

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 577 | Samenvatting

De klacht ziet op een meervoudig onderhandse procedure voor een overheidsopdracht voor het leveren van zes voertuigen op basis van leasing. Geklaagd wordt dat de aanbesteder de winnende inschrijving ten onrechte niet als ongeldig terzijde heeft gelegd, omdat de belasting van personenauto's en motorrijwielen (BPM) niet in deze inschrijving was meegenomen. Ook wordt geklaagd dat de opdracht ten onrechte niet Europees aanbesteed is.

Klachtonderdeel 2

De Commissie begint bij de beoordeling van de klacht dat er ten onrechte niet Europees is aanbesteed. De ondernemer heeft ingeschreven met een bedrag ver boven de drempelwaarde. Dit wist of behoorde ondernemer te weten vóór inschrijving. Door pas na de reactie van aanbesteder op de bij de Commissie ingediende klacht een aanvullende klacht in te dienen dat de opdracht ten onrechte niet Europees is aanbesteed, heeft de ondernemer zijn bezwaren op een te laat tijdstip naar voren gebracht. Daarom acht de Commissie klachtonderdeel 2 ongegrond.

Ten overvloede gaat de Commissie nog inhoudelijk op de klacht in. De aanbesteder betwist niet dat de opdrachtwaarde hoger is uitgevallen dan de drempelwaarde van € 214.000 exclusief BTW. De aanbesteder stelt dat zijn inschatting vóór aanvang van de procedure was dat de waarde van de opdracht onder de drempelwaarde zou blijven. De Commissie vindt het opmerkelijk dat de geoffreerde bedragen van alle drie de inschrijvers ver boven de geraamde waarde van aanbesteder liggen, terwijl sprake is van een sterk concurrerende markt waarbij de prijzen over het algemeen niet ver uit elkaar liggen. De Commissie heeft dan ook haar twijfels of sprake is van een zorgvuldige raming van de waarde van de opdracht vóór aanvang van de meervoudig onderhandse procedure. Omdat ondernemer in dit kader onvoldoende proactief heeft gehandeld, laat de Commissie het bij deze opmerking.

Klachtonderdeel 1

In beginsel mag een aanbestedende dienst afgaan op de juistheid van de inhoud van een inschrijving en de verklaringen van een inschrijver. Indien een andere inschrijver echter stelt dat de winnende inschrijver niet aan een bepaalde eis voldoet of zal voldoen en dit zodanig onderbouwt dat daarover gereede twijfel ontstaat, zal de aanbestedende dienst hier onderzoek naar moeten doen.

Naar aanleiding van de mededeling van de gunningsbeslissing heeft de ondernemer een klacht ingediend bij de aanbesteder. De ondernemer heeft gesteld dat de andere twee inschrijvers niet geldig hebben ingeschreven omdat zij hebben ingeschreven exclusief BPM. Dit baseert de ondernemer op de ingediende inschrijfprijzen. In de daaropvolgende reactie geeft de aanbesteder aan dat na verificatie van de winnende inschrijver is gebleken dat hij heeft ingeschreven inclusief BPM. Naar het oordeel van de Commissie heeft de aanbesteder daarmee voldaan aan zijn onderzoeksplicht en de twijfel, voor zover deze was gebaseerd op hetgeen ondernemer op dat moment had aangevoerd, voldoende weggenomen.

In de bij de Commissie ingediende klacht heeft de ondernemer zijn standpunt nader onderbouwd. Naar het oordeel van de Commissie is op basis van die nadere onderbouwing opnieuw gereede twijfel ontstaan of in de inschrijving van de

winnende inschrijver wel rekening is gehouden met alle kostencomponenten. Uit de reactie op de bij de Commissie ingediende klacht blijkt naar het oordeel van de Commissie onvoldoende dat de aanbesteder vervolgens heeft voldaan aan zijn onderzoeksplicht. Niet is gebleken dat de aanbesteder de winnende inschrijver heeft geconfronteerd met de argumenten van de ondernemer en dat – en op welke wijze – de winnende inschrijver de twijfel over de geldigheid van zijn inschrijving naar aanleiding van deze argumenten heeft kunnen wegnemen (zonder daarbij de rechtmatige commerciële belangen van de winnende inschrijver te schaden).

Naar het oordeel van de Commissie heeft de aanbesteder niet kenbaar voldaan aan zijn onderzoeksplicht. Op basis van de haar ter beschikking staande informatie kan de Commissie echter niet beoordelen of de aanbesteder de inschrijving van de winnende inschrijver als ongeldig terzijde had moeten leggen. Daarmee kan de Commissie de klacht niet gegrond verklaren. De Commissie acht klacht-onderdeel 1 dan ook ongegrond.

Aanbeveling

Indien een ondernemer meent dat de winnende inschrijver niet aan de eisen voldoet, beveelt de Commissie aan dat hij in een vroeg stadium een goede onderbouwing van zijn standpunt geeft. Dan kan een aanbestedende dienst op basis van deze argumenten in een vroeg stadium kritisch navraag doen bij de winnende inschrijver.

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 577

1. Feiten

1.1. Aanbesteder is op 20 januari 2020 een meervoudig onderhandse procedure gestart voor een overheidsopdracht voor leveringen voor het leasen van zes voertuigen ten behoeve van een dienstonderdeel van aanbesteder.

1.2. Daaraan voorafgaand heeft aanbesteder medio 2019 een 'Inkoopstartformulier voertuigen buitendienst' opgesteld, waarin het volgende is vermeld:

'Betreft een meervoudig onderhandse opdracht vooruitlopend om Europese aanbesteding van het wagenpark van [Aanbesteder]. Het betreft het leasen van 6 voertuigen t.b.v. afdeling Buitendienst ter ondersteuning van het nieuwe wijkgericht werken. Gezien het wagenpark in eigendom op leeftijd begint te geraken. Het betreft naar verwachting een "nationale aanbesteding" welke naar verwachting een te lange tijdsduur zal hebben. Via het college zal om afwijking gevraagd worden om i.p.v. een "nationale" aanbesteding een meervoudig onderhandse aanbesteding te gaan voeren.'

1.3. Vervolgens heeft aanbesteder in een adviesnota van 11 november 2019 een orgaan van aanbesteder verzocht in te stemmen met een meervoudig onderhandse aanbesteding voor het leasen van zes voertuigen ten behoeve van de wijkbeheer Buitendienst. Bijgevoegd is het 'afwijkingsformulier Beleidsregels Inkoop en Aanbestedingen' van 12 september 2019 waarin nagenoeg dezelfde motivering wordt gegeven voor het verzoek om een meervoudig onderhandse procedure te mogen volgen. In de adviesnota is, onder meer, het volgende vermeld:

'Inleiding

We zitten in de voorbereidingsfase om voor het totale wagenpark van [Aanbesteder] een raamcontract te maken welke Europees aanbesteed gaat worden. Het zal een full operational lease constructie gaan worden verdeeld in 3 percelen, verdeeld in verschillende type wagens. Het eindresultaat, middels een contract, is na de zomer van 2020 te verwachten. Voor de [Afdeling Buitendienst] komt dit raamcontract te laat.

Voor april 2020 zullen er 6 voertuigen moeten zijn die het wijkbeheer moet ondersteunen. Er is een tijdelijke oplossing nodig om dit realiseren. Onderzocht is om voor de periode van één jaar de 6 voertuigen te huren en deze mee te nemen in het te maken raamcontract. Het is gebleken n.a.v. het opvragen van offertes dat huren van deze wagens voor een korte periode een financieel kostbaar verhaal gaat worden.

Beoogd (meetbaar) effect

D.m.v. een aanbesteding 6 voertuigen t.b.v. de Buitendienst operationeel te hebben voor april 2020.

Motivering

We willen ondanks de Europese aanbesteding die in aantocht is, voor deze 6 voertuigen een uitzondering maken en deze voertuigen voor een langere periode leasen zodat we vooruitlopen op het raamcontract, dit om de kosten te drukken.

Gezien de geraamde contractwaarde van deze lease zal er "Nationaal" aanbesteed moeten worden, echter gezien de levertijd van de voertuigen zal met deze procedure de gewenst leverdatum van april 2020 niet halen.

(...)

Alternatieven

Ondanks de hogere kosten per gehuurde voertuig deze voertuigen gaan huren voor 1 jaar, om vervolgens gebruik te maken van het raamcontract welke Europees is aanbesteed.

(...)

Financiën

Huren van 6 voertuigen komt neer op een prijs van € 64.700,--.

Lease voor een periode van 5 jaar komt onder de € 30.000,--.

Prijs verschil voor de 6 voertuigen is € 34.700,--.

De kosten van de te leasen voertuigen kunnen naar verwachting uit het reguliere budget van de begroting gehaald worden.

Juridisch kader

Lokaal aanbestedingsbeleid [Aanbesteder].

(...)'

1.4. In het kader van de meervoudig onderhandse procedure heeft aanbesteder op 20 januari 2020 ondernemer via de berichtenmodule in TenderNed uitgenodigd om een inschrijving te doen op de "Aanbesteding 6 voertuigen t.b.v. Buitendienst".

1.5. In de 'Leidraad Meervoudig onderhandse aanbesteding 6 wagens lease afdeling Buitendienst 2020-2024' is, onder meer, het volgende bepaald:

'(...)

2.2 Opdracht

Deze aanbesteding betreft het leasen van 6 voertuigen t.b.v. afdeling buitendienst voor de periode van 2020 – 2024. De omvang van de opdracht licht naar verwachting onder de € 214.000,-- en zal niet verdeeld worden in percelen.

2.3 Duur van de overeenkomst

Opdrachtgever streeft ernaar de raamovereenkomst te laten aanvangen op 1 april 2020 voor een periode van vijf jaar (t/m 1 maart 2024). De maximale duur van de overeenkomst is daarmee 5 jaar.

(...)

3 VOORWAARDEN VOOR DEZE AANBESTEDING

3.1 Algemeen

Gewenste situatie

Met betrekking tot het leasen van de 6 nieuwe Voertuigen heeft Opdrachtgever de volgende doelstellingen gedefinieerd:

- een relatie met één betrouwbare Opdrachtnemer voor het leasen van 6 wagens full operational lease op basis van gesloten calculatie met inzicht;
- De 6 geleasede wagens toetsen en focussen op de laatste milieu-innovaties;
- een vast aanspreekpunt;
- Geen lange levertijd van de voertuigen.

(...)

4 PROGRAMMA VAN EISEN

(...)

4.2 Programma van eisen

(...)

Specificaties

[Aanbesteder] wil overgaan tot het Full Operational Leasen van 6 leaseauto's voor de afdeling "Buitendienst" van [Aanbesteder] voor het uitvoeren van de dagelijkse werkzaamheden.

Onder Full Operational Lease wordt verstaan een leasevorm waarbij de auto juridisch en economisch in eigendom is van de opdrachtnemer en het gebruiksrecht bij de opdrachtgever ligt. Opdrachtgever betaalt aan de opdrachtnemer een vast bedrag per maand (de leaseprijs) waarin alle kostencomponenten die voortkomen uit het gebruik van de auto zijn opgenomen exclusief brandstofkosten.

4.3 Technische specificatie

Opdrachtgever kiest als productvorm voor Full Operational Service Lease op basis van gesloten calculatie systeem. worden in ieder geval de volgende onderwerpen c.q. componenten (in)geregeld:

- **Administratiekosten;**
- **APK;**
- **BPM en andere toeslagen (indien van toepassing);**
- **Beheerkosten;**
- **Motorrijtuigenbelasting (indien van toepassing);**
- **Rente en afschrijving op de investering;**
- **Reparatie, onderhoud (inclusief opties & gespecificeerde accessoires).**

(...)

4.6 Alle overige (kosten)

De geoffreerde prijs is exclusief brandstof. Hier heeft [Aanbesteder] al een aparte overeenkomst voor afgesloten met een leverancier van brandstoffen.

[Aanbesteder] wenst reële tarieven en geen strategische inschrijvingen te ontvangen.

Om inzicht te krijgen in uw kostenopbouw dient u de prijs bij een looptijd 60 maanden.

Zie bijlage 2 voor opgave van Uw prijs.

5 GUNNINGSCRITERIUM

5.1 Inleiding

(...)

In onderstaand tabel staan de 3 criteria die de kwaliteit waarop je maximaal 100 punten mee kan verdienen.

Onderdelen		Maxima- le score	Weging	totaal
Kwaliteit:				
1	Bereikbaarheid, schademeldingen, boetes	10	1,5	15
2		10	4	40
3		10	1,5	15
Totaal kwaliteit			3	70
1	Gemiddelde maand Prijs (...)	Laagste prijs		30
		1 naar laagste prijs		25
		1 naar laagste prijs		20
Maximaal aantal punten				100

(...)

- 1.6. Ondernemer heeft op 3 februari 2020 een inschrijving ingediend.
- 1.7. Aanbesteder heeft op 2 maart 2020 via de berichtenmodule in TenderNed aan ondernemer medegedeeld dat de keus niet op zijn onderneming is gevallen. De Commissie heeft in de stukken een scorelijst aangetroffen en gaat ervan uit dat deze scorelijst met het bericht van de gunningsbeslissing aan ondernemer bekend is gemaakt. De scorelijst laat de volgende rangorde zien:

num- mer	gunningcriteria	max. pun- ten	[Onderne- mer]	[Onderne- mer A]	[Onder- nemer B]
1	Bereikbaarheid, schademeldin- gen, boetes	15 pun- ten	11,00	7,50	11,00
2	Reparatie, on- derhoud en hulpverlening	40 pun- ten	29,33	21,33	34,67
3	Implementatie	15 pun- ten	11,00	7,50	13,00
	<i>Ingediende prijs</i>	30 pun- ten	€ 897,25	€ 668,26	€ 672,20
	Gescoorde pun- ten gunningcri- terium prijs	100 pun- ten	20	30	25
	Totaal gescoor- de punten		71,33	66,33	86,67
	Rangorde in- schrijving		2	3	1

- 1.8. Ondernemer heeft op 6 maart 2020 per e-mail de volgende klacht ingediend bij aanbestedder:

'Hierbij dienen wij (binnen de hiertoe gestelde termijn) een klacht in tegen de door u voorgenomen afwijzing gunning Aanbesteding 6 voertuigen t.b.v. Buitendienst

(...)

Gezien de ingediende inschrijfprijzen van de overige 2 inschrijvers moeten wij constateren dat deze beide partijen hebben ingeschreven exclusief BPM, dit terwijl u als [Aanbesteder] (contractnemer) volgens informatie van de belastingdienst wel BPM plichtig bent*

Er is volgens onze mening hier dan ook sprake van 2 niet rechtsgeldige inschrijvingen daar u heeft gevraagd om full operationele Leaseprijs, exclusief brandstof Per maand, exclusief btw

Zonder bijkomende kosten voor de gemeente.

De BPM zijnde 37,7% van de catalogusprijs+ optieprijs vermeerderd met de dieseltoeslag van € 278,- zal alsnog aan u worden opgelegd door de belastingdienst omdat u niet voldoet aan de ondernemersregeling.

Dit bedrag dient dan ook door de leasemaatschappij in rekening te worden gebracht en had dus in het prijzenblad opgenomen moeten zijn in de leaseprijs zoals door ons wel is gedaan.

(...)'

- 1.9. Aanbesteder heeft via de berichtenmodule van TenderNed op 9 maart 2020 de volgende reactie gestuurd:

'Wij hebben Uw bezwaar binnen de gestelde termijn ontvangen. In het kort: Wij hebben via de aanbestedingstukken gevraagd om een full operational Leaseprijs, exclusief brandstof en exclusief btw. De rest is dus inclusief.

In artikel 4.3 van de leidraad is dit als volgt uitgevraagd.

4.3 Technische specificatie

Opdrachtgever kiest als productvorm voor Full Operational Service Lease op basis van gesloten calculatie systeem. worden in ieder geval de volgende onderwerpen c.q. componenten (in)geregeld:

- Administratiekosten;
- APK;
- BPM en andere toeslagen (indien van toepassing);
- Beheerkosten;
- Motorrijtuigenbelasting (indien van toepassing);
- Rente en afschrijving op de investering;
- Reparatie, onderhoud (inclusief opties & gespecificeerde accessoires) .

De uitvraag is m.i. juist uitgevoerd daarnaast zijn de inschrijvingen ook zo als in de leidraad is neergezet ingediend. De stelligheid in Uw bezwaar dat de andere inschrijvers exclusief BPM hebben ingeschreven en dus geen rechtsgeldige inschrijvingen hebben ingeschreven bevreemd ons.

Na verificatie van de winnende inschrijver is gebleken dat ze hebben ingeschreven inclusief BPM. Er is wat ons betreft niet sprake van een onrechtmatige inschrijving zoals U beweerd in Uw bezwaar.

(...)'

2. Beschrijving klacht

2.1. Klachtonderdeel 1

Aanbesteder heeft de als eerste in de rangorde geëindigde inschrijving ten onrechte niet als ongeldig terzijde gelegd, omdat de belasting van personenauto's en motorrijwielen (BPM) niet in deze inschrijving was meegenomen.

2.2. Klachtonderdeel 2

De opdracht is ten onrechte niet Europees aanbesteed.

3. **Onderbouwing klacht**

3.1. Klachtonderdeel 1

- 3.1.1. Ondernemer is van mening dat de opdracht ten onrechte aan een andere inschrijver is gegund. Ondernemer stelt dat aanbesteder volgens de voorschriften van de Belastingdienst BPM-plichtig is voor deze zes bedrijfsauto's, ook bij full operational lease, omdat aanbesteder niet voldoet aan de ondernemersregeling van de Belastingdienst. Volgens ondernemer hebben de andere twee inschrijvers, ondernemers A en B, deze BPM niet in hun inschrijving meegenomen. De andere twee inschrijvingen hadden volgens ondernemer ongeldig moeten worden verklaard omdat de BPM alsnog door de Belastingdienst aan de gemeente in rekening zal worden gebracht. Ondernemer stelt dat zijn inschrijving de enige rechtsgeldige inschrijving is omdat het meenemen van BPM in de inschrijving in paragraaf 4.2 van de Leidraad als voorwaarde werd gesteld (zie 1.5 hiervoor).
- 3.1.2. Ondernemer verwijst ter onderbouwing van zijn klacht naar de door hem ingediende inschrijving, naar zijn open calculatie en naar zijn inschrijfstaat (zie 1.6 hiervoor). Het BPM bedrag van de gevraagde auto per stuk is € 12.250,29. Ondernemer stelt dit bedrag in zijn inschrijfprijs te hebben meegenomen. Het prijsverschil tussen de inschrijving van ondernemer en de voorlopig gegunde partij is € 225,05 per maand x 60 maanden is in totaal € 13.503 per auto. Ondernemer stelt dat dit prijsverschil niet mogelijk is als dezelfde kostencomponenten in de lease meegerekend worden. Ondernemer is hoofddealer van het betreffende automerk, net zoals de winnende ondernemer (ondernemer B) en ondernemer stelt dat zij dezelfde inkoopcondities hebben. De derde inschrijver, ondernemer A, heeft bij navraag aan ondernemer bevestigd dat hij zonder BPM heeft ingeschreven omdat hij aanbesteder ten onrechte had aangemerkt als ondernemer. De inschrijfprijs van de derde ondernemer, ondernemer A, verschilt slechts € 3,94 per maand van de winnende inschrijver, ondernemer B (zie 1.7 hiervoor). Aanbesteder heeft naar aanleiding van de door ondernemer bij hem ingediende klacht (zie 1.8 hiervoor) geantwoord dat na verificatie van de winnende inschrijver gebleken is dat deze heeft ingeschreven inclusief BPM (zie 1.9 hiervoor). Ondernemer vindt dit antwoord volstrekt onvoldoende en niet onderbouwd. Volgens ondernemer is het bovendien onmogelijk.
- 3.1.3. Voor het verstrijken van de inschrijftermijn heeft ondernemer aan aanbesteder via TenderNed de informatie van de Belastingdienst gegeven over de BPM-plicht en gevraagd om alle uitgenodigde ondernemers hiervan in kennis te stellen om zodoende ongeldige inschrijvingen te voorkomen. Aanbesteder heeft dit echter nagelaten. Ondernemer heeft een uitdraai van de website van de Belastingdienst ingediend met de volgende informatie over de ondernemersregeling:

'Ondernemersregeling

'Bent u een ondernemer en hebt u een bestelauto? Dan kunt u in aanmerking komen voor een vrijstelling van de bpm op grond van de ondernemersregeling.

Voorwaarden

U bent ondernemer volgens artikel 7 van de Wet op de omzetbelasting 1968 (met uitzondering van het ondernemerschap dat voortvloeit uit het zesde lid). U gebruikt de bestelauto voor meer dan 10% voor uw onderneming.

U moet alsnog bpm betalen als u:

- (...)
- een bestelauto jonger dan 5 jaar verkoopt aan een particulier
- (...)

(...) Verkoopt u de bestelauto aan een andere ondernemer, dan kunt u gebruikmaken van de doorschuifregeling.'

- 3.1.4. Tevens heeft ondernemer in dat kader de volgende informatie overgelegd, het is echter onbekend waar deze informatie van afkomstig is:

'Vrijstelling BMP bij lease

Voor bestelauto's die op naam worden gesteld van lease- en verhuurmaatschappijen geldt een vrijstelling als wordt voldaan aan de hiervoor genoemde eisen door zowel de leasemaatschappij als lessee. Er wordt als het ware 'door de leasemaatschappij heengekeken'.

Doorschuifregeling

Indien in de vijf jaar na de inschrijving in het kentekenregister niet aan bovengenoemde ondernemerseisen wordt voldaan, wordt de vrijstelling voor de nog resterende maanden van deze 5-jaarsperiode alsnog verschuldigd.

(...)

Na de vijf jaar na inschrijving is de bestelauto **vrij van rest-BPM** en hoeft niet langer aan de ondernemersvoorwaarden voldaan te worden. Wel moet de bestelauto dan nog wel aan de inrichtingeisen blijven voldoen.'

3.2. Klachtonderdeel 2

Het gegunde bedrag van de meervoudig onderhandse procedure bedraagt in totaal € 241.992 exclusief BTW (€ 672,20 x 60 maanden x 6 auto's). Dit bedrag overschrijdt de Europese drempelwaarde van € 214.000,- excl. BTW, zodat er een Europese aanbestedingsprocedure gevolgd had moeten worden.

4. **Reactie aanbesteder**

4.1. Klachtonderdeel 1

- 4.1.1. Aanbesteder stelt dat er middels een aanbestedingsleidraad een uitvraag is gedaan om zes voertuigen te leasen onder de condities van Full Operational Lease. Aanbesteder verwijst naar paragraaf 4.3 van de aanbestedingsleidraad (zie 1.5 hiervoor). Aanbesteder heeft gekozen voor een Full Operational Service Lease op basis van een gesloten calculatiesysteem, waarin in ieder geval de volgende onderwerpen c.q. componenten (in)geregeld hadden moeten zijn:

- Administratiekosten;
- APK;
- BPM en andere toeslagen (indien van toepassing);
- Beheerkosten;
- Motorrijtuigenbelasting (indien van toepassing);

- Rente en afschrijving op de investering;
 - Reparatie, onderhoud (inclusief opties & gespecificeerde accessoires).
- 4.1.2. Aanbesteder heeft drie inschrijvingen ontvangen en heeft deze beoordeeld op prijs en kwaliteit. Daar is een winnaar uitgekomen. Aanbesteder stelt gecontroleerd te hebben op de bewijsstukken en tot tweemaal toe met de winnaar de BPM voorwaarde te hebben doorgenomen. Er is door de winnaar ingeschreven inclusief BPM.
- 4.1.3. Dat de nummer 3 in de ranglijst, ondernemer A, aan de nummer 2 van de ranglijst, te weten ondernemer, meldt dat hij heeft ingeschreven exclusief BPM is volgens aanbesteder niet relevant. Aanbesteder heeft alleen met de winnende inschrijver, ondernemer B, de zaken, zoals de BPM, doorgenomen. Daarbij heeft aanbesteder niets gevonden wat een gunning aan die inschrijver in de weg zou kunnen staan. Aanbesteder heeft via TenderNed aan ondernemer bericht dat in de inschrijving van ondernemer B rekening is gehouden met de BPM, zoals is gevraagd in de aanbestedingsleidraad.
- 4.2. Klachtonderdeel 2
- 4.2.1. Aanbesteder stelt zich op het standpunt dat de keuze voor een aanbestedingsprocedure wordt bepaald door een raming die wordt gemaakt voor de aanbesteding. De inschatting van aanbesteder was destijds dat hij op basis van zijn aanbestedingsbeleid een 'nationale aanbesteding' zou moeten doen. Naar aanleiding daarvan is aan het bestuur van aanbesteder gevraagd om van het eigen beleid te mogen afwijken (zie 1.2 en 1.3 hiervoor). Vervolgens is er een meervoudig onderhandse procedure gevoerd.
- 4.2.2. Aanbesteder stelt dat de inschrijvingen zijn tegengevallen en hoger zijn uitgevallen dan was geraamd. Aanbesteder had de verwachting dat hij behoorlijk onder de € 600 per voertuig per maand zou uitkomen. Ten behoeve van de raming heeft aanbesteder zich laten voorlichten door een grote landelijke leverancier op dit terrein en aanbesteder heeft zelfs een short-lease offerte opgevraagd die als basis is gebruikt voor het verdere aanbestedingstraject. Deze offerte lag rond de € 600, maar betrof short lease. Normaliter is dat duurder dan een lease met een langere contracttermijn.
- 4.2.3. Aanbesteder is op basis hiervan van mening dat de opdracht niet Europees aanbesteed had hoeven worden.

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder op 20 januari 2020 een meervoudig onderhandse procedure is gestart voor een overheidsopdracht voor leveringen voor de lease van zes voertuigen voor een dienstonderdeel van aanbesteder.
- 5.2. De Commissie stelt verder vast dat ondernemer met klachtonderdeel 2 erover klaagt dat aanbesteder de opdracht ten onrechte niet Europees heeft aanbesteed. Alvorens zich over klachtonderdeel 1 te kunnen buigen, zal de Commissie daarom eerst klachtonderdeel 2 beoordelen.
- 5.3. Klachtonderdeel 2
- 5.4. Alvorens dit klachtonderdeel te beoordelen geeft de Commissie eerst de voor de beoordeling van dit klachtonderdeel relevante bepalingen weer.

5.4.1. Artikel 2.3 Aw 2012 bepaalt:

'Het bepaalde bij of krachtens deel 2 van de wet is van toepassing op het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en diensten door aanbestedende diensten anders dan de staat, waarvan de geraamde waarde gelijk is aan of hoger is dan het in artikel 4, onderdeel c, van richtlijn 2014/24/EU genoemde bedrag, exclusief omzetbelasting.'

5.4.2. Ten tijde van de uitnodiging tot inschrijving van 20 januari 2020 gold voor overheidsopdrachten voor leveringen als de onderhavige voor decentrale aanbestedende diensten zoals aanbesteder een drempelwaarde van € 214.000 exclusief BTW.

5.4.3. Artikel 2.15 Aw 2012 bepaalt:

1. 'De waarde van een overheidsopdracht wordt geraamd naar de waarde op het tijdstip van verzending van de aankondiging van die overheidsopdracht of, indien niet in een aankondiging is voorzien, naar de waarde op het tijdstip waarop de procedure voor de gunning door de aanbestedende dienst wordt ingeleid.
2. De aanbestedende dienst baseert de berekening van de geraamde waarde van een overheidsopdracht op het totale bedrag, exclusief omzetbelasting, met inbegrip van opties en verlengingen van het contract zoals uitdrukkelijk vermeld in de aanbestedingsstukken.
3. De aanbestedende dienst gaat bij de berekening van de waarde van een raamovereenkomst uit van de geraamde waarde van alle voor de duur van de raamovereenkomst voorgenomen overheidsopdrachten.'

5.5. De Commissie zal nu overgaan tot de beoordeling van klachtonderdeel 2.

5.6. De Commissie zal allereerst onderzoeken of ondernemer klachtonderdeel 2 tijdig bij aanbesteder onder de aandacht heeft gebracht.

5.6.1. 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.

5.6.2. Ondernemer heeft zelf ingeschreven met een bedrag van € 323.010 exclusief BTW (€ 897,25 x 60 maanden x 6 auto's). Dit bedrag lag ver boven de drempelwaarde van € 214.000 als bedoeld in 5.4.1 en 5.4.2 hiervoor. Dit wist of behoorde ondernemer te weten vóór inschrijving.

5.6.3. Door pas na de reactie van aanbesteder op het bij de Commissie ingediende klachtonderdeel 1 de aanvullende klacht in te dienen dat de opdracht ten onrechte niet Europees is aanbesteed, heeft ondernemer voormelde verplichting niet nageleefd. De Commissie is van oordeel dat ondernemer zijn bezwaren daarmee op een te laat tijdstip naar voren heeft gebracht. De Commissie ziet ook niet in waarom ondernemer die bezwaren niet eerder naar voren had kunnen brengen.

5.6.4. Deze handelwijze van ondernemer staat er aan in de weg dat hij in dit stadium nog een beroep kan doen op strijd met de verplichting om de opdracht Europees aan te besteden.

- 5.6.5. Daarmee acht de Commissie klachtonderdeel 2 ongegrond.
- 5.7. Ten overvloede gaat de Commissie hierna nog inhoudelijk op het klachtonderdeel in.
- 5.7.1. Ondernemer stelt dat de opdracht ten onrechte niet Europees is aanbesteed nu blijkt dat de opdrachtwaarde de Europese drempelwaarde overschrijdt.
- 5.7.2. Aanbesteder betwist niet dat de opdrachtwaarde met een bedrag van € 241.992 exclusief BTW hoger is uitgevallen dan de drempelwaarde van € 214.000 exclusief BTW. Aanbesteder stelt dat zijn inschatting vóór aanvang van de procedure was dat de waarde van de opdracht onder de drempelwaarde zou blijven. In dat kader voert hij aan dat hij zich heeft laten voorlichten door een grote landelijke leverancier en dat hij een short-lease offerte heeft opgevraagd. Die kwam uit op een bedrag van € 216.000 (€ 600 x 60 maanden x 6 auto's, zie 4.2.1-4.2.2 hiervoor). Omdat short-lease normaal gesproken duurder is dan lease met een langere contract-termijn, was de inschatting van aanbesteder dat de waarde van de opdracht onder de drempelwaarde zou blijven (zie 4.2.2 hiervoor). Uit de adviesnota van 11 november 2019 gericht aan een orgaan van aanbesteder kan worden afgeleid dat aanbesteder uitging van een totaalbedrag van minder dan € 150.000 (een jaarlijks bedrag van minder dan € 30.000 gedurende vijf jaar, zie 1.3 hiervoor).
- 5.7.3. De Commissie vindt het opmerkelijk dat de geoffreerde bedragen van alle drie de inschrijvers ver boven de geraamde waarde van aanbesteder liggen, terwijl sprake is van een sterk concurrerende markt waarbij de prijzen over het algemeen niet ver uit elkaar liggen. De Commissie heeft dan ook haar twijfels of sprake is van een zorgvuldige raming van de waarde van de opdracht vóór aanvang van de meervoudig onderhandse procedure. Omdat ondernemer in dit kader onvoldoende proactief heeft gehandeld, laat de Commissie het bij deze opmerking.
- 5.8. Klachtonderdeel 1
- 5.8.1. Nu klachtonderdeel 2 naar het oordeel van de Commissie ongegrond is omdat ondernemer ter zake onvoldoende proactief heeft gehandeld, neemt de Commissie tot uitgangspunt dat op de onderhavige meervoudig onderhandse procedure onder andere de volgende bepalingen van toepassing zijn: Afdelingen 1.2.1 en 1.2.4 van de Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit (1^e herziene versie die op 1 juli 2016 in werking is getreden).
- 5.8.2. Alvorens tot de beoordeling van klachtonderdeel 1 over te gaan, geeft de Commissie eerst het daarvoor relevante toetsingskader weer.
- 5.8.3. De Commissie stelt voorop dat, hoewel de Aanbestedingswet voor de meervoudig onderhandse procedure weinig regels stelt, de vrijheid die aanbestedende diensten hebben bij de voorbereiding, inrichting en afwikkeling van een meervoudig onderhandse procedure slechts betrekkelijk is. Zij dienen op grond van de artikelen 1.15 en 1.16 Aw 2012 immers de beginselen van gelijke behandeling, transparantie (zie 5.8.4 hierna) en proportionaliteit in acht te nemen. Wanneer aanbestedende diensten kiezen voor een meervoudig onderhandse procedure, zullen zij deze beginselen moeten vertalen in concrete gedragsnormen. Bij gebrek aan concrete gedragsnormen in de geldende wet- en regelgeving, wordt in de jurisprudentie van de civiele rechter en in de adviezen van de Commissie voor wat betreft de invulling en uitwerking van deze gedragsnormen in toenemende mate aansluiting gezocht bij de regels die gelden voor Europese aanbestedingsproce-

dures (zie, onder meer, Advies 572, overweging 5.4.1 en de aanbeveling onderaan Advies 417).

- 5.8.4. Een aanbestedende dienst is op grond van artikel 1.15, lid 1, Aw 2012 gehouden om de inschrijvers op gelijke wijze te behandelen. In de rechtspraak is daarnaast algemeen aanvaard dat wanneer een aanbestedende dienst een opdracht aanbesteedt met gebruikmaking van een meervoudig onderhandse procedure, hij ook transparantie in zijn handelen moet betrachten (zie HR 25 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:503, NJ 2017/383 m.nt. C.E.C. Jansen, JAAN 2016/69, m.nt. G. 't Hart, TBR 2016/159, m.nt. J.H.J. Bax, r.o. 4.2.2 en ook onder meer Advies 572, overweging 5.4.2).
- 5.8.5. In beginsel mag een aanbestedende dienst afgaan op de juistheid van de inhoud van een inschrijving en de verklaringen van een inschrijver. Indien een andere inschrijver echter stelt dat de winnende inschrijver niet aan een bepaalde eis voldoet of zal voldoen en dit zodanig onderbouwt dat daarover gereede twijfel ontstaat, zal de aanbestedende dienst hier onderzoek naar moeten doen (Rb. Rotterdam (vzr.) 10 juni 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:10105, JAAN 2017/48, m.nt. A.T.M. Borne en P.J.M. van Limpt, r.o. 4.3 en Rb. Oost-Brabant (vzr.) 10 april 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:1666 met betrekking tot meervoudig onderhandse procedures en vgl. voor Europese openbare en niet-openbare procedures onder meer Rb. Gelderland (vzr.) 14 juni 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:6248, r.o. 4.5; Rb. Den Haag (vzr.) 24 juli 2019 ECLI:NL:RBDHA:2019:7534, r.o. 5.10; Rb. Den Haag 18 december 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:13751, JAAN 2020/46, m.nt. E.H. Leenders, r.o. 6.9 en 6.12; Advies 495, overweging 5.10.10 en Advies 366, overweging 5.10. Zie ook T. van Wijk en I. Neddaoui-Docter, 'Verificatieplicht: hoe zit dat nou precies', *Tender Nieuwsbrief* 2020/4). Indien de twijfel met de verificatie niet wordt weggenomen, dient de winnende inschrijving als ongeldig terzijde te worden gelegd. Naar het oordeel van de Commissie volgt uit de aanbestedingsrechtelijke beginselen dat het voorgaande ook geldt voor meervoudig onderhandse procedures.
- 5.8.6. De Commissie zal nu overgaan tot de beoordeling van klachtonderdeel 1.
- 5.8.7. Tussen partijen staat niet ter discussie dat op basis van paragraaf 4.3 van de leidraad moest worden ingeschreven met een prijs inclusief de belasting van personenauto's en motorrijwielen (BPM), indien van toepassing (zie 1.8, 1.9, 3.1.1 en 4.1.1-4.1.3 hiervoor).
- 5.8.8. Naar aanleiding van de mededeling van de gunningsbeslissing op 2 maart 2020 heeft ondernemer op 6 maart 2020 een klacht ingediend bij aanbesteder (zie 1.7 en 1.8 hiervoor). Ondernemer heeft gesteld dat de andere twee inschrijvers niet geldig hebben ingeschreven omdat zij hebben ingeschreven exclusief BPM. Dit baseert ondernemer op de ingediende inschrijfprijzen.
- 5.8.9. In de daaropvolgende reactie van 9 maart 2020 geeft aanbesteder aan dat na verificatie van de winnende inschrijver is gebleken dat hij heeft ingeschreven inclusief BPM (zie 1.9 hiervoor).
- 5.8.10. Naar het oordeel van de Commissie heeft aanbesteder daarmee voldaan aan zijn onderzoeksplicht als bedoeld in 5.8.5 hiervoor en de twijfel voor zover deze was gebaseerd op hetgeen ondernemer op dat moment had aangevoerd, voldoende weggenomen.
- 5.8.11. In de bij de Commissie ingediende klacht heeft ondernemer zijn standpunt vervolgens nader onderbouwd (zie 3.1.1-3.1.4 hiervoor). In dat kader heeft ondernemer de BPM-verplichting toegelicht. Tevens heeft hij zijn stelling dat onderne-

mer B in zijn winnende inschrijving geen rekening heeft gehouden met de verschuldigde BPM nader onderbouwd. In dat kader heeft ondernemer zijn eigen open calculatie betreffende zijn inschrijving overgelegd, waarin is aangegeven welk bedrag hij voor BPM heeft gerekend. Hij rekent voor dat dat bedrag in de buurt komt van het prijsverschil met de winnende inschrijver. Verder stelt hij dat de winnende inschrijver, net als ondernemer, hoofddealer is van het betreffende automerk en dat zij dezelfde inkoopcondities hebben. Ondernemer stelt dat het prijsverschil niet mogelijk is als dezelfde kostencomponenten in de prijs meegeerekend worden. Ten slotte voert ondernemer aan dat de derde inschrijver, inschrijver A, bij navraag heeft bevestigd dat hij zonder BPM heeft ingeschreven omdat hij aanbesteder ten onrechte had aangemerkt als ondernemer. Ondernemer A heeft met bijna dezelfde prijs ingeschreven als de winnende inschrijver, ondernemer B (zie 1.7 hiervoor).

- 5.8.12. In de reactie op de bij de Commissie ingediende klacht heeft aanbesteder vervolgens gesteld tot tweemaal toe met de winnende inschrijver B de BPM voorwaarde te hebben doorgenomen. Aanbesteder geeft aan dat de winnende inschrijver heeft ingeschreven inclusief BPM (zie 4.1.2 en 4.1.3 hiervoor). Aanbesteder herhaalt daarmee het standpunt dat hij heeft ingenomen vóór de indiening van de klacht bij de Commissie (zie 5.8.8 hiervoor), maar gaat niet in op de aanvullende informatie waarmee ondernemer in het kader van deze klachtprocedure zijn stellingen nader heeft onderbouwd (zie 5.8.10 hiervoor).
- 5.8.13. Naar het oordeel van de Commissie is op basis van die nadere onderbouwing opnieuw gereede twijfel ontstaan of in de inschrijving van de winnende inschrijver wel rekening is gehouden met alle kostencomponenten. Uit de reactie op de bij de Commissie ingediende klacht blijkt naar het oordeel van de Commissie onvoldoende dat aanbesteder vervolgens heeft voldaan aan zijn onderzoeksplicht als bedoeld in 5.8.5 hiervoor. Niet is gebleken dat aanbesteder de winnende inschrijver heeft geconfronteerd met de argumenten van ondernemer (zie 5.8.11 hiervoor) en dat – en op welke wijze – de winnende inschrijver de twijfel over de geldigheid van zijn inschrijving naar aanleiding van deze argumenten heeft kunnen wegnemen (zonder daarbij de rechtmatige commerciële belangen van de winnende inschrijver te schaden).
- 5.8.14. Naar het oordeel van de Commissie heeft aanbesteder niet kenbaar voldaan aan zijn onderzoeksplicht. Op basis van de haar ter beschikking staande informatie kan de Commissie echter niet beoordelen of aanbesteder de inschrijving van de winnende inschrijver als ongeldig terzijde had moeten leggen. Daarmee kan de Commissie de klacht niet gegrond verklaren.
- 5.8.15. De Commissie acht klachtonderdeel 1 dan ook ongegrond.

6. Advies

De Commissie acht beide klachtonderdelen **ongegron**d. Dit laat onverlet dat de Commissie twijfels heeft of aanbestede

de waarde van de opdracht vóór aanvang van de meervoudig onderhandse procedure zorgvuldig heeft geraamd (zie 5.7.3 hiervoor) en dat aanbestede

naar het oordeel van de Commissie niet kenbaar heeft voldaan aan zijn onderzoeksplicht als bedoeld in 5.8.5 hiervoor (zie 5.8.12 en 5.8.13 hiervoor).

7. Aanbeveling

Indien een ondernemer meent dat de winnende inschrijver niet aan de eisen voldoet, beveelt de Commissie aan dat hij in een vroeg stadium een goede onderbouwing van zijn standpunt geeft. Dan kan een aanbestedende dienst op basis van deze argumenten in een vroeg stadium kritisch navraag doen bij de winnende inschrijver.

Den Haag, 13 oktober 2020

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

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

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid