

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 469

1. Feiten

- 1.1. Beklaagde, een gemeenschappelijke regeling van een aantal gemeenten, heeft op 28 juni 2017 een Europese openbare aanbestedingsprocedure aangekondigd voor een overheidsopdracht voor diensten voor het inzamelen, transporteren, overslaan en verwerken van huishoudelijk papier en karton. De opdracht is verdeeld in twee percelen.
- 1.2. In het Aanbestedingsbestek van 27 juni 2017 is, onder meer, het volgende bepaald:

1.1 Definities

(...)

HHP: Huishoudelijk papier. (...)

HHK: Huishoudelijk karton: (...)

(...)

Onderaannemer: De ondernemer aan wie de inschrijver een deel van de opdracht in onderaanneming zal geven.

(...)

2 Inhoud van de opdracht

(...)

2.1 Werkzaamheden

De opdracht van onderhavige Europese aanbesteding bestaat uit het inzamelen, transporteren, overslaan en verwerken van HHP en HHK afkomstig uit 26 gemeenten aangesloten bij de gemeenschappelijke regeling [Beklaagde]. Optioneel kan door inschrijver de administratie en uitbetaling van inzamelende verenigingen en scholen en dergelijke verzorgd worden.

Onderhavige aanbesteding is opgesplitst in 2 percelen:

- Perceel 1 beslaat het inzamelen en transporteren van circa 19.000 ton HHP en HHK afkomstig uit 26 gemeenten aangesloten bij gemeenschappelijke regeling [Beklaagde]. De opdracht betreft gedeeltelijk huis-aan-huis inzameling, al dan niet met behulp van vrijwilligers.
- Perceel 2 beslaat de acceptatie, overslag, transport en verwerking van ca. 58.000 ton HHP en HHK afkomstig uit 26 gemeenten aangesloten bij gemeenschappelijke regeling [Beklaagde]. Onderdeel van dit perceel is het per 1 januari 2018 beschikken over minimaal twee overslaglocaties voor HHP en HHK binnen 15 km vanaf de drie bestaande afval (overslag) locaties in de regio's [A] en [B] en [C]. Tevens staat in perceel 2 beschreven het optioneel verzorgen van de administratie en uitbetaling aan inzamelende verenigingen en scholen en dergelijke.

(...)

3 Procedurele bepalingen

(...)

3.6 Inschrijving

(...)

3.6.8 Inschrijving als hoofdaannemer

In geval van hoofd- en onderaanneming dient alleen de hoofdaannemer aan de gestelde eisen te voldoen en de gevraagde gegevens over te leggen. De onderaannemersverklaring van bijlage 16: Verklaring inzake onderaannemers dient bij voorlopige gunning te worden ingediend. Indien de hoofdaannemer een beroep doet op bijvoorbeeld de technische bekwaamheid en/of de financiële en economische draagkracht van de onderaannemer dient dit in de bijlage 5: Eigen verklaring te worden opgenomen. Bij voorlopige gunning dient dan een verklaring conform bijlage 17: Beroep op bekwaamheid derden te worden ingediend. Na inschrijving kan de hoofdaannemer niet meer van onderaannemer wisselen, tenzij de overeenkomst hier mogelijkheden toe biedt. In geval van hoofd- en onderaanneming is de hoofdaannemer de enige contractuele wederpartij van de aanbestedende dienst.

(...)

3.7 Rechtsbescherming

(...)

Een inschrijver die een bodemgeschil aanhangig wenst te maken dient dit niet later dan 90 dagen na de datum van de gunningsbeslissing aanhangig te maken op straffe van niet ontvankelijkheid, tenzij het geschil voortvloeit uit een omstandigheid die eerst na verloop van deze termijn is gebleken. In dit laatste geval gaat de termijn van 90 dagen in op de dag dat van de desbetreffende omstandigheid is gebleken.

(...)

4 Wijze van beoordelen

(...)

4.3 Selectie: Geschiktheidseisen

(...)

4.3.3 Specifieke eisen perceel 1: Overige minimumeisen

Inschrijver is op de datum van aanbesteding en gedurende de uitvoering in het bezit van een OHSAS 18001 (toekomstig: ISO 45001) of gelijkwaardig certificaat. De scope van certificering betreft in ieder geval het inzamelen en transporteren van afvalstoffen c.q. grondstoffen relevante werkzaamheden.

(...)

Inschrijver verplicht zich tot het inzetten van voertuigen met een minimale emissiestandaard van Euro V (5). Een emissiestandaard van Euro IV(4) of minder wordt niet geaccepteerd.

(...)

De inschrijving moet naar waarheid zijn verricht en niet tot stand zijn gekomen onder invloed van een overeenkomst, besluit of gedraging in strijd met het Nederlandse of Europese mededingingsrecht.

4.3.4 Specifieke eisen perceel 2: Eisen inzake technische bekwaamheid (...)

Inschrijver dient ervaring te hebben met complexe administratieve (financiële) registraties en op de datum van aanbesteding en gedurende de uitvoering van de opdracht in bezit te zijn van een volgens een NEN-ISO 9001 of gelijkwaardig gecertificeerde bedrijfsvoering. Inschrijver voert een PRN registratie.

(...)

4.3.5 Specifieke eisen perceel 2: Overige minimumeisen

Inschrijver verplicht zich per 1 januari 2018 tot het ter beschikking hebben van minimaal twee overslaglocaties voor HHP en HHK binnen 15 km enkele reis vanaf de drie bestaande afval overslaglocaties in de regio's [A] en [B] en [C]. De afstand van de huidige overslaglocaties tot de overslaglocaties van Inschrijver worden bepaald met routeplanner Routenet. Overslaglocaties dienen gelegen te zijn binnen de provincie [A] en individueel in bezit te zijn van een weegbrug met gedigitaliseerd weegstelsel en vergunning om HHP en HHK te mogen ontvangen en over te slaan en/of te verwerken. De overslaglocaties dienen geëxploiteerd te worden door een bij PRN aangesloten organisatie. Een overslaglocatie mag ook een verwerkingslocatie zijn die aan de bovengenoemde eisen en afstandscriterium voldoet.

(...)

Inschrijver is op de datum van aanbesteding en gedurende de uitvoering in het bezit van een OHSAS 18001 (toekomstig: ISO 45001) of gelijkwaardig certificaat. De scope van certificering betreft in ieder geval het overslaan, transporteren, be- en verwerken van afvalstoffen c.q. grondstoffen. Dit certificaat is geldig voor de locaties waar wordt overgeslagen en wordt be- en/of verwerkt.

(...)

De inschrijving moet naar waarheid zijn verricht en niet tot stand zijn gekomen onder invloed van een overeenkomst, besluit of gedraging in strijd met het Nederlandse of Europese mededingingsrecht.'

- 1.3. In Bijlage 1B: "Programma van Eisen – perceel 2" bij het Aanbestedingsbestek is, onder meer, het volgende bepaald:

'1. Uitgangspunten van de opdracht

(...)

1.3. Te verlenen diensten

1.3.1.Overslaglocaties

De gemeenten willen met het oog op efficiëntie, kosten en het milieu-aspect (duurzaamheid) de transportafstanden naar de overslaglocaties zo kort mogelijk laten zijn.

Als eis geldt: het per 1 januari 2018 ter beschikking hebben van minimaal twee overslaglocaties van de Opdrachtnemer binnen een straal van 15 km enkele reis gerekend vanaf de hieronder vermelde overslaglocaties in [B], [A] en [C]. De overslaglocaties zijn gelegen binnen de provinciegrenzen.

(...)

De afstand van de huidige overslaglocaties tot de overslaglocaties van Inschrijver worden bepaald met routeplanner Routenet voor vrachtwagens van 20 ton. De afstanden wordt afgerond op 0,1 km nauwkeurig.

Opdrachtnemer is verantwoordelijk voor de overslaglocatie, de weging en het registreren van het papier dat op de overslaglocatie en/of verwerkingslocatie(s) wordt ontvangen.

Overslaglocaties dienen individueel in bezit te zijn van een weegbrug met gedigitaliseerd weegstelsel en vergunningen om HHP en HHK te mogen ontvangen overslaan en/of verwerken. Per overslaglocatie dient te worden aangetoond dat voldaan wordt aan de voor overslaglocaties geldende verplichte geschiktheidseisen zoals beschreven in de aanbestedingsleidraad.

Er dient voldoende op- en overslagcapaciteit te zijn zodat het HHP en HHK in goede orde, zonder wachttijd kan worden ontvangen. Er geldt een maximale wachttijd van 15 minuten.

Afvoer van de overslag dient zodanig te zijn geregeld dat geen stagnatie als gevolg van capaciteitsgebrek kan ontstaan.

Uitbreidingsmogelijkheden

Het is de Opdrachtnemer toegestaan na opdrachtverlening het aantal overslaglocaties uit te breiden om de dienstverlening richting de [26 Gemeenten] te vergroten, echter de twee opgegeven overslaglocaties bij de Inschrijving dienen tijdens de looptijd van de overeenkomst te zijn gewaarborgd. Uitbreiding van het aantal overslaglocaties heeft te allen tijde een gunstig effect op de afstand van inzameling. De extra kosten die de extra overslaglocaties met zich mee zouden brengen zijn voor rekening van de Opdrachtnemer en zullen niet voor rekening komen van [Beklaagde].

Alleen met uitdrukkelijke toestemming van de Opdrachtgever mag Opdrachtnemer de inzamelende organisaties, gemeenten of Opdrachtnemer van perceel 1 verzoeken het HHP en HHK incidenteel naar een alternatieve locatie ter acceptatie en overslag te transporteren. Meerkosten die deze variatie eventueel met zich meebrengt zijn voor rekening en risico van de Opdrachtnemer (perceel 2) en kunnen niet op [Beklaagde] worden verhaald.

- 1.4. In Bijlage 2 "Conceptovereenkomst" bij het Aanbestedingsbestek is in artikel 9 "Personeel", onder meer, het volgende bepaald:

'9.4 Indien de Opdrachtnemer in zijn Inschrijving (Aanhangsel I) heeft aangegeven dat hij een beroep doet op de technische bekwaamheid van (een) specifieke onderaannemer(s), dan is Opdrachtnemer gehouden deze specifieke onderaannemer(s) ook daadwerkelijk in te zetten in het kader van de uitvoering van de Overeenkomst en is het Opdrachtnemer nadrukkelijk niet toegestaan andere onderaannemers dan degene die Opdrachtnemer heeft aangegeven in zijn Inschrijving in te zetten. In geval van onderaanneming ondertekent de onderaannemer de als Bijlage 16 opgenomen verklaring.

9.5 Indien de Opdrachtnemer bij de uitvoering van de Overeenkomst gebruik wil maken van de diensten van derden, door tijdelijke inhuur van personeel, dan is hij daartoe slechts bevoegd na daartoe verkregen schriftelijke toestemming van de Opdrachtgever, welke toestemming niet op onredelijke gronden wordt geweigerd.

9.6 Bij het verlenen van de toestemming, bedoeld in het derde lid, is de Opdrachtgever gerechtigd daaraan voorwaarden te verbinden of deze in tijd te beperken. Door de Opdrachtgever gegeven toestemming laat onverlet de verant-

woordelijkheid en aansprakelijkheid van de Opdrachtnemer voor de nakoming van deze Overeenkomst.'

1.5. Klager heeft ingeschreven op beide percelen.

1.6. Op 28 september 2017 heeft beklagde aan klager volgende brief gezonden:

'Onder dankzegging voor uw inschrijving bevestigen wij u, dat [Beklaagde] heeft besloten om van de aanbesteding van de inzameling, overslag en de verwerking van het oud papier en karton, - zoals beschreven in het aanbestedingsdocument -, perceel 1 definitief te gunnen aan [X] en perceel 2 definitief te gunnen aan [Y].

Er is tijdens de termijn van 20 kalenderdagen na de voorlopige gunningsbeslissing, maar ook tijdens de verlenging hiervan tot en met 25 september door geen van de inschrijvers bezwaar aangetekend.'

1.7. Op 16 februari 2018 heeft klager de volgende brief aan beklagde verzonden:

'Zoals aangekondigd in onze brief van 9 november 2017, heeft [Klager] de uitvoering van de opdrachten die in het kader van opgemelde aanbestedingsprocedure door [Beklaagde] aan [X] en [Y] zijn verstrekt nauwgezet gevolgd c.q. gecontroleerd. Hierbij is door ons geconstateerd dat beide partijen wezenlijk afwijken van de inschrijving, die zij in het kader van de door [Beklaagde] georganiseerde aanbestedingsprocedure hebben ingediend. Er wordt aantoonbaar niet voldaan aan de eisen die in de aanbestedingsstukken worden gesteld. Dit is vanuit aanbestedingsrechtelijk oogpunt ontoelaatbaar en wij beraden ons dan ook op juridische stappen. Hieronder volgt per perceel een opsomming van de gesignaleerde afwijkingen.

Perceel 1 – [X]

Inzet onderaannemers

Tijdens de bespreking die op 3 november 2017 heeft plaatsgevonden met [twee personen van Klager] heeft u laten weten dat [X] geen onderaannemers heeft opgenomen in haar inschrijving. In dat kader bevestigde u dat er geen mogelijkheid is om onderaannemers gedurende de looptijd van het contract alsnog toe te voegen.

Nb. De relevante bepalingen in de offerteaanvraag en de overeenkomst luiden als volgt:

[paragraaf 3.6.8 van het Aanbestedingsbestek, zie 1.2 hiervoor]

[citaat artikel 9.4 van de Conceptovereenkomst van Bijlage 2 bij het Aanbestedingsbestek, zie 1.4 hiervoor]

Inmiddels hebben wij geconstateerd dat [X] in de maand januari en de eerste twee weken van februari van dit jaar de volgende bedrijven heeft ingezet voor de uitvoering van de onderhavige opdracht:

[7 bedrijven]

Via de kentekens die staan vermeld op de stortbonnen die in de afgelopen periode zijn afgegeven, is precies te achterhalen om hoeveel voertuigen het gaat en op welke dagen deze voertuigen door [X] zijn ingezet. Daarnaast hebben wij geconstateerd dat [X] ZZP'ers inhuurt om de voertuigen te laten rijden.

De afgelopen weken heeft [Klager] van de gemeenten [D] en [E] het verzoek gekregen om de inzameling en/of het leveren van afzetcontainers te organiseren. Het is voor [X] niet mogelijk gebleken om de door de gemeente specifieke

containers te leveren en/of te legen en komt hiermee de opdracht niet na. In dat kader hebben de gemeentes de opdracht ter zake aan [Klager] opgedragen.

Wat ons betreft staat het vast dat [X] nóch ten tijde van het indienen van haar inschrijving nóch ten tijde van de aanvang van de opdracht de beschikking had over voldoende materieel en personeel om de onderhavige opdracht uit te voeren.

Tijdens het gesprek dat wij hierover op 15 februari 2018 met u voerden, werd de suggestie gewekt dat het voor [X] mogelijk zou moeten zijn om voertuigen die nog in bestelling zijn op enig moment toe te voegen. Daar zijn wij het niet mee eens. Uit de aanbestedingsstukken volgt onweerlegbaar dat de winnaar van de procedure uiterlijk per 1 januari 2018 aan alle gestelde eisen dient te voldoen.

Emissienormen voertuigen

In paragraaf 4.3.3 van de offerteaanvraag is de volgende minimumeis opgenomen:

"Inschrijver verplicht zich tot het inzetten van voertuigen met een minimale emissiestandaard van Euro V (5). Een emissiestandaard van Euro IV (4) of minder wordt niet geaccepteerd."

Wij hebben geconstateerd dat [X] in de maanden januari en februari van dit jaar op verschillende dagen voertuigen heeft ingezet met een lagere emissiestandaard dan de gestelde minimumeis een paar voorbeelden worden hieronder gesteld.

1. Op 6 januari 2018 betrof het voertuigen van [M]. Dit voertuig (met kenteken [...]) heeft een emissiestandaard EURO IV (4) en was papier aan het inzamelen in de gemeente [F];
2. Op 27 januari en 3 februari 2018 betrof het voertuigen van de firma [N]. In ieder geval een van de voertuigen van [N] heeft een emissiestandaard van EUROIII (3). De beide voertuigen van [N] waren papier aan het inzamelen in de gemeente [G].

Dit betekent niet alleen dat [X] niet voldoet aan de minimumeis dat de ingezette voertuigen een minimale emissiestandaard van Euro V (5) moeten hebben, maar ook dat [X] in het kader van het gunningscriterium 'emissie' te veel punten toegekend heeft gekregen. In de afgelopen maanden hebben wij [Beklaagde] hierop al meerdere malen zowel schriftelijk als mondeling geattendeerd. Via de kentekens die staan vermeld op de stortbonnen die in de afgelopen periode zijn afgegeven, is precies te achterhalen om welke voertuigen het gaat en tot welke energieklassen deze voertuigen behoren.

Perceel 2 – [Y]

Overslaglocaties c.q. onderaannemers

Tijdens de bespreking die op 3 november 2017 plaatsvond heeft u laten weten dat [Y] gebruik zal maken van de volgende overslaglocaties:

- [locatie A] (eigen beheer)
- [Locatie B] (eigen beheer)
- [Locatie J] ([O]-enige onderaannemer)

U bevestigde dat het [Y] tijdens de uitvoering van de overeenkomst niet is toegestaan om onderaannemers toe te voegen. Inmiddels is vast komen te staan dat [Y] geen van de overslaglocaties die zij in haar inschrijving heeft opgegeven in eigen beheer exploiteert. In [A] worden de werkzaamheden uitgevoerd door [P] en in [B] worden de werkzaamheden uitgevoerd door [Q]. Ter onderbouwing zijn twee weegbonnen als bijlage bij deze brief gevoegd. Met name op de

weegbon van [Q] is duidelijk te zien dat in onderaanneming van [Y] wordt gewerkt.

Op geen van de locaties is personeel van [Y] aanwezig. Een vertegenwoordiger van [Q] heeft ons uitdrukkelijk bevestigd dat dat in de toekomst ook niet het geval zal zijn.

PRN en OPK

In paragraaf 4.3.5 van de offerteaanvraag is bepaald dat alle overslaglocaties individueel in het bezit dienen te zijn van een weegbrug met gedigitaliseerd weegsysteem en vergunning om HHP en HHK te mogen ontvangen en over te slaan en/of te verwerken. De overslaglocaties dienen geëxploiteerd te worden door een bij PRN aangesloten organisatie. In paragraaf 1.3.1 van het bestek is in dit verband expliciet bepaald: "*Per overslaglocatie dient te worden aangetoond dat voldaan wordt aan de voor overslaglocaties geldende verplichte geschiktheidseisen zoals beschreven in de aanbestedingsleidraad.*"

Wij hebben geconstateerd dat geen van de overslaglocaties die [Y] gebruikt aan de gestelde eisen voldoet. Noch [O], noch [P], noch [Q] is aangesloten bij PRN. De weegbruggen die zij gebruiken op de overslaglocaties zijn niet OPK-gecertificeerd. De onderhavige opdracht had dus nooit aan [Y] mogen worden gegund.

Voor zover wij hebben kunnen nagaan, komen de bedrijven die de overslaglocaties namens [Y] exploiteren überhaupt niet voor in het handelsregister van de kamer van koophandel. Wij hebben dan ook de indruk dat er door [Y] in het kader van de uitvoering van de onderhavige opdracht een schijnconstructie is opgetuigd. [Y], die wel is aangesloten bij PRN, huurt 'op papier' de [overslaglocaties I en H], maar heeft in werkelijkheid niets met de exploitatie van de desbetreffende locaties van doen. [Beklaagde] had de inschrijving van [Y] als ongeldig terzijde moeten leggen.

Voor de verschillende gemeenten die bij [Beklaagde] zijn aangesloten is het – gelet op de dalende papierprijs – bepaald risicovol dat de overslaglocaties niet worden geëxploiteerd door bij PRN aangesloten organisaties. De drie overslaglocaties die [Y] gebruikt voldoen niet aan de certificeringsvereisten die zijn opgenomen in artikel 5 van de Deelnemingsovereenkomst Oudpapierondernemingen. [Citaat artikel 5.1 en 5.2, zie 1.11 hierna].

Dat de overslaglocaties niet voldoen aan de certificeringsvereisten betekent dat de gevolgen van eventuele verliezen die zullen ontstaan zodra de papierprijs beneden een bepaald niveau daalt, niet zullen worden gecompenseerd door Stichting Verwijderingsfonds.

OHSAS 18001 of gelijkwaardig certificaat

Voor beide percelen geldt dat de door [X] en [Y] ingeschakelde onderaannemers niet beschikken over een OHSAS 18001 certificaat en evenmin over een gelijkwaardig certificaat.

Strijd met het aanbestedingsrecht

Op grond van de Europese aanbestedingsregels is een aanbestedende dienst, zoals [Beklaagde], verplicht om voorafgaand aan de gunning daadwerkelijk te verifiëren of de beoogd winnaar voldoet aan alle gestelde eisen en voorwaarden. Dat is bij de onderhavige aanbestedingsprocedure ten onrechte niet gebeurd. De

opdrachten voor perceel 1 en perceel 2 zijn aan twee partijen gegund die hiervoor nooit in aanmerking hadden mogen komen. Deze handelwijze van [Beklaagde] is onrechtmatig jegens [Klager].

(...)'

- 1.8. Op 1 maart 2018 heeft beklagde de volgende brief aan klager verzonden:

'Op 16 februari jl. heeft u [Beklaagde] een brief gestuurd over de vorig jaar gehouden aanbesteding "Oud papier en karton". In deze brief geeft u aan de opdrachten die aan [X] en [Y] verstrekt zijn nauwgezet te hebben gevolgd en gecontroleerd. Daarbij meent u dat sprake is van het niet nakomen van eisen.

Om te beginnen hechten wij er aan op te merken dat [Beklaagde] ten tijde van de aanbesteding de inschrijvingen nauwgezet beoordeeld en geverifieerd heeft. Naar aanleiding van de destijds door [Klager] verstrekte informatie heeft zelfs aanvullende verificatie plaatsgevonden. Daarbij zijn geen onvolkomenheden gebleken en [Beklaagde] is dan ook nog steeds van mening dat terecht overeenkomsten zijn aangegaan met [X] en [Y]. Van een onrechtmatige gunning of onrechtmatig handelen door [Beklaagde] ten opzichte van [Klager] is dan ook geen sprake.

Verder is het van belang dat [Beklaagde] toeziet op de uitvoering van de werkzaamheden binnen met [Beklaagde] gesloten overeenkomsten. Zo houdt [Beklaagde] ook toezicht op de uitvoering van de werkzaamheden door [X] en [Y]. Ook heeft [Beklaagde] de punten die [Klager] in de brief van 16 februari 2018 maakt zowel aan [X] als aan [Y] voorgehouden. Uit de informatie die [Beklaagde] van [X] en [Y] heeft ontvangen, evenals uit het door [Beklaagde] gehouden toezicht, is niet gebleken dat [X] of [Y] zich niet aan de overeenkomst houdt.

U mag ervan uitgaan dat [Beklaagde] toezicht houdt en in het vervolg toezicht zal blijven houden op de uitvoering. En, dat [Beklaagde] [X] en [Y] zal houden aan de gesloten overeenkomsten. U mag er ook van uitgaan dat als [Beklaagde] nu, op basis van de door u verstrekte informatie, of in de toekomst onvolkomenheden constateert daarop passende maatregelen genomen zullen worden.'

- 1.9. Op 23 maart 2018 heeft klager de volgende brief aan beklagde verzonden (en daarbij haar brief van 16 februari 2018 gevoegd):

'(...)

[Beklaagde] staat zowel [X] als [Y] ten onrechte toe om bij de uitvoering van de gesloten overeenkomsten af te wijken van de in de aanbestedingsprocedure gestelde eisen. Hierdoor worden de voorwaarden van de gesloten overeenkomsten wezenlijk gewijzigd. Aangezien geen sprake is van een uitzonderingssituatie zoals bedoeld in de artikelen 2.163b- 2.163g van de Aanbestedingswet, dient [Beklaagde] de gesloten overeenkomsten te beëindigen. In het geval [Beklaagde] hiertoe niet overgaat menen wij dat de gesloten overeenkomsten vernietigbaar zijn op grond van art. 4.15 lid 1 sub a van de Aanbestedingswet.'

- 1.10. Op 6 april 2018 heeft beklagde de volgende brief aan klager verzonden:

'U heeft ons er herhaaldelijk op gewezen dat [Beklaagde] zowel [Y] als [X] zou toestaan om in de uitvoering van de overeenkomst af te wijken van de in de aanbesteding overeengekomen voorwaarden. In uw laatste brief stelt u zich op het standpunt dat er sprake zou zijn van een wezenlijke wijziging, die tot beëindiging van de overeenkomsten zou moeten leiden.

Zoals ook eerder aan u kenbaar gemaakt, ziet [Beklaagde] geen aanleiding om de overeenkomsten met [Y] of [X] te beëindigen. Uit het door [Beklaagde] uitgevoerde toezicht, de bij [Y] en [X] opgevraagde informatie en de gevoerde verificatiegesprekken is [Beklaagde] gebleken dat de overeenkomsten conform de in de aanbesteding gestelde voorwaarden worden uitgevoerd. Voor zover er in de toekomst mocht blijken van afwijkingen van de in de aanbesteding gestelde voorwaarden, zal [Beklaagde] de betreffende contractspartij – zoals eerder aangegeven – hierop aanspreken.

Gezien het bovenstaande moge duidelijk zijn dat er voor [Beklaagde] geen aanleiding is om de overeenkomsten te beëindigen. [Klager] mag er, - zoals eerder aangegeven -, op vertrouwen dat [Beklaagde] de uitvoering van de overeenkomsten nauwgezet monitort en zal blijven monitoren en erop zal toezien dat [Y] en [X] zich aan de contractvoorwaarden houden. Wat ons betreft is er dus geen enkele reden voor het indienen van een klacht bij de Commissie van Aanbestedingsexperts en wij zouden het dan ook zeer op prijs stellen wanneer [Klager] afziet van het indienen ervan.'

- 1.11. In de "Deelnemingsovereenkomst Oudpapierondernemingen" met de Stichting Papier Recycling Nederland (PRN) is, voor zover van belang, het volgende opgenomen:

'Artikel 5 Certificering

5.1 De Oudpapieronderneming is verplicht te voldoen en te blijven voldoen aan de certificeringseisen van de Erkenningregeling Oudpapier en -Karton, gesteld door PRN welke als bijlage onlosmakelijk onderdeel uitmaken van deze Overeenkomst, alsmede de uit die certificering voortvloeiende verplichtingen na te leven. Indien deze Overeenkomst wordt ondertekend door een handelsonderneming geldt op deze verplichting uitsluitend voor de handelsonderneming zelf een uitzondering voor het ten aanzien van de bedrijfsruimte en -middelen bepaalde in artikel 4 van de certificeringseisen.

5.2 Indien de Oudpapieronderneming meerdere vestigingen heeft dient zij voor alle vestigingen waar Oudpapier en -karton uit Gemeenten wordt bewerkt en/of opgeslagen aan de vereisten uit hoofde van het eerste lid te voldoen.'

- 1.12. In het Papiervezelconvenant (versie V, 11 maart 2015) tussen de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG) en stichting PRN is, voor zover van belang, het volgende bepaald:

'§ Definities, reikwijdte en preventie

Artikel 1, Definities

In dit **convenant** wordt verstaan onder:

(...)

7. **Ketendeficit:**

Het negatieve saldo van de op enig moment actuele berekende internationale marktprijs voor oudpapier en -karton minus de som van (a) de door of namens PRN periodiek vastgestelde Standaardverwerkingskosten en (b) de door PRN met gemeenten overeengekomen Afzetgarantieprijs;

(...)

16. Transportdeficit:

De kosten van PRN Gemeenten – waarbinnen geen Oudpapieronderneming aanwezig is – voor het transport van Oudpapier vanaf de gemeentegrens naar de dichtstbijzijnde Oudpapieronderneming, voorzover deze kosten leiden tot een opbrengst voor de desbetreffende Gemeenten lager dan de Afzetgarantieprijs, gemaximeerd door SVF volgens het "Protocol ter zake van de vaststelling van de standaard Transportkosten".

(...)

§ 4 Afname

Artikel 7, algemene afnamegarantie

1. PRN zal zich ertoe inspannen dat haar achterban contracten zal sluiten met Gemeenten op basis waarvan al het gescheiden aangeboden Oudpapier, dat voldoet aan de kwaliteitseisen in Bijlage 1 (Kwaliteitseisen), zal worden afgenomen door haar achterban.
2. Het in het eerste lid genoemde Oudpapier dient te worden aangeboden bij een Overdrachtspunt.

Artikel 8, afname huishoudelijk oudpapier en –karton, niet zijnde verpakkingen

1. Onverminderd het bepaalde in artikel 7 draagt PRN er zorg voor dat een Ketendeficit en/of Transportdeficit dat optreedt niet voor rekening van een Gemeente komt, mits deze Gemeente een overeenkomst heeft met een bij PRN aangesloten Oudpapieronderneming en mits en voor zover SVF [*Stichting Verwijderingsfonds, Commissie*]beschikt over voldoende financiële middelen om de declaraties op grond van artikel 4.1 van de Deelnemingsovereenkomst Gemeenten van alle Gemeenten te kunnen voldoen; (...)'

2. Beschrijving klacht

Doordat beklagde bij de uitvoering van de opdracht bij beide percelen toestaat af te wijken van de eisen in de aanbestedingsdocumenten is er sprake van wijzigingen in de opdracht die niet zonder nieuwe aanbestedingsprocedure zijn toegestaan op basis van artikel 2.163a-2.163g Aw 2012.

3. Onderbouwing klacht

- 3.1. Klager heeft deelgenomen aan de in 2017 door beklagde georganiseerde Europese aanbestedingsprocedure voor het inzamelen, transporteren, overslaan en verwerken van huishoudelijk papier en karton afkomstig uit 26 gemeenten aangesloten bij de gemeenschappelijke regeling van beklagde. De opdracht is verdeeld in twee percelen. Per perceel ontving beklagde (slechts) twee inschrijvingen. De inschrijving van klager is bij beide percelen op de tweede plaats geëindigd. De overeenkomsten die beklagde met de winnaar van perceel 1 (X) en de winnaar van perceel 2 (Y) heeft gesloten zijn ingegaan op 1 januari 2018.
- 3.2. Klager heeft geconstateerd dat beklagde zowel de opdrachtnemer van perceel 1 als de opdrachtnemer van perceel 2 ten onrechte toestaat om af te wijken van de eisen die in de aanbestedingsstukken zijn gesteld. Klager meent dat daardoor sprake is van ontoelaatbare wezenlijke wijzigingen en dat dit op grond van de vigerende aanbestedingsregels niet is toegestaan. Beklagde dient volgens klager de overeenkomsten te beëindigen en een nieuwe aanbestedingsprocedure te or-

ganiseren. De gesloten overeenkomsten zijn vernietigbaar op grond van het bepaalde in art. 4.15 lid 1 sub a Aw 2012.

- 3.3. Klager verwijst ter onderbouwing van haar standpunt naar een uitspraak van het Europese Hof van Justitie (Presstext, C-454, ECLI:EU:C:2008:351, r.o. 35-37) en stelt dat het op grond van die jurisprudentie aanbestedende diensten niet is toegestaan om na gunning van een overheidsopdracht zodanige wijzigingen aan te brengen dat de bepalingen van de overeenkomst kenmerken vertonen die wezenlijk verschillen van de bepalingen van de oorspronkelijke opdracht. Dat is in strijd met het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel.
- 3.4. Verder stelt klager dat in art. 2.163g lid 2 Aw 2012 is bepaald dat een wijziging van een overheidsopdracht wezenlijk is indien de overheidsopdracht hierdoor materieel verschilt van de oorspronkelijke opdracht. Daarnaast is in lid 3 bepaald dat een wijziging van een overheidsopdracht in ieder geval wezenlijk is indien:
- de wijziging voorziet in voorwaarden die, als zij deel van de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure hadden uitgemaakt, de toelating van andere dan de oorspronkelijk geselecteerde gegadigden of de gunning van de overheidsopdracht aan een andere inschrijver mogelijk zouden hebben gemaakt of bijkomende deelnemers aan de aanbestedingsprocedure zouden hebben aange trokken,
 - de wijziging het economische evenwicht van de overheidsopdracht ten gunste van de opdrachtnemer verandert op een wijze die niet is voorzien in de oorspronkelijke overheidsopdracht,
 - de wijziging leidt tot een aanzienlijke verruiming van het toepassingsgebied van de overheidsopdracht, of
 - een nieuwe opdrachtnemer in de plaats is gekomen van de opdrachtnemer aan wie de aanbestedende dienst de overheidsopdracht oorspronkelijk had gegund in een ander dan in artikel 2.163f bedoeld geval.
- 3.5. Een aanbestedende dienst mag volgens klager een lopende overeenkomst slechts wijzigen in de gevallen als bedoeld in art. 2.163b t/m 2.163g lid 1 Aw 2012. Er is volgens klager sprake van een limitatief stelsel van uitzonderingen. Indien de Aanbestedingswet geen ruimte biedt voor de gewenste wijziging, dient de opdracht opnieuw te worden aanbesteed. Dat laatste is in deze situatie volgens klager – zowel in het kader van perceel 1, als in het kader van perceel 2 – aan de orde.
- 3.6. Voor perceel 1 onderbouwt klager dit als volgt. Klager verwijst in dit kader naar paragraaf 3.6.8 van het Aanbestedingsbestek (zie 1.2 hiervoor):

'3.6.8 Inschrijving als hoofdaannemer

In geval van hoofd- en onderaanneming dient alleen de hoofdaannemer aan de gestelde eisen te voldoen en de gevraagde gegevens over te leggen. De onderaannemersverklaring van bijlage 16: Verklaring inzake onderaannemers dient bij voorlopige gunning te worden ingediend. Indien de hoofdaannemer een beroep doet op bijvoorbeeld de technische bekwaamheid en/of de financiële en economische draagkracht van de onderaannemer dient dit in de bijlage 5: Eigen verklaring te worden opgenomen. Bij voorlopige gunning dient dan een verklaring conform bijlage 17: Beroep op bekwaamheid derden te worden ingediend. Na inschrijving kan de hoofdaannemer niet meer van onderaannemer wisselen, tenzij de overeenkomst hier mogelijkheden toe biedt. (...) [onderstreping Commissie]'

en artikel 9.4 van de Conceptovereenkomst (zie 1.4 hiervoor):

'9.4 Indien de opdrachtnemer in zijn inschrijving (aansluiting I) heeft aangegeven dat hij een beroep doet op de technische bekwaamheid van (een) specifieke

onderaannemer dan is opdrachtnemer gehouden deze specifieke onderaannemer ook daadwerkelijk in te zetten in het kader van de uitvoering van de overeenkomst en is het opdrachtnemer nadrukkelijk niet toegestaan andere onderaannemers dan degene die opdrachtnemer heeft aangegeven in zijn inschrijving in te zetten. Ingeval van onderaanneming ondertekent de onderaannemer de als bijlage 16 opgenomen verklaring. [*onderstreping klager, Commissie*]

- 3.7. Tijdens een bespreking op 3 november 2017 heeft een medewerker van beklagde aan klager bevestigd, dat X geen onderaannemers heeft opgenomen in haar inschrijving. Het verslag van deze bijeenkomst is als bijlage bij de klacht gevoegd. Klager heeft echter geconstateerd dat X in de eerste vier maanden van dit jaar vier andere bedrijven heeft ingezet voor de uitvoering van de onderhavige opdracht.
- 3.8. Via de kentekens die staan vermeld op de stortbonnen die in de afgelopen periode zijn afgegeven, is precies te achterhalen om hoeveel voertuigen het gaat en op welke dagen deze voertuigen door X zijn ingezet. Volgens klager huurt X in veel gevallen ZZP'ers in om de voertuigen te laten rijden.
- 3.9. Klager stelt dat X nóch ten tijde van het indienen van haar inschrijving nóch ten tijde van de aanvang van de opdracht de beschikking over voldoende materieel en personeel had om de onderhavige opdracht uit te voeren. X is achteraf alsnog op zoek gegaan naar onderaannemers. Dit is volgens klager in strijd met de aanbestedingsvoorwaarden en beklagde had hier dan ook niet akkoord mee mogen gaan. Door dit toch toe te staan worden de voorwaarden van de opdracht ten onrechte wezenlijk gewijzigd (klager wijst op de artikelen 2.163g lid 2 sub a en sub b Aw 2012). Geen van de in de Aanbestedingswet opgenomen uitzonderingsgronden doet zich volgens klager in dit geval voor.
- 3.10. Indien vooraf bekend zou zijn geweest dat de onderaannemers, die benodigd zijn voor de uitvoering van de opdracht, ook in de maanden ná gunning en zelfs nog ná aanvang van de overeenkomst gezocht zouden kunnen worden, zou klager een andere offerte hebben kunnen indienen. Het is immers gemakkelijker om onderaannemers aan je te binden, indien de zekerheid bestaat dat de opdracht ook daadwerkelijk binnen is. Klager had dan bovendien langer de tijd gehad om op zoek te gaan naar de onderaannemers, die bereid zijn om de meest scherpe prijs te bieden.
- 3.11. Als bijlage bij deze klacht heeft klager ook een onderzoeksrapport overgelegd van bureau R , waarin is opgenomen welke derde partijen door X zijn ingeschakeld en door wie en wanneer de bewuste constatering is gedaan.
- 3.12. Ook bij perceel 2 is volgens klager sprake van een wezenlijke wijziging waardoor de opdracht opnieuw moet worden aanbesteed. Klager stelt dat in paragraaf 2.1 van het Aanbestedingsbestek is bepaald dat onderdeel van perceel 2 is, dat de opdrachtnemer dient te beschikken over minimaal twee overslaglocaties voor huishoudelijk papier ("HHP") en huishoudelijk karton ("HHK") binnen 15 km vanaf de drie bestaande afval (overslag) locaties in de regio's A, B en C.(zie 1.2 hiervoor).
- 3.13. Daarnaast wijst klager op paragraaf 4.3.5 van het Aanbestedingsbestek waarin als minimumeis is opgenomen dat elke overslaglocatie in het bezit dient te zijn van een weegbrug met gedigitaliseerd weegsysteem en een vergunning om HHP en HHK te mogen ontvangen en over te slaan en/of te verwerken. Ook is als minimumeis opgenomen dat de overslaglocaties geëxploiteerd dienen te worden door een bij de stichting Papier Recycling Nederland (PRN) aangesloten organisatie (zie 1.2 hiervoor).

- 3.14. In paragraaf 1.3.1 van Bijlage 1B: "Programma van Eisen – perceel 2" bij het Aanbestedingsbestek worden deze eisen herhaald en is daarnaast ook nog eens expliciet bepaald (zie 1.3 hiervoor):
- 'Per overslaglocatie dient te worden aangetoond dat voldaan wordt aan de voor overslaglocaties geldende verplichte geschiktheidseisen zoals beschreven in de aanbestedingsleidraad.'
- 3.15. Tijdens de bespreking die op 3 november 2017 plaatsvond, heeft beklaagde aan klager laten weten dat Y in haar inschrijving heeft opgenomen dat gebruik zal worden gemaakt van overslaglocaties te A, B en J. Tevens heeft beklaagde tijdens dat gesprek bevestigd dat het Y tijdens de uitvoering van de overeenkomst niet is toegestaan om onderaannemers toe te voegen.
- 3.16. Inmiddels is volgens klager vast komen te staan dat Y geen van de overslaglocaties die zij in haar inschrijving heeft opgegeven zelf exploiteert. Volgens klager worden de werkzaamheden in A uitgevoerd door P en in B worden de werkzaamheden uitgevoerd door Q. Ter onderbouwing verwijst klager naar het onderzoeksrapport van R (zie 3.11 hiervoor).
- 3.17. Daar komt bij dat geen van de overslaglocaties die Y gebruikt, wordt geëxploiteerd door een bij PRN aangesloten organisatie én dat de exploitanten niet beschikken over de benodigde vergunningen. Ook dit is in strijd met de eisen in de aanbestedingsstukken.
- 3.18. Op de website van PRN is een lijst opgenomen met daarop de namen van bij PRN aangesloten oudpapierondernemingen. P en Q komen niet op deze lijst voor.
- 3.19. O en Y staan wel op de lijst, maar dan gaat het om twee andere locaties dan de locaties die Y in het kader van de onderhavige opdracht gebruikt (ver buiten de 15-km grens die in paragraaf 2.1 van het aanbestedingsbestek is opgenomen). Uit artikel 5 van de Deelnemingsovereenkomst Oudpapierondernemingen, die door iedere bij PRN aangesloten onderneming ondertekend dient te zijn, volgt dat van belang is dat iedere vestiging gecertificeerd is (zie 1.11 hiervoor).
- 3.20. Geen van de overslaglocaties die Y gebruikt voldoet aan de gestelde eisen. Noch O, noch P, noch Q is aangesloten bij PRN. De weegbruggen die worden gebruikt op de overslaglocaties te A, B en J zijn niet OPK-gecertificeerd. Aan de minimumeisen in paragraaf 4.3.5 van de aanbestedingsleidraad wordt aantoonbaar niet voldaan. De opdracht voor perceel 2 had dus nooit aan Y mogen worden gegund.
- 3.21. Doordat beklaagde Y blijkbaar achteraf toestaat gebruik te maken van overslaglocaties van derden die bovendien niet voldoen aan de gestelde eisen, worden de voorwaarden van de onderhavige opdracht wezenlijk gewijzigd (zie art. 2.163g lid 2 sub a en sub b). Geen van de in de aanbestedingswet opgenomen uitzonderingsgronden doet zich in casu voor.
- 3.22. Indien klager van tevoren had geweten dat zij niet reeds bij inschrijving (in augustus 2017) geregeld had moeten hebben welke overslaglocaties zij zou gaan gebruiken én daarnaast ook duidelijk was geweest dat het niet om gecertificeerde locaties hoefde te gaan die zouden worden geëxploiteerd door een bij PRN aangesloten organisatie, had klager vanzelfsprekend een andere inschrijving kunnen doen. Dit zijn immers aspecten die direct van invloed zijn op de inschrijfprijs.
- 3.23. Indien vooraf bekend zou zijn geweest dat ook in de maanden ná gunning naar overslaglocaties zou kunnen worden gezocht, zou klager een andere offerte heb-

ben kunnen indienen. Het is namelijk gemakkelijker om afspraken met onderaannemers te maken indien de zekerheid bestaat dat de opdracht ook daadwerkelijk binnen is. Klager had dan bovendien langer de tijd gehad om op zoek te gaan naar onderaannemers, die bereid zijn om de meest scherpe prijs te bieden.

- 3.24. Daarnaast is voor de totstandkoming van de inschrijfprijs van belang dat een gecertificeerde organisatie te maken heeft met kosten die een niet gecertificeerde organisatie niet heeft. Het gaat dan bijvoorbeeld om de jaarlijkse kosten die voor het certificaat moeten worden betaald, de (accountants)kosten van uitgebreide audits die moeten worden uitgevoerd en de kosten van de beheersmaatregelen die op structurele basis moeten worden genomen om het certificaat te kunnen behouden.
- 3.25. In dit verband wijst klager er met nadruk op dat beklagde niet voor niets in het aanbestedingsbestek heeft geëist dat de overslaglocaties dienen te worden geëxploiteerd door een bij PRN aangesloten organisatie. Gemeenten die contracteren met een bij PRN aangesloten Oudpapieronderneming worden namelijk gecompenseerd in geval van een Ketendeficit en/of een Transportdeficit. Dit volgt uit artikel 8 van het Papiervezelconvenant (zie 1.12 hiervoor).
- 3.26. Voor de gemeenten die bij beklagde zijn aangesloten is het dus bepaald risicovol – o.m. gelet op de dalende papierprijs – dat de overslaglocaties die Y gebruikt niet worden geëxploiteerd door bij PRN aangesloten organisaties. Dit betekent namelijk dat eventuele verliezen die zullen ontstaan zodra de papierprijs beneden een bepaald niveau daalt, niet zullen worden gecompenseerd door het fonds dat door PRN voor dergelijke situaties in het leven is geroepen.
- 3.27. Klager concludeert dat beklagde zowel de opdracht voor perceel 1 als de opdracht voor perceel 2 ten onrechte wezenlijk heeft gewijzigd. Dit is in strijd met de Europese aanbestedingsregels.
- 3.28. Indien klager had geweten dat beklagde niet zou toezien op de naleving van de in de aanbestedingsstukken gestelde eisen had zij een andere offerte kunnen indienen en zou de uitkomst van de aanbestedingsprocedure wellicht anders zijn geweest.
- 3.29. Indien beklagde wel zou hebben toegezien op de correcte naleving van de gestelde eisen, hadden de inschrijvingen van X en Y als ongeldig ter zijde moeten worden gelegd en zouden beide opdrachten waarschijnlijk aan klager zijn gegund.
- 3.30. In dit kader is van belang, zoals klager ook reeds heeft opgemerkt in de eerste alinea van deze klacht, dat er op beide percelen maar twee inschrijvingen zijn ingediend (zie 3.1 hiervoor).
- 3.31. Klager verzoekt de Commissie zowel de klacht die ziet op perceel 1, als de klacht die ziet op perceel 2 gegrond te verklaren.

4. Reactie beklagde

- 4.1. Klager stelt dat beklagde de opdracht(en) die zij in 2017 heeft aanbesteed en heeft gegund aan X (perceel 1) en Y (perceel 2) in gewijzigde vorm laat uitvoeren, zodat niet de aanbesteede opdrachten maar gewijzigde opdrachten worden uitgevoerd. Dit zou volgens klager een reden voor vernietiging van de overeenkomsten dan wel schadevergoeding opleveren. Beklagde begrijpt dat klager van de Commissie een oordeel wenst te ontvangen zodat zij dit oordeel kan meewe-

gen bij haar beslissing om al dan niet een bodemprocedure tegen beklaagde te starten.

- 4.2. Beklaagde is primair van oordeel dat de Commissie niet bevoegd is om de klacht van klager in behandeling te nemen.
 - 4.2.1. De klacht van klager ziet, kort samengevat, op de wijze waarop de overeenkomsten tussen beklaagde en X en beklaagde en Y worden uitgevoerd. Klager klaagt in feite over de wijze waarop beklaagde zich in het kader van de uitvoering van de overeenkomsten als opdrachtgever jegens haar opdrachtnemers opstelt. Het is echter aan beklaagde als opdrachtgever om toe te zien op de naleving van de overeenkomst en dat doet beklaagde uiteraard ook, zoals zij hieronder in de weerlegging van de klacht zal uiteenzetten.
 - 4.2.2. Beklaagde stelt zich daarom op het standpunt dat de klacht niet ziet op een handelen of nalaten van beklaagde dat valt binnen de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012, zoals bedoeld in artikel 1 sub c van het Reglement van de Commissie. Onder verwijzing naar artikel 9 lid 1 sub d van dit Reglement is beklaagde dan ook van oordeel dat de Commissie de klacht niet in behandeling kan nemen en klager niet-ontvankelijk in haar klacht dient te verklaren.
- 4.3. Subsidiair is beklaagde van oordeel dat de klacht van klager inhoudelijk ongegrond is.
 - 4.3.1. Beklaagde heeft in de correspondentie met klager diverse keren aangegeven dat de in 2017 doorlopen aanbestedingsprocedure heeft geresulteerd in twee rechtmatig gesloten overeenkomsten, die tot op de dag van vandaag conform de in de aanbesteding opgenomen eisen en voorwaarden worden uitgevoerd. Beklaagde zal hierna onderbouwen dat de tussen beklaagde en X en de tussen beklaagde en Y in 2017 aanbestede en ondertekende overeenkomsten ongewijzigd van kracht zijn, inclusief alle in het aanbestedingsbestek van 2017 gestelde eisen en voorwaarden én dat die overeenkomst wordt uitgevoerd conform de overeengekomen eisen en voorwaarden.
 - 4.3.2. Zoals volgt uit het aanbestedingsbestek, is de opdracht voortvloeiende uit deze aanbesteding verdeeld in twee percelen. Perceel 1 betreft de inzameling en het transport van huishoudelijk papier en karton afkomstig uit gemeenten die zijn aangesloten bij beklaagde. Perceel 2 bestaat uit de acceptatie, overslag, transport en verwerking van het huishoudelijk papier en karton van deze gemeenten.
 - 4.3.3. Al het papier dat bij de aangesloten gemeenten wordt ingezameld, maar ook het papier dat de gemeenten zelf of in eigen beheer inzamelen, valt onder de opdracht behorende tot perceel 2. De inzameling, die valt onder perceel 1, is voor de bij beklaagde aangesloten gemeenten facultatief. Daarom zamelt X niet voor alle 26 gemeenten in.
 - 4.3.4. Op beide percelen heeft beklaagde 2 inschrijvingen ontvangen. Naast de winnende inschrijvers, X op perceel 1 en Y op perceel 2, heeft klager een inschrijving voor beide percelen ingediend. Na de mededeling van de gunningsbeslissing heeft klager aan beklaagde te kennen gegeven dat zij eraan twijfelde of X en Y wel aan de gestelde eisen konden voldoen. Naar aanleiding hiervan heeft beklaagde de inschrijvingen van X en Y nogmaals geverifieerd. Hieruit zijn geen onvolkomenheden gebleken. Van beide inschrijvers heeft beklaagde daarop nogmaals de bevestiging – voorzien van nadere informatie om hun inschrijving te onderbouwen – ontvangen dat de inschrijvingen gestand zouden worden gedaan en dat de inschrijvers zowel ten tijde van de inschrijving als op de ingangsdatum

van de overeenkomst aan alle gestelde eisen zouden kunnen voldoen. Naar aanleiding van deze aanvullende verificatie was er voor beklagde geen enkele aanleiding of argument om van de voorgenomen gunning af te zien. Dit heeft beklagde aan klager medegedeeld. Daarop heeft beklagde de opdracht definitief gegund. Klager heeft vervolgens aan beklagde te kennen gegeven dat zij geen rechtsmaatregelen tegen de voorgenomen gunning aan X en Y zou nemen. Beide overeenkomsten zijn op 24 oktober 2017 ondertekend. De uitvoering van de overeenkomsten is op 1 januari 2018 van start gegaan.

- 4.3.5. De overeenkomsten die op 1 januari 2018 zijn ingegaan, worden tot op heden voor zowel perceel 1 als perceel 2 door zowel X als Y naar tevredenheid uitgevoerd. Helaas heeft klager zich niet bij haar verlies in de aanbesteding willen neerleggen en is zij er zelfs toe overgegaan om een onderzoeksbureau de gangen van X en Y na te laten gaan. (Kennelijk) op basis van het onderzoeksrapport dat door dit bureau is opgesteld heeft zij de onderhavige klacht ingediend.
- 4.3.6. In het navolgende zal beklagde aantonen waarom de door klager ingenomen stellingen en getrokken conclusies onjuist zijn. Voor de goede orde vermeldt beklagde dat ook alle in het onderzoeksrapport van P getrokken conclusies naar aanleiding van de gedane observaties, evenals de opgenomen "analyses" en de insinuaties aan het adres van Y en X tevens door beklagde worden betwist. Het is volgens beklagde niet aan een niet juridisch of aanbestedingsrechtelijk onderlegd onderzoeksbureau om conclusies te trekken c.q. een oordeel te geven over de vraag of in een bepaalde contractuele verhouding conform de aanbestedingsregels wordt gehandeld.
- 4.4. Beklaagde gaat eerst in op perceel 1 dat is gegund aan X. Dat de klacht van klager ongegrond is, blijkt volgens beklagde uit het volgende.
 - 4.4.1. De essentie van de klacht van klager met betrekking tot perceel 1, is dat X onderaannemers zou hebben ingeschakeld voor de uitvoering van de opdracht, doordat zij voertuigen van andere bedrijven zou hebben ingezet. Daarnaast zou X ZZP-ers hebben ingehuurd om de inzamelvoertuigen te besturen.
 - 4.4.2. Wat betreft de inzet van voertuigen voert beklagde het volgende aan. Ten tijde van de verificatie van de inschrijvingen, derhalve voorafgaand aan de definitieve gunning van de opdracht, heeft beklagde van X de expliciete bevestiging ontvangen dat zij in staat was de benodigde voertuigen voor de uitvoering van de opdracht in te zetten. Ter illustratie hiervan heeft X aan beklagde een lijst met 53 voertuigen overgelegd waarover zij de beschikking had. Op basis hiervan kon en mocht beklagde ervan uitgaan dat X in staat was om de opdracht conform de eisen uit de aanbesteding uit te voeren. Beklaagde heeft de opdracht voor perceel 1 dan ook terecht aan X gegund. Sterker nog, op basis van de voorliggende feiten was het beklagde aanbestedingsrechtelijk niet eens toegestaan om van gunning aan X af te zien. Dat beklagde bij aanvang van de opdracht reeds wist dat X de eisen en voorwaarden uit de aanbesteding niet zou kunnen nakomen, is dan ook feitelijk onjuist. Kortom, de gunning van de opdracht aan X was volstrekt rechtmatig.
 - 4.4.3. Ná de ingangsdatum van de overeenkomst heeft klager wederom bij beklagde geklaagd over het feit dat X niet (alleen) met eigen materieel zou rijden. Uiteraard is deze klacht van klager door beklagde wederom met X besproken; ditmaal in het kader van de evaluatie van de opdracht. Uit deze evaluatie is beklagde gebleken dat X wel degelijk beschikt over de voertuigen die noodzakelijk zijn om de onderhavige opdracht uit te voeren. Omdat het in bepaalde gevallen efficiënter is om een bepaald voertuig te huren, worden er in incidentele gevallen en op tijdelijke basis voertuigen ingezet die in eigendom van andere partijen zijn.

- 4.4.4. Naar het oordeel van beklagde is in dit geval geen sprake van onderaanneming. Het begrip onderaannemer wordt in paragraaf 1.1 van het aanbestedingsbestek immers gedefinieerd als "de ondernemer aan wie de inschrijver een deel van de opdracht in onderaanneming zal geven". In dit geval is sprake van het op incidentele basis inhuren van een (extra) voertuig. Dit kwalificeert niet als onderaanneming in de zin van het aanbestedingsbestek. Er is immers geen sprake van inschakeling van een ander bedrijf om de opdracht uit te voeren, maar van de simpele huur van tijdelijk materieel. Beklaagde voegt daaraan toe dat het op de ingehuurde voertuigen ingezette personeel, anders dan in geval van onderaanneming, uiteraard wordt aangestuurd door X.
- 4.4.5. Overigens hecht beklagde eraan op te merken dat niet van X valt te verwachten dat zij van het begin tot het einde van de duur van de overeenkomst over exact hetzelfde wagenpark beschikt. Voertuigen zijn immers af en toe in onderhoud; er worden oude voertuigen afgeschreven en nieuwe voertuigen aangeschaft. In de aanbestedingsstukken wordt niet geëist dat een opdrachtnemer vooraf moet opgeven met exact welke voertuigen de opdracht wordt uitgevoerd. Evenmin wordt geëist dat er gedurende de looptijd van de opdracht geen wijzigingen in de in te zetten voertuigen mogen worden aangebracht. Kortom, dat de samenstelling van het wagenpark fluctueert is inherent aan een langer lopende opdracht en betekent zeker niet dat er sprake is van een wijziging in de uitvoering van de opdracht.
- 4.4.6. Uiteraard ziet beklagde er wel op toe dat de opdracht wordt ingezet met voertuigen die voldoen aan de emissienormen zoals door X in haar inschrijving zijn opgegeven. In dit kader is uit de evaluatie gebleken dat X in de eerste weken van de uitvoering van de overeenkomst inderdaad een drietal keren per abuis een voertuig heeft ingezet dat niet voldeed aan de gestelde emissienormen. Beklaagde heeft X hierop aangesproken, sedertdien is deze fout in de (ruim 800) gemaakte ritten niet meer gemaakt.
- 4.4.7. Wat betreft het ingezette personeel merkt beklagde het volgende op. Voor zover X ZZP-ers zou inhuren, geldt dat dit op grond van de overeenkomst niet is verboden. Beklaagde wijst hierbij op artikel 9.5 waarin de mogelijkheid van tijdelijke inhuur van personeel na schriftelijke toestemming van de opdrachtgever is omschreven (zie 1.4 hiervoor).
- 4.4.8. In een evaluatiegesprek tussen beklagde en X is de inzet van tijdelijk personeel aan de orde geweest. Besproken is dat geen ZZP-ers worden ingehuurd, maar dat in incidentele gevallen wel extra personeel ingehuurd wordt bij een uitzendbureau. Afgesproken is dat, indien en voor zover door X op tijdelijke basis extern personeel bij bijvoorbeeld een uitzendbureau wordt ingehuurd, hiervoor toestemming bij beklagde wordt gevraagd. Deze afspraak wordt door X ook nagekomen. Hier is dus op geen enkele wijze sprake van strijdigheid met de voorwaarden uit de aanbesteding.
- 4.4.9. Uit het bovenstaande volgt naar mening van beklagde dat de opdracht voor perceel 1 rechtsgeldig aan X is gegund. Voorts stelt beklagde dat er in het geheel geen sprake is van een wijziging in de uitvoering van de overeenkomst tussen beklagde en X, laat staan van een wezenlijke wijziging in de zin van de Aanbestedingswet 2012.
- 4.5. Vervolgens gaat beklagde in op perceel 2. Dat de klacht van klager ongegrond is, blijkt volgens beklagde uit het volgende.

- 4.5.1. De essentie van de klacht met betrekking tot perceel 2, is dat Y in strijd met haar eigen inschrijving onderaannemers zou hebben ingeschakeld voor de uitvoering van de opdracht en dat de door Y ingeschakelde locaties c.q. exploitanten niet zouden beschikken over de voor de opdracht benodigde registraties c.q. vergunningen.
- 4.5.2. Paragraaf 1.1 van het aanbestedingsbestek bevat, zoals in het kader van perceel 1 reeds besproken, de definitie van het begrip "onderaannemer". Deze luidt: "De ondernemer aan wie de inschrijver een deel van de opdracht in onderaanneming zal geven".
- 4.5.3. Ter onderbouwing van haar standpunt verwijst beklagde naar paragraaf 2.1 van het Aanbestedingsbestek waarin een korte beschrijving is opgenomen van de werkzaamheden die vallen onder de opdracht die wordt aanbesteed. Daarnaast wijst beklagde op paragraaf 4.3.4 en 4.3.5 (zie 1.2 hiervoor).
- 4.5.4. Ook wijst beklagde op paragraaf 1.3.1 van Bijlage 1B: "Programma van Eisen – perceel 2" bij het Aanbestedingsbestek (zie 1.3 hiervoor).
- 4.5.5. Uit de door Y ingediende en door beklagde uiteraard geverifieerde inschrijving is, ten tijde van de beoordeling van de inschrijvingen, gebleken dat Y aan alle bovengenoemde eisen voldeed. In haar inschrijving heeft Y op juiste wijze aangegeven dat zij een deel van de opdracht in onderaanneming zou geven aan O te J, namelijk de exploitatie van de overslaglocatie te J. Ten aanzien van de overige twee locaties, te A en B, is geen sprake van onderaanneming zodat Y hiervan in haar inschrijving terecht geen melding heeft gemaakt. Deze twee locaties worden door Y gehuurd en zelf/in eigen beheer geëxploiteerd. De door klager in haar klacht genoemde organisaties P en Q zijn de verhuurders van de betreffende locaties; de exploitatie van deze locaties in het kader van deze opdracht en de uitvoering van de werkzaamheden behorende tot deze opdracht op deze locaties worden derhalve door Y zelf uitgevoerd.
- 4.5.6. Beklagde stelt dat zij uiteraard, in het kader van de voortdurende monitoring en het voortdurende toezicht op de uitvoering van de opdracht die zij als aanbestedende dienst en als vertegenwoordiger van een groot aantal gemeenten dient uit te oefenen, heeft gecontroleerd of de opdracht op juiste wijze wordt uitgevoerd. Dit heeft beklagde gedaan door middel van het voeren van evaluatiegesprekken met de vertegenwoordigers van Y. Ook heeft beklagde onaangekondigde controlebezoeken aan de locaties in A en B uitgevoerd. Uit deze controlebezoeken is gebleken dat Y met eigen personeel op beide locaties de werkzaamheden in het kader van deze opdracht uitvoert.
- 4.5.7. Het bovenstaande betekent in ieder geval dat Y niet handelt in strijd met het verbod om na gunning nieuwe onderaannemers toe te voegen. Bovendien wordt niet in strijd gehandeld met de verplichting dat de inschrijver zelf een PRN registratie dient te voeren. Het is tussen partijen niet in geschil dat Y en haar onderaannemer O over een PRN-registratie beschikken. P en Q hebben die registratie niet, echter dat is ook niet noodzakelijk omdat zij niet de exploitanten van de locaties in A en B, maar slechts de verhuurders zijn.
- 4.5.8. In de onderbouwing van de klacht stelt klager zich op het standpunt dat uit artikel 5 van de Deelnemingsovereenkomst Oudpapierondernemingen zou volgen dat van belang is dat iedere vestiging gecertificeerd is (zie 3.19 hiervoor). Volgens beklagde is dit onjuist. In artikel 5 lid 2 is immers vermeld "Indien de Oudpapieronderneming meerdere vestigingen heeft dient zij voor alle vestigingen waar Oudpapier en -karton uit Gemeenten wordt bewerkt en/of opgeslagen aan de vereisten uit hoofde van het eerste lid te voldoen". Dit betekent dus niet dat ie-

dere vestiging een eigen certificering dient te hebben, maar dat op alle vestigingen waar OPK wordt bewerkt of opgeslagen OPK-conform dient te worden gewerkt. De PRN-registratie is immers gekoppeld aan een Oudpapieronderneming en niet, zoals klager stelt, aan een bepaalde locatie.

- 4.5.9. Overigens is beklagde van oordeel dat op alle locaties (A, B en J) wordt gewerkt met geijkte weegbruggen. Deze weegbruggen worden bediend door daartoe bevoegde medewerkers. Daarmee voldoen de weegbruggen aan de voorwaarden.
- 4.6. Volgens beklagde is er dan ook geen grondslag voor vernietiging van de overeenkomst op grond van artikel 4.15 Aw 2012.
- 4.6.1. De overeenkomsten met X en Y zijn gesloten conform de als bijlage 2 bij het Aanbestedingsbestek gevoegde conceptovereenkomst en zijn sindsdien niet gewijzigd. Artikel 4.15 Aanbestedingswet 2012 is dus niet op deze overeenkomsten van toepassing. Dit artikel biedt immers een mogelijkheid tot vernietiging van overeenkomsten die in strijd met de verplichtingen uit de Aanbestedingswet 2012 zonder voorafgaande aanbestedingsprocedure althans zonder voorafgaande aankondiging van de opdracht zijn aangegaan. De overeenkomsten met X en Y zijn nu juist wel na een voorafgaande aanbesteding, waaraan geen gebreken kleefden, volstrekt rechtmatig door beklagde aangegaan. Dat de overeenkomsten rechtmatig zijn aangegaan wordt door klager niet betwist. Bovendien heeft klager tegen de voorgenomen gunning van de opdrachten aan X en Y in het najaar van 2017 geen bezwaar gemaakt. Kortom, er is geen enkele aanleiding of grondslag deze twee rechtmatig gesloten en ongewijzigde overeenkomsten op grond van artikel 4:15 Aanbestedingswet 2012 te vernietigen.
- 4.7. Uit het voorgaande volgt naar de mening van beklagde dat evenmin sprake is van een wezenlijke wijziging in de uitvoering van de opdrachten ten opzichte van de tekst van de gesloten overeenkomsten, inclusief de eisen en voorwaarden zoals opgenomen in alle aanbestedingsdocumenten.
- 4.7.1. Aan de voorwaarden voor het doen ontstaan van een wezenlijke wijziging op grond van artikel 2.163g Aanbestedingswet 2012 wordt volgens beklagde niet voldaan omdat het daarvoor immers noodzakelijk is dat:
- de overheidsopdracht door de wijziging materieel verschilt van de oorspronkelijke opdracht (art. 2.163 g lid 2); hetgeen in ieder geval het geval is als:
 - de wijziging voorziet in voorwaarden die, als zij deel van de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure hadden uitgemaakt, de toelating van andere dan de oorspronkelijk geselecteerde gegadigden of de gunning van de overheidsopdracht aan een andere inschrijver mogelijk zouden hebben gemaakt of bijkomende deelnemers aan de aanbestedingsprocedure zouden hebben aangetrokken (art. 2.163 g lid 3 sub a) ,
 - de wijziging het economische evenwicht van de overheidsopdracht ten gunste van de opdrachtnemer verandert op een wijze die niet is voorzien in de oorspronkelijke overheidsopdracht (art. 2.163 g lid 3 sub b),
 - de wijziging leidt tot een aanzienlijke verruiming van het toepassingsgebied van de overheidsopdracht(art. 2.163 g lid 3 sub c) , of
 - een nieuwe opdrachtnemer in de plaats is gekomen van de opdrachtnemer aan wie de aanbestedende dienst de overheidsopdracht oorspronkelijk had gegund in een ander dan in artikel 2.163f bedoeld geval (art. 2.163 g lid 3 sub d).
- 4.7.2. Als gezegd zijn de opdrachten naar het oordeel van beklagde niet gewijzigd, laat staan materieel gewijzigd ten opzichte van de oorspronkelijke opdracht.

- 4.7.3. Volgens beklagde voert X de opdrachten immers uit zoals in de oorspronkelijke opdracht c.q. de aanbesteding én haar inschrijving was voorzien. Dat X op tijdelijke basis enkele gehuurde voertuigen inzet, is niet in strijd met de eisen en de voorwaarden van de aanbestede opdracht. In de aanbestedingsdocumenten wordt, zoals hierboven al is gesteld, immers niet geëist dat er gedurende de looptijd van de opdracht geen enkele wijziging in de in te zetten voertuigen mogen worden aangebracht. Er is enkel geëist dat inschrijvers de beschikking dienen te hebben over de voertuigen die voor de opdracht moeten worden ingezet en die voldoen aan de emissienormen die door de inschrijvers zelf in de inschrijving worden opgegeven.
- 4.7.4. Zelfs wanneer het toestaan van het inzetten van een aantal gehuurde voertuigen wél een wijziging van de oorspronkelijke voorwaarden zou opleveren – hetgeen door beklagde uitdrukkelijk wordt betwist -, is deze wijziging naar het oordeel van beklagde niet wezenlijk. Het is immers niet aannemelijk dat – als klager had geweten dat de tijdelijke inzet van gehuurde voertuigen mogelijk was – klager de aanbesteding zou hebben gewonnen. Klager maakt in haar klacht ook niet duidelijk op welke wijze zij in dat geval anders zou hebben ingeschreven. Evenmin valt in te zien op welke wijze er hierdoor sprake zou kunnen zijn van een wijziging in het economisch evenwicht in het voordeel van X. Dit is door klager evenmin onderbouwd of aannemelijk gemaakt.
- 4.7.5. Het staat volgens beklagde niet ter discussie dat – zowel ten aanzien van perceel 1 als ten aanzien van perceel 2 – geen sprake is van een aanzienlijke verruiming van het toepassingsgebied van de overheidsopdracht of van een nieuwe opdrachtnemer die in de plaats is gekomen van de oorspronkelijke opdrachtnemer.
- 4.7.6. Ten aanzien van de overeenkomst met Y is naar het oordeel van beklagde als gezegd in het geheel geen sprake van een wijziging ten opzichte van hetgeen is aanbesteed, laat staan van een wezenlijke wijziging.
- 4.7.7. Kortom, van een wezenlijke wijziging op grond van artikel 2.163g Aanbestedingswet 2012 is geen sprake, noch in het geval van de uitvoering van de overeenkomst tussen beklagde en X, noch in het geval van de uitvoering van de overeenkomst tussen beklagde en Y.
- 4.7.8. Overigens heeft klager ten tijde van de aanbesteding geen vragen gesteld over de bepalingen uit de aanbestedingsstukken die zien op de onderwerpen waarover zij nu klaagt. Beklagde is van oordeel dat de aanbestedingsdocumenten transparant en ondubbelzinnig zijn en dat zij conform het bepaalde in die stukken heeft gehandeld en nog steeds handelt. Mocht klager in deze aanbestedingsstukken iets anders hebben gelezen dan beklagde, dan dient dit in dit stadium, waarin klager geen bezwaar heeft gemaakt tegen het voornemen tot gunning aan X en Y én beklagde twee bindende overeenkomsten met deze partijen heeft gesloten, voor rekening van klager te blijven.
- 4.7.9. Tot slot merkt beklagde voor de goede orde op dat, mocht er in incidentele gevallen toch sprake zijn van schending van de overeengekomen voorwaarden door X of Y, zij de betreffende partij daar uiteraard op zal aanspreken en nakoming van de overeenkomst zal afdwingen.
- 4.8. Het bovenstaande leidt volgens beklagde zowel ten aanzien van de met X als de met Y gesloten overeenkomst tot de volgende conclusies:

- de overeenkomsten die naar aanleiding van de aanbesteding zijn gesloten en op 1 januari 2018 zijn ingegaan, zijn niet gewijzigd/aangepast ten opzichte van hetgeen is aanbesteed;
- de uitvoering van beide overeenkomsten geschiedt conform de schriftelijk vastgelegde afspraken;
- beklagde handelt conform haar verplichtingen als aanbestedende dienst en houdt dus toezicht op de uitvoering van de overeenkomst en zal dat in de toekomst uiteraard blijven doen;
- er is in beide gevallen geen sprake van een wezenlijke wijziging, die als een nieuwe overeenkomst zou kunnen kwalificeren c.q. tot heraanbesteding zou nopen;
- nu er geen sprake is van de uitvoering van een nieuwe overeenkomst, is er geen enkele grondslag voor vernietiging van de rechtmatig gesloten overeenkomsten op grond van 4.15 Aanbestedingswet 2012.

4.9. Ten slotte stelt beklagde zich op het standpunt dat de termijn voor het aanhangig maken van een bodemprocedure is verstreken.

4.9.1. Hierboven is reeds uiteengezet dat geen van de vernietigingsgronden zoals bedoeld in artikel 4.15 Aanbestedingswet 2012 van toepassing is. Ook de termijn van 6 maanden zoals bedoeld in artikel 4.15 lid 2 sub b Aanbestedingswet 2012 is in deze casus dus niet van toepassing, althans niet relevant.

4.9.2. Voorts stelt beklagde zich op het standpunt dat, voor zover er al een termijn van toepassing is waarbinnen een bodemprocedure geëntameerd zou kunnen worden, de in het aanbestedingsbestek vermelde termijn van 90 dagen moet worden gehanteerd. Beklagde verwijst hiertoe naar paragraaf 3.7 van het Aanbestedingsbestek (zie 1.2 hiervoor).

4.9.3. Uit de klacht van klager bij de Commissie en de rapportage van het onderzoeksbureau volgt dat de door klager bedoelde vermeende gebreken in de uitvoering van de overeenkomst al geruime tijd geleden voor het eerst geconstateerd zijn. Ten aanzien van de uitvoering van de overeenkomst met X (perceel 1) heeft klager al in januari 2018 geconstateerd dat er voertuigen werden gebruikt die geen eigendom van X waren. Ten aanzien van de uitvoering van de overeenkomst met Y blijkt uit de klacht bij de Commissie dat klager al in november 2017 op de hoogte was van de overslaglocaties die door Y voor de uitvoering van de opdracht worden gebruikt. Verwezen wordt immers naar een bespreking die op 3 november 2017 plaatsvond. Ook voor perceel 2 was klager dus al geruime tijd op de hoogte van de door haar vermeende gebreken.

4.9.4. Paragraaf 3.7 van de Aanbestedingsleidraad ziet volgens beklagde naar haar aard juist op een situatie als de onderhavige, waarin een inschrijver meent dat er sprake is van een onregelmatigheid in de uitvoering van de gegunde opdracht. De in deze paragraaf vastgelegde termijn van 90 dagen, waaraan klager zich door haar eigen inschrijving op de aanbesteding heeft geëngaat, is inmiddels al ruimschoots verstreken. Klager is immers al langere tijd op de hoogte van de omstandigheden waarover zij thans bij de Commissie klaagt.

4.9.5. Kortom: voor zover er al een grondslag zou zijn om een bodemprocedure te entameren, meent beklagde dat de in het aanbestedingsbestek vastgestelde en daarmee tussen partijen overeengekomen termijn van 90 dagen reeds is verstreken, zodat klager in een eventuele bodemprocedure niet ontvankelijk verklaard dient te worden. Daarom is er voor de Commissie ook geen reden om de onderhavige klacht met spoed af te handelen.

- 4.10. Het bovenstaande leidt volgens beklagde tot de conclusie dat de door klager ingediende klacht niet-ontvankelijk, althans ongegrond is.

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt vast dat beklagde, een gemeenschappelijke regeling van een aantal gemeenten, op 28 juni 2017 een Europese openbare aanbestedingsprocedure heeft aangekondigd voor een overheidsopdracht voor diensten voor het inzamelen, transporteren, overslaan en verwerken van huishoudelijk papier en karton. De opdracht is verdeeld in twee percelen. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en 2 van de ten tijde van de aankondiging van de overheidsopdracht geldende Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit.
- 5.2. Alvorens over te gaan tot beoordeling van de klacht zal de Commissie onderzoeken of zij bevoegd is de klacht in behandeling te nemen.
- 5.2.1. De Commissie constateert dat klager heeft aangevoerd dat sprake is van wijzigingen in de opdracht die op basis van artikelen 2.163a-2.163g Aw 2012 niet zonder nieuwe aanbestedingsprocedure zijn toegestaan. Daarmee klaagt klager over handelen van beklagde binnen de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012 en is de Commissie bevoegd de klacht in behandeling te nemen.
- 5.3. Allereerst zal de Commissie het toetsingskader weergeven.
- 5.3.1. In Hoofdstuk 2.5 "Wijziging van overheidsopdrachten" Aw 2012 is, onder meer, bepaald:

'Artikel 2.163a

Een wijziging van een overheidsopdracht tijdens de looptijd ervan kan uitsluitend zonder nieuwe aanbestedingsprocedure als bedoeld in deel 2 van deze wet plaatsvinden in de in dit hoofdstuk bedoelde gevallen.

(...)

Artikel 2.163g

1. Een overheidsopdracht kan zonder nieuwe aanbestedingsprocedure als bedoeld in deel 2 van deze wet worden gewijzigd indien de wijzigingen, ongeacht de waarde ervan, niet wezenlijk zijn.
2. Een wijziging van een overheidsopdracht is wezenlijk als bedoeld in het eerste lid, indien de overheidsopdracht hierdoor materieel verschilt van de oorspronkelijke opdracht.
3. Een wijziging van een overheidsopdracht is in ieder geval wezenlijk indien:
 - a. de wijziging voorziet in voorwaarden die, als zij deel van de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure hadden uitgemaakt, de toelating van andere dan de oorspronkelijk geselecteerde gegadigden of de gunning van de overheidsopdracht aan een andere inschrijver mogelijk zouden hebben gemaakt of bijkomende deelnemers aan de aanbestedingsprocedure zouden hebben aangetrokken,
 - b. de wijziging het economische evenwicht van de overheidsopdracht ten gunste van de opdrachtnemer verandert op een wijze die niet is voorzien in de oorspronkelijke overheidsopdracht,
 - c. de wijziging leidt tot een aanzienlijke verruiming van het toepassingsgebied van de overheidsopdracht, of
 - d. een nieuwe opdrachtnemer in de plaats is gekomen van de opdrachtnemer aan wie de aanbestedende dienst de overheidsopdracht oorspronkelijk had gegund in een ander dan in artikel 2.163f bedoeld geval.'

- 5.3.2. Het uitgangspunt is dus dat een overheidsopdracht bij wijziging opnieuw moet worden aanbesteed. Hoofdstuk 2.5 van de Aanbestedingswet 2012 bevat vervolgens echter meerdere, zelfstandige uitzonderingsgronden op die aanbestedingsplicht. Indien op één van deze uitzonderingsgronden met succes een beroep kan worden gedaan, is de desbetreffende gewijzigde overheidsopdracht niet aanbestedingsplichtig.
- 5.3.3. Uit het voorgaande kader volgt dat aanbestedende diensten er bij de uitvoering van een overheidsopdracht goed op moeten toezien dat aan de in de aanbestedingsprocedure gestelde eisen wordt voldaan (zie HvJ EG 29 april 2004, zaak C-496/99 P, ECLI:EU:C:2004:236, r.o. 114-121, Commissie/CAS Succhi di Frutta). Indien de gestelde eisen niet worden gehandhaafd, loopt een aanbestedende dienst namelijk niet alleen het risico dat de gewijzigde overeenkomst moet worden aangemerkt als een nieuwe aanbestedingsplichtige opdracht, maar is het bovendien de vraag of de opdracht wel is gegund aan de inschrijver die de economisch meest voordelige inschrijving heeft gedaan. Indien de betreffende eisen tijdens de aanbestedingsprocedure niet waren gesteld, valt immers niet uit te sluiten dat andere (potentiële) inschrijvers andere, meer concurrerende inschrijvingen hadden kunnen doen. Indien de eisen tijdens de uitvoering van de opdracht niet worden gehandhaafd, handelt een aanbestedende dienst in strijd met de beginselen van gelijke behandeling en transparantie.
- 5.4. De Commissie zal nu overgaan tot behandeling van de klacht.
- 5.5. Klager stelt zich op het standpunt dat sprake is van wijzigingen van de opdracht die niet zonder nieuwe aanbestedingsprocedure zijn toegestaan.
- 5.6. In dat kader voert klager voor perceel 1 aan dat opdrachtnemer X in strijd met paragraaf 3.6.8 van het Aanbestedingsbestek (zie 1.2 hiervoor) en artikel 9.4 van Bijlage 2 "Conceptovereenkomst" bij het Aanbestedingsbestek (zie 1.4 hiervoor) bij de uitvoering onderaannemers inschakelt. Klager stelt daartoe dat X vier andere bedrijven inzet, dat X voertuigen inzet die niet aan haar toebehoren en dat X voor de uitvoering van de opdracht ZZP-ers inhuurt.
- 5.6.1. In haar reactie heeft beklagde aangevoerd dat X voor de uitvoering van de opdracht andere voertuigen inhuurt en dat dit is toegestaan. Deze voertuigen moeten dan wel aan de vereiste emissienormen voldoen. Nadat in de eerste drie weken van de uitvoering van de opdracht drie voertuigen niet aan de emissienormen bleken te voldoen, is dat bij de 800 ritten daarna niet meer voorgekomen. Verder heeft beklagde aangevoerd dat het op basis van de aanbestedingsstukken is toegestaan om ZZP-ers in te huren, dat X echter geen ZZP-ers inhuurt, maar dat X in incidentele gevallen met toestemming van beklagde personeel via een uitzendbureau kan inhuren.
- 5.6.2. De Commissie oordeelt als volgt.
- 5.6.3. In paragraaf 3.6.8 van het Aanbestedingsbestek is bepaald:

'3.6.8 Inschrijving als hoofdaannemer

In geval van hoofd- en onderaanneming dient alleen de hoofdaannemer aan de gestelde eisen te voldoen en de gevraagde gegevens over te leggen. De onderaannemersverklaring van bijlage 16: Verklaring inzake onderaannemers dient bij voorlopige gunning te worden ingediend. Indien de hoofdaannemer een beroep doet op bijvoorbeeld de technische bekwaamheid en/of de financiële en economische draagkracht van de onderaannemer dient dit in de bijlage 5: Eigen verklaring te worden opgenomen. Bij voorlopige gunning dient dan een verklaring con-

form bijlage 17: Beroep op bekwaamheid derden te worden ingediend. Na inschrijving kan de hoofdaannemer niet meer van onderaannemer wisselen, tenzij de overeenkomst hier mogelijkheden toe biedt. In geval van hoofd- en onderaanneming is de hoofdaannemer de enige contractuele wederpartij van de aanbestedende dienst. [*onderstreping, Commissie*]

- 5.6.4. In Bijlage 2 "Conceptovereenkomst" bij het Aanbestedingsbestek is in artikel 9 "Personeel" onder meer het volgende bepaald:

'9.4 Indien de Opdrachtnemer in zijn Inschrijving (Aanhangsel I) heeft aangegeven dat hij een beroep doet op de technische bekwaamheid van (een) specifieke onderaannemer(s), dan is Opdrachtnemer gehouden deze specifieke onderaannemer(s) ook daadwerkelijk in te zetten in het kader van de uitvoering van de Overeenkomst en is het Opdrachtnemer nadrukkelijk niet toegestaan andere onderaannemers dan degene die Opdrachtnemer heeft aangegeven in zijn Inschrijving in te zetten. In geval van onderaanneming ondertekent de onderaannemer de als Bijlage 16 opgenomen verklaring.

9.5 Indien de Opdrachtnemer bij de uitvoering van de Overeenkomst gebruik wil maken van de diensten van derden, door tijdelijke inhuur van personeel, dan is hij daartoe slechts bevoegd na daartoe verkregen schriftelijke toestemming van de Opdrachtgever, welke toestemming niet op onredelijke gronden wordt geweigerd. [*onderstreping, Commissie*]

- 5.6.5. Kennelijk zijn partijen het erover eens dat X geen onderaannemers heeft opgenomen in haar inschrijving (zie 3.7 hiervoor). Naar het oordeel van de Commissie zullen alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers paragraaf 3.6.8 van het Aanbestedingsbestek en artikel 9.4 van Bijlage 2 "Conceptovereenkomst" bij het Aanbestedingsbestek zo uitleggen dat hierin geen categorisch verbod voor de opdrachtnemer is opgenomen om bij de uitvoering van de opdracht onderaannemers in te schakelen indien in de aanbestedingsprocedure geen beroep is gedaan op de technische bekwaamheid of financiële en economische draagkracht van onderaannemers. Voor het inschakelen van nieuwe onderaannemers tijdens de uitvoering van de opdracht zal de opdrachtnemer overigens wel toestemming moeten vragen aan beklagde en beklagde zal er op moeten toezien dat de opdrachtnemer bij de uitvoering van de opdracht aan de in de aanbestedingsprocedure gestelde geschiktheidseisen, uitvoeringsvoorwaarden en de toezeggingen in zijn inschrijving blijft voldoen.
- 5.6.6. Nu de aanbestedingsstukken inschakeling van nieuwe onderaannemers tijdens de uitvoering van de opdracht niet categorisch uitsluiten, is daarmee voor de beoordeling van de klacht niet relevant of X in het kader van de uitvoering van de opdracht onderaannemers inschakelt. Van een wijziging die zonder nieuwe aanbestedingsprocedure niet is toegestaan, is dan ook geen sprake.
- 5.6.7. Daarmee is de klacht ongegrond voor zover deze perceel 1 betreft.
- 5.7. Ook in het kader van perceel 2 heeft klager aangevoerd dat sprake is van wijzigingen die zonder nieuwe aanbestedingsprocedure niet zijn toegestaan. Volgens klager leeft opdrachtnemer Y de eisen van paragraaf 2.1 en 4.3.5 van het Aanbestedingsbestek (zie 1.2 hiervoor) en 1.3.1 van Bijlage 1B: het "Programma van Eisen – perceel 2" bij het Aanbestedingsbestek (zie 1.3 hiervoor) bij de uitvoering van de opdracht niet na.
- 5.7.1. In dat kader heeft klager aangevoerd dat Y geen van de overslaglocaties die zij in haar inschrijving heeft opgegeven zelf exploiteert. Volgens klager worden de werkzaamheden in A uitgevoerd door P en in B door Q. Daarmee wordt ten onrechte gebruik gemaakt van onderaannemers. Daar komt bij dat geen van de

overslaglocaties die Y gebruikt, wordt geëxploiteerd door een bij PRN aangesloten organisatie én dat de exploitanten niet beschikken over de benodigde vergunningen.

- 5.7.2. Op de website van PRN is een lijst opgenomen met daarop de namen van bij PRN aangesloten oudpapierondernemingen. P en Q komen niet op deze lijst voor. O en Y staan wel op de lijst, maar dan gaat het om twee andere locaties dan de locaties die Y in het kader van de onderhavige opdracht gebruikt (ver buiten de 15-km grens die in paragraaf 2.1 van het Aanbestedingsbestek is opgenomen). Volgens klager volgt uit artikel 5 van de Deelnemingsovereenkomst Oudpapierondernemingen, die door iedere bij PRN aangesloten onderneming ondertekend dient te zijn, dat iedere vestiging gecertificeerd moet zijn (zie 1.11 hiervoor).
- 5.7.3. De weegbruggen die worden gebruikt op de overslaglocaties te A, B en J zijn volgens klager niet OPK-gecertificeerd.
- 5.7.4. Beklaagde heeft in dit kader aangevoerd dat uit de door Y ingediende en door beklagde tijdens de aanbestedingsprocedure geverifieerde inschrijving, is gebleken dat Y aan alle bovengenoemde eisen voldeed. In haar inschrijving heeft Y aangegeven dat zij een deel van de opdracht in onderaanneming zou geven aan O, namelijk de exploitatie van de overslaglocatie te J. Ten aanzien van de overige twee locaties, te A en B, is volgens beklagde geen sprake van onderaanneming. Deze twee locaties worden door Y gehuurd en zelf in eigen beheer geëxploiteerd. De door klager in haar klacht genoemde organisaties P en Q zijn de verhuurders van de betreffende locaties; de exploitatie van deze locaties in het kader van de uitvoering van de werkzaamheden behorende tot deze opdracht worden door Y zelf uitgevoerd, aldus beklagde.
- 5.7.5. Beklaagde stelt verder dat zij in het kader van de voortdurende monitoring en het voortdurende toezicht op de uitvoering van de opdracht die zij als aanbestedende dienst en als vertegenwoordiger van een groot aantal gemeenten dient uit te oefenen, heeft gecontroleerd of de opdracht op juiste wijze wordt uitgevoerd. Dit heeft beklagde gedaan door middel van het voeren van evaluatiegesprekken met de vertegenwoordigers van Y. Ook heeft beklagde onaangekondigde controlebezoeken aan de locaties in A en B uitgevoerd. Uit deze controlebezoeken is gebleken dat Y met eigen personeel op beide locaties de werkzaamheden in het kader van deze opdracht uitvoert.
- 5.7.6. Het is tussen partijen niet in geschil dat Y en haar onderaannemer O over een PRN-registratie beschikken. P en Q hebben die registratie niet, maar dat is volgens beklagde ook niet noodzakelijk omdat zij niet de exploitanten van de locaties in A en B, maar slechts de verhuurders zijn.
- 5.7.7. In de onderbouwing van de klacht stelt klager zich op het standpunt dat uit artikel 5 van de Deelnemingsovereenkomst Oudpapierondernemingen zou volgen dat van belang is dat iedere vestiging gecertificeerd is (zie 3.19 hiervoor). Volgens beklagde is dit onjuist. In artikel 5 lid 2 is immers vermeld "Indien de Oudpapieronderneming meerdere vestigingen heeft dient zij voor alle vestigingen waar Oudpapier en -karton uit Gemeenten wordt bewerkt en/of opgeslagen aan de vereisten uit hoofde van het eerste lid te voldoen". Dit betekent volgens beklagde dus niet dat iedere vestiging een eigen certificering dient te hebben, maar dat op alle vestigingen waar OPK wordt bewerkt of opgeslagen OPK-conform dient te worden gewerkt. De PRN-registratie is immers gekoppeld aan een Oudpapieronderneming en niet, zoals klager stelt, aan een bepaalde locatie.
- 5.7.8. Overigens is beklagde van oordeel dat op alle locaties (A, B en J) wordt gewerkt met geijkte weegbruggen. Deze weegbruggen worden bediend door daartoe be-

voegde medewerkers. Daarmee stelt beklagde zich op het standpunt dat de weegbruggen aan de voorwaarden voldoen.

- 5.7.9. Ten aanzien van perceel 2 oordeelt de Commissie als volgt. De stellingen van klager, namelijk: dat voor elke locatie een PRN-registratie is vereist, dat Y ten aanzien van de locaties A en B gebruik maakt van onderaannemers die niet over de vereiste PRN-registratie beschikken en dat de weegbruggen niet voldoen aan de vereisten, zijn door beklagde gemotiveerd weersproken. Gezien het karakter en de aard van de klachtprocedure, heeft de Commissie geen uitgebreide mogelijkheden tot het vaststellen van de feitelijke gang van zaken, bijvoorbeeld door middel van nadere bewijslevering of het horen van getuigen. In het licht van de (grotendeels) gemotiveerde betwisting van de stellingen van klager door beklagde kan de Commissie in deze zaak de klacht slechts ongegrond verklaren.
- 5.7.10. Daarmee oordeelt de Commissie de klacht eveneens ongegrond voor zover deze perceel 2 betreft.
- 5.8. Ten slotte verschillen partijen van mening of een beroep op 4.15 Aw 2012 nog mogelijk is. De Commissie merkt hierover het volgende op.
 - 5.8.1. Indien sprake zou zijn van een wijziging van de opdracht die niet zonder nieuwe aanbestedingsprocedure is toegestaan op basis van artikelen 2.163a-2.163g Aw 2012, is er in strijd met deel 2 van de Aanbestedingswet 2012 een nieuwe overeenkomst gesloten zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging.
 - 5.8.2. Op basis van artikel 4.15, lid 1, Aw 2012 zou de nieuwe overeenkomst dan in rechte vernietigbaar zijn.
 - 5.8.3. De termijn van 90 dagen uit paragraaf 3.7 van het Aanbestedingsbestek is in dat geval niet van toepassing omdat het een nieuwe overeenkomst betreft, die niet is aanbesteed.
 - 5.8.4. Op basis van artikel 4.15, lid 2, Aw 2012 dient de vordering tot vernietiging te worden ingesteld vóór het verstrijken van een periode van zes maanden, ingaande op de dag na de datum waarop de nieuwe overeenkomst is gesloten.
 - 5.8.5. Anders dan beklagde stelt, is in dit kader niet het moment dat klager van de gewijzigde overeenkomst op de hoogte raakte bepalend, maar het moment dat de overeenkomst zodanig is gewijzigd dat sprake is van een nieuwe aanbestedingsplichtige opdracht. De Commissie acht het niet aannemelijk dat dit moment ligt vóór aanvang van de oorspronkelijke opdracht op 1 januari 2018.

6. Advies

De Commissie acht de klacht **ongegrond**.

Den Haag, 13 juni 2018

w.g.:

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

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

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid