

# Commissie van Aanbestedingsexperts

## Advies 451

### 1. Feiten

- 1.1. Beklaagden hebben op 29 mei 2017 een Europese openbare aanbestedingsprocedure aangekondigd voor een raamovereenkomst per perceel met één onderneming voor diensten voor de afzet van bouwstoffen, grond en asfalt. De aanbesteding wordt namens beklagden uitgevoerd door een shared service center.
- 1.2. In de Aanbestedingsleidraad van 29 mei 2017 is, onder meer, het volgende bepaald:

'A. UNIFORM EUROPEES AANBESTEDINGSDOCUMENT

#### **A.1 Deel I: Gegevens over de aanbestedingsprocedure en de aanbestedende dienst of aanbestedende entiteit**

(...)

#### **A.1.2. Om welke aanbesteding gaat het?**

(...)

[Beklaagden] willen structuur hebben in de afzet van materialen naar externe verwerkers mede met als doel om zoveel mogelijk bouwstoffen uit vrijgekomen materialen en grond weer nuttig te hergebruiken. Het gaat hierbij om projecten waarbij [Beklaagden] opdrachtgever zijn.

De opdracht omvat het in depot nemen, het innemen, het bewerken, het registreren, het onderzoeken van bij de gemeente uit werken vrijkomende bouwstoffen, grond, mengsel van bouwstof en grond waarvan het gehalte van de afzonderlijke componenten niet vooraf bekend is en asfalt, welke niet rechtstreeks door [Beklaagden] kunnen worden ingezet ten behoeve van hergebruik.

Het transport (afvoer en aanvoer) van de materialen van civiele projecten van en naar het innamepunt (bewerkingsinrichting) van de opdrachtnemer vindt plaats door de betreffende aannemer van het werk en valt buiten deze aanbesteding. Concreet betekent dit dat de aanvoer en afvoer van de grond, bouwstoffen en/of asfalt van en/of naar het gemeentelijke civiele project niet binnen dit raamcontract geregeld wordt.

(...)

De opdracht valt uiteen in 12 percelen. Elk perceel correspondeert met (telkens) één overeenkomst.

Inschrijving is mogelijk op elk der percelen afzonderlijk maar ook op de combinatie van percelen zoals hieronder gespecificeerd. Inschrijver kan op maximaal 12 percelen inschrijven te weten:

Voor [Beklaagde I]:

[perceel IA], [perceel IB], [perceel IC], [perceel IAB], [perceel IBC], [perceel IABC],

voor [Beklaagde II]:

[perceel IIA], [perceel IIB], [perceel IIC], [perceel IIAB], [perceel IIBC], [perceel IIABC].

Het is mogelijk dat er percelen zijn die met zekerheid niet gegund worden indien een ander wel gegund wordt, dat zal het geval zijn met combinatiepercelen bijvoorbeeld met percelen: [IA], [IB] (losse percelen) en [IAB] (geclusterd perceel) waarbij of [IA] en [IB] apart gegund worden en [IAB] niet of clusterperceel [IAB] wel maar juist de percelen [IA] en [IB] niet. De aanbesteder hanteert bij een dubbeling (zoals bijvoorbeeld een inschrijving op percelen [IA], [IB] en [IAB] dat in dat geval als gunningscriterium de laagste netto prijs wordt gehanteerd. Verwezen wordt naar paragraaf C.9.

(...)

Alle percelen hebben dezelfde selectie-eisen en gunningscriteria. Voor de selectie-eisen wordt verwezen naar A.5 van deze leidraad en deel IV van de UEA. Voor de gunningscriteria wordt verwezen naar C.9.

(...)

### **A.3 Deel II: Gegevens met betrekking tot de ondernemer**

(...)

#### **A.3.2. B. vertegenwoordigers van de ondernemer**

De ondernemer dient deel B van deel II van het UEA volledig en naar waarheid in te vullen. Hier moet de ondernemer invullen welke persoon of personen gemachtigd is/zijn om de ondernemer bij deze aanbestedingsprocedure te vertegenwoordigen en te binden. Deze persoon of personen moeten bevoegd zijn om namens de ondernemer de inschrijving te tekenen en te verrichten. Let op: de in dit onderdeel in te vullen persoon of personen hoeft niet gelijk te zijn aan de contactpersoon die door de ondernemer bij deel A van deel II van het UEA ingevuld is.

De aanbesteder kan specifiek bewijs verlangen ter zake de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de persoon of personen, welke namens de ondernemer de inschrijving tekenen en verrichten. Bewijs bestaat uit een uittreksel van het handelsregister, dan wel een overeenkomstig register van het land van vestiging van de onderneming, althans statuten of machtigingen, waaruit blijkt dat de in onderdeel B van deel II van het UEA opgevoerde persoon of personen bevoegd zijn de inschrijver te binden voor de verplichtingen waarvoor hij inschrijft. Ondernemer toont op verzoek van de aanbesteder aan dat de personen bevoegd zijn.

#### **A.3.3. C. beroep op draagkracht (financieel of ervaring) van andere entiteiten**

Wanneer de ondernemer, om te kunnen voldoen aan het gestelde in Deel IV van het UEA (de geschiktheidseisen), een beroep doet op de draagkracht van een andere entiteit, moet de ondernemer in zijn UEA 'ja' aankruisen. Wanneer de ondernemer geen beroep doet op de draagkracht van een andere entiteit om te kunnen voldoen aan deel IV van het UEA, moet de ondernemer 'nee' invullen.

Indien de ondernemer een beroep doet op de draagkracht van andere entiteiten, moet de ondernemer, op straffe van uitsluiting, bij inschrijving, voor elke entiteit, een afzonderlijk door elke entiteit ingevuld UEA in dienen, dat betrekking heeft op de betreffende entiteit. Zij hoeven enkel delen A en B van deel II en deel III

van het UEA in te vullen. Deel IV hoeft alleen ingevuld te worden wanneer eisen hieruit van toepassing zijn op het beroep dat de ondernemer op de betrokken entiteit doet.

Let op: Voor zulke betrokken entiteiten gelden dezelfde eisen als hiervoor en in het UEA benoemd voor de ondernemer! Dat geldt ook voor de bewijsstukken en het tijdstip van aanreiken daarvan.

Indien een beroep wordt gedaan op de financiële draagkracht van een derde, dan moet deze derde zich jegens de opdrachtgever(s), conform bijlage 2 hoofdelijk aansprakelijk stellen voor de nakoming van de overeenkomst (Hoofdstuk B van deze aanbestedingsleidraad).

Indien een beroep wordt gedaan op de ervaring van een derde, dan moet deze derde jegens de opdrachtgever(s) en jegens de partij die zich op die ervaring beroept, verklaren, conform bijlage 3, dat de betreffende ervaring effectief ter beschikking wordt gesteld bij de uitvoering van de overeenkomst (Hoofdstuk B van deze aanbestedingsleidraad).

Bijlage 2 en 3 hoeven enkel te worden overlegd door de partij die voor gunning van de opdracht in aanmerking komt, gelijktijdig met het overleggen van de bewijsmiddelen behorende bij het UEA.

#### **A.3.4. D. onderaannemers met draagkracht waarop de ondernemer geen beroep doet**

De aanbesteder vereist van de ondernemer geen gegevens van onderaannemers op wiens draagkracht de ondernemer geen beroep doet. Bij de vraag of een ondernemer een onderaannemer voor (een deel) van de uitvoering van de opdracht mag inschakelen, verwijst de aanbesteder naar de concept overeenkomst (Hoofdstuk B van deze aanbestedingsleidraad).

(...)

#### **A.4 Deel III: Uitsluitingsgronden**

Door ondertekening van het UEA aanvaardt de ondernemer de uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen die op deze aanbestedingsprocedure van toepassing zijn.

Door het invullen van de bij deze aanbesteding gevoegde UEA verklaart de ondernemer, op straffe van uitsluiting naar waarheid, of uitsluitingsgronden op hem van toepassing zijn en of hij voldoet aan de geschiktheidseisen. Maar ook of hij voldoet of zal voldoen aan technische specificaties en uitvoeringsspecificaties die het milieu en/of het dierenwelzijn betreffen of die gebaseerd zijn op sociale overwegingen. Indien blijkt dat u voor gunning in aanmerking komt zal de opdrachtgever de onderliggende bewijsmiddelen bij u opvragen. Aan het opvragen van de bewijsmiddelen kunt u geen rechten ontleen.

(...)

#### **A.5 Deel IV: Selectiecriteria**

Ondernemers dienen te voldoen aan de navolgende selectie-eisen, waartoe zij het UEA volledig en naar waarheid dienen in te vullen:

(...)

### **A.5.2. Economische en financiële draagkracht**

(...)

De inschrijver dient, pas na gunning, na het eerste verzoek van aanbesteder binnen 10 werkdagen een onvoorwaardelijke bankgarantie af te geven conform het model in bijlage 4.

(...)

### **A.5.3. Technische en beroepsbekwaamheid**

De ondernemer beschikt voor de uitvoering van de overeenkomst over voldoende technische en beroepsbekwaamheid.

Ten aanzien van de eisen genoemd in deze paragraaf dienen inschrijvers de als bijlagen opgenomen formulieren volledig ingevuld en rechtsgeldig ondertekend in te dienen, overzichtelijk gerangschikt met tabbladen in de hierna vermelde volgorde en nummering.

De minimumeis luidt:

Bijlage 5: Outillage

1. De ondernemer dient een opgave te doen van de outillage, de technische uitrusting en de faciliteiten waarover hij voor het verrichten van de in de aanbestedingsleidraad bedoelde werkzaamheden beschikt. Zo dient o.a. de locatie en weegcapaciteit van de weegbrug en locatie van innamepunten vermeld te worden. De volgende eisen zijn van toepassing en dienen in de opgave terug te komen:
  - a. de laad en losfaciliteiten voor de opdrachtgever en aldus de opslag en bewerking van materialen dient in [Provincie] plaats te vinden. Het transport dient te voldoen aan de Nederlandse wetgeving omtrent vervoer van grond, materialen en bouwstoffen;
  - b. zeven of breken dient uitgevoerd te worden zo spoedig mogelijk nadat daartoe schriftelijk ( per mail) of bij uitzondering telefonisch het verzoek is ingediend;
  - c. de voor dit bestek vereiste beschikbare depotcapaciteit is voor perceel A, minimaal 15.000 ton en voor perceel B, minimaal 25.000 ton, voor perceel C, minimaal 2.000 ton;
  - d. iedere vracht dient door middel van een weegbrug te worden bepaald en geregistreerd (bij binnenkomst en direct na het lossen). De weegcapaciteit van de weegbrug dient minimaal 50 ton te zijn (geen vooras en achteras meting);
  - e. de locatie van de weegbrug en de plaats van deponeren/innemen mag niet meer dan 2 km van elkaar verwijderd zijn;
  - f. de bewerkingslocatie dient gedurende werkdagen van 7.30 uur -17.00 uur open te zijn;toegang tot de bewerkingslocatie buiten dit dag- en tijdvenster dus in het weekend of op zon- en feestdagen of s' nachts dient in onderling overleg ook mogelijkheden te zijn;

### **A.5.4. Kwaliteitsborgingsregelingen en normen inzake milieubeheer**

De aanbesteder verlangt wel dat de ondernemer in het kader van deze aanbesteding voldoet aan kwaliteitsborgingsregelingen en normen inzake milieubeheer.

(...)

1. Inschrijver dient een kopie van de onherroepelijke en actuele Wm-vergunning te overleggen (bijvoegen als bijlage 6). Indien u inschrijft als hoofd-

/onderaannemer dienen zowel hoofdaannemer als onderaannemer(s) een kopie van de onherroepelijke en actuele Wm-vergunning te overleggen

2. Kwalibo

Vanaf 1 oktober 2006 is de Kwalibo-regelgeving van kracht geworden. Kwalibo staat voor Kwaliteitsboring in het Bodembeheer en richt zich vooral op de bodemintermediairs. Dat zijn onder meer de adviesbureaus, laboratoria, aannemers, grondbanken en bedrijven en instellingen

De inschrijver dient (op het moment van inschrijving als ook gedurende de gehele looptijd van het contract) in het bezit te zijn van de geldige vereiste certificaten, zoals weergegeven in de onderstaande tabel. Als bewijs dient bij inschrijving een kopie van deze certificaten te worden overgelegd. Toevoegen als bijlage 7.

(...)

1. Daarnaast dient men door het Ministerie van Infrastructuur en Milieu aangegeven te zijn voor tenminste 'Monsterneming grond ten behoeve van partijkeuringen' en ten tijde van de aanbesteding voor te komen op de door Rijkswaterstaat Water, Verkeer en Leefomgeving (RWS WVL) op dat moment gepubliceerde lijst <http://www.rwsleefomgeving.nl/onderwerpen/bodem-ondergrond/erkenningen/> met een minimale aanwijzing tot 1 januari 2018 waarbij u door in te schrijven op deze aanbesteding de intentie uitspreekt dat u bij contractverlenging wederom een aanwijzing heeft tot einde contractduur.
2. In aanvulling op het gestelde onder 1) dient men eveneens aangewezen te zijn voor monsterneming niet vormgegeven bouwstoffen uit statische partijen én monsterneming vormgegeven bouwstoffen uit statische partijen én monsterneming materialen verhardingsconstructies voor partijkeuringen bouwstoffen. Ook hier geldt dat men ten tijde van de aanbesteding dient voor te komen op de door Rijkswaterstaat Water, Verkeer en Leefomgeving (RWS WVL) op dat moment gepubliceerde lijst <http://www.rwsleefomgeving.nl/onderwerpen/bodem-ondergrond/erkenningen/> met een minimale aanwijzing tot 1 januari 2018 waarbij u schriftelijk de intentie uitspreekt dat u bij contractverlenging wederom een aanwijzing heeft tot einde contractduur.
3. Inclusief de VKB protocollen 2001, 2002 en 2018 (asbest).
4. Men dient zowel geaccrediteerd te zijn voor monsternaming alswel dient het in uw opdracht werkend laboratorium geaccrediteerd te zijn.

#### **A.5.5. Social Return on Investment (SROI)**

[Beklaagden] hebben als sociale doelstelling dat een investering door [Beklaagden], naast het 'gewone' rendement ook een concrete sociale winst (return) moet opleveren. Dit doen [Beklaagden] door Social Return als sociale voorwaarde te stellen bij inkoop- en aanbestedingstrajecten. In deze aanbesteding wordt de Inschrijver verplicht om als Social Return tenminste 2% van de inschrijfsom exclusief BTW aan te wenden voor een sociaal rendement. Deze waarde dient te worden ingezet om de afstand die mensen uit de Social Return doelgroep. De Opdrachtnemer kan bij de invulling gebruik maken van de faciliteiten van [Organisatie] op gebied van arbeidstoeleiding. Zie bijlage 8 voor een nadere toelichting op deze voorwaarde.

#### **A.5.6. Maatschappelijk Verantwoord Inkopen (MVI)**

De aanbestedder hanteert de volgende milieucriteria bij deze opdracht zoals opgesteld door het expertisecentrum voor aanbesteden (PianoO). Nadere informatie is te vinden op <https://www.pianoo.nl/themas/maatschappelijk-verantwoord-inkopen-mvi-duurzaam-inkopen>

1. *Milieucriteria voor het maatschappelijk verantwoord inkopen van kabels en leidingen versie 7 mei 2015.*

**Minimumeis 1: Verwerken/ afvoeren van vrijkomende stoffen**

- a) Indien steenachtige afvalstoffen worden gebroken dan moet het breken conform BRL 2506 plaatsvinden. Ter verificatie wordt de inschrijver gevraagd om een KOMO productcertificaat BRL 2506 "Recyclinggranulaten voor toepassing in GWW-werken en beton" op naam van de inschrijver of onderaannemer te overleggen. Controle van het certificaat via [www.bouwkwaliteit.nl](http://www.bouwkwaliteit.nl).
- b) Teerhoudend asfalt(granulaat) moet worden afgevoerd naar een op basis van de Wet Milieubeheer vergunde be- en verwerkingsinrichting in Nederland voor de thermische reiniging van het teerhoudend materiaal.
- c) In het geval van een tijdelijke inrichting, die niet onder de Wet milieubeheer en het Activiteitenbesluit valt moeten op de locatie van uitvoering voorzieningen zijn getroffen om verschillende soorten afvalstoffen ten gevolge van de werkzaamheden gescheiden op te slaan dan wel gescheiden af te voeren. Ook voor het gescheiden opslaan van vrijkomende secundaire grondstoffen moeten op de locatie van uitvoering voorzieningen worden getroffen.  
Het deel van de eis inzake scheiden van afvalstoffen is weliswaar al een uit de Wet milieubeheer voortvloeiende wettelijke plicht voor de meeste inrichtingen, maar omdat tijdelijke inrichtingen daar niet onder vallen wordt deze eis hier toch expliciet gesteld.

(...)

## **A.7 Deel VI: Slotopmerkingen**

Eenieder die het UEA invult dient deel VI rechtsgeldig te ondertekenen. Hiermee verklaart de ondertekenaar dat zijn verklaring juist is en dat hij weet wat consequenties zijn van het afleggen van een valse verklaring. Het afleggen van een valse verklaring in het kader van een inschrijving, ook al heeft de inschrijver zelf niet valselijk verklaard, leidt tot uitsluiting van de inschrijver. Het UEA dient door de persoon die de ondernemer vertegenwoordigt en die door de ondernemer in onderdeel B van deel II van het UEA is opgegeven, te worden ondertekend.

## **B. DE OVEREENKOMST**

(...)

### **Bewerken (perceel A / B )**

De opdrachtnemer dient hiertoe over de benodigde faciliteiten (breken, zeven etc.) te beschikken en deze adequaat in te zetten.

Breken en zeven dient te zijn;

(...)

- breken dient door een BRL 2506 "Recyclinggranulaten voor toepassing in bodem, wegenbouw, grondbouw en werken "gecertificeerd breker te geschieden. Het gebroken materiaal dient onder certificaat gebroken te worden. Indien de samenstelling van het te breken materiaal zodanig van aard is dat niet onder certificaat gebroken kan worden dient dit met reden en mail door opdrachtnemer aan de opdrachtgever gemeld te worden. Indien dit materiaal geleverd moet worden, moet dit gebeuren met en vol-

gens het certificaat. Dit houdt in dat op de weegbon ook de juiste gegevens van het certificaat vermeld moet worden.

(...)

## C. DE AANBESTEDINGSPROCEDURE

(...)

### **C.6 Inlichtingen**

(...)

Mocht een inschrijver in de (eventuele) Nota(s) van inlichtingen, de Aanbestedingsleidraad, inclusief alle bijlagen en in de conceptovereenkomst inclusief alle bijlagen, los of in samenhang met elkaar, onduidelijkheden en/of onvolkomenheden en/of tegenstrijdigheden aantreffen, dan wel redelijkerwijs kunnen aantreffen, dan wel anderszins bezwaren hebben tegen de opdracht, de procedure, de bepalingen en/of de gestelde eisen, dan dient de inschrijver de aanbesteder daarvan op de hoogte stellen. Dit dient te gebeuren op de omschreven wijze voor vragen en uiterlijk op de bovengenoemde uiterste datum voor het indienen van de vragen.

Maakt de inschrijver van de geboden mogelijkheid geen gebruik, dan komt dit voor risico van de inschrijver. In dat geval mogen zowel de aanbesteder als de overige inschrijvers er van uitgaan dat de inschrijver tegen de procedure van de aanbesteding, de bepalingen, eisen en de overige inhoud van de aanbestedings- en contractdocumenten, geen bezwaar heeft. Door inschrijving doet de inschrijver nadrukkelijk en zonder voorbehoud afstand van een eventueel recht nog na inschrijving bezwaren te uiten tegen de procedure van de aanbesteding, de bepalingen, eisen en de overige inhoud van de aanbestedings- en contractdocumenten.

### **C.8 Indiening van de inschrijving**

(...)

#### **Invullen / ondertekening documenten**

(...)

De inschrijving dient te worden voorzien van een handtekening van een of meer personen die bevoegd zijn de inschrijver, voor de rechtshandeling in kwestie, zonder voorbehoud, in rechte te binden.

### **C.9 Gunningscriteria**

#### **Gunningsmethodiek**

##### **Het gunningscriterium economisch meest voordeling inschrijving.**

De opdracht wordt gegund op grond van de naar het oordeel van opdrachtgever economisch meest voordelige inschrijving. De economische meest voordelige inschrijving wordt vastgesteld op basis van: de laagste prijs. Aanbesteder hanteert in het kader van deze aanbestedingsprocedure als gunningcriterium de laagste netto totaalprijs.

##### Wijze van beoordelen

Nadat er uit de inschrijving is gebleken dat er geen uitsluitingsgronden van toepassing zijn, de inschrijver voldoet aan de gestelde geschiktheidseisen en het-

geen is opgenomen in dit aanbestedingsdocument zal de inschrijving verder beoordeeld worden.

(...)

### **C.10 Beoordeling**

Het rangschikken van de inschrijvingen geschiedt als volgt:

#### **Beoordeling van de inschrijving**

Tijdig ingediende inschrijvingen worden getoetst op compleetheid.

Niet complete inschrijvingen kunnen als ongeldig ter zijde gelegd worden. De aanbesteder kan gebruik maken van zijn recht een aanvulling op en/of verduidelijking van inschrijvers te verlangen of om toezending van bepaalde ontbrekende documenten/ bewijsstukken te vragen. De aanbesteder is hiertoe echter niet verplicht.

Daarna wordt op grond van artikel 2.101 van de Aanbestedingswet aan de hand van de UEA en – voor zover bij inschrijving vereist of de inschrijvers voldoen aan de in deze aanbestedingsleidraad genoemde uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen.

#### **Mededeling van directe uitsluiting en/of afwijzing**

Indien de in hoofdstuk C.9 bedoelde beoordeling aanleiding geeft tot uitsluiting en/of afwijzing van één of meer inschrijvers, zal de aanbesteder hen dat volgens artikel 2.103 van de Aanbestedingswet schriftelijk mededelen. De aanbesteder kan die mededeling integreren in de gunningsbeslissing.

Inschrijvers die zich niet met de directe uitsluiting en/of afwijzing of het gunningsvoornemen kunnen verenigen, kunnen tegen de uitsluiting, de afwijzing maar ook het gunningsvoornemen bezwaar aantekenen middels een kort geding, uiterlijk binnen de termijn aangegeven in de gunningsbeslissing.

(...)

### **C.11 Mededeling van de gunningsbeslissing (Voornemen tot gunnen)**

Alvorens tot gunning over te gaan, uit de aanbesteder een gunningsvoornemen (de zogenoemde mededeling van de gunningsbeslissing als bedoeld in artikel 2.130 van de Aanbestedingswet). Deze gunningsbeslissing, die geen gunning inhoudt doch slechts de mogelijkheid te gunnen, wordt aan de inschrijvers per e-mail en/of schriftelijk medegedeeld.

Bij de gunningsbeslissing gelden de volgende regels:

- a. De inschrijver aan wie de aanbesteder voornemens is de opdracht te gunnen, ontvangt volgens artikel 2.102 van de Aanbestedingswet het schriftelijke verzoek om binnen een redelijke termijn de bewijsmiddelen aan te leveren. Die bewijsstukken moeten de juistheid van de UEA bevestigen. Inschrijver stemt in met de voorwaarde dat de bewijsstukken van UEA schriftelijk opgevraagd zullen worden door de aanbesteder en deze vervolgens door inschrijver binnen een redelijke termijn zullen worden overhandigd aan aanbesteder;



- b. Indien aanbestedder een verzoek doet als genoemd in sub a. en uit de beoordeling van de in dat verband ontvangen bewijsstukken blijkt dat de inschrijver niet voldoet, zal aanbestedder de gunningsbeslissing herroepen;
- c. Ingeval van een situatie als bedoeld in sub b., kan aanbestedder opnieuw aan de hand van het bepaalde in hoofdstuk C.10 bepalen welke inschrijver de economisch meest voordelige inschrijving heeft gedaan. De aanbestedder kan vervolgens een nieuwe gunningsbeslissing bekend maken;
- d. Inschrijvers die zich niet kunnen verenigen met de gunningsbeslissing en/of uitsluiting dan wel afwijzing dienen, op straffe van niet-ontvankelijkverklaring, uiterlijk binnen de termijn van de aan het verzonden gunningsbeslissing een kort geding aanhangig te hebben gemaakt bij de bevoegde Voorzieningenrechter.

Door inschrijving aanvaarden inschrijvers een contractueel vervalbeding zijnde een vervaltermijn van 20 dagen voor vorderingen, samenhangend met de onderhavige aanbesteding. Ook aanvaarden zij niet-ontvankelijk te zijn in hun vorderingen, en deze verwerkt te hebben, indien het kort geding na voornoemde periode van 20 dagen, nog aanhangig zou worden gemaakt. De vervaltermijn waarborgt de voortvarendheid van de procedure en het beschermt de gerechtvaardigde belangen van onder andere de winnende inschrijver bij rechtszekerheid.

(...)'

1.3. In de concept-raamovereenkomst is, onder meer, het volgende bepaald:

### **'10.3. Onderaanneming**

1. Het is Opdrachtnemer zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van Opdrachtgever niet toegestaan onderdelen van deze opdracht in onderaanneming en derhalve voor haar rekening en risico, dan wel door derden te doen verrichten.
2. Aan toestemming als bedoeld in het eerste lid kan de Opdrachtgever redelijke voorwaarden verbinden.
3. De voorgaande leden 1 en 2 zijn van overeenkomstige toepassing indien de Opdrachtnemer een bestaande onderaannemer wenst te vervangen.
4. Indien de Opdrachtnemer zich tijdens de aanbesteding voor zijn draagkracht (financieel of ervaring) beroepen heeft op een onderaannemer, dan geldt dat gedurende de volledige looptijd van deze overeenkomst op voornoemde onderaannemer de door Opdrachtgever op de aanbesteding van toepassing verklaarde uitsluitingsgronden ex artikelen 2:86 en 2:87 AW niet van toepassing mogen zijn. Indien zulks wel het geval blijkt te zijn, dan kan de Opdrachtgever vervanging zoeken en is Opdrachtnemer gehouden op eerste verzoek van Opdrachtgever, voornoemde onderaannemer binnen een redelijke termijn te vervangen en daarbij aan de eisen genoemd in de leden 5 en 6 te voldoen.
5. Indien de vervanging van een bestaande onderaannemer aan de orde is en het betreft een onderaannemer op wiens draagkracht (financieel of ervaring) de Opdrachtnemer zich tijdens de aanbesteding van de opdracht beroepen heeft, dan geldt in ieder geval de voorwaarde dat de Opdrachtnemer zich op de draagkracht van de vervanger kan beroepen, waarbij de Opdrachtnemer de documenten en bewijzen levert welke ook voor de voornoemde bestaande onderaannemer in het kader van de aanbesteding zijn aangeleverd.
6. Indien de vervanging van een bestaande onderaannemer aan de orde is en het betreft een onderaannemer op wiens financiële draagkracht Op-

drachtnemer zich bij inschrijving heeft beroepen, dan geldt tevens de voorwaarde dat de onderaannemer zich jegens de Opdrachtgever hoofdelijk aansprakelijk verklaart tot nakoming van deze overeenkomst.

7. Opdrachtnemer vrijwaart de Opdrachtgever voor extra kosten van de Opdrachtgever ten gevolge van vervanging van een onderaannemer.'

- 1.4. In het document Milieucriteria voor het maatschappelijk verantwoord inkopen van kabels en leidingen van 7 mei 2015 waarnaar in paragraaf A.5.6 ("Maatschappelijk Verantwoord Inkopen (MVI)" van de Aanbestedingsleidraad is verwezen, is, voor zover van belang, het volgende opgenomen:

'(...)

#### 4. Selectiecriteria

Niet bepaald voor deze productgroep.

#### 5. Minimumeisen

Nr.	Minimumeisen (ME)
ME1	<p><b>Verwerken/ afvoeren van vrijkomende stoffen</b></p> <ol style="list-style-type: none"><li>1. Indien steenachtige afvalstoffen worden gebroken dan moet het breken conform BRL 2506 plaatsvinden.</li><li>2. Teerhoudend asfalt(granulaat) moet worden afgevoerd naar een op basis van de Wet Milieubeheer vergunde be- en verwerkingsinrichting in Nederland voor de thermische reiniging van het teerhoudend materiaal.</li><li>3. (In het geval van een tijdelijke inrichting, die niet onder de Wet milieubeheer en het Activiteitenbesluit valt). Op de locatie van uitvoering moeten voorzieningen zijn getroffen om verschillende soorten afvalstoffen ten gevolge van de werkzaamheden gescheiden op te slaan dan wel gescheiden af te voeren. Ook voor het gescheiden opslaan van vrijkomende secundaire grondstoffen moeten op de locatie van uitvoering voorzieningen worden getroffen.</li></ol> <p>(...)</p> <p><i>Verificatie</i> Verificatie t.a.v. aspect 1: De inschrijver kan worden gevraagd om een KOMO productcertificaat BRL 2506 'Recyclinggranulaten voor toepassing in GWW-werken en beton' op naam van de inschrijver of onderaannemer, te overleggen. Controle van het certificaat kan via <a href="http://www.bouwkwaliteit.nl">www.bouwkwaliteit.nl</a></p>

(...)'

- 1.5. In de Nota van Inlichtingen van 4 juli 2017 zijn, onder meer, de volgende vraag en het volgende antwoord opgenomen:

Vraag 33: 'Achter welk tabblad wenst u het KOMO productcertificaat BRL 2506?'

Antwoord: 'Als bijlage 7 achter de overige certificaten. Doornummers als 7a, 7b, 7c etc.'

- 1.6. Klager heeft een inschrijving ingediend. Klager betreft een combinatie, bestaande uit twee combinanten: X en W.
- 1.7. Op 24 juli 2017 heeft het shared service center klager de volgende e-mail gezonden:

'Wij ontvingen de inschrijving van uw onderneming voor deelname aan de aanbestedingsprocedure voor een raamovereenkomst voor de afzet van bouwstoffen, grond en asfalt met referentienummer (...), waarvoor onze dank.

#### **Onduidelijkheden**

Bij een eerste controle op volledigheid van de inschrijvingsmap en een toets op geschiktheidseisen is gebleken dat:

- niet alle stukken op de gevraagde wijze zijn ingediend,

Het gaat daarbij meer concreet om het volgende:

*Bij onderaannemer [Y] is niet de juiste versie van het Uniform Europees Aanbestedingsdocument gebruikt. De juiste versie van het document is bij de 2e nota van inlichtingen verstrekt. De vragen bij Deel IIIC van dit document zijn niet beantwoord. Tevens ontbreekt pagina 14 met een ondertekening.*

Wij stellen u hierbij aldus in de gelegenheid om een gebrek(en) te herstellen dan wel verduidelijking te geven. Dat u hiertoe in gelegenheid wordt gesteld betekent niet dat de inschrijving – na het alsnog overleggen van gegevens of het geven van verduidelijking – aan de eisen voldoet: dat zal nader worden beslist aan de hand van hetgeen u overlegt.

Graag ontvangen wij zo spoedig mogelijk reactie en uiterlijk **woensdag 26 juli 2017 om 16:00 uur.** (...)'

- 1.8. Op 25 juli 2017 heeft klager per e-mail als volgt gereageerd:

'Hierbij sturen wij u de juiste versie van het Uniform Europees Aanbestedingsdocument van onderaannemer [Y], waarbij ook de vragen onder Deel IIIC beantwoord zijn. Het formulier is ondertekend door de heer [A], algemeen directeur van [Y].

Wij gaan ervan uit dat wij hiermee alle stukken op de juiste wijze en volledig hebben ingediend.'

- 1.9. Op 2 augustus 2017 heeft het shared service center de volgende e-mail aan klager gestuurd:

'Wij ontvingen de inschrijving van uw onderneming voor deelname aan de aanbestedingsprocedure voor een raamovereenkomst voor de afzet van bouwstoffen, grond en asfalt met referentienummer [...], waarvoor onze dank.

Zonder vooruit te lopen op ons eindoordeel inzake uw inschrijving is bij controle op volledigheid van uw inschrijving en een toets op de geschiktheidseisen geconstateerd dat:

De UEA van de combinant [W] is ondertekend door de heren [B] en [D]. In het uittreksel van de KvK staat dat bestuurders gezamenlijk bevoegd zijn met andere bestuurders. Dit zou blijken uit de statuten die echter niet zijn bijgevoegd. Wij stellen u hierbij in de gelegenheid aan te tonen dat het UEA rechtsgeldig is ondertekend.

de UEA van onderaannemer [V] is ondertekend door de heer [E], Finance Manager. In het uittreksel van de KvK staat dat de heer [E] gezamenlijk met de sales

manager bevoegd is tot het aangaan van verplichtingen. Gelet op hetgeen is vermeld in de KvK kan de heer [E] het UEA niet alleen ondertekenen. Wij stellen u hierbij in de gelegenheid aan te tonen dat het UEA rechtsgeldig is ondertekend.

Dat u hiertoe in de gelegenheid wordt gesteld betekent niet dat uw inschrijving – na het alsnog overleggen van gegevens of het geven van verduidelijking – aan de eisen voldoet. Dit zal nader worden beslist aan de hand van hetgeen u overlegt.'

- 1.10. B van combinant W heeft op 2 augustus 2017 als volgt gereageerd op de e-mail van het shared service center van 2 augustus 2017:

'De UEA van [W] is door mij namens [W] ondertekend als rechtsgeldig vertegenwoordiger. Ik ben hiertoe gezamenlijk bevoegd met [C], die ten tijde van de inschrijving met vakantie was.

Is het voldoende voor u als u een mail ontvangt van [C] waarin hij dit bevestigt of heeft u nog andere stukken van ons nodig?

(...).'

- 1.11. Op 7 augustus 2017 heeft C van combinant W de volgende e-mail aan het shared service center verzonden:

'Hierbij bevestig ik, [C], dat ik [B], ten tijde van de inschrijving voor het raamcontract afzet grond-, bouwstoffen en asfalt voor [Beklaagden], mondeling gevolmachtigd heb om namens [W] de inschrijving te ondertekenen.'

- 1.12. Daarnaast heeft klager op 7 augustus 2017 een e-mail verzonden aan het shared service center met in de bijlage een brief van F waarin het volgende, voor zover van belang, is opgenomen:

'Naar aanleiding van uw aanvullende vraag omtrent de ondertekening van het UEA document van [V] voor aanbesteding [...] kan ik u het volgende verklaren:

Ten tijde van de aanvraag was van alle tekenbevoegde personen binnen [V] in verband met vakanties alleen de heer [E], Finance Manager, fysiek aanwezig. De heer [E] en ik hebben telefonisch contact gehad met elkaar over het UEA en ik heb hem mondeling mijn volmacht gegeven om het UEA alleen te mogen ondertekenen. Dit maakt dat alleen de heer [E] het UEA heeft ondertekend, maar is daarmee wel rechtsgeldig. Indien gewenst kan ik deze mondelinge volmacht op schrift stellen en u alsnog verschaffen. Dit hoor ik dan graag van u.

(...).'

- 1.13. Op 9 augustus 2017 heeft G van combinant X de volgende e-mail verzonden aan onder meer B van combinant W:

'Zjuist telefonisch contact gehad met aanbestedende dienst [G].

Alle aangeleverde stukken zijn akkoord bevonden, dus ook het schrijven/brief van [V] (nieuw schrijven van [V] was niet nodig aldus [G] aanbestedende dienst) en de verklaring van [C])

Volgens de heer [G] gaat men morgen de overige stukken controleren.

(...).'

- 1.14. In de mededeling van de gunningsbeslissing van 18 augustus 2017 heeft het shared service center klager als volgt geïnformeerd:

'Uit de zorgvuldig uitgevoerde beoordeling van de ontvangen inschrijvingen is naar voren gekomen dat u niet in aanmerking komt voor gunning van de opdracht en wordt uitgesloten van deze aanbestedingsprocedure.

De inschrijvingen zijn beoordeeld op basis van de vooraf gestelde uitsluitingsgronden / geschiktheidseisen en gunningscriteria. De door u overgelegde gegevens voldoen niet aan de gestelde geschiktheidseisen.

In de aanbestedingsleidraad is onder paragraaf A.5.6 opgenomen dat "*Indien steenachtige afvalstoffen worden gebroken dan moet het breken conform BRL 2506 plaatsvinden. Ter verificatie wordt de inschrijver gevraagd om een KOMO productcertificaat BRL 2506 "Recyclinggranulaten voor toepassing in GWW-werken en beton" op naam van de inschrijver of onderaannemer te overleggen*".

Deze eis wordt nogmaals vermeld op pagina 21 "*breken dient door een BRL 2506 "Recyclinggranulaten voor toepassing in bodem, wegenbouw, grondbouw en werken" gecertificeerd breker te geschieden. Het gebroken materiaal dient onder certificaat gebroken te worden.*"

Wij hebben bij uw inschrijving het betreffende certificaat op naam van [Z] aangevraagd echter heeft u verzuimd in deel II C van het Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA) te vermelden dat u een beroep doet op de draagkracht van deze ondernemer.

Dit gebrek kan niet worden hersteld door het opnieuw aanbieden van een UEA van zowel u als van [Z] omdat dit op basis van het aanbestedingsrechtelijke gelijkheidsbeginsel niet is toegestaan. Onder paragraaf A.3.3 van de Aanbestedingsleidraad is een en ander expliciet vermeld.

Gelet op vorenstaande rest ons niets anders dan tot uitsluiting over te gaan.

(...)'

- 1.15. Op 4 september 2017 heeft de advocaat van klager de volgende e-mail aan het shared service center gezonden:

'In het verlengde hiervan zou ik tevens graag vernemen op welke positie de inschrijving van de Combinatie zou zijn geëindigd, als zij niet zou zijn uitgesloten. U zult begrijpen dat dat relevant is bij de keuze van het wel/geen bezwaar maken.'

- 1.16. Op 4 september 2017 heeft het shared service center de volgende e-mail aan de advocaat van klager gezonden:

'Op uw verzoek, bevestig ik u bij deze dat de stand still termijn afloopt op 11 september om 23.59uur en 59 seconden.  
U hebt juist geconstateerd dat in onze brief d.d. 18 augustus 2017 de periode waarin een voorlopige voorziening aanhangig gemaakt dient te worden, voor tweeërlei uitleg vatbaar is, onze excuses daarvoor.  
Maar in onderhavig geval heeft de aanbesteder gekozen voor een ruimere termijn dan 20 dagen.'

- 1.17. Op 5 september 2017 heeft de advocaat van klager een e-mail aan het shared service center verzonden waarin, voor zover van belang, het volgende staat:

`(...)

Voorts verzoek ik u of u nog wilt reageren op mijn vraag aangaande de positie van de combinatie in de rangorde, indien zij niet was uitgesloten.'

- 1.18. Het shared service center heeft op 5 september 2017 per e-mail als volgt gereageerd op de e-mail van klager van 5 september 2017:

'Indien wij de combinatie onverplicht toch zouden hebben beoordeeld, zouden zij in aanmerking kunnen komen voor gunning van één perceel te weten het perceel [IC].

Op alle andere percelen waar de combinatie heeft ingeschreven, was zij niet de economisch meest voordelige inschrijver.'

- 1.19. Op 8 september 2017 heeft de advocaat van klager de volgende brief naar beklagden verzonden:

`(...)

N.b. van uitsluiting kan in dit geval overigens geen sprake zijn, omdat Aanbesteder dan een beroep had moeten doen op de aanwezigheid van een van toepassing verklaarde uitsluitingsgrond. Voor het vervolg van deze brief gaat [Klager] er dan ook van uit dat [Beklaagde] bedoelde haar inschrijving ongeldig te verklaren.

[Klager] is het met die beslissing niet eens. [Klager] is van mening dat zij een geldige een inschrijving deed. [Klager] maakt hiermee dan ook bezwaar tegen de beslissing, hetgeen tevens geldt als klacht.

#### *Onjuiste kwalificatie van voorwaarde mbt BRL 2506*

In uw brief meldt u dat [Klager] verzuimd zou hebben een beroep te doen op de draagkracht van [Z], van welke onderneming [Klager] een BRL 2506 certificaat indiende.

Daarmee geeft de Aanbesteder blijk van een onjuiste kwalificatie van de voorwaarde in paragraaf A.5.6. onder 1., sub a. Aanbesteder miskent daarmee namelijk dat geen sprake is van een selectie criterium, maar van een bijzondere (uitvoerings)voorwaarde als bedoeld in art. 2.80 Aw.

Het betreft namelijk een voorwaarde waaronder de overheidsopdracht wordt uitgevoerd, zonder dat dit direct effect heeft op de kwaliteit van het (eind)product en die verband houdt met milieuoverwegingen.

Verwezen zij onder meer naar de Memorie van Toelichting bij art. 2.80 Aw.

"In tegenstelling tot de gunningscriteria waarin de aanbestedende dienst zijn wensen specificeert, en die de basis vormen voor een vergelijkende beoordeling van de kwaliteit van de inschrijvingen, zijn de bijzonder voorwaarden vaste, objectieve eisen die niet van invloed zijn op de beoordeling van de inschrijvingen."

(*Kamerstukken II* 2015/16. 34329, 3, p. 62)

Zie tevens het zogenaamde 'Koffie-arrest' waarin het Hof van Justitie van de Europese Unie ('HvJ EU') oordeelde dat het Max Havelaar-keurmerk een bijzondere uitvoeringsvoorwaarde is, omdat het met name effect heeft op de leefomstandigheden van de koffieboeren (een sociale overweging) en niet op de kwaliteit van de koffie.

(HvJ EU 15 december 2011, C-368/10, Commissie/Nederland, r.o. 73-79).

Het volgt overigens ook uit het document – " *Milieucriteria voor het maatschappelijk verantwoord inkopen van kabels en leidingen versie 7 mei 2015*" waarnaar de Aanbesteder zelf bij deze voorwaarde verwijst. Bij categorie '4.Selectiecriteria' staat namelijk het volgende vermeld: "*Niet bepaald voor deze productgroep.*"

Overigens geldt dat als A.5.6. onder 1. sub a wel een selectie criterium zou zijn, de Aanbesteder de bewijsstukken daarvoor niet al bij inschrijving had mogen vragen. Ingevolge art. 2.85 Aw dient een inschrijver in zijn Eigen Verklaring te kunnen volstaan met de blote verklaring dat hij aan de selectiecriteria voldoet (alleen voor het indienen van referentiewerken wordt een uitzondering gemaakt).

De wijze waarop in onderdeel B van de Aanbestedingsleidraad: '*De Overeenkomst*', de voorwaarde met betrekking tot BRL 2506 is opgenomen (overigens alleen ten aanzien van de percelen A en B), benadrukt des te meer dat er sprake is van een bijzondere uitvoeringsvoorwaarde.

Dat paragraaf A.5.6. onderdeel is van paragraaf A.5 '*Deel IV: Selectiecriteria*' , doet aan het voorgaande niet af. Volgens vaste jurisprudentie bepaalt de aard van de voorwaarde de juridische kwalificatie ervan, en niet haar plaats in de aanbestedingsdocumentatie. Zie ook in dat kader het reeds genoemde Koffie-arrest waarin het HvJ EU korte metten maakt met de stelling van de aanbestedende dienst dat hij het Max Havelaar-keurmerk niet als een bijzondere voorwaarden had gekwalificeerd.

*Controle van het BRL-certificaat is thans niet aan de orde*

Kenmerkend aan bijzondere voorwaarden is dat pas bij de uitvoering wordt gecontroleerd of een inschrijver eraan voldoet en dat de inschrijver dit niet reeds bij de inschrijving hoeft aan te tonen. Dat strookt ook met het systeem van de voorwaarden. Bij inschrijving verklaart men slechts – door een onvoorwaardelijke inschrijving te doen – dat die voorwaarden in acht zullen worden genomen. Pas bij de uitvoering kan en dient 'boter bij de vis te worden gedaan', door de voorwaarden in acht te nemen. Zie onder meer de volgende twee uitspraken van de Rechtbank Den Haag daarover.

"4.12 Naar het oordeel van de voorzieningenrechter vloeit uit artikel 26 Bao slechts voort de verplichting om eventuele bijzondere voorwaarden reeds te vermelden in de aanbestedingsstukken, zodat de inschrijvers op voorhand weten wat er – ná gunning – bij de uitvoering van de opdracht van hen wordt verwacht. Anders dan de Staat stelt, volgt uit het daarin bepaalde niet dat het een aanbestedende dienst ook vrij staat om voorafgaand aan de gunning en het sluiten van de overeenkomst al te toetsen of een inschrijver aan de bijzondere voorwaarden voldoet. Het betreffen immers bijzondere uitvoeringsvoorwaarden, die niets van doen hebben met selectie- en gunningscriteria."

(Vzr. Den Haag 24 juni 2010, JAAN 2011/115, ond. [advocaat])

"4.2. Volgens Uitgeverij Thoen voldeed Groot Hellevoet op het moment van inschrijving aantoonbaar niet aan een aantal in het Programma van Eisen genoemde eisen. Het betreft de eisen 1, 7, 23 en 24 van het Programma van Eisen. De gemeente heeft echter voldoende aannemelijk gemaakt dat deze eisen zijn aan te merken als uitvoeringseisen, waaraan de inschrijver pas op het moment van het uitvoeren van de Opdracht hoeft te voldoen."

(Vzr. Den Haag 4 maart 2013, JAAN 2013/179, ond. [advocaat])

[Klager] mocht er dan ook van uitgaan dat pas bij de uitvoering van het werk (definitief) zou worden gecontroleerd of zij, dan wel haar onderaannemer, zou beschikken over de voorgeschreven BRL. In dat kader sprak het voor zich dat [Klager] een certificaat van een mogelijke onderaannemer indiende, zonder een

formeel beroep op die partij te doen. Te meer omdat art. 10.3 van de Raamovereenkomst de inzet van onderaannemers expliciet mogelijk maakt, ook als zij bij inschrijving nog niet bekend zijn.

Overigens is het ook maar de vraag in hoeverre de Inschrijvingsleidraad het indienen van het BRL 2506 certificaat voorschrijft. Paragraaf A.5.6. onder 1., sub a, bepaalt niets over het moment waarop een certificaat ter verificatie dient te worden overgelegd. In de voorgeschreven indeling van de inschrijving onder 3.8 van de Aanbestedingsleidraad is zelfs geen ruimte voor het certificaat. Pas na een vraag van een inschrijver (NvI 33.) werd de mogelijkheid geboden om al bij inschrijving een certificaat in te dienen. Van een verplichting daartoe is dan nog steeds geen sprake.

De uitsluiting, althans het ongeldig verklaren van de inschrijving van [Klager], is dan ook een onjuiste beslissing.

Dat geldt temeer voor zover het de inschrijving van [Klager] op andere percelen dan perceel A en B betreft, omdat bij de uitvoering van die percelen de BRL 2506 hoe dan ook niet aan de orde is. Dus zelfs al zou de Aanbesteder bij inschrijving gereede twijfels kunnen hebben of [Klager] bij de uitvoering aan de voorwaarden van de overeenkomst kan voldoen, dan geldt dat in ieder geval niet voor perceel C.

(...)'

- 1.20. Op 11 september 2017 heeft het shared service center per e-mail klager geïnformeerd dat zij kennis heeft genomen van de brief van klager van 8 september 2017 maar geen reden ziet om de gunningsbeslissing te herzien.
- 1.21. Op 11 december 2017 heeft klager een klacht ingediend bij de Commissie.

## **2. Beschrijving klacht**

### 2.1. Klachtonderdeel 1

De eis uit paragraaf A.5.6 van de Aanbestedingsleidraad (zie 1.2 hiervoor) is onvoldoende transparant over het moment waarop het gevraagde certificaat moet worden ingediend. In dat kader kwalificeren beklagden de eis ten onrechte als een geschiktheidseis (selectie-eis genoemd in de Aanbestedingsleidraad), terwijl het een bijzondere uitvoeringsvoorwaarde betreft.

### 2.2. Klachtonderdeel 2

Beklaagden hebben klager ten onrechte geen mogelijkheid geboden haar fout te herstellen. Door klager en een andere inschrijver eerder wel de mogelijkheid tot herstel van gebreken in de inschrijving te bieden, handelen beklagden in strijd met het gelijkheids- en vertrouwensbeginsel.

### 2.3. Klachtonderdeel 3

Beklaagden hebben de gunningsbeslissing onvoldoende gemotiveerd door niet van elk perceel bekend te maken wat de plaats van klager in de rangorde zou zijn indien haar inschrijving niet als ongeldig terzijde zou zijn gelegd.

### 2.4. Klachtonderdeel 4



Beklaagden hebben de klacht van klager niet goed afgehandeld door te weigeren de aangetekende brief van klager in ontvangst te nemen en na te laten een inhoudelijke reactie op de bezwaren van klager te geven.

### **3. Onderbouwing klacht**

#### **3.1. Klachtonderdeel 1**

- 3.1.1. Klager stelt dat er sprake is van een voorwaarde waaronder de overheidsopdracht wordt uitgevoerd, zonder dat dit direct effect heeft op de kwaliteit van het (eind)product en die verband houdt met milieuoverwegingen. Klager verwijst hiertoe naar de Memorie van Toelichting bij art. 2.80 Aw 2012 (Kamerstukken II 2015/16. 34329, 3, p. 62):

'In tegenstelling tot de gunningscriteria waarin de aanbestedende dienst zijn wensen specificceert, en die de basis vormen voor een vergelijkende beoordeling van de kwaliteit van de inschrijvingen, zijn de bijzondere voorwaarden vaste, objectieve eisen die niet van invloed zijn op de beoordeling van de inschrijvingen.'

- 3.1.2. Tevens verwijst klager naar het 'Koffie-arrest' waarin het HvJ EU volgens klager oordeelde dat het Max Havelaar keurmerk een bijzondere uitvoeringsvoorwaarde is omdat het met name effect heeft op de leefomstandigheden van de koffieboeren (een sociale overweging) en niet op de kwaliteit van de koffie (HvJ EU 15 december 2011, C-368/10, ECLI:EU:C:2012:284, Commissie/Nederland, r.o. 73-79).
- 3.1.3. Eén en ander volgt volgens klager overigens ook uit het document 'Milieucriteria voor het maatschappelijk verantwoord inkopen van kabels en leidingen – versie 7 mei 2015' (zie 1.4 hiervoor), waar door beklagden naar wordt verwezen in de Aanbestedingsleidraad.
- 3.1.4. Klager is van mening dat het feit dat paragraaf A.5.6. onderdeel is van paragraaf 5 'Deel IV: Selectiecriteria' aan voorgaande niet af doet omdat de aard van de voorwaarde de juridische kwalificatie bepaalt en niet de plaats van de voorwaarde in de aanbestedingsdocumenten.
- 3.1.5. Klager stelt dat kenmerkend aan bijzondere voorwaarden is dat pas bij de uitvoering wordt gecontroleerd of een inschrijver aan de bijzondere voorwaarden voldoet en dat de inschrijver dit niet reeds bij inschrijving hoeft aan te tonen.
- 3.1.6. Bij de inschrijving verklaart een inschrijver volgens klager slechts – door een onvoorwaardelijke inschrijving te doen – dat de bijzondere voorwaarden in acht zullen worden genomen. Pas bij de uitvoering kan en dient volgens klager 'boter bij de vis' te worden gedaan door de voorwaarden in acht te nemen. Ter onderbouwing van haar standpunt verwijst klager naar twee uitspraken van de rechtbank Den Haag: Vزر. Rb. Den Haag 24 juni 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BM9358, JAAN 2011/115, r.o. 4.12 en Vزر. Rb. Den Haag 4 maart 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:10960, JAAN 2013/179, r.o. 4.2 (zie 1.19 hiervoor).
- 3.1.7. Klager stelt zich op het standpunt dat zij dus niet al ten tijde van de inschrijving hoeft aan te tonen dat zij, dan wel haar onderaannemer, beschikt over een BRL 2506-certificaat. Pas als één van de A- en/of B-percelen aan klager zou worden gegund én zij bij de uitvoering daarvan steenachtige afvalstoffen zou moeten breken, zou zij, of de door haar ingeschakelde onderaannemer, moeten beschikken over het BRL 2506-certificaat. Indien klager dan wel haar onderaannemer op dat moment het certificaat niet kan overleggen, is naar de mening van klager pas

sprake van een toerekenbare tekortkoming. Beklaagden zouden op dat moment over alle rechten beschikken die daaruit voortkomen, waaronder het recht nakoming af te dwingen.

- 3.1.8. Klager mocht er dan ook van uitgaan dat pas bij de uitvoering van het werk zou worden gecontroleerd of zij, dan wel haar onderaannemer, zou beschikken over het voorgeschreven BRL 2506-certificaat. In dat kader spreekt het volgens klager voor zich dat zij alleen ten overvloede een certificaat van een (mogelijke) onderaannemer indiende, zonder een formeel beroep op die onderaannemer te doen.
- 3.1.9. Dit geldt volgens klager eens te meer nu artikel 10.3 van de Raamovereenkomst de inzet van onderaannemers expliciet mogelijk maakt, ook als zij bij inschrijving nog niet bekend zijn, gelezen in samenhang met onderdeel A.3.4. D van de Aanbestedingsleidraad (zie 1.2 en 1.3 hiervoor).
- 3.1.10. Klager voegt hier aan toe dat het nog maar de vraag is in hoeverre de Aanbestedingsleidraad het indienen van het BRL 2506-certificaat voorschrijft. Paragraaf A.5.6. onder 1., sub a van de Aanbestedingsleidraad bepaalt volgens klager namelijk niets over het moment waarop een certificaat ter verificatie dient te worden overgelegd (zie 1.2 hiervoor). Van een verplichting tot indienen bij inschrijving is dan ook geen sprake. Dit geldt volgens klager temeer als de stelling van beklagde moet worden gevolgd dat het bepaalde in A.5.6. onder 1., sub a van de Aanbestedingsleidraad wel een selectie criterium zou zijn. Artikel 2.85 Aw 2012 verbiedt immers een aanbestedende dienst bewijsstukken in dat kader al bij inschrijving te vragen. Een inschrijver dient namelijk in zijn Eigen Verklaring te kunnen volstaan met de blote verklaring dat hij aan de selectiecriteria voldoet (alleen voor het indienen van referentiewerken wordt een uitzondering gemaakt).
- 3.1.11. Eén en ander geldt volgens klager temeer voor zover het de inschrijving van klager op perceel C betreft. De voorwaarde ten aanzien van het BRL 2506-certificaat is immers uitsluitend op de percelen A en B van toepassing. Dat is van belang omdat beklagden hebben erkend dat klager juist voor perceel IC de economisch meest voordelige inschrijving heeft gedaan.
- 3.1.12. Indien de uitleg die beklagden thans aan de voorwaarde geven (ook) gevolgd zou kunnen worden, is er naar de mening van klager sprake van een onduidelijke eis/voorwaarde. In dat geval zouden er volgens klager argumenten zijn om aan te nemen dat het certificaat wel bij inschrijving moest worden ingediend en moest worden beoordeeld. Echter, gelet op voorgaande, zijn er meer dan voldoende argumenten om aan te nemen dat het certificaat niet al bij inschrijving moest worden ingediend en op dat moment ook niet beoordeeld mocht worden. De voorwaarde is dan dus voor ten minste twee uitleggen vatbaar.
- 3.1.13. Als een eis/voorwaarde onduidelijk is, dan brengt dat met zich dat een aanbestedende dienst een inschrijver niet mag uitsluiten wegens het (mogelijk) niet voldoen aan die onduidelijke eis/voorwaarde. Klager verwijst ter onderbouwing van dit standpunt naar een uitspraak van de rechtbank Amsterdam, Vzr. Rb. Amsterdam, 9 april 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:1827, r.o. 4.6.
- 3.1.14. Klager concludeert op grond van bovenstaande dat haar uitsluiting daarom een onjuiste beslissing is. Mochten beklagden in reactie op dit klachtonderdeel stellen dat klager een verduidelijkende vraag over de uitvoeringsvoorwaarde had moeten stellen, dan gaat dat verweer om de volgende redenen niet op.
- 3.1.15. Klager mocht er, mede gelet op voorgaande argumenten – ten tijde van de inschrijving van uitgaan dat haar interpretatie van het bestek juist was. Pas met de afwijzingsbrief van 18 augustus 2017 werd klager geconfronteerd met de anders-

luidende uitleg door beklagden. Derhalve was er voor klager geen reden, laat staan een verplichting, om vóór inschrijving om een verduidelijking te vragen. Klager verwijst ter onderbouwing van dit standpunt naar de standaardjurisprudentie in dit kader: de uitspraak van het HvJ EU 12 maart 2015, C-538/13, ECLI:EU:C:2015:166 (eVigilo).

3.1.16. Klager voegt daar nog aan toe dat beklagden dit standpunt tot op heden nog niet hebben ingenomen, ook niet na het bezwaar van klager, zodat dit verweer bovendien tardief zou zijn.

### 3.2. Klachtonderdeel 2

3.2.1. Na inschrijving hebben beklagden aan klager om een drietal aanvullingen en/of verduidelijkingen van de inschrijving verzocht. Het ging daarbij steeds om de vraag of degenen die het Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA) hadden ondertekend, dit rechtsgeldig hadden gedaan (zie 1.7 en 1.9 hiervoor).

3.2.2. Klager heeft voor alle drie de situaties bevestigd dat het UEA steeds rechtsgeldig is ondertekend, en door beklagden is bevestigd dat de aanvulling van klager voldoende was en nagezonden stukken voldeden (zie 1.8, 1.10, 1.11, 1.12 en 1.13 hiervoor).

3.2.3. Klager voegt hier nog aan toe dat de brief van V (zie 1.12 hiervoor) naar meerdere inschrijvers is verzonden, omdat deze onderaannemer zich aan meerdere inschrijvers had verbonden. In eerste instantie had V klager een verklarende brief en nogmaals het UEA aangeboden. Later heeft V klager verzocht contact met haar op te nemen alvorens de brief aan beklagden te verzenden. Reden hiervoor was dat een andere klant van V hetzelfde probleem had. Die klant had meer informatie die V graag met klager wilde delen en daardoor zou het mogelijk noodzakelijk zijn om de brief aan te passen. V vond het verstandig dezelfde brief te versturen.

3.2.4. Voorts stelt klager dat in het geval waarin beklagden gevolgd zouden moeten worden in het betoog dat onderdeel A.5.6.1. sub a. van de Aanbestedingsleidraad een geschiktheidseis betreft waar klager niet aan voldeed, klager in de gelegenheid gesteld had moeten worden dat gebrek te herstellen.

3.2.5. Beklagden hebben zich in de gunningsbeslissing van 18 augustus 2017 meteen op het standpunt gesteld dat het gelijkheidsbeginsel er aan in de weg stond om in het UEA van klager alsnog deel II C in te vullen en alsnog een UEA van beoogd onderaannemer Z in te dienen. Echter het herstel van een dergelijk gebrek hadden beklagden al driemaal ten behoeve van klager toegestaan en ten minste een keer voor een andere inschrijver.

3.2.6. Immers, in de hiervoor genoemde gevallen werd herstel geboden voor niet, of niet door alle vereiste bestuurders, ondertekende UEA-formulieren. Dat terwijl een niet (juist) ondertekend document volgens vaste jurisprudentie geldt als een niet ingediend document. Klager verwijst hier naar onder meer een uitspraak van de voorzieningenrechter Den Haag van 27 juni 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:7130. Dus waar het opnieuw tekenen (en in geval van het opstellen en indienen van een volledig nieuw UEA alsmede het na inschrijving bevestigen van een volmacht, was toegestaan, hadden beklagden klager ook de gelegenheid moeten geven om Z alsnog een UEA in te laten dienen.

3.2.7. Daar waar tevens de gelegenheid werd geboden een ontbrekend deel van het UEA aan te vullen, hadden beklagden klager ook de gelegenheid moeten geven om haar UEA ten behoeve van een beroep op Z aan te vullen.

- 3.2.8. Juist het gelijkheidsbeginsel, en tevens het vertrouwensbeginsel, brengen volgens klager mee dat voor zover klager (en ten minste één andere inschrijver) die gelegenheid in eerste instantie driemaal werd geboden, beklagden die mogelijkheid in een vierde (en overigens veel twijfelachtiger) geval ook aan klager hadden moeten bieden.
- 3.2.9. Het eerst wel en dan weer niet toestaan van herstel, getuigt van willekeur of zelfs van favoritisme. Het geeft een aanbesteder namelijk de mogelijkheid om - ongeacht de score op de gunningscriteria - op basis van niet vooraf bekend gemaakte criteria (zoals een persoonlijke voorkeur voor een of meer inschrijvers) te bepalen welke inschrijving wel en welke inschrijving niet geldig wordt verklaard.
- 3.2.10. Beklaagden kunnen naar de mening van klager daarom nu niet meer stellen dat de gebreken van de UEA-formulieren niet konden worden hersteld en/of dat de inschrijving van klager daarom ongeldig was.
- 3.2.11. Klager stelt dat beklagden die mogelijkheid slechts tot en met de gunningsbeslissing hadden en dat beklagden daarna geen nieuwe argumenten meer mogen geven voor het passeren van een inschrijver. Klager verwijst hiertoe naar de uitspraak van de Hoge Raad van 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9233, NJ 2013/154 m.nt. M.R. Mok, JAAN 2013/6 m.nt. M.J. Mutsaers en BR 2013/48 m.nt. M.A. de Jong (KPN/Staat&Tele2).
- 3.2.12. Dit geldt naar de mening van klager des te meer omdat beklagden dat standpunt ook niet hebben ingenomen nadat klager bezwaar maakte tegen haar afwijzing (zie 1.19 en 1.20 hiervoor). Dan kan volgens klager niet in een later stadium een nieuwe reden voor ongeldigheid worden aangevoerd (Vzr. Rb. Den Haag 24 augustus 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:11210 (ANTEA/RWS)).
- 3.2.13. Daar komt bovendien nog bij dat ten minste één andere inschrijver ook een gebrek met betrekking tot het UEA kende. Als beklagden stellen dat die gebreken alsnog hersteld mogen worden, dan moet dat voor alle inschrijvers gelden en - gelet op het grote aantal percelen - waarschijnlijk ook voor inschrijvers aan wie een of meer percelen zijn gegund.

### 3.3. Klachtonderdeel 3

- 3.4. Klager heeft op 7 van de 12 percelen ingeschreven en zij heeft beklagden gevraagd op welke positie zij zou zijn geëindigd als haar inschrijving niet was uitgesloten (zie 1.17 hiervoor). Omdat de economisch meest voordelige inschrijving werd bepaald op basis van de laagste prijs, is dat volgens klager eenvoudig te bepalen.
- 3.5. Beklaagden hebben klager geïnformeerd dat zij perceel IC had gewonnen als zij niet was uitgesloten (zie 1.18 hiervoor). Ondanks twee verzoeken daartoe, hebben beklagden niet aan klager laten weten op welke plaats haar inschrijvingen op andere percelen, percelen IA, IAB, IABC, IB, IBC en IIC, zouden zijn geëindigd. Beklaagden lieten klager uitsluitend weten dat klager op die percelen niet de economisch meest voordelige inschrijver was.
  - 3.5.1. Die uitslag is volgens klager van belang bij het maken van de keuze om wel of niet gebruik te maken van één of meer rechtsbeschermingsmogelijkheden. Bij een gebrek aan kennis daarvan maakt een inschrijver wellicht onnodig gebruik van die mogelijkheden (met onnodige juridisering als gevolg), of laat een inschrijver wellicht juist de kans op een succesvolle procedure liggen.

- 3.5.2. En dat terwijl de wetgever juist van aanbestedende diensten verlangt dat zij zo transparant mogelijk handelen, teneinde inschrijvers in de gelegenheid te stellen een zorgvuldige afweging te maken aangaande hun beroepsmogelijkheden. Klager verwijst naar bijvoorbeeld de Memorie van Toelichting bij de WIRA (Kamerstukken II 2008/09, 32 027, nr. 3). Bovendien volgt die verplichting in het algemeen uit het aanbestedingsrechtelijke transparantiebeginsel.
- 3.5.3. Ten tweede hebben beklagden geen inhoudelijke reactie op het bezwaar van klager willen geven. Beklaagden hebben enkel laten weten dat zij kennis heeft genomen van het schrijven van klager maar dat zij geen reden ziet om de gunningsbeslissing te herzien (zie 1.20 hiervoor).
- 3.5.4. De reactie van beklagden geeft naar mening van klager blijk van het niet in acht nemen van het transparantiebeginsel in het algemeen en daarmee het onvoldoende motiveren van een afwijzing in het bijzonder. Ook daarmee wordt klager de kans ontnomen om een gedegen afweging te maken over het wel of niet een beroep doen op rechtsbescherming.
- 3.5.5. Voorts brengt ook het bestuursrecht met zich dat beklagden – als bestuursorgaan – al haar beslissingen, waaronder de beslissing om het bezwaarschrift van klager naast zich neer te leggen, moeten motiveren. Dat volgt uit de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder met name het motiveringsbeginsel. Die beginselen moet een bestuursorgaan ook in acht nemen als het, zoals beklagden in dit geval, privaatrechtelijk handelt. Klager verwijst hiertoe naar twee uitspraken van de Hoge Raad: HR 27 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5565, NJ 1987/727 (Amsterdam/IKON) en HR 24 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0582, NJ 1993/232 (Zeeland/Hoondert).
- 3.5.6. De verplichting tot aanvullende motivering volgt naar de mening van klager bovendien nog uit artikel 2.103 Aw 2012 omdat beklagden de afwijzing baseren op de stelling dat klager niet zou voldoen aan een geschiktheidseis. Waar klager dat betwist, ligt het ingevolge die bepaling op de weg van beklagden om de stelling nader te motiveren.
- 3.5.7. Klager merkt voor de goede orde nog op dat de opstelling van beklagden met zich brengt dat zij thans geen argumenten voor de afwijzing van de inschrijving mogen aanvoeren die zij tot op heden nog niet hebben aangevoerd, ook niet in reactie op deze klacht (HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9233 (KPN/Staat&Tele2)).

### 3.6. Klachtonderdeel 4

- 3.6.1. Beklaagden hebben geen inhoudelijke reactie op het bezwaar van klager willen geven. Beklaagden hebben enkel laten weten dat zij kennis hebben genomen van het schrijven van klager maar dat zij geen reden zien om de gunningsbeslissing te herzien (zie 1.20 hiervoor). Daarmee wordt klager de kans ontnomen om een gedegen afweging te maken over het wel of niet een beroep doen op rechtsbescherming.
- 3.6.2. Dat beklagden het maken van bezwaar frustreren, volgt ook uit de manier waarop zij het indienen van bezwaren/klachten beperken. Zo heeft klager haar bezwaar-/klachtbrief van 8 september 2017 zowel per e-mail als per aangetekende brief verzonden, maar weigerden beklagden de aangetekende brief in ontvangst te nemen. Dat heeft ertoe geleid dat het voor klager onduidelijk was of het bezwaar in goede orde was aangekomen en of het zou worden behandeld.

#### **4. Reactie beklagden**

- 4.1. Beklaagden zijn verrast door de klacht bij de Commissie. De aanbesteding is immers reeds lange tijd geëindigd en de opdrachten zijn ook reeds gegund. Dit is klager ook bekend. Waarom klager er dan nu voor kiest om alsnog een klacht in te dienen, is beklagden een raadsel, laat staan wat zij ermee denkt te bereiken.
- 4.2. Beklaagden merken op dat klager zich kennelijk toch niet kan verenigen met haar uitsluiting en dat zij daarom kennelijk een tardieve klacht heeft ingediend. Voor zover klager met deze klachtprocedure tracht beklagden ertoe te bewegen om voor de uitsluiting van klager andere of nieuwe gronden aan te voeren dan blijken uit de gunningbeslissing van 18 augustus 2017 (zie 1.14 hiervoor), slaagt klager niet in die opzet. Beklaagden zullen in hun verweer niet afwijken van de gunningbeslissing die zij hebben genomen.
- 4.3. Ook is het beklagden opgevallen dat klager er kennelijk steeds een punt van maakt dat zij genoodzaakt was om niet (tijdig) van haar mogelijkheden tot rechtsbescherming gebruik te maken. Beklaagden zullen zich in het navolgende preliminair althans primair op het standpunt stellen dat de klacht niet in behandeling kan worden genomen wegens het ontbreken van enig (rechtens te respecteren) belang. Slechts in de situatie wanneer de Commissie onverhoopt de klacht in behandeling neemt, zullen beklagden subsidiair inhoudelijk op de drie deelklachten van klager reageren.
- 4.4. Beklaagden menen dat de klacht niet in behandeling kan worden genomen omdat klager geen enkel belang heeft bij haar klacht omdat alle rechtsbeschermingsmogelijkheden om de gunningbeslissing aan te vechten zijn uitgeput en klager er zelf voor heeft gekozen daar geen gebruik van te maken.
- 4.5. Beklaagden wijzen ter onderbouwing van dit standpunt op Paragraaf C.11 van de Aanbestedingsleidraad waarin onder meer het volgende is bepaald (zie 1.2 hiervoor):

'd. Inschrijvers die zich niet kunnen verenigen met de gunningsbeslissing en/of uitsluiting dan wel afwijzing dienen, op straffe van niet-ontvankelijkverklaring, uiterlijk binnen de termijn van de aan hen verzonden gunningbeslissing een kort geding aanhangig te hebben gemaakt bij de bevoegde voorzieningenrechter.'
- 4.6. Beklaagden stellen dat door klager geen kort geding aanhangig is gemaakt, laat staan tijdig. Daarmee staat vast dat klager tegen de gunningbeslissing niet meer in rechte kan opkomen en wanneer zij dit toch zou doen, zij niet ontvankelijk zou worden verklaard. Klager heeft met andere woorden haar rechten verwerkt om nog op te komen tegen de gunningbeslissing. Bezwaren en klachten tegen de gunningbeslissing had klager tijdig aan de voorzieningenrechter moeten voorleggen. Dat heeft zij ten onrechte niet gedaan.
- 4.7. Een rechtvaardiging voor het verzuim van klager bestaat volgens beklagden ook niet. Dat beklagden door hun handelwijze klager niet in staat zouden hebben gesteld om een 'weloverwogen' besluit te nemen ter zake de vraag of wel of geen gebruik zou worden gemaakt van de rechtsbeschermingsmogelijkheden, wordt door beklagden betwist. Ter onderbouwing van haar stelling dienaangaande heeft klager ook geen feiten en omstandigheden aangevoerd, behoudens de enkele stelling dat de beklagden niet gemotiveerd op de brief van 8 september 2017 zouden hebben gereageerd (zie 1.19 en 1.20 hiervoor).
- 4.8. Beklaagden voeren aan dat zij wel degelijk gemotiveerd hebben gereageerd op die brief en wel door aan te geven dat de bezwaren van klager beklagden geen

aanleiding gaven om de uitvoerig gemotiveerde gunningsbeslissing te herzien (zie 1.20 hiervoor). Los daarvan staat het volgens beklagden vast dat klager geen reactie van beklagden op de brief van 8 september (gemotiveerd of anderszins) nodig had. Klager was immers kennelijk voordien reeds in staat te beoordelen of zij wel of niet wilde opkomen tegen de gunningbeslissing. Klager heeft immers bij brief van 8 september 2017 een uitgebreide reactie gestuurd met bezwaren tegen de gunningbeslissing. Kennelijk is klager althans haar advocaat in staat geweest de gunningbeslissing te beoordelen en daar een mening over te vormen.

- 4.9. Volgens beklagden valt niet in te zien waarom een andere reactie van beklagden benodigd zou zijn om te besluiten wel of geen kort geding te entameren. Klager heeft zich voordien al een standpunt over de houdbaarheid van de gunningsbeslissing gevormd en geen enkele reactie van beklagden zou verandering kunnen brengen in het standpunt van klager. Dat komt omdat een reactie van beklagden inhoudelijk niet anders zou (kunnen) zijn geweest dan de reactie die is gegeven en het standpunt dat blijkt uit de gunningsbeslissing. De reden daarvoor is gelegen in het ook door klager aangehaalde arrest KPN/Staat (Hoge Raad, 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9233), waarin kortweg is bepaald dat een aanbestedende dienst alle relevante gronden in de gunningbeslissing moet vermelden. Dat beklagden als reactie op de bezwaren uit de brief van 8 september 2017 iets anders te melden zouden hebben dan reeds uit de gunningbeslissing blijkt, is dan ook niet te verwachten.
- 4.10. Klager is aldus in staat geweest om op basis van de gunningbeslissing (waarvan niet gesteld wordt dat deze ontoereikend zou zijn gemotiveerd) te beoordelen of zij wel of geen gebruik ging maken van de rechtsbeschermingsmogelijkheden. Dat zij ervoor heeft gekozen daarvan geen gebruik te maken is de keuze van klager, maar die keuze heeft wel consequenties, te weten niet ontvankelijkheid. Onjuist is bovendien de stelling dat niet zou zijn medegedeeld of klager de economisch meest voordelige inschrijving zou hebben gedaan. Beklagden verwijzen hiertoe naar de e-mail correspondentie van 5 september 2017 waaruit die mededeling blijkt (zie 1.18 hiervoor). Beklagden betwisten overigens enerzijds dat zij gehouden zouden zijn dergelijke informatie bekend te maken en anderzijds dat die informatie benodigd is om te besluiten wel of geen kort geding te starten. Een interne financiële kosten/baten afweging ter zake de fictieve plaats in de rangorde is volgens beklagden immers niet relevant voor rechtsbescherming. Als uitsluiting aanbestedingsrechtelijk geen stand houdt, is niet relevant voor de rechtsbescherming of de uitgesloten inschrijvers 1e, 2e of 3e in de rangorde zou zijn geweest.
- 4.11. Overigens kan een belang voor klager ook niet zijn gelegen in het verkrijgen van een uitspraak van de Commissie voor een eventueel door klager te entameren bodemprocedure inhoudende een vordering tot vernietiging van de gesloten overeenkomst(en) ex artikel 4.15 AW 2012. De reden daarvoor is volgens beklagden enerzijds gelegen in het contractuele vervalbeding als opgenomen in paragraaf C.11 en met klager door inschrijving overeengekomen en dat luidt als volgt (zie 1.2 hiervoor):
- “Door inschrijving aanvaarden inschrijvers een contractueel vervalbeding zijnde een vervaltermijn van 20 dagen voor vorderingen, samenhangend met de onderhavige aanbesteding.”
- 4.12. Daarnaast stellen beklagden dat er in casu geen sprake is van een van de in artikel 4.15 lid 1 Aw 2012 opgenomen limitatieve gronden voor het instellen van een vordering tot vernietiging, zodat een dergelijke vordering ook langs die weg niet ontvankelijk zou zijn. De Hoge Raad heeft recent (Hoge Raad, 18 november

2016, ECLI:NL:HR:2016:2638, NJ 2018/210 m.nt. C.E.C. Jansen, JAAN 2017/7 m.nt. C. de Rooter en N.A.D. Groot en TBR 2017/116, m.nt. G.L. Weerheim) bepaald dat de gronden voor het instellen van een vordering ex artikel 4.15 Aw 2012 (de aanbestedingsrechtelijke rechtsbescherming die een inschrijver potentieel resteert na het door een inschrijver ongebruikt laten verlopen van de opschortende termijn ex artikel 2:127 Aw 2012) limitatief volgen uit artikel 4.15 Aw 2012. Nu van die gronden geen sprake is, staat reeds op voorhand vast dat een vordering tot vernietiging van de gegunde overeenkomst(en) niet ontvankelijk zal zijn, waardoor klager ook op die grond geen belang heeft.

4.13. Beklaagden stellen zich derhalve op het standpunt dat de Commissie de klacht niet in behandeling dient te nemen. Voor het geval de Commissie de klacht wel in behandeling neemt, voeren beklagden als het volgende inhoudelijke verweer.

4.14. Klachtonderdeel 1

4.14.1. Beklaagden zijn van mening dat de uitsluiting van klager terecht is geweest. De reden voor uitsluiting was dat klager kennelijk voor het voldoen aan de selectie-eis uit paragraaf A.5.6 van de Aanbestedingsleidraad een beroep deed op de draagkracht van een onderaannemer, maar verzuimd heeft dat in het UEA te vermelden. Dat levert naar de mening van beklagden een duidelijke grond voor uitsluiting op. Volledigheidshalve vermelden beklagden nog dat de selectie-eis A.5.6. ook geldt voor de percelen waarop klager heeft ingeschreven. Uit niets blijkt dat een of meer selectie-eisen niet zouden gelden voor alle percelen of dat bepaalde selectie-eisen niet van toepassing zijn op (bijvoorbeeld) perceel IC.

4.14.2. De Aanbestedingsleidraad bepaalt volgens beklagden juist het tegenovergestelde. Beklaagden wijzen op paragraaf A.1.2. waarin uitdrukkelijk staat dat alle percelen dezelfde selectie-eisen en gunningscriteria kennen (zie 1.2 hiervoor). Over deze systematiek zijn bovendien geen vragen gesteld, noch is daar anderszins over geklaagd tot aan de klacht. Daar kan klager dan thans ook niet meer over klagen, nu zij haar rechten daaromtrent heeft verwerkt.

4.14.3. Klager meent gezien haar klacht dat de eis in paragraaf A.5.6. geen selectie-eis zou zijn, maar een bijzondere uitvoeringsvoorwaarde. Beklaagden bestrijden dit.

4.14.4. Om te beginnen staat de eis ter zake ervaring met het breken van steenachtige afvalstoffen (conform BRL 2506) in de Aanbestedingsleidraad opgenomen in paragraaf A.5 ("Deel IV: Selectiecriteria"). Zoals de Commissie kan constateren, kent de Aanbestedingsleidraad van beklagden een duidelijke en heldere opbouw, waarbij deel A van de leidraad naadloos het UEA volgt en niets van doen heeft met de (inhoud van) de conceptovereenkomst. In onderdeel B worden contractuele voorwaarden vermeld en de conceptovereenkomst met bijlagen vermeldt het Programma van Eisen. Reeds vanwege die constatering kan er volgens beklagden geen twijfel over bestaan dat sprake is van een selectie-eis. Dat onderdeel B (de conceptovereenkomst) ook gewag maakt van het breken van steenachtige afvalstoffen (conform BRL 2506) en het daarmee naast een selectie-eis tevens een inhoudelijk vrijwel gelijklopende contractuele eis is, maakt evenwel niet dat beklagden geen selectie-eis hebben gehanteerd en al helemaal niet dat zij niet in het kader van de geschiktheid mochten vragen om ervaring met die werkzaamheden. Dit is zelfs vanzelfsprekend, want waarom zouden beklagden ervaring met die werkzaamheden vragen, als die werkzaamheden geen onderdeel zouden zijn van de opdracht.

4.14.5. Daarnaast geldt dat door inschrijvers over deze selectie-eis een vraag is gesteld bij de Nota van Inlichtingen (zie 1.5 hiervoor). Een ondernemer vraagt daar achter welk tabblad van de inschrijving het BRL 2506 certificaat gevoegd zou moeten



worden en beklagden antwoorden dat zulks als bijlage 7 bijgevoegd dient te worden. De vraagsteller en ook de aanbestedende diensten gaan er volgens beklagden duidelijk vanuit dat het BRL certificaat bij inschrijving reeds overhandigd moet worden. Dat is ook geschied.

- 4.14.6. Een dergelijk certificaat mag overigens wel door een aanbesteder gevraagd worden bij inschrijving, beklagden verwijzen hier naar artikel 2.85 lid 3 AW 2012, waaruit volgt dat naast referenties ook gegevens en inlichtingen die niet zijn voorzien in het UEA zoals certificaten die aantonen dat voldaan wordt aan specifieke ervaringseisen mogen worden gevraagd bij inschrijving naast het UEA (zie ook: MvT, Kamerstukken II, 2009/10, 32440, 3, p.77).
- 4.14.7. Beklagden merken op dat klager gelijk heeft wanneer zij zegt dat bijzondere uitvoeringsvoorwaarden niet bij inschrijving plegen te worden gecontroleerd. Dat men (klager inclusief) er bij inschrijving vanuit gaat dat ervaring met het breken van steenachtige materialen (aan te tonen middels certificaat BRL 2506) wel wordt gecontroleerd, betekent volgens beklagden reeds dat klager, in ieder geval vanaf de Nota van Inlichtingen, wist dat sprake was van een selectie-eis en in ieder geval hebben alle andere inschrijvers de eis uit paragraaf A.5.6 ook als selectie-eis opgevat en gehanteerd. Thans wordt door klager achteraf, om onduidelijke redenen, geveinsd dat zij de eis uit paragraaf A.5.6 niet heeft begrepen of had moeten begrijpen als een selectie-eis omdat zij kennelijk verzuimd heeft die betreffende eis correct in het UEA te verwerken. Dat klager niet zo secuur is geweest met het voorbereiden van haar inschrijving op deze aanbesteding en met name het invullen van het UEA is duidelijk. Beklagden verwijzen in dit kader ook naar de onderbouwing van klachtonderdeel 2 door klager (zie 3.2 hiervoor).
- 4.14.8. Vaststaat ook dat klager zonder enig voorbehoud te maken of hierover tijdig en proactief te klagen bij beklagden heeft ingeschreven met bijvoeging van het BRL 2506 certificaat van een derde die zij naar eigen zeggen als onderaannemer wilde gebruiken. Klager heeft derhalve eis A.5.6. net als alle andere inschrijvers als selectie-eis gehanteerd en verder nooit geklaagd of vragen gesteld over de formulering van die eis of over de hoedanigheid ervan. Van onduidelijkheid kan dus geen sprake zijn. Er is sprake van een heldere selectie-eis, alleen is klager uitgesloten omdat zij verzuimd heeft het beroep dat zij wenste te doen op de draagkracht van een derde voor die eis aan te geven in het UEA. Dat is de fout van klager en die fout is gelet op de aanbestedingsrechtelijke beginselen alsmede de daarop gebaseerde jurisprudentie fataal in die zin dat door een aanbestedende dienst geen herstelmogelijkheid mag worden geboden. Dat is derhalve ook niet geschied.
- 4.14.9. Klachtonderdeel 1 dient wat beklagden betreft ongegrond verklaard te worden.

#### 4.15. Klachtonderdeel 2

- 4.15.1. Klager doet een drietal beweerdelijke constatering over mogelijke gebreken waarvoor zij in de gelegenheid is gesteld door beklagden om die mogelijke gebreken te herstellen of te verduidelijken. Op basis daarvan meent klager dat zij ter zake het foutief invullen van het UEA in relatie tot de selectie-eis A.5.6 eveneens in staat gesteld zou hebben moeten worden om tot herstel over te gaan. Dit wordt door beklagden betwist.
- 4.15.2. Beklagden stellen voorop dat klager niet is uitgesloten wegens gebreken in het UEA anders dan dat zij niet voldeed aan selectie-eis A.5.6 omdat zij zich niet op de draagkracht van de onderaannemer heeft beroepen. Dit betekent volgens beklagden dat niet relevant is en in het midden kan blijven of beklagden terecht klager dan wel andere inschrijvers in staat hebben gesteld mogelijke andere ge-

breken ter zake het UEA te sauveren. Klager heeft in ieder geval geen nadeel ondervonden van een geboden mogelijkheid tot herstel.

- 4.15.3. Dat klager al dan niet terecht bepaalde zaken in relatie tot het UEA heeft mogen herstellen, betekent evenwel niet dat klager op basis van het gelijkheidsbeginsel of vertrouwensbeginsel er aanspraak op kan maken dat zulks altijd en bij alle andere gebreken ook geschiedt. De vraag of in een voorkomend geval een herstel-mogelijkheid mag worden geboden, dient naar mening van beklagden namelijk per geval te worden beoordeeld. Dat is in casu ook geschied en de beoordeling van beklagden was dat zij geen herstel mochten bieden, zouden ze dat al gewild hebben. Overigens is gezien de jurisprudentie (zie onder meer: HvJ EG, 29 maart 2012, C-599/10, ECLI:EU:C:2012:191, SAG en Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 11 november 2014, ECLI:NL:GH2014:8646, JAAN 2015/5 m.nt. C.A.M. Lombert) het bieden van herstel een bevoegdheid van de aanbestedende dienst en geen verplichting waar een inschrijver rechten aan kan ontleen. Reeds op die grond dient klachtonderdeel 2 van klager te worden afgewezen.
- 4.15.4. Beklaagden stellen dat zij niet onrechtmatig jegens klager hebben gehandeld door alvorens uit te sluiten, haar niet eerst in de gelegenheid te stellen tot herstel over te gaan. Volgens de jurisprudentie op dit vlak (HvJ EU, 10 oktober 2013, C-336/12, ECLI:EU:C:2013:647, Manova) mag door een aanbestedende dienst geen mogelijkheid tot herstel worden geboden, behoudens voor zover het gaat om verbetering of aanvulling gericht op het rechtzetten of preciseren van kennelijke materiële fouten. Daar is hier geen sprake van, want in feite zou klager in staat worden gesteld een nieuwe inschrijving te doen waarin zij wel een beroep doet op de draagkracht van de onderaannemer.
- 4.15.5. Beklaagden voegen daaraan toe dat het duidelijk is dat een dergelijk gebrek als door beklagden geconstateerd, nooit hersteld kan en mag worden. Uit de jurisprudentie (zie ook: Vzr. Rb. Dordrecht, 10 december 2009, ECLI:NL:RBDOR:2009:BK6038) volgt ten aanzien van deze specifieke casus duidelijk dat wanneer niet tijdig een beroep wordt gedaan op de draagkracht van een onderaannemer teneinde aan een ervaringseis te kunnen voldoen, zulks onder alle omstandigheden tot uitsluiting leidt. Het alsnog toelaten van een beroep op de draagkracht staat namelijk gelijk aan een wijziging van de inschrijving (na afloop van de inschrijftermijn). In de huidige inschrijving doet klager geen beroep op een derde en heeft zij niet aangetoond zelf over de ervaring te beschikken middels overhandiging van een BRL 2506 certificaat. Klip en klaar is dan dat de inschrijving ongeldig is omdat niet voldaan wordt aan de geschiktheidseisen. Dit raakt aan de kern van het aanbestedingsrecht, en het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel verzetten zich tegen herstel.
- 4.15.6. Ook klachtonderdeel 2 dient daarom wat beklagden betreft ongegrond verklaard te worden.

#### 4.16. Klachtonderdeel 3

- 4.16.1. Klachtonderdeel 3 houdt in dat klager meent dat beklagden (na de betwisting door klager) de uitsluiting wegens niet voldoen aan eis A.5.6. onvoldoende zouden hebben gemotiveerd. Beklaagden betwisten dit.
- 4.16.2. Volgens beklagden is de stelling onjuist dat niet zou zijn medegedeeld of klager de economisch meest voordelige inschrijving zou hebben gedaan. Beklaagden verwijzen naar de e-mail correspondentie van 5 september 2017 (zie 1.15, 1.17 en 1.18 hiervoor) waaruit die mededeling blijkt. Beklaagden betwisten overigens enerzijds dat zij gehouden zouden zijn dergelijke informatie bekend te maken en anderzijds dat die informatie benodigd is om te besluiten al dan niet een kort ge-

ding te starten. Een interne financiële kosten/baten afweging ter zake de fictieve plaats in de rangorde is naar hun mening niet relevant voor de afweging of al dan niet een kort geding zal worden gestart. Als uitsluiting niet zou mogen, is niet relevant voor de rechtsbeschermingsmogelijkheden of de uitgesloten inschrijvers 1e, 2e of 3e in de rangorde zou zijn geweest.

4.16.3. Gelet op het voorgaande achten beklagden klachtonderdeel 3 eveneens ongegrond.

#### 4.17. Klachtonderdeel 4

4.17.1. Beklagden stellen dat zij wel degelijk gemotiveerd hebben gereageerd op de brief van de advocaat van klager en wel door aan te geven dat de bezwaren van klager beklagden geen aanleiding gaven om de toereikend gemotiveerde gunningbeslissing te herzien. Klager had geen reactie (gemotiveerd of anderszins) van beklagden nodig om te beoordelen of zij wel of niet wilde opkomen tegen de gunningbeslissing. Klager was daar prima toe in staat en is in haar mogelijkheid om van de rechtsbeschermingsmogelijkheden gebruik te maken geenszins gefrustreerd. Klager heeft nota bene een zeer uitgebreide reactie opgesteld met bezwaren tegen de gunningsbeslissing. Beklagden menen dat een dergelijke brief alleen tot stand kan zijn gekomen omdat klager althans haar advocaat, gezien de toereikende motivering in staat was de gunningsbeslissing inhoudelijk te beoordelen en daar een standpunt over in te nemen.

4.17.2. Dat geldt eens te meer, nu een uitgebreidere reactie van beklagden inhoudelijk niet anders zou (kunnen) zijn dan de reactie die is gegeven. De reden daarvoor is gelegen in het ook door klager aangehaalde arrest KPN/Staat, waarin kortweg is bepaald dat een aanbestedende dienst alle relevante gronden in de gunningsbeslissing moet vermelden. Dat beklagden als reactie op de bezwaren uit de brief van 8 september 2017 iets anders te melden zouden hebben dan reeds uit de gunningsbeslissing blijkt, is dan ook niet te verwachten. Het zou zelfs vreemd zijn geweest.

4.17.3. Gezien de heldere grond voor uitsluiting, valt ook niet in te zien, op welke andere grond klager aanspraak kan maken op een aanvullende motivering bovenop hetgeen reeds uit de gunningsbeslissing blijkt. Klager is wat beklagden betreft in staat geweest om op basis van de gunningsbeslissing (waarvan niet gesteld wordt dat deze ontoereikend zou zijn gemotiveerd) te beoordelen of zij wel of geen gebruik ging maken van de rechtsbescherming.

## **5. Beoordeling**

5.1. De Commissie stelt vast dat beklagden op 29 mei 2017 een Europese openbare aanbestedingsprocedure hebben aangekondigd voor een raamovereenkomst per perceel met één onderneming voor diensten voor de afzet van bouwstoffen, grond en asfalt. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en 2 van de ten tijde van de aankondiging van de raamovereenkomst geldende Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit.

5.2. Alvorens tot behandeling van de klacht over te gaan, zal de Commissie onderzoeken of klager haar bezwaren tijdig onder de aandacht van beklagden heeft gebracht.

5.2.1. 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 toepas-

sing 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.

- 5.2.2. Beklaagden hebben de hiervoor bedoelde verplichting nader uitgewerkt in paragraaf C.6 ("Inlichtingen") van de Aanbestedingsleidraad (zie 1.2 hiervoor). Hierin is de verplichting voor klager opgenomen beklaagden uiterlijk op de uiterste datum voor het indienen van vragen op de hoogte te stellen van onduidelijkheden, onvolkomenheden of tegenstrijdigheden in de aanbestedingsstukken of van bezwaren tegen de opdracht, de procedure, de bepalingen of de gestelde eisen. In dat kader hebben beklaagden bepaald dat een inschrijver door inschrijving nadrukkelijk en zonder voorbehoud afstand doet van een eventueel recht nog na inschrijving bezwaren te uiten tegen de procedure van de aanbesteding, de bepalingen, eisen en de overige inhoud van de aanbestedings- en contractdocumenten.
- 5.2.3. Verder is in paragraaf C.10 ("Beoordeling") en C.11 ("Mededeling van de gunningsbeslissing (Voornemen tot gunnen)") van de Aanbestedingsleidraad (zie 1.2 hiervoor) de verplichting voor klager opgenomen, op straffe van niet-ontvankelijkverklaring, uiterlijk binnen de termijn van de aan hen verzonden gunningsbeslissing een kort geding aanhangig te hebben gemaakt bij de bevoegde voorzieningenrechter, indien zij zich niet kon verenigen met de gunningsbeslissing en uitsluiting of afwijzing. Tevens is bepaald dat inschrijvers door inschrijving een contractueel vervalbeding aanvaardden, zijnde een vervaltermijn van 20 dagen voor vorderingen samenhangend met de onderhavige aanbesteding.
- 5.2.4. In klachtonderdeel 1 wordt geklaagd dat de eis uit Subparagraaf A.5.6 onder 1 sub a van de Aanbestedingsleidraad (zie 1.2 hiervoor) onvoldoende transparant is. Nu pas na de mededeling van de gunningsbeslissing is gebleken dat het mogelijk is de aanbestedingsstukken op verschillende manieren uit te leggen en er in beginsel ook overigens wat te zeggen valt voor het standpunt van klager dat deze eis kwalificeert als een uitvoeringsvoorwaarde (zie 5.4 hierna), kan niet worden geoordeeld dat klager reeds vóór inschrijving bij beklaagden over deze eis had moeten klagen. Nadat met de gunningsbeslissing van 18 augustus 2017 (zie 1.14 hiervoor) duidelijk werd dat beklaagden een andere uitleg gaven aan deze eis dan klager deed, heeft klager op 8 september 2017 een klacht ingediend bij beklaagden (zie 1.16 en 1.19 hiervoor).
- 5.2.5. Daarmee heeft klager voldaan aan de in 5.2.1 hiervoor bedoelde verplichting. Verder staan de verplichtingen in paragraaf C.10 ("Beoordeling") en C.11 ("Mededeling van de gunningsbeslissing (Voornemen tot gunnen)") van de Aanbestedingsleidraad (zie 5.2.3 hiervoor) – dat de inschrijver op straffe van niet-ontvankelijkheid binnen 20 dagen na de gunningsbeslissing een kort geding aanhangig moet maken – er niet aan in de weg om nog een klacht te kunnen indienen bij de Commissie.
- 5.2.6. De Commissie kan klachtonderdeel 1 dan ook in behandeling nemen.
- 5.2.7. Klachtonderdelen 2, 3 en 4 kan de Commissie op basis van artikel 9, lid 1, sub a en b, van haar Reglement niet in behandeling nemen omdat klager hierover niet bij beklaagde heeft geklaagd alvorens haar klacht bij de Commissie in te dienen.
- 5.2.8. Ook overigens heeft klager haar bezwaren van klachtonderdelen 2, 3 en 4 niet tijdig onder de aandacht van beklaagde gebracht. Zij licht dat hierna toe.

- 5.2.9. In klachtonderdeel 2 wordt geklaagd dat beklaagden klager ten onrechte geen mogelijkheid hebben geboden haar veronderstelde fout te herstellen. Nadat met de gunningsbeslissing van 18 augustus 2017 (zie 1.14 hiervoor) duidelijk werd dat beklaagden klager geen mogelijkheid boden haar veronderstelde fout te herstellen, heeft klager op 8 september 2017 een klacht ingediend bij beklaagden waarin dit onderwerp echter ontbreekt (zie 1.19 hiervoor). Door het bezwaar over het niet bieden van een mogelijkheid tot herstel van haar veronderstelde fout pas in haar op 11 december 2017 bij de Commissie ingediende klacht op te nemen (zie 1.21, 2 en 3 hiervoor), heeft klager niet aan haar in 5.2.1 hiervoor bedoelde verplichting voldaan.
- 5.2.10. Klachtonderdeel 3 acht de gunningsbeslissing onvoldoende gemotiveerd door niet van elk perceel bekend te maken wat de plaats van klager in de rangorde zou zijn indien haar inschrijving niet als ongeldig terzijde zou zijn gelegd. Na de gunningsbeslissing van 18 augustus 2017 (zie 1.14 hiervoor) hebben beklaagden op verzoek van de advocaat van klager (zie de e-mails van 4 en 5 september 2017 in 1.15 en 17 hiervoor) bij e-mail van 5 september 2017 slechts de gevraagde rangorde voor perceel IC bekendgemaakt (zie 1.18 hiervoor). In de klachtbrief van 8 september 2017 maakt klager daar echter geen punt van (zie 1.19 hiervoor). Door het bezwaar over de onvoldoende motivering van de gunningsbeslissing pas in haar op 11 december 2017 bij de Commissie ingediende klacht op te nemen (zie 1.21, 2 en 3 hiervoor), heeft klager ook ten aanzien van het derde klachtonderdeel niet aan haar in 5.2.1 hiervoor bedoelde verplichting voldaan.
- 5.2.11. Ten slotte is klachtonderdeel 4 gericht tegen de afhandeling van de bij beklaagden ingediende klacht. Nadat beklaagden bij brief van 11 september 2017 op de klacht hebben gereageerd (zie 1.20 hiervoor), heeft klager pas op 11 december 2017 in haar bij de Commissie ingediende klacht over de klachtafhandeling geklaagd (zie 1.21, 2 en 3). Ook daarmee heeft klager niet aan haar in 5.2.1 hiervoor bedoelde verplichting voldaan.

5.3. Daarmee komt de Commissie enkel nog toe aan de inhoudelijke behandeling van klachtonderdeel 1 en zal zij hierna enkel nog ten overvloede ingaan op klachtonderdelen 2, 3 en 4.

#### 5.4. Klachtonderdeel 1

- 5.4.1. Bij de beoordeling van dit klachtonderdeel moet worden vooropgesteld dat een aanbestedende dienst op grond van artikel 1.9, eerste lid, Aw 2012 transparant dient te handelen.
- 5.4.2. De te beantwoorden vraag is allereerst of beklaagde aan haar hiervoor bedoelde verplichting heeft voldaan, in die zin dat zij de eis uit Subparagraaf A.5.6 onder 1 sub a van de Aanbestedingsleidraad (zie 1.2 hiervoor) in de aanbestedingsstukken zodanig heeft geformuleerd dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers deze eis 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 eis 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.

5.4.3. In Subparagraaf A.5.6 ("Maatschappelijk Verantwoord Inkopen (MVI)") van de Aanbestedingsleidraad (zie 1.2 hiervoor) is, onder meer, bepaald:

'De aanbesteder hanteert de volgende milieucriteria bij deze opdracht zoals opgesteld door het expertisecentrum voor aanbesteden (PianoO). Nadere informatie is te vinden op <https://www.pianoo.nl/themas/maatschappelijk-verantwoord-inkopen-mvi-duurzaam-inkopen>

1. *Milieucriteria voor het maatschappelijk verantwoord inkopen van kabels en leidingen versie 7 mei 2015.*

**Minimumeis 1: Verwerken/ afvoeren van vrijkomende stoffen**

a) Indien steenachtige afvalstoffen worden gebroken dan moet het breken conform BRL 2506 plaatsvinden. Ter verificatie wordt de inschrijver gevraagd om een KOMO productcertificaat BRL 2506 "Recyclinggranulaten voor toepassing in GWW-werken en beton" op naam van de inschrijver of onderaannemer te overleggen. Controle van het certificaat via [www.bouwkwaliteit.nl](http://www.bouwkwaliteit.nl).

5.4.4. Beklaagde stelt zich op het standpunt dat deze eis een geschiktheidseis betreft. Indien een inschrijver een beroep doet op het certificaat van een andere entiteit, zou dit betekenen dat de inschrijver op basis van Subparagraaf A.3.3. C. ("beroep op draagkracht (financieel of ervaring) van andere entiteiten") van de Aanbestedingsleidraad (zie 1.2 hiervoor) voor deze entiteit, bij inschrijving, een door deze entiteit ingevuld Uniform Europees Aanbestedingsdocument moet indienen.

5.4.5. Klager stelt zich op het standpunt dat de eis van Subparagraaf A.5.6 van de Aanbestedingsleidraad kwalificeert als een uitvoeringsvoorwaarde. Indien een inschrijver een beroep doet op het certificaat van een andere entiteit, maar niet op diens draagkracht, zou dit met zich meebrengen dat de inschrijver van deze onderaannemer geen gegevens hoeft te overleggen op basis van paragraaf A.3.4. D. ("onderaannemers met draagkracht waarop de ondernemer geen beroep doet") van de Aanbestedingsleidraad (zie 1.2 hiervoor). Bovendien hoeft bij inschrijving nog niet te worden bewezen dat aan een uitvoeringsvoorwaarde wordt voldaan.

5.4.6. De Commissie oordeelt als volgt. Een KOMO productcertificaat BRL 2506 "Recyclinggranulaten voor toepassing in GWW-werken en beton" kan als geschiktheidseis betreffende de technische bekwaamheid van de inschrijver en ook als uitvoeringsvoorwaarde worden voorgeschreven.

5.4.7. Nu in Hoofdstuk B ("De Overeenkomst") van de Aanbestedingsleidraad ook als uitvoeringsvoorwaarde is opgenomen dat breken door een BRL 2506 "Recyclinggranulaten voor toepassing in GWW-werken en beton" gecertificeerd breker dient te geschieden, wijst dat er op dat de eis in Subparagraaf A.5.6 onder 1 sub a van de Aanbestedingsleidraad is bedoeld als geschiktheidseis.

5.4.8. Dat de eis is opgenomen in Paragraaf A.5 Deel IV ("Selectiecriteria") wijst ook in de richting van een geschiktheidseis. Anderzijds is deze eis niet opgenomen in Subparagraaf A.5.3 ("Technische en beroepsbekwaamheid"), maar in Subparagraaf A.5.6 ("Maatschappelijk Verantwoord Inkopen (MVI)"). Bovendien zijn in paragraaf A.5 Deel IV ("Selectiecriteria") ook eisen opgenomen die niet de geschiktheid van de inschrijver, maar de uitvoering betreffen, zoals in Subparagraaf A.5.3 ("Technische en beroepsbekwaamheid") van de Aanbestedingsleidraad:

'(...) De volgende eisen zijn van toepassing en dienen in de opgave terug te komen:

(...)

b. zeven of breken dient uitgevoerd te worden zo spoedig mogelijk nadat daartoe schriftelijk ( per mail) of bij uitzondering telefonisch het verzoek is ingediend;

(...)

f. de bewerkingslocatie dient gedurende werkdagen van 7.30 uur -17.00 uur open te zijn; toegang tot de bewerkingslocatie buiten dit dag- en tijdvenster dus in het weekend of op zon- en feestdagen of s' nachts dient in onderling overleg ook mogelijkheden te zijn;'

5.4.9. In Subparagraaf A.5.4 ("Kwaliteitsborgingsregelingen en normen inzake milieubeheer") is in het kader van 'Kwalibo' uitdrukkelijk bepaald dat de inschrijver op het moment van inschrijving alsook gedurende de gehele looptijd van het contract in het bezit dient te zijn van de geldige vereiste certificaten en dat een kopie van deze certificaten bij inschrijving dient te worden overgelegd als bijlage 7.

5.4.10. Ook paragraaf A.5.5 ("Social Return on Investment (SROI)") betreft geen geschiktheidseis, maar een uitvoeringsvoorwaarde.

5.4.11. De eis van Subparagraaf A.5.6 onder 1 sub a van de Aanbestedingsleidraad is echter op andere wijze omschreven. In deze eis is bepaald dat de inschrijver 'ter verificatie' wordt gevraagd een KOMO productcertificaat BRL 2506 "Recyclinggranulaten voor toepassing in GWW-werken en beton" 'te overleggen'. Waarna is bepaald: 'Controle van het certificaat via [www.bouwkwaliteit.nl](http://www.bouwkwaliteit.nl)'. Dat het certificaat moet worden overgelegd, wijst er op dat het een geschiktheidseis betreft. Anderzijds wijst de vermelding dat op internet kan worden gecontroleerd of een ondernemer over het certificaat beschikt er op dat het certificaat niet bij inschrijving hoeft te worden overgelegd.

5.4.12. In de bijlagen zijn vele formats opgenomen voor documenten die bij inschrijving moeten worden ingediend, waaronder bijlage 7 ("Certificaten Kwalibo"). Voor de eis van Subparagraaf A.5.6 onder 1 sub a van de Aanbestedingsleidraad is niet in een bijlage voorzien.

5.4.13. Het antwoord op vraag 33 in de Nota van Inlichtingen (zie 1.5 hiervoor) maakt duidelijk hoe het certificaat kan worden ingediend. Uit het antwoord volgt echter niet dat het certificaat ook bij inschrijving moet worden ingediend.

5.4.14. Op basis van het voorgaande is de Commissie van oordeel dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers deze eis niet op dezelfde wijze zullen uitleggen. Beklaagde heeft onvoldoende duidelijk gemaakt of de eis van Subparagraaf A.5.6 onder 1 sub a van de Aanbestedingsleidraad een geschiktheidseis of een uitvoeringsvoorwaarde betrof en of, en zo ja op welk moment, het certificaat moest worden ingediend. Daarmee is deze eis naar het oordeel van de Commissie onvoldoende transparant.

5.4.15. De Commissie acht klachtonderdeel 1 gegrond.

## 5.5. Klachtonderdelen 2 en 3

5.5.1. Ten overvloede merkt de Commissie nog het volgende op ten aanzien van klachtonderdelen 2 en 3.

5.5.2. Nu de eis van Subparagraaf A.5.6 onder 1 sub a van de Aanbestedingsleidraad naar het oordeel van de Commissie onvoldoende transparant is, zou de Commissie ook om die reden niet toekomen aan de inhoudelijke beoordeling van klachtonderdelen 2 en 3.

5.5.3. De Commissie merkt nog op dat een aanbestedende dienst in beginsel niet gehouden is om aan een inschrijver die wegens een ongeldige inschrijving is afgevoerd de plaats in de rangorde mee te delen die deze inschrijving zou hebben behaald als deze niet als ongeldig terzijde zou zijn gelegd (vgl. Hof Den Haag 19 december 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3549, r.o. 18, waarin het hof oordeelt dat zelfs een verzoek van een geldige inschrijver in een procedure voor sociale en andere specifieke diensten op basis van artikel 2.38 Aw 2012, waarop artikel 2.130 Aw 2012 niet van toepassing is, niet hoeft te worden gehonoreerd). In een geval als het onderhavige, waarbij wordt gegund op basis van het gunningscriterium laagste prijs, acht de Commissie het echter raadzaam om wel de plaats in de rangorde mee te delen.

## 5.6. Klachtonderdeel 4

5.6.1. Ten overvloede merkt de Commissie nog het volgende op ten aanzien van klachtonderdeel 4.

5.6.2. De Commissie constateert dat dit klachtonderdeel zich richt tegen de (beweerde) wijze waarop beklagden met de bij hen ingediende klacht zijn 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), Advies 409 (overweging 6.8) Advies 426-I (overweging 5.4) en Advies 467 (overweging 5.3) als volgt.

5.6.3. 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.'

5.6.4. De Commissie is van oordeel dat de wijze waarop een aanbestedende dienst omgaat met een bij hem ingediende klacht 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.

5.6.5. Het voorgaande oordeel laat overigens onverlet dat – voor zover 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 de aanbestedende dienst is onderbouwd.

## 6. **Advies**

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

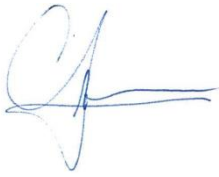
## 7. **Aanbeveling**

De Commissie beveelt aanbestedende diensten aan om in de aanbestedingsstukken bij de omschrijving van de mogelijkheid om te klagen ondernemers niet meteen naar de Commissie van Aanbestedingsexperts te verwijzen. Anders wordt een ondernemer van het kastje naar de muur gestuurd. Op basis van artikel 9, lid 1, sub a en b, van het Reglement van de Commissie dient een ondernemer zijn klacht immers eerst bij de aanbestedende dienst kenbaar te maken en een redelijke termijn voor een reactie te geven, alvorens hij een klacht bij de Com-



missie kan indienen. Ook indien er geen klachtenmeldpunt door de aanbestedende dienst is ingesteld, dient een ondernemer derhalve eerst een klacht in te dienen bij de aanbestedende dienst. De Commissie hecht er namelijk aan dat de ondernemer en de aanbestedende dienst in eerste instantie trachten zelf tot een oplossing te komen over het onderwerp van de klacht. Tussenkomsst van de Commissie moet geen regel, maar uitzondering zijn.

Den Haag, 28 mei 2018



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



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



Mr. drs. T.H. Chen  
Commissielid