

# Commissie van Aanbestedingsexperts

## Advies 526 | Samenvatting

De klacht ziet op een Europese openbare procedure voor een overheidsopdracht tot levering van een kleding inname automaat (KIA) en een kleding uitgifte automaat (KUA).

De klacht is gericht tegen het grote aantal knock-out-eisen en bepaalde knock-out-eisen in het bijzonder. Nu de ondernemer naar het oordeel van de Commissie onvoldoende proactief heeft gehandeld, acht de Commissie **alle klachtonderdelen ongegrond**.

De Commissie laat zich ten overvloede nog uit over de afzonderlijke 11 klachtonderdelen.

Uitgangspunt is dat een aanbestedende dienst in beginsel vrij is te bepalen wat hij wil inkopen. Daarbij zal hij zoveel mogelijk moeten aansluiten bij de in de markt gehanteerde standaarden of zijn eisen functioneel moeten specificeren.

In beginsel mag een aanbestedende dienst bovendien vragen om maatwerk, mits hij de eisen dan zoveel mogelijk functioneel specificiert. Het uitvragen van maatwerk in een concrete aanbestedingsprocedure wordt naar het oordeel van de Commissie echter problematisch indien de markt dat maatwerk niet eenvoudig kan realiseren. Indien in een dergelijk geval slechts enkele ondernemingen in staat zijn aan (een combinatie van) maatwerkeisen van die ene aanbestedende dienst te voldoen, zal al snel sprake kunnen zijn van eisen die niet meer in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht (zie artikel 1.10, lid 1, Aw 2012) en mogelijk zelfs van eisen waarmee de aanbestedende dienst de inschrijvers niet meer op gelijke en niet-discriminerende wijze behandelt (zie artikel 1.8 jo. artikel 2.75, lid 6, Aw 2012). Daarvan zal nog sneller sprake zijn wanneer in een dergelijk geval bovendien slechts één onderneming in staat is aan die (combinatie van) maatwerkeisen te voldoen, zeker wanneer blijkt dat die eisen, in strijd met de geldende regels, zijn toegeschreven naar die onderneming (zie artikel 2.76 lid 3 Aw 2012).

De in het kader van klachtonderdelen 2, 3, 6, 8 en 9 betreffende specifieke knock-out-eisen zijn naar het oordeel van de Commissie niet in strijd met het transparantie- of proportionaliteitsbeginsel.

### Klachtonderdeel 1

Naar het oordeel van de Commissie is de knock-out-eis dat alle onderdelen van de KIA en KUA tot 15 jaar na oplevering van het systeem naleverbaar moeten zijn, onvoldoende transparant.

### Klachtonderdeel 4

Dit klachtonderdeel betreft een knock-out-eis waarin is bepaald dat de ophoging van het krediet van de gebruiker bij het inleveren van kleding op de smartcard geregistreerd moet worden. De aanbesteder heeft aangegeven dat het doel van deze eis is dat zijn medewerkers na het inleveren van vuile kleding weer krediet hebben om gebruik te kunnen maken van de KUA. Het is ook denkbaar dat in deze behoefte van de aanbesteder wordt voorzien op een wijze waarbij de smartcard enkel wordt gebruikt als identificatiemiddel en dat het krediet niet op de smartcard maar op de KIA en KUA wordt geregistreerd. De aanbesteder heeft geen reden

gegeven waarom hij deze mogelijkheid zou willen uitsluiten. Daarmee houdt deze eis naar het oordeel van de Commissie onvoldoende verband met het voorwerp van de opdracht en is deze niet proportioneel.

#### Klachtonderdeel 5

Dit klachtonderdeel betreft een knock-out-eis waarin is bepaald dat alle kledingstukken die langer dan 60 dagen in het systeem hangen, met één druk op de knop uitgenomen moeten kunnen worden. Naar het oordeel van de Commissie is deze eis niet proportioneel. Kennelijk staat het de aanbesteder voor ogen dat kledingstukken die al lang in het systeem hangen eenvoudig uitgenomen moeten kunnen worden. De aanbesteder heeft onvoldoende duidelijk gemaakt waarom het voor hem zo belangrijk is dat dat met één druk op de knop mogelijk moet zijn.

#### Klachtonderdeel 7

Dit klachtonderdeel betreft een knock-out-eis waarin is bepaald dat de gebruiker bij de KUA geen extra handelingen hoeft te verrichten, wat onder meer betekent dat deuren of knoppen bij het uitgifteluik of -loket niet zijn toegestaan. Nu de aanbesteder voor het stellen van deze knock-out-eis geen andere goede grond heeft aangevoerd dan de gewenste doorstroomsnelheid en die wens reeds wordt afgedekt door een andere knock-out-eis, houdt deze knock-out-eis naar het oordeel van de Commissie onvoldoende verband met het voorwerp van de opdracht en is deze eis niet proportioneel.

#### Klachtonderdeel 10

De ondernemer heeft gesteld dat in het Programma van Eisen 168 knock-out-eisen zijn gesteld en dat het aantal en de inhoud van de gestelde knock-out-eisen de mededinging zodanig beperken dat – gelet op het beperkte aantal leveranciers dat in staat is een KIA/KUA te leveren – geen enkele dan wel slechts een enkele leverancier in staat is aan deze eisen te voldoen. Nog daargelaten dat ondernemer onvoldoende heeft onderbouwd dat slechts enkele leveranciers of één leverancier aan alle eisen kunnen c.q. kan voldoen, is de Commissie ook overigens van oordeel dat het stellen van een hoog aantal knock-out-eisen de aanbestedingsprocedure nog niet per definitie disproportioneel maakt.

#### Klachtonderdeel 11

Naar het oordeel van de Commissie heeft de ondernemer de klacht dat de aanbesteder met de onderhavige procedure niet zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen realiseert in de zin van artikel 1.4, lid 2, Aw 2012 onvoldoende onderbouwd.

Ten overvloede merkt de Commissie nog op dat kan worden betwijfeld of de aanbesteder met de onderhavige procedure zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen in de zin van artikel 1.4, lid 2, Aw 2012 realiseert, nu bij de beoordeling van de klachtonderdelen 1, 4, 5 en 7 is gebleken dat de aanbesteder op diverse aspecten in strijd heeft gehandeld met de beginselen van transparantie en proportionaliteit.

#### Aanbeveling

Ten slotte beveelt de Commissie ondernemingen aan om eventuele opmerkingen en vragen tijdig bij de aanbestedende dienst in te dienen. Dit vergroot de kans dat de aanbestedende dienst aan eventuele bezwaren tegemoet komt en daarmee zou in een vroeg stadium veel kou uit de lucht kunnen worden genomen.

# Commissie van Aanbestedingsexperts

## Advies 526

### 1. Feiten

- 1.1. Aanbesteder heeft op 5 december 2018 een Europese openbare procedure aangekondigd voor een overheidsopdracht tot levering van een kleding inname automaat (KIA) en een kleding uitgifte automaat (KUA).
- 1.2. In de Aanbestedingsleidraad van 5 december 2018 is, onder meer, het volgende bepaald:

#### '1 INLEIDING

(...)

#### 1.4 Doelstelling van de aanbesteding

De doelstelling van de aanbesteding is: het selecteren en contracteren van één (1) Opdrachtnemer voor het leveren van Kleding Inname Automaat (KIA) en Kleding Uitgifte Automaat (KUA). De KIA/KUA voldoet aan de gestelde kaders die gesteld zijn in de aanbestedingsleidraad en bijgevoegde bijlagen.

De doelstelling van het project is: binnen de gestelde projectplanning dient het KIA/KUA systeem vervangen te zijn die voldoet aan de laatste nieuwe specificaties en voorzien is van recente software om de continuïteit van de kledinginname en kledinguitgifte te waarborgen. Hierbij geldt dat de kledingdrager niet mag misgrijpen. Met misgrijpen worden alle vormen van het niet in een keer de juiste maat, de juiste kleding per drager, het juiste tegoed, kleding zonder slijtage en zonder vlekken bedoeld.

(...)

#### 1.9 Het stellen van vragen

Indien u vragen heeft en/of inlichtingen wenst te ontvangen over onderhavige aanbesteding, inclusief de ter beschikking gestelde documenten, dan dient u deze in te dienen via de 'Vraag & Antwoord' module zoals opgenomen op het Negometrix platform. (...) Uitsluitend vragen die zijn ingediend via het Negometrix platform worden in behandeling genomen.

#### 1.10 Nota van Inlichtingen

De Nota van Inlichtingen wordt verstrekt door middel van het publiceren en beantwoorden van de gestelde vragen op het Negometrix platform. (...)

(...)

#### 1.14 Overige bepalingen

(...)

#### Waarschuwingsplicht

Deze aanbestedingsleidraad is met de grootst mogelijke zorgvuldigheid samengesteld. Desondanks kunnen er toch onduidelijkheden c.q. onvolkomenheden c.q. tegenstrijdigheden in deze documenten voorkomen. [Naam andere organisatie]

verwacht een proactieve houding van de inschrijver, hetgeen betekent dat de inschrijver eventuele onduidelijkheden c.q. onvolkomenheden c.q. tegenstrijdigheden in de aanbestedingsdocumenten zo spoedig mogelijk aan [Naam andere organisatie] moeten melden en wel op een zodanig moment dat deze onduidelijkheden c.q. onvolkomenheden c.q. tegenstrijdigheden nog ongedaan kunnen worden gemaakt. Na het verstrijken van de uiterste termijn waarbinnen de inschrijvingen moeten zijn ingediend kunnen de inschrijvers geen bezwaar meer maken tegen eventuele onduidelijkheden c.q. onvolkomenheden c.q. tegenstrijdigheden in de aanbestedingsdocumenten. Derhalve verwerken inschrijvers hun recht om na de (voorlopige) selectiebeslissing c.q. afwijzingsbeslissing alsnog bezwaar te maken tegen (de gevolgen van) eventuele schendingen van het (aanbestedings)recht, voor zover daarvan sprake zou zijn in de aanbestedingsdocumenten, en worden de inschrijvers geacht onverkort en onvoorwaardelijk met de inhoud van die documenten te hebben ingestemd. (...)

### 3 GUNNINGSCRITERIA

(...)

#### 3.1 Gunning

(...)

#### **Economisch Meest Voordelige Inschrijving op basis van de beste prijs-kwaliteitverhouding**

(...)

Uit onderstaande tabel blijkt dat de Economisch Meest Voordelige Inschrijving op basis van de beste prijs-kwaliteitverhouding wordt bepaald aan de hand van de factoren 'prijs' en 'kwaliteit', waarbij de factor 'prijs' meeweegt voor 25% en de factor 'kwaliteit' voor 75%.

	<b>Prijs/kwaliteit verhouding</b>		<b>Weging</b>
	Total Cost of Ownership (TCO)	<b>prijs</b>	25%
	Programma van Eisen	Knock-out	-
	Programma van Wensen (Gunningscriteria)	<b>kwaliteit</b>	75%

(...)

#### 3.2 Programma van Eisen

De eisen in het Programma van Eisen (PvE), zijn terug te vinden in Negometrix en worden niet beoordeeld. Inschrijver dient aan **alle** eisen te voldoen. Indien Inschrijver niet aan één of meer eisen kan voldoen, wordt Inschrijver uitgesloten van inschrijving (knock-out). (...)

1.3. In het Programma van Eisen is, onder meer, bepaald:

##### '2.1 Algemeen

(...)

#### 2.1.6. KO

Q: Alle onderdelen van zowel de KIA als de KUA zijn naleverbaar tot 15 jaar na oplevering van het systeem.

(...)

#### 2.1.14 KO

Q: De KIA en KUA dient uiterlijk 9-12-2019 gebruiksklaar opgeleverd te zijn. De testperiode door Opdrachtnemer dient voor deze deadline te hebben plaatsgevonden. (Technische) mankementen en kinderziektes zijn dan volledig verholpen.

#### 2.1.15 KO

Q: Opdrachtnemer dient zich te conformeren aan de strokenplanning, conform bijlage 19.

(...)

### 2.2 Inname stations (KIA)

(...)

#### 2.2.8 KO

Q: De medewerker kan bij het inleveren van vuile of defecte kleding met een druk op de knop melden dat/wat er aan de hand is met het betreffende kledingstuk die uitkomst bij de wasserij.

#### 2.2.9 KO

Q: Het krediet op de smartcard wordt na inworp vuile kleding KIA bij medewerker onmiddellijk opgehoogd.

(...)

### 2.3. Uitgifte stations (KUA)

#### 2.3.1 KO

Q: De KUA dient te beschikken over ten minste 6 uitgiftepunten.

(...)

#### 2.3.13 KO

Q: Alle kledingstukken die langer dan 60 dagen in het systeem hangen, kunnen met 1 druk op de knop, uitgenomen worden. Dit aantal dagen dient handmatig in te stellen te zijn door [Aanbesteder].

(...)

#### 2.3.15 KO

Q: Wachtrijen moeten vermeden worden. Voor alle uitgiftestations geldt dat de uitgiftesnelheid hoog genoeg is om een gebruiker binnen 10 seconden van een kledingstuk te voorzien. Het betreft hier niet de technische uitgifte snelheid van de KUA.

#### 2.3.16 KO

Q: De gebruiker dient geen extra handelingen te verrichten bij de KUA (bijvoorbeeld geen deuren of knoppen bij het uitgifte luik/loket).

(...)

#### 2.3.18 KO

Q: Na een geslaagde uitgifte worden de uitgegeven kledingstukken in mindering gebracht op het krediet van de medewerker.

(...)

#### 2.3.20 KO

Q: Kledingstukken mogen niet uit het KUA station vallen.

(...)

### 2.5. **Beheerssoftware (functionele eisen)**

#### 2.5.1. KO

Q: 2.5.1. Het krediet moet door de gebruiker opvraagbaar zijn bij het aanmeldscherm van de KUA.

(...)

#### 2.5.4. KO

Q: 2.5.4. De medewerker van [Aanbesteder] moet door middel van de smartcard reader geïdentificeerd worden ten aanzien van de KIA /KUA.

(...)

#### 2.5.7 KO

Q: Het dient mogelijk te zijn op de schermen van de identificatiepunten algemene meldingen te plaatsen, die door [Aanbesteder] handmatig ingevoerd kunnen worden.

#### 2.5.8 KO

Q: Bij storings dienen (storings)meldingen te worden getoond op de schermen van de identificatiepunten in de Nederlandse en Engelse taal.'

1.4. Ondernemer heeft op 10 januari 2019 een brief gestuurd aan aanbesteder waarin hij aangeeft zich terug te trekken uit de aanbestedingsprocedure omdat hij niet kan voldoen aan knock out-eis 2.3.16 (de gebruiker dient geen extra handelingen te verrichten bij de KUA, bijvoorbeeld geen deuren of knoppen bij het uitgifte luik/loket) uit het Programma van Eisen.

1.5. Aanbesteder heeft op 17 januari 2019 in een brief aan ondernemer laten weten geen vragen te hebben ontvangen over deze knock out-eis en heeft ondernemer op de mogelijkheid gewezen alsnog een vraag over deze eis in te dienen en dat deze vragen uiterlijk op maandag 21 januari 2019 om 10.00 uur konden worden ingediend.

1.6. Ondernemer heeft op 25 februari 2019 de volgende brief aan aanbesteder gestuurd:

'Bijgaand treft u punten uit uw aanbestedingsdocument waarvan de vraagstelling in KO-eisen disproportioneel of niet onder verantwoordelijkheid van de opdrachtnemer kunnen vallen.

Ik verzoek u kennis te nemen van de door mij opgesomde punten en de u aangeboden installatie na inbedrijfstelling te beoordelen op deze zaken. Naleving van de aanbestedingswet lijkt mij in dit opzicht essentieel.

Bijgevoegd wat jurisprudentie over het onderwerp KO-eis.

Ik hoor graag of u er in geslaagd bent een partij te vinden die aan al uw KO-eisen kan voldoen.

#### 2.1.6.

In dit artikel wordt middels een KO-eis gevraagd om onderdelen 15 jaar na oplevering nog te kunnen leveren.

In de installatie worden onderdelen gebruikt die wij betrekken van toeleveranciers, de keuze van deze leveranciers hebben wij zorgvuldig gemaakt, een aantal voorbeelden (...).

Als één van deze leveranciers een jaar na oplevering van de machine een bepaald onderdeel uit de productie neemt, heeft hij volgens Europese regelgeving de verplichting dit onderdeel nog 10 jaar na te kunnen leveren, er is dus geen fabrikant van installaties die de door u gewenste garantie kan geven.

#### 2.1.14.

In het artikel wordt een gegarandeerde oplevering gevraagd.

Het proces voor het vervangen van de huidige installatie ziet er als volgt uit:

De oude machine wordt gedemonteerd en verwijderd.

Hierna worden er bouwkundige aanpassingen gedaan (door derde), de infrastructuur wordt aangepast, elektra, netwerk, perslucht (door derde).

Hierna kan de installateur van de uitgiftemachine beginnen met het opbouwen van de installatie.

De deadline wordt gesteld aan de leverancier van de uitgifte installatie.

Gezien de combinatie van verantwoordelijkheden kan deze niet als KO-eis bij de leverancier van de uitgifte installatie worden neergelegd.

#### 2.2.8.

Hier wordt om een communicatie met de wasserij gevraagd.

Een dergelijke communicatie komt tot stand door een samenwerking van de leverancier van de uitgiftemachine en de wasserij. De KO-eis kan niet éézijdig bij de leverancier van de uitgiftemachine worden neergelegd dit omdat hij niet de enige verantwoordelijke is voor dit project.

#### 2.2.9.

Hier vraagt u om krediet optimalisatie op de smartcard.

De kredieten worden niet bijgehouden op een smartcard, een smartcard is slechts een legitimatiemiddel dit is dus technisch niet mogelijk en kan niet in een KO-eis worden gevraagd.

#### 2.3.13.

Hier vraagt u om kleding die langer dan 60 dagen in het uitgiftesysteem hangt met een druk op de knop te kunnen uitnemen.

Door de structuur van de software is het praktisch onmogelijk dat kleding langer in onze machine hangt, het geeft buiten de spits altijd het oudste kledingstuk uit. Met een superpas kan de kleding waar bijvoorbeeld geen gebruik op is worden uitgenomen. De vraagstelling laat geen ruimte voor een dergelijke omschrijving die niet zoals gevraagd maar toch voor een goede oplossing zorgt.

#### 2.3.15.

U zegt hier dat een gebruiker binnen 10 seconden een kledingstuk moet krijgen, hier mag niet gerekend worden met de technische uitgiftetijd.

Het uitgeven van kleding is een combinatie van aanmelden aan het systeem, keuze maken van gewenste kleding, door de machine beschikbaar stellen van kleding en het uitnemen van kleding.

Aanmelden, keuze maken, uitnemen zijn menselijke handelingen, de tijd van het uitvoeren van deze handelingen is afhankelijk van de kledingdrager. Het totaal kan dus nooit in een KO-eis bij de leverancier van het uitgiftesysteem worden neergelegd.

#### 2.3.16.

U stelt hier dat bij de uitgiften geen deuren, knoppen, luiken, loketten mogen zitten, wij hebben een motivatie om dit wel te hebben.

U heeft een marktonderzoek gedaan waarbij u ook één van onze installaties heeft bezocht en het u opgevallen moet zijn dat wij dit hebben.

Waarom nodigt u ons uit om mee te doen aan de aanbesteding als u in een KO-eis aangeeft dat dit niet is toegestaan.

#### 2.3.20.

Hier stel u in een KO-eis dat kleding niet uit de KUA mag vallen.

Kledingstukken vallen door een transportfout in het systeem of door een kromme hanger of slechte kledinghanger, ook als het kledingstuk slecht is opgehangen op de kledinghanger kan dit gebeuren.

Het zal duidelijk zijn dat alleen de transportfout voor rekening van de leverancier van het uitgiftesysteem komt, dit kunt u dus niet in een KO-eis bij de machineleverancier neerleggen.

#### 2.5.7.

Natuurlijk kunt u eisen dat het aanmeldscherm meldingen van algemene aard toont.

Wij hebben er bewust voor gekozen dit niet op het scherm te tonen omdat lezen van boodschappen vertragend werkt. Hiervoor hebben wij een informatiescherm dat centraal in de ruimte geplaatst wordt, dit eisen en geen ruimte laten voor een alternatief dat mogelijk beter is, is mijns inziens disproportioneel.

#### 2.5.8.

U vraagt hier middels een KO-eis meldingen als storingen of meldingen te tonen op het identificatiescherm. Dit doen wij ook op het informatiescherm.

De eis en geen ruimte laten voor een mogelijk beter alternatief is mijns inziens disproportioneel.'

- 1.7. De advocaat van ondernemer heeft op 18 maart 2019 de volgende brief aan aanbesteder gezonden:

'Kern van de bezwaren van [Ondernemer] is dat een groot aantal van de in totaal 168 knock-outeisen disproportioneel is. Cliënte heeft u daarover aangeschreven middels haar brieven van 10 januari en februari jl.

De bezwaren betreffen onder meer de verantwoordelijkheid voor risico's waarop de leverancier van de KIA/KUA geen invloed kan uitoefenen en die beter door de aanbestedende dienst dan door de inschrijver kunnen worden beheerst, alsmede tal van technische specificaties die naar de overtuiging van [Ondernemer] onvoldoende verband houden met het voorwerp van de opdracht. De gestelde knock-outeisen beperken, mede gezien de hoeveelheid eisen, de mededinging zodanig dat – gelet op het beperkte aantal leveranciers dat in staat is een KIA/KUA te leveren – geen enkele dan wel slechts een enkele leverancier in staat is aan deze eisen te voldoen.

[Ondernemer] heeft u al eerder bericht dat ten aanzien van een door haar steekproefsgewijs weergegeven aantal knock-outeisen tal van alternatieve oplossingen voorstelbaar zijn die gelijkwaardig zijn, maar waarvoor in het bestek geen ruimte



wordt gelaten. [Ondernemer] houdt er rekening mee dat de aanbesteding naar een bepaalde leverancier is toegeschreven.

Door middel van dit schrijven bericht ik u hierover als volgt.

[Ondernemer] moet in de eerste plaats vaststellen, zoals zij u reeds eerder heeft bericht, dat de aanbesteding onvoldoende zorgvuldig is voorbereid. Er is, zo blijkt, onvoldoende marktonderzoek gedaan om vast te kunnen stellen welke eisen aan de KIA/KUA redelijkerwijs kunnen worden gesteld, op een manier die voldoende ruimte laat voor daadwerkelijke mededinging.

In de tweede plaats stel [Ondernemer] zich op het standpunt dat de eisen die door [Ondernemer] in haar brieven zijn bestreden, disproportioneel zijn. (...)

In de derde plaats merkt [Ondernemer] op dat [hij] erop zal toezien dat de door u te selecteren leverancier daadwerkelijk aan alle knock-outeisen voldoet. Indien [Ondernemer] vaststelt dat hieraan niet wordt voldaan, zal [Ondernemer] verlangen dat u gepaste maatregelen neemt om nakoming te verzekeren, dan wel de overeenkomst te ontbinden. Indien u nalaat de gestelde knock-outeisen strikt te handhaven, moet [Ondernemer] vaststellen dat er sprake is van een wezenlijke wijziging van de opdracht, wat – daarmee veronderstel ik u bekend – in strijd is met het aanbestedingsrecht.'

Het staat u uiteraard vrij de aanbesteding in te trekken en, na wijziging van de opdracht, tot heraanbesteding over te gaan. (...)'

- 1.8. De advocaat van ondernemer heeft op 25 maart 2019 nog een brief aan aanbestedder gestuurd. Hierin zijn de bezwaren uit de eerdere brief van 18 maart 2019 herhaald. Per knock-out-eis worden de volgende bezwaren van ondernemer weergegeven, gevolgd door een samenvatting:

'K.O.-eis 2.1.6

*Eis:* alle onderdelen van zowel de KIA als de KUA zijn tot 15 jaar na oplevering van het systeem naleverbaar.

*Visie van [Ondernemer]:* de leveranciers van een kledingautomaat zijn voor de nalevering van reserve-onderdelen afhankelijk van de fabrikanten. Deze hanteren doorgaans een naleveringstermijn van 10 jaar. Het is niet mogelijk die termijn te beïnvloeden. Deze eis is daarmee disproportioneel.

K.O.-eis 2.1.14

*Eis:* de KIA en KUA dient uiterlijk 9-12-2019 gebruiksklaar opgeleverd te zijn. De testperiode door Opdrachtnemer dient voor deze deadline te hebben plaatsgevonden. (Technische) mankementen en kinderziekten zijn dan volledig verholpen.

*Visie van [Ondernemer]:* deze eis houdt geen rekening met de rol van de door [Aanbesteder] ingeschakelde bouwkundig aannemer en andere derden. De uitvoering en correcte coördinatie van deze werkzaamheden kan door de inschrijvers niet worden beïnvloed, nu zij – anders dan [Aanbesteder] – geen contractuele relatie hebben met genoemde derden. Via de K.O.-eis wordt de inschrijver echter wel onvoorwaardelijk verantwoordelijk gesteld voor een tijdige oplevering. [Ondernemer] acht dit disproportioneel. De risico's inzake het tijdig en correct presteren van genoemde derden kunnen immers beter door [Aanbesteder] worden beheerst dan door [Ondernemer].

Bovendien betwijfelt [Ondernemer] of de oplevertermijn onderwerp kan zijn van een K.O.-eis, nu de oplevertermijn geen kenmerk van het te leveren product betreft.

#### K.O.-eis 2.2.8

*Eis:* de medewerker kan bij het inleveren van vuile of defecte kleding met een druk op de knop melden dat/wat er aan de hand is met het betreffende kledingstuk die uitkomt bij de wasserij.

*Visie van [Ondernemer]:* deze eis veronderstelt een correct werkend communicatieprotocol tussen de KIA/KUA en de wasserij. Voor de totstandkoming en werking van het protocol is de inschrijver afhankelijk van de medewerking van de wasserij en de kwaliteit van de communicatieapparatuur. Daarop kan ondernemer geen invloed uitoefenen, reeds omdat ondernemer geen partij is bij het contract tussen aanbesteder en de wasserij. Deze eis gaat er dan ook aan voorbij dat het risico's inzake het correct presteren door de wasserij beter door aanbesteder kan worden beheerst dan door ondernemer, zodat de eis in zijn huidige vorm disproportioneel is.

#### K.O.-eis 2.2.9

*Eis:* deze eis spreekt over een krediet op de smartcard

*Visie van [Ondernemer]:* deze eis is technisch onjuist, omdat de smartcard zelf geen saldo bevat. De eis is daarmee in strijd met het transparantiebeginsel.

#### K.O.-eis 2.3.13

*Eis:* op grond van deze eis moet kleding die langer dan 60 dagen in het uitgifte-systeem hangt, met één druk op de knop worden uitgegeven.

*Visie van [Ondernemer]:* deze eis is begrijpelijk. Toch is het disproportioneel deze eis als K.O.-eis op te nemen. Met deze eis worden namelijk systemen zoals aangeboden door [Ondernemer] van deelname uitgesloten. Het systeem van [Ondernemer] kenmerkt zich erdoor dat kleding nooit langer dan 60 dagen in het systeem hangt. In uitzonderlijke gevallen – bijvoorbeeld indien een medewerker met een unieke kledingmaat de organisatie verlaat – is er reden om het kledingstuk met een separate handeling uit het systeem te nemen; dat geschiedt echter niet met één druk op de knop. Deze oplossing is echter, gezien de ratio van deze K.O.-eis, minimaal gelijkwaardig en zelfs beter dan hetgeen wordt geëist omdat over het geheel genomen minder handelingen noodzakelijk zijn dan wanneer van deze K.O.-eis wordt uitgegaan. In de regel zal immers zelfs de ene druk op de knop niet nodig zijn. Met een systeem zoals door [Ondernemer] aangeboden mag, gezien de K.O.-eis, echter niet worden ingeschreven.

#### K.O.-eis 2.3.15

*Eis:* op grond van deze eis geldt een uitgiftesnelheid van maximaal 10 seconden.

*Visie van [Ondernemer]:* de eis is disproportioneel. Zoals de eis zelf ook vermeldt, is het belang van deze eis gelegen in het voorkomen van wachtrijen. Het systeem dat [Ondernemer] aanbiedt, kent een uitgiftesnelheid van ongeveer 14 seconden. Het systeem kent echter meerdere uitgiftepunten, waardoor per saldo hetzelfde effect wordt bereikt: het vermijden van wachtrijen. Omdat die ratio dus op meerdere (gelijkwaardige) manieren kan worden bereikt, wordt daarvoor ten onrechte geen ruimte geboden en is de eis disproportioneel.

#### K.O.-eis 2.3.16

*Eis:* deze eis houdt in dat de gebruiker geen extra handelingen dient te verrichten bij de KUA, zoals het openen van een luik.

*Visie van [Ondernemer]:* de reden van het stellen van deze eis wordt niet gemotiveerd. De eis leidt echter wel tot uitsluiting van het systeem van [Ondernemer]. Het systeem van Ondernemer is in zoverre uniek, dat de uitgifte niet plaatsvindt vanaf de automaat via een glijstang naar het uitgiftepunt: de automaat bevindt zich direct achter de uitgiftewand. Het voordeel hiervan is een lager risico op vallende kledingstukken. Om gebruikers te beschermen tegen de bewegende onderdelen van de automaat, is het systeem voorzien van een (transparant) deurtje.

Zonder nadere toelichting valt niet in te zien waarom deze eis noodzakelijk is, temeer daar het systeem van [Ondernemer] door deze eis wordt uitgesloten. Het had in de rede gelegen deze (en andere) eisen niet te formuleren als K.O.-eis, maar te hanteren als (sub)gunningcriteria in het kader van de beoordeling van de gebruiksvriendelijkheid van de aangeboden systemen. Daarvan is ten onrechte afgezien. De eis is disproportioneel.

#### K.O.-eis 2.3.20

*Eis:* verlangd wordt dat kledingstukken niet uit het KUA-station mogen vallen.

*Visie van [Ondernemer]:* de eis houdt er geen rekening mee dat kledingstukken door meerdere oorzaken uit het systeem kunnen vallen. Bijvoorbeeld door schade aan de hanger of het slecht ophangen bij de wasserij. Inschrijvers hebben hierop geen invloed en kunnen dit risico niet beheersen, te minder nu niet zij maar [Aanbesteder] partij is bij de overeenkomst met de wasserij. De eis is niet realistisch en daarmee disproportioneel.

#### K.O.-eis 2.5.7 en 2.5.8

*Eis:* hier worden eisen gesteld aan mededelingen die kunnen worden getoond op de schermen van de identificatiepunten.

*Visie van [Ondernemer]:* deze eis is in strijd met een andere K.O.-eis, te weten de snelheid van uitgifte (10 seconden, inclusief de menselijke bijdrage [*knock-out-eis 2.3.15, toevoeging Commissie*]). Het op de schermen van de identificatiepunten tonen van andere dan strikt noodzakelijke en urgente mededelingen die de uitgifte rechtstreeks raken, leidt tot vertraging in de uitgiftesnelheid, die nu juist zo hoog mogelijk dient te zijn. Om die reden voorziet het systeem van ondernemer erin dat andere dan de meest noodzakelijke meldingen worden getoond op een separaat scherm in de aanlooproute naar de KIA/KUA. De eis dat de informatie moet worden getoond op de schermen van de uitgiftepunten houdt onvoldoende verband met de opdracht en is daarom disproportioneel.

### **Samenvatting**

Uit het voorgaande volgt dat cliënte de gestelde eisen in strijd acht met de beginselen van het aanbestedingsrecht:

1. de eisen zijn niet realistisch (naleveringstermijn onderdelen);
2. de eisen maken de inschrijver verantwoordelijk voor risico's die de aanbestedende dienst beter kan beheersen dan de inschrijver (vgl. Gids Proportionaliteit, voorschrift 3.9A);
3. het verwoorden van 168 K.O.-eisen is op zichzelf reeds disproportioneel;
4. de hierboven besproken K.O.-eisen beperken de mededinging onnodig en houden onvoldoende verband met het voorwerp van de opdracht (vgl. artikel 2.75 lid 2 en artikel 2.76 lid 3 Aanbestedingswet);
5. de eisen zijn foutief beschreven;
6. de eisen zijn onderling tegenstrijdig.

De klachten sub 1 t/m 4 acht [Ondernemer] in strijd met het proportionaliteitsbeginsel; de klachten sub 5 en 6 in strijd met het transparantiebeginsel.

(...) [Ondernemer] verneemt in dit kader graag hoe u deze klachten betreft bij volgende aanbestedingen.'

- 1.9. Aanbesteder heeft op 2 april 2019 de volgende reactie aan de advocaat van ondernemer gestuurd:

'In de brief van 10 januari jl. heeft [Ondernemer] ons laten weten zich terug te trekken uit de aanbestedingsprocedure. Het bevreemdt ons dat wij na dit besluit

van [Ondernemer] nog verdere correspondentie hebben ontvangen. Desondanks nemen wij uw schrijven van 25 maart 2019 in behandeling.

Hieronder gaan wij separaat in op de knock-outeisen die voor [Ondernemer] bezwaren opleveren.

K.O. eis 2.1.6

Eis: *"Alle onderdelen van zowel de KIA als de KUA zijn naleverbaar tot 15 jaar na oplevering van het syteem."*

Onderbouwing eis [Aanbesteder]: Deze eis is volgens [Aanbesteder] niet disproportioneel. De technische levensduur van KIA-/KUA systemen overschrijden namelijk de termijn van 10 jaar ruimschoots. De huidige KIA/KUA van [Aanbesteder] is al vanaf 2005 in gebruik. [Aanbesteder] vindt het dan ook van belang dat de toekomstige KIA-/KUA systemen, ook in het kader van duurzaamheid, indien nodig door vervanging van onderdelen, voor een periode van tenminste 15 jaar in werking kunnen blijven. Ook vanuit operationeel oogpunt bezien is het kleding in- en -uitgifteproces een proces binnen [Aanbesteder] dat niet verstoord kan en mag worden, doordat er geen onderdelen meer leverbaar zijn. Het stilstaan van de KIA/KUA systemen is eenvoudigweg geen optie.

K.O. eis 2.1.14

Eis: *"De KIA en KUA dient uiterlijk 9-12-2019 gebruiksklaar opgeleverd te zijn. De testperiode door Opdrachtnemer dient voor deze deadline te hebben plaatsgevonden. (Technische) mankementen en kinderziektes zijn dan volledig verholpen."*

Onderbouwing eis [Aanbesteder]: In eis 2.1.15 heeft [Aanbesteder] een strokenplanning opgenomen. In deze strokenplanning zijn zowel de werkzaamheden vanuit [Aanbesteder] als de werkzaamheden van de leverancier opgenomen. Zoals [Ondernemer] in de planning heeft kunnen zien, heeft [Aanbesteder] wel degelijk rekening gehouden met de ingeschakelde bouwkundige aannemers en andere derden. Er is dan ook geen eis opgenomen voor de leverancier met betrekking tot de coördinatie van de totale verbouwing. [Aanbesteder] heeft ruimschoots ervaring met het coördineren van bouwprojecten. Derhalve heeft dit geleid tot bijgevoegde planning. In deze planning zijn ook termijnen opgenomen voor de leverancier van de KIA-/KUA systemen. De leverancier van de KIA-/KUA systemen is verantwoordelijk voor zijn eigen onderdeel van de planning. Deze eis is dan ook niet disproportioneel.

K.O. eis 2.2.8

Eis: *"De medewerker kan bij het inleveren van vuile of defecte kleding met een druk op de knop melden dat/wat er aan de hand is met het betreffende kledingstuk die uitkomst bij de wasserij."*

Onderbouwing eis [Aanbesteder]: De visie van [Ondernemer] reikt verder dan het gestelde in de eis. De leverancier van de KIA-/KUA systemen is alleen verantwoordelijk voor zijn onderdeel van het proces, zoals ook letterlijk benoemd in de eis "het aanbieden van een knop waarmee bij het inleveren van vuile of defecte kleding een melding kan worden gemaakt dat betrekking heeft op het betreffende kledingstuk". Uiteindelijk zal dit kledingstuk bij de wasserij terecht komen en zal de chip door de wasserij worden uitgelezen.

K.O. eis 2.2.9

Eis: *"Het krediet op de smartcard wordt na inworp vuile kleding KIA bij medewerker onmiddellijk opgehoogd."*

Onderbouwing eis [Aanbesteder]: het gaat er bij deze eis met name om dat de interne klant van [Aanbesteder] na het inleveren van vuile kleding weer krediet heeft om gebruik te kunnen maken van de KUA. [Aanbesteder] heeft deze eis functioneel beschreven. Uw opmerking met betrekking tot het transparantiebeginsel delen wij dan ook niet.

#### K.O. eis 2.3.13

Eis: *"Alle kledingstukken die langer dan 60 dagen in het systeem hangen, kunnen met 1 druk op de knop, uitgenomen worden. Dit aantal dagen dient handmatig in te stellen te zijn door [Aanbesteder]."*

Onderbouwing eis [Aanbesteder]: Deze eis is opgenomen in het kader van hygiëne (o.a. door stofvorming) van de kleding om de patiëntveiligheid te kunnen borgen. [Ondernemer] onderschrijft dat deze eis begrijpelijk is. Wij delen uw mening niet dat deze eis disproportioneel is. Indien [Ondernemer] een minimaal gelijkwaardige of mogelijk een 'betere' oplossing had kunnen aanbieden, had het [Ondernemer] vrij gestaan hierover een vraag te stellen tijdens de vraag- en antwoordperiode. Van deze mogelijkheid heeft zij om [zijn] moverende redenen echter geen gebruik gemaakt.

#### K.O. 2.3.15

Eis: *"Wachtrijen moeten vermeden worden. Voor alle uitgiftestations geldt dat de uitgiftesnelheid hoog genoeg is om een gebruiker binnen 10 seconden van een kledingstuk te voorzien. Het betreft hier niet de technische uitgifte snelheid van de KUA."*

Onderbouwing eis [Aanbesteder]: [Aanbesteder] hecht groot belang aan de doorstroomsnelheid van de interne klanten, dit ook in verband met de beperkte ruimte welke beschikbaar is. Een vertraging van 4 seconden in combinatie met meerdere uitgiftestations, zorgt voor meer mensen in een beperkte ruimte voor een langere termijn. Dit is voor [Aanbesteder] niet acceptabel.

Tevens heeft [Aanbesteder] een marktconsultatie gedaan met meerdere partijen. Uit deze marktconsultatie blijkt dat de uitgiftesnelheid om een gebruiker binnen 10 seconden van een kledingstuk te voorzien voor vergelijkbare partijen wel haalbaar is.

#### K.O. 2.3.16

Eis: *"De gebruiker dient geen extra handelingen te verrichten bij de KUA (bijvoorbeeld geen deuren of knoppen bij het uitgifte luik/loket)."*

Onderbouwing eis [Aanbesteder]: Zoals ook in voorgaande onderbouwing aangegeven hecht [Aanbesteder] grote waarde aan de doorstroomsnelheid van de interne klant. Een extra handeling voor een gebruiker (bijvoorbeeld door deuren of knoppen) zorgt voor een vertraging in het uitgifteproces en is dus voor [Aanbesteder] niet acceptabel. Daarbij stond het [Ondernemer] vrij om de reden of een nadere toelichting te vragen inzake de gestelde eis. [Ondernemer] heeft hierover echter geen vragen gesteld tijdens de vraag- en antwoordperiode. Wij delen de mening van [Ondernemer] dan ook niet dat de eis disproportioneel is, mede doordat vergelijkbare partijen wel aan deze eis kunnen voldoen.

#### K.O. 2.3.20

Eis: *"Kledingstukken mogen niet uit het KUA station vallen."*

Onderbouwing eis [Aanbesteder]: Deze eis heeft betrekking op kledingstukken die niet uit het KUA systeem mogen vallen door het aangeboden systeem van de leverancier. Deze eis heeft dus betrekking op de invloedssfeer van de leverancier, hetgeen wel degelijk een realistische eis betreft. Schade aan de hanger of het slecht ophangen bij de wasserij valt buiten de invloedssfeer van de levering van het systeem. Ook hier had het [Ondernemer] vrij gestaan om vragen te stellen bij onduidelijkheid, maar daarvan heeft zij om [zijn] moverende redenen afgezien.

#### K.O. eis 2.5.7 en 2.5.8

Eis 2.5.7: *"Het dient mogelijk te zijn op de schermen van de identificatiepunten algemene meldingen te plaatsen, die door [Aanbesteder] handmatig ingevoerd kunnen worden."*

Eis 2.5.8: *“Bij storingen dienen (storings)meldingen te worden getoond op de schermen van de identificatiepunten in de Nederlandse en Engelse taal.”*

Onderbouwing eis [Aanbesteder]: De melding op het identificatiepunt geeft geen vertraging in de uitgiftesnelheid, aangezien de tijd van de uitgifte gaat lopen vanaf het moment dat de klant het kledingstuk geselecteerd heeft. Mogelijk zou de wachttijd bij de identificatiepunten wel kunnen oplopen. Echter wordt dit niet gesteld in bovengenoemde eisen. De genoemde eisen zijn dan ook niet in strijd met de K.O. eis 2.3.15. Uit de visie van [Ondernemer] blijkt dat [Ondernemer] de identificatiepunten verwisselt met de schermen van de uitgiftepunten. De eis dat de informatie moet worden getoond op de schermen van de uitgiftepunten is onjuist. Derhalve kan deze eis dan ook niet als disproportioneel worden benoemd.

Naast bovengenoemde terugkoppeling wil [Aanbesteder] nogmaals benadrukken dat de aanbesteding, waaronder het Programma van Eisen, met grote zorg is opgesteld. Tijdens de voorbereiding van de aanbesteding heeft [Aanbesteder] bewust leveranciers uit de markt benaderd en uitgenodigd (waaronder [Ondernemer]) om te komen tot een samenstelling van eisen waar [Aanbesteder] waarde aan hecht. De zienswijze van [Ondernemer], dat er onvoldoende marktonderzoek is gedaan om vast te kunnen stellen welke eisen aan de KIA/KUA-systemen redelijkerwijs gesteld kunnen worden, delen wij dan ook niet.

Daarbij heeft [Aanbesteder] meermaals aangegeven dat [Ondernemer] bij onduidelijkheden vragen had kunnen stellen tijdens de nota van inlichtingen, wellicht had [Aanbesteder] de onduidelijkheden dan al voortijdig weg kunnen nemen. Hiervan heeft [Ondernemer], na het meermaals aandringen van [Aanbesteder], evenwel geen gebruik gemaakt.

Samenvattend is [Aanbesteder] van mening dat de gestelde eisen realistisch zijn en de leverancier alleen verantwoordelijk wordt gehouden voor haar eigen leveringsomvang in het proces met betrekking tot de eisen. Het verwoorden van 168 K.O. eisen is volgens [Aanbesteder] niet disproportioneel. In vergelijkbare recente aanbestedingen worden minstens hetzelfde aantal K.O.'s gesteld of zelfs meer (zie TenderNed-kenmerk 26683, 180 K.O. eisen). De besproken K.O. eisen zijn met grote zorg samengesteld en houden rekening met de belangrijkste uitgangspunten van [Aanbesteder]. Uw stellingen dat de K.O. eisen de mededinging onnodig beperken en onvoldoende verband houden met het voorwerp van de opdracht delen wij dan ook niet. Ook het gestelde dat eisen foutief beschreven zijn en tegenstrijdig zijn onderschrijft [Aanbesteder] niet en is in de individuele separate onderbouwing weerlegd.

De klachten sub 1 t/m 4 van uw brief d.d. 25 maart 2019 die volgens [Ondernemer] in strijd zijn met het proportionaliteitsbeginsel en de klachten sub 5 en 6 die in strijd zijn met het transparantiebeginsel, zijn volgens [Aanbesteder] in het verleden daarvan dan ook eveneens onjuist.

Tevens wil [Aanbesteder] uw cliënte nog attenderen op de brief van d.d. 25 februari 2019 bijlage 3. In de brief van [Ondernemer] wordt verwezen naar jurisprudentie over het onderwerp K.O. eis, die ons inziens niet van toepassing is. [Ondernemer] geeft aan dat het gunnen van een opdracht aan een inschrijver wanneer niet voldaan is aan knock-outeisen in strijd met het beginsel van gelijke behandeling. Dat is hier niet aan de orde, aangezien de winnende inschrijver aan alle knock-outeisen voldoet. Daarnaast vermeldt [Ondernemer] jurisprudentie over uitsluitingsgronden. Ook deze is ons inziens niet aan de orde, aangezien het Programma van Eisen en de daarin vermelde knock-out criteria geen uitsluitingsgronden betreffen.

(...)

Wij verzekeren dat [Aanbesteder] zorg draagt voor adequaat toezicht op het naleven van het gestelde conform het programma van eisen.

[Aanbesteder] ziet geen aanleiding tot het intrekken van de aanbesteding.'

## **2. Beschrijving klacht**

De Commissie onderscheidt de volgende klachtonderdelen.

### 2.1. Klachtonderdeel 1

Knock-out-eis 2.1.6 (alle onderdelen van zowel de KIA als de KUA zijn naleverbaar tot 15 jaar na oplevering van het systeem) is disproportioneel en niet realistisch.

### 2.2. Klachtonderdeel 2

Knock-out-eis 2.1.14 (de KIA en KUA dient uiterlijk 9-12-2019 gebruiksklaar opgeleverd te zijn) is in strijd met het proportionaliteits- en het transparantiebeginsel.

### 2.3. Klachtonderdeel 3

Knock-out-eis 2.2.8 (de medewerker kan bij het inleveren van vuile of defecte kleding met een druk op de knop melden dat/wat er aan de hand is met het betreffende kledingstuk die uitkomt bij de wasserij) is in strijd met het proportionaliteits- en het transparantiebeginsel.

### 2.4. Klachtonderdeel 4

Knock-out-eis 2.2.9 (het krediet op de smartcard wordt na inworp vuile kleding KIA bij medewerker onmiddellijk opgehoogd) is in strijd met het transparantiebeginsel.

### 2.5. Klachtonderdeel 5

Knock-out-eis 2.3.13 (alle kledingstukken die langer dan 60 dagen in het systeem hangen, kunnen met 1 druk op de knop uitgenomen worden) is in strijd met het proportionaliteitsbeginsel.

### 2.6. Klachtonderdeel 6

Knock-out-eis 2.3.15 (wachtrijen moeten vermeden worden. Voor alle uitgiftestations geldt dat de uitgiftesnelheid hoog genoeg is om een gebruiker binnen 10 seconden van een kledingstuk te voorzien. Het betreft hier niet de technische uitgifte snelheid van de KUA) is in strijd met het proportionaliteitsbeginsel.

### 2.7. Klachtonderdeel 7

Knock-out-eis 2.3.16 (de gebruiker dient geen extra handelingen te verrichten bij de KUA, bijvoorbeeld geen deuren of knoppen bij het uitgifte luik/loket) is in strijd met het proportionaliteitsbeginsel.

2.8. Klachtonderdeel 8

Knock-out-eis 2.3.20 (kledingstukken mogen niet uit het KUA station vallen) is in strijd met het proportionaliteits- en transparantiebeginsel.

2.9. Klachtonderdeel 9

Knock-out-eis 2.5.7 (het dient mogelijk te zijn op de schermen van de identificatiepunten algemene meldingen te plaatsen, die door aanbesteder handmatig ingevoerd kunnen worden) en knock-out-eis 2.5.8 (bij storingen dienen (storings)meldingen te worden getoond op de schermen van de identificatiepunten in de Nederlandse en Engelse taal) zijn in strijd met het proportionaliteits- en het transparantiebeginsel.

2.10. Klachtonderdeel 10

Het stellen van 168 knock-out-eisen is op zichzelf reeds disproportioneel, nu elke knock-out-eis de mededinging op zichzelf reeds beperkt of kan beperken.

2.11. Klachtonderdeel 11

Aanbesteder draagt onvoldoende zorg voor het leveren van zoveel mogelijke maatschappelijke waarde voor de publieke middelen door het hoge aantal gestelde knock-out-eisen en de inhoud daarvan (artikel 1.4 lid 2 Aanbestedingswet).

### **3. Beschrijving klacht**

3.1. Kern van de bezwaren van ondernemer is (a) het grote aantal (168) knock-out-eisen voor deze aanbesteding en (b) de inhoud van een groot aantal van de knock-out-eisen. Het aantal en de inhoud van de gestelde knock-out-eisen beperken de mededinging zodanig dat – gelet op het beperkte aantal leveranciers dat in staat is een KIA/KUA te leveren – geen enkele dan wel slechts een enkele leverancier in staat is aan deze eisen te voldoen. Dat is in strijd met het bepaalde in artikel 2.75, lid 2, en artikel 2.76, lid 3, Aw 2012 en daarmee disproportioneel.

3.2. Na een marktconsultatie heeft aanbesteder een Europese aanbesteding uitgeschreven voor de levering van een KIA/KUA. Aanbesteder heeft ondernemer, die bij de marktconsultatie betrokken was, op deze aanbesteding geattendeerd. Bij bestudering van de knock-out-eisen in het Programma van Eisen werd ondernemer aanstonds duidelijk dat de door ondernemer gestelde eisen op een aantal punten zó waren ingericht, dat het door ondernemer aangeboden systeem in het geheel niet aan de eisen voldeed. Ondernemer kon en kan daarom niet begrijpen waarom aanbesteder ondernemer op de aanbesteding heeft geattendeerd en min of meer gevraagd heeft aan de aanbesteding deel te nemen: de door ondernemer geleverde KIA/KUA voldoet immers niet aan de door aanbesteder gestelde knock-out-eisen.

3.3. Klachtonderdeel 1

3.3.1. In knock-out-eis 2.1.6 is bepaald:

‘Alle onderdelen van zowel de KIA als de KUA zijn naleverbaar tot 15 jaar na oplevering van het systeem.’

3.3.2. Aanbesteder betwist niet dat de naleveringstermijn van fabrikanten 10 jaar is, maar stelt dat de levensduur van de aan te schaffen KIA/KUA ten minste 15 jaar



is. Aanbesteder gaat daarbij voorbij aan de kern van het bezwaar van ondernemer. Ondernemer is prima in staat het langdurig functioneren van de KIA/KUA te waarborgen, ook voor een periode langer dan 15 jaar. Dat zal echter niet altijd kunnen en ook niet hoeven in de vorm van het gedurende vijftien jaar naleveren van specifieke defect geraakte onderdelen. Zo zal na een bepaalde periode een revisie noodzakelijk zijn en zullen onderdelen die na verloop van de genoemde periode van tien jaar niet langer verkrijgbaar zijn, moeten (en ook kunnen) worden vervangen door andere (niet-identieke maar wel gelijkwaardige) componenten, waardoor de conformiteit van de KIA/KUA langdurig kan worden gewaarborgd. Het door aanbesteder beoogde doel kan op die manier zonder meer worden behaald.

3.3.3. Ondernemer wijst er in dat verband op dat de Koopovereenkomst KIA-KUA, die onderdeel uitmaakt van de aanbestedingsdocumenten, reeds voorziet in de hier aan de orde zijnde behoefte van aanbesteder. Artikel 7.7 van de Koopovereenkomst KIA-KUA bepaalt immers dat de leverancier gedurende ten minste vijftien jaar garandeert dat de werking van de apparatuur voldoet aan de over-eengekomen technische, functionele en operationele specificaties en karakteristieken. Een separate verplichting zoals vastgelegd in knock-out-eis 2.1.6, inhoudend een onevenredig langdurige naleveringsverplichting van specifieke onderdelen, is bijgevolg niet alleen overbodig, maar ook onnodig beperkend. De eis dat onderdelen ten minste 15 jaar naleverbaar blijven is aldus onrealistisch en niet noodzakelijk. De eis is disproportioneel.

#### 3.4. Klachtonderdeel 2

3.4.1. In knock-out-eis 2.1.14 is bepaald:

'De KIA en KUA dient uiterlijk 9-12-2019 gebruiksklaar opgeleverd te zijn. De testperiode door Opdrachtnemer dient voor deze deadline te hebben plaatsgevonden. (Technische) mankementen en kinderziekten zijn dan volledig verholpen.'

3.4.2. Ondernemer herhaalt hetgeen hij in de klachtbrief van 25 maart 2019 ten aanzien van deze knock-out-eis heeft aangevoerd (zie 1.8 hiervoor).

3.4.3. In zijn brief van 2 april 2019 heeft aanbesteder gesteld dat de leverancier van de KIA/KUA geen coördinatieplicht wordt opgelegd en dat de leverancier uitsluitend verantwoordelijk is voor zijn eigen onderdeel (zie 1.9 hiervoor). De door aanbesteder aangebrachte nuancering volgt echter niet uit de tekst van de knock-out-eis. Aanbesteder geeft met zijn reactie feitelijk zelf al aan dat de betreffende eis niet correct is beschreven. De knock-out-eis is daarmee niet geformuleerd op een 'duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze' (vgl. het Succhi di Frutta-arrest, HvJ-EG 29 april 2004, ECLI:EU:C:2004:236, r.o. 111) en is daarmee in strijd met het transparantiebeginsel.

#### 3.5. Klachtonderdeel 3

3.5.1. In knock-out-eis 2.2.8 is bepaald:

'De medewerker kan bij het inleveren van vuile of defecte kleding met een druk op de knop melden dat/wat er aan de hand is met het betreffende kledingstuk die uitkomst bij de wasserij.'

3.5.2. Ondernemer herhaalt hetgeen hij in de klachtbrief van 25 maart 2019 ten aanzien van deze knock-out-eis heeft aangevoerd (zie 1.8 hiervoor).

3.5.3. Aanbesteder stelt dat de leverancier van de KIA-/KUA-systemen alleen verantwoordelijk is voor zijn eigen onderdeel van het proces. Die nuancering is begrijpelijk, maar deze is in de betreffende knock-out-eis niet terug te vinden. De knock-out-eis is daarmee onvoldoende duidelijk geformuleerd en daarmee in strijd met het transparantiebeginsel.

### 3.6. Klachtonderdeel 4

3.6.1. In knock-out-eis 2.2.9 is bepaald:

'Het krediet op de smartcard wordt na inworp vuile kleding KIA bij medewerker onmiddellijk opgehoogd.'

3.6.2. Ondernemer herhaalt hetgeen hij in de klachtbrief van 25 maart 2019 ten aanzien van deze knock-out-eis heeft aangevoerd (zie 1.8 hiervoor).

3.6.3. Aanbesteder stelt dat het er bij deze eis om gaat dat de interne klant weer krediet heeft om gebruik te kunnen maken van de KUA. Deze eis is functioneel beschreven. Aanbesteder stelt dat de door haar gestelde eis functioneel moet worden geïnterpreteerd. Uit de context van de betreffende eis blijkt dat echter niet. De aanbestedingsdocumenten maken in het geheel niet duidelijk welke eisen wel en niet functioneel begrepen dienen te worden. Dat klemt temeer nu sprake is van een knock-out-eis: als niet exact aan deze eis wordt voldaan, leidt dat tot ongeldigheid van de inschrijving. De eis is in strijd met het transparantiebeginsel.

### 3.7. Klachtonderdeel 5

3.7.1. In knock-out-eis 2.3.13 is bepaald:

'Alle kledingstukken die langer dan 60 dagen in het systeem hangen, kunnen met 1 druk op de knop uitgenomen worden. Dit aantal dagen dient handmatig in te stellen te zijn door [Aanbesteder].'

3.7.2. Ondernemer herhaalt hetgeen hij in de klachtbrief van 25 maart 2019 ten aanzien van deze knock-out-eis heeft aangevoerd (zie 1.8 hiervoor). Hieraan voegt ondernemer nog toe dat het uitnemen van een kledingstuk dat langer dan 60 dagen in het systeem hangt bij ondernemer niet mogelijk is met één druk op de knop, maar wel met een beperkt aantal handelingen.

3.7.3. Aanbesteder gaat niet inhoudelijk op het bezwaar van ondernemer in en volstaat ermee te wijzen op de mogelijkheid die ondernemer had om via een vraag in de Nota van Inlichtingen-ronde deze eis aangepast te krijgen. Naar aanleiding daarvan merkt ondernemer op dat haar klacht ziet op de eis zoals die is gesteld, niet op de eis zoals die na wijziging had kunnen luiden. Aanbesteder gaat er bovendien aan voorbij dat het niet mogelijk is technische eisen na publicatie van de aanbesteding (bijvoorbeeld via de Nota van Inlichtingen) te wijzigen (vgl. het Koffie-arrest, HvJ-EG 10 juni 2012, EC/Nederland, ECLI:EU:C:2012:284, r.o. 55.).

### 3.8. Klachtonderdeel 6

3.8.1. In knock-out-eis 2.3.15 is bepaald:

'Wachtrijen moeten vermeden worden. Voor alle uitgiftestations geldt dat de uitgiftesnelheid hoog genoeg is om een gebruiker binnen 10 seconden van een kledingstuk te voorzien. Het betreft hier niet de technische uitgifte snelheid van de KUA.'

- 3.8.2. Ondernemer herhaalt hetgeen hij in de klachtbrief van 25 maart 2019 ten aanzien van deze knock-out-eis heeft aangevoerd (zie 1.8 hiervoor).
- 3.8.3. Aanbesteder wijst op het belang van een hoge doorstromingsnelheid. Aanbesteder stelt dat een vertraging van vier seconden in combinatie met meerdere uitgiftestations zorgt voor meer mensen in een beperkte ruimte voor langere termijn. Volgens ondernemer volgt uit de reactie van aanbesteder dat hij de inhoud van het bezwaar van ondernemer niet begrijpt. Een langere uitgiftetermijn gekoppeld aan meerdere uitgiftestations betekent rekenkundig een gelijke (of zelfs betere) totale uitgiftesnelheid. Per saldo is er geen sprake van meer personen in dezelfde ruimte dan bij systemen die een kortere uitgiftetijd hanteren met minder uitgiftepunten.
- 3.8.4. Daar komt bij dat de door aanbesteder gestelde uitgiftesnelheid het menselijk handelen van de gebruiker omvat: aanbesteder stelt immers uitdrukkelijk dat met de gestelde tijdsperiode van 10 seconden niet op de technische uitgiftesnelheid van de KUA wordt gedomd. Op het menselijk handelen voorafgaand aan de technische uitgifte hebben de inschrijvers echter geen invloed. Een gebruiker die eerst de tijd neemt om informatie op de schermen van de identificatiepunten te lezen zal de gestelde uitgiftetijd al snel overschrijden (zie ook hierna, n.a.v. knock-out-eis 2.5.7 en 2.5.8). Ondernemer acht de eis daarmee ondeugdelijk.

### 3.9. Klachtonderdeel 7

- 3.9.1. In knock-out-eis 2.3.16 is bepaald:

'De gebruiker dient geen extra handelingen te verrichten bij de KUA (bijvoorbeeld geen deuren of knoppen bij het uitgifte luik/loket).'

- 3.9.2. Ondernemer herhaalt hetgeen hij in de klachtbrief van 25 maart 2019 ten aanzien van deze knock-out-eis heeft aangevoerd (zie 1.8 hiervoor).
- 3.9.3. Aanbesteder stelt dat een deurtje leidt tot vertraging in het uitgifteproces en daarom niet acceptabel is. Bovendien kunnen andere partijen wel voldoen aan deze eis. Verder had ondernemer vragen over deze eis kunnen stellen. Uit de reactie van aanbesteder blijkt dat de ratio van deze eis is gelegen in de snelheid van de uitgifte. Die eis wordt echter al gedekt door knock-out-eis 2.3.15. Het stellen van een aanvullende eis houdt daarmee onvoldoende verband met de opdracht. Omdat, zoals aanbesteder zelf al stelt, andere partijen met een ander systeem werken (zonder luik), moet worden geconcludeerd dat de eis disproportioneel is omdat die het door ondernemer aangeboden systeem (dat wel van een luik is voorzien) bij voorbaat (maar onnodig) uitsluit.
- 3.9.4. Aanbesteder verwijst ten onrechte naar de Nota van Inlichtingen-ronde. Het is niet toegestaan technische specificaties na publicatie van de aanbesteding te wijzigen (vgl. het eerder genoemde Koffie-arrest van het HvJ-EG).

### 3.10. Klachtonderdeel 8

- 3.10.1. In knock-out-eis 2.3.20 is bepaald:

'Kledingstukken mogen niet uit het KUA station vallen.'

- 3.10.2. Ondernemer herhaalt hetgeen hij in de klachtbrief van 25 maart 2019 ten aanzien van deze knock-out-eis heeft aangevoerd (zie 1.8 hiervoor).

3.10.3. Aanbesteder stelt dat de eis betrekking heeft op datgene wat binnen de invloedssfeer van de inschrijvers ligt. Ondernemer heeft hierover in de Nota van Inlichtingen-ronde ook vragen kunnen stellen. Deze nuancering blijkt niet uit de knock-out-eis zoals die is geformuleerd. De eis is daarmee onvoldoende duidelijk geformuleerd en daarmee in strijd met het transparantiebeginsel. De verwijzing naar de Nota van Inlichtingen-ronde gaat niet op omdat de technische specificaties in die fase van de aanbesteding niet meer gewijzigd mogen worden.

### 3.11. Klachtonderdeel 9

3.11.1. In knock-out-eis 2.5.7 en 2.5.8 is bepaald:

‘Het dient mogelijk te zijn op de schermen van de identificatiepunten algemene meldingen te plaatsen, die door [Aanbesteder] handmatig ingevoerd kunnen worden.’ en

‘Bij storingsmeldingen (storings) te worden getoond op de schermen van de identificatiepunten in de Nederlandse en Engelse taal.’

3.11.2. Ondernemer herhaalt hetgeen hij in de klachtbrief van 25 maart 2019 ten aanzien van deze knock-out-eis heeft aangevoerd (zie 1.8 hiervoor). De eis dat de informatie moet worden getoond op de schermen van de identificatiepunten houdt volgens ondernemer onvoldoende verband met de opdracht en is daarom disproportioneel.

3.11.3. Aanbesteder stelt dat hoewel de wachttijd door deze vorm van informatievoorziening kan oplopen, dat niet van invloed is op de uitgiftetijd zoals bedoeld in knock-out-eis 2.3.15, omdat de uitgiftetijd pas gaat lopen als de klant het kledingstuk geselecteerd heeft. Ondernemer had bovendien vragen kunnen stellen gedurende de Nota van Inlichtingen-ronde. Aanbesteder erkent dat de door haar voorgeschreven vorm van informatievoorziening leidt tot een hogere wachttijd. Aanbesteder stelt vervolgens ten onrechte dat dat niet in strijd is met knock-out-eis 2.3.15 omdat de uitgiftetijd pas gaat lopen nadat de klant het kledingstuk heeft geselecteerd. Dat argument is evident onjuist omdat:

a) in knock-out-eis 2.3.15 juist wordt beschreven dat de uitgiftesnelheid niet de technische uitgifte-snelheid betreft, en dus de selectie van het kledingstuk mede omvat.

b) Aanbesteder in haar toelichting op knock-out-eis 2.3.15 (in de brief van 2 april 2019) nu juist als ratio van die eis geeft dat het onwenselijk is dat meerdere mensen gedurende een langere termijn in een beperkte ruimte verblijven. Aan die ratio wordt niet voldaan als mensen in de betreffende ruimte ook nog kennis moeten nemen van allerlei mededelingen op de schermen van het uitgiftepunt.

3.11.4. Dit brengt ondernemer tot de conclusie dat het door ondernemer aangeboden systeem, dat voorziet in informatievoorziening op de route naar het uitgiftepunt, minimaal gelijkwaardig is en zelfs beter voldoet aan de behoefte van aanbesteder. Door de gestelde knock-out-eis wordt het door ondernemer aangeboden systeem ten onrechte uitgesloten van deelname. De knock-out-eis is daarmee disproportioneel. Ondernemer wijst er wederom (en ten overvloede) op dat het aanbesteder niet vrijstond om naar aanleiding van de Nota van Inlichtingen-ronde tot wijziging van de door haar gestelde technische specificatie over te gaan.

3.12. Ondernemer heeft meermaals aangegeven dat aanbesteder ten onrechte stelt dat ondernemer mogelijkheden ter beschikking stonden gedurende de Nota van Inlichtingen-ronde. Ondernemer heeft hierover reeds opgemerkt (onder verwijzing naar Europese rechtspraak) (i) dat het aanbesteder niet vrijstond om via de Nota van Inlichtingen de technische specificaties van de opdracht te wijzigen. Ondernemer

voegt hieraan toe (ii) dat haar bezwaren zich richten tegen de eisen van de aanbesteding zoals die luiden en niet zoals die hadden kunnen luiden, en ten slotte (iii) dat uit niets blijkt dat aanbesteder bereid zou zijn geweest de eisen aan te passen. Aanbesteder heeft integendeel in paragraaf 3.2 van de Aanbestedingsleidraad bepaald dat de eisen in het Programma van Eisen niet worden beoordeeld, maar dat inschrijver aan alle eisen dient te voldoen (zie 1.2 hiervoor).

- 3.13. Ondernemer heeft overigens, zoals uit het voorgaande volgt, meermaals contact gehad met aanbesteder over de inhoud van de eisen. Aanbesteder heeft op geen enkel moment – en ook niet in haar brief van 2 april 2019 – duidelijk gemaakt dat aanpassing van de eisen bespreekbaar was. Ondernemer heeft naar aanleiding van haar vergeefse contacten met aanbesteder besloten af te zien van deelname aan de aanbestedingsprocedure.

#### **4. Reactie aanbesteder**

- 4.1. Allereerst stelt aanbesteder zich op het standpunt dat de Commissie de klacht niet in behandeling zou moeten nemen en voert daartoe het volgende aan.
- 4.2. Het oplossingsvoorstel van ondernemer is tweeledig: ofwel kan aanbesteder de aanbesteding intrekken en opnieuw doorlopen ofwel richt aanbesteder haar aanbestedingsproces voor de toekomst anders in zodat deze beter toegankelijk is voor marktpartijen met een gelijkwaardige oplossing. Aanbesteder trekt hieruit de conclusie dat de klacht betrekking heeft op het aanbestedingsbeleid in het algemeen van aanbesteder (art. 9 lid 1 aanhef en onder sub h Reglement Commissie van Aanbestedingsexperts) en op die grond niet in behandeling zou moeten worden genomen (artikel 9, lid 1, aanhef en onder h, Reglement van de Commissie).
- 4.3. Aanbesteder wil daarnaast erop wijzen dat zij altijd open staat voor verbeteringen in haar aanbestedingsproces en dat haar beleid ook onderworpen is aan een continue kwaliteitsmonitoring en – waar mogelijk – verbetering. In zoverre heeft ondernemer evenmin belang bij de behandeling van zijn klacht (artikel 9, lid 1, sub e, Reglement van de Commissie) en worden de doelen van de Commissie met een behandeling van de klacht onvoldoende gediend (artikel 9, lid 1, sub d, Reglement Commissie).
- 4.4. Voorts stelt aanbesteder dat ondernemer onvoldoende proactief heeft gehandeld en dat de klacht om die reden niet in behandeling dient te worden genomen. Aanbesteder meent dat het belang van aanbesteder en de winnende inschrijver bij een spoedige totstandkoming van een overeenkomst thans dient te prevaleren en de behandeling van de klacht vanwege onvoldoende belang dan wel rechtsverwerking achterwege dient te blijven. Hij voert daartoe het volgende aan.
- 4.4.1. Ondernemer heeft zijn ongenoegen en vragen niet via de vraag en antwoordmodule van het aanbestedingsplatform Negometrix kenbaar gemaakt, terwijl aanbesteder in haar brief van 17 januari 2019 hier uitdrukkelijk op heeft gewezen (zie 1.5 hiervoor) en dat moment zich daar bij uitstek voor leende.
- 4.4.2. Ondernemer heeft zijn klacht niet al in de brief van 10 januari 2019 (zie 1.4 hiervoor) in volle omvang aan aanbesteder voorgelegd, maar de bezwaren bij brieven van 25 februari, 18 en 25 maart 2019 (zie 1.6-1.8 hiervoor) en in de klacht bij de Commissie steeds aangevuld. In dat kader heeft ondernemer pas in de brief van 18 maart 2019 aangestuurd op een intrekking en een heraanbesteding (en daarmee zijn vordering lijkt te hebben veranderd dan wel aangevuld).

- 4.4.3. Ondernemer heeft zijn klacht pas op 26 april 2019 bij de Commissie ingediend, terwijl ondernemer daartoe in een eerder stadium al voldoende gelegenheid had.
- 4.4.4. Bij brief van 23 januari 2019 heeft ondernemer aangegeven een klacht te hebben ingediend bij de Commissie. Bij navraag bleek nadere informatie bij ondernemer te zijn opgevraagd, maar kon ondernemer aan de Commissie niet aangeven wanneer hij deze informatie zou kunnen aanleveren. Vanwege deze onduidelijkheid enerzijds en de gemaakte planning anderzijds heeft aanbesteder de aanbesteding daarop voortgezet.
- 4.4.5. Meer dan een maand later – en na ommekomst van de termijn voor het stellen van vragen door middel van de Nota van Inlichtingen – bleek dat de klacht niet in behandeling was genomen. Ondernemer heeft daarop zijn bezwaren bij brief van 25 februari 2019 nader geconcretiseerd en aangevuld (zie 1.6 hiervoor). Ondernemer geeft daarin echter enkel aan graag te willen vernemen of er een partij is die wel aan de genoemde knock-out-eisen voldoet. Voorts verzoekt ondernemer aanbesteder om de automaat na inbedrijfstelling op die punten te beoordelen.
- 4.4.6. Nadat vervolgens bijna weer een maand was verstreken ontving aanbesteder de brief van de advocaat van ondernemer van 18 maart 2019 (zie 1.7 hiervoor) waarin voor het eerst “in overweging wordt gegeven” de aanbesteding in te trekken en over te gaan tot heraanbesteding. In die brief wordt aangekondigd dat ondernemer (wederom) een klacht zal indienen bij de Commissie. Daarop heeft aanbesteder nogmaals telefonisch contact gezocht met de Commissie. Op dat moment was er (nog) geen klacht ingediend.
- 4.4.7. Bij brief van 2 april 2019 heeft aanbesteder vervolgens op de brief van de raadsman gereageerd (zie 1.9 hiervoor).
- 4.4.8. Pas bij brief van 26 april 2019 is daadwerkelijk een klacht ingediend, welke klacht op 29 april 2019 is doorgestuurd naar aanbesteder met het verzoek om daarop binnen één week te reageren. Voor ondernemer was evenwel van meet af aan inzichtelijk dat de overeenkomst met de winnende inschrijver volgens de op Negometrix geplaatste planning een aantal dagen later – op 1 mei 2019 – gesloten zou worden. Reden te meer om de klacht van ondernemer niet in behandeling te nemen.
- 4.5. Voor het geval de Commissie de klacht wel in behandeling neemt, wenst aanbesteder over de inhoudelijke bezwaren nog het navolgende op te merken. Om onnodige dubblures zoveel mogelijk te voorkomen zal aanbesteder enkel op een aantal punten een aanvullende reactie geven. Voor het overige verwijst zij naar haar brieven van 17 januari en 2 april 2019 (zie 1.5 en 1.9 hiervoor).
- 4.6. Daarnaast merkt aanbesteder in zijn algemeenheid op dat zowel het proportionaliteitsbeginsel als het transparantiebeginsel open normen zijn die een bepaalde weging vergen en toegepast moeten worden met inachtneming van alle omstandigheden van het geval.
- 4.7. Aanbesteder acht de gestelde eisen proportioneel. Voorafgaand aan de aanbesteding heeft een marktverkenning plaatsgevonden waaraan ondernemer, de huidige KIA/KUA-leverancier, de huidige winnende inschrijver en nog een vierde, buitenlandse partij hebben deelgenomen. Deze partijen omvatten de relevante markt. Door deze marktverkenning heeft aanbesteder juist een goed beeld gekregen van de eisen die aan een KIA/KUA gesteld kunnen worden. Aanbesteder had dan ook geen enkele aanleiding om aan te nemen dat de door haar gestelde eisen niet door de marktpartijen te realiseren zouden zijn. Dat de winnende inschrijver wel aan de

(door ondernemer als disproportioneel bestempelde) K.O.-eisen kan voldoen, is bovendien een indicatie dat de gestelde eisen proportioneel zijn.

- 4.8. Ondernemer vindt een aantal knock-out-eisen onvoldoende duidelijk geformuleerd en derhalve in strijd zijn met het transparantiebeginsel. Volgens aanbesteder gaat ondernemer eraan voorbij dat bij de uitleg van een knock-out-eis ook acht geslagen dient te worden op de bewoordingen van de eis in het licht van de gehele tekst van de aanbestedingsstukken en de daarbij behorende bijlagen. Daarbij komt het aan op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin die aanbestedingsstukken en de daarbij behorende bijlagen zijn gesteld. Bij die uitleg kan onder meer worden gekeken naar de elders in de aanbestedingsstukken gebruikte formuleringen. Tenslotte dient acht te worden geslagen op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe de onderscheiden, op zichzelf mogelijke tekst-interpretaties zouden leiden.
- 4.9. Voor zover er dan nog onduidelijkheden zouden hebben bestaan, had het volgens aanbesteder op de weg van ondernemer gelegen hierover via de Nota van Inlichtingen vragen te stellen. Van die mogelijkheid heeft hij om hem moverende redenen geen gebruik gemaakt. Dit kan thans moeilijk aanbesteder worden toegerekend. Opvallend is ook dat er binnen de Nota van Inlichtingen verder geen vragen zijn gesteld over de formuleringen van de beweerdelijk onduidelijk geformuleerde knock-out-eisen.
- 4.10. De vragen die ondernemer in zijn brief van 18 maart 2019 heeft opgeworpen, heeft aanbesteder overigens op eenvoudige wijze kunnen beantwoorden. Ondernemer geeft te dien aanzien ook niet aan dat zij de door aanbesteder gegeven antwoorden en aangebrachte nuancerings niet volgt. Sterker nog, hij geeft expliciet aan een aantal "begrijpelijk" te vinden (zie de onderbouwing van klachtonderdeel 3 in 3.5.3 en van klachtonderdeel 5 in 3.7.2 jo. 1.8 hiervoor).
- 4.11. Ondernemer merkt in dat verband vervolgens echter herhaaldelijk op dat technische specificaties na publicatie van de aanbesteding niet meer gewijzigd mogen worden. Aanbesteder voert aan dat de genoemde knock-out-eisen evenwel geen technische specificaties betreffen, maar prestatie-eisen of functionele eisen zijn. Wanneer aanbesteder een en ander naar aanleiding van vragen in de Nota van Inlichtingen zou hebben genuanceerd, zouden deze bovendien – zonder uitzondering – voldoende duidelijk zijn geweest en geen aanpassing hebben behoeft.
- 4.12. Aanbesteder verzoekt de klacht ongegrond te verklaren. Meer specifiek gaat aanbesteder hierna nog op enkele klachtonderdelen in.
- 4.13. Klachtonderdeel 1

Klachtonderdeel 1 ziet op knock-out-eis 2.1.6 waarin is bepaald dat de onderdelen van de KIA en KUA tot 15 jaar na oplevering van het systeem naleverbaar moeten zijn. Ondernemer geeft bij deze eis aan dat hij prima in staat zou zijn om het langdurig functioneren van de KIA/KUA te waarborgen. Hij geeft daarbij ook aan dat de onderdelen bij nalevering weliswaar niet met identieke maar wel gelijkwaardige componenten zou kunnen worden gewaarborgd. Aanbesteder heeft in haar eis opgenomen dat onderdelen 15 jaar nageleverd dienen te worden. Er wordt echter niet gesteld dat dit alleen originele onderdelen mogen zijn. Het inzetten van gelijkwaardige onderdelen zou in lijn met de Gids Proportionaliteit derhalve ook volstaan. Aanbesteder begrijpt dan ook niet dat ondernemer deze eis als onrealistisch en niet noodzakelijk ziet. Aanbesteder blijft bij haar standpunt dat deze eis proportioneel is.

#### 4.14. Klachtonderdeel 2

Klachtonderdeel 2 ziet op knock-out-eis 2.1.14 waarin is bepaald dat de KIA en KUA uiterlijk 9 december 2019 opgeleverd moet zijn. Ondernemer geeft bij deze eis aan dat deze eis niet geformuleerd is op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze en verwijst hierbij naar het Succhi di Frutta-arrest. Dit arrest gaat in eerste instantie in op de gelijke behandeling van partijen. De gestelde eis welke voor ondernemer schijnbaar niet duidelijk genoeg is, maar waarover in de aanbesteding door andere partijen geen vragen zijn gesteld, is volgens aanbesteder wel degelijk duidelijk opgesteld en zeker niet in strijd met het transparantiebeginsel.

#### 4.15. Klachtonderdeel 5

Klachtonderdeel 5 ziet op knock-out-eis 2.3.13 waarin is bepaald dat alle kledingstukken die langer dan 60 dagen in het systeem hangen, met één druk op de knop uitgenomen moeten kunnen worden. Ondernemer geeft in de onderbouwing van zijn klacht reeds aan de eis begrijpelijk te vinden. Aanbesteder heeft bij deze eis reeds aangegeven dat er tijdens de aanbesteding voldoende gelegenheid is geweest voor het stellen van een vraag omtrent deze eis. Aanbesteder geeft aan dat door aanbesteder niet wordt gesproken over het wijzigen van de eis. Dat ondernemer suggereert dat aanbesteder deze eis zou willen wijzigen en daarbij verwijst naar het 'Koffie-arrest' is naar de mening van aanbesteder helemaal niet aan de orde.

### **5. Beoordeling**

- 5.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder op 5 december 2018 een Europese openbare procedure heeft aangekondigd voor een overheidsopdracht tot levering van een kleding inname automaat (KIA) en een kleding uitgifte automaat (KUA). Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en 2 van de Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit.
- 5.2. Alvorens tot beoordeling van de klacht over te gaan, zal de Commissie eerst onderzoeken of zij de klacht in behandeling kan nemen.
  - 5.2.1. Ondernemer heeft twee voorstellen gedaan om tot een oplossing van de klacht te komen: intrekking van de aanbestedingsprocedure en heraanbesteding of wijziging van het aanbestedingsproces van aanbesteder in de toekomst. Aanbesteder trekt hieruit de conclusie dat de klacht betrekking heeft op diens aanbestedingsbeleid in het algemeen en dat de Commissie de klacht om die reden op basis van artikel 9, lid 1, sub h, van het Reglement van de Commissie niet in behandeling kan nemen (zie 4.2 hiervoor). Nu de onderhavige klacht zich richt tegen de knock-out-eisen die aanbesteder in een concrete aanbestedingsprocedure heeft opgenomen, is er naar het oordeel van de Commissie geen sprake van een klacht die betrekking heeft op het aanbestedingsbeleid in het algemeen en kan daarin geen reden worden gevonden om de klacht niet in behandeling te nemen.
  - 5.2.2. Dat aanbesteder altijd open staat voor verbetering in zijn aanbestedingsproces en dat zijn beleid ook onderworpen is aan continue kwaliteitsmonitoring en – waar mogelijk – verbetering (zie 4.3 hiervoor), is evenmin grond om de klacht niet in behandeling te nemen op grond van artikel 9, lid 1, sub d of e van Reglement van de Commissie. Nu aanbesteder de bezwaren van ondernemer voorsnog niet heeft weggenomen, ziet de Commissie geen aanleiding om de klacht niet in behandeling te nemen.



- 5.3. Vervolgens zal de Commissie onderzoeken of ondernemer de klacht tijdig bij aanbesteder onder de aandacht heeft gebracht.
- 5.3.1. Volgens bestaande jurisprudentie mag van een (potentiële) gegadigde of inschrijver een proactieve houding worden verwacht. Dit houdt in dat een inschrijver – mogelijke – inbreuken op het op de aanbestedingsprocedure van toepassing zijnde recht bij de aanbesteder dient te signaleren zodra hij die redelijkerwijze behoorde op te merken. De ratio daarvan is dat de aanbesteder daarmee mogelijk in staat wordt gesteld (de gevolgen van) die inbreuk ongedaan te maken in een stadium waarin de nadelige gevolgen daarvan voor alle betrokken partijen zoveel mogelijk beperkt kunnen blijven.
- 5.3.2. Aanbesteder heeft de hiervoor bedoelde verplichting nader uitgewerkt in paragraaf 1.14 (“Overige bepalingen”) van de Aanbestedingsleidraad onder “Waarschuwingsplicht” (zie 1.2 hiervoor). Hierin is de verplichting voor ondernemer opgenomen eventuele onduidelijkheden, onvolkomenheden of tegenstrijdigheden in de aanbestedingsdocumenten zo spoedig mogelijk te melden en wel op een zodanig moment dat deze nog ongedaan kunnen worden gemaakt. Na het verstrijken van de uiterste termijn waarbinnen de inschrijvingen moeten zijn ingediend, kunnen de inschrijvers hiertegen geen bezwaar meer maken. Tevens is bepaald dat de inschrijvers ‘derhalve’ hun recht verwerken om na de (voorlopige) afwijzingsbeslissing alsnog bezwaar te maken tegen (de gevolgen van) eventuele schendingen van het (aanbestedings)recht, voor zover daarvan sprake zou zijn in de aanbestedingsdocumenten, en worden de inschrijvers geacht onverkort en onvoorwaardelijk met de inhoud van die documenten te hebben ingestemd.
- 5.3.3. Naar het oordeel van de Commissie heeft ondernemer voormelde verplichting niet nageleefd. Door geen gebruik te maken van de mogelijkheid om vragen te stellen met het oog op de Nota van Inlichtingen heeft ondernemer aanbesteder de mogelijkheid ontnomen om – binnen de kaders van het aanbestedingsrecht - aan de bezwaren van ondernemer tegemoet te komen.
- 5.3.4. Ook overigens heeft ondernemer onvoldoende proactief gehandeld. In de brief die ondernemer op 10 januari 2019 aan aanbesteder heeft gestuurd, heeft hij slechts aangegeven zich te zullen terugtrekken (zie 1.4 hiervoor). Vervolgens heeft hij een klacht ingediend bij de Commissie. De Commissie heeft deze aanvankelijke klacht niet in behandeling genomen omdat ondernemer niet eerst een klacht bij aanbesteder had ingediend. Na het indienen van die aanvankelijke klacht heeft ondernemer in een periode van twee maanden drie brieven aan aanbesteder gestuurd. Daarbij heeft ondernemer in zijn brieven van 25 februari, 18 en 25 maart 2019 onvoldoende duidelijk gemaakt dat hij van aanbesteder verlangde dat die de onderhavige aanbestedingsprocedure zou aanpassen. In de brief van 25 februari 2019 heeft ondernemer gevraagd of aanbesteder een partij heeft gevonden die aan alle knock-out-eisen kan voldoen en vraagt hij aanbesteder na inbedrijfstelling te beoordelen of de door de winnende inschrijver aangeboden installatie voldoet aan de door ondernemer benoemde knock-out-eisen (zie 1.6 hiervoor). Ook in de brief van 18 maart 2019 geeft zijn advocaat aan dat hij erop zal toezien dat de winnende inschrijver daadwerkelijk aan alle knock-out-eisen voldoet. Tevens geeft de advocaat van ondernemer aan dat het aanbesteder uiteraard vrij staat de aanbesteding in te trekken en na wijziging van de opdracht tot heraanbesteding over te gaan (zie 1.7 hiervoor). Ten slotte eindigt de advocaat van ondernemer de brief van 25 maart 2019 met de opmerking graag te vernemen hoe aanbesteder zijn klachten betreft bij volgende aanbestedingen (zie 1.8 hiervoor).
- 5.3.5. Met aanbesteder is de Commissie van oordeel dat ondernemer daarmee onvoldoende proactief heeft gehandeld.

- 5.3.6. Daarmee is de klacht ongegrond.
- 5.4. Ten overvloede gaat de Commissie hierna nog inhoudelijk op de klacht in.
- 5.5. Alvorens de Commissie overgaat tot de beoordeling – ten overvloede – van de klacht, geeft de Commissie hierna eerst het toetsingskader weer.
  - 5.5.1. Bij de beoordeling van de klacht moet worden vooropgesteld dat een aanbestedende dienst op grond van artikel 1.9, eerste lid, Aw 2012 transparant dient te handelen.
  - 5.5.2. De te beantwoorden vraag is of aanbesteder aan zijn hiervoor bedoelde verplichting heeft voldaan, in die zin dat hij de knock-out-eisen in de aanbestedingsstukken zodanig heeft geformuleerd dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers de knock-out-eisen op dezelfde wijze zullen uitleggen. In het geval dat deze vraag bevestigend kan worden beantwoord, komt vervolgens de vraag aan de orde welke uitleg aan de omschrijving van de knock-out-eisen moet worden gegeven. Bij de beantwoording van deze onderling met elkaar verband houdende vragen geldt als uitgangspunt dat voor de uitleg van de aanbestedingsdocumenten de bewoordingen van de bepalingen, gelezen in het licht van de gehele tekst van die stukken, in beginsel van doorslaggevende betekenis zijn. Daarbij komt het aan op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin de stukken zijn gesteld.
  - 5.5.3. Verder is in artikel 1.8 Aw 2012 bepaald dat een aanbestedende dienst ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze behandelt.
  - 5.5.4. Op grond van artikel 1.10 Aw 2012 mogen aanbestedende diensten slechts eisen stellen aan de inschrijvingen die in redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.
  - 5.5.5. Op grond van artikel 1.10a Aw 2012 mag een aanbestedende dienst geen overheidsopdracht ontwerpen met het oogmerk om zich te onttrekken aan de toepassing van Deel 2, 2a of 3 van deze wet of om de mededinging op kunstmatige wijze te beperken. De mededinging is kunstmatig beperkt indien de overheidsopdracht is ontworpen met het doel bepaalde ondernemers ten onrechte te bevoordelen of te benadelen.
  - 5.5.6. De hiervoor genoemde verplichtingen zijn onder andere uitgewerkt in artikel 2.75, lid 1, 2 en 6 en in artikel 2.76, lid 1 en lid 3, Aw 2012, waarin onderdelen van artikelen 42 van Richtlijn 2014/24/EU zijn geïmplementeerd:

**Artikel 2.75**

- 1. Een aanbestedende dienst neemt in de aanbestedingsstukken de technische specificaties op, waarin de door hem voor een werk, dienst of levering voorgescreven kenmerken zijn opgenomen.
- 2. De in het eerste lid bedoelde kenmerken houden verband met het voorwerp van de overheidsopdracht en zijn in verhouding tot de waarde en de doelstellingen van die opdracht.
- (...)
- 6. De technische specificaties bieden de inschrijvers gelijke toegang en leiden niet tot ongerechtvaardigde belemmeringen in de openstelling van overheidsopdrachten voor mededinging.

## **Artikel 2.76**

1. Een aanbestedende dienst formuleert de technische specificaties:

- a. door verwijzing naar technische specificaties en achtereenvolgens naar nationale normen waarin Europese normen zijn omgezet, Europese technische beoordelingen, gemeenschappelijke technische specificaties, internationale normen, andere door Europese normalisatie-instellingen opgestelde technische referentie-systemen of, bij ontstentenis daarvan, nationale normen, nationale technische goedkeuringen dan wel nationale technische specificaties inzake het ontwerpen, berekenen en uitvoeren van werken en het gebruik van leveringen,
- b. in termen van prestatie-eisen en functionele eisen, (...) waarbij de eisen zodanig nauwkeurig zijn bepaald dat de inschrijvers het voorwerp van de overheidsopdracht kunnen bepalen en de aanbestedende dienst de overheidsopdracht kan gunnen,
- c. in termen van prestatie-eisen en functionele eisen als bedoeld in onderdeel b, waarbij onder vermoeden van overeenstemming met deze prestatie-eisen en functionele eisen wordt verwezen naar specificaties, bedoeld in onderdeel a, of
- d. door verwijzing naar de specificaties, bedoeld in onderdeel a, voor bepaalde kenmerken, en verwijzing naar de prestatie-eisen en functionele eisen, bedoeld in onderdeel b, voor andere kenmerken.

(...)

3. Een aanbestedende dienst verwijst in de technische specificaties niet naar een bepaald fabricaat, een bepaalde herkomst of een bijzondere werkwijze die kenmerkend is voor de producten of diensten van een bepaalde ondernemer, een merk, een octrooi of een type, een bepaalde oorsprong of een bepaalde productie, waardoor bepaalde ondernemingen of bepaalde producten worden bevoordeeld of uitgesloten, tenzij dit door het voorwerp van de overheidsopdracht gerechtvaardigd is.

(...)'

- 5.5.7. Uitgangspunt is dat een aanbestedende dienst in beginsel vrij is te bepalen wat hij wil inkopen. Daarbij zal hij zoveel mogelijk moeten aansluiten bij de in de markt gehanteerde standaarden of zijn eisen functioneel moeten specificeren (zie artikel 2.76, lid 1, Aw 2012).
- 5.5.8. In beginsel mag een aanbestedende dienst bovendien vragen om maatwerk, mits hij de eisen dan zoveel mogelijk functioneel specificeert. Het uitvragen van maatwerk in een concrete aanbestedingsprocedure wordt naar het oordeel van de Commissie echter problematisch indien de markt dat maatwerk niet eenvoudig kan realiseren. Indien in een dergelijk geval slechts enkele ondernemingen in staat zijn aan (een combinatie van) maatwerkeisen van die ene aanbestedende dienst te voldoen, zal al snel sprake kunnen zijn van eisen die niet meer in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht (zie artikel 1.10, lid 1, Aw 2012) en mogelijk zelfs van eisen waarmee de aanbestedende dienst de inschrijvers niet meer op gelijke en niet-discriminerende wijze behandelt (zie artikel 1.8 jo. artikel 2.75, lid 6, Aw 2012). Daarvan zal nog sneller sprake zijn wanneer in een dergelijk geval bovendien slechts één onderneming in staat is aan die (combinatie van) maatwerkeisen te voldoen, zeker wanneer blijkt dat die eisen, in strijd met de geldende regels, zijn toegeschreven naar die onderneming (zie artikel 2.76 lid 3 Aw 2012).
- 5.5.9. Het voorgaande laat naar het oordeel van de Commissie echter onverlet dat een aanbestedende dienst ter stimulering van innovatie, bijvoorbeeld op het gebied van duurzaamheid, als zogenoemde 'launching customer' nieuwe en van de standaard afwijkende producten kan uitvragen die op dat moment alleen nog maar door één of enkele ondernemingen worden geleverd. De aanbestedende dienst loopt in een dergelijk geval voorop bij de ontwikkeling van een nieuw product, dat in de toekomst mogelijk ook door andere organisaties, waaronder aanbestedende

diensten, zal worden ingekocht. De aanbestedende dienst zal in het hiervoor bedoelde geval dergelijke innovatieve producten wel zoveel mogelijk functioneel moeten specificeren (vgl. Advies 318, overwegingen 5.3.4-5.3.6).

5.5.10. Ten slotte is in Voorschrift 3.9 A Gids Proportionaliteit bepaald:

'De aanbestedende dienst alloceert het risico bij de partij die het risico het best kan beheersen of beïnvloeden.'

5.6. De Commissie zal nu overgaan tot de behandeling – ten overvloede – van de afzonderlijke klachtonderdelen.

5.7. Klachtonderdeel 1

5.7.1. Naar het oordeel van de Commissie zullen niet alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers knock-out-eis 2.1.6 zoals deze in het Programma van Eisen is opgenomen op dezelfde wijze uitleggen. Een mogelijke uitleg van deze knock-out-eis, zoals ook ondernemer deze interpreteert, is dat tot 15 jaar na oplevering de originele onderdelen naleverbaar moeten zijn. Ook de lezing van aanbesteder is echter mogelijk, namelijk: dat onderdelen tot 15 jaar na oplevering naleverbaar moeten zijn, maar dat een nalevering zowel onderdelen van hetzelfde merk als gelijkwaardige onderdelen mag betreffen. Daarmee is de formulering van knock-out-eis 2.1.6 naar het oordeel van de Commissie in strijd met het transparantiebeginsel (zie 5.5.1 hiervoor).

5.7.2. Nu knock-out-eis 2.1.6 naar het oordeel van de Commissie in strijd is met het transparantiebeginsel, kan de Commissie niet beoordelen of de eis ook in strijd is met het proportionaliteitsbeginsel.

5.8. Klachtonderdeel 2

5.8.1. Naar het oordeel van de Commissie zullen alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers knock-out-eis 2.1.14 op dezelfde wijze uitleggen, in die zin dat de leverancier overeenkomstig de strokenplanning van knock-out-eis 2.1.15 alleen verantwoordelijk is voor de niet-tijdige nakoming van zijn contractuele verplichtingen indien sprake is van een tekortkoming die aan hem kan worden toegerekend. Van strijd met het transparantiebeginsel is derhalve geen sprake.

5.8.2. Gegeven de voorgaande uitleg die aan knock-out-eis 2.1.14 dient te worden gegeven, is die eis naar het oordeel van de Commissie evenmin in strijd met het proportionaliteitsbeginsel. Aanbesteder handelt met die eis immers overeenkomstig het bepaalde in Voorschrift 3.9 A van de Gids Proportionaliteit.

5.8.3. Verder stelt ondernemer dat een oplevertermijn niet als knock-out-eis mag worden gesteld. Kennelijk meent ondernemer dat een knock-out-eis alleen de kenmerken van een product kan betreffen (zie 3.4.2 jo. 1.8 hiervoor). Naar het oordeel van de Commissie is er voor dit standpunt geen grond.

5.9. Klachtonderdeel 3

5.9.1. Naar het oordeel van de Commissie zullen alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers knock-out-eis 2.2.8 op dezelfde wijze uitleggen, in die zin dat de leverancier 'slechts' ervoor moet zorgen dat een medewerker bij het inleveren van kleding in de KIA eenvoudig kan aangeven of en wat er aan de hand is met het kledingstuk en dat die melding ook uitgelezen kan worden door derden. De Commissie deelt niet de stelling van ondernemer dat de leverancier van de KIA op basis van knock-out-eis 2.2.8 moet zorgen voor een communicatieprotocol met

de wasserij en dat hij het risico moet dragen dat de wasserij niet correct presteert (zie 3.5.2 jo. 1.8 hiervoor).

5.9.2. Bij deze uitleg is er naar het oordeel van de Commissie evenmin gebleken van strijd met het proportionaliteitsbeginsel. Aanbesteder handelt met knock-out-eis 2.2.8 immers overeenkomstig het bepaalde in Voorschrift 3.9 A van de Gids Proportionaliteit.

#### 5.10. Klachtonderdeel 4

5.10.1. Naar het oordeel van de Commissie zullen alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers knock-out-eis 2.2.9 op dezelfde wijze uitleggen, in die zin dat de ophoging van het krediet van de medewerker van aanbesteder bij het inleveren van kleding op de smartcard geregistreerd moet worden. Daarmee is knock-out-eis 2.2.9 naar het oordeel van de Commissie niet in strijd met het transparantiebeginsel.

5.10.2. Aanbesteder heeft aangegeven dat het doel van deze eis is dat zijn medewerkers na het inleveren van vuile kleding weer krediet hebben om gebruik te kunnen maken van de KUA (kleding uitgifte automaat). Ook stelt hij deze eis functioneel te hebben beschreven (zie de brief van aanbesteder van 2 april 2019 in 1.9 hiervoor).

5.10.3. Nu knock-out-eis 2.2.9 voorschrijft dat de ophoging van het krediet op de smartcard wordt geregistreerd, laat deze eis niet toe dat op een andere wijze in de behoefte van aanbesteder wordt voorzien dat zijn medewerkers na het inleveren van vuile kleding weer krediet hebben om gebruik te kunnen maken van de KUA. Anders dan aanbesteder in zijn brief van 2 april 2019 stelt, is de eis daarmee niet functioneel omschreven. Opvallend is in dat kader dat in de spiegelbeeldige eis (knock-out-eis 2.3.18 betreffende de verlaging van het krediet na uitgifte van kleding, zie het Programma van Eisen in 1.3 hiervoor) niet is bepaald dat het krediet op de smartcard moet worden geregistreerd. Het is ook denkbaar dat op een wijze in de behoefte van aanbesteder wordt voorzien waarbij de smartcard enkel wordt gebruikt als identificatiemiddel en dat het krediet op de KIA en KUA wordt geregistreerd. Aanbesteder heeft geen reden gegeven waarom hij deze mogelijkheid zou willen uitsluiten. Daarmee houdt deze eis naar het oordeel van de Commissie onvoldoende verband met het voorwerp van de opdracht en is deze niet proportioneel.

#### 5.11. Klachtonderdeel 5

5.11.1. Naar het oordeel van de Commissie zullen alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers knock-out-eis 2.3.13 op dezelfde wijze uitleggen, in die zin dat alle kledingstukken die langer dan 60 dagen in het systeem hangen, met één druk op de knop uitgenomen moeten kunnen worden en dat aanbesteder het aantal dagen handmatig moet kunnen instellen.

5.11.2. Naar het oordeel van de Commissie is deze eis niet proportioneel. Kennelijk staat het aanbesteder voor ogen dat kledingstukken die al lang in het systeem hangen eenvoudig uitgenomen moeten kunnen worden. Aanbesteder heeft onvoldoende duidelijk gemaakt waarom het voor hem zo belangrijk is dat dat met één druk op de knop mogelijk moet zijn. Het gaat dan te ver om alle kleding uitgifte automaten die hier niet aan kunnen voldoen, van de aanbesteding te weren.

## 5.12. Klachtonderdeel 6

- 5.12.1. De Commissie stelt vast dat de termen 'uitgiftestations' en 'uitgiftepunten' zowel door aanbesteders als door ondernemers door elkaar worden gebruikt in de aanbestedingsstukken en in de communicatie die tussen partijen heeft plaatsgevonden. De Commissie gaat er daarom vanuit dat deze begrippen hetzelfde betekenen.
- 5.12.2. Naar het oordeel van de Commissie zullen alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers knock-out-eis 2.3.15 op dezelfde wijze uitleggen, in die zin dat bij de KUA als geheel de uitgiftesnelheid hoog genoeg moet zijn om een gebruiker binnen 10 seconden van een kledingstuk te voorzien. Hoewel is vermeld dat het hier niet de technische uitgiftesnelheid betreft, zullen alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers – net als ondernemer – hebben begrepen dat naast de benodigde tijd voor de bediening ook de tijd moet worden meegerekend die de automaat nodig heeft om een gebruiker van een kledingstuk te voorzien. Alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers zullen ook hebben begrepen dat de termijn begint te lopen op het moment dat een gebruiker de eerste handeling heeft verricht om een kledingstuk op te vragen en dat de termijn eindigt op het moment dat de gebruiker van het gevraagde kledingstuk is voorzien. Daarbij zal moeten worden uitgegaan van een gemiddelde gebruiker die de KUA op normale wijze bedient.
- 5.12.3. Ondernemer stelt zich op het standpunt dat een langere uitgiftetermijn gekoppeld aan meerdere uitgiftestations betekent dat een gelijke of zelfs betere totale uitgiftesnelheid wordt bereikt. Indien ondernemer daarbij uitgaat van meerdere gebruikers en van een uitgiftesnelheid van 10 seconden bij één uitgiftestation ten opzichte van een uitgiftesnelheid van 14 seconden bij twee of meer uitgiftestations, is die stelling correct. De stelling dat dan per saldo geen sprake is van meer personen in dezelfde ruimte in de tweede situatie – met een uitgiftesnelheid van 14 seconden bij twee of meer uitgiftestations – is ook correct.
- 5.12.4. De Commissie constateert echter dat in knock-out-eis 2.3.1 is bepaald dat de KUA over tenminste 6 uitgiftepunten dient te beschikken (zie het Programma van Eisen in 1.3 hiervoor). Ondernemer heeft aangegeven dat met zijn "systeem" slechts een uitgiftesnelheid van 14 seconden wordt bereikt in plaats van de vereiste 10 seconden (zie 3.8.2 jo. 1.8 hiervoor). Ondernemer heeft weliswaar gesteld dat zijn "systeem" over meerdere uitgiftepunten beschikt, maar hij heeft niet gesteld en voorts nog is ook niet gebleken dat zijn KUA over meer dan 6 uitgiftepunten beschikt. Op basis van hetgeen ondernemer in het kader van dit klachtonderdeel heeft aangevoerd, kan de Commissie daarmee niet tot het oordeel komen dat knock-out-eis 2.3.15 niet proportioneel is.
- 5.12.5. Verder maakt ondernemer er bezwaar tegen dat het menselijk handelen meetelt in het kader van de berekening van de in knock-out-eis genoemde maximaal toelaatbare uitgiftesnelheid. Daarbij noemt hij als voorbeeld de gebruiker die eerst de tijd neemt om informatie op de schermen van de identificatiepunten te lezen. Naar het oordeel van de Commissie zullen alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers de knock-out-eis echter op dezelfde wijze uitleggen, in die zin dat die tijd niet dient te worden meegerekend. Slechts de handelingen die gericht zijn op de uitgifte van het kledingstuk dienen te worden meegerekend bij de berekening van de daadwerkelijke uitgiftesnelheid (zie 5.12.2 hiervoor). Bovendien zal moeten worden uitgegaan van een gemiddelde gebruiker die de KUA op normale wijze bedient.
- 5.12.6. Dat aanbesteders rekening houdt met de benodigde menselijke handelingen is naar het oordeel van de Commissie niet disproportioneel. Deze kunnen per inschrijver

verschillen en kunnen daarmee effect hebben op de uitgiftesnelheid. Een voorbeeld daarvan is het openen en sluiten van een deur bij de KUA van ondernemer.

#### 5.13. Klachtonderdeel 7

- 5.13.1. Naar het oordeel van de Commissie zullen alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers knock-out-eis 2.3.16 op dezelfde wijze uitleggen, in die zin dat is vereist dat de gebruiker bij de KUA geen extra handelingen hoeft te verrichten, wat onder meer betekent dat deuren of knoppen bij het uitgifteluik of -loket niet zijn toegestaan.
- 5.13.2. Aanbesteder heeft in het kader van deze knock-out-eis aangevoerd grote waarde te hechten aan de doorstromingsnelheid voor de gebruiker. Een extra handeling voor een gebruiker (bijvoorbeeld door de aanwezigheid van deuren of knoppen) zorgt voor een vertraging in het uitgifteproces en is voor aanbesteder onacceptabel. Zoals ondernemer echter terecht opmerkt, is de uitgiftesnelheid reeds begrensd door knock-out-eis 2.3.15. Nu aanbesteder geen andere goede grond heeft aangevoerd voor het stellen van knock-out-eis 2.3.16 dan de gewenste doorstromingsnelheid en die wens reeds wordt afgedekt door knock-out-eis 2.3.15, houdt knock-out-eis 2.3.16 naar het oordeel van de Commissie onvoldoende verband met het voorwerp van de opdracht en is deze eis niet proportioneel. De eis kan immers tot gevolg hebben dat een ondernemer die wel kan voldoen aan de door aanbesteder gewenste doorstromingsnelheid, niet kan inschrijven omdat hij niet aan knock-out-eis 2.3.16 kan voldoen.

#### 5.14. Klachtonderdeel 8

- 5.14.1. Naar het oordeel van de Commissie zullen alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers knock-out-eis 2.3.20 op dezelfde wijze uitleggen, in die zin dat de leverancier alleen verantwoordelijk is voor de niet-nakoming van zijn contractuele verplichting dat de kledingstukken niet uit het KUA station mogen vallen indien sprake is van een tekortkoming die aan hem kan worden toegerekend. Van strijd met het transparantiebeginsel is derhalve geen sprake.
- 5.14.2. Gegeven de voorgaande uitleg die aan knock-out-eis 2.3.20 dient te worden gegeven, is die eis naar het oordeel van de Commissie evenmin in strijd met het proportionaliteitsbeginsel. Aanbesteder handelt met die eis immers overeenkomstig het bepaalde in Voorschrift 3.9 A van de Gids Proportionaliteit.

#### 5.15. Klachtonderdeel 9

- 5.15.1. Naar het oordeel van de Commissie zullen alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers knock-out-eisen 2.5.7 en 2.5.8 op dezelfde wijze uitleggen, in die zin dat bepaalde informatie op de schermen van de identificatiepunten moet (kunnen) worden getoond.
- 5.15.2. Gelet de onderbouwing van dit klachtonderdeel in zijn brief van 25 maart 2019 (zie 1.8 hiervoor) en hetgeen ondernemer verder in het kader van dit klachtonderdeel heeft aangevoerd, lijkt ondernemer er vanuit te gaan dat knock-out-eisen 2.5.7 en 2.5.8 verplichtingen bevatten voor de uitgifteschermen. Gegeven de voorgaande uitleg die aan deze knock-out-eisen dient te worden gegeven, hoeft de desbetreffende informatie echter niet op de uitgifteschermen te worden getoond. Op basis van hetgeen ondernemer in het kader van dit klachtonderdeel heeft aangevoerd, kan de Commissie niet tot het oordeel komen dat knock-out-eisen 2.5.7 en 2.5.8 niet proportioneel zijn.

5.15.3. Overigens is aanbestedder naar het oordeel van de Commissie vrij om te beslissen dat hij bepaalde informatie aan de gebruikers van de KUA en KIA wil tonen, ook indien dat tot gevolg heeft dat daardoor meer mensen gedurende een bepaalde tijd in dezelfde ruimte verblijven.

5.16. Klachtonderdeel 10

Ondernemer heeft gesteld dat in het Programma van Eisen 168 knock-out-eisen zijn gesteld en dat het aantal en de inhoud van de gestelde knock-out-eisen de mededinging zodanig beperken dat – gelet op het beperkte aantal leveranciers dat in staat is een KIA/KUA te leveren – geen enkele dan wel slechts een enkele leverancier in staat is aan deze eisen te voldoen. Nog daargelaten dat ondernemer onvoldoende heeft onderbouwd dat slechts enkele leveranciers of één leverancier aan alle eisen kunnen c.q. kan voldoen, is de Commissie ook overigens van oordeel dat het stellen van een hoog aantal knock-out-eisen de aanbestedingsprocedure nog niet per definitie disproportioneel maakt.

5.17. Klachtonderdeel 11

5.17.1. Naar het oordeel van de Commissie heeft ondernemer de klacht dat aanbestedder met de onderhavige procedure niet zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen realiseert in de zin van artikel 1.4, lid 2, Aw 2012 onvoldoende onderbouwd (vgl. Advies 502 (nog niet gepubliceerd), overweging 5.11.3; Advies 476, overweging 5.4.3; Advies 375, overweging 5.5.4 en Advies 48, overweging 6.2.5).

5.17.2. Ten overvloede merkt de Commissie op dat kan worden betwijfeld of aanbestedder met de onderhavige procedure zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen in de zin van artikel 1.4, lid 2, Aw 2012 realiseert, nu bij de beoordeling van de klachtonderdelen 1, 4, 5 en 7 is gebleken dat aanbestedder op diverse aspecten in strijd heeft gehandeld met de beginselen van transparantie en proportionaliteit.



## 6. Advies

Wat betreft klachtonderdeel 1 heeft aanbesteder naar het oordeel van de Commissie in strijd met het transparantiebeginsel gehandeld, wat betreft klachtonderdelen 4, 5 en 7 in strijd met het proportionaliteitsbeginsel. Dat ondernemer onvoldoende proactief heeft gehandeld, doet daar niet aan af. Wel staat dat er aan in de weg dat ondernemer in dit stadium nog kan opkomen tegen het handelen van aanbesteder. Daarmee acht de Commissie alle klachtonderdelen **ongegron**d.

## 7. Aanbeveling

De Commissie verneemt regelmatig dat ondernemingen vaak erg laat opmerkingen maken in het kader van aanbestedingsprocedures. De Commissie beveelt ondernemingen aan om eventuele opmerkingen en vragen tijdig bij de aanbestedende dienst in te dienen. Dit vergroot de kans dat de aanbestedende dienst aan eventuele bezwaren tegemoet komt en daarmee zou in een vroeg stadium veel kou uit de lucht kunnen worden genomen.

Den Haag, 28 mei 2019

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

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