

Advies 246

1. Feiten

1.1. Beklaagde heeft een nationale niet-openbare aanbesteding gehouden voor de bouw van een dorpsaccommodatie.

1.2. In paragraaf 8.5 van de Selectieleidraad is onder andere het volgende bepaald:

'8.5. Stand still-termijn en bezwaartermijn

Nadat de Aanbestedende Dienst aan de Gegadigden de uitkomst bekend heeft gemaakt, neemt de Aanbestedende Dienst een stand still-termijn in acht van 10 dagen. Binnen die termijn gaat de Aanbestedende Dienst niet over tot uitnodiging tot inschrijving. Gedurende die termijn bestaat ook mogelijkheid tot het maken van bezwaar. De Gegadigde dient een eventueel bezwaar tegen de vaststelling van de selectie binnen 10 dagen na het bekendmaken van die beslissing aanhangig te maken in de vorm van een kort geding-procedure bij de bevoegde rechter. Een bezwaar dat aanhangig wordt gemaakt nadat laatstbedoelde termijn is verstreken, is niet ontvankelijk.'

1.3. Na afloop van de selectiefase is klager, die aanvankelijk niet was geselecteerd, alsnog uitgenodigd om een inschrijving in te dienen omdat één van de geselecteerden was afgevallen. Klager stelt dat bij die uitnodiging aan haar niet bekend is gemaakt wie de andere geselecteerde gegadigden waren.

1.4. In paragraaf 5.3.2 ("Maximale Inschrijfsom") van de Gunningleidraad is het volgende bepaald:

'De Aanbestedende Dienst heeft de Maximale Inschrijfsom vastgesteld op € 3.816.000,-- zegge: driemiljoen achthonderdzestienduizend euro exclusief btw. Deze Maximale Inschrijfsom is op het Inschrijvingsformulier vermeld. Inschrijvingen met een bedrag boven de Maximale Inschrijfsom zullen als ongeldig worden beschouwd en van deze aanbestedingsprocedure worden uitgesloten.'

1.5. In paragraaf 6.2 ("Gunningscriterium") van de Gunningleidraad is het volgende bepaald:

'Het gunningscriterium, op grond waarvan wordt bepaald aan welke Inschrijver wordt gegund, is 'economisch meest voordelige Inschrijving'. In de beoordeling worden de subgunningcriteria betrokken op de wijze zoals in de volgende paragraaf beschreven.'

1.6. In paragraaf 6.3.1 ("Kwalitatieve criteria") van de Gunningleidraad is onder andere het volgende bepaald:

'In deze paragraaf worden de kwalitatieve criteria beschreven die terug komen in het Plan van Aanpak (3 onderdelen).

Voor het totaal van deze criteria kunnen maximaal 200 punten worden behaald en wel op de volgende manier. Onderstaand wordt per criterium de beoordeling toegelicht.

Het Plan van Aanpak wordt op de volgende onderdelen beoordeeld:

1. Projectorganisatie (maximaal 100 punten):
 - de mate waarin de Inschrijver naar verwachting van de gunningcommissie effectieve interne kwaliteitsbewaking heeft georganiseerd. Hierbij wordt gekeken naar de systematiek en zorgvuldigheid.
 - de mate waarin de Inschrijver naar verwachting van de gunningcommissie zijn onderaannemers en leveranciers effectief aanstuurt. Hierbij wordt gekeken naar tijds- en kwaliteitsbewaking;
 - de mate waarin de Inschrijver naar verwachting van de gunningcommissie een proactieve samenwerking bewerkstelligt met het Ontwerpteam, de bouwdirectie en opzichter(s). Hierbij wordt gekeken naar de proactieve afstemming met het ontwerpteam en het betrekken van vertegenwoordigers van de opdrachtgever;
2. bouworganisatie, logistiek en bouwplaatsinrichting (,maximaal 50 punten):
 - de mate waarin de inschrijver naar verwachting van de gunningcommissie:
 - minder beslag zal leggen op de parkeercapaciteit en openbaar terrein als gevolg van bouwactiviteiten, bouwplaatsinrichting en opslag van materieel en materialen;
 - minder overlast ontstaat als gevolg van aan- en afvoer van mensen, materieel en materialen;
3. maatschappelijk verantwoord ondernemen (maximaal 50 punten):
 - de mate waarin de Inschrijver naar verwachting van de gunningcommissie met zijn aanpak het milieu ontziet. Dit kan betrekking hebben op transport/verkeersbewegingen, het minimaliseren en het scheiden van bouwafval en mogelijk andere zaken.'

