

Advies 656 | Samenvatting

De klacht ziet op een nationale openbare aanbesteding voor postdiensten waarop aanbesteder het ARW 2016 van toepassing heeft verklaard.

Klachtonderdeel 1

Ondernemer klaagt dat de motivering moet worden bekendgemaakt voor de scores die zijn toegekend aan de winnende inschrijving.

De Commissie is van oordeel dat aanbestedende diensten – voor zover mogelijk en voor zover die mededeling niet afdoet aan het vertrouwelijke karakter van de winnende inschrijving – ook in een nationale openbare aanbesteding waarop het ARW 2016 van toepassing is verklaard op neutrale wijze de inhoud van de gegevens betreffende de doorslaggevende aspecten van de uitgekozen inschrijving in de voorlopige gunningsbeslissing moeten vermelden. Aanbesteder heeft in dit geval volstaan met verstrekking van scores van de winnende inschrijving voor kwaliteitswensen K1, K2 en K4, zonder de totstandkoming van die scores te motiveren. Aanbesteder heeft niet onderbouwd waarom een neutrale motivering hier onmogelijk zou zijn. De Commissie verklaart dit klachtonderdeel daarom **gegrond**.

Klachtonderdeel 2

Ondernemer klaagt dat de winnaar geen landelijk dekkend netwerk heeft en daarom gebruik moet maken van een onderaannemer. Ondernemer wenst de identiteit van de onderaannemer te vernemen en klaagt dat aanbesteder moet verifiëren of eventuele onderaannemers wel zijn vermeld in het UEA van de winnaar en zelf een volledig ingevuld UEA hebben verstrekt.

De Commissie oordeelt dat aanbesteder op grond van het ARW 2016 en het transparantiebeginsel had moeten onderzoeken of hij aan het verzoek tot bekendmaking van de identiteit van de onderaannemer van de winnaar tegemoet kon komen. Ook had aanbesteder de UEA's van de winnaar en eventuele onderaannemers moeten onderzoeken naar aanleiding van de stelling van ondernemer. De Commissie verklaart dit klachtonderdeel **gegrond**.

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 656

1. Feiten

- 1.1. Aanbesteder heeft in augustus 2021 een nationale openbare aanbesteding voor postdiensten gepubliceerd. Op de aanbesteding heeft aanbesteder het Aanbestedingsreglement Werken 2016 (ARW 2016) van toepassing verklaard. Voor postdiensten geldt de Europese drempelwaarde van €750.000,-- die betrekking heeft op 'sociale en andere specifieke diensten'. Aanbesteder heeft de waarde van de opdracht geraamd op € 664.000,-- inclusief BTW.

Relevante passages

- 1.2. Het Beschrijvend Document bevat, onder meer, de volgende passages:

'2.1.1. Deze Nationale aanbesteding vindt plaats volgens de openbare procedure op basis van het Aanbestedings Reglement Werken 2016 (ARW 2016).

(...)

2.1.7. (...)

Het totaal aantal toe te kennen punten voor het onderdeel kwaliteit is 100. Per Kwaliteitswens staat beschreven welk puntenaantal voor het betreffende onderdeel behaald kan worden. De punten van alle onderdelen samen bepalen de totaalscore van Inschrijver op het onderdeel kwaliteit.

De beoordelingsschaal is als volgt:

Uitstekend: Alle belangrijke onderdelen van het gevraagde zijn volgens beoordelaars uitstekend beschreven en zijn uitstekend toegespitst op Opdrachtgever. Het geven van overtuigende concrete voorbeelden en bewijzen (waar mogelijk en relevant) is eveneens van uitstekend niveau.

100% van de maximaal te behalen punten voor deze Kwaliteitswens.

Goed: Alle belangrijke onderdelen van het gevraagde zijn volgens beoordelaars op goede wijze beschreven en zijn goed toegespitst op Opdrachtgever. Het geven van overtuigende concrete voorbeelden en bewijzen (waar mogelijk en relevant) is eveneens van goed niveau.

70% van de maximaal te behalen punten voor deze Kwaliteitswens.

Voldoende: Alle belangrijke onderdelen van het gevraagde zijn volgens beoordelaars op voldoende wijze beschreven en zijn voldoende toegespitst op Opdrachtgever. Het geven van overtuigende concrete voorbeelden, referenties en bewijzen (waar mogelijk en relevant) is eveneens van voldoende niveau.

50% van de maximaal te behalen punten voor deze Kwaliteitswens.

Onvoldoende: Het antwoord geeft volgens beoordelaars onvoldoende invulling aan het gevraagde of er ontbreken 1 of meer belangrijk onderdelen in het antwoord. Daarnaast is het antwoord onvoldoende toegespitst op Opdrachtgever. Het geven van overtuigende concrete voorbeelden en bewijzen (waar mogelijk en relevant) is eveneens van onvoldoende niveau.

20% van de maximaal te behalen punten voor deze Kwaliteitswens.

Geen antwoord: Geen score. Naar het oordeel van de beoordelaars heeft Ondernemer geen antwoord op de wens gegeven of heeft de wens geheel overgeslagen.
0%, geen punten voor deze Kwaliteitswens.

(...)

3.2.1. De Inschrijver dient te beschikken over de volgende kerncompetenties:

Kerncompetentie 1 - Ervaring met het verzorgen van dagelijkse verwerking van post binnen een vergelijkbare opdracht

(...)

Inschrijver toont door het overleggen van één of meer referentieopdracht(en) dat hij/zij over deze kerncompetentie(s) beschikt.

(...)

Een referentieopdracht voor kerncompetentie 1 dient te voldoen aan de volgende criteria:

- Post wordt minimaal 5 dagen per kalenderweek (maandag tot en met zaterdag) bezorgd;
- Ervaring met postbezorging in vergelijkbare omvang. Onder vergelijkbare omvang wordt een opdracht verstaan met minimaal de jaarlijkse verwerking van: 1.000 poststukken binnen 48 uur bezorgd, 75.000 poststukken binnen 24 uur bezorgd en 1.000 poststukken binnen 72 uur bezorgd;
- Poststukken in heel Nederland (landelijke dekking) worden bezorgd.

(...)

3.3.1. Een Inschrijver - zowel een onderneming als een Samenwerkingsverband - die zelf (deels) niet voldoet aan de Geschiktheidseisen mag zich beroepen op:

(...)

- de technische bekwaamheid of beroepsbekwaamheid van Derden.

De voorwaarden om zich te kunnen beroepen op een Derde zijn:

- (...);
- (...);
- alle Derden waarop de Inschrijver zich beroept, moeten in een door hen volledig ingevuld UEA verklaren dat op hen geen Uitsluitingsgronden zoals aangekruist in het UEA van toepassing zijn én voldoen aan de in deze aanbesteding gestelde Geschiktheidseisen;
- (...).

1.3. Voor de kwaliteitswens K1 'Optimale dienstverlening' moeten inschrijvers een uitwerking indienen waarin zij inzicht geven in de werkwijze die zij willen hanteren in de opdracht. Voor kwaliteitswensen K2 'Implementatieplan', K3 'Maatschappelijke verantwoord ondernemen (MVO)' en K4 'Flexibiliteit' moeten zij een implementatieplan en twee visies indienen. In hoofdstuk 5 het Beschrijvend Document zijn per kwaliteitswens aspecten genoemd waarvoor een hogere score zal worden toegekend in de beoordeling.

1.4. De nota van inlichtingen bevat, onder meer, de volgende vragen en antwoorden:

1.4.1. Vraag 42: U beschrijft in uw document verschillende beoordelingschalen. Kunt u aangeven waar de verschillen zitten de beoordelingen uitstekend, goed en voldoende? Met andere woorden wanneer wordt een geschreven stuk als uitstekend beoordeeld, wanneer als goed en wanneer als voldoende?.

Antwoord: Aanbestedende Dienst heeft dit nader uitgewerkt in Hoofdstuk 5 Subgunningscriteria Kwaliteit. In iedere paragraaf staat opgenomen wanneer [Aanbesteder] een hogere score toekent.'

1.4.2. Vraag 57: 'Vraag: In vraag 42 staat als antwoord benoemd dat in hoofdstuk 5 wordt beschreven in welke mate een hogere aantal punten wordt toegekend. In de artikelen staat benoemd dat wanneer er een groter vertrouwen is er meer punten zullen worden toegekend. Kunt u aangeven wanneer er een grotere vertrouwen wordt gerealiseerd en daarmee de beoordeling als uitstekend, goed, voldoende of onvoldoende wordt beoordeeld?

Antwoord: Een hogere score wordt niet alleen toegekend naarmate er meer vertrouwen is. Een hogere score is ook afhankelijk van de andere elementen genoemd onder 'beoordeling' en de mate van uitwerking, omschreven in paragraaf 2.1.7. Beoordeling van de Kwaliteitswensen.'

1.5. Aanbesteder heeft op 2 december 2021 zijn gunningsbeslissing medegedeeld aan ondernemer. Uit de gunningsbeslissing blijkt dat de inschrijving van ondernemer de tweede is in de rangorde. De gunningsbeslissing bevat een overzicht met beoordelingsresultaten. Uit het overzicht blijkt dat ondernemer maximaal heeft gescoord voor K4 (uitstekend). Voor K1 heeft hij 35 van de 50 te behalen punten gescoord (goed), voor K2 10,5 van 15 (goed) en voor K3 7,5 van de 15 (voldoende).

1.6. Ondernemer heeft een gesprek verzocht over de gunningsbeslissing. Dat gesprek zou plaatsvinden op 13 december 2021, is enkele keren op initiatief van aanbesteder verplaatst en vond uiteindelijk plaats op 20 december 2021. De betrokken in koper van het adviesbureau dat aanbesteder bijstond in deze aanbestedingsprocedure was niet aanwezig bij het gesprek.

1.7. In zijn brief van 22 december 2021 beschrijft ondernemer zijn in het gesprek naar voren gebrachte bezwaar. De bezwaren van ondernemer (de klachtonderdelen) worden nader weergegeven onder [2] van dit advies. Ondernemer heeft de Commissie reeds op 22 december 2021 verzocht zijn klacht in behandeling te nemen. De Commissie heeft ondernemer gewezen op artikel 9 lid 1 sub b van haar reglement waarin is bepaald dat aanbesteder eerst in de gelegenheid moet worden gesteld op de klacht te reageren.

1.8. Aanbesteder heeft op 3 januari 2022 schriftelijk op de bezwaren van ondernemer gereageerd. De reactie van aanbesteder is weergegeven onder [3] van dit advies.

1.9. Ondernemer heeft de Commissie op 10 januari 2022 bericht zijn klacht volledig te handhaven. Aanbesteder heeft op 21 januari 2022 daarom nog eens gereageerd op de klacht. Die aanvullende reactie is eveneens weergegeven onder [3] van dit advies.

2. Beschrijving klacht en onderbouwing

2.1. Klachtonderdeel 1

- 2.1.1. Ondernemer klaagt dat de gunningsbeslissing niet de onderbouwde scores van de winnaar voor ieder van de vier kwaliteitswensen bevat.
- 2.1.2. Ondernemer stelt dat, op grond van het transparantiebeginsel, de gunningsbeslissing de relevante redenen voor deze beslissing moet bevatten, waarbij ondernemer verwijst naar artikelen 1.15 lid 2 (de Commissie leest daarin een verwijzing naar artikel 1.12 Aw 2012) en 2.130 lid 1 Aw 2012. Onder relevante redenen wordt in ieder geval verstaan de kenmerken en relatieve voordelen van de uitgekozen inschrijving en de naam van de winnaar (artikel 2.130 lid 2 Aw 2012).
- 2.1.3. Voorts stelt ondernemer dat ook uit de jurisprudentie volgt dat een afgewezen inschrijver aan de hand van de motivering moet kunnen beoordelen of er een grond is om in een procedure de juistheid van een gunningsbeslissing ter discussie te stellen. Met de huidige informatie stelt ondernemer niet te kunnen beoordelen of er een grond is om in een procedure de juistheid van de gunningsbeslissing ter discussie te stellen. Daarom had aanbesteder, volgens ondernemer, de puntenscores van de winnaar inclusief de bijbehorende motivering bekend moeten maken.
- 2.1.4. In het gesprek van 20 december 2021 heeft aanbesteder gesteld de scores van de winnaar niet bekend te maken, omdat ondernemer daardoor de door de winnaar geoffreerde prijzen van de winnaar zou kunnen achterhalen. De prijzen die de winnaar heeft geoffreerd ziet aanbesteder als bedrijfsvertrouwelijke informatie. Ondernemer stelt dat hij op basis van de scores voor de kwaliteitswensen alleen de totaalscore op het criterium prijs kan herleiden. De achterliggende tarieven kan hij niet afleiden, aangezien het prijzenblad uit 21 in te vullen cellen bestaat. Ondernemer acht het daarnaast gebruikelijk dat dat de winnende scores worden gedeeld met de verliezende inschrijver. Dat deze informatie wordt achtergehouden heeft ondernemer niet eerder meegemaakt.

2.2. Klachtonderdeel 2

Ten tweede klaagt ondernemer dat aanbesteder geen gevolg heeft gegeven aan zijn verzoek de onderaannemer van de winnaar bekend te maken. De winnaar beschikt, volgens diens eigen website, niet over een landelijk dekkend netwerk voor postdiensten. Buiten een zekere regio werkt hij met een partnernetwerk. Om te kunnen voldoen aan eis 3.2.1. moet de winnaar, volgens ondernemer, daarom een beroep hebben gedaan op een onderaannemer. Daarnaast heeft ondernemer de aanbesteder verzocht ondernemer te verifiëren of de winnaar onderaannemers in de UEA heeft vermeld en tevens of de onderaannemers een UEA hebben ingevuld.

3. Reactie aanbesteder

3.1. Klachtonderdeel 1

- 3.1.1. Aanbesteder stelt zich op het standpunt dat de mededeling van de gunningsbeslissing alle relevante redenen daarvan bevat, zodat alle afgewezen inschrijvers hebben kunnen begrijpen waarom zij niet hebben gewonnen en hebben kunnen inschatten of een eventueel bezwaar kans van slagen had.
- 3.1.2. Niettemin heeft aanbesteder in de bijlage bij haar reactie van 21 januari 2022 aanbesteder een overzicht gegeven van de door de winnaar behaalde scores voor de kwaliteitswensen. Daaruit blijkt dat de winnaar voor alle kwaliteitswensen dezelfde scores heeft behaald als ondernemer. Alleen voor kwaliteitswens K3 heeft de winnaar een betere score: 10,5 van de 15 (goed). In het overzicht geeft aanbesteder een motivering voor de score van de winnaar voor K3. Bij de overige scores is weergegeven 'gelijk aantal punten'.

3.1.3. Verder wijst aanbesteder erop dat het hier een nationale aanbesteding waarop hoofdstuk 2 van de Aw 2012 niet van toepassing is. Ondernemer baseert zich, wat betreft het verzoek om de bekendmaking van de relatieve voordelen van de winnende partij, op artikelen uit hoofdstuk 2 van de Aw 2012. Die artikelen zijn niet van toepassing. Aanbesteder stelt te hebben voldaan aan de verplichtingen die op hem rusten op grond van het transparantiebeginsel en niet gehouden te zijn de gunningsbeslissing verder te motiveren dan hij reeds heeft gedaan.

3.2. Klachtonderdeel 2

3.2.1. Aanbesteder beschouwt de identiteit van de onderaannemer(s) van de winnaar als bedrijfsgeheim en acht de bekendmaking daarvan schadelijk voor diens bedrijfsvoering. Aanbesteder acht het niet verstrekken van de identiteit van de onderaannemer(s) in lijn met artikel 2.36.7 ARW 2016, waarin is vastgelegd dat een aanbesteder bepaalde gegevens betreffende de gunningsbeslissing niet deelt indien openbaarmaking daarvan de commerciële belangen van ondernemers zou kunnen schaden. Bovendien heeft aanbesteder hier geen verplichting toe en is bij de eerdere toetsing van de inschrijving aan de aanbestedingsstukken reeds vast komen te staan dat de winnaar aan de geschiktheidseisen voldoet.

3.2.2. Aanbesteder ziet geen enkele reden de inschrijving van de winnaar te verifiëren. Bij de eerdere toetsing van de inschrijving aan de aanbestedingsstukken is reeds vast komen te staan dat de winnaar aan de geschiktheidseisen voldoet.

4. **Beoordeling**

4.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder een nationale openbare aanbesteding heeft georganiseerd voor verrichten van postdiensten. Postdiensten met een geraamde waarde onder de Europese drempel kunnen worden vergeven middels de zogenaamde 'SAS-procedure' (artikel 2.38 en 2.39 Aw 2012). Aanbesteder heeft echter vrijwillig gekozen voor een nationale openbare procedure volgens (hoofdstuk 2 van) het ARW 2016 (zie bovenstaand onder 1.2). Daardoor zijn op de procedure onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Hoofdstuk 1 en 2 van het ARW 2016, deel 1 van de Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit (omdat deze aanbesteding is gepubliceerd voor 1 januari 2022, is daarop nog van toepassing de tweede herziene versie die op 1 juli 2020 in werking is getreden).

4.2. Klachtonderdeel 1

4.3. Ondernemer klaagt dat de motivering moet worden bekendgemaakt voor de scores die zijn toegekend aan de winnende inschrijving.

Beknopt oordeel

4.4. De Commissie is van oordeel dat aanbestedende diensten – voor zover mogelijk en voor zover die mededeling niet afdoet aan het vertrouwelijke karakter van de winnende inschrijving – ook in een nationale openbare aanbesteding waarop het ARW 2016 van toepassing is verklaard op neutrale wijze de inhoud van de gegevens betreffende de doorslaggevende aspecten van de uitgekozen inschrijving in de voorlopige gunningsbeslissing moeten vermelden. Aanbesteder heeft in dit geval volstaan met verstrekking van scores van de winnende inschrijving voor kwaliteitswensen K1, K2 en K4, zonder de totstandkoming van die scores te motiveren. Aanbesteder heeft niet onderbouwd waarom een neutrale motivering hier onmogelijk zou zijn. De Commissie verklaart dit klachtonderdeel daarom **gegrond**.

Toelichting

Toetsingskader nationale openbare procedure ARW gelijk aan Europees kader

- 4.4.1. De voornaamste bepaling over de motivering van de gunningsbeslissing is artikel 2.130 Aw 2012, dat hier niet als zodanig van toepassing is.
- 4.4.2. Evenwel overweegt de Commissie dat de toepasselijkheid van het ARW 2016 ertoe leidt dat het toetsingskader – op dit punt, voor deze procedure en voor de hier voorliggende vraag – gelijk is aan het toetsingskader voor een Europese aanbestedingsprocedure. In het hier toepasselijke artikel 2.36.5 ARW 2016 is bepaald dat ten minste de relevante redenen van de gunningsbeslissing, waaronder de kenmerken en relatieve voordelen van de uitgekozen inschrijving, aan de overige inschrijvers moeten worden medegedeeld. De inhoud van dit artikel wijkt niet af van de inhoud van artikel 2.130 Aw 2012.

Toetsingskader motiveringsplicht bij Europese aanbestedingen

- 4.4.3. De Commissie verwijst dan ook naar overweging 4.3.1. uit Advies 639 (dat een Europese aanbesteding betrof), waarin zij overwoog dat de plicht om de gunningsbeslissing te motiveren twee doelen dient: 1. de afgewezen inschrijver duidelijk maken hoe zijn inschrijving is beoordeeld, wat hij goed en wat hij minder goed heeft gedaan en hoe hij het beter had kunnen doen, en 2. de afgewezen inschrijver duidelijk maken dat de beoordelingsprocedure correct en volgens de regels van het aanbestedingsdocument is uitgevoerd door een vergelijking te maken tussen de aan de afgewezen inschrijver gegeven beoordeling en de beoordeling van de winnende inschrijving.
- 4.4.4. In Advies 551 (waarnaar wordt verwezen in Advies 639) heeft de Commissie uitvoerig het toetsingskader beschreven voor de beoordeling van motivering van de gunningsbeslissing in zaken betreffende Europese aanbestedingen, waarnaar hier kortheidshalve wordt verwezen. Kort samengevat, heeft de Commissie in dat advies overwogen dat niet alleen de kenmerken en relatieve voordelen van de winnende inschrijver moeten worden meegedeeld, maar dat ook het volgende geldt (zie ov. 5.3.5):

‘Naar het oordeel van de Commissie zal een aanbestedende dienst dan ook de relevante kenmerken van de winnende inschrijvingen bekend moeten maken, voor zover dat voor de afgewezen inschrijver nodig is om te kunnen beoordelen of het aanhangig maken van een juridische procedure zinvol is. Deze relevante kenmerken kunnen ook zien op onderdelen waarop de winnende inschrijvers gelijk of lager hebben gescoord dan de afgewezen inschrijver (anders: Rb. Den Haag (vzr.) 1 februari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:1190, r.o. 5.7).’

Recente ontwikkeling in de rechtspraak

- 4.4.5. Anders dan in de uitspraak waarnaar werd verwezen in Advies 551, oordeelde de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag onlangs dat aanbestedende diensten – voor zover mogelijk en voor zover die mededeling niet afdoet aan het vertrouwelijke karakter van de winnende inschrijving – op neutrale wijze de inhoud van de gegevens betreffende de doorslaggevende aspecten van de uitgekozen inschrijving in de voorlopige gunningsbeslissing moeten vermelden, zodat een afgewezen inschrijver in de praktijk gebruik kan maken van zijn recht op een doeltreffende voorziening in rechte tegen een gunningsbeslissing. Aanbestedende diensten kunnen daartoe met name bepaalde aspecten en de technische kenmerken van een inschrijving van de winnaar samengevat mededelen, zodat de vertrouwelijke informatie niet kan worden achterhaald. (zie: Rb. Den Haag (vzr.) 15 oktober 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:14023, r.o. 5.28, in gelijke zin: Rb. Midden-

Nederland (vzr.) 3 juli 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:2584, r.o. 4.20 en Rb. Amsterdam (vzr.) 6 oktober 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:4896, r.o. 4.7).

Beperking klachtonderdeel door vrijwillige tegemoetkoming

- 4.4.6. De Commissie constateert dat aanbesteder in zijn reactie van 21 januari 2022 vrijwillig deels is tegemoetgekomen aan de klacht van ondernemer. Hij heeft de scores voor de kwaliteitwensen van de winnaar medegedeeld aan ondernemer en heeft bovendien een motivering verstrekt voor de toegekende score voor K3. Hoewel ondernemer heeft aangegeven zijn klacht volledig te handhaven, heeft hij feitelijk enkel nog belang bij verstrekking van de motivering voor de aan de winnende inschrijving toegekende scores voor de kwaliteitwensen K1, K2 en K4. Daarop hebben ondernemer en de winnaar gelijk gescoord.

Aanbesteder moest neutrale motivering scores winnaar verstrekken

- 4.4.7. De Commissie ziet niet in waarom het voor aanbesteder in dit geval onmogelijk moet zijn geweest om op neutrale wijze de inhoud van de gegevens betreffende de doorslaggevende aspecten van de uitgekozen inschrijving in de voorlopige gunningsbeslissing te vermelden. Naar het oordeel van de Commissie heeft aanbesteder niet onderbouwd waarom het verstrekken van een neutrale motivering van de aan de winnende inschrijving toegekende scores voor K1, K2 en K4 de rechtmatige commerciële belangen van de winnaar zou kunnen schaden. Bij gebreke van die onderbouwing verklaart de Commissie dit klachtonderdeel **gegrond**.

4.5. Klachtonderdeel 2

- 4.6. Ondernemer klaagt dat de winnaar geen landelijk dekkend netwerk heeft en daarom gebruik moet maken van een onderaannemer. Ondernemer wenst de identiteit van de onderaannemer te vernemen en klaagt dat aanbesteder moet verifiëren of eventuele onderaannemers wel zijn vermeld in het UEA van de winnaar en zelf een volledig ingevuld UEA hebben verstrekt.

Beknopt oordeel

- 4.7. De Commissie oordeelt dat aanbesteder op grond van het transparantiebeginsel had moeten onderzoeken of hij aan het verzoek tot bekendmaking van de identiteit van de onderaannemer van de winnaar tegemoet kon komen. Ook had aanbesteder de UEA's van de winnaar en eventuele onderaannemers moeten onderzoeken naar aanleiding van de stelling van ondernemer. De Commissie verklaart dit klachtonderdeel **gegrond**.

Toelichting

- 4.7.1. De Commissie overweegt dat dit klachtonderdeel tweeledig is. Ten eerste is de vraag of aanbesteder is gehouden de identiteit van de onderaannemer(s) van de winnaar bekend te maken. Ten tweede is de vraag of aanbesteder is gehouden een nadere verificatie te verrichten naar de UEA's van de winnaar en eventuele onderaannemers.

Ten eerste: Europees arrest over verstrekken vertrouwelijke informatie winnaar

- 4.7.2. Voor de eerste vraag, de vraag naar de gehoudenheid van aanbesteder tot bekendmaking van de identiteit van de onderaannemer, is een recent arrest van het Europese Hof van Justitie van de EU van belang (HvJ EU 7 september 2021, zaak C-927/19, r.o. 116 e.v.). In die uitspraak neemt het Europese Hof als uitgangspunt dat een aanbestedende dienst die door een ondernemer wordt verzocht om

mededeling van als vertrouwelijk beschouwde informatie in de inschrijving van de concurrent aan wie de opdracht is gegund, die informatie in beginsel niet mag meedelen. Aanbestedende diensten zijn echter niet gebonden aan de bewering van een ondernemer dat de door hem verstrekte informatie vertrouwelijk is. Die ondernemer moet namelijk het daadwerkelijk vertrouwelijke karakter aantonen van de informatie waarvan hij de verspreiding wil tegenhouden, door aan te tonen dat deze bijvoorbeeld fabrieks- of bedrijfsgeheimen bevat, dat de inhoud ervan voor concurrentievervalsing kan worden gebruikt of dat openbaarmaking ervan hem zou kunnen schaden.

- 4.7.3. Om het verbod op bekendmaking van vertrouwelijke informatie in balans te brengen met de motiveringsplicht, moet een aanbestedende dienst, volgens het Europese Hof, duidelijk aangeven op welke gronden hij meent dat de informatie waarom is verzocht, of althans een deel daarvan, vertrouwelijk is.
- 4.7.4. Een aanbestedende dienst moet niet alleen een motivering geven van zijn besluit om bepaalde gegevens als vertrouwelijk te behandelen, maar moet ook – voor zover mogelijk en voor zover die mededeling niet afdoet aan het vertrouwelijke karakter van de specifieke gegevens waarvan bescherming vanwege dat karakter gerechtvaardigd is – op neutrale wijze de essentie van de inhoud ervan meedelen aan de inschrijver die erom verzoekt, in het bijzonder de inhoud van de gegevens betreffende de doorslaggevende aspecten van zijn besluit en de geselecteerde inschrijving.
- 4.7.5. Tot slot merkt het Europese Hof op dat de aanbestedende dienst hoe dan ook gehouden is om de betrokken ondernemer (hier: de winnaar) tijdig op de hoogte te stellen van zijn besluit om informatie die deze ondernemer als vertrouwelijk aanmerkt mee te delen aan een van zijn concurrenten, voordat deze dienst tot uitvoering ervan overgaat, zodat deze ondernemer de aanbestedende dienst of de bevoegde nationale rechter kan verzoeken om voorlopige maatregelen en zo kan voorkomen dat hij onherstelbare schade lijdt.

Gezichtspunten HvJ EU relevant vanwege toepasselijkheid ARW 2016

- 4.7.6. Bovenstaande uitspraak betrof een aanbesteding waarop de Europese Aanbestedingsrichtlijn (2014/24/EU) van toepassing was. Het Europese Hof baseert de bescherming van de vertrouwelijke gegevens van de ondernemers voor een belangrijk deel op artikel 21 van de richtlijn. In dat artikel is bepaald dat een aanbestedende dienst informatie die hem als vertrouwelijk is verstrekt, in beginsel niet bekendmaakt. Dat artikel is niet op de onderhavige aanbesteding van toepassing. Evenmin is artikel 55 van de richtlijn van toepassing, waarin is bepaald dat aanbestedende diensten inschrijvers op hun verzoek informeren over de kenmerken en relatieve voordelen van de geselecteerde inschrijving. Aldus beschouwd, heeft het Europese Hof in bovenstaand arrest een afweging moeten maken tussen de verplichting tot bescherming van (mogelijk) vertrouwelijke gegevens en de motiveringsverplichting. Hoewel artikel 21 en 55 van de richtlijn niet van toepassing zijn, is de Commissie van oordeel dat de gezichtspunten van het Europese Hof niettemin ook relevant zijn voor dit advies. De Commissie moet hier immers vergelijkbare verplichtingen afwegen, die in dit geval niet voortvloeien uit de richtlijn, maar uit artikel 2.36.7 sub c ARW 2016, op grond waarvan aanbestedende diensten bepaalde gegevens betreffende de gunningsbeslissing niet meedelen indien openbaarmaking van die gegevens de rechtmatige commerciële belangen van ondernemers zou kunnen schaden, uit artikel 2.36.5 ARW 2016 (waarnaar onder 4.4.1 is verwezen) en uit de verplichting transparant te handelen bij een nationale aanbesteding (artikel 1.12 Aw 2012).

Aanbesteder had moeten onderzoeken of verzoek kon worden ingewilligd

4.7.7. Op basis van de afweging van het transparantiebeginsel en artikel 2.36.5 ARW 2016 tegen artikel 2.36.7 sub c ARW 2016 oordeelt de Commissie in dit geval dat aanbesteder ten minste had moeten onderzoeken of hij aan het verzoek tot bekendmaking van de identiteit van de onderaannemers van de winnaar kon tegemoetkomen. Aanbesteder heeft geen blijk gegeven de mogelijkheid tot bekendmaking te hebben onderzocht. Aanbesteder heeft zich slechts op het standpunt gesteld, zonder daarvoor een onderbouwing aan te dragen, dat bekendmaking van de identiteit van onderaannemers de commerciële belangen van de winnaar zou kunnen schaden. De Commissie meent dat aanbesteder de winnaar in de gelegenheid had kunnen stellen aan te tonen dat bekendmaking van de identiteit van zijn onderaannemer hem zou kunnen schaden. Aanbesteder had vervolgens de eventueel door de winnaar aangedragen argumenten kunnen wegen en al dan niet kunnen overgaan tot bekendmaking. Dat aanbesteder niet heeft onderzocht of hij aan het verzoek tot bekendmaking tegemoet kon komen, althans dat verzoek ongemotiveerd heeft gepasseerd, acht de Commissie in strijd met het transparantiebeginsel en artikel 2.36.5 ARW 2016.

4.7.8. De Commissie verklaart dit klachtonderdeel daarmee in zoverre **gegrond** en gaat over tot behandeling van de tweede vraag.

Ten tweede: verificate bij gerede twijfel

4.7.9. Voor het toetsingskader van de tweede vraag, de vraag of aanbesteder de UEA's van de winnaar en eventuele onderaannemers had moeten verifiëren, is primair artikel 2.36.2 ARW 2016 van belang. Op grond van dat artikel moeten aanbestedende diensten in geval van twijfel effectief de juistheid controleren van de door de inschrijvers verstrekte informatie en bewijsmiddelen. Dit artikel uit het ARW is inhoudelijk gelijk aan (het hier niet toepasselijke) artikel 2.113a lid 2 Aw 2012. Derhalve kan worden aangeknoopt bij het toetsingskader van artikel 2.113a lid 2 Aw. 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 gerede twijfel ontstaat, zal de aanbestedende dienst hier onderzoek naar moeten doen (zie overweging 5.2.3. van Advies 586 met verdere vindplaatsen). Indien de twijfel met de verificatie niet wordt weggenomen, dient de winnende inschrijving als ongeldig terzijde te worden gelegd.

4.7.10. Tevens kan nog worden toegevoegd dat in overweging 5.8.5. van Advies 577 de Commissie overwogen heeft dat uit de aanbestedingsrechtelijke beginselen volgt dat het voorgaande ook geldt voor meervoudig onderhandse procedures. De Commissie meent dan ook dat daardoor het hiervoor beschreven toetsingskader ook op dit geval – een openbare nationale procedure waarop het ARW 2016 van toepassing is verklaard – moet worden toegepast.

Niet duidelijk of aanbesteder vereiste onderzoek heeft verricht

4.7.11. Ondernemer stelt dat uit de website van de winnaar blijkt dat hij niet beschikt over een landelijk dekkend netwerk, terwijl dat wel is vereist (zie 1.2 en 2.2 bovenstaand). De Commissie acht het daarom begrijpelijk dat ondernemer veronderstelt dat de winnaar voor het voldoen aan de geschiktheidseisen een beroep doet op één of meer onderaannemers en dat dat invloed heeft op het UEA van de winnaar en eventuele onderaannemers. Naar het oordeel van de Commissie had aanbesteder het UEA van de winnaar en zijn eventuele onderaannemers ten minste moeten onderzoeken. De reactie van de aanbesteder maakt niet duidelijk in hoeverre dat

onderzoek daadwerkelijk heeft plaatsgevonden. Daarmee acht de Commissie ook het resterende deel van klachtonderdeel 2 **gegrond**.

5. Advies

De Commissie verklaart beide klachtonderdelen **gegrond**.

6. Aanbeveling

Aanbesteder had voor een opdracht voor postdiensten de procedure voor sociale en andere specifieke diensten kunnen volgen, maar heeft daarvoor in dit geval niet gekozen. De Commissie laat in het midden welke precieze consequenties een andere keuze zou hebben gehad voor de verplichting tot motivering van de gunningsbeslissing. Zij meent dat die motivering in elk geval voldoende aanknopingspunten zou moeten bieden voor een afgewezen inschrijver om te kunnen beoordelen of het aanhangig maken van een juridische procedure zinvol is.

Den Haag, 7 februari 2022

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

Voorzitter

Vicevoorzitter

Commissielid