

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 427

1. Feiten

- 1.1. Beklaagde heeft op 2 februari 2017 een Europese openbare procedure aangekondigd voor een overheidsopdracht voor diensten voor het coördineren en het uitvoeren van de gladheidbestrijding gedurende het seizoen in de periode van 1 oktober 2017 tot 1 mei 2020. Beklaagde heeft het ARW 2016 op deze aanbestedingsprocedure van toepassing verklaard.
- 1.2. In het Inschrijvings- en beoordelingsdocument is, onder meer, het volgende bepaald:

2.1 Planning

Voor de aanbestedingsprocedure geldt onderstaande indicatieve planning.

Activiteit	Datum/weeknr
(...)	
Inschrijvingsfase	
(...)	
Uiterste datum voor de ontvangst van de inschrijvingen	3 april 2017
Beoordelingsfase	
(...)	
Verzenden van de gunningsbeslissing	13 april 2017
Onderbouwingsfase	
Uiterste datum rechtsbeschermingstermijn	3 mei 2017
Indienen gedetailleerde lijst (bijlage 1) met in te zetten kentekens gekoppeld aan het juiste materieel en namen onderaannemers.	23 mei 2017
Verzenden van de opdrachtverlening	24 mei 2017

(...)

4. Beoordeling en opdrachtverlening

4.1 Algemeen

De opdracht wordt verleend aan de inschrijver die de laagste totaalprijs heeft aangeboden, mits de inschrijver een geldige inschrijving heeft gedaan, voldoet aan de gestelde geschiktheidseisen en overigens niet behoeft te worden uitgesloten van opdrachtverlening.

De beoordeling van de inschrijvingen en de uiteindelijke gunning zal per perceel plaatsvinden op grond van het gunningcriterium: laagste totaalprijs/ som per perceel. Als grondslag voor het bepalen van de laagste totaalprijs per perceel geldt de som van de producten van de ter inlichting vermelde indicatieve hoeveelheden en de aannemingsprijzen per eenheid en de vaste vergoeding conform de door de inschrijver bij zijn inschrijving ingediende staat als bedoeld in bijlage J.

Indien een inschrijver op meerder percelen inschrijft, dient de inschrijver voor elk van de percelen afzonderlijk aan de perceel eis te voldoen.

4.2 Gunningscriteria

Als gunningscriterium wordt 'Laagste prijs' toegepast, indien deze inschrijving voldoet aan alle inschrijvingsvereisten.

De beoogd opdrachtnemer dient een gedetailleerde uitgewerkte lijst (bijlage 1) met in te zetten kentekens en namen van onderaannemers gekoppeld aan het in te zetten materieel van de opdrachtgever in digitale vorm te verstrekken (uiterste datum 23 mei 2017). Waarbij geborgd is dat er voldoende tractie inzetbaar is om de preventieve acties met het materieel wat beschikbaar wordt gesteld door de opdrachtgever uit te kunnen voeren. (art. 5.3)

(...)

5.1 Forumkeuze; rechtsbescherming

1. (...)

2. Overeenkomstig artikel 2.36 van het ARW 2016, zal de aanbesteder de gunningsbeslissing schriftelijk aan de inschrijvers mededelen via TenderNed, "Berichten". Indien een inschrijver bezwaren heeft tegen die beslissing dan dient hij binnen de in het ARW 2016 genoemde termijn van 20 kalenderdagen na verzending van de mededeling van de gunningsbeslissing een kort geding aanhangig te hebben gemaakt tegen die beslissing. Het geding is aanhangig vanaf de dag van dagvaarding (artikel 125 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering). De genoemde termijn is een vervaltermijn. Dat wil zeggen dat indien een inschrijver niet binnen 20 kalenderdagen na verzending van de mededeling van de gunningsbeslissing daadwerkelijk een kort geding aanhangig heeft gemaakt, de betreffende inschrijver in kort geding geen bezwaar meer kan maken met betrekking tot die beslissing; zijn recht is dan verwerkt. De aanbesteder is in dat geval vrij om (verder) gevolg te geven aan de gunningsbeslissing.

5.2 Onderbouwingsfase

1. Met het versturen van de gunningsbeslissing vangt de onderbouwingsfase aan. In deze fase onderbouwt de beoogd opdrachtnemer zijn inschrijving door het indienen van de in paragraaf 5.3 van dit inschrijvings- en beoordelingsdocument gespecificeerde documenten.

Aanpassing van de inschrijving is niet toegestaan. De onderbouwingsfase heeft een maximale tijdsduur tot 23 mei 2017.

