

Advies 482 | Samenvatting

De klacht ziet op een Europese niet-openbare procedure voor een overheidsopdracht voor werken voor de realisatie van een haven.

Klachtonderdeel 1

In dit klachtonderdeel stelt de brancheorganisatie dat de aanbesteder de nadere gunningscriteria, in strijd met artikel 2.115 AW 2012 en artikel 3.6.2 ARW 2016 niet in de aankondiging van de opdracht, maar in de Nota van Inlichtingen bekend heeft gemaakt.

De Nederlandse wetgever is verder gegaan dan de Uniewetgever door verplicht te stellen dat de nadere gunningscriteria in de aankondiging bekend worden gemaakt. In de wetsgeschiedenis is de reden hiervoor niet terug te vinden. De Commissie ziet als reden voor deze verplichting dat potentiële inschrijvers op basis van de aankondiging moeten kunnen beoordelen of het voor hen de moeite waard is om tijd en energie te steken in het bestuderen van de aanbestedingsstukken. Zou de aankondiging bijvoorbeeld vermelden dat milieucriteria een rol spelen, dan kan een ondernemer die op dit punt weinig te bieden heeft meteen besluiten af te zien van deelname aan de aanbesteding.

De Commissie acht het eerste klachtonderdeel gegrond.

Klachtonderdeel 2

In dit klachtonderdeel stelt de brancheorganisatie dat het klachtenmeldpunt van de aanbesteder niet correct heeft gehandeld.

De Commissie is – in lijn met haar eerdere adviezen op dit punt – van oordeel dat de wijze waarop een intern klachtenmeldpunt van een aanbestedende dienst omgaat met een klacht die bij dat meldpunt is ingediend 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. De Commissie neemt dit klachtonderdeel derhalve niet in behandeling.

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 482

1. Feiten

- 1.1. Aanbesteder heeft op 17 juli 2018 een Europese niet-openbare procedure aangekondigd voor een overheidsopdracht voor werken voor de realisatie van een haven. Het ARW 2016 is op deze procedure van toepassing verklaard.
- 1.2. De klacht met betrekking tot deze aanbestedingsprocedure is ingediend door een brancheorganisatie.
- 1.3. In de aankondiging van 17 juli 2018 is, onder meer, bepaald:

'(...)

II.2.5) Gunningscriteria

De onderstaande criteria

Kwaliteitscriterium

Naam: BPKV kwaliteit nader te bepalen

Weging: 70

Prijs

Weging: 30

(...)'

- 1.4. In de Selectieleidraad van 16 juli 2018 is, onder meer, het volgende bepaald:

'2 Informatie over de aanbesteding

(...)

2.3 Procedure

Op deze Europese aanbesteding volgens de niet-openbare procedure is hoofdstuk 3 van het Aanbestedingsreglement Werken 2016 (ARW 2016) van toepassing.

(...)

Het doel van deze selectieleidraad is om te komen tot de selectie van 5 geschikte gegadigden, die door de aanbesteder uitgenodigd worden tot inschrijving. Gelijktijdig met de uitnodiging tot inschrijving zal de inschrijvingsleidraad met bijbehorende stukken aan de geselecteerde gegadigden worden verzonden. (...)

De aanbesteder is voornemens om de economisch meest voordelige inschrijving vast te stellen op basis van:

beste prijs-kwaliteitverhouding

De te hanteren kwaliteitscriteria en hun relatieve gewicht zullen worden omschreven in de inschrijvingsleidraad.

(...)

5 Overige bepalingen

(...)

5.4 Tegenstrijdigheden en rechtsverwerking

De aanbestedingsstukken zijn met zorg samengesteld. Mocht de ondernemer hierin desondanks onvolkomenheden en/of tegenstrijdigheden tegenkomen dan wel anderszins bezwaren hebben tegen de procedure of eisen, dan dient de ondernemer de aanbesteder daarvan per omgaande schriftelijk op de hoogte te stellen.

Maakt de ondernemer van deze mogelijkheid geen gebruik dan komt dit voor risico van de ondernemer en vervalt zijn recht, althans verwerkt hij zijn recht om daar op een later moment nog bezwaar tegen te maken.

Bij onderlinge tegenstrijdigheden tussen de aankondiging en de selectieleidraad is de selectieleidraad leidend.

(...)

5.5 Klachtenmeldpunt aanbesteder

Een klacht met betrekking tot de aanbestedingsprocedure kan worden ingediend op het e-mailadres (...). Hierbij duidelijk en gemotiveerd aangeven op welk aspect van de aanbestedingsprocedure de klacht betrekking heeft.

(...)'

- 1.5. Op 26 juli 2018 heeft de brancheorganisatie de volgende brief aan aanbesteder verzonden:

'[De Brancheorganisatie] heeft als taak de kwaliteit van aanbestedingen van werken te bewaken. Wij zijn bevoegd namens de sector vragen om inlichtingen te stellen en waar nodig een klacht in te dienen.

Klacht: De nadere gunningscriteria zijn niet benoemd

Gevraagd resultaat: een volledige opgave van toe te passen emvi-criteria

In zowel de aankondiging als de selectieleidraad lezen wij dat de te hanteren kwaliteitscriteria in het kader van de gunning op beste prijs-kwaliteitsverhouding in de inschrijvingsleidraad zullen worden omschreven. Met het oog op het gelijkheidsbeginsel en het voorschrift van transparantie verlangt de Aanbestedingswet in artikel 2.115 dat de aanbestedende dienst in de aankondiging van de opdracht bekend maakt welke nadere criteria hij stelt met het oog op het vaststellen van de beste prijs-kwaliteitsverhouding. Dit voorschrift treft u tevens in artikel 3.6.2 van het ARW 2016. Ons bezwaar richt zich niet op het gegeven dat het voorschrift niet naar de letter wordt gevolgd. Een leidraad biedt meer ruimte om gunningscriteria te beschrijven dan de aankondiging. De strekking van het wettelijk voorschrift is evenwel dat de aanbestedende dienst de nadere gunningscriteria afroept voordat bekend is wie er zijn geselecteerd. Daarmee wordt de ruimte ontnomen om gunningscriteria te kiezen die beogen de ene onderneming in de kaart te spelen en/of andere ondernemingen op achterstand te zetten. En voorkomt u dat u geconfronteerd kunt worden met aantijgingen in die richting.

(...)

Wij zien uw reactie met belangstelling tegemoet. Gelieve onze vragen en uw antwoorden op te nemen in de nota van inlichtingen. Uiteraard zijn wij graag bereid van gedachten te wisselen. Voor de goede orde berichten wij u dat wij tevens uw klachtenloket in kennis hebben gesteld van onze klachten, dit in verband met het belang dat op korte termijn een rectificatie zal worden gepubliceerd van uw aankondiging.'

- 1.6. De brancheorganisatie heeft op 26 juli 2018 de hiervoor in 1.5 opgenomen brief tevens aan het klachtenmeldpunt van aanbesteder verzonden.
- 1.7. Op 7 augustus 2018 heeft het klachtenmeldpunt van aanbesteder als volgt op de brief van de brancheorganisatie gereageerd:

1. Feiten

1.1 [Aanbesteder] (hierna: "de aanbestedende dienst") heeft op 17 juli 2018 de Europese niet-openbare aanbesteding van [een Haven] op TenderNed gepubliceerd.

1.2 [De Brancheorganisatie] (hierna: "klager") heeft op 26 juli 2018 via e-mail een brief gestuurd aan [het Aanbestedingsteam].

1.3 Klager uit in de brief zijn bezwaren tegen een viertal onderdelen van de aanbesteding:

a. *Klacht: De nadere gunningscriteria zijn niet benoemd*

(...)

De volledige brief is als bijlage 1 aan dit advies gehecht.

1.4 In de brief wordt nog opgemerkt: "Voor de goede orde berichten wij u dat wij tevens uw klachtenloket in kennis hebben gesteld van onze klachten, dit in verband met het belang dat op korte termijn een rectificatie zal worden gepubliceerd van uw aankondiging."

Ontvankelijkheid van de klacht

2.1 Klager heeft zijn brief gericht aan de aanbestedende dienst c.q. [het Aanbestedingsteam]. Klager verzoekt de aanbestedende dienst om te reageren door de vragen van klager en de antwoorden van de aanbestedende dienst op te nemen in de Nota van Inlichtingen.

2.2 Klager heeft de e-mail met brief eveneens aan het Klachtenmeldpunt aanbestedingen [Aanbesteder] (hierna: "het kmpa") gestuurd, maar uit e-mail noch brief is eenduidig af te leiden of de bezwaren van klager (ook) dienen te worden beschouwd als klacht in de zin van het toepasselijke [Klachtenreglement Aanbesteder] (hierna: het Klachtenreglement) of dat de e-mail slechts bij wijze van vooraankondiging van een klachtenprocedure aan het kmpa is gestuurd. Het kmpa leest e-mail en brief aldus dat klager zijn bezwaren tegen de aanbesteding gelijktijdig aan de aanbestedende dienst en het kmpa voorlegt.

2.3 Het Klachtenreglement, artikel 2, lid 2 onder d [*het gaat hier om het Klachtenreglement van aanbesteder, zie 1.8 hierna, Commissie*] bepaalt dat de klachtenprocedure is beperkt tot klachten die voorafgaand aan het indienen van de klacht eerst als vraag of bezwaar zijn ingediend voor een Nota van Inlichtingen [*voetnoot 1 niet opgenomen, Commissie*]. Ratio van deze bepaling is dat de aanbestedende dienst de gelegenheid dient te hebben om door een belanghebbende benoemde zaken te heroverwegen, voordat het zwaardere middel van een klacht bij kmpa

wordt (of: kan worden) ingezet [*voetnoot 2: Een vergelijking kan worden gemaakt met het bestuurlijke rechtsbeschermingssysteem van bezwaar en beroep, Commissie*].

2.4 De bezwaren van klager vallen hiermee buiten de reikwijdte van de klachtenprocedure.

2.5 Gelet op het voorgaande adviseren het kmpa u om de brief van klager te beschouwen als een vraag (bestaande uit vier onderdelen) voor een Nota van Inlichtingen en de vraag zowel als het antwoord in de eerstvolgende Nota van Inlichtingen op te nemen. Het kmpa zal klager informeren conform het bepaalde in het Klachtenreglement, artikel 5 lid 3 [*het gaat hier om het Klachtenreglement van aanbesteder, zie 1.8 hierna, Commissie*][*voetnoot 3 niet opgenomen, Commissie*].

3. Visie van het kmpa

3.1 Het kmpa ziet in de laatste alinea van de brief van klager [*zie 1.5 hiervoor, Commissie*] aanleiding voor het geven van een visie op de onderdelen 1, 2 en 4 van de vraag van klager [*voetnoot 4 niet opgenomen, Commissie*]; deze visie dient niet te worden beschouwd als een advies in de zin van het Klachtenreglement en bindt de aanbestedende dienst op geen enkele manier. De visie is wel indicatief voor het advies dat het kmpa zal geven op het moment dat de bezwaren van klager als een ontvankelijke klacht aan het kmpa worden voorgelegd.

Visie op onderdeel 1: De nadere gunningscriteria zijn niet benoemd

3.2 Onderdeel 1 betreft de aankondiging en de selectieleidraad; in aankondiging noch selectieleidraad zijn de nadere gunningscriteria uitgewerkt. Klager verzoekt, onder verwijzing naar artikel 2.115 van de Aanbestedingswet 2012 en artikel 3.6.2 van het ARW 2016, om de nadere gunningscriteria bekend te maken voor tot selectie wordt overgegaan.

3.3 In de Aanbestedingswet 2012, artikel 2.115 is bepaald dat de aanbestedende dienst die de economisch meest voordelige inschrijving vaststelt op basis van de beste prijs-kwaliteitverhouding, in de aankondiging bekend maakt welke nadere criteria worden gesteld. In het ARW 2016 is een bepaling van gelijke strekking opgenomen.

3.4 Het kmpa constateert dat de aanbestedende dienst in de aankondiging, onder **II.2.5) Gunningscriteria** [*zie 1.3 hiervoor, Commissie*], uitsluitend heeft opgenomen dat de economisch meest voordelige inschrijving zal worden vastgesteld op basis van de beste prijs-kwaliteitverhouding met als weging: kwaliteit voor 70% en prijs voor 30%. Bij kwaliteit is nog aangegeven dat de criteria nader zullen worden bepaald.

3.5 Zoals klager aangeeft, is dit strijdig met het bepaalde in de Aanbestedingswet 2012 en het ARW 2016. Op grond van het aanbestedingsrechtelijke transparantiebeginsel dienen zowel het gunningscriterium als de nadere criteria vooraf bekend te worden gemaakt, ook in het geval van een niet-openbare procedure. Ratio van deze bepaling is dat marktpartijen al op grond van de aankondiging (moeten) kunnen bepalen of aanmelding dan wel inschrijving zinnig is.

3.6 Het kmpa acht het raadzaam om de nadere criteria voor de bepaling van de economisch meest voordelige inschrijving via de eerstvolgende Nota van Inlichtingen alsnog bekend te maken.

(...)'

- 1.8. Op 7 augustus 2018 heeft het klachtenmeldpunt van aanbestedder, gelijktijdig met de verzending van haar reactie op de brief van de brancheorganisatie van 26 juli 2018 (zie 1.7 hiervoor), per e-mail een kopie van het Klachtenreglement van aanbestedder aan de brancheorganisatie verzonden. In dit Klachtenreglement is, onder meer, in artikel 2 en 5 het volgende bepaald:

,

Artikel 2: Reikwijdte procedure

(...)

2. De klachtenprocedure aanbestedingen is beperkt tot klachten die:

(...)

d. voorafgaand aan het indienen van de klacht eerst als vraag of bezwaar zijn ingediend voor (een van) de Nota van Inlichtingen, tenzij de klacht handelingen en documenten betreft die zijn gedateerd na de laatste Nota van Inlichtingen of gaan over de laatste Nota van Inlichtingen zelf of naar de aard van het bezwaar niet in de Nota van Inlichtingen had kunnen worden geuit.

(...)

Artikel 5: Procedure

(...)

3. Indien de klacht niet ontvankelijk is óf om andere redenen niet in behandeling wordt genomen, wordt dit aan de klager gemotiveerd medegedeeld.

(...)'

- 1.9. In de Nota van Inlichtingen van 5 september 2018 zijn, onder meer, de volgende vragen en antwoorden opgenomen:

- 1.9.1. Vraag 1: 'In zowel de aankondiging als de selectieleidraad lezen wij dat de te hanteren kwaliteitscriteria in het kader van de gunning op beste prijs-kwaliteitsverhouding in de inschrijvingsleidraad zullen worden omschreven. Met het oog op het gelijkheidsbeginsel en het voorschrift van transparantie verlangt de Aanbestedingswet in artikel 2.115 dat de aanbestedende dienst in de aankondiging van de opdracht bekend maakt welke nadere criteria hij stelt met het oog op het vaststellen van de beste prijs-kwaliteitsverhouding. Dit voorschrift treft u tevens in artikel 3.6.2 van het ARW 2016. Ons bezwaar richt zich niet op het gegeven dat het voorschrift niet naar de letter wordt gevolgd. Een leidraad biedt meer ruimte om gunningscriteria te beschrijven dan de aankondiging.

De strekking van het wettelijk voorschrift is evenwel dat de aanbestedende dienst de nadere gunningscriteria afroept voordat bekend is wie er zijn geselecteerd. Daarmee wordt de ruimte ontnomen om gunningscriteria te kiezen die beogen de ene onderneming in de kaart te spelen en/of andere ondernemingen op achterstand te zetten. En voorkomt u dat u geconfronteerd kunt worden met aantijgingen in die richting.'

Antwoord: 'De aanbestedende dienst heeft de gunningscriteria nader beschreven in de aangepaste selectieleidraad, die is aangehecht als bijlage bij deze Nota van Inlichtingen.'

- 1.9.2. Vraag 15: 'Zoals vermeld in hoofdstuk 2.3 van de Selectieleidraad zal er gegund worden op beste prijs-kwaliteitverhouding. Welke kwaliteitscriteria gaat u bij deze aanbesteding hanteren?'

Antwoord: 'De aanbestedende dienst heeft de gunningscriteria nader beschreven in de aangepaste selectieleidraad, die is aangehecht als bijlage bij deze Nota van Inlichtingen.'

- 1.10. In de aangepaste Selectieleidraad van 5 september 2018 is, onder meer, het volgende bepaald:

2 Informatie over de aanbesteding

(...)

2.3 Procedure

Op deze Europese aanbesteding volgens de niet-openbare procedure is hoofdstuk 3 van het Aanbestedingsreglement Werken 2016 (ARW 2016) van toepassing.

(...)

Het doel van deze selectieleidraad is om te komen tot de selectie van 5 geschikte gegadigden, die door de aanbesteder uitgenodigd worden tot inschrijving. Gelijktijdig met de uitnodiging tot inschrijving zal de inschrijvingsleidraad met bijbehorende stukken aan de geselecteerde gegadigden worden verzonden. (...)

De aanbesteder is voornemens om de economisch meest voordelige inschrijving vast te stellen op basis van:

beste prijs-kwaliteitverhouding

De te hanteren kwaliteitscriteria en hun relatieve gewicht zullen worden omschreven in de inschrijvingsleidraad. De opdrachtgever is voornemens de volgende kwaliteitscriteria te hanteren:

- Het opstellen van een plan van aanpak, waarvan risicomanagement, planning en een schetsontwerp deel uit moeten maken;
- Beheer en onderhoud;
- Ecologie in het ontwerp;
- Duurzaamheid.

(...)'

- 1.11. Op 6 september 2018 heeft de brancheorganisatie, via de berichtenmodule van TenderNed, het volgende bericht aan aanbesteder verzonden.

'Tot ons genoegen zien wij dat u gehoor heeft gegeven aan onze oproep om de nadere gunningscriteria bekend te maken. Wij hebben u erop geattendeerd dat de nadere criteria **in de aankondiging** moeten worden vermeld. Dat is aangegeven in artikel 2.115 van de Aanbestedingswet. Een antwoord in de nota van inlichtingen met een verwijzing naar een aangepaste selectieleidraad zien wij niet als een gelijkwaardige informatiedrager.

Wij verzoeken u ons **per omgaande** te berichten of u alsnog een rectificatie van de aankondiging zult plaatsen of uw opvatting handhaaft dat u kunt volstaan met een antwoord op onze vraag in de nota van inlichtingen.'

- 1.12. Aanbesteder heeft, via de berichtenmodule van TenderNed, als volgt gereageerd op het bericht van de branchevereniging van 6 september 2018.

'Het was tot en met 29 augustus mogelijk om vragen voor de inlichtingenronde te stellen en dan uitsluitend via het format dat als bijlage 4 bij de selectieleidraad is gevoegd. Vragen die te laat of op andere wijze worden ingediend conform het ter

zake bepaalde in de selectieleidraad worden niet in behandeling genomen omdat dat immers strijdig is met het aanbestedingsrechtelijke beginsel van transparantie.

Mocht u zich niet kunnen vinden in bovenstaande dan heeft u de mogelijkheid om een klacht voor te leggen aan het kmpa.'

- 1.13. Op 7 september 2018 heeft het klachtenmeldpunt van aanbesteder in een e-mailbericht als volgt gereageerd op het bericht van de branchevereniging van 6 september 2018.

'[Het Aanbestedingsteam] attendeerde het kmpa op het onderstaande bericht dat u op 6 september jl. via de berichtenmodule van TenderNed verstuurde.

[citaat niet opgenomen, zie 1.11 hiervoor, Commissie]

[Het Aanbestedingsteam] heeft ons gevraagd of de inhoud van dit bericht, dat in essentie de herhaling van een al eerder door u gestelde vraag (bij brief van 26 juli jl. *[zie 1.5 hiervoor, Commissie]*) behelst, wellicht (eveneens) dient te worden gezien als een klacht in de zin van het toepasselijke [Klachtenreglement Aanbesteder]; gelet op hetgeen dienaangaande in de selectieleidraad is opgenomen kan uw bericht hoe dan ook niet worden gezien als een vraag om inlichtingen. Ik neem aan dat u bekend bent met de gangbare procedurele voorschriften rond aanbestedingen. Namens het kmpa leg ik u graag de vraag voor of u wenst dat bedoeld bericht als klacht door het kmpa in behandeling wordt genomen.

Gunningscriteria bekend voorafgaand aan de selectiebeslissing

Voor de goede orde wijs ik u er nog wel op dat u in uw brief d.d. 26 juli jl. *[zie 1.5 hiervoor, Commissie]* het navolgende omtrent de nadere gunningscriteria hebt aangegeven, waarbij wij de in dit verband relevante passage geel hebben gemarkeerd:

Klacht: De nadere gunningscriteria zijn niet benoemd

Gevraagd resultaat: een volledige opgave van toe te passen emvi-criteria

In zowel de aankondiging als de selectieleidraad lezen wij dat de te hanteren kwaliteitscriteria in het kader van de gunning op beste prijs-kwaliteitsverhouding in de inschrijvingsleidraad zullen worden omschreven. Met het oog op het gelijkheidsbeginsel en het voorschrift van transparantie verlangt de Aanbestedingswet in artikel 2.115 dat de aanbestedende dienst in de aankondiging van de opdracht bekend maakt welke nadere criteria hij stelt met het oog op het vaststellen van de beste prijs-kwaliteitsverhouding. Dit voorschrift treft u tevens in artikel 3.6.2 van het ARW 2016. Ons bezwaar richt zich niet op het gegeven dat het voorschrift niet naar de letter wordt gevolgd. Een leidraad biedt meer ruimte om gunningscriteria te beschrijven dan de aankondiging. De strekking van het wettelijk voorschrift is evenwel dat de aanbestedende dienst de nadere gunningscriteria afroept voordat bekend is wie er zijn geselecteerd. Daarmee wordt de ruimte ontnomen om gunningscriteria te kiezen die beogen de ene onderneming in de kaart te spelen en/of andere ondernemingen op achterstand te zetten. En voorkomt u dat u geconfronteerd kunt worden met aantijgingen in die richting.

Met het aanpassen van de selectieleidraad is geheel tegemoet gekomen aan het door u gevraagde resultaat; de nadere gunningscriteria zijn bekend gemaakt voordat tot selectie wordt overgegaan.

Beantwoording in de nota van inlichtingen

Ook de beantwoording van uw vragen heeft plaatsgevonden op de door u gewenste wijze, blijkens het onderstaande:

Wij zien uw reactie met belangstelling tegemoet. Gelieve onze vragen en uw antwoorden op te nemen in de nota van inlichtingen. Uiteraard zijn wij graag bereid van gedachten te wisselen.

De inhoud van uw bericht van 6 september jl. [zie 1.11 hiervoor, Commissie] staat daarmee haaks op de inhoud van uw brief van 26 juli jl [zie 1.5 hiervoor, Commissie].

Nog een korte toevoeging.

[Het Aanbestedingsteam] heeft zich uitermate correct gedragen in de afhandeling van uw brief. Deze is in behandeling genomen, ondanks het feit dat uw brief niet op de voorgeschreven wijze voor het vragen van inlichtingen is ingediend en het even puzzelen was om uw vragen en opmerkingen een juiste plaats in het aanbestedingsproces te geven. [Het Aanbestedingsteam] heeft daarbij de zienswijze van het kmpa integraal overgenomen; ik denk dat u daarmee in reactie op uw brief als het ware 'dubbel bediend' bent. De toon van uw bericht van 6 september jl. [zie 1.11 hiervoor, Commissie] is een weinig passende reactie op die inspanningen.

Ik verneem graag of u behandeling van uw bericht als een klacht in de zin van het bovengenoemde klachtenreglement heeft beoogd dan wel op prijs stelt. (...)

- 1.14. Op 7 september 2018 heeft de brancheorganisatie als volgt gereageerd op het bericht van het klachtenmeldpunt van diezelfde dag:

'Ik heb deze kwestie inmiddels voorgelegd aan de Commissie van Aanbestedings-experts.

Niet met het oogmerk [Aanbesteder] terug te fluiten, maar met doel eens helder in beeld te krijgen hoe de publicatieverplichtingen moeten worden toegepast en waarom dat zo is.

Want het komt heel vaak voor dat nadere gunningscriteria niet worden gecommuniceerd op de wijze die de Aanbestedingswet en het ARW 2016 voorschrijven.

Is dat nou erg of niet? Daar bestaat verschil van inzicht over. Wij hopen dat de Commissie daar een bruikbaar advies over wil uitbrengen.

Ik betreur het dat een misverstand is ontstaan om de strekking van onze afsluitende alinea.

In het verleden hebben wij regelmatig ervaren dat onze vragen niet in de nota van inlichtingen werden opgenomen omdat onze stichting geen inschrijver is.

Om die reden geven wij standaard aan dat wij beantwoording via de nota van inlichtingen verlangen.

Wij hadden gehoopt dat het onder de aandacht brengen van onze klacht bij uw loket zou resulteren in een informele aanbeveling om snel invulling te geven aan de geconstateerde omissie (en de beschrijving van de opdracht in de aankondiging te verbeteren).

Het gegeven dat uw organisatie een klachtenreglement hanteert was ons niet bekend. Er staat niets over vermeld in de gepubliceerde aanbestedingsdocumenten. Overigens is het een geluk bij een ongeluk dat wij u in kennis hebben gesteld van onze klachten.

Wij hebben de vraag en antwoord module in TenderNed gebruikt. Inmiddels is mij gebleken dat een andere wijze van vragen indienen was voorgeschreven. Mijn excuses voor mijn onoplettendheid.

Naar aanleiding van uw toevoeging: Uw goede bedoelingen staan buiten kijf. Wel leeft het gevoel dat we op een andere wijze wellicht effectiever en zonder irritaties kunnen communiceren.

Wij hebben bij diverse aanbestedende diensten een contactpersoon aan wie we zonder poespas probleempunten kunnen voorleggen. Misschien kan dat ook bij uw organisatie.
Zou u dat willen voorleggen aan uw collega's?

2. Beschrijving klacht

2.1. Klachtonderdeel 1

Aanbesteder heeft de nadere gunningscriteria in strijd met artikel 2.115 AW 2012 en artikel 3.6.2 ARW 2016 niet in de aankondiging van de opdracht bekend gemaakt.

2.2. Klachtonderdeel 2

Het klachtenmeldpunt heeft niet correct gehandeld.

3. Onderbouwing klacht

3.1. Klachtonderdeel 1

- 3.1.1. De brancheorganisatie geeft aan dat zij op 26 juli 2018 bezwaar heeft gemaakt tegen het voornemen van aanbesteder om de nadere gunningscriteria pas bekend te maken in de inschrijvingsdocumenten, die na afronding van de selectiefase zullen worden verstrekt aan de geselecteerde gegadigden (zie 1.5 hiervoor). Deze klacht heeft zij via de vraag/antwoord module van TenderNed ingezonden. Aansluitend heeft zij de klacht ook per e-mail gestuurd naar het klachtenmeldpunt van aanbesteder.
- 3.1.2. De brancheorganisatie wijst er vervolgens op dat pas op 5 september 2018 de nadere gunningscriteria bekend zijn gemaakt in de Nota van Inlichtingen (zie 1.9 en 1.10 hiervoor). De aankondiging is niet gerectificeerd en de brancheorganisatie stelt dat aanbesteder kenbaar heeft gemaakt dat niet te zullen doen.
- 3.1.3. De brancheorganisatie stelt dat in artikel 2.115 Aw 2012 en artikel 3.6.2 ARW 2016 glashelder is aangegeven dat de nadere criteria moeten worden opgenomen in de aankondiging. Voornoemde artikelen bieden volgens haar geen ruimte voor het bekendmaken van de nadere criteria in de inschrijvingsfase en evenmin voor het bekendmaken van de criteria via een Nota van Inlichtingen (die ruim na de aankondiging en kort voor de sluitingsdatum van aanmelden wordt uitgebracht).
- 3.1.4. De brancheorganisatie stelt zich op het standpunt dat het ontbreken dan wel laat verstrekken van deze informatie geïnteresseerde ondernemingen belemmert in het formeren van een zo sterk mogelijk team en de kans op het winnen van de opdracht negatief kan beïnvloeden.
- 3.1.5. Volgens de brancheorganisatie is het bezwaar dat het kiezen van gunningscriteria na het bekend zijn van de identiteit van geselecteerde gegadigden kan leiden tot het in de kaart spelen van een specifieke partij of het tegendeel ervan, of als zodanig kan worden opgevat door een geselecteerde partij, met het tijdig bekend maken van de gunningscriteria niet meer aan de orde.

3.2. Klachtonderdeel 2

- 3.2.1. De brancheorganisatie merkt op dat zij gelijktijdig met het stellen van de vragen, die zij als klacht heeft bestempeld, het klachtenmeldpunt op de hoogte heeft gesteld van haar klachten. Deze klacht is door de klachtenbehandelaar niet ontvankelijk verklaard onder verwijzing naar het Klachtenreglement van aanbesteder (zie 1.7 hiervoor).
- 3.2.2. De brancheorganisatie stelt dat aanbesteder heeft nagelaten dit Klachtenreglement van toepassing te verklaren in haar aanbestedingsdocumenten en dat de Selectieleidraad zich ten aanzien van het indienen van klachten beperkt tot hetgeen is bepaald onder '5.5 Klachtenmeldpunt aanbesteder' (zie 1.4 hiervoor). Gelet op de in '5.5 Klachtenmeldpunt aanbesteder' van de Selectieleidraad opgenomen tekst en het ontbreken van een verwijzing naar een klachtenreglement, had zij in redelijkheid mogen verwachten dat haar klacht correct en voortvarend zou worden behandeld, zo stelt de brancheorganisatie.
- 3.2.3. De brancheorganisatie laat weten dat zij vindt dat het klachtenmeldpunt siert dat zij, ondanks de niet-ontvankelijkverklaring, een advies heeft aangehecht met daarin een indicatieve visie hoe het klachtenmeldpunt zou hebben geantwoord als de klacht naar haar oordeel correct zou zijn ingediend.
- 3.2.4. De brancheorganisatie merkt op dat dit advies de aanbeveling bevat de nadere criteria bekend te maken via de eerstvolgende Nota van Inlichtingen en dat, nu de aanbesteder hieraan gehoor heeft gegeven, is bereikt dat de nadere criteria bekend zijn voordat de aanmeldingen zijn ontvangen (zie 1.7 en 1.9 – 1.10 hiervoor). Volgens de brancheorganisatie miskent het advies van het klachtenmeldpunt van aanbesteder helaas het belang van een tijdige en correcte informatieverstrekking. Zij stelt dat het gevolg van dit advies is dat aanbesteder pas op 5 september 2018 heeft geantwoord, terwijl dat veel eerder had gekund. Dat gaat ten koste van de tijd die geïnteresseerde ondernemingen kunnen besteden aan hun aanmelding. Voorts geeft het advies volgens de brancheorganisatie aan dat een reactie in de Nota van Inlichtingen volstaat. De brancheorganisatie is echter van mening dat de nadere gunningscriteria behoren te worden toegevoegd aan de aankondiging door middel van een rectificatie.
- 3.2.5. De brancheorganisatie meent tot slot dat het klachtenloket de belangen van de aanbesteder onvoldoende dient, als zij meer waarde hecht aan de formaliteiten in haar klachtenprotocol dan aan de mogelijke nadelige consequenties van het niet tijdig reageren op een aangemelde tekortkoming.
- 3.2.6. Desgevraagd heeft de brancheorganisatie de Commissie bevestigd dat zij optreedt namens een ondernemer die de onderhavige opdracht wil verwerven (zie artikel 7, lid 1, onder b, Reglement Commissie).

4. Reactie aanbesteder

4.1. Klachtonderdeel 1

- 4.1.1. Allereerst stelt aanbesteder dat hij volledig aan de klacht van de brancheorganisatie tegemoet is gekomen.
- 4.1.2. Aanbesteder merkt op dat conform het bepaalde in artikel 2 onder d van het Klachtenreglement van aanbesteder het klachtenmeldpunt de klacht van de brancheorganisatie van 26 juli 2018 niet-ontvankelijk heeft verklaard; de klacht was immers niet eerst als vraag of bezwaar ingediend voor een Nota van Inlichtingen. Om

klager tegemoet te komen en de procedure niet onnodig te vertragen, heeft het klachtenmeldpunt besloten om toch een zienswijze op de klacht van de brancheorganisatie te geven (zie 1.7 hiervoor). Bij e-mail van 7 augustus 2018 is het advies inclusief de zienswijze van het klachtenmeldpunt aan de brancheorganisatie en aan het aanbestedingsteam gezonden. Het klachtenmeldpunt doet het aanbestedingsteam de suggestie om de nadere criteria voor de bepaling van de economisch meest voordelige inschrijving via de eerstvolgende Nota van Inlichtingen, dus nog tijdens de selectieperiode, alsnog bekend te maken. Aanbesteder stelt dat dit conform het door klager gevraagde resultaat is.

- 4.1.3. Aanbesteder wijst erop dat hij op 5 september 2018 de (eerstvolgende) Nota van Inlichtingen heeft gepubliceerd, dat hij daarin de klacht van klager heeft opgenomen en hierop heeft geantwoord dat aanbesteder de gunningscriteria nader heeft beschreven in de aangepaste Selectieleidraad (zie 1.9 en 1.10 hiervoor). Hiermee is volgens aanbesteder volledig tegemoet gekomen aan het door klager verzochte resultaat, gelet op hetgeen de brancheorganisatie in zijn brief van 26 juli 2018 (zie 1.5 hiervoor) heeft aangegeven, namelijk:

‘Ons bezwaar richt zich niet op het gegeven dat het voorschrift niet naar de letter wordt gevolgd. Een leidraad biedt meer ruimte om gunningscriteria te beschrijven dan de aankondiging. De strekking van het wettelijk voorschrift is evenwel dat de aanbestedende dienst de nadere gunningscriteria afroept voordat bekend is wie er zijn geselecteerd’.

- 4.1.4. Ten tweede merkt aanbesteder op dat de brancheorganisatie zich op 7 september 2018 opnieuw tot het aanbestedingsteam heeft gericht, met de mededeling dat zij niet akkoord is met het antwoord in de Nota van Inlichtingen. Het aanbestedingsteam heeft dit bericht van de brancheorganisatie doorgestuurd naar het klachtenmeldpunt. Het klachtenmeldpunt heeft klager – onder verwijzing naar de tegenstrijdigheid in haar berichten – gevraagd om opheldering. Hierop heeft de brancheorganisatie het klachtenmeldpunt gemeld dat er inmiddels een klacht was ingediend bij de Commissie van Aanbestedingsexperts. Deze nieuwe klacht is niet aan het klachtenmeldpunt voorgelegd. Het klachtenmeldpunt van aanbesteder behoudt zich het recht voor om inhoudelijk te reageren op deze klacht alvorens deze aan de Commissie van Aanbestedingsexperts mag worden voorgelegd.

- 4.1.5. Ten derde stelt aanbesteder dat de brancheorganisatie de klacht niet kan indienen bij de Commissie, op grond van artikel 7, lid 1, sub b van het Reglement Commissie van Aanbestedingsexperts. In artikel 7, lid 1, sub b is bepaald dat een klacht kan worden ingediend door brancheorganisaties van ondernemers die optreden namens één ondernemer of meerdere ondernemers die een opdracht willen verwerven. Aanbesteder stelt dat uit de e-mail die de brancheorganisatie op 7 september 2018 aan het klachtenmeldpunt stuurde (zie 1.14 hiervoor) blijkt dat hiervan geen sprake is. Zij wijst op de volgende passage uit de deze e-mail van de brancheorganisatie:

‘Ik heb deze kwestie inmiddels voorgelegd aan de Commissie van Aanbestedingsexperts.

Niet met het oogmerk [Aanbesteder] terug te fluiten, maar met doel eens helder in beeld te krijgen hoe de publicatieverplichtingen moeten worden toegepast en waarom dat zo is.

Want het komt heel vaak voor dat nadere gunningscriteria niet worden gecommuniceerd op de wijze die de Aanbestedingswet en het ARW 2016 voorschrijven.

Is dat nou erg of niet? Daar bestaat verschil van inzicht over. Wij hopen dat de Commissie daar een bruikbaar advies over wil uitbrengen.’

Aanbesteder stelt dat de brancheorganisatie niet optreedt voor een ondernemer, maar de klacht heeft ingediend vanuit het oogpunt van opheldering van een juridisch punt.

- 4.1.6. Tot slot ziet de klacht van de brancheorganisatie volgens aanbesteder niet op een concrete aanbesteding. De klacht is volgens aanbesteder weliswaar ingediend met gebruikmaking van de aanbesteding van de overheidsopdracht voor de realisatie van een haven als 'kapstok', maar betreft feitelijk de wens van klager om 'eens helder in beeld te krijgen hoe de publicatieverplichtingen moeten worden toegepast'.
- 4.1.7. Nadat de brancheorganisatie de Commissie desgevraagd heeft bevestigd dat zij optreedt namens een ondernemer die de onderhavige opdracht wil verwerven (zie artikel 7, lid 1, onder b, Reglement Commissie) en de Commissie aanbesteder heeft laten weten alle klachtonderdelen in behandeling te nemen, heeft de Commissie aanbesteder opnieuw in de gelegenheid gesteld inhoudelijk op de klachten te reageren. Daarop heeft aanbesteder als volgt gereageerd.
- 4.1.8. Volgens aanbesteder is de kern van de onderhavige kwestie niet alleen de omvang van de publicatieverplichting ex artikel 2.115 Aw 2012, maar tevens de vraag in hoeverre marktpartijen zich in het kader van een aanbesteding dienen te houden aan de voor de aanbesteding geldende voorschriften zoals vastgelegd in de aanbestedingsstukken en in het toepasselijke Klachtenreglement. Aanbesteder geeft aan dat een brede discussie over aanbestedingsrechtelijke onderwerpen zoals bijvoorbeeld de publicatieverplichting een goede zaak is waar hij te allen tijde van harte aan meewerkt. Dit laat volgens aanbesteder echter onverlet dat deelnemers aan een specifieke aanbestedingsprocedure dan wel een brancheorganisatie namens een deelnemer zich dienen te houden aan de voorschriften voor deze aanbestedingsprocedure. Die voorschriften voorzien in adequate rechtsbeschermingsmogelijkheden voor de deelnemers aan de aanbestedingsprocedure.
- 4.1.9. Aanbesteder merkt op dat de brancheorganisatie in haar klachtbrief van 26 juli 2018 heeft aangegeven dat zij als taak heeft de kwaliteit van aanbestedingen van werken te bewaken en bevoegd is om namens de sector vragen te stellen en waar nodig een klacht in te dienen. Op de website van de brancheorganisatie is – in aanvulling daarop – te lezen dat de brancheorganisatie alle aankondigingen van voor de sector relevante aanbestedingen controleert en bij geconstateerde fouten een aanbestedingsactie start. Aanbesteder geeft aan dat hij uit de brief van de brancheorganisatie in combinatie met de informatie op de website heeft afgeleid dat de brancheorganisatie handelde in deze algemene hoedanigheid. Aanbesteder geeft aan dat hij om die reden de klacht van de brancheorganisatie met wat kunst- en vliegwerk in de lopende procedure heeft gepast en de reactie op de ingediende klachten – zoals verzocht door de brancheorganisatie – heeft opgenomen in de eerstvolgende Nota van Inlichtingen.
- 4.1.10. Inmiddels heeft de brancheorganisatie aangegeven dat zij niet in haar algemene hoedanigheid, maar namens een specifieke marktpartij optreedt. Ware deze informatie aanbesteder in juli 2018 bekend, dan zou hij de brancheorganisatie overkort aan de geldende aanbestedingsregels hebben gehouden, zo geeft aanbesteder aan. Het is immers in strijd met de aanbestedingsrechtelijke beginselen van transparantie en gelijke behandeling om één deelnemer dan wel een brancheorganisatie namens een deelnemer anders te behandelen dan de overige deelnemers aan de aanbestedingsprocedure. Volgens aanbesteder kan er worden getwist over de vraag of het netjes is om namens een deelnemer aan een aanbestedingsprocedure op te treden zonder dat aan de aanbestedende dienst te melden. Waar volgens aanbesteder echter niet over getwist kan worden, is dat het deelnemen aan een aanbestedingsprocedure – en het in dat kader stellen van vragen in de Nota van

Inlichtingen – gebonden is aan de in de aanbestedingsstukken vastgelegde regels. Het verontrust aanbesteder dat de brancheorganisatie thans door de Commissie in de gelegenheid wordt gesteld om opnieuw buiten het kader van de voor alle deelnemers aan de aanbestedingsprocedure geldende regels te handelen.

- 4.1.11. Aanbesteder verzoekt de Commissie om hem in staat te stellen alle deelnemers dan wel brancheorganisaties namens een deelnemer aan een aanbestedingsprocedure aan de voor die procedure geldende regels te houden. Aanbesteder verzoekt daarom de klacht van de brancheorganisatie terug te verwijzen naar het klachtenmeldpunt van aanbesteder. De mogelijkheid voor de brancheorganisatie om de klacht na een inhoudelijke reactie van het klachtenmeldpunt voor te leggen aan de Commissie blijft. Volgens aanbesteder wordt de brancheorganisatie dan wel de marktpartij namens wie zij optreedt noch de Commissie door deze handelswijze in enig belang geschaad, terwijl door terugverwijzing meer recht wordt gedaan aan de voor deze aanbesteding geldende regels.

4.2. Klachtonderdeel 2

- 4.2.1. Onder verwijzing naar de bij klachtonderdeel 1 genoemde argumenten stelt aanbesteder dat de Commissie ook klachtonderdeel 2 niet in behandeling kan nemen.
- 4.2.2. Subsidiair stelt aanbesteder zich op het standpunt dat klachtonderdeel 2 ongegrond is, op grond van de navolgende redenen.
- 4.2.3. Allereerst stelt aanbesteder dat zijn Klachtenreglement van toepassing is, ongeacht of deze van toepassing is verklaard in de aanbestedingsstukken. Aanbesteder wijst erop dat het Klachtenreglement – zoals alle geldende wet- en regelgeving - te raadplegen is op www.overheid.nl.
- 4.2.4. Voorts stelt aanbesteder dat het klachtenmeldpunt ondanks de niet-ontvankelijkheid van de klacht, juist vanwege het belang van een adequate werking van het klachtenmeldpunt, een zienswijze in haar tijdige advies heeft opgenomen. Die zienswijze van het klachtenmeldpunt was volgens aanbesteder in overeenstemming met het door klager gevraagde resultaat. Aanbesteder wijst erop dat het aanbestedingsteam deze zienswijze onverkort heeft gevolgd door de Selectieleidraad aan te passen en dat in de Nota van Inlichtingen te melden, zoals door klager verzocht.
- 4.2.5. Het verrast aanbesteder dat de brancheorganisatie aangeeft dat het aan het klachtenmeldpunt te wijten is dat aanbesteder pas op 5 september 2018 heeft geantwoord. Aanbesteder wijst erop dat de brancheorganisatie het volgende heeft aangegeven in haar brief van 26 juli 2018 (zie 1.5 hiervoor):

'Wij zien uw reactie met belangstelling tegemoet. Gelieve onze vragen en uw antwoorden op te nemen in de nota van inlichtingen.'

Aanbesteder merkt op dat het klachtenmeldpunt haar advies inclusief zienswijze reeds op 7 augustus 2018 aan de brancheorganisatie heeft toegezonden. Aanbesteder stelt dat het op de weg van de brancheorganisatie had gelegen om contact op te nemen met het klachtenmeldpunt als zij het niet eens was geweest met de zienswijze. Aanbesteder stelt dat de brancheorganisatie daartoe ook is uitgenodigd (zie 1.13 hiervoor).

- 4.2.6. Aanbesteder acht het weinig sportief dat het klachtenmeldpunt nu wordt verweten dat zij meer waarde hecht aan de formaliteit in haar klachtenprotocol dan aan mogelijk nadelige consequenties van het niet tijdig reageren op een aangemelde tekortkoming. Volgens aanbesteder heeft het klachtenmeldpunt zeer correct

gehandeld in reactie op een klager die zowel de bepalingen aangaande het indienen van vragen voor een nota van inlichtingen zoals opgenomen in de betreffende aanbestedingsstukken, als de bepalingen in het Klachtenreglement volledig aan zijn laars heeft gelapt.

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder op 17 juli 2018 een Europese niet-openbare procedure heeft aangekondigd voor een overheidsopdracht voor werken voor de realisatie van een haven. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en 2 van de Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit. Ook is het ARW 2016 op deze procedure van toepassing verklaard.
- 5.2. De Commissie zal zich allereerst uitlaten over de vraag of zij de onderhavige klacht in behandeling kan nemen. Zij overweegt in dat verband het volgende.
 - 5.2.1. Allereerst stelt aanbesteder zich op het standpunt dat de Commissie het eerste klachtonderdeel niet in behandeling dient te nemen omdat aanbesteder al volledig tegemoet is gekomen aan de op 26 juli 2018 door de brancheorganisatie bij haar ingediende klacht. Dit vergt een inhoudelijke beoordeling en is voor de Commissie geen reden om de klacht niet in behandeling te nemen, maar zou een reden kunnen zijn om het klachtonderdeel – na het in behandeling nemen daarvan – ongegrond te verklaren.
 - 5.2.2. Ten tweede heeft aanbesteder zich op het standpunt gesteld dat de Commissie het eerste klachtonderdeel op grond van artikel 9 lid 1 van haar Reglement niet in behandeling dient te nemen, omdat het bij de Commissie ingediende klachtonderdeel een nieuwe klacht betreft waarover nog niet eerder bij aanbesteder is geklaagd. De Commissie leest het eerste klachtonderdeel zoals dit bij haar is ingediend echter aldus, dat dit onderdeel reeds besloten lag in de klacht zoals de brancheorganisatie die op 26 juli 2018 bij aanbesteder heeft ingediend. In zoverre is naar het oordeel van de Commissie dan ook geen sprake van een nieuwe klacht.
 - 5.2.3. Ten derde heeft aanbesteder zich beroepen op artikel 7 lid 1 onder b van het Reglement van de Commissie. Daarin is bepaald dat een klacht bij de Commissie kan worden ingediend door brancheorganisaties van ondernemers die optreden namens één ondernemer of meerdere ondernemers die een opdracht willen verwerven, eventueel zonder de naam van de ondernemer(s) te vermelden. Aanbesteder heeft gesteld dat deze bepaling eraan in de weg staat dat de Commissie de onderhavige klacht in behandeling neemt, aangezien niet vast zou staan dat de brancheorganisatie optreedt namens één of meerdere ondernemers die de opdracht willen verwerven.
 - 5.2.4. De Commissie heeft naar aanleiding van deze stelling van aanbesteder de brancheorganisatie verzocht te bevestigen dat zij optreedt namens één of meerdere ondernemers die de opdracht willen verwerven. Deze bevestiging heeft de Commissie vervolgens van de brancheorganisatie ontvangen. De in dat kader door de brancheorganisatie gegeven onderbouwing en toegezonden bewijsstukken hebben de Commissie ervan overtuigd dat de brancheorganisatie in de onderhavige klachtprocedure inderdaad optreedt namens één of meerdere ondernemers die de opdracht willen verwerven. De Commissie maakt de van de brancheorganisatie ontvangen onderbouwing en bewijsstukken niet bekend, gezien de mogelijkheid die artikel 7 lid 1 onder b van het Reglement van de Commissie aan ondernemers biedt om via een brancheorganisatie anoniem een klacht bij de Commissie in te dienen.

5.2.5. In de vierde plaats heeft aanbesteder gesteld dat het eerste klachtonderdeel geen concrete aanbesteding betreft. In dat kader voert aanbesteder aan dat de klacht weliswaar is ingediend met de onderhavige aanbestedingsprocedure als 'kapstok', maar feitelijk de wens van de brancheorganisatie betreft om 'eens helder in beeld te krijgen hoe de publicatieverplichtingen moeten worden toegepast'. Naar het oordeel van de Commissie is echter sprake van een klacht over een concrete aanbestedingsprocedure, die valt onder de definitie van het begrip "klacht" in artikel 1 onder c van het Reglement van de Commissie. Dat de behandeling van de klacht betekenis kan hebben voor andere aanbestedingsprocedures doet daar uiteraard niet aan af.

5.2.6. Ten slotte heeft aanbesteder gesteld dat de klacht niet in behandeling kan worden genomen omdat de brancheorganisatie zich niet aan de voor de aanbestedingsprocedure geldende regels zou hebben gehouden. Op grond van artikel 8, lid 3, van het Reglement van de Commissie dient een ondernemer of brancheorganisatie eventuele voorschriften omtrent het indienen van een klacht die in de aanbestedingsstukken zijn opgenomen in beginsel na te leven. Nu in de aanbestedingsstukken niet is bepaald dat het klachtenreglement van aanbesteder van toepassing is, kunnen de voorschriften uit dat klachtenreglement voor de Commissie geen grond opleveren de klacht niet in behandeling te nemen. De Commissie is ook overigens van oordeel dat een ondernemer of brancheorganisatie niet aan een klachtenreglement van een aanbestedende dienst is gebonden indien daar niet uitdrukkelijk naar is verwezen in de aanbestedingsstukken. De Commissie ziet dan ook geen reden om de klacht niet in behandeling te nemen.

5.3. Daarmee komt de Commissie toe aan behandeling van de klacht.

5.4. Klachtonderdeel 1

5.4.1. Alvorens tot een beoordeling van klachtonderdeel 1 over te gaan, geeft de Commissie eerst het toetsingskader weer.

5.4.2. In Richtlijn 2014/24/EU, meer in het bijzonder artikel 67 daarvan, is geen verplichting opgenomen om de gunningscriteria in de aankondiging bekend te maken. In de richtlijn wordt op diverse plaatsen gesproken over gunningscriteria die in de aankondiging van de opdracht of in andere aanbestedingsstukken worden vermeld.

5.4.3. In het formulier voor het aanmaken van een aankondiging van een opdracht in TED kan in het kader van de (nadere) gunningscriteria dan ook de volgende mogelijkheid worden aangevinkt:

'de in het bestek, in de uitnodiging tot inschrijving of tot onderhandeling of de in het beschrijvende document vermelde criteria'.

5.4.4. In artikel 2.115, lid 1, Aw 2012 is bepaald:

'De aanbestedende dienst die de economisch meest voordelige inschrijving vaststelt op basis van de beste prijs-kwaliteitverhouding, maakt in de aankondiging van de overheidsopdracht bekend welke nadere criteria hij stelt met het oog op de toepassing van dit criterium.'

5.4.5. In Tekst & Commentaar wordt naar aanleiding van artikel 2.115, lid 1, Aw 2012, onder meer, het volgende opgemerkt (G. 't Hart, T&C Aanbestedingsrecht, art. 2.115 Aw 2012, aant. 2):

'Met name bij aanbestedingsprocedures met voorselectie (waarvan de niet-openbare procedure het archetype is) heeft onderhavig lid gevolgen voor de

voorbereiding van de aanbestedingsprocedure, doordat het niet mogelijk is de overheidsopdracht aan te kondigen zolang de gunningssystematiek niet is uitgekristalliseerd.'

- 5.4.6. Ook in artikel 3.6.2 ARW 2016 betreffende de niet-openbare procedure, is, onder meer, bepaald:

'Indien de aanbesteder het criterium 'beste prijs-kwaliteitverhouding' toepast, vermeldt de aanbesteder in de aankondiging welke nadere criteria hij stelt met het oog op de toepassing van dit criterium. (...).'

- 5.4.7. In de artikelsgewijze toelichting op, onder meer, artikel 3.6.2 ARW 2016 is vermeld:

'Dit artikel dient in samenhang met het bepaalde in artikel 2.4.9, 3.4.9, etc. te worden gelezen. Het biedt dus geen ruimte om het relatieve gewicht van de nadere criteria voor de bepaling van de beste prijs-kwaliteitverhouding pas op een later moment dan de bekendmaking van de aankondiging vast te stellen en kenbaar te maken.'

- 5.4.8. In artikel 3.6.5 ARW 2016 is bepaald:

'Indien volgens de aanbesteder om objectieve redenen geen weging mogelijk is, vermeldt de aanbesteder in de aankondiging of in de voor inschrijving relevante aanbestedingsstukken de nadere criteria in afnemende volgorde van belang.'

- 5.4.9. Ten slotte is in de artikelsgewijze toelichting op artikel 3.6.5 ARW 2016 vermeld:

'Dit artikel dient in samenhang met het bepaalde in artikel 2.4.9, 3.4.9, etc. te worden gelezen. Het biedt dus geen ruimte om de nadere criteria (in afnemende volgorde van belang) voor de bepaling van de beste prijs-kwaliteitverhouding pas op een later moment dan de bekendmaking van de aankondiging vast te stellen en kenbaar te maken.'

- 5.4.10. De Commissie zal nu overgaan tot de beoordeling van klachtonderdeel 1.

- 5.4.11. De Nederlandse wetgever is verder gegaan dan de Uniewetgever door in artikel 2.115, lid 1, Aw 2012 de verplichting op te nemen de nadere gunningscriteria in de aankondiging bekend te maken. In de wetsgeschiedenis is niet terug te vinden waarom de Nederlandse wetgever ter zake verder gaat dan de Uniewetgever. De Commissie ziet als reden voor de verplichting dat de nadere criteria reeds in de aankondiging van de opdracht moeten worden vermeld, dat potentiële inschrijvers op basis van de aankondiging moeten kunnen beoordelen of het voor hen de moeite waard is om tijd en energie te steken in het bestuderen van de aanbestedingsstukken. Zou de aankondiging bijvoorbeeld vermelden dat milieucriteria een rol spelen, dan kan een ondernemer die op dit punt weinig te bieden heeft meteen besluiten af te zien van deelname aan de aanbesteding.

- 5.4.12. De Commissie acht het eerste klachtonderdeel dan ook gegrond.

- 5.4.13. Ten overvloede merkt de Commissie nog het volgende op.

- 5.4.14. Steun voor het voorgaande oordeel kan ook worden gevonden in de volgende overweging van het Hof van Justitie EU in het Max Havelaar-arrest (HvJ EU 10 mei 2012, ECLI:EU:C:2012:284, C-368/10, Commissie/Nederland, r.o. 55):

‘Zoals de advocaat-generaal in punt 71 van haar conclusie heeft opgemerkt, kunnen met de in die bepaling bedoelde nadere inlichtingen over het bestek en de aanvullende stukken weliswaar bepaalde verduidelijkingen worden aangebracht en inlichtingen worden verstrekt, maar kan langs deze weg niet – zij het ook door correcties – de betekenis worden gewijzigd van de belangrijkste voorwaarden van de opdracht – waaronder de technische specificaties en de gunningscriteria – zoals die in het bestek zijn geformuleerd en waarop de belanghebbende marktdeelnemers zich rechtmatig hebben gebaseerd voor hun beslissing, een offerte voor te bereiden of juist van deelneming aan de betrokken aanbestedingsprocedure af te zien. Dat blijkt zowel uit het feit dat voormeld artikel 39, lid 2, de woorden „nadere inlichtingen” gebruikt als uit de korte termijn – zes dagen – die volgens die bepaling mag liggen tussen de mededeling van bedoelde nadere inlichtingen en de uiterste datum voor indiening van offertes.’

- 5.4.15. Wanneer het volgens het Hof niet toelaatbaar is om de gunningscriteria in de Nota van Inlichtingen te wijzigen, dan volgt daaruit ook dat die criteria niet pas bij Nota van Inlichtingen voor het eerst mogen worden vastgesteld, wat immers de facto op één lijn te stellen is met een wijziging (van onbepaald naar bepaald).
- 5.4.16. De brancheorganisatie heeft nog gesteld dat een reden waarom de nadere criteria in de aankondiging moeten worden vermeld, is te voorkomen dat een aanbestedende dienst, wetende welke ondernemers overwegen in te schrijven, de vaststelling van de gunningscriteria zou kunnen afstemmen op een door hem al dan niet gewenste ondernemer. Een dergelijke niet toelaatbare handelwijze zou zich inderdaad kunnen voordoen indien de nadere criteria niet in de aankondiging worden vermeld. In dit verband merkt de Commissie nog op dat het bij gebruik van commerciële digitale aanbestedingsplatforms voor de aanbestedende dienst mogelijk is te zien welke ondernemers de aanbestedingsstukken hebben opgevraagd.

5.5. Klachtonderdeel 2

- 5.5.1. De Commissie constateert dat dit onderdeel van de klacht zich richt tegen de (beveerdelijk gebrekkige) wijze waarop het klachtenmeldpunt van beklagde met de klacht is omgegaan. De Commissie beoordeelt het klachtonderdeel in lijn met haar Advies 197 (overweging 5.2), Advies 242 (overweging 5.8), Advies 287 (overweging 5.7) en Advies 388 (overweging 5.4), Advies 409 (overweging 6.8), Advies 426-I (overweging 5.4), Advies 451 (overweging 5.6) en Advies 467 (overweging 5.3) als volgt.

- 5.5.2. Art. 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.’

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

- 5.5.4. De Commissie zal dit klachtonderdeel derhalve niet in behandeling nemen.

- 5.5.5. De Commissie overweegt ten overvloede nog het volgende. Het voorgaande oordeel laat onverlet dat – voor zover een intern klachtenmeldpunt van een aanbestedende dienst een bij haar ingediende klacht afwijst – de Commissie zich bij de

behandeling van een klacht inhoudelijk zal kunnen uitlaten over de wijze waarop die afwijzing door dat klachtenmeldpunt is onderbouwd.

6. Advies

De Commissie acht onderdeel 1 van de klacht **gegrond** en neemt onderdeel 2 van de klacht niet in behandeling.

Den Haag, 21 december 2018

w.g.:

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

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

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid