

Advies 147

1. Feiten

1.1 Beklaagde heeft op 3 juli 2014 een schriftelijke offerteaanvraag (hierna: "Offerteaanvraag") gedaan bij twee ondernemingen, waaronder klager, voor een opdracht met betrekking tot de uitvoering van ecologische veldwerkzaamheden en monsteranalyse.

1.2 Beklaagde heeft in de Offerteaanvraag onder andere het volgende meegedeeld:

'Uw offerte zal worden beoordeeld op basis van prijs/kwaliteit verhouding. De kwaliteit zal worden getoetst op de volgende criteria:

1. Aanpak van de werkzaamheden.
2. De garantie voor uitvoering en tijdigheid van oplevering.
3. De blijf van bekwaamheid en ervaring.
4. Aanvullende suggesties voor verbeteringen voor de uitvoering.

Bij fouten of onduidelijkheden in de door [beklaagde] ten behoeve van de offerte en/of de overeenkomst verstrekte tekeningen en/of documenten dient u [beklaagde] onmiddellijk te informeren. (...).'

1.3 In Bijlage 1 ("Opdrachtspecificatie") behorende bij de Offerteaanvraag, heeft beklagde in par. 4.9 ("Acceptatievoorwaarden van de offerte") op p. 16 onder andere bepaald:

'Uw offerte zal worden beoordeeld op prijs kwaliteitsverhouding waarbij de kwaliteit zal worden getoetst aan de onderstaande punten en in volgorde van belangrijkheid:

1. Uw aanpak van de werkzaamheden en aansluiting bij de doelen van het onderzoek, die mede een maat is voor de te verwachten kwaliteit van het product.
2. De garantie voor uitvoering en tijdigheid van oplevering.
3. De blijf van bekwaamheid en ervaring (aan te geven door o.a. CV's van in te zetten medewerkers die de werkzaamheden daadwerkelijk gaan uitvoeren).
4. Aanvullende suggesties of verbeteringen voor de uitvoering.'

1.4 Beklaagde heeft in haar brief van 11 juli 2014, voor zover relevant, de volgende over de Offerteaanvraag gestelde vragen met bijbehorend antwoorden opgenomen:

1.5.1 Vraag 12: In paragraaf 4.9 geeft u de onderdelen aan, waarop de offerte wordt beoordeeld. Kun u aangeven wat de weging is van de verschillende onderdelen is en wat de prijs/kwaliteit verhouding zal zijn?

Antwoord: Nee.'

1.5.2 Vraag 13: In paragraaf 4.9 geeft u aan, dat u de opdracht mogelijk kunt intrekken of wijzigingen door kunt voeren. Kunt u inzicht geven in het maximaal beschikbare budget, zodat wij hier vooraf mogelijk al rekening mee kunnen houden?

Antwoord: Nee, maar eerdere uitbestedingen zijn enigszins richtinggevend.'

- 1.5 Klager heeft op 17 juli 2014 een offerte uitgebracht.
- 1.6 Op 23 juli 2014 heeft beklagde het volgende e-mailbericht aan klager verzonden:

'(...) De keuze voor de aanbesteding voor (...) is na vergelijk van de offertes op prijs en kwaliteit niet op [klager] gevallen. Belangrijkste reden hiervoor is dat de aanbesteding voor het uitvoeren van de bodemfaunabemonstering boven het voor dit onderdeel beschikbare budget valt. Tevens is na overleg besloten dat het aanvullend onderzoek in de waterkolom dit jaar geen doorgang zal vinden. Wij zullen dit nog heroverwegen. Een brief met de uitslag zal vandaag nog worden verstuurd. (...)'
- 1.7 Naar aanleiding van dit e-mailbericht heeft er op 23 juli 2014 telefonisch contact plaatsgevonden tussen klager en beklagde.
- 1.8 Op 28 juli 2014 heeft beklagde een brief aan klager verzonden, waarin zij onder andere het volgende schrijft:

'In totaal hebben twee partijen voor deze tender offertes ingediend. Zoals in de offerte-aanvraag vermeld, zijn de offertes beoordeeld op grond van de criteria die zijn opgenomen in de betreffende aanvraag. Hierbij deel ik u mede dat de opdracht niet aan uw organisatie wordt gegund. De reden hiervoor is de beoordeling op prijs/kwaliteit. Beide aanbieders bieden een vergelijkbare kwaliteit voor de standaard bemonstering, maar uw aanneemsom voor het uitvoeren hiervan valt buiten de daarvoor voorziene begroting.'
- 1.9 Op 31 juli 2014 heeft een Skype-gesprek plaatsgevonden tussen klager en beklagde.
- 1.10 Op 1 augustus 2014 heeft beklagde aan klager een e-mailbericht verzonden met de mededeling dat er niet verder naar een onderlinge oplossing wordt gezocht. Op diezelfde dag heeft beklagde de uitvoering van de opdracht opgedragen aan de andere onderneming die naast klager tot het doen van een offerte was uitgenodigd.

2. Beschrijving klacht

2.1 Klachtonderdeel 1

Beklaagde heeft het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving gehanteerd zonder een verhouding tussen prijs en kwaliteit te geven, ook niet na daarom verzocht te zijn.

2.2 Klachtonderdeel 2

Beklaagde heeft geen, althans een onvoldoende, motivering van haar gunningsbeslissing gegeven.

2.3 Klachtonderdeel 3

In afwijking van de bekendgemaakte gunningcriteria heeft beklagde op willekeurige wijze, een opdracht verstrekt (althans het voornemen daartoe geuit).

2.4 Klachtonderdeel 4

Beklaagde heeft geen effectieve rechtsbescherming geboden.

3. Onderbouwing klacht

3.1 Klachtonderdeel 1

3.1.1 In art. 1.15 lid 1 Aw 2012 is bepaald dat een aanbestedende dienst de inschrijvers op gelijke wijze dient te behandelen. Deze verplichting brengt met zich dat de aanbestedende dienst de inschrijvingen beoordeelt aan de hand van vooraf bekendgemaakte criteria. Daarmee wordt voorkomen dat de keuze voor de winnende inschrijver op basis van willekeur en favoritisme wordt gemaakt.

