

Advies 485 | Samenvatting

De klacht ziet op een Europese openbare procedure voor een overheidsopdracht voor het geheel of gedeeltelijk leveren van materialen en het vervangen van armaturen en lichtmasten.

Klachtonderdeel 1

In dit klachtonderdeel stelt de ondernemer dat aanbesteder op onjuiste gronden is overgegaan tot de intrekking van de aanbesteding.

De aanbesteder heeft besloten de aanbesteding in te trekken, omdat in het bestek – onder vermelding van de woorden “of gelijkwaardig” – is verwezen naar merken, terwijl een functionele omschrijving van de opdracht ook mogelijk was.

De Commissie neemt tot uitgangspunt dat de opdracht inderdaad overeenkomstig artikel 2.76 lid 1 Aw omschreven kon worden.

De Commissie oordeelt dat, nu een voldoende nauwkeurige en begrijpelijke beschrijving van het voorwerp van de opdracht door toepassing van artikel 2.76 lid 1 Aw 2012 mogelijk was, het de aanbesteder niet was toegestaan om in de technische specificaties naar merken te verwijzen, ook niet onder vermelding van de woorden “of gelijkwaardig”.

De Commissie komt dan ook tot het oordeel dat de aanbesteder een deugdelijke grond voor de intrekking van de aanbesteding heeft gegeven en acht klachtonderdeel 1 ongegrond.

Klachtonderdeel 2

In dit klachtonderdeel stelt de ondernemer dat de aanbesteder hem ten onrechte geen vergoeding heeft aangeboden voor de kosten die hij in het kader van de ingetrokken aanbestedingsprocedure tevergeefs heeft gemaakt.

De Commissie oordeelt dat de vraag of, en zo ja in welke mate, de aanbesteder in een geval als het onderhavige een vergoedingsplicht jegens de ondernemer heeft, zich niet leent voor beantwoording door de Commissie. De ondernemer kan die vraag desgewenst voorleggen aan de civiele rechter.

De Commissie acht dit klachtonderdeel ongegrond.

Ten overvloede wijst de Commissie er op dat een generieke uitsluiting van elke vergoedingsplicht in geval van intrekking van een aanbesteding strijdig lijkt met de visie van de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat, zoals verwoord in de brief aan de Tweede Kamer van 15 oktober 2018 over de handreiking tenderkostenvergoeding.

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 485

1. Feiten

- 1.1. Aanbesteder heeft op 7 juni 2018 een Europese openbare procedure aangekondigd voor een overheidsopdracht voor werken voor het geheel of gedeeltelijk leveren van materialen en het vervangen van armaturen en lichtmasten.
- 1.2. In de Aanbestedingsleidraad van 7 juni 2018 is, onder meer, het volgende bepaald:

'1 Algemeen

(...)

1.9 Gebruik merknamen of typen

Daar waar in het Aanbestedingsdocument en/of bijlagen merken, octrooien of typen, of een bepaalde oorsprong of productie worden genoemd, dient gelezen te worden "of daaraan gelijkwaardig". Indien dit van toepassing is zal dit duidelijk bij de inschrijving door Inschrijver kenbaar worden gemaakt. Inschrijver zal in dit geval aantonen dat het 'gelijkwaardig' is. Het is aan de opdrachtgever om dit te accepteren.

(...)

3 Inschrijvingsvoorwaarden

(...)

3.1 Algemene bepalingen en voorwaarden voor inschrijving

(...)

[Aanbesteder] behoudt zich het recht voor om tijdens de procedure de omvang van de eventuele opdracht te wijzigen, de opdracht in zijn geheel niet te gunnen dan wel de procedure op te schorten of stop te zetten. Inschrijvers hebben in een dergelijk geval geen recht op vergoeding van enige schade.'

- 1.3. In het bestek behorend bij de Aanbestedingsleidraad van 7 juni 2018 is, onder meer, het volgende bepaald:

BESTEK- POST- NUMMER	CATALOGUSNUMMER HOOFD- CODE	DEFICODE 1 : 2 : 3 : 4 : 5 : 6	OMSCHRIJVING	EEN- HEID	HOEEVEELHEID RESULTAATS- VERPLICHTING	HOEEVEELHEID TER NLIJCHTING	
1			Reconstructie O.V. Middengebied en wijk De Stient Hoeveelheidsbepaling aan de hand van opname vanaf tekening I.L.E. 2017-0023 blad 001 t/m 005 d.d. 20-4-2018.				
10			Algemeen organisatorisch				
100010	811199		Beschikbaar stellen werkverantwoordelijke Conform bepaling 01 19 03 in deel 3, het gevraagde in deze dient bij het start overleg schriftelijk overhandigd te worden.	week	20,00 V		
11			Reconstructie Openbare Verlichting Middengebied Hoeveelheidsbepaling aan de hand van opname vanaf tekening I.L.E. 2017-0023 blad 001 en 002 d.d. 20-4-2018.				
111			Levering materiaal				
1110			<u>Levering lichtmasten</u>				
111010	340251		Leveren lichtmast. Betreft: het leveren van een lichtmast Leveren: lichtmast Lichtmast van staal	st	24,00 V		24,00 L
		1.	Uitvoeringsvorm: cilindrisch	st			
		.1.	Nominale masthoogte: 4 m paaltop 60mm				
		.6.	Beschermingswijze: thermisch verzinkt in RAL 8005				
		.9	inclusief met Noxide behandeld grondstuk en 2 grondvleugels, voorzien van een slijtvaste maaiveldbescherming				
1120			Levering armaturen De verwijderingsbijdrage voor de lichtbron en het armatuur dient in de eenheidsprijs te zijn inbegrepen. Armaturen leveren op plaats van verwerking.				
112010	340351		Leveren verlichtingsarmatuur. Betreft: het leveren van een opzet verlichtingsarmatuur (A): Merk: Lightronics Prunus A2 Semi-Frosted L2WG4-Code 7-3000K-1200LM-210mA-13W in RAL 7018 OLC (door leverancier in te bouwen), levering via bestekpost 115010	st st	30,00 V		30,00 L
			Dimregime (3A): dag (100%) - 22.00 uur (70%) - 00.00 uur (50%) - 05.00 uur (70%) - 06.00 uur (100%)				
112020	340351		Leveren verlichtingsarmatuur. Betreft: het leveren van een opzet verlichtingsarmatuur (B): Merk: Lightronics Prunus A2 Semi-Frosted L2WG4-Code 7-3000K-1800LM-280mA-16W in RAL 7018 OLC (door leverancier in te bouwen), levering via bestekpost 115010	st st	313,00 V		313,00 L
			Dimregime (3A): dag (100%) - 22.00 uur (70%) - 00.00 uur (50%) - 05.00 uur (70%) - 06.00 uur (100%)				

BESTEK- POST- NUMMER	CATALOGUSNUMMER		OMSCHRIJVING	EEN- HEID	HOEEVEELHEID RESULTAATS- VERPLICHTING	HOEEVEELHEID PER NLIJCHTING	
	HOOFD- CODE	DEFICODE 1 : 2 : 3 : 4 : 5 : 6					
112030	340351	Leveren verlichtingsarmatuur.	st	6,00 V		6,00 L
		Betreft: het leveren van een opzet	st			
		verlichtingsarmatuur (C):				
		Merk: Lightronics Prunus A2 Semi-Frosted				
		L2WG4-Code 8-3000K-1050LM-180mA-11W in RAL 7016				
112040	340351	Leveren verlichtingsarmatuur.	st	47,00 V		47,00 L
		Betreft: het leveren van een opzet	st			
		verlichtingsarmatuur (D):				
		Merk: Lightronics Brisa Bike				
		L2WG4-FFDA-LC-A2-16LED-3000K-1050LM-180mA-10W				
112050	340351	Leveren verlichtingsarmatuur.	st	24,00 V		24,00 L
		Betreft: het leveren van een opschuif	st			
		verlichtingsarmatuur (E):				
		Merk: Philips Mini Luma BGP621 DM 10 3500LM 3000K				
		30 leds				
112060	340351	Leveren verlichtingsarmatuur.	st	6,00 V		6,00 L
		Betreft: het leveren van een opschuif	st			
		verlichtingsarmatuur (F):				
		Merk: Schreder ALURA (333945) mat geribbeld 1 16				
		Cree XP-G2 WW 2829LM-500mA-27W in RAL 7016				

(...)

BESTEK- POST- NUMMER	CATALOGUSNUMMER HOOFD- CODE	DEFICODE 1 : 2 : 3 : 4 : 5 : 6	OMSCHRIJVING	EEN- HEID	HOEVEELHEID RESULTAATS- VERPLICHTING	HOEVEELHEID PER NLIJCHTING
115010	340551	Leveren voorschakelapparatuur. Betreft: het leveren van lampcontrole unit (OLC) ten behoeve van het armatuur	st	426,00 V	
		1.	Voorschakelapparatuur Luminext OLC 300S RF met RF antenne in de behuizing, voor een EVSA voorzien van een 1-10 Volt/DALI regelingang. Communicatie op basis van de 868 mHz standaard met automatisch RF netwerk beheer volgens de X-road methode. Beschermingsklasse IP20. De "uit" stand wordt door de OLC geschakeld. De levering inclusief luminizer software inclusief hosting voor een periode van 10 jaar.	st		426,00 L
115020	340551	Leveren voorschakelapparatuur. Betreft: het leveren van lampcontrole unit (OLC) ten behoeve van het armatuur.	st	1,00 V	1,00 L
		1.	Voorschakelapparatuur Luminext OLC 300S RF met RF antenne in de behuizing, voor een EVSA voorzien van een 1-10 Volt/DALI regelingang. Communicatie op basis van de 868 mHz standaard met automatisch RF netwerk beheer volgens de X-road methode. Beschermingsklasse IP20. De "uit" stand wordt door de OLC geschakeld. Het leveren van voorschakelapparatuur in kast IP 65 t.b.v. montage in mast. De levering inclusief luminizer software inclusief hosting voor een periode van 10 jaar.	st		1,00 L
115030	340551	Leveren voorschakelapparatuur. Betreft: het leveren een besturingssysteem dynamische verlichting	st	1,00 V	1,00 L
		9.	Het besturingssysteem bestaat uit een kunststof behuizing voorzien van: LUMINEXT GW 1 Smart OVL Gateway - Router combinatie. RF 868 mHz communicatie conform het X-road principe, inclusief automatisch netwerk beheer. De GW heeft een ingebouwde UMTS router waar een SIM kaart in geplaatst kan worden. De GW heeft een beschermingsklasse IP 65. Indien er geen verbinding is met het centrale systeem, beheert de GW de dimschema's autonoom en zijn schema's per dag mogelijk. Antenne ten behoeve van de GW 1 communicatie met de OLC 300S RF modules.	st		1,00 L
		Antenne ten behoeve van de GW 1 communicatie via het UMTS netwerk met het centrale bedieningssysteem	st		1,00 L

(...)

306		Luminext apparatuur			
306010	340501	Aanbrengen voorschakelapparatuur. Betreft: aanbrengen OLC in mast (IP65) Plaats van aanbrengen: aansluiten en aanbrengen OLC in kastje IP65 in mast Jan Steenstraat Im 6502A.Aansluiten op bestaande 2 armaturen, zoals geleverd in bestekpost 115010	st	1,00 V	

BESTEK- POST- NUMMER	CATALOGUSNUMMER HOOFD- CODE	DEFICODE 1 : 2 : 3 : 4 : 5 : 6	OMSCHRIJVING	EEN- HEID	HOEVEELHEID RESULTAATS- VERPLICHTING	HOEVEELHEID PER NLIJCHTING
306020	340599	Aanbrengen/aansluiten luminext apparatuur in kast Betreft: de navolgende kasten: t.h.v. Boezemgracht 3 Het aanbrengen/aansluiten van luminext gateway, zoals geleverd in bestekpost 115020	st	1,00 V	

(...)

