

# Commissie van Aanbestedingsexperts

## Advies 413

### 1. Feiten

- 1.1. Beklaagde heeft op 31 januari 2017 binnen een dynamisch aankoopstelsel een uitnodiging tot inschrijving gedaan voor een overheidsopdracht tot het uitvoeren van projectmanagement van bouw- en vastgoedprojecten in Caribisch Nederland.
- 1.2. In de uitnodiging tot inschrijving van 31 januari 2017 is onder andere het volgende opgenomen:

#### 'Projectmanagement/projectleiding bouw- en vastgoedprojecten

(...)

De opdracht is op 4 januari 2017 reeds eerder gepubliceerd, maar geen van de aangemelde kandidaten voldeed aan de minimumeisen. Daarom is besloten minimumeis 1 (afgeronde Master- of WO-opleiding) te wijzigen in een afgeronde opleiding HBO-bouwkunde.

(...)

#### Opdrachtomschrijving

Invloedrijke bewindspersonen als opdrachtgevers, bijzondere gebouwen (Specialties) en grote politieke afbreukrisico's; vastgoedprojecten bij de Rijksoverheid hebben een uniek karakter. Als ervaren projectmanager/projectleider weet jij de voorbereiding, aanbesteding en realisatie van deze projecten als geen ander in goede banen te leiden.

Bij [Beklaagde] ben je integraal verantwoordelijk voor de voorbereidings-, aanbestedings- en realisatiefase van een of meerdere vastgoedprojecten. Hierbij geef je leiding aan de projectorganisatie en stuur je het project aan volgens de gemaakte afspraken en procedures. Binnen het projectteam heb je een voorbeeldfunctie: je stimuleert samenwerking en commitment.

De omgeving waarin je opereert zijn de bijzondere gemeentes van het Koninkrijk der Nederlanden ook wel "Caribisch Nederland" CN genoemd, politiek, bestuurlijk en maatschappelijk zeer gevoelig. Je krijgt te maken met kritische opdrachtgevers, hoge eisen en veranderende omstandigheden. Jij speelt hierop in en stemt je aanpak hierop af. Natuurlijk met oog voor de verschillende belangen. (Politieke) afbreukrisico's voor bewindspersonen en het Rijksvastgoedbedrijf onderken je tijdig. Hier anticipeer je op met de juiste interventies.

#### Minimumeisen

Aanbiedingen dienen vergezeld te gaan van een CV waarmee wordt aangetoond dat de kandidaat voldoet aan de eisen.

Nr	Eis
1	De aangeboden kandidaat dient te beschikken over minimaal een afgeronde HBO-opleiding Bouwkunde.  Toelichting: Deze afgeronde en erkende opleidingen moet duidelijk zijn

	<p>benoemd in het CV van de kandidaat. Benoem bij elke opleiding of deze is afgerond en wanneer het diploma is behaald. Bij het niet benoemen of het diploma is behaald zal de aanbidding terzijde worden gelegd.</p>
2	<p>De aangeboden kandidaat beschikt over minimaal 10 jaar werkervaring op het gebied van projectmanagement in dienst van of als vertegenwoordiger van een publieke opdrachtgever, waarbij aantoonbaar sprake is van de volgende aspecten:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Utiliteitsbouw, hieronder wordt in dit verband niet verstaan een loods, fabriekshal of woningbouw;</li> <li>▪ Projectmanagement uitgevoerd van projecten waarbij verschillende strikt gescheiden logistieke stromen naast elkaar bestonden, bijvoorbeeld in een rechtbank of stadhuis;</li> <li>▪ Projectmanagement van alle projectfasen van initiatieffase tot en met de oplevering van de realisatiefase van projecten in het kader van nieuwbouw, renovatie en/of instandhouding;</li> <li>▪ Kennis hebben van de Aanbestedingswet 2012 en het ARW 2016;</li> <li>▪ Toepassen van risicomanagement</li> </ul> <p><u>Toelichting:</u> Deze kennis moet duidelijk zijn benoemd in het CV van de kandidaat. Benoem bij welke opdrachtgever deze werkervaring is opgedaan en de periode [mm-jjjj]. Bij het niet benoemen van het aantal jaren waarin de kennis is opgedaan en bij welke opdrachtgever, zal de aanbidding terzijde worden gelegd.</p>
3	<p>De aangeboden kandidaat is per 15 februari 2017 beschikbaar conform het wervingsprofiel (uren en opdrachtperiode inclusief eventuele verlengingen).</p> <p><u>Toelichting:</u> De opdrachtnemer deelt zijn werkzaamheden zelfstandig in. Wel vindt, voor zover dat voor de uitvoering van de opdracht nodig is, afstemming met het Rijksoverheid plaats in geval van samenwerking met anderen, zodat deze optimaal zal verlopen. Indien noodzakelijk voor de werkzaamheden richt de opdrachtnemer zich naar de arbeidstijden bij het Rijksoverheid.</p>
4	<p>Het maximum uurtarief voor deze opdracht is € 120,- all in.</p> <p><u>Toelichting:</u> Expliciet vermelden wij dat eventuele verblijfskosten en de reisduur voor woonwerkverkeer niet door de opdrachtgever voor vergoeding in aanmerking komt.</p>
5	<p>De aangeboden kandidaat dient te beschikken over voor de uitvoering van de opdracht geschikte elektronische hulpmiddelen. De elektronische hulpmiddelen worden niet door Rijksvastgoedbedrijf ter beschikking gesteld.</p> <p><u>Toelichting:</u> Onder elektronische hulpmiddelen vallen mobiele telefoon, computer, laptop en/of tablet.</p>
6	<p>In verband met de werkzaamheden is het een eis dat een positieve referentie omtrent integriteit verifieerbaar is. Daarnaast dient de kandidaat een Verklaring Omtrent Gedrag te kunnen overleggen binnen 4-6 weken na start van de opdracht.</p>
7	<p>De aangeboden kandidaat gaat akkoord met de verplichte documenten genoemd onder de toelichting.</p> <p><u>Toelichting:</u> De volgende documenten vormen samen de Offerteaanvraag: 1. Dit document, de Offerteaanvraag in de inhuurapplicatie; 2. Beschrijving van de opdracht; 3. Programma van eisen (bijlage 1 op het Aanbestedingsplatform); 4. Concept overeenkomst (bijlage 2 op het Aanbestedingsplatform); 5. ARVODI-2014 (bijlage 3 op het Aanbestedingsplatform); 6. Procedurevoorschriften (bijlage 5 op het Aanbestedingsplat-</p>

	form).
8	<p>De aangeboden kandidaat bezit de competenties benoemd in de opdracht-omschrijving.</p> <p><u>Toelichting:</u> Dit moet middels concrete voorbeelden duidelijk uitkomen tijdens het verificatiegesprek. Geef aan op welke wijze de competenties worden toegepast bij de uitvoering van de opdracht. Bij het niet voldoende aantonen zal aanbidding terzijde worden gelegd.</p>

#### Gunningscriteria

De kandidaat beschrijft per wens, met behulp van en verwijzing naar referenties, niet ouder dan 5 jaar, hoe en in welke mate hij daaraan voldoet. Hierbij dient het verband tussen de wens en de referentie telkens duidelijk te worden omschreven. In totaal bedraagt de beschrijving voor alle gunningscriteria tezamen maximaal 3 pagina's A4 (inclusief afbeeldingen en bijlagen in minimaal lettertype Arial 10 pnt of vergelijkbaar).

De opdracht wordt gegund aan de inschrijver die op basis van de beoordelingsmatrix de aanbidding heeft gedaan met de beste prijs-kwaliteitsverhouding. De maximumscore voor prijs en kwaliteit tezamen is 100 punten, waarbij de prijs voor 20% en kwaliteit voor 80% meetelt.

Nr.	Wens	Aspecten	Max. beoordelingscijfer	Weegfactor	Max. puntenscore
1	De mate van ervaring als Projectmanager/projectleider met projecten op basis van een geïntegreerd contract	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Ervaring als projectmanager van ontwerp- en realisatiefase van een project middels een geïntegreerd contract;</li> <li>• De mate van geïntegreerdheid van het contract; hoe geïntegreerder hoe beter.</li> </ul>	5	5	25
2	De mate van ervaring met het schakelen tussen de verschillende abstractieniveaus binnen de projectorganisatie	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Gevoel voor politiek/bestuurlijke aspecten;</li> <li>• Het bereiken van consensus binnen de ambtelijke organisatie;</li> <li>• Ervaring met het adviseren en handelen in een project in een complexe politiek bestuurlijke omgeving, zoals een gemeente met meer dan 300.000 inwoners of een rijksbrede organisatie, en met uiteenlopende belanghebbenden;</li> <li>• Ervaring met het organiseren en inschakelen van de eigen organisatie (van opdrachtgever) voor inhoudelijke ondersteuning.</li> </ul>	5	4	20
3	Ervaring met inkoop- en aanbestedingsprocedures in dienst van of als vertegenwoordiger van een publieke opdrachtgever	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Ervaring met en kennis van de huidige inkoop- en aanbestedingsprocessen en – regels van de rijksoverheid met betrekking tot vastgoedprojecten</li> </ul>	5	3	15

4	De mate van ervaring met het werken als projectmanager/projectleider in teamverband conform het Integraal Projectmanagement Model (IPM-model) of vergelijkbare organisatie met de volgende verschillende rollen en disciplines binnen het team: contractmanagement, risicomangement, financieel management, architectuur en techniek	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Grootte en complexiteit van het project;</li> <li>• Complexiteit van de externe omgeving;</li> <li>• Complexiteit van het samenspel tussen projectmanager en de overige teamleden.</li> <li>• Kunnen opereren in een complexe politiek en bestuurlijke omgeving.</li> </ul>	5	4	20
---	--	--	---	---	----

#### Beoordelingswijze

Beste prijs/kwaliteitsverhouding. Deze wordt bepaald door de prijsscore op te tellen bij de kwaliteitsscore.

Beoordelingssystematiek prijs

Prijsscore: (laagste tarief / aangeboden tarief) \* maximale prijsscore

Maximale prijsscore: 20

Beoordelingssystematiek kwaliteit

Per wens kent de Beoordelingscommissie cijfers toe aan de antwoorden van de kandidaten. De maximale kwaliteitsscore is 80.

De onderstaande cijfers kunnen worden toegekend. Deze opsomming is uitputtend en zal door de Beoordelingscommissie worden toegepast. De Beoordelingscommissie kan uitsluitend deze genoemde hele getallen toekennen. De Beoordelingscommissie kent geen getallen achter de komma toe. Bij het beoordelingscijfer 5 wordt de maximale kwaliteitswaarde toegekend. De relatie tussen 'Beoordelingscijfer' en 'Behaalde kwaliteitswaarde' is verder lineair.

Beoordelingscijfer	Waardering meerwaarde	% van de maximale kwaliteitswaarde
5	Uitmuntend (Maximale meerwaarde)	100
4	Uitstekend (Veel meerwaarde)	80
3	Goed (Aanzienlijke meerwaarde)	60
2	Ruim voldoende (Meerwaarde)	40
1	Voldoende (Enige meerwaarde)	20
0	Neutraal (Voldoet, maar geen meerwaarde)	0

(...)'

1.3. Klager heeft op 27 februari 2017 het volgende bericht aan beklagde verzonden:

'Naar aanleiding van mijn afwijzing, volgens de uitvraag in het DAS-systeem, als [kandidaat projectmanager] voor Sint Eustatius en Saba wil ik hierbij een klacht indienen met betrekking tot de beoordelingscriteria en de beoordeling daarvan.

## 1. Wens 1 volgens uitvraag DAS

Tekst van de uitvraag:

Nr.	Wens	Aspecten
1	De mate van ervaring als Projectmanager/projectleider met projecten op basis van een geïntegreerd contract	<ul style="list-style-type: none"><li>• Ervaring als projectmanager van ontwerp- en realisatiefase van een project middels een geïntegreerd contract;</li><li>• De mate van geïntegreerdheid van het contract; hoe geïntegreerder hoe beter.</li></ul>

Middels deze wens (eis) wordt gesteld dat de projectmanager ervaring moet hebben met geïntegreerde contracten, letterlijk "hoe geïntegreerder hoe beter". Aan deze eis wordt een puntenwaardering van 25 van 80 te behalen punten gegeven, ofwel 31% van de kwaliteitswaarde. De toegevoegde waarde van deze eis is buitengewoon disproportioneel (Gids Proportionaliteit, 1e herziening) en wel om de volgende redenen:

- Op Sint Eustatius en Saba (Bovenwinden) is niet 1 aannemer in staat en/of bereid om een project aan te nemen op basis van, om het simpel te houden, een "Design en Build" contract.
- Op Sint Eustatius en Saba wonen respectievelijk ca. 3200 en 1500 inwoners. Aannemers zijn, naar Nederlandse maatstaven, nagenoeg allemaal eenmansbedrijven, die, afhankelijk van de opdracht die ze hebben, over het algemeen geen vast personeel hebben en mensen inhuren afhankelijk van de aard van de werkzaamheden, bijvoorbeeld timmerman of metselaar.
- Geen enkel project op Sint Eustatius en Saba in financieel van dermate omvang dat voor de realisatie een uitvraag gedaan moet worden (RVB opdrachten-tabel Werken 16.1) op basis van een geïntegreerd contract. De geraamde bouwkosten van de projecten ligt in de categorie ( max. € 1.500.000 ex. BTW) waarbij onderhands mag worden aanbesteedt, hetgeen ook het geval is. De Regeling Aanbestedingsprocedures Rijksvastgoedbedrijf (RAR) geeft voor de BES hiervoor nog een verruiming tot ca. € 3.200.000 bouwkosten exclusief BTW.

(...)

### Ontbrekende wensen in de uitvraag DAS

In het rijtje van wensen ontbreekt volledig de wens dat de kandidaat ervaring moet hebben met het werken in het buitenland, waarbij de leidinggevende (hoofd sectie Carib) op ruim 1000 km afstand zit en de moederorganisatie op ruim 7000 km. Twee aspecten zijn hierbij van uitermate groot belang, te weten :

- Werken in een geheel andere cultuur dan in Nederland. Mijn ervaring heb ik opgedaan in China en Indonesië en inmiddels 3 jaar in Caribisch Nederland.
- Een goed netwerk binnen het Rijksvastgoedbedrijf in Den Haag. Ken de mensen die je nodig hebt om op afstand zodanig te kunnen functioneren dat optimaal gebruikt gemaakt kan worden van de eigen organisatie. Zelf heb ik een zeer lange ervaring hiermee.
- Gedurende de 3 jaar dat ik werkzaam ben geweest in het Caribisch gebied voor [Beklaagde] ([projecten]) heb ik met de [lokale opdrachtgevers], adviseurs en uitvoerende partijen een goede en betrouwbare relatie op weten te bouwen. Respect, mogelijkheden en onmogelijkheden zijn essentieel om een goede samenwerking te waarborgen. Het opbouwen van een dergelijk netwerk vergt veel tijd en energie. Opnieuw op-

starten met een nieuwe projectmanager geeft naar mijn mening en ervaring een tijdverlies van minimaal 4 maanden.

### **Samenvatting van de bezwaren**

- A. Wens (eis) 1 is disproportioneel en dient bij de beoordeling buiten beschouwing te worden gelaten en
- B. (...)

### **Conclusie**

Op basis van motivatie van DAS en de door mij aangevoerde bezwaren dient de motivatie van DAS aangepast te worden. Hieruit blijkt dat mijn score, op basis van kwaliteit (wens (eis) 1 vervalt), zou uitkomen op 55 punten en die van de andere, nu winnende partij, op 47 punten. Alleen als de andere partij een uurtarief heeft opgegeven lager dan € 80,00 dan zou deze partij, op basis van de gestelde EMVI, criteria, als winnende partij uit de bus zijn gekomen.

Op grond van het voorgaande dient de uitslag van de aanbesteding als onjuist te worden aangemerkt en als gevolg daarvan nietig te worden verklaard.

(...)

- 1.4. Op 23 maart 2017 heeft het klachtenmeldpunt van beklagde een advies uitgebracht. Beklaagde heeft op 6 april 2017 gereageerd op de klacht van klager en heeft daarbij het advies van het klachtenmeldpunt integraal overgenomen:

### **'Omschrijving klacht**

De klacht heeft betrekking op de keuze voor wens 1 (...).

#### Wens 1

*De mate van ervaring als Projectmanager / projectleider met projecten op basis van een geïntegreerd contract.*

*Aspecten:*

- *ervaring als projectmanager van ontwerp- en realisatiefase van een project middels een geïntegreerd project;*
- *de mate van geïntegreerdheid van het contract; hoe geïntegreerder hoe beter.*

Met deze wens kunnen gegadigde punten scoren naarmate zij meer ervaring hebben met het werken met geïntegreerde contracten. Deze wens is volgens klager disproportioneel en dient bij de beoordeling buiten beschouwing te worden gelaten. Klager stelt dat de toegevoegde waarde van deze wens disproportioneel zou zijn omdat geïntegreerde contracten op Sint Eustatius en Saba niet zouden voorkomen nu aannemers op Sint Eustatius en Saba niet in staat en/of bereid zouden zijn om een project aan te nemen op basis van een geïntegreerd contract. Daarbij zou ook de financiële omvang van de projecten op Sint Eustatius en Saba maken dat een uitvraag op basis van een geïntegreerd contract niet voor zal komen.

(...)

### **Beoordeling klachten**

#### Wens 1

Dit onderdeel van de klacht van klager, betrekking hebbende op een onregelmatigheid in de wensen c.q. gunningscriteria, dient in eerste instantie getoetst te worden op de vraag of klager zijn klachten tegen het opnemen van deze wens eerder naar voren had dienen te brengen. Het is immers bestendige jurisprudentie dat indien sprake is van onduidelijkheden of onregelmatigheden in aanbesteding

dingsdocumentatie, gegadigden hun bezwaren zo spoedig mogelijk kenbaar moeten maken aan de aanbestedende dienst. Deze lijn in de jurisprudentie brengt met zich mee dat een klagende gegadigde zijn recht heeft verwerkt om te klagen over de aanbestedingsprocedure of de in dat kader gehanteerde eisen of criteria, indien deze klachten al in een eerder stadium van de aanbesteding naar voren hadden kunnen worden gebracht. De ratio van deze lijn is dat deelnemers aan een aanbesteding niet eerst moeten afwachten of zij de aanbesteding winnen (of geselecteerd worden), om zich, wanneer de uitslag anders uitpakt, daarna alsnog over de procedure en/of de gehanteerde eisen en criteria te beklagen.

Uit de feiten is gebleken dat klager zijn bezwaren tegen het opnemen van wens 1 niet eerder aan aanbestedder kenbaar heeft gemaakt dan nadat de uitslag bekend is gemaakt. Klager heeft aangevoerd dat het systeem waarmee vragen gesteld konden worden een foutmelding gaf op het moment waarop hij een vraag wilde stellen over het aantal werkuren per week. Dit was op 5 februari 2017, vlak voor het verstrijken van de termijn voor het stellen van vragen. Omdat het systeem op dat moment niet werkte volgens klager, heeft hij er van af gezien om een vraag te stellen ter zake van wens 1 en heeft hij op 8 februari 2017 zijn inschrijving ingediend.

Gelet op alle feiten en omstandigheden moet evenwel geconstateerd worden dat klager de op hem rustende verplichting om proactief te handelen, zoals hierboven aangehaald, niet heeft nageleefd, zodat hij in dit stadium zijn bezwaren niet meer geldend kan maken. Zo heeft klager, wat er ook zij van een foutmelding bij de module voor het stellen van vragen, geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid om een melding te doen van de storing of anderszins gebruik te maken van mogelijkheden om contact op te nemen met aanbestedder.

Zo was de website [...] op het moment van foutmelding wel beschikbaar en had klager via de daar opgenomen telefoonnummers (waaronder: [...]) en e-mailadressen (waaronder: [...]) melding kunnen maken van de storing en naar een oplossing kunnen informeren.

Vervolgens – en aannemend dat zich een storing heeft voorgedaan – geldt dat de gevolgen daarvan ook anderszins voor risico van de klager moet blijven. Gebleken is immers dat klager pas vlak voor afloop van de termijn voor het stellen van vragen is aangevangen met het indienen van een vraag. Door daarvoor te kiezen heeft klager ook het risico genomen dat het indienen van vragen langer zou kunnen duren en zelfs niet binnen de termijn zou kunnen worden afgerond.

Onder deze omstandigheden moet geconcludeerd worden dat klager deze klacht al in een eerder stadium van de aanbesteding naar voren had kunnen brengen zodat hij zijn recht heeft verwerkt om te klagen over de aanbestedingsprocedure, inclusief de in dat kader gehanteerde wens 1.

De klachten op dit onderdeel worden **ongegrond** bevonden.

Ten overvloede wordt nog overwogen dat het er alle schijn van heeft dat wens 1 (de mate van ervaring als Projectmanager/projectleider met projecten op basis van een geïntegreerd contract) voor deze uitvraag (projectmanager [Beklaagde] voor Sint Eustatius en Saba) disproportioneel is. Het proportionaliteitsbeginsel houdt in dat de keuzes die een aanbestedder maakt en de eisen en voorwaarden die hij stelt bij een aanbesteding in redelijke verhouding dienen te staan tot de aard en omvang van de aan te besteden opdracht. Ook moeten (sub)gunningscriteria verband houden met het voorwerp van de opdracht en dienen ondernemers op gelijke, niet-discriminerende en transparante wijze behandeld te worden.

Het is duidelijk geworden dat wens 1 (De mate van ervaring als Projectmanager/projectleider met projecten op basis van een geïntegreerd contract) onvoldoende verband houdt met het voorwerp van de opdracht (Projectmanager [Beklaagde] voor Sint Eustatius en Saba). Niet aannemelijk is gemaakt dat er tot nu toe een project op de eilanden Sint Eustatius en Saba is gerealiseerd op basis van een geïntegreerd contract. Verder is het gelet op de mogelijkheden op deze eilanden ook niet aannemelijk te achten dat dit in de toekomst plaats zal vinden. Wens 1 houdt hiermee onvoldoende verband met het voorwerp van de opdracht en is in deze zin - en te meer gelet op het gewicht wat aan wens 1 is toegekend - disproportioneel te achten.'

## **2. Beschrijving klacht**

### **2.1. Klachtonderdeel 1**

Klager stelt dat het subgunningscriterium 'De mate van ervaring als Projectmanager/projectleider met projecten op basis van een geïntegreerd contract' disproportioneel is.

### **2.2. Klachtonderdeel 2**

Volgens klager ontbreekt ten onrechte een subgunningscriterium dat ziet op ervaring van inschrijvers met werk in het buitenland waarbij de leidinggevende zich op ruim 1000 km afstand en de moederorganisatie op ruim 7000 km afstand bevindt.

## **3. Onderbouwing klacht**

### **3.1. Klachtonderdeel 1**

3.1.1. Klager onderbouwt haar stelling dat het door beklagde gehanteerde subgunningscriterium disproportioneel is als volgt.

3.1.2. Ten eerste is er volgens klager op Sint Eustatius en Saba niet één aannemer bereid of in staat om een project aan te nemen op basis van een "Design and Build"-contract.

3.1.3. Daarnaast stelt klager dat aannemers op beide gemeenten – naar Nederlandse maatstaven – bijna allemaal eenmansbedrijven zijn die, afhankelijk van het onderhanden werk, over het algemeen geen vast personeel in dienst hebben en mensen inhuren afhankelijk van de aard van de werkzaamheden.

3.1.4. Bovendien is volgens klager geen enkel project op Sint Eustatius en Saba financieel van een dermate omvang dat voor de realisatie een uitvraag gedaan moet worden op basis van een geïntegreerd contract. In dat kader wijst klager op een Opdrachtentabel Werken van Beklaagde. De geraamde bouwkosten van de projecten liggen volgens klager in de categorie waarbij onderhands mag worden aanbesteed (max. € 1.500.000 ex BTW), wat volgens klager ook het geval is. De Regeling Aanbestedingsprocedures van Beklaagde geeft volgens klager bovendien nog een verruiming tot circa € 3.200.000 bouwkosten exclusief BTW.

3.1.5. Ten slotte voert klager aan dat door beklagde in november 2016 toezeggingen zijn gedaan dat het contract van klager dat per 31 december 2016 zou aflopen, zou worden verlengd. Dit is per e-mail van 2 november 2016 bevestigd door de leidinggevende. Op basis daarvan zijn door klager de noodzakelijke stappen on-



dernomen om haar huurcontract van de woning te verlengen naar een langdurig huurcontract. Tevens heeft klager, gezien de afspraak, geen stappen ondernomen om tijdig haar persoonlijke bezittingen te verschepen naar Nederland. Het contract is zelfs nog met een maand verlengd en er is toegezegd dat alles wel "op zijn pootjes" terecht zou komen. Helaas is gebleken dat een andere partij als winnaar uit de procedure naar voren is gekomen. Het gevolg hiervan was dat klager per 1 februari 2017 geen contract meer had en dus op eigen kosten op Sint Eustatius verbleef om haar privé zaken af te handelen. Hierdoor heeft klager haar verblijf met drie maanden moeten verlengen. Klager vindt het niet meer dan redelijk dat beklaagde haar schadeloos stelt voor de door klager extra gemaakte kosten.

### 3.2. Klachtonderdeel 2

- 3.2.1. Ten aanzien van het ontbreken van een subgunningscriterium dat ziet op ervaring van inschrijvers met werkervaring in het buitenland voert klager het volgende aan.
- 3.2.2. Doordat de leidinggevende op ruim 1000 kilometer afstand is en de moederorganisatie zich op meer dan 7000 kilometer afstand bevindt, is het volgens klager van groot belang dat inschrijvers ervaring hebben met werken in het buitenland.
- 3.2.3. Daarbij benadrukt klager dat naar haar mening in ieder geval het werken in een geheel andere cultuur dan in Nederland een aspect van groot belang is. Klager merkt op dat zij ervaring heeft opgedaan in China en Indonesië en inmiddels drie jaar ervaring heeft met werken in Caribisch Nederland.
- 3.2.4. Een ander aspect dat volgens klager van belang is, is een goed netwerk bij beklaagde in [X]. Volgens klager is het van belang de mensen te kennen die je nodig hebt om op afstand zodanig te kunnen functioneren dat optimaal gebruik kan worden gemaakt van de eigen organisatie. Klager merkt hierbij op hier zeer lang ervaring mee te hebben.
- 3.2.5. Tenslotte merkt klager op dat de drie jaar dat zij werkzaam is geweest in het Caribisch gebied voor beklaagde, zij met de lokale opdrachtgevers, adviseurs en uitvoerende partijen een goede en betrouwbare relatie op heeft weten te bouwen. Respect, mogelijkheden en onmogelijkheden zijn essentieel om een goede samenwerking te waarborgen. Het opbouwen van een dergelijk netwerk vergt volgens klager veel tijd en energie. Opnieuw opstarten met een nieuwe projectmanager geeft naar de mening en ervaring van klager een tijdverlies van minimaal vier maanden.
- 3.2.6. Klager meent dat door het niet meewegen van internationale ervaring bij de aanbesteding en het gebrek aan netwerk in de Caribbean een afweging op basis van de economisch meest voordelige inschrijving (EMVI) niet realistisch is. De tijd en energie die door de nieuwe projectmanager moet worden gestoken in de opbouw van een netwerk vraagt volgens klager veel tijd en energie. Tevens zullen daardoor de voorbereiding, uitvoering en continuïteit van de projecten grote vertraging oplopen. Klager vermoedt dat de kosten hiervoor naar inschatting € 40.000 zullen bedragen. Volgens klager resulteert dit, afgezet tegen het verschil in uurtarief, in een vertekende EMVI-beoordeling.
- 3.2.7. Klager acht de uitnodiging tot inschrijving van beklaagde op dit punt buitengewoon disproportioneel, doordat de gunningscriteria zijn gebaseerd op de Nederlandse situatie. Het stellen van gunningscriteria die volkomen irrelevant zijn en het niet vragen van internationale ervaring maken volgens klager dat op basis van deze uitvraag iemand wordt aangesteld die niet voldoet. Beklaagde zou zich

naar de mening van klager moeten beraden op het aanpassen van de uitvraag voor uitzending naar gebieden die niet vergelijkbaar zijn met de Nederlandse situatie.

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

4.1. Beklaagde merkt allereerst op dat de klachten volgens haar zien op de eisen en gunningscriteria en dat de klachten los staan van het Dynamisch Aankoop Systeem (DAS).

#### 4.2. Klachtonderdeel 1

4.2.1. Beklaagde stelt dat klachtonderdeel 1 ziet op de keuze van beklagde voor wens 1. Met deze wens (dit gunningscriterium) konden gegadigden punten scoren naarmate zij meer ervaring hebben met het werken met geïntegreerde contracten. Volgens beklagde dient deze wens in eerste instantie getoetst te worden op de vraag of klager haar klachten tegen het opnemen van dit gunningscriterium eerder naar voren had dienen te brengen. Het is volgens beklagde immers bestendige jurisprudentie dat indien sprake is van onduidelijkheden of onregelmatigheden in de aanbestedingsdocumentatie, gegadigden hun bezwaren zo spoedig mogelijk kenbaar moeten maken aan de aanbestedende dienst.

4.2.2. Deze lijn in de jurisprudentie brengt naar de mening van beklagde mee dat een klagende gegadigde zijn recht heeft verwerkt om te klagen over de aanbestedingsprocedure of de in dat kader gehanteerde eisen of criteria, indien deze klachten al in een eerder stadium van de aanbesteding naar voren hadden kunnen worden gebracht. De ratio van deze lijn is volgens beklagde dat deelnemers aan een aanbesteding niet eerst moeten afwachten of zij de aanbesteding winnen (of geselecteerd worden), om zich, wanneer de uitslag anders uitpakt, daarna alsnog over de procedure en/of de gehanteerde eisen en criteria te beklagen.

4.2.3. De ratio houdt volgens beklagde eveneens in dat van gegadigden een proactieve houding verwacht mag worden waarmee zij tegen onduidelijkheden of onvolkomenheden in de aanbestedingsdocumenten opkomen in een stadium waarin die onduidelijkheden of onvolkomenheden nog ongedaan kunnen worden gemaakt.

4.2.4. Volgens beklagde is uit de feiten af te leiden dat klager haar bezwaren tegen het opnemen van dit gunningscriterium niet eerder kenbaar heeft gemaakt dan nadat de uitslag bekend is gemaakt.

4.2.5. Beklaagde concludeert dan ook dat klager niet de op hem rustende verplichting om proactief te handelen heeft nageleefd, zodat zij ook in dit stadium haar bezwaren niet meer geldend kan maken. Beklaagde voegt hieraan toe dat klager, wat er ook zij van de foutmelding bij de module voor het stellen van vragen, geen gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid om een melding te doen van de storing of anderszins gebruik te maken van mogelijkheden om contact op te nemen met aanbesteder. Beklaagde geeft aan dat er meerdere mogelijkheden voor klager waren om contact met beklagde op te nemen zoals via één van de telefoonnummers zoals vermeld op de website of via één van de daar vermelde e-mailadressen en klager via die weg melding had kunnen maken van de storing en naar een oplossing had kunnen informeren.

4.2.6. Beklaagde stelt dat klager pas vlak voor het aflopen van de termijn voor het stellen van vragen een vraag wilde indienen. Door daarvoor te kiezen heeft klager naar de mening van beklagde ook een risico genomen dat het indienen van vra-

gen langer zou kunnen duren en zelfs niet binnen de termijn zou kunnen worden afgerond.

- 4.2.7. Op grond van bovenstaande argumenten meent beklagde dat klager al in een eerder stadium van de aanbesteding haar klachten naar voren had kunnen brengen zodat zij haar recht heeft verwerkt om te klagen over de aanbestedingsprocedure, inclusief het in dat kader gehanteerde gunningscriterium.

#### 4.3. Klachtonderdeel 2

- 4.3.1. Beklaagde merkt ten eerste op dat klager volgens haar niet eerder over dit onderwerp een klacht bij haar heeft ingediend. Beklaagde is daarom van mening dat de Commissie dit klachtonderdeel niet in behandeling kan nemen.
- 4.3.2. Vervolgens gaat beklagde inhoudelijk in op dit klachtonderdeel en merkt zij op dat ook ten aanzien van deze klacht getoetst dient te worden of deze tijdig kenbaar is gemaakt. Beklaagde concludeert dat ook in dit geval klager niet voldoende proactief heeft gehandeld en daarom haar recht heeft verwerkt om te klagen over de aanbestedingsprocedure of de in dat kader gehanteerde eisen of criteria nu deze volgens beklagde ook eerder in de procedure naar voren gebracht hadden kunnen worden.
- 4.3.3. Voorts stelt beklagde dat de deelklacht om de volgende redenen ongegrond bevonden dient te worden.
- 4.3.4. Beklaagde stelt dat aanbestedende diensten een grote vrijheid hebben om zelf de gunningscriteria te kiezen om de economisch meest voordelige inschrijving te bepalen. Beklaagde verwijst ter onderbouwing van haar standpunt naar het Wienstrom-arrest: "Hieruit volgt dat de aanbestedende diensten met inachtneming van de voorschriften van gemeenschapsrecht niet alleen de gunningscriteria van de opdracht kunnen kiezen, maar ook de weging daartussen kunnen vaststellen, op voorwaarde dat het mogelijk is de gehanteerde criteria op synthetische wijze te beoordelen ter bepaling van de economisch voordeligste aanbieding." (HvJ EU, zaak C-448/01, 4 december 2003).
- 4.3.5. Hieraan voegt beklagde toe dat het hebben van ervaring bij beklagde als gunningscriterium naar haar mening al snel niet in een redelijke verhouding zou staan tot het voorwerp van de opdracht. De eis dat een kandidaat werkervaring moet hebben in dienst van of als vertegenwoordiger van een publieke opdrachtgever wordt geacht proportioneel te zijn volgens beklagde. Bekendheid met de werkwijze van een publieke opdrachtgever wordt volgens beklagde niet geacht dusdanig beperkend te zijn dat er in de praktijk geen nieuwe kandidaten zouden kunnen toetreden.
- 4.3.6. Het stellen van de eis dat de kandidaat een netwerk moet hebben in het Caribisch gebied zou naar de mening van beklagde eveneens al snel niet in redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht. Dit is volgens beklagde gelegen in de te grote toetredingsbeperking van nieuwe kandidaten. Wordt dit meegewogen als criterium, dan komen nieuwe kandidaten volgens beklagde niet in aanmerking.
- 4.3.7. Beklaagde merkt op dat onder meer met het oog op de bijzondere aard van de omgeving waarin de werkzaamheden moeten worden verricht, als onderdeel van het tweede subgunningscriterium voor kwaliteit (wens 2 'De mate van ervaring met het schakelen tussen de verschillende abstractieniveaus binnen de projectorganisatie') een aantal aspecten opgenomen waarmee een kandidaat die blijf kan geven van gevoel voor politiek/bestuurlijke aspecten en/of ervaring heeft met het

adviseren en handelen in een project in een complexe politiek bestuurlijke omgeving (zoals een gemeente met meer dan 300.000 inwoners of een rijksbrede organisatie met uiteenlopende belanghebbenden) extra kan scoren.

- 4.3.8. Beklaagde concludeert dat op grond van bovenstaande de deelklacht niet in behandeling genomen dient te worden, de klacht te laat is ingediend en tenslotte dat zij grote vrijheid heeft om zelf eisen en gunningscriteria te kiezen, mits zij daarbij binnen de voorschriften blijft.

## **5. Beoordeling**

- 5.1. De Commissie stelt vast dat beklagde op 31 januari 2017 binnen een dynamisch aankoopstelsel een uitnodiging tot inschrijving heeft gedaan voor een overheidsopdracht tot het uitvoeren van projectmanagement van bouw- en vastgoedprojecten in Caribisch Nederland. Op deze procedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Afdelingen 1.2.1 en 1.2.2 van Deel 1 en de relevante bepalingen van Deel 2 (onder meer artikel 2.27, aanhef en sub f tot en met k, artikel 2.50 van paragraaf 2.2.3.4, artikel 2.114-115 en artikelen 2.147-2.148 van Afdeling 2.4.2) van de ten tijde van de uitnodiging tot inschrijving geldende Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit.
- 5.2. Allereerst onderzoekt de Commissie of zij klachtonderdeel 2 in behandeling kan nemen. Beklaagde heeft namelijk als verweer gevoerd dat de Commissie dit klachtonderdeel niet in behandeling kan nemen omdat klager heeft nagelaten overeenkomstig artikel 9, lid 1, aanhef en sub a Reglement van de Commissie over dit onderwerp eerst een klacht bij beklagde in te dienen. Daarmee ziet beklagde echter over het hoofd dat klager in haar bericht van 27 februari 2017 aan beklagde deze klacht wel degelijk kenbaar heeft gemaakt (zie 1.3 hiervoor). Dat dit onderwerp in de samenvatting van de klacht ontbrak, doet er niet aan af dat klager dit onderwerp expliciet heeft opgeworpen. De Commissie kan dit tweede klachtonderdeel dan ook in behandeling nemen.
- 5.3. Alvorens tot inhoudelijke behandeling van de klachtonderdelen over te gaan, onderzoekt de Commissie vervolgens of klager haar klacht tijdig heeft opgeworpen.
- 5.3.1. Volgens bestaande jurisprudentie mag van een (potentiële) gegadigde of inschrijver 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.
- 5.3.2. Door pas na afwijzing van haar inschrijving een klacht bij beklagde in te dienen, heeft klager voormelde verplichting niet nageleefd. Met beklagde is de Commissie van oordeel dat klager haar bezwaren daarmee op een te laat tijdstip naar voren heeft gebracht. Klager stelt immers dat een subgunningscriterium niet gehanteerd had mogen worden en dat een ander subgunningscriterium ten onrechte niet is gehanteerd.
- 5.3.3. De Commissie ziet niet in waarom klager die bezwaren niet vóór inschrijving naar voren had kunnen brengen. Voor zover klager vóór inschrijving geen vragen via het dynamisch aankoopstelsel kon stellen, doordat het systeem een foutmelding gaf, had het op de weg van klager gelegen om een melding te doen van de

storing of anderszins contact te zoeken met beklagde om te zoeken naar een oplossing (vgl. Advies 410, overweging 5.3.2).

5.3.4. De hiervoor bedoelde handelwijze van klager staat er aan in de weg dat zij in dit stadium nog kan klagen over het al dan niet hanteren van een subgunningscriterium.

5.3.5. Beide klachtonderdelen zijn om die reden ongegrond.

5.4. Ten overvloede gaat de Commissie hierna nog inhoudelijk op de klachtonderdelen in.

#### 5.5. Klachtonderdeel 1

5.5.1. Klager beroept zich ter onderbouwing van het klachtonderdeel op het proportionaliteitsbeginsel. De Commissie begrijpt het klachtonderdeel aldus dat klager daarmee betoogt dat het nadere gunningscriterium ('De mate van ervaring als Projectmanager/projectleider met projecten op basis van een geïntegreerd contract') verband moet houden met en in een redelijke verhouding moet staan tot het voorwerp van de opdracht (zie art. 2.115, tweede lid, *jo.* art. 1.10, eerste en tweede lid onder f, Aw 2012).

5.5.2. De Commissie kan uit de opdrachtomschrijving in de uitnodiging tot inschrijving (zie 1.2 hiervoor) niet afleiden dat de onderhavige opdracht ook betrekking heeft op geïntegreerde contracten. De Commissie maakt uit (de onderbouwing van) het klachtonderdeel op dat ook klager zich op het standpunt stelt dat de opdracht niet mede ziet op geïntegreerde contracten. Beklaagde heeft dit in haar reactie op het klachtonderdeel niet ontkend. Integendeel: beklagde heeft het advies van het klachtenmeldpunt dat het nadere criterium ('De mate van ervaring als Projectmanager/projectleider met projecten op basis van een geïntegreerd contract') onvoldoende verband houdt met het voorwerp van de opdracht integraal overgenomen. Daarmee staat tussen partijen vast dat deze overheidsopdracht niet mede ziet op geïntegreerde contracten. Als beklagde dan tóch als nader criterium ervaring met geïntegreerde contracten hanteert, handelt beklagde naar het oordeel van de Commissie in strijd met het bepaalde in artikel 2.115, tweede lid, Aw 2012.

5.5.3. In de toelichting op het klachtonderdeel wijst klager nog op toezeggingen die door beklagde zouden zijn gedaan over verlenging van het contract met klager en verwachtingen die in dat kader zouden zijn gewekt. De Commissie is van oordeel dat voor beklagde op grond van de Aanbestedingswet 2012 geen beletsel bestond om binnen het dynamisch aankoopstelsel een uitnodiging tot inschrijving in concurrentie te doen. Verder laat de Commissie zich er niet over uit of het handelen van beklagde op grond van het civiele recht jegens klager onrechtmatig is (artikel 1 sub c Reglement Commissie, vgl. Advies 389, overweging 5.2.2).

#### 5.6. Klachtonderdeel 2

5.6.1. Aanbestedende diensten hebben een ruime vrijheid om nadere criteria te kiezen in het kader van het gunningscriterium beste prijs-kwaliteitsverhouding. Daarbij zijn zij gebonden aan de kaders van de beginselen van aanbestedingsrecht en de relevante wet- en regelgeving. Dat beklagde buiten deze kaders is getreden, is de Commissie niet gebleken.

5.6.2. Indien het klachtonderdeel ook de klacht omvat dat beklagde in strijd met artikel 1.4, lid 2, Aw 2012 met deze uitvraag niet zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen realiseert, heeft zij haar klacht naar het oor-

deel van de Commissie onvoldoende onderbouwd (vgl. Advies 375, overweging 5.5.4 en Advies 48, overweging 6.2.5).

## **6. Advies**

Wat betreft klachtonderdeel 1 heeft beklagde in strijd met artikel 2.115, tweede lid, Aw 2012 gehandeld. Dat klager haar daartegen gerichte bezwaren te laat kenbaar heeft gemaakt, doet geen afbreuk aan die conclusie. Wel heeft klager daarmee een onvoldoende proactieve houding aangenomen en dat staat er aan in de weg dat zij in dit stadium nog kan opkomen tegen het handelen van beklagde. Daarmee acht de Commissie beide klachtonderdelen **ongegron**d.

## **7. Aanbeveling**

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

Den Haag, 26 juli 2017

w.g.:  
Prof.mr. C.E.C. Jansen  
Vicevoorzitter

Mr. drs. T.H. Chen  
Commissielid