3.1.2 Beklaagde heeft zich niet aan de verplichte gelijke behandeling gehouden. Beklaagde heeft vooraf geen verhouding willen geven tussen prijs en kwaliteit, ook niet na een expliciet verzoek daartoe. Daarmee heeft beklagde zich de mogelijkheid verschaft om – na kennis te hebben genomen van de inschrijving – deze verhouding te bepalen. Hiermee ontstaan de risico's dat beklagde naar eigen goeddunken de winnaar van de aanbestedingsprocedure bepaalt en de invloed van het aspect kwaliteit dusdanig beperkt dat er – de facto – sprake is van gunning op laagste prijs. Zoals uit het navolgende zal blijken, hebben deze risico's zich volgens klager verwezenlijkt.

3.2 Klachtonderdeel 2

3.2.1 In art. 1.15 lid 2 Aw 2012 is bepaald dat de aanbestedende dienst aan alle inschrijvers de gunningsbeslissing met de relevante redenen voor deze beslissing mededeelt. De motivering die beklagde in haar brief van 28 juli 2014 voor haar gunningsbeslissing heeft gegeven voldoet niet aan deze bepaling aangezien de relevante redenen die aan de beslissing ten grondslag liggen, ontbreken. Daarbij geldt volgens klager het volgende.

3.2.2 Er is geen inzicht gegeven in de prijs/(eind)score van de beoogde winnaar. Daarmee is er geen zicht op de wijze waarop de inschrijvingen van klager en de beoogde winnaar zich verhouden. Juist (de vergelijking van) die uitkomsten gelden als legitimatie van de uitslag en waarborg van het gelijkheids- en het transparantiebeginsel. Er is geen inzicht gegeven in hoe de beoordeling tot stand gekomen is. Zo is niet duidelijk hoe de inschrijving van klager op de vier – in volgorde van belangrijkheid – afnemende kwaliteitsaspecten heeft gescoord (laat staan hoe de beoogde winnaar dat heeft gedaan). Dat klemt temeer nu beklagde stelt dat beide aanbieders een vergelijkbare kwaliteit hebben geboden. Dat is – gelet op de vier aspecten – onvoorstelbaar en vraagt temeer om een uitgebreide motivatie.

3.3 Klachtonderdeel 3

3.3.1 Klager onderbouwt haar stelling dat beklagde zich niet aan de vooraf bekendgemaakte criteria heeft gehouden als volgt.

3.3.2 Zoals eerder reeds is opgemerkt, is het niet voorstelbaar dat inschrijvers – gelet op de subcriteria – eenzelfde kwaliteit hebben aangeboden. Dit geeft er blijk van dat beklagde haar kwaliteitscriteria heeft omgezet in kwaliteitseisen, en wel van een niveau dat kennelijk door beide inschrijvers is behaald. Zodoende kon beklagde prijs als enige criterium hanteren en dat terwijl vooraf bekendgemaakt is dat beoordeeld zou worden op prijs en kwaliteit.

- 3.3.3 Overigens is evenmin duidelijk of de beoogd winnaar daadwerkelijk een lagere prijs heeft geboden dan klager. Immers, bij gebrek aan motivering is niet duidelijk of beide inschrijvingen hetzelfde aanbod omvatten. Daarmee zijn de prijzen niet vergelijkbaar. Zo heeft klager bijvoorbeeld in haar aanbieding voorgesteld om uitsluitend met senior personeel te werken. Dit heeft een duidelijk positieve impact op de kwaliteit (mede gelet op de kwalitatieve beoordelingscriteria onder 1. en 3. van de Offerteaanvraag zoals uitgewerkt in Bijlage 1 bij de Offerteaanvraag). Uit mededeling van de gunningsbeslissing valt niet af te leiden of de ervaring van beide teams gelijkwaardig is.
- 3.3.4 Ten aanzien van de beoordeling op prijs zij ten slotte opgemerkt dat zowel voorafgaand aan de inschrijving (ook niet na een vraag hierover tijdens de inlichtingenronde) als bij gunningsbeslissing, niet is bekendgemaakt wat het beschikbare budget is. Dat terwijl een vermeende overschrijding van het budget wel aan de gunningsbeslissing ten grondslag wordt gelegd.

3.4 Klachtonderdeel 4

- 3.4.1 Dat beklagde geen effectieve rechtsbescherming heeft geboden, blijkt volgens klager uit het feit dat beklagde, ondanks verschillende verzoeken daartoe, geen standstill-termijn heeft willen hanteren. Dit is strijdig met het aanbestedingsrecht.
- 3.4.2 Immers ook bij meervoudige onderhandse aanbestedingen is een aanbesteder verplicht – op basis van het fair play-beginsel – inschrijvers de mogelijkheid te geven om tegen de gunningsbeslissing op te komen, alvorens het contract wordt gesloten. Klager verwijst in dat kader naar de uitspraak Rb. Zeeland-West-Brabant (vzr.) 4 februari 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:1007. Het overtreden van die verplichting kan verschillende gevolgen hebben, zoals het ongedaan moeten maken van een eerdere gunning (zie het zojuist genoemde vonnis) dan wel – voor zover een opdracht reeds is uitgevoerd – het ontstaan van een verplichting tot schadevergoeding.

4. Aangedragen suggestie(s) tot verhelpen van de klacht

Klager verzoekt de Commissie beklagde te adviseren niet over te gaan tot gunning van de opdracht, en voor zover de opdracht reeds gegund is, daaraan geen uitvoering te geven, en voor zover de opdracht reeds (deels) is uitgevoerd, dat zoveel mogelijk ongedaan te maken, - de opdracht, althans het resterende deel van de opdracht, slechts te gunnen dan na een nieuwe meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure, welke voldoet aan de eisen van het aanbestedingsrecht in het algemeen en hoofdstuk 1 Aw 2012 in het bijzonder, - voor zover de uitvoering van delen van de opdracht niet meer ongedaan te maken is, klager een schadevergoeding te betalen wegens het mislopen van die opdracht, althans de kans op die opdracht, ter grootte van de waarde van die opdracht, althans een door de Commissie te adviseren bedrag.

5. Reactie beklagde

5.1 Inleiding

- 5.1.1 Alvorens inhoudelijk op de klacht in te gaan, heeft beklagde betoogd dat de klacht niet in aanmerking komt voor behandeling door de Commissie, omdat beklagde niet kwalificeert als een overheid, een publiekrechtelijke instelling of speciale sector-bedrijf ("overheidsbedrijf"). Uit het klachtenformulier van de Commissie volgt namelijk dat er geen klacht kan worden ingediend bij de Commissie als

een klacht geen verband houdt met een aanbesteding van een overheid, een publiekrechtelijke instelling of speciale sector-bedrijf ("overheidsbedrijf").

5.1.2 Beklaagde merkt volledigheidshalve op dat het gaat om een opdracht in het kader van een samenwerkingsovereenkomst gesloten tussen het Ministerie van Infrastructuur en Milieu en beklagde. Onder deze samenwerkingsovereenkomst worden aan beklagde opdrachten verleend voor aan het Ministerie uit te brengen adviezen. Conform deze samenwerkingsovereenkomst dient beklagde wanneer zij in de uitvoering van een dergelijke opdracht derden contracteert, zoals in het onderhavige geval, acht te slaan op de aanbestedingsregels. Naar het oordeel van beklagde doet dit echter niet af aan het feit dat beklagde niet kwalificeert als overheid, een publiekrechtelijke instelling of speciale sector-bedrijf.

5.2 Klachtonderdelen 1 en 3

5.2.1 Beklaagde stelt dat bij een meervoudige onderhandse procedure de uit het transparantiebeginsel afgeleide verplichting om vooraf de gunningscriteria en hun relatieve gewicht kenbaar te maken niet geldt. In geval van een meervoudig onderhandse aanbesteding zijn namelijk slechts de in afdeling 1.2.4 Aw 2012 genoemde uitgangspunten van toepassing, te weten gelijkheid (art. 1.15 lid 1 Aw 2012), motivering (art. 1.15 lid 2 Aw 2012) en proportionaliteit (art. 1.16 Aw 2012), welke uitgangspunten bovendien een beperkter bereik hebben dan de aanbestedingsrechtelijke beginselen (zie o.a. Kamerstukken 2010/2011, 32 440, nr. 11, blz. 13-15). Een transparantie-uitgangspunt, laat staan een transparantie-beginsel waaraan klager in deze lijkt te refereren, ontbreekt derhalve bij meervoudig onderhandse procedures.

5.2.2 Voorts geldt dat klager, zoals zij aangeeft in de klacht, naar aanleiding van de Offerteaanvraag vragen heeft gesteld betreffende de wegingsfactoren voor kwaliteit en prijs en naar het maximaal beschikbare budget. Deze vragen heeft beklagde schriftelijk beantwoord. Vervolgens heeft klager zonder het stellen van nadere vragen geoffreerd.

5.2.3 Pas nadat klager bekend is geworden met de gunningsbeslissing op 23 juli 2014 heeft zij bezwaar gemaakt op deze punten. Klager had haar bezwaren vóór het indienen van haar offerte aan de orde kunnen stellen, bijvoorbeeld door het indienen van nadere (schriftelijke) vragen. Dit heeft zij nagelaten. Naar het oordeel van beklagde heeft klager haar bovengenoemde bezwaren, onder verwijzing naar het Grossman-arrest, dan ook te laat aangevoerd. (Rb Middelburg (vzr.) 8 september 2009, LJN: BK8461, ro 4.5; Grossman-arrest - HvJ EG 12 februari 2004, zaak C-230/02).

5.3 Klachtonderdeel 2

5.3.1 Het betreft hier een meervoudige onderhandse aanbesteding. Zoals aangekondigd in de Offerteaanvraag heeft beklagde de ingediende offertes beoordeeld op basis van prijs/kwaliteit verhouding.

5.3.2 Beklaagde heeft zich daarbij gehouden aan het bepaalde in art. 1.15 lid 1 Aw 2012. Aan beide inschrijvers zijn dezelfde stukken toegezonden en daarin zijn dezelfde gegevens en uitgangspunten voor beoordeling vermeld.

5.3.3 Beklaagde heeft zich bovendien gehouden aan het bepaalde in art. 1.15 lid 2 Aw 2012. Blijkens dit artikel moet aan de inschrijvers de relevante redenen voor de gunningsbeslissing worden medegedeeld. De transparantie is derhalve 'beperkt tot het geven van de redenen waarom de aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf tot een bepaalde keuze is gekomen'; een motiveringsplicht (zie Ka-

merstukken II 2009/2010, 32 440, nr. 3, p. 15). Ook aan dit vereiste is voldaan. Beklaagde heeft klager meerdere malen – schriftelijk, per e-mail en telefonisch – laten weten dat de door de inschrijvers ontvangen offertes naar het oordeel van beklagde een vergelijkbare kwaliteit bieden en dat het verschil in prijs in dit geval doorslaggevend was voor de genomen gunningsbeslissing. Aldus was het voor de klager begrijpelijk waarom haar inschrijving niet als winnend uit de bus is gekomen.

- 5.3.4 Klager betwijfelt in de klacht nog dat beide inschrijvers inderdaad kwalitatief een vergelijkbare inschrijving hebben gedaan en stelt, naar het oordeel van beklagde ten onrechte, dat dit zeer uitzonderlijk zou zijn. Gezien eerdere ervaringen met het uitbesteden van veldwerk, analyses van monsters, data-analyse en rapportage heeft beklagde de gevraagde werkzaamheden tot in detail gespecificeerd in de Offerteaanvraag. In dit geval was dus op voorhand een vergelijkbare kwaliteit te verwachten.
- 5.3.5 Het voorgaande geldt volgens beklagde temeer omdat beide inschrijvers het werk eerder hebben uitgevoerd en daardoor goed weten wat beklagde van hun verwacht en er weinig speelruimte was in het gevraagde product. In dat licht bezien was het dan ook te verwachten dat op kwaliteit en wijze van uitvoering weinig tot geen verschil zou zijn tussen beide aanbieders. De grootste verschillen waren daarom te verwachten op de prijsstelling. In dit verband wordt er nog op gewezen dat beklagde bij haar beoordeling de nodige vrijheid toekomt en de door beklagde uitgevoerde beoordeling marginaal moet worden getoetst (zie o.a. Rb. Noord-Nederland (vzr.) 9 april 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:1937).
- 5.3.6 De reden voor beklagde om geen verdere toelichting te geven op het gehanteerde maximaal beschikbare budget is om te voorkomen dat klager op die manier concurrentiegevoelige informatie verkrijgt betreffende de andere onderneming die op de Offerteaanvraag is ingegaan. Blijkens jurisprudentie gaat de vereiste motivering van de gunningsbeslissing niet zover dat er gegevens openbaar gemaakt zouden moeten worden die de rechtmatige commerciële belangen van de andere inschrijver kan schaden. (Rb Almelo (vzr.) 4 juni 2012, LJN: BW7664 en LJN: BW7541). Gelet hierop is beklagde van mening dat zij haar gunningsbeslissing conform art. 15 lid 2 Aw 2012 voldoende heeft toegelicht.

5.4 Klachtonderdeel 4

- 5.4.1 In de uitspraak waarnaar klager verwijst in de onderhavige deelklacht is vastgesteld dat ook bij een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure een "standstill-periode" in acht dient te worden genomen, zodat afgewezen inschrijvers tegen de gunningsbeslissing op kunnen komen. Dat oordeel is gegrond op de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, meer in het bijzonder het fair play-beginsel. Deze termijn hoeft geen 20 kalenderdagen te zijn, maar wel voldoende om effectieve rechtsbescherming tegen de gunningsbeslissing mogelijk te maken.
- 5.4.2 Nog afgezien van het feit dat beklagde niet kwalificeert als een bestuursorgaan en derhalve niet is gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, geldt volgens haar het volgende.
- 5.4.3 Anders dan in de uitspraak waarnaar klager verwijst, heeft beklagde een effectieve rechtsbescherming tegen haar beslissing geenszins onmogelijk gemaakt. Klager was namelijk al vanaf 23 juli 2014 op de hoogte van de gunningsbeslissing van beklagde en van het feit dat deze, ondanks de bezwaren van klager, vast bleef houden aan deze beslissing.

- 5.4.4 Verder is hierbij van belang dat uit de planning behorende bij de Offerteaanvraag volgt dat in de laatste week van juli 2014 moest worden gestart met de geplande werkzaamheden. Ook hiermee was klager bekend. Beklaagde heeft tot aan het laatste moment, te weten 1 augustus 2014, gewacht met het sluiten van een overeenkomst met de andere onderneming die op de Offerteaanvraag heeft gereageerd. Verder uitstel zou leiden tot afwijken van de planning van de uit te voeren werkzaamheden.
- 5.4.5 Klager verkeerde vanaf 23 juli 2014 in de gelegenheid om rechtsmaatregelen te treffen tegen de gunningsbeslissing van beklagde. Dat zij dit heeft nagelaten kan zij niet aan beklagde tegenwerpen, nu zij wist dat beklagde bleef vasthouden aan haar beslissing en de door de inschrijvers geoffreerde werkzaamheden op korte termijn moesten starten.

6. Aanvullende informatie

- 6.1 De Commissie heeft beklagde na ontvangst van haar hierboven onder 5 weergegeven reactie op 9 september 2014 verzocht om aanvullende informatie. Meer in het bijzonder heeft de Commissie beklagde verzocht haar stelling dat zij niet zou kwalificeren als een publiekrechtelijke instelling (zie 5.1.1 hiervoor) toe te lichten, aangezien deze stelling in tegenspraak lijkt te zijn met de eerder door beklagde betrokken stelling – in haar op 11 augustus 2014 aan klager verzonden e-mail – dat in het onderhavige geval sprake zou zijn van een meervoudig onderhandse procedure waarop (alleen) afdeling 1.2.4 Aw 2012 van toepassing is.
- 6.2 In reactie op het verzoek van de Commissie heeft beklagde op 11 september 2014 aan de Commissie het volgende laten weten.
- 6.2.1 Beklaagde meent dat zij geen publiekrechtelijke instelling is, aangezien:
- (a) de financiering van beklagde elk jaar voor minder dan 50 % bestaat uit betalingen van overheden, waar geen contractuele prestatieverplichtingen tegenover staan,
 - (b) het beheer niet in die zin onderworpen is aan toezicht van de overheid dat deze daadwerkelijke invloed kan uitoefenen op de verlening van opdrachten door beklagde aan derden en
 - (c) het bestuur van beklagde wordt benoemd door de Raad van Toezicht en (nieuwe) leden van die Raad niet door de overheid worden aangewezen, maar op voordracht van de Raad van Toezicht zelf worden benoemd.
- 6.2.2 Beklaagde heeft voorts gesteld dat zij op 20 december 2012 met het Ministerie van Infrastructuur en Milieu een samenwerkingsovereenkomst heeft gesloten voor door beklagde aan het Ministerie uit te brengen kennisadviezen ("Samenwerkingsovereenkomst"). Artikel 12.1 van de Samenwerkingsovereenkomst luidt:
- '[Beklaagde] zal wanneer zij in het kader van de uitvoering van deze Overeenkomst derden contracteert, handelen in overeenstemming met de aanbestedingsregels zoals die gelden voor het Ministerie.'
- 6.2.3 Beklaagde heeft, met verwijzing naar de reactie die zij op 11 augustus 2014 per e-mailbericht aan klager zond, verder opgemerkt dat het in het onderhavige geval gaat om de gunning van een (deel-)onderzoeksopdracht op basis van de Samenwerkingsovereenkomst. Er werd dus op grond van de contractuele verhouding tussen Ministerie en beklagde (analoge) toepassing gegeven aan de aanbestedingswetgeving. In dit geval kwam slechts afdeling 1.2.4 van de Aanbestedingswet daarvoor in aanmerking, gelet op de aard van de opdracht.

- 6.2.4 Tot slot stelt beklagde voor een meer algemeen inzicht in de aard en werkwijze van haar organisatie haar jaarverslag over 2013 ter beschikking.
- 6.3 De Commissie heeft na ontvangst van de in 6.2 weergegeven reactie van beklagde op 11 september 2014 aan klager de gelegenheid gegeven om op die reactie te reageren. Klager heeft van die gelegenheid gebruik gemaakt en op 17 september 2014 aan de Commissie – verkort weergegeven – het volgende laten weten.
- 6.3.1 Klager stelt zich op het standpunt dat de stelling van beklagde dat zij geen publiekrechtelijke instelling in de zin van art. 1.1 Aw 2012 zou zijn, niet overtuigt. Naar de mening van klager voldoet beklagde aan die definitie.
- 6.3.2 Klager constateert dat beklagde weliswaar de toepasselijkheid van het derde criterium (“overheidsafhankelijkheid”) van de definitie van het begrip publiekrechtelijke instelling betwist maar dat zij daarbij niet verder gaat dan het – zonder nadere motivering – poneren van stellingen. Daar staat tegenover dat uit de informatie waarop beklagde zich beroept, in het bijzonder het ter beschikking gestelde jaarverslag, juist volgt dat er sprake is van overheidsinvloed.
- 6.3.3 Vooralsnog dient volgens klager dan ook aangenomen te worden dat beklagde een publiekrechtelijke instelling is in de zin van art. 1.1 Aw 2012. Ook wanneer dat laatste anders zou zijn, doet dat volgens klager niet af aan de ontvankelijkheid van de Commissie aangezien beklagde zelf heeft erkend dat de Aw 2012 op de onderhavige aanbestedingsprocedure van toepassing is.

7. Beoordeling

- 7.1 De Commissie zal zich allereerst uitlaten over de vraag of zij de onderhavige klacht in behandeling kan nemen, nu beklagde heeft gesteld dat deze vraag ontkenkend dient te worden beantwoord omdat zij niet kwalificeert als een overheid, een publiekrechtelijke instelling of speciale sector-bedrijf (“overheidsbedrijf”).
- 7.1.1 In art. 2 lid 2, aanhef en sub b, van het Instellingsbesluit Commissie van Aanbestedingsexperts (*Stcrt.* 2013, Nr. 6182) is bepaald dat de Commissie tot taak heeft niet-bindende adviezen te geven naar aanleiding van klachten. In art. 1, sub c, van het Instellingsbesluit wordt het begrip “klacht” gedefinieerd als:
- ‘een uiting van ongenoegen van een partij over het handelen of nalaten van een andere partij voor zover dat handelen of nalaten binnen de werkingssfeer van de Aanbestedingswet valt.’
- De formulering van art. 2 lid 2, aanhef en sub b, *jo.* art. 1, sub c, van het Reglement van de Commissie is in overeenstemming met de hiervoor genoemde bepalingen uit het Instellingsbesluit.
- 7.1.2 Van “handelen of nalaten” dat “binnen de werkingssfeer van de Aanbestedingswet valt” is naar het oordeel van de Commissie allereerst sprake wanneer het handelen of nalaten betreft van een entiteit die rechtstreeks normadressaat is in de zin van de Aw 2012, zoals bijvoorbeeld een “aanbestedende dienst” of een “speciale-sectorbedrijf” (waaronder tevens dient te worden begrepen een “publiekrechtelijke instelling”). In de tweede plaats is van het voorgaande sprake wanneer het handelen of nalaten betreft van een entiteit die heeft verklaard zichzelf gebonden te achten aan een of meer bepalingen van de Aw 2012.

- 7.1.3 Beklaagde heeft in haar reacties op de klacht verklaard dat zij zich op 20 december 2012 in een met het Ministerie van Infrastructuur en Milieu gesloten samenwerkingsovereenkomst heeft verbonden tot het in acht nemen van de aanbestedingsregels zoals die voor het Ministerie gelden, telkens wanneer beklagde in het kader van de uitvoering van die overeenkomst met derden contracteert (zie 6.2.5 hiervoor). Beklaagde heeft bovendien verklaard dat zij met de onderhavige Offerteaanvraag uitvoering gaf aan de hiervoor bedoelde jegens het Ministerie aangegane specifieke verplichting tot het in acht nemen van afdeling 1.2.4 Aw 2012 (zie 6.2.6 hiervoor).
- 7.1.4 Gelet op het voorgaande is de Commissie van oordeel dat voor de beantwoording van de vraag of zij de onderhavige klacht in behandeling kan nemen in het midden kan blijven of beklagde kwalificeert als een "publiekrechtelijke instelling". Het staat immers vast dat beklagde heeft verklaard zichzelf gebonden te achten aan afdeling 1.2.4 Aw 2012. Nu de klacht ziet op de wijze waarop beklagde uitvoering heeft gegeven aan haar uit die afdeling voortvloeiende verplichtingen, kan de Commissie gelet op de hiervoor weergegeven bepalingen uit het Instellingsbesluit en haar Reglement de klacht in behandeling nemen.
- 7.1.5 De Commissie zal bij de beoordeling van de klacht tot uitgangspunt nemen dat de Offerteaanvraag van beklagde kwalificeert als een meervoudig onderhandse procedure waarop de bepalingen van afdeling 1.2.4 Aw 2012 van toepassing zijn.

7.2 Klachtonderdeel 1

- 7.2.1 Beklaagde heeft in reactie op dit klachtonderdeel niet weersproken dat zij het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving heeft gehanteerd zonder vooraf de verhouding tussen de criteria prijs en kwaliteit aan te geven, ook niet na daarom door klager te zijn verzocht. De vraag waar het in dit klachtonderdeel in de kern om gaat, is of beklagde de hiervoor bedoelde verhouding vooraf kenbaar had moeten maken.
- 7.2.2 Naar het oordeel van de Commissie moet deze vraag bevestigend worden beantwoord. De verplichting tot voorafgaande bekendmaking van de onderlinge verhouding tussen de gehanteerde gunningscriteria vloeit ook in het geval van een meervoudig onderhandse procedure voort uit de samenhang tussen de verplichting van een aanbestedende dienst tot gelijke behandeling van de inschrijvers enerzijds, en de verplichting tot het betrachten van transparantie anderzijds.
- 7.2.3 Dat de wetgever de laatstbedoelde verplichting – anders dan de verplichting tot gelijke behandeling (zie art. 1.15 lid 1 Aw 2012) – niet expliciet in afdeling 1.2.4 Aw 2012 heeft geregeld, doet aan het voorgaande niet af. Uit de wetsgeschiedenis blijkt immers onvoldoende duidelijk dat het de bedoeling van de wetgever zou zijn geweest om de transparantieverplichting van aanbestedende diensten – behoudens het bepaalde in art. 1.15 lid 2 Aw 2012 met betrekking tot de mededeling van de gunningsbeslissing – in geval van een meervoudig onderhandse procedure uit te sluiten. De wetgever lijkt vooral de bedoeling te hebben gehad te voorkomen dat de in het Europees aanbestedingsrecht tot ontwikkeling gebrachte beginselen van gelijke behandeling en transparantie in dezelfde mate gelding hebben in geval van niet-Europese aanbestedingen als in geval van aanbestedingen die onder de reikwijdte van het Europees gereguleerde aanbestedingsrecht vallen (TK 2010/11, 32440, nr. 11, p. 14 en EK 2011/12, 32440, nr. C, p. 10-11). Ook overigens heeft de wetgever in dit kader tot uitdrukking gebracht dat de specifiek in het wetsvoorstel opgenomen voorschriften niet afdoen aan de toepassing van algemene rechtsregels die voortvloeien uit andere rechtsbronnen, zoals de bepalingen van de Algemene Wet Bestuursrecht, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de precontractuele maatstaven van redelijkheid en billijkheid (TK

2010/11, nr. 11, p. 14). In de rechtspraak wordt inmiddels dan ook aanvaard dat uit deze rechtsbronnen een transparantieplichting voor aanbestedende diensten voortvloeit, wanneer zij een opdracht aanbesteden met gebruikmaking van de meervoudige onderhandse procedure op basis van afdeling 1.2.4 Aw 2012 (zie bijvoorbeeld Rb. Zeeland-West Brabant (vzr.) 11 oktober 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:7758, r.o. 4.3; Rb. Zeeland-West Brabant (vzr.) 4 februari 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:1007, r.o. 4.5; Rb. Noord-Nederland (vzr.) 12 februari 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:710, r.o. 5.1.2. Vergelijk ook Advies 59 van de Commissie).

7.2.4 De Commissie is van oordeel dat beklagde heeft gehandeld in strijd met haar hiervoor bedoelde transparantieplichting, nu zij heeft nagelaten vooraf de onderlinge verhouding aan te geven tussen de gunningscriteria prijs en kwaliteit. Afgezien van hetgeen hiervoor is overwogen in 7.2.3 kan de Commissie ook overigens niet goed inzien hoe in het geval van een meervoudig onderhandse procedure de naleving door een aanbestedende dienst van zijn verplichting tot gelijke behandeling (art. 1.15 lid 1 Aw 2012) wordt gewaarborgd, wanneer het die aanbestedende dienst zou zijn toegestaan de onderlinge verhouding tussen de gehanteerde gunningscriteria vooraf niet aan de inschrijvers te openbaren, met de mogelijkheid dat een vóór ontvangst van de inschrijvingen vastgestelde verhouding na ontvangst van die inschrijvingen alsnog wordt bijgesteld.

7.2.5 Dat beklagde haar hiervoor genoemde verplichting niet naleefde, had voor klager echter duidelijk moeten zijn. Volgens bestaande jurisprudentie mag van een inschrijver in een geval als het onderhavige een proactieve houding worden verwacht. Dit houdt in dat een inschrijver verplicht is onvolkomenheden in de aanbestedingsdocumenten bij de aanbesteder te signaleren zodra hij die redelijkerwijze behoorde op te merken. De ratio daarvan is dat de aanbesteder daarmee mogelijk in staat wordt gesteld de (gevolgen van de) onvolkomenheid ongedaan te maken in een stadium waarin de nadelige gevolgen daarvan voor alle betrokken partijen zoveel mogelijk beperkt kunnen blijven. Klager heeft haar hiervoor bedoelde verplichting naar het oordeel van de Commissie onvoldoende nageleefd. Klager heeft weliswaar aan beklagde gevraagd of deze de weging van de verschillende onderdelen van haar voorgenomen offerte (prijs en kwaliteit) kon aangeven (zie 1.5.1 hierboven), maar heeft het daar ten onrechte verder bij gelaten. Toen beklagde die vraag met een enkel "nee" beantwoordde, had het op de weg van klager gelegen om bij beklagde onder de aandacht te brengen dat zij handelde in strijd met de op haar rustende transparantieplichting. Dat klager het voorgaande heeft nagelaten, laat weliswaar onverlet dat beklagde haar in 7.2.4 genoemde verplichting niet heeft nageleefd maar staat er aan in de weg dat klager daar in dit stadium nog tegen kan opkomen.

7.2.6 De Commissie is derhalve van oordeel dat klachtonderdeel 1 ongegrond is.

7.3 Klachtonderdeel 2

7.3.1 In art. 1.15 lid 2 Aw 2012 is bepaald dat een aanbestedende dienst verplicht is aan alle inschrijvers de gunningsbeslissing met de relevante redenen voor deze beslissing mee te delen. De vraag waar het in dit klachtonderdeel in de kern om gaat, is of beklagde aan de hiervoor bedoelde verplichting heeft voldaan met de verzending aan klager van de brief van 28 juli 2014, waarmee zij klager – kort gezegd – heeft laten weten dat haar keuze niet op de inschrijving van klager is gevallen vanwege de beoordeling van de inschrijvingen op prijs/kwaliteit: beide inschrijvers bieden een vergelijkbare kwaliteit, maar de door klager aangeboden prijs valt buiten de daarvoor voorziene begroting.

- 7.3.2 De Commissie stelt voorop dat de bewoordingen van art. 1.15 lid 2 Aw 2012 – voor zover relevant voor de onderhavige klacht – gelijkkluidend zijn aan die van art. 2.130 lid 1 Aw 2012. Uit de Memorie van Toelichting bij die bepaling blijkt dat de wetgever er voor heeft gekozen – evenals in de WIRA – om met betrekking tot de motivering van de gunningsbeslissing niet te volstaan met een verplichting van aanbestedende diensten om een samenvatting van de relevante redenen te geven, maar *alle* relevante redenen in de mededeling van de gunningsbeslissing op te nemen (TK 2009/10, 32440, nr. 3, p. 94). Daarmee verwijst de wetgever naar hetgeen hij naar het oordeel van de Commissie in de kern tot uitdrukking heeft willen brengen in de Memorie van Toelichting bij de WIRA: het toezenden van een *samenvattende* beschrijving van de relevante redenen die tot een bepaalde gunningsbeslissing hebben geleid zal aan de afgewezen inschrijver veelal onvoldoende houvast bieden om te kunnen beoordelen of het aanhangig maken van een juridische procedure zinvol is. Bij twijfel zal die inschrijver er dan toe overgaan een juridische procedure aanhangig te maken. Een dergelijke juridisering acht de wetgever echter onwenselijk en kan voorkomen worden door de gunningsbeslissing transparant en met vermelding van alle relevante redenen te motiveren (TK 2008/09, 32027, nr. 3, p. 7).
- 7.3.3 De Commissie is van oordeel dat in wetsgeschiedenis geen steun kan worden gevonden voor het standpunt dat de in art. 1.15 lid 2 Aw 2012 geformuleerde motiveringsplicht een minder vergaande strekking heeft dan de gelijkkluidende motiveringsplicht van art. 2.130 lid 1 Aw 2012. De Commissie realiseert zich dat die wetsgeschiedenis vooral betrekking heeft op de toepassing van de motiveringsplicht in het kader van Europese aanbestedingsprocedures. Dat het in de onderhavige klacht gaat om de toepassing van de motiveringsplicht in het kader van een meervoudig onderhandse procedure, maakt voor de beoordeling van de klacht echter geen wezenlijk verschil. Uit de wetsgeschiedenis blijkt immers niet dat de wetgever een andere toepassing voor ogen heeft gehad van het vereiste zoals verwoord in art. 1.15 lid 2 Aw 2012 (zie TK 2009/10, 32440, nr. 3, p. 56). Waar het in de kern om gaat, ook bij een meervoudig onderhandse procedure, is of de aanbestedende dienst met de verstrekte motivering van de gunningsbeslissing de afgewezen inschrijver voldoende houvast heeft geboden om te kunnen beoordelen of het aanhangig maken van een juridische procedure zinvol is (zie ook Advies 30 van de Commissie).
- 7.3.4 De Commissie is van oordeel dat beklagde niet aan haar hiervoor bedoelde verplichting heeft voldaan. Zij heeft beklagde slechts samenvattend geïnformeerd over het feit dat beide inschrijvers een vergelijkbare kwaliteit hebben aangeboden en dat de prijs van klager – anders blijkbaar dan de door de andere inschrijver aangeboden prijs – buiten de daarvoor voorziene begroting valt. Het had met name op de weg van beklagde gelegen om klager te informeren over de mate waarin haar inschrijving scoorde op de door beklagde in haar Offerteaanvraag en in Bijlage 1 behorende bij die Offerteaanvraag genoemde kwalitatieve aspecten (zie 1.2 en 1.3 hiervoor). Ook wanneer de door klager voor die aspecten behaalde score gelijk is aan die van de andere inschrijver, heeft klager er in het geval dat haar inschrijving niet maximaal op die aspecten heeft gescoord immers belang bij te vernemen wat de redenen zijn waarom haar die maximale score niet is toegekend (vergelijk opnieuw TK 2008/09, 32027, nr. 3, p. 7).
- 7.3.5 De Commissie is derhalve van oordeel dat klachtonderdeel 2 gegrond is.

7.4 Klachtonderdeel 3

- 7.4.1 Klager stelt met dit klachtonderdeel dat beklagde, in afwijking van de vooraf bekendgemaakte gunningscriteria, de opdracht op willekeurige wijze heeft verstrekt. Klager lijkt daarmee te betogen dat beklagde heeft gehandeld in strijd met haar

verplichting tot gelijke behandeling, gezien in samenhang met haar verplichting tot het betrachten van transparantie (zie 7.2.2 hiervoor).

- 7.4.2 Het klachtonderdeel gaat naar het oordeel van de Commissie op in het eerste klachtonderdeel. Indien het namelijk inderdaad zo is dat beklagde de opdracht op willekeurige wijze heeft verstrekt, is dat een inherent gevolg van het feit dat beklagde heeft nagelaten vooraf de onderlinge verhouding aan te geven zowel tussen de gunningscriteria prijs en kwaliteit als tussen de in haar Offerteaanvraag en in Bijlage 1 behorende bij die Offerteaanvraag genoemde kwalitatieve aspecten (zie 1.2 en 1.3 hiervoor). Zoals de Commissie in 7.2.4 hiervoor heeft geoordeeld, is deze handelwijze van beklagde in strijd met de ook in een meervoudig onderhandse procedure op haar rustende transparantieverplichting.
- 7.4.3 De Commissie heeft echter ook geoordeeld – zie 7.2.5 hiervoor – dat het voor klager duidelijk had moeten zijn dat beklagde haar transparantieverplichting niet naleefde door na te laten de onderlinge verhouding tussen de gunningscriteria prijs en kwaliteit vooraf aan te geven. Toen klager aan beklagde vroeg of deze de weging van de verschillende onderdelen van haar voorgenomen offerte (prijs en kwaliteit) kon aangeven (zie 1.5.1 hierboven) en beklagde deze vraag met “nee” beantwoordde, had klager zich moeten realiseren dat voortzetting van de aanbestedingsprocedure mogelijk tot gevolg zou hebben dat beklagde de opdracht op willekeurige wijze zou verstrekken. Dat klager zich dat niet heeft gerealiseerd en in het verlengde daarvan heeft nagelaten een en ander bij beklagde onder de aandacht te brengen, laat weliswaar onverlet dat beklagde haar in 7.2.4 en 7.4.1 genoemde transparantieverplichting niet heeft nageleefd maar staat er aan in de weg dat klager daar in dit stadium nog tegen kan opkomen.
- 7.4.4 De Commissie is derhalve van oordeel dat klachtonderdeel 3 ongegrond is.

7.5 Klachtonderdeel 4

- 7.5.1 De vraag waar het in dit klachtonderdeel in de kern om gaat, is of op beklagde de verplichting rustte om klager een effectieve rechtsbeschermingsmogelijkheid tegen de gunningsbeslissing te bieden en – zo ja – of zij die verplichting vervolgens ook heeft nageleefd.
- 7.5.2 De Commissie is van oordeel dat de hiervoor bedoelde verplichting ook op een aanbestedende dienst rust wanneer deze een opdracht aanbesteedt met gebruikmaking van een meervoudig onderhandse procedure waarop afdeling 1.2.4 Aw 2012 van toepassing is. Deze verplichting vloeit in dat geval voort hetzij uit het fair-playbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur (zie Rb. Zeeland-West-Brabant (vzr.) 4 februari 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:1007, r.o. 4.9), hetzij uit de (pre-contractuele) maatstaven van redelijkheid en billijkheid.
- 7.5.3 Het antwoord op de vraag of een aanbestedende dienst een inschrijver in een voorliggend geval een voldoende effectieve rechtsbeschermingsmogelijkheid tegen de gunningsbeslissing heeft geboden, valt niet in zijn algemeenheid te geven maar hangt af van alle omstandigheden van het geval. Van een voldoende effectieve rechtsbeschermingsmogelijkheid zal in ieder geval geen sprake meer zijn wanneer een aanbestedende dienst op dezelfde dag dat de mededeling van de gunningsbeslissing aan de inschrijvers wordt bekendgemaakt met de winnaar van de aanbesteding een overeenkomst sluit. In een dergelijk geval maakt de aanbestedende dienst een effectieve rechtsbescherming tegen de gunningsbeslissing immers in feite onmogelijk (zie Rb. Zeeland-West-Brabant (vzr.) 4 februari 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:1007, r.o. 4.9). Een dergelijk geval heeft zich in de onderhavige klacht echter niet voorgedaan.

- 7.5.4 Beklaagde stelt dat zij de mededeling van de gunningsbeslissing aan klager heeft bekendgemaakt op 23 juli 2014 en dat zij op 1 augustus 2014 een overeenkomst heeft gesloten met de onderneming die naast klager aan de onderhavige aanbestedingsprocedure heeft deelgenomen. De Commissie is van oordeel dat beklagde – althans wanneer wordt geabstraheerd van de specifieke omstandigheden van het geval – klager daarmee in beginsel een voldoende effectieve rechtsbeschermingsmogelijkheid tegen de gunningsbeslissing heeft geboden. Dat oordeel wordt echter anders wanneer acht wordt geslagen op de specifieke omstandigheden die zich hebben voorgedaan binnen het tijdsbestek van de door beklagde aangeduide periode.
- 7.5.5 De Commissie is allereerst van oordeel dat klager op basis van de mededeling die beklagde haar op 23 juli 2014 per e-mailbericht stuurde (zie 1.6 hiervoor) weliswaar moest begrijpen dat de opdracht niet aan haar werd gegund, maar dat zij tevens de door beklagde in die e-mail aangekondigde brief met de uitslag mocht afwachten, alvorens zich verder op haar rechtspositie te beraden. Dat deze brief – anders dan beklagde in het genoemde e-mailbericht aankondigde – niet nog diezelfde dag aan klager werd verstuurd, maar eerst pas op 28 juli 2014 (zie 1.8 hiervoor), heeft er de facto toe geleid dat klager over een termijn van slechts drie kalenderdagen beschikte om in rechte tegen de gunningsbeslissing van beklagde op te komen. Dat beklagde de eerste dagen na ontvangst van de brief van 28 juli 2014 vervolgens heeft gebruikt om meer duidelijkheid te verkrijgen over de relevante redenen voor de gunningsbeslissing, kan haar in het licht van de beoordeling door de Commissie van klachtonderdeel 2 (zie 7.3 hiervoor) niet euvel worden gedeut. Dat geldt te meer nu noch uit de aanbestedingsstukken, noch uit de overige tussen partijen gevoerde correspondentie, voldoende duidelijk blijkt dat beklagde voornemens was om uiterlijk op 1 augustus 2014 over te gaan tot het sluiten van een overeenkomst met de winnende inschrijver. Dat voornemen blijkt bijvoorbeeld onvoldoende duidelijk uit de globale planning die beklagde heeft opgenomen op p. 7 van Bijlage 1 bij de Offerteaanvraag. Toen beklagde ten slotte op 1 augustus 2014 een e-mailbericht aan klager zond met de mededeling dat er niet verder naar een onderlinge oplossing zou worden gezocht, moest voor klager duidelijk zijn dat zij vanaf dat moment niet langer mocht wachten met het treffen van rechtsmaatregelen. Daarvoor heeft zij echter – naar eerst achteraf bleek – onvoldoende gelegenheid gehad aangezien beklagde nog op diezelfde dag de uitvoering van de opdracht heeft opgedragen aan de andere onderneming die naast klager tot het doen van een offerte was uitgenodigd.
- 7.5.6 Bezien in het licht van de hiervoor weergegeven omstandigheden is de Commissie van oordeel dat beklagde aan klager een onvoldoende effectieve rechtsbeschermingsmogelijkheid tegen de gunningsbeslissing heeft geboden. Daarmee heeft beklagde gehandeld in strijd met haar in 7.5.2 genoemde verplichting.
- 7.5.7 De Commissie is derhalve van oordeel dat klachtonderdeel 4 gegrond is.

8. Advies

De Commissie acht de klachtonderdelen 1 en 3 **ongegrond** en de klachtonderdelen 2 en 4 **gegrond**.

9. Aanbeveling

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

Den Haag, 9 oktober 2014

w.g.:
Mr. J.G.J. Janssen
Voorzitter

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