

# Commissie van Aanbestedingsexperts

## Advies 396

### 1. Feiten

- 1.1. Beklaagde, een branchevereniging, heeft op 12 augustus 2016 een Europese openbare procedure aangekondigd voor een raamovereenkomst met drie ondernemingen ten behoeve van de levering van werkkleding en -schoenen aan een aantal van haar leden.
- 1.2. In het "Beschrijvend Document Werkkleding en -schoenen" (hierna: Beschrijvend Document) van 12 augustus 2016 is – voor zover relevant – het volgende bepaald:

#### 2.1 Opdrachtomschrijving

(...)

De Opdrachtgever kiest ervoor om een beperkt kernassortiment tot de scope van deze Aanbesteding te laten behoren en verwacht dat Deelnemer hiervoor Nettoprijzen indient. Het assortiment wat Opdrachtgever benoemd tot het kernassortiment is bijgevoegd als Bijlage G.

(...)

##### 2.1.1 Optioneel af te nemen producten

Naast het kernassortiment wenst Opdrachtgever de overige dienstverlening van Opdrachtnemer optioneel af te nemen met betrekking tot werkkleding en -schoenen. Artikelen die Deelnemer hierin aanbiedt dienen aan te sluiten bij de werkzaamheden van de [leden van beklagde]. Deze prijsopgave dient te worden ingediend op het moment van Inschrijving. De optioneel aangeboden artikelen worden niet beoordeeld bij de Gunningscriteria. Daarbij zijn de [leden van beklagde] vrij om deze producten te bestellen, wanneer zij hier niet voor kiezen zijn zij gerechtigd dat bij ieder andere leverancier af te nemen.

(...)

#### 2.4 Ondersteunende partijen

Opdrachtgever laat zich bij de Aanbesteding ondersteunen door [A]. [A] levert inkoop- en aanbestedingsexpertise gedurende deze Aanbesteding. [A] zal op geen enkele wijze als Deelnemer, als onderaannemer of als adviseur van een Deelnemer betrokken zijn bij deze Aanbesteding.

[A] laat zich bij de Aanbesteding ondersteunen door [B] in de persoon van dhr. [C]. Dhr. [C] levert de inhoudelijke expertise voor de totstandkoming van het Programma van eisen (waaronder het assortiment) gedurende deze Aanbesteding. [B] zal op geen enkele wijze als Deelnemer, als onderaannemer of als adviseur van een Deelnemer betrokken zijn bij deze Aanbesteding

Daarnaast heeft de Opdrachtgever een werkgroep geformeerd. Leden van de werkgroep zijn medewerkers van diverse [leden van beklagde], deskundig op het gebied van Werkkleding en -schoenen. Deze werkgroep heeft een belangrijke inhoudelijk rol gehad in de totstandkoming van deze Aanbesteding.

(...)

### 3.2.2 Indienen van vragen en opmerkingen

(...)

Aan de inhoud van dit Beschrijvend Document heeft Opdrachtgever de grootst mogelijke zorg besteed. Mocht een Deelnemer desondanks menen dat er sprake is van tegenstrijdigheden, enige onduidelijkheid en/of onvolkomenheden, dan dient Deelnemer hier zo spoedig mogelijk, maar uiterlijk voor 31 augustus 2016, uiterlijk 12.00 uur melding van te maken.

(...)

Opdrachtgever behoudt zich het recht voor vragen en/of opmerkingen terzijde te leggen of slechts gedeeltelijk te verwerken zolang daarmee de aanbestedingsrichtlijnen niet worden geschonden. Indien Deelnemer na kennisneming van de Nota van Inlichtingen nog steeds meent dat er tegenstrijdigheden en/of onvolkomenheden zijn, dan dient Deelnemer op straffe van verval van recht minimaal vijf kalenderdagen vóór de sluitingsdatum voor het indienen van de Inschrijving een kort geding procedure aanhangig te maken door middel van het betekenen van een dagvaarding bij de Opdrachtgever.

(...)'

- 1.3. In Bijlage B ("Programma van Eisen") van het Beschrijvend Document is onder meer het volgende bepaald:

#### 'Inhoudelijke eisen

	Omschrijving Eis
	<b>Assortiment</b>
(...)	
6	Onderdeel van het assortiment zijn ten minste de artikelen zoals omschreven in BijlageG - Assortiment. De aan te bieden artikelen voldoen aan de omschrijving, inclusief de gestelde criteria en de genoemde normeringen. Indien in de omschrijving merknamen genoemd zijn dient u te lezen 'of gelijkwaardig'. Dat houdt in dat specifiek benoemde merken en artikelen zijn bedoeld als indicatie voor eventueel aan te bieden gelijkwaardige artikelen.
7	<u>Maximaal twee werkdagen</u> na Inschrijving dient Deelnemer een monster <u>aan te leveren</u> van alle artikelen ( <u>incl. logo's</u> ) uit Standaardformulier J, conform de artikelspecificaties en de ingediende Inschrijving. Beoordeling van de monsters door de beoordelingscommissie is ter verificatie. Verificatie betekent dat er een controle wordt gedaan waarbij de aangeboden artikelen overeenkomen met de kwaliteit zoals verwoord in de Aanbestedingsstukken. <u>De ingediende monsters dienen herleidbaar te zijn naar Deelnemer en er dient te worden aangemerkt op welk artikel het monster betrekking heeft.</u>  <u>Aflevering van de bemonstering dient plaats te vinden op locatie van [Beklaagde]; [Adres].</u>
8	Voor zover geen nadere omschrijving aan te stellen eisen van de artikelen is gegeven, dient de te leveren kleding, bij normaal gebruik en normaal onderhoud, in ieder geval van goede (lees: professionele) kwaliteit te zijn en minimaal aan de gebruikelijke eisen van functionaliteit, deugdelijkheid, veiligheid, doelmatigheid en afwerking te voldoen. Indien kleding hier niet aan voldoet, dan dienen deze op aangeven van de

	Opdrachtgever door een alternatief kledingstuk van dezelfde Nettoprijs vervangen te worden.
9	<p>De door Deelnemer aangeboden werkkleding en -schoenen zijn vervaardigd van duurzame, slijtvaste materialen, waarbij rekening wordt gehouden met de gebruikte stoffen, zodat kleurvastheid, vormvastheid, krimp vrijheid en kreukvrijheid zijn geborgd.</p> <p>Hierbij gelden de algemene voorwaarden voor de doeleinden waarvoor de kleding wordt gebruikt.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Materiaal is bestand tegen de verschillende weersinvloeden;</li> <li>- Accessoires zoals ritsen, knopen en pushbuttons hebben als uitgangspunt een even lange levensduur te hebben als het artikel;</li> <li>- De kleurechtheid van het materiaal, het is bestand tegen wassen;</li> <li>- Materiaal is bestand tegen uitloop;</li> <li>- Materiaal is bestand tegen pilling;</li> <li>- Kleding is geschikt voor thuiswassen;</li> <li>- Beschermende kleding is beschikbaar in meerdere courante kleurstellingen en in kleurcombinaties met fluor bij EN 20741 normering;</li> <li>- De reflecterende waarde van de kleding dient na 50 wasbeurten nog steeds te voldoen aan de wettelijke normeringen (EN20741);</li> <li>- Werkkleding voldoet aan de EN-340 normering;</li> <li>- Veiligheidsschoenen voldoen aan de EN-20345 normering;</li> <li>- Breisels zijn gelijkmatig en vertonen geen onregelmatigheden;</li> <li>- Weefsel is gelijkmatig en vrij van weeffouten;</li> <li>- Stiksels mogen geen onregelmatigheden vertonen en moeten stevig zijn en bestand tegen scheuren of loslaten;</li> <li>- Stiksels mogen na het wassen niet trekken of vervormen wegens krimp;</li> <li>- Stiksels en innaai etiketten mogen geen irritatie geven;</li> <li>- De kleur van het garen van stiksels moet in overeenstemming zijn met de kleur van de stof;</li> <li>- Stiksels en verbindingen zijn duurzaam;</li> <li>- Vrij van schadelijke of gezondheidsbedreigende stoffen;</li> <li>- Kleding behoudt ook na herhaaldelijk wassen haar kleuren, vorm en technische eigenschappen.</li> </ul>
10	Alle kleding is voorzien van een duidelijk etiket waarin de was- en onderhoudsinstructie is weergegeven, evenals de maatvoering en de samenstelling van het artikel. De te hanteren was symbolen zijn zoals gebruikelijk in de markt.
11	Deelnemer biedt de mogelijkheid om alle aangeboden kleding te voorzien van logo's (borduren/sealen).
12	<p>In die gevallen waar de Deelnemer niet in de standaardmaten voorziet moet de Deelnemer kunnen voorzien in maatwerk. Dat wil zeggen dat de geleverde kleding ook in maatwerk geleverd moet kunnen worden.</p> <p>Onder maatwerk verstaat Opdrachtgever; maten die buiten de range van de maten valt zoals in eis 27 van dit programma van eisen is beschreven. Waarbij de kleding aan de geldende veiligheidsnormen voldoet en de representatieve uitstraling blijft behouden. In die gevallen waar de Deelnemer niet in de standaardmaten voorziet moet de Deelnemer kunnen voorzien in maatwerk. Dat wil zeggen dat de geleverde kleding ook in maatwerk geleverd moet kunnen worden.</p> <p>Additionele kosten voor maatwerk die Deelnemer gedurende de gehele contractperiode dient te hanteren komen tot stand in overleg met de Opdrachtgever.</p>
13	<p>De modellen en gebruikte materialen genoemd in het artikelpakket dienen gedurende de looptijd van het contract leverbaar te blijven, dan wel zal een gelijkwaardig alternatief geleverd moeten worden.</p> <p>Levering van een alternatief dient altijd vooraf aangegeven te worden</p>

	en kan alleen plaatsvinden in overleg met de Opdrachtgever. Het alternatief moet overeenkomstig de prijsstelling van het originele artikel worden geleverd. Bij normaal gebruik van de gebruiker mag geen verschil in de kwaliteit te zitten. Indien kleding hier niet aan voldoet, dan dienen deze door de Deelnemer door een alternatief kledingstuk van minimaal dezelfde Nettoprijs, van het originele artikel, vervangen te worden.																																																																																																																																															
	(...)																																																																																																																																															
	<b>Producteisen</b>																																																																																																																																															
22	De kwaliteit van de geleverde producten dient te voldoen aan de kwaliteitseisen zoals aangegeven in het Standaardformulier J - Prijsstelling.																																																																																																																																															
23	De geleverde producten dienen te voldoen aan de normeringen zoals opgegeven in het document Standaardformulier J - Prijsstelling.																																																																																																																																															
24	De kleding moet voldoen aan de Arbo regelgeving betreffende werk- en veiligheidskleding.																																																																																																																																															
25	De hoeveelheden schadelijke stoffen in de te leveren bedrijfskleding overschrijden niet de limietwaarden zoals opgenomen in het Öko-Tex 100 label of vergelijkbaar.																																																																																																																																															
26	Deelnemer garandeert gedurende de Raamovereenkomst dat afgenomen kleding en middelen minimaal voldoen aan alle specificaties, normeringseisen en additionele beschermingseisen en aan de laatst geldende normen als ISO, CE, NEN die gelden voor de werkzaamheden waar de kleding en middelen bij Opdrachtgever voor bestemd zijn.																																																																																																																																															
27	Deelnemer dient minimaal de volgende maatboog te kunnen verzorgen: <table border="1" style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <tr> <td style="width: 50%;">Werkkleding</td> <td style="width: 50%;">XS tot en met XXXXL (lengtematen 47 tot en met 61)</td> </tr> <tr> <td>Veiligheidskleding</td> <td>XS tot en met XXXXL (lengtematen 47 tot en met 61)</td> </tr> <tr> <td>Representatieve kleding</td> <td>XS tot en met XXXXL (lengtematen 47 tot en met 61)</td> </tr> <tr> <td>Spijkerbroeken</td> <td>XS tot en met XXXXL (lengtematen 30 tot en met 36)</td> </tr> <tr> <td>Werklaarzen en werkschoenen</td> <td>Maat 36 tot en met 48</td> </tr> <tr> <td>Dameslijn</td> <td>XS tot en met XXL (lengtematen 34 tot en met 46)</td> </tr> </table> <p>Maatboog spijkerbroeken:</p> <table border="1" style="width: 100%; border-collapse: collapse; text-align: center;"> <thead> <tr> <th style="background-color: black; color: white;">DAMES</th> <th style="background-color: black; color: white;">28</th> <th style="background-color: black; color: white;">29</th> <th style="background-color: black; color: white;">30</th> <th style="background-color: black; color: white;">31</th> <th style="background-color: black; color: white;">32</th> <th style="background-color: black; color: white;">33</th> <th style="background-color: black; color: white;">34</th> <th style="background-color: black; color: white;">36</th> <th style="background-color: black; color: white;">38</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td style="background-color: black; color: white;">30"</td> <td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td> </tr> <tr> <td style="background-color: black; color: white;">32"</td> <td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td> </tr> <tr> <td style="background-color: black; color: white;">34"</td> <td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td> </tr> </tbody> </table> <table border="1" style="width: 100%; border-collapse: collapse; text-align: center;"> <thead> <tr> <th style="background-color: black; color: white;">HEREN</th> <th style="background-color: black; color: white;">29</th> <th style="background-color: black; color: white;">30</th> <th style="background-color: black; color: white;">31</th> <th style="background-color: black; color: white;">32</th> <th style="background-color: black; color: white;">33</th> <th style="background-color: black; color: white;">34</th> <th style="background-color: black; color: white;">36</th> <th style="background-color: black; color: white;">38</th> <th style="background-color: black; color: white;">40</th> <th style="background-color: black; color: white;">42</th> <th style="background-color: black; color: white;">44</th> <th style="background-color: black; color: white;">46</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td style="background-color: black; color: white;">28"</td> <td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td> </tr> <tr> <td style="background-color: black; color: white;">30"</td> <td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td> </tr> <tr> <td style="background-color: black; color: white;">32"</td> <td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td> </tr> <tr> <td style="background-color: black; color: white;">34"</td> <td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td> </tr> <tr> <td style="background-color: black; color: white;">36"</td> <td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td> </tr> <tr> <td style="background-color: black; color: white;">38"</td> <td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td> </tr> </tbody> </table>	Werkkleding	XS tot en met XXXXL (lengtematen 47 tot en met 61)	Veiligheidskleding	XS tot en met XXXXL (lengtematen 47 tot en met 61)	Representatieve kleding	XS tot en met XXXXL (lengtematen 47 tot en met 61)	Spijkerbroeken	XS tot en met XXXXL (lengtematen 30 tot en met 36)	Werklaarzen en werkschoenen	Maat 36 tot en met 48	Dameslijn	XS tot en met XXL (lengtematen 34 tot en met 46)	DAMES	28	29	30	31	32	33	34	36	38	30"										32"										34"										HEREN	29	30	31	32	33	34	36	38	40	42	44	46	28"													30"													32"													34"													36"													38"												
Werkkleding	XS tot en met XXXXL (lengtematen 47 tot en met 61)																																																																																																																																															
Veiligheidskleding	XS tot en met XXXXL (lengtematen 47 tot en met 61)																																																																																																																																															
Representatieve kleding	XS tot en met XXXXL (lengtematen 47 tot en met 61)																																																																																																																																															
Spijkerbroeken	XS tot en met XXXXL (lengtematen 30 tot en met 36)																																																																																																																																															
Werklaarzen en werkschoenen	Maat 36 tot en met 48																																																																																																																																															
Dameslijn	XS tot en met XXL (lengtematen 34 tot en met 46)																																																																																																																																															
DAMES	28	29	30	31	32	33	34	36	38																																																																																																																																							
30"																																																																																																																																																
32"																																																																																																																																																
34"																																																																																																																																																
HEREN	29	30	31	32	33	34	36	38	40	42	44	46																																																																																																																																				
28"																																																																																																																																																
30"																																																																																																																																																
32"																																																																																																																																																
34"																																																																																																																																																
36"																																																																																																																																																
38"																																																																																																																																																

	Indien een deelnemer niet gekleed kan worden middels de opgegeven (confectie)maten, dient Deelnemer, op verzoek, zorg te dragen voor de levering van maatwerk artikelen.
	(...)'

- 1.4. In Bijlage G ("Assortiment") van het Beschrijvend Document is, onder meer, bepaald:

'De genoemde referentie artikelen dienen ter vergelijking van de kwaliteit. De genoemde samenstelling van het materiaal en het gewicht in cm<sup>2</sup> zijn indicatief. Een beperkte afwijking die geen afbreuk doet aan de kwaliteit van het artikel is toegestaan.

(...)							
11	Werkjas kort winter, met reflectie (pilotjack)	EN 20471	24 maanden	Made To Match Pilot Jack Toronto	Fluorstof: 70% polyester, 30% katoen Contraststof: 50% polyamide, 50% katoen	240 gr/m <sup>2</sup>	Pilotjack met uitrustbare thermische voering en ruime binnenzakken. Afsluitbaar door middel van kunststof rits en met afritsbare mouwen. Voorzien van: Twee grote, verdekte steekzakken en twee verdekte borstzakken; afsluitbaar met spiraalrits. Extra steekzakken, afgezet met retroreflecterende piping. Extra binnenzak als de voering is verwijderd. Telefoonzak op rechterborst. Documentenzak met spiraalrits. Elastiek in tailleband en manchetten. Afneembare losse capuchon met vaste voering. Voorsluiting door middel van een zware kunststof rits, afgewerkt middels belegstrook met drukknoopen.
(...)							

- 1.5. In de eerste Nota van Inlichtingen van 26 augustus 2016 zijn, onder andere, de volgende vraag en het volgende antwoord opgenomen:

Vraag 11: "[A] laat zich bij de Aanbesteding ondersteunen door [B] in de persoon van [C]. [C] levert de inhoudelijke expertise voor de totstandkoming van het Programma van eisen (waaronder het assortiment) gedurende deze Aanbesteding. [B] zal op geen enkele wijze als Deelnemer, als onderaannemer of als adviseur van een Deelnemer betrokken zijn bij deze Aanbesteding"

Uit onze research blijkt dat [C] tevens werkzaam is als 'National Accountmanager' bij [D], een firma die zich onder andere heeft toegespitst op de levering van werkkleding en -schoenen en derhalve één van de partijen is die mogelijk geïnteresseerd is om in te schrijven op onderhavige Aanbesteding.

Met het oog op het Gelijkheidsbeginsel nemen wij derhalve aan dat [D] en alle aan haar gelieerde bedrijven eveneens uitgesloten zijn van betrokkenheid bij deze Aanbesteding; als Deelnemer, als onderaannemer of als adviseur van een Deelnemer betrokken bij deze Aanbesteding. Is deze aanname juist?

Zo niet; graag een uitgebreide motivering conform Aw2102 hoe de Aanbestedende dienst op deze wijze – door zich te laten adviseren door een persoon die tevens werkzaam is bij één van de marktpartijen – in onderhavige Aanbesteding de gelijkheid van Inschrijvers kan garanderen en belangenverstremgeling denkt te kunnen voorkomen.'

Antwoord: 'Uw aanname is niet correct. Onderstaand de gevraagde toelichting:

Ter verduidelijking: [C] is niet in dienst van [D].

Met [C] is een non disclosure-agreement (geheimhoudingsverklaring) gesloten die bepaalt dat aan hem verstrekte informatie uitsluitend mag worden gebruikt voor de betreffende aanbesteding.

In dit kader wordt tevens aangegeven dat [C] een adviserende rol heeft gehad bij de totstandkoming van het Programma van Eisen (waaronder het assortiment). Er is een werkgroep (bestaande uit vertegenwoordigers van de [leden van beklagde]) betrokken bij deze Aanbesteding en op basis van de input van deze werkgroep is uiteindelijk het Programma van eisen en het assortiment bepaalt.

Tevens wordt aangegeven dat [C] niet betrokken zal zijn bij de beoordeling van de Inschrijvingen.

Ten slotte wordt opgemerkt dat het Programma van Eisen (en daarmee het assortiment) gelijktijdig en ruim vóór het moment van Inschrijving bekendgemaakt wordt, aan de Deelnemers, waardoor het level playing field wordt gewaarborgd.'

- 1.6. In de tweede Nota van Inlichtingen van 7 september 2016 zijn de volgende vraag en het volgende antwoord opgenomen:

Vraag 5: 'Als reactie op antwoord 11. Op LinkedIn geeft de heer [C] per heden zelf aan nog werkzaam te zijn bij [D]. Naar onze mening is dit onwenselijke situatie waarin de vermeende betrokkenheid met een potentiële aanbieder nog steeds aan de orde is. Voor ons is onduidelijk waarom [Beklaagde] deze adviseur selecteert ondanks het feit dat er voldoende adviseurs zijn die geen enkele verbinding hebben met potentiële deelnemers en in het geval van de heer [C] met een huidige leverancier van [Beklaagde].'

Antwoord: 'Met verwijzing naar het antwoord op vraag 11 van Nota van Inlichtingen 1 merkt Opdrachtgever op dat er passende maatregelen zijn genomen. Opdrachtgever hecht er waarde aan om nogmaals aan te geven dat [C] niet betrokken zal zijn bij de beoordeling van de Inschrijvingen in welke betrokkenheid dan ook en daarmee geen enkele invloed heeft op de resultaten van de beoordeling van de Inschrijvingen.'

- 1.7. Op 14 november 2016 heeft beklagde de mededeling van de gunningsbeslissing aan klager gezonden:

'In het kader van de Europese aanbesteding Werkkleding- en schoenen (kenmerk: [Nummer]) van [Beklaagde], waarvoor u op maandag 10 oktober 2016 een inschrijving heeft ingediend, ontvangt u bijgaande de voorlopige Gunningbeslissing.

In totaal heeft [Beklaagde] twaalf inschrijvingen ontvangen. De Inschrijvingen zijn beoordeeld aan de hand van de in het Beschrijvend Document opgenomen criteria. Allereerst zijn de Inschrijvingen getoetst op volledigheid en vormvereisten. Vervolgens zijn de inschrijvingen getoetst op de Geschiktheidseisen. Daarna

zijn de inschrijvingen getoetst aan de Toetsingscriteria. Na deze beoordeling is vastgesteld dat van de twaalf Inschrijvingen er elf inschrijvingen voldoen aan de gestelde eisen. Uw Inschrijving voldoet aan de gestelde eisen.

Vervolgens zijn de inschrijvingen beoordeeld aan de hand van de Gunningscriteria. Zoals omschreven in het Beschrijvend Document wordt voor het Gunningscriterium G1: Prijsstelling de prijsstelling gehanteerd die is ingediend door middel van Standaardformulier J – G1 prijsstelling. Voor de beoordeling van G2: Maatschappelijk verantwoord ondernemen, G3: Plan van Aanpak en G4: presentatie heeft Opdrachtgever een multidisciplinair beoordelingsteam samengesteld. Eerst heeft elke beoordelaar individueel een beoordeling uitgevoerd. Tijdens plenaire beoordelingssessies heeft het beoordelingsteam de per beoordelaar toegekende scores besproken, om per Gunningscriterium consensus over de toe te kennen score te bereiken. Vervolgens zijn de toegekende scores van de aangeboden prijsstelling afgetrokken om te komen tot een fictieve aanneemsom per Inschrijving.

Na beoordeling van de Gunningscriteria heeft uw Inschrijving een fictieve aanneemsom van € 333.807,53 behaald. Uw Inschrijving eindigt op de 4<sup>e</sup> plaats. Vanwege deze positie is [Beklaagde] voornemens uw organisatie, conform paragraaf 2.6 van het Beschrijvend Document, de positie op de zogenaamde 'reservebank' toe te kennen. Daarnaast deelt [Beklaagde] u mede, op basis van de uitgevoerde beoordeling, dat wij voornemens zijn de raamovereenkomst te gunnen aan [E] (€ 198.747,98), [F] (€ 222.321,00) en [D] (297.960,46). In Bijlage A treft u de beoordeling van uw Inschrijving aan. Tot slot is in Bijlage B het verschil tussen uw score en de score van de winnende deelnemer gegeven.

Deze gunning wordt verleend aan [E], [F] en [D] onder de voorwaarde dat er binnen 20 kalenderdagen na dagtekening van deze brief geen kort geding is aangespannen tegen deze voorlopige gunning. Indien u zich niet kunt verenigen met deze beslissing van voorlopige gunning dient u binnen 20 kalenderdagen een juridische procedure aanhangig te maken bij de bevoegde rechter, van welke procedure u binnen deze termijn een afschrift aan ons dient te zenden in de vorm van een betekende dagvaarding.

(...)'

- 1.8. Klager heeft een klacht ingediend bij beklagde. Hoewel deze op 29 november 2016 is gedateerd, heeft beklagde deze klacht op 1 december via TenderNed ontvangen. Klager heeft in de klacht onder meer het volgende aangevoerd:

'(...)

In de voorlopige gunning is [Klager] meegedeeld dat de inschrijving als 4e is beoordeeld ná [E], [F] en [D]. Hierbij zijn de fictieve inschrijvingsprijzen, de beoordeling (inclusief korting) per gunningscriteria van [Klager] en hoe de beoordeling van [Klager] zich verhoudt tot de eerste drie partijen gegeven (zie: bijlage 5).

Om de totale beoordeling overzichtelijk weer te geven hebben wij deze beoordeling opgenomen in een tabel (tabel 1 – overzicht beoordeling). In deze tabel is de fictieve inschrijvingsprijs waarop de ranking is gebaseerd in de laatste kolom te zien. In de kolommen MVO, PVA en Presentatie zijn de scores te zien behaald door de eerste vier Inschrijvers.

			MVO	PVA	Presentatie	Totale korting	Fictieve prijs
	Prijsstelling	Vergelijk	Score	Score	Score		
[E] Korting	€ 510.747,98	-13,04%	Ze <sup>e</sup> r goed € 78.000,00	Ze <sup>e</sup> r goed € 156.000,00	Ze <sup>e</sup> r goed € 78.000,00	€ 312.000,00	€ 198.747,98
[F] Korting	€ 475.821,00	-18,98%	Goed € 58.500,00	Goed € 117.000,00	Ze <sup>e</sup> r goed € 78.000,00	€ 253.500,00	€ 222.321,00
[D] Korting	€ 473.460,46	-19,38%	Ruim voldoende € 39.000,00	Ruim voldoende € 78.000,00	Goed € 58.500,00	€ 175.500,00	€ 297.960,46
[Kla- ger] Korting	€ 587.307,53	0,00%	Goed € 58.500,00	Goed € 117.000,00	Ze <sup>e</sup> r goed € 78.000,00	€ 253.500,00	€ 333.807,53

**Tabel 1 – overzicht beoordeling**

Voor [E] kunnen we deze score zeker stellen omdat vrijgegeven is dat [Klager] lager scoort op de onderdelen MVO en PVA en gelijk scoort op de Presentatie. [Klager] heeft een goed gescoord op MVO en PVA waardoor [E] de maximale score op beide onderdelen gekregen moet hebben.

Voor [F] is de invulling eenvoudig omdat [Klager] exact dezelfde scores heeft gekregen.

Bij [D] weten we enkel dat [Klager] hoger scoort op alle drie de onderdelen. De beoordeling weergegeven in het rood is op basis hiervan de hoogste score die [D] behaald kan hebben.

Op basis van deze gegevens kan [Klager] de Prijsstelling van [E] en [F] met zekerheid vaststellen. De Prijsstelling van [D] kan echter lager zijn dan [Klager] in tabel weergeeft. Omdat deze gegevens niet 100% inzichtelijk zijn hebben wij deze in het rood weergegeven.

De nu voor [Klager] bekende gegevens laten reeds zien dat [D] heeft ingeschreven met aanzienlijk lagere prijzen dan andere Inschrijvers.

De conclusie dat een belangenconflict is ontstaan door de betrokkenheid van [C] wordt op basis van deze gegevens nogmaals bevestigd. Er moet na de beoordeling dan ook geconcludeerd worden dat [C], al dan niet bewust, door zijn kennis opgedaan bij [D] een assortiment heeft geadviseerd welke een disproportioneel voordeel heeft opgeleverd voor [D] in vergelijking tot andere Inschrijvers.

(...)

- 1.9. Bij deze klacht heeft klager als bijlage een printscreen overgelegd van het profiel van [C] zoals dat op 29 november 2016 op LinkedIn te zien was:

'[C]  
Owner bij [B]/National Accountmanager [D]  
(...)

Experience

**National Accountmanager**

[D]  
2010 – Present (6 years)

**Owner**

[B]



2009 – Present (7 years)

**Business Manager**

[D]

2005 – 2009 (4 years)'

- 1.10. Op 6 december 2016 heeft beklagde aan klager de volgende reactie op haar klacht gezonden:

'Met deze email reageren wij op uw brief met het kenmerk: Klacht betreffende betrokken adviseur, die wij op 1 december 2016 via TenderNed van u ontvingen.

U stelt hierin wederom vragen over de betrokkenheid van [C], zoals u dat ook in de aanbesteding reeds eerder heeft gedaan. Die vragen hebben wij in Nota van Inlichtingen één en twee beantwoord.

[Beklaagde] blijft bij hetgeen in de genoemde Nota's van Inlichtingen reeds is gemeld over de betrokkenheid van [C]. Daarbij komt dat u met uw inschrijving heeft ingestemd met alle uitgangspunten en voorwaarden van deze aanbestedingsprocedure, waaronder de daarbij betrokken adviseurs en daarop in de Nota's van Inlichtingen gegeven toelichting. Wij zien dan ook geen reden om de bezwaartermijn, die overigens reeds verlopen is, te verlengen.

Voorgaande neemt niet weg dat wij altijd bereid zijn om in een mondelinge gesprek nader van gedachten te wisselen over het verloop van deze aanbestedingsprocedure in het algemeen en de beoordeling van uw inschrijving in het bijzonder. Indien u van die mogelijkheid gebruik wilt maken, dan vernemen wij dat graag van u.'

**2. Beschrijving klacht**

Beklaagde heeft zich in het kader van de onderhavige aanbestedingsprocedure laten adviseren door een niet onafhankelijke externe adviseur C. Klager vermoedt dat C, al dan niet bewust, door zijn kennis opgedaan bij [D] een assortiment aan beklagde heeft geadviseerd dat een disproportioneel voordeel heeft opgeleverd voor [D] in vergelijking tot andere inschrijvers. Klager vermoedt dan ook dat de aanbesteding is toegeschreven naar D.

**3. Onderbouwing klacht**

- 3.1. Volgens klager is de door beklagde ingeschakelde externe adviseur C partijdig, nu deze adviseur volgens zijn LinkedIn-profiel werkzaam is bij D.
- 3.2. Klager stelt dat D een in de markt bekende partij is en dat de connectie tussen de externe adviseur en D is aangekaart in de eerste en tweede Nota van Inlichtingen.
- 3.3. Klager stelt dat de vragen in de inlichtingenronden (zie 1.5 en 1.6 hiervoor) over de betrokkenheid van C bij de aanbestedingsprocedure zijn gesteld door adviesbureau G, dat G een vaste overeenkomst heeft met een zusteronderneming van klager en dat de vragen zijn geïnitieerd door klager. Klager geeft aan er bewust voor te hebben gekozen de vragen via G te stellen, omdat het naar haar mening een gevoelig onderwerp betreft.

- 3.4. In de Nota's van Inlichtingen zijn volgens klager geen antwoorden gegeven die 100% sluitend aantonen dat de externe adviseur geen betrokkenheid heeft bij D. Er is volgens klager enkel opgemerkt dat de adviseur niet bij D werkzaam is, maar er is op geen enkele wijze getracht aan te tonen dat dit zo is. Zelfs na het aankaarten van de situatie, is het LinkedIn-profiel van C ongewijzigd gebleven.
- 3.5. Volgens klager is C betrokken geweest bij het opstellen van de specificaties, en bleek de firma D veruit de laagste inschrijvingsprijs te hebben. Hierdoor is bij klager het sterke vermoeden ontstaan dat D een groot voordeel heeft gehad ten opzichte van de andere marktpartijen door de betrokkenheid van C.
- 3.6. D is als derde geëindigd en de partijen die bij de eerste drie horen, worden opgenomen in de raamovereenkomst. D kan hierdoor aan de mini-competenties deelnemen.
- 3.7. Tenslotte merkt klager op dat zij als vierde is geëindigd en dat zij op de 14<sup>e</sup> dag van de standstill periode een klacht heeft ingediend over de betrokkenheid van C. Daarbij heeft klager beklagde verzocht de standstill periode te verlengen om de klacht voldoende te kunnen onderzoeken, maar beklagde heeft een dag na beëindiging van de standstill periode de klacht op niet-inhoudelijke wijze afgedaan en ook het verzoek tot termijnverlenging niet ingewilligd.

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

- 4.1. In haar reactie op de klacht merkt beklagde ten eerste op dat zij zich bij de start van het organiseren van deze aanbesteding heeft gerealiseerd dat er een duidelijke projectstructuur nodig was voor het succesvol doorlopen van de aanbesteding. Zij heeft daarom een werkgroep, bestaande uit een zestal afgevaardigden van de leden van beklagde, die affiniteit en bekendheid hebben met het onderwerp van de aanbesteding en tevens betrokken zijn bij inkoop binnen de eigen organisatie, ingericht en een extern aanbestedingsadviesbureau ingehuurd voor de procesbegeleiding van de aanbesteding. Om de inhoudelijke expertise te krijgen die noodzakelijk was, heeft beklagde C ingehuurd. Beklagde heeft C gevraagd ondersteuning te bieden bij de totstandkoming van het programma van eisen en het uit te vragen assortiment.
- 4.2. Volgens beklagde is C, in tegenstelling tot hetgeen in de klacht wordt gesteld, niet werkzaam voor D. Wel maakt D met enige regelmaat gebruik van de diensten van B, het bedrijf waar C eigenaar van en werkzaam voor is. Dit is volgens beklagde de reden waarom D vermeld staat op de LinkedIn-pagina van C.
- 4.3. Beklagde stelt dat ten aanzien van de aanbesteding en de uitvoering van de opdracht werkkleding en -schoenen D geen gebruik heeft gemaakt van de diensten van (het bedrijf van) C. Dit geldt voor de periode zowel vóór als ná de inschrijving van D. In het verlengde hiervan zal C evenmin voor andere inschrijvers/opdrachtnemers werkzaamheden verrichten die betrekking hebben op of voortkomen uit deze aanbesteding. Voor de volledigheid heeft C dat op 3 januari 2017 namens zijn bedrijf in het kader van deze klachtprocedure nog eens met een schriftelijke verklaring bevestigd. In deze schriftelijke verklaring is het volgende opgenomen:

'L.S.

Hierbij verklaar ik – mede namens mijn bedrijf [B] – dat ik, sinds mijn aanvaarding van de opdracht tot het assisteren bij het opstellen van een assortiment ten behoeven van de aanbesteding Werkkleding en -schoenen van [Beklagde], geen

inhoudelijk contact heb gehad met [D] en/of enige andere marktpartij over deze werkzaamheden. Dat zal ook ik in de toekomst – als deze opdracht wordt uitgevoerd – niet het geval zijn.

Mijn opdracht betrof het samenstellen van een assortiment dat aansluit bij de behoefte van [Beklaagde]. De richtlijnen zijn vastgesteld door de Commissie Gezamenlijke Inkoop van [Beklaagde]. Op basis van deze input gecombineerd met de historische afname heb ik meerdere malen een concept voorstel voor het programma van eisen (PvE) en het kernassortiment aan de Commissie Gezamenlijke Inkoop voorgelegd. Bij het samenstellen van deze eisen is erop gelet dat alle relevante marktpartijen in staat moeten zijn aan deze eisen te voldoen, zonder dat één of meer marktpartijen worden bevoordeeld.

Na het samenstellen van deze documenten en het aanwezig zijn bij de finale presentatie voor de leden van [Beklaagde], kort voor de publicatie van de aanbesteding Werkkleding en -schoenen van [Beklaagde] was mijn opdracht afgerond. Mijn laatste betrokkenheid betrof nog dat [H] van [A] mij enkele malen input vroeg over vragen voortkomend uit de Nota van Inlichtingen. Deze vragen waren PvE/assortiment gerelateerd. Ik heb daarna geen inhoudelijk contact meer gehad met [A] en ben door hen niet inhoudelijk op de hoogte gehouden van de voortgang van de aanbestedingsprocedure.

De bij mij beschikbare kennis over de aanbesteding en de opdracht ging niet verder dan de inhoud zoals gepubliceerd in de aanbestedingsdocumentatie. De bij mij beschikbare informatie zou voor geen enkele derde partij een voordeel geboden hebben. Dat neemt niet weg dat ik – mede vanwege mijn geheimhoudingsverklaring – ik sowieso geen enkele informatie over de aanbesteding met een derde partij heb gedeeld.'

Deze verklaring stemt volgens beklagde overeen met het bepaalde in paragraaf 2.4 Beschrijvend Document waarin de rol van C expliciet is weergegeven.

- 4.4. Beklaagde licht toe dat C louter betrokken is geweest bij de voorbereiding van de aanbestedingsprocedure. Zijn taak was het opstellen van het programma van eisen. Hij had daarbij niet de vrije hand om het programma van eisen zelf in te richten. De leden van de werkgroep zijn leidend geweest bij het bepalen van de scope van de opdracht. Zij hebben, overigens zonder C, besloten een kernassortiment samen te stellen dat een groot gedeelte van de behoefte van de leden van beklagde beslaat. Vervolgens heeft de werkgroep bepaald welke producten er behoren tot het kernassortiment op basis van een assortiment van veel afgenomen producten binnen de eigen organisatie.
- 4.5. C heeft volgens beklagde op basis van de input van de werkgroep de uitwerking van de specificaties opgesteld. Dat leidde tot het PvE en de lijst met het kernassortiment en de kenmerken daarvan. Deze specificaties gaven naar de mening van beklagde alle partijen in de branche de mogelijkheid om een concurrerende inschrijving te doen, zonder dat een of meer partijen bevoordeeld waren ten opzichte van anderen. Beklaagde stelt dat dit ook gold voor D.
- 4.6. Beklaagde stelt dat er dan ook geen sprake was van toeschrijving naar D. Dat zou naar de mening van beklagde namelijk betekenen dat maar één marktpartij aan de specificaties kan voldoen, dan wel dat die partij als enige met extra voordeel (zoals een hoge korting) aan de producten kan komen die aan de specificaties voldoen. Daarvan kan alleen sprake zijn als bepaalde producten dwingend worden voorgeschreven. Dat is evenwel aanbestedingsrechtelijk niet toegestaan en is in deze aanbestedingsprocedure ook niet aan de orde geweest. Dat zou ook onmiddellijk leiden tot bezwaren van inschrijvers die niet of minder voordelig aan

de vereiste producten zouden kunnen komen. In dit geval heeft juist geen enkele deelnemer vóór inschrijving bezwaren geuit tegen de specificaties.

- 4.7. Verder merkt beklagde op dat met het opstellen van het PvE en de lijst van het kernassortiment in beginsel de werkzaamheden en de betrokkenheid van C eindigden. In het vervolg van de aanbestedingsprocedure heeft C slechts als 'klankbord' gefunctioneerd bij het beantwoorden van vragen in het kader van de Nota van Inlichtingen. Dat betrof volgens beklagde vragen die betrekking hadden op de specificaties. Na de publicatie van de laatste Nota van Inlichtingen is C in het geheel niet meer betrokken geweest bij de aanbestedingsprocedure.
- 4.8. Beklagde merkt op dat het resultaat van de werkzaamheden van C met alle potentiële inschrijvers gedeeld is nu het PvE en de lijst van het kernassortiment als bijlagen B en G bij het Beschrijvend Document, evenals de Nota's van Inlichtingen, openbaar zijn gepubliceerd. Daarbij beschikte C na het afronden van zijn werkzaamheden dan ook niet over meer relevante informatie dan openbaar bekend is gemaakt. Hierbij merkt beklagde ten overvloede op dat voor zover dat wel het geval zou zijn geweest, C die informatie niet mocht delen met anderen. Hij heeft daartoe – voordat hij met zijn werkzaamheden is aangevangen – op 23 juni 2016 een geheimhoudingsverklaring ondertekend:

#### **'Geheimhoudingsverklaring**

Behorende bij de volgende aanbestedingen die in opdracht van [Beklaagde] worden uitgevoerd:

- Gereedschappen
- Bedrijfskleding en persoonlijke beschermingsmiddelen

Naam ondernemer	[B]
-----------------	-----

Ondergetekende verklaart met betrekking tot de hierboven genoemde aanbestedingen het volgende:

Ondergetekende, waaronder begrepen diens medewerkers, verplicht zich geheimhouding te betrachten met betrekking tot alle informatie die hem ter beschikking zijn gesteld dan wel die hem ter inzage zijn gegeven, waarvan hij weet of kan vermoeden dat bekendmaking [Beklaagde], haar leden of [A] nadeel of schade kan opleveren, behoudens schriftelijke toestemming van [Beklaagde] en [A]. [Beklaagde] en [A] kunnen aan toestemming voorwaarden verbinden.

Ook nadat de vereiste toestemming is verkregen is ondergetekende, waaronder begrepen diens medewerkers, gehouden al het redelijke te doen of na te om te voorkomen dat de rechten en belangen van [Beklaagde], haar leden en [A] worden geschaad.

(...)'

- 4.9. Voorts stelt beklagde dat de vragen over (de rol van) C niet door klager zijn gesteld.
- 4.10. Na de publicatie van de tweede Nota van Inlichtingen zijn er geen verdere vragen, bezwaren, laat staan juridische procedures, aangaande de rol van C geweest.
- 4.11. Beklagde merkt op dat verder nog van belang is dat in de Nota van Inlichtingenfase wel vragen zijn gesteld over de specificaties van de werkkleding en -schoenen, maar er niet een vraag is gesteld (laat staan een bezwaar geuit)

waaruit blijkt dat niet alle deelnemers op gelijke wijze zouden kunnen voldoen aan de specificaties. Evenmin volgde volgens beklaagde uit een vraag of bezwaar dat één of meer marktpartijen zouden worden beoordeeld door deze specificaties. Dat terwijl de marktpartijen in deze branche naar de mening van beklaagde een goed inzicht in elkaars aanbod hebben en dus een (ontoelaatbare) beoordeeling van een marktpartij direct zouden opmerken.

- 4.12. Verder wijst beklaagde er op dat zij de wijze van totstandkoming van de aanbestedingsdocumenten (inclusief de rol van C) en de specificaties van de opdracht transparant bekend heeft gemaakt. Klager heeft hiertegen volgens beklaagde vóór inschrijving geen bezwaar gemaakt en heeft hiermee met haar inschrijving zelfs expliciet ingestemd. Daarmee heeft klager volgens beklaagde (tot driemaal toe) haar rechten verwerkt om thans nog bezwaar te maken tegen de rol van C.
- 4.13. Beklaagde verwijst in dit verband naar § 3.2.2 van het Beschrijvend Document (zie 1.2 hiervoor) en stelt dat klager niet aan haar plicht tot het maken van melding van tegenstrijdigheden, onduidelijkheden en onvolkomenheden heeft voldaan. Hoewel klager tijdens de Nota's van Inlichtingen weliswaar een vraag heeft gesteld, heeft zij volgens beklaagde in dat kader géén vragen gesteld over de rol van C. Beklaagde komt daarmee expliciet terug op haar opmerking in de reactie op de klacht van 6 december 2016 (zie 1.10 hiervoor) dat klager al eerder vragen had gesteld over de betrokkenheid van C. Door die vragen niet zelf te stellen, maar via een adviesbureau van een zusteronderneming, heeft klager bewust niet voldaan aan § 3.2.2 van het Beschrijvend Document. Volgens beklaagde is vraag 5 in de tweede Nota van Inlichtingen (zie 1.6 hiervoor) gesteld door een andere inschrijver en dus ook niet door klager 'geïnitieerd'. Evenmin heeft klager volgens beklaagde anderszins vóór 31 augustus 2016 12.00 uur of vóór haar inschrijving melding gemaakt van bezwaren aangaande de inzet van C. Dat brengt volgens beklaagde met zich dat klager zich in een latere gerechtelijke procedure (waaronder volgens beklaagde ook de klachtenprocedure bij de Commissie valt) niet meer kan beroepen op de vermeende ontoelaatbaarheid van de betrokkenheid van C. Uit het bepaalde van § 3.2.2 van het Beschrijvend Document volgt immers duidelijk dat een 'Deelnemer' zelf zijn eventuele bezwaren naar voren dient te brengen. Het is volgens beklaagde niet mogelijk om mee te liften op de vragen van andere deelnemers.
- 4.14. De reden die klager opgeeft voor het niet (rechtstreeks) stellen van vragen – "omdat het een gevoelig onderwerp is" (zie 3.3 hiervoor) – kan beklaagde niet goed plaatsen. Beklaagde ziet niet waarom vragen over een gevoelig onderwerp via een derde gesteld moeten worden. In dat kader wijst beklaagde er op dat de procedure de mogelijkheid kende om commercieel vertrouwelijke vragen buiten de Nota van Inlichtingen om te beantwoorden (zie § 3.3.2 Beschrijvend Document), dat de vragen in de Nota's van Inlichtingen ook overigens geanonimiseerd bekendgemaakt en beantwoord werden (zie § 3.3.3 Beschrijvend Document) en dat er twee vragenrondes waren, waarbij de vervaltermijn om bezwaren naar voren te brengen gelijktijdig sloot met de tweede Nota van Inlichtingen. Klager had dus tot en met de tweede Nota van Inlichtingen de tijd om haar bezwaren zelf naar voren te brengen en kon dus zelfs antwoorden op vragen van derden (al dan niet door haar geïnitieerd) afwachten (zie § 3.2 en 3.3.2 Beschrijvend Document). Volgens beklaagde heeft klager daarmee op grond van § 3.3.2 Beschrijvend Document haar rechten verwerkt.
- 4.15. Daarnaast is beklaagde van mening dat klager zich niet heeft gehouden aan het bepaalde in de laatste alinea van paragraaf 3.2.2 Beschrijvend Document (zie 1.2 hiervoor) waarin is opgenomen dat een deelnemer op straffe van verval van recht minimaal vijf kalenderdagen vóór de sluitingsdatum voor het indienen van de inschrijving een kort geding procedure aanhangig dient te maken. Dit heeft

klager nagelaten terwijl zij in haar klacht stelt dat zij na kennisneming van de Nota van Inlichtingen meende dat er nog sprake was van een onvolkomenheid. Door niet tijdig een kort geding aanhangig te maken, zijn volgens beklagde de rechten van klager vervallen om op enig moment beroep te doen op de vermeende onjuistheid.

- 4.16. Ten derde stelt beklagde dat klager niet alleen heeft nagelaten zich te verzetten tegen het uitgangspunt van de aanbestedingsprocedure waar zij over klaagt, maar dat zij met haar inschrijving zelfs heeft ingestemd met het bestaan van dat uitgangspunt. Ook dit maakt volgens beklagde dat klager daar niet meer over kan beklagen.
- 4.17. Beklagde wijst er ten overvloede op dat er geen sprake is van belangenverstremming, bevoordeling en/of een verplichting om D uit te sluiten. Geen van de inschrijvers heeft volgens beklagde voordeel kunnen behalen bij de betrokkenheid van C bij deze aanbestedingsprocedure. Hiertoe voert beklagde de volgende argumenten aan:
- C (en zijn bedrijf B) werkt uitdrukkelijk niet samen met D of enige andere inschrijver wat deze aanbestedingsopdracht betreft;
  - Alle resultaten van de werkzaamheden van C zijn openbaar bekend gemaakt in de aanbestedingsdocumentatie;
  - C heeft een geheimhoudingsverklaring ondertekend voor zover hij nog over relevante informatie zou beschikken.
  - De resultaten van de werkzaamheden van C leidden tot specificaties waaraan alle relevante marktpartijen (waaronder klager) konden voldoen, zonder dat daarbij één of meer marktpartijen zijn bevoordeeld;
- 4.18. Klager heeft volgens beklagde niet één inhoudelijk argument aangevoerd, laat staan het begin van bewijs, waaruit volgt dat het bovenstaande niet juist is of D onrechtmatig is bevoordeeld. Klager heeft slechts gewezen op (i) de LinkedIn-pagina van C en (ii) de lage prijs van D.
- 4.19. Ten aanzien van (i) geeft beklagde aan dat reeds eerder is opgemerkt dat de vermelding van D voortkomt uit (interim)werkzaamheden die – nadrukkelijk – gescheiden zijn van deze aanbestedingsprocedure. Ten aanzien van (ii) merkt beklagde op dat er ten eerste géén sprake is van een (zeer) lage prijs van D. Zoals klager zelf met haar analyse van de uitslag heeft aangetoond, was de prijs van D vergelijkbaar met die van mede-winnaar F. De prijs van de derde winnaar E, was minder dan 8% hoger dan die van D. Ten tweede geldt volgens beklagde dat klager nog niet één argument heeft aangevoerd waaruit volgt dat een (relatief) lage inschrijfprijs direct zou voortkomen uit een toegeschreven opdracht, terwijl er verschillende (bedrijfseconomische) redenen zijn op basis waarvan een inschrijver zijn prijs bepaalt. Sterker nog: volgens beklagde kan een naar een partij toegeschreven opdracht er juist toe leiden dat die partij een hogere prijs kan vragen vanwege zijn concurrentievoorsprong. Dan is het volgens beklagde onlogisch dat een bevoordeelde inschrijver ervoor kiest met een, in de optiek van klager, bijzonder lage prijs in te schrijven.
- 4.20. Volgens beklagde brengt het voorgaande met zich dat er geen sprake is geweest van een belangenconflict, en voor zover de mogelijkheid daarop bestond, heeft beklagde passende maatregelen genomen om dat te verhelpen. Beklagde stelt dat het uitsluiten van D en/of een andere inschrijver niet alleen onnodig is, het is zelfs disproportioneel en daarmee verboden. Beklagde verwijst hiertoe naar jurisprudentie van het Hof van Justitie EU, met name HvJ EU 3 maart 2005, C-21/03 en C-34/03 (Fabricom), en de codificatie daarvan in artikel 1.10 Aw jo.

2.87 lid 1 sub d Aw zoals nader toegelicht door de wetgever in de Memorie van Toelichting (*Kamerstukken II 2015/16, 34 329, nr. 3, p. 26 en 69*).

## **5. Beoordeling**

- 5.1. De Commissie stelt vast dat beklagde op 12 augustus 2016 een Europese openbare procedure heeft aangekondigd voor een raamovereenkomst met drie ondernemingen ten behoeve van de levering van werkkleding en -schoenen. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Delen 1 en 2 van de ten tijde van de aankondiging van de aanbestedingsprocedure geldende Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit.
- 5.2. Allereerst is de Commissie van oordeel dat de enkele omstandigheid dat klager in de onderhavige aanbestedingsprocedure een inschrijving heeft ingediend en daarmee zou hebben ingestemd met de opzet van de aanbestedingsprocedure, haar niet het recht ontnemt om ten aanzien van de betrokkenheid van C bij de aanbestedingsprocedure een klacht in te dienen bij de Commissie.
- 5.3. Wel zal de Commissie onderzoeken of klager zich voldoende proactief heeft opgesteld. Volgens bestaande jurisprudentie mag van een (potentiële) inschrijver immers een proactieve houding worden verwacht. Dit houdt in dat een inschrijver – mogelijke – inbreuken op het op de aanbestedingsprocedure van toepassing zijnde recht bij de aanbesteder dient te signaleren zodra hij die redelijkerwijze behoorde op te merken. De ratio daarvan is dat de aanbesteder daarmee mogelijk in staat wordt gesteld (de gevolgen van) die inbreuk ongedaan te maken in een stadium waarin de nadelige gevolgen daarvan voor alle betrokken partijen zoveel mogelijk beperkt kunnen blijven.
- 5.4. Beklaagde heeft de hiervoor bedoelde verplichting nader uitgewerkt in paragraaf 3.2.2 van het Beschrijvend Document (zie 1.2 hiervoor). Hierin is de verplichting voor klager opgenomen tegenstrijdigheden, enige onduidelijkheid of onvolkomenheden in het Beschrijvend Document zo spoedig mogelijk, maar uiterlijk vóór 31 augustus 2016 12.00 uur melding te maken. Indien klager na kennisneming van de Nota van Inlichtingen nog steeds meent dat er tegenstrijdigheden of onvolkomenheden zijn, dan is de verplichting opgenomen dat zij op straffe van verval van recht minimaal vijf kalenderdagen vóór de sluitingsdatum voor het indienen van de inschrijving een kort geding procedure aanhangig moet maken.
- 5.5. Zowel in de eerste als de tweede vragenronde is een kritische vraag gesteld over de betrokkenheid van C bij de aanbestedingsprocedure, gezien zijn banden met D (zie 1.5 en 1.6 hiervoor). Klager stelt dat deze vragen indirect van haar afkomstig waren. De Commissie kan dit in het midden laten. Ook indien de vragen niet zijn gesteld door klager zelf, brengt dat naar het oordeel van de Commissie niet met zich mee dat klager hier later niet meer over mag klagen (vgl. Hof Den Bosch 1 december 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4943, JAAN 2016/11 m.nt. E.E. Zeelenberg, r.o. 6.15). Als gevolg van de gestelde vragen is beklagde op de hoogte van bezwaren bij potentiële inschrijvers tegen de betrokkenheid van C in de procedure. Niet aannemelijk is dat beklagde een ander antwoord had gegeven indien de vragen door klager zelf waren gesteld. Bovendien zou een andersluidend oordeel tot gevolg hebben dat alle potentiële inschrijvers dezelfde vragen zouden moeten stellen om hun recht om te klagen niet te verspelen (zie C.A.M. Lombert, 'Het Grossmann-verweer in de Nederlandse aanbestedingspraktijk', TA 2014(3)/140).
- 5.6. Voormelde verplichting om proactief te handelen als bedoeld in 5.3 hiervoor strekt niet zover dat klager reeds vóór inschrijving en vóór de mededeling van de

gunningsbeslissing een klacht bij de Commissie had moeten indienen of een kort geding aanhangig had moeten maken. Evenmin staat de verplichting in paragraaf 3.2.2 van het Beschrijvend Document (zie 1.2 hiervoor) – dat een inschrijver op straffe van verval van recht minimaal vijf kalenderdagen vóór de sluitingsdatum voor het indienen van de inschrijving een kort geding procedure aanhangig moet maken, indien hij na kennisneming van de Nota van Inlichtingen nog steeds meent dat er tegenstrijdigheden of onvolkomenheden zijn – er aan in de weg om nog een klacht te kunnen indienen bij de Commissie.

- 5.7. Ten overvloede merkt de Commissie het volgende op over voormelde verplichting in paragraaf 3.2.2 van het Beschrijvend Document. Naar het oordeel van de Commissie ontnemt deze verplichting in het Beschrijvend Document een inschrijver niet het recht om na het indienen van een inschrijving alsnog een kort geding aanhangig te maken, al is het maar om deze bepaling op rechtmatigheid te laten toetsen. In het licht van de ratio van de verplichting van een proactieve houding van de inschrijvers, zie 5.3 hiervoor, vraagt de Commissie zich af of de verplichting om vóór inschrijving een kort geding aanhangig te maken disproportioneel of naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Het gaat er immers om dat inschrijvers de aanbestedende dienst tijdig op mogelijke misstappen wijzen. Daarvoor is het aanhangig maken van een kort geding niet noodzakelijk. Bovendien is een kort geding een kostbare aangelegenheid en zet dat de relaties tijdens een aanbestedingsprocedure erg op scherp.
- 5.8. Alvorens tot een beoordeling van de klacht te komen, overweegt de Commissie nog het volgende met betrekking tot het toetsingskader.
- 5.8.1. In artikel 1.8 Aw 2012 is bepaald dat een aanbestedende dienst ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze behandelt.
- 5.8.2. Deze verplichting houdt naar het oordeel van de Commissie onder andere in dat de door een aanbestedende dienst in de aanbestedingsstukken opgenomen functionele en technische specificaties en beoordelings- en gunningssystematiek de tot inschrijving uitgenodigde ondernemingen gelijke toegang tot de opdracht moeten bieden. Aan deze verplichting wordt niet voldaan in het geval dat de specificaties en/of de beoordelings- en gunningssystematiek zijn toegeschreven naar een bepaald fabricaat of merk waardoor één van de tot inschrijving uitgenodigde ondernemingen kan worden bevoordeeld (zie Advies 190, overweging 5.2).
- 5.8.3. Deze verplichting is onder andere uitgewerkt in artikel 2.75, lid 6, en in artikel 2.76, lid 1, aanhef en onderdelen a en b, en lid 3, Aw 2012, waarin onderdelen van artikel 42 van Richtlijn 2014/24/EU zijn geïmplementeerd:

#### **Artikel 2.75**

(...)

6. De technische specificaties bieden de inschrijvers gelijke toegang en leiden niet tot ongerechtvaardigde belemmeringen in de openstelling van overheidsopdrachten voor mededinging.

#### **Artikel 2.76**

1. Een aanbestedende dienst formuleert de technische specificaties:

a. door verwijzing naar technische specificaties en achtereenvolgens naar nationale normen waarin Europese normen zijn omgezet, Europese technische beoordelingen, gemeenschappelijke technische specificaties, internationale normen, andere door Europese normalisatie-instellingen opgestelde technische referentiesystemen of, bij ontstentenis daarvan, nationale normen, nationale technische goedkeuringen dan wel nationale technische specificaties inzake het ontwerpen, berekenen en uitvoeren van werken en het gebruik van leveringen,



b. in termen van prestatie-eisen en functionele eisen, (...) waarbij de eisen zodanig nauwkeurig zijn bepaald dat de inschrijvers het voorwerp van de overheidsopdracht kunnen bepalen en de aanbestedende dienst de overheidsopdracht kan gunnen,

(...)

3. Een aanbestedende dienst verwijst in de technische specificaties niet naar een bepaald fabricaat, een bepaalde herkomst of een bijzondere werkwijze die kenmerkend is voor de producten of diensten van een bepaalde ondernemer, een merk, een octrooi of een type, een bepaalde oorsprong of een bepaalde productie, waardoor bepaalde ondernemingen of bepaalde producten worden bevoordeeld of uitgesloten, tenzij dit door het voorwerp van de overheidsopdracht gerechtvaardigd is.

(...)'

5.8.4. Artikel 24 Richtlijn 2014/24/EU ziet op belangenconflicten en is in artikel 1.10b Aw 2012 geïmplementeerd. In artikel 1.10b Aw 2012 is bepaald:

'1. Een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf neemt passende maatregelen om fraude, bevoordeling, corruptie en belangenconflicten tijdens een aanbestedingsprocedure doeltreffend te voorkomen, te onderkennen en op te lossen, teneinde vervalsing van de mededinging te vermijden, de transparantie van de procedure te waarborgen en gelijke behandeling van alle ondernemers te verzekeren.

2. Onder belangenconflicten als bedoeld in het eerste lid wordt in ieder geval de situatie verstaan waarin personeelsleden van de aanbestedende dienst, het speciale-sectorbedrijf of de namens de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf optredende publiekrechtelijke of privaatrechtelijke instantie die een aanvullende aankoopactiviteit op de markt aanbiedt, die betrokken zijn bij de uitvoering van de aanbestedingsprocedure of invloed kunnen hebben op het resultaat van deze procedure, direct of indirect, financiële, economische of andere persoonlijke belangen hebben die geacht kunnen worden hun onpartijdigheid of onafhankelijkheid bij deze procedure in het gedrang te brengen.'

5.8.5. Artikel 41 Richtlijn 2014/24/EU ziet meer specifiek op de betrokkenheid van een inschrijver bij de voorbereiding van een aanbestedingsprocedure en codificeert het arrest Fabricom (HvJ EG 3 maart 2005, zaak C-21 en 34/03, r.o. 36). Deze bepaling is in artikel 2.51 Aw 2012 geïmplementeerd. In artikel 2.51 Aw 2012 is bepaald:

'1. Indien een gegadigde, een inschrijver of een met een gegadigde of inschrijver verbonden onderneming een aanbestedende dienst heeft geadviseerd of anderszins betrokken is geweest bij de voorbereiding van een aanbestedingsprocedure, neemt de aanbestedende dienst passende maatregelen om ervoor te zorgen dat de mededinging niet wordt vervalst door de deelneming van die gegadigde of inschrijver.

2. Passende maatregelen als bedoeld in het eerste lid omvatten:

a. de mededeling aan andere gegadigden en inschrijvers van relevante informatie die is uitgewisseld in het kader van of ten gevolge van de betrokkenheid van de gegadigde of inschrijver bij de voorbereiding van de aanbestedingsprocedure, en  
b. de vaststelling van passende termijnen voor de ontvangst van de inschrijvingen.

3. Een aanbestedende dienst sluit een gegadigde of inschrijver die betrokken is geweest bij de voorbereiding van een aanbestedingsprocedure slechts van de aanbestedingsprocedure uit indien er geen andere middelen zijn om de naleving van het beginsel van gelijke behandeling te verzekeren.

4. Een aanbestedende dienst biedt een bij de voorbereiding van een aanbestedingsprocedure betrokken gegadigde of inschrijver de gelegenheid om te bewij-

zen dat zijn betrokkenheid de mededinging niet kan verstoren, alvorens hij de gegadigde of inschrijver van de aanbestedingsprocedure uitsluit.

5. Maatregelen als bedoeld in het eerste lid worden vermeld in het proces-verbaal, bedoeld in artikel 2.132.'

5.8.6. Vervolgens is in artikel 2.87 Aw 2012 onder meer bepaald:

'1. De aanbestedende dienst kan een inschrijver of gegadigde uitsluiten van deelneming aan een aanbestedingsprocedure op de volgende gronden:

(...)

e. een belangenconflict in de zin van artikel 1.10b kan niet effectief worden verholpen met andere minder ingrijpende maatregelen;

f. wegens de eerdere betrokkenheid van de inschrijver of gegadigde bij de voorbereiding van de aanbestedingsprocedure heeft zich een vervalsing van de mededinging als bedoeld in artikel 2.51 voorgedaan die niet met minder ingrijpende maatregelen kan worden verholpen;

(...)'

5.9. In de onderhavige zaak gaat het om de betrokkenheid van deskundige C bij de voorbereiding van de aanbestedingsprocedure, meer specifiek het opstellen van voorstellen voor het Programma van Eisen en het kernassortiment. De Commissie zal eerst onderzoeken of beklagde passende maatregelen heeft genomen in de zin van artikelen 1.10b en 2.51 Aw 2012.

5.10. Volgens beklagde is de door haar ingeschakelde deskundige C niet in dienst bij één van de winnende inschrijvers, D. Wel maakt D volgens beklagde regelmatig gebruik van de diensten van B. Dit is het bedrijf waarvan C de eigenaar is en waarvoor hij werkzaam is.

5.11. C heeft op zijn LinkedIn-pagina vermeld dat hij in de periode 2005-2009 Business Manager was bij D en dat hij vanaf 2010 tot op heden National Accountmanager is bij D. Vanaf 2009 is hij ook eigenaar van B. Andere werkzaamheden in de periode 2005 tot op heden zijn niet vermeld. Op 4 april 2017 heeft de Commissie de LinkedIn-pagina van C bekeken en vastgesteld dat de vermelding van de werkzaamheden van C in de periode vanaf 2005 ongewijzigd is gebleven. C was op dat moment volgens zijn LinkedIn profiel nog steeds als National Accountmanager bij D werkzaam.

5.12. In dat kader heeft beklagde in de Nota's van Inlichtingen (zie 1.5 en 1.6 hiervoor) aangegeven dat C niet in dienst is van D, dat met C een disclosure-agreement (geheimhoudingsverklaring) is gesloten, dat C een adviserende rol heeft gehad bij het opstellen van het Programma van Eisen, dat C niet betrokken zal zijn bij de beoordeling van de inschrijvingen en dat het Programma van eisen gelijktijdig en ruim vóór het moment van inschrijving wordt bekendgemaakt.

5.13. In de reactie op de klacht bij de Commissie heeft beklagde de geheimhoudingsverklaring overgelegd (zie 4.8 hiervoor). Tevens heeft beklagde een verklaring van C van 3 januari 2017 overgelegd (zie 4.3 hiervoor) waarin hij onder meer stelt dat hij geen inhoudelijk contact heeft gehad met D of enige andere marktpartij over zijn werkzaamheden voor de onderhavige aanbestedingsprocedure en dat dat ook in de toekomst niet het geval zal zijn. Zijn werkzaamheden waren beperkt tot het doen van voorstellen voor het Programma van Eisen en het kernassortiment en het leveren van input voor de beantwoording van vragen over het Programma van Eisen in de Nota van Inlichtingen. Na openbaarmaking van het Programma van Eisen en het kernassortiment en de Nota's van Inlichtingen beschikte C niet over meer relevante informatie dan openbaar bekend was gemaakt. Verder heeft C verklaard dat er bij het samenstellen van deze eisen op is

gelet dat alle relevante marktpartijen in staat moeten zijn aan deze eisen te voldoen, zonder dat één of meer marktpartijen worden bevoordeeld. Ten slotte zou de informatie waarover C beschikt voor geen enkele derde partij een voordeel geboden hebben.

- 5.14. Naar het oordeel van de Commissie heeft beklagde passende maatregelen genomen in de zin van de artikelen 1.10b en 2.51 Aw 2012 om te voorkomen dat C informatie naar een potentiële inschrijver zou doorspelen of dat C bij een inschrijving op de onderhavige aanbestedingsprocedure of uitvoering van de opdracht betrokken zou zijn. Tevens acht de Commissie aannemelijk dat alle relevante informatie tijdig aan de potentiële inschrijvers is bekendgemaakt. Aanknopingspunten voor het tegendeel zijn de Commissie niet gebleken.
- 5.15. Dan resteert de vraag of het Programma van Eisen en het kernassortiment zijn toegeschreven naar D en – zo ja – of beklagde daarmee in strijd heeft gehandeld met artikel 1.8 of artikelen 2.75 en 2.76 Aw 2012.
- 5.16. Klager heeft geen concrete onderdelen in het Programma van Eisen of het kernassortiment genoemd die D zouden bevoorstellen.
- 5.17. C heeft verklaard dat er bij het samenstellen van het Programma van Eisen op is gelet dat alle relevante marktpartijen in staat moesten zijn aan deze eisen te voldoen, zonder dat één of meer marktpartijen worden bevoordeeld. Ook beklagde stelt dat er geen sprake is geweest van toeschrijving naar D. Dat zou naar de mening van beklagde betekenen dat maar één marktpartij aan de specificaties kan voldoen, dan wel dat die partij als enige met extra voordeel (zoals een hoge korting) aan de producten kan komen die aan de specificaties voldoen. Daarvan kan volgens beklagde alleen sprake zijn als bepaalde producten dwingend worden voorgeschreven, hetgeen in deze aanbestedingsprocedure niet aan de orde is geweest. Dat zou onmiddellijk leiden tot bezwaren van inschrijvers die niet of minder voordelig aan de vereiste producten zouden kunnen komen. Beklagde stelt dat in deze aanbestedingsprocedure geen enkele deelnemer vóór inschrijving bezwaren heeft geuit over de specificaties. Alle inschrijvers konden aan de specificaties voldoen, zonder dat daarbij één of meer inschrijvers zijn bevoordeeld.
- 5.18. Voorts merkt beklagde op dat er geen sprake is van een (zeer) lage prijs van D. Zoals klager zelf met haar analyse van de uitslag heeft aangetoond, was de prijs van D vergelijkbaar met die van mede-winnaar F. De prijs van de derde winnaar E, was minder dan 8% hoger dan die van D. Beklagde wijst er op dat klager geen argument heeft aangevoerd waaruit volgt dat een (relatief) lage inschrijfprijs direct zou voortkomen uit een toegeschreven opdracht, terwijl er verschillende (bedrijfseconomische) redenen zijn op basis waarvan een inschrijver zijn prijs bepaalt.
- 5.19. De Commissie overweegt hieromtrent het volgende. Op grond van eis 6 van het Programma van Eisen in Bijlage B (zie 1.3 hiervoor) dienen de aan te bieden artikelen van het kernassortiment te voldoen aan de omschrijving in Bijlage G – Assortiment (zie 1.4 hiervoor), inclusief de gestelde criteria en de genoemde normeringen. De stofspecificaties in Bijlage G zijn vrij algemeen en standaard. Bovendien is het toegestaan om met een beperkte afwijking aan te bieden, mits deze geen afbreuk doet aan de kwaliteit. Voorts is in eis 6 van het Programma van Eisen in Bijlage B bepaald dat bij vermelding van een merknaam in de omschrijving van het kernassortiment in Bijlage G 'of gelijkwaardig' moet worden gelezen. De Commissie constateert echter dat de kledingstukken in Bijlage G zeer in detail staan beschreven. Dit beperkt de inschrijvers in het aanbieden van andere merken of modellen. Anderzijds zijn de kledingstukken die in het kernassortiment

zijn beschreven van diverse merken die niet alleen voor D beschikbaar zijn. Van de 12 inschrijvers voldeden 11 inschrijvers aan de gestelde kwaliteitseisen uit het Programma van Eisen. Ook klager heeft daaraan voldaan.

- 5.20. Verder was de prijs van D vergelijkbaar met die van mede-winnaar F. De prijs van de derde winnaar E, was minder dan 8% hoger dan die van D. Op de kwalitatieve gunningscriteria (maatschappelijk verantwoord ondernemen, plan van aanpak en presentatie) hebben klager en de andere twee winnaars, E en F, beter gescoord dan D.
- 5.21. Ook met inschakeling van een branche-expert heeft de Commissie geen aanknopingspunten gevonden dat D zou zijn bevoordeeld. Van strijd met artikel 1.8 of artikelen 2.75 en 2.76 Aw 2012 is de Commissie dan ook niet gebleken.
- 5.22. Daarmee acht de Commissie de klacht ongegrond.

## **6. Advies**

De Commissie acht de klacht **ongegrond**.

## **7. Aanbeveling**

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

De Commissie heeft zich ten behoeve van dit advies laten bijstaan door dhr. D. Versteeg die als Branche-Expert aan de Commissie is verbonden.

Den Haag, 24 april 2017

w.g.:

Mr. J.G.J. Janssen  
Voorzitter

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

Mr. drs. T.H. Chen  
Commissielid