

Advies 121

1. Feiten

- 1.1 Beklaagde heeft een nationale openbare procedure uitgevoerd met betrekking tot een opdracht voor de renovatie van circa 180 minigemalen en 58 centrale verdeelkasten (CVK's). Hoofdstuk 2 van het ARW 2012 is op de aanbestedingsprocedure van toepassing.
- 1.2 Het "Aanbestedingsdocument Renovatie Minigemalen 2014" van 2 juni 2014 (hierna: het Aanbestedingsdocument), beschrijft in hoofdstuk 5, par. 5.3.1, een drietal subgunningscriteria. De onderhavige klachtprocedure heeft betrekking op twee van die subgunningscriteria, te weten K.1.2 (Onvoorziene gebeurtenissen), uitgewerkt op blz. 15-16 van het Aanbestedingsdocument, en K.1.3 (Onvoorziene werkzaamheden), uitgewerkt op blz. 16 van het Aanbestedingsdocument.
- 1.3 Ten aanzien van subgunningscriterium K.1.2 (Onvoorziene gebeurtenissen), bepaalt het Aanbestedingsdocument onder andere:

Ad K.1.2 Onvoorziene gebeurtenissen.

[Beklaagde] wil van de inschrijver een top-5 van de belangrijkste gebeurtenissen zien die plaats kunnen vinden, die van invloed kunnen zijn op de beheersaspecten tijd, geld en kwaliteit. Uiteraard zijn dit gebeurtenissen buiten de invloedssfeer van de opdrachtnemer. Vervolgens dient aangegeven te worden welke beheersmaatregelen de opdrachtnemer neemt om de onderkende gebeurtenissen plaats te laten vinden of te voorkomen of te beperken om zo de kans op uitlopen van de totale kosten, planning en kwaliteit van het werk zoveel mogelijk te voorkomen of te beperken.

De gebeurtenissen en beheersmaatregelen dienen SMART te zijn. Bij een eventuele opdracht dient de opdrachtnemer de genoemde beheersmaatregelen ook uit te voeren als de gebeurtenissen zich voordoen.

Beoordeling K.1.2 Onvoorziene gebeurtenissen.

Voor elke genoemde gebeurtenis, buiten de invloedssfeer van de opdrachtnemer, kunnen al dan niet punten worden gescoord. Indien de gebeurtenis, naar het oordeel van de opdrachtgever, binnen de invloedssfeer van de opdrachtnemer ligt wordt de aangedragen gebeurtenis beoordeeld met een 0 (nul). Hoeveel punten er vervolgens worden gescoord is afhankelijk van het feit in hoeverre, de gebeurtenissen in meer of mindere mate afhankelijk zijn van de invloed die de opdrachtnemer erop kan uitoefenen. Hoe minder invloed hoe beter de beoordeling zal zijn.

Voor de bijbehorende beheersmaatregelen geldt hetzelfde. Bij het niet aandragen van een beheersmaatregel wordt dit beoordeeld met een 0 (nul) Hoeveel punten er vervolgens worden gescoord is afhankelijk van het feit in hoeverre de opdrachtgever vindt dat de beheersmaatregel past bij de gebeurtenis. Hoe beter dit past hoe eerder de kans om het maximale aantal punten te kunnen scoren.

(...)

Er kunnen maximaal 100 punten worden gescoord. (5 gebeurtenissen en 5 beheersmaatregelen) Indien er minder dan 34 punten voor dit onderdeel worden gescoord zal de desbetreffende inschrijving van verdere beoordeling worden uitgesloten.

De inschrijver met het maximaal aantal punten van 100 ontvangt de maximale fictieve korting op de aanneemsom voor dit subgunningscriterium.

(...).'

- 1.4 Ten aanzien van subgunningscriterium K.1.3 (Onvoorziene werkzaamheden), bepaalt het Aanbestedingsdocument onder andere:

'Ad K.1.3 Onvoorziene werkzaamheden.

Bij elk werk ontstaan tijdens de uitvoering van de werkzaamheden op enigerlei wijze onvoorziene inherente werkzaamheden. Het gaat hier dan niet om aanvullende opdrachten, zoals bijvoorbeeld extra gemalen of het vervangen van putten of het vervangen van funderingen van de besturingskasten. Maar het gaat wel om werkzaamheden die dus inherent zijn aan de opdracht en derhalve noodzakelijk zijn voor een goede werking van de installatie(s).

Ziet de inschrijver voor deze opdracht onvoorziene werkzaamheden die van invloed kunnen zijn op de planning en/of aangeboden aanneemsom en/of de juiste kwaliteit?

De omschrijvingen van de onvoorziene werkzaamheden dienen SMART te zijn en voorzien van de extra benodigde tijd voor dat meerwerk en de meerwerkkosten.

Beoordeling K.1.3 Onvoorziene werkzaamheden.

- Ziet de inschrijver geen enkele vorm van onvoorziene werkzaamheden, of neemt de inschrijver deze werkzaamheden voor haar rekening, dan zal de inschrijver voor dit criterium de fictieve korting op de aanneemsom scoren. De inschrijver kan dan bij opdracht op geen enkele wijze meerwerk in rekening brengen, anders dan extra opgedragen werkzaamheden. De fictieve korting op de aanneemsom is vastgesteld op € 30.000,-
- Ziet de inschrijver wel onvoorziene werkzaamheden, welke werkzaamheden zijn dat en wat zijn de planmatige, financiële en kwalitatieve gevolgen? De opgegeven financiële gevolgen zullen als fictieve kosten bij de aanneemsom worden opgeteld.
- De inschrijver kan bij opdracht en het optreden van de onvoorziene werkzaamheden de hier opgegeven meerwerkkosten in rekening brengen, maar kan op geen enkele wijze ander meerwerk in rekening brengen, anders dan extra opgedragen werkzaamheden.'

- 1.5 Tijdens de aanbestedingsprocedure zijn vragen gesteld over de subgunningscriteria K.1.2 en K.1.3. Beklaagde heeft deze vragen beantwoord in de Nota van Inlichtingen van 19 juni 2014 en daarbij aangegeven niet te zullen overgaan tot aanpassing van de subgunningscriteria.

- 1.6 In punt 5 van Bijlage 5 (Programma van Eisen) van het Aanbestedingsdocument is bepaald dat de UAV 2012 op de beoogde overeenkomst van toepassing zijn.

2. Beschrijving klacht

2.1 Klachtonderdeel 1

Subgunningscriterium K.1.2 is in strijd met Voorschrift 3.9A Gids Proportionaliteit. Het subgunningscriterium kwalificeert als selectie-eis vanwege het ontbreken van het verband met de aanbieding en vanwege het "knock-out" karakter. Het subgunningscriterium werkt onnodig kostenverhogend.

2.2 Klachtonderdeel 2

Subgunningscriterium K.1.3 is in strijd met Voorschrift 3.9A Gids Proportionaliteit.

3. Onderbouwing klacht

3.1 Klachtonderdeel 1

3.1.1 Subgunningscriterium K.1.2 (Onvoorziene gebeurtenissen) behelst een opgave van een top-5 van onvoorziene gebeurtenissen, die buiten de invloedssfeer van de opdrachtnemer vallen. Daarbij dienen ook beheersmaatregelen te worden aangegeven.

3.1.2 Het klachtonderdeel richt zich ertegen dat:

- a. onvoorziene gebeurtenissen niet vooraf opgegeven kunnen worden vanwege het "onvoorziene karakter";
- b. elke mogelijke gebeurtenis die bedacht zou kunnen worden, fictief is en daardoor onvoldoende verband heeft met de opdracht om als gunningscriterium te dienen;
- c. met de eis om beheersmaatregelen te treffen – voor eigen rekening – voor gebeurtenissen buiten de invloedssfeer van de opdrachtnemer, wordt afgeweken van de risicoverdeling zoals in de toepasselijke UAV 2012 geldt, alsmede van het Voorschrift 3.9A van de Gids Proportionaliteit;
- d. het meenemen van de kosten van beheersmaatregelen van fictief voor te stellen onvoorziene gebeurtenissen werkt onnodig kostenverhogend, inschrijvers zullen dit incalculeren;
- e. doordat er minimaal 34 van 100 punten behaald moet worden op dit gunningsonderdeel, op straffe van uitsluiting, is dit een knock-out eis geworden, hetgeen niet redelijk is.

3.2 Klachtonderdeel 2

3.2.1 Subgunningscriterium K.1.3 (Onvoorziene werkzaamheden) behelst een opgave van onvoorziene werkzaamheden die noodzakelijk zijn voor een goede werking van de installaties. In de beoordeling kan een fictieve korting op de inschrijfsom verkregen worden als de inschrijver geen onvoorziene werkzaamheden ziet.

3.2.2 Het klachtonderdeel richt zich ertegen dat:

- a. zoals deze werkzaamheden worden omschreven duidt het erop dat het programma van eisen en de andere aanbestedingstukken heel grondig gecontroleerd moeten worden, qua opstelling en ontwerp; dat gaat veel verder dan verwacht mag worden onder het voldoen aan de pre-contractuele waarschuwingsplicht;
- b. de fictieve korting daarbij het karakter van afkoop heeft voor fouten in de stukken waarvoor de aanbesteder verantwoordelijk is, maar waarbij deze verantwoordelijkheid dus overgaat op de inschrijver, dit is in strijd met de risico-

verdeling in de UAV, respectievelijk Voorschrift 3.9A van de Gids Proportionaliteit.

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

Het laten vervallen van de subgunningscriteria K.1.2 en K.1.3.

5. Reactie beklagde

- 5.1 Beklaagde stelt allereerst dat zij middels de onderhavige aanbesteding een opdrachtnemer wil contracteren die zijn ervaring met de onderhavige werkzaamheden van de aanbesteding meeneemt in de opdracht van deze aanbesteding. Beklaagde is van mening dat er meerdere ondernemers op de markt zijn die deze werkzaamheden goed kunnen uitvoeren. Beklaagde is voor deze opdracht echter op zoek naar een opdrachtnemer die beschikt over de beste kwaliteiten en de juiste ervaring.
- 5.2 Beklaagde stelt daarnaast dat de prijs uiteraard van belang is en een middel is voor ondernemers om zich te onderscheiden van hun concurrenten. Echter alleen een lage prijs is niet het ultieme doel van beklagde. Juist in het opnemen van de drie subgunningscriteria ziet beklagde een mogelijkheid voor de ondernemers om zich middels hun opgedane ervaring te kunnen onderscheiden van hun concurrenten. Beklaagde heeft de subgunningscriteria niet opgesteld om geïnteresseerde partijen op voorhand uit te sluiten.
- 5.3 Specifiek met betrekking tot de eerste deelklacht omtrent het subgunningscriterium K.1.2 is beklagde van mening dat juist een ervaren inschrijver weet welke onvoorziene gebeurtenissen er plaats kunnen vinden die buiten zijn invloedssfeer liggen, die mogelijk niet bekend zijn bij de opdrachtgever, maar wel van invloed zijn op de beheersaspecten. Dat bepaalde onvoorziene gebeurtenissen plaatsvinden, die buiten de invloedssfeer van de opdrachtnemer liggen, is geen issue. Het onderkennen van die onvoorziene gebeurtenissen en weten welke beheersmaatregelen genomen moeten worden, dat is het gevraagde waarin een inschrijver met de juiste ervaring zich kan onderscheiden.
- 5.4 Specifiek met betrekking tot de tweede deelklacht omtrent het subgunningscriterium K.1.3 is beklagde van mening dat juist een ervaren inschrijver weet welk meerwerk er plaats kan vinden. Het gaat bij de onderhavige opdracht om vervanging van bestaande installaties en meerwerk zal niet ontstaan door ontwerpfouten, maar om werkzaamheden die inherent zijn aan de opdracht en die de inschrijver met de juiste ervaring op voorhand al weet. Bij dit subgunningscriterium heeft de inschrijver met de juiste ervaring dus de kans om dit op voorhand kenbaar te maken.
- 5.5 De sluitingsdatum voor het indienen van de inschrijvingen is reeds gepasseerd. Er hebben 10 inschrijvers ingeschreven voor deze aanbesteding. In dit aantal ziet beklagde zich gesterkt in haar beargumentering dat er voldoende partijen zijn die interesse tonen voor de opdracht en geen reden zien om niet in te schrijven, maar juist kansen zien zich te onderscheiden van hun concurrenten.

6. Beoordeling

6.1 De Commissie stelt voorop dat beklagde een nationale openbare aanbestedingsprocedure met betrekking tot een opdracht voor de uitvoering van werken heeft toegepast. Op deze aanbestedingsprocedure zijn de volgende bepalingen van toepassing: Afdeling 1.2.3 Aw 2012; Hoofdstuk 2 ARW 2012; en de Gids Proportionaliteit (op grond van art. 1.13, vierde lid, Aw 2012).

6.2 Klachtonderdeel 1

6.2.1 In Voorschrift 3.9A van de Gids Proportionaliteit is bepaald dat de aanbestedende dienst het risico alloceert bij de partij die het risico het best kan beheersen of beïnvloeden. Klager stelt in het eerste klachtonderdeel dat subgunningscriterium K.1.2 in strijd is met dit Voorschrift, dat het bovendien kwalificeert als selectie-eis en dat het onnodig kostenverhogend werkt. Ten behoeve van de beoordeling van dit klachtonderdeel zal de Commissie hierna ingaan op de verschillende met elkaar verband houdende standpunten, waarmee klager het klachtonderdeel heeft onderbouwd. Deze standpunten zijn hiervoor weergegeven in 3.1.2.

6.2.2 Klager stelt zich (zie 3.1.2.a) allereerst op het standpunt dat 'onvoorziene gebeurtenissen niet vooraf opgegeven kunnen worden vanwege het "onvoorziene karakter".' De uitleg die klager daarmee aan het begrip "onvoorziene gebeurtenissen" in subgunningscriterium K.1.2 lijkt te geven, is: gebeurtenissen die eerst dan kunnen worden benoemd wanneer zij zich daadwerkelijk hebben voorgedaan. In het veronderstelde geval dat het begrip "onvoorziene gebeurtenissen" inderdaad op deze wijze dient te worden begrepen, kan de Commissie niet inzien waarom dat vervolgens tot gegrondverklaring van de deelklacht zou moeten leiden gelet op de onderbouwing daarvan. De Commissie merkt ten overvloede nog het volgende op. Het is de vraag of de uitleg die klager aan het begrip "onvoorziene gebeurtenissen" heeft gegeven strookt met de bedoeling waar beklagde van is uitgegaan toen zij het begrip formuleerde. De Commissie heeft het vermoeden dat beklagde met het begrip heeft bedoeld aan te sluiten bij de normale (juridische) betekenis die gewoonlijk aan het begrip "onvoorziene omstandigheden" wordt gegeven: omstandigheden waarvan een regeling (van de rechtsgevolgen) niet in de overeenkomst is voorzien. Een mogelijk interpretatieverschil zou eventueel aanleiding kunnen geven tot het stellen van de vraag of beklagde haar verplichting is nagekomen het subgunningscriterium zodanig te formuleren dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige gegadigden of inschrijvers in staat zijn deze op dezelfde wijze te interpreteren, maar dat is niet waar het klachtonderdeel op ziet.

6.2.3 Klager stelt zich in de tweede plaats op het standpunt (zie 3.1.2.b) dat elke mogelijke "onvoorziene gebeurtenis" die bedacht zou kunnen worden, fictief is en daardoor onvoldoende verband heeft met de opdracht om als gunningscriterium te dienen. Klager lijkt daarmee de mogelijke schending door beklagde van art. 1.13 lid 1 *jo.* lid 2 sub f Aw 2012 op het oog te hebben: een aanbestedende dienst stelt uitsluitend gunningscriteria die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht. De Commissie kan het standpunt van klager niet onderschrijven, nu uit de formulering van subgunningscriterium K.1.2 immers duidelijk blijkt dat beklagde specifiek het oog heeft op gebeurtenissen '*die van invloed kunnen zijn op de beheersaspecten tijd, geld en kwaliteit*'.

6.2.4 Klager stelt zich in de derde plaats op het standpunt (zie 3.1.2.c) dat met de eis om – voor eigen rekening – beheersmaatregelen te treffen voor gebeurtenissen buiten de invloedssfeer van de opdrachtnemer, wordt afgeweken van de risicoverdeling zoals in de toepasselijke UAV 2012 geldt, alsmede van het Voorschrift 3.9A van de Gids Proportionaliteit. De uitleg die klager daarmee aan subgunningscrite-

rium K.1.2 lijkt te geven, is dat wanneer zich een gebeurtenis voordoet of dreigt voor te doen "buiten de invloedssfeer van de opdrachtnemer" (zie daarvoor de formulering van het subgunningscriterium in 1.3 hiervoor), de opdrachtnemer de kosten met betrekking tot het uitvoeren van de beheersmaatregelen, die hij in zijn inschrijving blijkens het subgunningscriterium heeft aangegeven, niet bij beklagde in rekening zou kunnen brengen. De Commissie is echter van oordeel dat de formulering van subgunningscriterium K.1.2 niet uitsluit dat een inschrijver de mogelijkheid heeft om in diens inschrijving de hiervoor bedoelde kosten te verdisconteren. Ook klager zelf lijkt van die mogelijkheid uit te gaan, gelet op haar hierna onder 6.2.5 weergegeven standpunt. Wanneer een inschrijver die kosten inderdaad in zijn inschrijving verdisconteert, komen deze wel degelijk voor rekening van beklagde. In zoverre is dan ook geen sprake van strijd met Voorschrift 3.9A van de Gids Proportionaliteit en wordt evenmin afgeweken van de uitgangspunten waarop de regeling van de risicoverdeling in de UAV 2012 is gebaseerd.

- 6.2.5 Klager stelt zich in de vierde plaats op het standpunt (zie 3.1.2.d) dat het meenemen van de kosten van beheersmaatregelen van fictief voor te stellen onvoorziene gebeurtenissen onnodig kostenverhogend werkt, aangezien inschrijvers die kosten zullen incalculeren. Klager lijkt er met dit standpunt van uit te gaan dat wanneer een inschrijver de kosten met betrekking tot het uitvoeren van de in zijn inschrijving aangegeven beheersmaatregelen (eveneens) in die inschrijving verdisconteert, de betaling van die kosten door beklagde per definitie zal plaatsvinden, *ongeacht* of de "onvoorziene" gebeurtenis – en bijgevolg het uitvoeren van de beoogde beheersmaatregelen – zich daadwerkelijk zal voordoen. Het is de vraag of de uitleg die klager daarmee aan de strekking van subgunningscriterium K.1.2 heeft gegeven strookt met de bedoeling van beklagde toen zij het subgunningscriterium formuleerde. De Commissie heeft het vermoeden dat beklagde heeft beoogd te regelen dat zij alleen tot betaling van de kosten met betrekking tot het uitvoeren van de beheersmaatregelen verplicht zal zijn wanneer de "onvoorziene" gebeurtenis – en bijgevolg het uitvoeren van de beoogde beheersmaatregelen – zich *daadwerkelijk* heeft voorgedaan. In dat laatste geval kan niet worden geoordeeld dat het subgunningscriterium een onnodig kostenverhogende strekking heeft. Het gaat immers om een inschatting van de kans of in casu de onvoorziene gebeurtenis zich zal voordoen. Die kans zal geen 100% zijn. De Commissie merkt ten overvloede nog het volgende op. Het hiervoor bedoelde mogelijke interpretatieverschil met betrekking tot de strekking van het subgunningscriterium K.1.2 zou eventueel aanleiding kunnen geven tot het stellen van de vraag of beklagde haar verplichting is nagekomen het subgunningscriterium zodanig te formuleren dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige gegadigden of inschrijvers in staat zijn deze op dezelfde wijze te interpreteren, maar dat is niet waar het klachtonderdeel op ziet.
- 6.2.6 Klager stelt zich tot slot nog op het standpunt (zie 3.1.2.e) dat – nu er minimaal 34 van 100 punten behaald moeten worden op subgunningscriterium K.1.2, op straffe van uitsluiting – dit subgunningscriterium een knock-out eis is geworden hetgeen niet redelijk zou zijn. Voor zover klager met haar standpunt betoogt dat het een aanbestedende dienst niet zou zijn toegestaan om ten aanzien van de toepassing van een subgunningscriterium te bepalen dat een inschrijving, die onvoldoende op dat subgunningscriterium scoort, van verdere beoordeling wordt uitgesloten, vindt dat standpunt naar het oordeel van de Commissie geen steun in het recht.
- 6.2.7 Gelet op het voorgaande is klachtonderdeel 1 dan ook ongegrond.

6.3 Klachtonderdeel 2

- 6.3.1 Klager stelt in het tweede klachtonderdeel dat ook subgunningscriterium K.1.3 in strijd is met Voorschrift 3.9A van de Gids Proportionaliteit. Dat Voorschrift bepaalt zoals gezegd dat de aanbestedende dienst het risico alloceert bij de partij die het risico het best kan beheersen of beïnvloeden.
- 6.3.2 De Commissie merkt allereerst op dat subgunningscriterium K.1.3 de strekking heeft van een risicoregeling voor zogenoemde "onvoorziene werkzaamheden". Gegeven de formulering van het subgunningscriterium en gelet op de wijze waarop partijen zich daarover hebben uitgelaten, lijkt tussen hen niet ter discussie te staan welke uitleg aan het begrip "onvoorziene werkzaamheden" dient te worden gegeven: werkzaamheden die noodzakelijk zijn voor een goede werking van de installatie(s) maar die noch impliciet noch expliciet zijn beschreven in de aanbestedingsstukken (de overeenkomst "voorziet" er als het ware niet in) en waarvan op voorhand vaststaat dat zij uitgevoerd zullen moeten worden. Met dat laatste onderscheiden deze werkzaamheden zich van de beheersmaatregelen die eventueel zullen moeten worden uitgevoerd als gevolg van het zich voordoen van een "onvoorziene gebeurtenis" zoals bedoeld in subgunningscriterium K.1.2: of die beheersmaatregelen zullen moeten worden uitgevoerd staat op voorhand immers niet vast aangezien onzeker is of de "onvoorziene gebeurtenis" zich zal voordoen (zie hiervoor 6.2.5).
- 6.3.3 In de systematiek van de door beklagde op de beoogde overeenkomst van toepassing verklaarde UAV 2012 ligt besloten – zie daarvoor in het bijzonder § 6 lid 1 UAV 2012 – dat de aannemer in beginsel verplicht is de niet beschreven werkzaamheden zoals bedoeld in 6.3.2 voor eigen rekening uit te voeren, tenzij partijen een van dit beginsel afwijkende regeling zijn overeengekomen. Een dergelijke afwijkende regeling is terug te vinden in de samenhang tussen § 5 lid 2 t/m 4 en § 6 lid 27 *jo.* § 6 lid 14 UAV 2012: wordt de uitvoering van niet beschreven werkzaamheden, zoals hierboven in 6.3.2 bedoeld, namelijk noodzakelijk als gevolg van een van de in die bepalingen genoemde omstandigheden (waarbij in het bijzonder moet worden gedacht aan gebreken in de aanbestedingsstukken), dan komen de werkzaamheden voor rekening van de opdrachtgever. Dat laatste is vervolgens weer anders wanneer die omstandigheden zodanig klaarblijkelijk zijn dat de aannemer in strijd met de eisen van redelijkheid en billijkheid zou handelen door de overeenkomst uit te voeren zonder de omstandigheden onder de aandacht van de directie van de opdrachtgever te brengen. Deze laatste in § 6 lid 14 UAV 2012 tot uitdrukking gebrachte regel behelst de zogenoemde waarschuwingsplicht van de aannemer. Blijkens art. 7:754 BW, de Toelichting op § 6 lid 14 UAV 2012 en de ter zake relevante jurisprudentie en literatuur rust deze verplichting ook op de aannemer in de precontractuele fase, zelfs wanneer die precontractuele fase in de context van een aanbestedingsprocedure wordt afgewikkeld. De beantwoording van de vraag of op de aannemer in een concreet geval een precontractuele waarschuwingsplicht rust, is vervolgens afhankelijk van verschillende factoren, waaronder de zichtbaarheid (veelal in de aanbestedingsstukken) van de hiervoor bedoelde omstandigheden en de tijd die de aannemer ter beschikking staat om de aanbestedingsstukken te bestuderen alvorens een inschrijving te doen.
- 6.3.4 Ter onderbouwing van haar deelklacht heeft klager zich op het standpunt gesteld dat de omschrijving van het begrip "onvoorziene werkzaamheden" er op duidt dat de aanbestedingsstukken van beklagde heel grondig moeten worden gecontroleerd en dat beklagde daarmee een verplichting op de inschrijvers legt die veel verder gaat dan verwacht mag worden onder het voldoen aan de precontractuele waarschuwingsplicht zoals uiteengezet in 6.3.3 hiervoor. In het verlengde daarvan heeft klager betoogd dat de strekking van de in subgunningscriterium K.1.3 opge-

nomen risicoregeling in strijd is met Voorschrift 3.9A van de Gids Proportionaliteit: die regeling zou volgens klager het karakter hebben van een afkoop voor omstandigheden waarvoor beklaagde op grond van de UAV 2012 verantwoordelijk is.

6.3.5 De Commissie stelt vast dat in de risicoregeling, zoals die is omschreven in subgunningscriterium K.1.3, onder omstandigheden een verdergaande precontractuele waarschuwingsplicht besloten kan liggen dan in die welke tussen partijen zou gelden in de systematiek zoals beschreven in 6.3.3 hiervoor. Die constatering leidt er naar het oordeel van de Commissie op zichzelf echter nog niet toe dat die risicoregeling daarmee in alle gevallen in strijd is met Voorschrift 3.9A van de Gids Proportionaliteit. Daarvan zal onder omstandigheden echter wel sprake kunnen zijn wanneer de winnende inschrijver, ook na een – gegeven de daarvoor beschikbare tijd – als grondig en deskundig te noemen precontractueel onderzoek van de aanbestedingsstukken, daarin een omstandigheid over het hoofd ziet die zich slechts in uitzonderlijke omstandigheden voordoet en die de uitvoering van niet in de aanbestedingsstukken beschreven werkzaamheden noodzakelijk maakt die van een zodanige aard en omvang zijn dat deze – wanneer zij voor zijn rekening zouden komen – zijn continuïteit kunnen of zullen ondermijnen (zie de Toelichting op Voorschrift 3.9A Gids Proportionaliteit, blz. 52). Dat dit laatste in het onderhavige geval een reëel risico is, is door klager echter niet gesteld terwijl de Commissie daarvan ook overigens niet is gebleken.

6.3.6 Gelet op het voorgaande is klachtonderdeel 2 dan ook ongegrond.

6.3.7 De Commissie veroorlooft zich ten overvloede nog het volgende op te merken. Het komt haar voor dat Voorschrift 3.9A van de Gids Proportionaliteit een regel bevat waarvan de schending zich in een geval als het onderhavige lastig laat aantonen. Het zal tijdens een aanbestedingsprocedure immers niet eenvoudig zijn om op voorhand vast te stellen dat werkzaamheden, die niet in de aanbestedingsdocumenten staan beschreven en die alleen in uitzonderlijke gevallen moeten worden uitgevoerd, ook in het voorliggende geval zullen moeten worden uitgevoerd. Het voorgaande geldt ook voor het kunnen beantwoorden van de vraag of die werkzaamheden – wanneer zij voor rekening van de winnende inschrijver zouden komen – diens continuïteit kunnen of zullen ondermijnen. Dat de schending van Voorschrift 3.9A zich in een geval als het onderhavige lastig laat aantonen, verdraagt zich in dit specifieke geval bovendien slecht met het feit dat beklaagde met subgunningscriterium K.1.3 – in afwijking van Voorschrift 3.9C van de Gids Proportionaliteit – in feite een niet nader gemotiveerde afwijking bewerkstelligt van de paritair opgestelde UAV 2012, in die zin dat niet in de overeenkomst beschreven werkzaamheden voor rekening van de winnende inschrijver worden gebracht voor zover hij de noodzaak tot uitvoering van die werkzaamheden tijdens de aanbestedingsprocedure niet heeft weten te ontdekken.

7. Advies

De Commissie acht beide klachtonderdelen **ongegrond**.

8. Aanbeveling

Het komt de Commissie voor dat de subgunningscriteria K.1.2 en K.1.3 op onderdelen zodanig zijn geformuleerd dat dit vragen zou kunnen oproepen met betrekking tot de wijze waarop deze criteria moeten worden uitgelegd. Deze vragen zullen dan zowel nog kunnen rijzen tijdens de verdere afwikkeling van de aanbestedingsprocedure (in het kader van de verplichting van beklaagde om de subgunningscriteria zodanig te formuleren dat alle redelijk geïnformeerde en normaal

zorgvuldige gegadigden of inschrijvers in staat zijn deze op dezelfde wijze te interpreteren) als tijdens de uitvoering van de met de aanbesteding beoogde overeenkomst (in het kader van mogelijke aanspraken van de winnende inschrijver op vergoeding van ontstane meerkosten). De Commissie noemt als voorbeeld het begrip "onvoorzien" dat in de formulering van beide subgunningscriteria wordt gebruikt en waaraan een verschillende betekenis lijkt te kunnen worden gegeven (zie daarvoor hetgeen de Commissie hierboven heeft overwogen in 6.2.2 en 6.2.5). Hoewel met betrekking tot het voorgaande geen klacht is ingediend en de Commissie in dit stadium van de aanbestedingsprocedure ten aanzien van het voorgaande ook overigens geen aanbeveling meer kan doen, wil zij beklagde desalniettemin op het voorgaande attent maken opdat beklagde zich bewust is van de risico's die zij loopt.

Den Haag, 20 augustus 2014

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

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