Indien uit de in paragraaf 5.3 van dit inschrijvings- en beoordelingsdocument gespecificeerde documenten blijkt dat de inschrijving van de beoogd opdrachtnemer niet voldoet aan de eisen van de overeenkomst, kan de inschrijving als ongeldig ter zijde worden gelegd.

In geval van ongeldigverklaring ontvangen de inschrijvers een nieuwe gunningsbeslissing, waarna met de inschrijver met de (volgende) laagste fictieve inschrijvingssom, conform paragraaf 4.2 van dit inschrijvings- en beoordelingsdocument, opnieuw een onderbouwingsfase wordt gestart. De onderbouwingsfase wordt net zo vaak doorlopen tot aanbesteder de opdracht heeft gegund of alle inschrijvingen als ongeldig terzijde heeft moeten leggen of om andere redenen de aanbesteding heeft beëindigd.

(...)

5.3 In de onderbouwingsfase te verstrekken document

Aanbesteder geeft de beoogd opdrachtnemer uitdrukkelijk de gelegenheid om onderstaande documenten gedurende de onderbouwingsfase te bespreken, zodat tijdig eventuele onduidelijkheden kunnen worden weggenomen. De beoogd opdrachtnemer dient hierbij rekening te houden met een reactietijd van de aanbesteder van vijf dagen. De beoogd opdrachtnemer dient alle hierna te volgen documenten ter verificatie aan de aanbesteder te verstrekken.

Het document betreft alle informatie door of namens de opdrachtnemer geproduceerd in het kader van de werkzaamheden, ongeacht de aard van de informatie-drager waarop of waarin deze informatie is vastgelegd.

5.3.1 Het document, ingevulde versie bijlage 1.

Er dient een gedetailleerde uitgewerkte lijst (bijlage 1) aangeleverd te worden met de in te zetten tracties. Dit document is als (bijlage 1) bij het bestek gevoegd. "De kolommen welke ingevuld dienen te worden zijn kenteken en onderaannemer".

5.3.2 Verlenen opdracht

Indien aanbesteder naar aanleiding van de genoemde verificatie heeft geconstateerd dat de documenten genoemd in paragraaf 5.3 voldoen aan de daaraan gestelde eisen, de bankgarantie door de aanbesteder is ontvangen en akkoord bevonden en de inschrijver voor het overige niet behoeft te worden uitgesloten van opdrachtverlening, verleent de opdrachtgever de opdracht.'

1.3. In bijlage 1, waarnaar wordt verwezen in paragraaf 5.3.1 van het Inschrijvings- en beoordelingsdocument, is een materieellijst opgenomen. Hierin dient de beoogde opdrachtnemer het kenteken en de naam van onderaannemers in te vullen. Beklaagde heeft in deze materieellijst reeds – onder andere – de gegevens van haar materieel, het verplicht type tractie en naam van het steunpunt gegeven.

1.4. Op 12 april 2017 heeft beklagde per brief de mededeling van de gunningsbeslissing verstuurd. In deze mededeling is het volgende opgenomen:

'In hoofdstuk 4.2 van het inschrijvings- en beoordelingsdocument is bepaald dat de inschrijver met de laagste prijs, wordt aangewezen als beoogd opdrachtnemer.

Daarna vangt de onderbouwingsfase aan, gedurende welke de beoogde opdrachtnemer zijn inschrijving dient te onderbouwen en nader te detailleren.

Als dan blijkt dat de inschrijving voldoet aan de eisen van de Overeenkomst wordt de opdracht aan de betreffende inschrijver gegund.

Gunningsbeslissing

1. Winnende inschrijving

Hierbij bericht ik u dat ik voornemens ben voornoemde opdracht te gunnen aan

➤ [X]

Door deze inschrijver is de laagste prijs aangeboden.

Deze inschrijver heb ik aangewezen als beoogd opdrachtnemer en uitgenodigd tot de onderbouwingsfase. Als ik na onderbouwing en nadere detaillering, con-

form het inschrijvings- en beoordelingsdocument, constateer dat de inschrijving voldoet aan de eisen, dan wordt de opdracht aan genoemde inschrijver gegund.

2. Uw inschrijving

U komt niet in aanmerking voor de gunning van de opdracht om de volgende reden(en).

U heeft niet de laagste prijs aangeboden.

(...)'

- 1.5. Op 18 mei 2017 heeft (de advocaat van) klager de volgende brief aan beklagde verzonden:

'(...) loopt momenteel de onderbouwingsfase als bedoeld in par. 5.3 van het inschrijvings- en beoordelingsdocument. In de aanbestedingsstukken is borging, dat er voldoende tractie inzetbaar is om de preventieve acties met het beschikbaar gestelde materieel daadwerkelijk te kunnen uitvoeren, van groot belang voor deugdelijke uitvoering van de overeenkomst. Als opvolgend inschrijver volgen cliënten deze onderbouwingsfase vanzelfsprekend kritisch en met meer dan gewone belangstelling. Cliënten hechten er in dit verband dan ook op te wijzen dat zij in casu in alle eerlijkheid de nodige twijfels hebben over de hier verlangde beschikbaarheid. Cliënten vertrouwen uiteraard op een zorgvuldige toetsing uwerzijds.

Namens cliënten verzoek ik u dan ook de aan te leveren kentekens door genoemd bedrijf naar behoren te controleren, zodat definitief kan worden vastgesteld of aan de voor gunning gestelde voorwaarden wordt voldaan.

(...)'

- 1.6. Op 31 mei 2017 heeft R de volgende e-mail verzonden aan S en cc aan klager:

'Hedenmiddag ben ik benaderd door [Klager], (...), met de vraag wat nu de stand van zake is. Deze vraag wilde hij graag rechtstreeks aan mij stellen omdat hij geruchten in de wandelgangen had gehoord over het steunpunt [A].

Ik heb hem dan ook het hele verhaal verteld, waaronder de manier van benadering of hoe je de werkwijze van [X] ook kunt noemen. Wij hebben de gladheidsbestrijding om dit steunpunt de afgelopen 45 jaar verzorgd en ik, maar ook mijn collega's in [A], zijn dan teleurgesteld in het voorstel wat [X] in eerste instantie heeft gedaan.

Met name het zonder mijn toestemming gebruiken van mijn kentekens om het perceel op papier dekkend te krijgen heeft mij verbaasd.

(...)'

- 1.7. Op 1 juni 2017 heeft R nog een e-mail verzonden aan S:

'Vandaag wederom gebeld door [T] met de vraag of ik toch nog de gladheid wil doen in [A] voor [X] want nu heeft [G] hem zelf gebeld.

Ik moet volgens hem echt op het voorstel ingaan want anders heb ik niks en volgens hem bepalen bedrijven zoals [X], [Y] en [Z] de markt. Hij zegt dat voor hem [X] een grotere klant is dan [Beklaagde]. (...)

[H], ik word op deze manier onder druk gezet en daar ben ik absoluut niet van gediend.'

- 1.8. Op 8 juni 2017 heeft (de advocaat van) klager de volgende brief aan beklagde verzonden:

'Tot op heden hebben cliënten niets meer van u vernomen. Via de(ook voor onderhavig werk) vaste onderaannemer van cliënten, [R], zijn cliënten inmiddels wel op de hoogte gesteld van het feit, dat [X], niet alleen zonder enige toestemming vooraf van [R] ter onderbouwing de kentekens van [R] blijkt te hebben overgelegd – waarvan een aantal zelfs in het geheel niet meer in bezit zijn van [R] – maar bovendien een dringend verzoek aan diezelfde [R] heeft gedaan om alsnog tractie beschikbaar te stellen. De onderaannemer van cliënten, waarmee cliënten al vaste afspraken tot inschakeling voor onderhavig project hebben, is niet op dit verzoek ingegaan. Een en ander betekent naar de mening van cliënten, dat de in de onderbouwingfase door [X] aan u overgelegde onderbouwing voor voldoende tractie inzet voor de preventieve acties te kunnen uitvoeren, zonder enig akkoord van [R] heeft plaatsgevonden en daarmee derhalve niet op feitelijk beschikbaar gesteld materieel is gestoeld; dit, nog los van het feit, dat het alsnog gedane verzoek om toestemming van [R] **na 23 mei** en dus te laat is gedaan.

Op basis van deze informatie kan van een daadwerkelijke opdracht aan [X] naar de mening van cliënten dan ook geen sprake zijn. Om die reden waren (en zijn) cliënten dan ook in afwachting van de daarop volgende stap vanuit [Beklaagde] in voortzetting van de onderbouwingprocedure. Tot verbazing van cliënten bereiken hen heden echter berichten uit de markt, dat [X] nog steeds doende zou zijn materieel beschikbaar te krijgen. Dat nu is de directe aanleiding voor deze reminder.

(...)'

- 1.9. Op 16 juni 2017 heeft klager de volgende e-mail aan beklagde verzonden:

'Bij deze willen wij, [Klager], als penvoerder mede namens onze combinant [Q], melding maken van een klacht met betrekking tot bovenvermelde Europese aanbestedingsprocedure.

Als opvolgend inschrijver hebben wij een groot en direct belang bij correcte toepassing van deze procedure, meer specifiek van de onderbouwingsfase zoals bedoeld in par. 5.3 van het inschrijvings- en beoordelingsdocument (is bijgevoegd). Direct bij inschrijving op onderhavig werk diende een bijlage te worden overgelegd, waarin aangegeven een gedetailleerde lijst met in te zetten kentekens gekoppeld aan het juiste materieel en namen van onderaannemers (zie 4.2 document; bijlage 1 is bijgevoegd). Tijdens de onderbouwingfase heeft (had) de beoogd opdrachtnemer vervolgens tot 23 mei 2017 de gelegenheid de bij inschrijving ingediende gedetailleerd uitgewerkte lijst met in te zetten kentekens en namen van concrete onderaannemers gekoppeld aan het in te zetten materieel van de opdrachtgever in digitale vorm te verstrekken en daarmee zijn eerdere opgave aantoonbaar te maken. Daarbij moet geborgd zijn, dat er voldoende tractie inzetbaar is om de preventieve acties met het beschikbaar gestelde materieel daadwerkelijk te kunnen uitvoeren, hetgeen voor de uitvoerbaarheid van het concreet voor [Beklaagde] uiteraard van groot belang is.

Indien uit de gespecificeerde documenten, blijkt dat de inschrijving van de beoogde opdrachtnemer niet voldoet aan de eisen van de overeenkomst, kan de inschrijving vervolgens als ongeldig ter zijde worden gelegd; zal een nieuwe gunningsbeslissing genomen worden en wordt opnieuw een onderbouwingsfase gestart.

Klacht:

Wij zijn van mening, dat [Beklaagde] de onderbouwingsfase als bovenbedoeld niet correct doorlopen heeft, althans wij hebben een zeer ernstig vermoeden over onjuiste naleving van de procedureregels hierbij. [Beklaagde] is daar – ondanks nadrukkelijk verzoek van onze kant – in elk geval niet transparant over. De feiten nopen naar onze mening naar een nieuw voornemen tot gunnen en wel aan ondergetekende.

Meer concreet,

- heeft de beoogd opdrachtnemer (lees, [X]) aantoonbaar!! [NB ook nadien desgevraagd door de betreffende onderaannemer naar [Beklaagde] toe is verklaard] onder valse voorwendselen een beroep gedaan op nadrukkelijk niet door onderaannemers beschikbaar gesteld materieel;

- heeft [Beklaagde] op grond van deze valse verklaring ten onrechte de inschrijving nog niet als ongeldig terzijde gelegd, althans heeft zij de overige inschrijvers daar (ten onrechte) nog niet over geïnformeerd;

- heeft [Beklaagde] geen gevolg gegeven aan de voorwaarde, dat de uiterste mogelijkheid tot onderbouwing tot 23 mei 2017 was nu zij aan de beoogd opdrachtnemer alsnog toestaat met nadere opgave van materieel/onderaannemers en onderbouwing te komen;

- heeft [Beklaagde] geen transparantie over haar wijze van beoordelen betracht door niet inhoudelijk op door ons afgegeven signalen (zie brieven advocaat d.d. 18 mei respectievelijk 8 juni als ook het emailbericht van onze onderaannemer d.d. 1 juni jl. (kopie bijgevoegd)

- zou [Beklaagde] met het bieden van een extra mogelijkheid tot aanlevering van nieuwe gegevens omtrent materieel en daarbij in te schakelen onderaannemers na 23-05-2017, daarbij handelen in strijd met het gelijkheidsbeginsel;

Naar onze mening dient de inschrijving van [X] als ongeldig alsnog terzijde te worden gelegd en een nieuw voornemen tot gunnen te worden uitgebracht. In aansluiting op of meer nog, ondanks onze eerder aan de aanbesteder kenbare gemaakte twijfels omtrent correcte onderbouwing van haar inschrijving hebben wij gisteren [via onze onderaannemer] bericht ontvangen, dat de beoogd opdrachtnemer ook nu nog steeds zoekt naar beschikbaar materieel en bereidwillige onderaannemers voor het steunpunt [A]. Dit is voor ons inmiddels aanleiding nu ook een klacht in te dienen.

(...)'

1.10. Op 16 juni heeft X de volgende Whatsapp berichten aan R verstuurd:

'16 juni 2017 16:32:49:

[X]: Beste [R] voor de vlootshouw. Moeten wij het toch wel voor elkaar krijgen zeker om de auto's bij elkaar te krijgen voor [Beklaagde] is jouw antwoord eigenlijk belangrijk ze hebben in jouw het vertrouwen.

16 juni 2017 16:32:49:

[X]: We moeten het gewoon samen regelen.'

1.11. Op 26 juni 2017 heeft beklagde als volgt gereageerd op de klacht van klager van 16 juni 2017 (zie 1.9 hiervoor):

'Middels een e-mailbericht d.d. 16 juni 2017 heeft u als penvoeder namens de combinatie een klacht ingediend met betrekking tot de procedure inzake de aanbesteding met zaaknummer 31108668 inzake voor het coördineren en uitvoeren van de gladheidsbestrijding binnen het coördinatiegebied [Provincie].

In dit e-mailbericht geeft u aan een zeer ernstig vermoeden te hebben over onjuiste naleving van de procedureregels hierbij. U meent – ondanks nadrukkelijk verzoek van uw kant – dat aanbesteder daar in elk geval niet transparant over is. In dat kader worden door u een aantal vragen gesteld.

Alvorens inhoudelijk nader op uw klacht in te gaan, wijs ik u erop dat uw klacht conform paragraaf 1.3 van het Inschrijvings- en beoordelingsdocument is behandeld door ter zake kundige functionarissen die niet betrokken zijn of zullen worden bij de onderhavige aanbestedingsprocedure. De uitkomsten van deze behandeling treft u hieronder aan en worden door mij onderschreven.

Conform paragraaf 5.3. van het inschrijvings- en beoordelingsdocument heeft de onderbouwingsfase een maximale tijdsduur tot 23 mei 2017. De onderbouwingsfase voor de aanbesteding met zaaknummer [Nummer] is hiermee geëindigd.

Dit betekent dat de beoogd opdrachtnemer de gevraagde gedetailleerde uitgewerkte lijst (bijlage1) met de in te zetten tractie-voertuigen moet hebben ingeleverd voor 23 mei 2017. Dit heeft plaatsgevonden. De beoogd opdrachtnemer heeft op bijlage 1 de kentekens en de namen van de onderaannemers vermeld en deze bijlage tijdig in het bezit gesteld van de aanbesteder.

Nadat bijlage 1 is ingediend, kan de aanbesteder beginnen met de verificatie.

Tijdens het verificatieproces pleegt de aanbesteder onderzoek naar de juistheid van de verstrekte informatie, te weten de kentekens en de namen van de onderaannemers. In het inschrijvings- en beoordelingsdocument is niet opgenomen dat de verificatie gereed dient te zijn voor het einde van de onderbouwingsfase. Het is aan aanbesteder om te bepalen hoe de verificatie wordt uitgevoerd.

Om zekerheid te verkrijgen dat voldoende tractie inzetbaar is om de preventieve acties te kunnen uitvoeren, heeft de aanbesteder in het kader van de verificatie aan de beoogd opdrachtnemer verzocht schriftelijke intentieverklaringen aan te leveren, waaruit blijkt dat de opgegeven onderaannemers voornemens zijn preventieve acties uit te voeren voor de beoogd opdrachtnemer voor het winterseizoen. Aan dit verzoek heeft de beoogd opdrachtnemer getracht gevolg te geven. Voor aanbesteder is maatgevend dat wordt aangetoond middels de intentieverklaringen dat voldoende tractie inzetbaar is om de preventieve acties te kunnen uitvoeren.

Omdat tijdens de verificatie de opdracht nog niet is verleend aan de beoogd opdrachtnemer kan uit oogpunt van redelijkheid en billijkheid in het kader van de verificatie immers niet meer geëist worden dan een intentieverklaring.

Uitdrukkelijk wijs ik u erop dat het ter verificatie aanleveren van de intentieverklaringen geen onderdeel uitmaakt van de in de onderbouwingsfase te verstrekken documenten.

Uiteindelijk is gebleken dat een onderaannemer geen intentieverklaring wenste te ondertekenen ondanks voorwaardelijke mondelinge afspraken over inzet van materieel. Hierop heeft de beoogd opdrachtnemer zonder enig voorbehoud schriftelijk verklaard dat er door middel van inzet van (eigen) voertuigen voldoende tractie aanwezig is om de gladheidsbestrijding uit te voeren. Hiermee heeft de beoogd opdrachtnemer geborgd dat er voldoende tractie inzetbaar is om de preventieve acties te kunnen uitvoeren.

Verder zij opgemerkt dat uit ons aangereikte correspondentie niet blijkt dat de beoogd opdrachtnemer onder valse voorwendselen een beroep heeft gedaan op niet door onderaannemers beschikbaar gesteld materieel.

Op grond van het bovenstaande kom ik tot de volgende beslissing:

Uit de aangeleverde intentieverklaringen alsmede de eigen verklaring blijkt dat de beoogd opdrachtnemer heeft geborgd dat er voldoende tractie inzetbaar is om de preventieve acties te kunnen uitvoeren. Uw klacht wordt dientengevolge ongegrond verklaard.

(...)'

2. Beschrijving klacht

Beklaagde heeft gehandeld in strijd met haar eigen procedureregels, meer in het bijzonder die welke betrekking hebben op de onderbouwingsfase als bedoeld in par. 5.3 van het Inschrijvings- en beoordelingsdocument. Om die reden dient de winnende inschrijver X gepasseerd te worden en dient de onderbouwingsfase vervolgd te worden met klager als opvolgend inschrijver.

3. Onderbouwing klacht

- 3.1. Klager stelt dat direct bij inschrijving bijlage 1 overgelegd diende te worden conform paragraaf 4.2 van het inschrijvings- en beoordelingsdocument (zie 1.2 hiervoor). Tijdens de onderbouwingsfase – waarvan de einddatum volgens klager op 17 juli 2017 was gesteld – had de beoogd opdrachtnemer vervolgens tot 23 mei 2017 gelegenheid de bij inschrijving ingediende gedetailleerd uitgewerkte lijst met in te zetten kentekens en namen van concrete onderaannemers aan te tonen. Daarbij moest geborgd zijn dat er voldoende tractie inzetbaar was om de preventieve acties met het beschikbaar gestelde materieel daadwerkelijk te kunnen uitvoeren.
- 3.2. Klager stelt dat zij reeds in haar klacht van 16 juni 2017 (zie 1.8 hiervoor) beklagde heeft geïnformeerd dat de beoogde opdrachtnemer X onder valse voorwendselen een beroep heeft gedaan op nadrukkelijk niet door onderaannemers beschikbaar gesteld materieel. Het betreft volgens klager namelijk een verwijzing naar kentekens die grotendeels in het bezit zijn van haar eigen onderaannemer. Daarmee heeft X volgens klager vóór de gestelde datum van 23 juni 2017 [*bedoeld zal zijn: 23 mei 2017, Commissie*] geen deugdelijke onderbouwing van haar inschrijving aangeleverd, hetgeen tot terzijdelegging van de inschrijving X had moeten leiden.
- 3.3. Voorts merkt klager nog op dat aantoonbaar is dat X ná 23 mei 2017 nog actief op zoek is geweest naar inzetbaar personeel/materieel.
- 3.4. Beklaagde handelt volgens klager in strijd met het transparantiebeginsel nu zij niet handelt conform hetgeen is bepaald in het Inschrijvings- en beoordelingsdocument. Daarnaast stelt klager dat beklagde in strijd met het gelijkheidsbeginsel handelt nu zij X na 23 mei 2017 een extra mogelijkheid heeft geboden tot het aanleveren van nieuwe gegevens omtrent materieel en daarbij in te schakelen onderaannemers.

4. Reactie beklagde

- 4.1. Beklaagde gaat allereerst in op de stelling van klager met betrekking tot de fase waarin de aanbestedingsprocedure zich ten tijde van het indienen van de klacht zou bevinden, dat de overeenkomst met X nog niet zou zijn gesloten, dat de on-

derbouwingsfase pas op 17 juli 2017 tot een einde zou komen en dat beklaagde de onderbouwingsfase met klager als opvolgend inschrijver zou moeten voortzetten aangezien de inschrijving van X terzijde gelegd zou moeten worden. Beklaagde merkt naar aanleiding van deze stellingen op dat klager er daarmee van uitgaat dat de overeenkomst met X ten tijde van het indienen van de klacht nog niet zou zijn gesloten. Die veronderstelling is volgens beklaagde onjuist aangezien zij de opdracht reeds op 6 juni 2017 definitief aan X heeft verstrekt. Hiermee is volgens beklaagde de aanbestedingsprocedure tot een einde gekomen. Beklaagde meent op grond daarvan dat er geen rol meer is weggelegd voor de Commissie en dat de Commissie de klacht niet in behandeling kan nemen.

- 4.2. Ten aanzien van de klacht merkt beklaagde ten overvloede op dat haar klachtenmeldpunt bij brief van 26 juni 2017 – toen de opdracht al definitief aan X was verstrekt – (onverplicht) inhoudelijk op de klacht heeft gereageerd (zie 1.11 hiervoor). Uit deze brief blijkt volgens beklaagde dat en waarom de klacht van klager ook op inhoudelijke gronden niet opgaat. Beklaagde sluit zich wat de door de Commissie gevraagde reactie op de klacht betreft aan bij de beoordeling van de klacht door haar klachtenmeldpunt.

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt vast dat beklaagde op 2 februari 2017 een Europese openbare procedure heeft aangekondigd voor een overheidsopdracht voor diensten voor het coördineren en het uitvoeren van gladheidsbestrijding gedurende het seizoen in de periode van 1 oktober 2017 tot 1 mei 2020. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en 2 van de ten tijde van de aankondiging van de overheidsopdracht geldende Aw 2012; hoofdstuk 2 ARW 2016 en de Gids Proportionaliteit.
- 5.2. De Commissie zal zich allereerst uitlaten over de vraag of zij de klacht in behandeling kan nemen.
- 5.2.1. Beklaagde stelt zich op het standpunt dat zij op 6 juni 2017 een bindende overeenkomst met de winnende inschrijver X heeft gesloten en dat – nu de aanbestedingsprocedure daarmee tot een einde is gekomen – de Commissie de klacht als gevolg daarvan niet meer in behandeling kan nemen (zie 4.1 hiervoor).
- 5.2.2. De Commissie is van oordeel, mede gelet op het bepaalde in artikel 9 van haar Reglement, dat de inmiddels tussen beklaagde en X tot stand gekomen overeenkomst aan de behandeling van de klacht niet in de weg staat. Ook overigens is het zo dat wanneer de behandeling van een klacht onverhoopt niet leidt tot een oplossing daarvan, die behandeling desalniettemin kan bijdragen aan de in artikel 2, eerste lid, Reglement genoemde verdere verbetering van de professionaliteit van de aanbestedingspraktijk en leereffecten teweeg kan brengen (vergelijk ook Advies 28, overweging 6.2, Advies 82, overweging 6.1.2 en Advies 295, overweging 5.2.2).
- 5.3. Daarmee komt de Commissie toe aan behandeling van de klacht.
- 5.3.1. Bij de beoordeling van de klacht moet worden vooropgesteld dat een aanbestedende dienst op grond van artikel 1.8 Aw 2012 ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze dient te behandelen en op grond van artikel 1.9, eerste lid, Aw 2012 transparant dient te handelen.
- 5.3.2. De te beantwoorden vraag is allereerst of beklaagde aan haar hiervoor bedoelde verplichting heeft voldaan, in die zin dat zij de met betrekking tot bijlage 1 ge-

stelde eisen zodanig heeft geformuleerd dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers deze op dezelfde wijze zullen uitleggen. In het geval dat deze vraag bevestigend kan worden beantwoord, komt vervolgens de vraag aan de orde welke uitleg aan deze eisen moet worden gegeven. Bij de beantwoording van deze onderling met elkaar verband houdende vragen geldt als uitgangspunt dat voor de uitleg van de aanbestedingsdocumenten de bewoordingen van de bepalingen, gelezen in het licht van de gehele tekst van die stukken, in beginsel van doorslaggevende betekenis zijn. Daarbij komt het aan op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin de stukken zijn gesteld.

- 5.3.3. De Commissie is van oordeel dat voor alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers op grond van paragraaf 2.1 van het Inschrijvings- en beoordelingsdocument (zie 1.2 hiervoor) duidelijk moet zijn geweest dat zij bijlage 1 – anders dan klager lijkt te veronderstellen (zie 3.2 hiervoor) – niet reeds bij hun inschrijvingen moesten indienen. Uit paragraaf 5.3.1 gelezen in samenhang met paragraaf 2.1 blijkt voorts dat de beoogd opdrachtnemer bijlage 1 uiterlijk aan het einde van de onderbouwingsfase op 23 mei 2017 ingevuld moest indienen. Uit paragraaf 5.3.2 gelezen in samenhang met paragraaf 5.2 onder 1, derde alinea, kan vervolgens worden afgeleid dat uit het ingediende document moest blijken dat het document voldeed aan de daaraan gestelde eisen en dat de inschrijving van de beoogd opdrachtnemer voldeed aan de eisen van de overeenkomst. Naar het oordeel van de Commissie kan dit niet anders worden begrepen dan dat de beoogd opdrachtnemer met het indienen van de ingevulde bijlage 1 dient te verklaren dat hij tijdens de uitvoering van de opdracht de beschikking zal hebben over de in de bijlage door hem vermelde concrete tracties (met kentekens) en onderaannemers die hij per object van beklagde voornemens is in te zetten om de gladheidsbestrijding uit te kunnen voeren. Dit oordeel wordt nog eens versterkt doordat beklagde na ontvangst van bijlage 1 kennelijk om intentieverklaringen van de opgegeven onderaannemers aan X heeft gevraagd. Het doel van een dergelijke intentieverklaring kan niet anders zijn dan zekerheid te verkrijgen dat de genoemde onderaannemers hun tracties ter beschikking zullen stellen.
- 5.3.4. Tussen partijen staat niet ter discussie dat X bijlage 1 tijdig bij beklagde heeft ingediend en dat X in die bijlage de kentekens en namen van onderaannemers heeft ingevuld. Vervolgens heeft beklagde in het kader van de verificatie aan X verzocht om schriftelijke intentieverklaringen van de door haar beoogde onderaannemers, om zekerheid te verkrijgen dat voldoende tracties inzetbaar zouden zijn. Uiteindelijk is gebleken dat een onderaannemer geen intentieverklaring wenste te ondertekenen (zie 4.2 in samenhang met 1.11 hiervoor). Dat betekent dat – anders dan werd geëist – uit de ingediende bijlage 1 op dat moment niet bleek dat de inschrijving van X voldeed aan de eisen van de overeenkomst.
- 5.3.5. Uit paragraaf 5.2 onder 1, derde alinea, van het Inschrijvings- en beoordelingsdocument volgt dat de inschrijving van X in een dergelijk geval als ongeldig ter zijde kan worden gelegd. In deze bepaling ligt een bevoegdheid besloten die beklagde aldus heeft uitgeoefend dat zij – nadat haar was gebleken dat de inschrijving van X niet voldeed aan de eisen van de overeenkomst – X in de gelegenheid heeft gesteld tot het afleggen van aanvullende verklaringen. Uit de door X afgelegde verklaringen bleek vervolgens dat X – anders dan zij in de door haar ingediende bijlage 1 had aangeboden – de door beklagde geëiste tracties deels niet meer door middel van inschakeling van onderaannemers maar door middel van inzet van (eigen) voertuigen beschikbaar wilde stellen.
- 5.3.6. De te beantwoorden vraag is of beklagde met deze verklaring genoeg mocht nemen en op basis daarvan met X mocht contracteren, of dat zij in plaats daar-

van de inschrijving van X als ongeldig terzijde had moeten leggen. Bij de beantwoording van die vraag sluit de Commissie aan bij het toetsingskader in haar eerdere Advies 257 (overwegingen 5.3.3 en 5.3.4) en meer recent Advies 383 (overwegingen 5.5 en 5.6).

- 5.3.7. De wetgever heeft in artikel 2.55 Aw 2012 een bevoegdheid voor de aanbestedende dienst gecreëerd die inhoudt dat een aanbestedende dienst een ondernemer kan vragen om zijn inschrijving of verzoek om deelneming nader toe te lichten of aan te vullen, met inachtneming van de artikelen 2.84, 2.85 en 2.102 Aw 2012 (vgl. ook artikel 2.33.1 ARW 2016). Voor de beantwoording van de vraag hoe die bevoegdheid in het onderhavige geval kan en moet worden uitgeoefend, dienen artikel 2.55 Aw 2012 en artikel 2.33.1 ARW 2016 te worden geïnterpreteerd in het licht van Richtlijn 2014/24/EU en de uitleg die het HvJ EU aan de voorgaande richtlijn 2004/18/EG (en in navolging daarvan ook het Hof Den Bosch 24 februari 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:618, r.o. 3.7) heeft gegeven.
- 5.3.8. De hiervoor bedoelde jurisprudentie komt er – kort gezegd – op neer dat wanneer een inschrijver zijn inschrijving heeft ingediend, hij deze inschrijving in beginsel niet meer mag aanpassen op initiatief van de aanbestedende dienst of van de inschrijver zelf. De verplichting van een aanbestedende dienst om inschrijvers op gelijke en niet-discriminerende wijze te behandelen (zie ook artikel 1.8 Aw 2012) en de hieruit voortvloeiende transparantieverplichting (zie artikel 1.9, eerste lid, Aw 2012) verzetten zich daartegen. Deze verplichtingen staan er echter niet aan in de weg dat, in uitzonderlijke gevallen, de inschrijvingen gericht kunnen worden verbeterd of aangevuld, met name omdat deze klaarblijkelijk een eenvoudige precisering behoeven, of om kennelijke materiële fouten recht te zetten, mits deze wijziging er niet toe leidt dat in werkelijkheid een nieuwe inschrijving wordt voorgesteld (HvJ EU 29 maart 2012, zaak C-599/10 (SAG), r.o. 40).
- 5.3.9. De Commissie is van oordeel dat de door X afgelegde aanvullende verklaring (zie 5.3.5 hiervoor) geen klaarblijkelijke eenvoudige precisering of rechtzetting van een kennelijke materiële fout betrof, maar een wijziging die leidde tot een nieuwe inschrijving. Dat betekent dat beklagde de inschrijving van X, anders dan zij heeft gedaan, als ongeldig terzijde had moeten leggen toen bleek dat X voornemens was de tracties op een andere wijze beschikbaar te stellen dan zij in bijlage 1 had aangeboden.
- 5.4. De klacht is derhalve gegrond.

6. Advies

De Commissie acht de klacht **gegrond**.

7. Aanbeveling

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

Den Haag, 10 november 2017

w.g.:

Prof.mr. C.E.C. Jansen
Voorzitter

Mr. A.C.M. Fischer-Braams
Vicevoorzitter

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid