

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 618 | Samenvatting

De klacht ziet op Europese openbare aanbestedingsprocedure voor een overheidsopdracht van levering van turnkey Consoleboten inclusief onderhoud gedurende de garantieperiode. De Commissie verklaart alle drie de klachtonderdelen ongegrond.

Klachtonderdeel 1

Ondernemer stelt dat er sprake is van bevoordeling van één van de inschrijvers, waardoor een gelijk speelveld door aanbesteder niet kan worden gegarandeerd. De boten van ondernemer hebben in de winterstalling van gegunde ondernemer X gelegen, waardoor X deze boten nauwkeurig heeft kunnen bestuderen en waarmee een ongelijk speelveld zou zijn ontstaan. De stelling van ondernemer is voor de Commissie onvoldoende om te kunnen vaststellen of er sprake is van bevoordeling en schending van het level playing field. De Commissie verklaart dit klachtonderdeel **ongegrond**.

Klachtonderdeel 2

Ondernemer stelt dat er door aanbesteder ten onrechte geen mogelijkheid tot herstel is gegeven, waardoor ondernemer is benadeeld tijdens de praktijktest. Tijdens de praktijktest zou de boot schade hebben opgelopen waardoor deze niet optimaal kon functioneren. Aanbesteder stelt dat de betreffende schade is opgelopen na afloop van de praktijktest en geen invloed heeft gehad op de beoordeling van de boot.

In dat standpunt staan zij dan ook lijnrecht tegenover elkaar. Nu de Commissie niet, althans niet met voldoende zekerheid, kan vaststellen wie het gelijk aan zijn zijde heeft, verklaart de Commissie dit klachtonderdeel **ongegrond**.

Klachtonderdeel 3

Ondernemer stelt dat X aan wie aanbesteder voorlopig heeft gegund, niet kan voldoen aan de gevraagde kerncompetenties en door aanbesteder had moeten worden uitgesloten van de aanbestedingsprocedure. Aanbesteder geeft aan dat hij zonder enige twijfel heeft geconstateerd dat de winnaar heeft voldaan aan de gestelde referentie-eis. De Commissie heeft geen enkele reden om aan de juistheid van dat standpunt te twijfelen en verklaart dit klachtonderdeel **ongegrond**.

Advies 618

1. Feiten

1.1. Aanbesteder heeft op 22 april 2020 een Europese openbare aanbestedingsprocedure aangekondigd voor een overheidsopdracht voor levering van turnkey Consoleboten inclusief onderhoud gedurende de garantieperiode. Doel is een raamovereenkomst te sluiten voor maximaal 8 jaar met één leverancier.

1.2. De gunningsprocedure is opgedeeld in twee fasen. Alle geschikte inschrijvingen worden beoordeeld op een Plan van Aanpak. Na de beoordeling van het Plan van Aanpak wordt een tussentijdse rangorde berekend voor de inschrijvers die op het Plan van Aanpak een gemiddeld scorecijfer van 6,00 of hoger hebben behaald.

1.3. In de Inschrijvingsleidraad van 8 juni 2020 is, onder meer, het volgende bepaald:

M.b.t. geschiktheidseisen:

‘ervaring met het ontwerpen én bouwen van Consoleboten met een Lengte over Alles (LOA) tussen 5 en 8 meter voor professioneel gebruik bij (overheids-)organisaties en ervaring met het uitvoeren van onderhoud, inclusie garantiewerkzaamheden aan deze Consoleboten. De referenties dienen te voldoen aan de volgende criteria:

- In de afgelopen 5 jaar minimaal 12 Consoleboten tussen 5 en 8 meter lang ontworpen en gebouwd;’

(...)

M.b.t. gunningscriteria:

Er worden twee kwalitatieve gunningscriteria gehanteerd, namelijk een ‘Plan van Aanpak’ en een ‘Praktijktest’.