- 1.7. In paragraaf 6.3.2 ("Inschrijfsom") van de Gunningleidraad is het volgende bepaald:

'De score die een Inschrijver kan halen voor zijn inschrijfsom wordt berekend aan de hand van de volgende formule:

score voor inschrijfsom = $(10 \text{ pt} - ((\text{door Inschrijver ingediende prijs} - \text{laagste prijs}) / (\text{laagste prijs})) * 20 \text{ pt}) * 80 \text{ (wegingsfactor)}$
--

De score voor de inschrijfsom wordt afgerond op een geheel getal. De maximale score die een inschrijver kan behalen is 800 punten.'

- 1.8. In paragraaf 7.3 ("Beoordeling subgunningcriteria") van de Gunningleidraad is het volgende bepaald:

- 'De beoordeling van het (kwalitatieve) subgunningcriterium vindt plaats als volgt.
- De beoordeling vindt plaats aan de hand van de subgunningcriteria zoals omschreven in paragraaf 6.3.2. en de gunningmatrix.
 - De gunningcommissie geeft als collectief (lees: niet de leden individueel) een eenduidig cijfer voor ieder in de gunningmatrix genoemd onderdeel. Het toe te kennen cijfer moet het gehele getal 1, 4, 7 of 10 zijn, waarbij:
 - 1 geen waarde toevoegt voor de opdrachtgever; er wordt gewoon voldaan aan wat op basis van het bestek verwacht mag worden van de aannemer;
 - 4 weinig waarde toevoegt voor de opdrachtgever;
 - 7 veel waarde toevoegt voor de opdrachtgever;
 - 10 heel veel waarde toevoegt voor de opdrachtgever als gevolg van innovatieve en creatieve ideeën.

- Bij verschil van mening tussen de leden van de gunningcommissie over het toe te kennen cijfer vindt overleg plaats tussen hen om te komen tot een gezamenlijk oordeel.
- De gunningcommissie bepaalt de eindscore door de punten op te tellen en te vermenigvuldigen op de wijze zoals in de gunningmatrix is bepaald.
- Met het Plan van Aanpak dienen minimaal 80 punten te worden behaald. Minder punten leidt tot een ongeldige inschrijving.'

1.9. Op 20 januari 2015 is aan klager de mededeling van de gunningsbeslissing gezonden. Hierbij is een bijlage gevoegd waarin de onderstaande scores en rangorde worden weergegeven:

'naam	Inschrijfsom(S)	Punten Inschrijfsom	Punten PvA	Totaal punten	Rang
[A]	3.815.000,00	645	125	770	4
[B]	3.196.998,00	800	80	880	1
[C]	3.499.000,00	724	110	834	3
Klager	3.525.678,00	718	140	858	2
[D]	3.927.800,00'				

1.10. De Commissie heeft geconstateerd dat bij de berekening van de punten voor de Inschrijfsom niet de formule uit de Gunningleidraad (zie 1.7) is gebruikt, maar een andere formule, namelijk:

$(10 \text{ pt} - ((\text{door Inschrijver ingediende prijs} - \text{laagste prijs}) / (\text{laagste prijs})) * 10 \text{ pt}) * 80$ (wegingsfactor)

1.11. In deze formule is vet gemarkeerd het verschil met de formule zoals die in paragraaf 6.3.2 van de Gunningleidraad (zie 1.7 hiervoor) is bepaald.

1.12. Op basis van de formule in de Gunningleidraad zou de uitslag als volgt zijn geweest:

naam	Inschrijfsom(S)	Punten Inschrijfsom	Punten PvA	Totaal punten	Rang
[A]	3.815.000,00	491	125	616	4
[B]	3.196.998,00	800	80	880	1
[C]	3.499.000,00	649	110	759	3
Klager	3.525.678,00	636	140	776	2
[D]	3.927.800,00				

1.13. Nadat de Commissie aan beklagde om een toelichting gevraagd heeft waarom zij niet de formule uit de Gunningleidraad heeft gehanteerd bij het bepalen van de uitslag, heeft beklagde als volgt geantwoord:

'[Beklaagde] heeft per abuis een andere formule toegepast. Voor de rangorde heeft dit echter geen effect. Overigens is in de reactie op de klacht uitgegaan van de verhoudingen/gewichten conform de formule in de gunningsleidraad.'

2. Beschrijving klacht

2.1. Klachtonderdeel 1

Het werk is ten onrechte gegund aan B. B heeft nog geen financiële jaarstukken aangezien de vennootschap nog geen jaar bestaat. Zij kan daarom niet voldoen aan de gestelde geschiktheidseisen op het gebied van financiële en economische draagkracht (jaarrekeningen 2011, 2012, 2013 en accountantsverklaring). B heeft in haar bestaansperiode niet de vier gevraagde referentiewerken kunnen opbouwen en kan daarom ook niet voldoen aan de gestelde geschiktheidseisen op het gebied van vakbekwaamheid.

