

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 428

1. Feiten

- 1.1. Beklaagde heeft op 13 april 2016 een Europese openbare procedure aangekondigd voor een raamovereenkomst voor diensten voor het inhuren van materieel ten behoeve van 'grondbank activiteiten'. Beklaagde hanteert een zogenoemd RAW-bestek en heeft het ARW 2012 op deze aanbestedingsprocedure van toepassing verklaard.
- 1.2. In de Offerte-aanvraag is, voor zover van belang, het volgende bepaald:

'2.23 Stopzetten

Uit deze Offerteaanvraag vloeien geen verplichtingen voort voor de Aanbestedende Dienst anders dan de verplichting om zich aan de in daarin beschreven procedures te houden.

De Aanbestedende Dienst behoudt zich dan ook het recht voor om wegens politieke, bestuurlijke, financiële en/of andere redenen de aanbestedingsprocedure stop te zetten, dan wel geheel of gedeeltelijk op te schorten. Onder deze redenen vallen in ieder geval – maar niet limitatief – de volgende situaties:

- Het niet beschikbaar hebben van voldoende middelen.
- Het ontbreken van (formeel) positieve besluitvorming aangaande de Gunning.
- Noodzakelijke substantiële aanpassingen aan de inhoud van de aanbesteding door wijzigingen van wet- en/of regelgeving, overheidsbeleid, etc.'

- 1.3. Klager heeft een inschrijving ingediend.
- 1.4. Op 22 juli 2016 heeft beklagde de mededeling van de gunningsbeslissing aan klager gezonden waarin zij heeft meegedeeld de inschrijving van klager als ongeldig – wegens een abnormaal lage inschrijving – terzijde te leggen.
- 1.5. Op 19 augustus 2016 heeft klager een klacht ingediend bij beklagde. In deze brief stelt klager, kort gezegd, dat beklagde haar inschrijving ten onrechte als ongeldig – wegens vermeend abnormaal lage inschrijving – terzijde heeft gelegd.
- 1.6. Beklaagde heeft vervolgens haar gunningsbeslissing heroverwogen en in dat kader besloten de opdracht alsnog aan klager te gunnen. Het 'Proces Verbaal van Gunning' van 12 september 2016 vermeldt in dit verband het volgende:

'1. Samenvatting project

(...)

De raming van de opdracht bedroeg € 986.477,52.
Het aanbestedingsresultaat bedraagt € 478.883,54.

(...)

3. Ontvangen inschrijvingen

Er zijn 9 inschrijvingen ontvangen.

Naam inschrijver	Prijs	Uitgesloten
1 [...]	€ 776.074,37	
2 [X]	€ 709.540,85	
3 [...]	€ 718.800,00	Ja, Voldoet niet aan de gestelde referentie eis
4 [Klager]	€ 478.883,54	
5 [...]	€ 846.185,93	Ja, Voldoet niet aan de gestelde referentie eis
6 [...]	€ 758.000,00	
7 [...]	€ 872.800,00	Ja, Voldoet niet aan de gestelde referentie eis
8 [...]	€ 863.779,51	
9 [...]	€ 588.000,00	Ja, Voldoet niet aan de gestelde referentie eis

4. Analyse inschrijfsom

Er is een grote variëteit aan inschrijfsommen. De laagste prijs is 50% lager dan de directieraming. Het verschil met de een na laagste prijs is meer dan een ton. De gemiddelde inschrijfsom bedraagt €730.000,-

Aan de laagste inschrijver is twee maal op grond van artikel 2.24 van het ARW 2012 om een verduidelijking van de inschrijving gevraagd.

4.1 (Te) Lage inschrijving

Aan de laagste inschrijver [Klager] is op grond van artikel 2.24 van het ARW 2012 een verduidelijking gevraagd. Deze is door de inschrijver overgelegd. Echter deze verduidelijking was niet voldoende onderbouwd, waarbij er een tweede keer om een verduidelijking/motivering is verzocht. Deze is nogmaals overhandigd, alleen was deze uitleg (o.a. rekenslag met 200 werkdagen ipv 260 werkdagen en een berekening op basis van 8 ipv 9 uur per dag) ontoereikend. Hierdoor ontstaat een tekort van 749 uren op de inschrijving. Advies aan de gemeente was om deze inschrijving terzijde te leggen. Dit advies is in eerste instantie meegenomen, waardoor [X] de laagste inschrijving heeft gedaan.

4.2 Standstill-termijn

Op 9 augustus 2016 heeft [Klager] een bezwaarschrift ingediend tijdens de standstill-termijn. Naar aanleiding van dit bezwaarschrift heeft er een heroverweging plaatsgevonden van de inschrijving. Na een nieuwe beoordeling van de inschrijving is gebleken dat [Klager] thans de laagste geldige inschrijving heeft gedaan.

5. Onderbouwing van de gunningsbeslissing

Er is gebleken dat de inschrijvingen van een lage kwaliteit zijn. Veel aanbiedingen zijn niet volledig, VCA verklaringen, referenties en uittreksels KvK zijn niet meegezonden.

Daarnaast zijn er ook inschrijvers waarvan de referentie niet aan de referentie eis voldoen. Deze zijn uitgesloten voor verdere deelname.

Voor de overige kleine gebreken hebben we een brief verzonden om binnen 2 dagen de ontbrekende stukken aan te leveren.

6. Resultaat/keuze

Gezien het voorgaande stelt het projectteam/afdeling voor om de opdracht, zoals omschreven in het de offerteaanvraag met I&A-nummer 201-0329 te gunnen aan [Klager] voor een bedrag, conform zijn aanbieding (inschrijvingsbiljet), van € 478.883,54 exclusief btw. De gunningsbeslissing zal worden medegedeeld aan de inschrijvers.'

- 1.7. Op 12 september 2016 heeft beklagde een herziene mededeling van de gunningsbeslissing aan klager gezonden waarin het volgende is bepaald:

'(...)

Beoordeling

Na de beoordeling van de inschrijvingen is gebleken dat uw organisatie in eerste instantie de laagste inschrijving had gedaan. De inschrijfsom was echter dusdanig laag ten opzichte van de andere inschrijvers, dat deze 'abnormaal lage inschrijving' derhalve niet in aanmerking voor gunning kwam en terzijde werd gelegd.

Op 9 augustus 2016 [*bedoeld zal zijn 19 augustus 2016, zie 1.5 hiervoor, Commissie*] heeft [Advocaat] een klacht namens u ingediend tijdens de standstill-termijn. Naar aanleiding van deze klacht heeft er een heroverweging plaatsgevonden van de inschrijving. (...)

Na een nieuwe beoordeling van de inschrijvingen is gebleken dat uw organisatie thans de laagste geldige inschrijving heeft gedaan. Gelet op het bovenstaande wordt de voorgenomen gunningsbeslissing herzien. Wij zijn voornemens de overeenkomst aan uw organisatie te gunnen.

Mededeling herziene gunningsbeslissing

Volledigheidshalve benadrukken wij dat deze mededeling van de gunningbeslissing geen aanvaarding van uw aanbod inhoudt in de zin van artikel 6:217, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek.

Afgewezen inschrijvers kunnen gedurende de termijn van twintig kalenderdagen na verzending van deze mededeling van de gunningsbeslissing bezwaar maken door het aanhangig maken van een kort geding. De termijn van twintig dagen eindigt op 3 oktober 2016 en geldt als fatale termijn. Gedurende de opschortende termijn zullen wij niet overgaan tot sluiting van de overeenkomst, conform artikel 2.127 van de Aanbestedingswet.

Indien gedurende de opschortende termijn een kort geding aanhangig wordt gemaakt, zullen wij conform artikel 2.131 van de Aanbestedingswet, de overeenkomst niet eerder sluiten dan nadat de Nederlandse rechter vonnis heeft gewezen en deze gunningsbeslissing niet als onrechtmatig is gekwalificeerd. Na afloop van de bezwaartermijn zal zo spoedig mogelijk contact met u worden opgenomen.

(...)'

- 1.8. Op 6 oktober 2016 heeft beklagde per brief (opnieuw) een herziene mededeling van de gunningsbeslissing aan klager gezonden, waarin, voor zover van belang, het volgende is opgenomen:

'(...)

Uw inschrijving is bij gunningsbeslissing van 22 juli 2016 als abnormaal laag ongeldig verklaard. Na heroverweging naar aanleiding van een bezwaar uwerzijds van 9 augustus 2016 is uw inschrijving bij herziene beslissing van 12 september 2016 alsnog geldig verklaard. Helaas moet aan u bij deze kenbaar worden gemaakt dat [Beklaagde] zich op grond van een volledige heroverweging alsnog – en ditmaal definitief – op het standpunt stelt dat uw inschrijving wel degelijk ongeldig moet worden verklaard. [Beklaagde] achtte zich genoodzaakt tot de volledige heroverweging naar aanleiding van een namens [X] op 19 september 2016 ingediend bezwaar tegen de op 12 september 2016 genomen gunningsbeslissing. De chronologie van relevante feiten tussen 21 juni 2016 en het bezwaar van 19 september 2016 is omwille van de transparantie weergegeven in de bijlage bij deze nadere herziene gunningsbeslissing. Vanzelfsprekend maakt deze bijlage juridisch onderdeel uit van deze nadere herziene gunningsbeslissing. De motivering van deze herziene gunningsbeslissing wordt onderstaand gegeven.

(...)

Het is reeds op basis van al het voorgaande, dat uw inschrijving op grond van de door u genoemde eenheidsprijzen bij de besteks-posten 111010 en 11020 definitief ongeldig moet worden verklaard omdat uw inschrijving door deze volstrekt te lage eenheidsprijzen als abnormaal lage inschrijving ongeldig moet worden geoordeeld.

(...)'

- 1.9. Naar aanleiding van de brief van beklagde van 6 oktober 2016 met de tweede herziene mededeling van de gunningsbeslissing heeft klager op 25 oktober 2016 opnieuw een klacht bij beklagde ingediend. In deze klachtbrief verwijst klager ten eerste naar haar klachtbrief van 19 augustus 2016 (zie 1.5 hiervoor).

Verder stelt klager in haar brief van 25 oktober 2016, onder meer, dat beklagde met haar handelswijze favoritisme en willekeur in het leven roept doordat zij haar eigen voorwaarden niet consequent op dezelfde wijze uitlegt. Klager verwijst hiertoe naar het arrest *Succhi di Frutta* van het HvJ EU 29 april 2004, C-496/99, r.o. 111 en 115. Als gevolg van het niet transparante handelen van beklagde is volgens klager de gewijzigde gunningsbeslissing van 6 oktober 2016 principieel onrechtmatig.

Daarnaast handelt beklagde met haar mededeling tot intrekking van de gunningsbeslissing volgens klager in strijd met het vertrouwensbeginsel doordat zij is teruggekomen op haar eerdere beslissing. Ter onderbouwing van haar standpunt verwijst klager naar een vonnis van de rechtbank Den Haag van 24 augustus 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:11210 waarin is bepaald dat de aanbestedende dienst later niet alsnog op grond van het ondertekeningsgebrek de inschrijving terzijde mocht leggen. Klager stelt hier dat de voorzieningenrechter heeft geoordeeld dat het vertrouwensbeginsel prevaleert boven het gelijkheidsbeginsel.

- 1.10. Op 8 december 2016 heeft beklagde de volgende mededeling houdende een besluit tot intrekking van de Europese aanbestedingsprocedure en heraanbeste-

ding 'Grondbankactiviteiten' aan klager (en overige inschrijvers op de aanbestedingsprocedure) verzonden. In deze mededeling is het volgende opgenomen:

'Langs deze weg deel ik u mede dat [Beklaagde] besloten heeft de Europese aanbestedingsprocedure betreffende de 'Grondbankactiviteiten' (...) in te trekken c.q. te beëindigen.

Mede naar aanleiding van ingediende bezwaarprocedures heeft [Beklaagde] de gunningsbesluitvorming en gevolgde procedure in het kader van onderhavige Europese aanbestedingsprocedure heroverwogen en (her)beoordeeld, waarbij [Beklaagde] tot de conclusie is gekomen dat de besluitvorming en de gevolgde procedure een rechtmatige gunning in onevenredige mate belemmeren. [Beklaagde] zal derhalve de opdracht niet gunnen als resultaat van deze aanbestedingsprocedure.

[Beklaagde] heeft geconcludeerd dat de aanbestedingsdocumentatie in het kader van deze Europese aanbestedingsprocedure op diverse punten voor meerdere uitleg vatbaar is c.q. tegenstrijdigheden bevat, onder meer voor wat betreft het aantal (werk)dagen in relatie tot de definiëring conform de UAV-2012 en de uitleg bij het begrip 'bandbreedte' wat betreft het aantal uren per werkdag. Na ontvangst van de inschrijvingen is gebleken dat inschrijvers deze bepalingen op verschillende wijzen hebben uitgelegd. Een en ander brengt ook (onbedoelde en ongewenste) consequenties met zich bij de daadwerkelijke uitvoering van de raamovereenkomst. Voorts heeft [Beklaagde] geconcludeerd de kwalificatie van een Inschrijving als 'abnormaal laag' onvoldoende te hebben gemotiveerd.

Een en ander is dermate bezwaarlijk voor [Beklaagde] en tevens in strijd met het gelijkheidsbeginsel (en het daaruit voortvloeiende transparantiebeginsel) dat besloten is tot intrekking van onderhavige Europese aanbestedingsprocedure.

Voor de goede orde verwijs ik daarbij naar paragraaf 2.23 van de Offerteaanvraag en artikel 2.27.1 van het ARW 2012, op basis waarvan [Beklaagde] zich het recht heeft voorbehouden de Europese aanbestedingsprocedure in te trekken en niet verplicht is de opdracht te verlenen, alsmede de aan [Beklaagde] toekomende contractsvrijheid.

[Beklaagde] zal zich nu beraden over de te nemen vervolgstappen en overweegt daarbij over te gaan tot heraanbesteding van de 'Grondbankactiviteiten'.

(...)'

- 1.11. Op 23 december 2016 heeft klager per e-mail een voorwaardelijk bezwaar gezonden aan beklagde tegen het besluit tot intrekking en heraanbesteding. In deze brief is, onder meer, het volgende opgenomen:

'(...)

I INTREKKING VANWEGE GENOEMDE REDEN IS ONRECHTMATIG

Een intrekkingbeslissing dient voldoende gemotiveerd te zijn teneinde transparantie en bijgevolg het beginsel van gelijke behandeling te waarborgen.

Zie: HvJ EU 11 december 2014, zaak C-440/13 (Croce Amica), r.o. 31 en 33.

De door [Beklaagde] gegeven motivering is echter onvoldoende om een besluit tot intrekking te rechtvaardigen. Als reden noemt [Beklaagde] dat zij concludeerde dat de aanbestedingsprocedure voor meerdere uitleg vatbaar is, c.q. tegen-

strijdigheden bevat. [Klager] is het met deze conclusie niet eens. In de (klacht)correspondentie – waaronder de aanvullende klacht van [Klager] d.d. 25 oktober 2016 – zette [Klager] uiteen hoe de bepalingen van de aanbestedingsdocumentatie door een behoorlijk en geïnformeerde normaal oplettende inschrijver moeten worden begrepen en geïnterpreteerd ('Succhi di Frutta-criteria'), alsmede dat zij een inschrijving overeenkomstig die bepalingen had gedaan. Hetgeen door [Klager] is aangevoerd, is niet door [Beklaagde] betwist, laat staan weerlegd.

Dit is van belang omdat het Hof Arnhem-Leeuwarden op 12 januari 2016 oordeelde dat een aanbesteder die zelf meende dat de aanbestedingsdocumentatie tegenstrijdig, inconsistent en onduidelijk was, onrechtmatig, tot intrekking van de procedure overging, omdat naar maatstaven gemeten (het Succhi di Frutta-criteria) er van tegenstrijdigheid, inconsistentie en/of onduidelijkheid geen sprake was.

Zie: "Naar het oordeel van het hof laat deze beoordelingsmethodiek op zichzelf niet aan duidelijkheid te wensen over. Van een tegenstrijdigheid tussen het bepaalde in paragraaf 2.12 en de hoofdstukken 5 en 6 is in eigenlijke zin ook geen sprake. Zoals hiervoor is vermeld, houdt paragraaf 2.12 in dat de gunningcriteria kwaliteit en prijs met elkaar worden gewogen, waarbij de genoemde wegingsfactoren worden gehanteerd. Op welke wijze dat gebeurt, is in de hoofdstukken 5 en 6 beschreven. De verwijzingen in paragraaf 2.10 (net als paragraaf 2.12 opgenomen in het algemene hoofdstuk Procedure) maken ook al meteen duidelijk dat de lezer voor de wijze van beoordeling aan de hand van de gunningcriteria en de bepaling van de beste aanbieding bij de hoofdstukken 5 en 6 te rade moet gaan. Voor de redelijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver kon er daarom geen misverstand over bestaan dat het in 2.12 vermelde uitgangspunt in de volgende hoofdstukken wordt uitgewerkt en dat de wijze van beoordeling uiteindelijk daarin wordt bepaald. Aan de bewoordingen van het gunningdocument gelezen in het licht van de gehele tekst van de aanbestedingsstukken, kan naar objectieve maatstaven gemeten dan ook geen andere uitleg worden gegeven dan dat de in 2.12 genoemde wegingsfactoren op de in 6.1 vermelde wijze worden toegepast. Een daadwerkelijke inconsistentie of onduidelijkheid doet zich daarbij dus ook niet voor. Voor het oordeel dat het gunningdocument ruimte biedt voor twee interpretaties ten aanzien van de wijze van beoordeling van de inschrijvingen op de criteria kwaliteit en prijs, ziet het hof daarom geen goede grond. **Het om deze reden afbreken van de aanbesteding moet daarom, naar voorlopig oordeel, onrechtmatig worden geacht.** Dit betekent dat de grief slaagt."

(Hof Arnhem-Leeuwarden op 12 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:130, r.o. 4.14, ond. en vet [Klager])

Precies dezelfde situatie doet zich in het onderhavige geval voor. De intrekking door [Beklaagde] is dan ook onrechtmatig.

II GUNNING AAN [KLAGER] IS DE ENIGE RESTERENDE OPTIE

Blijkens de motivering van de intrekkingbeslissing van [Beklaagde], is er geen sprake van dat [Beklaagde] niet langer behoefte heeft aan de uitvoering van de opdracht, dan wel dat zij daarvoor geen middelen meer heeft. In tegendeel: [Beklaagde] overweegt nadrukkelijk een heraanbesteding.

Indien een aanbestedende dienst behoefte heeft aan de uitvoering van een opdracht (zoals [Beklaagde]) en er een aanbieding is ontvangen die aan de uitgevraagde opdracht voldoet (zoals de inschrijving van [Klager]), dan rest de aanbesteder geen andere keuze dan de opdracht aan de inschrijver te gunnen.

De door [Beklaagde] genoemde bepalingen in de Offerteaanvraag en het ARW doen daar niet aan af. Los van de onjuistheid van de door [Beklaagde] genoemde reden tot intrekking, geldt dat deze reden niet voorkomt in de (uitgebreide) opsomming van de intrekkingreden in de Offerteaanvraag en het ARW.

Ook de contractsvrijheid staat niet aan gunning aan [Klager] in de weg. Een aanbestedder kan – in de regel – niet gedwongen worden een overeenkomst te sluiten, maar hij kan wel gedwongen worden om dat procedure op rechtmatige wijze af te ronden, wat als enige uitkomst een definitieve gunning kan hebben.

Zie het reeds aangehaald arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden waarin het de aanbestedende dienst tot het volgende veroordeelde:

“gebiedt [Beklaagde] om de gunningsfase (en dus niet de selectie- en inschrijvingsfase) van de onderhavige Europese niet-openbare procedure binnen twee weken na dit vonnis voort te zetten c.q. te hervatten in de stand waarin deze aanbestedingsprocedure zich bevond bij het verzenden van de voorlopige gunningsbeslissing van 16 december 2014 en deze aanbestedingsprocedure op basis daarvan af te ronden, zonder daarbij een nieuwe stand-still- en vervaltermijn te hanteren;”

Kortom: gunning aan [Klager] is de enige nog resterende optie voor [Beklaagde] en kan daarom in rechte worden afgedwongen.

III VOORWAARDELIJKE INTREKKING BEZWAAR

Onverminderd het voorgaande is [Klager] evenwel bereid onderhavig bezwaar tegen de intrekkingbeslissing te laten varen onder de hierna te noemen voorwaarde. [Klager] hecht namelijk aan een goede relatie en samenwerking met [Beklaagde]. In dat kader is vanzelfsprekend van belang dat [Klager] een eerlijke kans krijgt bij het verwerven van nieuwe opdracht van [Beklaagde], in het bijzonder de (al dan niet gewijzigde) opdracht(en) voor het inhuren van materieel ten behoeve van Grondbank activiteiten.

Gelet op het voorgaande verzoek ik [Beklaagde] mij per omgaande, doch uiterlijk dinsdag 27 december 2016 om 14.00 uur, per e-mail te bevestigen dat:

- [Klager] zal worden uitgenodigd voor het doen van een inschrijving voor de (al dan niet gewijzigde) opdracht(en) voor het inhuren van materieel ten behoeve van Grondbank activiteiten, voor zover [Beklaagde] daar (gelet op de aard van de procedure) invloed op heeft;
- [Klager] onverminderd in aanmerking blijft komen voor een uitnodiging tot het doen van een inschrijving voor overheidsopdrachten die [Klager] – gelet op de aard, omvang en ervaring van het bedrijf – zou kunnen uitvoeren.

(...)

- 1.12. Beklaagde heeft bij brief van 27 december 2016 als volgt op de brief van klager gereageerd:

‘[Beklaagde] zal haar besluit tot intrekking van de Europese aanbestedingsprocedure betreffende de ‘Grondbank activiteiten’ (...) niet herzien. Zonder hierin nu volledig te willen zijn, hetgeen overigens ook niet mogelijk is gelet op de door u gestelde termijn, is het duidelijk dat [Beklaagde] het niet eens is met uw standpunten. [Beklaagde] handhaaft de stellingname zoals vastgelegd in de brief d.d. 8 december 2016.

In de intrekingsbrief d.d. 8 december heeft [Beklaagde] [Klager] bericht dat zij zich zal beraden over te nemen vervolgstappen en daarbij overweegt tot heraanbesteding over te gaan. [Beklaagde] is hiermee momenteel nog bezig. [Beklaagde] kan derhalve geen toezeggingen doen over de wijze waarop de (al dan niet gewijzigde) opdracht in de markt zal worden gezet. [Beklaagde] kan derhalve ook niet toezeggen dat [Klager] zal worden uitgenodigd voor het doen van een inschrijving. Een dergelijke toezegging kan in dit stadium van heroverweging simpelweg (nog) niet worden gedaan.

[Beklaagde] kan u wel het volgende toezeggen. Indien de (al dan niet gewijzigde) opdracht opnieuw zal worden aanbesteed, dan zal dit uiteraard geschieden door toepassing van de procedure die op basis van de Aanbestedingswet 2012 is voorgeschreven. Indien [Beklaagde] een openbare of niet-openbare procedure organiseert, hetgeen in de lijn der verwachting ligt, maar hieraan kan [Klager] uitdrukkelijk geen rechten ontlenen, dan kunnen alle marktpartijen c.q. gegadigden hun interesse in de opdracht (opnieuw) kenbaar maken door middel van het indienen van een verzoek tot deelneming c.q. een inschrijving. In voorkomend geval zal [Klager] deze mogelijkheid uiteraard ook hebben.

Ter zake uw tweede verzoek kan [Beklaagde] u bevestigen dat zij zich te allen tijde zal conformeren aan de wet- en regelgeving, dus ook aan de Gids proportionaliteit en de daarin opgenomen voorschriften die betrekking hebben op het stellen van geschiktheidseisen.

(...)'

1.13. Op 17 februari 2017 heeft klager de volgende brief aan beklagde verzonden:

'Op 8 december 2016 meldde u aan cliënte, [Klager], dat u de Europese aanbestedingsprocedure betreffende de 'Grondbankactiviteiten' introk/beëindigde. U meldde daarbij dat [Beklaagde] zich zou beraden over de te nemen vervolgstappen en daarbij overwoog over te gaan tot heraanbesteding.

Tot op heden is er van een nieuwe aanbestedingsprocedure geen sprake. Dat betekent dat de 'Grondbankactiviteiten' al geruime tijd via een onderhandse gunning worden uitgevoerd. Naar cliënte heeft begrepen door de partij die de werkzaamheden tot en met de aanbestedingsprocedure uitvoerde: [X].

De Aanbestedingswet staat het [Beklaagde] niet toe om ondernemers dit soort opdrachten onderhands te gunnen. Betoogd zou kunnen worden dat de (langlopende) behandeling van de bezwaren tegen de verschillende gunningsbeslissingen en de daarop volgende intrekking, een rechtvaardiging vormden voor een tijdelijke onderhandse gunning (een zogenaamde noodopdracht). Echter, voor zover al mogelijk, is een noodopdracht slechts toegestaan voor zover:

- de uitvoering van de werkzaamheden noodzakelijk is; en
- de duur ervan niet langer is dan nodig om onverwijld een nieuwe aanbestedingsprocedure te doorlopen.

Nu er inmiddels meer dan twee maanden zijn verstreken sinds het bericht tot intrekking/beëindiging, geldt dat de termijn voor noodopdracht in ieder geval is verstreken.

Daarbij is niet onbelangrijk dat [X] bezwaar tegen een gunning aan [Klager], hiermee alsnog wordt beloofd met – de facto – de gunning van het werk. Dat terwijl [Beklaagde] overging tot intrekking van de aanbestedingsprocedure omdat het volgens haar niet mogelijk was om rechtmatig te gunnen aan zowel [Klager]

als [X]. Deze uitkomst klemt te meer omdat [X] een aanzienlijk hogere inschrijving deed dan [Klager].

Ten slotte zij nog opgemerkt dat de directeur van [Klager], [Naam], verschillende pogingen heeft genomen om hierover overleg met u te plegen. Die pogingen zijn helaas vruchteloos gebleken, wat deze brief noodzakelijk maakt.

(...)'

- 1.14. Op 22 februari 2017 heeft beklagde de volgende brief aan klager verzonden:

'(...)

Ik kan u ook verzekeren dat de organisatie van de (her)aanbesteding de volle aandacht heeft van [Beklaagde]. [Beklaagde] zal dan ook op een zo kort mogelijk termijn wensen over te gaan tot de publicatie van de aankondiging van de aanbestedingsprocedure. Daarbij is echter van groot belang dat dit zorgvuldig gebeurt en dat de omvang van de opdracht en de daarop van toepassing zijnde voorwaarden eenduidig worden geformuleerd. Het spreekt voor zich dat [Beklaagde] een herhaling van de vorige (onregelmatig verlopen) aanbestedingsprocedure wenst te voorkomen, mede gelet op de (eventueel onnodige) kosten die inschrijvers zullen maken in het kader van de inschrijvingen.

[Beklaagde] heeft hiervoor echter wel enige tijd nodig ter voorbereiding. Daarbij overweegt [Beklaagde] de opdracht voor de 'Grondbankactiviteiten' op een andere (gewijzigde) wijze in de markt te zetten, zodat deze beter aansluit op de behoeften van [Beklaagde] en inschrijvers een meer passende aanbieding kunnen doen.

U stelt overigens terecht dat sinds het bericht tot intrekking/beëindiging inmiddels meer dan twee maanden zijn verstreken. [Beklaagde] wenst in dat kader echter te benadrukken dat de aanbestedingsprocedure is beëindigd op 29 december 2016, te weten na ommekomst van de bezwaartermijn van 20 kalenderdagen. Dit betekent *de facto* dat [Beklaagde] (pas) op 9 januari 2017 – ná de vakantieperiode – kon starten met de voorbereidingshandelingen ten behoeve van de (her)aanbesteding.

Immers, indien een inschrijver een kort geding was gestart, had [Beklaagde] (opnieuw) onnodig omvangrijke (voorbereidings)kosten gemaakt.

Wat hier van zij en zoals gezegd, [Beklaagde] is druk bezig met het voorbereiden van de aanbestedingsprocedure en zal naar verwachting binnen uiterlijk 2 maanden een aankondiging van de opdracht kunnen publiceren op TenderNed. Aan deze opmerking kunnen overigens geen rechten worden ontleend.

Ter zake de noodopdracht kan ik u het volgende melden. [Beklaagde] ziet zich genoodzaakt tijdelijke (nood)opdrachten te verstrekken voor de 'Grondbankactiviteiten'. Voor de bedrijfsvoering en de processen is het noodzakelijk de continuïteit te waarborgen. Dagelijks dient de locale Grondbank te beschikken over de middelen (kranen) inclusief bediening in verband met het verwerken van materiaal dat ook dagelijks wordt aangevoerd. Het is derhalve geen optie om géén opdrachten te verstrekken tot de nieuwe aanbestedingsprocedure geheel is doorlopen.

De vergoeding voor de betreffende opdrachtnemer wordt overigens per (nood)opdracht bepaald en houdt geen verband met de in het kader van de aanbestedingsprocedure aangeboden prijzen. De opdrachtnemer wordt derhalve niet

(op een onrechtmatige wijze) teveel betaald en zal ook niet langer dan noodzakelijk uitvoering geven aan de (nood)opdracht(en).
(...)'

1.15. Op 16 mei 2017 heeft klager de volgende e-mail aan beklagde verzonden:

'Op jl. 22 februari berichtte u mij "[Beklaagde] is druk bezig met het voorbereiden van de aanbestedingsprocedure en zal naar verwachting binnen uiterlijk 2 maanden een aankondiging van de opdracht kunnen publiceren op TenderNed."

De door u gestelde uiterlijke verwachtingstermijn is inmiddels bijna een maand geleden verstreken. Kunt u mij derhalve berichten dat de aankondiging inmiddels is gepubliceerd, althans op zeer korte termijn gepubliceerd wordt?

(...)'

1.16. Op 19 mei 2017 heeft de advocaat van klager een klacht ingediend bij het klachtenmeldpunt van beklagde:

'Op verzoek van [Klager] dien ik hiermee een klacht in tegen [Beklaagde] vanwege het uitblijven van een aangekondigde heraanbesteding.

De aangekondigde heraanbesteding volgt op de aanbesteding van een raamovereenkomst voor het inhuren van materieel t.b.v. 'Grondbank activiteiten'; bestek nr. [...] door [Beklaagde] in 2016 en in het bijzonder de chaotische verlopen gunningsfase van die procedure. In die gunningsfase werd de inschrijving van [Klager] eerst ten onrechte ongeldig verklaard, vervolgens terecht geldig verklaard, om daarna weer ten onrechte ongeldig te worden verklaard, waarna [Beklaagde] uiteindelijk de aanbestedingsprocedure introk.

(...)

Het gevolg van het uitblijven van een nieuwe aanbestedingsprocedure is dat de 'Grondbankactiviteiten meer dan geruime tijd via een onderhandse gunning worden uitgevoerd en wel door de partij die de werkzaamheden tot en met de aanbestedingsprocedure uitvoerde: [X].

De Aanbestedingswet staat [Beklaagde] niet toe om ondernemers dit soort opdrachten onderhands te gunnen. Voor zover [Beklaagde] zich erop zou beroepen dat er sprake is van een noodopdracht vanwege het verloop van de eerdere aanbestedingsprocedure, geldt dat, voor zover al tot een uitzondering op de aanbestedingsplicht zou mogen leiden, de noodopdracht beperkt moet blijven tot de strikt noodzakelijk uit te voeren werkzaamheden tegen de kortst mogelijke duur.

Van een zo kort mogelijke duur is allang geen sprake meer. Het uitvoeren van een aanbestedingsprocedure binnen twee maanden is – alle reguliere termijnen in acht nemend – goed mogelijk. Inmiddels is bijna een half jaar verstreken sinds het bericht van intrekking van de aanbestedingsprocedure. Daarenboven is de door [Beklaagde] zelf voorgestelde (zeer ruime) termijn tot uiterlijk 22 april 2017 ook al reeds met een maand overschreden.

Dat betekent dat [X] inmiddels geruime tijd onrechtmatig een opdracht voor [Beklaagde] uitvoert. Daarbij is niet onbelangrijk dat [X]'s bezwaar tegen een gunning aan [Klager], hiermee alsnog wordt beloond met – de facto – de gunning van het werk. Dat terwijl [Beklaagde] overging tot intrekking van de aanbestedingsprocedure omdat het volgens haar niet mogelijk was om rechtmatige te

gunnen aan zowel [Klager] als [X]. Deze uitkomst klemt des te meer omdat [X] een aanzienlijk hogere inschrijving deed dan [Klager].

Ten slotte zij nog opgemerkt dat [Klager] onderwijl verschillende pogingen deed om overleg met [Beklaagde] te plegen over de start van de heraanbesteding, maar dat [Beklaagde] deze negeerde.

(...)'

- 1.17. Op 24 mei 2017 heeft het klachtenmeldpunt van beklagde (hierna ook: de Toetsingscommissie) de volgende e-mail aan klager verzonden:

'In uw brief vraagt u de Toetsingscommissie om [Beklaagde] te adviseren om per omgaande doch uiterlijk 1 juni 2017 tot publicatie van een nieuwe aanbestedingsprocedure over te gaan. Hoezeer de Toetsingscommissie begrip heeft voor uw verzoek, heeft zij echter meer tijd nodig om uw klacht zorgvuldig af te kunnen handelen. Een advies voor 1 juni is niet aannemelijk. De Toetsingscommissie zal uiterlijk vrijdag 9 juni 2017 haar advies uitbrengen en u hierover informeren.'

- 1.18. Op 19 juni 2017 heeft klager de volgende e-mail aan beklagde verzonden:

'Op 19 mei jl. diende ik een klacht inzake het uitblijven van een heraanbesteding in. Die klacht volgde op het bericht van [Beklaagde] dat zij uiterlijk 22 april 2017 een heraanbesteding van haar grondbankactiviteiten zou publiceren.

N.b. naar mijn weten heeft die publicatie nog steeds niet plaatsgevonden.

Ik verzocht uw toetsingscommissie uiterlijk 1 juni 2017 een reactie op de klacht te geven. Bij e-mail d.d. 24 mei 2017 berichtte u mij: "*De Toetsingscommissie zal uiterlijk vrijdag 9 juni 2017 haar advies uitbrengen en u hierover informeren.*"

Op die bewuste 9 juni 2017 nam u telefonisch contact met mij op en meldde dat ook die datum niet zou worden gehaald. Hoewel ik begrip toonde voor de door u daarvoor genoemde omstandigheden, wees ik er ook op dat dit voor cliënte extra vervelend is omdat het niet (tijdig) nakomen van toezeggingen van [Beklaagde] de kern van haar klacht was. U zegde mij daarop toe dat de reactie op de klacht uiterlijk de week erop, meer specifiek donderdag 15 of vrijdag 16 juni 2017 zou komen. Zonder nader bericht is ook op die data een reactie uitgebleven.

Inmiddels:

- is er bijna een jaar verstreken sinds de eerste klacht van cliënte,
- is er een half jaar verstreken sinds de intrekking van de aanbestedingsprocedure,
- zijn er twee maanden verstreken sinds het moment waarop [Beklaagde] uiterlijk tot publicatie zou overgaan,
- is de door uw Toetsingscommissie toegezegde uiterlijke reactie tot twee maal toe uitgebleven.

Het enige dat cliënte vooralsnog wijzer is geworden, is dat het begrip uiterlijk in [Plaatsnaam] kennelijk aan inflatie onderhevig is.

Gelet op het voorgaande verzoek ik u uiterlijk deze week uw reactie op cliënte's klacht aan mij bekend te maken. Bij gebreke daarvan zal cliënte zich wenden tot de Commissie van Aanbestedingsexperts. Immers, bij het uitblijven van een (tijdige) reactie zijdens een aanbestedende dienst op een klacht, kan een marktpartij zich ook tot de Commissie van Aanbestedingsexperts wenden.'

- 1.19. Op 21 juni 2017 heeft beklagde de klacht ontvankelijk en ongegrond verklaard onder verwijzing naar het advies van de Toetsingscommissie van 19 juni 2017:

\(...)

De Toetsingscommissie heeft de klacht beoordeeld en komt tot het volgende **advies**:

1. De klacht d.d. 19 mei 2017 van [Klager] ontvankelijk te verklaren;
2. De klacht d.d. 19 mei 2017 van [Klager] ongegrond te verklaren.

Hieronder volgt de onderbouwing van het advies.

(...)

Beoordeling van de klacht

1.) In tegenstelling tot [Klager] is de Toetsingscommissie op basis van de onderliggende stukken van oordeel dat de aanbestedende dienst geen verwachtingen heeft gewekt dat uiterlijk binnen twee maanden na 22 februari 2017 een aankondiging van een nieuwe aanbestedingsprocedure Grondbankactiviteiten zou volgen. Hieraan legt de Toetsingscommissie ten grondslag dat de aanbestedende dienst in haar brief d.d. 22 februari 2017 expliciet heeft aangegeven dat aan de opmerking *"De aanbestedende dienst spreekt de verwachting uit dat zij binnen uiterlijk twee maanden een aankondiging van opdracht kan publiceren"* geen rechten kunnen worden ontleend. Op basis van dit ondubbelzinnig voorbehoud had [Klager] er redelijkerwijs rekening mee moeten houden dat publicatie later zou plaatsvinden. Dat de aankondiging nog niet heeft plaatsgevonden kan de aanbestedende dienst dan ook niet tegengeworpen worden.

De Toetsingscommissie acht de klacht op dit onderdeel ongegrond.

2.) De Toetsingscommissie is in tegenstelling tot [Klager] van oordeel dat de aanbestedende dienst niet onrechtmatig heeft gehandeld door bij wijze van noodoplossing een tijdelijke opdracht aan loonbedrijf [X] te gunnen. Aan dit standpunt legt de Toetsingscommissie ten grondslag dat deze noodopdracht is aangegaan als tijdelijke regeling om de continuïteit van de Grondbankactiviteiten te waarborgen tijdens de periode van de voorbereiding en het doorlopen van een nieuwe, verbeterde aanbestedingsprocedure. De keuze voor de zittende contractant loonbedrijf [X] is naar het oordeel van de Toetsingscommissie dan ook een logische en in het aanbestedingsrecht is het ook gebruikelijk dat de zittende partij tijdelijk de werkzaamheden voortzet in afwachting van een afgeronde procedure. De omstandigheid dat loonbedrijf [X] sinds de intrekking van de vorige aanbestedingsprocedure de werkzaamheden uitvoert maakt het vorenstaande niet anders.

De Toetsingscommissie acht de klacht ook op dit onderdeel ongegrond.'

2. Beschrijving klacht

2.1. Klachtonderdeel 1

Beklaagde heeft in strijd met artikel 1.4, lid 1, aanhef en sub a en b, Aw 2012 de tijdelijke overbruggingsovereenkomst enkelvoudig onderhands met de zittende dienstverlener gesloten. Deze gunning wordt door beklagde bovendien onvoldoende gemotiveerd conform artikel 1.4, lid 3, Aw 2012.

2.2. Klachtonderdeel 2

Beklaagde publiceert niet tijdig de door haar aangekondigde heraanbesteding, waardoor zij in het verlengde van de noodopdracht, nu een Europese aanbestedingsplichtige opdracht ten onrechte – en voor onbepaalde tijd – onderhands gunt.

2.3. Klachtonderdeel 3

Met het uitblijven van de aangekondigde heraanbesteding, en de daarbij genoemde termijnen, komt beklaagde haar expliciete toezeggingen jegens klager niet na.

2.4. Klachtonderdeel 4

Het verloop van de hele aanbestedingsprocedure en de nasleep ervan geeft blijk van gebrekkige communicatie van zowel beklaagde als het klachtenmeldpunt.

3. **Onderbouwing klacht**

- 3.1. Alvorens op de klachten in te gaan merkt klager in het algemeen het volgende op. Ten eerste stelt klager dat de door beklaagde aangekondigde aanbestedingsprocedure chaotisch is verlopen. De inschrijving van klager werd in eerste instantie door beklaagde ongeldig verklaard maar na een klacht daarover bij het klachtenmeldpunt werd alsnog door beklaagde een gunningsbeslissing genomen ten faveure van klager.
- 3.2. Na deze beslissing echter volgde een gunningsbeslissing in het voordeel van een andere inschrijver, X. Tegen deze gunningsbeslissing heeft klager een klacht ingediend, waarna beklaagde is overgegaan tot intrekking van de aanbestedingsprocedure. Daarbij werd door beklaagde gemeld dat beklaagde overwoog tot een heraanbesteding van de grondbankactiviteiten.
- 3.3. Tegen de intrekking van de aanbesteding heeft klager voorwaardelijk bezwaar gemaakt omdat de intrekking naar de mening van klager niet nodig was en de reden van intrekking onjuist is. Klager stelde zich op het standpunt dat de gunning aan haar de enige rechtmatige uitkomst was van onderhavige aanbestedingsprocedure en verwijst hiertoe naar haar bezwaarbrieff van 23 december 2016 (zie 1.11 hiervoor). Beklaagde heeft het bezwaar volgens klager zonder inhoudelijke reactie afgedaan en klager heeft daarop besloten om zich te richten op haar deelname aan de door beklaagde in het vooruitzicht gestelde heraanbesteding.
- 3.4. Op het moment dat klager constateerde dat de door beklaagde aangekondigde heraanbesteding uitbleef en de zittende inschrijver als gevolg daarvan nog steeds – onderhands – de opdracht uitvoerde, heeft zij beklaagde daarover op 17 februari 2017 een brief gezonden (zie 1.13 hiervoor). In deze brief heeft klager beklaagde erop gewezen dat voor zover een tijdelijke onderhandse gunning al rechtmatig zou zijn, een dergelijke noodopdracht volgens haar slechts is toegestaan indien 1) de uitvoering van de werkzaamheden noodzakelijk is, en 2) de duur ervan niet langer is dan nodig om onverwijld een nieuwe aanbestedingsprocedure te doorlopen. Klager merkt hierbij op dat op dat moment al meer dan twee maanden waren verstreken sinds de intrekking en op dat moment had wat klager betreft de nieuwe aanbestedingsprocedure al aangekondigd moeten zijn.

- 3.5. Bij brief van 22 februari 2017 (zie 1.14 hiervoor) heeft beklaagde aan klager laten weten dat de heraanbesteding haar volledige aandacht had en dat zij op een zo kort mogelijke termijn wenste over te gaan tot de aankondiging daarvan. In de brief heeft beklaagde de verwachting uitgesproken uiterlijk binnen twee maanden een aankondiging van de opdracht te kunnen publiceren op TenderNed. Dat zou uiterlijk 22 april 2017 zijn.
- 3.6. Na verstrijken van deze termijn zonder een publicatie van een aankondiging heeft klager bij beklaagde geïnformeerd naar de stand van zaken (zie e-mail van 16 mei 2017 in 1.15 hiervoor). Op dit bericht stelt klager enkel een ontvangstbevestiging van beklaagde te hebben ontvangen. Klager heeft daarna op 19 mei 2017 wederom een klacht ingediend bij beklaagde (zie 1.16 hiervoor). In een reactie op de klacht heeft het klachtenmeldpunt van beklaagde klager geïnformeerd uiterlijk op vrijdag 9 juni 2017 te reageren op die klacht (zie de e-mail van 24 mei 2017 in 1.17 hiervoor). Deze toezegging is beklaagde volgens klager niet nagekomen waarna volgens klager op 9 juni 2017 door beklaagde telefonisch is toegezegd om uiterlijk 16 juni 2017 een reactie te zenden. Klager verwijst naar haar e-mail aan beklaagde van 19 juni 2017 waaruit volgens klager blijkt dat beklaagde ook die toezegging niet is nagekomen (zie 1.18 hiervoor). Op 21 juni 2017 heeft beklaagde volgens klager een onvolledige reactie opgesteld (zie 1.19 hiervoor) die bovendien volgens klager pas op 26 juni 2017 is verzonden.
- 3.7. Klager stelt dat als gevolg van dit handelen van beklaagde de groundbank activiteiten sinds 1 juli 2016 (het moment waarop volgens klager de gunning na de aanbesteding had moeten plaatsvinden) onderhands door X worden uitgevoerd. Daarmee heeft beklaagde volgens klager onderhands een opdracht gegund voor onbepaalde tijd.
- 3.8. Beklaagde erkent deze onderhandse gunning volgens klager expliciet en zij verwijst hiertoe naar het advies van het klachtenmeldpunt van 19 juni 2017 waarin wordt gemeld dat beklaagde bij wijze van noodoplossing een tijdelijke opdracht aan X heeft gegund (zie 1.19 hiervoor). Volgens klager acht het klachtenmeldpunt van beklaagde de onderhandse gunning rechtmatig omdat hiermee de continuïteit van de groundbank activiteiten wordt gewaarborgd tijdens de periode van de voorbereiding en het doorlopen van een nieuwe aanbestedingsprocedure. Daarbij acht het klachtenmeldpunt volgens klager de keuze voor de zittende ondernemer X een 'logische' en een 'in het aanbestedingsrecht gebruikelijke'.
- 3.9. Klachtonderdeel 1
- 3.9.1. Klager stelt dat bij de gunning van elke overheidsopdracht een aanbestedende dienst artikel 1.4 Aw 2012 in acht dient te nemen. Dat geldt volgens klager dus ook voor de gunning van een 'noodopdracht' na een ingetrokken aanbestedingsprocedure. Hieraan voegt klager toe dat voor zover een noodopdracht een objectieve reden (ex artikel 1.4 lid 1 sub a Aw 2012) is voor een – tijdelijke – onderhandse gunning, moet de keuze voor de opdrachtnemer aan wie direct gegund wordt volgens klager eveneens op basis van objectieve criteria gemaakt worden op grond van artikel 1.4 lid 1 sub b Aw 2012.
- 3.9.2. De keuze voor X is volgens klager niet gemaakt op basis van objectieve criteria maar slechts omdat het logisch en gebruikelijk zou zijn. Dat zijn volgens klager – voor zover het al juist is (zie onderdeel 2) – geen objectieve maar subjectieve criteria. Dat terwijl er volgens klager op dat moment wel een doorslaggevend objectief criterium voorhanden was namelijk de uitslag van de ingetrokken aanbestedingsprocedure. Klager stelt dat daaruit volgt dat zij met een inschrijfsom van € 478.883,54 een aanzienlijk lagere prijs heeft geboden dan X met een inschrijfsom van € 709.540,85. Klager verwijst hiervoor naar het proces-verbaal

van gunning van 12 september 2016 (zie 1.6 hiervoor). Er was naar de mening van klager dus wel een objectieve reden om de noodopdracht aan klager te gunnen en geen om die aan X te gunnen.

3.9.3. Dat beklagde de aanbestedingsprocedure heeft ingetrokken, doet daar volgens klager niet aan af. De uitslag is volgens klager namelijk nog altijd de meest objectieve meting van het prijspeil (het enige gunningscriterium) ten tijde van de gunning van de noodopdracht. Daarmee is die uitslag het meest objectieve criterium dat op dat moment voorhanden was. Los daarvan stelt klager dat beklagde de opdracht op basis van de aanbestedingsprocedure gewoon aan haar had kunnen en moeten verstrekken (zie de brief van 23 december 2016 in 1.11 hiervoor). Een standpunt dat beklagde ook nooit inhoudelijk heeft weerlegd.

3.9.4. Hier voegt klager aan toe dat de redenen van beklagde zo summier zijn dat er niet of nauwelijks sprake is van een motivering, laat staan een voldoende motivering. Dat geldt volgens klager te meer omdat de summiere redenen slechts blote stellingen zijn. Beklagde motiveert volgens klager namelijk niet wat er 'logisch' is aan de keuze voor X. Evenmin heeft beklagde aangetoond waarom het 'gebruikelijk' is om in dit concrete geval deze keuze te maken.

3.10. Klachtonderdeel 2

3.10.1. Beklagde en haar klachtenmeldpunt menen volgens klager dat de onderhandse gunning van de noodopdracht aan X rechtmatig is, omdat hiermee de continuïteit van de grondbankactiviteiten wordt gewaarborgd tijdens de periode van de voorbereiding en het doorlopen van een nieuwe aanbestedingsprocedure. Daarmee miskent beklagde naar de mening van klager dat de noodopdracht – voor zover rechtmatig gegund – niet langer mag duren dan strikt noodzakelijk is.

3.10.2. Klager voegt hieraan toe dat de Commissie – en anders haar experts – zal kunnen beamen dat een aanbesteding voor een opdracht als onderhavige zeker binnen twee maanden kan worden voorbereid. Ongeacht of beklagde opnieuw kiest voor een RAW-bestek, dan wel – hetgeen onaannemelijk is – voor een andere contractvorm. De aard, omvang en waarde (de laagste inschrijfsom was € 478.883,54 en de hoogste € 872.800,00) van de opdracht rechtvaardigt volgens klager simpelweg niet een langere voorbereidingstijd dan één tot twee maanden. Een langere voorbereidingstijd is volgens klager in strijd met artikel 1.6 Aw 2012 en het bepaalde in de Gids Proportionaliteit. Een voorbereidingstijd van bijna acht maanden, die nog steeds oploopt, is volgens klager in ieder geval disproportioneel.

3.10.3. Het effect van de onnodige lange voorbereidingstijd is volgens klager dat de noodopdracht onnodig lang voortduurt en de markt onnodig lang voor concurrentie gesloten blijft. Klager is van mening dat daarmee het nuttig effect van het aanbestedingsrecht wordt aangetast.

3.10.4. Klager concludeert dat de noodopdracht – met de huidige duur – dan ook onrechtmatig onderhands is gegund. Dat klemt te meer omdat het volgens klager een Europese aanbestedingsplichtige opdracht is (een overheidsopdracht waarop deel 2 van de Aanbestedingswet van toepassing is). Daarmee wordt volgens klager ook het bepaalde in de Europese aanbestedingsrichtlijnen ontboden.

3.11. Klachtonderdeel 3

3.11.1. Klager stelt dat beklagde niet alleen aanbestedingsrechtelijk al lang geleden een aankondiging had moeten plaatsen maar dat beklagde bovendien een expliciete toezegging daartoe heeft gedaan door in haar brief van 22 februari 2017 op te

nemen dat zij verwachtte 'uiterlijk' op 22 april 2017 een aankondiging te publiceren op TenderNed. Dit is volgens klager inmiddels meer dan drie maanden geleden.

- 3.11.2. Het klachtenmeldpunt oordeelt dat het handelen van beklaagde rechtmatig is door te stellen dat aan de opmerking van beklaagde geen rechten kunnen worden ontleend. Een dergelijke disclaimer geeft volgens klager beklaagde geen vrijwaring om aan een zelf gestelde termijn van uiterlijk twee maanden nog eens ten minste drie maanden toe te voegen. Dat klemt volgens klager te meer omdat van beklaagde – als bestuursorgaan in de zin van de Awb – mag worden verwacht dat ze er alles aan doet om haar toezeggingen na te komen.
- 3.11.3. Klager voegt hieraan toe dat het klachtenmeldpunt overigens zelf ook haar – onvoorwaardelijke – toezeggingen over de behandeltermijn van de klacht van klager niet nakomt. Een handelswijze die volgens klager dan ook blijkt geeft van een gebrekkige communicatie en iets waarover klager op zichzelf ook klaagt.
- 3.11.4. Tenslotte wil klager hier nog opmerken dat zij in de tussentijd verschillende pogingen heeft gedaan om in overleg te treden met beklaagde over de start van de heraanbesteding maar dat beklaagde deze heeft genegeerd.

3.12. Klachtonderdeel 4

- 3.12.1. Verder merkt klager op dat beklaagde als aanbestedende dienst (met haar gemeentebestuur als bestuursorgaan en het klachtenmeldpunt), zowel haar reacties op klachten als haar besluit om een noodopdracht bij voortduring onderhands te gunnen, en aan welke ondernemer, voldoende dient te motiveren. Daarnaast dient beklaagde volgens klager haar toezeggingen ten aanzien van termijnen na te komen.
- 3.12.2. Uit hetgeen in het kader van de klachtonderdelen 1 tot en met 4 naar voren is gebracht, blijkt volgens klager dat beklaagde en haar klachtenmeldpunt op al deze onderdelen in gebreke zijn gebleven. Besluiten en reacties werden niet of nauwelijks gemotiveerd. Toegezegde termijnen – ten aanzien van de heraanbesteding en beantwoording van klachten – worden bij voortduring niet gehaald.

4. Reactie beklaagde

4.1. Klachtonderdeel 1

- 4.1.1. In tegenstelling tot hetgeen klager stelt, heeft beklaagde reeds in haar brief van 8 december 2016 wel degelijk de beslissing tot het intrekken van de vigerende Europese aanbestedingsprocedure nader gemotiveerd. Beklaagde voegt hieraan toe dit te hebben gedaan onder verwijzing naar de relevante paragrafen in de aanbestedingsdocumenten, namelijk paragraaf 2.23 van de Offerte-aanvraag (zie 1.2 hiervoor), alsmede de rechtsgrond op basis van de aanbestedingsregelgeving, namelijk artikel 2.27.1 van het ARW 2012.
- 4.1.2. De stellingname van klager dat het intrekken van de vigerende Europese aanbestedingsprocedure niet nodig zou zijn geweest en de reden daarvoor niet juist, wijst beklaagde stellig van de hand. Beklaagde verwijst hiertoe naar de gronden zoals vastgelegd in de beslissing tot intrekken van 8 december 2016 (zie 1.10 hiervoor). Beklaagde is van oordeel terecht en op juiste gronden te hebben besloten tot intrekken van de Europese aanbestedingsprocedure én heraanbesteding over te gaan.

- 4.1.3. In de periode van 29 december 2016 tot 21 september 2017 (bijna 9 maanden) heeft beklaagde enkelvoudig onderhands een overbruggingsovereenkomst gesloten met de zittende opdrachtnemer, X.
- 4.1.4. Op basis van een meervoudig onderhandse procedure is op 21 september 2017 nog een overbruggingsovereenkomst gesloten voor de duur van 5 maanden, met de mogelijkheid de overeenkomst 1 maal te verlengen met een half jaar. In deze meervoudig onderhandse procedure heeft beklaagde marktpartijen uitgenodigd die deze activiteiten niet eerder voor beklaagde hebben uitgevoerd en die wel beschikken over de expertise om de gevraagde diensten te leveren.
- 4.1.5. Beklaagde stelt dat zij klager verder op geen enkele wijze kan volgen in de zienswijze dat beklaagde in strijd zou handelen met de motiveringsplicht ex artikel 1.4 Aanbestedingswet 2012, laat staan dat beklaagde gehouden zou zijn tussentijds een opdracht te verstrekken aan klager.
- 4.1.6. De vigerende Europese aanbestedingsprocedure is volgens beklaagde immers ingetrokken, zodat er naar haar mening geen enkele rechtsgrond is op basis waarvan een tussentijdse opdracht aan klager zou dienen te worden verstrekt.
- 4.1.7. Dat klager in het kader van een ingetrokken Europese aanbestedingsprocedure een lagere inschrijfsom heeft aangeboden, doet volgens beklaagde aan vorenstaande verder niet af en kan nimmer leiden tot een objectieve grond om ex artikel 1.4 Aanbestedingswet 2012 een tussentijdse opdracht te gunnen aan klager.
- 4.1.8. Beklaagde is van oordeel terecht en op juiste gronden te hebben gekozen voor een opdracht aan X. Zij voert aan dat in alle redelijkheid niet van haar kan worden gevergd de betreffende dienstverlening (met name kraanwerkzaamheden) tussentijds te beëindigen. Het verstrekken van een tijdelijke, tussentijdse, opdracht aan X in het kader van de continuering van de relevante dienstverlening in het kader van de 'Grondbankactiviteiten' is volgens beklaagde namelijk inherent aan de verplichting tot het Europees aanbesteden van de betreffende dienstverlening enerzijds en de noodzaak tot continuering van de dienstverlening anderzijds. Er is naar de mening van beklaagde geen enkele sprake van onrechtmatig handelen van beklaagde jegens klager.

4.2. Klachtonderdeel 2

- 4.2.1. De veronderstelling van klager dat er sprake zou zijn van het, in strijd met het aanbestedingsrecht, verstrekken van een enkelvoudig onderhandse opdracht aan X voor onbepaalde tijd, wijst beklaagde van de hand.
- 4.2.2. Volgens beklaagde is er geen enkele sprake van het verstrekken van een opdracht voor 'onbepaalde tijd'. Het verstrekken van een tijdelijke, tussentijdse, opdracht aan X in het kader van de continuering van de relevante dienstverlening in het kader van de 'Grondbankactiviteiten' is volgens beklaagde namelijk inherent aan de verplichting tot het Europees aanbesteden van de betreffende dienstverlening enerzijds en de noodzaak tot continuering van de dienstverlening anderzijds.
- 4.2.3. Beklaagde is van oordeel terecht en op juiste gronden te hebben gekozen voor een opdracht aan X. Zij voert aan dat in alle redelijkheid niet van haar kan worden gevergd de betreffende dienstverlening (met name kraanwerkzaamheden) tussentijds te beëindigen. Er is naar de mening van beklaagde geen enkele sprake van onrechtmatig handelen van beklaagde jegens klager.

4.2.4. Door de aard en omvang van de opdracht en het realiseren van een wezenlijke wijziging is de voorbereidingstijd van de Europese aanbestedingsprocedure uitgelopen. Beklaagde wil de nieuwe Europese aanbestedingsprocedure anders vormgeven dan de ingetrokken aanbestedingsprocedure door het wijzigen van de gunningsmethodiek en het doorvoeren van een substantieel andere contractvorm, namelijk een contractvorm volgens de UAV-GC.

4.3. Klachtonderdeel 3

4.3.1. Indien en voor zover klager veronderstelt dat er rechten kunnen worden ontleend aan een eerder verwachte en aangegeven publicatiedatum voor de heraanbesteding (te weten 22 april 2017), merkt beklagde het volgende op.

4.3.2. In de brief van 22 februari 2017 (zie 1.14 hiervoor, als reactie op de klacht van klager van 17 februari 2017 in 1.13 hiervoor) is volgens beklagde nadrukkelijk een datum als verwachting aangegeven, zonder dat klager hieraan rechten zou kunnen ontleenen. In de klacht gaat klager volgens beklagde gemakshalve voorbij aan deze ondubbelzinnige mededeling.

4.3.3. Verder wijst beklagde erop dat de tussentijdse opdracht aan X als zodanig dient te worden onderscheiden van zowel de ingetrokken Europese aanbestedingsprocedure als de nieuwe Europese aanbestedingsprocedure. Daarnaast stelt beklagde dat de voorbereidingsprocedure in het kader van de heraanbestedingsprocedure evenmin kan leiden tot onrechtmatig handelen jegens klager, ondanks dat de eerder beoogde datum voor publicatie via TenderNed naar voortschrijdend inzicht niet is behaald. Indien beklagde meer voorbereidingstijd nodig heeft teneinde de strategie grondig te wijzigen dient deze voorbereidingstijd volgens beklagde ook in alle redelijkheid te mogen worden gegund.

4.3.4. Naar het oordeel van beklagde is zulks enkel anders indien en voor zover zij zou handelen in strijd met de beginselen van het aanbestedingsrecht. Beklaagde stelt dat klager echter niet of onvoldoende heeft gesteld of gemotiveerd, noch is beklagde zulks gebleken. Beklaagde verwijst hiertoe onder meer naar het Vzr. Rb. Noord-Nederland 11 mei 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:2242, JAAN 2016/148 m.nt. C.W. Oudenaarden, r.o. 6.4 en 6.5.

4.3.5. Voorts wijst beklagde er op dat klager naar haar mening blijkens haar klacht volstrekt voorbij gaat aan het gegeven dat beklagde de tussentijdse opdracht aan X per 21 september 2017 heeft beëindigd teneinde alsdan, op basis van een meervoudig onderhandse procedure, tussentijds een opdracht te verstrekken met het oog op de heraanbesteding, waarvan ten tijde van de reactie op de klacht bij de Commissie op 8 augustus 2017 de beoogde publicatiedatum via TenderNed gepland was op 29 september 2017 en de beoogde gunningsdatum op 22 januari 2018. Hiermee is beklagde van oordeel te handelen conform de beginselen van het aanbestedingsrecht.

4.3.6. Tevens wijst beklagde er op dat er geen sprake is van wettelijke termijnen waarbinnen een aanbestedende dienst als zodanig een klacht dient te behandelen én dat aan toezeggingen omtrent termijnen door klager geen rechten kunnen worden ontleend. Een en ander klemt temeer, nu beklagde zorgvuldigheid ter zake hoog in het vaandel heeft staan.

4.4. Klachtonderdeel 4

4.4.1. Beklaagde herkent zich niet in het door klager geschetste beeld dat er sprake zou zijn van een gebrekkige communicatie, temeer nu beklagde naar haar mening helder heeft gesteld dat aan een vooraleerst beoogde publicatiedatum geen rech-

ten konden worden ontleend en voor het overige wel degelijk met klager heeft gecommuniceerd over uitsteldata.

- 4.4.2. Evenmin herkent beklagde zich in het door klager geschetste beeld dat beklagde besluiten en reacties onvoldoende zou hebben gemotiveerd.
- 4.4.3. Verder is beklagde op geen enkele wijze en op geen enkele grond gehouden om in te gaan op de verschillende contactverzoeken van klager, anderszins zou beklagde juist in strijd handelen met de beginselen van het aanbestedingsrecht.
- 4.4.4. Vorenstaande kan naar het oordeel van beklagde tot geen andere conclusie leiden dan dat de diverse klachtonderdelen als ongegrond dienen te worden aangemerkt. Een en ander klemmt temeer, aangezien de publicatie in het kader van de heraanbesteding in het kader van de 'Grondbankactiviteiten' via TenderNed reeds is voorzien voor 29 september 2017 en de voorbereiding van de heraanbesteding een langere voorbereidingstijd vergt als vooraf voorzien.

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt vast dat beklagde op 13 april 2016 een Europese openbare procedure heeft aangekondigd voor een raamovereenkomst voor diensten voor het inhuren van materieel ten behoeve van 'grondbank activiteiten'. Bij brief van 8 december 2016 heeft beklagde medegedeeld deze aanbestedingsprocedure in te trekken.
- 5.2. In de periode van 29 december 2016 tot 21 september 2017 heeft beklagde enkelvoudig onderhands een overbruggingsovereenkomst gesloten met de zittende opdrachtnemer, X.
- 5.3. Beklagde heeft op 21 september 2017 – na indiening van de klacht bij de Commissie – op basis van een meervoudig onderhandse procedure nogmaals een overbruggingsovereenkomst gesloten (niet met X of klager, zie 4.1.4 hiervoor) voor de duur van 5 maanden, met de mogelijkheid die overeenkomst 1 maal te verlengen met een half jaar.
- 5.4. Klachtonderdeel 1
 - 5.4.1. Alvorens tot beoordeling van het klachtonderdeel over te gaan, geeft de Commissie eerst het toetsingskader weer.
 - 5.4.2. Artikel 1.4, lid 1, onder a en b, jo. artikel 1.4, lid 3, Aw 2012 bepalen allereerst dat een aanbestedende dienst de keuze voor de procedure en de keuze voor de ondernemers die worden toegelaten tot de procedure, op basis van objectieve criteria dient te bepalen. In de tweede plaats houden deze bepalingen in dat een aanbestedende dienst die keuzes op verzoek van een ondernemer dient te motiveren (Advies 27, overweging 6.5; Advies 319, overweging 5.3.13, Advies 419, overweging 6.2.7 en Advies 435, overweging 5.4.9).
 - 5.4.3. Op basis van artikel 2.32, lid 1, aanhef en sub c, Aw 2012 kan een aanbestedende dienst de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging toepassen:

'voor zover zulks strikt noodzakelijk is, ingeval de termijnen van de openbare procedure, de niet-openbare procedure of de mededingingsprocedure met onderhandeling wegens dwingende spoed niet in acht kunnen worden genomen als gevolg van gebeurtenissen die door de aanbestedende dienst niet konden worden voorzien en niet aan de aanbestedende dienst zijn te wijten.'

- 5.4.4. De Commissie zal nu overgaan tot beoordeling van het eerste klachtonderdeel.
- 5.4.5. Tussen partijen staat niet zozeer ter discussie of beklagde in het kader van de overbruggingsovereenkomst die zij voor de periode van 29 december 2016 tot 21 september 2017 met X heeft gesloten de keuze voor de procedure en de keuze voor de ondernemer overeenkomstig artikel 1.4, lid 3, Aw 2012 heeft gemotiveerd (zie de brief van 22 februari 2017, in 1.14 hiervoor, zie ook haar reactie op de klacht bij de Commissie in 4.1.8 hiervoor). Hetgeen partijen verdeeld houdt is de vraag of die motivering op basis van artikel 1.4, lid 1, Aw 2012 de keuze voor het enkelvoudig onderhands sluiten van de overeenkomst en het sluiten van de overeenkomst met X kan dragen.
- 5.4.6. Uitgangspunt is dat een aanbestedende dienst een aanbestedingsprocedure mag intrekken. Bij beantwoording van de vraag of de intrekking van een aanbestedingsprocedure geoorloofd is, heeft als uitgangspunt te gelden hetgeen door het Hof van Justitie van de Europese Unie is overwogen en beslist in het arrest Croce Amica van 11 december 2014 (ECLI:EU:C:2014:2435, zaak C-440/13, zie ook Advies 399, overwegingen 6.5.1-6.5.3). In dit arrest heeft het Hof de regel bevestigd dat de aanbestedende dienst niet slechts in uitzonderlijke gevallen van het plaatsen van een overheidsopdracht kan afzien en dat het besluit daartoe niet noodzakelijkerwijs op gewichtige redenen behoeft te berusten. Dat alles laat echter onverlet dat de aanbestedende dienst die besluit tot intrekking van een aanbesteding, verplicht is de redenen voor zijn besluit aan de gegadigden en inschrijvers mee te delen, welke verplichting is ingegeven door de zorg om in de procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten waarop de regels van het Unierecht van toepassing zijn, een minimaal transparantieniveau en bijgevolg ook de naleving van het beginsel van gelijke behandeling te waarborgen.
- 5.4.7. Blijkens het arrest moet een besluit tot intrekking door de rechter kunnen worden getoetst aan de regels van Unierecht, en wel integraal om zo te voldoen aan het doel dat tegen genomen besluiten van een aanbestedende dienst op doeltreffende wijze en vooral zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld als de aanbestedingsregels geschonden zijn (zie Hof Arnhem-Leeuwarden 12 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:130, JAAN 2016/44 m.nt. D.R. Versteeg, r.o. 4.8; Rb. Midden-Nederland (vzr.) 7 december 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:6517, r.o. 4.2 en Rb. Midden-Nederland (vzr.) 11 januari 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:280, r.o. 4.7). In de procedure bij de Commissie is niet geklaagd over (de motivering van) de intrekking, zodat de Commissie tot uitgangspunt neemt dat de intrekking rechtmatig was.
- 5.4.8. Indien een aanbestedende dienst een aanbestedingsprocedure rechtmatig intrekt wegens ernstige procedurele gebreken, zoals in deze zaak, is hij overigens bij heraanbesteding niet gehouden de opdracht wezenlijk te wijzigen (zie Advies 394, overweging 5.6).
- 5.4.9. De Commissie constateert dat de waarde van de op 13 april 2016 aangekondigde raamovereenkomst voor diensten (zie 1.1 hiervoor) boven de Europese drempelwaarde lag. De raming van de raamovereenkomst bedroeg namelijk € 986.477,52, terwijl de EU-drempelwaarde voor beklagde voor reguliere diensten op basis van artikel 2.3 Aw 2012 jo. artikel 4, onderdeel c, Richtlijn 2014/24/EU en Verordening 2015/2170 tot 1 januari 2018 € 209.000 bedroeg. Na 1 januari 2018 bedraagt deze drempel voor beklagde € 221.000 op basis van Verordening 2017/2365. Het voorgaande betekent dat beklagde de raamovereenkomst – zoals zij dat in eerste instantie ook heeft gedaan – door middel van een Europese aanbestedingsprocedure diende aan te besteden.

- 5.4.10. Na een rechtmatige intrekking van een Europese aanbestedingsprocedure zal de aanbestedende dienst, wanneer hij de opdracht of raamovereenkomst opnieuw in de markt wenst te zetten, een nieuwe Europese aanbestedingsprocedure moeten starten. Niet gesteld of gebleken is dat er in dit geval geen sprake meer is van een aanbestedingsplichtige raamovereenkomst met een waarde boven de Europese drempelwaarde. Een nieuwe Europese aanbestedingsprocedure vergt echter enige voorbereidingstijd. In de tussentijd zou er naar het oordeel van de Commissie in een geval als het onderhavige sprake kunnen zijn van dwingende spoed in de zin van artikel 2.32, lid 1, aanhef en sub c, Aw 2012 waarbinnen geen Europese aanbestedingsprocedure kan worden georganiseerd (vgl. GEA 6 juli 2004, T-148/04, ECLI:EU:T:2005:274, r.o. 95-103, JAAN 2007/39 betreffende een overbruggingsovereenkomst gesloten door de Europese Commissie omdat een aanbestedingsprocedure langer duurde dan gepland).
- 5.4.11. Artikel 2.32, lid 1, aanhef en sub c, Aw 2012 biedt een uitzonderingsgrond op de verplichting om een Europese aanbestedingsprocedure toe te passen en dient daarom op basis van vaste jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie strikt te worden uitgelegd (zie onder meer HvJ EG 28 maart 1996, C-318/94, ECLI:EU:C:1996:149, r.o. 13). Van dwingende spoed kan sprake zijn bij aflopende duurovereenkomsten waarbij onderbreking zou betekenen dat de publieke dienstverlening in gevaar komt. Beklaagde heeft in dit kader aangevoerd dat het noodzakelijk is de continuïteit van deze dienstverlening te waarborgen, omdat zij dagelijks over kranen, inclusief bediening, moet beschikken om het materiaal dat dagelijks wordt aangevoerd te kunnen verwerken (zie de brief van 22 februari 2017, in 1.14 hiervoor en haar reactie op de klacht in 4.2.2 hiervoor). In dat kader heeft klager onvoldoende gemotiveerd weersproken dat er sprake was van dwingende spoed.
- 5.4.12. Indien de Europese aanbestedingsprocedure is ingetrokken als gevolg van fouten van de aanbestedende dienst, gaat het naar het oordeel van de Commissie te ver om daaruit de conclusie te trekken dat de dwingende spoed daarmee door de aanbestedende dienst kon worden voorzien of aan hem te wijten is. Aangenomen mag immers worden dat de aanbestedende de intentie zal hebben gehad om de raamovereenkomst overeenkomstig de regelgeving op basis van een Europese aanbestedingsprocedure te sluiten. Dat zal slechts anders zijn indien een aanbestedende dienst opzettelijk fouten maakt in de Europese aanbestedingsprocedure met het oogmerk de aanbestedingsplicht te ontwijken: in zo'n geval kan er immers niet langer van worden uitgegaan dat de aanbestedingsprocedure rechtmatig is ingetrokken. Dat is in deze zaak echter niet als klacht opgeworpen of gebleken.
- 5.4.13. In het onderhavige geval is de Europese aanbestedingsprocedure rechtmatig ingetrokken (zie 5.4.7 hiervoor) en doet zich vervolgens een geval voor van dwingende spoed zoals bedoeld in artikel 2.32, lid 1, aanhef en sub c, Aw 2012 (zie 5.4.11 en 5.4.12 hiervoor). Naar het oordeel van de Commissie leveren die omstandigheden in onderlinge samenhang bezien op basis van artikel 1.4, lid 1, aanhef en sub a, Aw 2012 een objectief criterium op voor de keuze voor het enkelvoudig onderhands sluiten van een tijdelijke overbruggingsraamovereenkomst. Die omstandigheden leveren bovendien – in samenhang bezien met het belang van de continuïteit van de dienstverlening in een geval als het onderhavige – op basis van artikel 1.4, lid 1, aanhef en sub b, Aw 2012 een objectief criterium op om deze overeenkomst met de zittende dienstverlener te sluiten.
- 5.4.14. Anders dan klager stelt (zie 3.9.2 en 3.9.3 hiervoor), levert het gunningsresultaat van de ingetrokken Europese aanbestedingsprocedure geen objectief criterium op om voor een bepaalde inschrijver te kiezen. Beklaagde heeft intrekking van de

Europese aanbestedingsprocedure immers als volgt gemotiveerd (zie haar brief van 8 december 2016, in 1.10 hiervoor):

'[Beklaagde] heeft geconcludeerd dat de aanbestedingsdocumentatie in het kader van deze Europese aanbestedingsprocedure op diverse punten voor meerdere uitleg vatbaar is c.q. tegenstrijdigheden bevat, onder meer voor wat betreft het aantal (werk)dagen in relatie tot de definiëring conform de UAV-2012 en de uitleg bij het begrip 'bandbreedte' wat betreft het aantal uren per werkdag. Na ontvangst van de inschrijvingen is gebleken dat inschrijvers deze bepalingen op verschillende wijzen hebben uitgelegd. Een en ander brengt ook (onbedoelde en ongewenste) consequenties met zich bij de daadwerkelijke uitvoering van de raamovereenkomst. (...)

Een en ander is dermate bezwaarlijk voor [Beklaagde] en tevens in strijd met het gelijkheidsbeginsel (en het daaruit voortvloeiende transparantiebeginsel) dat besloten is tot intrekking van onderhavige Europese aanbestedingsprocedure.'

Het gunningsresultaat van de ingetrokken aanbestedingsprocedure kan daarmee geen objectief criterium opleveren om aan een bepaalde inschrijver te gunnen.

5.4.15. Daarmee acht de Commissie klachtonderdeel 1 ongegrond.

5.5. Klachtonderdeel 2

5.5.1. In het kader van klachtonderdeel 1 heeft de Commissie geoordeeld dat beklagde op grond van artikel 2.32, lid 1, aanhef en sub c, Aw 2012 na de rechtmatige intrekking van de Europese aanbestedingsprocedure tijdelijk enkelvoudig onderhands een overbruggingsovereenkomst mag sluiten wegens dwingende spoed.

5.5.2. Zoals overwogen, biedt dit artikel een uitzonderingsgrond op de verplichting om een Europese aanbestedingsprocedure toe te passen en dient het daarom strikt te worden uitgelegd (zie 5.3.9 hiervoor).

5.5.3. Die strikte uitleg brengt mee dat een tijdelijke overbruggingsovereenkomst niet langer mag duren dan nodig is om een Europese aanbestedingsprocedure voor te bereiden.

5.5.4. De Commissie heeft de indruk dat het in het onderhavige geval een redelijk eenvoudige raamovereenkomst betreft. In dat licht begrijpt de Commissie de blijkbaar overwogen keuze voor een contractvorm volgens de UAV-GC, die is bedoeld voor complexe overeenkomsten, niet. Maar ook bij wijziging van de gunningsmethodiek en wijziging van de contractvorm naar UAV-GC had beklagde de nieuwe Europese aanbestedingsprocedure na het verlopen van de termijn van 20 dagen na de mededeling van de intrekking van de eerdere Europese aanbestedingsprocedure op 8 december 2016 met spoed moeten voorbereiden. Indien een aanbestedende dienst een beroep op de uitzonderingsgrond van de dwingende spoed doet, zal hij immers zelf ook voortvarend moeten handelen. Niet gesteld of gebleken is dat beklagde een beroep kon doen op een andere uitzonderingsgrond om geen Europese aanbestedingsprocedure te hoeven toepassen. Naar het oordeel van de Commissie is een overbruggingsovereenkomst van bijna negen maanden op basis van de uitzonderingsgrond van artikel 2.32, lid 1, aanhef en sub c, Aw 2012 niet rechtmatig. Daarmee heeft beklagde in strijd gehandeld met haar Europese aanbestedingsplicht.

5.5.5. Ten overvloede merkt de Commissie op dat geen beroep op de uitzonderingsgrond van dwingende spoed in de zin van artikel 2.32, lid 1, aanhef en sub c, Aw 2012 kan worden gedaan indien de overbruggingsovereenkomst niet enkelvoudig

onderhands wordt gegund, maar wordt gegund na een meervoudig onderhandse procedure. Bovendien is het de vraag of het niet evenzeer mogelijk was geweest om een versnelde Europese aanbestedingsprocedure te doorlopen (vgl. HvJ EG 18 maart 1992, zaak C-24/91, ECLI:EU:C:1992:59, r.o. 13-16 betreffende een voorloper van Richtlijn 2014/24/EU en artikel 2.74 Aw 2012), indien de opdracht meervoudig onderhands kan worden verstrekt.

5.5.6. Daarmee acht de Commissie klachtonderdeel 2 gegrond.

5.6. Klachtonderdeel 3

5.6.1. De Commissie stelt voorop dat zij op grond van artikel 1, onder c, en artikel 2, tweede lid, onder b van haar Reglement niet bindende adviezen geeft over handelen of nalaten van aanbestedende diensten voor zover dat handelen of nalaten binnen de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012 (Aw 2012) valt. Dat beklagde een – onder voorbehoud – gedane toezegging niet nakomt, levert geen strijd op met de Aanbestedingswet 2012.

5.6.2. Daarmee is klachtonderdeel 3 ongegrond.

5.7. Klachtonderdeel 4

5.7.1. De Commissie constateert dat dit onderdeel van de klacht zich richt tegen de (beweerdelijk gebrekkige) wijze waarop het klachtenmeldpunt van beklagde met de klacht is omgegaan. De Commissie beoordeelt het klachtonderdeel in lijn met haar Advies 197 (overweging 5.2), Advies 242 (overweging 5.8), Advies 287 (overweging 5.7); Advies 388 (overweging 5.4) en Advies 409 (overweging 6.8) als volgt.

5.7.2. Artikel 1 sub c van het Reglement van de Commissie definieert het begrip “klacht” als volgt:

‘Een uiting van ongenoegen van een partij over het handelen of het nalaten van een andere partij voor zover dat handelen of nalaten binnen de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012 valt.’

5.7.3. De Commissie is van oordeel dat de wijze waarop een intern klachtenmeldpunt van een aanbestedende dienst omgaat met een klacht die bij dat meldpunt is ingediend tegen die aanbestedende dienst weliswaar als een handelen of nalaten van die aanbestedende dienst kwalificeert, maar niet als een handelen of nalaten dat binnen de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012 valt.

5.7.4. De Commissie zal dit klachtonderdeel derhalve niet in behandeling nemen.

5.7.5. De Commissie overweegt ten overvloede nog het volgende. Het voorgaande oordeel laat onverlet dat – voor zover een intern klachtenmeldpunt van een aanbestedende dienst een bij haar ingediende klacht afwijst – de Commissie zich bij de behandeling van een klacht inhoudelijk zal kunnen uitlaten over de wijze waarop die afwijzing door dat klachtenmeldpunt is onderbouwd.

6. Advies

De Commissie acht klachtonderdeel 2 **gegrond**, de klachtonderdelen 1 en 3 **on-gegrond** en neemt klachtonderdeel 4 niet in behandeling.

Den Haag, 28 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