

Advies 153

1. Feiten

1.1. Beklaagde heeft op 30 mei 2013 een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure uitgeschreven met betrekking tot een opdracht voor het uitvoeren van baggerwerkzaamheden. Hoofdstuk 7 van het ARW 2012 is op de aanbesteding van toepassing.

1.2. Op pagina 6 van de offerteaanvraag is het volgende gesteld met betrekking tot de gunningcriteria:

Gunningcriteria	Weging hoofdcriterium	Maximum aantal punten	Weging subcriteria	Maximale aantal punten
1. Kwalitatieve gunningcriteria	70%	700		
1a specifieke uitvoeringsaspecten m.b.t. geotextiele tubes			25%	250
1b. Algemene uitvoeringsaspecten			10%	100
1c. Werkplanning			15%	150
1d. Visie inbreng kennisuitwisseling			20%	200
2. Commerciële gunningcriteria (prijs)	30%	300		
Totaal	100%	1000		

1.3. Op deze aanbesteding hebben drie partijen – waaronder klager – ingeschreven. De inschrijvingssommen waren aanmerkelijk hoger dan verwacht. Klager schreef als laagste in.

1.4. Beklaagde heeft besloten niet over te gaan tot gunning en heeft partijen daarover bericht bij brief van 20 augustus 2013. In deze brief is het volgende opgenomen:

'Na ampele overwegingen hebben wij daarom besloten niet over te gaan tot gunning en het werk van de markt te halen. Het werk zal niet in dezelfde vorm opnieuw aangeboden worden.'

1.5. De betrokken inschrijvers hebben zich niet verzet tegen intrekking van de aanbesteding.

1.6. Op 2 juli 2014 heeft beklagde opnieuw een opdracht voor de uitvoering van baggerwerkzaamheden in de markt gezet, nu via een nationale openbare aanbestedingsprocedure. Sluitingsdatum voor de inschrijving was 1 september 2014.

1.7. In deze aanbesteding is op pagina 4 van het EMVI-document het volgende gesteld met betrekking tot de gunningcriteria:

Gunningscriterium	Type ¹⁾	Wegingsfactor	Maximale punten
Prijs	Commercieel criterium	50%	500
Communicatie en coördinatie	Kwalitatief criterium	10%	100
Werkwijze	Kwalitatief criterium	25%	250
Planning	Kwalitatief criterium	15%	150
Totaal			1.000

1) Kwalitatieve criteria kennen een kwalitatieve drempel. Deze worden nader uitgewerkt in paragraaf 4.1.'

- 1.8. Blijkens de Nota van Inlichtingen d.d. 28 juli 2014 zijn in deze aanbesteding geen vragen gesteld over een eventuele (wezenlijke) wijziging van de opdracht ten opzichte van de in 2013 aanbestede opdracht.
- 1.9. Op 14 augustus 2014 heeft klager zich schriftelijk bij beklagde gemeld met het standpunt dat er geen sprake is van een wezenlijke wijziging van de opdracht en dat beklagde volgens klager in strijd handelt met de beginselen van het aanbestedingsrecht.
- 1.10. Beklaagde heeft bij brief van 20 augustus 2014 het standpunt van klager gemotiveerd weersproken. Beklaagde zag geen aanleiding om de aanbesteding te staken en de opdracht aan klager te gunnen.
- 1.11. Bij brief van 29 augustus 2014 heeft de advocaat van klager bij beklagde een klacht ingediend.
- 1.12. De klacht is op 11 september 2014 door beklagde gemotiveerd afgewezen.
- 1.13. Klager heeft niet ingeschreven op de tweede aanbesteding.