‘Op basis van de tussentijdse rangorde wordt een shortlist van de vijf (5) best scorende Inschrijvingen bepaald, zijnde de 5 laagste prijzen per kwaliteitspunt.

(...)

Op basis van de tussentijdse rangorde ontvangen alle Inschrijvers een tussentijdse Gunningbeslissing waarin de behaalde score en rangorde wordt meegedeeld. De Inschrijvers die worden uitgenodigd voor deelname aan de Praktijktest kunnen op basis van hun behaalde score in de tussentijdse rangorde bepalen of zij nog voldoende kans maken om de Opdracht te winnen en of zij willen deelnemen aan de Praktijktest.’

1.4. Ondernemer heeft op 16 juli 2020 een tussentijdse gunningsbeslissing ontvangen waarin zijn inschrijving op de tweede plaats in de rangorde staat. In die gunningsbeslissing wordt onder meer het volgende meegedeeld:

‘U bent met uw Inschrijving als 2e in de tussentijdse rangorde geëindigd. Op basis daarvan nodigt [Aanbesteder] u uit voor de volgende fase in de aanbestedingsprocedure. Dit betreft deelname aan de Praktijktest die in de periode van 7 september

t/m 18 september 2020 zal plaatsvinden. De uitnodiging met nadere details en instructies hiervoor volgt één dezer dagen in een separate brief.

In totaal worden er 3 Inschrijvers uitgenodigd voor deelname aan de Praktijktest.'

- 1.5. In bijlage 2 (bezwaarprocedure) van de tussentijdse gunningsbeslissing staat onder meer:

'(...) 20 kalenderdagen vanaf 1 dag na dagtekening van onderhavige tussentijdse Gunningbeslissing.

Als u bezwaar wilt maken tegen deze tussentijdse Gunningbeslissing is de uiterste datum daarvoor: 5 augustus 2020. Na deze datum vervalt het recht van bezwaar. Dat wil zeggen dat u uiterlijk die datum een kort geding dagvaarding dient te laten betekenen bij de [Aanbesteder] (...).'

- 1.6. Ondernemer heeft deelgenomen aan de Praktijktest. Op 1 oktober 2020 heeft ondernemer een gunningsbeslissing ontvangen waarin zijn inschrijving op de tweede plaats in de rangorde staat en wordt meegedeeld dat aanbesteder voornemens is de opdracht te gunnen aan onderneming X.

- 1.7. In reactie op de door aanbesteder genomen gunningsbeslissing, heeft ondernemer d.d. 2 oktober 2020 aanbesteder verzocht om inzicht te geven in de wijze waarop de gegunde ondernemer X voldoet aan de kerncompetenties (zie ook klachtonderdeel 3). Op 5 oktober 2020 heeft aanbesteder in een schriftelijke reactie laten weten (1) dat ondernemer dit bezwaar eerder naar voren had moeten brengen, namelijk gedurende de bezwaartermijn van de gunningsbeslissing inzake de tussentijdse rangorde en (2) dat aanbesteder vanwege de bedrijfsvertrouwelijke aard van de informatie dit niet mag delen met ondernemer. Op 8 oktober 2020 volgt een schriftelijke reactie van ondernemer, waarin de klachtonderdelen 1 t/m 3 naar voren worden gebracht. Bij dit schrijven heeft ondernemer een verklaring gevoegd van de fabrikant m.b.t. de kromme stuurbeugel. Op 12 oktober 2020 reageert aanbesteder schriftelijk op deze bezwaren. Op 15 oktober 2020 volgt een mondeling gesprek tussen ondernemer en aanbesteder over de door ondernemer ingediende bezwaren. Door ondernemer is daarvan een gespreksnotitie opgemaakt. De correspondentie en het gesprek hebben niet tot heroverweging van de gunningsbeslissing geleid.

- 1.8. Op 6 november 2020 heeft ondernemer bij het klachtenmeldpunt van aanbesteder een klacht ingediend. Deze klacht betreft de klachtonderdelen 1 t/m 3 zoals hierna onder 2 weergegeven.

- 1.9. Op 12 november 2020 heeft het klachtenmeldpunt van aanbesteder een reactie op de klacht gegeven. Deze reactie is hierna onder 3 zakelijk weergegeven.

- 1.10. Vervolgens heeft ondernemer op 29 januari 2021 de onderhavige klacht ingediend bij de Commissie.

2. Beschrijving en onderbouwing klacht

2.1. Klachtonderdeel 1

Er is sprake van bevoordeling van één van de inschrijvers, waardoor een gelijk speelveld door aanbesteder niet kan worden gegarandeerd.

Onderbouwing

2.1.1. Voorafgaand aan de uitslag van de praktijktest, is namens aanbesteder aan ondernemer meegedeeld dat twee van zijn meest recent opgeleverde boten na de marktconsultatie en voorafgaand aan de aankondiging van de betreffende aanbestedingsprocedure, bij X (de gegunde partij) in de stalling hebben gestaan.

2.1.2. De twee boten vallen binnen het service- en garantiecontract van ondernemer en hadden niet zonder toestemming van ondernemer in de stalling van X mogen staan. Ondernemer stelt dat dit X namelijk een gedetailleerde inkijk in zijn inkoop (lees: prijsvoordeel) en constructie heeft gegeven. Gegunde inschrijver X heeft de mogelijkheid gekregen om een Consoleboot te ontwikkelen op basis van de modellen van ondernemer die bij hem in de stalling stonden. Ondernemer ziet aan het ontwerp van de boot van X dat er zeer zorgvuldig naar het ontwerp van ondernemer is gekeken. Er is volgens ondernemer sprake geweest van een ongelijk speelveld (naar alle andere aanbieders).

2.2. Klachtonderdeel 2

Niet aannemelijk is geworden dat schade aan de boot is ontstaan ná de praktijktest. Er is door aanbesteder onterecht ten onrechte geen mogelijkheid tot herstel gegeven, waardoor ondernemer is benadeeld tijdens de praktijktest.

Onderbouwing

2.2.1. Na de praktijktest kreeg ondernemer de boot terug met de melding dat aanbesteder een schade had veroorzaakt (de stuurstang was verbogen). Volgens de contactpersoon van aanbesteder was dit na de praktijktest veroorzaakt tijdens een scherpe bocht. Ondernemer vermoedt echter dat deze schade reeds tijdens de praktijktest is ontstaan en van invloed is geweest op de beoordeling van de boot. Ondernemer heeft geen mogelijkheid gekregen om het gebrek te herstellen, terwijl de aanbestedingsprocedure wel in een dergelijke mogelijkheid voorziet. Dit heeft zeer waarschijnlijk geleid tot een lagere score op het subgunningscriterium 'praktijktest'.

2.2.2. Motorfabrikant Y geeft na onderzoek officieel aan dat 'de betreffende stuurbeugel niet krom kan raken tijdens "gezond" vaargebruik in welke vorm dan ook' en voorts dat de schade 'alleen veroorzaakt kan zijn tijdens het op tilten van de motor waarbij de motor op de één of andere manier geblokkeerd is geweest en de stuurbeugel door de hydraulische kracht is ontzet'. Dit betekent volgens de ondernemer dat het gebrek is ontstaan door een blokkade van het hydraulisch optillen (tilten) van de motor (bijv. een stuk hout in de watervangbak). Simulatie van deze situatie onderbouwt dit volgens ondernemer.

2.2.3. Tijdens het gesprek (*De Commissie denkt dat wordt verwezen naar het gesprek d.d. 15 oktober 2020*) werd gemeld dat een aantal testpersonen het vaargedrag tijdens slalom opmerkelijk vond omdat ze goed bekend zijn met de boot van ondernemer. Ondernemer vermoedt dat er wel degelijk al iets tijdens het testen heeft plaatsgevonden. Dat dit aangegeven is tijdens dat gesprek werd later door de jurist van aanbesteder schriftelijk ontkracht.

2.2.4. Ondernemer stelt dat hij geen "kans op herstel" conform de eigen spelregels van aanbesteder heeft gehad, ondanks dat er twee weken stond voor de praktijktest en ondernemer de boot al na één week kon ophalen. Tijdens het door ondernemer aangevraagde gesprek met [naam 1] (en [naam 2] als getuigen, werd gemeld 'dat de helft al naar huis was'. Dit werd later schriftelijk door de jurist van aanbesteder weer ontkracht.

2.3. Klachtonderdeel 3

De ondernemer X aan wie aanbesteder voorlopig heeft gegund kan niet voldoen aan de gevraagde kerncompetenties en had door aanbesteder moeten worden uitgesloten van de aanbestedingsprocedure.

Onderbouwing

- 2.3.1. Door het opfrissen van de website van X (de gegunde partij) rondom de gunningsbeslissing werd het vermoeden van ondernemer bevestigd dat de gegunde partij niet voldoet aan de gevraagde kerncompetenties van 12 stuks open console boten (ontworpen en gebouwd in de afgelopen 5 jaar). Dit heeft ondernemer onderbouwd aangegeven bij aanbesteder. De woordvoerders van aanbesteder gaven in het gesprek d.d. 15 oktober aan dat ondernemer dit in de 1^e tussentijdse gunning (shortlist) had moeten aangeven. Dit had ondernemer ook zeker gedaan als hij toen deze informatie had gehad. Dit neemt echter niet weg dat aanbesteder niet kan gunnen aan een partij die niet voldoet aan de gevraagde kerncompetenties.

3. Reactie aanbesteder

3.1. Klachtonderdeel 1

- 3.1.1. Aanbesteder geeft aan dat hij over het hele land verspreid onderhoudscontracten met winterstalling heeft afgesloten voor al zijn vaartuigen, waaronder de door ondernemer aan aanbesteder geleverde vaartuigen, maar ook de vaartuigen van alle andere marktpartijen. Vanuit operationeel oogpunt, logistiek oogpunt en doelmatigheidsoogpunt (waaronder het creëren zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen) is het volgens aanbesteder noodzakelijk om de winterstalling van de vaartuigen van aanbesteder zodanig in te richten dat de bewegingen die aanbesteder met de vaartuigen moet maken tot een minimum beperkt worden. Dit is gangbare praktijk bij aanbesteder en ook bekend bij de hele markt. Toestemming van leveranciers voor stalling is niet nodig, nu de vaartuigen eigendom zijn van aanbesteder en hij zelf gaat over de omgang met de vaartuigen. Het is voor aanbesteder onmogelijk om te voorkomen dat een door een partij aan aanbesteder geleverd vaartuig, eventueel bij een potentiële toekomstige inschrijver op een aanbesteding van aanbesteder terecht kan komen voor winterstalling.
- 3.1.2. Er is geen sprake van een ongelijk speelveld. De vaartuigen van aanbesteder zijn herkenbaar als vaartuigen van aanbesteder en daarmee openbaar zichtbaar voor iedereen.

3.2. Klachtonderdeel 2

- 3.2.1. Aanbesteder geeft aan dat dit klachtonderdeel uitgebreid met ondernemer is besproken. De schade aan het vaartuig is pas ontstaan ná het uitvoeren van de praktijktest. Het defect heeft dus geen enkele invloed gehad op de uitslag.
- 3.2.2. Aanbesteder heeft ook geen enkele reden om aan te nemen dat dit anders zou zijn. Tijdens de volledige duur van de praktijktest is er namens aanbesteder namelijk een onderhoudsman aanwezig geweest die elke dag voor en na het traileren van de vaartuigen en tijdens elke pauze de testvaartuigen, inclusief buitenboordmotor, heeft gecontroleerd op eventuele mankementen en goed functioneren. Tot op het moment dat de schade zich heeft voorgedaan na de praktijktest heeft de onderhoudsman geen mankementen of andere afwijkingen op goed functioneren kunnen constateren aan het vaartuig van ondernemer. Er is dan ook geen sprake van dat de schade is ontstaan voor het einde van de praktijktest.

- 3.2.3. Naar aanleiding van besprekingen met ondernemer hierover heeft aanbesteder zelfs alle door ondernemer aangeleverde (aanvullende) technische informatie nog bekeken en besproken met de tijdens de uitvoering van de praktijktest aanwezige materiedeskundigen van aanbesteder. De materiedeskundigen hebben daarbij bevestigd dat er tijdens de praktijktestdagen gevaren is zonder objecten (zoals stophout) achter de console en dat de schade niet heeft kunnen ontstaan doordat er ongewenste zaken in de wateropvangbak hebben gelegen, hetgeen ondernemer als mogelijkheden naar voren heeft gebracht. De (aanvullende) informatie van ondernemer en de verificatie hiervan, hebben aanbesteder geen enkele aanleiding gegeven om aan te nemen dat het gebrek aan de stuurstang gedurende het uitvoeren van de praktijktest is ontstaan en geleidelijk erger is geworden zoals ondernemer beweert. Aanbesteder heeft de bezwaren op dit punt dus uiterst serieus genomen en uitgebreid onderzocht, maar kan tot geen andere conclusie komen dat de schade is ontstaan na de praktijktest en dat de schade dus geen invloed heeft gehad op de uitslag van de praktijktest. Van aanbesteder kan niet meer verwacht worden dan hij gedaan heeft.
- 3.2.4. Aanbesteder heeft de praktijktest zeer zorgvuldig, conform het beschreven proces, uitgevoerd en pas na de praktijktest de schade geconstateerd aan het vaartuig. Omdat de schade aan het vaartuig niet aan aanbesteder te wijten is en pas na de praktijktest is ontstaan, kwam ondernemer conform het beschreven proces in de aanbestedingsstukken ook niet in aanmerking voor een 'kans op herstel'.
- 3.2.5. Aanbesteder komt tot de conclusie dat er voor hem geen enkele aanleiding is om de procedure 'on hold' te zetten. Daarbij merkt hij op dat dit vanuit doelmatigheidsoogpunt ook volstrekt onwenselijk zou zijn, nu ondernemer reeds drie maanden geleden heeft berust in de uitkomst van de aanbestedingsprocedure, aanbesteder daarom de aanbestedingsprocedure heeft voortgezet en reeds in een gevorderd stadium van de Proof of Concept met de winnaar is.

3.3. Klachtonderdeel 3

- 3.3.1. Aanbesteder merkt allereerst op dat de beoordeling van de referenties onderdeel uitmaakt van de beoordeling in de eerste fase van de aanbestedingsprocedure voorafgaande aan de praktijktesten en dat ondernemer daarover is geïnformeerd in de tussentijdse gunningsbeslissing, waarbij ondernemer tevens een termijn heeft gekregen om bezwaar te maken tegen de tussentijdse gunningsbeslissing. Van die mogelijkheid heeft eiser destijds geen gebruik gemaakt.
- 3.3.2. Dit daargelaten heeft aanbesteder de referenties van alle inschrijvers beoordeeld conform het beschreven proces in de aanbestedingsstukken. Daarbij heeft de aanbesteder zonder enige twijfel geconstateerd dat de winnaar voldoet aan de gestelde referentie-eis waar de klacht op ziet. Deze beoordeling is aan de aanbesteder. Als de aanbesteder een andere constatering had gedaan of twijfels zou hebben gehad, bijvoorbeeld naar aanleiding van het bezwaar van ondernemer, dan zou de aanbesteder tot nader onderzoek zijn overgegaan en mogelijk tot uitsluiting. Uitgangspunt voor de aanbesteder is namelijk altijd dat vermeden moet worden dat gegund wordt aan een inschrijver die niet voldoet aan een (geschiktheids)eis. Hier was echter op geen enkele wijze sprake van. Volgens vaste rechtspraak gaat het vereiste van effectieve rechtsbescherming ook niet zover dat de aanbesteder ondernemer in de gelegenheid zou moeten stellen te controleren of de inschrijving van de winnaar op dit punt voldoet aan de gestelde eisen. Het inzicht geven in de referenties van de winnaar zou sowieso in strijd zijn met de bedrijfsvertrouwelijkheid van de informatie.

4. **Beoordeling**

4.1. De Commissie stelt vast dat aanbestede op 22 april 2020 een Europese openbare procedure heeft aangekondigd. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Delen 1 en 2 van de Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit.

4.2. Klachtonderdeel 1

Beknopt oordeel

4.2.1. De klacht, dat er sprake is van bevoordeling van één van de inschrijvers, waardoor een gelijk speelveld door aanbestede niet kan worden gegarandeerd, acht de Commissie **ongegrond**.

Toelichting

4.2.2. Het enkele feit dat de boten van ondernemer na marktconsultatie en voorafgaand aan de publicatie van de aanbestedingsprocedure in de winterstalling van een concurrent hebben gelegen, maakt nog niet dat er sprake is van bevoordeling en schending van het level playing field.

4.2.3. Door ondernemer is verder niet onderbouwd gesteld waar de bevoordeling dan uit zou hebben bestaan, enkel dat zich de kans heeft voorgedaan dat een van de andere inschrijvers de mogelijkheid heeft gehad om zijn product, in dit geval een boot, nauwkeurig te kunnen bestuderen. De stelling van ondernemer dat hij aan het ontwerp van de boot van zijn concurrent meent te kunnen zien dat er zeer zorgvuldig naar het ontwerp van ondernemer is gekeken, is voor de Commissie onvoldoende om te kunnen vaststellen of er sprake is van bevoordeling en schending van het level playing field. De Commissie acht de klacht dan ook **ongegrond**.

Overweging ten overvloede m.b.t. artikel 1.10b Aw 2012

4.2.4. De Commissie overweegt ten overvloede dat het in ieder geval een ongelukkig toeval is geweest dat twee boten van ondernemer in de winterstalling hebben gelegen bij ondernemer X. Het gaat echter volgens de Commissie niet om een situatie zoals bedoeld in artikel 2.51 Aw 2012, op basis waarvan aanbestede passende maatregelen zou hebben moeten treffen om ervoor te zorgen dat de mededinging niet wordt vervalst. In dit kader kan immers niet worden gesproken over X als 'betrokken bij de voorbereiding van een aanbestedingsprocedure'. Het enkele feit dat de boten door X te inspecteren zijn geweest, leidt niet tot de conclusie dat aanbestede vooraf alle stallingslocaties in relatie tot mogelijke inschrijvers in kaart had moeten brengen en een situatie als deze te allen tijde had moeten voorkomen.

4.2.5. Dit laat onverlet dat aanbestede wel de plicht heeft om bevoordeling tijdens een aanbestedingsprocedure doeltreffend te voorkomen, te onderkennen en op te lossen, teneinde vervalsing van de mededinging te vermijden, de transparantie van de procedure te waarborgen en gelijke behandeling van alle ondernemers te verzekeren (artikel 1.10b Aw 2012). In dat kader doet aanbestede er dan ook goed aan om de uitvoering van de stallingsovereenkomst(en) mede in dit licht te bezien.

4.3. Klachtonderdeel 2

Beknopt oordeel

4.3.1. De klacht, dat er door aanbestede ten onrechte geen mogelijkheid tot herstel is gegeven, waardoor ondernemer is benadeeld tijdens de praktijktest, acht de Commissie **ongegrond**.

Toelichting

- 4.3.2. Zowel ondernemer als aanbesteder hebben hun standpunt ten aanzien van de ontstane schade aan de boot uitvoerig toegelicht en gemotiveerd. Aanbesteder geeft aan dat de schade is ontstaan tijdens het spelevaren na afloop van de praktijktest. Voor het geven van gelegenheid tot herstel is dan ook geen grondslag volgens aanbesteder. Ondernemer geeft aan dat de schade moet zijn ontstaan tijdens de praktijktest wat heeft geleid tot een lagere beoordeling op de testonderdelen. Ondernemer stelt dat hij in de gelegenheid had moeten worden gesteld het euvel te herstellen en aanbesteder had de praktijktest opnieuw moeten uitvoeren. In dat standpunt staan partijen dan ook lijnrecht tegenover elkaar. Nu de Commissie niet, althans niet met voldoende zekerheid, kan vaststellen wie het gelijk aan zijn zijde heeft, acht de Commissie de klacht **ongegrond**.

4.4. Klachtonderdeel 3

Beknopt oordeel

- 4.4.1. De klacht, dat de ondernemer X aan wie aanbesteder voorlopig heeft gegund niet kan voldoen aan de gevraagde kerncompetenties en door aanbesteder had moeten worden uitgesloten van de aanbestedingsprocedure, acht de Commissie **ongegrond**.

Toelichting

- 4.4.2. Aanbesteder heeft gekozen voor een openbare aanbestedingsprocedure, waarin een nadere selectie wordt toegepast in de gunningsfase (zie onder 1.3). Door aanbesteder is, ná beoordeling van het kwalitatieve gunningcriterium Plan van Aanpak en voorafgaand aan de beoordeling van het kwalitatieve gunningscriterium Praktijktest, een tussentijdse gunningsbeslissing genomen. Daarin is een bezwaartermijn van 20 dagen opgenomen (zie hiervoor onder 1.4). Vast staat dat ondernemer geen bezwaar heeft gemaakt binnen de in de tussentijdse gunningsbeslissing gestelde bezwaartermijn, maar zijn bezwaar direct na de voorlopige (eind)gunningsbeslissing kenbaar heeft gemaakt.
- 4.4.3. Ondernemer stelt dat hij niet eerder had kunnen klagen omdat hij informatie over de consoleboten van X pas in een later stadium tot zijn beschikking kreeg, door een update van de website van X. In zijn klacht stelt ondernemer wel dat hij reeds 'sinds de bekend making van de tussentijdse gunningbeslissing verbaasd is' geweest over het voldoen van X aan de gestelde referentie-eis.
- 4.4.4. Aanbesteder geeft aan dat hij zonder enige twijfel heeft geconstateerd dat de winnaar heeft voldaan aan de gestelde referentie-eis. De Commissie heeft geen enkele reden om aan de juistheid van dat standpunt te twifelen. Aanbesteder is verplicht om de vereiste bewijsstukken op te vragen van de inschrijver aan wie hij voornemens is te gunnen (art 2.102 lid 1 Aw 2012). Ondernemer heeft niet aannemelijk kunnen maken dat aanbesteder deze verplichting niet of niet juist zou hebben nageleefd. Het enkele feit dat ondernemer op de website van de betreffende inschrijver niet de volledige informatie kan halen die ondubbelzinnig zou laten zien dat de betreffende inschrijver zou voldoen aan de gestelde referentie-eis, is daarvoor onvoldoende. Vgl. naar analogie de uitspraak van het Hof Den Haag (ECLI:NL:GHSGR:2010:BO2080) waarin het hof in r.o. 7 overwoog dat 'door bij [geïntimeerde] ter aanvulling op de eigen kennis van de Gemeente te volstaan met het raadplegen van haar website, heeft de Gemeente niet de voor het

selectiebesluit redelijkerwijs nodige kennis vergaard'. De Commissie acht de door ondernemer geuite twijfel dan ook onvoldoende gefundeerd en acht de klacht **on-gegrond**.

5. Advies

De Commissie acht onderdelen 1, 2 en 3 van de klacht **ongegron**d.

Den Haag, 15 juli 2021

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

Voorzitter

Vicevoorzitter

Commissielid