

Advies 622 | Samenvatting

De klacht ziet op een Europese openbare aanbestedingsprocedure voor een raamovereenkomst met één ondernemer voor diensten voor het beheren van een grondwatermeetnet. Ondernemer klaagt erover dat aanbesteder toestaat dat de opdrachtnemer de opdracht niet conform de gestelde eisen en termijn heeft geïmplementeerd en geeft daarvan diverse voorbeelden.

Aanbesteder meent dat de Commissie niet bevoegd is van de klacht kennis te nemen omdat deze de uitvoering van het contract betreft. De Commissie acht zich bevoegd de klacht in behandeling te nemen onder verwijzing naar de artikelen in de Aw 2012 over wijziging van de overeenkomst.

De Commissie heeft de betrokken publieke portal waarmee het grondwatermeetnet moet worden beheerd op internet bekeken en geconstateerd dat de door ondernemer in zijn klacht genoemde gebreken daarop aanwezig lijken te zijn. Omdat er geen inhoudelijk verweer gevoerd is tegen de stellingen van ondernemer kan de Commissie niet met 100% zekerheid vaststellen dat die stellingen hout snijden (wellicht ziet zij iets over het hoofd of zijn er andere redenen waarom er geen sprake zou zijn van een gebrek). Daarbij merkt de Commissie op dat aanbesteder op 20 augustus 2020 heeft meegedeeld dat de opdrachtnemer aan zijn verplichtingen wordt gehouden, terwijl daarvan in juli 2021 nog geen sprake van lijkt te zijn. Verder kan de Commissie niet vaststellen of het eventueel gaat om onbetekende detailafwijkingen van de eisen, zoals die bij veel opdrachten wel voorkomen, en die beschouwd kunnen worden als niet-wezenlijke wijzigingen van de overeenkomst. Deze onzekerheden komen echter voor rekening van aanbesteder die er bewust voor gekozen heeft om geen inhoudelijk verweer te voeren. De Commissie verklaart de klacht derhalve **gegrond**.

Advies 622

1. Feiten

- 1.1. Aanbesteder heeft, mede namens een aantal samenwerkende gemeenten, op 19 augustus 2019 een Europese openbare procedure aangekondigd voor een raamovereenkomst met één ondernemer voor diensten voor het beheren van een grondwatermeetnet. De opdracht betreft het verzamelen, opslaan en beschikbaar stellen van betrouwbare grondwatermetingen via een internetapplicatie van de gemeentelijke peilbuislocaties van de deelnemende gemeenten in [Regio].
- 1.2. Op 25 oktober 2019 heeft aanbesteder via TenderNed aan ondernemer meegedeeld dat zijn inschrijving is uitgesloten van deelname omdat niet voldaan is aan de referentie-eis.
- 1.3. Op 19 december 2019 heeft aanbesteder een Aankondiging van een gegunde opdracht gepubliceerd op TenderNed, waarin wordt meegedeeld dat de opdracht gegund is aan onderneming X.
- 1.4. Op 13 augustus 2020 heeft ondernemer per e-mail aan aanbesteder meegedeeld dat hij meent dat X niet aan de verplichtingen van de overeenkomst voldoet.
- 1.5. Op 20 augustus 2020 heeft aanbesteder per e-mail onder meer het volgende geantwoord:

'Na overleg met mijn inhoudelijk verantwoordelijke collega blijkt dat de huidige leverancier veel tijd heeft gestoken om het meetnet van [Aanbesteder] op orde te krijgen. Wij zijn dan ook van mening dat deze voldoet aan de eisen die [Aanbesteder] hieraan stelt. Met betrekking tot de publiek toegankelijke online portal kan ik u melden dat het klopt dat de eisen/functionariteiten die zijn gesteld aan het portal niet binnen 3 maanden na opdracht allemaal gerealiseerd zijn. Men is bij de start van de opdracht overeengekomen dat de planning i.v.m. de feestdagen niet realistisch was en daarom heeft de leverancier meer tijd van ons gekregen. Dit is de reden dat de portal nog niet helemaal, op een paar kleine puntjes na, volledig voldoet. Onze leverancier wordt daarmee zeker wel aan zijn verplichtingen gehouden.'

- 1.6. Op 21 augustus 2020 heeft ondernemer per e-mail aan aanbesteder meegedeeld te overwegen om een klacht in te dienen. Nadat ondernemer op 10 november 2020 zijn klacht geformuleerd en onderbouwd heeft, heeft de Klachtencommissie haar bevindingen op 16 november 2020 aan ondernemer en aanbesteder gestuurd. Aanbesteder heeft de vragen van de Klachtencommissie niet beantwoord omdat hij van mening is dat de klacht niet binnen de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012 valt.
- 1.7. Na nog enkele ronden met vragen en antwoorden heeft het Klachtenmeldpunt op 18 januari 2021 zijn schriftelijke advies aan aanbesteder gegeven. In dat advies wordt onder meer het onderstaande overwogen:

'Het [Regio] Reglement Klachtafhandeling bij aanbesteden 2013 bepaald dat de klachtenprocedure is beperkt tot klachten die betrekking hebben op een aanbestedingsprocedure, die valt binnen de werking van de Aanbestedingswet 2012. De

klacht van [Ondernemer] heeft geen betrekking op de aanbestedingsprocedure maar op de uitvoering van de opdracht na aanbesteding. De klacht van [Ondernemer] gaat over contractbeheer en valt hiermee buiten de reikwijdte van de klachtenprocedure. Het Klachtenmeldpunt acht de klacht van [Ondernemer] dan ook niet-ontvankelijk. Nu de klacht niet-ontvankelijk is, vindt geen inhoudelijke beoordeling plaats van de klacht.'

- 1.8. Vervolgens heeft ondernemer op 23 februari 2021 een klacht bij de Commissie ingediend (zie paragraaf 2 hierna).
- 1.9. Aanbesteder heeft op 25 maart 2021 een reactie ingediend (zie paragraaf 3 hierna).

2. Beschrijving en onderbouwing klacht

- 2.1. De klacht houdt in dat de opdrachtnemer op meerdere punten in gebreke is gebleven en niet binnen de gestelde termijn heeft opgeleverd.
 - 2.1.1. Bij zijn klacht heeft ondernemer een document gevoegd met de onderstaande inhoud:

'Minimum-eisen aan de publieke [Regio] portal

1. Een schaalbare geografische kaart met de locaties van de peilbuizen en de adresgegevens. In- en uitzoomen moet ook met scrollen mogelijk zijn. Adresgegevens zijn niet zichtbaar.
2. De vaste kenmerken van een meetlocatie zijn in de portal opgenomen. Dit zijn: de naam van het meetpunt (de nieuwe aan te vragen NITG/BRO code), de boorbeschrijving, xy-coördinaten en de NAP hoogte van maaiveld en kop peilbuis, de diepte van de peilbuis. Een foto van de locatie van de peilbuis is in de publieke portal niet zichtbaar.
3. De meetgegevens zijn in grafiekvorm zichtbaar (inclusief het maaiveld) als op een peilbuis wordt geklikt; de grondwaterstanden en het maaiveld zijn ten opzichte van NAP weergegeven; schakelen van de grondwaterstandsgrafiek ten opzichte van NAP en ten opzichte van maaiveld is mogelijk.
4. De grafiek is schaalbaar voor een zelf in te stellen periode.
5. De GHG/RHG en de GLG/RLG -lijnen kunnen aan de grafiek worden toegevoegd.
6. Een hulplijn voor de toetsing aan bijvoorbeeld het grondwaterbeleid is zichtbaar als de desbetreffende gemeente dit wil (Gemeente Enschede wil deze hulplijn niet).
7. De data is te downloaden als een .csv bestand. Per peilbuis en per selectie van peilbuizen.
8. Er is een pdf te maken van de grafiek. Zowel per peilbuis als per selectie van peilbuizen.
9. De annotaties die de gemeente heeft gemaakt zijn ook zichtbaar op de publiek portal. Op de publieke portal kunnen geen annotaties worden gemaakt.
10. Een logboek met de historie van de werkzaamheden per peilbuis hoeft niet via de portal in te zien te zijn.
11. Het combineren van meerdere peilbuizen in één grafiek is geen eis, wel wenselijk.
12. Neerslaggegevens hoeven niet toegevoegd te kunnen worden aan de grafieken.
13. Peilbuisblad met de basiskenmerken per peilbuis is niet apart printbaar.
14. Controlemetingen (handpeilingen) in de portal zichtbaar.
15. Grondwaterkwaliteitsdata (specifieke eis gemeente [A]) is niet zichtbaar.
16. De portal is Nederlandstalig en via standaard browsers te benaderen.
17. Er is geen wachtwoord nodig om toegang te krijgen tot de portal.

18. De eisen/functionaliteiten aan de publieke portal moeten binnen 3 maanden na opdracht gerealiseerd zijn.'

2.1.2. Ondernemer heeft in zijn klacht een link opgenomen naar de portal en onderbouwt de klacht als volgt:

'1. Eis: De vaste kenmerken van een meetlocatie zijn in de portal opgenomen. Dit zijn: de naam van het meetpunt (de nieuwe aan te vragen NITG/BRO code), de boorbeschrijving, xy-coördinaten en de NAP hoogte van maaiveld en kop peilbuis, de diepte van de peilbuis. Een foto van de locatie van de peilbuis is in de publieke portal niet zichtbaar.

Implementatie:

Voorbeeld Gemeente [B] – E2022-Oudpapier locatie [Gemeente C]

NITG/BRO code ontbreekt.

Boorbeschrijving ontbreekt

X,Y coördinaat ontbreekt.

2. Eis: De GHG /RHG en de GLG/RLG -lijnen kunnen aan de grafiek worden toegevoegd.

Implementatie:

GHG (Gemiddeld hoogste grondwaterstand) ontbreekt en GLG (Gemiddeld laagste grondwaterstand) ontbreekt.

3. Eis De annotaties die de gemeente heeft gemaakt zijn ook zichtbaar op de publiek portal.

Op de publieke portal kunnen geen annotaties worden gemaakt.

Implementatie:

Geen annotaties geïmplementeerd.

Op deze manier zijn er meerdere punten waarin de opdrachtnemer in gebreke is gebleven en niet binnen de gestelde termijn heeft opgeleverd.'

3. Reactie aanbesteder

3.1. Aanbesteder is van mening dat deze klacht niet binnen de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012 valt. Hoewel aanbesteder erkent dat het begrip aanbestedingsprocedure ruim moet worden uitgelegd, betreft het in het geval van deze klacht de contractfase.

3.2. Aanbesteder stelt dat een reeds gesloten overeenkomst alleen door tussenkomst van een rechter kan worden ontbonden binnen 30 dagen /respectievelijk 6 maanden na het sluiten van een overeenkomst, enkel en alleen op gronden vermeld in artikel 4.15 van de Aanbestedingswet. De klacht van ondernemer heeft geen betrekking op de gronden vermeld in artikel 4.15 en valt daardoor volgens aanbesteder buiten de werking van de Aanbestedingswet 2012. Daarnaast is de termijn van 30 dagen/respectievelijk 6 maanden reeds verstreken. Aanbesteder is daarom van mening dat klachten over de contractfase niet thuishoren bij de Commissie en zij de klacht alleen al op deze grond niet-ontvankelijk dient te verklaren.

4. Beoordeling

4.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder op 19 augustus 2019 een Europese openbare procedure heeft aangekondigd. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Delen 1, 2 en 4 van de Aw 2012.

Beknopt oordeel

- 4.2. Ondernemer klaagt dat aanbesteder toestaat dat opdrachtnemer X bij de uitvoering van de opdracht afwijkt van de gestelde eisen. Aanbesteder heeft op 20 augustus 2020 meegedeeld dat X aan zijn verplichtingen wordt gehouden, terwijl daarvan in juli 2021 nog geen sprake van lijkt te zijn. Aanbesteder heeft geen inhoudelijk verweer gevoerd tegen de stellingen van ondernemer, waardoor de Commissie eventuele onzekerheden over de gestelde afwijking van de opdracht voor rekening laat komen van aanbesteder. De Commissie verklaart de klacht daarom **gegrond**.

Toelichting

In behandeling nemen

- 4.3. De Commissie zal eerst onderzoeken of de klacht in behandeling kan worden genomen of dat – zoals aanbesteder stelt – de gestelde inbreuk geen handelen of nalaten in het kader van de Aanbestedingswet 2012 betreft.
- 4.3.1. In dit verband wijst de Commissie allereerst op het veel geciteerde arrest [Europese] Commissie/CAS Succhi di Frutta (HvJ EG 29 april 2004, C-496/99 P), waarin het Hof van Justitie van de Europese Unie onder meer overweegt:

'115

In een dergelijke context dient bijgevolg de Commissie, in haar hoedanigheid van aanbestedende dienst, nauwgezet de door haarzelf vastgestelde criteria in acht te nemen, niet alleen tijdens de inschrijvingsprocedure als zodanig, waarin de offertes worden beoordeeld en de opdrachtnemer wordt gekozen, maar meer in het algemeen tot aan het einde van de fase van uitvoering van de betrokken aanbesteding.

116

Ofschoon derhalve een offerte die niet in overeenstemming is met de gestelde voorwaarden vanzelfsprekend dient te worden uitgesloten, is het de aanbestedende dienst evenmin toegestaan om de algemene opzet van de inschrijving te veranderen door nadien eenzijdig één van de essentiële voorwaarden ervan te wijzigen, in het bijzonder een bepaling welke – indien zij in het inschrijvingsbericht had gestaan – de inschrijvers in staat zou hebben gesteld een inhoudelijk andere offerte in te dienen.

117

Hieruit volgt dat de aanbestedende dienst in een situatie als de onderhavige, na de toewijzing van de opdracht en bovendien bij wege van een beschikking waarvan de inhoud afweek van de bepalingen van de eerder vastgestelde verordeningen, niet een belangrijke inschrijvingsvoorwaarde als die betreffende de betalingsvoorwaarden van de te leveren producten, mocht wijzigen.'

- 4.3.2. In bovengenoemde zaak ging het erom dat in de inschrijvingsvoorwaarden was bepaald dat betaald moest worden met appelen en sinaasappelen, terwijl de opdrachtgever dit bij de uitvoering van de opdracht wijzigde in een betaling met perziken (zie r.o. 82 en 122 van het arrest). Een dergelijke afwijking van – in dat geval wezenlijk geachte – eisen van de aanbesteding is dus niet toegestaan.
- 4.3.3. Daarnaast overweegt de Commissie dat – ook al stelt ondernemer dat niet – er sprake is van een wijziging van de met X gesloten overeenkomst wanneer aanbesteder toestaat dat deze bij de uitvoering van die overeenkomst afwijkt van de eisen die bij de aanbesteding gesteld zijn. Een wijziging van een overheidsopdracht valt onder het bereik van de artikelen 2.163a tot met 2.163g Aw 2012 (zie ook Advies 469, ov. 5.2.1).

- 4.3.4. Ook kan het niet of onvoldoende optreden van een aanbestedende dienst tegen tekortkomingen in de nakoming van een overeenkomst gezien worden als een wijziging van die overeenkomst (zie Advies 513, ov. 5.5).
- 4.3.5. De Commissie kan derhalve de klacht in behandeling nemen. Ondernemer klaagt in wezen dat aanbesteder toestaat dat opdrachtnemer X bij de uitvoering van de opdracht afwijkt van de gestelde eisen.

Inhoudelijk oordeel

- 4.4. De Commissie heeft de publieke portal waarmee het grondwatermeetnet moet worden beheerd op internet bekeken en geconstateerd dat de door ondernemer in zijn klacht (zie 2.1 e.v. hiervoor) genoemde gebreken daarop aanwezig lijken te zijn.
- 4.4.1. Omdat geen inhoudelijk verweer is gevoerd tegen de stellingen van ondernemer kan de Commissie niet met 100% zekerheid vaststellen dat die stellingen hout snijden (wellicht ziet zij iets over het hoofd of zijn er andere redenen waarom er geen sprake zou zijn van een gebrek). Daarbij merkt de Commissie op dat aanbesteder op 20 augustus 2020 heeft meegedeeld dat X aan zijn verplichtingen wordt gehouden, terwijl daarvan in juli 2021 nog geen sprake van lijkt te zijn. Verder kan de Commissie niet vaststellen of het eventueel gaat om onbetekenende detailafwijkingen van de eisen, zoals die bij veel opdrachten wel voorkomen, en die beschouwd kunnen worden als niet-wezenlijke wijzigingen van de overeenkomst. Deze onzekerheden komen echter voor rekening van aanbesteder die er bewust voor gekozen heeft om geen inhoudelijk verweer te voeren. De Commissie verklaart de klacht daarom gegrond.
- 4.4.2. De klacht wordt derhalve **gegrond** verklaard.

5. Advies

De Commissie acht de klacht **gegrond**.

Den Haag, 9 juli 2021

Mr. A.C.M Fischer-Braams Mr. G.R. Werkman-Bouwkamp Mr. drs. T.H. Chen

Voorzitter

Vicevoorzitter

Commissielid