2. Beschrijving klacht

- 2.1. Er is geen sprake van een wezenlijke wijziging van de opdracht ten opzichte van de eerder in de markt gezette opdracht. De aanbestedingsprocedure gestart op 2 juli 2014 is onrechtmatig en in strijd met de precontractuele goede trouw.
- 2.2. Klager verzoekt de Commissie om die reden vast te stellen dat beklagde heeft gehandeld in strijd met haar verplichting om de opdracht niet in dezelfde vorm aan te besteden en daarmee heeft gehandeld in strijd met de goede trouw. Verder vraagt klager de Commissie vast te stellen dat de aanbestedingsprocedure van 2014 onrechtmatig is.
- 2.3. Tot slot verzoekt klager de Commissie aan te bevelen dat beklagde de opdracht aan klager gunt conform haar inschrijving van 2013.

3. Onderbouwing klacht

- 3.1. De onderbouwing van de klacht door klager wordt hieronder – waar nodig verkort – weergegeven.
- 3.2. De Presstext-criteria zijn niet van toepassing op de onderhavige casus omdat het in dit geval niet gaat om het wijzigen van een opdracht tijdens de looptijd. Er moet hier alleen worden getoetst of de inhoud van de opdracht bij de tweede aanbesteding wezenlijk gewijzigd is. Klager stelt dat dit niet het geval is en dat om die reden de onderhavige aanbesteding onrechtmatig is en dat de opdracht aan klager gegund zou moeten worden conform haar inschrijving van 2013.

- 3.3. Beklaagde heeft in de brief van 20 augustus 2013 (geciteerd in 1.4) toegezegd de oorspronkelijke opdracht niet opnieuw in de markt te zetten.
- 3.4. Het gaat echter om dezelfde opdracht (baggerwerkzaamheden), in dezelfde gemeente en met dezelfde omvang (gelijke lengte en gelijke hoeveelheid). Uit de beide bestekken blijkt duidelijk dat de scope, de inhoud en de omvang van de opdracht niet is veranderd. Dat blijkt ook uit het feit dat de bestekken dezelfde RAW-systematiek aanhouden en de opdrachten op exact dezelfde wijze zijn omschreven.
- 3.5. Het te baggeren tracé in het bestek van 2014 is van eenzelfde lengte en ligt in dezelfde watergang binnen dezelfde gemeente als het tracé dat is beschreven in het bestek van 2013. Daarbij komt nog dat in zowel het bestek van 2013 als dat van 2014 de hoeveelheid te baggeren slib ongeveer 14.000 m³ is. Het werk is dus gelijk van aard en omvang, waardoor er in elk geval geen sprake kan zijn van een wezenlijke wijziging.
- 3.6. In het bestek van 2014 wordt hydraulisch baggeren niet voorgeschreven en is de methode vrijgelaten. Het vrijlaten van de baggermethode houdt geen inhoudelijke wijziging in. Het staat inschrijvers immers vrij om te kiezen voor de (gebruikelijke) hydraulische baggermethode. De scope van de opdracht verandert echter hierdoor niet.
- 3.7. Het verwerken van de baggerspecie, bijvoorbeeld met behulp van geotextiele tubes, is in het bestek van 2014 vrijgelaten. De methode met behulp van geotextiele tubes kan derhalve nog steeds worden toegepast. De scope van de opdracht betreft, zowel in het bestek van 2013 als dat van 2014, het uitbaggeren van de watergangen en het afvoeren/verwerken van de baggerspecie. Beklaagde heeft met vrijlaten van zowel de bagger- als de verwerkingsmethode de opdracht inhoudelijk niet gewijzigd.
- 3.8. Het aanpassen van de EMVI-criteria kan niet leiden tot een inhoudelijk andere opdracht. Belangrijk hierbij is dat de EMVI-criteria nauwelijks zijn aangepast. Dat de EMVI-criteria iets zijn aangepast lijkt enkel een gevolg te zijn van het vrijlaten van de verwerkingsmethode van het uitgebaggerde slib en dit levert geen inhoudelijke wijziging van de opdracht op. Logischerwijs kan dan ook het aanpassen van de EMVI-criteria op deze situatie niet resulteren in een wezenlijke wijziging van de opdracht. Dat het in beide bestekken om dezelfde werkzaamheden gaat volgt ook uit de beoordelingssystematiek, zoals opgenomen in de offerteaanvraag van 2013 (zie hiervoor sub 1.2) en het EMVI-document van 2014 (zie hiervoor sub 1.7). Hieruit blijkt dat de kwalitatieve gunningcriteria voor beide procedures nagenoeg gelijk zijn.
- 3.9. Het wijzigen van de geschiktheidseisen is in deze situatie niet relevant voor het aannemen van een wezenlijke wijziging. Anders dan in de Preetext-situatie, is er hier geen sprake van het wijzigen van de geschiktheidseisen tijdens de lopende aanbestedingsprocedure. Het stellen van geschiktheidseisen aan de inschrijvers verandert niets aan de inhoud van de opdracht.
- 3.10. Het uitvoeren van een nationaal openbare procedure in plaats van een meervoudig onderhandse procedure mag niet gezien worden als een wezenlijke wijziging.
- 3.11. In het bestek van 2014 is de bijdrage aan het PRISMA-programma komen te vervallen. Uit het bestek van 2013 volgt dat hiervoor in totaal 20 uren zijn geraamd ten behoeve van kennisuitwisseling. Deze minimale aanpassing is

absoluut niet relevant voor de vraag of er sprake zou zijn van een wezenlijke wijziging van de opdracht. Wanneer dit soort wijzigingen in het bestek zouden leiden tot het aannemen van een wezenlijke wijziging, is het voor elke aanbestedende dienst mogelijk om de spelregels van de aanbestedingsprocedure te omzeilen met een minimale aanpassing.

4. Reactie beklagde

- 4.1. De reactie van beklagde is hieronder – voor zover nodig verkort – weergegeven.
- 4.2. Voor alles is beklagde van mening dat klager te laat is met haar klacht. Klager heeft geen vragen gesteld in de procedure die 2 juli 2014 gestart is en heeft niet ingeschreven. Klager heeft zich eerst op 14 augustus 2014 bij beklagde gemeld met het verzoek de aanbesteding te staken.
- 4.3. Beklagde stelt allereerst dat zij het recht had de aanbestedingsprocedure in 2013 te staken en niet tot gunning over te gaan. De inschrijvingen overschreden allen het budget van beklagde. Het zou in strijd met de contracteervrijheid van beklagde zijn als zij onder deze omstandigheden gedwongen zou kunnen worden opdracht te verlenen en/of in onderhandeling te treden. Beklagde heeft daarom gemeend er goed aan te doen de opdracht gewijzigd in de markt te zetten. Zij heeft er recht op en belang bij dat een aanbestedingsprocedure ongecompliceerd tot een juiste opdrachtverstrekking leidt zonder onnodige verspilling van belastinggeld.
- 4.4. Haar doelstelling is in zoverre bereikt dat het werk nu is gegund voor een bedrag dat zeer ruim onder de toenmalige inschrijfsom ad EUR 435.000 exclusief BTW van klager ligt. Te denken valt aan een bedrag dat tientallen procenten lager ligt en ieder geval veel meer afwijkt dan de percentages van 10% en 25% die in jurisprudentie en (aanstaande) regelgeving worden genoemd. Reeds hieruit blijkt dat er sprake is van een wezenlijke wijziging, waarbij door middel van de gewijzigde kring van gegadigden en het gewijzigde aantal diensten het economisch evenwicht is verschoven.
- 4.5. Beklagde onderbouwt vervolgens waarom naar haar mening sprake is van een wezenlijk gewijzigde opdracht.
- 4.6. Allereerst wijst beklagde er op dat het tracé gewijzigd is waardoor de baggerwerkzaamheden van 2014 slechts voor ca. de helft die van 2013 overlappen. Dat lengte en hoeveelheid slib enigszins overeenkomen is een toevalligheid. Als gevolg van het andere tracé moeten in 2014 slechts 500 bewonersbrieven verstuurd worden, tegen 1.000 in 2013, ligt er geen kerk meer langs het tracé, hoeft geen rekening meer gehouden te worden met een aan te leggen brug en bevat het nieuwe deel van 2014 geen doorgaande watergang.
- 4.7. In het bestek van 2013 was de verplichting om de hydraulische baggermethode toe te passen opgenomen. In het bestek 2014 is deze vervallen en in 2014 is ingeschreven met een schuifboot en kraan (niet hydraulisch) waarbij één van de inschrijvers heeft aangegeven een klein deel van de werkzaamheden hydraulisch uit te voeren.
- 4.8. De wezenlijke verplichting om te werken met het Prisma programma is komen te vervallen. Het Prisma programma betekende niet alleen een administratieve last maar had tevens zijn weerslag op de materiële vereisten. Voor de administratieve belasting en bestede tijd in overleg met de opdrachtgever was in het bestek een verrekenbare post met als uitgangspunt 20 uur opgenomen. Voor de registratie

van data was een aantal materiele vereisten in het bestek opgenomen. Ten slotte was noodzakelijk voor het Prisma programma, dat er gewerkt werd met geotubes (zie hierna), inclusief inrichting van daarvoor bestemde terreinen en de WUR-testlocatie.

4.8.1. Met het wegvallen van Prisma zijn aldus alle samenhangende administratieve en uitvoeringstechnische lasten verdwenen, inclusief de verplichting de specie met behulp van geotextiele tubes te verwerken, hetgeen een aanzienlijke verlichting van de inspanningen betekende. Het werken met geotextiele tubes is de duurste verwerkingsmethode. Geen van de inschrijvers in 2014 heeft blijkens hun plan van aanpak ingeschreven met geotextiele tubes.

4.9. Er is sprake van een wezenlijke wijziging omdat in de gunningsleidraad 2014 de EMVI-criteria wezenlijk zijn aangepast:

Bestek 2013:	Uitvoeringsaspecten geo	25 %	<i>vervallen</i>
	Uitvoeringsaspecten alg	10 %	<i>vervallen</i>
	Planning	15 %	<i>gelijk</i>
	Visie Kennisuitwisseling	20 %	<i>vervallen</i>
	Prijs	30 %	<i>verhoogd naar 50%</i>
Bestek 2014:	Prijs	50 %	<i>van 1/3 naar 1/2</i>
	Communicatie/coördinatie	10 %	<i>nieuw</i>
	Werkwijze	25 %	<i>nieuw</i>
	Planning	15 %	<i>gelijk</i>

4.9.1. Anders dan klager stelt, zijn de kwalitatieve criteria wel degelijk zeer verschillend en is in feite alleen "planning" gelijk. Bij de EMVI van 2014 zijn er meer specifieke vragen gesteld over de werkwijze en de borging ervan: In 2013 waren het 4 vragen, inclusief 1 over de communicatie die in 2014 apart is beoordeeld en in 2014 waren er 8 vragen.

4.9.2. De gunningsleidraad van 2013 en daarmee onder meer ook de EMVI criteria zijn specifiek opgesteld voor het Prisma project (zowel fase 1 en 2 alsmede fase 3). Met het wegvallen van de Prismavereisten is voor de gunningsleidraad 2014 teruggevallen op de standaard EMVI-criteria voor reguliere baggerwerkzaamheden.

4.10. Beklaagde stelt dat de aanbestedingsprocedure wezenlijk is aangepast en dat er sprake van een wezenlijk tijdsverloop van 10 maanden.

4.10.1. Juist een wijziging van een meervoudig onderhandse procedure naar een nationale openbare procedure is wezenlijk van invloed op de kring van gegadigden en het economisch evenwicht. Anders dan in 2013 kon iedere geïnteresseerde in 2014 inschrijven, hetgeen op zich zelf weer wezenlijk van invloed kan zijn op de inschrijfsommen. Er is immers in potentie sprake van meer inschrijvers, zodat de marktwerking optimaler is dan in het geval van een onderhandse procedure met 3 aannemers. Ware dit anders dan zou het hele aanbestedingsrecht overbodig zijn. De praktijk van onderhands aanbesteden bestaat al van oudsher en is nu juist (voor werken boven de drempelbedragen) vervangen door de Aanbestedingsrichtlijnen en nationale regelgeving vanwege het waarborgen van de vrije mededinging en voorkomen van willekeur en

favoritisme. Het reeds gememoreerde zeer aanzienlijke prijsverschil alleen al laat de juistheid hiervan zien.

- 4.10.2. Bovendien was beklagde van oordeel dat sedert de aanbesteding 2013 sprake zou kunnen zijn van dusdanig gewijzigde marktomstandigheden, dat het moment was aangebroken om de gewijzigde opdracht in de markt te zetten om ditmaal wel met succes binnen budget opdracht te kunnen verstrekken. Of deze periode 10 maanden bedroeg en of dat kort of lang is, is daarbij niet van belang. Van belang is dat beklagde de vrijheid toekomt om ingeval van gewijzigde marktomstandigheden tot heraanbesteding over te gaan. Dat beklagde dat goed heeft ingeschat blijkt evenzeer alleen al uit de enorme verschillen tussen de inschrijfsommen toen en nu.
- 4.11. Tot slot merkt beklagde op dat het primaire verzoek van klager niet past bij de opdracht aan de Commissie om te bemiddelen of niet-bindende adviezen te geven.

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt voorop dat beklagde een nationale openbare aanbestedingsprocedure heeft gehouden. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 (afdeling 1.2.3) Aw 2012 en het ARW 2012 (hoofdstuk 2).
- 5.2. De Commissie zal zich allereerst uitlaten over het in behandeling nemen van de in de klacht opgenomen verzoeken van klager.
- 5.2.1. De door klager tot de Commissie gerichte, onder 2.2 genoemde, verzoeken – die gekwalificeerd moeten worden als verzoeken tot het afgeven van een verklaring voor recht – kunnen niet in behandeling worden genomen omdat de Commissie geen verklaringen voor recht geeft. De Commissie brengt alleen adviezen uit waarbij zij een oordeel uitspreekt over de gegrondheid van de klacht en waarbij zij, als haar dat zinvol voorkomt, een aanbeveling doet met betrekking tot de lopende aanbestedingsprocedure.
- 5.2.2. Hiervan uitgaande verstaat de Commissie de ingediende klacht als volgt:
- De aanbestedingsprocedure gestart op 2 juli 2014 is volgens klager onrechtmatig en in strijd met de goede trouw. Beklagde heeft gehandeld in strijd met haar verplichting om de opdracht niet in dezelfde vorm aan te besteden en heeft daarmee gehandeld in strijd met de precontractuele goede trouw.
- 5.2.3. Het verzoek van klager aan de Commissie om aan te bevelen dat beklagde de opdracht aan klager dient te gunnen conform haar inschrijving van 2013, komt enkel voor bespreking in aanmerking als de klacht gegrond wordt verklaard. Zie daarvoor hierna sub 5.4.11.
- 5.3. De Commissie zal zich vervolgens uitlaten over de stelling van beklagde dat klager te laat is met haar klacht.
- 5.3.1. Volgens bestaande jurisprudentie mag van een inschrijver een proactieve houding worden verwacht. Dit houdt in dat een inschrijver – mogelijke – inbreuken op het op de aanbestedingsprocedure van toepassing zijnde recht bij de aanbesteder dient te signaleren zodra hij die redelijkerwijze behoorde op te merken. De ratio daarvan is dat de aanbesteder daarmee mogelijk in staat wordt gesteld (de gevolgen van) die inbreuk ongedaan te maken in een stadium waarin

de nadelige gevolgen daarvan voor alle betrokken partijen zoveel mogelijk beperkt kunnen blijven.

- 5.3.2. Of de hiervoor bedoelde verplichting ook in een geval als het onderhavige op klager rust, nu klager immers niet op de aanbesteding heeft ingeschreven, kan in het midden blijven. De Commissie is van oordeel dat klager met betrekking tot de onderhavige aanbesteding voldoende proactief gehandeld heeft om haar bezwaren tegen de procedure bij beklagde kenbaar te maken. Het feit dat klager besloten heeft af te zien van deelname aan de onderhavige aanbesteding kan haar in dit geval niet tegengeworpen worden omdat wel inschrijven haar stelling dat die aanbesteding onrechtmatig is op losse schroeven zou kunnen zetten. Ook het feit dat klager pas op 14 augustus 2014 haar bezwaren tegen de procedure kenbaar heeft gemaakt kan haar niet tegengeworpen worden, omdat het begrijpelijk is dat zij voor het bepalen van haar rechtspositie juridisch advies heeft moeten inwinnen en enige tijd nodig heeft gehad om een strategie te kiezen.
- 5.4. Daarmee komt de Commissie toe aan de inhoudelijke beoordeling van de klacht.
- 5.4.1. De Commissie neemt bij de beoordeling van de klacht tot uitgangspunt de rechtsoverwegingen 4.4 t/m 4.6 van de uitspraak Vzv. Rb. Noord-Nederland 11 januari 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BY8197, zoals die zijn weergegeven en toegepast in de overwegingen 6.1.1 t/m 6.1.11 van Advies 142 van de Commissie (nog niet gepubliceerd). Dat het in het onderhavige geval – anders dan in de hiervoor genoemde uitspraak en het Advies 142 – niet gaat om een Europese maar om een nationale openbare aanbestedingsprocedure, doet aan het voorgaande niet af.
- 5.4.2. Gelet op het in 5.4.1 verwoorde uitgangspunt zal de Commissie hierna allereerst ingaan op de vraag of de door beklagde op 30 mei 2013 uitgeschreven meervoudig onderhandse procedure is gestrand op een ernstig procedureel gebrek. Indien die vraag immers bevestigend kan worden beantwoord, volgt uit het voorgaande dat de vervolgvraag – namelijk: of beklagde in het kader van de op 2 juli 2014 aangekondigde nationale openbare aanbesteding de oorspronkelijke specificaties van de opdracht wezenlijk heeft 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 beklagde de oorspronkelijke specificaties inderdaad wezenlijk heeft gewijzigd zal de klacht ongegrond moeten worden geacht. Dit is slechts anders indien moet worden geoordeeld dat beklagde met haar beslissing tot heraanbesteding – niettegenstaande dat de oorspronkelijke opdracht wezenlijk is gewijzigd – heeft gehandeld in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en/of de (precontractuele) maatstaven van redelijkheid en billijkheid.
- 5.4.3. Van het staken van de eerste aanbestedingsprocedure op grond van het bestaan van een ernstig procedureel gebrek, is de Commissie niet gebleken. Het onaanvaardbaar (hoog) verklaren van de inschrijvingen kwalificeert immers niet als een ernstig procedureel gebrek. Thans ligt dus de vervolgvraag genoemd in 5.4.2 ter beantwoording voor: of beklagde in het kader van de tweede aanbestedingsprocedure de oorspronkelijke specificaties van de opdracht wezenlijk heeft gewijzigd.
- 5.4.4. Van een wezenlijke wijziging van de opdracht is blijkens de jurisprudentie sprake als:
1. die wijziging, 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.

In alle gevallen geldt dat het moet gaan om 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 gunningcriteria en het wijzigen van andere administratieve bepalingen leveren op zichzelf geen wezenlijke wijziging van de opdracht op (zie ook Advies 142 (nog niet gepubliceerd), overweging 6.1.10).

- 5.4.5. Van een wezenlijke wijziging van de opdracht zal sprake zijn indien kan worden vastgesteld dat één of meer door beklagde gestelde wijzigingen wezenlijk is.
- 5.4.6. Het enkele feit dat bij de heraanbesteding de opdracht gegund is voor een aanzienlijk lager bedrag dan bij eerste aanbesteding door klager is geboden, is naar het oordeel van de Commissie op zich onvoldoende om aan te nemen dat er sprake is van een wezenlijke wijziging van de opdracht. Ook met een ongewijzigde opdracht is denkbaar dat bij een heraanbesteding aanzienlijk lagere prijzen worden geboden, bijvoorbeeld doordat er meer concurrentie is of doordat de marktomstandigheden veranderd zijn.
- 5.4.7. Wat betreft de aanpassing van het tracé constateert de Commissie dat de twee meest wezenlijke kenmerken van de opdracht, de lengte van de te baggeren watergangen en de hoeveelheid slib, slechts in geringe mate zijn gewijzigd. De bijkomende wijzigingen waar beklagde op wijst zijn naar het oordeel van de Commissie niet van een dergelijke ingrijpende aard dat gesproken kan worden van een wezenlijke wijziging op grond van de in 5.4.4 genoemde criteria.
- 5.4.8. Wat betreft de te volgen werkwijzen stelt de Commissie vast dat deze – anders dan in de specificaties van de opdracht van 2013 – in 2014 niet meer door beklagde zijn voorgeschreven. Beklaagde heeft de specificaties van de opdracht op dit punt immers gewijzigd. De winnende inschrijver is niet meer verplicht de hydraulische baggermethode toe te passen, noch te werken met het Prisma programma en dientengevolge baggerspecie te verwerken met behulp van geotextiele tubes. In plaats daarvan heeft de winnende inschrijver de vrijheid om te kiezen voor andere werkwijzen die tot hetzelfde resultaat (schone watergangen) kunnen leiden als de oorspronkelijk voorgeschreven werkwijzen.
- 5.4.9. Het niet langer voorschrijven van de genoemde werkwijzen kan naar het oordeel van de Commissie – anders dan klager lijkt te veronderstellen (zie 3.5 en 3.6 hiervoor) – in de tweede aanbestedingsprocedure leiden tot een andere kring van inschrijvers. Denkbaar is immers dat ondernemingen, die in de eerste procedure tot het doen van een inschrijving waren uitgenodigd, destijds hebben afgezien van inschrijving omdat zij het voor de voorgeschreven werkwijzen benodigde materieel niet beschikbaar hadden. Nu de te volgen werkwijzen grotendeels zijn vrijgelaten, hebben zij alsnog de mogelijkheid om op de opdracht in te schrijven. Ook overigens is het zo dat – nu beklagde bij de eerste aanbesteding gebruik heeft gemaakt van de meervoudig onderhandse procedure en bij de tweede aanbesteding van de nationale openbare procedure – de redelijke verwachting zal mogen bestaan dat de kring van inschrijvers zal wijzigen. Tot slot bestaat de reële mogelijkheid dat ten gevolge van het niet langer voorschrijven van de genoemde werkwijzen, in de tweede aanbestedingsprocedure wordt gekozen voor een andere inschrijving dan die waarvoor in de eerste procedure zou zijn gekozen

indien beklagde tot gunning zou zijn overgegaan. Alles overwegende is naar het oordeel van de Commissie dan ook sprake van een wezenlijke wijziging van de opdracht.

- 5.4.10. Nu vaststaat dat de oorspronkelijke opdracht wezenlijk is gewijzigd, zal de klacht enkel nog als gegrond kunnen worden beoordeeld indien vast komt te staan dat beklagde met haar beslissing tot heraanbesteding heeft gehandeld in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en/of de (precontractuele) maatstaven van redelijkheid en billijkheid (zie 5.4.2). Daarvan is de Commissie echter niet gebleken.
- 5.4.11. Op grond van het voorgaande oordeelt de Commissie dat het beklagde was toegestaan een tweede aanbestedingsprocedure te starten om de gewijzigde opdracht aan te besteden, zodat de klacht ongegrond is. Daarmee komt de Commissie niet toe aan het verzoek van klager om aan te bevelen dat beklagde de opdracht aan klager dient te gunnen conform haar inschrijving van 2013.

6. Advies

De Commissie acht de klacht **ongegrond**.

7. Aanbeveling

De Commissie ziet geen kans tot het doen van een aanbeveling.

De Commissie heeft zich ten behoeve van dit advies laten bijstaan door mr. drs. T.H. Chen die als Commissie-Expert aan de Commissie is verbonden.

Den Haag, 22 januari 2015

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