nummer	code	jaar	volgnummer	
	TBR	2018	172	
titel	Kroniek adviezen Commissie van Aanbestedingsexperts			
auteurs	titulatuur	voorletters	tussenvoegsels	achternaam
	Mr.	B.J.H.		Blaisse-Verkooijen
	Mr.	J.C.		Binnerts
	Mr.	L.		Knoups
samenvatting	In deze kroniek worden de adviezen van de Commissie van Aanbestedingsexperts in de periode 1 juli 2017-1 juli 2018 besproken.			
auteurs_noot	Babette Blaisse-Verkooijen en Jan Coen Binnerts zijn als advocaat aan Pot Jonker in Haarlem verbonden. Lieke Knoups is advocaat bij Severijn Hulshof in Den Haag.			

1. Inleiding

In deze kroniek worden de Adviezen besproken die de Commissie van Aanbestedingsexperts (hierna: de Commissie) heeft gepubliceerd op haar website in de periode 1 juli 2017 - 1 juli 2018. Kronieken van voorgaande jaren verschenen in eerder jaargangen van dit tijdschrift.[1]

Voor de leesbaarheid wordt erop gewezen dat in deze bijdrage de aanbestedende dienst veelal als 'beklaagde' wordt aangeduid. Daarmee wordt aansluiting gezocht bij de terminologie die de Commissie in haar Adviezen hanteert. Klager is in de meeste gevallen een inschrijver, maar kan ook een brancheorganisatie zijn. In een enkel geval is sprake van een onderaannemer die een klacht indient.

2. Bevoegdheid Commissie van Aanbestedingsexperts

2.1. Indieners van een klacht

Artikel 7.1. van het Reglement van de Commissie (hierna: het '**Reglement**') bepaalt door wie een klacht kan worden ingediend. In de Adviezen 439, 425, 409 en 444 krijgt de Commissie te oordelen over de uitleg van deze bepaling.

In Advies 439 oordeelt de Commissie dat artikel 7 lid 1 van het Reglement ruim moet worden uitgelegd in die zin dat niet alleen onder*aannemers* van (potentiële) gegadigden of inschrijvers een klacht mogen indienen bij de Commissie, maar dat álle onder*opdrachtnemers* van (potentiële) gegadigden of inschrijvers dit mogen doen.[2]

In Advies 425 wordt geklaagd door een onderaannemer van een hoofdaannemer; aan de hoofdaannemer is de opdracht niet gegund. De hoofdaannemer legt zich hierbij neer. Beklaagde is van mening dat dit gevolgen heeft voor de ontvankelijkheid van klager (de onderaannemer).[3] De Commissie oordeelt dat nu klager een onderaannemer is van een (potentiële) inschrijver en bovendien het voornemen bestond dat deze partij een significant deel van de opdracht zou uitvoeren indien de hoofdaannemer de winnende inschrijving zou indienen, het niet relevant is dat de hoofdaannemer heeft berust in de gunningbeslissing. De Commissie benadrukt dat het

[1] Zie *TBR* 2015/175, *TBR* 2015/178 en *TBR* 2016/150, TBR 2017 / 158.

[2] Zie ook Advies 368.

[3] Hierbij wijst beklaagde op het vonnis van de rechtbank Den Haag van 31 mei 2017 (ECLI: NL: RBDHA:2017:5836). Op basis van dit vonnis kan volgens beklaagde niet anders dan worden vastgesteld dat klager niet zelfstandig kan opkomen tegen besluiten die beklaagde heeft genomen in het kader van de aanbestedingsprocedure.

erom gaat dat klager, nu zij een belang heeft gehad bij de aanbesteding, het handelen of nalaten van een beklaagde in een klachtprocedure bij de Commissie ter discussie moet kunnen stellen. Daaraan doet niet af dat zou kunnen blijken dat klager ter zake van datzelfde handelen of nalaten niet ontvankelijk zou zijn in zijn vordering bij de gewone rechter.

Combinanten kunnen afzonderlijk een klacht indienen bij de Commissie, zo volgt uit Advies 409. De Commissie benadrukt dat artikel 7 lid 1 van het Reglement ruim moet worden uitgelegd. De Commissie wil combinanten niet verhinderen afzonderlijk een klacht bij haar in te dienen. In dat verband wijst de Commissie erop dat in deze zaak geklaagd wordt over de proportionaliteit van de referentie-eisen. De klacht gaat dus over eisen in de aanbestedingsprocedure die het bepaalde ondernemingen wellicht onmogelijk maken om zelfstandig in te schrijven. Deze ondernemingen hebben daarom een zelfstandig belang en moeten dan ook zelfstandig een klacht kunnen indienen.

In Advies 444 krijgt de Commissie te oordelen over een klacht die is ingediend door een brancheorganisatie. De Commissie oordeelt dat een brancheorganisatie een afgeleide klachtplicht toekomt en op grond van Artikel 7 lid 1 van het Reglement een klacht kan indienen bij de Commissie. Klager is weliswaar zelf geen (potentiële) inschrijver, maar behartigt de belangen van potentiële inschrijvers. Naar het oordeel van de Commissie kan hij in die hoedanigheid zowel op eigen initiatief als naar aanleiding van een melding van een potentiële gegadigde een klacht indienen bij de Commissie. In beide gevallen geldt voor de brancheorganisatie dan een afgeleide klachtplicht. De Commissie overweegt dat niet is vereist dat eventuele vragen of klachten tijdens de aanbestedingsprocedure door de brancheorganisatie zelf zijn ingediend.[4]

2.2. Voorschriften omtrent het indienen van de klacht

De artikelen 8 en 9 van het Reglement van de Commissie bepalen op welke wijze een klacht moet worden ingediend en wanneer de Commissie een klacht niet in behandeling kan nemen.

In artikel 8 lid 3 is bepaald dat een klager eventuele voorschriften omtrent het indienen van een klacht die in de aanbestedingsstukken zijn opgenomen dient na te leven. Dit geldt echter niet indien deze voorschriften voor klager een beperking opleveren om bij beklaagde een klacht in te dienen. Uit artikel 9 lid 1 volgt dat klager de klacht eerst schriftelijk bij beklaagde kenbaar moet maken. In de zaak die ten grondslag ligt aan Advies 420 had de advocaat van klager uitdrukkelijk schriftelijk bij beklaagde bezwaar gemaakt tegen de gunningsbeslissing. Beklaagde stelt zich echter op het standpunt dat de klacht niet in behandeling kan worden genomen door de Commissie omdat klager niet eerst een klacht heeft ingediend bij het in de aanbestedingsstukken opgenomen klachtenmeldpunt. Naar het oordeel van de Commissie is dit een ongeoorloofde drempel. De Commissie neemt de klacht dan ook gewoon in behandeling.

In Advies 449 oordeelt de Commissie dat het feit dat klager niet op de onderhavige overheidsopdracht heeft ingeschreven niet maakt dat de Commissie de klacht niet in behandeling kan nemen. Een dergelijke beperking volgt niet uit het Reglement. Klager heeft aangegeven dat zij de inschrijving achterwege heeft gelaten vanwege een gesteld gebrek in de gunningsystematiek en dat dit precies is waarover zij een klacht bij de Commissie heeft ingediend. De Commissie overweegt dat in een dergelijk geval niet van de klager kan worden verwacht dat hij (op straffe van verval van zijn klachtrecht bij de Commissie) eerst pro-forma een

[4] Hierbij sluit de Commissie aan bij Advies 256.

inschrijving moet indienen.[5] Ook benadrukt de Commissie dat wanneer de behandeling van een klacht onverhoopt niet leidt tot een oplossing daarvan, de behandeling desalniettemin kan bijdragen aan de in artikel 2 lid 1 van het Reglement genoemde verbetering van de professionaliteit van de aanbestedingspraktijk en leereffecten teweeg kan brengen.

2.3. Het begrip 'klacht'

In de door ons onderzochte periode heeft de Commissie zich in meerdere Adviezen uitgelaten over de vraag wat precies onder een klacht wordt verstaan. Artikel 1 lid c van het Reglement bepaalt dat een klacht een uiting is van ongenoegen van een partij over het handelen of het nalaten van een andere partij, voor zover dat handelen of nalaten binnen de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012 valt.

In Advies 428 oordeelt de Commissie - in navolging van haar eerdere Adviezen 197, 242, 287, 388 en 409 - dat de wijze waarop een intern klachtenmeldpunt van een aanbestedende dienst omgaat met een klacht die is ingediend, weliswaar als een handelen of nalaten van die aanbestedende dienst kwalificeert, maar niet als een handelen of nalaten dat binnen de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012 valt. Het feit dat de Commissie een dergelijke klacht niet in behandeling neemt, laat onverlet dat - voor zover een intern klachtenmeldpunt van een aanbestedende dienst een bij haar ingediende klacht afwijst - de Commissie zich inhoudelijk zal kunnen uitlaten over de wijze waarop de afwijzing door dat klachtenmeldpunt is onderbouwd.

Een klacht over de afwezigheid van een onafhankelijk klachtenmeldpunt neemt de Commissie om dezelfde reden evenmin in behandeling.[6] De wijze waarop beklaagde met klachten omgaat geldt niet als een handelen of nalaten dat binnen de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012 valt.

Een klacht over een overeenkomst die ruim voor de inwerkingtreding van de Aanbestedingswet 2012 tot stand is gekomen neemt de Commissie niet in behandeling.[7] De Commissie overweegt ten overvloede dat zij de klacht wel in behandeling had kunnen nemen indien aannemelijk zou zijn gemaakt dat de overheidsopdracht, waarop de klacht betrekking heeft, in de loop der tijd en met name na de datum van inwerkingtreding van de Aw 2012 per 1 april 2013, wezenlijk zou zijn gewijzigd. Dan zou immers sprake zijn geweest van de plaatsing van een nieuwe overheidsopdracht die in beginsel (wel) valt onder het toepassingsgebied van de Aanbestedingswet 2012. Dat is echter niet door klager aangevoerd.

2.4. Hoor en wederhoor - reactietermijn

In artikel 10 van het Reglement is een korte beschrijving van het procesverloop van de behandeling van een klacht opgenomen. Daaruit volgt dat in beginsel hoor en wederhoor zal worden toegepast. Klager en beklaagde hebben in beginsel eenmaal de mogelijkheid om hun gemotiveerde standpunt(en) uiteen te zetten. Een vaste termijn hiervoor is in het Reglement niet opgenomen. De reactietermijn stemt de Commissie af op de spoedeisendheid van de klacht. Uit Advies 399 volgt dat de aanbestedende dienst normaal gesproken een termijn van een week krijgt om reactie te geven op een klacht, indien de Commissie de zaak spoedeisend acht. Dat leidt soms tot frustraties, zo volgt uit genoemd Advies, maar de Commissie is niet zomaar te vermurwen.

---

[5] De Commissie komt tot deze conclusie met verwijzing naar Artikel 367, overweging 5.2.4; Advies 248, overwegingen 5.2.1 en 5.2.2. en Advies 154, overweging 5.3.2.

[6] Advies 426-I, waarin wordt verwezen naar Advies 197 (overweging 5.2) en Advies 242 (overweging 5.8).

[7] Advies 436.

2.5. Ontbreken van belang

In Advies 454 oordeelt de Commissie dat het ontbreken van belang bij een klacht, omdat klager om een bepaalde reden van deelname aan de aanbestedingsprocedure zou zijn uitgesloten (bijv.: overtreding van het contactverbod), niet uitsluit dat de Commissie zich ten overvloede inhoudelijk uitspreekt over de klacht.

3. Geschiktheidseisen en selectiecriteria

3.1. Andere uitleg referentie-eis

Advies 405 heeft betrekking op een Europese openbare aanbestedingsprocedure van een opdracht voor het onderhoud van elementenverhardingen. In het bestek was bepaald dat de inschrijver minimaal één referentieproject diende te hebben uitgevoerd, waarin onder meer aan de volgende competentie werd voldaan: *'het op afroep herstellen van tenminste 2.000 stuks meldingen betreffende gebreken in de bestrating in een aaneengesloten periode van 12 maanden.'* Inschrijver had een referentieproject overgelegd, waarin hij voor een Gemeente diverse onderhoudswerkzaamheden had uitgevoerd. De betreffende Gemeente had in de tevredenheidsverklaring aangegeven dat het totaal aantal klussen meer dan 2000 stuks bedroeg. Uit navraag van de aanbestedende dienst bleek echter dat de betreffende Gemeente de meldingen niet geregistreerd had. De aanbestedende dienst eiste vervolgens dat de inschrijver aantoonde hoeveel meldingen hij had verricht. De Commissie overweegt dat de aanbestedende dienst hiermee een andere uitleg geeft aan de door hem gestelde referentie-eis. Bovendien zou een dergelijke eis disproportioneel zijn. De inschrijver heeft volgens de Commissie met de door hem verstrekte verklaring aangetoond dat hij meer dan 2000 meldingen heeft verricht. De aanbestedende dienst heeft de bieding derhalve ten onrechte ongeldig verklaard.

3.2. Proportionaliteit

In Advies 409 heeft de Commissie zich uitgelaten over de proportionaliteit van de gestelde geschiktheidseisen in een aanbesteding van een raamovereenkomst voor assessmentdiensten. Inschrijver diende in de periode van 3 jaar voor aanbesteding uitvoering te hebben gegeven aan tenminste 150 assessments gedurende een periode van 12 maanden. Gelet op de inschatting van beklaagde dat jaarlijks 250 assessments uitgevoerd zouden moeten worden, voldeed deze eis volgens de Commissie aan 'de 60%-eis' in Voorschrift 3.5 G lid 2 Gids Proportionaliteit. Bovendien heeft beklaagde de mogelijkheid geboden dat een inschrijver met behulp van 5 referenties aantoonde dat hij 150 assessments in een jaar heeft uitgevoerd, waarmee hij volgens de Commissie de mogelijkheden voor inschrijvers verruimd. Van een disproportionele eis is naar het oordeel van de Commissie geen sprake. Dit geldt eveneens voor de geschiktheidseis dat de inschrijver ervaring heeft opgedaan met het projectmatig uitvoeren van assessments en het organiseren van accountmanagement ten behoeve van een grote opdrachtgever. De Commissie acht de geschiktheidseis dat de inschrijver ervaring heeft opgedaan met het uitvoeren van assessments ten behoeve van een overheidsorganisatie wel disproportioneel. Het is voor het uitvoeren van een assessment volgens de Commissie niet noodzakelijk om ervaring met assessments in de specifieke branche te hebben. De Commissie acht deze eis derhalve in strijd met Voorschrift 3.5 B en 3.5 F Gids Proportionaliteit. Ten overvloede merkt de Commissie nog op dat de eis volgens haar tevens disproportioneel is, omdat beklaagde geen eisen heeft gesteld aan de omvang van die ervaring. De klacht dat de referentie-eisen tezamen disproportioneel zouden zijn, wordt door de Commissie niet gevolgd. Door per kerncompetentie een geschiktheidseis te stellen en deze niet samen te voegen heeft beklaagde volgens de Commissie juist de mogelijkheden om in te schrijven verruimd. Dat door

deze geschiktheidseisen kleine bedrijven worden uitgesloten, is volgens de Commissie niet in strijd met het gelijkheidsbeginsel. De geschiktheidseisen zijn immers gebaseerd op voor de uitvoering van de opdracht benodigde kerncompetenties.

Ook in Advies 392 heeft de Commissie zich uitgelaten over de proportionaliteit van de door de aanbestedende dienst gestelde geschiktheidseisen. Het betrof een aanbesteding van een raamovereenkomst voor eendaags busvervoer van leerlingen, waarbij als eis was gesteld dat de inschrijver ervaring moest hebben met vervoersopdrachten voor het voortgezet onderwijs. Deze eis voldoet volgens de Commissie niet aan Voorschrift 3.5 F van de Gids Proportionaliteit, aangezien beklaagde zich met de competentie niet heeft beperkt tot het vaststellen van een kerncompetentie. Bovendien heeft beklaagde volgens de Commissie om een referentie gevraagd die gelijk is aan de opdracht in plaats van een vergelijke opdracht. De eis is derhalve eveneens in strijd met artikel 2.93 lid 3 Aw 2012. Ook de eis dat elke chauffeur ervaring moet hebben met het vervoeren van leerlingen in het voortgezet onderwijs, acht de Commissie niet proportioneel. Deze eis gaat volgens haar verder dan nodig is voor een goede uitvoering van de opdracht.

3.3. Meerdere referentieopdrachten / stapelen kerncompetenties in selectiecriteria

Voorschriften 3.5G en 3.5F van de Gids Proportionaliteit gelden niet alleen voor geschiktheidseisen, maar ook voor selectiecriteria. Zo heeft de Commissie -in navolging van Advies 52 - in Advies 393 en 418 overwogen. In de aanbestedingsprocedure die ten grondslag lag aan Advies 393 was door beklaagde bepaald dat gegadigden, die aan de geschiktheidseisen voldoen, in het kader van de selectiecriteria beter scoorden indien zij meer referenties per gevraagde kerncompetentie konden overleggen en indien zij meer referenties met een combinatie van meer kerncompetenties konden overleggen. De Commissie overweegt dat deze selectiesystematiek Europees aanbestedingsrechtelijk wellicht is toegestaan, omdat zij op zich voldoende verband zou kunnen houden met het voorwerp van de opdracht in de zin van artikel 1.10 Aw 2012. Echter, de Commissie acht deze systematiek niet in overeenstemming met de ratio van de Gids Proportionaliteit: de nationale wetgever heeft met die Gids ook nationale beleidsdoelen willen dienen, zoals een verbetering van de toegang van het mkb tot de aanbestede opdracht. De Commissie erkent dat zij met dit advies afwijkt van haar eerdere Advies 312. De Commissie geeft aan dat zij nu inziet dat het effect van deze selectiemethodiek is dat de grote bedrijven in het voordeel zijn, hetgeen strijdig is met de ratio van de Gids Proportionaliteit. Wanneer een aanbestedende dienst meer ervaring of een combinatie van (kern)competenties belangrijk acht voor een opdracht kan hij er volgens de Combinatie voor kiezen dit -mits gemotiveerd - in de geschiktheidseisen te verdisconteren. Ook geeft de Commissie - als aanbeveling - aan dat zij mogelijkheden ziet om bij een niet-openbare procedure selectiecriteria te hanteren die zien op competenties die geen kerncompetenties zijn. Het zou dan moeten gaan om wensen die niet noodzakelijk zijn voor de uitvoering van de opdracht, maar wel meerwaarde bieden voor de aanbestedende dienst, mits deze criteria niet op voorhand (grote) ondernemingen met meer ervaring bevoordelen ten opzichte van andere geschikte ondernemingen.

3.4. Ontoelaatbare beperking van de mededinging

In een aanbestedingsprocedure voor het beheer en onderhoud van gebouwen en gebouwgebonden installaties werd een selectiecriterium toegepast waarbij de gegadigde slechts punten kon scoren, indien de ondernemingen die in het voorbeeld/referentieproject de bouwkundige, elektrotechnische en werktuigbouwkundige werkzaamheden hebben uitgevoerd, onderdeel vormen van het samenwerkingsverband dat een verzoek tot deelneming indient. Een

dergelijk criterium is volgens de Commissie ontoelaatbaar[8]. Daar waar een gegadigde zich op grond van artikel 2.94 lid 1 Aw 2012 kan beroepen op de technische bekwaamheid van een derde, valt volgens de Commissie niet te rijmen dat in het kader van de selectie geen punten worden toegekend indien een beroep wordt gedaan op een derde. De Commissie geeft aan begrip te hebben voor de wens van beklaagde om belang te hechten aan bewezen samenwerkingsrelaties. Echter, met een dergelijk selectiecriterium wordt de mededinging naar het oordeel van de Commissie ongeoorloofd beperkt. Wel kan een aanbestedende dienst met een beroep op artikel 2.95 lid 1 Aw 2012 bij overheidsopdrachten voor diensten eisen dat bepaalde kritieke taken door de gegadigde of door het samenwerkingsverband zelf worden verricht. In dit geval is echter gesteld noch gebleken dat hier sprake zou zijn van kritieke taken. Bovendien had alsdan volgens de Commissie een geschiktheidseis gesteld moeten worden (en geen selectiecriterium).

3.5. Afzonderlijke kerncompetenties of randvoorwaarden?

Bij een aanbesteding voor van een speciale sectoropdracht, een raamovereenkomst voor diensten van inhuur van uitzendkrachten, klaagde één van de inschrijvers over de door beklaagde gestelde referentie-eis. Volgens klager was sprake van een stapeling van kerncompetenties in één referentie-eis.[9] De Commissie stelt voorop dat artikel 2.93 lid 3 Aw 2012, waarin is bepaald dat een aanbestedende dienst in het kader van een geschiktheidseis niet mag vragen naar gelijke opdrachten, niet van toepassing is op speciale sectoropdrachten. Wel zijn de voorschriften uit de Gids Proportionaliteit van toepassing. Naar het oordeel van de Commissie heeft beklaagde gehandeld conform deze voorschriften. Volgens de Commissie heeft de aanbestedende dienst -naast de gestelde kerncompetentie - randvoorwaarden gesteld, in die zin dat het moet gaan om dezelfde soort uitzendkrachten en dat de referentieopdracht een bepaalde omvang moet hebben wat betreft de opdrachtwaarde, aantal werknemers van de opdrachtgever en het aantal locaties. De Commissie merkt op dat zij het in het kader van de proportionaliteit van de referentie-eis van belang acht dat ook eisen worden gesteld aan de omvang van referentie.[10] Ook de eis dat de referentieopdracht is gestuurd op resultaten (fulfillment) betreft naar het oordeel van de Commissie een randvoorwaarde en geen kerncompetentie. De Commissie acht de referentie-eisen derhalve niet disproportioneel. Het is volgens de Commissie inherent aan een geschiktheidseis dat daarmee het aantal potentiële inschrijvers wordt beperkt.[11]

4. Gunningscriteria

4.1. Laagste prijs

In een aanbestedingsprocedure voor de inhuur van personeel wordt gebruik gemaakt van het gunningscriterium laagste prijs.[12] Volgens klager ten onrechte. Klager voert onder meer aan dat hierdoor de duurzame inzetbaarheid van de uitzendkrachten ten onrechte niet als kwaliteitsaspect is meegewogen bij de gunning. De Commissie oordeelt, in navolging van eerdere adviezen, dat het uitgangspunt is dat in beginsel niet op basis van het gunningscriterium van de laagste prijs wordt gegund.[13] Van dit uitgangspunt kan worden afgeweken indien de keuze voor toepassing van het criterium beste prijs-kwaliteitverhouding *ondoelmatig* is. Dat dit

[8] Advies 418
[9] Advies 455
[10] Vgl. Advies 409
[11] Vgl. Advies 52
[12] Advies 432.
[13] Kamerstukken II 2015/16, 34 329, nr. 7, p. 6 en Kamerstukken I 2015/16, 34 329, C, p. 4.

het geval is, zal moeten blijken uit de motivering die de aanbestedende dienst aan de keuze voor gunning op laagste prijs ten grondslag legt. In het onderhavige geval acht de Commissie de klacht gegrond, omdat uit de door de aanbestedende dienst verstrekte motivering niet volgt dat rekening is gehouden met alle omstandigheden van het geval. Zo volgt niet uit de motivering waarom het meewegen van het kwalitatieve aspect van de duurzame inzetbaarheid van uitzendpersoneel ondoelmatig zou zijn.

In de door ons onderzochte periode is nog een tweede Advies gepubliceerd over een andere aanbesteding voor de inhuur van uitzendkrachten, waarin gebruik werd gemaakt van het gunningscriterium laagste prijs.[14] Als motivering was in de aanbestedingsstukken opgenomen dat er onvoldoende onderscheidend vermogen zou bestaan tussen de verschillende aanbieders. Volgens de Commissie kan dit een argument zijn om tot de conclusie te komen dat het gebruik van het gunningscriterium beste prijs-kwaliteitverhouding (hierna: '**BPKV**') ondoelmatig zal zijn. In dat geval mag de aanbestedende dienst kiezen voor het gunningscriterium van de laagste prijs. De klacht werd ongegrond verklaard, omdat klager onvoldoende had onderbouwd waarom de markt in zijn optiek (wel degelijk) kwalitatief voldoende onderscheidend is, boven de eisen die reeds in het kader van de aanbestedingsprocedure waren gesteld.

Ook in het kader van een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure voor juridische dienstverlening werd geklaagd over het gebruik van het gunningscriterium laagste prijs.[15] Aan de inschrijvers werd gevraagd om één uniform uurtarief te offreren. Volgens beklaagden was gebruik van het criterium laagste prijs gerechtvaardigd, omdat de kwaliteit van de werkzaamheden voldoende kon worden vastgelegd in het programma van eisen. Er zou beperkte meerwaarde zijn op kwaliteit omdat het onderscheidend vermogen van de inschrijvers beperkt is. Klager wijst erop dat het, door het hanteren van enkel één uniform uurtarief als gunningscriterium, mogelijk is dat partij A weliswaar een uurtarief van 10% hoger hanteert dan partij B, maar dat partij A advocaten kan inzetten met een zodanige ervaring dat zij een zelfde zaak in de helft van de tijd oplossen die partij B daarvoor nodig is. De prijs van de partij die het hogere uurtarief offreert is dan dus uiteindelijk lager. Volgens klager is sprake van een willekeurig gunningscriterium en kan de motivering die daaraan ten grondslag ligt de beslissing niet dragen.

De Commissie oordeelt dat beide klachten ongegrond zijn. Van een willekeurig criterium is volgens de Commissie geen sprake. Bij de behandeling van klacht 2 gaat de Commissie ervan uit dat klager betoogt dat beklaagden verplicht zouden zijn om de raamovereenkomst in beginsel te gunnen op basis van het gunningscriterium BPKV. Juridische dienstverlening kwalificeert echter als een specifieke dienst in de zin van art. 74 e.v. Richtlijn 2014/24/EU en nu de waarde onder het drempelbedrag blijft is deel 2 van de Aanbestedingswet daarop niet van toepassing. Dat van art. 2.114 Aw reflexwerking uit zou gaan, wil de Commissie niet aannemen. Voor het aanbesteden van 'specifieke diensten' geldt volgens de Commissie dus niet de verplichting dat gebruik van het gunningscriterium BPKV het uitgangspunt moet zijn en dat laagste prijs enkel is toegestaan indien dit op toereikende wijze is gemotiveerd.

Interessant aan het Advies is dat de Commissie zich in alinea 5.5 afvraagt of beklaagden met de keuze voor het uurtarief - als enige criterium binnen het gunningscriterium van de laagste prijs - een criterium hebben gekozen waarmee zij zorgdragen voor het leveren van zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen als bedoeld in art. 1.4 lid 2 Aw. Daarover is echter niet geklaagd. Vervolgens wijst de Commissie er in haar aanbeveling op dat de zorgplicht die is opgenomen in genoemd artikel met zich mee kan brengen dat de keuzevrijheid ten

[14] Advies 455.
[15] Advies 421.

aanzien van het te hanteren gunningscriterium wordt beperkt. Het is dus goed mogelijk dat een klacht die zou hebben gezien op schending van art. 1.4 lid 2 Aw wel gegrond zou zijn verklaard.

4.2. BPKV of toch de facto laagste prijs?

In het kader van een Europese aanbestedingsprocedure voor het verzorgen van diverse vormen van vervoer wordt gebruikt gemaakt van het gunningscriterium BPKV.[16] Klager stelt zich echter op het standpunt dat sprake is van strijd met art. 2.114 Aw 2012, omdat de facto sprake zou zijn van gunning op laagste prijs. De Commissie gaat na of de kwalitatieve aspecten van de inschrijving significante invloed op de rangorde zullen kunnen hebben.

Zoals de Commissie in eerdere Adviezen ook al deed, berekent zij daartoe de grenswaarde.[17] Dit doet de Commissie door in de eerste plaats te bepalen hoe hoog de laagste prijs zou kunnen zijn en vervolgens te berekenen hoeveel procent de inschrijver die maximaal scoort op kwaliteit zijn prijs kan laten stijgen zonder de aanbesteding te verliezen. Indien de grenswaarde slechts een paar procent is, betekent dit dat de kwaliteit nauwelijks van invloed is op de uitkomst van de procedure. De prijs zal dan in feite altijd doorslaggevend zijn. De Commissie komt uit op grenswaarden van 16,3% en 14,3%. Onder verwijzing naar eerdere Adviezen concludeert de Commissie dat bij dit type opdrachten de grenswaarde minimaal 10% moet zijn. Daar zit het boven, dus de klacht wordt ongegrond verklaard.

4.3. Beoordeling gunningscriteria in twee stappen

In de aanbestedingsprocedure die aan Advies 426-I ten grondslag ligt, worden de ontvangen inschrijvingen in eerste instantie absoluut beoordeeld. Alléén de inschrijvingen met de beoordeling ‘uitstekend’ of ‘goed’ worden vervolgens een tweede maal beoordeeld, maar dan relatief. Volgens klager is dit in strijd met het beginsel van gelijke behandeling. De Commissie is het daar niet mee eens. Op grond van deze gunningssystematiek is het goed mogelijk om na te gaan welke inschrijving de beste prijs/kwaliteitverhouding biedt. Er is sprake van een synthetische beoordeling: de gunningscriteria worden alle tezamen op enige wijze samengevoegd tot één totaalscore die de rangorde bepaalt.

Er is sprake van een wezenlijk andere systematiek dan de ongeoorloofde systematiek die gebruikt werd in Advies 362. In dat Advies konden de inschrijvers op de eerste drie gunningscriteria afvallen en dan mochten zij niet meer mee doen meet het vierde gunningscriterium, terwijl zij mogelijk op basis van de vier gunningscriteria tezamen de inschrijving met de beste prijs-kwaliteitsverhouding konden hebben.

4.4. Strijd met transparantiebeginsel

In Advies 423 oordeelt de Commissie dat een aanbestedende dienst die de verhouding tussen prijs en kwaliteit niet vooraf bekend maakt en evenmin bekend maakt wat de weging is van de kwalitatieve subgunningscriteria, in strijd met het transparantiebeginsel handelt.

In het kader van een aanbesteding voor architectendiensten wordt als prijscriterium om een percentage van de bouwsom gevraagd.[18] De bouwkosten liggen echter nog niet vast. Dit is volgens de Commissie in strijd met het transparantiebeginsel en ook met het gelijkheidsbeginsel, omdat hierdoor geen gelijk speelveld voor de inschrijvers is gecreëerd.

---

[16] Advies 426I, klachtonderdeel 8A.
[17] Zie bijv. Adviezen 33, 246 en 344.
[18] Advies 444.

Indien een aanbestedende dienst als kwalitatieve gunningscriteria begrippen zoals ‘flexibiliteit’ en ‘duurzaamheid’ gebruikt, moeten in het beoordelingssysteem per begrip concrete aspecten worden benoemd die zullen worden meegewogen bij de beoordeling.[19] Indien de aanbestedende dienst dit nalaat en enkel een paar voorbeelden noemt van wat een inschrijver onder een bepaald begrip zou kunnen verstaan, is sprake van strijd met het transparantiebeginsel. Gelet op vaste jurisprudentie is namelijk van belang dat (*i*) het voor een inschrijver volstrekt duidelijk is wat van hem wordt verwacht, (*ii*) de inschrijvingen aan de hand van een zo objectief mogelijk systeem worden beoordeeld, en (*iii*) de gunningsbeslissing zodanig inzichtelijk wordt gemotiveerd dat het voor de afgewezen inschrijvers mogelijk is om de wijze waarop de beoordeling heeft plaatsgevonden te toetsen.

In Advies 407 oordeelt de Commissie dat het wenselijk is dat per subsubgunningscriterium een vast aantal punten per onderwerp kenbaar wordt gemaakt, zodat de keuzevrijheid van de beoordelingscommissie wordt beperkt. Hierdoor wordt willekeur zo veel mogelijk voorkomen.[20] Het ging om een aanbestedingsprocedure voor groenonderhoud op begraafplaatsen. Als kwalitatieve subgunningscriteria waren opgenomen: (1) Communicatie; (2) Gastvrijheid en bijzondere situaties en (3) Planning werkzaamheden. Verder was in het aanbestedingsdocument per subgunningscriterium een aantal onderwerpen opgenomen, dat in het door de inschrijvers op te stellen plan van aanpak moest worden opgenomen. ‘*Door het aantal voor deze vier onderwerpen afzonderlijk te behalen punten in het midden te laten, heeft beklaagde naar het oordeel van de Commissie aan de beoordelingscommissie een zeer grote keuzevrijheid gelaten.’* Bij dit oordeel speelt overigens een belangrijke rol dat beklaagde de inschrijvers in de onderhavige procedure expliciet de mogelijkheid had geboden om naast de genoemde onderwerpen ook ‘overige onderwerpen’ aan hun inschrijving toe te voegen, zonder dat daarvoor in een afzonderlijke puntentoekenning was voorzien. Indien dat niet het geval was geweest, dan had de Commissie er waarschijnlijk minder moeite mee gehad dat er geen punten waren toegekend aan de subsubcriteria, omdat het dan wellicht voor de hand had gelegen dat voor elk criterium een gelijk aantal punten gold.

In een Europese aanbestedingsprocedure voor het verzorgen van diverse vormen van vervoer heeft beklaagde intern minimum- en maximumprijzen vastgesteld.[21] Inschrijfprijzen *onder* respectievelijk *boven* de vastgestelde prijzen worden als abnormaal laag respectievelijk abnormaal hoog beschouwd. In dat geval zal beklaagde de desbetreffende inschrijver om een toelichting vragen. Wanneer de motivering ontoereikend is komt de inschrijver niet voor gunning in aanmerking. Klager stelt zich op het standpunt dat deze beoordelingssystematiek in strijd met het transparantiebeginsel is. Beklaagde dient de minimum- en maximumprijzen volgens klager bekend te maken.

De Commissie is het hier niet mee eens. Naar het oordeel van de Commissie mag een aanbestedende dienst wel vóór indiening van de inschrijvingen een grenswaarde vaststellen en is hij niet verplicht om deze grenswaarde vooraf aan de potentiële inschrijvers bekend te maken.[22] Door het vaststellen en niet bekend maken van de minimumprijs wordt een inschrijver niet belemmerd in het doen van een realistische inschrijving. In dat verband is van belang dat een lagere inschrijfprijs dan de minimumprijs of een hogere inschrijfprijs dan de maximumprijs niet automatisch tot uitsluiting leidt.

---

[19] Zie Advies 270.

[20] Zie HvJ EG 24 januari 2008, zaak C-532/06, (Lianakis), r.o. 33-45.

[21] Advies 426I.

[22] Vgl. HvJ EU 27 november 2001, (Lombardini en Mantovani), C-285 en 286/99, EU:C:2001:640, r.o. 70.

4.5. Kortingspercentage als gunningscriterium

In een Europese aanbestedingsprocedure voor de levering van cateringproducten dienen inschrijvers in het kader van het gunningscriterium prijs slechts een kortingspercentage te offreren, zonder dat zij de prijslijsten voor het randassortiment hoeven in te dienen.[23] De Commissie oordeelt dat het daarmee mogelijk is dat een inschrijver hoge catalogusprijzen heeft en een hoog kortingspercentage biedt, terwijl hij duurder is dan een inschrijver met een lagere korting. Een dergelijke gunningssystematiek is niet rechtmatig. Uit vaste jurisprudentie volgt dat een gunningssystematiek die ertoe leidt dat de opdracht bij gelijke kwaliteit wordt gegund aan een duurdere inschrijving, niet in overeenstemming is met het criterium van de beste prijs-kwaliteitverhouding.[24]

4.6. Methodiek van puntentoekenning

In het kader van een Europese aanbestedingsprocedure voor het tot stand brengen van netwerkverbindingen en telefonie beklaagt klager zich over de gunningssystematiek.[25] Voor het onderdeel kwaliteit geldt dat de inschrijver die de hoogste kwaliteit biedt voor het onderdeel 'Mobiel Netwerk' 30 punten krijgt en de inschrijver die de laagste kwaliteit biedt krijgt 0 punten. De overige inschrijvers krijgen een score pro rato. Deze systematiek is volgens klager disproportioneel. Het verschil in score houdt geen verband met het daadwerkelijke verschil in kwaliteit; ook wanneer het verschil in netwerkdekking tussen de beste en de slechtste aanbieder klein is, is het verschil in score gigantisch. Een verschil van 30 punten voor netwerkdekking is op de overige onderdelen realiter niet te overbruggen.

De Commissie is het niet met klager eens en acht de klacht ongegrond. Wel wijst de Commissie, in een overweging ten overvloede, op het risico dat ontstaat indien met een zeer gering verschil in kwaliteit een inschrijver met een extreem veel hogere prijs de aanbesteding kan winnen. Dan kan het zo zijn dat de opdracht moet worden gegund aan de inschrijver die niet de daadwerkelijk beste prijs-kwaliteitverhouding biedt. In het verlengde daarvan handelt de aanbestedende dienst dan in strijd met zijn verplichting om zorg te dragen voor zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen (art. 1.4 lid 2 Aw). De kans dat dit risico zich realiseert, is mede afhankelijk van de samenstelling van de relevante markt. Aanbestedende diensten dienen bij de voorbereiding van de aanbestedingsprocedure na te gaan hoe zij er bij de inrichting daarvan voor kunnen zorgen dat het niet meer dan een theoretische kans is dat dit risico zich verwezenlijkt.

4.7. Verband met voorwerp overheidsopdracht

Op grond van art. 2.115 lid 2 Aw moeten nadere criteria verband houden met het voorwerp van de overheidsopdracht. Dat betekent dat niet gevraagd mag worden naar de mate van ervaring als projectmanager/projectleider met projecten op basis van een geïntegreerd contract, indien de overheidsopdracht niet mede ziet op geïntegreerde contracten.[26]

5. Technische specificaties / keurmerk

In een aanbestedingsprocedure voor de levering van minicontainers had de aanbestedende dienst de eis had gesteld dat de containers dienden te voldoen aan de zogenaamde RAL-GZ-

---

[23] Advies 414.

[24] Gerecht van Eerste aanleg EU d.d. 16 september 2013 in zaak T-402/06 (Commissie / Spanje), r.o. 76 en 77 en Vzr. Rb. Den Haag 25 februari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2965, r.o. 4.10.

[25] Advies 449.

[26] Advies 413.

951/1. Een inschrijver achtte deze eis in strijd met de artikelen 2.76, 2.78a, 2.10 Aw 2012, alsmede artikel 34 VWEU.[27] De klacht dat de eis in strijd zou zijn met artikel 34 VWEU kan volgens de Commissie - gelet op haar reglement - niet in behandeling worden genomen. De eis dat de containers dienen te voldoen aan RAL-GZ-951/1 betrof volgens beklaagde een keurmerk. De Commissie overweegt dat deze eis niet voldoet aan de vereisten als genoemd in artikel 2.78a Aw 2012. Immers, om aan de RAL-GZ-951/1 te kunnen voldoen dient te worden voldaan aan de eis van een *'Erstprufung'* op grond waarvan de mal voor de start van de productie moet worden getest. Deze eis houdt volgens de Commissie onvoldoende verband met het voorwerp van de opdracht omdat daarmee de producten die niet voor de start van de productie zijn getest maar wel aan alle kwaliteitseisen voldoen, worden geblokkeerd. Ten overvloede beveelt de Commissie aanbestedende diensten aan terughoudend te zijn met het vragen van keurmerken, zeker bij standaardproducten waarvoor Europese normeringen bestaan, die in grote aantallen door nagenoeg alle marktpartijen worden aangeboden en waarbij veel inspanningen van die marktpartijen worden gevraagd om voor het behalen van dat keurmerk wijzigingen in hun aanbod aan te brengen.

Advies 458 en Advies 442 hebben beide betrekking op technische specificaties die door aanbestedende diensten zijn gesteld in aanbestedingsprocedures van opdrachten voor het leveren en plaatsen van geleiderails. In beide adviezen overweegt de Commissie dat het bestaan van een Europese norm er niet aan in de weg staat dat in een nationale aanbestedingsprocedure aanvullende eisen worden gesteld, zolang deze niet in strijd zijn met de Europese norm.[28] Dat een nationale norm is ingetrokken sluit volgens de Commissie in beginsel niet uit dat een aanbestedende dienst bepaalde technische specificaties uit de ingetrokken norm voorschrijft in een aanbestedingsprocedure. In de aanbestedingsprocedure die ten grondslag lag aan advies 458, was een geleiderails voorgeschreven uit een ingetrokken nationale norm. In de aanbestedingsdocumenten had de aanbestedende dienst nagelaten te vermelden aan welke eisen deze geleiderails dienden te voldoen. Hiermee was de eis volgens de Commissie onvoldoende transparant. Dit gold eveneens voor de eis die gesteld was in de aanbestedingsprocedure die onderwerp van geschil was in Advies 442. De aanbestedende dienst verwees in het kader van de mogelijkheid de gelijkwaardigheid aan te tonen naar een publicatie van het CROW 'ROA Veilige Inrichting van Bermen / 2014'. Deze publicatie uit 2014 bestond echter niet. Bovendien was in de CROW publicatie geen toetsingskader opgenomen. De aanbestedende dienst handelde naar het oordeel van de Commissie in strijd met het transparantiebeginsel. In beide klachtprocedures stelde klager zich op het standpunt dat de aanbestedende dienst in strijd met het ARW 2016 respectievelijk Aw 2012 een type product zou hebben voorgeschreven. De Commissie volgt dit standpunt niet en overweegt in beide adviezen dat -afgezien van de vraag of in dit geval wel een type geleiderail is voorgeschreven- hoe dan ook sprake is van een type dat door iedere fabrikant mag worden gemaakt, waarbij niet bepaalde ondernemingen of bepaalde producten worden bevoordeeld.

6. Proportionaliteit

6.1. Algemene voorwaarden

In de periode die deze kroniek beslaat is door inschrijvers een aantal maal geklaagd over de proportionaliteit van algemene voorwaarden. De klachten hielden dan in dat sprake was van overtreding van de artikelen 1.10 of 1.16 van de Aanbestedingswet en/of van de Voorschriften 3.9 A t/m D van de Gids Proportionaliteit.

---

[27] Advies 430

[28] Vgl. Vzr. Rb. Den Haag 28 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:15519

Indien het aansprakelijkheidsrisico dat bij de opdrachtnemer komt te liggen niet ongelimiteerd is in tijd en de risico-allocatie niet nadeliger voor de opdrachtnemer is dan zoals die zou gelden op grond van het Burgerlijk Wetboek, is volgens de Commissie van disproportionele voorwaarden geen sprake. Dit geldt ook indien de prestatieplicht van de opdrachtnemer is versterkt met een garantieverbintenis.[29] Indien een contractuele risicoregeling ontbreekt, is evenmin sprake van een disproportionele voorwaarde, omdat in een dergelijk geval kan worden teruggevallen op het stelsel van het Burgerlijk Wetboek (zie art. 6.74 BW e.v.).

Uit Advies 404 volgt dat een garantiebepaling die door een aanbestedende dienst wordt bedongen in het kader van de levering van bepaalde producten in beginsel niet disproportioneel is, indien de risico-allocatie aansluit bij het bepaalde in artikel 7.17 BW. Dat is mogelijk anders indien de garantiebepaling ongelimiteerd is in tijd, maar dat was in de zaak die ten grondslag ligt aan Advies 404 niet het geval.

6.2. Risico op krimp van de opdracht

In een Europese aanbestedingsprocedure voor een overheidsopdracht voor diensten voor het verzorgen van diverse vormen van vervoer heeft de aanbestedende dienst het risico van krimp van de opdracht voor de eerste 40% per jaar bij de opdrachtnemer gelegd.[30] Naar het oordeel van de Commissie is een gebeurtenis die tot krimp van de opdracht leidt aan te merken als een risico in de zin van Voorschrift 3.9 A van de Gids Proportionaliteit. Op basis van Voorschrift 3.9 A dient dit risico te worden gealloceerd bij de partij die dit risico het beste kan beheersen of beïnvloeden. Het risico van krimp van de opdracht als gevolg van externe factoren is niet een risico dat - gegeven de door beklaagde zelf gemaakte keuzes - het beste door de opdrachtnemer kan worden beheerst. Daarbij acht de Commissie van belang dat een opdrachtnemer in de onderhavige markt forse investeringen moet doen en hij met de onderhavige garantieregeling dan ook grote financiële risico's loopt. Bovendien kan de risicoverdeling van de garantieregeling een belemmering vormen voor deelname door het mkb. De klacht wordt gegrond verklaard.

Hetzelfde geldt voor de klacht in dezelfde aanbestedingsprocedure die ziet op de afnamegarantie die inhoudt dat een opdrachtnemer die meerdere percelen gegund heeft gekregen geen compensatie krijgt indien zich een afname voordoet van 60% in de totale omzet van die meerdere percelen. Ook die garantieregeling is in strijd met het proportionaliteitsbeginsel.

6.3. Deelname gevolmachtigde agent

In een aanbestedingsprocedure voor het leveren van brandverzekeringsdiensten was bepaald dat aanmeldingen en inschrijvingen door een gevolmachtigd agent niet zijn toegestaan.[31] Volgens klager is dit een disproportionele bepaling. De Commissie oordeelt dat het gebruikelijk en goed mogelijk is dat een gevolmachtigde in naam van een ander een verzoek tot deelname indient en inschrijft op een aanbestedingsprocedure. Dat kan ook bij de aanbesteding van overheidsopdrachten voor het leveren van verzekeringsdiensten. De gevolmachtigde agent treedt dan op in naam van één of meerdere verzekeraars en sluit namens hen een verzekeringsovereenkomst. In een dergelijk geval geldt de verzekeraar en niet de gevolmachtigde agent als inschrijvende partij. Voor de uitsluiting bestond volgens de Commissie geen objectieve rechtvaardigingsgrond en de uitsluiting was dan ook disproportioneel. De

[29] Zie Advies 404.
[30] Advies 426 – I (klachtonderdeel 4).
[31] Advies 411.

Commissie voegt aan haar oordeel nog toe dat uitsluiting ook overigens een belemmering kan opleveren voor buitenlandse verzekeraars. De uitsluiting is daardoor discriminatoir.

6.4. Kort geding vóór inschrijving

Zowel in Advies 396[32] als in Advies 426[33] vraagt de Commissie zich af of de verplichting in de aanbestedingsstukken om vóór inschrijving een kort geding aanhangig te maken disproportioneel of naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Het gaat er immers om dat inschrijvers de aanbestedende dienst tijdig op misstappen wijzen. Daarvoor is het aanhangig maken van een kort geding niet noodzakelijk. Bovendien is een kort geding een kostbare aangelegenheid en zet dat de relaties tijdens een aanbestedingsprocedure erg op scherp. Naar het oordeel van de Commissie ontneemt een dergelijke verplichting in de aanbestedingsstukken een inschrijver niet het recht om na het indienen van een inschrijving alsnog een kort geding aanhangig te maken, al is het maar om deze bepaling op rechtmatigheid te laten toetsen.

6.5. Wet normering topinkomens

In de bij een Europese openbare aanbestedingsprocedure voor WMO-zorgdiensten behorende concept raamovereenkomst is bepaald dat opdrachtgever zich het recht voorbehoudt een korting op de vergoeding toe te passen indien bezoldigingen en uitgekeerde ontslagvergoeding de Wet normering topinkomens te boven gaan.[34] Volgens klager is deze bepaling niet proportioneel omdat beklaagde materieel beoogt een korting door te voeren bij opdrachtnemers die bestuurders in dienst hebben die op basis van het tot de Wet normering topinkomens behorende overgangsrecht (tijdelijk) aanspraak hebben op een bezoldiging die hoger is dan de bedoelde ‘vaste normen’. De Commissie acht de klacht gegrond. De contractvoorwaarde houdt onvoldoende verband met het voorwerp van de opdracht. In dat kader stelt de Commissie voorop dat de topinkomens geen invloed hebben op de door de zorgaanbieders aangeboden prijs, aangezien de tarieven door beklaagde zelf worden vastgesteld. Daarbij wijst de Commissie erop dat beklaagde de gewone civielrechtelijke remedies kan instellen tegen een aanbieder die niet de overeengekomen kwaliteit levert. Indien de zorgaanbieder wel de overeengekomen kwaliteit levert, bestaat er geen reden om de vergoeding te korten.

6.6. Uitvoeren gedeelte opdracht

In het kader van een Europese openbare aanbestedingsprocedure voor de uitvoering van elektronische werken beklaagt klager zich erover tijdens de aanbestedingsprocedure een deel van de opdracht moet worden uitgevoerd.[35] De kwalitatieve gunningscriteria bestaan, onder andere, uit een plan van aanpak, de engineering inclusief elektrotechnische tekeningen en berekeningen en het opleverdossier voor het gemaal A. De Commissie stelt vast dat beklaagde in strijd handelt met Voorschrift 3.8 van de Gids Proportionaliteit door de inschrijvers te vragen een deel van de te plaatsen opdracht al tijdens de aanbestedingsprocedure uit te voeren zonder daarvoor een vergoeding aan te bieden.[36] Verder is de Commissie van oordeel dat beklaagde de afwijking onvoldoende heeft gemotiveerd. Het is volgens de Commissie niet nodig om reeds de volledige engineering van het project te verrichten om een inschrijfprijs te kunnen afgeven.

---

[32] Zie alinea 5.7.

[33] Zie alinea 5.3.7.

[34] Advies 415.

[35] Advies 445.

[36] In Voorschrift 3.8 van de Gids is bepaald: “*De aanbestedende dienst biedt een vergoeding aan wanneer een gedeelte van de te plaatsen opdracht moet worden uitgevoerd om de inschrijving in te kunnen dienen*.”

En voor de mate van zorgvuldigheid waarmee een inschrijver zijn werkzaamheden uitvoert had beklaagde ook kunnen vragen naar referenties. De klacht wordt gegrond verklaard.

7. Strijd met transparantiebeginsel

Het niet helder definiëren van het begrip ‘concern’ in de aanbestedingsdocumenten, terwijl dit begrip wel een grote rol speelt in de aanbestedingsprocedure, acht de Commissie in Advies 426-I in strijd met het transparantiebeginsel. De overige klachten betrekking hebbend op een gebrek aan transparantie worden door de Commissie ongegrond verklaard. De garantieregeling als opgenomen in de aanbestedingsstukken is naar het oordeel van de Commissie helder. Ook het niet verstrekken van het dataprotocol acht de Commissie niet in strijd met het transparantiebeginsel, aangezien het voor inschrijvers ondanks het ontbreken van deze informatie mogelijk was hun kosten in te schatten. Beklaagde was naar het oordeel van de Commissie niet gehouden de resultaten van een door hem uitgevoerd klanttevredenheidsonderzoek aan de inschrijvers te verstrekken. Om een inschrijving te kunnen doen moet de inschrijver inzage hebben in de eisen die de aanbestedende dienst stelt. Bovendien golden ten tijde van het klanttevredenheidsonderzoek andere eisen. Ook is beklaagde niet gehouden de methodiek van de door hem te houden klanttevredenheidsonderzoeken kenbaar te maken. Het is volgens de Commissie niet noodzakelijk voor het doen van een inschrijving dat een inschrijver op voorhand al tot in detail weet hoe de aanbestedende dienst straks tijdens de uitvoering van de overeenkomst zal nagaan of en in welke mate de opdrachtnemer aan de prestatie-eisen voldoet. Dat is volgens de Commissie eventueel anders wanneer nu al valt te verwachten dat de medewerking van de opdrachtnemer aan dat onderzoek onredelijke inspanningen van hem zal vergen.

In een meervoudige onderhandse aanbestedingsprocedure van een opdracht voor het digitaal ontsluiten van Bouw- en Hinderwetvergunningen voor medewerkers en inwoners, had de aanbestedende dienst alle inschrijvers verzocht een plan van aanpak in te dienen. Dit plan van aanpak mocht niet meer dan 10 pagina’s A4 bevatten. Klager werd uitgesloten van de aanbestedingsprocedure omdat het door hem ingediende plan van aanpak bestond uit 11 pagina’s. Hij stelde zich op het standpunt dat de eis ten aanzien van de 10 pagina’s onvoldoende duidelijk was. Dit standpunt werd door de Commissie in Advies 434 gevolgd. De Commissie overwoog dat beklaagde heeft nagelaten de regelafstand, lettertype, lettergrootte en de marges die inschrijvers in acht dienen te nemen, voor te schrijven. Dit zou er volgens de Commissie toe kunnen leiden dat wanneer twee inschrijvers een plan van aanpak indienen met hetzelfde aantal woorden, de ene inschrijver als gevolg van de door hem gekozen tekstopmaak binnen de grens van 10 pagina’s blijft, terwijl de andere inschrijver over die grens heen gaat. De Commissie is van mening dat de eis onvoldoende transparant is en kan leiden tot ongelijke behandeling van gelijke gevallen. Eveneens in strijd met het gelijkheids- en transparantiebeginsel acht de Commissie het feit dat beklaagde in afwijking van het bepaalde in de aanbestedingsdocumenten tijdens de schouw vragen van inschrijvers heeft beantwoord.

In het kader van een overheidsopdracht voor architectendiensten beklaagt klager zich over de volgende bepaling: ‘*U dient afstand te doen van het auteursrecht van het door u ingediende plan’*.[37] De Commissie onderzoekt eerst of de eis voldoende transparant is en komt tot het oordeel dat dat niet het geval is. Niet duidelijk is wat wordt bedoeld met ‘afstand doen’ van het auteursrecht en welke rechtsgevolgen daarmee zijn beoogd. Voor zover beklaagde met de gestelde eis de overdracht van een auteursrecht of de verlening van een licentie heeft willen bewerkstelligen, heeft zij dat niet duidelijk tot uitdrukking gebracht zodat onvoldoende

[37] Advies 444.

transparant is welk rechtsgevolg uit deze eis voortvloeit. De Commissie komt aan de vraag of de eis in strijd is met het proportionaliteitsbeginsel niet meer toe.

8. Mogelijkheid tot herstel / verzoek om een toelichting

8.1. Ontbrekende Eigen verklaringen

In de zaak die aan Advies 410 ten grondslag ligt had beklaagde nagelaten om in de Eigen verklaringen aan te vinken op welke uitsluitingsgronden en eisen de verklaringen moesten zien. Naar het oordeel van de Commissie kan beklaagde dan niet van de inschrijvers verwachten dat zij zelf de juiste vinkjes en verwijzingen uit de offerteaanvraag afleiden en in de Eigen verklaringen opnemen. De inschrijvers kunnen in een dergelijk geval volstaan met het invullen van de overige gegevens. In die situatie is de inhoud van de Eigen verklaringen zo beperkt dat beklaagde klager in de gelegenheid had moeten stellen de Eigen verklaringen met de verlangde gegevens in te dienen. De klacht wordt gegrond verklaard.

8.2. Aanpassen prijsinvulformulier

In het kader van een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure voor adviesdiensten moesten de inschrijvers voor het gunningscriterium prijs gebruik maken van een prijsformulier. Klager week bij het invullen van het formulier af van een aantal in de aanbestedingsstukken opgenomen uitgangspunten.[38] Beklaagde meende dat sprake was van een gebrek dat zich leende voor eenvoudig herstel en stelde de prijzen naar rato bij. Hierdoor werd de door klager geoffreerde prijs hoger en eindigde haar inschrijving op de tweede plaats. De klacht van klager houdt in dat beklaagde haar inschrijving niet had mogen aanpassen. De Commissie oordeelt dat de klacht gegrond is, maar dit helpt klager niet. Volgens de Commissie had beklaagde de inschrijving namelijk direct ongeldig moeten verklaren, omdat de uitgangspunten waarvan klager was afgeweken het karakter hebben van knock-outeisen.

8.3. Ontbrekende prijsbijlage

In Advies 437 komt de Commissie tot het oordeel dat een inschrijving terecht ongeldig is verklaard omdat een bepaalde prijsbijlage ontbreekt, ondanks het feit dat beklaagde heeft verzuimd in de aanbestedingsstukken op te nemen dat de prijsbijlage bij de inschrijving moest worden gevoegd. Op de bijlage moesten de prijzen worden vermeld die bij de uitvoering van de opdracht in rekening zouden worden gebracht. Volgens de Commissie kan het alsnog indienen van de bijlage niet worden aangemerkt als een klaarblijkelijk eenvoudige precisering of het rechtzetten van kennelijke materiële fouten. Hoewel de evaluatieprijs gelijk zou blijven, zou klager namelijk de mogelijkheid hebben om de prijzen in de bijlage te wijzigen en daarmee in werkelijkheid een nieuwe inschrijving in te dienen. Klager had moeten begrijpen dat de prijsbijlage uiterlijk bij inschrijving moest worden ingediend.

9. Meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure

De Commissie heeft in Advies 417 overwogen dat aanbestedende diensten bij een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure niet alleen gebonden zijn aan het gelijkheidsbeginsel (artikel 1.15 Aw 2012), maar tevens aan het transparantiebeginsel. Een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure waarbij de aanbestedende dienst heeft nagelaten vooraf een objectief gunningssysteem -hoe basaal ook- aan de inschrijvers te verstrekken, voldoet volgens de Commissie niet aan het transparantiebeginsel. Tevens is het niet gelijktijdig

[38] Advies 206.

uitnodigen van de inschrijvers volgens de Commissie mogelijk in strijd met het gelijkheidsbeginsel. De Commissie overweegt voorts dat bij een meervoudig onderhandse aanbesteding de motiveringsplicht ex artikel 1.15 lid 1 Aw 2012 dezelfde strekking heeft als de motiveringsplicht ex artikel 2.130 Aw 2012.[39] Daarnaast is de aanbestedende dienst volgens de Commissie gehouden om (ook) bij een meervoudig onderhandse procedure de afgewezen inschrijver een effectieve rechtsbeschermingsmogelijkheid te bieden. Deze verplichting vloeit volgens de Commissie voort uit het fair play beginsel dan wel de (pré-contractuele) maatstaven van redelijkheid en billijkheid.[40] Beklaagde heeft nagelaten een motivering te verstrekken van zijn beslissing en handelt aldus in strijd met artikel 1.15 Aw 2012.

Ook in Advies 423 heeft de Commissie nogmaals benadrukt dat een aanbestedende dienst ook bij een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure is gebonden aan het beginsel van gelijke behandeling van inschrijvers, transparantie en proportionaliteit. Deze beginselen dienen door de aanbestedende dienst in concrete gedragsnormen te worden vertaald. Bij gebrek aan concrete gedragsnormen in de Aw 2012 voor de meervoudig onderhandse procedure, wordt voor de invulling en uitwerking van deze gedragsnormen in toenemende mate aansluiting gezocht bij de regels die gelden voor Europese aanbestedingsprocedures. Dit volgt zowel uit jurisprudentie van de gewone rechter als uit Adviezen van de Commissie. De aanbestedingsprocedure die onderwerp van geschil was in dit Advies, voldoet volgens de Commissie niet aan de algemene beginselen van aanbestedingsrecht. Beklaagde had nagelaten vooraf bekend te maken wat de verhouding en de weging tussen de gunningscriteria kwaliteit en prijs waren. Ook heeft beklaagde nagelaten de mogelijke score voor de subcriteria kenbaar te maken. Hierdoor bestaat volgens de Commissie alle ruimte om willekeurige scores toe te kennen. Beklaagde heeft naar het oordeel van de Commissie gehandeld in strijd met het transparantiebeginsel.

In lijn met Advies 423 overweegt de Commissie in Advies 448 dat bij meervoudig onderhandse procedures ten aanzien van de gedragsnormen (voortkomend uit de aanbestedingsbeginselen) aansluiting wordt gezocht bij de regels voor Europese aanbestedingsprocedures. Beklaagde heeft volgens de Commissie in de onderhavige aanbestedingsprocedure niet gehandeld in strijd met de algemene beginselen van aanbestedingsrecht. Het gunningscriterium is volgens de Commissie niet onduidelijk. Evenmin is de bieding van klager onjuist beoordeeld. De Commissie benadrukt dat beklaagde zijn eigen kennis over klager niet mag meenemen in de beoordeling. De aanbestedende dienst mag de beoordeling slechts baseren op de ingediende inschrijvingen.

Ook in de meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure die onderwerp van geschil was in Advies 440, heeft de aanbestedende dienst volgens de Commissie niet gehandeld in strijd met de aanbestedingsbeginselen. De inschrijvers waren krachtens het Aanbestedingsdocument gehouden een sluitende begroting over te leggen *'waaruit blijkt dat de organisatie / activiteiten rendabel zijn op basis van de volledige looptijd van de overeenkomst (49 maanden*)'. Deze eis is volgens de Commissie duidelijk. De door klager ingediende begroting, die gebaseerd is op 37 maanden, voldoet hier niet aan. Volgens de Commissie heeft klager derhalve terecht de laagst mogelijke score (0 punten) gekregen op een drietal (sub-sub)gunningscriteria.

10. Enkelvoudig onderhandse aanbestedingsprocedure

Advies 419 ziet op een enkelvoudig onderhandse aanbestedingsprocedure van specifieke diensten (begeleiding en ondersteuning van kermissen). De Gids Proportionaliteit is in beginsel niet van toepassing op enkelvoudig onderhandse aanbestedingsprocedures, tenzij de

[39] Vzr. Rb Noord-Nederland 2 februari 2-17, ECLI:NL:RBNNE:2017:376, Advies 147, Advies 389.
[40] Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant 4 februari 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:1007.

aanbestedende dienst zich via zijn aanbestedingsdocumenten heeft verbonden tot naleving van de Gids Proportionaliteit. Volgens de Commissie komt echter via artikel 1.6 Aw wel reflexwerking toe aan de inhoud van de Gids. Krachtens artikel 1.4 Aw 2012 dient de aanbestedende dienst de keuze voor de enkelvoudig onderhandse gunning en de keuze van de gunning aan de betreffende onderneming (in dit geval: 'partij X') op basis van objectieve criteria te bepalen. In dit geval heeft beklaagde te kennen gegeven dat met name zijn goede ervaring met partij X en het feit dat partij X niet op enige wijze verbonden is met de exploitatie van kermisattracties heeft laten meewegen in zijn beslissing. Beide aspecten kunnen echter volgens de Commissie niet worden gezien als een objectief criterium. De klacht dat beklaagde de overheidsopdracht ten onrechte enkelvoudig onderhands heeft gegund, wordt derhalve door de Commissie gegrond verklaard.

Dit geldt ook voor de klacht over een enkelvoudig onderhandse aanbestedingsprocedure (eveneens voor begeleiding en ondersteuning van kermissen) in Advies 435. De argumenten die beklaagde in dit geval naar voren had gebracht ter onderbouwing van de enkelvoudige onderhandse gunning aan partij X kwamen er - kort gezegd - op neer dat hij onvoldoende tijd zou hebben om een meervoudig onderhandse procedure te starten, het onzorgvuldig zou zijn om de relatie met partij X na veertig jaar ineens te beëindigen en hij uiterst tevreden was over de werkzaamheden van partij X. Geen van deze argumenten kunnen volgens de Commissie worden beschouwd als een objectief criterium in de zin van voorschrift 3.4 A van de Gids Proportionaliteit, waaraan beklaagde zich middels zijn inkoopbeleid had verbonden. Beklaagde handelt in strijd met artikel 1.4 Aw 2012.

11. Procedure voor sociale en andere specifieke diensten

Advies 441 ziet op sociale en andere specifieke diensten als bedoeld in bijlage XIV bij de richtlijn 2014/24/EU. De klachten richten zich op de proportionaliteit van de voorwaarden van een raamovereenkomst voor thuiszorgdiensten. De Commissie gaat met partijen uit van de toepasselijkheid van de Aanbestedingswet, hoewel wellicht ook denkbaar was geweest de klacht te framen als een klacht over een inkoop- en niet over een aanbestedingsprocedure. Bij een inkoopprocedure waarbij geen sprake is van exclusiviteit tussen de aanbestedende dienst en de geselecteerde dienstverlener(s) zou de Aanbestedingswet toepassing missen, zo volgt uit HvJ EU d.d. 2 juni 2016, zaak C-410/14 (Falk/DAK). De Commissie constateert dat er een verschil bestaat tussen het inkoopsysteem dat onderwerp was van genoemd arrest en het inkoopsysteem van beklaagde, maar gaat - gelet op het feit dat zowel klager als beklaagde uitgaan van de toepasselijkheid van de Aanbestedingswet - niet na of de in het arrest geformuleerde regel onverkort kan worden doorgetrokken naar de onderhavige zaak. De Commissie overweegt dat het toetsingskader wordt gevormd door afdeling 1.2.1, 1.2.2 en de artikelen 2.38 en 2.39 Aw en concludeert dat geen sprake is van strijd met het proportionaliteitsbeginsel. De klachten worden ongegrond verklaard.

12. Creëren maatschappelijke waarde, wel/geen strijd met art. 1.4 Aw

Advies 397 gaat over een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure voor de uitgifte van een huis- aan huisblad met gemeentelijke mededelingen. Klager is aanbieder van een online nieuwspagina en is niet uitgenodigd voor de aanbestedingsprocedure, alhoewel hij zijn interesse daarvoor meermaals kenbaar heeft gemaakt. Klager stelt onder meer dat de gemeente ten onrechte niet zorgt voor zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen als bedoeld in art. 1.4 lid 2 Aw, door online media niet uit te nodigen. De klacht komt niet ver, omdat de Commissie vaststelt dat gemeenten niet zomaar mogen afzien van publicatie

van besluiten in een huis- aan huisblad en als ze daartoe al besluiten, nog steeds kunnen vinden dat aanvullende bekendmaking via een huis- aan huisblad meerwaarde heeft.

Advies 410 betreft de aanbesteding van schapenbegrazing van natuurgebieden; op zijn Hollands: herders met een kudde. De uitvraag - en met name de verlangde Eigen Verklaring - is nogal ingewikkeld opgezet en ongelukkig getimed, te weten in de lammertijd. Daardoor was het voor kleinere partijen niet eenvoudig om deel te nemen aan de aanbestedingsprocedure. Deze gang van zaken brengt de Commissie tot de aanbeveling 'om bij meervoudig onderhandse procedures bij opdrachten waarvan de verwachting gerechtvaardigd is dat (ook) kleine bedrijven daarin geïnteresseerd zullen zijn, met inachtneming van afdeling 1.2.1 en 1.2.4 Aw 2012 de procedure zo helder en eenvoudig mogelijk in te richten en zo min mogelijk inspanningen van de inschrijvers te vragen. Daardoor zullen ook de kleine bedrijven in staat zijn naar de opdracht mee te dingen. Aanbestedende diensten kunnen op die manier de mogelijkheid vergroten dat overeenkomstig artikel 1.4, lid 2, Aw 2012 zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen wordt gerealiseerd en de administratieve lasten van de inschrijvers in overeenstemming met artikel 1.6 Aw 2012 beperkt blijven'. Een dergelijke aanbeveling kan wat ons betreft alleen maar worden toegejuicht.

De aanbesteding die in Advies 432 centraal staat betreft de inhuur van tijdelijk personeel bij een afdeling Stadsbeheer. Gekozen is voor laagste prijs als gunningscriterium. Klager beklaagt zich erover dat hierdoor de duurzame inzetbaarheid van uitzendpersoneel niet als kwaliteitsaspect meeweegt ten behoeve van een meer duurzaam resultaat, terwijl dat goed mogelijk zou zijn geweest. Dit heeft volgens klager tot gevolg dat beklaagde met de aanbestedingsprocedure niet zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen in de zin van art. 1.4 lid 2 Aw 2012 realiseert. De klacht slaagt, nu beklaagde volgens de Commissie onvoldoende gemotiveerd heeft betwist dat zij niet aan haar zorgplicht van genoemd artikel heeft voldaan. Daarmee kan niet worden aangenomen dat beklaagde met de aanbestedingsprocedure de best mogelijke prijs-kwaliteitverhouding realiseert voor het beschikbare budget. Interessant is dat de Commissie een soort aantoonplicht legt op de aanbestedende dienst.

13. Tijdig klagen, rechtsverwerking, Grossmann, pro-actieve houding

In verschillende zaken die aan de Commissie worden voorgelegd brengt beklaagde als eerste verweer naar voren dat de klacht niet in behandeling kan worden genomen omdat deze te laat is ingediend. De Commissie beoordeelt dan of klager zich voldoende proactief heeft opgesteld door tijdig aan de bel te trekken. Voor de inhoudelijke behandeling van de klacht maakt het antwoord op deze vraag echter niet uit, want ook te laat ingediende klachten worden door de Commissie 'ten overvloede' in de Adviezen besproken. Dit vanwege het lerend effect dat van de Adviezen uit moet gaan.

In de aanbestedingsprocedure die centraal staat in Advies 413 wordt pas na gunning geklaagd over een gunningscriterium. Dat was duidelijk te laat. Klager beriep zich op problemen bij het elektronisch platform, waarbinnen de vragen of klachten geuit hadden moeten worden, maar dat accepteert de Commissie niet: dan had klager dat moeten melden. De klacht wordt vervolgens ten overvloede behandeld en gegrond bevonden.

Bij een meervoudig onderhandse procedure wordt een maand na inschrijving geklaagd over de proportionaliteit op het punt van de lengte van een inschrijvingstermijn.[41] De offerteaanvraag bevat een termijn van vijf dagen waarbinnen vragen gesteld kunnen worden, bij gebreke

[41] Advies 410.

waarvan ieder recht om tegen de offerteaanvraag te ageren vervalt. De Commissie ziet dit als een uitwerking van de Grossman-verplichting tot proactief handelen, stelt vast dat niet valt in te zien waarom het bezwaar niet eerder naar voren had kunnen worden gebracht en verklaart de daarop gebaseerde klacht daarom ongegrond. Vervolgens worden de klachten ten overvloede beoordeeld, één klacht wordt gegrond verklaard en er volgt ook een aanbeveling.

Bij een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure voor een (concessie)opdracht voor diensten voor een fietsendeelsysteem wordt pas na gunning geklaagd over een onduidelijkheid in de uitvraag.[42] Kennelijk had die eerder in het oog kunnen springen, want de Commissie ziet niet in waarom klager dat niet eerder had kunnen opbrengen. Niettemin volgt ten overvloede een beoordeling. Hetzelfde speelt in Advies 423.

13.1. Klagen kan ook na instemming met aanbestedingsvoorwaarden

Door zowel tijdens de eerste als tweede vragenronde vragen te stellen en na ontvangst van de tweede Nota van Inlichtingen binnen twee dagen en een week vóór inschrijving een klacht in te dienen bij het klachtenmeldpunt heeft klager zich volgens de Commissie voldoende proactief opgesteld.[43] Het feit dat klager vervolgens een inschrijving heeft ingediend waardoor hij verklaarde dat hij instemde met de voorwaarden van de procedure doet niet af aan het klachtrecht: '*Klager heeft haar bezwaren immers reeds vóór inschrijving kenbaar gemaakt, terwijl inschrijving onder voorbehoud tot uitsluiting van haar inschrijving zou hebben geleid.'*

Bij een niet-openbare aanbesteding klaagt een partij die verzocht heeft om deelname, maar niet geselecteerd is, over de gehanteerde selectiecriteria.[44] De stelling dat die disproportioneel zouden zijn, was overigens al wel in de vragenrondes uitvoerig aan de orde geweest. De aanbestedende dienst vindt de klacht rijkelijk laat én hecht aan het feit dat klager bij het verzoek om deelname akkoord zou zijn gegaan met de selectiemethode. De Commissie is van oordeel dat de enkele omstandigheid dat klager zich in de onderhavige aanbestedingsprocedure als gegadigde heeft aangemeld en daarmee de selectiesystematiek van beklaagde zou hebben geaccepteerd, haar niet het recht ontneemt om ten aan aanzien van die selectiesystematiek een klacht in te dienen bij de Commissie. Dat klager haar klacht niet vóór haar aanmelding als gegadigde heeft ingediend, staat evenmin aan behandeling van de klacht door de Commissie in de weg. De klacht is uiteindelijk gegrond verklaard. De motivering is erg kort en geeft geen inzicht waarom van de klager niet gevergd kon worden dat hij reeds na de kennelijk onbevredigende uitleg in de NvI en voor het verzoek om deelname een klacht indiende. Misschien was de termijn daarvoor wel erg kort?

Naar onze mening dient hierbij voor de duidelijkheid wel de kanttekening te worden geplaatst dat uit artikel 9 lid 1 sub a van het Reglement volgt dat de Commissie een klacht niet in behandeling neemt indien deze niet eerst schriftelijk aan de beklaagde kenbaar is gemaakt. Als dit niet vóór aanmelding is gedaan, dan zal dat dus ná aanmelding eerst alsnog moeten gebeuren voordat de weg naar de Commissie open staat.

13.2. Tijdigheid klacht onderaannemer

De klager in Advies 425 was als onderaannemer betrokken bij een aanbesteding. De inschrijver had op een bepaald punt de nodige vragen gesteld en de onderaannemer mocht zich op diens

[42] Advies 440.
[43] Advies 415.
[44] Advies 393.

pro-actieve handelen beroepen. Dat de onderaannemer niet zelf had ingeschreven, vormde geen beletsel, nu zij wel belang had bij beoordeling van haar klacht.[45]

13.3. Kort geding vóór inschrijving

In een aanbestedingsprocedure voor diverse vormen van vervoer heeft de aanbestedende dienst de verplichting tot proactief handelen verregaand geconcretiseerd door op te nemen dat als niet uiterlijk 24 uur voor sluiting van de inschrijvingstermijn een kort geding aanhangig is gemaakt ieder recht om tegen de aanbestedingsdocumenten te ageren vervalt. Zo'n verplichting staat a) niet in de weg aan de mogelijkheid om nadien nog een klacht in te dienen en is b) vermoedelijk disproportioneel en naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar: '*Het gaat er immers om dat inschrijvers de aanbestedende dienst tijdig op mogelijke misstappen wijzen. Daarvoor is het aanhangig maken van een kort geding niet noodzakelijk. Bovendien is een kort geding een kostbare aangelegenheid en zet dat de onderlinge verhouding tijdens een aanbestedingsprocedure onnodig op scherp*.' De Commissie verwijst naar Advies 396, waarin dit ook al is overwogen.

13.4. Formulering vragen

Bij een aanbestedingsprocedure voor de inhuur van personeel heeft klager niet nadrukkelijk in haar vragen naar voren gebracht dat sprake was van strijd met artikel 1.4, lid 2 Aw (*creëren van zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen*).[46] Het klachtenmeldpunt was naar aanleiding van de klacht van klager wel op dat artikel ingegaan en dat vormde voldoende basis om er ook bij de Commissie over te kunnen klagen.

13.5. Een vraag of een klacht

Soms is een vraag een klacht en andersom, maar niet altijd. In de aanbestedingsprocedure die ten grondslag ligt aan Advies 450 liep een inschrijver op tegen de sterke clustering van een aantal opdrachten. Hij stelde daarover geen vragen binnen de in het Inschrijvingsdocument daarvoor gestelde termijn, maar diende wel binnen de daarvoor gestelde termijn een klacht in bij het klachtenmeldpunt. Dat was prima. Klager had namelijk geen vraag, maar een klacht.

13.6. Belangenverstrengeling

In Advies 396 werd aan de Commissie de vraag voorgelegd of het level playing field wordt verstoord indien een adviseur van de aanbesteder, betrokken geweest bij het opstellen van het Programma van Eisen, tevens advieswerkzaamheden uitvoert voor één van de inschrijvers. De Commissie is van oordeel dat beklaagde door het toelaten van de betreffende inschrijver niet in strijd heeft gehandeld met het gelijkheidsbeginsel. Door het laten ondertekenen van een geheimhoudingsverklaring, het beperken van de werkzaamheden van de adviseur tot de voorbereidingsfase van de aanbestedingsprocedure en het verstrekken van alle relevante informatie aan alle potentiële inschrijvers heeft beklaagde volgens de Commissie passende maatregelen genomen in de zin van artikel 1.10b en artikel 2.51 Aw 2012 om ervoor te zorgen dat de mededinging niet worden vervalst.

Uit Advies 410 volgt dat het tijdstip van aanbesteden tot een verstoring van het level playing field kan leiden. Het betrof een meervoudig onderhandse aanbesteding van een opdracht voor

---

[45] In Advies 368 oordeelde de Commissie ook al dat de Commissie bevoegd is om klachten van een onderaannemer van een potentiële inschrijver in behandeling te nemen. Artikel 7 lid 1 sub a van het Reglement van de Commissie wordt ruim uitgelegd.

[46] Advies 432.

schapenbegrazing van natuurgebieden. Door de aanbestedingsprocedure tijdens de lammerperiode (van bepaalde inschrijvers) te houden en bij het bepalen van de termijnen in de procedure onvoldoende rekening te houden met die lammerperiode, heeft beklaagde volgens de Commissie mogelijk in strijd gehandeld met het beginsel van gelijke behandeling. Tevens handelt beklaagde door het moment van aanbesteden volgens de Commissie mogelijk in strijd met het beginsel van gelijke behandeling doordat de zittende opdrachtnemer over meer relevante informatie beschikt dan andere potentiële inschrijvers en andere potentiële inschrijvers mogelijk niet de relevante informatie voor het indienen van de inschrijving kunnen achterhalen.

Ook in de aanbestedingsprocedure die ten grondslag lag aan Advies 438 was het level playing field volgens de Commissie verstoord. Het betrof een aanbesteding voor vervoersdiensten. Beklaagden hadden niet de meest recente ritdata verstrekt aan de inschrijvers, terwijl het informatie betrof die relevant was voor het doen van een inschrijving. Hierdoor hebben beklaagden volgens de Commissie gehandeld in strijd met het gelijkheids- en transparantiebeginsel. De zittende opdrachtnemers beschikten immers wel over de recente informatie. Hierdoor was aldus geen sprake van een level playing field. Dat beklaagden te kennen hebben gegeven de meerdere ritten te zullen vergoeden, maakt het voorgaande volgens de Commissie niet anders.

14. Onafhankelijkheid inschrijvingen concernvennootschappen

In de aanbestedingsprocedure die in Advies 426-I centraal staat was bepaald dat inschrijvers van hetzelfde concern moeten kunnen aantonen dat zij hun inschrijving onafhankelijk van elkaar en met inachtneming van de vertrouwelijkheid hebben opgesteld. De Commissie overweegt dat, voor zover sprake is van een economische eenheid in de zin van het mededingingsrecht, deze bepaling strenger is dan uit het mededingingsrecht volgt. Prijs- en marktverdelingsafspraken binnen een concern dat naar buiten toe optreedt als één economische eenheid zijn op grond van de mededingingsregels immers toegestaan.[47] Voor zover ondernemingen van hetzelfde concern inschrijven op hetzelfde perceel is de in de aanbestedingsstukken opgenomen bepaling naar het oordeel van de Commissie echter gerechtvaardigd. Anders zouden inschrijvers uit hetzelfde concern hun inschrijving kunnen afstemmen en meer kansen hebben dan andere inschrijvers. Dat zou in strijd zijn met het gelijkheidsbeginsel. Bij een relatieve beoordelingssystematiek - waarbij de te behalen scores afhankelijk zijn van de inhoud van andere inschrijvingen - zouden ondernemingen uit hetzelfde concern bovendien de uitkomst van de beoordelingssystematiek kunnen beïnvloeden.

15. Clusteren

Advies 445 ziet op een (Europese) aanbesteding van een raamovereenkomst met meerdere ondernemers voor de uitvoering van elektrotechnische werken. Met de aanbestedingsprocedure zou zijn beoogd zowel een raamovereenkomst met vijf inschrijvers te sluiten als ook reeds een nadere opdracht met één inschrijver betreffende de ombouw van een gemaal. Volgens klager heeft beklaagde gehandeld in strijd met artikel 1.5 lid 1 Aw 2012 (clusterverbod), artikel 1.5 lid 2 Aw 2012 (motiveringsplicht bij clusteren) en artikel 1.5 lid 3 Aw 2012 (splitsingsgebod). In navolging van haar eerdere adviezen[48] gaat de Commissie na of de door beklaagde verstrekte motivering zijn beslissing tot samenvoeging kan dragen, bij gebreke waarvan sprake is van onnodige samenvoeging in de zin van artikel 1.5 lid 1 Aw 2012. De Commissie overweegt dat niet is gebleken dat beklaagde acht heeft geslagen op de samenstelling van de markt (artikel 1.5

[47] Zie onder meer GvEA EG 12 januari 1995, T-102/92, Viho en HvJ EG 12 juli 1984, 170/83, (Hydroterm).
[48] Advies 43, 53, 125, 303, 317, 343 en 345.

lid 1 sub a Aw 2012). Dit geldt eveneens voor het aspect ‘de organisatorische gevolgen en risico’s van de samenvoeging van de opdracht voor de aanbestedende dienst (…) en de ondernemer’ (artikel 1.5 lid 1 sub b Aw 2012). Ten aanzien van het aspect ‘mate van samenhang van de opdrachten’ (artikel 1.5 lid 1 sub c Aw 2012) lijkt sprake te zijn van enige samenhang. Echter, deze samenhang maakt de samenvoeging van de afzonderlijke opdrachten volgens de Commissie objectief gezien niet noodzakelijk. De Commissie concludeert aldus dat sprake is van onnodige samenvoeging van opdrachten.

Ook in Advies 450 wordt de door een aanbestedende dienst verstrekte motivering voor de samenvoeging van opdrachten door de Commissie kritisch onder de loep genomen. Het betrof een aanbesteding van maaiwerkzaamheden in een viertal stadsdelen van een gemeente. In de aanbestedingsleidraad was louter een motivering opgenomen om de opdracht niet in percelen op te delen. Onder verwijzing naar Advies 345 overweegt de Commissie dat een aanbestedende dienst zich ook op deze onderbouwing kan beroepen ter onderbouwing van zijn beslissing tot samenvoeging. Dit geldt volgens de Commissie -in geval van samenvoeging van ongelijksoortige opdrachten- ook andersom.[49] Uit de door beklaagde verstrekte motivering kan volgens de Commissie onvoldoende worden afgeleid dat beklaagde (voldoende) acht heeft geslagen op de aspecten als genoemd in artikel 1.5 lid 1 Aw 2012. Beklaagde had in dit geval in zijn motivering als reden voor de samenvoeging (althans het niet opdelen in percelen) genoemd de vergroting van ‘*de maatschappelijke waarde en het economisch voordeel’*. Om die reden zou beklaagde duurzaamheidscriteria in de gunningscriteria hebben opgenomen, die beter tot recht hun zouden komen ‘wanneer een groter volume aanwezig is’. Nog afgezien van het feit dat beklaagde volgens de Commissie zijn redenering onvoldoende onderbouwd heeft, houdt deze redenering volgens haar ook geen verband met de artikel 1.5 lid 1 Aw 2012 genoemde aspecten. Beklaagde heeft voorts betoogd een marktconsultatie te hebben uitgevoerd in zijn regio, waaruit hem geen nadelige effecten voor het MKB zijn gebleken. Bewijs van de gestelde marktconsultatie ontbrak echter. De Commissie merkt daarnaast nog op dat beklaagde zich -gelet op het feit dat het hier een Europese aanbesteding betrof- niet tevreden kon stellen met de vaststelling dat hem van dergelijke nadelige effecten niet was gebleken in de regio van beklaagde. Met zijn stelling dat kleine ondernemingen zouden kunnen samenwerken met een of meer andere partijen, gaat beklaagde volgens de Commissie voorbij aan het feit dat een dergelijke samenwerking in beginsel aan de orde zal zijn bij samenvoeging van ongelijksoortige opdrachten (en een partij daardoor niet over de benodigde competenties beschikt). Hiervan is in dit geval echter geen sprake. Het gaat om samenvoeging van gelijksoortige opdrachten (maaiwerkzaamheden in diverse stadsdelen). De stelling van beklaagde dat één opdracht duidelijk efficiëntie en organisatievoordelen oplevert bij de inschrijver én bij de aanbestedende dienst, is volgens de Commissie te algemeen. Beklaagde heeft nagelaten inzichtelijk te maken waar die voordelen concreet uit zouden bestaan.

16. Beperking aantal percelen

In een aanbestedingsprocedure van een opdracht voor het verzorgen van diverse vormen van vervoer had de aanbestedende dienst bepaald dat aan één inschrijver (concern) maximaal drie percelen zouden worden gegund. Klager stelde dat beklaagde hiermee ten onrechte de mogelijkheid van inschrijving door meerdere ondernemingen uit hetzelfde concern heeft beperkt. De Commissie overweegt hierover in Advies 426-I dat een aanbestedende dienst op grond van artikel 1.5 lid 3 Aw 2012 een opdracht in beginsel dient te verdelen in percelen. Op grond van artikel. 2.10 lid 3 Aw 2012 mag een aanbestedende dienst het aantal aan één inschrijver te gunnen percelen beperken. Naar het oordeel van de Commissie zijn bescherming van de belangen van het mkb, het in stand willen houden van concurrentie in de markt en het niet te

[49] Vgl. Advies 53.

sterk afhankelijk willen worden van één onderneming, valide argumenten voor een aanbestedende dienst om te bepalen dat een inschrijver een maximaal aantal percelen gegund krijgt. Om te voorkomen dat met de wijze van inrichting van een concern deze bepaling wordt omzeild, door meerdere ondernemingen per concern te laten inschrijven, mag een aanbestedende dienst naar het oordeel van de Commissie ook bepalen dat het maximaal aantal te gunnen percelen per concern geldt. Een dergelijke bepaling gaat volgens de Commissie oneerlijke concurrentie tegen.

17. Intrekken aanbestedingsprocedure / mogelijkheid tot heraanbesteding

Bij een aanbesteding van drie raamovereenkomsten voor diensten die voorzien in afvaltransport, acceptatie en verwerking van afvalstromen van diverse milieuparken, besloot beklaagde tot intrekking van de aanbestedingsprocedure, nadat een gepasseerde inschrijver een kort geding aanhangig had gemaakt. De betreffende inschrijver verzocht om de redenen van de intrekking. De redenen van de intrekking heeft beklaagde eerst ruim een maand later medegedeeld. In advies 399 heeft de Commissie geoordeeld dat de aanbestedende dienst hiermee handelde in strijd met artikel 2.55 Aw 2012 en artikel 2.103 Aw 2012 en de heersende jurisprudentie[50] op grond waarvan de aanbestedende dienst gehouden is zo snel mogelijk en uiterlijk binnen vijftien dagen de redenen van de intrekking mede te delen. De uiteindelijk gegeven motivering -namelijk dat alle inschrijvers een ongeldige bieding hebben gedaan- rechtvaardigt volgens de Commissie de beslissing tot intrekking.

In zowel Advies 399 als Advies 428 heeft de Commissie benadrukt dat indien een aanbestedende dienst een aanbestedingsprocedure rechtmatig intrekt wegens ernstige procedure gebreken, hij bij een heraanbesteding niet gehouden is de opdracht wezenlijk te wijzigen.[51]

18. Motivering gunningsbeslissing

In de door ons onderzochte periode is in twee Adviezen een klacht ingediend over de motivering van de gunningsbeslissing. De Commissie zet in beide Adviezen het relevante beoordelingskader uiteen, waarbij art. 2.130 Aw 2012 en de Memorie van Toelichting bij dit artikel centraal staan.[52]

In Advies 405 stelt klager zich op het standpunt dat de motivering van de gunningsbeslissing onvoldoende is met als gevolg dat de opschortende termijn niet is gaan lopen. De Commissie acht de klacht ongegrond en wijst erop dat van dat laatste alleen sprake is indien de gunningsbeslissing in het geheel geen redenen van die beslissing geeft, dan wel redenen die volstrekt geen houvast bieden om te kunnen beoordelen of het aanhangig maken van een juridische procedure zinvol is. Daarvan was geen sprake.

De klacht in Advies 425 wordt wel gegrond verklaard, omdat beklaagde heeft verzuimd aan te geven wat de kenmerken en relatieve voordelen van de winnende inschrijving zijn.

19. Wijziging eis tijdens procedure / wezenlijke wijziging

Een onderneming heeft in 2007 na een aanbesteding opdracht gekregen voor ontwerpdiensten met betrekking tot de nieuwbouw van een gebouw. Op de overeenkomst zijn de DNR 2005 van

---

[50] HvJ EU 11 december 2014, C-440/13, (Croce Amica).

[51] Vgl. Advies 394.

[52] Kamerstukken II 2009/10, 32 440, nr. 3, p. 94.

toepassing. In 2017 heeft beklaagde gebruik gemaakt van zijn op grond van artikel 24 DNR 2005 bestaande bevoegdheid om de overeenkomst eenzijdig op te zeggen. Partijen rekenen af conform het bepaalde in artikel 33 DNR 2005. Na beëindiging van de overeenkomst start beklaagde een nieuwe aanbestedingsprocedure. De oude opdrachtnemer stelt zich vervolgens op het standpunt dat de aanbestedende dienst onrechtmatig handelt door de opdracht -zonder deze wezenlijk te wijzigen- opnieuw aan te besteden. De Commissie benadrukt in Advies 431 dat dit geval afwijkt van het geval, waarin een aanbestedende dienst nog tijdens de aanbestedingsprocedure besluit om die aanbestedingsprocedure af te breken en de opdracht opnieuw aan te besteden. In dit geval is de opdracht immers reeds gegund en is de overeenkomst opgezegd, waarbij de grondslag van de opzegging niet alleen in de overeenkomst maar ook in de wet is vastgelegd. Bij een besluit tot intrekking en heraanbesteding tijdens de aanbestedingsprocedure, zal het belang van de inschrijver die op grond van het verloop van de ingetrokken procedure meent aanspraak te kunnen maken op de opdracht (positieve contractsbelang) kunnen worden beschermd. Hiervan is in dit geval volgens de Commissie geen sprake. De opdrachtnemer die wordt geconfronteerd met een opdrachtgever die zijn bevoegdheid tot opzegging van de tussen partijen gesloten overeenkomst op enig moment uitoefent, behoudt immers zijn aanspraak op het positieve contractsbelang dat de inzet was van de aanbestedingsprocedure die aan de totstandkoming van de opgezegde overeenkomst vooraf is gegaan. De Commissie verklaart de klacht derhalve ongegrond.

20. Abnormaal lage bieding

In de Standaard RAW Bepalingen 2015 is een regeling opgenomen geïnspireerd op de regeling van de abnormaal lage bieding. Op basis van artikel 01.01.07 van de Standaard RAW Bepalingen kan de aanbestedende dienst -bij een vermoeden dat de ontleding van de aanneemsom niet voldoet aan het bepaalde in de Standaard RAW Bepalingen- verduidelijking verzoeken van de door de inschrijver aangeboden eenheidsprijzen. Klager is, na de door hem verstrekte verduidelijking over de aangeboden eenheidsprijzen, door de aanbestedende dienst ongeldig werd verklaard. In Advies 405 heeft de Commissie de klacht gegrond verklaard. De Commissie overweegt dat de regeling in de Standaard RAW Bepalingen aanbestedende diensten de mogelijkheid biedt om na te gaan of de inschrijver met de economisch meest voordelige inschrijving een fout heeft gemaakt waardoor hij zijn inschrijving niet gestand kan doen. Indien de inschrijver daarop aangeeft de prijzen opnieuw geanalyseerd te hebben, opnieuw te hebben vastgesteld kostendekkend te hebben ingeschreven en dat zijn inschrijfstaat voldoet aan de Standaard RAW Bepalingen, zou dat volgens de Commissie voldoende moeten zijn.

21. Tijdelijke overbruggingsovereenkomst

Een Europese aanbestedingsprocedure werd door een aanbestedende dienst (rechtmatig) ingetrokken wegens gebreken in de procedure. Na deze intrekking sloot de aanbestedende dienst met de zittende opdrachtnemer een overbruggingsovereenkomst, zodat hij een nieuwe een aanbestedingsprocedure kon organiseren. In Advies 428 heeft de Commissie overwogen dat in dit geval na de intrekking van de aanbestedingsprocedure sprake was van een geval van dwingende spoed in de zin van artikel 2.32 lid 1 aanhef en sub c Aw 2012. Dit betreft een objectief criterium voor de keuze van een enkelvoudig onderhandse gunning van de tijdelijke overbruggingsovereenkomst. Tevens leveren deze omstandigheden -in samenhang bezien met het belang van de continuïteit van de dienstverlening- op basis van artikel 1.4 lid 1 Aw 2012 een objectief criterium op om deze overeenkomst met de zittende dienstverlener te sluiten. Artikel 2.32 Aw 2012 biedt een uitzonderingsgrond op de verplichting om een Europese aanbestedingsprocedure toe te passen. Deze bepaling dient derhalve strikt te worden uitgelegd. Die strikte uitleg brengt naar het oordeel van de Commissie mee dat een tijdelijke

overbruggingsovereenkomst niet langer mag duren dan nodig is om een Europese aanbestedingsprocedure voor te bereiden. Een overbruggingsovereenkomst van bijna negen maanden acht de Commissie niet rechtmatig. De Commissie oordeelt derhalve dat beklaagde in strijd heeft gehandeld met het Europese aanbestedingsrecht.

22. Overeenkomsten voor onbepaalde duur

Advies 436 ziet op de opdracht voor het leveren van diensten met betrekking tot de begeleiding en ondersteuning van de organisatie van kermissen, die beklaagde in 2003 voor onbepaalde tijd aan partij X had gegund. Klager stelde dat beklaagde in 2003 gehandeld heeft in strijd met de Aw 2012 en/of de Gids Proportionaliteit. De Commissie constateert dat de Aw 2012 niet van toepassing was op de aanbestedingsprocedure die in 2003 is georganiseerd. De Commissie kan de klacht derhalve niet in behandeling nemen. Toch merkt de Commissie ten overvloede op dat het onder huidig recht niet verboden is om een overheidsopdracht voor diensten voor onbepaalde tijd te sluiten. De Commissie wijst er echter wel op dat uit de jurisprudentie van het HvJ EU volgt dat een dergelijke praktijk volgens het Hof niet past binnen het stelsel en de doelstelling van de Europese regels betreffende overheidsopdrachten. Het Hof is van oordeel dat een dergelijke praktijk op den duur de mededinging tussen potentiële dienstverleners kan belemmeren en de toepassing van de bepalingen van de Europese richtlijnen inzake de openbaarheid van procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten kan verhinderen.[53] De Commissie beveelt beklaagde derhalve aan de keuze van de aanbestedingsprocedure en de keuze voor de toe te laten ondernemer(s) te heroverwegen.

23. Afsluiting

Op 1 april 2018 bestond de Commissie vijf jaar. Kort daarna verscheen de vijfde periodieke rapportage, die betrekking heeft op de periode 1 maart 2017 tot 1 maart 2018.[54] De Commissie constateert hierin een aantal zaken.

In totaal heeft de Commissie in de eerste vijf jaar van haar bestaan 238 Adviezen uitgebracht. De daling die in het vierde rapportage jaar werd gesignaleerd heeft zich niet verder doorgezet. In het vijfde jaar heeft de Commissie 59 klachten ontvangen en in het vierde jaar waren dat er ongeveer evenveel, te weten 57. De gemiddelde doorlooptijd van het uitbrengen van een advies in klachten met een kritieke termijn[55] is gedaald van 44 dagen in het vierde rapportagejaar naar 35 dagen in het vijfde rapportagejaar. De Commissie kan in die gevallen dus zo ongeveer even snel handelen als de voorzieningenrechter in kort geding. De gemiddelde doorlooptijd van het uitbrengen van een Advies in klachten zonder kritieke termijn is echter gestegen van 75 dagen naar 134 dagen. Deze stijging wordt onder meer veroorzaakt door het feit dat de complexiteit van de ingediende Adviezen is toegenomen.

De Commissie constateert in de rapportage dat zij verhoudingsgewijs steeds minder vaak Advies hoeft te geven over klachten die betrekking hebben op aanbestedingsprocedures waarin nog kritieke termijnen spelen. Als er geen kritieke termijnen meer spelen heeft het Advies van de Commissie geen betekenis meer voor de afloop van de aanbestedingsprocedure in kwestie, maar kan het hoogstens nog aanleiding vormen voor de klager om een schadevergoedingsvordering in te dienen bij de gewone rechter. Daarnaast kan het Advies eventueel bijdragen aan de verdere verbetering van de professionaliteit van de

---

[53] Vgl. HvJ EU 19 juni 2008, C-454/06, HvJ EU 25 maart 2010, C-451/08.

[54] https://www.commissievanaanbestedingsexperts.nl/nieuws/jaarrapportage-cvae-aantal-klachten-stabiel-gebleven.

[55] Dit zijn klachten die verband houden met een nog lopende aanbestedingsprocedure.

aanbestedingspraktijk en een leereffect te weeg brengen bij ondernemingen en aanbestedende diensten.

Voor zover klachten nog wel betrekking hebben op aanbestedingsprocedures waarin kritieke termijnen aan de orde zijn, is sprake van een afnemende bereidheid van aanbestedende diensten om vervolgbeslissingen in lopende aanbestedingsprocedures op te schorten in afwachting van het Advies van de Commissie. Daar komt bij dat uit een door de Commissie in 2018 uitgevoerde quick scan blijkt dat het vaker voorkomt dat aanbestedende diensten Adviezen van de Commissie in klachten met een kritieke termijn, die hen onwelgevallig zijn, naast zich neerleggen. Naar de oorzaken en achtergronden hiervan kan slechts worden gegist.

De Commissie vraagt zich af of deze ontwikkeling wellicht is ingegeven door het feit dat veel aanbestedende diensten inmiddels beschikken over goed functionerende klachtenloketten, die in staat zijn de meeste klachten ‘af te vangen’, nog voordat deze worden ingediend bij de Commissie. Indien het klachtenloket een klacht ongegrond verklaart en de klacht vervolgens toch aan de Commissie wordt voorgelegd, zal de aanbestedende dienst zich in de regel gesterkt voelen door het oordeel van het eigen klachtenloket. De aanbestedende dienst zal minder snel geneigd zijn nog verdere vertraging te laten ontstaan en weinig bereid zijn consequenties te verbinden aan het niet-bindende Advies. En tegelijkertijd zullen deelnemers aan een aanbestedingsprocedure zich door deze ontwikkeling wellicht laten afremmen om klachten waarin kritieke termijnen spelen aan de Commissie voor te leggen.

De Commissie sluit de rapportage af door erop te wijzen dat zij in 2019 opnieuw zal worden geëvalueerd. De Commissie roept belanghebbenden op om zich in het kader van die evaluatie uit te spreken over de vraag of het wenselijk is dat de Commissie haar huidige rol van quasi-rechter die niet bindende juridische oordelen in concrete aanbestedingsgeschillen geeft in de toekomst zal blijven vervullen. De Commissie kan zich voorstellen dat deze rol wellicht enige aanpassing verdient en zegt toe een aantal mogelijke scenario’s te zullen uitwerken in een visiedocument.