

# Commissie van Aanbestedingsexperts

## Advies 465

### 1. Feiten

- 1.1. Beklaagde heeft op 12 december 2013 een nationale openbare procedure aangekondigd voor een concessie voor diensten met betrekking tot plaatsing, beheer, onderhoud en exploitatie van A0-reclamedisplays en A0-reclameframes. De aanbesteding is begeleid door A.
- 1.2. In de Aanbestedingsleidraad van 12 december 2013 is, onder meer, het volgende bepaald:

### 2 ALGEMENE GEGEVENS

#### 2.7 Verantwoordelijkheden

(...) De beoordelingscommissie behoudt zich het recht voor om inschrijvingen (...) die onvolledig (...) zijn uit te sluiten van verdere deelname aan de procedure. (...)

### 3 DE AANBESTEDINGSPROCEDURE

#### 3.1 Aanbestedingsvorm

De opdrachtgever volgt een openbare aanbesteding. Een aanbesteding volgens de openbare procedure is een aanbesteding die nationaal algemeen bekend wordt gemaakt.

#### 3.2 Toepasselijk aanbestedingsreglement

Een overeenkomst voor A0-reclame tussen een gemeente en een exploitant is aan te merken als een concessieovereenkomst voor diensten. Beklaagde heeft ervoor gekozen de concessie via een nationale openbare aanbesteding in de markt te zetten. Op basis van de aard en waarde van deze overeenkomst en de plaats van uitvoering is er geen sprake van een grensoverschrijdend belang. Dit mede ook gelet op de ingekomen inschrijvingen op eerdere aanbestedingen voor A0-reclame bij andere aanbestedende diensten. Het gaat hier dus niet om een Europese aanbestedingsprocedure.

(...)

#### 3.5 Planning

(...)	
sluiting inschrijvingstermijn	28 januari 2014
opening inschrijvingen en opstellen proces-verbaal van opening	28 januari 2014
beoordelen inschrijvingen	30 januari 2014
gunningadvies uitbrengen	31 januari 2014
verzenden voorlopige gunning naar beoogde opdrachtnemer en afwijzingen naar afgewezen inschrijvers	3 februari 2014
ondertekening definitieve overeenkomst	<datum> 2013

start uitvoering	1 april 2014
------------------	--------------

Opdrachtgever wijst erop dat de planning onder voorbehoud is en door de opdrachtgever op elk moment nog aangepast kan worden.

(...)

### **3.8 Indienen inschrijving (incl. vormvereisten)**

(...)

Overige vormvereisten aan de inschrijving:

(...)

(D) (...) De inschrijving bevat alle documenten die in dit aanbestedingsdocument worden gevraagd. In bijlage 7.1 is een overzicht opgenomen van alle in te leveren documenten.

(...)

#### **3.12 Besluitvorming over de gunning**

(...)

[Beklaagde] behoudt zich – zonder tot enige schadevergoeding te zijn gehouden – in ieder geval het recht voor:

- de procedure tussentijds geheel of gedeeltelijk, tijdelijk of definitief te staken c.q. te beëindigen;
- (...)
- de opdracht niet te gunnen.

(...)

### **3.19 Akkoordverklaring**

(...)

Tevens verklaart hij door het indienen van de inschrijving dat hij alle vragen en bijlagen naar waarheid heeft beantwoord en dat de in dit vragenformulier verstrekte inlichtingen met de werkelijkheid overeenstemmen en juist en volledig zijn. Indien na inschrijving blijkt dat dit niet het geval is, kan dat leiden tot uitsluiting van verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure.

## **4 SELECTIEFASE**

### **4.1 Volledigheid en geldigheid**

De Aanbieding moet **volledig** en **geldig** zijn.

*Volledig* betekent dat alle stukken die ingediend moeten worden ook feitelijk en compleet worden overgelegd, op de door de opdrachtgever in dit document voorgeschreven wijze (zie ook Bijlage 7.1).

(...)

### **4.2 Algemene eisen en uitsluitingsgronden**

(...)

### *Combinaties en onderaanneming*

Indien sprake is van een combinatie (samenwerkingsverband) of onderaanneming, dient inschrijver de vragen 1.5, 1.6 en onderdeel 8 van de Eigen verklaring (bijlage 7.2) in te vullen.

(...)

## **4.4 Geschiktheidseisen**

### *4.4.1 Technische bekwaamheid: referentie*

In verband met de beoordeling van de technische bekwaamheid wordt gevraagd om kerncompetenties.

De volgende kerncompetenties zijn van belang voor de uitvoering van deze opdracht:

- Het plaatsen en onderhouden van reclameobjecten, zoals A0-reclamedisplays
- Het exploiteren van reclameobjecten, zoals A0-reclamedisplays

Inschrijver moet – na voorlopige gunning – per kerncompetentie een referentie opgeven waaruit blijkt dat aan deze bekwaamheden voldaan wordt.

De referentie moet melding maken van de naam en contactgegevens van de betreffende organisatie.

De opdrachtgever behoudt zich het recht voor informatie in te winnen bij de organisatie(s) vermeld op de referentielijst.

(...)

## **6.2 Beoordelingsprocedure**

De beoordeling van de aanbiedingen verloopt als volgt:

Stap 1	vaststellen van de volledigheid van de aanbiedingen
Stap 2	vaststellen van de geldigheid van de aanbiedingen
Stap 3	beoordeling op basis van selectiecriteria
Stap 4	beoordeling van de geldige en volledige aanbiedingen

### Stap 1

Een onvolledige aanbieding wordt uitgesloten van de verdere beoordelingsprocedure (zie ook bijlage 7.1 Checklist in te leveren documenten).

### Stap 2

Alle inschrijvingen dienen te voldoen aan de formele/procedurele vereisten en dienen rechtsgeldig ondertekend te zijn. (...)'

- 1.3. In Bijlage 7.1 ("Checklist in te leveren documenten") is, onder meer, bepaald:

'Deze bijlage is bedoeld ter ondersteuning van de inschrijvers om geen documenten of zaken te vergeten die van belang zijn voor de inschrijving. Ondanks alle zorgvuldigheid kan het voorkomen dat deze lijst niet geheel volledig is. Het is de verantwoordelijkheid van de inschrijver zelf om een volledige inschrijving aan te bieden.

- Ondertekende Eigen Verklaring (bijlage 7.2)  
(...)
- Ondertekende en ingevulde Referentielijst (bijlage 7.5)  
(...)

1.4. In Bijlage 7.2 ("Eigen Verklaring voor aanbestedingsprocedures van aanbestedende diensten") is in 1.5, 1.6 en 8 onder meer bepaald:

'1.5 (Indien van toepassing) Overige deelnemer(s) in het samenwerkingsverband: (...)

1.6 (Indien van toepassing) Naam penvoerder samenwerkingsverband: (...)

8. Samenwerkingsverband of beroep op een derde/derden

(De onderneming geeft, indien er sprake is van een samenwerkingsverband, onder 8.1 aan voor welke geschiktheidseisen een beroep op zijn onderneming wordt gedaan. Indien de onderneming een beroep doet op een derde/derden, geeft de onderneming onder 8.2 aan voor welke geschiktheidseisen hij beroep doet op een derde/derden)

(...)

De onderneming dient, indien hij een beroep doet op een derde/derden, bij punt 8.2 aan te geven voor welke geschiktheidseisen hij een beroep op een derde/derden doet.

8.2 (indien van toepassing) zijn onderneming voor de volgende geschiktheidseis(en) een beroep doet op een derde/derden, te weten:

Eis: Derde waar beroep op wordt gedaan:

(...)

1.5. In de Nota van Inlichtingen van 14 januari 2014 zijn, onder meer, de volgende vraag en het volgende antwoord opgenomen:

Vraag 27: 'De geschiktheidseisen maken onderdeel uit van de selectiefase. In paragraaf 4.4 wordt gesteld dat deze na voorlopige gunning ingeleverd dienen te worden. Op de checklist (bijlage 7.1) staat deze wel vermeld. Dienen de referenties in de aanbieding te worden verwerkt of na voorlopige gunning te worden ingeleverd?'

Antwoord: 'De geschiktheidseis zoals vermeld in artikel 4.4.1 wordt pas gecontroleerd na voorlopige gunning. Referenties dienen na voorlopige gunning te worden ingeleverd.'

1.6. Klager heeft een inschrijving ingediend.

1.7. Op 4 februari 2014 heeft beklagde de volgende brief aan klager verzonden:

'Op 23 januari heb ik uw inschrijving ontvangen op de openbare aanbesteding A0-reclame van [Beklaagde]. Hierbij bericht ik u dat uw onderneming vooralsnog niet in aanmerking komt voor gunning van de opdracht volgend uit de genoemde aanbesteding.

Beoordeling van de inschrijvingen heeft plaatsgevonden op basis van het gunningcriterium economisch meest voordelige inschrijving. Het totaal van de door u

voor de gewogen gunningcriteria overgelegde gegevens is in vergelijking met de gegevens van de andere inschrijvers als minder goed beoordeeld. U behaalde met uw inschrijving een tweede (2<sup>e</sup>) plaats. (...)

[Beklaagde] is voornemens te gunnen aan [X i.o.] en zal binnenkort een verificatiebespreking met deze onderneming voeren. Als dit gesprek voor beide partijen een positief resultaat oplevert, dan zal de opdracht aan deze inschrijver worden gegund.

U kunt in rechte tegen dit voorgenomen gunningsbesluit opkomen binnen 21 kalenderdagen na dagtekening van deze brief. (...)

1.8. Op 6 februari 2014 heeft de advocaat van klager de volgende brief aan beklagde verzonden:

'Tot mij heeft zich gewend [Klager], u wel bekend. Cliënte heeft mij verzocht haar belangen te behartigen terzake van de hierna volgende kwestie.

Op 12 december 2013 heeft [Beklaagde] de opdracht voor het exploiteren van reamedisplays en A0-reclamesframes (...) door middel van een openbare aanbestedingsprocedure aanbesteed. Cliënte heeft op 28 januari jl. ingeschreven op deze aanbesteding.

Blijkens de voorlopige gunningsbeslissing d.d. 3 februari jl. is [Beklaagde] voornemens om de opdracht definitief te gunnen aan [X i.o.]. De inschrijving van cliënte is op de tweede plaats geëindigd.

Middels dit schrijven maakt cliënte haar bezwaar kenbaar tegen de voorlopige gunningsbeslissing van [Beklaagde]. Het bezwaar van cliënte is gelegen in het feit dat niet blijkt dat [X] voldoet aan de gestelde geschiktheidseis die betrekking heeft op de technische bekwaamheden van de inschrijver (artikel 4.4.1 van het aanbestedingsbestek).

In artikel 4.4.1 van het bestek is namelijk bepaald dat de inschrijver twee referenties moet overleggen waaruit blijkt dat zij beschikt over de volgende twee kerncompetenties:

1. Het plaatsen en onderhoud van reclameobjectjesn, zoals A0-reamedisplays
2. Het exploiteren van reclameobjecten, zoals A0-reamedisplays

Uit de inschrijving in het handelsregister van de Kamer van Koophandel van [X] blijkt dat zij pas op 27 januari jl. is opgericht en zich thans nog in de oprichtingsfase bevindt. Om die reden is het onmogelijk dat [X] zelf over de vereiste referenties beschikt. Cliënte meent dan ook dat de inschrijving van [X] terzijde moet worden gelegd door [Beklaagde].

Gelet op het voorgaande – alsmede de lopende Alcateltermijn – wenst cliënte op korte termijn een inhoudelijke reactie te krijgen op het bezwaar tegen de definitieve gunning van de opdracht aan [X].

Namens cliënte verzoek ik om zo spoedig mogelijk en uiterlijk op **woensdag 12 februari a.s.** de gemotiveerde beslissing van [Beklaagde] kenbaar te maken over de vraag of [X] al dan niet voldoet aan de geschiktheidseis van artikel 4.4.1 van het bestek. Indien u meent dat [X] wel degelijk aan de gestelde geschiktheidseis voldoet, dan verzoek ik u eveneens om mij binnen de gestelde termijn

kopieën te verstrekken van de door [X] (bij haar inschrijving) ingediende stukken met betrekking tot het voldoen aan de geschiktheidseis door [X].'

- 1.9. Op 17 februari 2014 heeft beklagde de volgende brief aan de advocaat van klager verzonden:

'In uw brief van 6 februari 2014 verzoekt u, namens uw cliënte [Klager], om aan te tonen dat [X] voldoet aan de geschiktheidseisen zoals gesteld in de aanbesteding tot de exploitatie van A0-reclamedisplays en -frames in [het gebied van Beklaagde]. Hierover het volgende.

Conform artikel 4.4.1 van het aanbestedingsbestek dient de inschrijver –na voorlopige gunning- per kerncompetentie een referentie op te geven waaruit blijkt dat aan deze bekwaamheden voldaan wordt. [X] heeft met referenties aan [Beklaagde] aangetoond dat zij voldoet aan de kerncompetenties, waarbij [X] zich beroept op een onderaannemer.

[Beklaagde] mag geen inzage geven in de ingediende inschrijvingen. Deze inschrijvingen zijn namelijk concurrentiegevoelig. Aan uw verzoek tot inzage kan ik dus niet tegemoetkomen.'

- 1.10. Beklaagde heeft een concessieovereenkomst gesloten met X met betrekking tot plaatsing, beheer, onderhoud en exploitatie van AO-reclamedisplays en AO-reclameframes.
- 1.11. Beklaagde heeft bij brief van 22 december 2015 de concessieovereenkomst met X (inmiddels Y) buitengerechtelijk ontbonden met ingang van 1 februari 2016.
- 1.12. Naar aanleiding van een Wob-verzoek heeft klager een e-mail van 11 februari 2014 verkregen waarin B van A, de adviseur van beklagde, namens beklagde advies vraagt aan advocaat C:

'Namens [Beklaagde] hebben wij een aanbesteding begeleid voor A0-reclame.

Op 28 januari is de sluiting geweest; op 31 januari is de beoordelingscommissie bijeen geweest. Op 3 februari zijn de gunning- en afwijzingsbrieven verstuurd.

Er is voorlopig gegund aan [X]. [Klager] is op de tweede plaats geëindigd (met een behoorlijk lagere financiële afdracht). Van twee inschrijvers ([K] en [Klager]) heeft [Beklaagde] een brief ontvangen waarin bezwaar wordt aangetekend tegen de voorlopige gunning. De reden voor het bezwaar is dat [de moeder van X] heeft ingeschreven met een nieuwe BV, dus een bedrijf dat zich niet (direct) kan bogen op de ervaring die de moeder van dat bedrijf wel heeft. [*onleesbaar gemaakte tekst, Commissie*]

Er heeft een verificatiegesprek plaatsgevonden met [(de moeder van) X], waarin bovengenoemde punten besproken zijn.

[(De moeder van) X] gaat hier nog schriftelijk op reageren (vandaag of morgen). [X i.o.] heeft geen referenties (want is lege BV), maar [de moeder van X] heeft toegezegd dat ze de referenties van een andere BV van [de moeder van X] van toepassing laten verklaren (waarschijnlijk [zusteronderneming 1 van X, *waarschijnlijk betreft het een andere benaming voor zusteronderneming 2 van X, Commissie*], waarin twee concessiesteden zitten, namelijk [M] en [N]).

Namens [Beklaagde] vragen wij jouw advies op de volgende onderdelen:

[*onleesbaar gemaakte tekst, Commissie*]

Wij sturen de volgende stukken mee:

(...)

Nog te versturen

- Brief [(moeder van) X] waarin ze iets [*onleesbaar gemaakte tekst, Commissie*] gaan zeggen over de garantstelling.'

1.13. Op 22 december 2017 heeft de advocaat van klager de volgende brief aan beklagde verzonden:

'[Beklaagde] heeft in december 2013 een aanbestedingsprocedure georganiseerd voor het plaatsen, beheren, onderhouden en exploiteren van A0-reclamedisplays en A0-reclameframes (hierna: **de Concessie**). Het betrof een nationale openbare procedure. Het gunningscriterium was de 'economisch meest voordelige inschrijving'. De aanbestedingsprocedure werd begeleid door [A].

Cliënte heeft tijdig ingeschreven. Bij brief van 3 februari 2014 heeft [Beklaagde] cliënte medegedeeld, dat zij voornemens was de Concessie te gunnen aan [X i.o.] (...). [X i.o.] had de hoogste score behaald op het gunningscriterium. Cliënte was op de tweede plaats geëindigd.

Om voor gunning van de Concessie in aanmerking te komen moesten inschrijvers aan twee kerncompetenties voldoen, aan te tonen door middel van twee referenties. [X i.o.] was een vennootschap in oprichting en kon daardoor onmogelijk zelfstandig voldoen aan de kerncompetenties. Cliënte heeft daarom bij brief van 6 februari 2014 bezwaar gemaakt tegen het voornemen tot gunning en [Beklaagde] verzocht te motiveren of, en zo ja op welke wijze, [X i.o.] aan de kerncompetenties voldeed. Cliënte verzocht tevens schriftelijk bewijs.

Bij brief van 17 februari 2014 heeft [Beklaagde] cliënte bericht, dat [X i.o.] door middel van referenties zou hebben aangetoond aan de kerncompetenties te voldoen. [X i.o.] zou zich hebben beroepen op een onderaannemer. [Beklaagde] was niet bereid bewijsstukken te verstrekken, omdat dit concurrentiegevoelige informatie zou betreffen.

Cliënte heeft recent door middel van een Wob-verzoek informatie over bovengenoemde aanbestedingsprocedure boven water weten te halen. Gebleken is dat [X i.o.] zich inderdaad heeft beroepen op de bekwaamheid van een derde ([zusteronderneming 2 van X]). Dit heeft zij echter pas na inschrijving gedaan, nadat cliënte bezwaar had gemaakt tegen het voornemen tot gunning. Uit een e-mail van de heer [B] van [A, de adviseur van Beklaagde] aan [advocaat C] van 11 februari 2014 blijkt dat [X i.o.] pas tijdens een verificatiebespreking – na voorlopige gunning derhalve – heeft medegedeeld, dat zij gebruik zou maken van de referenties van een derde. De identiteit van deze derde stond nog niet eens vast ("waarschijnlijk [zusteronderneming 1 van X]").

Inschrijvers die niet zelfstandig aan de kerncompetenties voldeden, konden een beroep doen op de bekwaamheid van een derde. Dit had echter wel in de bij inschrijving in te dienen eigen verklaring moeten worden vermeld. De aanbestedingsleidraad was op dit punt niet voor tweërlei uitleg vatbaar (p. 7):

#### *Combinaties en onderaanneming*

Indien sprake is van een combinatie (samenwerkingsverband) of onderaanneming, dient inschrijver de vragen 1.5, 1.6 en onderdeel 8 van de Eigen verklaring (bijlage 7.2) in te vullen.

Volgens vaste rechtspraak kan een inschrijver niet pas na inschrijving een beroep doen op de bekwaamheid van een derde om te voldoen aan de gestelde geschiktheidseisen. Dit is recent door het HvJ EU bevestigd. Toen [Beklaagde], althans haar adviseur [A], constateerde dat [X i.o.] niet voldeed aan de kerncompetenties, had zij [X i.o.] dus niet in de gelegenheid mogen stellen een beroep te doen op de bekwaamheid van een derde. [X i.o.] had van deelname aan de aanbestedingsprocedure moeten worden uitgesloten. In dat geval zou cliënte in aanmerking zijn gekomen voor gunning van de Concessie.

Door de Concessie aan [X i.o.] te gunnen heeft [Beklaagde] onrechtmatig jegens cliënte gehandeld. Namens cliënte stel ik [Beklaagde] aansprakelijk voor de schade die cliënte als gevolg daarvan heeft geleden.

(...)'

- 1.14. Op 29 januari 2018 heeft beklagde de volgende brief aan de advocaat van klager verzonden:

'Op 22 december heeft u mij een brief gestuurd inzake de aanbesteding voor het plaatsen, beheren, onderhouden en exploiteren van A0-reclamedisplays en A0-reclameframes (hierna: de Concessie). Hierover het volgende.

[Beklaagde] is van mening dat zij niet onrechtmatig heeft gehandeld jegens uw cliënt door de Concessie aan [(de moeder van) X] te gunnen. [Beklaagde] ontkent daarom ook alle aansprakelijkheid voor eventuele schade aan uw cliënt.'

- 1.15. Op 6 februari 2018 heeft de advocaat van klager de volgende klacht bij beklagde ingediend:

'Namens [Klager] dien ik hierbij een klacht in tegen [Beklaagde] (...) over de gunning in 2014 van een concessieopdracht voor het plaatsen, beheren, onderhouden en exploiteren van A0-reclamedisplays en A0-reclameframes (hierna: **de Concessieopdracht**).

Klachten over aanbestedingen kunnen volgens paragraaf 6.2.7 van het inkoop- en aanbestedingsbeleid van [Beklaagde] (Nota Inkoop 2015-2019) via het algemene emailadres van Concerninkoop worden ingediend. Om deze reden wend ik mij tot uw afdeling.

#### Toelichting

[Beklaagde] heeft de Concessieopdracht gegund aan [X i.o.] (...), terwijl deze partij niet aan de gestelde geschiktheidseisen voldeed. De adviseur van [Beklaagde], [A] (...), heeft [X i.o.] ten onrechte na inschrijving in de gelegenheid gesteld een beroep te doen op de bekwaamheid van een derde. [X i.o.] had van deelname aan de aanbestedingsprocedure moeten worden uitgesloten. In dat geval was cliënte voor gunning in aanmerking gekomen.

Voor een nadere onderbouwing van de klacht verwijs ik u naar mijn brief van 22 december jl. (...). De (aanbestedingsstukken)stukken zijn vanzelfsprekend reeds in uw bezit. Deze zijn trouwens ook openbaar gemaakt en eenvoudig te downloaden vanaf de website van [Beklaagde] ([Website]).

In mijn brief van 22 december jl. heb ik [Beklaagde] verzocht aansprakelijkheid te erkennen. De heer [D], die tevens bij de aanbestedingsprocedure was betrokken, heeft namens [Beklaagde] bij brief van 29 januari jl. aansprakelijkheid van



de hand gewezen (...). In deze brief is echter niet inhoudelijk gereageerd op de aansprakelijkstelling. Van een correcte afhandeling is derhalve geen sprake.

### Verhelpen klacht

Gunning van de Concessieopdracht aan [X i.o.] is niet meer ongedaan te maken. De klacht van cliënte is daardoor alleen nog te verhelpen door cliënte schadeloos te stellen.

Namens cliënte verzoek ik [Beklaagde] (i) te erkennen dat [Beklaagde] onrechtmatig heeft gehandeld door in 2014 de Concessieopdracht aan [X i.o.] te gunnen en (ii) met cliënte in overleg te treden over de afhandeling van haar schadeclaim.

Indien [Beklaagde] van oordeel is dat zij niet onrechtmatig heeft gehandeld, verzoek ik dit schriftelijk te motiveren.'

- 1.16. Op 22 februari 2018 heeft beklaagde de volgende brief aan de advocaat van klager verzonden:

'Op 6 februari jl. heeft u een klacht ingediend namens [Klager] (hierna: Cliënte) over de gunning in 2014 van een concessieopdracht voor het plaatsen, beheren, onderhouden en exploiteren van A0-reclamedisplays en A0-reclameframes (hierna: de Concessieopdracht).

U vraagt [Beklaagde] te erkennen dat [Beklaagde] onrechtmatig heeft gehandeld door in 2014 de Concessieopdracht aan [X] te gunnen. Tevens verzoekt u om met uw Cliënte in overleg te treden over de afhandeling van haar schadeclaim.

[Beklaagde] is van mening dat zij niet onrechtmatig heeft gehandeld door in 2014 de Concessieopdracht aan [X] te gunnen en daarmee ook niet aansprakelijk is jegens uw Cliënte.

Hieronder zal ik hier nader toelichting op geven.

U geeft aan dat [Beklaagde] in 2014 nooit de opdracht aan [X] had mogen gunnen. [X] was een onderneming in oprichting en kon niet zelfstandig aan de kerncompetenties voldoen. En volgens u had [Beklaagde] [X] niet mogen laten beroepen op een derde. [Beklaagde] kan zich niet in deze conclusie vinden. [X] was namelijk een besloten vennootschap in oprichting, wat duidelijk maakte dat zij zich zou wel moeten beroepen op onderaannemers. Hier bovenop kon [Beklaagde] in de inschrijving van [X] lezen dat [X] op een beroep deed op haar zusterondernemingen voor de uitvoering van de opdracht. Dit tezamen maakt dat het [Beklaagde] was toegestaan om aan [X] een verduidelijking van haar inschrijving te vragen, namelijk een precisering van het beroep op haar zusterondernemingen.

Mocht [Beklaagde] wel onrechtmatig hebben gehandeld, wat zij nadrukkelijk ontkent, dan nog leidt dit niet tot aansprakelijkheid van [Beklaagde]. Want daarvoor is onder meer noodzakelijk dat uw Cliënte kan aantonen dat de opdracht aan hem zou zijn gegund bij onrechtmatigheid van [X]. En dat kan uw Cliënte naar mening van [Beklaagde] niet aantonen. En dat zit hem bijvoorbeeld in het feit dat uw Cliënte had ingeschreven met een aanzienlijk lagere afdracht dan [X]. Dit heeft u ook zelf kunnen lezen in de stukken die uw Cliënte heeft ontvangen van [Beklaagde] via de WOB-procedure.

Het was daarom zeer waarschijnlijk dat bij de ongeldigheid van [X] de aanbesteding zou zijn gestaakt en niet aan uw Cliënte zou zijn gegund.

En in het bestek staat dat staking van de procedure nimmer leidt tot schadeplichtigheid van [Beklaagde].'

## **2. Beschrijving klacht**

### **2.1. Klachtonderdeel 1**

Beklaagde heeft de beoogde winnaar van de aanbestedingsprocedure ten onrechte in de gelegenheid gesteld om pas na inschrijving een beroep te doen op bekwaamheid van een derde om te voldoen aan de gestelde geschiktheidseisen inzake technische bekwaamheid. Daarmee heeft beklagde gehandeld in strijd met de beginselen van gelijke behandeling en transparantie.

### **2.2. Klachtonderdeel 2**

Beklaagde heeft klager in reactie op haar bezwaren onvolledige informatie gegeven en daarmee gehandeld in strijd met het transparantiebeginsel, het fair-playbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur en de precontractuele maatstaven van redelijkheid en billijkheid.

## **3. Onderbouwing klacht**

### **3.1. Klachtonderdeel 1**

- 3.1.1. Om voor gunning in aanmerking te komen, moesten inschrijvers aan twee kerncompetenties voldoen die zij dienden aan te tonen door middel van twee referenties (zie paragraaf 4.4.1 van de Aanbestedingsleidraad in 1.2 hiervoor).
- 3.1.2. Klager stelt dat op grond van documenten die recent openbaar zijn gemaakt op grond van de Wob, duidelijk is geworden dat X zich inderdaad heeft beroepen op bekwaamheid van een derde. Dit heeft zij volgens klager echter pas gedaan nadat klager bezwaar had gemaakt tegen de mededeling van de gunningsbeslissing. Volgens klager blijkt uit een e-mail van B namens A, de adviseur van beklagde, van 11 februari 2014 dat X pas tijdens een verificatiegesprek - dus na voorlopige gunning - heeft meegedeeld dat zij beroep zou doen op de referenties van een derde. De identiteit van de derde stond op dat moment nog niet eens vast (zie 1.12 hiervoor).
- 3.1.3. Klager wijst in dit kader op jurisprudentie waaruit volgt dat een inschrijver niet pas na inschrijving een beroep kan doen op de bekwaamheid van een derde om te voldoen aan de gestelde geschiktheidseisen (Vzr. Rb. Den Haag 5 februari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BZ4192; Vzr. Rb. Overijssel 16 juni 2016, ECLI:NL:RBOVE:20166:2178; Vzr. Rb. Oost-Brabant 16 november 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:6560; Vzr. Rb. Den Haag 29 april 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:5583, bevestigd in hoger beroep door Hof Den Haag 13 september 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2595, zoals recent door het HvJ EU bevestigd in HvJ EU 4 mei 2017, C-387/14, ECLI:EU:C:2017:338, Esaprojekt). Toen de adviseur van beklagde constateerde dat X niet voldeed aan de kerncompetenties, had zij X niet in de gelegenheid mogen stellen om beroep te doen op de bekwaamheid van een derde. Klager stelt dat X uitgesloten had moeten worden van deelname aan de aanbestedingsprocedure.
- 3.1.4. Klager acht het bovendien uiterst onwaarschijnlijk dat beklagde uit de inschrijving van X had kunnen opmaken dat zij beroep deed op de bekwaamheid van een zusteronderneming. Hiertoe verwijst klager naar de e-mailwisseling van 11 februari 2014 waaruit blijkt dat het beroep van X op de bekwaamheid van een derde pas tijdens het verificatiegesprek aan de orde is gekomen.

- 3.1.5. Of uit de inschrijving van X viel op te maken dat zij een beroep deed op de bekwaamheid van een zusteronderneming doet volgens klager overigens eigenlijk niet ter zake. Immers had X volgens de instructies in paragraaf 4.2 van de Aanbestedingsleidraad in de bij inschrijving in te dienen Eigen verklaring moeten vermelden dat zij een beroep deed op een derde onder vermelding van diens gegevens (zie 1.2 hiervoor). Dat heeft X volgens klager niet gedaan en bovendien blijkt uit de e-mail van 11 februari 2014 dat de identiteit van die derde in het verificatiegesprek nog niet eens vaststond.
- 3.1.6. Tenslotte merkt klager ook nog op dat zij geen bewijs heeft gezien waaruit blijkt dat X daadwerkelijk kon beschikken over de voor de uitvoering van de concessieopdracht noodzakelijke middelen van de derde op wie zij een beroep deed. Bij gebrek aan dit bewijs betwist klager dat X dat bewijs heeft geleverd. Ook om deze reden had beklagde het beroep van X op de bekwaamheid van een derde niet mogen aanvaarden en had beklagde X van deelname aan de aanbestedingsprocedure moeten uitsluiten.
- 3.1.7. Klager meent dat beklagde zich heeft laten leiden door de onjuiste adviezen van A. De nalatigheid van A in deze komt volgens klager echter toch voor risico van beklagde, aangezien A nu eenmaal door haar als hulppersoon is ingeschakeld (artikel 6:171 BW).
- 3.1.8. Klager stelt dat wanneer X van deelname van de aanbestedingsprocedure zou zijn uitgesloten, klager in aanmerking zou zijn gekomen voor gunning van de concessieopdracht. De stelling van beklagde dat zij in voorkomend geval van gunning zou hebben afgezien, is volgens klager ongeloofwaardig en komt haar voor als een gelegenheidsargument. Dat X een aanzienlijk hogere afdracht had geboden, doet daar volgens klager niet aan af. De inschrijving van X was volgens klager irrealistisch. Beklagde heeft de met X na de aanbestedingsprocedure gesloten overeenkomst al binnen twee jaar na aanvang ontbonden omdat X niet in staat bleek haar financiële verplichtingen na te komen (zie 1.11 hiervoor). Klager voegt hier nog aan toe dat zij in deze klachtprocedure overigens de onrechtmatige gunning van de concessieopdracht centraal stelt en in een later stadium vergoeding van haar schade zal vorderen bij beklagde.

## 3.2. Klachtonderdeel 2

- 3.2.1. Volgens klager rustte op beklagde de verplichting om inschrijvers effectieve rechtsbescherming te bieden tegen de gunningsbeslissing. In het geval van een nationale openbare procedure als onderhavige vloeit deze verplichting voort uit het fair-playbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur en de (precontractuele) maatstaven van redelijkheid en billijkheid (klager verwijst hiertoe naar Advies 389 van de Commissie). Verder dient beklagde het transparantiebeginsel te eerbiedigen. Volgens klager heeft beklagde in strijd gehandeld met deze regels en beginselen.
- 3.2.2. Bij brief van 17 februari 2014 (zie 1.10 hiervoor) heeft beklagde klager bericht, dat X een beroep deed op de bekwaamheid van een derde om te voldoen aan de geschiktheidseisen. Beklagde heeft echter verzwegen dat X dit pas na ontvangst van het bezwaar van klager, op verzoek van A, kenbaar heeft gemaakt.
- 3.2.3. Gelet op het bezwaar dat klager op 6 februari 2014 had ingediend en de daarin geuite twijfel over de geschiktheid van X om de concessieopdracht uit te voeren (zie 1.8 hiervoor), behoorde beklagde naar mening van klager openheid van zaken te geven en klager volledig te informeren. Daarvoor hoefde beklagde geen concurrentiegevoelige informatie prijs te geven. Als klager had geweten, dat A na voorlopige gunning X in de gelegenheid had gesteld een beroep te doen op de

bekwaamheid van een derde, had zij effectief de gunningsbeslissing in kort geding kunnen aanvechten. In dat geval had de rechter in kort geding zich – volledig geïnformeerd – kunnen uitspreken over de rechtmatigheid van de gunningsbeslissing. Door essentiële informatie onder de pet te houden, heeft beklagde klager van een gang naar de kortgedingrechter weten te weerhouden en haar belemmerd in de uitoefening van haar recht op effectieve rechtsbescherming.

#### **4. Reactie beklagde**

- 4.1. Beklaagde stelt voorop dat op deze aanbesteding enkel deel 1 van de Aanbestedingswet 2012 (en meer in het bijzonder afdeling 1.2.3 – uitgangspunten bij nationale aanbestedingen) van toepassing is. Deel 2a was ten tijde van de aankondiging van de concessie nog niet in de Aanbestedingswet 2012 opgenomen, en de concessieopdracht was volgens beklagde niet van duidelijk grensoverschrijdend belang.
- 4.2. Klachtonderdeel 1
  - 4.2.1. Klager stelt zich volgens beklagde in klachtonderdeel 1 - kort gezegd - op het standpunt dat beklagde onrechtmatig jegens klager heeft gehandeld doordat beklagde X heeft toegestaan om na inschrijving een beroep te doen op een derde om te voldoen aan de gestelde geschiktheidseisen. Bovendien stelt klager dat X geen bewijs heeft geleverd aan beklagde dat zij daadwerkelijk kon beschikken over de voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijke middelen van de derde waarop zij een beroep doet.
  - 4.2.2. Daarnaast heeft beklagde zich volgens klager klaarblijkelijk laten leiden door de onjuiste adviezen van diens adviseur (B), die de aanbestedingsprocedure heeft begeleid, en zou klager in aanmerking zijn gekomen voor gunning van de opdracht.
  - 4.2.3. Beklaagde kan zich niet in deze standpunten van klager vinden. De klacht dient volgens beklagde dan ook ongegrond te worden verklaard en zij licht dat hierna toe.
  - 4.2.4. Beklaagde stelt zich primair op het standpunt dat zij niet in strijd met deel 1 van de Aw 2012 X heeft toegestaan om na inschrijving een beroep te doen op een derde om te voldoen aan de gestelde geschiktheidseisen. Maar ook als zij dat wel zou hebben gedaan, stelt beklagde zich subsidiair op het standpunt dat daarmee niet onrechtmatig heeft gehandeld jegens klager. Klager zou dan niet in aanmerking zijn gekomen voor gunning van de opdracht, en is dus niet in haar belangen geschaad. Reeds hierom is de klacht ongegrond. Beklaagde licht dit hierna nader toe.
  - 4.2.5. Primair stelt beklagde dat de klacht inhoudelijk ongegrond is.
  - 4.2.6. Beklaagde merkt op dat het juist is dat X in de bij inschrijving ingediende Eigen Verklaring onderdeel 8 'samenwerkingsverband of beroep op een derde/derden' niet heeft ingevuld. Dit betekent volgens beklagde evenwel niet dat X ongeldig heeft ingeschreven, zoals klager stelt.
  - 4.2.7. In onderdeel 5.2 van de Eigen Verklaring heeft X i.o. aangekruist dat 'zijn onderneming voldoet aan de in de aanbestedingsstukken gestelde eisen m.b.t. technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid', zoals opgenomen in: 'Openbare aanbesteding A0 4.4.1.'

4.2.8. In paragraaf 4.4.1 van de Aanbestedingsleidraad is het volgende bepaald (zie 1.2 hiervoor):

*'4.4.1 Technische bekwaamheid: referentie*

In verband met de beoordeling van de technische bekwaamheid wordt gevraagd om kerncompetenties.

De volgende kerncompetenties zijn van belang voor de uitvoering van deze opdracht:

- het plaatsen en onderhouden van reclameobjecten, zoals A0-reclamedisplays
- het exploiteren van reclameobjecten, zoals A0-reclamedisplays

Inschrijver moet – na voorlopige gunning – per kerncompetentie een referentie opgeven waaruit blijkt dat aan deze bekwaamheden voldaan wordt.

De referentie moet melding maken van de naam en contactgegevens van de betreffende organisatie.

De opdrachtgever behoudt zich het recht voor informatie in te winnen bij de organisatie(s) vermeld op de referentielijst.'

4.2.9. Op basis van deze paragraaf hoefde X pas na voorlopige gunning per kerncompetentie een referentie op te geven waaruit blijkt dat aan de genoemde bekwaamheden wordt voldaan. Daarbij is volgens beklagde relevant dat ook klager dit zo begrepen heeft. Immers, ook klager heeft bij haar inschrijving geen referentie opgegeven.

4.2.10. Na voorlopige gunning heeft X op verzoek van beklagde (onder meer) gemeente [M] als referentie opgegeven.

4.2.11. Deze referentie voldoet naar de mening van beklagde geheel aan de in paragraaf 4.4.1 van de Aanbestedingsleidraad gestelde kerncompetenties. In dat kader heeft beklagde uittreksels uit het handelsregister van de Kamer van Koophandel overgelegd. Deze referentie is uitgevoerd door zusteronderneming 2 van X.X i.o. heeft bij het invullen van de Eigen Verklaring deze referentie terecht kunnen beschouwen als haar eigen referentie. Immers: zusteronderneming 2 van X is een volle dochter van de moederonderneming van X. De moederonderneming van X is tevens de bestuurder van zusteronderneming 2 van X. De moederonderneming van X is een volle dochter van de grootmoederonderneming van X, die tevens bestuurder is. De enig aandeelhouder en bestuurder van de grootmoederonderneming van X is de heer Z. Kortom, Z heeft volledige zeggenschap over zusteronderneming 2 van X. Dit maakt volgens beklagde dat Z kan beschikken over de referenties van G zonder hier een beroep op te hoeven doen.

4.2.12. Z heeft op de onderhavige aanbesteding van beklagde ingeschreven met een nog op te richten besloten vennootschap (X). Z is zelf in beginsel aansprakelijk totdat de vennootschap na haar oprichting de rechtshandeling heeft bekrachtigd (art. 2:203 lid 2 BW). En na de oprichting heeft hij (als aandeelhouder en bestuurder) volledige zeggenschap over X, net zoals over zusteronderneming 2 van X.

4.2.13. Vanuit de technische bekwaamheid bezien is zusteronderneming 2 van X dezelfde als X. Zij zijn volgens beklagde met elkaar te vereenzelvigen nu sprake is van dezelfde aandeelhouders en dezelfde bestuurders. Ze zijn ook nog eens op hetzelfde adres gevestigd. Onderdeel 8 van de Eigen Verklaring is voor een dergelij-

ke situatie niet bedoeld. Dat vanuit juridisch opzicht sprake is van verschillende entiteiten doet hier naar mening van beklagde niet aan af.

- 4.2.14. Uit artikel 1.1 Aw 2012 volgt dat elke ondernemer een inschrijving kan indienen. Het begrip 'ondernemer/onderneming' is volgens beklagde in het aanbestedingsrecht een ruim begrip. Het Europese Hof van Justitie heeft meermaals (23 december 2009, ECLI:EU:C:2009:807, C-305/08, CoNISMa, r.o. 26-31 en 18 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2466, C-568/13, Azienda) bepaald, dat de gemeenschapswetgever het begrip 'ondernemer' niet heeft willen beperken tot enkel de marktdeelnemers die als onderneming zijn georganiseerd, en evenmin bepaalde voorwaarden heeft willen opleggen die de toegang tot aanbestedingsprocedures kunnen beperken op grond van de rechtsvorm en de interne organisatie van de marktdeelnemers. Beklagde verwijst hiertoe ook naar artikel 2.52 Aw 2012, waaruit naar mening van beklagde blijkt dat de rechtsvorm niet relevant is.
- 4.2.15. Ook vanuit mededingingsrechtelijke optiek is volgens beklagde sprake van één onderneming (beklagde verwijst naar de volgende uitspraken: HvJ EU, 24 oktober 1996, ECLI:EU:C:1996:405, C-73/95, Viho en en HvJ EU, 10 september 2009, ECLI:EU:C:2009:536, zaak C-97/08, Akzo Nobel N.V. e.a./Commissie).
- 4.2.16. Beklagde stelt dat de onderhavige situatie in die zin niets anders is dan dat persoon P een adviesopdracht heeft uitgevoerd voor gemeente Q met zijn 'Gemeente Q B.V.' (waarvan hij zelf aandeelhouder en bestuurder is), en nu wil inschrijven op een aanbesteding van de gemeente R en inschrijft met 'Gemeente R B.V. i.o.' (die hij daadwerkelijk opricht als hij de opdracht gegund krijgt). Persoon P beschikt over de ervaring (kerncompetenties), en zal die ervaring (uiteraard) inzetten als Gemeente R B.V. i.o. de opdracht gegund krijgt. Gemeente Q B.V., Gemeente R B.V. i.o. en persoon P zijn met elkaar te vereenzelvigen. Zij beschikken allemaal (automatisch) over dezelfde referentie 'adviesopdracht voor gemeente Q'.
- 4.2.17. Dit alles kon beklagde eenvoudigweg afleiden uit de Eigen Verklaring (waarin duidelijk stond dat sprake was van een besloten vennootschap in oprichting) en het handelsregister. Daarnaast kon beklagde dit afleiden uit het inhoudelijke gedeelte van de inschrijving van X i.o.. Hieruit blijkt volgens beklagde duidelijk dat sprake is van één platte organisatie – de X-groep – , die (i) zich kenmerkt door drie belangrijke afdelingen, te weten de directie, marketing&sales en operations, (ii) werkzaam is door heel Nederland, en (iii) haar kwaliteit zorgvuldig bewaakt en processen binnen de organisatie beschreven en geborgd heeft volgens de ISO9001-normering. Beklagde verwijst ter onderbouwing van dit standpunt naar een tweetal uitspraken: Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 19 mei 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1800 en Vzr. Rb. 's-Hertogenbosch, 3 juli 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BX1125.
- 4.2.18. Gelet hierop heeft X i.o. terecht in de bij inschrijving ingediende Eigen Verklaring onderdeel 8 'samenwerkingsverband of beroep op een derde/derden' niet ingevuld.
- 4.2.19. Dat X dit onderdeel in het onderhavige geval niet hoefde in te vullen blijkt eveneens uit paragraaf 4.2 van de Aanbestedingsleidraad. Daaruit blijkt volgens beklagde dat enkel indien sprake is van een combinatie (samenwerkingsverband) of onderaanneming onderdeel 8 van de Eigen Verklaring moet worden ingevuld. Van combinatievorming met zusteronderneming 2 van X was volgens beklagde geen sprake. En van onderaanneming evenmin (beklagde verwijst hierbij naar een uitspraak van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 19 mei 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1800).

- 4.2.20. Beklaagde merkt op dat er geen rechtsregel is die inschrijvers op een nationale openbare aanbesteding verplicht om ook in andere gevallen onderdeel 8 van de Eigen Verklaring in te vullen. Dat X i.o. dit niet heeft gedaan kan beklagde dus niet aan X tegenwerpen.
- 4.2.21. Voorts heeft beklagde dat X tijdens de uitvoering van de opdracht daadwerkelijk gebruik kan maken van de middelen van zusteronderneming 2 van X.
- 4.2.22. Immers, zoals hiervoor onder 4.1.1 - 4.1.31 is toegelicht kon X volgens beklagde beschikken over de middelen van zusteronderneming 2 van X nu beide ondernemingen dezelfde bestuurders en aandeelhouders hebben en sprake is van één (operationele) organisatie. Dit blijkt uit de uittreksels in het handelsregister, hetgeen klager net als beklagde eenvoudig in het handelsregister had kunnen na gaan.
- 4.2.23. Dat X hiertoe niet op datum van inschrijving een onderaannemingsovereenkomst heeft gesloten met zusteronderneming 2 van X doet hier naar mening van beklagde niet aan af. In dat kader wijst beklagde op Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 19 mei 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1800. Dit was op basis van de aanbestedingsstukken ook niet vereist.
- 4.2.24. Beklaagde concludeert dat X een geldige inschrijving heeft ingediend.
- 4.2.25. Overigens merkt beklagde op, dat X nog voor het sluiten van de overeenkomst met beklagde een 'uitvoeringsverklaring onderaannemer' heeft gesloten met zusteronderneming 2 van X en deze aan beklagde heeft verstrekt. Ook hiermee heeft beklagde tijds de (extra) garantie gekregen dat X daadwerkelijk gebruik kan maken van de middelen van zusteronderneming 2 van X.
- 4.2.26. Voor zover X i.o. wel onderdeel 8 van de Eigen Verklaring had moeten invullen, meent beklagde dat dit beweerdelijke gebrek een gebrek is dat zich leent voor herstel. Immers, herstel is volgens beklagde in dit geval niet in strijd met de beginselen van transparantie en gelijke behandeling jegens klager of een andere inschrijver: X heeft hierdoor niet de kans gekregen om in werkelijkheid een nieuwe inschrijving in te dienen.
- 4.2.27. Uit het Aanbestedingsdocument (zie 1.2 hiervoor) blijkt niet dat het niet invullen van onderdeel 8 van de Eigen Verklaring (ook al had dat wel moeten) leidt tot uitsluiting. Er is enkel sprake van uitsluiting als de Eigen Verklaring (i) in zijn geheel ontbreekt (paragraaf 6.2 stap 1) of (ii) niet is ondertekend door een persoon die bevoegd is de inschrijver te vertegenwoordigen (paragraaf 6.2 stap 2).
- 4.2.28. De referentie is niet gewijzigd. Althans uit de Eigen Verklaring van X i.o. blijkt dat zij van mening is dat haar organisatie zelf voldoet aan de gestelde geschiktheidseisen, en X heeft ook van haar eigen organisatie een referentie ingediend.
- 4.2.29. De aanbieding van X i.o. is volgens beklagde niet gewijzigd.
- 4.2.30. Bovendien zijn alle inschrijvers gelijk behandeld. Het is naar mening van beklagde niet zo dat een inschrijver die in de gelijke omstandigheid als X verkeerde wel is uitgesloten. Ter onderbouwing van haar standpunt verwijst beklagde naar de volgende uitspraken: HvJ EU 29 maart 2012, ECLI:EU:C:2012:191, C-599/10, SAG ELV; HvJ EU 10 oktober 2013, ECLI:EU:C:2013:647, C-336/12, Manova; HvJ EU 6 november 2014, ECLI:EU:C:2014:2345, C-42/13, Cartiera en HvJ EU 7 april 2016, ECLI:EU:C:2016:214, C-324/14, Partner Apelski.

- 4.2.31. X heeft ruim voorafgaande aan het sluiten van de overeenkomst met beklaagde, op verzoek van beklaagde de ingevulde bijlage '7.5 technische bekwaamheid: referenties' en een 'uitvoeringsverklaring onderaannemer' verstrekt.
- 4.2.32. Beklaagde stelt dat uit deze documenten onder meer blijkt dat X een beroep doet op de referentie van zusteronderneming 2 van X en kan beschikken over diens middelen.
- 4.2.33. Uit de stukken die X i.o. heeft verstrekt is beklaagde gebleken dat X voldoet aan de kerncompetenties en geschikt is om de opdracht uit te voeren. X heeft naar mening van beklaagde aldus (voor zover nodig) het beweerdelijke gebrek hersteld, en aldus een geldige inschrijving ingediend.
- 4.2.34. Ten aanzien van de rol van A merkt beklaagde het volgende op.
- 4.2.35. In de klacht komt veelvuldig de naam van A voor. Klager doet het voorkomen alsof A ten onrechte X heeft toegestaan om na inschrijving een beroep te doen op de bekwaamheid van een derde in plaats van uit te sluiten. Beklaagde krijgt het gevoel dat klager A in een kwaad daglicht wil stellen.
- 4.2.36. Alhoewel het voor de beoordeling van de onderhavige klacht niet relevant is hecht beklaagde er jegens klager belang aan op te merken, dat het uitdrukkelijk haar eigen beslissing was om de inschrijving van X geldig te verklaren. De ambtenaren van beklaagde zijn nauw betrokken geweest bij de aanbesteding. Beklaagde heeft eigen aanbestedingsjuristen in huis, die zelfstandig tot het oordeel zijn gekomen dat X geldig heeft ingeschreven. De brief van 17 februari 2014 is zonder inmenging van A tot stand gekomen en aan klager verstuurd (zie 1.9 hiervoor).
- 4.2.37. Dat A als adviseur betrokken is geweest bij de onderhavige aanbesteding is volgens beklaagde in deze dan ook niet relevant.
- 4.2.38. Ten slotte stelt beklaagde zich, subsidiair, op het standpunt dat beklaagde de opdracht ook niet aan klager zou hebben gegund, indien zij de inschrijving van X ongeldig zou hebben verklaard.
- 4.2.39. Klager bood aan totale afdracht (prijs die aan beklaagde wordt betaald voor het recht op exploitatie) € 562.500 per jaar. De inschrijving van klager scoorde daarmee op het onderdeel Afdracht de laatste plaats. Klager bood een dusdanig lage afdracht dat beklaagde zou hebben besloten om de aanbesteding in te trekken. Dat klager een voor beklaagde veel te lage afdracht bood blijkt uit het volgende.
- 4.2.40. De aanbesteding zag op A0-reclameframes én A0-reclamedisplays. Klager was destijds de huidige contractpartner van beklaagde voor (enkel) A0-reclamedisplays. Klager bood in de aanbesteding een substantieel lagere afdracht per jaar voor A0-reclameframes én A0-reclamedisplays, dan zij op dat moment per jaar afdroeg met betrekking tot enkel A0-reclamedisplays (€ 750.000).
- 4.2.41. Beklaagde wenste een financiële afdracht te ontvangen die op hetzelfde niveau of hoger zou liggen als de afdracht die zij op dat het moment van aanbesteding ontving. Zij had geraamd dat dit mogelijk moest zijn. Zoals hiervoor is aangegeven lag de afdracht die klager bood ver onder deze raming.
- 4.2.42. De door klager geboden afdracht lag meer dan 10% af van de afdracht die gemiddeld door alle (vier) inschrijvers was geboden. Op 15 december 2015 is – na tussentijdse beëindiging van het contract met X - een meervoudig onderhandse



aanbesteding gehouden. Deze bevatte géén wezenlijke wijzigingen ten opzichte van de onderhavige nationale aanbesteding. Twee partijen zijn uitgenodigd: klager en K. De door klager geboden afdracht lag meer dan 10% af van de afdracht die K bood.

- 4.2.43. Met intrekking van de aanbesteding zou beklagde niet onrechtmatig jegens klager hebben gehandeld. Immers, beklagde had zich in de Aanbestedingsleidraad uitdrukkelijk het recht hiertoe voorbehouden (onder meer in paragraaf 3.12 – zie 1.2 hiervoor). Door inschrijving is klager met dit voorbehoud akkoord gegaan (zie paragraaf 3.19 Aanbestedingsleidraad). En zelfs zonder het opnemen van een dergelijk voorbehoud stond het beklagde vrij om over te gaan tot het intrekken van de aanbesteding (beklaagde verwijst hierbij naar een uitspraak van het HvJ EU, 11 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2435, C-440/13, Croce Amica).
- 4.2.44. Nu op 15 december 2015 een heraanbesteding van dezelfde concessieopdracht is gehouden waarbij de inschrijving van K – en niet van klager – als beste uit de bus kwam, staat vast dat klager bij het houden van een heraanbesteding de opdracht eveneens niet gegund zou hebben gekregen.
- 4.2.45. Dit betekent dat klager niet in haar belangen is geschaad, zelfs al zou beklagde ten onrechte de inschrijving van X geldig hebben verklaard. Dit maakt dat klager geen rechtens te respecteren belang heeft bij het indienen van haar klacht en de klacht reeds hierom ongegrond is (art. 3:303 BW, Advies 326), althans de eventuele gegrondheid van de klacht geen effect heeft (Advies 124).
- 4.2.46. Daarmee komt beklagde tot de conclusie dat de klacht van klager ongegrond is.

#### 4.3. Klachtonderdeel 2

- 4.3.1. Beklaagde heeft in haar reactie aan klager kenbaar gemaakt dat X na voorlopige gunning referenties heeft opgegeven aan beklagde, en dat zij hiermee heeft aangetoond dat zij voldoet aan de kerncompetenties. Dat klopt en is niet onvolledig. Dit is geheel conform artikel 4.4.1 van de Aanbestedingsleidraad (zie 1.2 hiervoor) en het antwoord op vraag 27 in de Nota van Inlichtingen van 14 januari 2014 (zie 1.5 hiervoor) en spoort geheel met hetgeen hierboven nader is toegevoegd.
- 4.3.2. Dat beklagde zusteronderneming 2 van X per abuis in haar reactie heeft betiteld als 'een onderaannemer' doet hier niet aan af. Beklaagde verwijst in dit kader opnieuw naar de uitspraak van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch van 19 mei 2015 (ECLI:NL:GHSHE:2015:1800, r.o. 3.4.9).
- 4.3.3. Voor zover beklagde zusteronderneming 2 van X in haar reactie terecht zou hebben betiteld als 'een onderaannemer' merkt beklagde op, dat uit de tweede alinea van de reactie zelf kan worden afgeleid dat X eerst na voorlopige gunning een beroep heeft gedaan op een onderaannemer. In ieder geval blijkt hieruit geenszins dat X in haar inschrijving een beroep zou hebben gedaan op een onderaannemer. Voor zover hierover onduidelijkheid zou zijn bestaan had het op de weg van klager gelegen om hierover nadere vragen aan beklagde te stellen.
- 4.3.4. Los daarvan merkt beklagde op, dat zij met haar reactie volledig heeft voldaan aan de op haar rustende motiveringsplicht uit hoofde van artikel 1.9 Aw 2012. Beklaagde heeft aan klager bekend gemaakt aan wie zij voornemens is de concessieopdracht te gunnen en wat de relevante redenen zijn voor deze gunningsbeslissing. Er rust op beklagde geen verdergaande verplichting dan het verstrekken van de informatie die zij met haar brief van 4 februari 2014 (zie 1.7 hiervoor) aan klager kenbaar heeft gemaakt. Met haar reactie van 17 februari

2014 heeft beklagde zelfs meer informatie aan klager verstrekt dan waartoe beklagde verplicht is (zie 1.9 hiervoor).

- 4.3.5. Ten slotte merkt beklagde nog op dat de Commissie enkel bevoegd is te toetsen of beklagde gehandeld of nagelaten heeft in strijd met de Aanbestedingswet 2012. De bevoegdheid van de Commissie strekt zich niet uit tot 'de redelijkheid en billijkheid' en 'de beginselen van algemeen behoorlijk bestuur', waar klager eveneens een beroep op doet. Ter onderbouwing van dit standpunt verwijst beklagde naar artikel 1 sub c Instellingsbesluit Commissie van Aanbestedingsexperts.
- 4.3.6. De klacht is volgens beklagde derhalve ongegrond.
- 4.3.7. Wat van het voorgaande ook zij, volgens beklagde is klager ook niet belemmerd in haar recht op effectieve rechtsbescherming.
- 4.3.8. Het stond klager vrij om de gang naar de rechter te maken, zodat die zich uit kon spreken over de rechtmatigheid van de gunningsbeslissing. Beklagde stelt dat zij klager op geen enkele wijze in haar rechten heeft belemmerd.
- 4.3.9. Klager had 20 dagen na ontvangst van het voorgenomen gunningsbesluit, en dus tot en met 23 februari 2014, de tijd om op te komen tegen het gunningsbesluit (zie 1.7 hiervoor). Beklagde heeft klager op 17 februari 2014 antwoord gegeven op de door klager (bij monde van haar advocaat) gestelde vraag of X al dan niet voldoet aan de geschiktheidseis van artikel 4.4.1 van het bestek. Klager had nog 6 dagen de tijd om de gang naar de rechter te maken.
- 4.3.10. Tot slot is relevant, dat zelfs al zou klager belemmerd zijn in haar recht op effectieve rechtsbescherming, zij naar mening van beklagde niet in haar belangen is geschaad. Immers, zij zou de opdracht niet gegund hebben gekregen, zoals hiervoor nader is toegelicht.
- 4.3.11. Gelet op het voorgaande verzoekt beklagde de Commissie ook de tweede klacht ongegrond te verklaren.

## **5. Beoordeling**

- 5.1. De Commissie stelt vast dat beklagde op 12 december 2013 een nationale openbare procedure heeft aangekondigd voor een concessie voor diensten met betrekking tot plaatsing, beheer, onderhoud en exploitatie van A0-reclamedisplays en A0-reclameframes. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en meer in het bijzonder paragraaf 1.2.1 en 1.2.3 van de ten tijde van de aankondiging van de overheidsopdracht geldende Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit.
- 5.2. Nu tussen partijen niet ter discussie staat dat er geen sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang in de zin van artikel 1.7, aanhef en sub b, Aw 2012 (zie paragraaf 3.2 van de Aanbestedingsleidraad in 1.2 en 4.1 hiervoor), neemt de Commissie dat tot uitgangspunt.
- 5.3. Beklagde stelt zich op het standpunt dat klager geen belang heeft bij haar klacht omdat beklagde de concessieopdracht toch niet aan haar zou hebben gegund. In dat kader stelt beklagde dat zij de aanbestedingsprocedure zou hebben ingetrokken indien zij de opdracht niet had kunnen gunnen aan X. De Commissie overweegt ten aanzien van deze stelling van beklagde het volgende.

- 5.3.1. In het eventuele geval dat beklagde de opdracht in 2014 niet aan X had kunnen gunnen en de aanbestedingsprocedure zou hebben ingetrokken, zou op haar de verplichting hebben gerust de inschrijvers van het intrekkingbesluit en de redenen daarvoor in kennis te stellen, zodat een inschrijver de aanbestedingsrechtelijke geoorloofdheid van dat besluit – zo nodig in rechte – zou kunnen (laten) beoordelen. De Commissie heeft eerder geoordeeld dat deze verplichting niet alleen op een aanbestedende dienst rust in geval van intrekking van een Europese aanbestedingsprocedure (zie HvJ EU 11 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2435, zaak C-440/13 (Croce Amica) en Advies 399, overwegingen 6.4.2-6.4.6 en 6.5.1-6.5.3), maar ook ingeval van intrekking van een meervoudig onderhandse procedure (zie Vزر. Rb. Den Haag 15 maart 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:6394, JAAN 2016/140 m.nt. J.C. Langeveld, r.o. 4.3 en Advies 210, overweging 5.4). In het verlengde daarvan overweegt de Commissie nu dat dit ook geldt in een geval als het onderhavige, waarin beklagde een nationale openbare procedure heeft toegepast.
- 5.3.2. De aanbestedingsrechtelijke geoorloofdheid van een intrekkingbesluit zal moeten worden beoordeeld met inachtneming van alle relevante feiten en omstandigheden zoals die zich hebben voorgedaan ten tijde van het daadwerkelijk genomen intrekkingbesluit. Aangezien beklagde in 2014 geen daadwerkelijk besluit tot intrekking van de aanbestedingsprocedure heeft genomen, ligt in het voorgaande besloten dat de Commissie de redenen die beklagde nu geeft (zie 4.2.39-4.2.42) – voor het eventuele geval dat zij dat besluit wél zou hebben genomen – in deze klachtprocedure niet op hun aanbestedingsrechtelijke rechtmatigheid kan beoordelen, nog daargelaten dat klager tegen die redenen verweer heeft gevoerd (zie 3.1.8 hiervoor). Daarmee is naar het oordeel van de Commissie niet evident dat klager geen belang heeft bij de onderhavige klacht. De Commissie zal hierna dan ook tot beoordeling van de klacht overgaan.
- 5.4. Klachtonderdeel 1
- 5.4.1. Bij de beoordeling van de klacht moet worden vooropgesteld dat een aanbestedende dienst op grond van artikel 1.9, eerste lid, Aw 2012 transparant dient te handelen.
- 5.4.2. De te beantwoorden vraag is of beklagde aan haar hiervoor bedoelde verplichting heeft voldaan, in die zin dat zij de verplichting om een beroep op een derde in de Eigen Verklaring te vermelden in de aanbestedingsstukken zodanig heeft geformuleerd dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers deze verplichting op dezelfde wijze zullen uitleggen. In het geval dat deze vraag bevestigend kan worden beantwoord, komt vervolgens de vraag aan de orde welke uitleg aan de omschrijving van deze verplichting moet worden gegeven. Bij de beantwoording van deze onderling met elkaar verband houdende vragen geldt als uitgangspunt dat voor de uitleg van de aanbestedingsdocumenten de bewoordingen van de bepalingen, gelezen in het licht van de gehele tekst van die stukken, in beginsel van doorslaggevende betekenis zijn. Daarbij komt het aan op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin de stukken zijn gesteld.
- 5.4.3. Alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers zullen onderdeel 8.2 van de Eigen Verklaring van Bijlage 7.2 (zie 1.4 hiervoor) op dezelfde wijze uitleggen, in die zin dat een inschrijver in 8.2 diende te vermelden voor welke geschiktheidseisen hij een beroep op een derde deed, onder vermelding van (de identiteit van) die derde. De Commissie werkt dit in 5.4.4-5.4.7 hierna nader uit.
- 5.4.4. Dat een inschrijver onderdeel 8.2 moest invullen, is in paragraaf 4.2 van de Aanbestedingsleidraad uitdrukkelijk bepaald voor het geval dat met een combinatie

(samenwerkingsverband) werd ingeschreven en voor het geval er sprake was van onderaanneming. Er zijn echter meer situaties denkbaar waarbij een beroep wordt gedaan op een derde. Naar het oordeel van de Commissie is daarvan ook sprake in het onderhavige geval, waarbij een beroep wordt gedaan op een zusteronderneming binnen hetzelfde concern van X. De Commissie is van oordeel dat X en haar zusteronderneming niet kunnen worden vereenzelvigd.

- 5.4.5. In de door beklagde aangehaalde zaak waarin het Hof 's-Hertogenbosch op 19 mei 2015 arrest heeft gewezen ging het overigens om een andere vraag (ECLI:NL:GHSHE:2015:1800). Het betrof de vraag of een inschrijver reeds bij inschrijving moest aantonen te kunnen beschikken over de middelen, bekwaamheid en kennis van een andere onderneming binnen het concern. Naar het oordeel van het Hof kon ook op andere wijze dan door middel van de inzet van die andere onderneming als onderaannemer worden beschikt over de middelen, bekwaamheid en kennis van die andere onderneming binnen dat concern. In de inschrijving behoefde dus niet te worden vermeld dat bij de uitvoering van de opdracht onderaannemers zouden worden ingeschakeld.
- 5.4.6. Door het niet in de Aanbestedingsleidraad benoemen van andere mogelijkheden om een beroep te doen op een derde dan door middel van een samenwerkingsverband of onderaanneming, zal beklagde niet beoogd hebben deze mogelijkheden uit te sluiten, voor zover dat al aanbestedingsrechtelijk toelaatbaar zou zijn. Beklagde neemt dat standpunt ook niet in.
- 5.4.7. In de aanbestedingsstukken is niet bepaald dat bij andere wijzen van een beroep op een derde onderdeel 8 van de Eigen Verklaring niet behoefde te worden ingevuld. Naar het oordeel van de Commissie zullen alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers de aanbestedingsstukken dan ook op dezelfde wijze uitleggen in die zin dat het niet daarin vermelden van andere mogelijkheden om een beroep te doen op een derde in paragraaf 4.2 van de Aanbestedingsleidraad onverlet laat dat onderdeel 8 van de Eigen Verklaring ook in die gevallen moest worden ingevuld. Dit is ook in lijn met HR 22 juni 2007, r.o. 3.6.2 waarin de Hoge Raad heeft geoordeeld dat bij een beroep op de bekwaamheden van een derde een gegadigde moet bewijzen dat hij werkelijk kan beschikken over de niet aan hemzelf toebehorende middelen die voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijk zijn, ongeacht de tekst van het selectiedocument (ECLI:NL:HR:2007:BA1828, NJ 2007/519 m.nt. M.R. Mok, BR 2007/212 m.nt. S. Brackmann).
- 5.4.8. Aangezien X in de bij haar inschrijving ingediende Eigen Verklaring onderdeel 8 niet had ingevuld en ook niet elders in de inschrijving had vermeld voor de geschiktheidseis van 4.4.1 een beroep te doen op zusteronderneming 2 (zie 4.2.6 hiervoor), is sprake van een gebrek in haar inschrijving, nu zij immers zelf niet aan deze geschiktheidseis kon voldoen.
- 5.4.9. Daarmee komt de Commissie toe aan de vraag of dit gebrek zich leent voor herstel.
- 5.4.10. Afdeling 1.2.3 Aw 2012 kent geen regeling met betrekking tot de voorwaarden waaronder gebreken in een inschrijving, die in het kader van een nationale (openbare) aanbestedingsprocedure is ingediend, mogen worden hersteld. Artikel 1.12, lid 1, Aw 2012 bepaalt daarentegen wel dat een aanbestedende dienst de inschrijvers op gelijke wijze dient te behandelen.
- 5.4.11. Bij de beantwoording van de vraag of een gebrek in een inschrijving mag worden hersteld, sluit de Commissie voor wat betreft de uitleg van het bepaalde in artikel 1.12, lid 1, Aw 2012 aan bij de uitleg die het HvJ EU heeft gegeven aan het ge-

lijkheidsbeginsel van artikel 2 Richtlijn 2004/18/EG (zie Vزر. Rb. Rotterdam 25 maart 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:2483, JAAN 2015/110 m.nt. A.J. van Heeswijk, r.o. 4.5-4.9), net als zij doet bij meervoudig onderhandse procedures (vgl. onder meer Advies 460, overwegingen 5.2.3-5.2.4).

- 5.4.12. De hiervoor bedoelde jurisprudentie komt er – kort gezegd – op neer dat wanneer een inschrijver zijn inschrijving heeft ingediend, die inschrijving in beginsel niet meer mag worden aangepast op initiatief van de aanbestedende dienst of van de inschrijver zelf. De verplichting van een aanbestedende dienst om de inschrijvers op gelijke en niet-discriminerende wijze te behandelen en de hieruit voortvloeiende transparantieplichting verzetten zich daartegen. Deze verplichtingen staan er echter niet aan in de weg dat, in uitzonderlijke gevallen, de inschrijvingen gericht kunnen worden verbeterd of aangevuld, met name omdat deze klaarblijkelijk een eenvoudige precisering behoeven, of om kennelijke materiële fouten recht te zetten, mits deze wijziging er niet toe leidt dat in werkelijkheid een nieuwe inschrijving wordt voorgesteld (HvJ EU 29 maart 2012, zaak C-599/10 (SAG), r.o. 40). Het maken van een dergelijke uitzondering is echter uitgesloten ingeval van ontbrekende informatie die op straffe van uitsluiting moet worden verstrekt (HvJ EU 10 oktober 2013, zaak C-336/12 (Manova) r.o. 40).
- 5.4.13. Naar het oordeel van de Commissie kan een beroep op de technische bekwaamheid van een derde niet worden aangemerkt als een klaarblijkelijk eenvoudige precisering of het rechtzetten van een kennelijke materiële fout. Door alsnog een beroep op de technische bekwaamheid van een derde te doen, zou in werkelijkheid een nieuwe inschrijving worden voorgesteld (vgl. Vزر. Rb. Amsterdam 26 april 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5519 en 5548). Naar het oordeel van de Commissie had beklaagde X na inschrijving dan ook niet meer in de gelegenheid mogen stellen in het kader van de geschiktheidseisen een beroep te doen op een derde.
- 5.4.14. Daarmee acht de Commissie klachtonderdeel 1 gegrond.

## 5.5. Klachtonderdeel 2

- 5.5.1. Nu naar het oordeel van de Commissie sprake was van een gebrek in de inschrijving van X (zie 5.4.8 hiervoor) dat zich niet leende voor herstel (zie 5.4.13 hiervoor) was de mededeling van beklaagde in de brief van 17 februari 2014 (zie 1.9 hiervoor) – namelijk: dat X met referenties aan beklaagde heeft aangetoond dat zij voldoet aan de kerncompetenties, waarbij X zich beroept op een onderaannemer – onjuist. Daarmee heeft beklaagde naar het oordeel van de Commissie in strijd gehandeld met het transparantiebeginsel en slaagt ook klachtonderdeel 2.
- 5.5.2. De Commissie acht klachtonderdeel 2 gegrond.

**6. Advies**

De Commissie acht beide klachtonderdelen **gegrond**.

Den Haag, 27 september 2018

w.g.:  
Prof.mr. C.E.C. Jansen  
Voorzitter

Mr. drs. T.H. Chen  
Commissielid