

## Advies 142

### 1. Feiten

- 1.1 De Gemeente [X] en het Hoogheemraadschap [Y], (hierna: beklaagden), hebben op 31 oktober 2013 een Europese openbare aanbestedingsprocedure aangekondigd voor het "schoonmaken en onderhouden van watergangen en bermen" in gebied [Z] op grond van een "prestatiebestek en voorwaarden 13-[A]".
- 1.2 In paragraaf 1.4 van de (eerste) Inschrijvingsleidraad (d.d. 31 oktober 2013) wordt het onderwerp van aanbesteding als volgt beschreven:

'Perceel 1a en 1b: het schoonmaken en onderhouden van het totale areaal van de Gemeente [X] op basis van de werkgangen zoals beschreven in de annex XIV van het bestek, voor de periode maart 2014 tot en met februari 2017.

Perceel 2: het schoonmaken en onderhouden van een deelareaal van het Hoogheemraadschap [Y] op basis van de onderhoudstypen zoals beschreven in annex XIII van het bestek, voor de periode maart 2014 tot en met februari 2017.

#### **Opdracht**

De opdracht omvat op hoofdlijnen: het maaien van bermen en taluds en schonen van watergangen voor de Gemeente [X] en het Hoogheemraadschap [Y].'

- 1.3 Hoewel sprake is van een verdeling van het werk in percelen, dient, blijkens paragraaf 5 van de (eerste) Inschrijvingsleidraad, op de beide percelen *gezamenlijk* te worden ingeschreven en dient de inschrijving in twee enveloppen te worden ingediend. Eén enveloppe met "Verklaringen en Plan van Aanpak" en één enveloppe met "Inschrijvingsbiljet met Inschrijvingsom".
- 1.4 Op 25 november 2013 hebben beklaagden een Nota van Inlichtingen gepubliceerd. Daaruit blijkt dat er een zestal vragen door potentiële inschrijvers zijn gesteld. Voor zover deze vragen betrekking hadden op onduidelijkheden in de aanbestedingsstukken, heeft beklagde met de beantwoording van die vragen beoogd deze onduidelijkheden op te helderen. Beklaagden hebben behoudens deze Nota van Inlichtingen geen andere Nota's van Inlichtingen meer gepubliceerd.
- 1.5 Op 12 december 2013 heeft klager haar inschrijving bij beklaagden ingediend. Beklaagden hebben de inschrijfsommen van de zes inschrijvers bekend gemaakt door middel van een proces-verbaal van aanbesteding.
- 1.6 Ruim 3 maanden later – op 1 april 2014 – hebben beklaagden door middel van de publicatie van een "Kennisgeving van een onvolledige procedure" de aanbestedingsprocedure afgebroken. In deze Kennisgeving is onder andere vermeld:

#### **'VI.2 INFORMATIE OVER ONVOLLEDIGE GUNNINGSPROCEDURE**

De gunningsprocedure heeft niet tot de gewenste resultaten geleid. De opdracht wordt wellicht opnieuw aangekondigd.

#### VI.4 OVERIGE NADERE INLICHTINGEN

Kennelijke onduidelijkheden in het bestek gemeld voor de gunning.'

- 1.7 Op 7 juli 2014 hebben beklagden een Europese openbare aanbestedingsprocedure aangekondigd voor het "onderhouden van watergangen en het maaien van grasvegetaties" op basis van het "Prestatiebestek en Voorwaarden 14-[A]". Beklaagden hebben daartoe een op 4 juli 2014 gedateerde Inschrijvingsleidraad opgesteld.
- 1.8 In paragraaf 1.4 van deze (tweede) Inschrijvingsleidraad wordt het onderwerp van aanbesteding als volgt beschreven:

Perceel 1 Het maaien en onderhouden van bermen van het totale areaal van de Gemeente [X] op basis van RAW 2.2 werkgangen, zoals beschreven in de annex XIV van het bestek voor de periode april 2015 tot en met maart 2018.

Perceel 2 Het schoonmaken en onderhouden van watergangen van het totale areaal van de Gemeente [X] op basis van de onderhoudstypen zoals beschreven in annex XIII van het bestek, voor de periode april 2015 tot en met maart 2018).

Perceel 3 Het schoonmaken en onderhouden van het totale areaal van het Hoogheemraadschap [Y] op basis van de onderhoudstypen, zoals beschreven in annex XIII van het bestek, voor de periode april 2015 tot en met maart 2018.

De motivatie van de opdrachtgevers waarom het opsplitsen van de aanbesteding in losse percelen/opdrachten niet passend wordt geacht betreft het volgende:

1. Het niet opsplitsen zorgt voor lagere maatschappelijke kosten (geen dubbele aanbesteding, geen extra afstemmingsvergaderingen over (conflict) afstemming werkzaamheden, eenvoudige vervolg overdracht stedelijk water (geen meerwerk) binnen proces dat nu loopt tussen de twee opdrachtgevers, geen schade op areaal door toedoen van uitvoerende partij van de andere opdrachtgever door het niet afstemmen van werkzaamheden, geen reststukken door overgang van werkzaamheden van 2 verschillende contractanten, prijsvoordeel door schaalvergroting.
  2. Een splitsing in twee losse aan te besteden percelen is praktisch niet realiseerbaar door de gebiedseigenschappen. Voor het Hoogheemraadschap [Y] zou dan een tweedeling op basis van twee stroomgebieden plaats vinden in een Oost en een West perceel aan weerszijden van het kanaal. Voor de gemeente [X.] is de gebiedsindeling voor werkzaamheden te verdelen in Noord en Zuid. De verdeling O-Z en N-Z sluit niet op elkaar aan, is praktisch niet uitvoerbaar. De voorgaande contracten waren ook gebiedsdekkend.
  3. De gebieden werden in het verleden per opdrachtgever door 1 aannemer in zijn geheel onderhouden. Door het combineren van de twee voormalige contracten komt niet, door een andere bandbreedte, een andere categorie aannemers hier voor in aanmerking. De huidige aannemers kunnen de nieuwe opdracht ook wat betreft omvang aan.
  4. De omvang van het werk is volgens de normen van de Europese Commissie voor MKB uitvoerbaar voor zowel een klein (<50 werknemers omzet <10 mln) als middelgroot (<250 werknemers omzet <50 mln) bedrijf.'
- 1.9 De Annexen XIII en XIV van het bestek – waar naar verwezen wordt – zijn in de beide Inschrijvingsleidraden verschillend.

- 1.10 Hoewel ook in deze tweede aanbestedingsprocedure sprake is van een verdeling van het werk in drie percelen, dient, blijkens paragraaf 5 van de (tweede) Inschrijvingsleidraad, op de beide percelen *gezamenlijk* te worden ingeschreven.
- 1.11 In paragraaf 6.4 van de (eerste) Inschrijvingsleidraad 013-[A] wordt, voor wat betreft de beoordeling van de inschrijvingen op het beoordelingscriterium kwaliteit en dan met name de waardering van die kwaliteit, verwezen naar de subcriteria en onderdelen die in bijlage 1 zijn weergegeven en in paragraaf 6.4 van de Inschrijvingsleidraad zijn toegelicht. In bijlage 1 worden, per onderdeel, de maximaal toe te kennen kwaliteitswaarden vermeld. Het berekeningsresultaat van het rekenblad leidt tot de "fictieve inschrijving". In paragraaf 6.3 wordt vermeld dat
- 'deze wordt verkregen door de inschrijvingsprijs te waarderen ten opzichte van de laagste en te verminderen met de "Totale kwaliteitswaarde". De inschrijving die op grond van dit rekenblad de hoogste waarde is de economisch meest voordelige inschrijving.' [NB tekst-omissie in de oorspronkelijke tekst]
- De in bijlage 1 genoemde maximale waarden op de vijf genoemde subcriteria variëren tussen € 35.000,-- en € 75.000,--.
- 1.12 In de (tweede) Inschrijvingsleidraad 014-[A] wordt met betrekking tot de waardering van het beoordelingscriterium kwaliteit bepaald dat de EMVI-waarde tot stand komt via de formule "inschrijvingsprijs plus fictief bedrag staat van verrekenprijs minus behaalde waarde". De in bijlage 1 genoemde maximale waarden van de vijf subcriteria bevinden zich tussen € 100.000,-- en € 250.000,--.
- 1.13 In de correspondentie tussen partijen en in de klachtomschrijving wordt veelal Gemeente [X] als aanbestedende dienst aangeduid. De Commissie gaat ervan uit dat beide beklagden gezamenlijk de aanbestedende dienst zijn en dat Gemeente [X] het penvoerderschap had/heeft. Blijkens paragraaf 1.3 van de leidraden is het adres van de gemeente het correspondentieadres.

## **2. Beschrijving klacht**

### **2.1 Klachtonderdeel 1**

Heraanbesteding van het werk in zijn huidige vorm is niet mogelijk en in strijd met de Aanbestedingswet 2012 (Aw 2012).

### **2.2 Klachtonderdeel 2**

Beklagden dienen het werk op te delen in meerdere percelen waar afzonderlijk op ingeschreven kan worden door de aannemers.

## **3. Onderbouwing klacht**

### **3.1 Klachtonderdeel 1**

- 3.1.1 Heraanbesteding van de eerder aanbestede opdracht is alleen mogelijk wanneer er sprake is van een wezenlijke wijziging. Daar is hier geen sprake van. De werkzaamheden en de omvang van de opdracht zijn nagenoeg gelijk gebleven en de inschrijfsommen van de inschrijvers zijn bekend. De marktomstandigheden zijn in de tussenliggende periode van zeven maanden niet gewijzigd, waardoor er geen aanleiding is om tot een andere inschrijfsom te komen.

3.1.2 De potentiële kring van gegadigden wijzigt niet. De opdracht wordt niet uitgebreid tot diensten die oorspronkelijk niet waren opgenomen.

### 3.2 Klachtonderdeel 2

De argumenten die aangevoerd worden door beklagden om het werk niet op te splitsen in percelen zijn volgens klager niet krachtig genoeg om deze wijze van heraanbesteden te rechtvaardigen.

## **4. Aangedragen suggestie(s) tot verhelpen van de klacht**

Klager heeft beklagden gevraagd de aanbesteding in haar huidige vorm te annuleren, het werk op te delen in meerdere percelen en vervolgens aan te besteden waar afzonderlijk op ingeschreven kan worden om op die manier de opdracht wezenlijk te wijzigen en de marktpartijen een kans te geven opnieuw in te schrijven en in aanmerking te kunnen komen voor de totale opdracht of een deel daarvan. Volgens klager wordt hierdoor de huidige kennis van de inschrijfsommen onbruikbaar en wordt een eerlijk neutraal uitgangspunt gecreëerd voor de inschrijvende partijen.

## **5. Reactie beklagden**

### 5.1 Klachtonderdeel 1

5.1.1 Onder verwijzing naar jurisprudentie van het Europese Hof betogen beklagden dat onder meer sprake is van een wezenlijke wijziging van de opdracht als beklagden in de huidige (tweede) aanbesteding voorwaarden voegen, die, wanneer zij in de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure waren genoemd, tot de keuze van een andere offerte dan die waarvoor oorspronkelijk was gekozen, zou hebben geleid. Gezien het gewicht van de weging van de kwaliteit in de huidige aanbesteding is te verdedigen dat er sprake is van een wezenlijke wijziging van de opdracht. Het gunningscriterium kwaliteit weegt namelijk in de huidige aanbesteding veel zwaarder mee dan in de vorige aanbesteding.

5.1.2 Onder verwijzing naar nationale jurisprudentie voegen beklagden daaraan toe dat heraanbesteding noodzakelijk is in het geval gunning aan de inschrijver met de economisch voordeligste inschrijving niet mogelijk is, als gevolg van fouten in het bestek. Aangezien het vorige bestek (13-[A]) onduidelijkheden bevatte, is definitieve gunning in het kader van die (eerste) aanbestedingsprocedure onmogelijk gebleken.

### 5.2 Klachtonderdeel 2

Beklaagden verwijzen naar artikel 1.5 lid 3 Aw 2012 dat op de aanbestedende dienst de verplichting legt een opdracht in meerdere percelen te verdelen tenzij hij dit niet passend acht, in welk geval de aanbestedende dienst dit motiveert in de aanbestedingsstukken. Beklaagden hebben in de aanbestedingsstukken (hoofdstuk 1.4 van de (tweede) Inschrijvingsleidraad) uitgebreid gemotiveerd waarom zij het niet passend achten om de opdracht in meerdere percelen te verdelen, waardoor de klacht op dit onderdeel volgens beklagden ongegrond is.

## 6. Beoordeling

### 6.1 Klachtonderdeel 1

- 6.1.1 De Commissie neemt bij de beoordeling van dit klachtonderdeel tot uitgangspunt de rechtsoverwegingen 4.4 t/m 4.6 van de uitspraak Vزر. Rb. Noord-Nederland 11 januari 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BY8197 (vergelijk ook M.J.J.M. Essers, Aanbestedingsrecht voor overheden, 4<sup>e</sup> druk, 2013, p. 476 *in fine*).
- 6.1.2 Volgens de Voorzieningenrechter heeft als uitgangspunt te gelden dat een aanbestedende dienst uit eigen beweging mag besluiten een lopende aanbestedingsprocedure af te breken en een nieuwe aanbestedingsprocedure uit te schrijven. Die bevoegdheid doet echter geen afbreuk aan het uitgangspunt dat aanbestedende diensten gehouden zijn de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht te respecteren en gebonden zijn aan de normen van (precontractuele) redelijkheid en billijkheid.
- 6.1.3 Het beginsel van gelijke behandeling en het daarvan afgeleide beginsel van transparantie kunnen volgens de voorzieningenrechter met zich meebrengen dat een aanbestedende dienst na het staken van een aanbestedingsprocedure de opdracht niet opnieuw mag aanbesteden. Bij heraanbesteding bestaat immers het risico van (ongeoorloofde) manipulatie. Een aanbestedende dienst zou een winnende, maar hem onwelgevallige inschrijver kunnen trachten te passeren door opnieuw een aanbesteding ten aanzien van (vrijwel) dezelfde opdracht uit te schrijven, met een beoordelingskader dat nader toegesneden is op de gewenste ondernemer.
- 6.1.4 De voorzieningenrechter heeft voorts overwogen dat het de bestaanszin is van een aanbesteding dat er een contract tot stand komt betreffende de aan overheid zijde benodigde werken, diensten en/of leveringen. Indien aan de aanbestedingsprocedure of in het bestek een zodanig ernstig gebrek kleeft dat gunning aan de inschrijver met de economisch voordeligste inschrijving niet mogelijk is, moet er vanuit worden gegaan dat de aanbestedende dienst niet alleen gerechtigd is tot staking van de procedure, maar ook tot heraanbesteding van dezelfde opdracht over te gaan onder verbetering van het gebrek. De aanbestedende dienst moet immers verder kunnen gaan met de uitvoering van de door de samenleving opgedragen taken, voor welke voortgang het verstrekken van de opdracht essentieel is.
- 6.1.5 De voorzieningenrechter heeft tot slot nog overwogen dat indien de aanbesteding die gestrand is op een ernstig procedureel gebrek kan worden hervat onder het tevens aanbrengen van een wezenlijke wijziging in de specificaties van de opdracht als bedoeld in het arrest HvJ EG 19 juni 2008, zaak C-454/06 (Presstext), het risico van (ongeoorloofde) manipulatie zoveel mogelijk wordt uitgebannen. Indien echter de aanbestedende dienst geen behoefte heeft aan andere diensten en zaken dan in de gebrekkige procedure waren gevraagd, levert het slechts op "cosmetische" wijze aanbrengen van veranderingen volgens de voorzieningenrechter geen wezenlijke wijziging in de specificaties van de opdracht op; met het aldus nader inrichten van een opdracht is niemand gebaat. In een dergelijk geval resteert slechts het afwegen van de wederzijdse belangen bij de beoordeling van de geoorloofdheid van die heraanbesteding.
- 6.1.6 Gelet op het voorgaande zal de Commissie hierna allereerst ingaan op de vraag of de door beklaagden op 31 oktober 2013 als eerste aangekondigde aanbestedingsprocedure is gestrand op een ernstig procedureel gebrek. Indien die vraag immers bevestigend kan worden, volgt uit het voorgaande dat de vervolgvraag – namelijk: of beklaagden in het kader van de op 7 juli 2014 aangekondigde aanbestedingsprocedure de oorspronkelijke specificaties van de opdracht wezenlijk hebben

gewijzigd – niet meer ter zake doet. Indien de eerste vraag naar het oordeel van de Commissie echter ontkennend moet worden beantwoord, zal zij ook op die vervolgvraag moeten ingaan. Indien de Commissie concludeert dat beklagden de oorspronkelijke specificaties inderdaad wezenlijk hebben gewijzigd zal de klacht ongegrond moeten worden geacht. Dit is slechts anders indien moet worden geoordeeld dat beklagden met hun beslissing tot heraanbesteding – niettegenstaande dat de oorspronkelijke opdracht wezenlijk is gewijzigd – hebben gehandeld in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en/of de (pre-contractuele) maatstaven van redelijkheid en billijkheid (vergelijk M.J.J.M. Essers, *Aanbestedingsrecht voor overheden*, 4<sup>e</sup> druk, 2013, p. 473 en E.H. Pijnacker Hordijk e.a. *Aanbestedingsrecht. Handboek van het Europese en Nederlandse aanbestedingsrecht*, 4<sup>e</sup> druk, 2009, p. 633).

- 6.1.7 Het is de Commissie onvoldoende gebleken dat de door beklagden op 31 oktober 2013 als eerste aangekondigde aanbestedingsprocedure is gestrand op een ernstig procedureel gebrek. Beklagden hebben zich op het standpunt gesteld dat het eerste bestek (13-[A]) onduidelijkheden bevatte maar vervolgens niet toegelicht waar die onduidelijkheden precies uit bestonden, laat staan dat zij hebben aangetoond dat het zou gaan om ernstige fouten in dat bestek die definitieve gunning aan de inschrijver met de economisch meest voordelige inschrijving onmogelijk maken. In dit verband acht de Commissie bovendien relevant dat beklagden in de op 1 april 2014 door hen gepubliceerde "Kennisgeving van een onvolledige procedure" – zie 1.6 hiervoor – melding hebben gemaakt van het feit dat de onduidelijkheden in het bestek voor de gunning zouden zijn gemeld, terwijl de Commissie onvoldoende aanknopingspunten voor die stelling kan vinden in de enige door beklagden – op 25 november 2013, zie 1.4 hiervoor – gepubliceerde Nota van Inlichtingen. Ook overigens valt het de Commissie op dat beklagden – nadat zij kennis hadden genomen van de in de eerste aanbestedingsprocedure ingediende inschrijvingen – in de hiervoor bedoelde Kennisgeving melding hebben gemaakt van het feit dat die procedure niet tot de gewenste resultaten heeft geleid.
- 6.1.8 Nu de vraag of de als eerste aangekondigde aanbestedingsprocedure is gestrand op een ernstig procedureel gebrek niet bevestigend kan worden beantwoord, moet de vraag worden beantwoord of beklagden in het kader van de tweede aanbestedingsprocedure de oorspronkelijke specificaties van de opdracht wezenlijk hebben gewijzigd.
- 6.1.9 Op grond van het arrest HvJ EG 19 juni 2008, zaak C-454/06 (Presetext) is sprake van een wezenlijke wijziging van het bestek als de wijziging:
1. wanneer zij in de oorspronkelijke aanbestedingsstukken zou zijn verwerkt, zou hebben geleid tot toelating van andere inschrijvers of tot de keuze voor een andere inschrijving dan die waarvoor oorspronkelijk was gekozen;
  2. de opdracht door die wijziging wordt uitgebreid tot werken, leveringen of diensten die oorspronkelijk niet waren opgenomen; of
  3. het economisch evenwicht van de overeenkomst wijzigt op een wijze die door de voorwaarden van de oorspronkelijke opdracht niet was bedoeld.
- 6.1.10 Uit de jurisprudentie blijkt dat wil sprake zijn van een wezenlijke wijziging van de opdracht, er sprake dient te zijn van een wezenlijke wijziging van de *specificaties van de opdracht*, dus van het werk, de levering of de dienst zelf. Het splitsen van een opdracht in percelen, het wijzigen van de selectiecriteria en het wijzigen van andere administratieve bepalingen leveren op zichzelf geen wezenlijke wijziging van de opdracht op (vergelijk M.J.J.M. Essers, *Aanbestedingsrecht voor overheden*, 4<sup>e</sup> druk, 2013, p. 468). Zou dat laatste anders zijn (bijvoorbeeld door heraanbesteding toe te staan in de gevallen waarin het wijzigen van gunningcriteria de rechtvaardiging vormt voor de beslissing tot afbreken en heraanbesteding),

dan zou een aanbestedende dienst een winnende, maar hem onwelgevallige inschrijver kunnen trachten te passeren door opnieuw een aanbesteding ten aanzien van (vrijwel) dezelfde opdracht uit te schrijven, met een beoordelingskader dat nader toegesneden is op de gewenste ondernemer.

6.1.11 In het licht van hetgeen hiervoor in 6.1.10 is overwogen, vindt de stelling van beklagde, namelijk: dat gezien het gewicht van de weging van de kwaliteit in de huidige aanbesteding zou zijn te verdedigen dat sprake is van een wezenlijke wijziging van de opdracht omdat het gunningscriterium kwaliteit in de huidige aanbesteding veel zwaarder meeweegt dan in de vorige aanbesteding, naar het oordeel van de Commissie geen steun in het recht. De wijziging (verzwaring) van het gewicht van de weging van het aspect kwaliteit in de tweede Inschrijvingsleidraad, afgezet tegen het gewicht van die weging in de eerste Inschrijvingsleidraad, vormt een wijziging die geen betrekking heeft op de specificaties van het werk maar op het wijzigen van de toepasselijke gunningcriteria. Dat levert naar het oordeel van de Commissie geen "wezenlijke wijziging" van de opdracht op. Hetzelfde geldt voor een andere verdeling van de op te dragen werken over de drie aangeduide percelen, nu beklagden niet hebben aangevoerd dat de wezenlijke wijziging gelegen is in uitbreiding van de opdracht.

6.1.12 De Commissie beoordeelt klachtonderdeel 1 derhalve als gegrond.

## 6.2 Klachtonderdeel 2

6.2.1 Op grond van artikel 1.5 lid 3 Aw 2012 deelt een aanbestedende dienst een opdracht op in meerdere percelen, tenzij hij dit niet passend acht, in welk geval de aanbestedende dienst dit motiveert in de aanbestedingsstukken.

6.2.2 In dit geval hebben beklagden de op te dragen werkzaamheden verdeeld in drie percelen maar hebben zij besloten deze percelen gezamenlijk als één opdracht aan te merken, waarvoor inschrijvers één inschrijvingsprijs moeten indienen. De percelen worden dus niet afzonderlijk aanbesteed. Beklagden hebben, in tweede instantie, in paragraaf 1.4 van de (tweede) Inschrijvingsleidraad een viertal redenen gegeven waarom de drie percelen als één opdracht moeten worden aanbesteed en splitsing dus "niet passend" is. Of de daarvoor, in het kader van de tweede aanbestedingsprocedure, gegeven motivatie toereikend is, kan in het midden blijven nu de Commissie (zie hierboven) van oordeel is dat beklagden ten onrechte hebben besloten tot heraanbesteding van de opdracht over te gaan.

6.2.3 Voor beantwoording van de vraag of beklagden in de eerste aanbestedingsprocedure een (toereikende) motivering hebben gegeven waarom zij splitsing (en afzonderlijke aanbesteding) van percelen niet passend achten, is doorslaggevend het feit dat de omschrijving van paragraaf 1.4 uit de eerste Inschrijvingsleidraad niet voorziet in een motivering. Dat is op zich strijdig met artikel 1.5 lid 3 Aw 2012, maar daarop ziet de klacht van klager niet.

6.2.4 De Commissie is derhalve van oordeel dat klachtonderdeel 2 ongegrond is.

## 7. **Advies**

De Commissie acht klachtonderdeel 1 **gegrond** en klachtonderdeel 2 **ongegrond**.

## **8. Aanbeveling**

De Commissie ziet in dit stadium van de aanbestedingsprocedure geen mogelijkheid tot het doen van een aanbeveling.

Den Haag, 19 september 2014

w.g.:  
Mr. J.G.J. Janssen  
Voorzitter

Prof.mr. C.E.C. Jansen  
Vicevoorzitter