

Advies 224

1. Feiten

- 1.1. Beklaagde houdt een Europese openbare procedure ten behoeve van het sluiten van een raamovereenkomst voor de uitvoering van werken. Het ARW 2012 is op de procedure van toepassing verklaard.
- 1.2. Het werk is verdeeld in drie percelen waarbij beoogd wordt per perceel een raamovereenkomst met één ondernemer te sluiten.
- 1.3. De raamovereenkomst betreft een zogenoemde overeenkomst met open posten ("OMOP") overeenkomstig het bepaalde in de – van toepassing verklaarde – Standaard RAW 2010.
- 1.4. Het gaat meer specifiek om een raamovereenkomst voor de uitvoering van beheer, onderhoud en projecten verkeersregelinstallaties in de gemeente van beklagde; het verzorgen van een 24/7 storingswachtendienst, het administratief afhandelen van storingen en schades, het uitvoeren van correctief en preventief onderhoud, het uitvoeren van projecten en het leveren van materialen (indien niet voorradig). De raamovereenkomst heeft een (door klager) geraamde waarde van € 6.000.000.
- 1.5. Beklaagde heeft in het "Voorwoord" van het bestek dat zij ten behoeve van de aanbesteding heeft opgesteld onder andere het volgende bepaald:

'Het voorliggende bestek is één van de twee bestekken die de [beklaagde] aanbesteedt op het gebied van beheer en onderhoud van Openbare Verlichting en Verkeersregelinstallaties. Beide arealen zijn voor de leefbaarheid, veiligheid en bereikbaarheid van [beklaagde] essentieel. [Beklaagde] is dan ook op zoek naar partijen die haar maximaal ondersteunen om de hierna beschreven doelen te kunnen bereiken. Van de inschrijvers op dit bestek verwacht de gemeente dat zij deze ambitie van de gemeente onderschrijven en (deels) helpen realiseren.

Het onderhavige bestek betreft de uitvoering van het beheer en onderhoud en projecten voor de Verkeersregelinstallaties. [Beklaagde] heeft de ambitie om gedurende de uitvoering van deze bestekken de eigen regie op de ontwikkeling en het beheer van de Verkeersregelinstallaties te versterken.

Het doel is dat de door [beklaagde] te selecteren marktpartijen haar maximaal ondersteunen door de gevraagde - in RAW-bestekken gedefinieerde - prestaties te leveren, tegen zo laag mogelijke maatschappelijke kosten, steeds tijdig, met zo min mogelijk hinder voor alle belanghebbenden (omgeving en weggebruikers), in een goede samenwerking met [beklaagde] en zonder geschillen. Verder verwacht [beklaagde] dat deze samenwerking zal zijn gebaseerd op beginselen als transparantie, open boek, vertrouwen en "beste voor project". [Beklaagde] streeft ernaar om samen met de in te schakelen aannemers de beste service aan haar publiek te kunnen bieden.

Dit bestek wordt gegund op de laagste prijs. De verwachte service levels zijn voldoende en SMART gedefinieerd als bestekseisen. Zie verder paragraaf 0.07. De gemeente zal de inschrijvingen nauwkeurig analyseren op het realiteitsgehalte van de aangeboden prijzen.

(...)

[Beklaagde] heeft op dit moment een aantal 'preferred suppliers' voor het beheer en onderhoud van de verkeersregelinstallaties. Om te voorkomen dat deze partijen een zodanige kennisvoorsprong zouden hebben ten opzichte van andere potentiële aanbieders, dat daardoor de mededinging ontoelaatbaar zou zijn beperkt, heeft de gemeente een zogenaamd 'glazen huis' ingesteld. Deel 0 paragraaf 0.08 en bijlage Informatie huidige contractanten geven daarover meer informatie. (...)'

1.6. In par. 0.07 lid 1 ("Opdracht") van het bestek is het volgende bepaald:

'Het gunningscriterium is de laagste fictieve som.

De motivatie voor gunnen op laagste fictieve som is als volgt:

1. Omdat de werkzaamheden zijn beschreven in een OMOP, worden werkelijk uit te voeren werkzaamheden in een deelopdracht vertaald. Deze deelopdrachten, welke pas volgen na het sluiten van de overeenkomst, vormen de concrete opdrachten, variërend in omvang en uitvoeringsduur,
2. Daarnaast bestaat deze opdracht uit standaard werkzaamheden waarbij de gevraagde specificaties duidelijk zijn. De voor de uitvoering van de opdracht relevante kwaliteitscriteria zoals samenwerking, organisatie, risico's, planning, kwaliteit, garanties, coördinatie, herstel- en responstijden zijn reeds gewaarborgd in de verplichtingen in de OMOP (standaard RAW bepalingen).
3. Bovendien heeft de gemeente ten aanzien van de verkeersregelinstallaties de wens om de hele stad op een eenduidige en herkenbare wijze in te richten, daarbij heeft zij aan de te gebruiken materialen en de wijze van monteren van deze materialen specifieke eisen gesteld. Deze eisen zijn vastgelegd in het 'Materiaal Handboek Detectie Verkeer VSI' en tevens vertaald naar de verschillende besteksposten.'

1.7. In par. 0.08 ("Level Playing Field") van het bestek is het volgende bepaald:

'Op dit moment gelden tussen [beklaagde], [X], [Y] en [klager] contracten aangaande het beheer en onderhoud van verkeersregelinstallaties.

[Beklaagde] heeft van [X], [Y] en [klager] informatie ontvangen. Van belang zijnde informatie is in deze OMOP verwerkt. Zie in dit kader Deel 2.1 paragraaf 04 bijlage Overzicht Storingsverrichtingen d.d. 31-12-2014 en Materiaalboek Handboek Detectie Verkeer VSI. In de bijlage Informatie huidige contractanten is tevens een totaaloverzicht opgenomen van alle informatie die van de voornoemde partijen is ontvangen.

Naar het oordeel van [beklaagde] heeft [beklaagde] daarmee voldaan aan de op haar rustende verplichting om een zogenaamd level playing field te creëren. [X], [Y] en [klager] hebben - door hun jarenlange betrokkenheid bij de voorgangers van de overeenkomsten die nu worden aanbesteed - per definitie een kennisvoorsprong op andere potentiële inschrijvers. Daarom heeft [beklaagde] besloten door het toepassen van ruimere termijnen bij het voorbereiden van de aanbesteding ervoor te zorgen dat de mededinging niet wordt vervalst door de mogelijke inschrijving door [X], [Y] en [klager] op dit bestek.'

1.8. In par. 1.07 ("Kwaliteitsborging") van het bestek is het volgende bepaald:

'Van de aannemer wordt een kwaliteitsplan voor het uit te voeren werk verlangd overeenkomstig het bepaalde in artikel 01.13.02 van de Standaard RAW Bepalingen (Standaard 2010).'

1.9. In de Nota van Inlichtingen van 12 maart 2015 zijn, voor zover relevant, de volgende vragen met bijbehorende antwoorden opgenomen:

- 1.9.1. 'Vraag 4: Deel 0, 0.08: In 0.08 gaat u in op de mogelijke verstoring van het Level Playing Field doordat er al 'zittende aannemers' zijn. U gaat niet op de rol in van [X], gelet er op dat zij in het huidige contract de directievoering voert over de uitvoering onderhoud en projecten verkeersregelininstallaties. Kunt u met name ingaan op haar kennis met betrekking tot prijzen en strategieën van de huidige aannemers en de kennis die zij heeft op het gebied in relatie tot de kennis van andere inschrijvers.? Wij zijn van mening dat de door u geopperde extra tijd niet de mogelijkheid heeft om de kennisvoorsprong van [X] in te halen. Extra tijd laat onverlet dat [X] een kennisvoordeel heeft, dat andere partijen niet kunnen inhalen, tenzij u voor een andere manier van gunnen kiest waarbij het kennisvoordeel van [X] geen rol kan spelen. Het kennis voordeel dat de zittende aannemers hebben beperkt zich tot een deel van de installatie en die kennis kan door het aanleveren van een database ook bij andere partijen ter kennis komen. Zie ook vraag 5

Antwoord: De aanbestedende dienst heeft met [X] een informatieproces doorlopen (te noemen het Glazen Huis) waarin [X] al de haar ter beschikking staande informatie waarmee [X] een potentiële kennisvoorsprong zou kunnen hebben in relatie tot de scope van onderhavige aanbesteding aan de aanbestedende dienst ter beschikking stelt ter openbaarmaking aan de potentiële gegadigden. Naar het oordeel van de aanbestedende dienst is er dan ook geen sprake van een ontoelaatbare beperking van de mededinging in deze. Om het proces nog aan een extra toets te onderwerpen heeft de aanbestedende dienst aan het bedrijf [Q] gevraagd een review te doen op het proces. [Q] oordeelt dat er sprake is van een level playing field. Eventuele kennis van prijzen - voor zover zulks überhaupt aan de orde is - impliceert niet dat er sprake is van een ontoelaatbare beperking van de mededinging. Daarvan is in dit geval geen sprake. De aanbestedende dienst heeft, ter voorkoming van irreële prijsvorming, in het bestek onder paragraaf 0.05 Inschrijvingsstaat in deel 0. de eis van marktconformiteit van prijzen opgenomen, waaraan iedere inschrijving derhalve dient te voldoen. Er wordt ruimte ingelast voor een tweede nota van inlichtingen.'

- 1.9.2. 'Vraag 5: Zie vorige vraag 4: [X] heeft tevens inzicht in- en kennis van [beklaagde], haar strategische keuzes en mogelijk toekomstig beleid. Op basis van deze kennis kan [X] totale werk, de onderlinge relatie tussen correctief- en preventief onderhoud en de keuzes die [beklaagde] hierin zal maken beter overzien. Hoe gaat u op dit punt een Level Playing Field voor alle partijen creëren?

Antwoord: Zie vraag 4. Alle informatie die voor gegadigden als basis kan dienen om in relatie tot de scope van het bestek een inschrijving te kunnen doen is ter kennisneming van partijen in de bijlagen aan het bestek gehecht.'

- 1.9.3. 'Vraag 6: Algemeen en relatie tot voorgaande vragen: [beklaagde] heeft bij het bestek geen data / beheerbestand verstrekt. Bij de huidige directievoering zijn deze gegevens bekend waardoor een significant kennisvoordeel aanwezig is bij deze partij en er geen sprake kan zijn van Level Playing Field. Kunt u bij de Nota van Inlichtingen het beheer bestand met locaties, componenten, plaatsingsdata etc. meezenden? Zo niet, hoe gaat u om het dit kennisverschil?

Antwoord: De in de OMOP opgenomen fictieve hoeveelheden zijn gebaseerd op de bij de aanbestedende dienst bekende gegevens, welke mede ontleend zijn aan informatie verstrekt door de zittende opdrachtnemers. Het storings- en schadeherstel vind pas plaats na opdrachtverstrekking daartoe door de opdrachtgever. Afrekening geschiedt vervolgens op basis van daadwerkelijk gemaakte kosten aan de hand van de verstrekte deelopdrachten inclusief aanvullende werkzaamheden. De staat van de installatie is daarmee niet relevant.'

- 1.9.4. 'Vraag 8: Woord vooraf: 'Het doel is dat de door [beklaagde] te selecteren marktpartijen haar maximaal ondersteunen door de gevraagde - in RAW-bestekken gedefinieerde - prestaties te leveren, tegen zo laag mogelijke maatschappelijke kosten, steeds tijdig, met zo min mogelijk hinder voor alle belanghebbenden (omgeving en weggebruikers), in een goede samenwerking met de gemeente en zonder geschillen. Verder verwacht de gemeente dat deze samenwerking zal zijn gebaseerd op beginselen als transparantie, open boek, vertrouwen en "beste voor project". [Beklaagde] streeft ernaar om samen met de in te schakelen aannemers de beste service aan haar publiek te kunnen bieden.' Deze paragraaf lijkt strijdig met de keuze om te gunnen op basis van laagste prijs. Kunt u dit toelichten, mede in relatie tot 0.07 lid 1?

Antwoord: De aanbestedende dienst staat een goede samenwerking voor met haar opdrachtnemers, waarbij zij de principes hanteert als opgenomen in het voorwoord. Dat neemt echter niet weg dat er gezien de aard en omvang van de werkzaamheden is gekozen voor het gunningscriterium de laagste prijs.'

- 1.9.5. 'Vraag 9: Hoewel gemotiveerd afgeweken mag worden van de in de Aanbestedingswet 2012 voorgeschreven gunning op EMVI houdt u in uw motivatie om te gunnen op laagste prijs geen rekening met de volgende aspecten:
- Ondanks dat er in het vorige bestek wel een gunning op EMVI was, speelde de financiële component een doorslaggevende rol. Hierdoor heeft [X] inzicht verkregen in het minimale prijsniveau dat de zittende partijen kunnen bieden. Noch de zittende partijen, noch de nieuwe partijen die ook gaan inschrijven beschikken over het kennisvoordeel van [X].
 - partijen hebben extra tijd gekregen om voldoende inzicht te verkrijgen in de installatie die bij de huidige directievoerder gewoon aanwezig is. Het verkrijgen van dit inzicht werkt kosten verhogend voor deze inschrijving,
 - de huidige aannemers hebben slechts in zeer beperkte mate inzicht in een deel van de installatie (ze hebben immers niet gehele gemeente in opdracht). Het kennisvoordeel voor de huidige aannemers is dus niet aanwezig. Hierdoor is er t.o.v. de huidige directie voerende ook voor hen sprake van een kosten verhogende inschrijving en geen Level Playing Field.

Antwoord: De aanbestedende dienst heeft weloverwogen en gemotiveerd weergegeven op basis waarvan gekozen is voor het gunningscriterium Laagste Prijs. Inzicht in prijsvorming op basis van de huidige contracten levert geen ontoelaatbare beperking van de mededinging op. Iedere inschrijver dient op basis van onderhavige bestek de prijsvorming voor haar inschrijving te bepalen. Meer of andere kennis van installaties dan ter beschikking gesteld in het bestek is naar het oordeel van de aanbestedende dienst en ook [Q] niet nodig om een level playing field te creëren en om daarmee een inschrijving te doen. Zie ook antwoord op vraag 6'

- 1.10. Klager in de onderhavige klachtprocedure is één van de aannemers met wie beklagde op dit moment een contractuele relatie heeft aangaande het beheer en onderhoud van verkeersregelinstanties.

2. Beschrijving klacht

Beklaagde is voornemens de raamovereenkomst te gunnen op basis van "laagste prijs". Zij wijkt daarbij af van de hoofdregel in art. 2.114 lid 1 Aw 2012 en art. 2.3.8 ARW 2012, dat gunning op basis van "economisch meest voordelige inschrijving" voorschrijft. De motivering die beklagde in het bestek heeft gegeven voor deze afwijking, is niet valide en kan de gemaakte keuze niet dragen. Boven-

dien is de keuze voor laagste prijs in dit geval niet passend, gelet op het daaruit voortvloeiende risico op verstoring van het level playing field. Naar het oordeel van klager moet de gemeente de raamovereenkomst gunnen op basis van "economisch meest voordelige inschrijving."

3. Onderbouwing klacht

- 3.1. Ter onderbouwing van haar klacht verwijst klager naar een brief van haar advocaat. In die brief worden de onderstaande argumenten genoemd.
- 3.2. Beklaagde heeft nagenoeg gelijktijdig met de onderhavige aanbesteding een Europese aanbesteding uitgeschreven voor openbare verlichting, die sterk lijkt op de onderhavige aanbesteding. Klager heeft bij die andere aanbesteding dezelfde klacht en verzoekt beide klachten gezamenlijk te behandelen.
- 3.3. Volgens klager dient beklagde de keus voor laagste prijs te rechtvaardigen hetzij omdat aan gunning op basis van EMVI in dit geval overwegende nadelen zijn verbonden, hetzij omdat het criterium van de laagste prijs in dit geval zodanige voordelen biedt dat gunning op basis van EMVI niet opportuun is.
- 3.4. Ook stelt klager dat de beslissing om te kiezen voor laagste prijs objectief toetsbaar moet zijn voor de inschrijvers en (indien aan de orde) voor de rechter.
- 3.5. Volgens klager heeft beklagde aan de kwaliteit van de te ontvangen biedingen een groot belang toegekend. Dit blijkt uit het voorwoord van het bestek, zoals geciteerd in 1.5.
- 3.6. Het gebruiken van een fictieve inschrijfsom en het feit dat deelopdrachten kunnen variëren beletten niet dat kwaliteitsaspecten worden meegewogen in de beoordeling van de inschrijvingen. Als het argument van beklagde valide was, zou elke raamovereenkomst op grond van laagste prijs mogen worden gegund.
- 3.7. Het gebruik van de Standaard RAW-systematiek is geen valide argument om af te zien van gunning op basis van EMVI. Op de website van CROW (die de Standaard RAW-systematiek heeft opgesteld) wordt vermeld dat "in tegenstelling tot wat soms gedacht wordt" RAW en EMVI heel goed samengaan.
- 3.8. Het hanteren van eisen ten aanzien van toe te passen materialen en de wijze van monteren is geen rechtvaardiging voor gunning op laagste prijs. Dit laat namelijk onverlet dat inschrijvers op allerlei aspecten betreffende de uitvoering van de opdracht kunnen concurreren op kwaliteit. Te denken valt aan de planning, de beperking van hinder bij uitvoering van de werkzaamheden, risicomangement, etc.
- 3.9. Alleen al wegens het ontbreken van een specifiek op de onderhavige aanbesteding toegesneden motivering is de gegeven motivering onvoldoende draagkrachtig.
- 3.10. Eén van de potentiële inschrijvers op deze aanbesteding is [X]. [X] is tevens de directievoerder namens de Gemeente onder het huidige onderhoudscontract voor de verkeersregelinstallaties. Uit dien hoofde beschikt zij ten opzichte van haar concurrenten over een zekere kennisvoorsprong. (...) Op een ander punt dreigt de deelname van [X] (juist wanneer gebruik wordt gemaakt van het gunningscriterium laagste prijs) het level playing field echter alsnog te verstoren. Dit betreft het feit dat [X] in opdracht van netbeheerder [Z] alle ondergrondse werkzaamheden aan de verkeersregelinstallaties uitvoert. Hierdoor verkeert [X] in een voordeliger uitgangspositie dan haar concurrenten, in het bijzonder doordat ver-

menging van geldstromen voor ondergrondse en bovengrondse activiteiten van [X] kan optreden, waarbij [X] bepaalde kosten die formeel thuishoren binnen de met de Gemeente te sluiten raamovereenkomst onderbrengt in haar overeenkomst met [Z] (hetgeen voor [klager] oncontroleerbaar is). Overigens merkt [klager] daarbij ook nog op dat de Gemeente via [Z] een deelneming heeft in het kapitaal van [X]. Het risico bestaat dan ook dat [X] door haar positie als contractspartner van [Z] een zodanig prijsvoordeel behaalt dat de overige inschrijvers de facto geen enkele kans meer maken op gunning van de opdracht, waarbij voor de overige inschrijvers niet te controleren is in hoeverre een dergelijk prijsvoordeel met legitieme argumenten kan worden verklaard. Dit risico is des te sterker aanwezig bij gebruikmaking van het gunningscriterium laagste prijs. [Klager] betwijfelt dan ook of het level playing field tussen de inschrijvers voldoende kan worden gewaarborgd bij gebruikmaking van het gunningscriterium laagste prijs.

- 3.11. Het is [beklaagde] niet toegestaan om de keuze voor gunning op basis van laagste prijs achteraf, lopende de aanbesteding, te onderbouwen met nieuwe argumenten.

4. Reactie beklagde

- 4.1. Beklaagde heeft in één brief op de klachten in advies 224 en 225 gereageerd. Waar mogelijk heeft de Commissie deze reactie uitgesplitst naar de betreffende aanbesteding.
- 4.2. Beklaagde heeft besloten de contracten met [X] per 1 september 2015 te beëindigen en directievoering in eigen hand te nemen. Omdat [X] de nodige kennis met betrekking tot aard en omvang van de opdrachten bezit, zijn afspraken gemaakt over het ter beschikking stellen van alle benodigde informatie ten behoeve van andere inschrijvers. Soortgelijke afspraken zijn ook met klager en Y gemaakt.
- 4.3. Beklaagde heeft onder de lastige omstandigheden waarin zij verkeerde besloten in een RAW-bestek zo nauwkeurig mogelijk te omschrijven welke prestaties de aannemers dienen te leveren. Wat beklagde in het voorwoord heeft geschreven doet daaraan niet af. De doelen die beklagde zich in het voorwoord heeft gesteld worden bereikt door kerncompetenties die als minimumeisen zijn gesteld.
- 4.4. Beklaagde stelt dat juist het gebruik van andere criteria dan prijs het level playing field zou kunnen verstoren, althans de schijn van verstoring zou kunnen opwekken. X heeft specifieke kennis van bij beklagde levende opvattingen over hoe de diensten het beste vormgegeven kunnen worden.
- 4.5. Beklaagde heeft de ambitie om de eigen regie op de ontwikkeling en het beheer te versterken en dan zou het vreemd zijn om kennis en meerwaarden uit te vragen bij de markt.
- 4.6. Er zijn veel kort gedingen bij aanbestedingen van verkeersinstallaties en openbare verlichting en vaak vloeien zij voort uit de EMVI-criteria. Beklaagde wenst hier geen risico te lopen.
- 4.7. De door een inschrijver bij een EMVI-aanbesteding geboden kwaliteit zal een op geld waardeerbare meerwaarde moeten bieden. Beklaagde ziet niet hoe dit hier had moeten, nu al een zeer goede kwaliteit wordt gevraagd in het bestek. Het EMVI-voorbeeld dat CROW geeft, is volgens beklagde niet bruikbaar.

- 4.8. Een RAW-bestek is een UAV-contract, zodat de in het kader van een EMVI-bestek door de winnende inschrijver aangeboden aspecten als gegarandeerde prestaties een plek moeten krijgen in de overeenkomst. Afgezien van aantallen, tijd en prijs ziet beklagde niet welke aspecten dat zouden moeten zijn. Dat is heel anders dan bij een design-and-build overeenkomst waar EMVI wel een goed criterium kan zijn.
- 4.9. Het bestek beschrijft nauwkeurig de gevraagde prestaties en beklagde heeft daarbij hoge minimumeisen gesteld, waardoor er beperkte vrijheid is voor verdere invulling daarvan door marktpartijen.
- 4.10. Wat betreft duurzaamheid stelt beklagde al zeer hoge eisen in bestekspost 01.26.02 en is de inschatting gemaakt dat meerwaarde op dat aspect niet in verhouding staat tot de contractomvang.

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt voorop dat beklagde een Europese openbare aanbestedingsprocedure houdt ten behoeve van het sluiten van een raamovereenkomst voor de uitvoering van werken. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 2 Aw 2012; Hoofdstuk 2 ARW 2012. De Commissie zal de klacht in de aanbesteding van openbare verlichting in advies 225 behandelen.
- 5.2. In art. 2.114 Aw 2012 is het volgende bepaald:

'1. De aanbestedende dienst gunt een overheidsopdracht op grond van de naar het oordeel van de aanbestedende dienst economisch meest voordelige inschrijving.
2. Een aanbestedende dienst kan, in afwijking van het eerste lid, gunnen op grond van de laagste prijs. In dat geval motiveert de aanbestedende dienst de toepassing van dat criterium in de aanbestedingsstukken.'
- 5.3. Art. 2.3.8 ARW 2012 stemt inhoudelijk overeen met art. 2.114 Aw 2012, met dien verstande dat het ARW 2012 eist dat de motivering in de aankondiging wordt gegeven.
- 5.4. De Commissie stelt vast dat tussen partijen niet ter discussie staat dat beklagde in par. 0.07 lid 1 van het bestek is afgeweken van de hoofdregel van art. 2.114 lid 1 Aw 2012 en dat zij de toepassing van het criterium van de laagste prijs in die paragraaf heeft gemotiveerd. Wat tussen partijen ter discussie staat, is of die motivering de beslissing tot het toepassen van het criterium van de laagste prijs voldoende kan dragen.
- 5.5. Alvorens die vraag in 5.6 hierna te beantwoorden, zal de Commissie eerst ingaan op het toetsingskader dat bij de beoordeling van de klacht zal moeten worden gehanteerd.
 - 5.5.1. De wetgever heeft in art. 2.114 Aw 2012 niet uitdrukkelijk voorzien in een normatieve toetsingsmaatstaf aan de hand waarvan in concrete gevallen dient te worden bepaald of afwijking van de hoofdregel van het eerste lid van dat artikel is toegestaan in die zin dat het criterium van de laagste prijs mag worden toegepast. In het verlengde daarvan heeft de wetgever in art. 2.114 Aw 2012 evenmin voorzien in een regeling van de aspecten waarop een aanbestedende dienst in zijn motivering acht moet slaan bij de beantwoording van de vraag waarom hij

van oordeel is dat toepassing van het criterium van de laagste prijs is toegestaan in afwijking van de hoofdregel van het eerste lid van art. 2.114 Aw 2012.

- 5.5.2. Uit de Toelichting op het amendement dat ten grondslag ligt aan art. 2.114 Aw 2012 blijkt echter dat de ratio van die bepaling is gelegen in de wens van de wetgever dat aanbestedende diensten een omslag maken als het gaat om duurzaam en innovatief inkopen:

‘Een omslag om niet alleen te kijken naar het maak-proces van een product, maar om te kijken naar de gebruiksfase van een product. Een omslag om te sturen op continue verbetering, waardoor er gestuurd wordt op echte duurzaamheid en minder verbruik van energie. Dit vraagt om heldere aanwijzingen voor inkoopers en leveranciers. (...) De overheid moet de markt uitdagen om de meest optimale oplossingen aan te dragen door ruimte te bieden voor innovatie en duurzaamheid. Dus sturen op EMVI waarbij wordt gelet op Total Cost of Ownership en de Life Cycle Analysis van producten in plaats van op aanschafwaarde of laagste prijs.’ (Kamerstukken II 2011/12, 32440, nr. 25).

- 5.5.3. Instructief voor het bepalen van het toetsingskader dat bij de beantwoording van de in 5.4 gestelde vraag in acht moet worden genomen, is daarnaast de uitspraak Vزر. Rb. Gelderland 3 juni 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:3493. In r.o. 4.8 van dat vonnis overweegt de voorzieningenrechter onder andere het volgende:

‘De wetgever heeft in art. 2.114 van de Aanbestedingswet als hoofdregel vastgelegd dat de aanbestedende dienst een overheidsopdracht gunt op grond van de Economisch Meest Voordelige Inschrijving (EMVI) en dat in afwijking daarvan gunning op grond van de laagste prijs, gemotiveerd dient te worden. Dat is desbetwust gebeurd naar aanleiding van een desbetreffend amendement dat is gemotiveerd met de wens dat de overheid een omslag moet maken als het gaat om duurzaam en innovatief inkopen en dat de overheid de markt moet uitdagen om de meest optimale oplossingen aan te dragen en ruimte te bieden voor innovatie en duurzaamheid. Als de aanbestedende dienst deugdelijk kan motiveren waarom zij in de gegeven omstandigheden kiest voor de laagste prijs, dan staat haar dat vrij. Anders zal zij het gunningscriterium op basis van EMVI moeten hantieren. Verwezenlijking van de in de wet neergelegde doelstellingen brengt met zich dat tot op zekere hoogte toetsbaar moet zijn of er een deugdelijke motivering is voor laagste prijs. (...) Uiteraard kleeft hieraan, ook voor aanbestedende diensten, het praktische bezwaar dat in zijn algemeenheid niet te bepalen is waar het omslagpunt ligt. Datzelfde geldt overigens voor het antwoord op de vraag of er een deugdelijke motivering is voor de keuze van laagste prijs. Waar dat omslagpunt ligt kan slechts van geval tot geval worden vastgesteld, rekening houdend met alle omstandigheden van het geval, zoals de specifieke gunningscriteria, hun (relatieve) gewicht, het voorwerp van de aanbesteding, de markt waarin de aanbesteding plaatsvindt, de mate waarin gunning op EMVI zinvol is met het oog op de daarmee te verwezenlijken door de wetgever relevant geachte doelen enz. (...).’

- 5.5.4. Gelet op de doelstellingen die de wetgever met art. 2.114 Aw 2012 heeft beoogd (zie 5.5.2) en gelet op het hiervoor weergegeven oordeel van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Gelderland (zie 5.5.3), neemt de Commissie het volgende tot uitgangspunt. Een aanbestedende dienst zal in afwijking van de hoofdregel van art. 2.114 lid 1 Aw 2012 voor toepassing van het criterium van de laagste prijs mogen kiezen wanneer de keuze voor toepassing van het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving ondoelmatig is. Die keuze zal ondoelmatig mogen worden geacht wanneer het in de gegeven omstandigheden van het geval redelijkerwijs niet te verwachten valt dat daarmee een zodanige ruimte voor marktpartijen zal worden gecreëerd dat zij zich voldoende uitge-

daagd zullen mogen voelen om innovatieve en duurzame oplossingen aan te bieden. Alvorens te kiezen voor toepassing van het criterium van de laagste prijs, zal een aanbestedende dienst eerst een afweging moeten maken van alle relevante omstandigheden van het geval ten einde te bepalen of de keuze voor toepassing van het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving inderdaad ondoelmatig is in de hiervoor bedoelde zin. Daarbij komt het naar het oordeel van de Commissie in het bijzonder aan op de volgende door de voorzieningenrechter van de Rechtbank Gelderland genoemde omstandigheden: het voorwerp van de aanbesteding, de markt waarin de aanbesteding plaatsvindt en de mate waarin gunning op basis van het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving zinvol is met het oog op de daarmee te verwezenlijken door de wetgever relevant geachte doelen, namelijk dat aanbestedende diensten een omslag gaan maken als het gaat om duurzaam en innovatief inkopen.

- 5.5.5. Een belangrijke met het voorwerp van de aanbesteding verband houdende omstandigheid, die in de hiervoor bedoelde afweging dient te worden betrokken, is naar het oordeel van de Commissie voorts de mate waarin de aanbestedende dienst in de specificatie van de opdracht ruimte voor marktpartijen heeft gecreëerd voor het aanbieden van innovatieve en duurzame oplossingen, die zich lenen voor een beoordeling met gebruikmaking van het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving. Aan deze omstandigheid zal bij de beoordeling van een klacht over een (onvoldoende gemotiveerde) afwijking van de hoofdregel van art. 2.114 lid 1 Aw 2012 echter geen betekenis kunnen worden toegekend, wanneer die klacht juist (mede) strekt tot het betoog dat een aanbestedende dienst de hiervoor bedoelde ruimte in de specificatie van de opdracht niet heeft geboden en daarmee beweerdelijk heeft gehandeld in strijd met art. 1.4 lid 2 Aw 2012, waarin is bepaald dat een aanbestedende dienst bij het aangaan van een overeenkomst zorg moet dragen voor het leveren van zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen.
- 5.5.6. Een omstandigheid die naar het oordeel van de Commissie niet in de in 5.5.4 bedoelde afweging behoeft te worden betrokken – anders dan klager stelt – is de mate waarin een aanbestedende dienst met de keuze voor de toepassing van het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving kan “sturen” op het beperken van het risico van een mogelijke verstoring van het level playing field. Nog afgezien van het feit dat een dergelijke stelling in zijn algemeenheid geen steun vindt in de op de onderhavige aanbesteding van toepassing zijnde regels van het aanbestedingsrecht, bieden die regels ook overigens voldoende waarborgen om te bewerkstelligen dat het level playing field niet wordt verstoord in een geval waarin een aanbestedende dienst kiest voor de toepassing van het criterium van de laagste prijs.
- 5.5.7. Het voorgaande betekent al met al dat de keuze voor toepassing van het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving niet doelmatig zal zijn wanneer de in 5.5.4 genoemde en door de aanbestedende dienst te maken afweging van alle relevante omstandigheden van het geval een resultaat oplevert dat de beslissing tot de keuze voor toepassing van het criterium van de laagste prijs niet zal kunnen dragen. Het resultaat van die afweging zal vervolgens moeten blijken uit de motivering waarmee de aanbestedende dienst de keuze voor toepassing van het criterium van de laagste prijs – gelet op diens motiveringsplicht van art. 2.114 lid 2 Aw 2012 – moet onderbouwen.
- 5.5.8. Tot slot geldt dat de hiervoor bedoelde motivering, gelet op het bepaalde in art. 2.114 lid 2 Aw 2012, dient te worden opgenomen in de aanbestedingsstukken. De Commissie heeft bij eerdere gelegenheid in het kader van de motiveringsplicht van art. 1.5 lid 3 Aw 2012 overwogen dat de Nota van Inlichtingen naar haar oordeel weliswaar geen deel uitmaakt van de aanbestedingsstukken (zie

overweging 6.12 van Advies 53), maar dat voor dat geval uit de wetsgeschiedenis niet blijkt waarom de wetgever de mogelijkheid voor een aanbestedende dienst tot naleving van die motiveringsplicht heeft willen beperken tot de aanbestedingsstukken en waarom het een aanbestedende dienst niet tevens zou zijn toegestaan die verplichting op een later tijdstip in de aanbestedingsprocedure via een Nota van Inlichtingen na te komen. Voor wat betreft de motiveringsplicht van art. 2.114 lid 2 Aw 2012 heeft de wetgever wat dat betreft echter wel een duidelijke keuze gemaakt:

'De motivering van de keuze voor het gunningscriterium van de laagste prijs vindt plaats in de aanbestedingsstukken, die gelijktijdig met de aankondiging van de opdracht bekend worden gemaakt. Indien er geen aankondiging van een opdracht bekend wordt gemaakt, vindt de motivering plaats in de aanbestedingsstukken die aan de aanbesteders worden toegezonden.' (Kamerstukken II 2011/12, 32440, nr. 25).

- 5.5.9. De Commissie zal hierna overgaan tot beoordeling van de klacht in het licht van het hiervoor uiteengezette toetsingskader.
- 5.6. De Commissie is van oordeel dat uit het met de aankondiging van de opdracht bekend gemaakte bestek blijkt dat beklagde in ieder geval acht heeft geslagen op alle relevante omstandigheden van het geval. Dat blijkt uit par. 0.07 lid 1 van het bestek (zie 1.5 hiervoor). Daarmee komt de hiervoor in 5.4 gestelde vraag aan de orde of die motivering de beslissing tot het toepassen van het criterium van de laagste prijs voldoende kan dragen. De Commissie overweegt daarover het volgende.
 - 5.6.1. Vooropgesteld moet worden dat – gelet op hetgeen de Commissie in 5.5.8 heeft overwogen – bij de beantwoording van de voorgaande vraag geen betekenis kan toekomen aan de inhoud van verschillende door beklagde in de Nota van Inlichtingen van 12 maart 2015 opgenomen antwoorden die zij heeft gegeven op vragen die tijdens de aanbestedingsprocedure zijn gestelde over par. 0.07 lid 1 van het bestek (zie ook 1.7 hiervoor). Bij de beantwoording van de hiervoor genoemde vraag komt het slechts aan op de motivering die beklagde in par. 0.07 van het bestek zelf heeft gegeven.
 - 5.6.2. Uit de in 5.5.2 weergegeven toelichting op het amendement dat ten grondslag ligt aan artikel 2.114 Aw 2012 blijkt dat de wetgever in de eerste plaats gedacht heeft aan het bevorderen van levering van duurzame producten met een laag energieverbruik, waarbij niet alleen naar de (laagste) prijs zou moeten worden gekeken, maar ook naar de Total Cost of Ownership (TCO). Bij de onderhavige aanbesteding is er geen sprake van levering van producten, maar van het onderhouden van reeds geleverde producten. Dat levert een aanwijzing dat er een basis is om gemotiveerd af te wijken van de hoofdregel.
 - 5.6.3. Beklaagde heeft in haar in 1.6 weergegeven motivering voor de keuze van laagste prijs als gunningscriterium drie gronden aangevoerd die achtereenvolgens door de Commissie onderzocht zullen worden.
 - 5.6.4. De eerste grond is dat er sprake is van een raamovereenkomst waarbij pas bij het sluiten van een deelopdracht bekend is wat de precieze modaliteiten van die deelopdracht zijn. Aangezien per perceel met één ondernemer een raamovereenkomst zal worden gesloten, moeten krachtens artikel 2.45 Aw 2012 de voorwaarden voor de te sluiten deelopdrachten volledig in de raamovereenkomst zijn vastgelegd. Het eventueel bieden van meerwaarde kan dus niet in de fase na de gunning plaatsvinden, maar zal bij de aanbesteding van de raamovereenkomst moeten gebeuren.

- 5.6.5. Wanneer bij het inschrijven op een gewone overheidsopdracht door de aanbestedende dienst de gelegenheid wordt geboden om meerwaarde aan te bieden doordat er kwaliteitscriteria zijn gedefinieerd, zal een inschrijver de kosten van de door hem aangeboden extra's calculeren en in zijn inschrijfsom verwerken. Biedt hij bijvoorbeeld aan om een tijdelijk parkeerterrein te huren en kost die huur hem € 10.000, dan zal hij die kosten (met een winstopslag) in zijn inschrijfsom verdisconteren. Bij een raamovereenkomst is er echter sprake van een fictieve inschrijfsom en kan de inschrijver de kosten van de extra geboden meerwaarde niet in die fictieve inschrijfsom verdisconteren, in de eerste plaats omdat niet duidelijk is of hij die kosten ooit in rekening zal kunnen brengen en in de tweede plaats omdat die kosten afhangen van de bij de inschrijving nog onbekende aard en omvang van toekomstige deelopdrachten.
- 5.6.6. Op zich lijkt klager een punt te hebben wanneer zij verwijst naar de website van CROW waar gesteld wordt dat in het kader van een RAW-bestek gunning op EMVI goed mogelijk is. Bij nadere bestudering van de website blijkt echter dat het CROW hierbij niet aan een OMOP-bestek heeft gedacht. Wanneer de link die klager noemt gekozen wordt, kan een voorbeeld van CROW worden gedownload met EMVI-criteria 'Tijd' (planning en fasering) en 'Bereikbaarheid' (parkeren, winkels en voorzieningen). Bij een concreet project kan de inschrijver aan dergelijke criteria een invulling geven, maar bij een OMOP-bestek waarbij niet bekend is wat de inhoud van de deelopdracht is, is een dergelijke invulling onmogelijk. Als het dus al mogelijk zou zijn om bij de aanbesteding van een raamovereenkomst met één ondernemer EMVI-criteria te hanteren, dan is dat in ieder geval niet eenvoudig en niet voor de hand liggend.
- 5.6.7. De eerste grond die beklagde aanvoert ter motivering van de keuze voor het criterium 'laagste prijs', kan die keuze dus dragen
- 5.6.8. De tweede grond die beklagde aanvoert is dat zij ervoor heeft gekozen de prestaties die gevraagd worden van de opdrachtnemers te beschrijven in de vorm van standaard werkzaamheden, vastgelegd in een RAW-bestek. Hierdoor zijn volgens beklagde allerlei mogelijke kwaliteitscriteria vastgelegd in de RAW standaard.
- 5.6.9. De Commissie constateert dat het CROW met zijn RAW Standaard in de GWW-sector gezorgd heeft voor een zeer vergaande standaardisatie die in ieder geval als groot voordeel heeft dat i) inschrijvers precies weten waarvoor zij prijzen afgeven en ii) aanbestedende diensten precies weten welke prestaties zij voor die prijzen geleverd krijgen. Een RAW-bestek op zich biedt dus vrijwel geen ruimte voor het bieden van extra kwaliteit voor zover het gaat om de prestaties die de kern van de opdracht vormen.
- 5.6.10. Ook de tweede grond die beklagde aanvoert ter motivering van de keuze van het criterium 'laagste prijs' kan die keuze dus dragen.
- 5.6.11. Als derde grond voert beklagde aan dat zij in de gehele stad een eenduidige inrichting van de verkeersregelinstanties wenst. Kennelijk wil beklagde daarmee betogen dat variaties niet gewenst zijn en heeft zij een uniforme werkwijze en uniforme montagevoorschriften in het bestek opgenomen.
- 5.6.12. Vanuit het oogpunt van de verkeersveiligheid is uniformiteit van verkeersregelinstanties een begrijpelijke eis en daarmee een gerechtvaardigde grond om te kiezen voor het in detail voorschrijven van de door de opdrachtnemer te leveren prestaties. Deze derde grond motiveert beklagde tevens waarom er gekozen is voor een RAW-bestek met het volledig in detail vastleggen van alle mogelijke

door de opdrachtnemer uit te voeren werkzaamheden. Als zodanig is dit geen zelfstandige grond waarmee de keuze voor laagste prijs kan worden gemotiveerd, maar ondersteunt zij de motivering die met de eerste twee gronden is gegeven en die ieder afzonderlijk en tezamen voldoende dragend zijn voor die keuze.

- 5.6.13. De Commissie is derhalve alles afwegende van oordeel dat de door beklagde in par. 0.07 van het bestek verstrekte motivering haar keuze voor de toepassing van het criterium van de laagste prijs voldoende kan dragen. Dat betekent dat de klacht ongegrond is.

6. Advies

De Commissie acht de klacht **ongegrond**.

7. Aanbeveling

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

Den Haag, 1 mei 2015

w.g. :
Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid