

# Commissie van Aanbestedingsexperts

## Advies 351

### 1. Feiten

- 1.1. Beklaagde heeft een Europese openbare aanbestedingsprocedure aangekondigd voor een overheidsopdracht met betrekking tot de levering van granietbanden, graniettegels en granieten zitelementen.
- 1.2. In de aankondiging is in II.1.7 bepaald dat de opdracht valt onder de Overeenkomst inzake overheidsopdrachten (GPA; Agreement on Government Procurement).
- 1.3. Voorts is in de aankondiging over de omvang van de overheidsopdracht het volgende bepaald:

#### 'II.2.1) Totale hoeveelheid of omvang

Levering van:

- 55 stuks graniet inritband 500x250x500 mm
- 800 m1 granietband 300x200x1000 mm incl. hulpstukken
- 1300 m1 granietband 300x250x1000 mm incl. hulpstukken
- 25 m1 granietband 300x350x1000 mm incl. hulpstukken
- 210 m1 granietband 300x400x1000 mm incl. hulpstukken
- 38 stuks graniet verloopbanden breed 300 mm
- 105 zitelementen in diverse afmetingen
- 9 stuks granieten traptreden
- 15.500 m2 graniettegels 300x150x80 mm kleur grijs
- 2.500 m2 graniettegels dik 80 mm in diverse afmetingen kleur grijs
- 1.000 stuks graniet geleidelijntegels 450x300x80 mm kleur grijs
- 80 stuks graniet noppentegel 600x600x120 mm kleur grijs
- 2.000 m2 graniettegels 300x150x80 mm kleur rood
- 380 m2 graniettegels dik 80 mm in diverse afmetingen kleur rood
- 200 m2 graniettegels dik 80 mm in diverse afmetingen kleur wit
- 80 m2 graniettegels dik 80 mm in diverse afmetingen kleur zwart'

- 1.4. Het bestek omvat 5 hoofdstukken, waaronder hoofdstuk 0 ("Precontractuele fase") en hoofdstuk 4 ("Programma van Eisen"). In paragraaf 0.3.1, 0.7 tot en met 0.7.5, 0.7.8, 4.1.7, 4.2.7.1, 4.2.7.2 en 4.3.6 van het bestek is het volgende bepaald:

#### 1.4.1. '0.3.1

De referentie monsters van het beoogde graniet zijn tot 28 maart 2016 te bekijken op het kantoor van het Materiaalbureau [...].

De referentie monsters behelst de volgende materialen, tw.;

- Voor de kleur, structuur en afwerking van het beoogde graniet kleur rood
- Voor de kleur, structuur en afwerking van het beoogde graniet kleur grijs
- Voor de kleur, structuur en afwerking van het graniet kleur grijs, welke door de opdrachtgever zal worden uitgesloten
- Voor de kleur, structuur en afwerking van het beoogde graniet [productnaam A van Onderneming X]

- Voor de kleur, structuur en afwerking van het graniet [productnaam A van Onderneming X], welke door de opdrachtgever zal worden uitgesloten
- Voor de structuur en afwerking van de kleur grijs met de Leather finish bewerking
- Voor de kleur, structuur en afwerking van het beoogde graniet voor de markeringstegels in de kleur wit
- Voor de kleur, structuur en afwerking van het beoogde graniet voor de markeringstegels in de kleur zwart

(...)

De referentiemonsters zijn richtinggevend voor de door u aan te leveren inschrijvingsmonster (zie paragraaf 0.4.3).'

#### 1.4.2. **0.7 Beoordeling inschrijving**

##### **0.7.1 Voldoen inschrijvingsmonster**

(...)

Bij het niet voldoen van het inschrijvingsmonster aan de eisen van paragraaf 4 heeft dit uitsluiting voor verdere deelname aan deze aanbestedingsprocedure tot gevolg.

Wanneer het inschrijvingsmonster in kleur en structuur sterk afwijkt van het referentiemonster, heeft dit uitsluiting voor verdere deelname aan deze aanbestedingsprocedure tot gevolg.

##### **0.7.2 Gunningscriterium**

Het gunningscriterium is de economisch meest voordelige inschrijving, gelet op:

1. Fictieve som;
2. Kleur, structuur en afwerking;
3. Duurzaamheid;

Bepaling van de EMVI vindt plaats door aan de kwalitatieve gunningcriteria 2 en 3 een fictieve waarde in Euro's toe te kennen. Deze waarden worden van de ingediende Inschrijvingsom afgetrokken tot de uiteindelijke Fictieve Inschrijvingsom. In formule:

**Fictieve Inschrijvingsom (EMVI) = Fictieve som + behaalde fictieve waarde.**

De Inschrijving met de laagste Fictieve Inschrijvingsom is de inschrijver met de EMVI.

##### **0.7.3 Inhoudelijke beoordeling EMVI**

De documenten worden beoordeeld door een beoordelingscommissie die tot en met het eindoordeel niet op de hoogte is van de inschrijvingsprijzen.

De beoordelingscommissie bestaat uit een multidisciplinair team met inhoudelijke kennis van de materialen en met ruime ervaring in infrastructurele projecten.

##### **0.7.4**

Het beoordelingsproces wordt begeleid door een onafhankelijke procesbegeleider cq. voorzitter beoordelingscommissie.

Hier zijn de verschillende soorten commissieleden te onderscheiden (rollen).

- a) Projectmanager
- b) Ontwerper
- c) Directievoerder
- d) Toezichthouder

e) Beheerder

### 0.7.5 Het beoordelingsproces gaat als volgt:

1. (...)
2. De beoordelingscommissie is tot en met hun eindoordeel niet op de hoogte van de inschrijvingsommen.
3. Iedere lid van de beoordelingscommissie beoordeelt het inschrijvingsmonster individueel, op basis van de bij de EMVI opgenomen criteria, door middel van een (heel) cijfer inclusief motivatie;
4. De waarde van de score zal worden bepaald door de afzonderlijke bevindingen van de beoordelaars met elkaar te vergelijken en deze zullen dan gezamenlijk tot een gezamenlijk gedragen eindoordeel per EMVI criterium komen.'

### 1.4.3. '0.7.8 Criterium 2: De Kleur, structuur en afwerking

Het inschrijvingsmonster zal door een beoordelingscommissie, geanonimiseerd, worden beoordeeld in welke mate het voldoet aan het referentiemonster van de Opdrachtgever.

Elk lid van de beoordelingscommissie zal aan het inschrijvingsmonster op zeven verschillende onderdelen een waarde in de vorm van een geheel aantal punten (2 t/m 10) toe kennen, waarbij 2 (twee) punten staat voor zeer matig aan het referentiemonster voldoen en 10 (tien) punten volledig voldoet aan het referentiemonster.

De zeven verschillende beoordelingsonderdelen van het inschrijvingsmonster zijn:

- Kleur, structuur en afwerking van de tegels Grijs met afstandshouder
- Kleur, structuur en afwerking van de tegels Grijs met splintervrijekop
- Kleur, structuur en afwerking van de tegels Rood
- Kleur, structuur en afwerking van de banden
- Kleur, structuur en afwerking van de Leather Finish afwerking
- Kleur, structuur en afwerking van de witte markeringstegels
- Kleur, structuur en afwerking van de zwarte markeringstegels

De waarde van de score zal worden bepaald door de afzonderlijke bevindingen van de beoordelaars met elkaar te vergelijken en deze zullen dan gezamenlijk tot een gezamenlijk gedragen eindoordeel per EMVI criterium komen.

De waarde van de scores zal worden bepaald door de waarden uit onderstaande tabel.

	Beoordelingsonderdeel			
	Tegels kleur grijs		Tegels kleur rood	Banden
	Met afstandshouder	Met splintervrijekop		
10 punten	-EUR 320.000,--	-EUR 320.000,--	-EUR 160.000,--	-EUR 200.000,--
9 punten	-EUR 240.000,--	-EUR 240.000,--	-EUR 120.000,--	-EUR 150.000,--
8 punten	-EUR 160.000,--	-EUR 160.000,--	-EUR 80.000,--	-EUR 100.000,--
7 punten	-EUR 80.000,--	-EUR 80.000,--	-EUR 40.000,--	-EUR 50.000,--
6 punten	0	0	0	0
5 punten	+EUR 120.000,--	+EUR 120.000,--	+EUR 60.000,--	+EUR 75.000,--
4 punten	+EUR 240.000,--	+EUR 240.000,--	+EUR 120.000,--	+EUR 150.000,--
3 punten	+EUR 360.000,--	+EUR 360.000,--	+EUR 180.000,--	+EUR 225.000,--
2 punten	+EUR 480.000,--	+EUR 480.000,--	+EUR 240.000,--	+EUR 300.000,--

	<b>Beoordelingsonderdeel</b>		
	<b>Leather Finish</b>	<b>Markerings- tegel Wit</b>	<b>Markerings- tegel Zwart</b>
10 punten	-EUR 120.000,--	-EUR 120.000,--	-EUR 20.000,--
9 punten	-EUR 80.000,--	-EUR 80.000,--	-EUR 15.000,--
8 punten	-EUR 60.000,--	-EUR 60.000,--	-EUR 10.000,--
7 punten	-EUR 30.000,--	-EUR 30.000,--	-EUR 5.000,--
6 punten	0	0	0
5 punten	+EUR 45.000,--	+EUR 45.000,--	+EUR 7.500,--
4 punten	+EUR 90.000,--	+EUR 90.000,--	+EUR 15.000,--
3 punten	+EUR120.000,--	+EUR120.000,--	+EUR 22.500,--
2 punten	+EUR180.000,--	+EUR180.000,--	+EUR 30.000,--

De totale waarde is de som van de waardes van de verschillende beoordelingsonderdelen.'

#### 1.4.4. '4.1.7 Herkomst Graniet

Het voor oog hebbende graniet is een wit graniet met een commerciële benaming van [productnaam A van Onderneming X].

Het graniet dient te zijn gewonnen en bewerkt binnen Europa.'

#### 1.4.5. '4.2.7.1 Graniet - grijs

Het voor oog hebbende graniet is een grijs graniet met een commerciële benaming van [productnaam B van Onderneming X].

Het graniet dient te zijn gewonnen en bewerkt binnen Europa.'

#### 1.4.6. '4.2.7.1 Graniet - rood

Het voor oog hebbende graniet is een grijs graniet met een commerciële benaming van [productnaam C van Onderneming X].

Het graniet dient te zijn bewerkt binnen Europa.'

#### 1.4.7. '4.3.6 Herkomst graniet

Het voor oog hebbende graniet is een grijs graniet met een commerciële benaming van [productnaam B van Onderneming X].

Het graniet dient te zijn gewonnen en bewerkt binnen Europa.'

1.5. In de tweede Nota van Inlichtingen van 23 maart 2016 is de termijn voor de ontvangst van de inschrijvingen van 29 maart 2016 verplaatst naar 2 mei 2016.

1.6. In de derde Nota van Inlichtingen van 29 maart 2016 is de formule van paragraaf 0.7.1 [*bedoeld zal zijn 0.7.2, Commissie*] van het bestek (zie 1.4.2 hiervoor) gewijzigd in:

"Fictieve Inschrijvingsom (EMVI)=Inschrijvingsom + behaalde fictieve waarde"

1.7. In de derde Nota van Inlichtingen zijn verder de volgende vragen en antwoorden opgenomen:

#### 1.7.1. '2.9 Algemeen

Materialen die worden voorgeschreven komen van [Y] (groeve eigenaar).

[Onderneming X] is het productiebedrijf van [Y].

[Onderneming X] schrijft zelf in en zij geven geen prijzen en/of monsters af betreffende deze aanbesteding aan andere inschrijvers.

Daar de gevraagde materialen/groevens in eigendom zijn van [Y] hebben de andere inschrijvers dan wel een eerlijke kans?’

Antwoord:

*Aan te bieden Granietproducten dienen te voldoen aan de specificaties zoals opgenomen in paragraaf 4.1 tot en met paragraaf 4.3 van het Programma van Eisen. Tevens dienen de Granietproducten voor wat betreft kleur, structuur en afwerking vergelijkbaar te zijn met de verstrekte referentiemonsters.*

*Eventuele in het Programma van Eisen genoemde merken en commerciële benamingen zijn louter bedoeld als indicatie van het gewenste product. Opdrachtgever benadrukt dat het verder geen voorkeur heeft voor een bepaald merk of een bepaalde herkomst.’*

#### 1.7.2. '2.10 Pagina 6-7, 0.4

Wij zijn er mee bekend dat een marktpartij die tevens een inschrijving wenst in te dienen, betrokken is geweest bij de voorbereidingen van de onderhavige aanbestedingsprocedure. Deze marktpartij is al sinds begin 2013 betrokken bij de aanbestedingsprocedure, onder meer in verband met het organiseren van de bemonstering voor het Materiaalbureau. Daarnaast is van belang dat deze marktpartij een 100% dochtermaatschappij is van de voorgeschreven groeve eigenaar die 100% van de groeven in bezit heeft waaruit de inschrijvers de voorgeschreven materialen moeten leveren voor. Met de langere voorbereidingstijd die cruciaal is voor het tijdig kunnen opstellen en indienen van een passende en realistische inschrijving en het feit dat deze marktpartij de voorgeschreven producten onder gunstigere voorwaarden kan verkrijgen dan de andere inschrijvers, heeft deze marktpartij objectief gezien een voorsprong op het gegund krijgen van de opdracht. Een dergelijke voorsprong is in strijd met het gelijkheidsbeginsel. Wij verzoeken u dan ook deze marktpartij dan wel een bedrijf dat namens hem aanbiedt uit te sluiten van verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure. Zowel deze groeve eigenaar als betrokken marktpartij weigert medewerking te verstrekken aan levering natuursteen aan derden voor bemonstering van materialen tbv dit bestek dan wel een offerte uit te brengen voor het gehele bestek. Gezien de beoordelingwijze met bijbehorende puntentelling op conformiteit van de aan te leveren monsters aan referentie monsters is er geen/ dan wel geen eerlijke concurrentie mogelijk. Indien u niet tot uitsluiting van deze partij overgaat, dan verzoeken wij u te motiveren waarom u niet overgaat tot uitsluiting van deze marktpartij.

Antwoord:

*Allereerst verwijst de opdrachtgever naar het antwoord bij vraag 2.9. Opdrachtgever benadrukt dat het geen voorkeur heeft voor een bepaald merk of een bepaalde herkomst. Het beoogde graniet is een granietsoort dat qua structuur en kleurstelling door verschillende partijen geleverd kan worden.*

*Verder heeft de opdrachtgever al begin 2015 via de media gecommuniceerd over het voor oog hebbende graniet qua kleur, structuur en kleurstelling. Ten slotte merkt de opdrachtgever op dat het de sluitingsdatum van de inschrijvingstermijn heeft verplaatst naar 2 mei 2016 om 14:00 uur.’*

#### 1.7.3. '2.12 Pagina 11, 0.6.1

Wij stellen voor dat inschrijvers de bemonstering qua formaat en aantallen op dezelfde wijze mogen verstrekken als de referentiemonsters die getoond zijn door opdrachtgever. De vergoeding van € 2.500,- staat immers in geen verhouding tot de te maken kosten van de te leveren monsters conform het bestek, hetgeen overigens geldt naast de problematiek om een en ander in een kort tijdbestek te organiseren. Daarnaast staat in het bestek dat vergoeding alleen verstrekt wordt voor een geldig monster. Wat is definitie van geldig? Conform paragraaf 0.3.1 wordt alleen een monster getoond van [productnaam A van Onderneming

X] dat uitgesloten wordt. Voor grijs wordt dit in deze paraaf wel genoemd echter is hiervan geen referentiemonster beschikbaar evenals van de andere genoemde materialen. Wat als de monsters voldoen op 1 na?

Ontvangen inschrijvers dan een vergoeding naar rato ? Verzoek mogelijkheid indien 2 monsters of minder niet voldoen tot herkansing van indiening monsters.

Antwoord:

*In artikel 0.4.3 wordt de tekst "Voor de kosten van fabricage, transport en beschikbaar stellen van het inschrijvingsmonster komt de Inschrijver met een geldig inschrijvingsmonster, behoudens de gegunde Inschrijver" gewijzigd in de tekst "Voor de kosten van fabricage, transport en beschikbaar stellen van het inschrijvingsmonster komt elke Inschrijver, behoudens de gegunde Inschrijver".*

*De volgende tekst in artikel 0.7.1 komt te vervallen: "Wanneer het inschrijvingsmonster in kleur en structuur sterk afwijkt van het referentiemonster, heeft dit uitsluiting voor verdere deelname aan deze aanbestedingsprocedure tot gevolg."*

#### 1.7.4. '2.13 Pagina 11, 0.6.1

Inschrijvingen dienen uiterlijk op 29 maart 2016 te worden ingediend. Voor het zoeken van passend materiaal dat voldoet aan alle eisen en wensen van de aanbestedende dienst, voor het zagen en bewerken van monsters, het controleren met contramonsters, het eventueel opnieuw laten maken en opnieuw controleren, het transporteren en dergelijke, is de door de aanbestedende dienst verstrekte voorbereidingstijd (van 9 februari tot 29 maart 2016) veel te kort. Daarnaast is tijd tussen antwoorden van nota van inlichtingen en inschrijving tekort daar we veel vragen hebben aangaande dit bestek welke na beantwoording verwerkt moeten worden en tevens omtrent de in te leveren referentiemonsters en het aankomend paasverlof is een complete inschrijving 29 maart niet mogelijk. Om een passende en realistische inschrijving te kunnen opstellen en de bemonstering (tijdig) te organiseren, hebben wij een langere voorbereidingstijd nodig. Bovendien geldt dat de marktpartij die de bemonstering heeft georganiseerd voor het Materiaalbureau, objectief gezien een langere voorbereidingstijd heeft die cruciaal is voor het tijdig kunnen opstellen en indienen van een passende en realistische inschrijving. Deze partij evenals groeve eigenaar (moedermaatschappij van marktpartij) weigert tevens bemonstering aan ons uit te leveren evenals ruwe blokken tbv van het maken van monsters cfm bestek. Teneinde concurrentie mogelijk te maken dan wel voor alle inschrijvers de situatie te creëren dat tijdig een passende en realistische inschrijving kan worden ingediend en teneinde recht te doen aan het gelijkheidsbeginsel, verzoeken wij u dringend de inschrijftermijn te verlengen met twee kalendermaanden. Indien u daarmee niet akkoord gaat, dan verzoeken wij u te motiveren waarom u niet overgaat tot verlenging van de inschrijftermijn. Ongeacht uw antwoord op deze vraag verzoeken wij u de vraag (separaat) per omgaande te beantwoorden. De keuzes die wij maken ten behoeve van het opstellen van een inschrijving hangen namelijk af van de beschikbare tijd voor het indienen van de inschrijving.

Antwoord:

*De opdrachtgever heeft, middels een rectificatie op Tenderned, de termijn voor de ontvangst van de inschrijving verruimd. De opdrachtgever heeft de sluitingsdatum van de inschrijvingstermijn verplaatst naar 2 mei 2016 om 14:00 uur. Verder verwijst de opdrachtgever naar het antwoord op vraag 2.9'*

#### 1.7.5. '2.14 Gunningscriterium 0.7.2

Het subcriterium "kleur, structuur en afwerking" is onrechtmatig. U wenst te beoordelen in welke mate het inschrijvingsmonster voldoet aan het referentiemonster hetgeen een absoluut ontoelaatbaar gunningscriterium is aangezien u hiermee de producent van de referentiemonsters bevoordeelt ten opzichte van de andere kandidaat inschrijvers. Hiervoor verwijzen wij u ook naar de volgende

rechtspraak. ECLI:NL:RBDHA:2014:16374, r.o. 3.2: "(...) In de wetenschap dat de bestaande inwerpzuil afkomstig is van een van de (potentiele) inschrijvers, heeft [Beklaagde] in deze aanbesteding de 'mate van gelijkheid aan bestaande inwerpzuil' als gunningscriterium gehanteerd. [Beklaagde] heeft in de eerste Nota van Inlichtingen weliswaar geformuleerd dat dit geen eis is maar een wens, maar vaststaat dat dit een gunningscriterium is waaraan door [Beklaagde] punten worden toegekend bij de beoordeling. (...) Dit leidt er onmiskenbaar toe dat BWaste in het voordeel is ten opzichte van de andere deelnemers. Immers, indien BWaste inschrijft met haar model / de bestaande inwerpzuil staat op voorhand vast dat zij daarmee dit gunningscriterium het maximale aantal punten zal/kan behalen, terwijl dit bij de overige inschrijvers niet het geval is. (...). Dit is in strijd met artikel 1.8 Aw. Hetgeen [Beklaagde] heeft aangevoerd om het hanteren van deze eis te rechtvaardigen, kan dit niet anders maken. 3.3: (...)

Verder is de wens van [Beklaagde] om vanuit esthetisch oogpunt zoveel mogelijk gelijkende inwerpzulen op straat te hebben gerechtvaardigd, maar dat kan er niet toe leiden dat een onrechtmatig gunningscriterium als het onderhavige wordt gehanteerd. Er kunnen ook niet discriminatoire eisen worden gesteld om zoveel mogelijk het gewenste resultaat te bereiken."

CvA nr. 140, 8.2.2: "Tussen partijen staat niet ter discussie dat de bestaande inwerpzulen afkomstig zijn van één van de inschrijvers, te weten X. Naar het oordeel van de Commissie betekent het voorgaande dat X. met het door beklagde gehanteerde gunningscriterium "mate van gelijkheid aan bestaande inwerpzuil" onmiskenbaar in het voordeel is ten opzichte van andere inschrijvers, waaronder klager. (...) Beklaagde heeft dan ook in strijd gehandeld met art. 1.8 Aw. (...)."  
En: ECLI:NL:RBSGR:2006:BA4470, 4.4: "(...) De opdracht was de vier als voorbeeld verstrekte folders zoveel mogelijk te evenaren. Indien één van die folders vervolgens van één van de inschrijvers afkomstig is, dan is die inschrijver onmiskenbaar in het voordeel ten opzichte van de andere inschrijvers. Pondres heeft inderdaad de maximale score behaald voor het namaken van de eigen folder. (...) Ook al zou de Staat niet opzettelijk hebben gehandeld, de behandeling van inschrijvers blijft ongelijk. Ongelijke behandeling van de inschrijvers is in strijd met het beginsel van gelijke behandeling van inschrijvers. De Staat heeft daarom onrechtmatig gehandeld jegens Cendris en Primapost." Wij verzoeken u subcriterium : kleur, structuur en afwerking" waarbij de mate van gelijkheid met de referentiemonsters bepalend is, te schrappen uit de aanbestedingsdocumenten.

Antwoord:

*De opdrachtgever zal het subcriterium: "kleur, structuur en afwerking" niet schrappen uit het aanbestedingsdocument. De vergelijking met de in de vraag aangehaalde arresten gaat in de ogen van opdrachtgever niet op, daar het niet over een gelijksoortig product gaat. Het voorwerp van de aanbesteding betreft een natuurproduct. Het beoordelingskader daarvan kan als zodanig in kwalitatieve zin niet nader worden omschreven. Derhalve is gekozen voor een referentiemonster.*

*Verder verwijst opdrachtgever naar het antwoord op vraag 2.9. De inschrijver mag ten allen tijde een product aanbieden welke qua technische specificatie, kleur en structuur gelijkwaardig is aan het getoonde referentiemonster.'*

1.7.6. **'2.15 voldoen ischrijvingsmonsters 0.7.1**

De referentiemonsters zijn ook afkomstig van [Onderneming X]. U handelt in strijd met het gelijkheidsbeginsel door referentiemonsters van [Onderneming X] te gebruiken en op basis van § 0.7.1 een conformiteitsbeoordeling uit te voeren waarin een inschrijvingsmonster wordt uitgesloten dat in kleur en structuur sterk afwijkt van het referentiemonster, hetgeen ook een subjectief oordeel is.

Zowel het centraal stellen van het [Onderneming X]-monster als de subjectieve beoordeling terwijl sprake is van een knock-out-criterium (minimum conformiteitseis) is in strijd met het gelijkheids- en transparantiebeginsel. Wij verzoeken

u (i) de conformiteitstoets op kleur en structuur te volledig schrappen uit de aanbestedingsdocumenten en (ii) de referentiemonsters van [Onderneming X] niet langer als uitgangspunt te nemen.

Antwoord:

*De opdrachtgever zal het subcriterium: "kleur, structuur en afwerking" niet schrappen uit het aanbestedingsdocument. Hiervoor verwijst de opdrachtgever naar het antwoord op vraag 2.14. Voor wat betreft het schrappen van de conformiteitstoets verwijst de opdrachtgever naar het antwoord op vraag 2.12.'*

**1.7.7. '2.16 Pagina 11-13, 0.7.1 en 0.7.8**

In paragraaf 0.7.1 staat: "Wanneer het inschrijvingsmonster in kleur en structuur sterk afwijkt van het referentiemonster heeft dit uitsluiting voor verdere deelname aan deze aanbestedingsprocedure tot gevolg." Dit criterium is erg ruim geformuleerd en daardoor niet beoordeelbaar, onder andere omdat 'sterk' niet is gedefinieerd.. Daarnaast bevat het projectteam geen natuursteendeskundige en is kans groot dat er gevoelsmatig op kleur wordt gekeurd, zonder dat daarbij rekening wordt gehouden met kleurkwaliteit en eigenschappen welke inherent zijn aan natuursteen. Bovendien worden kleur- en structuurafwijkingen volgens subgunningscriterium 2 (zie paragraaf 0.7.8) beoordeeld met punten. Dit subgunningscriterium en voornoemde minimumeis zijn dus in strijd met elkaar, hetgeen leidt tot een onrechtmatige beoordelingsmethodiek. Wij verzoeken u op grond van het voorgaande de minimumeis te laten vervallen en de monsters uitsluitend op het subgunningscriterium te beoordelen met punten. Indien u met dit voorstel niet akkoord gaat, dan verzoeken wij u te motiveren waarom niet.

Antwoord:

*Voor het antwoord verwijst de opdrachtgever naar het antwoord op vraag 2.12.'*

**1.7.8. '2.20 Pagina 13-14, 0.7.8, criterium 2**

Wij maken bezwaar tegen het beoordelingsonderdeel zoals vermeld in de twee tabellen op pagina 14. De puntentelling met de bijbehorende aftrek/bijtelling is zodanig omvangrijk dat dit de waarde van de aanneemsom van dat onderdeel kan overtreffen. De aftrek van tegel kleur rood kan bijvoorbeeld € 160.000 zijn en de bijtelling € 240.000. Stel dat de tegel leverantie € 50.000 is, dan staat dit niet in verhouding tot levering en wordt het bovendien voor een inschrijver met een afwijkend product onmogelijk een kans te maken. Zie ook bijvoorbeeld foto in bijlage waarbij nauwelijks/geen verschil waarneembaar is tussen monster met volledige 10 punten en 7 punten en beoordeling met meer of minder punten een kansspel wordt met daarbij wel een veel negatievere aftrek van € 240.000,-.. Het verschil tussen het volledig behaalde punten aantal totaal en het minimale aantal punten bedraagt nu ruim € 2.950.000 mln wat geen zins tot verhouding staat van totale inschrijving. Indien groeve eigenaar met daarbij behorende marktpartij niet uitgesloten dan wel wijze van beoordeling met bijbehorende puntentelling en aftrek bedragen niet aangepast wordt heeft eerlijke concurrentie met voorgestelde puntentelling geen enkele kans. Daar de beoordeling niet objectief is geeft bijvoorbeeld 1 punt verschil een te grote aftrek / bijtelling naar verhouding.

Wij stellen voor om de aftrek- en optelwaarden per punt kleiner te maken als ook de onderlinge verschillen in aftrek en optelwaarden bij 1 punt verschil zodat deze in verhouding staan tot de waarde van het betreffende onderdeel Daarmee wordt tevens de kans geboden om meer producten te bieden (lees meer concurrentie mogelijk) die er kort bij zijn qua kleur en structuur. Indien u niet met dit verzoek akkoord gaat, verzoeken wij u toe te lichten waarom niet.

Antwoord:

*De opdrachtgever zal zijn puntenwaardering met de daarbij aangegeven bedragen niet aanpassen. De totaal te verkrijgen waarde is gebaseerd op een percentage van de totaal geraamde opdrachtwaarde. De totale waarde is daarna onder-*

*verdeeld in de mate van belangrijkheid van de diverse beoordelingsonderdelen. De opdrachtgever merkt op dat het de raamovereenkomst niet op onderdelen gunt, maar op het totaal.'*

1.7.9. '2.22 **Pagina 40, 4.1.7**

Ten aanzien de herkomst van materialen staat bij een aantal materialen de eis vermeld dat deze binnen Europa gewonnen en bewerkt dienen te zijn. Zoals in onze andere vraag uiteengezet mag de aanbestedende dienst echter niet toeschrijven naar een bepaalde leverancier. Omdat deze eis in strijd is met het aanbestedingsrecht en teneinde deze opdracht voor meer partijen en groeven toegankelijk te maken en de marktwerking te bevorderen, verzoeken wij u deze eis te schrappen. Indien u de eis niet schrapt dan verzoeken wij u te motiveren waarom niet.

Antwoord:

*De opdrachtgever zal de eis niet schrappen.*

*Door de opdrachtgever is bewust gekozen om bepaalde materialen vanuit Europa te betrekken. Hier heeft de opdrachtgever onder meer om politieke redenen voor gekozen. Zie ook het antwoord op vraag 2.9.'*

1.7.10. '2.23 **Pagina 40-44, 4.1.7 en 4.2.7 t/m 4.2.7.3**

In het Bestek wordt op meerdere plaatsen een leverancier van de te leveren producten voorgeschreven. Toeschrijven naar een leverancier, herkomst van een product, merk, product, type(nummer) e.d. is niet toegestaan op grond van het aanbestedingsrecht. Zie onder andere artikel 2.4.9 ARW 2012. Een dergelijke verwijzing is wel toegestaan indien een voldoende nauwkeurige en begrijpelijke omschrijving van het voorwerp van de opdracht niet mogelijk is zonder een leverancier, herkomst, merk e.d. te noemen en indien daarbij vermeld wordt dat een gelijkwaardig product eveneens wordt geaccepteerd. Zie daarvoor artikel 2.4.10 ARW 2012. Het bestek biedt nu geen/te weinig ruimte om met een gelijkwaardig product in te dienen i.v.m. de puntentelling van de beoordelingsmethodiek daar gelijkwaardig altijd nagenoeg altijd tot een minimale afwijking zal lijden en daardoor nooit de hoogste score en daarmee gunstige aftrek zal realiseren (zie tevens onze vraag 8). Op grond van het voorgaande verzoeken wij u het Bestek in overeenstemming te brengen met deze voorschriften en bij de genoemde leveranciers in ieder geval de zinsnede "of gelijkwaardig" toe te voegen. Indien u geen gehoor aan dit verzoek geeft, dan verzoeken wij u toe te lichten waarom niet.

Antwoord:

*Voor het antwoord verwijst de opdrachtgever naar het antwoord op vraag 2.9.'*

1.7.11. '2.24 **H4 programma van eisen**

Vraag / verzoek

In het PvE maakt u duidelijk dat het voor het oog hebben graniet [productnamen A, B en C van Onderneming X, productnamen D en E of F] is. De herkomst van het beoogde graniet is (m.u.v. [productnamen E of F en D]) een groeve die in eigendom is van [Onderneming X], die overigens ook al graniet levert aan [Beklaagde] ([project Z]). U handelt in strijd met § 2.4 ARW 2012 en artikel 2.75-2.76 Aw door merknamen / commerciële benamingen te benoemen in het Programma van Eisen. Genoemde bepalingen vergen van een aanbestedende dienst dat de technische specificaties inschrijvers gelijke toegang bieden en niet tot ongerechtvaardigde belemmeringen leiden in de openstelling van overheidsopdrachten voor mededinging. Merknamen mogen daarbij niet worden genoemd als dat niet nodig is. U mag vanwege het gelijkheidsbeginsel ook geen voorkeur hebben. U noemt wel merknamen terwijl dat niet nodig is. De ongerechtvaardigde belemmering en strijd met het gelijkheidsbeginsel is daardoor nu wel aan de or-

de, te meer omdat [Onderneming X] ook zelf (potentieel) zal deelnemen aan de aanbestedingsprocedure en de beste kansen heeft goed te scoren op het subcriterium prijs en het subcriterium kleur, structuur en afwerking, waarin de mate van gelijkheid aan de producten van [Onderneming X] (!) bepalend is.

Wij verzoeken u het voor het oog hebbende graniet van [Onderneming X] volledig los te laten en te schrappen uit de aanbestedingsdocumentatie en enkel gebruik te maken van functioneel specificeren op de wijze als voortvloeit uit genoemde bepalingen uit het ARW 2012 en de wet, zodat alle partijen een gelijke kans maken.

Wij verwijzen hiervoor ook naar de volgende rechtspraak: ECLI:NL:RBZWB:2015:2951 r.o. 4.6.4:

"De voorzieningenrechter is van oordeel dat de percelen 1, 2 en 3 zijn toegeschreven op de daarin genoemde uitgevers. Vooralsnog is voldoende aannemelijk dat een uitgever zijn boeken en digitale licenties goedkoper kan leveren dan andere inschrijvers omdat hij die leermiddelen zonder tussenkomst van een distributeur rechtstreeks aan de scholen kan leveren. De rechthebbende uitgever moet bij uitstek in staat worden geacht om ten aanzien van de eigen titels het hoogste kortingspercentage te bieden. (...) De conclusie luidt dat het toeschrijven (...) in strijd is met het gelijkheidsbeginsel als bedoeld in art. 1.8 Aw 2012. Dit is jegens kandidaat-inschrijver als Van Dijk onrechtmatig."

Zie ook ECLI:N:"RBSGR:2007:BA0340, r.o. 3.4: "(...) Het vereiste dat de apparatuur aantoonbaar vanuit Qinsy moet kunnen worden aangestuurd leidt onmiskenbaar tot schending van het gelijkheidsbeginsel, aangezien elke inschrijver daardoor de producent van Qinsy moet inschakelen, terwijl deze producent tevens één van de mededingers is. (...)."

Uit deze uitspraken blijkt onmiskenbaar dat het toeschrijven naar één partij ontoelaatbaar is en onrechtmatig jegens andere kandidaat inschrijvers. Gelieve Programma van Eisen in lijn brengen met geldende regelgeving en de commerciële benamingen verwijderen.

Antwoord:

*Voor het antwoord verwijst de opdrachtgever naar het antwoord op vraag 2.9.'*

- 1.8. Op 5 april 2016 heeft klager een klacht ingediend bij beklagde.
- 1.9. In de vierde Nota van Inlichtingen van 5 april 2016 zijn onder meer de volgende vragen en antwoorden opgenomen:
  - 1.9.1. '2.1 **Reactie op vraag 1.2 van 3<sup>e</sup> Nota van Inlichtingen**

Tijd voor nota te verwerken dan wel hierop te reageren is erg kort gesteld slechts 2 dagen om een en ander te bekijken & te onderzoeken. Verzoek datum deadline uit te stellen tot en met 8 april .

Tevens wensen we de mogelijkheid op de 4e nota van inlichtingen nog vragen te stellen.

Antwoord:

*De opdrachtgever zal vasthouden aan de aangegeven data voor het indienen van vragen en de beantwoording hiervan zoals is gepubliceerd in de 3e nota van inlichtingen. Na het publiceren van de 4e nota van inlichtingen zijn er geen mogelijkheden tot het verder stellen van vragen.'*

- 1.9.2. '2.2 **Reactie op vraag 2.3 van 3<sup>e</sup> Nota van Inlichtingen**

Artikel 1.9 geeft aan varianten worden niet geaccepteerd. Echter daar wij niet over het originele materiaal van referentiemonsters kunnen beschikken i.v.m. geen medewerking groeve eigenaar en met ons ook derden leveranciers hier niet over kunnen beschikken trachten wij het referentiemonsters zo goed mogelijk te benaderen en hebben hiervoor meerdere keuzes. Ons is niet duidelijk bij welke

afwijking meer of minder punten gegeven worden vandaar de wens minimaal 2 opties voor een aantal materialen aan te bieden. Wij verzoeken u dit te accepteren om enige concurrentie mogelijk te maken t.o.v. de groeve eigenaar /fabrikant van de referentie monsters. Graag vernemen wij van u hoe dit via Tenderned ingediend kan worden.

Antwoord:

*Zoals al aangegeven in het antwoord op vraag 2.3 van de 3<sup>e</sup> Nota van Inlichtingen is het maar mogelijk om één inschrijving te doen met één inschrijvingsmonster per beoordelingsonderdeel en één prijs. De opdrachtgever gaat ervan uit dat inschrijver een inschrijvingsmonster indient dat zo veel als mogelijk gelijkenis vertoont met het beschikbaar gestelde referentiemonster. De beoordeling van het inschrijvingsmonster vindt plaats zoals weergegeven in het bestek (zie paragraaf 0.7.8) en aangepast zoals opgenomen bij het antwoord op vraag 2.5 in deze Nota van Inlichtingen.'*

1.9.3. **'2.4 Reactie op vraag 2.13 van 3<sup>e</sup> Nota van Inlichtingen**

Verzoek inschrijving sluitingsdatum te verzetten naar 31-5 zodat nota van inlichtingen in aanbidding verwerkt kan worden en er gelegenheid is op basis van herziende eisen bemonstering aan te passen. In het kader van gelijkheidsbeginsel is termijn reeds minimaal voor overige inschrijvers anders dan verstrekker referentiemonsters, hierin meegenomen dat het origineel exemplaar /groeve niet voor derde te verkrijgen is. Een zo goed mogelijk gelijkend materiaal zoeken is een behoorlijke speurtocht welke veel tijd kost met daarbij tevens nog de tijd benodigd voor het maken van monsters & transporteren.

Antwoord:

*Gezien de eisen aan het inschrijvingsmonster niet zijn gewijzigd en opdrachtgever in de Nota van Inlichtingen 3 geen wezenlijke wijzigingen heeft doorgevoerd op de specificatie van de gevraagde Granietproducten, is er geen aanleiding voor de opdrachtgever tot het verzetten van de sluitingsdatum van de inschrijvingstermijn. Die blijft derhalve 2 mei 2016 om 14:00 uur.'*

1.9.4. **'2.5 Reactie op vraag 2.14 van 3<sup>e</sup> Nota van Inlichtingen**

Wij verzoeken opdrachtgever zeker met in ogenschouw van de nota van inlichtingen dat meerdere inschrijvers aangeven benadeeld te zijn /worden t.o.v. de aanbieder welke referentiemonsters heeft aangeleverd gehele bestek hierop na te zien en in heroverweging te nemen om latere procedures/vertraging te voorkomen tegen gunning. Ons en ook de overige aanbieders zijn van inziens dat genoemde jurisprudentie cases wel degelijk betrekking op deze aanbesteding hebben. Opdrachtgever geeft aan met diverse antwoorden dat inschrijver ten allen tijde een product mag aanbieden welke qua technische specificatie, kleur en structuur gelijkwaardig is aan het getoonde referentiemonster. De link met het getoonde referentie monster is het grootste struikelblok. Elke optie welke door andere inschrijvers wordt aangeboden zal altijd in geringe mate afwijken van het referentie monster en hierdoor minder punten ontvangen in de beoordeling. Gezien het minste verschil bij een beoordeling van gemiddeld 1 punt per onderdeel minder reeds een nadeel oplevert van € 335.000 in totaal is inschrijver van referentie monsters een groot aantal stappen voor t.o.v. overige inschrijvers en is enige kans op het winnen van overige inschrijvers min of meer kansloos. Wij verzoeken u hierbij het bestek van de [project Z] als naslagwerk te nemen waarin de verstrekker van het originele exemplaar de scepter heeft gezwaaid zowel in de MVI beoordeling als inschrijfprijs als Co2 print en overig inschrijvers kansloos waren. Van kans op marktwerking dan wel enige eerlijke concurrentie is/was dan ook geen sprake met deze beoordelingsmethodiek. Wij nemen aan dat opdrachtgever een vrije marktwerking met eerlijke concurrentie nastreeft in deze aanbesteding. Naar reacties van de overige inschrijvers zijn er op meerdere punten be-

perkingen die dit mogelijk maken en gaan er dan ook van uit dat opdrachtgever iets doet met de op en aanmerkingen van de inschrijvers.

Het verschil tussen het meest gelijkende op referentiemonsters en minst gelijkende levert zoals gesteld een nadeel op bij inschrijving op van € 2.950.000 dat geenszins in verhouding staat t.o.v. de inschrijfsom.

In antwoord op vraag 2.2 geeft opdrachtgever aan dat de bij de puntenwaardering te verkrijgen waarde is gebaseerd op een percentage van de totaal geraamde opdrachtwaarde. Onze vraag is hierbij wat is het percentage waarmee opdrachtgever gecalculeerd heeft. Tevens de vraag wat opdrachtgever aan maatregelen neemt mocht gecalculeerde waarde veel hoger zijn dan laagste inschrijfprijs.

Conclusie: wij verzoeken opdrachtgever indien deze enige concurrentie wenst vergelijk met referentiemonsters qua kleur, structuur en afwerking te schrappen, dan wel beoordeling los te laten van referentiemonsters.

Mocht opdrachtgever toch vasthouden aan referentiemonsters verzoeken wij de puntenwaardering weging dusdanig aan te passen tot een maximum verschil van volledige punten tot laagste waardering punten met een maximaal nadeel op inschrijfsom van € 300.000 i.p.v. hetgeen nu gesteld € 2.950.000. Door deze wijziging kan opdrachtgever overige inschrijvers deels tegemoet komen en bestek voor meerdere partijen toegankelijk maken.

Antwoord:

*De opdrachtgever heeft de bedragen in de tabel in het bestek in paragraaf 0.7.8 gebaseerd op de directieraming en ziet geen reden om maatregelen te nemen als de gecalculeerde waarde veel hoger is dan de laagste inschrijfprijs. Bij de gekozen gunningssystematiek is een negatieve Fictieve Inschrijvingsom mogelijk. Overigens zullen de tabellen voor de waardebepaling van de verschillende scores per beoordelingsonderdeel als volgt worden gewijzigd:*

	<b>Beoordelingsonderdeel</b>			
	<b>Tegels kleur grijs</b>			
	<b>Met afstands- houder</b>	<b>Met splinter- vrijekop</b>	<b>Tegels kleur rood</b>	<b>Banden</b>
10 punten	€ -224.000,00	€ -224.000,00	€ -108.000,00	€ -134.000,00
9 punten	€ -168.000,00	€ -168.000,00	€ -81.000,00	€ -100.500,00
8 punten	€ -112.000,00	€ -112.000,00	€ -54.000,00	€ -67.000,00
7 punten	€ -56.000,00	€ -56.000,00	€ -27.000,00	€ -33.500,00
6 punten	€ 0,00	€ 0,00	€ 0,00	€ 0,00
5 punten	€ 84.000,00	€ 84.000,00	€ 40.500,00	€ 50.250,00
4 punten	€ 168.000,00	€ 168.000,00	€ 81.000,00	€ 100.500,00
3 punten	€ 252.000,00	€ 252.000,00	€ 121.500,00	€ 150.750,00
2 punten	€ 336.000,00	€ 336.000,00	€ 162.000,00	€ 201.000,00

	<b>Beoordelingsonderdeel</b>		
	<b>Leather Finish</b>	<b>Markerings- tegel Wit</b>	<b>Markerings- tegel Zwart</b>
10 punten	€ -90.000,00	€ -90.000,00	€ -28.000,00
9 punten	€ -67.500,00	€ -67.500,00	€ -21.000,00
8 punten	€ -45.000,00	€ -45.000,00	€ -14.000,00
7 punten	€ -22.500,00	€ -22.500,00	€ -7.000,00
6 punten	€ 0,00	€ 0,00	€ 0,00
5 punten	€ -33.750,00	€ 33.750,00	€ 10.500,00
4 punten	€ -67.500,00	€ 67.500,00	€ 21.000,00
3 punten	€ -101.250,00	€ 101.250,00	€ 31.500,00
2 punten	€ 135.000,00	€ 135.000,00	€ 42.000,00

#### 1.9.5. '2.7 H4 Programma van Eisen NVI<sub>3</sub>

U geeft aan dat u geen voorkeur hebt voor een bepaald merk of bepaalde herkomst van een product. U hebt de knock-out-eis betreffende afwijking voor wat betreft kleur en structuur terecht los gelaten. Dit gaat echter niet ver genoeg. Anderzijds wilt u namelijk de commerciële benamingen niet loslaten en wenst u ook vast te houden aan het subcriterium "kleur, structuur en afwerking". Wij kunnen dit niet rijmen met elkaar. Wij verzoeken u nogmaals met klem de technische specificaties in lijn te brengen met de geldende regelgeving en beginselen, door functioneel te omschrijven en de commerciële benamingen volledig te schrappen.

Antwoord:

*Zoals uit de 3e Nota van Inlichtingen en reeds uit het bestek artikel 0.7.8 "beoordeling in welke mate lijkt op referentiemonster blijkt, heeft de opdrachtgever de commerciële benaming slechts ter indicatie opgenomen en is het expliciet niet bedoeld als een technische specificatie. In dat kader wijzigt de opdrachtgever de onderstaande paragrafen als volgt:*

*Artikel 4.1.7;*

*De tekst "Het voor oog .....[productnaam A van Onderneming X]." dient te worden gewijzigd in "Het voor oog hebbende graniet is een wit graniet conform het getoonde referentiemonster."*

*Artikel 4.2.7.1;*

*De tekst "Het voor oog .....[productnaam B van Onderneming X]." dient te worden gewijzigd in "Het voor oog hebbende graniet is een grijs graniet conform het getoonde referentiemonster."*

*Artikel 4.2.7.1;*

*De tekst "Het voor oog .....[productnaam C van Onderneming X]." dient te worden gewijzigd in "Het voor oog hebbende graniet is een rood graniet conform het getoonde referentiemonster."*

*Artikel 4.2.7.2;*

*De tekst "Het voor oog .....[productnaam E of F]." dient te worden gewijzigd in "Het voor oog hebbende graniet is een wit graniet conform het getoonde referentiemonster."*

*Artikel 4.2.7.3;*

*De tekst "Het voor oog .....[productnaam D]." dient te worden gewijzigd in "Het voor oog hebbende graniet is een zwart graniet conform het getoonde referentiemonster."*

*Artikel 4.3.6;*

*De tekst "Het voor oog .....[productnaam B van Onderneming X]." dient te worden gewijzigd in "Het voor oog hebbende graniet is een grijs graniet conform het getoonde referentiemonster."*

#### 1.9.6. '2.8 H4 Programma van Eisen NVI<sub>3</sub>

Wij verzoeken u de voorwaarden voor wat betreft de herkomst van de producten los te laten. Daar u stelt geen voorkeur te hebben voor een bepaalde herkomst, kunt u ook alle eisen voor wat betreft de herkomst loslaten. Mogen wij aannemen dat u de herkomst-eisen schrapt?

Antwoord:

*Nee, voor het antwoord verwijst de opdrachtgever naar het antwoord op vraag 2.22 van de 3e nota van inlichtingen.'*

#### 1.9.7. '2.9 0.7.2 Gunningscriterium NVI<sub>3</sub>

Het subcriterium "kleur, structuur en afwerking" is onrechtmatig. Wij verwijzen ook naar onze eerdere vraag ten behoeve van de 1<sup>e</sup> nota (door u genoemd in NvI 3). Uw antwoord waarin u aangeeft een dergelijk onrechtmatig subcriterium wel

te mogen stellen in geval van inkoop van een natuurproduct is allerminst overtuigend. Ook in geval van inkoop van natuurproducten gelden de aanbestedingsbeginselen en dienen de gunningscriteria aan deze beginselen te voldoen. Wij verzoeken u nogmaals met klem dit onrechtmatige subcriterium te schrappen.

Antwoord:

*Hiermee gaat de opdrachtgever niet akkoord. Voor een toelichting op het antwoord verwijst de opdrachtgever naar het antwoord op vraag 2.14 van de 3e nota van inlichtingen.'*

1.9.8. '2.10 H4 Programma van Eisen, 0.7.2 Gunningscriterium en NvI 3

Daar waar u nog steeds niet in onze verzoeken mee wenst te gaan die enkel inhouden dat u een aanbestedingsprocedure doorloopt die de toets van de aanbestedingsbeginselen en – regelgeving kan doorstaan, verzoeken wij u ons gemotiveerd toe te lichten hoe volgens u dan sprake kan zijn een level playing field terwijl (i) de door u in de voorbereiding van deze aanbesteding betrokken [Onderneming X] / [Y] wel mag deelnemen, (ii) een (mogelijk) sturende rol heeft gehad en een kennisvoorsprong heeft, (iii) per definitie het hoogst zal scoren op het subcriterium "kleur, structuur en afwerking" dat inhoudt hoogste score = product dat het meest op het product van [Onderneming X] lijkt, terwijl (iv) deze partij weigert monsters of prijzen aan andere gegadigden te verstrekken. Graag zien wij uw schriftelijke motivering in dit verband.

Antwoord:

*- i en ii Geen van de mogelijk inschrijvende partijen is betrokken geweest of heeft een sturende rol in welke zin dan ook gehad bij de voorbereiding en uitvoering van deze aanbesteding.*

*- iii en iv Voor het antwoord verwijst de opdrachtgever naar het antwoord op vraag 2.14 van de 3e nota van inlichtingen.'*

1.10. Na kennisneming van de vierde Nota van Inlichtingen heeft klager haar klacht gehandhaafd (zie 1.4 hiervoor).

1.11. Beklaagde heeft bij brief van 14 april 2016 op de door klager bij haar ingediende klacht gereageerd. Hierin schrijft beklagde onder meer het volgende:

'Van de door u aangedragen (stand)punten is puntsgewijs de volgende opsomming gemaakt:

1. [Onderneming X] heeft een ontoelaatbare voorsprong in de aanbesteding
  - a) Omdat haar steen de voorkeur heeft;
  - b) Omdat zij betrokken was bij de voorbereiding van de aanbesteding;
- (...)

U verzoekt [Beklaagde] passende maatregelen te nemen om het vereiste level playing field te waarborgen en:

A. De aanbesteding anders in te richten. U vindt dat

(i) technische specificaties conform artikel 2.76 Aanbestedingswet opgesteld dienen te worden en commerciële benamingen en herkomsteisen achterwege gelaten dienen te worden;

(ii) minimumeisen en gunningscriteria met inachtneming van alle geldende aanbestedingsbeginselen en regelgeving opgesteld dienen te worden; en

(iii) een beoordelingscommissie samengesteld dient te worden die geen voorkeur heeft ontwikkeld voor een bepaald product of "voor het oog hebbend graniet".

B. [Onderneming X] uit te sluiten van deze aanbestedingsprocedure vanwege de eerdere betrokkenheid.

Hieronder is punt voor punt een reactie geformuleerd op uw (stand)punten.

1. *[Onderneming X] heeft een ontoelaatbare voorsprong in de aanbesteding*  
a) Het referentiemonster is afkomstig van [Onderneming X]. In de voorbereidingsfase van de aanbesteding is door een kwaliteitsteam, waarin ook de ontwerper en beheerder zaten, aangegeven dat de voorkeur qua kleur en structuur uitging naar een materiaal dat eruit ziet en dezelfde eigenschappen heeft als het getoonde referentiemonster. Uit een marktonderzoek is gebleken dat er andere groeves zijn die een gelijkwaardig materiaal kunnen leveren. Op basis van dit marktonderzoek is [Beklaagde] van mening dat ook producten van andere leveranciers/groeves dan het referentiemonster een maximale score kunnen behalen op criterium 2: Kleur, Structuur en afwerking. Van deze producten van andere leveranciers/groeves zijn monsters in het bezit van [Beklaagde]. Zoals reeds in het bestek is aangegeven gaat het om de mate waarin de steen gelijk is op het referentiemonster. Dit kunnen dus ook stenen uit andere groeves zijn. Deze referentiemonsters worden toegevoegd aan de andere referentiemonsters en worden bij de beoordeling meegenomen. In alle Nota's van Inlichtingen is aangegeven dat wij geen voorkeur hebben voor een bepaalde leverancier en/of groeve en dat het product vanuit meerdere groeves verkrijgbaar is.

Om de blijkbaar bestendige twijfels hierover weg te nemen, stelt [Beklaagde] partijen in de gelegenheid ook de andere monsters, met daarop aangegeven de maximale score die een monster zouden behalen, te komen bezichtigen op het Materiaalbureau. Vanaf heden liggen deze klaar ter bezichtiging. Via Tendered zal dit gelijktijdig ook kenbaar worden gemaakt aan alle gegadigden. In verband met het bezichtigen is de sluitingsdatum van de inschrijftermijn is verschoven naar dinsdag 17 mei om 14:00 uur.

Wij benadrukken dat immer duidelijk is geweest dat er stenen uit verschillende groeves verkrijgbaar zijn die kunnen winnen en dat deze verlenging een extra tegemoetkoming is.

b) [Beklaagde] benadrukt met klem dat [Onderneming X] op geen enkel wijze betrokken is geweest bij de voorbereiding van de aanbesteding zoals u suggereert. Het gekozen referentiemonster heeft in een proefvak van het [Q]plein gelegen en is toevallig van [Onderneming X], niets meer en niets minder. Het monster moet ergens vandaan komen, dus er is altijd een partij die dat geleverd heeft. Dit betekent niet dat deze partij verder bemoeienis heeft met de opzet of inhoud van de aanbestedingsprocedure en/of het beoordelingskader. Zij hebben dus geen enkele relevante voorsprong op andere partijen, temeer daar in de markt al lange tijd bekend is dat deze aanbesteding er aan komt en de termijnen in deze aanbesteding dusdanig zijn dat iedereen voldoende tijd heeft om een goede inschrijving te doen.

## 2. *Voorschrijven commerciële productnamen*

Zoals reeds aangegeven wordt er geen bepaald product voorgeschreven. De passages uit het de artikelen 4.1.7, 4.2.7.1, 4.2.7.1, 4.2.7.2, 4.2.7.3 en 4.3.6 waaruit eventuele verwarring op dit punt ontstond zijn bij de laatste Nota van Inlichtingen aangepast. Daarnaast is het knock-out criterium reeds in de 3<sup>e</sup> Nota van Inlichtingen losgelaten zoals u zelf aangeeft.

(...)

Met betrekking tot uw verzoeken overwegen wij als volgt:

### A. *anders inrichten procedure*

i Dit is reeds het geval, zie ook de reactie onder punt 2.

ii Dit is reeds het geval, zie de antwoorden uit de Nota's van Inlichtingen.

iii Ook dit is reeds het geval, zie ook de reactie onder punt 3. Er is niemand met een voorkeur voor een bepaalde herkomst van het graniet. Daarnaast gaat het tijdens de beoordeling om een grotere hoeveelheid dan de referentiemonsters,

waardoor er ook gekeken zal worden naar het totaal van de regelmatigheid van de kleur en structuur.

*B. [Onderneming X] uit te sluiten van de aanbesteding*

Dit is niet aan de orde. Zoals aangegeven is [Onderneming X] niet betrokken bij het voorbereiden van de aanbesteding, maar is zij slechts de leverancier van een van de referentiemonsters. Nu er geen relevante voorsprong in kennis of tijd is (mede gelet op de verlengde inschrijftermijn) zou uitsluiten van [Onderneming X] onrechtmatig zijn naar [Onderneming X] toe.'

- 1.12. In de vijfde Nota van Inlichtingen van diezelfde datum (14 april 2016) heeft beklagde de termijn voor de ontvangst van de inschrijvingen verlengd tot 17 mei 2016. Verder heeft zij in die Nota van Inlichtingen de volgende mededelingen gedaan:

1.12.1. '1.2 **Artikel 0.3.1**

Zoals reeds in het bestek is aangegeven gaat het om de mate waarin de steen gelijk is op het referentiemonster. Dit kunnen dus ook stenen uit andere groeves zijn. In alle Nota's van Inlichtingen is aangegeven dat wij geen voorkeur hebben voor een bepaalde leverancier en/of groeve en dat het product vanuit meerdere groeves verkrijgbaar is. Bij [Beklaagde] zijn meerdere monsters uit verschillende groeves in het bezit die grote gelijkenis met het referentiemonster vertonen. Deze monsters kunnen derhalve ook maximaal scoren op criterium 2: De Kleur, structuur en afwerking zoals opgenomen in het bestek in paragraaf 0.7.8 en gewijzigd in de 4e Nota van Inlichtingen. Deze monsters zijn toegevoegd aan de referentiemonsters.

Om de blijkbaar bestendige twijfels hierover weg te nemen, stelt [Beklaagde] partijen in de gelegenheid ook de andere monsters, met daarop aangegeven de maximale score die deze monsters zouden behalen, te komen bezichtigen op het Materiaalbureau. Voor de voorwaarden en openingstijden verwijzen we naar artikel 0.3.1 van het bestek.

Vanaf heden liggen deze monsters klaar ter bezichtiging.'

1.12.2. '1.3 **Artikel 0.7.4**

In aanvulling op de reeds beschreven objectieve beoordelingswijze zal een (kandidaat) notaris van [notariskantoor G] het labelen van de monsters en het beoordelen bijwonen en vastleggen. Dit om elke twijfel weg te nemen.'

- 1.13. Op 20 april 2016 heeft klager via TenderNed opnieuw een aantal vragen aan beklagde gesteld in de verwachting dat beklagde deze zou beantwoorden in een 6<sup>e</sup> Nota van Inlichtingen. Het gaat om de volgende vragen:

1.13.1. '1.2 NvI 5

Wij hebben van u begrepen dat uit uw marktonderzoek is gebleken dat er andere groeves zijn dan de groeves van [Onderneming X] die een gelijkwaardig materiaal kunnen leveren en dat met deze producten ook een maximale score op het subcriterium kleur, structuur en afwerking kan worden gescoord. U hebt ook gesteld dat [beklaagde] van deze gelijkwaardige producten van andere leveranciers / groeves referentiemonsters in bezit heeft en dat deze monsters aan de referentiemonsters worden toegevoegd. Bij de bezichtiging van de toegevoegde referentiemonsters is ons gebleken - daar waar het gaat om de [Onderneming X]-producten - dat er enkel voor het product [productnaam B van Onderneming X] een alternatief referentiemonster is toegevoegd waarmee maximaal kan worden gescoord. Voor de producten [productnamen A en C van Onderneming X] hebt u

geen enkel alternatief gelijkwaardig referentiemonster toegevoegd. Wij leiden daaruit af dat deze ook volgens uw eigen marktonderzoek klaarblijkelijk niet bestaan, anders had u in lijn met uw toezegging ook voor deze producten gelijkwaardige alternatieven toegevoegd. Er is aldus nog steeds sprake van een ontoelaatbare voorsprong van [Onderneming X] aangezien er geen alternatieven beschikbaar zijn voor een behoorlijk deel van de uitgevraagde producten en [Onderneming X] geen (concurrerende) offertes wenst af te geven aan andere deelnemers. Kunt u bevestigen dat u van de producten [productnamen A en C van Onderneming X] geen gelijkwaardige alternatieve referentiemonsters hebt toegevoegd en dat deze aldus ook volgens uw eigen marktonderzoek niet beschikbaar zijn?’

1.13.2. '1.2 NvI 5

Bij de bezichtiging van de toegevoegde referentiemonsters is ons als gezegd gebleken - daar waar het gaat om de [Onderneming X] -producten - dat er enkel voor het product [productnaam B van Onderneming X] een alternatief referentiemonster is toegevoegd waarmee maximaal kan worden gescoord.

A. Begrijpen wij het goed dat dit alternatieve referentiemonster een gelijkwaardig alternatief met maximale score is op zowel de beoordelingsonderdelen "Tegels kleur grijs – met afstandshouder" als Tegels kleur grijs – met splintervrije kop”?

B. Wordt binnen het beoordelingsonderdeel "Leather Finish" de kleur structuur en afwerking van de Leather Finish beoordeeld en daarnaast niet het granieten grijze zitelement [productnaam B van Onderneming X] of gelijkwaardig referentiemonster als zodanig?’

1.13.3. '1.2 NvI 5

Als u van oordeel zou zijn dat er voor de producten [productnamen A en C van Onderneming X] wel gelijkwaardige alternatieven die ook maximaal kunnen scoren, beschikbaar zouden zijn, verzoeken wij u deze in lijn met uw toezegging alsnog toe te voegen aan de referentiemonsters met vermelding van de te behalen maximale score. Voldoet u aan dit verzoek?’

1.13.4. '1.2 NvI 5

Wie is de leverancier van het alternatieve referentiemonster ter vervanging van het product [productnaam B van Onderneming X]?’

1.13.5. '1.2 NvI 5

U hebt referentiemonsters toegevoegd waarmee ook maximaal kan worden gescoord. Voor een aantal te beoordelen producten zijn daarmee verschillende referentiemonsters beschikbaar gesteld.

A. Op welke wijze gaat de beoordelingscommissie de inschrijfmonsters toetsen op het subcriterium kleur, structuur en afwerking, indachtig de verschillende referentiemonsters?

B. Scoort een inschrijvingsmonster maximaal indien het gelijkend is aan slechts één van de referentiemonsters en aldus niet gelijkend is aan het andere referentiemonster?

C. Zo ja? Wilt u de teksten in de aanbestedingsdocumenten dienovereenkomstig aanpassen?’

1.13.6. '2.5 NvI 4

U hebt de wegingsfactoren van het discriminerende subcriterium kleur, structuur en afwerking inmiddels neerwaarts bijgesteld. Dit is echter niet genoeg. Wij ver-

zoeken u nogmaals dit discriminerende criterium volledig te schrappen, helemaal nu het erop lijkt dat ook u geen alternatieve gelijkwaardige producten kunt aanwijzen voor een groot deel van de opdracht. Wilt u hieraan voldoen?’

1.13.7. '2.8 NvI 4

Wij verzoeken u nogmaals de voorwaarden voor wat betreft de herkomst van de producten los te laten. Daar u stelt geen voorkeur te hebben voor een bepaalde herkomst, kunt u ook alle eisen voor wat betreft de herkomst loslaten. De motivering op basis waarvan u stelt deze concurrentiebepurende herkomsteisen te stellen is zeer summier, ontoereikend en onevenredig. Mogen wij aannemen dat u de herkomst-eisen alsnog schrapt?’

1.13.8. '2.10 NvI 4

De gestelde vraag is summier beantwoord en voor een deel niet beantwoord. De verwijzing naar vraag 2.14 NvI 3 geeft geen antwoord op de vragen. Wij verzoeken u de gestelde vraag, en dan met name deel (iii) en (iv) alsnog te beantwoorden.’

1.13.9. '1.1 NvI 5

U hebt de termijn voor het doen van een inschrijving verplaatst naar dinsdag 17 mei a.s.. Wij zijn van mening dat u in NvI 5 de uitvraag aanzienlijk hebt gewijzigd waardoor u gehouden bent ons een langere inschrijftermijn te geven (zie ook HvJEU Max-Havelaar arrest van 10 mei 2012 (C-368/10)). Zo is de gevraagde bemonstering gewijzigd en zijn ook de technische specificaties. Een goede bemonstering is een tijdrovende aangelegenheid die op zeer nauwkeurige wijze moet plaatsvinden om u van een goede en concurrerende inschrijving te voorzien. Wij verzoeken u de volledige minimale aanbestedingstermijn van 45 dagen (2.71 Aanbestedingswet 2012) aan te houden vanaf het moment dat [Beklaagde] volstreekte duidelijkheid heeft gegeven over alle referentiemonsters en technische specificaties en het gunningscriterium. Hierbij is van belang dat referentiemonsters ook alleen fysiek bekeken kunnen worden en naar hun aard niet digitaal beschikbaar zijn. Bij de stand van nu zou de vroegste inschrijfdatum op grond van de wet zijn 45 dagen na 14 april 2016, te weten 29 mei 2016. Het antwoord op onze vragen zou echter ook nog tot aanpassingen moeten leiden die een verlenging van de inschrijftermijn rechtvaardigen. Past u de inschrijftermijn conform ons verzoek aan?’

1.14. Op 22 april 2016 heeft beklaagde onder verwijzing naar de vierde Nota van Inlichtingen klager via TenderNed laten weten deze vragen (zie 1.13 hiervoor) niet te zullen beantwoorden.

1.15. Op 26 april 2016 heeft klager bij beklaagde opnieuw een klacht ingediend. Daarin klaagt zij over het feit dat beklaagde haar vragen van 20 april 2016 niet wil beantwoorden. Op 29 april 2016 verzoekt klager beklaagde uiterlijk op 2 mei 2016 te reageren op deze klacht.

1.16. Op 2 mei 2016 heeft beklaagde per brief nogmaals aangegeven de vragen van klager van 20 april 2016 niet te zullen beantwoorden met het oog op de mededeling in de vierde Nota van Inlichtingen dat er na publicatie daarvan geen mogelijkheden zijn tot het verder stellen van vragen.

## **2. Beschrijving klacht**

### 2.1. Klachtonderdeel 1

Het subgunningscriterium dat betrekking heeft op de mate van gelijkendheid van de inschrijfmonsters met de referentiemonsters is discriminatoir.

### 2.2. Klachtonderdeel 2

Beklaagde schrijft ontoelaatbare herkomsteisen voor.

### 2.3. Klachtonderdeel 3

De weigering van beklagde om de vragen van klager van 20 april 2016 te beantwoorden is in strijd met de beginselen van aanbestedingsrecht en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

### 2.4. Klachtonderdeel 4

Beklaagde weigert de inschrijftermijn te verlengen, ondanks dat zij in de vijfde Nota van Inlichtingen aanzienlijke wijzigingen in de procedure heeft doorgevoerd.

## **3. Onderbouwing klacht**

### 3.1. Klachtonderdeel 1

3.1.1. Beklaagde hanteert in paragraaf 0.7.8 van het bestek een subgunningscriterium "Kleur, structuur en afwerking" (zie 1.4.3 hiervoor). In het kader van dit criterium wordt de mate van gelijkendheid van de inschrijfmonsters met de referentiemonsters beoordeeld. De referentiemonsters voor de te beoordelen producten 'tegels grijs', 'tegels rood' en 'banden' zijn echter afkomstig uit groeves van Onderneming X en hiervoor zijn geen gelijkwaardige alternatieven beschikbaar waarmee ook maximaal kan worden gescoord op dit criterium (met uitzondering van de 'tegels grijs' waarvoor beklagde uiteindelijk in de vijfde Nota van Inlichtingen heeft meegedeeld alternatieve referentiemonsters waarmee ook maximaal kan worden gescoord toe te voegen). Onderneming X wil geen (concurrerende) offertes en inschrijfmonsters verstrekken aan andere potentiële inschrijvers en wenst zelf deel te nemen aan de aanbesteding. Volgens klager staat vast dat Onderneming X als enige partij maximaal zal kunnen scoren op delen van het subgunningscriterium en dat dit criterium bovendien ook volstrekt subjectief is.

3.1.2. Beklaagde heeft per brief van 14 april 2016 aan klager te kennen gegeven dat uit marktonderzoek is gebleken dat er andere groeves zijn die gelijkwaardige materialen kunnen leveren. Op basis van dit marktonderzoek is beklagde van mening dat ook andere producten van andere leveranciers / groeves dan de groeve waaruit het referentiemonster afkomstig is, een maximale score kunnen behalen. Beklaagde heeft in de brief aangegeven deze referentiemonsters te zullen toevoegen en bij de beoordeling mee te nemen. Beklaagde heeft vervolgens alleen voor tegels grijs een alternatief referentiemonster toegevoegd. Voor de producten tegels rood en banden is geen alternatief referentiemonster toegevoegd. Deze zijn volgens klager ook niet beschikbaar. Kennelijk volgt dit ook uit het marktonderzoek van beklagde. Klager meent dat hiermee een ontoelaatbare voorsprong van Onderneming X vaststaat, omdat Onderneming X als enige maximaal kan scoren op delen van het subgunningscriterium met bijbehorende fictieve kortingen op de inschrijfsom. Producten van Onderneming X worden ten onrechte bevoordeeld. Klager acht het criterium volstrekt subjectief en in strijd

met het transparantiebeginsel. Door de producten van Onderneming X als enige maximaal te laten scoren terwijl deze niet algemeen verkrijgbaar zijn, handelt beklaagde ook in strijd met artikel 2.4 ARW 2012 en artikelen 2.75 en 2.76 Aw 2012. Voor een nadere onderbouwing verwijst klager naar, met name, de gestelde vragen in de derde Nota van Inlichtingen en de brief van de advocaat van klager aan beklaagde van 5 april 2016. Klager wil dat het subgunningscriterium "kleur, structuur en afwerking" wordt geschrapt, althans in ieder geval in haar huidige ontoelaatbare vorm.

### 3.2. Klachtonderdeel 2

3.2.1. Klager klaagt dat beklaagde ontoelaatbare herkomsteisen voorschrijft. Producten dienen bewerkt en veelal ook afkomstig te zijn in / uit Europa (zie 1.4.4 t/m 1.4.7 hiervoor). Dit is in strijd met artikel 2.76, lid 5, Aw 2012. Deze eis stelt beklaagde overigens enkel voor de producten waarbij in het Bestek (PvE) commerciële benamingen van Onderneming X zijn genoemd (productnaam A, B en C van Onderneming X).

3.2.2. Op grond van artikel 2.76, lid 5, Aw 2012 mogen in beginsel geen herkomsteisen gesteld worden. Beklaagde doet dat wel. In reactie op vraag 2.22 van de derde Nota van Inlichtingen geeft beklaagde aan de herkomsteisen niet te zullen schrappen en geeft beklaagde ook geen rechtvaardiging waarom de herkomsteisen gezien het voorwerp van de opdracht gerechtvaardigd zouden zijn (zie 1.7.9 hiervoor). Er wordt enkel gesproken over politieke redenen, zonder enige nadere steekhoudende onderbouwing of toelichting. De herkomsteisen zijn discriminatoir en niet proportioneel en aldus ook niet gerechtvaardigd. Klager wil dat de herkomsteisen worden geschrapt.

### 3.3. Klachtonderdeel 3

3.3.1. Beklaagde weigert de door klager op 20 april 2016 gestelde vragen te beantwoorden (zie 1.14 en 1.16 hiervoor). Klager acht dit in strijd met de beginselen van aanbestedingsrecht en algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

3.3.2. De inhoud van de vijfde Nota van Inlichtingen en de brief van 14 april 2016 (zie 1.11 hiervoor), alsmede het (deels) onbeantwoord laten van vragen in de vierde Nota van Inlichtingen, heeft tot nieuwe vragen geleid die klager op 20 april 2016 heeft gesteld (zie 1.13 hiervoor). Klager geeft hiermee invulling aan haar verplichting tot pro-actief handelen. De weigering om tot beantwoording over te gaan getuigt volgens klager van niet transparant handelen. Daar komt bij dat het stadium waarin de procedure zich bevindt op 20 april 2016 (ongeveer 4 weken voorafgaand aan het verstrijken van de inschrijftermijn van 17 mei 2016) ook niet in de weg hoeft te staan aan een deugdelijke beantwoording van gerezen vragen. Klager wil dat beklaagde de vragen alsnog deugdelijk beantwoordt.

### 3.4. Klachtonderdeel 4

3.4.1. Ondanks het uitdrukkelijk en gemotiveerde verzoek van klager (zie de laatste vraag, gesteld op 20 april 2016, in 1.13.9 hiervoor) weigert beklaagde de inschrijftermijn te verlengen. Aangezien beklaagde aanzienlijke wijzigingen in de procedure heeft doorgevoerd, is zij volgens klager gehouden een langere inschrijftermijn te hanteren. In de vijfde Nota van Inlichtingen is een nieuw referentiemonster toegevoegd, zijn de technische specificaties aangepast en is het gunningscriterium aangepast. Inschrijvers worden nu niet in de gelegenheid gesteld dit op een nauwkeurige wijze te verzorgen. Klager verwijst in dit kader naar de onderbouwing van de laatste vraag die zij op 20 april 2016 heeft gesteld met verwijzing naar 2.71 Aw 2012 en het Max Havelaararrest. De bemonstering is in

deze aanbesteding een tijdrovende klus. Beklaagde zou de opdracht in feite opnieuw moeten aankondigen en de termijnen moeten hanteren die gelden vanaf het moment van aankondiging. Klager wil dat beklagde een redelijke inschrijftermijn hanteert conform Aw 2012, in ieder geval 45 dagen vanaf moment dat er volstrekke duidelijkheid bestaat over gunningscriterium en technische specificaties en andere relevante voorwaarden, althans een termijn als de Commissie van Aanbestedingsexperts rechtens en redelijk acht.

#### **4. Reactie beklagde**

##### **4.1. Klachtonderdelen 1 en 2**

- 4.1.1. De drie "toegevoegde" grijsgetinte referentiemonsters die ter inzage zijn gelegd komen uit drie verschillende groeves. Van deze drie scoren er twee het cijfer 10 (hoogste EMVI-score) en één de score 8. Deze waren altijd al beschikbaar en zijn nu door de aanbestedende dienst aangeschaft en ter inzage gelegd om aan te geven dat mogelijk is dat ook een andere steen maximaal kan scoren. Dit is geen wijziging maar was van het begin af aan zo, hetgeen voor klager blijkbaar niet geheel duidelijk was. Beklaagde heeft gemeend er goed aan te doen ook de andere aanwezige stenen nu te tonen om het gevoel bij klager weg te nemen dat alleen een steen van [Onderneming X] maximaal zou kunnen scoren. Wel meent beklagde dat er hierdoor duidelijk sprake is van een "level playing field" en dat alle partijen gelijke kansen hebben bij deze aanbesteding.
- 4.1.2. Klager vraagt naar de leverancier(s) van de extra getoonde alternatieve referentiemonsters. In het kader van deze aanbesteding was klager stellig van mening dat er geen commerciële benamingen of leveranciers genoemd mochten worden in het bestek. Beklaagde heeft dit dan ook middels de nota van inlichtingen uit het bestek gehaald. Het verbaast beklagde nu dan ook dat de klager hier zelf om vraagt en beklagde geeft hierop dan ook geen antwoord. Ook voor de overige materialen zijn er diverse alternatieven voorhanden. In de nota's van inlichtingen is al aangegeven dat de getoonde referentiemonsters alleen als referentie dienen en niet bij een bepaalde leverancier of groeve vandaan hoeven te komen.
- 4.1.3. Wat betreft het schrappen van de herkomst van het materiaal voert beklagde aan dat zij in de derde nota van inlichtingen al hebben aangegeven dat alle Granietproducten dienen te voldoen aan de specificaties zoals opgenomen in paragraaf 4.1 tot en met paragraaf 4.3 van het Programma van Eisen. Tevens dienen de Granietproducten voor wat betreft kleur, structuur en afwerking vergelijkbaar te zijn met de verstrekte referentiemonsters. Eventuele in het Programma van Eisen genoemde merken en commerciële benamingen zijn louter bedoeld als indicatie van het gewenste product. De aanbestedende dienst benadrukt dat er geen enkele voorkeur is voor een bepaald merk of een bepaalde herkomst.
- 4.1.4. Klager stelt ten aanzien van 2.5 van de vierde Nota van Inlichtingen dat het onvoldoende is dat het discriminerende subcriterium kleur, structuur en afwerking neerwaarts is bijgesteld. Beklaagde meent niet te kunnen voldoen aan het voorstel van klager enerzijds omdat dan de facto op laagste prijs gegund gaat worden en anderzijds omdat dan juist een beoordelingskader ontstaat dat ongewenst is. Naast het gunningscriterium "kleur, structuur en afwerking" is prijs een criterium en is duurzaamheid een criterium dat slechts beperkt meeweegt waardoor feitelijk op laagste prijs gegund zou worden. Daarnaast zou dan de steen juist voorgeschreven moeten worden als dit (d.w.z. de keuze welke steen) geen onderdeel van de gunning meer is, om vervolgens alleen nog verschil te kunnen hebben op duurzaamheid en prijs. Dat is nu juist wat niet de bedoeling is, beklagde veron-

derstelt ook niet voor klager. Dit gunningscriterium is er juist om stenen van verschillende herkomst een kans te bieden.

4.1.5. Daarnaast wil beklagde benadrukken dat ook de kwaliteit van de afwerking een belangrijke rol speelt bij de beoordeling.

#### 4.2. Klachtonderdeel 4

4.2.1. Verder is klager van mening dat beklagde in de vijfde Nota van Inlichtingen de uitvraag zodanig heeft gewijzigd dat een langere inschrijftijd noodzakelijk is. Beklaagde merkt hierbij op dat er een aantal aspecten gewijzigd is om tegemoet te komen aan de klachten van klager maar dat dit naar haar mening geen wijziging is die maakt dat er een gehele nieuwe doorlooptijd nodig is. Het gunningscriterium is niet aangepast, wel zijn de hoogtes van de fictieve kortingen iets bijgesteld. Verder zijn de technische specificaties iets aangepast zodat een onduidelijkheid is weggenomen en nog meer stenen een kans maken. De drie "toegevoegde" grijsgetinte referentiemonsters die ter inzage zijn gelegd komen uit drie verschillende groeves. Van deze drie scoren er twee het cijfer 10 (hoogste EMVI-score) en één de score 8. Deze waren altijd al beschikbaar en zijn nu door beklagde aangeschaft en ter inzage gelegd om aan te geven dat mogelijk is dat ook een andere steen maximaal kan scoren. Dit is geen wijziging maar was van het begin af aan zo, hetgeen voor klager blijkbaar niet geheel duidelijk was. Beklaagde heeft gemeend er goed aan te doen ook de andere aanwezige stenen nu te tonen om het gevoel bij klager weg te nemen dat alleen een steen van [Onderneming X] maximaal zou kunnen scoren. Hiermee is echter niets veranderd aan de inschrijfopties. Wel meent beklagde dat er hierdoor duidelijk sprake is van een "level playing field" en dat alle partijen gelijke kansen hebben bij deze aanbesteding.

4.3. In aanvulling op haar reactie op de klachtonderdelen wijst beklagde tot slot op de maatschappelijke consequenties wanneer de gehele gunningsprocedure opnieuw moet worden doorlopen. Zij stelt in dit verband het volgende.

4.3.1. Gezien de locatie en complexiteit van dit project zijn deze consequenties aanzienlijk. Het spreekt voor zich dat een nieuwe gunningsprocedure gepaard gaat met extra kosten. Naast de directe kosten voor voorbereiding, aanbesteding en gunning is de aanbestedingsfase voor de selectie van de maaiveldaanemer al ver gevorderd en zijn contractuele toezeggingen niet meer aan te passen. Eén van deze toezeggingen is dat beklagde ervoor zorgt dat het natuursteen op uiterlijk 1 november 2016 voor die aannemer beschikbaar is. Het niet na kunnen komen van deze afspraak zal zowel voor de planning als voor de kosten grote consequenties hebben (claims maaiveldaanemer).

4.3.2. Verder verwacht beklagde dat een heraanbesteding zal leiden tot een vertraging van vele maanden. Die vertraging werkt 1 op 1 door in de totale doorlooptijd van [project K]. De toch al forse doorlooptijd van ruim 5 jaar wordt daarmee nog langer waardoor overlast voor de omgeving sterk toeneemt.

4.3.3. Omstreeks 1 november 2016 – de uiterste datum waarop het natuursteen voor de maaiveldaanemer beschikbaar moet zijn (zie 4.3.1 hiervoor) – worden er ingrijpende werkzaamheden aan het tramspoor uitgevoerd. Deze kunnen niet worden uitgesteld omdat veilige berijdbaarheid van het spoor daarna niet langer gegarandeerd is. De natuursteen wordt na het vervangen van de sporen gebruikt om direct de definitieve maaiveldinrichting te realiseren. Wanneer de natuursteen niet beschikbaar is, zal dit in een tijdelijk materiaal moeten worden uitgevoerd. Dit betekent aanvullende werkzaamheden omdat de natuursteen uiteindelijk toch moet worden aangebracht. Dit brengt extra overlast mee voor veel partijen:

- a. Omwonenden zullen overlast ondervinden, en hun woningen zullen voor langere tijd minder goed bereikbaar zijn.
  - b. Culturele instellingen hebben extra overlast omdat bezoekers en laad- en losverkeer de locatie minder goed kunnen bereiken. Datzelfde geldt voor de vele (horeca)ondernemers.
  - c. Het verkeer ondervindt extra overlast omdat zij door de werkzaamheden om zullen moeten rijden. Vooral voor het fietsverkeer heeft dit grote impact. Ook trams zullen langere rijtijden hebben door deze extra werkzaamheden.
  - d. De belangrijke verblijfs- en gebruikersfunctie van deze locatie zal door de extra doorlooptijd voor langere tijd beperkt zijn.
- 4.3.4. Als laatste wil beklagde erop wijzen dat, naast de maatschappelijke kosten, ook andere marktpartijen al aanzienlijke inspanningen hebben verricht voor deze aanbesteding. Deze partijen moeten dat werk (deels) overdoen wanneer de aanbesteding opnieuw moet worden gestart.

## **5. Beoordeling**

- 5.1. De Commissie stelt vast dat beklagde een Europese openbare aanbestedingsprocedure heeft aangekondigd voor een overheidsopdracht met betrekking tot de levering van granietbanden, graniettegels en granieten zitelementen. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en 2 Aw 2012. Beklaagde heeft in paragraaf 0.2.1 van het bestek hoofdstuk 2 van het ARW 2012 op de aanbestedingsprocedure van toepassing verklaard. In de aankondiging van de opdracht heeft zij de Overeenkomst inzake overheidsopdrachten (GPA, Agreement on Government Procurement) op de aanbestedingsprocedure van toepassing verklaard (zie 1.2 hiervoor).
- 5.2. Klachtonderdeel 1
- 5.2.1. In artikel 1.8 Aw 2012 is bepaald: 'Een aanbestedende dienst (...) behandelt ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze.' In deze bepaling ligt onder andere besloten dat een aanbestedende dienst geen gunningscriteria mag hanteren die niet objectief zijn.
- 5.2.2. Tussen partijen staat niet ter discussie dat de referentiemonsters van het door beklagde beoogde graniet afkomstig zijn uit een groeve waarvan Y eigenaar is en dat een van de potentiële inschrijvers – Onderneming X – het productiebedrijf van Y is. Naar het oordeel van de Commissie betekent het voorgaande dat Onderneming X met het door beklagde in paragraaf 0.7.8 van het bestek gehanteerde subgunningscriterium – namelijk: "in welke mate [het inschrijvingsmonster] voldoet aan het referentiemonster" (zie 1.4.3 hiervoor) – onmiskenbaar in het voordeel is ten opzichte van andere potentiële inschrijvers, waaronder klager. Daar doet niet aan af dat beklagde paragraaf 0.4.3 en 0.7.1 van het bestek inmiddels met de derde Nota van Inlichtingen heeft aangepast (zie onder 1.7.3), dat zij de productnamen bij vierde Nota van Inlichtingen uit de paragrafen 4.1.7, 4.2.7.1 tot en met 4.2.7.3 en 4.3.6 van het bestek heeft verwijderd en heeft vervangen door de bewoordingen "conform het getoonde referentiemonster" (zie onder 1.9.5 en dat zij in de vierde Nota van Inlichtingen de beoordeling van het subgunningscriterium inmiddels heeft aangepast door wijziging van de hoogte van de fictieve kortingen in de tabellen in paragraaf 0.7.8 van het bestek (zie onder 1.9.4). Aan het voorgaande doet evenmin af dat beklagde na de vijfde Nota van Inlichtingen andere monsters uit andere groeves die grote gelijkenis vertonen met het referentiemonster op het Materiaalbureau ter bezichtiging heeft gelegd, nog daargelaten dat klager zich op het standpunt heeft gesteld dat be-

klaagde deze andere monsters slechts ter bezichtiging heeft gelegd voor wat betreft de "tegels grijs" en niet voor wat betreft de overige door beklagde uitgevraagde materialen (zie 3.1.2 hiervoor) en beklagde dit standpunt van klager onweersproken heeft gelaten.

5.2.3. Het voorgaande betekent dat beklagde in strijd heeft gehandeld met artikel 1.8 Aw 2012 (vgl. ook Advies 140 van de Commissie en in het verlengde daarvan Vzr. Rb. Den Haag 4 december 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:16374; vgl. voorts Vzr. Rb. Den Haag 29 september 2006, ECLI:NL:RBSGR:2006:BA4470, JAAN 2006/23).

5.2.4. De Commissie acht klachtonderdeel 1 gegrond.

5.3. Klachtonderdeel 2

5.3.1. Artikel 2.76, lid 5, Aw 2012 luidt, voor zover hier relevant, als volgt:

'Een aanbestedende dienst verwijst in de technische specificaties niet naar (...), een bepaalde herkomst (...), een bepaalde oorsprong (...), waardoor bepaalde ondernemingen of bepaalde producten worden bevoordeeld of uitgesloten, tenzij dit door het voorwerp van de overheidsopdracht gerechtvaardigd is.'

5.3.2. Artikel IV ("General Principles"), lid 1 en 2, Overeenkomst inzake overheidsopdrachten (GPA, Agreement on Government Procurement) luidt:

*'Non-Discrimination*

1. With respect to any measure regarding covered procurement, each Party, including its procuring entities, shall accord immediately and unconditionally to the goods and services of any other Party and to the suppliers of any other Party offering the goods or services of any Party, treatment no less favourable than the treatment the Party, including its procuring entities, accords to:

- a. domestic goods, services and suppliers; and
- b. goods, services and suppliers of any other Party.

2. With respect to any measure regarding covered procurement, a Party, including its procuring entities, shall not:

- a. (...)
- b. discriminate against a locally established supplier on the basis that the goods or services offered by that supplier for a particular procurement are goods or services of any other Party.'

5.3.3. Beklagde heeft in de Nota's van Inlichtingen en in de verdere communicatie met klager diverse malen aangegeven geen voorkeur te hebben voor een bepaalde herkomst van het graniet. Dat laat echter onverlet dat beklagde het vereiste dat het graniet dient te zijn gewonnen en bewerkt binnen Europa steeds heeft gehandhaafd (zie de paragrafen 4.1.7, 4.2.7.1 tot en met 4.2.7.3 en 4.3.6 van het bestek). In de derde Nota van Inlichtingen geeft beklagde in dat verband aan er bewust, onder meer om politieke redenen, voor gekozen te hebben om bepaalde materialen vanuit Europa te betrekken (zie onder 1.7.9).

5.3.4. De bestreden herkomsteis is naar het oordeel van de Commissie in strijd met artikel IV, lid 1 en 2, Overeenkomst inzake overheidsopdrachten (GPA) nu die eis producten uitsluit die afkomstig zijn uit landen buiten Europa die partij zijn bij de Overeenkomst. Voorts heeft beklagde niet aangevoerd dat het stellen van genoemde herkomsteis door het voorwerp van de overheidsopdracht gerechtvaardigd is.

digd is. Daarmee is de herkomsteis bovendien in strijd met artikel 2.76, lid 5, Aw 2012.

5.3.5. Klachtonderdeel 2 is daarmee gegrond.

5.4. Klachtonderdelen 3 en 4

De Commissie constateert dat klachtonderdelen 1 en 2 de kern van de klacht vormen. De Commissie is van oordeel dat – nu zij deze klachtonderdelen gegrond acht – een ongewijzigde voortzetting van de aanbestedingsprocedure voor beklagde geen optie meer kan zijn: beklagde hanteert immers onrechtmatige opdrachteisen (klachtonderdeel 2) en een onrechtmatig subgunningscriterium (klachtonderdeel 1). De consequentie daarvan is dat de Commissie de klachtonderdelen 3 en 4 niet meer kan behandelen. Immers, nog daargelaten dat beklagde in de Nota's van Inlichtingen en in de verdere communicatie met klager consequent te kennen heeft gegeven de bedoelde eisen en het subgunningscriterium te zullen handhaven, zal de door klager gewenste beantwoording van de op 20 april 2016 door haar aan beklagde gestelde vragen (klachtonderdeel 3) en de door klager gewenste verlenging van de inschrijftermijn (klachtonderdeel 4) de hiervoor geconstateerde onrechtmatigheden hoe dan ook niet kunnen wegnemen.

## 6. **Advies**

De Commissie acht onderdelen 1 en 2 van de klacht **gegrond** en kan de onderdelen 3 en 4 als gevolg daarvan niet in behandeling nemen.

## 7. **Aanbeveling**

7.1. De Commissie geeft de volgende aanbevelingen met betrekking tot de vraag hoe een aanbestedende dienst de inkoop en aanbesteding van natuurstenen binnen het kader van de Aanbestedingswet 2012 zou kunnen organiseren.

7.2. Een aanbestedende dienst kan het inkoop- en aanbestedingsproces inrichten door eisen te stellen aan de te leveren natuurstenen in de vorm van materiaalspecificaties en door nadere wensen te formuleren in de vorm van kwalitatieve gunningscriteria. Hoe deze eisen en criteria het beste kunnen worden ingevuld en op elkaar afgestemd, hangt af van de mate waarin een aanbestedende dienst op voorhand kan aangeven wat zijn vraagbehoefte is. De Commissie overweegt in dit verband het volgende.

7.2.1. Vooropgesteld dient te worden dat een kenmerk van natuurproducten is dat geen twee (in dit geval) stenen gelijk zijn, laat staan dat denkbaar is dat een gehele partij geen enkele variatie zal bevatten. Daarmee is er altijd sprake van een zekere bandbreedte.

7.2.2. Indien een aanbestedende dienst in vergaande mate weet wat qua fysische en esthetische eigenschappen van natuursteen zijn vraagbehoefte is, ligt het voor de hand dat hij deze vertaalt naar een aantal eisen in de vorm van specificaties. Daarvoor zijn NEN-EN normen beschikbaar (NEN-EN 1341 voor Tegels van natuursteen voor buitenbestrating en NEN-EN 1342 voor Keien van natuursteen voor buitenbestrating). Ook in de CROW publicatie 231 (Handboek voor natuursteenbestrating) is een aantal duidelijke aspecten benoemd die voor de materiaalspecificatie van belang zijn. De eisen van die materiaalspecificatie mogen echter niet de oplossingsrichtingen op voorhand zodanig beperken dat er slechts één

of enkele aanbieders overblijven of bevoordeeld worden. Gegeven hetgeen hiervoor in 7.2.1 is overwogen, zal er vervolgens weinig ruimte zijn om met behulp van kwalitatieve gunningscriteria aanvullende wensen te formuleren: een zekere bandbreedte is immers ingebakken en dat maakt de ruimte om zinvol te manoeuvreren binnen de gegeven bandbreedte moeilijk.

- 7.2.3. Indien een aanbestedende dienst daarentegen slechts op hoofdlijnen kan aangeven wat zijn vraagbehoefte is, bestaat er meer ruimte voor het formuleren van nadere wensen in de vorm van kwalitatieve gunningscriteria.
- 7.3. In het in 7.2.3 bedoelde geval is het vervolgens verstandig een onderscheid te maken tussen kwalitatieve gunningscriteria die fysische wensen betreffen en criteria die betrekking hebben op de esthetische waarde. In beide gevallen geldt overigens dat het raadzaam is de in de vorm van gunningscriteria geformuleerde wensen te relateren aan bepaalde minimumeisen. De Commissie overweegt in dat verband het volgende.
  - 7.3.1. Wat de fysische eigenschappen van natuursteen betreft (bijvoorbeeld breuksterkte, hardheid, porositeit) kan op basis van testgegevens objectief worden beoordeeld of een door een inschrijver aangeboden natuursteen aan de gestelde minimumeisen voldoet. Voor zover een steen inderdaad aan die eisen voldoet, kan een aanbestedende dienst gebruik maken van een objectieve beoordelings- en gunningssystematiek met behulp waarvan hij meerwaarde kan toekennen aan de fysische eigenschappen van de aangeboden natuursteen naar de mate waarin de kwaliteit daarvan uitstijgt boven de gestelde minimumeisen. Een belangrijke randvoorwaarde is dan wel dat het redelijkerwijs mogelijk is om met betrekking tot die eigenschappen testgegevens zoals hiervoor bedoeld te verkrijgen. Bestaan dergelijke gegevens niet, dan kunnen die eigenschappen in het geheel niet als gunningscriteria worden meegenomen.
  - 7.3.2. Ook wat betreft de wensen die betrekking hebben op de esthetische waarde is het raadzaam deze te relateren aan bepaalde minimumeisen, teneinde de in 7.2.1 hiervoor bedoelde bandbreedte enigszins te beperken en tot een voor de aanbestedende dienst tevredenstellende oplossing van de vraagbehoefte te komen. Een aanbestedende dienst kan in het kader van de formulering van die minimumeisen eventueel gebruik maken van referentiemonsters voor een indicatie van de kleur of de bandbreedte waarbinnen de kleur van de door een inschrijver aangeboden natuursteen zich dient te bewegen. Net zoals dat geldt voor de minimumeisen ten aanzien van de fysische eigenschappen, mogen minimumeisen die een aanbestedende dienst op het gebied van esthetiek stelt echter niet de oplossingsrichtingen op voorhand zodanig beperken dat er slechts één of enkele aanbieders overblijven of bevoordeeld worden.
  - 7.3.3. De Commissie gaat er van uit dat een aanbestedende dienst – al dan niet met behulp van experts – zelf zal kunnen beoordelen of een aangeboden natuursteen wat de esthetische waarde betreft (waaronder dus ook de kleurstelling) aan de gestelde minimumeisen voldoet. De Commissie beveelt echter aan om de beoordeling van de mate waarin een aangeboden steen – die dus aan de minimumeisen voldoet – meer esthetische waarde biedt vervolgens over te laten aan een (onafhankelijke) commissie. Van deze commissie kunnen ook eindgebruikers, zoals omwonenden of andere gebruikers van de relevante buitenruimte, deel uitmaken.
  - 7.3.4. De Commissie acht het niet nodig dat een aanbestedende dienst nadere beoordelingsmaatstaven aan deze commissie meegeeft, anders dan dat zij de instructie krijgen te kiezen voor wat zij het mooist vinden (aan de hand van een puntenschaal). Vanwege de hiervoor uiteengezette samenhang tussen minimumeisen

enerzijds en wensen anderzijds heeft een aanbestedende dienst ook overigens geen zorg te hebben over de uitkomst van de beoordeling door de commissie: de aan die commissie voorgelegde natuurstenen voldoen ook wat betreft hun esthetische eigenschappen immers aan de door de aanbestedende dienst gestelde minimumeisen.

- 7.3.5. De door de commissie te beoordelen inschrijvingsmonsters zouden gecombineerd kunnen worden met door de inschrijvers aan te leveren fotomateriaal van locaties waar de door hen aangeboden natuurstenen al zijn aangebracht. Dit verschaft mogelijk een duidelijker beeld van wat er aan esthetische kwaliteit gerealiseerd gaat worden dan een inschrijvingsmonster kan overbrengen.
- 7.3.6. Vanuit het perspectief van de inschrijvers is het tot slot nog van belang dat vooraf wordt bekend gemaakt welke categorieën personen de aangeboden natuurstenen gaan beoordelen, zodat de inschrijvers daarmee rekening kunnen houden bij hun inschrijving.

De Commissie heeft zich ten behoeve van de in dit advies opgenomen aanbevelingen onder 7 laten bijstaan door mr. drs. J. Fijneman die als Branche-Expert aan de Commissie is verbonden.

Den Haag, 23 mei 2016

w.g.:

Mr. J.G.J. Janssen  
Voorzitter

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

Mr. drs. T.H. Chen  
Commissielid