BESTEK- POST- NUMMER	CATALOGUSNUMMER HOOFD- CODE	DEFICODE 1 - 2 - 3 - 4 - 5 - 6	OMSCHRIJVING	EEN- HEID	HOEVEELHEID RESULTAATS- VERPLICHTING	HOEVEELHEID PER NLICHTING	
512010	340351	Leveren verlichtingsarmatuur.	st	129,00 V		129,00 L
			Betreft: het leveren van een opzet verlichtingsarmatuur (G): Merk: Lightronics Prunus A2 Semi-Frosted L2WG4-Code 7-3000K-1050LM-180mA-9W in RAL 7016 Inclusief Luminext OLC (door leverancier in te bouwen), (levering via bestekpost 515010) Dimregime (3A): dag (100%) - 22.00 uur (70%) - 00.00 uur (50%) - 05.00 uur (70%) - 06.00 uur (100%)	st			
512020	340351	Leveren verlichtingsarmatuur.	st	146,00 V		146,00 L
			Betreft: het leveren van een opzet verlichtingsarmatuur (H): Merk: Lightronics Prunus A2 Semi-Frosted L2WG4-Code 7-3000K-1600LM-250mA-15W in RAL 7016 Inclusief Luminext OLC (door leverancier in te bouwen), (levering via bestekpost 515010) Dimregime (3A): dag (100%) - 22.00 uur (70%) - 00.00 uur (50%) - 05.00 uur (70%) - 06.00 uur (100%)	st			
512030	340351	Leveren verlichtingsarmatuur.	st	24,00 V		24,00 L
			Betreft: het leveren van een opzet verlichtingsarmatuur (I): Merk: Lightronics Prunus A2 Semi-Frosted L2WG4-Code 8-3000K-1600LM-250mA-15W in RAL 7016 Inclusief Luminext OLC (door leverancier in te bouwen), (levering via bestekpost 515010) Dimregime (3A): dag (100%) - 22.00 uur (70%) - 00.00 uur (50%) - 05.00 uur (70%) - 06.00 uur (100%)	st			
512040	340351	Leveren verlichtingsarmatuur.	st	244,00 V		244,00 L
			Betreft: het leveren van een opschuif verlichtingsarmatuur (J): Merk: Lightronics Brisa L2WG4-FFDA-LC-A3-16LED-3000K-1800LM-280mA-16W Inclusief Luminext OLC (door leverancier in te bouwen), (levering via bestekpost 515010) Dimregime (3A): dag (100%) - 22.00 uur (70%) - 00.00 uur (50%) - 05.00 uur (70%) - 06.00 uur (100%)	st			
512050	340351	Leveren verlichtingsarmatuur.	st	7,00 V		7,00 L
			Betreft: het leveren van een opschuif verlichtingsarmatuur (K): Merk: Philips Mini Luma BGP621 DM 10 3500LM 3000K 30 leds Inclusief plaatsen en monteren van een luminext controller (levering via bestekpost 515010) Dimregime (3A): dag (100%) - 22.00 uur (70%) - 00.00 uur (50%) - 05.00 uur (70%) - 06.00 uur (100%)	st			
512060	340351	Leveren verlichtingsarmatuur.	st	34,00 V		34,00 L
			Betreft: het leveren van een opschuif verlichtingsarmatuur (L): Merk: Philips Mini Luma BGP621 DM 10 3500LM 4000K 30 leds OLC (door leverancier in te bouwen), levering via bestekpost 514010) Dimregime (3A): dag (100%) - 22.00 uur (70%) - 00.00 uur (50%) - 05.00 uur (70%) - 06.00 uur (100%)	st			

BESTEK- POST- NUMMER	CATALOGUSNUMMER		OMSCHRIJVING	EEN- HEID	HOEVEELHEID RESULTAATS- VERPLICHTING	HOEVEELHEID PER NLIJCHTING	
	HOOFD- CODE	DEFCODE 1 2 3 4 5 6					
512070	340351		Leveren verlichtingsarmatuur. Betreft: het leveren van een opschuif verlichtingsarmatuur (M), conform tekening Merk: Philips Mini Luma BGP621 DM 10 5500LM 4000K 30 leds OLC (door leverancier in te bouwen), levering via bestekpost 515010 Dimregime (3A): dag (100%) - 22.00 uur (70%) - 00.00 uur (50%) - 05.00 uur (70%) - 06.00 uur (100%)	st st	82,00 V		82,00 L

(...)

5150			Leveren voorschakelapparatuur				
515010	340551		Leveren voorschakelapparatuur. Betreft: het leveren van lampcontrole unit (OLC) ten behoeve van het armatuur	st	666,00 V		
		1.	Voorschakelapparatuur Luminext OLC 300S RF met RF antenne in de behuizing, voor een EVSA voorzien van een 1-10 Volt/DALI regelingang. Communicatie op basis van de 868 mHz standaard met automatisch RF netwerk beheer volgens de X-road methode. Beschermingsklasse IP20. De "uit" stand wordt door de OLC geschakeld. De levering inclusief luminizer software inclusief hosting voor een periode van 10 jaar.	st			666,00 L
515020	340551		Leveren voorschakelapparatuur. Betreft: het leveren een besturingssysteem dynamische verlichting	st st	2,00 V		2,00 L
		9.	Het besturingssysteem bestaat uit een kunststof behuizing voorzien van: LUMINEXT GW 1 Smart OVL Gateway - Router combinatie. RF 868 mHz communicatie conform het X-road principe, inclusief automatisch netwerk beheer. De GW heeft een ingebouwde UMTS router waar een SIM kaart in geplaatst kan worden. De GW heeft een beschermingsklasse IP 65. Indien er geen verbinding is met het centrale systeem, beheerd de GW de dimschema's autonoom en zijn schema's per dag mogelijk. Antenne ten behoeve van de GW 1 communicatie met de OLC 300S RF modules.	st			2,00 L
			Antenne ten behoeve van de GW 1 communicatie via het UMTS netwerk met het centrale bedieningssysteem	st			2,00 L

(...)

705			Luminext apparatuur				
705010	340599		Aanbrengen luminext apparatuur in kast Betreft: Kast W. Wouterstraat nr. 008 Kast Steile Bank nr. 012 het aanbrengen van luminext, zoals geleverd in bestekpost 515020	st	2,00 V		

(...)'

- 1.4. In de Nota van Inlichtingen van 29 juni 2018 is, onder meer, de volgende vraag met bijbehorend antwoord opgenomen:

Vraag 1: 'U beschrijft in het bestek het type Luminext. Luminext wordt geleverd door een onderneming van <----->.

<-----> is een concurrent van ons en kan mogelijk inschrijven op dit bestek. Door het voorschrijven van dit specifieke merk ontstaat er geen "level-playing field". Wij verzoeken u om

a Alles met m.b.t. Luminext als stelpost in het bestek op te nemen zodat dit onderdeel niet competitief in het bestek is opgenomen

b Een beschrijving van de gewenste functionaliteit op te nemen met 3 voorbeelden van gelijkwaardige systemen, zoals bijvoorbeeld <----->.

c Het uit het bestek te halen en het als gemeente zelf aan te schaffen en in het bestek op te nemen als zijnde dat de gemeente dit toeleverd en dat de inschrijver de coördinatie op zich neemt.'

Antwoord: 'Luminext is onafhankelijk en heeft geen band met (infra) aannemers/installateurs, componenten- en/of armaturen leveranciers. Bestektekst blijft gehandhaafd. Gelijkwaardigheid zal door inschrijver worden aangegeven en aangetoond bij inschrijving.'

1.5. Op 3 augustus 2018 heeft aanbesteder de volgende brief aan ondernemer verzonden:

'De in het kader van de Europese aanbesteding 'Reconstructie openbare verlichting [...]' met kenmerk [...] uitgebrachte inschrijvingen zijn inmiddels beoordeeld. Er zijn 7 inschrijvingen ontvangen. Er zijn 2 inschrijvingen terzijde gelegd.

Hierbij berichten wij u voornemens te zijn de opdracht voorlopig te gunnen aan uw onderneming.

Van de 5 inschrijvers die voor gunning in aanmerking kunnen komen heeft [Ondernemer] met de laagste prijs ingeschreven. Uw inschrijfsom was € [...] exclusief omzetbelasting.

Volledigheidshalve wordt benadrukt dat aan dit voornemen tot gunning geen rechten kunnen worden ontleend.

(...).'

1.6. Op 22 augustus 2018 heeft aanbesteder de volgende brief aan ondernemer verzonden:

'In navolging van onze brief van 3 augustus jl. bericht ik u als volgt. In die brief hebben wij het voornemen geuit de opdracht voorlopig aan uw onderneming te gunnen.

In het bestek dat bij de aanbesteding hoort is verwezen naar verschillende producten, merken en leveranciers, die daardoor in feite lijken te zijn voorgeschreven.

Daarbij is niet (voldoende) gemotiveerd waarom zonder deze verwijzingen een voldoende nauwkeurige en begrijpelijke beschrijving van het voorwerp van de opdracht niet mogelijk zou kunnen zijn.

Bovendien is, mede als antwoord op vragen in de Nota van Inlichtingen, onvoldoende duidelijk gemaakt waaraan de gelijkwaardigheid zou worden getoetst.

Daarmee is onzeker of alle inschrijvers de eisen en specificaties hetzelfde hebben opgevat; daarmee is ook onzeker of wij vergelijkbare inschrijvingen hebben ontvangen en beoordeeld.

Op basis hiervan hebben wij besloten de voorlopige gunningsbeslissing in te trekken, alsmede de aanbesteding in haar geheel. Als wij de aanbesteding opnieuw,

met gewijzigde specificaties, in de markt zetten, zult u daarvan op de hoogte worden gebracht.

(...).'

- 1.7. Op 7 september 2018 heeft ondernemer als volgt gereageerd op de brief van aanbestedder van 22 augustus 2018:

'Alvorens ons bezwaar aanhangig te maken bij de rechtbank Haarlem verzoeken u per omgaande om een deugdelijke gemotiveerde reactie. Tevens zullen wij, conform paragraaf 1.8 van uw aanbestedingsleidraad, deze klacht bij de commissie van aanbestedingsexperts in behandeling geven.

Vanuit het zorgvuldigheidsbeginsel wensen wij alleen dan bezwaar aan te tekenen bij de rechtbank nadat wij van u een gemotiveerde reactie hebben ontvangen. Gelet op het bovenstaande verzoeken wij u tevens om verlenging van de Alcatel-termijn. Hierbij rekening houdend met uw reactietermijn.

Het besluit om de voorlopige gunningsbeslissing in te trekken, en het werk in haar geheel van de markt te halen, is volgens ons inzicht niet in overeenstemming met het zorgvuldigheid beginsel. Uw motivering die wordt aangedragen biedt naar onze mening onvoldoende grond voor de genomen beslissing.

Motivering

Het gegeven dat de AW voorschrijft dat aanbestedende diensten geen fabricaat en/of leveranciersnamen mogen voorschrijven in hun uitvraag, betekent in beginsel dat er door de inschrijvers in alle gevallen "of gelijkwaardig" moet worden gelezen. Bovendien vermeld u in paragraaf 1.9 van uw aanbestedingsleidraad overduidelijk dat er bij genoemde merken, octrooien en typen dient gelezen te worden "of daaraan gelijkwaardig". De bewering dat de producten, merken en leveranciers zijn voorgeschreven, is gegeven het vermelde in paragraaf 1.9 onjuist en daarmee is uw motivering naar ons idee ook niet houdbaar.

NvI

De gestelde vraag in de nota van inlichtingen betreffende het voorschrijven van leveranciers betrof:

Vraag 1:

Door het voorschrijven van dit specifieke merk ontstaat er geen "level-playing field". Wij verzoeken u om

Ondanks het gegeven dat uw aanbestedingsleidraad hierin helder is, heeft u gemeend om in uw antwoord te herhalen van hetgeen u had geschreven en wat volgens de AW ook van toepassing is.

Antwoord 1:

....Gelijkwaardigheid zal door inschrijver worden aangegeven en aangetoond bij inschrijving

Tot slot

Wij verwachten van u een spoedige klachtenbehandeling dan wel een deugdelijke motivering die uw handelwijze rechtvaardigt in het terugtrekken van deze aanbesteding. (...).'

- 1.8. Op 10 september 2018 heeft aanbestedder ondernemer de volgende brief gezonden:

'Uw brief van 7 september 2018 hebben wij in goede orde ontvangen. In reactie daarop berichten wij u als volgt.

In onze brief van 22 augustus 2018 hebben wij uitgelegd waarom, na een zorgvuldige afweging, is besloten de gunningsbeslissing en de aanbesteding in te trekken. Bij die motivering blijven wij. Het belangrijkste punt is dat het een aanbestedende dienst niet zonder meer is toegestaan om te verwijzen naar bepaalde producten en/of leveranciers met de toevoeging 'of gelijkwaardig'. Daar gaat de vraag aan vooraf of de opdracht kan worden omschreven zonder te verwijzen naar deze producten en/of leveranciers.

U heeft verzocht om een spoedige klachtenbehandeling dan wel een deugdelijke motivering. Wij menen die met deze brief en onze brief van 22 augustus 2018 te hebben gegeven.

Verder verzoekt u namens [Ondernemer] om de opdracht definitief aan haar te gunnen.

Daar kunnen wij niet toe overgaan. Het beginsel van contractsvrijheid staat daaraan in de weg. Met andere woorden: de gemeente kan niet worden gedwongen een contract te sluiten met [Ondernemer] op basis van de door haar ingetrokken aanbesteding en gunningsbeslissing.

Als wij de aanbesteding opnieuw, met gewijzigde specificaties, in de markt zetten, zult u daarvan op de hoogte worden gebracht. Dit betekent, tot slot, ook dat wij de Alcateltermijn niet zullen verlengen.'

2. Beschrijving klacht

2.1. Klachtonderdeel 1

Aanbesteder heeft in strijd met de algemene beginselen van aanbestedingsrecht gehandeld door na de mededeling van de gunningsbeslissing, waarbij de opdracht aan ondernemer werd gegund, de aanbesteding in te trekken, terwijl de daarvoor gegeven motivering deze beslissing niet kan dragen.

2.2. Klachtonderdeel 2

Aanbesteder heeft ondernemer ten onrechte geen kostenvergoeding aangeboden.

3. Onderbouwing klacht

3.1. Klachtonderdeel 1

- 3.1.1. Op 3 augustus 2018 heeft aanbesteder een voorlopige mededeling van de gunningsbeslissing aan ondernemer verzonden waarbij de opdracht aan ondernemer is gegund (zie 1.5 hiervoor). Vervolgens heeft de aanbesteder de voorgenomen gunning ingetrokken en daarbij vermeld dat er in het geheel niet wordt overgegaan tot gunning (zie 1.6 hiervoor). Het bestek wordt door aanbesteder van de markt gehaald omdat aanbesteder van mening is dat er in dat bestek producten en fabricaten waren voorgeschreven. Ondernemer heeft bij het klachtenloket van aanbesteder hiertegen geageerd en aangegeven dat er in het bestek en in de Nota van Inlichtingen werd vermeld dat er gelijkwaardige fabricaten/producten mochten worden aangeboden.

- 3.1.2. Ondernemer is van mening dat het bestek in onderhavige aanbestedingsprocedure correct was/is. Inschrijvers konden de door aanbesteder gevraagde producten of daaraan gelijkwaardige producten aanbieden. Desondanks blijft aanbesteder van mening dat het bestek anders in de markt moet worden gezet.
- 3.1.3. Dat de Aanbestedingswet 2012 voorschrijft dat aanbestedende diensten geen fabricaat en/of leveranciersnamen mogen voorschrijven in hun uitvraag, betekent naar de mening van ondernemer in beginsel dat er door de inschrijvers in alle gevallen "of gelijkwaardig" moet worden gelezen. Bovendien heeft aanbesteder in paragraaf 1.9 van de Aanbestedingsleidraad duidelijk vermeld dat er bij genoemde merken, octrooien en typen "of daaraan gelijkwaardig" gelezen dient te worden (zie 1.2 hiervoor). De bewering dat de producten, merken en leveranciers zijn voorgeschreven, is gelet hierop onjuist en daarmee kan de motivering naar de mening van ondernemer de beslissing tot intrekking niet dragen.
- 3.1.4. Ondernemer wijst ter onderbouwing van zijn standpunt ook op vraag 1 van de Nota van Inlichtingen en het antwoord van aanbesteder daarop (zie 1.4 hiervoor).
- 3.1.5. Ten slotte vraagt ondernemer zich af wat er nu daadwerkelijk in het bestek kan worden aangepast. Met het oog op een eventuele heraanbesteding vraagt hij zich af of het bestek wederom in de markt zal worden gezet nadat slechts wat punten en komma's veranderd zijn en of dat zomaar kan. Ondernemer merkt op dat opnieuw aanbesteden ontzettend veel kosten met zich meebrengt en dat het merendeel daarvan zal worden betaald met gemeenschapsgeld.

3.2. Klachtonderdeel 2

Ten slotte wil ondernemer graag de kosten vergoed zien die hij in de onderhavige aanbestedingsprocedure heeft gemaakt. Hij heeft veel kosten gemaakt in de procedure en aanbesteder compenseert de inschrijvers op geen enkele wijze.

4. Reactie aanbesteder

4.1. Klachtonderdeel 1

- 4.1.1. Aanbesteder voert aan dat het bestek bij de onderhavige aanbestedingsprocedure op meerdere punten te leveren merken bevat, waardoor die merken in feite zijn voorgeschreven (zie 1.3 hiervoor).
- 4.1.2. In paragraaf 1.9 van de Aanbestedingsleidraad en in de eerste Nota van Inlichtingen (zie 1.2 en 1.4 hiervoor) is aangegeven dat gelijkwaardige producten zouden worden toegestaan.
- 4.1.3. Naar aanleiding van de voorlopige gunningsbeslissing (en de gelijktijdige terzijdelegging van 2 ongeldige inschrijvingen) heeft aanbesteder een klacht ontvangen van één van de inschrijvers van wie de inschrijving terzijde is gelegd. Mede naar aanleiding van die reactie heeft aanbesteder haar aanbesteding en de daarbij behorende stukken nogmaals goed tegen het licht gehouden.
- 4.1.4. Aanbesteder stelt dat het niet is toegestaan in de technische specificaties te verwijzen naar een bepaald merk, tenzij dit wordt gerechtvaardigd door het voorwerp van de opdracht (artikel 2.76, lid 3, Aw 2012). Dat is het geval als een voldoende nauwkeurige en begrijpelijke omschrijving van het voorwerp van de overheidsopdracht door toepassing van artikel 2.76, lid 1, Aw 2012 niet mogelijk is en de

vermelding vergezeld gaat van de woorden 'of gelijkwaardig' (artikel 2.76, lid 4, aanhef en sub a en b, Aw 2012).

- 4.1.5. Met andere woorden: het noemen van merken (waardoor bepaalde ondernemingen worden bevoordeeld of uitgesloten) is pas toegestaan als een functionele omschrijving niet mogelijk is. Het is aanbesteder gebleken dat een functionele omschrijving wel mogelijk is, waardoor zij de gunningsbeslissing niet in stand kon laten. In dit geval gaat naar de mening van aanbesteder rechtmatigheid voor gelijkheid.
- 4.1.6. Dit is in de brieven van 22 augustus 2018 en 10 september 2018 (zie 1.6 en 1.8 hiervoor) ook aan ondernemer duidelijk gemaakt. Uiteraard betreurt aanbesteder het dat hij deze beslissing heeft moeten nemen, die de aanvankelijk winnende inschrijver het meest treft.
- 4.1.7. Aanbesteder is van oordeel dat hij op goede gronden heeft besloten de gunningsbeslissing en de aanbestedingsprocedure in te trekken. Het handhaven van de gunningsbeslissing was met het inzicht dat aanbesteder op dat moment had, niet langer te verantwoorden. Die beslissing zou in een procedure onder druk komen te staan, met naar verwachting dezelfde uitkomst: heraanbesteding. Aanbesteder verwijst daarvoor naar een uitspraak van de rechtbank Noord-Holland van 9 april 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:CA1157, JAAN 2013/133, met name rechtsoverweging 4.10, eerste zin waarin wordt opgemerkt dat het niet aannemelijk is dat het voorschrijven van een fabricaat in de gegeven omstandigheden gerechtvaardigd is.
- 4.1.8. Aanbesteder stelt de intrekking van de voorlopige gunningsbeslissing en de aanbestedingsprocedure voldoende te hebben gemotiveerd. Alle inschrijvers, waaronder de winnende ondernemer, zijn van die motivering op de hoogte gesteld.
- 4.1.9. Aanbesteder is na indiening van de onderhavige klacht inmiddels een nieuwe aanbestedingsprocedure begonnen, waarin hij de te leveren armaturen functioneel heeft omschreven. De oorspronkelijke inschrijvers, waaronder ondernemer, zijn hiervan ook op de hoogte gesteld.
- 4.1.10. Ondernemer vraagt zich ten slotte af of het bestek met slechts wat wijzigingen van punten en komma's opnieuw in de markt zal worden gezet (zie 3.1.5 hiervoor). Dat is volgens aanbesteder echter niet gebeurd; aanbesteder heeft in de nieuwe aanbestedingsprocedure gekozen voor een functionele omschrijving in plaats van het noemen van merken zonder deze functionele omschrijving. Tevens is de nieuwe aanbesteding groter van omvang.

4.2. Klachtonderdeel 2

Het niet toekennen van een kostenvergoeding is volgens aanbesteder in dit geval niet disproportioneel gelet op het karakter van de aanbesteding en de daaraan naar verwachting te besteden tijd voor inschrijvers.

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder op 7 juni 2018 een Europese openbare procedure voor een overheidsopdracht voor werken voor het geheel of gedeeltelijk leveren van materialen en het vervangen van armaturen en lichtmasten heeft aangekondigd. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en 2 van de Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit.

5.2. Klachtonderdeel 1

- 5.2.1. Uitgangspunt is dat een aanbestedende dienst een aanbestedingsprocedure mag intrekken. Bij beantwoording van de vraag of de intrekking van een aanbestedingsprocedure geoorloofd is, heeft als uitgangspunt te gelden hetgeen door het Hof van Justitie van de Europese Unie is overwogen en beslist in het arrest Croce Amica van 11 december 2014 (ECLI:EU:C:2014:2435, zaak C-440/13, zie ook Advies 428, overwegingen 5.4.6 – 5.4.7 en Advies 399, overwegingen 6.5.1 – 6.5.3). In dit arrest heeft het Hof de regel bevestigd dat een aanbestedende dienst niet slechts in uitzonderlijke gevallen van het plaatsen van een overheidsopdracht kan afzien en dat het besluit daartoe niet noodzakelijkerwijs op gewichtige redenen behoeft te berusten.
- 5.2.2. Dat alles laat echter onverlet, aldus nog steeds het Hof, dat wanneer een aanbestedende dienst besluit tot intrekking van een aanbesteding, hij verplicht is de redenen voor zijn besluit aan de gegadigden en inschrijvers mee te delen. Die verplichting is ingegeven door de zorg om in een procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten waarop de regels van het Unierecht van toepassing zijn, een minimaal transparantieniveau en bijgevolg ook de naleving van het beginsel van gelijke behandeling te waarborgen, dat de basis van die regels vormt.
- 5.2.3. Blijkens het arrest moet een besluit tot intrekking door de rechter kunnen worden getoetst aan de regels van Unierecht, en wel integraal om zo te voldoen aan het doel dat tegen genomen besluiten van een aanbestedende dienst op doeltreffende wijze en vooral zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld als de aanbestedingsregels geschonden zijn (zie Hof Arnhem-Leeuwarden 12 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:130, JAAN 2016/44 m.nt. D.R. Versteeg, r.o. 4.8; Rb. Midden-Nederland (vzr.) 7 december 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:6517, r.o. 4.2 en Rb. Midden-Nederland (vzr.) 11 januari 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:280, r.o. 4.7).
- 5.2.4. Aanbesteder heeft aan zijn beslissing om de aanbesteding in te trekken de in de brief van 22 augustus 2018 (zie 1.6 hiervoor) genoemde redenen ten grondslag gelegd. De voornaamste reden licht hij verder toe in de brief van 10 september 2018 (zie 1.8 hiervoor). Het kader voor de beoordeling van het klachtonderdeel wordt derhalve gevormd door de argumenten die in deze brieven zijn verwoord. Die argumenten moeten de beslissing tot intrekking van de aanbestedingsprocedure kunnen dragen. Wanneer dat niet het geval is, heeft aanbesteder op oneigenlijke gronden de aanbestedingsprocedure ingetrokken (zie ook Advies 399, overweging 6.5.4).
- 5.2.5. Uit de brief van 22 augustus 2018 en de brief van 10 september 2018 blijkt dat de voornaamste reden voor het intrekken is dat, in strijd met artikel 2.76, lid 3 en 4, Aw 2012, in de technische specificaties is verwezen naar merken, zonder dat aanbesteder eerst is nagegaan of het voorwerp van de opdracht ook voldoende nauwkeurig en begrijpelijk omschreven kon worden zonder deze verwijzingen.
- 5.2.6. Op grond van artikel 2.76, lid 3 en 4, Aw 2012 is het slechts toegestaan om in de technische specificaties naar een merk te verwijzen – onder vermelding van de woorden “of gelijkwaardig” – wanneer dit door het voorwerp van de overheidsopdracht gerechtvaardigd is en een voldoende nauwkeurige en begrijpelijke inschrijving van het voorwerp van de opdracht door toepassing van het eerste lid van artikel 2.76 Aw 2012 niet mogelijk is (zie ook Advies 442, overweging 5.4.3, Advies 293, overweging 5.5.1 en Advies 208, overweging 5.4.3). Gelet op het uitzonderingskarakter van deze bepaling moeten de voorwaarden waaronder de aanbestedende dienst kan gebruikmaken van een dergelijke mogelijkheid strikt worden uitgelegd (zie HvJ EU 25 oktober 2018, zaak C-413/27, ECLI:EU:C:2018:865, r.o. 38).

- 5.2.7. In het bestek heeft aanbesteder de merken Lightronics, Philips, Schreder en Lumix voorgeschreven (zie 1.3 hiervoor). Aanbesteder geeft aan dat hem echter is gebleken dat een functionele omschrijving van de opdracht mogelijk is (zie 4.1.5 hiervoor). Ondernemer heeft die mogelijkheid niet betwist. De Commissie neemt dan ook tot uitgangspunt dat het mogelijk is de onderhavige opdracht te specificeren overeenkomstig artikel 2.76, lid 1, Aw 2012.
- 5.2.8. Ondernemer stelt dat het feit dat de Aanbestedingswet 2012 voorschrijft dat aanbestedende diensten in de technische specificaties geen fabricaten en leveranciersnamen mogen voorschrijven, betekent dat inschrijvers bij verwijzingen naar merken in alle gevallen "of gelijkwaardig" moeten lezen. Naar het oordeel van de Commissie is dit standpunt onjuist. Ondernemer stelt verder dat er in de onderhavige aanbesteding geen merken zijn voorgeschreven, omdat in paragraaf 1.9 van de Aanbestedingsleidraad staat dat er bij genoemde merken, octrooien en typen gelezen dient te worden "of daaraan gelijkwaardig". Ook dit leidt naar het oordeel van de Commissie echter niet tot gegrondheid van de klacht om de hierna volgende reden.
- 5.2.9. Nu een voldoende nauwkeurige en begrijpelijke beschrijving van het voorwerp van de opdracht door toepassing van het eerste lid van artikel 2.76 Aw 2012 mogelijk was, was het aanbesteder op basis van artikel 2.76, lid 3 en 4, Aw 2012 niet toegestaan om in de technische specificaties naar merken te verwijzen, ook niet onder vermelding van de woorden "of gelijkwaardig".
- 5.2.10. De Commissie is dan ook van oordeel dat aanbesteder in haar brieven van 22 augustus en 10 september 2018 een deugdelijke grond voor de intrekking van de aanbesteding heeft gegeven.
- 5.2.11. Daarmee acht de Commissie klachtonderdeel 1 ongegrond.
- 5.2.12. De Commissie merkt ten overvloede nog het volgende op. In zijn reactie op het klachtonderdeel gaat aanbesteder in op de vraag van ondernemer of aanbesteder in het kader van de heraanbesteding van de opdracht hetzelfde bestek met wijziging van slechts enkele punten en komma's in de markt zal zetten (zie 3.1.5 hiervoor). Aanbesteder geeft aan dat dit niet is gebeurd (zie 4.1.10 hiervoor). Nog daargelaten dat de onderhavige klacht is ingediend vóórdat aanbesteder tot heraanbesteding van de opdracht is overgegaan, leest de Commissie de door ondernemer opgeworpen vraag ook overigens niet als een klacht. De Commissie zal dan ook niet op de vraag ingaan.

5.3. Klachtonderdeel 2

- 5.3.1. Ondernemer wil van aanbesteder een vergoeding ontvangen voor de kosten die hij in het kader van de ingetrokken aanbestedingsprocedure tevergeefs heeft gemaakt.
- 5.3.2. De Commissie stelt voorop dat zij slechts bevoegd is te oordelen over handelen of nalaten van een aanbestedende dienst dat binnen de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012 valt (artikel 1 sub c Reglement Commissie). De Aanbestedingswet 2012 biedt zelf echter geen grondslag voor een verplichting van een aanbestedende dienst tot vergoeding van tevergeefs gemaakte kosten in het geval van intrekking van een aanbesteding. De grondslag voor een dergelijke vergoedingsplicht kan eventueel wel in het privaatrecht worden gevonden.
- 5.3.3. Het voorgaande betekent dat de vraag of, en zo ja in welke mate, een aanbestedende dienst in een geval als het onderhavige een vergoedingsplicht jegens een

ondernemer heeft, zich niet leent voor beantwoording door de Commissie (zie ook Advies 66, overweging 6.1.5). Een ondernemer kan die vraag desgewenst voorleggen aan de civiele rechter.

- 5.3.4. Daarmee acht de Commissie klachtonderdeel 2 ongegrond.
- 5.3.5. Ten overvloede merkt de Commissie nog het volgende op.
- 5.3.6. Paragraaf 3.1 van de Aanbestedingsleidraad (zie 1.2 hiervoor) bepaalt dat aanbesteder zich het recht voorbehoudt om tijdens de procedure de omvang van de eventuele opdracht te wijzigen, de opdracht in zijn geheel niet te gunnen dan wel de procedure op te schorten of stop te zetten en dat inschrijvers in een dergelijk geval geen recht hebben op vergoeding van enige schade.
- 5.3.7. De Commissie wijst er op dat een dergelijke generieke uitsluiting van een eventuele vergoedingsplicht strijdig lijkt met de visie van de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat, zoals verwoord in de brief aan de Tweede Kamer over de handreiking tenderkostenvergoeding van 15 oktober 2018 (zie TK 2018-2019, 34 252, nr. 9, p. 2-3, *Onderstrepingen door de Commissie*):

`(...)

De voorliggende handreiking gaat slechts zijdelings in op de problematiek van tenderkosten bij ingetrokken aanbestedingen. Dit is een complex onderwerp. Voorop gesteld moet worden dat van tenderkostenvergoedingen in dergelijke gevallen slechts sprake kan zijn als er ook tenderkosten gemaakt worden. Dit is vooral het geval als de aanbesteding overduidelijk te laat, te weten na het verschijnen van de laatste nota van inlichtingen, ingetrokken wordt. Mijn voorganger heeft uw Kamer laten weten (Kamerstuk 32440, nr. 94) dat ook in die situaties slechts incidenteel tenderkostenvergoedingen verstrekt worden. Of dat wel had moeten is lastig te beoordelen: dat hangt onder meer af van de proportionaliteit van de gevraagde inzet van inschrijvers. Bovendien komt het voor dat aanbestedingen stopgezet worden omdat blijkt dat de opdracht aangepast moet worden, waarna een herstart plaatsvindt. Dat neemt niet weg dat het verstrekken van een tenderkostenvergoeding in dergelijke gevallen aan de orde kán zijn. Ik acht het onwenselijk dat aanbestedende diensten bedingen opnemen in hun aanbestedingsstukken die tenderkostenvergoedingen in dat soort situaties uitsluiten. In die mening wordt ik gesterkt door signalen uit de academische wereld [noot 1: <https://www.cobouw.nl/bouwbreed/nieuws/2018/05/bouwers-draaien-op-voor-mislukte-aanbesteding-monapak-dit-aan-101261086>, *Commissie*]. Daarom zal ik de adviesgroep Gids Proportionaliteit vragen, advies uit te brengen over het verbieden van dergelijke bedingen in de Gids Proportionaliteit. Daarmee geef ik invulling aan de motie Van den Berg/Wörsdörfer (Kamerstuk 32 440, nr. 106), die de regering onder meer verzoekt te bezien hoe kaders voor het bieden van vergoedingen aan rechtsgeldige inschrijvers ingeval van een laattijdige intrekking van een aanbesteding een plek kunnen krijgen in de handreiking Tenderkostenvergoeding dan wel de Gids Proportionaliteit.

(...)

6. Advies

De Commissie acht beide klachtonderdelen **ongegrond**.

Den Haag, 29 november 2018

w.g.:

Prof.mr. C.E.C. Jansen
Voorzitter

Mr. A.C.M Fischer-Braams
Vice-voorzitter

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid