

Advies 440

1. Feiten

- 1.1. Beklaagde is op 25 september 2017 een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure gestart voor een (concessie)opdracht voor diensten voor het beschikbaar stellen, plaatsen, beheren en onderhouden van een (e-)fietsendeelsysteem. Hoofdstuk 7 van het ARW 2016 is op de aanbesteding van toepassing verklaard, met uitzondering van de artikelen 7.20.4 en 7.20.5.
- 1.2. In het Aanbestedingsdocument van 25 september 2017 is, onder meer, het volgende bepaald:

1.2 Aanleiding van deze aanbesteding

(...)

Deze aanbesteding heeft het beschikbaar stellen, plaatsen, beheren en onderhouden van een (e) fietsendeelsysteem (hierna: fietsendeelsysteem) tot doel. Het fietsendeelsysteem is in beginsel in het kader van het CHIPS [*Europees project Cycle Highways Innovation for smarter People Transport and Spatial Planning, Commissie*] gericht op een pilot die van 1 januari 2018 tot en met 31 oktober 2018 (10 maanden) operationeel is. Gedurende deze periode heeft [Beklaagde] een rapportageverplichting in het kader van CHIPS. Daarom is het van groot belang dat [Beklaagde] hierin ondersteund wordt door het aanleveren van data. De eisen welke gesteld worden aan de aan te leveren rapportage(s) worden vermeld in het Programma van Eisen. Naast deze pilot heeft de gemeente [A] de intentie om het fietsendeelsysteem nadien tenminste 26 maanden operationeel te houden. Bij voorkeur krijgt het fietsendeelsysteem een permanente plaats in [A].

Kortom: Opdrachtgever wenst een kwalitatief hoogstaande integrale Dienstverlening waarin zowel gemeente [A] als gebruiker van het fietsendeelsysteem wordt ontzorgd.

Om bovenstaande te kunnen bewerkstelligen wil [Beklaagde] met één Ondernemer een overeenkomst aangaan voor de looptijd van 37 maanden, van naar verwachting 1 december 2017 tot en met 31 december 2020. De eerste maand geldt als implementatiefase. Uiterlijk 1 januari 2018 dient het fietsendeelsysteem operationeel te zijn. Voor 31 december 2020 zal de Overeenkomst worden geëvalueerd en op basis van een positieve evaluatie en op basis van de dan geldende beleidsdoelstellingen van de gemeente [A] kan de Overeenkomst worden verlengd. Deze verlenging vindt voor maximaal één jaar plaats. De maximale looptijd van de Overeenkomst bedraagt dan ook 49 maanden.

(...)

1.3 Beschrijving van de opdracht

Gemeente [A] heeft de expliciete wens dat het fietsendeelsysteem een vaste plaats verwerft in de gemeente. Uitsluitend voor de pilotfase (10 maanden) stelt [Beklaagde] een vergoeding beschikbaar voor de geleverde Dienstverlening van maximaal € 120.000,00 excl. btw. Opdrachtnemer wordt geacht een rendabele

en concurrerende bedrijfsvoering op te zetten zonder verdere financiële steun van [Beklaagde] dan wel de gemeente [A]. (...)

1.3. In het Beschrijvend document is, onder meer, het volgende bepaald:

'Opdrachtomschrijving

1.1.7 Voor een uitgebreide Opdrachtomschrijving wordt verwezen naar bijgevoegde bijlage "Opdrachtomschrijving (e) fietsendeelsysteem DEF.pfd".

Inschrijver geeft aan kennis te hebben genomen van de inhoud van bovengenoemd document en gaat hiermee akkoord.

(...)

Overeenkomst

1.1.8 De basisduur van de Overeenkomst is 37 maanden. Opdrachtgever heeft het recht deze basisduur van de Overeenkomst één (1) maal te verlengen met een periode van één (1) jaar. De totale duur van de Overeenkomst zal niet meer dan 49 maanden bedragen en eindigt aan het einde van de looptijd van rechtswege.

Van grote invloed op het besluit om de Overeenkomst al dan niet te verlengen zijn een positieve evaluatie en de op dat moment geldende beleidsdoelstellingen van de gemeente [A].

Opdrachtgever zal gedurende de looptijd van de Overeenkomst de geleverde prestaties van de Opdrachtnemer evalueren, waarna op basis hiervan door Opdrachtgever besloten wordt of hij gebruik zal maken van de verlengingsmogelijkheid. De beslissing tot het al dan niet verlengen van de Overeenkomst berust uitsluitend bij Opdrachtgever en zal schriftelijk aan de Opdrachtnemer(s) worden medegedeeld, uiterlijk drie (3) maanden voor het aflopen van de Overeenkomst.

De beoogde aanvangsdatum van de af te sluiten Overeenkomst is 1 december 2017. Als schriftelijk bezwaar wordt gemaakt tegen de Gunningsbeslissing en/of een kort geding aanhangig wordt gemaakt heeft Opdrachtgever het recht de Overeenkomst later in werking te laten treden. U dient hiermee bij het opstellen van uw Inschrijving nadrukkelijk rekening te houden.

Inschrijver geeft aan kennis te hebben genomen van bovengenoemde en gaat onverkort met de procedure en Overeenkomst akkoord.

(...)

1.2 Inschrijvingsvoorschriften

(...)

Vragen Aanbestedingsdocumenten

1.2.19 De Aanbestedingsdocumenten zijn met zorg samengesteld. Indien Inschrijver meent dat in de Aanbestedingsdocumenten een onduidelijkheid, onvolledigheid, onjuistheid, onrechtmatigheid of enige andere onregelmatigheid is opgenomen, dient u dit te melden via de vraag & antwoord module op het Negometrix platform. (...)

Als er geen melding is ontvangen over die onduidelijkheid, onvolledigheid, onjuistheid, onrechtmatigheid of overige onregelmatigheid, kunt u zich (in of buiten rechte) niet (meer) op die onduidelijkheid beroepen.

Niet, dan wel niet tijdig gesignaleerde onduidelijkheden, onvolledigheden, onjuistheden, onrechtmatigheden of overige onregelmatigheden zijn voor risico van Inschrijver. Het is een Inschrijver, met andere woorden, uitdrukkelijk niet toegestaan, zulks op straffe van verval van recht, eventuele bezwaren op te sparen tot de gunningsbeslissing bekend is.

(...)

In geval van tegenstrijdigheden tussen de Nota van inlichtingen en het Beschrijvend document prevaleert het bepaalde in de Nota van Inlichtingen. Indien er meer Nota's van Inlichtingen zijn prevaleert, in geval van tegenstrijdigheden tussen de Nota's van Inlichtingen, het bepaalde in de meest recente Nota van Inlichtingen.

(...)

1.4. Gunningscriteria – Programma van Wensen (...)

In deze vragengroep zijn de vragen opgenomen welke vallen onder het kwalitatief subGunningscriterium. Gunning vindt plaats op basis van de Inschrijving met de beste prijs/kwaliteit verhouding. Ter bepaling van de Inschrijving met de beste prijs/kwaliteit verhouding zijn per vraag de wegingsfactoren en beoordelingsmethodes gedefinieerd.

(...)

Financieel bedrijfsplan

1.4.1 Zoals aangegeven in de Opdrachtoomschrijving heeft gemeente [A] de expliciete wens dat het fietsendeelsysteem een vaste plaats verwerft in de gemeente [A]. Van Opdrachtnemer wordt gevraagd een rendabele en concurrerende bedrijfsvoering op te zetten zonder verdere financiële steun van Opdrachtgever ([Beklaagde] en gemeente [A]). Voor alle duidelijkheid, de vergoeding van maximaal € 120.000,- betreft een eenmalige vergoeding voor de investering tijdens de implementatie en pilotfase. Inschrijver wordt gevraagd om bij Inschrijving een financieel bedrijfsplan op te leveren. In het bedrijfsplan beschrijft inschrijver hoe hij in staat is op een goede wijze invulling te geven aan de gevraagde Dienstverlening van Opdrachtgever. Uit het in te dienen document blijkt of de op te zetten onderneming winstgevend en voor de gebruiker financieel laagdrempelig is en in hoeverre het concurrerend is met andere vervoersmiddelen in de stad.

Van Inschrijver wordt gevraagd een beschrijving aan te leveren (max. 4 pag. A-4) waarbij minimaal aandacht is voor:

- a. Een sluitende begroting (baten/lasten overzicht) waaruit blijkt dat de organisatie/activiteiten rendabel zijn op basis van de volledige looptijd van de overeenkomst (maximaal 49 maanden).
- b. Korte- en lange termijn beleid waarmee de continuïteit van het (e) fietsendeelsysteem wordt gewaarborgd.
- c. Tarieven - eventueel in relatie tot de voorgestelde abonnementsvormen en de mate van laagdrempeligheid voor de eindgebruiker.
- d. Differentiatie of niet in abonnementsvormen (hierbij dienen, indien van toepassing, verschillende gebruikers te worden onderscheiden) inclusief motivatie.

Indien Inschrijver meer dan 4 pagina's A4 indient zal [Beklaagde] uitsluitend pagina 1 tot en met 4 beoordelen.

Het beoordelingsteam zal volgens onderstaande methodiek de waardering voor dit subGunningscriterium bepalen:

30 punten bij uitstekende uitwerking

De Inschrijver weet op uitstekende wijze de hierboven beschreven onderdelen a. tot en met d. te beschrijven, wat [Beklaagde] veel vertrouwen geeft dat de gevraagde Dienstverlening zoals beschreven in vraag 1.1.7 binnen een bestendig en hoogwaardig kwaliteitsniveau wordt geleverd. Het commentaar beperkt zich slechts tot details.

20 punten bij goede uitwerking

De Inschrijver weet op goede wijze de hierboven beschreven onderdelen a. tot en met d. te beschrijven, wat [Beklaagde] vertrouwen geeft dat de gevraagde Dienstverlening zoals beschreven in vraag 1.1.7 binnen een bestendig en hoogwaardig kwaliteitsniveau wordt geleverd. Het commentaar beperkt zich echter meer dan alleen tot details. Een beperkt aantal onderdelen scoort minder goed. Hierdoor kan geen maximale score worden toegekend.

10 punten bij voldoende uitwerking

De Inschrijver weet op voldoende wijze de hierboven beschreven onderdelen a. tot en met d. te beschrijven, wat [Beklaagde] nog voldoende vertrouwen geeft dat de gevraagde Dienstverlening zoals beschreven in vraag 1.1.7 wordt geleverd zoals van een deskundig Inschrijver verwacht mag worden, echter meerdere onderdelen worden als minder goed beoordeeld. Hierdoor kan geen score van 20 punten worden toegekend.

5 punten bij matige uitwerking

De Inschrijver weet op matige wijze de hierboven beschreven onderdelen a. tot en met d. te beschrijven, wat [Beklaagde] te weinig vertrouwen geeft dat de gevraagde Dienstverlening zoals beschreven in vraag 1.1.7 binnen een bestendig en hoogwaardig kwaliteitsniveau wordt geleverd, aangezien een substantieel deel van de onderdelen als minder goed wordt beoordeeld. Hierdoor kan geen score van 10 punten worden toegekend.

0 punten bij een onvoldoende/slechte uitwerking

De Inschrijver weet op onvoldoende/slechte wijze de hierboven beschreven onderdelen a. tot en met d. te beschrijven, wat [Beklaagde] geen vertrouwen geeft dat de gevraagde Dienstverlening zoals beschreven in vraag 1.1.7 binnen een bestendig en hoogwaardig kwaliteitsniveau wordt geleverd, aangezien (nagenoeg) alle onderdelen als onvoldoende worden beoordeeld. Hierdoor kan geen score van 5 punten worden toegekend.

Inschrijver dient het financiële bedrijfsplan als bijlage (PDF) te uploaden bij deze vraag.

Type	KO	Min	Max	Eenheid	Gewicht (Kwaliteitspercentage)	Evaluatie	Aanbieder toestaan bijlage(n) toe te voegen	Alleen gesteld in
Document evaluatie	-	Onvoldoende/slecht	Uitstekend	-	30 (30%)	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	Offertefase

(...)'

- 1.4. Klager heeft ingeschreven op deze aanbesteding.
- 1.5. In de mededeling van de gunningsbeslissing aan klager is bij onderdeel 1.4.1 onder meer het volgende opgenomen:

'Inschrijver biedt inzicht in een uitgebreid financieel bedrijfsplan inclusief een duidelijke toelichting. Echter, de begroting is gebaseerd op 37 maanden in plaats van de volledige looptijd van de Overeenkomst (49 maanden). Het is niet inzichtelijk welke baten en kosten in de maanden 38 tot en met 49 verwacht kunnen worden. Voor Opdrachtgever is daarom onduidelijk welke financiële risico's gelopen worden in het laatste jaar. Hierdoor wordt het financieel bedrijfsplan als geheel als onvoldoende beoordeeld en is de positieve kritiek op andere punten verder niet meer relevant.

Inschrijver heeft summiere informatie gepresenteerd met betrekking tot de lange en korte termijn strategie. Het ontbreekt hier aan relevante marktinformatie. Inschrijver heeft daarentegen een helder en goed uitgewerkt voorstel voor de tarieven opgenomen. Met zowel keuze voor losse ritten als een abonnementsvorm voor gebruikers lijkt het reëel uitgewerkt en laagdrempelig voor de eindgebruiker. Ook zijn abonnementsvormen voor organisaties meegenomen. Differentiatie is beschreven, met verrassende keuzes zoals bijvoorbeeld senioren en buurtbewoners als doelgroepen.

Kortom, Inschrijver weet op onvoldoende/slechte wijze de hierboven beschreven onderdelen a. tot en met d. te beschrijven, wat [Beklaagde] geen vertrouwen geeft dat de gevraagde Dienstverlening zoals beschreven in vraag 1.1.7 binnen een bestendig en hoogwaardig kwaliteitsniveau wordt geleverd. Aangezien (nagenoeg) alle onderdelen als onvoldoende worden beoordeeld, wordt dit Gunningscriterium beoordeeld als 'onvoldoende' en dus zijn 0 punten toegekend.'

- 1.6. Op 1 november 2017 heeft klager de volgende e-mail aan beklaagde verzonden:

'Graag maak ik middels dit bericht kenbaar dat wij van mening zijn dat [Klager] niet juist is beoordeeld in de uitvraag. Wij zijn daarom voornemens de casus voor te leggen bij het klachtenmeldpunt commissie van aanbestedingsexperts.

In het kort komt de klacht op het volgende neer: het zit voornamelijk in de score die [Klager] t.a.v. onderdeel 1.a t/m 1.d heeft gekregen (0% van de max. 30#). In de business case van [Klager] wordt o.b.v. de uitvraag uitgegaan van een overeenkomst van 36 mnd(+1 mnd implementatie). Kennelijk was het bij vraag 1a de bedoeling uit te gaan van een verlengde overeenkomst, derhalve een looptijd van max. 48 mnd(+1 mnd). Deze zgn. 'misser' levert de laagst mogelijke score op op alle onderdelen.

Eer we de klacht voorleggen aan de commissie wilden we jullie graag hiervan op de hoogte brengen. Ik zie jullie reactie graag tegemoet.'

- 1.7. Beklaagde heeft op 1 november 2017 per e-mail als volgt op de klacht van klager gereageerd:

'[Beklaagde] heeft uw mededeling dat [Klager] een klacht gaat indienen bij de Commissie van Aanbestedingsexperts, aangezien naar uw mening [Beklaagde] een te lage score heeft gegeven voor het subGunningscriterium Financieel bedrijfsplan, in goede orde ontvangen.

Het zij opgemerkt dat de Commissie van Aanbestedingsexperts slechts een bindend advies [bedoeld zal zijn een niet-bindend advies, Commissie] kan geven over deze kwestie. Tevens is in vraag 1.56. van het Beschrijvend document het volgende bepaald:

"Indien een inschrijver zich niet kan vinden in de Gunningsbeslissing van [Beklaagde], wordt hij gedurende zeven (7) kalenderdagen na dagtekening van de bekendmaking van de Gunningsbeslissing via de berichtenmodule op het Negotrixx platform in de gelegenheid gesteld daartegen bezwaar te maken door een kort geding aanhangig te maken bij de rechtbank [B]."

Gelet op het bovenstaande en

(i) de tijd die normaliter gemoeid is met de behandeling van een klacht door de Commissie van Aanbestedingsexperts én

(ii) ons standpunt dat in vraag 1.4.1 onderdeel a. expliciet is aangegeven dat diende te worden uitgegaan van de maximale looptijd van de overeenkomst, zodat wij van mening zijn dat het aan [Klager] zelf te wijten is dat zij deze vraag verkeerd heeft geïnterpreteerd,

Zal [Beklaagde] de Gunningsbeslissing niet aanhouden en zijn wij voornemens om na het ongemoeid verstrijken van de opschortende termijn (...) tot definitieve gunning van de Opdracht aan [X] over te gaan.'

2. Beschrijving klacht

2.1. Klachtonderdeel 1

Vraag 1.4.1.a is onvoldoende transparant en beklagde heeft de vragen 1b, 1c en 1d ten onrechte met 0 punten beoordeeld.

2.2. Klachtonderdeel 2

De argumentatie van beklagde dat zij financieel risico loopt in jaar 4 is ongegrond.

3. Onderbouwing klacht

3.1. Klachtonderdeel 1

Klager is in haar business case uitgegaan van een overeenkomst van 36 maanden plus één maand implementatie. Het was klager niet duidelijk dat het de bedoeling was om bij vraag 1.4.1a uit te gaan van een verlengde overeenkomst met een looptijd van 48 maanden plus één maand implementatie. Deze 'misser' van klager heeft ten onrechte geleid tot de laagst mogelijke score op alle onderdelen. Volgens klager is er geen relatie tussen het antwoord op vraag 1.4.1a en de antwoorden op de vragen 1.4.1.b, 1.4.1c en 1.4.1d (zie 1.3 hiervoor).

3.2. Klachtonderdeel 2

Klager is van mening dat de onderbouwing van beklagde dat er sprake is van een financieel risico in het vierde jaar ongegrond is omdat uit haar inschrijving duidelijk blijkt dat tijd in het voordeel is van de winstgevendheid van haar concept.

4. Reactie beklagde

4.1. Klachtonderdeel 1

- 4.1.1. Beklaagde stelt dat inschrijvers conform vraag 1.4.1 van het Beschrijvend document (zie 1.3 hiervoor) een financieel bedrijfsplan dienden aan te leveren, waarbij minimaal aandacht is voor:
- a. Een sluitende begroting (baten/lasten overzicht) waaruit blijkt dat de organisatie/activiteiten rendabel zijn op basis van de volledige looptijd van de overeenkomst (maximaal 49 maanden).
 - b. Korte- en lange termijn beleid waarmee de continuïteit van het (e) fietsendeelsysteem wordt gewaarborgd.
 - c. Tarieven – eventueel in relatie tot de voorgestelde abonnementsvormen en de mate van laagdrempeligheid voor de eindgebruiker.
 - d. Differentiatie of niet in abonnementsvormen (hierbij dienen, indien van toepassing, verschillende gebruikers te worden onderscheiden) inclusief motivatie.
- 4.1.2. Beklaagde heeft hierbij ter verduidelijking het maximaal aantal maanden tussen haakjes opgenomen. Het feit dat beklagde in de offerte-uitvraag primair uitgaat van een minimale looptijd van 37 maanden (eis) doet hierdoor verder niet af aan de beoordeling op basis van de gunningscriteria en het hierin opgenomen maximaal aantal maanden.
- 4.1.3. Uit de beantwoording van klager is beklagde gebleken dat klager een financieel bedrijfsplan heeft opgesteld voor een periode van 37 maanden, hetgeen ook door klager expliciet wordt erkend.
- 4.1.4. Hierdoor is er naar de mening van beklagde sprake van een onvolledig financieel bedrijfsplan, en kan zij geen sluitend oordeel geven over de rentabiliteit van de organisatie/activiteiten van klager. Dit leidt er volgens beklagde toe dat zij dus geen sluitend oordeel kan geven over hetgeen is gevraagd in subgunningscriterium 1.4.1 (zie 1.3 hiervoor).
- 4.1.5. Nu klager niet minimaal aandacht heeft gegeven aan een sluitende begroting op basis van de volledige looptijd van de overeenkomst (maximaal 49 maanden) dient het financieel bedrijfsplan van klager als geheel als onvoldoende te worden beschouwd. Beklaagde heeft er te weinig vertrouwen in dat de door haar gevraagde dienstverlening, zoals beschreven in vraag 1.1.7 van het Beschrijvend document binnen een bestendig en hoogwaardig kwaliteitsniveau door klager zal worden geleverd (zie 1.3 hiervoor).
- 4.1.6. Volgens beklagde dient het financieel bedrijfsplan als één geheel te worden gezien, waarbij de aspecten a. tot en met d. wel degelijk met elkaar in verband staan. Dat is volgens beklagde ook logisch gelet op de formulering van dit subgunningscriterium. Beklaagde stelt dat er nergens wordt aangegeven dat de verschillende onderdelen apart zullen worden beoordeeld en los van elkaar staan. Indien dat het geval zou zijn, zou het volgens beklagde veel meer voor de hand liggen om er ook aparte subgunningscriteria van te maken, hetgeen dus niet is gebeurd en ook niet de bedoeling was. Door het aanleveren van een onvolledige begroting, was het voor beklagde niet mogelijk om op de aspecten b. tot en met d. een afgewogen oordeel te kunnen geven.
- 4.1.7. Daarnaast merkt beklagde op dat klager noch in de Nota van Inlichtingen of in de fase na publicatie (proces)vragen heeft gesteld. Hiermee heeft klager volgens beklagde haar rechten om te procederen verspeeld (beklaagde verwijst hiertoe naar het arrest Grossman, HvJ EG, 12 februari 2004, zaak C-230/02). Volgens

beklaagde kan klager hierdoor alleen nog klagen over het feit dat ze naar haar mening een te lage inhoudelijke beoordeling heeft ontvangen voor het door haar ingediende financieel plan, maar niet meer over het feit dat er geen onderverdeling in de weging is aangebracht.

- 4.1.8. Beklaagde merkt daarbij op dat aspect b. eveneens niet goed is beoordeeld, aangezien klager slechts summiere informatie heeft gepresenteerd met betrekking tot de lange en korte termijnstrategie. Hierdoor ontbreekt relevante marktinformatie. Op dit onderdeel scoorde klager dus ook onvoldoende.
- 4.1.9. Indien de aspecten a. tot en met d. wel ieder afzonderlijk zouden zijn beoordeeld, hetgeen volgens beklagde dus niet zou moeten, dan betekent dit naar het oordeel van beklagde dat de aspecten a. en b. om de hierboven reeds genoemde redenen als minder goed dienen te worden beoordeeld. Aspecten c. en d. zouden in dat geval wel als goed worden beoordeeld.
- 4.1.10. Een dergelijke beoordeling zou volgens beklagde tot gevolg hebben dat sowieso meerdere onderdelen van het bedrijfsplan van klager als minder goed zouden zijn beoordeeld en dat op basis daarvan maximaal een score van 10 punten zou moeten zijn toegekend. Aangezien beklagde van mening is dat de aspecten a. en b. van substantieel belang zijn voor de algehele beoordeling van het financieel bedrijfsplan en de aspecten c. en d. daarvan een afgeleide zijn, zou in dat geval eigenlijk een score van 5 punten meer recht doen aan de beoordeling.
- 4.1.11. Wat daar ook van zij, in beide gevallen, dus zowel bij de toekenning van 10 als 5 punten, zou klager volgens beklagde niet als winnaar van de aanbesteding zijn geëindigd, zodat ook om die reden het belang van klager bij deze klacht ontbreekt.

4.2. Klachtonderdeel 2

- 4.2.1. Beklaagde merkt op dat zij in haar beoordeling niet heeft aangegeven dat klager een financieel risico loopt in jaar 4 maar dat zij heeft opgemerkt dat het voor haar niet inzichtelijk is welke baten en kosten in de maanden 38 tot en met 49 verwacht kunnen worden. Voor beklagde is daarom onduidelijk welke financiële risico's gelopen worden in het laatste jaar. Dat is volgens beklagde iets anders dan hetgeen klager beweert.
- 4.2.2. Beklaagde merkt op dat het voor haar simpelweg niet is vast te stellen welke baten of lasten er in het vierde jaar verwacht kunnen worden. Het ontbreken van deze projectie van baten en lasten introduceert een mogelijk groot financieel risico voor opdrachtgever en/of inschrijver. Daarnaast wordt naar de mening van beklagde in de gunningscriteria en de offerte-uitvraag voldoende duidelijk gemaakt dat zij veel belang hecht aan een sluitende begroting over de maximale looptijd van de overeenkomst van 49 maanden. Hieruit had klager volgens beklagde dan ook dienen op te maken dat een sluitende begroting een zeer belangrijk onderdeel vormt binnen dit specifieke subgunningscriterium.
- 4.2.3. De argumentatie van klager dat helemaal geen risico wordt gelopen, is naar het oordeel van beklagde niet relevant, aangezien dat feitelijk een aanvulling op de inschrijving is en dat is aanbestedingsrechtelijk niet mogelijk. Beklaagde diende zich bij de beoordeling te houden aan hetgeen door klager was ingediend en dat was een begroting voor een periode van 37 maanden en niet 49 maanden, terwijl dat laatste wel expliciet was uitgevraagd.

- 4.2.4. Klager had een terecht punt gehad als beklagde had verzuimd om de maximale looptijd van 49 maanden op te nemen in de criteria. Hierbij merkt beklagde wederom op dat klager hierover niet in een vroeg stadium vragen heeft gesteld. Evenmin zijn er vragen gesteld in de Nota van Inlichtingen. Aangezien beklagde uitgaat van een beoordeling van de maximale looptijd van 49 maanden moet het financieel plan ook in het vierde jaar te beoordelen zijn. Deze beoordeling is nu niet mogelijk. Tevens merkt beklagde op dat overige inschrijvers wel de juiste looptijd hebben opgenomen in hun aanbieding, hetgeen volgens beklagde al duidelijk maakt dat zij duidelijk heeft gecommuniceerd wat van de inschrijvers werd verwacht.

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt vast dat beklagde op 25 september 2017 een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure is gestart voor een (concessie)opdracht voor diensten voor het beschikbaar stellen, plaatsen, beheren en onderhouden van een (e-)fietsendeelsysteem.
- 5.2. Omdat de opdrachtnemer na de pilotperiode wordt geacht een rendabele en concurrerende bedrijfsvoering op te zetten zonder verdere financiële steun van [Beklaagde] of de gemeente [A] (zie 1.2 hiervoor) gaat de Commissie ervan uit dat het operationele risico na de (betaalde) pilotperiode bij de opdrachtnemer komt te liggen, zodat sprake is van een concessieopdracht voor diensten. In artikel 1.1 Aw 2012 is een concessieopdracht voor diensten gedefinieerd als 'een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die is gesloten tussen een of meer dienstverleners en een of meer aanbestedende diensten of speciale-sectorbedrijven en die betrekking heeft op het verlenen van andere diensten dan die welke vallen onder overheidsopdrachten voor werken, en waarvoor de tegenprestatie bestaat uit hetzij het recht de dienst die het voorwerp van de overeenkomst vormt, te exploiteren, hetzij uit dit recht en een betaling.' Kenmerkend voor een concessieopdracht ten opzichte van een overheidsopdracht is dat het operationeel risico dat inherent is aan de exploitatie van de diensten geheel of voor een aanzienlijk deel wordt overgedragen aan de concessiehouder.
- 5.3. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1, afdeling 1.2.1 en 1.2.4 van de ten tijde van de aankondiging van de opdracht geldende Aw 2012, de Gids Proportionaliteit en hoofdstuk 7 van het ARW 2016, behoudens de door beklagde uitgezonderde artikelen 7.20.4 en 7.20.5. De Commissie gaat er overigens vanuit dat deel 2a Aw 2012 op deze concessieopdracht niet van toepassing is omdat gesteld noch gebleken is dat de waarde van de opdracht de in 2017 geldende drempelwaarde van € 5.225.000, excl. BTW, overschrijdt.
- 5.4. De Commissie zal allereerst onderzoeken of klager de klacht tijdig bij beklagde onder de aandacht heeft gebracht.
- 5.4.1. 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.

- 5.4.2. Beklaagde heeft de hiervoor bedoelde verplichting eveneens opgenomen in het Beschrijvend Document in paragraaf 1.2.19 "Vragen Aanbestedingsdocumenten" (zie 1.3 hiervoor).
- 5.4.3. Door pas op 1 november 2017 een klacht in te dienen bij beklagde over onduidelijkheid inzake de periode waarop het financieel bedrijfsplan betrekking moest hebben en over een al dan niet afzonderlijke weging van de vragen 1a tot en met 1d van subgunningscriterium 1.4.1 heeft klager voormelde verplichting niet nageleefd. Met beklagde is de Commissie van oordeel dat klager haar bezwaren zoals die zijn verwoord in het eerste klachtonderdeel daarmee op een te laat tijdstip naar voren heeft gebracht. De Commissie ziet ook niet in waarom klager die bezwaren niet eerder naar voren had kunnen brengen.
- 5.4.4. Deze handelwijze van klager staat er aan in de weg dat zij in dit stadium nog een beroep kan doen op strijd met artikel 1.15 Aw 2012.
- 5.4.5. Het voorgaande betekent dat onderdeel 1 van de klacht ongegrond is. Ten overvloede gaat de Commissie hierna nog inhoudelijk op klachtonderdeel 1 in.
- 5.5. Klachtonderdeel 1
- 5.5.1. Bij de beoordeling van de klacht moet voorop worden gesteld dat een aanbestedende dienst op grond van artikel 1.15, eerste lid, Aw 2012 de inschrijvers op gelijke wijze dient te behandelen. In de rechtspraak is daarnaast algemeen aanvaard dat wanneer een aanbestedende dienst een opdracht aanbesteedt met gebruikmaking van de meervoudige onderhandse procedure, hij ook transparantie in zijn handelen moet betrachten (zie HR 25 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:503, JAAN 2016/69, m.nt. G. 't Hart, TBR 2016/159, m.nt. J.H.J. Bax, r.o. 4.2.2 en ook Advies 147, overweging 7.2.3; Advies 161, overweging 5.2.3; Advies 242, overweging 5.2; Advies 389, overweging 5.4.1; Advies 417, overweging 5.2.1; Advies 421, overweging 5.3.1, JAAN 2017/276, m.nt. P.H.L.M. Kuypers en Advies 423, overweging 5.7.2).
- 5.5.2. De verplichting tot het betrachten van transparantie is met betrekking tot kwalitatieve gunningscriteria in de jurisprudentie als volgt geconcretiseerd. Van belang is dat (i) zodanige gunningscriteria worden geformuleerd dat het voor een kandidaat-inschrijver volstrekt duidelijk is aan welke kwaliteitseisen hij moet voldoen, (ii) de inschrijvingen aan de hand van een zo objectief mogelijk systeem worden beoordeeld en (iii) de aanbestedende dienst zijn uiteindelijke keuze motiveert op een wijze die het voor de afgewezen inschrijvers mogelijk maakt om (a) de wijze waarop de beoordeling heeft plaatsgevonden te toetsen en (b) te controleren of de beoordeling de (voorlopige) gunningsbeslissing rechtvaardigt. Een aanbestedende dienst is gehouden om de inschrijving overeenkomstig de door hem gestelde eisen te beoordelen en mag geen afwegingsregels of subcriteria toepassen die hij niet vooraf ter kennis van de inschrijvers heeft gebracht, omdat anders in strijd met het transparantie- en gelijkheidsbeginsel zou worden gehandeld (vergelijk bijvoorbeeld Advies 377, overweging 5.2.1 en Advies 283, overweging 5.2.2). Deze verplichtingen rusten ook op een aanbestedende dienst in het geval van een meervoudig onderhandse procedure (zie aldus Rb. Den Haag (vzr.) 27 november 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014, 16579, r.o. 4.2; Rb. Noord-Nederland (vzr.) 2 februari 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:376, r.o. 4.18 en Advies 109, overweging 5.2.4; Advies 226, overweging 5.2; Advies 242, overweging 5.3; Advies 389, overweging 5.4.2 en Advies 417, overweging 5.2.2).
- 5.5.3. De eerste te beantwoorden vraag is of beklagde aan haar transparantieverplichting van artikel 1.15 Aw 2012 heeft voldaan, in die zin dat zij vraag 1.4.1a van subgunningscriterium 1.4.1 (Financieel bedrijfsplan) in de aanbestedingsstukken

zodanig heeft geformuleerd dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers die 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 de omschrijving van deze beoordelings- en gunningssystematiek 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.

5.5.4. Voor de beoordeling van de inschrijvingen geldt op basis van paragraaf 1.2 van het Aanbestedingsdocument (zie 1.2 hiervoor) dat beklagde met één ondernemer een overeenkomst wil aangaan voor de looptijd van 37 maanden. Daarnaast is in dezelfde paragraaf opgenomen dat beklagde zich de mogelijkheid voorbehoudt om na een positieve evaluatie de overeenkomst te verlengen met maximaal één jaar zodat de maximale looptijd van de overeenkomst 49 maanden bedraagt.

5.5.5. In onderdeel 1.4.1a van subgunningscriterium 1.4.1 ('Financieel bedrijfsplan') van het Beschrijvend Document (zie 1.3 hiervoor) wordt aan inschrijvers gevraagd om een beschrijving te leveren van (minimaal):

'a. Een sluitende begroting (baten/lasten overzicht) waaruit blijkt dat de organisatie/activiteiten rendabel zijn op basis van de volledige looptijd van de overeenkomst (maximaal 49 maanden).'

5.7.7 De Commissie is van oordeel dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers onderdeel 1.4.1a, in samenhang gelezen met de verlengingsmogelijkheid voor beklagde, zo zullen uitleggen dat inschrijvers bij hun inschrijving een financieel plan moesten overleggen dat uitgaat van de volledige looptijd van de overeenkomst van maximaal 49 maanden. Van strijd met het transparantiebeginsel is naar het oordeel van de Commissie geen sprake.

5.5.6. De Commissie is voorts van oordeel dat, nu bij het opstellen van het bedrijfsplan moest worden uitgegaan van de maximale duur van de overeenkomst van 49 maanden, dit uitgangspunt gevolgen heeft voor de beoordeling van de onderdelen 1b tot en met 1d van subgunningscriterium 1.4.1 (Financieel bedrijfsplan). Voor elk onderdeel geldt namelijk dat dit betrekking moet hebben op een financieel plan voor 49 maanden: dat houdt in dat de continuïteit gewaarborgd moet zijn voor die periode en dat bij de beschrijving van tarieven en abonnementen ook rekening moet worden gehouden met die termijn. Met beklagde is de Commissie van oordeel dat voor de onderdelen 1.4.1b tot en met 1.4d geen afzonderlijke, van de beoordeling van het financieel bedrijfsplan afwijkende, score mogelijk is als het financieel bedrijfsplan zelf geen betrekking heeft op de maximale looptijd van 49 maanden.

5.6. Klachtonderdeel 2

Omdat het financieel plan van klager geen betrekking heeft op een periode van 49 maanden, heeft beklagde naar het oordeel van de Commissie terecht niet kunnen beoordelen of er in het vierde jaar sprake zal zijn van financiële risico's. Ook klachtonderdeel 2 is daarmee ongegrond.

6. Advies

De Commissie acht beide klachtonderdelen **ongegron**d.

Den Haag, 27 februari 2018

w.g.:

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

Mr. A.C.M Fischer-Braams
Vice-voorzitter

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid