

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 340

1. Feiten

1.1. Beklaagde heeft een Europese openbare aanbesteding gehouden voor een overheidsopdracht voor diensten met betrekking tot de digitalisering van bouw-, milieu- en bodemdossiers.

1.2. In het voorwoord van de Offerteaanvraag op pagina 3 is het volgende bepaald:

'Bij de beoordeling geldt het gunningcriterium van de economisch meest voordelige inschrijving. De leverancier met de economisch meest voordelige aanbieding, die aan alle eisen voldoet, zal de opdracht worden gegund. Het vermogen om aan de in deze aanvraag benoemde wensen te voldoen is hierbij randvoorwaardelijk. Mocht de gemeente met de partijen die inschrijven niet tot een bevredigend resultaat komen, dan kan besloten worden om met andere leverancier(s) gesprekken aan te knopen.'

1.3. In paragraaf 3.1.2 van de Offerteaanvraag is het volgende bepaald:

'3.1.2.1 Contactpersoon

De contactpersoon voor deze aanbesteding is dhr. [X] extern adviseur van de gemeente [Y]. Alle correspondentie omtrent deze aanbesteding gaat via de heer [X] via het mailadres: gemeente@[naam].nl'

1.4. In de Nota van Inlichtingen van 16 maart 2016 is, voor zover relevant, de volgende vraag met bijbehorend antwoord opgenomen:

'Vraag 1a: (...) T.A.V. HET COLLEGE VAN B & W gemeente [Y]
Aanbesteding [nummer]

Geacht college,

Met stijgende verwondering hebben wij kennis genomen van delen van informatie betreffende genoemde aanbesteding.

Daarin lezen wij op blz. 28 van 24 dat de contactpersoon voor deze aanbesteding de heer [X] is.

De heer [X] is directeur eigenaar van [Z] bv, werkzaam in dezelfde markt als de beoogde aanbieders.

Het zal en mag toch niet zo zijn dat een directeur/eigenaar van [Z] BV als contactpersoon/adviseur van de gemeente is aangesteld die in de gelijke markt als beoogde aanbieders werkzaam is en belangen heeft.

Verder lezen wij op blz. 3 van 24 dat de gemeente zich het recht voorbehoudt bij het niet gunnen aan één der inschrijvers gesprekken aan te knopen met andere leveranciers.

Wellicht een partij die dan niet heeft ingeschreven maar wel over voorkennis beschikt naast bijvoorbeeld informatie van en uit andere ontvangen aanbiedingen.

Wij verzoeken u dan ook de aanbesteding uit de markt te nemen en deze schending van objectiviteit, transparantie en voorkennis te elimineren.

Wij vernemen gaarne tijdig voor 11 april, de uiterste datum van in te dienen aanbiedingen, uw besluit.

Ter uwer informatie zullen wij zoveel mogelijk onze collega bedrijven/eventuele aanbieders over dit schrijven informeren en doen deze mail ook aan hen toekomen.

In het geval u geen gevolg wenst te geven aan ons verzoek zullen wij een klacht indienen bij de commissie van aanbesteding experts en/of aanhangig maken in kort geding.

Wij vertrouwen erop dat u in het kader van transparantie en objectiviteit ons snel zult informeren.

Gaarne ontvangen wij een bevestiging van ontvangst en doorgeleiding naar het College van B&W.

Antwoord: Gemeente [Y] maakt inderdaad gebruik van de diensten van de heer [X] bij het opstellen van deze Europese aanbesteding. In het kader van transparantie is besloten hier vanaf het begin af aan transparant over te zijn. Voor de volledigheid, naast de ondersteuning van de heer [X] wordt de gemeente [Y] bij deze aanbesteding ook ondersteund door de gemeente [A] en het Regionaal Archief [naam].

Voor de daadwerkelijke aanvang van de werkzaamheden is tussen de gemeente [Y] en de heer [X] ruim van te voren overeengekomen dat hij dan wel een van de bedrijven waarbinnen hij werkzaam is ([Z], [B] of [C]) direct dan wel indirect geen enkele betrokkenheid zal hebben bij werkzaamheden die voortvloeien uit deze aanbesteding.

In het kader van objectiviteit is afgesproken dat de heer [X] dan wel een van zijn collega's geen van de door de leveranciers aangeboden aanbiedingen zal inzien dan wel zal beoordelen.

De inspanning van de heer [X] strekt zich tot de beoordeling van de offertes alleen uit tot de procesbegeleiding bij het opstellen van het bestek als ook de beantwoording van de vragen via de NvI. Bij de daadwerkelijke beoordeling stopt zijn betrokkenheid. Nadat de gemeente in samenspraak met het [Regionaal Archief] tot een definitieve keuze is gekomen voor een leverancier pakt de heer [X] zijn werkzaamheden in het begeleiden van de gemeente [Y] weer op.'

- 1.5. In de Nota van Inlichtingen van 23 maart 2016 is, voor zover van belang, het hierna volgende opgenomen:

'Algemene opmerkingen van de aanbestedende dienst.

Hierna volgen twee algemene opmerkingen van de aanbestedende dienst.

1.
(...)

2.
Wijziging in contactpersoon voor deze aanbesteding vanaf 23-3-2016: nieuw contactpersoon voor alle vragen en stukken rondom deze aanbesteding is [mevr. D], adviseur DIV gemeente [Y]. Het overige van par. 3.1.2 van het Bestek blijft ongewijzigd

Ingekomen klacht

Bij de gemeente is een klacht ontvangen. De gemeente heeft bij brief daarop gereageerd en besloten tot het instellen van een nieuwe contactpersoon (zie algemene opmerking 2). In het kader van de transparantieverplichting is de inhoud van de briefwisseling tussen de klager en de gemeente hieronder opgenomen.

Om de privacy van de klagende inschrijver te bewaken is uitsluitend de platte tekst van de brieven opgenomen en zijn alle verwijzingen naar (de persoon van) de inschrijver verwijderd. Voor de inhoud van de briefwisseling, zie hierna.

t.a.v.de heren [X] en [E]

Bijgaand doen wij u onze ingediende klacht en beantwoording door de gemeente toekomen betreffende de aanbesteding digitalisering bouwvergunningen.

Zoals aangekondigd zullen wij onze klacht indienen bij de commissie van aanbestedingsexperts.

Het bevreemdt ons ten zeerste dat wij deze klacht waarin u zelf ter discussie staat, volgende richtlijnen van de cie bij de aanbestedende dienst moeten indienen, waarbij u volgens verwijzing in het door u zelf opgestelde bestek contactpersoon bent.

Voor zover u inmiddels niet intern bent geïnformeerd derhalve bijgaande correspondentie inclusief onze klacht van 10 maart 2016

Reactie d.d.23 maart 2016 Gemeente [Y]:

In reactie op uw brief van 18 maart jl. inzake de aanbesteding "digitaliseren bouw- en milieu- en bodemdossiers" geven wij hieronder onze reactie.

U klaagt dat de heer [X] als contactpersoon fungeert voor deze aanbesteding. De Gemeente [Y] acht dit evenwel toelaatbaar, mede gelet op haar eerdere brief aan u d.d. 15 maart 2016 met als kenmerk "reactie op uw mail d.d. 10 maart 2016". Geheel onverplicht en ervan uitgaande dat daardoor uw bezwaren/ klachten genoegzaam zijn verholpen, is de Gemeente echter bereid de heer [X] als contactpersoon te vervangen door mevrouw [D] (adviseur documentaire informatievoorziening van de gemeente [Y]).

Net als voornoemde brief d.d. 15 maart 2016 zal ook deze brief via een Nota van Inlichtingen aan alle geïnteresseerden kenbaar worden gemaakt.

Wij vertrouwen erop u hiermee op dit moment voldoende te hebben geïnformeerd.

Met vriendelijke groet,

[E]

Afdelingshoofd BMO gemeente [Y].'

2. Beschrijving klacht

Beklaagde handelt in strijd met het non-discriminatie- en transparantiebeginsel doordat de directeur/eigenaar van [Z], welke werkzaam is in dezelfde markt als beoogde aanbieders, zowel de op/samensteller is van het bestek met alle eisen, wensen en voorwaarden, als de contactpersoon voor nadere inlichtingen en informatie.

3. Onderbouwing klacht

Klager heeft haar klacht niet verder onderbouwd en volstaan met een verwijzing naar onder andere de in 1.2 en 1.3 hiervoor weergegeven passages uit de Offerteaanvraag. Daarnaast heeft klager een aantal stukken bij haar klacht gevoegd, waaronder de Nota van inlichtingen van 16 maart 2016 (zie 1.4).

4. Reactie beklagde

- 4.1. Beklaagde staat voor de complexe opgave om haar omvangrijke archief van bouw-, milieu- en bodemdossiers te digitaliseren. Voor het opstellen van een deugdelijke opdracht met randvoorwaarden en een zorgvuldige aanbestedingsprocedure was externe input nodig. Beklaagde heeft daarom de heer [X] als deskundige ingeschakeld.
 - 4.1.1. Klager heeft zich over de rol van de heer [X] beklagd. Beklaagde heeft daarop bij brief van 10 maart 2016 bericht dat reeds ruim van tevoren met de heer [X] is overeengekomen "dat hij dan wel een van de bedrijven waarbinnen hij werkzaam is ([Z], [A] of [B]) direct danwel indirect geen enkele betrokkenheid zal hebben bij werkzaamheden die voortvloeien uit deze aanbesteding. (...) De inspanning van de heer [X] strekt zich alleen uit tot de procesbegeleiding bij het opstellen van het bestek als ook de beantwoording van de vragen via de Nota van Inlichtingen. Bij de daadwerkelijke beoordeling stopt zijn betrokkenheid. Nadat de gemeente in samenspraak met het [Regionaal Archief] tot een definitieve keuze is gekomen voor een leverancier pakt de heer [X] zijn werkzaamheden in het begeleiden van de gemeente weer op."
 - 4.1.2. Kennelijk nam klager hier geen genoegen mee althans heeft zij bij brief van 18 maart 2016 geklaagd over de rol van de heer [X] als contactpersoon. Mede gelet op voornoemde brief achtte beklagde ook dit bezwaar onterecht maar heeft ze onverplicht besloten dat voortaan mevrouw [E] (adviseur documentaire informatievoorziening van beklagde) als contactpersoon zal optreden. Dit is klager meegedeeld bij brief van 23 maart 2016. De klacht van 18 maart 2016 en de reactiebrief van 23 maart 2016 is in de (tweede) Nota van Inlichtingen opgenomen (pagina 2 en 3, Bijlage 3).
 - 4.1.3. Gelet op de bij de Commissie ingediende klacht handhaaft klager kennelijk haar bezwaren tegen de rol van de heer [X].
 - 4.1.4. Beklaagde wijst op vaste jurisprudentie dat de rol van een adviseur bij een aanbesteding uitsluitend onrechtmatig kan zijn als dit heeft geleid tot een belangenverstrengeling en/ of een oneerlijke kennisvoorsprong bij een inschrijver waardoor sprake is van een vervalsing van de mededinging (zie onder andere recent Vzr. Rb. Den Haag 8 oktober 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:11785; Vzr. Rb. Den Haag 8 oktober 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:1178; CvAE 26 maart 2015, advies 197). In dit geval kan er volgens beklagde van een dergelijke onrechtmatigheid geen sprake zijn nu de heer [X] dan wel een van de bedrijven waarbinnen hij werkzaam is direct noch indirect betrokken zal zijn bij het opstellen/ doen van een inschrijving en evenmin aan een (potentiële) inschrijver meer informatie is verstrekt over deze aanbesteding. Dat de feiten en omstandigheden anders zijn, is door klager niet gesteld en is evenmin gebleken.
 - 4.1.5. Vervolgens gaat beklagde in op de passage in de Offerteaanvraag dat "mocht de gemeente met de partijen die inschrijven niet tot een bevredigend resultaat komen, dan kan besloten worden om met andere leverancier(s) gesprekken aan te knopen" (zie 1.2 hiervoor). In de brief van 10 maart 2016 onderbouwt klager

haar bezwaar met betrekking tot de mogelijkheid om na een mislukte aanbesteding met een andere leverancier te praten als volgt: "Wellicht een partij die dan niet heeft ingeschreven maar wel over voorkennis beschikt naar bijvoorbeeld informatie van en uit andere ontvangen aanbiedingen" (Nota van Inlichtingen 1, vraag en antwoord 1a, Bijlage 2).

- 4.1.6. Het lijkt erop dat klager (wederom) bevreesd is dat beklagde voornemens is om na een mislukte aanbesteding de opdracht een-op-een te gunnen aan de heer [X] dan wel een van de bedrijven waarbinnen hij werkzaam is. Volgens beklagde is een dergelijk voornemen echter absoluut niet aan de orde. Indien onverhoopt de aanbestedingsprocedure mocht mislukken en er niet op rechtmatige wijze dan wel vanwege budgettaire of andere thans onvoorziene redenen gegund kan worden aan een van de inschrijvers, dan staat het beklagde vrij om gesprekken aan te knopen met een andere leverancier(s). Uiteraard laat dit onverlet dat beklagde bij het eventueel (alsnog) aangaan van een overeenkomst met betrekking tot de onderhavige opdracht tot digitalisering te allen tijde overeenkomstig (de beginselen van) het aanbestedingsrecht zal handelen. Om iedere misverstand hierover weg te nemen, zal beklagde op zeer korte termijn (en ruim voor de inschrijfdatum van 11 april 2016) een derde Nota van Inlichtingen publiceren met daarin de volgende passage:

"Vraag 1a van de eerste Nota van Inlichtingen betreft een bezwaar van een van de mogelijke opdrachtnemers met onder andere de passage "Verder lezen wij op blz. 3 van 24 dat de gemeente zich het recht voorbehoudt bij het niet gunnen aan één der inschrijvers gesprekken aan te knopen met andere leveranciers. Wellicht een partij die dan niet heeft ingeschreven maar wel over voorkennis beschikt naast bijvoorbeeld informatie van en uit andere ontvangen aanbiedingen." Nu deze mogelijke opdrachtnemer haar klacht handhaaft wenst de gemeente voor de goede orde aan alle potentiële opdrachtnemers duidelijk maken dat de passage op pagina 3 van de Offerteaanvraag in geen geval is bedoeld om de gemeente meer ruimte te geven bij het nemen van vervolgstappen ingeval op basis van de onderhavige aanbesteding niet tot gunning wordt overgegaan. Kortom, ook indien onverhoopt de opdracht niet op basis van de onderhavige aanbestedingsprocedure aan een inschrijver mocht worden gegund, dan zal de gemeente zich bij het nemen van eventuele vervolgstappen zich onverkort houden aan (de beginselen van) het aanbestedingsrecht."

- 4.1.7. Mede gelet op de verduidelijking die zal worden gegeven in de derde Nota van Inlichtingen acht beklagde de klacht ook in zoverre klacht ongegrond.

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt vast dat beklagde een Europese openbare aanbesteding heeft gehouden voor een overheidsopdracht voor diensten met betrekking tot de digitalisering van bouw-, milieu- en bodemdossiers. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Delen 1 en 2 Aw 2012.
- 5.2. Artikel 1.8 Aw 2012 bepaalt dat een aanbestedende dienst de inschrijvers op gelijke en niet-discriminerende wijze moet behandelen. Bij de beantwoording van de vraag wat die verplichting met het oog op de behandeling van de onderhavige klacht inhoudt, zal de Commissie zich laten leiden door het arrest HvJ EU 12 maart 2015, zaak C-538/13, r.o. 31-47 (eVigilo).
- 5.3. Indien een potentiële inschrijver objectieve gegevens verstrekt op grond waarvan de onpartijdigheid van de deskundige van de aanbestedende dienst kan worden

betwijfeld, moet de aanbestedende dienst alle relevante omstandigheden onderzoeken teneinde belangenconflicten te voorkomen, te onderkennen en te beëindigen, in voorkomend geval onder andere door de partijen te verzoeken om bepaalde informatie en bewijsmateriaal te verstrekken.

- 5.4. Beklaagde heeft aangegeven gebruik te maken van de diensten van de heer [X] bij de onderhavige aanbesteding. Vóór aanvang van de werkzaamheden is tussen beklaagde en de heer [X] overeengekomen dat hij, dan wel een van de bedrijven waarbinnen hij werkzaam is, direct dan wel indirect geen enkele betrokkenheid zal hebben bij werkzaamheden die voortvloeien uit deze aanbesteding. Bovendien is afgesproken dat de heer [X], dan wel een van de bedrijven waarbinnen hij werkzaam is, geen van de door de leveranciers aangeboden aanbiedingen zal inzien dan wel zal beoordelen. Volgens beklaagde strekt de inspanning van de heer [X] zich alleen uit tot de procesbegeleiding bij het opstellen van het bestek als ook de beantwoording van de vragen via de Nota van Inlichtingen. Bij de daadwerkelijke beoordeling stopt zijn betrokkenheid. Nadat beklaagde in samenspraak met het [Regionaal Archief] tot een definitieve keuze is gekomen voor een leverancier pakt de heer [X] zijn werkzaamheden in het begeleiden van de beklaagde weer op. Naar aanleiding van kritische vragen van klager heeft beklaagde de heer [X] als contactpersoon in de aanbesteding vervangen door mevrouw [D]. Beklaagde heeft tot slot nog aangegeven dat noch de heer [X] noch een van de bedrijven waarbinnen hij werkzaam is direct dan wel indirect betrokken is bij het opstellen en/of doen van een inschrijving in het kader van de onderhavige aanbesteding.
- 5.5. De Commissie is van oordeel dat de enkele stelling van klager dat de adviseur van beklaagde in dezelfde markt actief is als potentiële aanbieders, in het licht van hetgeen beklaagde naar voren heeft gebracht geen objectief gegeven oplevert op grond waarvan aan de non-discriminatoire en transparante behandeling van de inschrijvers in de onderhavige aanbestedingsprocedure moet worden getwijfeld.
- 5.6. De klacht is derhalve ongegrond.
- 5.7. De Commissie laat zich ten overvloede nog uit over de passage op pagina 3 van de Offerteaanvraag, waarin is bepaald dat beklaagde met andere leverancier(s) gesprekken kan aanknopen indien beklaagde met de partijen die inschrijven niet tot een bevredigend resultaat kan komen (zie 1.2 hiervoor).
 - 5.7.1. Klager heeft over deze passage niet bij de Commissie geklaagd, maar in een eerder stadium wel haar bezwaren bij beklaagde kenbaar gemaakt. Beklaagde heeft in de onderhavige klachtprocedure andermaal op die bezwaren gereageerd (zie 4.1.5.e.v. hiervoor).
 - 5.7.2. De Commissie overweegt dat wanneer de inschrijvingen in de onderhavige aanbestedingsprocedure niet tot een bevredigend resultaat leiden, beklaagde – zoals toegezegd – het aanbestedingsrecht zal moeten naleven. Dat betekent dat zij – nu het hier gaat om een overheidsopdracht die binnen de werkingssfeer van Deel 2 Aw 2012 valt – alleen dan “met andere leverancier(s) [dan de partijen die inschrijven] gesprekken aan [kan] knopen” met inachtneming van de hierna weergegeven kaders.
 - 5.7.3. Op grond van artikel 2.30, lid 1, sub a, Aw 2012 kan een aanbestedende dienst de onderhandelingsprocedure met aankondiging alleen toepassen indien bij toepassing van een voorafgaande openbare procedure inschrijvingen zijn gedaan die onregelmatig zijn, of indien inschrijvingen zijn gedaan die onaanvaardbaar zijn, en mits de oorspronkelijke voorwaarden van de overheidsopdracht niet wezenlijk

worden gewijzigd. Op grond van het tweede lid kan een aanbestedende dienst van de mededeling van een aankondiging van een overheidsopdracht afzien, indien hij bij de onderhandelingsprocedure alleen de inschrijvers betreft die voldoen aan de criteria, genoemd in afdelingen 2.3.4 (eigen verklaring), 2.3.5 (uitsluiting, geschiktheid en selectie) en 2.3.6 (geschiktheidseisen en selectiecriteria) en die gedurende de voorafgaande openbare procedure inschrijvingen hebben ingediend die aan de formele eisen van de procedure voor het gunnen van overheidsopdrachten voldoen.

- 5.7.4. Op basis van artikel 2.32 aanhef en sub a Aw 2012 mag een aanbestedende dienst een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande aankondiging alleen toepassen indien bij toepassing van de openbare procedure geen of geen geschikte inschrijvingen zijn ingediend, de oorspronkelijke voorwaarden van de overheidsopdracht niet wezenlijk worden gewijzigd en de Europese Commissie op haar verzoek een verslag van de oorspronkelijke procedure wordt overgelegd.

6. Advies

De Commissie acht de klacht **ongegrond**.

7. Aanbeveling

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

Den Haag, 14 april 2016

w.g.:

Mr. J.G.J. Janssen
Voorzitter

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

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid