

# **TBR 2020/142 Kroniek adviezen Commissie van Aanbestedingsexperts 2019/2020**

Auteur: mr. B.H.J. Blaisse-Verkooijen, mr. L. Knoups

## **TBR 2020/142**

### **Kroniek adviezen Commissie van Aanbestedingsexperts 2019/2020**

mr. B.H.J. Blaisse-Verkooijen, mr. L. Knoups<sup>1</sup>

#### Samenvatting

In deze kroniek worden door mr. B.H.J. Blaisse-Verkooijen en mr. L. Knoups de Adviezen besproken die de Commissie van Aanbestedingsexperts heeft gepubliceerd op haar website in de periode 1 juli 2019 - 1 juli 2020. Kronieken van voorgaande jaren verschenen in eerdere jaargangen van dit tijdschrift

#### **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 2019 - 1 juli 2020. Kronieken van voorgaande jaren verschenen in eerdere jaargangen van dit tijdschrift.<sup>2</sup>

Voor de leesbaarheid wordt erop gewezen dat in deze bijdrage de aanbestedende dienst in sommige gevallen 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.

#### **2. Bevoegdheid Commissie van Aanbestedingsexperts**

In Advies 525 behandelt de Commissie een zaak waarin de aanbestedende dienst een inschrijver heeft uitgesloten vanwege het ontbreken van een Model K-verklaring bij inschrijving. Naast deze uitsluiting, beklagt de klager zich bij de Commissie over de wijze waarop de aanbestedende dienst zijn klacht heeft afgehandeld. De Commissie neemt dit klachtonderdeel - in lijn met haar eerdere adviezen op dit punt<sup>3</sup> - niet in behandeling. De wijze waarop een aanbestedende dienst omgaat met een klacht die bij haar is ingediend, kwalificeert weliswaar als een handelen of nalaten van die aanbestedende dienst, maar niet als een handelen of nalaten dat binnen de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012 (hierna: Aw 2012) valt.

#### **3. Model K-verklaring**

In het hiervoor, in paragraaf 2, genoemde Advies 525 stelt klager in het eerste klachtonderdeel dat zijn inschrijving ten onrechte terzijde is gelegd door de aanbestedende dienst. De aanbestedende dienst heeft in deze nationale niet-openbare procedure reeds in de selectiefase om een Model K-verklaring gevraagd. Klager heeft deze verklaring bij aanmelding ingediend. In de gunningsfase heeft de aanbestedende dienst opnieuw om een Model K-verklaring gevraagd. Klager heeft nagelaten deze verklaring bij diens inschrijving te voegen. De Commissie oordeelt dat klager desondanks aan de eis in het bestek heeft voldaan: de (in de selectiefase ingediende) Model K-verklaring ziet op de inschrijving op de onderhavige opdracht. De Commissie wijst erop dat er geen eisen zijn gesteld aan het moment van ondertekening van de Model K-verklaring. Ten aanzien van de rechtsgeldigheid is volgens de Commissie voldoende dat kan worden vastgesteld dat de Model

K-verklaring ziet op de inschrijving voor een bepaalde opdracht. Hieraan heeft klager voldaan. De aanbesteder heeft de inschrijving van klager derhalve ten onrechte ongeldig verklaard.

#### **4. Toelatingsprocedure - Open house - Zeeuws model**

Zeven gemeenten hebben een toelatingsprocedure georganiseerd voor de inkoop van specialistische jeugdzorg.<sup>4</sup> Met alle aanbieders die voldoen aan de gestelde geschiktheidseisen en op wie de uitsluitingsgronden niet van toepassing zijn, wordt een raamovereenkomst gesloten. Klager dient een tweetal klachten in omdat hij van mening is dat de gemeenten zich te veel vrijheid voorbehouden om de bepalingen in de raamovereenkomst eenzijdig tussentijds aan te passen. Ook zouden er voor nieuwe toetreders andere eisen gelden dan voor de oorspronkelijke toetreders. Deze gang van zaken is volgens klager zowel in strijd met het gelijkheidsbeginsel, het transparantiebeginsel als het proportionaliteitsbeginsel.

De Commissie acht beide klachten - onder verwijzing naar de arresten van het Europese Hof van Justitie inzake *Falk Pharma*<sup>5</sup> en *Tirkkonen*<sup>6</sup> - ongegrond. In deze arresten heeft het Hof bepaald dat de keuze van een inschrijving aan de hand van gunningscriteria een cruciaal element is voor het bestaan van een 'overheidsopdracht' in de zin van de richtlijn. Indien echter met alle geselecteerde ondernemingen een overeenkomst wordt gesloten zonder dat er een vergelijking wordt gemaakt tussen de ontvangen inschrijvingen zijn de Europese aanbestedingsrichtlijnen niet van toepassing. De Commissie oordeelt dan ook dat deel 2 van de Aw 2012 niet op de inkoopprocedure van toepassing is.

Of het de bedoeling van de nationale wetgever is geweest om deel 1 van de Aw 2012 wél van toepassing te laten zijn in het geval hij een toelatingsprocedure als de onderhavige die buiten het toepassingsbereik van de Europese aanbestedingsrichtlijnen en deel 2 van de Aw 2012 valt, blijkt volgens de Commissie niet duidelijk uit de wetsgeschiedenis. De Commissie beveelt de wetgever aan om de praktijk hierover alsnog duidelijkheid te verschaffen. Daarbij wijst de Commissie erop dat voor zover de beginselen van aanbestedingsrecht van toepassing zouden moeten worden geacht op een toelatingsprocedure zoals de onderhavige, deze wegens het gebrek aan competitie mogelijk anders zullen moeten uitwerken dan bij een aanbestedingsprocedure. De gemeenten zijn overigens sowieso gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het zorgvuldigheids-, rechtszekerheids-, en evenredigheidsbeginsel. De Commissie vraagt zich af of de gemeenten daarmee in overeenstemming handelen door zichzelf het recht voor te behouden de raamovereenkomsten eenzijdig te mogen wijzigen. Daarnaast sluit de commissie niet uit dat deze eenzijdige wijzigingsbevoegdheid in strijd is met de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid.

#### **5. Geschiktheidseisen en selectiecriteria**

##### **5.1 Vragen naar vergelijkbare opdrachten, niet naar zijn aard gelijke opdrachten**

In een aanbestedingsprocedure voor een raamovereenkomst met één ondernemer voor leveringen voor drukwerk heeft de aanbestedende dienst als geschiktheidseis gesteld dat de inschrijver ervaring diende te hebben met het leveren van gepersonaliseerde brieven voor de afdeling gemeentelijke belastingen (aanslagen, aanmaningen, bijsluiters).<sup>7</sup> Klager schrijft in met een referentieproject dat niet aan deze omschrijving voldoet en zijn inschrijving wordt ongeldig verklaard. Klager beklagt zich hierover achteraf bij de aanbestedende dienst, omdat hij van mening is dat de geschiktheidseis niet proportioneel is. Ook dient klager een klacht in bij de Commissie. De Commissie is van oordeel dat klager zich onvoldoende proactief heeft opgesteld. Reeds vóór inschrijving had het de ondernemer duidelijk moeten zijn dat deze eis problematisch voor hem zou zijn. Aangezien de ingediende referentie overduidelijk niet voldoet aan de gestelde eisen wordt de klacht ongegrond verklaard.

Ten overvloede merkt de Commissie op dat het vragen van ervaring met opdrachten die voor de aanbestedder zelf zijn uitgevoerd, niet proportioneel is. Bovendien is het vragen van ervaring met opdrachten die zijn uitgevoerd voor een afdeling gemeentelijke belastingen eveneens in strijd met het beginsel van proportionaliteit. De aanbestedende dienst dient te vragen naar *vergelijkbare* opdrachten om de ervaring van de inschrijvers te toetsen, maar niet naar opdrachten die naar de aard van de opdracht *gelijk* zijn.

## **5.2 Strijd met het transparantiebeginsel**

In Advies 480 behandelt de Commissie een drietal klachten over een door een aanbestedder (namens een aantal gemeenten) georganiseerde Europese aanbestedingsprocedure van de concurrentiegerichte dialoog voor raamovereenkomsten met één ondernemer voor de productie en levering van zogeheten onderlossende containers. Eén van de klachten ziet op het door de aanbestedende dienst gestelde selectiecriterium 'Mate van ervaring met de inzet van mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt'. De aanbestedende dienst heeft daarbij niet concreet beschreven welke verwachtingen hij heeft en wat het doel is van dit criterium. Volgens de Commissie is daarmee onvoldoende duidelijk welke concrete competenties de aanbestedende dienst voor ogen heeft en is onvoldoende transparant op welke wijze de toewijzing van de scores zal worden bepaald. Het selectiecriterium is volgens de Commissie in strijd met het transparantiebeginsel.

## **6. Gunningscriteria**

### **6.1 Loting als enige middel voor gunning**

De Commissie heeft reeds in Advies 271 geoordeeld dat een gunning van een opdracht louter op basis van loting in strijd is met art. 2.114 en art. 2.115 Aw 2012. Dit heeft zij in Advies 529 herhaald. Het ging hier om een Europese openbare procedure voor een raamovereenkomst met meerdere ondernemers voor diensten voor de inhuur van inkoopadviseurs en contractbeheerders. De gunning vindt volgens de aanbestedingsstukken plaats aan de drie inschrijvers die worden ingeloot. In tegenstelling tot hetgeen aanbestedder betoogt, betreft het hier volgens de Commissie geen inkoopprocedure of toelatingsprocedure in lijn met de arresten *Falk Pharma*<sup>8</sup> en *Tirkkonen*<sup>9</sup>, waarbij aan alle ondernemingen die aan bepaalde eisen voldoen toegang wordt verleend tot de overeenkomst die object is van de procedure. In dit geval zal de aanbestedder immers slechts met een aantal ondernemingen die aan de toelatingseisen voldoen een overeenkomst sluiten. De Commissie overweegt dat - nu sprake is van een Europese aanbesteding van een reguliere raamovereenkomst - de aanbestedende dienst op grond van art. 2.114 en art. 2.115 Aw 2012 gehouden is een vergelijkende toets uit te voeren. Uit de jurisprudentie volgt dat loting als methode om tot gunning van de opdracht te komen niet verboden is als de loting onderdeel is van een meeromvattende vergelijkende toets, mits eerst de verplichte vergelijking op prijs en kwaliteit heeft plaatsgevonden.<sup>10</sup> In dit geval maakt een vergelijkende toets echter in het geheel geen deel uit van de gunningsmethode. Daarmee handelt de aanbestedder volgens de Commissie in strijd met art. 2.114 en art. 2.115 Aw 2012.

### **6.2 Smaaktest**

In een Europese openbare aanbesteding voor een overheidsopdracht voor leveringen voor de huur van een warme drankenvoorziening (koffieautomaten) mochten de twee beste inschrijvers deelnemen aan een smaaktest voor alle medewerkers van de aanbestedder. In Advies 512 behandelt de Commissie een tweetal klachten over deze smaaktest. Volgens klager zou de aanbestedende dienst zijn afgeweken van de aanbestedingsstukken. Meer in het bijzonder zou volgens klager ten onrechte een medewerker van een extern ingehuurd cateringbedrijf (en dus geen 'medewerker' van de aanbestedder) aan de smaaktest hebben deelgenomen. Daarnaast zou één medewerkster de koffie niet hebben gedronken, maar haar keuze hebben gebaseerd op reuk. De Commissie overweegt dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers de term 'medewerkers van de aanbestedder' op dezelfde wijze uitleggen in die zin dat hieronder ook

uitzendkrachten, gedetacheerden, stagiairs en medewerkers van de catering behoren die voor de aanbesteder werken en hun werkplek hebben in de gebouwen van de aanbesteder. Met andere woorden: de aanbesteder is volgens de Commissie op dit punt niet afgeweken van zijn aanbestedingsstukken. De Commissie acht daarentegen de voorwaarden met betrekking tot de smaaktest - waaruit zou moeten volgen of de drank daadwerkelijk geproefd dient te worden dan wel hieraan ook geroken mag worden - niet transparant. De betreffende bepaling is voor meerderlei uitleg vatbaar. De Commissie kan derhalve niet beoordelen of de aanbesteder op dit punt is afgeweken van de aanbestedingsstukken.

Ten overvloede overweegt de Commissie nog dat in het door de aanbesteder gehanteerde beoordelingsmodel niet alle inschrijvingen op basis van alle gunningscriteria met elkaar worden vergeleken, waardoor met het model niet de rangorde van alle inschrijvingen wordt bepaald.<sup>11</sup> Tevens merkt de Commissie op dat de smaaktest, die de doorslag geeft ten aanzien van de twee beste inschrijvers, zeer zwaar meeweegt, en daarom om een zeer zorgvuldige beoordelingsprocedure vraagt.

### **6.3 Strijd met het transparantiebeginsel**

In een meervoudig onderhandse aanbesteding zou de opdracht voor de levering van touchscreens gegund worden aan de aanbieder die de economisch meest voordelige heeft gedaan.<sup>12</sup> De aanbesteder heeft in de aanbestedingsstukken ten aanzien van de beoordeling van kwaliteit slechts genoemd dat maximaal 35 punten kunnen worden behaald en dat de evaluatiecommissie de kwaliteit beoordeelt en of wordt voldaan aan de technische specificaties. De aanbesteder heeft echter niet gemeld dat de kwaliteit in werkelijkheid op 25 onderdelen wordt beoordeeld, wat leidt tot een subscore van 25 punten die naar evenredigheid wordt omgerekend naar de schaal van 35 punten. Daarmee heeft de beoordeling niet plaatsgevonden aan de hand van een zo objectief mogelijk en van tevoren bekendgemaakt systeem. De aanbesteder heeft derhalve gehandeld in strijd met het transparantiebeginsel.

### **6.4 Bekendmaking relatieve gewicht gunningscriteria**

Advies 515 ziet op de vraag wanneer het relatieve gewicht van de subgunningscriteria bekendgemaakt dient te worden. In deze Europese niet-openbare aanbesteding voor - kort gezegd - de bouw van een gemeentehuis, stelde een branchevereniging dat de aanbestedende dienst het gewicht van de kwalitatieve gunningscriteria heeft gewijzigd door in de gunningsleidraad een veel lager gewicht toe te passen dan was bepaald in de selectiefase. In de aankondiging heeft de aanbesteder onder het kopje gunningscriteria vermeld: 'Kwaliteitscriterium, Weging: 50, Prijs, Weging: 50'. Bij inlichtingen heeft aanbesteder echter aangegeven dat de prijs mogelijk zwaarder zal worden gewogen (bijvoorbeeld in een verhouding 60-40 of 70-30). In de gunningsleidraad heeft de aanbesteder uiteindelijk gekozen voor een systematiek waarbij de inschrijver ten aanzien van de kwaliteit een fictieve korting van maximaal € 1.000.000,- kan behalen. Dit is volgens de branchevereniging minder dan 10% van de opdrachtwaarde. Met andere woorden: de kwaliteit speelde nauwelijks nog een rol in de gunning. De Commissie volgt het betoog van de branchevereniging, inhoudende dat het relatieve gewicht zou zijn gewijzigd, echter niet. Percentages zeggen volgens de Commissie weinig over de werkelijke gewichten van prijs en kwaliteit. Deze worden in sterke mate mede bepaald door de formules die worden gebruikt om de totaalscore te bepalen. Volgens de Commissie heeft de aanbesteder het relatieve gewicht derhalve pas in de gunningsleidraad bekendgemaakt, en niet in de aankondiging. Er is dus weliswaar geen wijziging, maar deze handelwijze is volgens de Commissie evengoed wel in strijd met art. 3.6.4 ARW 2016 op grond waarvan het relatieve gewicht reeds in de aankondiging dient te worden opgenomen.

Ten overvloede beveelt de Commissie aan om bij een Europese niet-openbare procedure waarop het ARW 2016 niet van toepassing is, de weging van de gunningscriteria ook reeds in de aankondiging op te nemen, ook al is deze verplichting niet in de Aanbestedingswet 2012 opgenomen. De Commissie raadt daarnaast aan om bij die bekendmaking niet te volstaan met het

noemen van percentages, maar tevens de formules te vermelden waarmee de totaalscores zullen worden berekend.

### **6.5 Laagste prijs onvoldoende gemotiveerd**

Op grond van art. 2.114 lid 3 Aw 2012 is een aanbestedende dienst gehouden een overheidsopdracht te gunnen op basis van het gunningscriterium beste prijs-kwaliteitverhouding. De aanbestedende dienst kan hiervan afwijken, mits deugdelijk gemotiveerd. In een aanbesteding voor diensten voor de terbeschikkingstelling van flexibele arbeidskrachten met één opdrachtnemer voor uitzenden (perceel 1) en met één opdrachtnemer voor payrolldienstverlening (perceel 2), hanteert de aanbestedende dienst het gunningscriterium laagste prijs.<sup>13</sup> Ter motivering heeft de aanbesteder onder meer gesteld dat bij de verwachte inschrijvers in combinatie met de gestelde minimumeisen, onvoldoende onderscheidend vermogen aanwezig is om in relevante mate tot uitdrukking te laten komen in een beste prijs-kwaliteitsverhouding. Ook zou het volgens hem moeilijk zijn objectieve, transparante en vooral meetbare kwalitatieve gunningscriteria te formuleren en zou het voor de beoordelingscommissie lastig zijn om het verschil in kwaliteit te beoordelen. De Commissie verwijst naar haar eerdere adviezen, waarin zij tot uitdrukking heeft gebracht dat een aanbestedende dienst voor de toepassing van het gunningscriterium 'laagste prijs' mag kiezen wanneer de toepassing van het criterium beste prijs-kwaliteitverhouding ondoelmatig is.<sup>14</sup> Naar het oordeel van de Commissie blijkt onvoldoende uit de motivering van de aanbesteder dat hiervan sprake is. Aanbesteder heeft niet aannemelijk gemaakt dat er onvoldoende onderscheidend vermogen tussen de aanbieders zou zijn. De gestelde eisen lijken juist veel ruimte te geven voor de wijze waarop daaraan invulling kan worden gegeven. De Commissie heeft bovendien geconstateerd dat in minder dan 5% van de aanbestedingen met dezelfde CPV-code het gunningscriterium 'laagste prijs' is gehanteerd. Dat het niet goed mogelijk is om in dit soort aanbestedingen kwalitatieve gunningscriteria te hanteren, acht de Commissie dan ook niet aannemelijk. Volgens de Commissie kan de door de aanbesteder gegeven motivering de toepassing van het gunningscriterium laagste prijs aldus onvoldoende dragen.

### **6.6 Bekendmaking 'in grote lijnen' niet voldoende**

In het kader van een concurrentiegerichte dialoog heeft de aanbestedende dienst de gunningscriteria in de selectieleidraad 'in grote lijnen' bekendgemaakt.<sup>15</sup> Aanbesteder geeft aan dat hij in de dialoogfase accenten kan veranderen, wegingen kan toevoegen en modellen ter beoordeling kan introduceren. De Commissie oordeelt dat hiermee niet wordt voldaan aan de verplichting op grond van art. 2.110 lid 3 Aw 2012. Op basis van dit artikel dienen de gunningscriteria niet alleen te worden opgenomen in de aankondiging of het beschrijvend document, maar daarin ook te worden omschreven. In dat licht is de vermelding van de gunningscriteria 'in grote lijnen' naar het oordeel van de Commissie te summier.

## **7. Technische specificaties**

In het kader van een Europese aanbestedingsprocedure voor de levering van een kleding inname automaat (KIA) en een kleding uitgifte automaat (KUA) zijn maar liefst 168 knock-out-eisen gesteld. Klager stelt dat het aantal en de inhoud van deze eisen de mededinging te zeer beperken, waardoor geen enkele dan wel slechts een enkele leverancier aan deze eisen kan voldoen.<sup>16</sup> Alvorens de Commissie ingaat op de verschillende knock-out-eisen, die volgens klager onrechtmatig zijn, wordt eerst het aanbestedingsrechtelijk kader geschetst.

Voorop staat dat een aanbestedende dienst in beginsel vrij is te bepalen wat hij wil inkopen. Daarbij zal hij zoveel mogelijk moeten aansluiten bij de in de markt gehanteerde standaarden of zijn eisen functioneel moeten specificeren. Het is verboden om bij het ontwerpen van overheidsopdrachten de mededinging op kunstmatige wijze te beperken.<sup>17</sup> De geformuleerde technische specificaties moeten inschrijvers gelijke toegang bieden en deze moeten bovendien

voldoende verband houden met het voorwerp van de overheidsopdracht en in verhouding staan tot de waarde en doelstellingen van de opdracht.<sup>18</sup>

Ter stimulering van innovatie, bijvoorbeeld op het gebied van duurzaamheid, kan het wel zijn toegestaan om nieuwe en van de standaard afwijkende producten uit te vragen die op dat moment nog maar door één of enkele ondernemingen kunnen worden geleverd ('launching customer'). Wel zal in dat geval zo veel mogelijk functioneel moeten worden gespecificeerd.

Een aantal klachtonderdelen treft doel. De eis dat na inworp van vuile kleding het krediet op de smartcard onmiddellijk wordt opgehoogd, houdt onvoldoende verband met de opdracht en is niet proportioneel. Volgens de Commissie is ook denkbaar dat het krediet niet op de smartcard, maar op andere wijze wordt geregistreerd. Ook de eis dat kledingstukken die langer dan 60 dagen in het systeem hangen met één druk op de knop uitgenomen moeten kunnen worden, is volgens de Commissie disproportioneel. Aanbesteder heeft niet duidelijk gemaakt waarom het zo belangrijk is dat dit met één druk op de knop mogelijk moet zijn. Het gaat dan te ver om KUA's die hieraan niet kunnen voldoen van de aanbesteding te weren. Ook de eis dat er geen deuren of knoppen bij het uitgifteluis toegestaan, houdt volgens de Commissie onvoldoende verband met het voorwerp van de opdracht en is disproportioneel. Ter rechtvaardiging heeft beklagde enkel vermeld dat dit de doorstroomsnelheid bespoedigt. Deze wens wordt echter al afgedekt door een andere knock-out-eis.

## **8. Object aanbesteding moet voldoende bepaalbaar zijn**

### **8.1 Geen afnamegarantie**

In het eerder, in paragraaf 5.2, genoemde Advies 480 met betrekking tot de Europese procedure van de concurrentiegerichte dialoog voor raamovereenkomsten met één ondernemer voor de productie en levering van zogeheten onderlossende containers, heeft klager in het eerste klachtonderdeel tevens gesteld dat de aanbesteder in de selectiefase te weinig informatie verstrekt heeft om potentiële gegadigden te laten beoordelen of zij interesse hebben in de opdracht. Dit klachtonderdeel ziet specifiek op het gegeven dat de aanbesteder niet bereid bleek om een bepaalde afname van containers te garanderen. Zonder die informatie was het voor gegadigden niet mogelijk een reële inschatting te maken van de omvang van de opdracht.

De Commissie oordeelt dat het object van de aanbesteding voldoende bepaalbaar moet zijn. De aanbesteder had in de aankondiging of in de selectieleidraad meer informatie kunnen en moeten geven over de bereidheid om een bepaalde afname te garanderen, aangezien dit voor potentiële gegadigden een essentieel gegeven is. Dit klemt in dit geval des te meer, nu vereist is dat bij de uitvoering van de opdracht een aanzienlijk aantal mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt wordt ingezet.

### **8.2 Opslagpercentage per productgroep**

Ook in de zaak die ten grondslag ligt aan Advies 545 staat de vraag centraal of de voorwaarden waaronder de opdrachten binnen een raamovereenkomst worden gegund voldoende bepaald zijn. Het betreft een Europese openbare aanbesteding voor het sluiten van een raamovereenkomst met één ondernemer voor het leveren van hard- en software met betrekking tot End User Hardware en daaraan gerelateerde dienstverlening. Inschrijvers dienen een opslagpercentage aan te bieden per productgroep (laptops, monitoren, tablets, etc.), maar het is voor inschrijvers (nog) niet bekend welke producten zullen worden uitgevraagd. Deze handelwijze is volgens de Commissie in strijd met art. 2.142 Aw 2012. De Commissie is van oordeel dat de raamovereenkomst te ruim is geformuleerd en te veel ruimte laat voor nadere invulling bij het gunnen van de nadere opdrachten.



Ten overvloede merkt de Commissie nog op dat het de vraag is of de aanbestedende dienst op deze manier - door het uitvragen van een opslagpercentage - het economisch meest voordelig uit zal zijn. Nu de opdrachtnemer op de nadere opdrachten (waarbij hij niet meer hoeft te concurreren met andere ondernemers) een opslagpercentage op zijn inkoopprijs mag aanbieden, heeft hij er belang bij om duurdere producten aan te bieden.

### **8.3 Werkzaamheden supervisor**

In het kader van een ontwerpwedstrijd waarbij de deelnemers een schetsontwerp voor een appartementencomplex moeten indienen, wordt uit de vijf deelnemers één winnaar aangewezen.<sup>19</sup> Aan deze winnaar wordt geen (vervolg)opdracht gegund. De winnaar ontvangt enkel een hogere vergoeding dan de andere deelnemers. De mogelijkheid bestaat dat de winnaar door de aanbesteder zal worden betrokken als supervisor bij de uitwerking van het schetsontwerp tot bouwplan maar dit staat niet vast. Hiervoor wordt geen (extra) vergoeding in het vooruitzicht gesteld en bovendien is niet beschreven wat de werkzaamheden als supervisor precies zullen inhouden. De Commissie oordeelt dat het object van de procedure onvoldoende bepaalbaar is.

### **8.4 Geen verplichting om via raamcontractant te boeken**

Advies 497 ziet op een Europese openbare procedure voor een raamovereenkomst met één ondernemer voor diensten voor buitenlandse (dienst-)reizen en desgewenst verblijfaccommodaties en transport. Klager stelt zich op het standpunt dat de omvang van de raamovereenkomst onvoldoende bepaald is doordat de medewerkers van de aanbesteder niet *verplicht* zijn via de opdrachtnemer te boeken.

De Commissie benoemt dat in het kader van de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie de omvang van de raamovereenkomst voldoende transparant en de opdracht voldoende bepaald dienen te zijn. Nu de aanbesteder voor de meeste medewerkers de mogelijkheid om zelf hun buitenlandse reis elders te boeken volledig heeft opengelaten, kan de omvang van de opdracht variëren tussen € 1.000.000,- en € 3.000.000,-. Dit is niet afhankelijk van de reisbehoeftes binnen aanbesteder, maar van de keuzes die zijn medewerkers in het kader van die reizen maken. Dat kan de bepaling van de tarieven moeilijk maken, zeker nu tarieven moeten worden gegeven voor twee maar mogelijk ook zes jaar. Niet is gebleken dat kan worden geoffreerd op basis van een staffel of dat de tarieven kunnen worden bijgesteld bij een omzet boven of onder een bepaald bedrag. De Commissie is derhalve van oordeel dat de omvang van de opdracht onvoldoende is bepaald en acht de klacht gegrond.

## **9. Raamovereenkomst**

### **9.1 Maximale looptijd**

In het hiervoor, in paragraaf 8.4, besproken Advies 497 wijst de Commissie er ten overvloede nog op dat slechts in uitzonderingsgevallen mag worden afgeweken van het uitgangspunt dat de looptijd van een raamovereenkomst niet langer mag zijn dan vier jaar. De Commissie vraagt zich af of de door de aanbestedende dienst in dit kader verstrekte motivering - inhoudende dat hij de opdrachtnemer de mogelijkheid wil bieden om zijn investeringen terug te verdienen - deugdelijk is, aangezien de initiële duur van de raamovereenkomst slechts twee jaar bedraagt.

## **10. Proportionaliteit**

### **10.1 Airside-eis**

In het kader van een aanbesteding voor diensten voor vrachtvervoer door de lucht wereldwijd, inclusief voor- en natransport, wordt de eis gesteld dat de inschrijver beschikt over een locatie aan,

en direct toegang heeft tot de airside van luchthaven Schiphol.<sup>20</sup> Volgens klager is deze eis onder meer in strijd met het beginsel van proportionaliteit. De Commissie deelt dat oordeel niet. Beklaagde heeft voldoende duidelijk gemaakt dat er goede grond is voor de airside-eis als het gaat om het vervoer van goederen waarvoor de aanbestedende dienst extra beveiligingseisen nodig acht. Indien de opdrachtnemer niet over een locatie met directe toegang tot de airside van Schiphol kan beschikken, dient de aanbesteder de goederen met extra beveiligingseisen immers niet alleen beveiligd te escorteren naar de locatie van de opdrachtnemer, maar vervolgens nog een keer van de locatie van de opdrachtnemer naar de afhandelaar van de luchtvaartmaatschappij. De aanbesteder heeft gesteld daarvoor niet over voldoende personele capaciteit te beschikken. Een verdeling van de opdracht in percelen waarbij onderscheid wordt gemaakt tussen goederen die extra beveiliging vereisen en overige goederen, acht de Commissie ook geen reële mogelijkheid. Aldus is er geen strijd met het beginsel van proportionaliteit.

## **10.2 Locatie-eis**

In het kader van een ontwerpwedstrijd voor het maken van een schetsontwerp voor een appartementencomplex wordt de eis gesteld dat de architect moet zijn gevestigd binnen een straal van 50 km vanaf de locatie van het te ontwikkelen appartementencomplex.<sup>21</sup> De Commissie oordeelt dat deze eis disproportioneel is. Er ontbreekt een objectief criterium voor dit vereiste en de eis houdt onvoldoende verband met het voorwerp van de opdracht.

## **10.3 Afwijking van de UAV 2012**

Advies 515 gaat over een aanbestedingsprocedure ten behoeve van de nieuwbouw van een gemeentehuis. Het betreft een geïntegreerde opdracht met betrekking tot de uitwerking van het bestek met werktekeningen door een voorgeschreven architect, alsmede de sloop en de bouwkundige en installatietechnische uitvoeringswerkzaamheden. In de concept aannemingsovereenkomst die bij de aannemingsstukken is gevoegd wordt de UAV 2012 van toepassing verklaard. In het bestek wordt op een groot aantal plaatsen echter afgeweken van de UAV 2012. Klager, een brancheorganisatie, stelt dat hierdoor sprake is van schending van Voorschrift 3.9C van de Gids Proportionaliteit. Hierin is bepaald: *'In gevallen waarin voor een bepaalde soort overeenkomst contractmodellen of algemene voorwaarden bestaan die paritair zijn opgesteld, past de aanbestedende dienst deze integraal toe.'* De Commissie oordeelt dat de klacht ongegrond is, omdat de UAV 2012 enkel ziet op de *uitvoering* van werken en installatiewerken, terwijl in de onderhavige situatie sprake is van een geïntegreerde opdracht.

## **11. Strijd met transparantiebeginsel, onduidelijke eisen**

Aanbestedende diensten dienen erop toe te zien dat de eisen en voorwaarden die worden opgenomen in de aanbestedingsstukken ondubbelzinnig zijn geformuleerd en niet voor meerdere uitleg vatbaar zijn. Iedere normaal oplettende en redelijk geïnformeerde inschrijver moet de gestelde eisen en voorwaarden op dezelfde manier kunnen begrijpen. Alleen dan zal sprake kunnen zijn van een gelijk speelveld en is een deugdelijke vergelijking van de ontvangen aanbiedingen mogelijk. In een aantal Adviezen die zijn verschenen in de door ons onderzochte periode wordt over de (on)duidelijkheid van de gestelde eisen geklaagd.

### **11.1 Leverbaarheid producten**

In de hierboven, in paragraaf 7, al genoemde aanbestedingsprocedure voor de levering van een KIA en een KUA is de eis gesteld dat alle onderdelen van de KIA en KUA tot 15 jaar na oplevering van het systeem naleverbaar moeten zijn.<sup>22</sup> De Commissie is het met klager eens dat de formulering van de eis in strijd is met het transparantiebeginsel. De eis kan namelijk op twee manieren worden uitgelegd. Eén mogelijke uitleg is, zoals klager meent, dat tot 15 jaar na oplevering de originele onderdelen leverbaar moeten zijn. Een tweede lezing is, zoals beklagde meent, dat onderdelen tot 15 jaar na oplevering leverbaar moeten zijn, maar dat een nalevering zowel onderdelen van



hetzelfde merk als gelijkwaardige onderdelen mag betreffen. Omdat de eis niet transparant is geformuleerd kan de Commissie niet beoordelen of de eis disproportioneel is; aan dit klachtonderdeel komt de Commissie niet toe.

### 11.2 API/software

Beklaagde in Advies 539 heeft een dynamisch aankoopstelsel (DAS) ingesteld voor de inhuur van extern personeel. Voor ondernemers in de categorie 'ICT ontwikkeling en beheer' heeft beklagde de volgende ervaringseis opgenomen: *'de voorgestelde kandidaat heeft minimaal 3 jaar aantoonbare ervaring opgedaan in de afgelopen vijf jaar, met API/software ontwikkeling [...]'*. Klager heeft deze eis zo geïnterpreteerd dat het personeel ervaring moet hebben met API of met softwareontwikkeling. Beklaagde heeft de aanbieding van klager terzijde gelegd, omdat uit de ingediende stukken enkel bleek van ervaring met softwareontwikkeling. Beklaagde neemt het standpunt in dat de eis, gelezen in samenhang met de andere bepalingen in de aanbestedingsstukken, inhoudt dat specifiek gevraagd wordt naar een API-ontwikkelaar; de ervaring met de softwareontwikkeling moet daarom zien op ervaring met API-ontwikkeling. De Commissie oordeelt dat beide lezingen mogelijk zijn en dat de ervaringseis daarmee onvoldoende transparant is geformuleerd.



### 11.3 Ontwerpwedstrijd

De aanbesteding die centraal staat in Advies 502 betreft een ontwerpwedstrijd voor het maken van een schetsontwerp voor een appartementencomplex. Klager, een brancheorganisatie, meent dat de procedure op een aantal onderdelen in strijd is met het transparantiebeginsel. De Commissie is het met klager eens. In de eerste plaats is geen sprake van een meervoudig onderhandse procedure, zoals beklagde stelt, maar volgt uit de opzet van de aanbesteding dat het een nationaal openbare procedure betreft. Beklaagde had de procedure op TenderNed moeten aankondigen. Niet gesteld of gebleken is dat dat ook is gebeurd. In de tweede plaats blijkt uit de aanbestedingsstukken niet duidelijk wat onder een 'schets' wordt verstaan. In de derde plaats is de eis dat de winnende architect door deelname aan de ontwerpwedstrijd automatisch afstand doet van de auteurs- en

persoonlijkheidsrechten t.a.v. het schetsontwerp, onvoldoende transparant. Niet duidelijk is welke rechtsgevolgen zijn beoogd.

## **12. Discriminerende eisen**

### **12.1 Sociale uitvoeringseis en locatie-eis**

In een Europese procedure van de concurrentiegerichtte dialoog voor raamovereenkomsten met één ondernemer voor de productie en levering van zogeheten onderlossende containers, wordt onder meer geklaagd over de volgende twee eisen.<sup>23</sup> Aanbesteder heeft de eis gesteld dat minimaal 55 fte gedetacheerde medewerkers van de aanbestedende dienst (met een afstand tot de arbeidsmarkt en/of arbeidsbeperking) die reeds opgeleid waren binnen het productie- en assemblageproces van de onderlossende containers en daarin werkzaam zijn, werkzaam blijven bij de uitvoering van de opdracht. Daarnaast heeft de aanbestedende dienst de eis gesteld dat een belangrijk deel van de productie en de gehele assemblage op een locatie dient plaats te vinden in een straal van circa 30 km van de aanbestedende dienst. De Commissie oordeelt dat beide eisen beschouwd kunnen worden als bijzondere uitvoeringsvoorwaarden. De eerste voorwaarde - betreffende de inzet van 55 fte specifieke mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt - is volgens de Commissie discriminatoir, aangezien de inschrijvers zelf geen uitvoering kunnen geven aan deze voorwaarde door bijvoorbeeld mensen uit hun eigen regio in te zetten. Deze uitvoeringsvoorwaarde is weliswaar voor alle inschrijvers gelijk, maar heeft voor buitenlandse ondernemingen een indirect discriminerende werking. Deze discriminerende werking voor buitenlandse ondernemingen gaat ook uit van de tweede uitvoeringsvoorwaarde met betrekking tot de productielocatie binnen een straal van 30 km. Tevens vraagt de Commissie zich af of deze voorwaarde voldoende verband houdt met de voorwaarde van de opdracht (wanneer je ervan uitgaat dat het een opdracht tot levering betreft).

## **13. Uitvoeringseis**

In het hierboven, in paragraaf 5.1, reeds besproken Advies 495 over een aanbestedingsprocedure voor een raamovereenkomst met één ondernemer voor leveringen voor drukwerk, stelde klager dat de winnende inschrijver niet voldeed aan de eis dat het papier moet voldoen aan de Dutch Procurement Criteria for Timber en derhalve uitgesloten had moeten worden. Hoewel het Programma van Eisen niet geheel duidelijk is over de aard van de eisen, betreft het hier volgens de Commissie een uitvoeringseis. Dit betekent dat eerst ten tijde van de uitvoering aan de eis hoeft te worden voldaan. Indien echter op voorhand vaststaat dat de inschrijver ten tijde van de uitvoering niet aan deze eis kan voldoen, moet de aanbestedende dienst hem uitsluiten. In beginsel mag een aanbesteder uitgaan van de juistheid van de verklaring van de inschrijver dat hij kan voldoen aan de uitvoeringseis. Indien een afgewezen inschrijver echter aantoonbaar gereede twijfel bestaat over de juistheid van deze verklaring, is de aanbesteder gehouden nader onderzoek te verrichten. Aanbesteder heeft dit ook gedaan. Volgens hem heeft de winnende inschrijver hem voorzien van bewijsstukken waaruit blijkt dat hij kan voldoen aan de uitvoeringseis. De klacht is volgens de Commissie ongegrond. In een overweging ten overvloede vraagt de Commissie zich af of de aanbesteder er niet beter aan had gedaan de bewijsstukken van de winnende inschrijver aan de klager te verstrekken. Daarmee had de klager na kunnen gaan of de aanbesteder terecht besliste dat de winnende inschrijver voldoende heeft aangetoond aan de uitvoeringseis te zullen voldoen.<sup>24</sup>

## **14. Zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen**

In Advies 568 stelt klager dat de aanbestedende dienst met deze aanbestedingsprocedure niet zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen realiseert. Het betrof hier een Europese openbare aanbestedingsprocedure voor een raamovereenkomst voor diensten voor terbeschikkingstelling van flexibele arbeidskrachten met één opdrachtnemer (perceel 1) en met één opdrachtnemer voor payrolldienstverlening (perceel 2). De aanbesteder heeft in dit geval

volgens de Commissie in strijd gehandeld met art. 2.114 Aw 2012 door het gunningscriterium beste prijs-kwaliteitverhouding niet te hanteren en de keuze voor het gunningscriterium laagste prijs niet deugdelijk te motiveren. Het voorgaande brengt tevens met zich dat de aanbestedende dienst hier heeft gehandeld in strijd met art. 1.4 lid 2 Aw 2012. Overigens betekent dit volgens de Commissie niet dat een aanbestedende dienst in alle gevallen het gunningscriterium van de beste prijs-kwaliteitverhouding zou moeten hanteren. In bepaalde gevallen zal - zo stelt de Commissie - verwacht mogen worden dat een aanbestedingsprocedure met het gunningscriterium van de laagste prijs juist de meeste maatschappelijke waarde voor de publieke middelen oplevert.

## **15. Publiekrechtelijke instelling**

### **15.1 Financieringscriterium en subsidie**

De zaak die ten grondslag ligt aan Advies 489 zag op een offerteaanvraag van een instelling aan drie ondernemingen voor een oplossing voor de overstap van een eigen serveromgeving naar een cloud-oplossing. Klager heeft een offerte ingediend, maar heeft de opdracht niet gegund gekregen. Hij stelt zich vervolgens op het standpunt dat de opdracht Europees aanbesteed had moeten worden. De vraag die centraal staat in dit advies is of de betreffende instelling kwalificeert als een publiekrechtelijke instelling. Dat de instelling is opgericht om te voorzien in behoeften van algemeen belang anders dan van industriële of commerciële aard én rechtspersoonlijkheid bezit, staat niet ter discussie. Partijen verschillen van mening of aan het criterium van de overwegende overheidsinvloed is voldaan, waarbij de discussie zich toespitst op het financieringscriterium. In het kader van het financieringscriterium zal volgens de Commissie moeten worden onderzocht of sprake is van openbare financiering als bedoeld in art. 1.1. Aw 2012 in die zin dat een ondergeschiktheids- of afhankelijkheidsrelatie ontstaat als gevolg van financiële steun die wordt verstrekt ter financiering of ondersteuning van de activiteiten van de betrokken instelling zonder dat daar een specifieke tegenprestatie tegenover staat.<sup>25</sup> Indien de financiering wordt aangeduid als een subsidie is volgens de Commissie in beginsel sprake van openbare financiering, tenzij er sterke aanwijzingen zijn voor het tegendeel. Hoewel in dit geval is vastgelegd welke prestaties de instelling in het kader van de subsidieverlening zal moeten verlenen, is volgens de Commissie sprake van openbare financiering. Dat is gekozen voor subsidieverlening en hierop de subsidieverordening van de gemeente van toepassing is verklaard (in plaats van de inkoopvoorwaarden) is volgens de Commissie een aanwijzing dat geen sprake is van een contractuele opdrachtrelatie. Dat geldt ook voor de omstandigheid dat een groot deel van de gesubsidieerde en door de instelling aan derden te verlenen diensten is vrijgesteld van btw. Van belang is volgens de Commissie voorts dat de gemeente een wettelijke plicht heeft om in bepaalde diensten te voorzien en met de subsidieverlening haar (wettelijke) beleidsdoelen beoogt te verwezenlijken. Dat beëindiging van de subsidie ook het einde van de instelling zou betekenen, geeft volgens de Commissie ook aan dat de instelling afhankelijk is van openbare financiering. De Commissie concludeert aldus dat aan het financieringscriterium (en dus aan alle voorwaarden met betrekking tot een publiekrechtelijke instelling) wordt voldaan. De instelling had deze opdracht (die een waarde boven de Europese drempel heeft) Europees moeten aanbesteden.

## **16. Wezenlijke wijziging van de opdracht**

Ten opzichte van vorig jaar, is ook dit jaar in de door ons onderzochte periode (slechts) één Advies verschenen waarin een ondernemer zich op het standpunt stelt dat de overeenkomst die is gesloten met de winnaar van de aanbestedingsprocedure in strijd met de aanbestedingsregels wezenlijk is gewijzigd.

Advies 513 gaat over een nationale openbare aanbesteding van een concessieovereenkomst voor het leveren, plaatsen, beheren, onderhouden en exploiteren van 120 reclamedisplays. Volgens klager is deze opdracht gedurende de uitvoering wezenlijk gewijzigd. Alvorens in te gaan op deze klacht, overweegt de Commissie dat, ondanks het feit dat de onderhavige concessieovereenkomst eind 2013 of begin 2014 is gesloten, op eventuele wijzigingen daarvan, deel 1 van de ten tijde van

die wijzigingen geldende Aw 2012 van toepassing is.<sup>26</sup> Alhoewel de waarde van de concessieovereenkomst onder de Europese drempelwaarde ligt, heeft de aanbesteder met zijn keuze om de concessieovereenkomst aan te besteden op basis van de nationale openbare procedure, zich volgens de Commissie op grond van artikel 1.12 en 1.13 Aw 2012 gebonden aan de beginselen van aanbestedingsrecht. De Commissie is van oordeel dat die gebondenheid ook inhoudt dat het aanbesteder in beginsel niet vrijstaat de concessieovereenkomst na gunning daarvan te wezenlijk wijzigen.<sup>27</sup> Naar het oordeel van de Commissie dient een wijziging van vóór 1 juli 2016 van een op basis van een nationale openbare procedure gesloten concessieovereenkomst te worden beoordeeld naar analogie van de regels die vóór 1 juli 2016 golden in het geval dat die overeenkomst zou zijn gesloten met gebruikmaking van een Europese aanbestedingsprocedure.<sup>28</sup> Wijzigingen ná 1 juli 2016 dienen naar het oordeel van de Commissie naar analogie te worden beoordeeld van de regels die na 1 juli 2016 voor Europese aanbestedingsprocedures gelden (zie art. 2a.53 en hoofdstuk 2.5 Aw 2012), voor zover deze regels een codificatie vormen van de jurisprudentie over de periode tot 1 juli 2016.<sup>29</sup>

De eerste wijziging betreft een uitbreiding van de opdracht met 51 reclamedisplays (van 120 naar 171 stuks). Beklaagde is hierdoor een hogere afdracht aan de concessiehouder verschuldigd. De Commissie oordeelt dat dit een wezenlijke wijziging is. Vervolgens ligt dan de vraag voor of dit wellicht kan worden gerechtvaardigd. Beklaagde wijst erop dat in de aanbestedingsstukken is bepaald dat het aantal reclamedisplays gedurende de concessieovereenkomst op verzoek van opdrachtgever mag toenemen. De Commissie oordeelt echter dat dit geen duidelijke, nauwkeurige en ondubbelzinnige herzieningsclausule is omdat er geen enkele beperking aan de omvang van de uitbreidingsmogelijkheid is gesteld.

De tweede wijziging betreft het feit dat beklagde niet of onvoldoende is opgekomen tegen tekortkomingen in de nakoming van de concessieovereenkomst. De concessiehouder heeft - in strijd met de concessievoorwaarden - zeker vijf jaar lang verzuimd de voorrangsregel en de volledige tariefstelling voor niet-commerciële culturele en maatschappelijke campagnes 'openbaar, duidelijk en blijvend' te communiceren. Niet valt uit te sluiten dat de concessiehouder hierdoor meer inkomsten heeft kunnen verwerven dan op basis van de oorspronkelijke concessievoorwaarden mogelijk zou zijn geweest. Ook dit is naar het oordeel van de Commissie een wezenlijke wijziging.

## **17. Mededingingsprocedure met onderhandelingen**

Aanbestedende diensten die gebruik maken van een openbare of niet openbare procedure mogen 'overstappen' op de mededingingsprocedure met onderhandelingen indien slechts onregelmatige of onaanvaardbare inschrijvingen zijn ingediend. Daarbij hoeft er geen aankondiging gepubliceerd te worden indien de aanbesteder uitsluitend alle inschrijvers tot de procedure toelaat die: a) niet zijn uitgesloten en aan de gestelde geschiktheidseisen voldoen en die b) gedurende de voorafgaande procedure een inschrijving hebben ingediend die aan de formele eisen van die aanbestedingsprocedure voldeed én de oorspronkelijke voorwaarden voor de opdracht niet wezenlijk worden gewijzigd. In Advies 508, waarin een overheidsopdracht voor het plaatsen van een damwand en de herinrichting van een kade centraal staat, maakt aanbesteder van deze mededingingsprocedure gebruik. Zonder dat hierover wordt geklaagd merkt de Commissie op dat aanbesteder de aankondiging ten onrechte achterwege heeft gelaten. Door het gunningscriterium te wijzigen van de beste prijs-kwaliteitverhouding naar laagste prijs en ineens ook ontwerpwerkzaamheden van de inschrijvers te vragen, zijn de oorspronkelijke voorwaarden voor de opdracht immers wezenlijk gewijzigd.

## **18. Proactief handelen, tijdig klagen**

### **18.1 Geen vragen gesteld in nota van inlichtingen**

Advies 526 gaat over een Europese openbare procedure voor een overheidsopdracht tot levering van een kleding inname automaat (KIA) en een kleding uitgifte automaat (KUA). Klager heeft maar liefst elf klachtonderdelen geformuleerd - een deel daarvan is al eerder besproken in deze kroniek in paragraaf 7 en 11.1 - waarvan er in totaal vier terecht zijn volgens de Commissie. Desondanks worden alle klachtonderdelen ongegrond verklaard. Klager heeft namelijk onvoldoende proactief gehandeld. Klager heeft over de knock-out-eisen geen vragen gesteld in de nota van inlichtingen, waardoor hij de aanbestedende dienst de mogelijkheid heeft ontnomen om - binnen de kaders van het aanbestedingsrecht - aan diens bezwaren tegemoet te komen. Daarnaast wijst de Commissie erop dat klager in zijn communicatie richting de aanbestedende dienst onvoldoende duidelijk is geweest. In een eerste brief heeft klager enkel aangegeven zich te zullen terugtrekken. Vervolgens heeft hij een klacht ingediend bij de Commissie, die aanvankelijk niet in behandeling is genomen omdat klager de klacht niet eerst bij de aanbestedende dienst had ingediend. Daarna heeft klager drie brieven naar de aanbestedende dienst gestuurd waarin hij onvoldoende duidelijk maakt dat hij van de aanbestedende dienst verlangt dat de aanbestedingsprocedure wordt aangepast.

Ook in Advies 505 - waarin een Europese openbare aanbesteding voor het inrichten en exploiteren van het Centraal Meldpunt Vrachtwagenbergingen centraal staat - oordeelt de Commissie dat klager onvoldoende proactief heeft gehandeld door geen vraag te stellen in de inlichtingenfase en pas twee dagen voor sluiting van de inschrijvingstermijn zijn bezwaren kenbaar te maken.

## **18.2 Klager is brancheorganisatie**

Klager in Advies 569, waarin de aanbesteding van een overheidsopdracht voor onderhoud van wegen, berm en aanverwante zaken centraal staat, is een brancheorganisatie. Een brancheorganisatie is zelf geen (potentiële) gegadigde, maar behartigt de belangen van (potentiële) gegadigden. Voor brancheorganisaties geldt een afgeleide klachtplicht, wat inhoudt dat de brancheorganisatie zelf geen klacht hoeft te hebben ingediend, maar wordt aangesloten bij de klachtplicht van de gegadigde die de brancheorganisatie vertegenwoordigt.<sup>30</sup> In het onderhavige geval heeft de gegadigde nóch de brancheorganisatie vragen gesteld in het kader van een nota van de inlichtingen en/of een klacht ingediend bij de aanbestedende dienst binnen de daarvoor gestelde termijn. De brancheorganisatie heeft haar bezwaren pas ruim na de sluiting van de Nota van Inlichtingen en vlak voor de uiterste datum van indiening kenbaar gemaakt. Dat is te laat. De klacht is daarmee ongegrond. Overigens had klager volgens de Commissie wel degelijk een terecht punt aangekaart. Eén van de selectiecriteria is volgens de Commissie in strijd met het proportionaliteitsbeginsel.

## **18.3 Aanbestedingsplicht door subsidieverlening**

Advies 517 gaat over een stichting die de opdracht tot het ontwerp van een monument onderhands heeft gegund aan een architect. Onder meer 13 architecten en kunstenaars klagen gezamenlijk dat deze opdracht ten onrechte niet Europees of nationaal is aanbesteed. De Staat zou namelijk een aanzienlijk subsidiebedrag beschikbaar hebben gesteld, zodat de stichting de ontwerpopdracht op grond van art. 2.8 en 2.9 Aw 2012 Europees had moeten aanbesteden volgens klagers. Naar het oordeel van de Commissie hebben de klagers onvoldoende proactief gehandeld. In 2013 is voor het eerst in lokale media bekend gemaakt dat de stichting de architect heeft ingeschakeld voor het ontwerp van het monument. Na enig uitstel van het project is in een Kamerbrief van 27 januari 2017 opgenomen dat de Staat de realisatie van het monument met een bedrag van € 2.300.000,- zal subsidiëren. Klagers kaarten de vermeende aanbestedingsplicht vervolgens pas aan op 7 februari 2018 tijdens een bezwaarschriftprocedure in het kader van een omgevingsvergunning die voor de realisatie van het monument benodigd is. Daarmee hebben de klagers onvoldoende proactief gehandeld. Ook daarna nog is onvoldoende voortvarend gehandeld en dat maakt dat klagers in dit stadium geen beroep meer kunnen doen op het niet naleven van een aanbestedingsplicht. De klacht is derhalve ongegrond.

## **18.4 Kritische vragen stellen**



Uit Advies 508 volgt, dat het van belang is dat een inschrijver niet alleen tijdig zijn bezwaren bij de aanbestedende dienst kenbaar maakt, maar dat ook de manier waarop dat gebeurt een belangrijke rol speelt. Klager vroeg in deze aanbesteding of beklaagde een tenderkostenvergoeding aan de inschrijvers beschikbaar stelde. Het antwoord van beklaagde was nee en daarna diende inschrijver een inschrijving in. Omdat klager niet uitdrukkelijk had laten weten het niet eens te zijn met de bepaling in de aanbestedingsstukken dat geen vergoeding zou worden toegekend, oordeelt de Commissie dat klager onvoldoende proactief heeft gehandeld. Indien een inschrijver het niet eens is met een door aanbesteder verstrekt antwoord dient hij vóór inschrijving kritische vragen te stellen of een klacht in te dienen.

### **18.5 Meeliften op vragen van een andere inschrijver**

De nationaal openbare aanbestedingsprocedure die centraal staat in Advies 508 werd afgebroken omdat de inschrijfprijzen niet binnen het budget lagen en aanbesteder besloot over te stappen op een mededingingsprocedure met onderhandeling. Verschillende inschrijvers vroegen in een vroeg stadium om een inschrijfvergoeding en onderbouwden waarom daaraan behoefte was. Klager had geen vragen gesteld, maar dient ook over deze tweede aanbestedingsprocedure een klacht in bij de Commissie. De Commissie oordeelt dat in het midden kan blijven of deze vragen door klager zijn gesteld. Ook indien deze vragen niet door klager zijn gesteld, brengt dat naar het oordeel van de Commissie niet met zich dat klager later niet meer mag klagen over de weigering een vergoeding toe te kennen. Als gevolg van de herhaalde en onderbouwde vragen is aanbesteder ervan op de hoogte dat meerdere inschrijvers een vergoeding van de gemaakte kosten aangewezen vinden. Niet aannemelijk is dat aanbesteder een ander antwoord had gegeven indien de vraag door ondernemer zelf was gesteld. Bovendien zou een andersluidend oordeel tot gevolg hebben dat alle potentiële inschrijvers dezelfde vragen moeten stellen om hun recht om te klagen niet te verspelen.<sup>31</sup>

## **19. Herstel van een gebrek**

### **19.1 Onbedoelde verwijzing naar algemene voorwaarden**

In de zaak die ten grondslag ligt aan Advies 527 is in de aanbestedingsstukken voor een opdracht tot levering van vrachtwagens bepaald dat een inschrijving ongeldig is en niet in behandeling wordt genomen, indien in de inschrijving een verwijzing plaatsvindt naar de eigen algemene voorwaarden. Ondernemer heeft in een voorbedrukte passage in een brief bij de inschrijving verwezen naar de eigen voorwaarden. De aanbesteder heeft de inschrijving om die reden als ongeldig terzijde gelegd. Volgens de Commissie is sprake van een gebrek in de inschrijving en is herstel op grond van de sanctionering in de aanbestedingsstukken niet mogelijk. Uit jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie<sup>32</sup> volgt immers dat een gebrek in de inschrijving zich niet leent voor herstel, indien dit gebrek in de aanbestedingsstukken uitdrukkelijk wordt gesanctioneerd met uitsluiting.

Ten overvloede overweegt de Commissie dat de aanbesteder met de door hem gestelde voorwaarde een disproportionele eis met bijbehorende sanctie heeft opgenomen. Een eis in de aanbestedingsstukken die een - onbedoelde - verwijzing naar de eigen algemene voorwaarden op deze wijze verbiedt en sanctioneert, gaat volgens de Commissie verder dan nodig is om het doel te bereiken dat een aanbestedende dienst voor ogen heeft, te weten het van toepassing verklaren van uitsluitend de eigen algemene voorwaarden en niet (tevens) de algemene voorwaarden van een inschrijver.

### **19.2 Ontbrekende documenten**

Ook in de zaak die ten grondslag ligt aan Advies 533 was sprake van een gebrek dat zich niet leent voor herstel. In een meervoudig onderhandse aanbesteding voor het sluiten van een raamovereenkomst met één ondernemer voor het verzorgen van opleidingen voor promovendi, dienden inschrijvers per e-mail in te schrijven. De (per e-mail ingediende) inschrijving van klager



bleek niet compleet. Eén bestand kon niet worden geopend en een aantal documenten ontbrak: het Uniform Europees Aanbestedingsdocument, de ‘akkoordverklaring programma van eisen’ en de ‘akkoordverklaring raamovereenkomst’. De Commissie oordeelt dat dit een gebrek in de inschrijving is dat niet mag worden hersteld. Aanvulling van de inschrijving zou immers in wezen een nieuwe inschrijving inhouden, waarbij bovendien niet objectief kan worden vastgesteld dat de documenten dateren van vóór het einde van de inschrijvingstermijn.

Ten overvloede beveelt de Commissie aan om ook bij een meervoudig onderhandse procedure gebruik te maken van een digitaal platform. Indien aanbestedende diensten toch kiezen voor inschrijving per e-mail, beveelt de Commissie aan om in de aanbestedingsstukken ruimte te bieden om eventuele gebreken in de inschrijving te mogen herstellen als gevolg van technische problemen bij de indiening per e-mail (binnen de herstelmogelijkheden die volgens vaste jurisprudentie bestaat). Ook zijn in overweging 5.5.4 van het Advies nog tips opgenomen voor inschrijvers, in het geval genoemd herstel wel is toegestaan. Deze tips strekken ertoe om de inschrijver in staat te stellen dat zij kunnen aantonen of een document van vóór het einde van de inschrijving dateert, en dus niet nadien is gewijzigd.

### **19.3 Verzoek om aanpassing honorariumpercentage**

In een Europese niet-openbare aanbestedingsprocedure voor een opdracht voor ontwerp- en adviesdiensten met betrekking tot de bouw van installaties voor de restauratie en renovatie van een museum, dienden inschrijvers in het inschrijfformulier een honorariumpercentage op te geven uitgaande van een taakstellend installatiebudget van ca. 35 miljoen euro.<sup>33</sup> Dit budget heeft de aanbesteder in de vierde nota van inlichtingen gewijzigd naar ca. 25 miljoen euro. Klager heeft in zijn inschrijving een honorariumpercentage en een bijbehorend bedrag opgenomen. Aanbesteder ontdekte dat het aangeboden percentage, berekend over het gewijzigde budget, resulteerde in een ander bedrag en heeft om een toelichting gevraagd. Klager gaf toe per ongeluk te zijn uitgegaan van het oorspronkelijke taakstellend budget, maar bevestigde dat hij wilde inschrijven met het opgegeven honorariumbedrag. Klager verzocht beklagde om die reden het opgegeven percentage te wijzigen. Beklaagde ging hier niet in mee en klager werd uitgesloten van de aanbestedingsprocedure. Uit de inschrijving kon namelijk niet met zekerheid worden opgemaakt dat klager *wél* wilde inschrijven met het op het formulier genoemde bedrag, maar *niet* met het daarin genoemde percentage. Er bestond ook nog een andere mogelijkheid: wel inschrijven met het genoemde percentage, maar niet met het genoemde bedrag. Dit gebrek betreft volgens de Commissie geen kennelijke materiële fout. Bovendien zou herstel leiden tot een ontoelaatbare wijziging van de inschrijving. Dit gebrek leent zich derhalve volgens de Commissie niet voor herstel.

## **20. Motivering gunningsbeslissing**

### **20.1 Summiere motivering**

In Advies 514 stelt klager dat aanbesteder zijn inschrijving ten onrechte ongeldig heeft verklaard en de beslissing tot uitsluiting onvoldoende heeft gemotiveerd. De aanbesteding zag op een overheidsopdracht voor diensten voor de terbeschikkingstelling van een digitale stadspas. De door de inschrijver aangeboden oplossing dient volgens de aanbestedingsdocumenten te voldoen aan de eisen uit de bijlage ‘Eisen Privacy by Design’. Aanbesteder heeft de inschrijving van klager op grond van een enkele passage in zijn inschrijving terzijde gelegd door te oordelen dat de inschrijving van klager niet voldoet aan de in voornoemde bijlage genoemde eisen. Aanbesteder specificeert echter niet aan wélke eisen uit die bijlage klager niet voldoet. De Commissie oordeelt dat dit niet had gemogen zonder nadere vragen te stellen of om een demo te vragen. De motivering voor de afwijzing was volgens de Commissie te summier en op een aantal punten onjuist. Op deze gronden had aanbesteder de inschrijving niet als ongeldig terzijde mogen leggen. De klacht wordt gegrond verklaard.

De Commissie geeft voorts als aanbeveling mee dat een aanbestedende dienst met het oog op het belang van een effectieve rechtsbescherming iedere inschrijver, die ten gevolge van een (deel)beslissing van die aanbestedende dienst geen reële kans meer maakt op verwerving van de opdracht, desgevraagd zo spoedig mogelijk op de hoogte moet stellen van de redenen die aan die beslissing ten grondslag hebben gelegen.

## **20.2 Kenmerken en relatieve voordelen van alle winnaars noemen**

In Advies 551 gaat het om een Europese openbare procedure voor een raamovereenkomst met twee ondernemers voor het leveren van deurwaardersdiensten. Er wordt relatief beoordeeld. Klager stelt zich op het standpunt dat de gunningsbeslissing niet goed gemotiveerd is, waardoor de termijn ex art. 2.127 Aw 2012 nog niet aangevangen zou zijn. Naar het oordeel van de Commissie dient aanbesteder in de motivering van de mededeling van de gunningsbeslissing zowel alle kenmerken als de relatieve voordelen van alle (dus beide) winnende inschrijvingen mee te delen, en dus niet van één van de winnende inschrijvingen. Nu aanbesteder dit heeft nagelaten, is de klacht reeds om deze reden gegrond. De aanbestedende dienst dient de relevante kenmerken van de winnende inschrijvingen bekend te maken, voor zover dat voor de afgewezen inschrijver nodig is om te beoordelen of het aanhangig maken van een juridische procedure zinvol is. Deze relevante kenmerken kunnen volgens de Commissie ook zien op onderdelen waarop de winnende inschrijvers gelijk of lager hebben gescoord dan de afgewezen inschrijver. Indien aan de winnende inschrijver voor deze onderdelen een te hoge score is toegekend, kan dat immers invloed hebben op de uitkomst van de aanbesteding. De Commissie onderkent dat aanbesteder bij het naleven van de op hem rustende motiveringsplicht rekening dient te houden met de gerechtvaardigde commerciële belangen van de winnaar en dat van aanbesteder in beginsel niet gevraagd mag worden om in strijd daarmee te handelen. De Commissie acht het echter niet aannemelijk dat aanbesteder geen enkele nadere inhoudelijke motivering kan verstrekken zonder schending van de gerechtvaardigde commerciële belangen van één van de winnende inschrijvers.<sup>34</sup> De Commissie acht het evenmin aannemelijk dat aanbesteder de rechtmatige commerciële belangen van de winnende inschrijvers zou schaden indien hij de gewogen gemiddelde provisiepercentages en de scores op prijs bekend zou maken.

Het feit dat de gunningsbeslissing op diverse punten onvoldoende is gemotiveerd, brengt volgens de Commissie echter niet met zich dat de opschortende termijn ex art. 2.127 Aw 2012 nog niet is aangevangen. Aanbesteder heeft namelijk wel enkele inhoudelijke redenen gegeven, waarmee er volgens de Commissie geen sprake is van een geval waarin een inschrijver volstrekt geen houvast had om te beoordelen of het zinvol was een procedure aanhangig te maken.

## **20.3 Nieuwe redenen**

In Advies 564, dat betrekking heeft op een meervoudig onderhandse procedure voor een overheidsopdracht voor de levering van touchscreens, heeft de Commissie - in navolging van eerdere adviezen - overwogen dat de motiveringsplicht op grond van de algemene aanbestedingsbeginselen ook geldt voor meervoudig onderhandse aanbestedingen.<sup>35</sup>

De Commissie constateert dat in de mededeling van de gunningsbeslissing een motivering (voor de afwijzing van klager) volledig ontbreekt. Op verzoek van klager heeft de aanbestedende dienst alsnog een motivering verstrekt, die later ook nog eens is gewijzigd (aangevuld). De Commissie overweegt dat de aanbestedende dienst geen nieuwe reden voor afwijzing aan de gunningsbeslissing had mogen toevoegen zonder de eerdere gunningsbeslissing in te trekken en een nieuwe gunningsbeslissing te nemen, waarbij inschrijvers een termijn krijgen om tegen deze nieuwe beslissing op te komen.

## **21. Belangenconflict**

In Advies 562 stelt klager dat sprake is van een belangenconflict in de zin van art. 1.10b Aw 2012 en dat aanbesteder heeft verzuimd passende maatregelen te treffen. Het gaat om de door de aanbestedende dienst ingestelde externe projectleider, tevens voorzitter van de beoordelingscommissie, die invloed kon hebben op het resultaat van de procedure. Deze projectleider heeft via een onderneming waarvan hij enig aandeelhouder en bestuurder is een zakelijk belang in een tweede onderneming, die op haar beurt zakelijke banden heeft met één van de twee inschrijvers. De Commissie oordeelt dat de projectleider er hierdoor belang bij had deze inschrijver gunstig te stemmen en acht de klacht gegrond. Naar het oordeel van de Commissie is voor de beoordeling of sprake is van een belangenconflict als bedoeld in genoemd artikel, niet vereist dat er ook daadwerkelijk sprake is geweest van beïnvloeding van de aanbestedingsprocedure. Aangezien er geen passende maatregelen zijn getroffen om het belangenconflict op te lossen had de aanbestedende dienst de aanbestedingsprocedure moeten intrekken.

## **22. Aangeboden vergoeding**

### **22.1 Ontwerpwedstrijd - redelijk loon**

Advies 502 gaat over een ontwerpwedstrijd voor het maken van een schetsontwerp voor een appartementencomplex. Er zijn vijf deelnemers die elk een schets moeten maken. De winnaar ontvangt van de aanbestedende dienst € 5.000,- en de andere deelnemers ontvangen € 2.500,-. Aan de winnaar wordt geen vervolgoopdracht verstrekt. Wel bestaat er een kans dat hij opdracht krijgt van de eigenaar van het appartementencomplex voor het uitwerken van het schetsontwerp in een bouwopgave. Klager stelt dat de aangeboden vergoeding te laag is. De Commissie gaat eerst na hoe deze vergoeding getypeerd moet worden. Nu er geen (vervolg)opdracht zal worden verstrekt, is geen sprake van inschrijvingsvergoeding als bedoeld in art. 1.13 lid 2 sub g Aw 2012 en Voorschrift 3.8 van de Gids Proportionaliteit. De kosten die de deelnemers hebben gemaakt houden in feite verband met de uitvoering van de aanbestede opdracht zelf. Indien partijen de hoogte van de vergoeding niet hebben bepaald, is de opdrachtgever op basis van art. 7:405, lid 2 BW een gebruikelijk of een redelijk loon verschuldigd. Aan de hand van de Richtlijn Gezonde Architectenselecties van februari 2017 komt de Commissie tot de conclusie dat de aangeboden vergoeding te laag is en aanbesteder daarmee in strijd met het proportionaliteitsbeginsel, zoals uitgewerkt in art. 1.13, lid 1 en 2, onder h, Aw 2012, handelt

### **22.2 Rekenvergoeding**

In het kader van een nationale openbare procedure voor het plaatsen van een damwand en de herinrichting van een kade heeft aanbesteder enkel onaanvaardbare inschrijvingen ontvangen. Dit is reden om over te stappen op de mededingingsprocedure met onderhandelingen. Zowel in de eerste als in de tweede procedure heeft aanbesteder kenbaar gemaakt dat aan de inschrijvers geen rekenvergoeding zal worden verstrekt. Evenmin is aanbesteder bereid een vergoeding te betalen wegens het intrekken van de eerste procedure. Klager dient hierover drie klachten in. De aanbesteder heeft volgens klager ten onrechte geen rekenvergoeding toegekend voor de door de inschrijver gemaakte kosten in het kader van de nationale openbare procedure (klachtonderdeel 1), de intrekking van de nationale openbare procedure (klachtonderdeel 2) en de mededingingsprocedure met onderhandeling (klachtonderdeel 3).<sup>36</sup> De klacht die ziet op de nationaal openbare procedure wordt ongegrond verklaard. Aanbesteder heeft volgens de Commissie niet in strijd met art. 1.13 lid 1 en 2 sub g Aw 2012 gehandeld en is niet afgeweken van Voorschrift 3.8 van de Gids Proportionaliteit. Er worden geen bovengemiddelde inspanningen van de inschrijvers gevraagd, er is sprake van een RAW bestek, er is geen sprake van een geïntegreerd contract en de inhoud en omvang van de opdracht is helder. Ook doet zich niet de situatie voor dat reeds een gedeelte van de te plaatsen opdracht moet worden uitgevoerd om de inschrijving te kunnen indienen. De vraag of intrekking van de aanbesteding kan geschieden zonder kostenvergoeding kan de Commissie niet beantwoorden omdat de Aanbestedingswet en de Gids Proportionaliteit hierover destijds niets bepaalden. Inmiddels is aan de Gids Proportionaliteit Voorschrift 3.8B toegevoegd: *'De aanbestedende dienst sluit niet op voorhand iedere vergoeding van*

*inschrijfkosten uit in geval van een laattijdige intrekking van de aanbesteding.*' De derde klacht wordt gegrond verklaard. Volgens de Commissie vraagt aanbesteder bij de mededingingsprocedure met onderhandelingen duidelijk meer van de inschrijvers. Er moeten optimalisatievoorstellen worden ingediend en ontwerpwerkzaamheden worden verricht om een realistische inschrijving te kunnen indienen. Aanbesteder is zonder deugdelijke motivering afgewezen van Voorschrift 3.8 Gids Proportionaliteit en heeft in strijd gehandeld met art. 1.13 dan wel art. 1.16 Aw 2012.

### **23. Intrekking aanbestedingsprocedure**

Advies 498 heeft betrekking op een meervoudig onderhandse procedure voor een concessieopdracht voor diensten voor plaatsing, beheer, onderhoud en exploitatie van 35 A0-reclamedisplays. Aanbesteder heeft de procedure ingetrokken, omdat (1) een bepaalde technische eis voor meerderlei uitleg vatbaar zou zijn ofwel (2) - als wordt uitgegaan van de uitleg die ondernemer geeft aan de eis - aanbesteder onbedoeld een te strenge eis heeft gesteld. Klager stelt dat de intrekkingbeslissing op onjuiste gronden berust. De Commissie benadrukt dat als uitgangspunt geldt dat een aanbestedende dienst een aanbestedingsprocedure mag intrekken. De aanbestedende dienst is echter wel verplicht de redenen voor het besluit tot intrekking aan de inschrijvers of gegadigden mee te delen.<sup>37</sup> Deze verplichting geldt volgens de Commissie niet alleen in geval van intrekking van een Europese aanbestedingsprocedure, maar ook in geval van intrekking van een meervoudig onderhandse procedure.<sup>38</sup> De Commissie overweegt dat geen sprake is van een technische eis die voor meerderlei uitleg vatbaar is. Iedere redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver zal de eis volgens de Commissie op dezelfde wijze uitleggen. De aanbestedende dienst kan zijn besluit tot intrekking derhalve niet baseren op de reden dat de technische eis voor meerderlei uitleg vatbaar zou zijn. Ook de tweede door de aanbestedende dienst gegeven reden kan de intrekking volgens de Commissie niet rechtvaardigen. De aanbestedende dienst heeft gesteld dat hij - gelet op de uitleg die klager aan de eis geeft - onbedoeld een te strenge eis heeft gesteld. De gestelde eis dient echter te worden uitgelegd zoals een redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver dat doet en deze uitleg wijkt volgens de Commissie af van de uitleg die klager aan de eis geeft. Aanbesteder had dus voorbij moeten gaan aan de uitleg die klager aan de eis gaf en had niet op deze grond de aanbesteding mogen intrekken.

In het derde klachtonderdeel stelt klager dat aanbesteder de redenen voor intrekking naderhand niet meer mag aanvullen. Naar het oordeel van de Commissie vindt dit standpunt geen steun in het recht. Weliswaar ziet het begrip 'gunningsbeslissing' in art. 1.1 Aw 2012 mede op de beslissing van een aanbestedende dienst om geen overeenkomst te sluiten, maar dat betekent volgens de Commissie niet dat de eisen die de wetgever in art. 2.130 Aw 2012 aan de motivering van de mededeling van de gunningsbeslissing stelt onverkort gelden voor een besluit tot intrekking. Volgens de Commissie strekt de rechtsregel van het arrest HR 7 december 2012, [ECLI:NL:HR:2012:BW9231](#) zich niet tevens uit tot het intrekkingbesluit.

Tot slot benadrukt de Commissie in het vierde klachtonderdeel dat - nu aanbesteder niet gerechtigd was de aanbestedingsprocedure in te trekken - hij evenmin gerechtigd is om de concessieopdracht opnieuw aan te besteden, ook niet wanneer hij de eisen van de opdracht wezenlijk wijzigt. Aanbesteder zal volgens de Commissie eerst een reden voor zijn besluit tot intrekking van de aanbestedingsprocedure moeten geven die voldoet aan de op grond van het aanbestedingsrecht daaraan te stellen eisen.

### **24. Afsluiting**

Een paar maanden voor het verschijnen van onze vorige kroniek had de Staatssecretaris van Economische Zaken naar aanleiding van een rechtsbeschermingsonderzoek zes beleidsmaatregelen aangekondigd. Eén van die beleidsmaatregelen betrof een functiewijziging van de Commissie van Aanbestedingsexperts. De functie van laagdrempelige klachtenbehandeling zou

moeten worden overgenomen door versterking van de klachtenloketten bij aanbestedende diensten en de Commissie zou zich moeten beperken tot het achteraf evalueren van aanbestedingsprocedures.

In het slotwoord onder onze kroniek hebben wij vraagtekens geplaatst bij dit voorstel en gepleit voor een stevigere rol voor de Commissie, namelijk die van onafhankelijk toezichthouder.

In diezelfde periode is (ook) vanuit ondernemerszijde grote ontevredenheid geuit over de nieuwe rol van de Commissie zoals de Staatssecretaris die voor zich zag. Deze onvrede is onder meer ingegeven door gebrek aan vertrouwen in de onafhankelijkheid en professionaliteit van de klachtenloketten. Er bestaat bij ondernemers behoefte aan een stok achter de deur die gericht is op aanbestedende diensten die klachten (nog) niet serieus behandelen en de Commissie wordt als logische organisatie gezien om die rol te vervullen. Het gaat dan met name om klachtafhandeling voorafgaand aan de inschrijfdatum van de aanbesteding. Dat is immers de fase waarin de behandeling van de klacht nog invloed kan hebben op de lopende aanbestedingsprocedure. Verder vinden ondernemers het van belang dat de aanbestedingsprocedure wordt gepauzeerd wanneer een klacht bij de Commissie voorligt (opschortende werking). Anders blijft de situatie bestaan waarin de Adviezen van de Commissie niet worden meegenomen door aanbestedende diensten in de lopende aanbestedingsprocedure.

De Staatssecretaris heeft bij brief van 29 oktober 2019 aan de Tweede Kamer laten weten begrip te hebben voor deze zorgen en heeft aangegeven het belangrijk te vinden dat rechtsbescherming toegankelijk is voor ondernemers en dat zij vertrouwen hebben in de mogelijkheden die rechtsbescherming hun kan bieden.<sup>39</sup> Om die reden zal de beoogde functiewijziging van de Commissie van Aanbestedingsexperts voorlopig geen doorgang vinden. In de brief staat dat de Commissie haar huidige rol in klachtafhandeling nog zeker jaren zal behouden en dat onderzocht kan worden hoe de Commissie een rol kan spelen als stok achter de deur in die gevallen waarin klachtafhandeling bij aanbestedende diensten nog onvoldoende op peil is. In dat kader benadrukt de Staatssecretaris overigens – onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis van de Aanbestedingswet 2012 – dat voor de opvolging van de Adviezen van de Commissie geldt dat deze niet ongemotiveerd terzijde kunnen worden gelegd.

Daarnaast zegt de Staatssecretaris toe een onderzoek te zullen laten doen naar de wijze waarop aanbestedende diensten kunnen worden gestimuleerd om voldoende tijd en ruimte te nemen voor serieuze klachtafhandeling, zodat er *vóór* het moment van inschrijving of gunning een advies van het klachtenloket of de Commissie ligt over de ingediende klacht. Hierbij zal ook naar eventuele (verplichte) opschorting worden gekeken. Vervolgens zal een aanvraag worden ingediend bij de adviescommissie Proportionaliteit om te onderzoeken of opname van een voorschrift over tijdige klachtenbehandeling een plek kan krijgen in de Gids Proportionaliteit. De Staatssecretaris sluit af door op te merken dat de Kamer voor het zomerreces 2020 over de resultaten van dit onderzoek zal worden geïnformeerd.

Helaas weten wij allemaal dat het jaar 2020 door de coronacrisis compleet anders is verlopen dan vooraf was gedacht. Ook voor dit onderwerp dat op de agenda had moeten staan geldt dat dit naar achteren in de tijd is geschoven. De rol huidige rol van de Commissie blijft aldus tot nader order in stand, maar wat in het vat zit verzuurt niet.

- 1 Babette Blaisse-Verkooijen is advocaat/partner bij Pot Jonker Advocaten en mr. Lieke Knoups is jurist/legal counsel bij De Nederlandsche Bank. De auteurs spreken hun dank uit naar mr. Levi Jacobs en mr. Esther Dubach van Pot Jonker Advocaten voor hun hulp bij de voorbereiding van deze kroniek.
- 2 Zie TBR 2015/175 en TBR 2015/178 , TBR 2016/150 , TBR 2017/158 , TBR 2018/172 en TBR 2019/137 .

- 3 Bijvoorbeeld Advies 482.
- 4 Advies 507.
- 5 HvJ EU 2 juni 2016, C-410/14.
- 6 HvJ EU 1 maart 2018, C-9/17.
- 7 Advies 495.
- 8 HvJ EU 2 juni 2016, C-410/14.
- 9 HvJ EU 1 maart 2018, C-9/17.
- 10 Vzgnr. Rb. Den Haag 12 december 2015, [ECLI:NL:RBDHA:2015:14662](#) , *JAAN* 2016/53 m.nt. C.J. Wolswinkel.
- 11 Zie HvJ EG 4 december 2003, C-448/01 (*EVN en Wiestrom* ?- arrest), Advies 426-I, Advies 362 en Advies 286
- 12 Advies 564.
- 13 Advies 568.
- 14 Adviezen 224, 432, 455 en 348.
- 15 Advies 480.
- 16 Advies 526.
- 17 Art. 1.10a Aw.
- 18 Artt. 2.75 en 2.76 Aw.
- 19 Advies 502.
- 20 Advies 492.
- 21 Advies 502.
- 22 Advies 526.
- 23 Advies 480, ook besproken in paragraaf 5.2 en 8.1.
- 24 De Commissie verwijst in deze naar Advies 366.
- 25 Vgl. HvJ EG 3 oktober 2000, C-380/98 (*University of Cambridge*-arrest).
- 26 Vgl. advies 400.
- 27 Vgl. Vzgnr. Rb. Den Haag 30 november 2010, [ECLI:NL:RBSGR:2010:BO9252](#) , en Advies 323.
- 28 Vgl. advies 323.
- 29 Vgl. Advies 323.
- 30 Zie Advies 444, overweging 5.4.5.
- 31 Zie Advies 396, overweging 5.5.
- 32 HvJ EU 29 maart 2012, zaak 559/10 (*SAG*-arrest); HvJ EU 10 oktober 2013, zaak 336/12 (*Manova*-arrest).
- 33 Advies 567.



- 34 De Commissie verwijst in deze naar Advies 86 en Vzgnr. Rb. Den Haag 8 november 2017, [ECLI:NL:RBDHA:2017:12772](#) , TBR 2018/97 m.nt. A.J. van Heeswijck. Anders: Vzgnr. Rb. Den Haag 17 juli 2018, [ECLI:NL:RBDHA:2018:9744](#) .
- 35 Vgl. Advies 477 en Advies 448.
- 36 Advies 508.
- 37 HvJ EU 11 december 2014, C-440/13 (*Croce Amica*-arrest).
- 38 Vzgnr. Rb. Den Haag 15 maart 2016, [ECLI:NL:RBDHA:2016:6394](#) , JAAN 2016/140 m.mt. J.C. Langeveld en ook Advies 210 en Advies 465.
- 39 <<https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2019/10/29/beantwoording-kamervragen-over-het-bericht-bouwer-staat-31-achter-bij-tendergeschil-bizar-dat-politiek-ingrijpen-uit-blijft> >.