

**Advies 58**

**1. Feiten**

1.1. Beklaagde is in de zomer van 2013 een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure gestart voor een opdracht met betrekking tot het woonrijp maken van een woonwijk. Het ARW 2012 en de RAW Standaard 2010 zijn op de procedure van toepassing verklaard.

1.2. Het Bestek [X] (gedateerd op 9 juli 2013, hierna te noemen: "het bestek") bepaalt in paragraaf 0.07 dat gunning geschiedt op basis van de economisch meest voordelige inschrijving (EMVI). In paragraaf 1.08 van het bestek is het volgende bepaald:

'1.08 VARIANTEN VAN DE INSCHRIJVER  
Varianten van de inschrijver worden NIET toegestaan.'

1.3. Het bestek vermeldt een aantal bijlagen, waaronder Bijlage 01 "Beoordeling bestek [X]". In die bijlage wordt een protocol beschreven voor de beoordeling van de inschrijvingen. In die bijlage is onder meer bepaald:

**'3. Beoordeling**

(...)

Voor elk gunningscriterium worden punten toegekend. Het aantal punten weegt voor elk aangegeven percentage mee in de totaalscore. Iedere beoordelaar beoordeelt eerst individueel de kwaliteit waarna er middels consensus in een beoordelingssessie een cijfer wordt bepaald.

<b>Criterium</b>	<b>Subcriterium</b>	<b>Wegingspercentage</b>
<b>Prijs</b>	Totaalprijs	60%
<b>Kwaliteit</b>	Verantwoord ondernemen	20%
	Communicatie	20%
<b>TOTAAL</b>		<b>100%</b>

Doelstelling: de gemeente [Z] wil het werk uitgevoerd hebben voor een goede marktconforme prijs.

Voor dit onderdeel wordt een rapportcijfer gegeven tussen 0 – 10.

*NOTA: De totaalprijs wordt beoordeeld op basis van de som van beide ingevulde inschrijfbiljetten. Van alle inschrijvers gezamenlijk wordt een gemiddelde inschrijfsom berekend. Dit gemiddelde wordt gesteld op een score van 6.0. Afwijkingen van 1% ten opzichte van dit gemiddelde leiden tot een bijtelling of aftrek van 0.1 punt. De enveloppen met de inschrijfstaten worden ná de beoordeling van de kwaliteit geopend.*

*NOTA: De variant moet gezien worden als een mogelijk meerwerk, waarvoor de opdrachtgever kan kiezen als de economisch meest voordelige inschrijving budgettair interessant blijkt. De opdrachtgever verwacht van de inschrijver dat*

*ook de variant voor een marktconforme prijs wordt aangeboden. Als de opdrachtgever gebruik wil maken van de aangeboden variant, zal de inschrijving worden beoordeeld op marktconforme eenheidsprijzen.*

#### **4. Plan van Aanpak.**

De gemeente [Z] wil door middel van een Plan van Aanpak (PvA) een beeld krijgen van de inschrijver. De inschrijver dient in zijn Plan van Aanpak te beschrijven hoe hij in geval van opdrachtverlening, uitvoering zal geven aan het bestek. (...)

In het PvA dient (...) op de volgende aandachtspunten ingegaan te worden:

- A) Verantwoord ondernemen;
- B) Communicatie.

##### Ad A) Verantwoord ondernemen

Doelstelling: de gemeente [Z] wil duurzaamheid in de gemeente verbeteren, dit in het kader van maatschappelijk verantwoord ondernemen (MVO). De leverantie van met name natuursteenbanden wordt met name voor het waterplein beoordeeld.

Voor dit onderdeel wordt een rapportcijfer gegeven tussen 0 – 10.

De gemeente [Z] overtuigen van de kwaliteit en herkomst van de te leveren producten. Beschrijf de wijze van leverantie in de praktijk met betrekking tot deze opdracht om de voorgeschreven kwaliteit te behalen. De voorkeur van de gemeente [Z] richt zich in voorkeursvolgorde op de regionale, nationale, Europese en daarna op de mondiale marktpartijen. (...).

##### Ad B) Communicatie

Doelstelling: om een goede kwaliteit te waarborgen dienen diverse werkzaamheden op elkaar worden afgestemd, zodat voorkomen wordt dat werkzaamheden van elkaar teniet gedaan of gehinderd worden. Beschrijf de wijze van uitvoering in de praktijk met betrekking tot deze opdracht om de voorgeschreven kwaliteit te behalen met inzet van personeel, onderaannemers, vaste ploegen, eigen personeel.

Voor de opdrachtgever is het van belang dat de geëiste planning conform bestek gegarandeerd moet worden naar belanghebbenden.

Voor dit onderdeel wordt een rapportcijfer gegeven tussen 0 – 10.

U dient een communicatieplan/afstemmingsplan op te stellen wat inzicht verschaft in de wijze waarop werkzaamheden op elkaar worden afgestemd worden en hoe dit tijdens de uitvoering wordt gecommuniceerd met de gemeente en overige belanghebbenden (subsidieverleners, woonstichtingen, MKB).

Tevens dient u inzicht te geven in de wijze van omgang met knelpunten waar men tijdens het werk tegenaan loopt of van klachten van bewoners die u tijdens de uitvoering te horen krijgt en de wijze waarop u oplossingen biedt/aandraagt om deze knelpunten/klachten te verhelpen.

*NOTA: Bij het niet waarborgen van de aangeboden kwaliteit zal een boete van € 1.000,- per geval opgesteld en verrekend worden ten gunste van de opdrachtgever.'*

1.4. Beklaagde heeft een Nota van Inlichtingen ("versie 130814") aan de inschrijvers verstrekt waarin, voor zover relevant, de volgende vragen en bijbehorende antwoorden zijn vermeld.

1.4.1. Vraag: 1.08 Varianten van de inschrijver:

Is het uitsluiten van varianten door de inschrijver en het vragen om een plan van aanpak in het kader van EMVI niet met elkaar in tegenspraak?

Hoe dienen we hier mee om te gaan?

Antwoord:

Ja, dat lijkt in tegenspraak. Maar op de onderdelen uit de protocol plan van aanpak mogen varianten worden aangeboden worden. Op de overige mogen geen varianten aangeboden worden. Er mogen geen aanpassingen in het ontwerp komen.'

1.4.2. Vraag: Bestekspostnr(s). 145:

Welke soort / type natuursteenbanden dienen er geleverd te worden. Er zijn verschillende soorten / type natuursteen te verkrijgen met verschillende prijzen.

Antwoord:

Dit moet blijken uit het voorstel wat bij de EMVI wordt gevraagd.'

1.4.3. Vraag: Bijlage 01 Beoordeling bestek [X] Blad 2, paragraaf 4, Plan van Aanpak

De uitleg over hoe tot een score wordt gekomen is - in het geval van de prijsvergelijking - zeer helder. Echter hoe tot de beoordeling gekomen wordt t.a.v. de kwalitatieve aspecten is niet helder. De volgende vragen dienen zich aan:

-Wat verwacht opdrachtgever te ontvangen en waarmee kan inschrijver punten scoren?

Antwoord:

Zie protocol. Daarin is alle informatie te halen wat de opdrachtgever verwacht.'

1.4.4. Vraag: Wordt een compleet plan van aanpak voor alle aspecten van het werk verwacht of alleen een toelichting op de twee genoemde aandachtspunten (Verantwoord ondernemen en Communicatie)?

Antwoord:

Alleen de twee genoemde aandachtspunten.'

1.4.5. Vraag: Kunnen punten gescoord worden op het aanbieden van duurzame oplossingen? Zo ja, dan is dat mogelijk strijdig met het uitsluiten van alternatieven (conform hetgeen gesteld is op blad 7 para 1.08 van het bestek).

Antwoord: Klopt, zie eerder gegeven antwoordt.'

- 1.4.6. Vraag: Blad 3, paragraaf 5, Vaststellen Economisch Meest Voordelige Inschrijving: 3e alinea, wat wordt bedoeld met de zin "Bij een gelijke score...is de score op kwaliteit B natuursteen doorslaggevend."

Antwoord:

Zoals omschreven in het protocol blijkt dat bij EMVI aangeleverd dient te worden.'

- 1.5. In de Nota van Inlichtingen is een gewijzigd deel van het RAW bestek opgenomen, waarvan het volgende van belang is:

**'0.04 Inschrijving**

1. Verwezen wordt naar artikel 01.01.02 van de Standaard RAW Bepalingen (Standaard 2010).
2. Bij inschrijving worden door de inschrijver de volgende documenten volledig ingevuld en ondertekend ingediend:
  - a. het inschrijvingsbiljet;
  - b. de inschrijvingsstaat;
  - c. de "Uniforme Eigen verklaring aanbestedingsprocedures" (hierna genoemd Eigen Verklaring),zoals deze door de aanbestedende dienst is verstrekt bij de aanbestedingsdocumenten (Bijlage 03);
  - d. de inschrijvingsstaat "variant".

Indien een inschrijver een van bovengenoemde documenten niet, of niet volledig heeft ingevuld of ondertekend, dan wordt de inschrijving ongeldig verklaard.'

- 1.6. Beklaagde heeft – naar de Commissie aanneemt bij de Nota van Inlichtingen – een bestek met benaming "Definitief Variant" (hierna: "bestek Definitief Variant") gedateerd 13 augustus 2013 aan de inschrijvers gestuurd. In het bestek Definitief Variant zijn alleen de posten van Hoofdstuk 2 en Hoofdstuk 7 opgenomen. In het bestek Definitief Variant komt het woord "natuursteen" precies één keer voor, namelijk bij bestekspost 246130.
- 1.7. Bestekspost 246130 in het bestek Definitief Variant is identiek met de overeenkomstige post uit het (oorspronkelijke) bestek. Het woord "natuursteen" komt in Hoofdstuk 2 van dat bestek voor in diverse andere posten, waar het dus in het bestek Definitief Variant ontbreekt.
- 1.8. Op 26 augustus 2013 zijn door beklagde vier inschrijvingen ontvangen, waaronder de inschrijving van klager, van aannemer X en van aannemer Y. Het proces-verbaal van opening vermeldt geen onregelmatigheden.
- 1.9. Beklaagde heeft bij brief van 30 augustus 2013 de mededeling van de gunningsbeslissing aan de inschrijvers verstuurd. In die brief staat vermeldt dat klager de economisch meest voordelige inschrijving heeft ingediend en dat de opdracht aan haar wordt gegund. In die brief wordt verder meegedeeld dat overige inschrijvers binnen een termijn van 15 dagen na verzending van de brief van 30 augustus 2013 een kort geding aanhangig kunnen maken.

- 1.10. Bij de brief van 30 augustus 2013 is als bijlage 2 de onderstaande tabel met het resultaat van beoordeling van de inschrijving van klager gevoegd:

Gunningscriterium	Score Winnende inschrijver	Samenvatting toelichting score winnende inschrijving
Prijs 60%	6.4  $6.4 * 60\%$ $= 3.8$	Prijs is beoordeeld op basis van de gemiddelde inschrijfsom. De gemiddelde inschrijfsom wordt hierbij gesteld op een 6. Afwijkingen van 1% ten opzichte van het gemiddelde leidt tot een bijtelling of aftrek van 0,1 punt. De gemiddelde inschrijfsom bedraagt € 1.824.346,18
Maatschappelijk verantwoord ondernemen 20%	8  $8 * 20\%$ $= 1.6$	Verantwoorde keuze om natuursteen uit Portugal toe te passen. Leverancier B&S Natuursteen beschikt over enkele NEN-certificeringen toegespitst op verwerking van natuursteen en is aangesloten bij ILO (International Labour Organisation Standard. Dit heeft een voorkeur voor de opdrachtgever. Er wordt wel vermelding gemaakt over de eventuele mogelijkheden voor leveringen en afwerkingen van de natuursteen. Dit geeft een meerwaarde. Bij het PvA wordt de opdrachtgever gewezen op de verwerking van de natuursteen. Dit geeft aan dat de aannemer mee wil denken met de opdracht van de opdrachtgever. Dit geeft een meerwaarde. Naast de verwijzing naar natuursteen heeft de aannemer wel een andere keuzes gemotiveerd om aan te tonen hoe de aannemer maatschappelijk kan en wil ondernemen. De onderbouwing van [klager] wordt daarmee beoordeeld op een 8.
Communicatie 20%	7  $7 * 20\%$ $= 1.4$	De aannemer verwijst naar de interne en externe communicatie. De interne en externe communicatie wordt helder en duidelijk vertaald. Dit wordt beoordeeld als standaard. De externe communicatie wordt beperkt omschreven. Er wordt omschreven wat de opdrachtnemer voorziet in de communicatie en afhandeling van de klachtenprocedure en er wordt in beeld gebracht welke stakeholders er zijn. In de communicatieparagraaf wordt een verwijzing gemaakt naar de planning.
<b>Gewogen totaal score</b>	<b>6.8</b>	

- 1.11. Op 2 oktober 2013 heeft beklagde een brief aan klager gestuurd waarmee zij de gunningsbeslissing van 30 augustus 2013 heeft ingetrokken. In die brief heeft zij klager voorts laten weten dat een herbeoordeling van de inschrijvingen zal plaatsvinden. Een motivering voor dat besluit ontbreekt in de brief. Uit een op diezelfde dag – 2 oktober 2013 – door klager aan beklagde verstuurd e-mail blijkt dat beklagde – alvorens de brief aan klager te versturen – telefonisch contact met klager heeft opgenomen om brief mondeling toe te lichten. Klager heeft zowel in dat telefoongesprek als in de hiervoor genoemde e-mail bezwaar aangetekend tegen de gang van zaken en beklagde dringend verzocht verdere besluitvorming nadrukkelijk aan te houden.
- 1.12. Op 23 oktober 2013 heeft beklagde aan klager een brief gestuurd waarin wordt meegedeeld dat de inschrijvingen opnieuw zijn beoordeeld door een volledig nieuwe inkoopcommissie en dat er na die herbeoordeling een nieuwe gunningsbeslissing is genomen ten faveure van aannemer Y. Uit de brief blijkt voorts dat de inschrijving van klager als derde is geëindigd. Bij de brief is als bijlage 2 een tabel met het resultaat van de herbeoordeling van de inschrijvingen van klager en van aannemer Y gevoegd:

<b>[klager]</b>		
<b>Criterium</b>	<b>Totaal</b>	<b>Motivatie</b>
1. Verantwoord ondernemen (...)	<b>7</b>	<p>In het kader van MVO:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>* MVO staat hoog in het vaandel, dit komt echter niet naar voren in dit plan van aanpak.</li> </ul> <p>In het kader van natuursteen:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>* Inkoop via een nationale marktpartij, dit geeft veel meerwaarde.</li> <li>* De marktpartij koopt Portugees hardsteen in, dit geeft veel meerwaarde.</li> <li>* De beschreven handelingen in de keten als transport, nieuwe technologieën, etc., geeft veel meerwaarde.</li> </ul> <p>Per saldo biedt inschrijver op dit criterium meerwaarde</p>
2. Communicatie (...)	<b>6</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>* In planning rekening gehouden met onwerkbare dagen, dit geeft meerwaarde.</li> <li>* Risicoanalyse aan de start van het werk, dit geeft meerwaarde.</li> <li>* Eigen klachtenprocedure , binnen 2 werkdagen terugkoppeling, dit geeft geen meerwaarde.</li> <li>* Afstemming met belanghebbenden onvoldoende uitgewerkt.</li> <li>* Afstemming van werkzaamheden derden onvoldoende geborgd.</li> </ul> <p>Per saldo biedt inschrijver op dit criterium geen meerwaarde.</p>

<b>[aannemer Y]</b>		
<b> criterium</b>	<b>Totaal</b>	<b>Motivatie</b>
<p>1. Verantwoord ondernemen (...)</p>	<b>9</b>	<p>In het kader van MVO:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>* Inzet van een duurzaamheidscoördinator geeft meerwaarde;</li> <li>* Organisatie brede inzet van MVO, dit geeft meerwaarde;</li> <li>* De concretisering van MVO binnen dit project wordt gemist.</li> </ul> <p>In het kader van natuursteen:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>* Inkoop via een regionale marktpartij, dit geeft maximale meerwaarde.</li> <li>* De marktpartij koopt Spaans hardsteen in, dit geeft veel meerwaarde.</li> <li>* De beschreven handelingen in de keten als transport, nieuwe technologieën, innovatief grondstoffenbeheer etc., geeft zeer veel meerwaarde.</li> <li>* Het gebruik van vrachtwagen met Euro 6 motoren, dit geeft veel meerwaarde.</li> </ul> <p>Per saldo biedt inschrijver op dit criterium zeer veel meerwaarde</p>
<p>2. Communicatie (...)</p>	<b>10</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>* Lean implementeren in uitvoering, dit geeft veel meerwaarde;</li> <li>* Escalatiemodel opgenomen, dit geeft veel meerwaarde;</li> <li>* Organiseren PSU voor start werk, dit geeft veel meerwaarde;</li> <li>* Inloopuur 1 keer per week, dit geeft veel meerwaarde;</li> <li>* Informatielijn 24 uur per dag bereikbaar, dit geeft veel meerwaarde;</li> <li>* Binnen 24 uur reactie op klachten zonder kosten, dit geeft veel meerwaarde;</li> <li>* Tweewekelijks overleg met bewonersvereniging [Q], dit geeft veel meerwaarde;</li> <li>* Afstemmingsoverleg met andere werken incl planningsoverleg, dit geeft veel meerwaarde;</li> <li>* Overleg met MKB binnen de werkgrenzen, dit geeft veel meerwaarde;</li> <li>* Stakeholders geïnformeerd per brief en indien gewenst persoonlijk gesprek, dit geeft veel meerwaarde;</li> <li>* Overleg en afstemming met wijknetwerken [Z], dit geeft veel meerwaarde;</li> <li>* Aanvullende stakeholderanalyse voor start werk, dit geeft veel meerwaarde;</li> </ul> <p>Per saldo biedt inschrijver op dit criterium maximale meerwaarde.</p>

- 1.13. Op 25 oktober 2013 heeft klager aan beklagde een brief gestuurd waarin zij onder andere inlichtingen heeft gevraagd over de wijze waarop de herbeoordeling heeft plaatsgevonden en waarin zij haar bezwaren tegen de nieuwe gunningsbeslissing kenbaar maakt. In die brief verwijst klager ook naar een mondelinge toelichting op de intrekking van de eerste gunningsbeslissing die haar op 10 oktober 2013 door beklagde is gegeven. Ook vraagt klager in de brief om verlenging van de bezwaartermijn met mededeling daarvan aan alle inschrijvers.
- 1.14. Op 1 november 2013 heeft beklagde aan alle inschrijvers een brief gestuurd, waarin wordt toegelicht waarom de eerste gunningsbeslissing van 30 augustus 2013 op 2 oktober 2013 is ingetrokken en zij vervolgens tot een herbeoordeling van de inschrijvingen is overgegaan. In die brief wordt onder meer het volgende vermeld:

‘Bij het beoordelen van de inschrijvingen zijn varianten ten aanzien van het toe te passen natuursteen onterecht buiten beschouwing gelaten. Het beoordelingsteam heeft deze varianten niet beoordeeld, omdat zij vond dat deze niet binnen het beoordelingskader vielen. Het beoordelingsteam heeft het antwoord uit de nota van inlichtingen beoordeeld als zijnde: er mogen geen varianten worden aangeboden. Hierdoor zijn bij de beoordeling van de verschillende inschrijvingen aspecten buiten beschouwing gelaten, waar deze wél beloond hadden moeten worden op basis van de NVI. De gemeente heeft moeten constateren dat de beoordelingscommissie de uitgangspunten niet op de juiste gronden heeft uitgevoerd.

Daarop heeft de gemeente besloten een geheel nieuwe beoordelingscommissie de beoordeling helemaal opnieuw te laten uitvoeren op basis van het juiste beoordelingskader. Hiermee is de uitkomst van de eerder uitgevoerde beoordeling geheel komen te vervallen. Alle vergelijkingen met deze beoordeling kunnen niet worden gemaakt.

### **Prijs**

De herbeoordeling heeft geleid tot een nieuwe voorlopige gunning, waarvan u op 23 oktober 2013 op de hoogte bent gebracht. In de bijlage met de motivering is onfortuinlijk genoeg het blokje met de tekst ten aanzien van de score voor het criterium ‘prijs en totaalscore’ weggevallen.

U krijgt de bijlage met de motivering van uw score en die van de te gunnen partij. Deze bijlage is aangevuld met het blok ‘prijs en totaalscore’. Voor het overige is deze bijlage niet gewijzigd.

### **Bezwaartermijn**

Ten aanzien van de bezwaartermijn kan het volgende worden gezegd: bij een onderhandse aanbesteding is de aanbestedende partij niet gehouden aan het hanteren van een bezwaartermijn. Bij de meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure heeft de gemeente de bezwaartermijn op 15 dagen gesteld. Deze is ingegaan op 23 oktober en loopt af op 7 november 2013.’

- 1.15. In de bijlage bij de brief van 1 november 2013 zijn de onderstaande scores te vinden:

Criterium	Klager	Aannemer Y
Verantwoord Ondernemen	7	9
Communicatie	6	10
Prijs	6,40	5,50
Totaal	6,44	7,10



- 1.16. Klager heeft op 4 november 2013 een brief aan beklagde gestuurd met een aantal kritische opmerkingen over de gang van zaken die heeft geresulteerd in de tweede mededeling van de gunningsbeslissing op 23 oktober 2013 zoals door beklagde toegelicht in haar brief van 1 november 2013.
- 1.16.1. Klager merkt onder meer op dat Y na de beoordeling van de inschrijvingen die leidde tot de eerste gunningsbeslissing van 30 augustus 2013 op de 3<sup>e</sup> of 4<sup>e</sup> plaats is geëindigd en dat om die reden de score van 10 punten voor het onderdeel Verantwoord Ondernemen bij de tweede beoordeling van de inschrijving van Y flink afwijkend moet zijn geweest van de bij de eerste beoordeling behaalde score.
- 1.16.2. Ook stelt klager dat, voor zover beklagde met haar brief van 1 november 2013 betoogt dat een herbeoordeling van de inschrijvingen noodzakelijk was als gevolg van verwarring die de Nota van Inlichtingen zou hebben veroorzaakt voor wat betreft de toelaatbaarheid op grond van het bestek van het aanbieden van varianten ten aanzien van het toe te passen natuursteen, de in de Nota van Inlichtingen gegeven antwoorden volgens klager duidelijk zijn: het aanbieden van varianten ten aanzien van het toe te passen natuursteen is niet toegestaan, nog afgezien van het feit dat Y volgens klager helemaal geen variant op het onderdeel natuursteen heeft aangeboden.
- 1.16.3. Tot slot verzoekt klager beklagde nogmaals om de bezwaartermijn te verlengen onder verwijzing naar het gelijkheidsbeginsel. Klager doelt daarmee op het feit dat beklagde na de mededeling van de eerste gunningsbeslissing de bezwaartermijn ten behoeve van een andere inschrijver – aannemer X – stilzwijgend heeft verlengd in het nadeel van klager.
- 1.17. Beklagde heeft klager op 6 november 2013 telefonisch laten weten de bezwaartermijn niet te zullen verlengen.

## **2. Beschrijving klacht**

### **2.1. Klachtonderdeel 1**

Beklagde heeft aan het begrip "variant" een interpretatie gegeven die niet uit de aanbestedingsstukken valt af te leiden.

### **2.2. Klachtonderdeel 2**

Beklagde heeft gehandeld in strijd met de algemene beginselen van aanbestedingsrecht door na de (eerste) mededeling van de gunningsbeslissing van 30 augustus 2013, waarbij de opdracht aan klager werd gegund:

- a. in overleg te treden met inschrijver X over de uitleg van de voorwaarden van de aanbesteding;
- b. de bezwaartermijn ten faveure van X te verlengen zonder dat een kort geding was aangespannen en zonder deze verlenging aan klager mee te delen;
- c. een herbeoordeling van de inschrijvingen uit te voeren en door middel van een nieuwe mededeling van de gunningsbeslissing op 2 oktober 2013 de opdracht aan Y te gunnen;
- d. de motivering van de uitvoering van die herbeoordeling pas op 1 november aan de inschrijvers kenbaar te maken;
- e. in strijd met het gelijkheidsbeginsel het verzoek van klager om verlenging van de bezwaartermijn na de tweede gunningsbeslissing heeft afgewezen.

### **3. Onderbouwing klacht**

#### **3.1. Klachtonderdeel 1**

Klager onderbouwt dit klachtonderdeel als volgt:

'Aanbesteder geeft onjuiste uitleg aan EMVI-beoordeling versus variantenregeling. Gelijkheid wederom geschonden nu wij de inzichten (die wij nogmaals niet delen) een andere aanbieder zouden hebben gedaan. Voorst is aanbesteder gebonden aan naleving H7 van het van toepassing verklaarde ARW 2012, W.O.7.12 EN 7.13 ARW (basis 3.83 AW) m.b.t. varianten en de relevante opmerkingen daarover in de Nota; inhoudende geen varianten t.a.v. ontwerp, zie passage in brief 5/11 jl [*bedoeld zal zijn: de brief van klager aan beklagde van 4 november 2013, Commissie*] met bijbehorende citaat uit de nota. Aanbesteder geeft hieraan nu achteraf – zonder voorafgaande transparantie – een andere invulling.'

#### **3.2. Klachtonderdeel 2**

Klager onderbouwt dit klachtonderdeel als volgt:

'Aanbesteder handelt in strijd met algemene beginselen van aanbestedingsrecht waaronder transparantie en gelijkheidsbeginsel. Terwijl een voornemen tot gunnen ligt, wordt zonder communicatie naar overige inschrijvers in overleg met 1 der partijen de termijn voor het aanvechten van de gunningsbeslissing opgerekt, zonder dat een kort geding is aangespannen. Voorts wordt tot herbeoordeling over gegaan, waarbij serieuze twijfels bestaan omtrent objectieve, non discriminatoire wijze van de hernieuwde beoordeling, tegen welke beoordeling onzerzijds ook bezwaar was aangetekend. De argumentatie van de noodzaak tot herbeoordeling wordt eerst achteraf verstrekt en wordt door ons als aanvechtbaar geoordeeld.'

### **4. Reactie beklagde**

Beklaagde heeft de Commissie per email van 11 december 2013 meegedeeld dat haar reactie is verwoord in haar in dit advies genoemde brieven.

### **5. Aanvullende informatie**

- 5.1. Omdat de Commissie ten behoeve van de verdere behandeling van de klacht behoefte had aan aanvullende informatie, heeft zij partijen uitgenodigd voor een overleg met de vicevoorzitter van de Commissie. Dat overleg heeft plaatsgevonden op 3 februari 2014. Tijdens dat overleg zijn partijen in de gelegenheid gesteld om een nadere mondelinge toelichting te geven op de gebeurtenissen die aanleiding hebben gegeven tot de klacht. Daarnaast heeft de vicevoorzitter partijen een aantal vragen gesteld op basis van de door partijen in de procedure gebrachte schriftelijke stukken en de nadere toelichtingen die zij tijdens het overleg hebben verstrekt.
- 5.2. De vicevoorzitter van de Commissie heeft op basis van het hiervoor bedoelde overleg met partijen het volgende vastgesteld.
  - 5.2.1. Een van de inschrijvers – niet zijnde klager of aannemer Y – heeft een variant aangeboden.

- 5.2.2. Na de mededeling van de gunningsbeslissing van 30 augustus 2013 heeft beklagde geconcludeerd dat de inschrijving van de hiervoor bedoelde inschrijver niet door de beoordelingscommissie was beoordeeld voor wat betreft een van de onderdelen van het door die inschrijver aangeboden Plan van Aanpak. Intern overleg tussen beklagde en de beoordelingscommissie bracht vervolgens aan het licht dat de beoordelingscommissie van oordeel was – ten onrechte, volgens beklagde – dat de aangeboden oplossing voor wat betreft dat onderdeel van het Plan van Aanpak niet in het beoordelingskader paste. De beoordelingscommissie heeft beklagde vervolgens laten weten dat zij niet kon uitsluiten dat ook onderdelen van de aanbiedingen van andere inschrijvers om dezelfde reden niet zijn beoordeeld.
- 5.2.3. In het verlengde van het voorgaande heeft beklagde verder geconcludeerd dat het door de beoordelingscommissie toegepaste beoordelingskader met de voornoemde conclusie op losse schroeven was komen te staan en dat het noodzakelijk was dat kader te herijken. Om die reden heeft beklagde besloten om alle inschrijvingen opnieuw te laten beoordelen door een nieuw samen te stellen beoordelingscommissie.
- 5.2.4. Beklagde heeft gesteld dat zij de nieuwe beoordelingscommissie geen vooraannames heeft meegegeven ten behoeve van de herbeoordeling van de inschrijvingen. De noodzakelijke herijking van het beoordelingskader heeft er uit bestaan dat beklagde aan de leden van de nieuwe beoordelingscommissie heeft uiteengezet wat er met de varianten is bedoeld en dat die niet buiten beschouwing mochten worden gelaten.
- 5.2.5. Het is niet gebleken dat klager of aannemer Y varianten hebben aangeboden, ook niet voor wat betreft een van de onderdelen van het Plan van Aanpak (Maatschappelijk verantwoord ondernemen; Communicatie).

## **6. Beoordeling**

- 6.1. De Commissie stelt voorop dat beklagde een meervoudig onderhandse procedure heeft gehouden. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Afdeling 1.2.4 Aw 2012; hoofdstuk 7 ARW 2012.
- 6.2. Klachtonderdeel 1
- 6.2.1. De Commissie begrijpt dit klachtonderdeel aldus dat klager daarmee het volgende betoogt: beklagde heeft gehandeld in strijd met het bepaalde in art. 7.12 ARW 2012 ("varianten van de inschrijver") in combinatie met hetgeen met betrekking tot varianten van de inschrijver is bepaald in par. 1.08 van het bestek (zie 1.2 hiervoor) en in de Nota van Inlichtingen (zie 1.4 en 1.5 hiervoor), door op 2 oktober 2013 de eerste gunningsbeslissing van 30 augustus 2013 in te trekken met als – achteraf gegeven – reden dat bij de eerste beoordeling van de inschrijvingen varianten ten aanzien van het toe te passen natuursteen ten onrechte buiten beschouwing zijn gelaten (aldus de brief van beklagde van 1 november 2013, zie 1.14 hiervoor) en door vervolgens over te gaan tot herbeoordeling van de inschrijvingen.
- 6.2.2. Art. 7.12 ARW 2012 bepaalt onder meer dat in het geval van "varianten van de inschrijver" de aanbestedende dienst:
- a. in de uitnodiging tot inschrijving vermeldt of hij varianten toestaat (art. 7.12.2);

- b. indien dit het geval is, de minimumeisen vermeldt waaraan varianten moeten voldoen en hoe zij worden ingediend (art. 7.12.3);
- c. bepaalt dat varianten worden ingediend op een afzonderlijk inschrijvingsbiljet waarop wordt vermeld dat het gaat om een variant, met een beschrijving van die variant (art. 7.12.4).

6.2.3. Beklaagde heeft in par. 1.08 van het bestek bepaald dat varianten van de inschrijver niet worden toegestaan. De te beantwoorden vraag is vervolgens of en in hoeverre beklagde in de Nota van Inlichtingen op dat verbod is teruggekomen, waarbij de Commissie voorshands aanneemt dat een aanbestedende dienst dat in het geval van een meervoudig onderhandse procedure in beginsel kan doen.

6.2.4. Deze vraag moet naar het oordeel van de Commissie aldus worden beantwoord dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers de door beklagde in de Nota van Inlichtingen verstrekte antwoorden op dezelfde wijze zullen mogen interpreteren. Die interpretatie houdt in dat het aanbieden van varianten alleen is toegestaan voor wat betreft de in het Plan van aanpak genoemde onderdelen "Verantwoord ondernemen" en "Communicatie", maar dat voor het overige geen varianten mogen worden aangeboden.

6.2.5. De Commissie is verder van oordeel dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers de inhoud van paragraaf 4 ("Plan van Aanpak") van Bijlage 01 "Beoordeling bestek [X]" (zie 1.3 hiervoor) niet op dezelfde wijze zullen interpreteren voor wat betreft de minimumeisen waaraan de varianten moeten voldoen en hoe zij moeten worden ingediend. Dat betekent naar het oordeel van de Commissie dat beklagde heeft gehandeld in strijd met het bepaalde in art. 7.12.3 ARW 2012 (zie 6.2.2 sub b hiervoor).

6.2.6. Hetgeen in 6.2.5 is overwogen laat naar het oordeel van de Commissie onverlet dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers paragraaf 4 ("Plan van Aanpak") van Bijlage 01 "Beoordeling bestek [X]" op dezelfde wijze zullen mogen interpreteren, in de zin dat die paragraaf het aanbieden van varianten ten aanzien van het toe te passen natuursteen in ieder geval niet toestaat.

6.2.7. Het voorgaande betekent dat beklagde – toen zij constateerde dat de inkoopcommissie bij de eerste beoordeling van de inschrijvingen varianten ten aanzien van het toe te passen natuursteen buiten beschouwing had gelaten – niet tot het oordeel kon komen dat de inkoopcommissie dat laatste ten onrechte had gedaan. Door wel tot dat oordeel te komen en door in het verlengde daarvan de gunningsbeslissing van 30 augustus 2013 in te trekken en de inkoopcommissie op te dragen over te gaan tot een herbeoordeling van de inschrijvingen, met inbegrip van de varianten zoals hiervoor bedoeld, heeft beklagde gehandeld in strijd met het bepaalde in art. 7.12 ARW 2012.

6.2.8. Het eerste onderdeel van de klacht is derhalve gegrond.

### 6.3. Klachtonderdelen 2A, 2C en 2D

6.3.1. De Commissie zal de klachtonderdelen 2A, 2C en 2D in onderlinge samenhang bezien behandelen en overweegt ten aanzien van die klachtonderdelen als volgt.

6.3.2. De Commissie is van oordeel dat moet worden vooropgesteld dat het een aanbestedende dienst in aanvulling op zijn verplichtingen op grond van art. 7.20.5 ARW 2012 is toegestaan om aan een afgewezen inschrijver een mondelinge of schriftelijke toelichting op de mededeling van de

gunningsbeslissing te geven. Daarbij dient de aanbestedende dienst echter zeer terughoudend te zijn met het ingaan op suggesties van een afgewezen inschrijver, zoals de suggestie dat bij de beoordeling van de inschrijvingen eisen of criteria die in de aanbestedingsstukken zijn bepaald verkeerd zijn geïnterpreteerd en/of toegepast.

- 6.3.3. De Commissie is in het verlengde van haar oordeel ten aanzien van klachtonderdeel 1 van oordeel dat de hiervoor bedoelde terughoudendheid meebrengt dat een aanbestedende dienst in ieder geval niet op dergelijke suggesties van een afgewezen inschrijver kan ingaan wanneer hij behoort te begrijpen dat die suggesties inhoudelijk onjuist zijn, zoals – in het onderhavige geval – de suggestie dat de inkoopcommissie bij de eerste beoordeling van de inschrijvingen varianten ten aanzien van het toe te passen natuursteen ten onrechte buiten beschouwing zou hebben gelaten.
- 6.3.4. Nog afgezien van de hiervoor genoemde terughoudendheid is de Commissie overigens van oordeel dat wanneer een aanbestedende dienst al zou mogen twijfelen over de juistheid van de suggesties van een afgewezen inschrijver, dat vervolgens nog geen grondslag biedt om zonder verdere omhaal over te gaan tot het intrekken van de gunningsbeslissing en tot een herbeoordeling daarvan over te gaan. Op grond van het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel, bezien in onderling verband met het beginsel van rechtszekerheid, die ook in het geval van een meervoudig onderhandse procedure moeten worden gewaarborgd, is een aanbestedende dienst in een dergelijk geval immers verplicht om – in ieder geval ingrijpende – beslissingen schriftelijke te motiveren en aan alle inschrijvers mee te delen zodat deze zich voldoende geïnformeerd kunnen beraden over de vraag of en hoe zij tegen die beslissingen willen opkomen.
- 6.3.5. De Commissie is van oordeel dat beklagde heeft gehandeld in strijd met haar hiervoor bedoelde verplichting door de gunningsbeslissing in te trekken op grond van de door aannemer X aangedragen suggesties en vervolgens tot een herbeoordeling van de inschrijvingen over te gaan, zonder de inschrijvers eerst schriftelijk te informeren over de motivering van de noodzaak van die beslissing tot intrekking en herbeoordeling en die motivering pas te verstrekken nadat zij de tweede mededeling van de gunningsbeslissing op basis de uitgevoerde herbeoordeling had verstrekt.
- 6.3.6. De klachtonderdelen 2A, 2C en 2D zijn derhalve gegrond.

#### 6.4. Klachtonderdeel 2B

- 6.4.1. In het verlengde van haar beoordeling ten aanzien van de klachtonderdelen 2A, 2C en 2D overweegt de Commissie ten aanzien van klachtonderdeel 2D als volgt.
- 6.4.2. De Commissie is van oordeel dat de bezwaartermijn die beklagde in haar mededeling van de eerste gunningsbeslissing heeft bepaald niet alleen dient om de rechtsbescherming van de afgewezen inschrijvers veilig te stellen, maar evenzeer aan de winnende inschrijver rechtsbescherming biedt. Een aanbestedende dienst moet derhalve terughoudendheid betrachten ten aanzien van het verlengen van een bezwaartermijn voor slechts één van de afgewezen inschrijvers. Als hij al van de mogelijkheid tot verlenging gebruik maakt, dient de aanbestedende dienst die verlenging in ieder geval aan alle andere inschrijvers – waaronder de winnende inschrijver – schriftelijke mede te delen, opdat ook zij gebruik kunnen maken van de mogelijkheid om gedurende de verlenging hun bezwaren tegen de in de aanbestedingsprocedure genomen beslissingen kenbaar te maken en eventueel een kort geding aanhangig te maken.

6.4.3. Klachtonderdeel 2B is derhalve gegrond.

6.5. Klachtonderdeel 2E

6.5.1. De Commissie is van oordeel dat beklagde heeft gehandeld in strijd met de op haar rustende verplichting om de inschrijvers gelijk te behandelen doordat beklagde het verzoek tot verlenging van de bezwaartermijn van aannemer X wel heeft gehonoreerd en het vergelijkbare verzoek van klager zonder nadere motivering heeft afgewezen.

6.5.2. Klachtonderdeel 2E is derhalve gegrond.

## **7. Advies**

De Commissie acht de klachtonderdelen 1 en 2 **gegrond**.

## **8. Aanbeveling**

De Commissie ziet geen kans tot het doen van een aanbeveling.

Den Haag, 14 april 2015

w.g.:

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

Mr. J.G.J. Janssen  
Voorzitter

Mr. drs. T.H. Chen  
Commissielid