

Advies 97

1 Feiten

- 1.1 Beklaagde heeft een Europese openbare procedure uitgeschreven voor het ontwerpen en uitvoeren van het project "Vervangen kunstwerken X [*Commissie*]". De aanbesteding is gehouden op basis van het Aanbestedingsreglement Werken 2012 (ARW 2012).
- 1.2 Klager heeft op gestelde vragen antwoorden gekregen in de nota's van inlichtingen nr. 3 (d.d. 19 maart 2014) en nr. 4 (d.d. 4 april 2014). Meer specifiek betreft het de vragen en antwoorden opgenomen in nota nr. 3 sub 17 en 63. Deze vragen hebben betrekking op het onherroepelijk worden van het Tracébesluit (TB). Klager wil hierover meer zekerheid in de vorm van de bepaling door beklagde van een datum waarop het TB onherroepelijk wordt, waardoor klager in staat wordt gesteld een passende aanbieding te doen.
- 1.3 In de antwoorden van beklagde op beide vragen geeft hij als reactie dat:
 - het niet mogelijk is om een definitieve datum voor het onherroepelijk worden van het TB te geven, gezien de onvoorspelbaarheid van onder meer het al dan niet indienen van zienswijzen na de vaststelling van het TB;
 - om gegadigden meer houvast te bieden, voor het onherroepelijk zijn van het TB de datum 1 november 2015 als uitgangspunt dient te worden gehanteerd.
 - het TB de datum 1 november 2015 als uitgangspunt dient te worden gehanteerd.
- 1.4 Klager heeft bij het Klachtenmeldpunt Aanbesteden van beklagde op 25 maart 2014 twee klachten ingediend. Na beoordeling door een onafhankelijke klachtenbehandelaar heeft het Klachtenmeldpunt bij brief van 8 april 2014 geconcludeerd dat de beide klachten ontvankelijk zijn en de klager belanghebbende is. Het klachtenmeldpunt oordeelt dat de eerste klacht gegrond en de tweede klacht ongegrond is.

2 Beschrijving klacht

- 2.1 Klager heeft met betrekking tot de tweede (ongegrond verklaarde) klacht bij de Commissie op 9 april 2014 een klacht ingediend welke klacht – zoals de Commissie die leest – uiteenvalt in twee klachtonderdelen.
- 2.2 (Klachtonderdeel 1) Klager is van mening dat door (i) geen (plannings-) uitgangspunt te geven voor het vaststellen van het TB (anders dan een streefdatum) en door (ii) een streefdatum te noemen die wel moet leiden tot vaststelling van het TB eerst medio 2015, beklagde ten onrechte onvoldoende zekerheid geeft met betrekking tot het tijdstip waarop het TB onherroepelijk zal worden. Daardoor is klager niet in staat een passende aanbieding te doen.
- 2.3 (Klachtonderdeel 2) Beklaagde stelt zich op het standpunt dat op basis van proceseis X [*Commissie*] het risico van vertraging met betrekking tot het onherroepelijk worden van het TB altijd voor de aanbesteder is. Klager is het met die lezing van beklagde oneens: de in proceseis X [*Commissie*] opgenomen

aansprakelijkheidsregeling biedt de opdrachtnemer niet onder alle omstandigheden soelaas. Klager beklagt zich erover dat die regeling strijdig is met Voorschrift 3.9A van de Gids Proportionaliteit ("GP").

3 Onderbouwing klacht

- 3.1 Met betrekking tot klachtonderdeel 1 is door klager toegelicht dat een verduidelijking van de planning leert dat het moment van het vaststellen van het TB uiterlijk op 21 januari 2015 dient te geschieden. Als die datum niet wordt gehaald, heeft dit tot gevolg dat de in de planning opgenomen contractuele mijlpalen niet (kunnen) worden gehaald.
- 3.2 Ten aanzien van klachtonderdeel 2 geeft klager als onderbouwing dat door het aanmerken van het verkrijgen van vergunningen als resultaatsverplichting (sub Y [*Commissie*] in afwijking van de standaardregeling van de UAV-GC 2005 op dit punt) de schadelijke gevolgen als gevolg van het niet (tijdig) verkrijgen van een vergunning voor rekening en risico van de opdrachtnemer komen. Dit leidt slechts uitzondering in de gevallen waarin de opdrachtnemer kan aantonen dat de niet-tijdige beschikbaarheid niet aan hem te wijten is omdat geen van de omstandigheden genoemd sub X [*Commissie*] aan de orde is. In dat geval blijven de schadelijke gevolgen voor de opdrachtnemer beperkt tot de gevolgen die zich gedurende de eerste periode van vier weken van de vertraging voordoen. In nota nr. 4 heeft beklagde aangegeven geen redenen te zien om deze regeling te wijzigen.

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

Klager stelt voor dat beklagde alsnog als uitgangspunt voor de in te dienen aanbiedingen hanteert dat het definitieve TB (uiterlijk) eind 2014 zal zijn vastgesteld. Als dit uitgangspunt onjuist blijkt te zijn, komen de gevolgen van de latere vaststelling voor rekening en risico van beklagde.

5 Reactie beklagde

Beklagde is in de gelegenheid gesteld te reageren op de door klager bij de Commissie ingediende klacht. Beklagde heeft voor wat betreft haar standpunt met betrekking tot de ingediende klacht, verwezen naar de door het Klachtenmeldpunt Aanbesteding X [*Commissie*] bij brief van 8 april 2014 gegeven overwegingen en oordeel.

6 Beoordeling

6.1 Klachtonderdeel 1

- 6.1.1 Klager heeft tijdens de aanbesteding vragen gesteld (zie nota van inlichtingen nr.3, d.d. 19 maart 2014, nr.17 en nr.63) betreffende de beschikbaarheid van het TB en de exacte datum van het *onherroepelijk* worden van het TB. Op die vragen heeft beklagde geantwoord als hierboven sub 1.3 aangegeven.
- 6.1.2 In de bij het Klachtenmeldpunt ingediende klacht beklagt klager zich erover dat het risico van het te laat vaststellen van het TB voor rekening en risico van klager komt. In de bij de Commissie ingediende klacht (klachtonderdeel 1) beklagt klager zich erover dat geen planningsuitgangspunt wordt gegeven voor het vaststellen van het TB en dat door de gehanteerde streefdatum onvoldoende zekerheid bestaat met

betrekking tot het tijdstip waarop het TB onherroepelijk zal worden.

6.1.3 Klager is in zijn vragen/klachten niet consistent in het gebruik van de termen "vaststellen" en "onherroepelijk worden" van het TB. Wat hiervan zij, de Commissie is van oordeel dat, om een passende aanbieding te kunnen maken (en daarbij het risico van (niet-)tijdige verkrijging van het TB te kunnen inschatten), het nodig is dat inschrijvers bij het maken van hun aanbieding uit mogen gaan van een (fictieve) datum waarop het TB onherroepelijk is geworden. Dat heeft klager ook ten grondslag gelegd aan haar vraag ('Wij verzoeken u dan ook een datum op te geven wanneer (het) TB onherroepelijk is, die ON kan hanteren voor zijn aanbieding'). Nu beklagde in haar antwoord op vraagnummer 63 aangeeft dat geen exacte datum is aan te geven waarop het TB onherroepelijk is en daaraan heeft toegevoegd: 'Om gegadigden in deze meer houvast te geven, dient voor het onherroepelijk zijn van het TB 1 november 2015 als uitgangspunt te worden gehanteerd', heeft beklagde voldaan aan de door klager uitgesproken en hierboven geciteerde wens opgenomen in vraag 17.

6.1.4 De Commissie volgt klager niet in haar verwijt dat beklagde – in het kader van het door klager kunnen uitbrengen van een passende aanbieding – ten onrechte onvoldoende zekerheid heeft gegeven omtrent het tijdstip waarop het TB onherroepelijk zal worden en acht dit klachtonderdeel dus ongegrond.

6.2. Klachtonderdeel 2

6.2.1 In de proceseisen *X en Y [Commissie]* komt tot uitdrukking dat de opdrachtnemer een resultaatsverplichting heeft met betrekking tot de (tijdige) verkrijging van vergunningen die nodig zijn voor de opzet of het gebruik van het werk. Als een in de Basisovereenkomst genoemde termijn niet wordt gehaald doordat een vergunning niet tijdig is verkregen, komen de schadelijke gevolgen van deze vertraging volledig voor rekening van de opdrachtnemer, tenzij de opdrachtnemer aantoont dat het niet tijdig beschikbaar zijn van de vergunning niet aan hem te wijten is omdat geen van de in proceseis *X*, [*Commissie*] genoemde (4) omstandigheden aan de orde is. De (4) genoemde omstandigheden hebben, kort samengevat, betrekking op nalatigheid van de opdrachtnemer in het kader van het proces van verkrijging van vergunningen c.q. het onvoldoende rekening houden in de planning met een mogelijke vertraging in dat proces. Als de opdrachtnemer erin slaagt aan te tonen dat hem geen verwijt treft omdat geen van de (4) omstandigheden aan de orde is, komen (niettemin) (alleen) de schadelijke gevolgen van de eerste 4 weken van de vertraging voor rekening van de opdrachtnemer.

6.2.2 De Commissie stelt vast dat klager geen klacht heeft geformuleerd met betrekking tot de mogelijke strijdigheid van de in de hiervoor genoemde proceseisen opgenomen regeling met Voorschrift 3.9C van de GP. De Commissie gaat er van uit dat klager genoeg heeft genomen met de motivering die beklagde in de Nota van Inlichtingen van 4 april 2014 heeft gegeven om de afwijking van paragraaf 10 UAV-GC 2005 te onderbouwen.

6.2.3 Klager beklagt zich erover dat de afwijkende regeling in strijd is met Voorschrift 3.9A van de GP: 'De aanbestedende dienst alloceert het risico bij de partij die het risico het best kan beheersen of beïnvloeden'. In de toelichting wordt, met betrekking tot disproportionaliteit, aangegeven dat toedeling van niet of nauwelijks voorzienbare risico's eerder disproportioneel zal zijn dan toedeling van een redelijkerwijs voorzienbaar risico met geringe of voorzienbare effecten. Daarbij speelt een rol

het antwoord op de vraag of het risico voor één van beide partijen redelijkerwijs verzekeraar is.

6.2.5 Klager kan niet worden gevolgd in haar stellingname dat proceseis *X [Commissie]* geen soelaas biedt. Immers, als de opdrachtnemer aantoont dat het niet tijdig beschikbaar zijn van het TB niet aan hem te wijten is als gevolg van het feit dat geen van de (4) genoemde omstandigheden aan de orde is, is de aansprakelijkheid van de opdrachtnemer beperkt tot de schadelijke gevolgen gedurende de eerste vier weken van de vertraging. De Commissie is gelet op de hiervoor weergegeven toelichting op Voorschrift 3.9A van de GP van oordeel dat van een inschrijver mag worden verwacht dat hij dergelijke schadelijke gevolgen gedurende de gegeven (beperkte) termijn kan beprijzen en verdisconteren in zijn aanbieding. De Commissie acht ook dit klachtonderdeel dus ongegrond.

7. Advies

De Commissie acht klachtonderdeel 1 en klachtonderdeel 2 **ongegrond**.

8. Aanbeveling

De Commissie beveelt beklagde aan om de UAV-GC 2005 zoveel mogelijk ongewijzigd toe te passen.

Den Haag, 22 mei 2014

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

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