2.2. Klachtonderdeel 2

Klager heeft bezwaar tegen het gunningscriterium dat in deze aanbestedingsprocedure is toegepast. Beklaagde stelt dat het EMVI criterium zou gelden maar feitelijk heeft bijna uitsluitend de prijs een rol gespeeld. Zonder nadere motivering heeft beklagde feitelijk gegund op laagste prijs. Dit is in strijd met de Aanbestedingswet en de Gids Proportionaliteit.

3. Onderbouwing klacht

3.1. Klachtonderdeel 1

3.1.1. Klager heeft tijdens de selectiefase niet kunnen constateren dat B niet voldeed aan de gestelde geschiktheidseisen aangezien klager geen voorlopige selectiebeslissing heeft ontvangen. Aan klager is niet bekend gemaakt welke gegadigden waren geselecteerd.

3.1.2. Dat klager geen selectiebeslissing heeft ontvangen is verklaarbaar aangezien zij pas na afloop van de selectiefase is gevraagd om alsnog deel te nemen aan de inschrijvingsfase aangezien een van de geselecteerde gegadigden was afgefallen en geen inschrijving meer wilde doen.

3.1.3. Beklaagde heeft zich op het standpunt *gesteld [ten tijde van de interne behandeling van de klacht, Commissie]* dat klager haar recht om bezwaar te maken tegen de selectiebeslissing zou hebben verwerkt. Van rechtsverwerking is echter geen sprake aangezien pas in de mededeling van de gunningsbeslissing voor het eerst aan klager bekend is gemaakt welke gegadigden voor het doen van een inschrijving waren geselecteerd. Pas op dat moment werd duidelijk dat ook B was geselecteerd. Pas na het uitvoeren van nader onderzoek heeft klager geconstateerd dat B niet aan de selectie-eisen voldoet.

3.1.4. Op basis van de Aw 2012 en artikel 3.14.2 van het ARW 2012 dient een partij die niet voldoet aan de geschiktheidseisen uitgesloten te worden van verdere deelname. Dit blijkt tevens uit paragraaf 8.3 van de selectieleidraad. Indien de aanmelding niet aan een of meerdere geschiktheidseisen voldoet dan wordt de aanmelding ongeldig verklaard.

3.1.5. B voldoet om de volgende redenen niet aan de gestelde geschiktheidseisen.
a. B is opgericht op 13 juni 2014 en is op 16 juni 2014 ingeschreven in het handelsregister van de Kamer van Koophandel. Bij B zijn twee werknemers in dienst.
b. Enig aandeelhouder en bestuurder is de vennootschap Z.

- c. Eind 2013 is het Bouwbedrijf X failliet verklaard. De activiteiten/projecten van deze vennootschap zijn, als klager de krant mag geloven, deels overgenomen door Y/Z. Waar deze activiteiten in zijn ondergebracht is klager niet bekend.
- d. Begin 2014 is vervolgens een nieuwe vennootschap met de naam B ingeschreven in het handelsregister onder nummer [nummer]. De naam van deze vennootschap is per 13 juni 2014 gewijzigd in E.
- e. Bij E is op dit moment echter maar 1 persoon in dienst. De kennis en ervaring van het voormalige Bouwbedrijf X kan daar dan ook niet langer aanwezig zijn
- f. Het huidige bedrijf B is een volledig nieuwe vennootschap opgericht in juni 2014 die niet de kennis en ervaring van het failliet verklaarde Bouwbedrijf X heeft overgenomen en slechts twee werknemers in dienst heeft.

3.1.6. Klager is dan ook van mening dat B op geen enkele wijze kan voldoen aan de in de Selectieleidraad gestelde eisen op het gebied van draagkracht en bekwaamheid.

3.2. Klachtonderdeel 2

3.2.1. Beklaagde heeft zonder nadere motivering feitelijk de laagste prijs als criterium gehanteerd en niet de economisch meest voordelige inschrijving. Dit is in strijd met artikel 2.114 Aw 2012.

3.2.2. Volgens de Gunningleidraad konden voor de kwalitatieve criteria maximaal 200 punten worden gehaald. De eis was dat minimaal 80 punten werden gescoord op kwaliteit.

3.2.3. De maximaal te behalen score voor de inschrijfsom is 800 punten.

3.2.4. Deze systematiek is eenvoudig te manipuleren.

3.2.5. Een inschrijver kan een minimaal plan van aanpak indienen dat net voldoet aan het vereiste van 80 punten. Met de laagste prijs heeft hij dan 880 punten.

3.2.6. Een opvolgend inschrijver die de maximale score haalt op kwaliteit (200) dient dus dan nog minimaal 680 punten te scoren op prijs. Door de gekozen formule verliest de opvolgend inschrijver al bij een prijsverschil van 7,5%.

3.2.7. De waardering van de kwalitatieve aspecten van de inschrijvingen hebben geen significante invloed op de beoordeling van de inschrijvingen. Beklaagde heeft formeel EMVI als gunningscriterium gehanteerd maar materieel komt het toegepaste criterium neer op de laagste prijs.

3.2.8. In de uitspraak Rb. Gelderland (vzr.) 24 januari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:454 was een soortgelijke situatie aan de orde. De voorzieningenrechter en de Commissie van Aanbestedingsexperts hebben in die zaak geoordeeld dat het verschil tussen de verwachte laagste prijs en de één na laagste prijs gecompenseerd moet kunnen worden door het verschil tussen de laagst aangeboden kwaliteit en de hoogst aangeboden kwaliteit. Van een significante invloed van kwaliteit is geen sprake als in minder dan 10% van de gevallen de kwaliteit nog invloed heeft.

3.2.9. Bij de onderhavige aanbesteding heeft de kwaliteit slechts invloed bij een prijsverschil van minder dan 7,5%. Dat is naar de mening van klager te weinig.

4. Reactie beklagde

4.1. Klachtonderdeel 1

- 4.1.1. Na afloop van de selectiefase is klager gevraagd alsnog deel te nemen aan de aanbesteding aangezien een van de geselecteerde partijen was afgevallen. Tegen de selectiebeslissing zijn door de gegadigden – inclusief klager – geen bezwaren geuit terwijl daartoe wel de mogelijkheid middels een stand still-termijn van tien dagen was geboden.
- 4.1.2. Na ruimschoots verstrijken van de stand still-termijn – gunningsbeslissing 20 januari 2015 – en de definitieve opdrachtverstrekking op 19 februari 2015 heeft klager (pas) op 22 mei 2015 een klacht bij de Commissie ingediend.
- 4.1.3. Uit paragraaf 8.5 van de Selectieleidraad volgt dat gedurende de stand still-termijn na de selectiebeslissing bezwaar kan worden gemaakt op straffe van niet-ontvankelijkheid. Door geen gebruik te maken van deze mogelijkheid en evenmin destijds gebruik te maken van de klachtenprocedure ex paragraaf 9 van de Selectieleidraad, heeft klager volgens beklagde haar recht verwerkt om tegen de selectiebeslissing op te komen.
- 4.1.4. In haar aanmelding heeft B een beroep gedaan op de middelen van een derde, te weten haar moederverenootschap Z.
- 4.1.5. Bij beklagde heeft B genoegzaam aangetoond dat zij kan beschikken over de voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijke middelen van Z. In tegenstelling tot de suggestie (fishing expedition) van klager, voldoet B zeer wel aan de gestelde geschiktheidseisen.
- 4.1.6. Bij toetsing van de aanmelding van B heeft beklagde vastgesteld dat B daadwerkelijk een beroep op de door B bij inschrijving aangevoerde referenties in het kader van de technische bekwaamheid heeft kunnen doen.
- 4.1.7. Conform paragraaf 5.9.1 van de Selectieleidraad zijn de gegadigden gevraagd vier referentieprojecten in te dienen, waarbij is aangegeven dat de in te dienen referentieprojecten niet verschillend behoeven te zijn en een ingediend project kan gelden als meer dan één van de gevraagde referentieprojecten.
- 4.1.8. Middels een drietal referentieprojecten heeft B voldaan aan de gevraagde referentieprojecten en daarmee aan gestelde geschiktheidseis.
- 4.1.9. De in de onderhavige aanbesteding door B opgegeven referentieprojecten vloeien voort uit het faillissement van X.
- 4.1.10. Ter zake de overname van deze projecten verwijst beklagde naar het faillissementsverslag (II) d.d. 18 juni 2014, waarin onder andere het volgende is bepaald:

'Voorraden / onderhanden werk

3.9 Beschrijving: (...) Na uitgebreide onderhandelingen met de betreffende opdrachtgevers en met de uiteindelijke koper zijn drie projecten verkocht en door middel van contractovername overgedragen aan Z. (...).

Andere activa

3.12 Beschrijving: Voorts was nog sprake van enige immateriële activa, voornamelijk bestaande uit de handelsnaam, de abonnementen op telefoon- en fax-

nummers, e-mailadres en domeinnaam. Deze activa zijn verkocht aan [Z] voor een koopsom van € 5.000,- (te vermeerderen met 21% btw). (...).

Doorstart

6.3 *Beschrijving*: Met de verkoop van de lopende onderhanden werken en het immaterieel actief aan [Z] is feitelijk de gehele onderneming doorgestart. Nagenoeg alle werknemers zijn ook door [Z] (resp. gerelateerde vennootschappen) in dienst genomen.'

- 4.1.11. De betreffende projecten zijn van meet af aan voortgezet en voltooid door de medewerkers van B, waaronder de oud-eigenaar, de projectleider en een tweetal projectverantwoordelijken.
- 4.1.12. In beginsel zijn de medewerkers ondergebracht bij E, zijnde een dochtervennootschap van Z en thans zustervennootschap van B. Na voltooiing van de drie projecten zijn de oud-eigenaar, de projectleider en een projectverantwoordelijke – middels vaste arbeidsovereenkomst en een managementovereenkomst – allen werkzaam voor B.
- 4.1.13. De medewerkers van de gefailleerde vennootschap die de bij de aanmelding overgelegde referentieprojecten hebben uitgevoerd en daarmee de gevraagde ervaring hebben, zijn uiteindelijk dan ook terecht gekomen bij B. Dit geldt ook voor de overgenomen (immateriële) activa.
- 4.1.14. Geconcludeerd moet dan ook worden dat de opgebouwde kennis en ervaring met betrekking tot de referentieprojecten binnen het concern van Z behouden zijn gebleven en bij B terecht zijn gekomen. De uitgevoerde projecten zijn dan ook representatief gebleven.
- 4.1.15. Nagenoeg het gehele bij deze projecten betrokken personeelsbestand is overgenomen en in ieder geval de sleutelfiguren c.q. het personeel met relevante kennis; de oud-eigenaar, projectleider en projectverantwoordelijke zijn immers overgenomen. Tenslotte wordt de noodzakelijke kennis van een onderneming in dergelijke sleutelfiguren geborgd. Bovendien heeft B aan beklagde onverkort bevestigd dat deze personen worden ingezet bij het aanbestede werk.
- 4.1.16. Eerder is in het vonnis Rb. Arnhem (vzr.) 17 oktober 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BU3544 geoordeeld dat inzake de technische bekwaamheid met succes een beroep op de referentieprojecten uit een failliete vennootschap kan worden gedaan, mits de activa en het personeel worden overgenomen.

4.2. Klachtonderdeel 2

- 4.2.1. Klager heeft pas op 23 januari 2015, ná de mededeling van de gunningsbeslissing, bezwaren kenbaar gemaakt tegen de gunningssystematiek. Wegens een gebrek aan proactiviteit zou dit klachtonderdeel dan ook niet behandeld moeten worden. Voor zover de Commissie toch overgaat tot behandeling van dit klachtonderdeel, voert beklagde het volgende aan.
- 4.2.2. Vooropgesteld dient te worden dat sprake is van een nationale aanbesteding en niet een Europese aanbesteding. Voor zover in artikel 2.114 lid 2 Aw 2012 een verplichting tot motiveren bij toepassing van het gunningscriterium laagste prijs zou zijn opgenomen, geldt dit enkel voor een Europese aanbesteding. Dit wetsartikel is derhalve niet op de onderhavige aanbesteding en daarmee de onderhavige klachtbeoordeling van toepassing.

- 4.2.3. Uitgangspunt is dat een aanbestedende dienst de vrijheid heeft aan het subcriterium prijs meer gewicht toe te kennen dan aan alle andere, op de kwaliteit betrekking hebbende, subcriteria gezamenlijk.
- 4.2.4. Bovendien is naar oordeel van beklagde geen sprake van een EMVI-criterium dat de facto neerkomt op een keuze voor het gunningscriterium van de laagste prijs.
- 4.2.5. Daarnaast zijn de uit te voeren werkzaamheden van de aanbestede opdracht middels een uitvoerig bestek gedetailleerd en uitputtend omschreven.
- 4.2.6. Daarbij komt dat de opdracht enkel ziet op een gedetailleerd voorgeschreven uitvoering van het werk en niet op het vervaardigen van het ontwerp. Daar waar bijvoorbeeld bij een werk op basis van een UAV-gc contract de aanbieding, en daarmee ook de prijs, tussen inschrijvers aanzienlijk kan verschillen, behoeft dat bij een opdracht op basis van de UAV, en zeker bij dermate uitgewerkte bestekken als het onderhavige, een ruime onderlinge afwijking niet te worden verwacht.
- 4.2.7. Door het stellen van een maximale reële, doch scherpe, inschrijfsom en een volledig uitgewerkte uitvraag, behoeft redelijkerwijs een grote bandbreedte in het onderdeel prijs niet te worden verwacht waardoor verschil op kwaliteit kan worden gemaakt.
- 4.2.8. Dit is ook uitgekomen. Behoudens de winnende zeer lage inschrijving en een ongeldige inschrijving (overschrijding van de maximale inschrijfsom door [D]), is het verschil tussen de nummers twee en vier slechts een bedrag van € 316.000, zijnde 8% van de maximale inschrijfsom.
- 4.2.9. Bij een substantieel betere score (4 t.o.v. 10) op de subgunningscriteria bij het onderdeel kwaliteit, kan een inschrijver winnen bij een ca € 230.000,- hogere inschrijving op het onderdeel prijs. Voorbeeld: als klager een inschrijving had gedaan die 6% lager lag, had klager de opdracht gegund gekregen met de huidige kwaliteitscriteria; ondanks de zeer lage inschrijfsom van de winnende inschrijving van B.
- 4.2.10. Tevens had klager, bij een maximale score op de kwaliteitscriteria, slechts een 2,6% lagere inschrijfsom nodig om als winnende inschrijver uit de bus te komen.
- 4.2.11. Dat ten opzichte van de bandbreedte van de kwaliteitscriteria grote verschillen konden worden verwacht, blijkt ook wel uit de beoordelingsmatrix. Daaruit volgt dat daadwerkelijk grote verschillen zijn opgetreden. Niet gesteld kan worden dat de beoordelingen van de kwaliteitscriteria automatisch bij elkaar (zouden) liggen.
- 4.2.12. Beklaagde is van mening dat de kwaliteitscriteria een dusdanig significante invloed hebben die passend is bij de opdracht en de meerwaarde die de criteria kunnen hebben. Beklaagde heeft tijdens het opstellen van de gunningleidraad zorgvuldig afgewogen wat de meerwaarde van de kwalitatieve criteria kan zijn voor het project. Een zwaardere weging voor de kwalitatieve criteria zou economisch onverantwoord zijn, doch maakt niet dat ervoor is gekozen om de kwaliteit in de onderhavige aanbesteding geen rol van betekenis te laten spelen.

5. Beoordeling

5.1. De Commissie stelt voorop dat beklaagde een nationale niet-openbare aanbesteding heeft gehouden. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 (afdeling 1.2.3) Aw 2012; Hoofdstuk 3 ARW 2012.

5.2. Klachtonderdeel 1

5.2.1. Volgens bestaande jurisprudentie mag van een inschrijver in een geval als het onderhavige een proactieve houding worden verwacht. Dit houdt in dat een inschrijver verplicht is onvolkomenheden in de aanbestedingsprocedure bij de aanbesteder te signaleren zodra hij die redelijkerwijze behoorde op te merken. De ratio daarvan is dat de aanbesteder daarmee mogelijk in staat wordt gesteld de (gevolgen van de) onvolkomenheden ongedaan te maken in een stadium waarin de nadelige gevolgen daarvan voor alle betrokken partijen zoveel mogelijk beperkt kunnen blijven.

5.2.2. Klager heeft zich op het standpunt gesteld dat, toen zij – na aanvankelijk niet te zijn geselecteerd – alsnog werd uitgenodigd tot het doen van een inschrijving, beklaagde niet aan haar bekend heeft gemaakt wie de andere geselecteerde gegadigden – waaronder B – waren. Deze stelling laat naar het oordeel van de Commissie echter onverlet dat klager zo spoedig mogelijk na de mededeling van de gunningsbeslissing op 20 januari 2015, toen zij van de identiteit van B op de hoogte raakte, haar bezwaren tegen de selectie van B bij beklaagde kenbaar had kunnen maken. De Commissie heeft vastgesteld dat klager dat laatste pas op 7 april 2015 heeft gedaan, bij brief van haar advocaat. Met beklaagde is de Commissie van oordeel dat klager daarmee voor wat betreft het eerste klachtonderdeel haar in 5.2.1 bedoelde verplichting onvoldoende heeft nageleefd.

5.2.3. Het eerste klachtonderdeel is derhalve ongegrond.

5.2.4. Ten overvloede overweegt de Commissie nog het volgende. Gelet op de reactie van beklaagde is de Commissie ook overigens van oordeel dat het klachtonderdeel inhoudelijk ongegrond is. Klager heeft over het hoofd gezien dat een inschrijver ook aan een geschiktheidseis kan voldoen door middel van een beroep op een derde, mits in de inschrijving wordt aangetoond dat de inschrijver daadwerkelijk kan beschikken over de voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijke middelen van die derde. De Commissie neemt aan dat beklaagde een en ander zorgvuldig heeft onderzocht en acht de stellingen van beklaagde in dezen voldoende geloofwaardig.

5.3. Klachtonderdeel 2

5.3.1. Met beklaagde is de Commissie van oordeel dat klager ook voor wat betreft het tweede klachtonderdeel haar in 5.2.1 bedoelde verplichting onvoldoende heeft nageleefd. Het klachtonderdeel richt zich in de kern immers tegen het door beklaagde gehanteerde gunningscriterium. Voor zover daar inderdaad onvolkomenheden aan kleven, had klager die redelijkerwijze al behoren op te merken toen zij de inhoud van de Gunningsleidraad tot zich nam met het oog op de voorbereiding van haar inschrijving.

5.3.2. Het tweede klachtonderdeel is derhalve ongegrond.

5.3.3. De Commissie overweegt ten overvloede nog het volgende met betrekking tot het door beklaagde gehanteerde gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving.

- 5.3.4. Anders dan beklagde stelt (zie 4.2.2 hiervoor), geldt ook bij een nationale aanbestedingsprocedure voor werken dat een aanbestedende dienst een opdracht gunt op grond van het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving. Wanneer in plaats daarvan voor de laagste prijs als gunningscriterium wordt gekozen, moet de aanbestedende dienst die keuze in de aankondiging motiveren. Deze verplichtingen volgen voor een geval als het onderhavige uit art. 3.3.10 ARW 2012.
- 5.3.5. Zoals de Commissie eerder heeft geoordeeld, heeft een aanbestedende dienst die kiest voor het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving in beginsel de mogelijkheid om aan het subcriterium prijs meer gewicht toe te kennen dan aan alle andere, op de kwaliteit van de inschrijving betrekking hebbende, subcriteria gezamenlijk. Die mogelijkheid bereikt echter haar grens daar waar de keuze van de aanbestedende dienst voor het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving de facto neerkomt op een keuze voor het gunningscriterium van de laagste prijs. Daarvan zal sprake zijn wanneer op basis van de uitwerking van het gunningscriterium in de aanbestedingsdocumenten, alle omstandigheden van het geval afwegende, voor inschrijvers de redelijke verwachting zal mogen bestaan dat de waardering van de kwalitatieve aspecten van de inschrijvingen – naast het aspect prijs – geen significante invloed zal hebben op de rangorde daarvan. In een dergelijk geval hanteert de aanbestedende dienst weliswaar formeel het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving, maar is materieel sprake van het gunningscriterium van de laagste prijs (zie Advies 33, overwegingen 6.3 en 6.4, bevestigd door Rb. Gelderland (vzr.) 24 januari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:454, r.o. 4.6). De te beantwoorden vraag is of de keuze van beklagde voor het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving in het onderhavige geval de facto neerkomt op een keuze voor het gunningscriterium van de laagste prijs.
- 5.3.6. Bij de beantwoording van deze vraag zal de Commissie, net als beklagde, uitgaan van de situatie alsof beklagde de juiste formule had gehanteerd en de in 1.12 hiervoor weergegeven uitslag zou zijn vastgesteld.
- 5.3.7. Zoals uit 5.3.5 blijkt, moet voor de beantwoording van de hiervoor bedoelde vraag worden nagegaan of de inschrijvers op basis van de uitwerking van het gunningscriterium in de aanbestedingsdocumenten de redelijke verwachting zullen mogen hebben dat de waardering van de kwalitatieve aspecten van de inschrijvingen – naast het aspect prijs – geen significante invloed op de rangorde daarvan zal hebben. Het gaat dan om de redelijke verwachting die zal mogen bestaan op basis van de uitwerking van het gunningscriterium in de aanbestedingsdocumenten. Zoals de Commissie in haar Advies 33 heeft overwogen, dienen bij de beoordeling van die redelijke verwachting alle omstandigheden van het geval te worden afgewogen (vergelijk ook Rb. Gelderland (vzr.) 3 juni 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:3493, r.o. 4.8; zie voorts Advies 224, overwegingen 5.5.3 en 5.5.4). Dat laat echter onverlet dat bij die beoordeling dient te worden geabstraheerd van de inhoud van de daadwerkelijke inschrijvingen.
- 5.3.8. Duidelijk is dat bij hanteren van de juiste formule (zie 5.3.6 hiervoor) het gewicht van de prijs veel hoger is dan bij de abusievelijk gehanteerde formule. In het eerste geval immers krijgt een inschrijving die 50% hoger is dan de laagste prijs 0 punten, terwijl in het tweede geval pas een inschrijving die 100% hoger is dan de laagste prijs 0 punten krijgt.
- 5.3.9. Zoals klager terecht stelt, zullen de inschrijvers de redelijke verwachting mogen hebben dat alle geldige inschrijvingen een score voor kwaliteit krijgen die ligt tussen 80 en 200 punten, terwijl de scores voor prijs tussen 0 en 800 punten zul-

len liggen. Dat maakt duidelijk dat het gewicht van prijs zeer hoog is en het gewicht van kwaliteit navenant laag.

- 5.3.10. Wanneer de inschrijving met de laagste prijs de minimale score van 80 punten voor kwaliteit scoort – wat zich in casu toevallig ook heeft voorgedaan – dan kan een inschrijving die de maximale kwaliteit van 200 punten biedt alleen winnen wanneer haar score voor prijs meer dan 680 punten bedraagt. Bij een score van 680 punten voor prijs is de prijs $120/800 \times 50\% = 7,5\%$ hoger dan de laagste prijs.
- 5.3.11. De stelling van klager dat winnen op kwaliteit alleen mogelijk is wanneer het prijsverschil met de laagsteieder minder dan 7,5% bedraagt, is dus correct. De te beantwoorden vraag is vervolgens of dit percentage – hierna te noemen: grenswaarde – in een geval als het onderhavige te laag is. De Commissie overweegt daarover het volgende.
- 5.3.12. In de door klager aangehaalde casus die figureerde in Advies 33 van de Commissie bedroeg de hiervoor bedoelde grenswaarde ca. 4%. De Commissie heeft in dat Advies geoordeeld dat de inschrijvers in het betreffende geval de redelijke verwachting mochten hebben dat de kwalitatieve aspecten van de inschrijvingen geen significante invloed op de rangorde van de inschrijvingen zouden hebben. Bedacht moet worden dat het in die zaak ging om een opdracht met betrekking tot zowel de engineering als de uitvoering van bouwkundige werken, werktuigbouwkundige installaties en elektrotechnische installaties, inclusief terreinrichting en terreininstallaties, alsmede het coördineren en vervaardigen van de bestekuitwerking en de coördinatie van de overige bij de uitvoering te betrekken partijen en adviseurs. Bij een dergelijke opdracht mag redelijkerwijze worden verwacht dat de prijzen meer uit elkaar zullen liggen dan bij een opdracht zoals de onderhavige, die beperkt is tot enkel de uitvoering van bouwkundige en installatietechnische werkzaamheden op basis van een STABU-bestek. Dat de prijzen bij een dergelijke opdracht meer bij elkaar zullen liggen dan in het geval dat zich voordeed in de casus die centraal stond in Advies 33, zal zeker mogen worden verwacht wanneer de aanbestedende dienst – zoals in het onderhavige geval ook is gebeurd (zie 1.4 hiervoor) – een maximale inschrijfsom hanteert.
- 5.3.13. De Commissie is alle omstandigheden van dit geval afwegende van oordeel dat beklagde met een grenswaarde van 7,5% weliswaar aan de lage kant zit, maar dat niet kan worden geoordeeld dat de inschrijvers de redelijke verwachting mochten hebben dat de kwalitatieve aspecten van de inschrijvingen geen significante invloed op de rangorde van de inschrijvingen zouden hebben.
- 5.3.14. De Commissie adviseert beklagde om bij een aanbesteding van een opdracht voor de uitvoering van bouwkundige en installatietechnische werkzaamheden op basis van een STABU-bestek zekerheidshalve een grenswaarde te hanteren die niet lager is dan 10% dan wel – indien een lagere grenswaarde wordt gehanteerd – in de aankondiging te motiveren waarom (de facto) wordt gekozen voor het criterium van de laagste prijs.

6. Advies

De Commissie acht beide onderdelen van de klacht **ongegrond**.

7. Aanbeveling

De Commissie adviseert beklagde om bij toekomstige aanbestedingen van opdrachten voor de uitvoering van bouwkundige en installatietechnische werkzaamheden op basis van een STABU-bestek in geval van een keuze voor een gunningssystematiek met een grenswaarde beneden 10% in de aankondiging te motiveren waarom (de facto) wordt gekozen voor het criterium van de laagste prijs.

Den Haag, 5 oktober 2015

w.g.:

Mr. J.G.J. Janssen
Voorzitter

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

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid