lager dan gebruikelijk – niet onderbouwd. Ook overigens gaat het hier om een stelling die beklagde niet eerder in het tussen partijen bestaande debat heeft betrokken en die klager tijdens de procedure bij de Commissie niet heeft kunnen betwisten. In de derde plaats is de Commissie van oordeel dat beklagde met haar reactie de aan de hand van een voorbeeld onderbouwde stelling van klager – namelijk: dat het bestek geen duidelijke demarcatie tussen de besteksposten kent – onvoldoende heeft weerlegd.

6.3 Klachtonderdeel 4

6.3.1 De Commissie zal – alvorens klachtonderdeel 3 te behandelen – eerst klachtonderdeel 4 behandelen.

6.3.2 Uit de brief van beklagde van 13 december 2013 kan worden afgeleid dat zij de

inschrijving van klager als ongeldig terzijde heeft gelegd, mede omdat haar op basis van de door klager op 6 december 2013 verstrekte onderbouwing was gebleken dat klager niet heeft gecommuniceerd dat zij met andere dan in het bestek opgenomen armaturen heeft gerekend, als gevolg waarvan de gelijkwaardigheid van de armaturen niet door beklagde kon worden geverifieerd. Uit de reactie van beklagde (5.3.1 t/m 5.3.4) op de klachtonderdelen 3 en 4 – in samenhang met de inhoud van haar brieven van 2 en 13 december 2013 – leidt de Commissie af dat beklagde met "gelijkwaardigheid van de armaturen" blijkbaar het oog heeft gehad op armaturen van de in de bijlage "Overzicht toe te rekenen kortingen" genoemde merken. In deze bijlage is het volgende bepaald:

'Ook als een productgroep van een leverancier niet voor komt graag wel de kortingspercentage invullen. Inschrijvers mogen zelf productgroepen definiëren mits het aantal beperkt blijft tot 6 per leverancier.'

INDAL/ INDUSTRI A	Productgroep	Paaltop	Opschuif	Koffer	Led	...
	Voorbeeld	kegel	libra	Arc	Stela	...
	Korting	%	%	%	%	%
SCHREDE R	Productgroep
	Voorbeeld
	Korting	%	%	%	%	%
PHILIPS	Productgroep	Eco Outdoor	Tech Outdoor	City Beaufif	. Led prof	...
	Voorbeeld	Tempo	Koffer2/HPS100	Metronomis	Speedstar	
	Korting	%	%	%	%	%
Innolumis	Productgroep
	Voorbeeld
	Korting	%	%	%	%	%

NB voor niet opgenomen armatuurtypes waarvoor bovenstaande regel geldt, worden nader te bepalen besteksposten gedefinieerd!

6.3.3 De Commissie is van oordeel dat beklagde met de verwijzing naar merken in de bijlage "Overzicht toe te rekenen kortingen" heeft gehandeld in strijd met art. 2.76, vijfde en zesde lid, Aw 2012. Daarin is bepaald:

'5. Een aanbestedende dienst verwijst in de technische specificaties niet naar een bepaald fabrikaat, een bepaalde herkomst of een bijzondere werkwijze, een merk (...), waardoor bepaalde ondernemingen of bepaalde producten worden bevoorreed of uitgesloten, tenzij dit door het voorwerp van de overheidsopdracht gerechtvaardigd is.

6. Een aanbestedende dienst kan de melding of verwijzing, bedoeld in het vijfde lid, opnemen in de technische specificatie indien:

- een voldoende nauwkeurige en begrijpelijke beschrijving van het voorwerp van de overheidsopdracht door toepassing van het eerste lid of van art. 2.77, eerste lid, niet mogelijk is en
- deze melding of verwijzing vergezeld gaat van de woorden <<of gelijkwaardig>>.'

- 6.3.4 De inbreuk van beklagde bestaat er allereerst uit dat zij de verwijzing naar de in de bijlage "Overzicht toe te rekenen kortingen" genoemde merken niet vergezeld heeft doen gaan van de woorden "of gelijkwaardig". In de tweede plaats bestaat de inbreuk er uit dat een verwijzing naar een merk alleen in uitzonderingsgevallen mag plaatsvinden. Van zo'n uitzonderingsgeval kan naar het oordeel van de Commissie echter geen sprake zijn wanneer de aanbestedende dienst gebruik maakt van lijsten waarin meerdere merken worden genoemd waaruit een inschrijver blijkbaar kan kiezen. Steun voor deze opvatting vindt de Commissie in de literatuur:

'Het feit dat kennelijk meerdere fabrikaten geschikt zijn, bewijst dat er bepaalde gemeenschappelijke functionele kenmerken zijn. De aanbesteder laat derhalve ten onrechte na de aan die gemeenschappelijke kenmerken ten grondslag liggende functionele eisen in het bestek te beschrijven. Bovendien geldt dat de toevoeging "of gelijkwaardig" op een dergelijke lijst zinledig is, omdat er inherente verschillen tussen de vermelde fabrikaten bestaan en de inschrijver onmogelijk kan bepalen om welke functionele eisen het de aanbesteder gaat. De aanbesteder creëert daarmee voor zichzelf onaanvaardbaar veel ruimte om gelijkwaardige fabrikaten af te wijzen.' (E.H. Pijnacker Hordijk, G.W. van der Bend en J.F. van Nouhuys, Aanbestedingsrecht. Handboek van het Europese en Nederlandse aanbestedingsrecht, Den Haag: SDU 2009, p. 225. In dezelfde zin: Vزر. Rb. Den Haag 29 maart 2011, LJN: BQ0351, rov. 3.22 jo. 3.23).

- 6.3.5 Ook het beroep van beklagde in haar reactie (zie hiervoor 5.3.2) op de – kort gezegd – "bestaande situatie" levert naar het oordeel van de Commissie geen rechtvaardiging op voor de verwijzing naar de in de bijlage "Overzicht toe te rekenen kortingen" genoemde merken. Steun voor dit oordeel biedt de uitspraak Vزر. Rb. Noord-Holland 9 april 2013, LJN: CA1157, rov. 4.11 en 4.12.
- 6.3.6 Niettegenstaande de inbreuk van beklagde op art. 2.76, vijfde en zesde lid, Aw 2012, is klager er van uitgegaan dat zij geldig kon inschrijven door in haar inschrijving te rekenen met armaturen van andere merken dan die welke werden genoemd in de bijlage "Overzicht toe te rekenen kortingen". Klager is er daarbij blijkbaar zelf van uitgegaan dat zij – hoewel de woorden "of gelijkwaardig" in die bijlage ontbraken – met die alternatieve armaturen mocht rekenen omdat zij "gelijkwaardig" zouden zijn aan de armaturen van de in de bijlage genoemde merken. Voortbouwend op deze veronderstelling heeft beklagde zich in haar brief van 13 december 2013 op het standpunt gesteld dat klager op grond van art. 2.78 Aw 2012 in haar inschrijving diende aan te tonen dat zij rekende met "gelijkwaardige" armaturen. Deze opvatting vindt naar het oordeel van de Commissie steun in de literatuur (E.H. Pijnacker Hordijk, G.W. van der Bend en J.F. van Nouhuys, Aanbestedingsrecht. Handboek van het Europese en Nederlandse aanbestedingsrecht, Den Haag:SDU 2009, p. 226 [*met een verwijzing naar het gelijklopende art. 23 lid 7 Bao, Commissie*]). Klager heeft in haar brief van 20 december 2013 betoogd dat zij aan haar verplichting van art. 2.78 Aw 2012 zou hebben voldaan:

'De manier waarop inschrijver dat dient te doen, is afhankelijk van het bestek, het inschrijvingsbiljet en de eventuele aanbestedingsleidraad. In dit geval volstond uw gemeente met summiere documentatie ten aanzien van de aanbestedingsprocedure. Uw gemeente verwijst nagenoeg in het geheel naar het ARW. Het verstrekte inschrijvingsbiljet biedt géén ruimte om op te merken dat er met andere – gelijkwaardige – materialen wordt ingeschreven, laat staan om een motivering in dat kader te geven. Met het ondertekenen van het inschrijvingsbiljet verklaart de inschrijver in algemene zin dat wordt voldaan aan de vereisten

ingevolge het bestek. Daarmee wordt tevens voldaan aan het vereiste ingevolge art. 2.78 ARW 2012 [*bedoeld zal zijn: Aw 2012, Commissie*]. (...)’

6.3.7 In het betoog van klager ligt impliciet de stelling besloten dat beklaagde er verstandiger aan had gedaan in de aanbestedingsdocumenten te vermelden dat als een inschrijver een “gelijkwaardig merk” aanbiedt, zij dit merk moet noemen in haar inschrijving met een toelichting op de gelijkwaardigheid ervan. Hoewel de Commissie deze stelling in beginsel kan onderschrijven (zie ook E.H. Pijnacker Hordijk, G.W. van der Bend en J.F. van Nouhuys, *Aanbestedingsrecht. Handboek van het Europese en Nederlandse aanbestedingsrecht*, Den Haag: SDU 2009, p. 226- 227), had het in een geval als het onderhavige op de weg van klager gelegen om tijdens de aanbestedingsprocedure bij beklaagde te informeren naar de wijze waarop zij haar verplichting van art. 2.78 Aw 2012 diende na te komen, aangezien het door beklaagde verstrekte inschrijvingsbiljet geen ruimte bood om op te merken dat er met andere – gelijkwaardige – merken werd ingeschreven, laat staan om een motivering in dat kader te geven.

6.3.8 Het voorgaande betekent dat klachtonderdeel 4 ongegrond is.

6.3.9 De Commissie merkt ten overvloede nog op dat haar oordeel ten aanzien van de ongegrondheid van dit klachtonderdeel geen afbreuk doet aan haar oordeel dat beklaagde heeft gehandeld in strijd met art. 2.76, vijfde en zesde lid, Aw 2012. Aan dat oordeel wordt evenmin afbreuk gedaan nóch doordat klager haar verplichting van art. 2.78 Aw 2012 niet is nagekomen, nóch doordat klager heeft nagelaten te informeren naar de wijze waarop zij die verplichting diende na te komen.

6.4 Klachtonderdeel 3

6.4.1 De Commissie begrijpt dit klachtonderdeel aldus dat klager daarmee betoogt dat beklaagde haar inschrijving niet als ongeldig terzijde had mogen leggen vanwege het enkele feit dat klager in de bijlage “Overzicht toe te rekenen kortingen” niet heeft aangegeven welk kortingspercentage gehanteerd wordt bij de armaturen.

6.4.2 In de Toelichting op art. 01 01 11 (“Overeenkomsten met open posten: Inschrijving”) van het bestek is bepaald:

‘Het aantal variaties per armatuurtype is enorm en zal naar verwachting de ontwikkeling in led armaturen verder toenemen. Tevens is de ‘houdbaarheid’ van armatuurtypes beperkt, dat wil zeggen dat lichttechnisch identieke armaturen een andere typecodering krijgen, door bijvoorbeeld een lager opgenomen vermogen.

Om toch de gewenste prijsinformatie op voorhand te krijgen, dient de opdrachtnemer de kortingen ten opzichte van de bruto prijslijst die hij gaat doorberekenen aan de opdrachtgever, aan te geven in bijlage “Overzicht toe te rekenen kortingen”. In dit overzicht dient per leverancier en per productgroep aangegeven te worden welke kortingen gehanteerd zijn. Deze korting dient gelijk te zijn aan de korting waarmee de aanneemsom bepaald is. Daartoe dient het gestelde in de onderstaande leden 01 t/m 03.’

Vervolgens bepaalt art. 01 01 11 van het bestek:

‘01 In aanvulling op het gestelde in artikel 01.01.11, lid 3 van de Standaard 2010 geldt: De aannemer dient in de bijlage “Overzicht toe te rekenen kortingen” aan te geven welke kortingen ten opzichte van de bruto catalogusprijs de aannemer doorberekent aan de opdrachtgever. Deze kortingspercentages worden bepaald volgens de volgende formule:

$$K = (BP-IP)/BP*100\%$$

K = kortingspercentage.

BP = bruto catalogusprijs.

IP = inschrijfprijs van het te leveren armatuur.

Dit kortingspercentage dient gelijk te zijn aan het percentage dat gehanteerd is ter bepaling van de fictieve inschrijfsom.

- 02 De opgegeven kortingspercentage dient per leverancier en voor ieder armatuur binnen dezelfde productgroep gelijk te zijn.
- 03 Van armaturen die later worden toegepast, wordt de prijs bepaald aan de hand van de bruto catalogusprijs met het door de opdrachtnemer bepaalde kortingspercentage, opgegeven in de bijlage "Overzicht toe te rekenen kortingen". Deze inschrijfprijs wordt bepaald volgens de volgende formule:

$$IP = BP-(BP*K)$$

K = kortingspercentage.

BP = bruto catalogusprijs.

IP = inschrijfprijs van het te leveren armatuur.

In voorkomende gevallen zal, ten behoeve van nieuwe armatuurtypes, een nieuwe bestekspost worden aangemaakt.'

- 6.4.3 Beklaagde heeft in haar brief van 2 december 2013 aan klager bericht dat de kortingen op armaturen zoals aangegeven in de bijlage "Overzicht toe te rekenen kortingen" niet in alle gevallen overeenkomt met de korting waarmee de inschrijfprijs is bepaald. Beklaagde heeft klager in diezelfde brief verzocht om een onderbouwing van de armatuurprijzen in de posten 710110 – 710370. Klager heeft vervolgens in haar brief van 6 december 2013 de volgende onderbouwing aan beklagde verstrekt:

'De armatuurprijzen die vermeld staan in de inschrijfstaat zijn gebaseerd op gelijkwaardige armaturen. U kunt de vergelijking tussen de lijst met kortingen en de eenheidsprijs per bestekspost hier niet hanteren omdat het armaturen van leveranciers betreft die niet in de kortingenlijst zijn opgenomen.'

- 6.4.4 Beklaagde heeft in reactie op deze onderbouwing in haar brief van 13 december 2013 – naast haar opmerkingen met betrekking tot de in klachtonderdeel 3 besproken kwestie van de "gelijkwaardigheid" van de armaturen waarmee klager in haar inschrijving heeft gerekend – aan klager het volgende laten weten:

'U hebt in de lijst met toe te rekenen kortingen niet aangegeven welke kortingspercentages gehanteerd worden bij door u gehanteerde armaturen. In artikel 010111 wordt de achtergrond gegeven achter de vraag om de aan te geven kortingspercentages worden doorberekend [*volgt de Toelichting op art. 01 01 11 ("Overeenkomsten met open posten: Inschrijving") van het bestek, zoals geciteerd in 6.3.2, Commissie*]. U gaat in tegen de wens van [beklaagde] ten aanzien van een voorspelbare prijsstelling door andere armatuurtypes toe te passen en de bijbehorende kortingspercentages niet te noemen zodat niet voldaan kan worden aan de formules in artikel 010111 van het bestek. (...).'

- 6.4.5 Zoals uit de latere brief van beklagde van 19 december 2013 blijkt, heeft het

overleg dat op 16 december 2013 tussen partijen heeft plaatsgevonden niet tot een verandering van het standpunt van beklagde geleid. Klager heeft vervolgens op 20 december 2013 onder andere het volgende aan beklagde bericht:

'U stelt dat *[klager, Commissie]* ten onrechte niet heeft aangegeven welk kortingspercentage gehanteerd wordt bij de armaturen. *[Klager, Commissie]* heeft wel degelijk kortingspercentages ten aanzien van de door haar aangeboden armaturen opgegeven. Deze komen evenwel naar uw mening niet overeen met de korting aan de hand waarvan de aanneemsom is bepaald, omdat u uitgaat van de verkeerde leverancier van de armaturen. U gaat eraan voorbij dat *[Klager, Commissie]* heeft ingeschreven met gelijkwaardige armaturen. (...)'

6.4.6 Met deze reactie gaat klager er naar het oordeel van de Commissie aan voorbij dat zij op basis van de inhoud van art. 01 01 11 van het bestek – mede gelet op de door beklagde in het bestek gegeven Toelichting op die bepaling – had dienen te begrijpen dat zij in de bijlage "Overzicht toe te rekenen kortingen" per leverancier en per productgroep diende aan te geven welke kortingen zij hanteerde en dat deze korting gelijk diende te zijn aan de korting waarmee de aanneemsom bepaald is.

Aan klager kan weliswaar worden toegegeven – anders dan beklagde in haar reactie onder 5.3.5 lijkt te veronderstellen – dat de bijlage geen mogelijkheid bood om door middel van aanvulling van die bijlage kortingspercentages voor armaturen van andere dan de daarin vermelde merken op te voeren, maar dat laat onverlet dat het in een geval als het onderhavige op de weg van klager had gelegen om tijdens de aanbestedingsprocedure bij beklagde te informeren naar de wijze waarop zij om moest gaan met het aangeven van kortingspercentages voor alternatieve armaturen.

6.4.7 Het voorgaande betekent dat klachtonderdeel 3 ongegrond is.

7. Advies

De Commissie acht de klachtonderdelen 1 en 2 **gegrond** en de klachtonderdelen 3 en 4 **ongegrond**.

Den Haag, 10 februari 2014

w.g.:

Mr. J.G.J Janssen
Voorzitter

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