

Advies 495| Samenvatting

De klacht ziet op een Europese openbare procedure voor een raamovereenkomst met één ondernemer voor leveringen van drukwerk.

Klachtonderdeel 1

In dit klachtonderdeel stelt de ondernemer dat hij ten onrechte is uitgesloten van de aanbestedingsprocedure omdat zijn referentie voor kerncompetentie 3 'leveren van gepersonaliseerde brieven voor de afdeling gemeentelijke belastingen (aanslagen, aanmaningen, bijsluiters)' ten onrechte is afgewezen.

Naar het oordeel van de Commissie is het duidelijk dat de ondernemer niet aan deze geschiktheidseis heeft voldaan, nu hij geen referentie heeft ingediend waaruit blijkt dat hij ervaring heeft met het leveren van gepersonaliseerde brieven, zoals aanslagen, aanmaningen en bijsluiters, voor een afdeling gemeentelijke belastingen. De referentie van de ondernemer is dus terecht afgewezen en hij is met recht uitgesloten van de aanbestedingsprocedure. Daarmee is klachtonderdeel 1 ongegrond.

Ten overvloede merkt de Commissie nog het volgende op. Het vragen van ervaring met opdrachten die voor de aanbesteder zelf zijn uitgevoerd, is natuurlijk niet proportioneel. Maar ook het vragen van ervaring met opdrachten die zijn uitgevoerd voor een afdeling gemeentelijke belastingen acht de Commissie in strijd met het beginsel van proportionaliteit gelet op het bepaalde in artikel 1.10 Aw 2012, artikel 2.93, lid 3 Aw 2012 en Voorschrift 3.5 F Gids Proportionaliteit. Nu de ondernemer zijn desbetreffende bezwaren te laat kenbaar heeft gemaakt is de klacht in zoverre ongegrond.

Klachtonderdeel 2

In dit klachtonderdeel stelt de ondernemer dat de winnende inschrijver niet voldoet aan de eis dat het papier moet voldoen aan de Dutch Procurement Criteria for Timber omdat zijn onderneming niet is gecertificeerd en dat hij om die reden uitgesloten had moeten worden. Naar het oordeel van de Commissie zullen alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers deze eis op dezelfde wijze uitleggen in die zin dat sprake is van een uitvoeringseis. Dit betekent dat alle inschrijvers in hun inschrijving moeten instemmen met deze eis en ten tijde van de uitvoering van de opdracht aan deze eis moeten voldoen.

Indien op voorhand duidelijk is dat een inschrijver tijdens de uitvoeringsfase niet zal voldoen aan een gestelde uitvoeringseis, moet de aanbestedende dienst hem uitsluiten. In beginsel mag een aanbestedende dienst echter afgaan op de juistheid van de verklaring van een inschrijver dat hij tijdens de uitvoering aan een bepaalde eis zal voldoen. Indien een andere inschrijver echter stelt dat de winnende inschrijver niet aan een bepaalde eis voldoet of zal voldoen en dit zodanig onderbouwt dat daarover gereede twijfel ontstaat, zal de aanbestedende dienst hier onderzoek naar moeten doen. Dit heeft de aanbesteder ook gedaan. Volgens de aanbesteder heeft de winnende inschrijver met bewijsstukken aangetoond tijdens de uitvoering van de opdracht volledig aan de uitvoeringseis te kunnen voldoen.

De Commissie constateert dat een opdrachtnemer ook aan de uitvoeringseis kan voldoen zonder zelf gecertificeerd te zijn. Indien de winnende inschrijver zelf niet gecertificeerd is, is het dus nog steeds mogelijk dat hij aan de uitvoeringseis zal voldoen. De Commissie acht klachtonderdeel 2 ongegrond.

Ten overvloede overweegt de Commissie nog het volgende. De Commissie meent dat de ondernemer voldoende concrete aanknopingspunten heeft gegeven om gereede twijfel te doen ontstaan over de vraag of de winnende inschrijver aan de uitvoeringseis voldoet of zal voldoen, te onderbouwen. In dat kader vraagt de Commissie zich af of de aanbesteder er niet beter aan had gedaan meer informatie aan de ondernemer te verstrekken zodat deze in staat zou zijn geweest na te gaan of de aanbesteder heeft kunnen beslissen dat de winnende inschrijver voldoende heeft aangetoond aan de uitvoeringseis te zullen voldoen.

Klachtonderdeel 3

In dit klachtonderdeel stelt de ondernemer dat de aanbesteder in strijd handelt met het beginsel van gelijke behandeling door ondernemer A, aan wie de opdracht is gegund, wel in de gelegenheid te stellen aan te tonen dat hij aan de eisen voldoet en de ondernemer die mogelijkheid niet te bieden ten aanzien van de geschiktheidseis.

Naar het oordeel van de Commissie heeft de aanbesteder niet in strijd gehandeld met het beginsel van gelijke behandeling door de winnende inschrijver – naar aanleiding van vragen van de ondernemer – in de gelegenheid te stellen aan te tonen dat hij aan een bepaalde uitvoeringseis voldoet. Naar het oordeel van de Commissie is er namelijk geen sprake van gelijke gevallen. Op basis van zijn inschrijving was op voorhand duidelijk dat de ondernemer niet voldeed aan een bepaalde geschiktheidseis. Met betrekking tot de winnende inschrijver was daarentegen niet op voorhand duidelijk dat hij niet aan de uitvoeringseis zou gaan voldoen. Uitsluiting is dan eventueel alleen mogelijk nadat de winnaar om verduidelijking is gevraagd. De Commissie acht ook klachtonderdeel 3 ongegrond.

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 495

1. Feiten

- 1.1. Aanbesteder heeft op 7 augustus 2018 een Europese openbare procedure aangekondigd voor een raamovereenkomst met één ondernemer voor leveringen voor drukwerk.
- 1.2. In het Aanbestedingsdocument van 20 juli 2018 is, onder meer, het volgende bepaald:

'Begrippenlijst aanbesteding

(...)

Programma van eisen De functionele, technische, logistiek en overige kwaliteitseisen waaraan de inschrijver moet voldoen om in aanmerking te komen voor de opdracht.

1. Algemeen

1.1. Inleiding

(...) [Aanbesteder] wordt in deze aanbestedingsprocedure begeleid door een onafhankelijk adviesbureau op juridisch en vakinhoudelijk gebied.

(...)

Deze aanbesteding biedt alle ruimte voor MKB'ers om te kunnen inschrijven. Door de verschuiving van offset naar hoogwaardig full color promotioneel print, eenvoudige printopdrachten (die veelal gecombineerd worden) is het logisch om deze opdracht als een gehele opdracht te zien. Binnen de organisatie van de opdrachtgever bestaan er verschillende vragen over de druktechniek, zoals full color (CMYK) en zwart-wit print, full color (CMYK) offset en inkjet en CMYK+PMS offset. De uitingen dienen hetzelfde doel: externe en interne communicatie. Derhalve is er sprake van voldoende samenhang tussen de drukwerkitems.

(...)

1.5. Doel van de aanbesteding

[Aanbesteder] wil met deze aanbesteding een opdrachtnemer contracteren die in staat is om al haar drukwerk op een hoog kwalitatief niveau snel te kunnen leveren, ervaring heeft met het werken voor een gemeentelijke organisatie en beschikt over een laagdrempelig/ gebruiksvriendelijke online bestelmodule. Met deze aanbesteding wil [Aanbesteder] een forse bijdrage leveren aan duurzaamheid en Social Return On Investment (SROI) met als bijkomende doelstelling om de kosten te kunnen reduceren en de vaste kosten variabel te maken. Door het niet meer zelf te hoeven investeren in eigen machines en gebruik te maken van beschikbare capaciteit in de markt is hier sprake van een sterke reductie van middelen en draagt daarmee sterk bij aan een groenere wereld.

(...)

1.10. Klachtenprocedure

Als u tijdens deze aanbesteding een klacht heeft, dan dient u in eerste instantie de mogelijkheid tot het stellen van vragen te gebruiken, zoals omschreven in dit document.

Als u niet tevreden bent met het antwoord op uw klacht of uw klacht na het publiceren van de nota van inlichtingen ontstaat, kunt u melding maken van uw klacht. [Aanbesteder] sluit zich bij klachten bij aanbestedingen aan bij de "Richtlijn klachtbehandeling in de gemeente (...)", deze treft u aan op de website van [Aanbesteder].

[Website Aanbesteder] --> zoeken op klacht --> klacht tegen ambtelijk of gemeentelijk optreden (...).

Een ingediende klacht schort de aanbestedingsprocedure niet op. Het is aan [Aanbesteder] om te bepalen of de aanbestedingsprocedure wordt stopzet, opschort of voortgezet.

(...)

2. Aanbestedingsprocedure

(...)

2.2. Het stellen van vragen

(...)

Van de inschrijvers wordt een proactieve houding verwacht. Inschrijver dient de opdrachtgever tijdig (d.w.z. uiterlijk op de laatste dag van de termijn voor het stellen van vragen) op de hoogte te stellen van onduidelijkheden, onvolkomenheden, tegenstrijdigheden of disproportionaliteit in de aanbestedingsdocumenten of de aanbestedingsprocedure. Als de inschrijver dit tijdens de vragenronde nalaat, verwerkt hij zijn rechten om daar later tegen op te komen. Het risico van niet gestelde vragen komt voor rekening van de inschrijver en kan leiden tot niet ontvankelijkheid bij de rechtbank.

(...)

Na de nota van inlichtingen wordt verondersteld dat alle documenten helder en eenduidig zijn. Van de beantwoording van de vragen en overige verstrekte informatie wordt door opdrachtgever een geanonimiseerde nota van inlichtingen gemaakt. Deze wordt volgens planning gepubliceerd op TenderNed en gegadigden dienen zelf de Nota('s) van inlichtingen via het aanbestedingsplatform TenderNed te downloaden. Na afloop van deze informatieronde kunnen inschrijvers geen vragen meer stellen en/of opmerkingen maken, tenzij deze betrekking hebben op de gepubliceerde nota van inlichtingen en per ommegaande na publicatie van de nota van inlichtingen worden gesteld.

(...)

2.4. Aanbestedingsvoorwaarden

2.4.1. Algemene voorwaarden tot inschrijving

(...)

18. Geschil

Elk geschil tussen de bij deze aanbestedingsprocedure betrokkenen dat ontstaat naar aanleiding van deze aanbestedingsprocedure, dient via een civiel kort geding

of een voorlopige voorziening, bij de voorzieningenrechter van [de Rechtbank] aanhangig gemaakt te worden. De opdrachtgever dient hiervan gelijktijdig in kennis te worden gesteld door betekening van de dagvaarding.

19. Rechtsgang

Als niet binnen twintig (20) kalenderdagen na dagtekening van de mededeling van de gunningbeslissing een kort geding dan wel een voorlopige voorziening aanhangig is gemaakt, kunnen de gepasseerde inschrijvers geen bezwaren meer maken naar aanleiding van de beslissing en hebben zij hun rechten ter zake verwerkt. Opdrachtgever is in dat geval dan ook vrij om gevolg te geven aan de geuite beslissing. De gepasseerde inschrijvers hebben in genoemd geval evenzeer hun rechten verwerkt in een (bodem)procedure een vordering tot schadevergoeding in te stellen. Indien een kortgeding aanhangig is gemaakt, zal niet worden overgegaan tot gunning, tenzij onverwijld spoed dit noodzakelijk maakt. Door in te schrijven op de opdracht gaat de inschrijver akkoord met bekend- dan wel openbaarmaking van (onderdelen) van zijn inschrijving indien een rechter in een gerechtelijke procedure de opdrachtgever hiertoe verplicht.

(...)

3. Beoordelingssystematiek

(...)

3.2. Procedure

(...)

Fase 2: Vaststellen geschiktheid inschrijver

Een inschrijver verklaart eerst door middel van de ingediende, ingevulde en ondertekende Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA) of:

- de gestelde uitsluitingsgronden niet van toepassing zijn;
- de inschrijver voldoet aan de minimaal gestelde geschiktheidseisen.

Op verzoek dienen de bewijsmiddelen te worden overlegd. Deze hoeven dus niet bijgesloten te worden, of hier moet expliciet in dit aanbestedingsdocument om worden gevraagd. Een inschrijver die het UEA niet heeft toegevoegd of die niet aan alle gestelde eisen voldoet, wordt uitgesloten. Ook wanneer de in de bijlagen genoemde direct bij te voegen documenten niet kunnen worden overlegd, kan dit leiden tot uitsluiting.

(...)

Fase 3: Beoordelen of inschrijver zich conformeert aan de eisen

In deze fase wordt vastgesteld of inschrijver zich onvoorwaardelijk conformeert aan alle genoemde eisen zoals vermeld in Hoofdstuk 5 paragraaf 5.1 Gunningseisen. Een inschrijver die niet (onvoorwaardelijk) aan alle gestelde eisen voldoet, wordt uitgesloten van deze aanbesteding

(...)

Fase 7: Eventuele nadere verificatie

- Een verificatiegesprek kan op elk moment in de procedure onderdeel zijn.

- De opdrachtgever houdt zich het recht voor om bij/met inschrijver een verificatiebezoek/ verificatiegesprek (hierna: verificatie) af te leggen/te houden. Dit houdt in dat de opdrachtgever in de praktijk kan gaan verifiëren of de inschrijving aan het gestelde in dit aanbestedingsdocument voldoet. Dit kan op locatie van de

opdrachtgever of inschrijver zijn of op locatie bij een van de klanten van inschrijver, waar de (functionele) eisen en criteria in de praktijk zullen worden geverifieerd.

- De opdrachtgever behoudt zich het recht voor om bij de inschrijver, die in aanmerking komt voor gunning van de opdracht, bewijsmiddelen op te vragen.

- Door het indienen van een inschrijving gaat inschrijver akkoord met de verificatie en dient ook volledig hieraan mee te werken. Wanneer hieruit blijkt dat de inschrijving niet voldoet aan de eisen en criteria, dan wordt de inschrijving van desbetreffende inschrijver alsnog terzijde gelegd en uitgesloten van de aanbestedingsprocedure.

- De scores van de gunningscriteria en rangorde van de inschrijvingen worden definitief na de verificatieperiode.

- Zie voor verificatieperiode het programma van eisen.

(...)

4. Vaststellen geschiktheid inschrijver

Aan de hand van de eisen, zoals hieronder en in de publicatie in TenderNed vermeld, wordt de geschiktheid van de inschrijver vastgesteld, de zogeheten geschiktheidseisen. Als blijkt dat inschrijver niet voldoet aan de gevraagde eisen, behoudt de opdrachtgever zich het recht voor de inschrijving ter zijde te leggen en niet inhoudelijk te beoordelen. Eventuele bewijsmiddelen dienen op verzoek binnen tien (10) kalenderdagen door inschrijver te worden overlegd.

(...)

4.1.2. Geschiktheidseisen

De opdrachtgever sluit van deelneming aan de aanbestedingsprocedure of de opdracht iedere inschrijver uit die niet voldoet aan de vermelde geschiktheidseisen opgenomen in deze paragraaf en als bedoeld ter akkoordverklaring en ondertekening in het UEA (onder deel IV UEA) waaraan wordt getoetst of de inschrijver geschikt is om de opdracht uit te voeren. Dit gebeurt aan de hand van onderstaande eisen. Inschrijver verklaart door invulling van de UEA en het ondertekenen van het UEA door een rechtsgeldig vertegenwoordiger dat inschrijver aan de geschiktheidseisen voldoet. Op verzoek dient een inschrijver aanvullende bewijsmiddelen te kunnen overleggen, zoals vermeld.

UEA Deel IV: α: Algemene aanwijzing voor alle selectiecriteria

Wat de selectiecriteria betreft, vraagt de aanbestedende dienst de inschrijver het volgende te verklaren:

Hij voldoet aan alle criteria die in de betreffende aankondiging of in de in de aankondiging bedoelde aanbestedingsstukken (in paragraaf 4.1.2) zijn voorschreven.

- Geschiktheidseisen - Programma van eisen
- Geschiktheidseisen - Economische en financiële draagkracht
- Geschiktheidseisen - Technische en beroepsbekwaamheid

4.1.2.1. Geschiktheidseisen - Programma van eisen

Het programma van eisen heeft een knock-out karakter: het niet voldoen aan één of meerdere van deze eisen leidt automatisch tot uitsluiting. Als er in het programma van eisen tegenstrijdigheden of onduidelijkheden bevinden dient u hierover vragen te stellen in de vragenronde. Deze vragen zullen dan worden beantwoord in de nota van inlichtingen.

(...)

4.1.2.3. Geschiktheidseisen - Technische bekwaamheid (artikel 2.90 AW) Referenties

Met betrekking tot de geschiktheidseisen uit artikel 2.90 lid 2b is artikel 2.93 AW lid 1 van toepassing. In het Uniform Europees Aanbestedingsdocument betreft het deel IV.

Inschrijver toont zijn technische bekwaamheid of beroepsbekwaamheid aan door: Door de opdrachtgever zijn de volgende kerncompetenties vastgesteld, benodigd voor het toetsen van technische bekwaamheid en/of beroepsbekwaamheid, overeenkomend met essentiële punten van de opdracht:

(...)

- **Kerncompetentie 3:** leveren van gepersonaliseerde brieven voor de afdeling gemeentelijke belastingen (aanslagen, aanmaningen, bijsluiters). Inschrijver dient in de afgelopen 3 jaar voorafgaande aan de inschrijving ten minste 1 opdracht* (met opdracht in deze bedoeld wordt: de omvang van de gehele raamovereenkomst. Met opdracht wordt dus niet een enkele bestelling bedoeld) naar tevredenheid te hebben verricht met een minimale waarde van € 5.000,- .

(...)

5. Gunningseisen en –criterium

5.1. Gunningseisen

| De volgende gunningseisen worden gesteld: | |
|--|---|
| Programma van eisen | Zie hoofdstuk 3 [<i>bedoeld zal zijn: Bijlage 3, Commissie</i>] |
| Papiersoorten blanco modellen | Zie 5.1.1 |

(...)'

- 1.3. In Bijlage 3, 'Programma van Eisen' bij het Aanbestedingsdocument, is het volgende bepaald:

'Inschrijver moet akkoord gaan met het programma van eisen Europese aanbesteding drukwerk [Aanbesteder]. In het programma van eisen treft inschrijver de eisen die gesteld worden aan de te verrichten leveringen. Door een inschrijving in te dienen stemt inschrijver in met het Programma van Eisen. Het niet (geheel) voldoen aan/voorwaardelijk voldoen aan/niet instemmen met het Programma van Eisen leidt tot uitsluiting van uw onderneming van deze aanbesteding.'

- 1.4. In een aparte Bijlage 3, 'Programma van Eisen' is, onder meer, het volgende bepaald:

'Hieronder treft u de eisen die gesteld worden aan de te verrichten leveringen. Door een inschrijving in te dienen stemt u in met het Programma van Eisen. Het niet (geheel) voldoen aan/voorwaardelijk voldoen aan/niet instemmen met het Programma van Eisen leidt tot uitsluiting van uw organisatie van deze aanbesteding.'

(...)

Milieu en duurzaamheid (geldend voor alle onderdelen)

52. Alle leveringen dienen te voldoen aan de milieucriteria voor papier en milieucriteria voor drukwerk, beide toegevoegd als bijlagen bij deze aanbesteding [zie 1.6 en 1.7 hierna, Commissie].

53. Papier dient te voldoen aan NEN-norm 12281-2002 en papier, niet zijnde papier van enveloppen dient te voldoen aan NEN-norm 2728. De papierkleur is afhankelijk van de huisstijl.

(...)

- 1.5. In Bijlage 6.a, 'Milieucriteria voor het maatschappelijk verantwoord inkopen van Papier', bij het Aanbestedingsdocument is, onder meer, het volgende bepaald:

1. Scope/afbakening

(...)

Neem de criteria die voor papier gelden mee bij de inkoop van drukwerk. De criteria van papier gelden namelijk ook voor het papier voor drukwerk.

(...)

5. Minimumeisen

De criteria betreffen twee verschillende productgroepen:

- papier op basis van 100% teruggewonnen papiervezels, gerecycled papier;
- papier op basis van niet-gerecyclede vezels (met mogelijk een percentage teruggewonnen vezels).

Met het oog op optimale concurrentie en vermindering van discriminatie wordt de aanbestedende instantie aanbevolen naar de criteria van beide productgroepen te verwijzen als alternatieve manieren voor het bereiken van het doel milieuvriendelijk papier te kopen.

Optie: papier op basis van 100% teruggewonnen papiervezels, gerecycled papier

(...)

Optie: papier op basis van niet-gerecyclede vezels (met mogelijk een % teruggewonnen vezels)

| Nr. | Minimumeisen (ME) |
|-----|--|
| ME5 | <p>Herkomst primaire houtvezels</p> <p>Te leveren hout of hout verwerkt in te leveren (hout)producten dient te voldoen aan de Dutch Procurement Criteria for Timber die zijn vastgelegd in de TPAS (Timber Procurement Assessment System), waarbij geldt dat het voldoet aan alle 9 principes voor duurzaam bosbeheer (sustainable forest management).</p> <p><i>Verificatie</i></p> <p>Hout voldoet in elk geval aan de criteria indien het is gecertificeerd volgens een systeem dat is goedgekeurd door de toetsingscommissie TPAC (Timber Procurement Assessment Committee).</p> <p>Daarnaast kan de inschrijver ander bewijs leveren, voorzien van uitgebreide, gedocumenteerde en op authenticiteit verifieerbare gegevens en informatie, waaruit blijkt dat aan de gestelde minimumeis wordt voldaan.</p> <p>Een overzicht met goedgekeurde certificatiesystemen is te vinden op de website: http://www.tpac.smk.nl/170/about/judgements.html</p> |
| | <p><i>Toelichting</i></p> <p>Meer informatie over het inkopen van duurzaam geproduceerd hout en papier is te vinden op: www.inkoopduurzaamhout.nl. Een voorbeeld bestekbepaling t.a.v. duurzaam geproduceerd hout is te vinden op: http://www.inkoopduurzaamhout.nl/public/pdf/bestektekst_juli2017.pdf.</p> <p>Algemene informatie over het voorschrijven en controleren van duurzaam geproduceerd hout is te vinden op: www.houtdatabase.nl. De volledige TPAS criteria zijn te vinden op de website: http://www.tpac.smk.nl/Public/TPAC%20documents/DutchProcurementCriteriaMAR2014.pdf</p> |

(...)'

- 1.6. In Bijlage 6.b, 'Milieucriteria voor het maatschappelijk verantwoord inkopen van Drukwerk', bij het Aanbestedingsdocument is, onder meer, het volgende bepaald:

'1. Scope/afbakening

(...)

Alle papier gerelateerde milieuaspecten en -criteria komen aan bod in het criteria-document van de productgroep Papier.

(...)

5. Minimumeisen

| Nr. | Minimumeisen (ME) |
|-----|---|
| ME1 | <p><i>(Bij offsetdrukwerk en/of digitaal printwerk)</i></p> <p>Papier</p> <p>Papier dat wordt gebruikt voor het drukwerk moet voldoen aan de minimumeisen van de productgroep Papier. Door tenminste de minimumeisen van de productgroep Papier op te nemen in de drukwerkenaanbesteding, zorgt de aanbestedende dienst ervoor dat ook het papier dat voor offsetdrukwerk en digitaal printwerk wordt gebruikt, aan de relevante duurzaamheidscriteria voldoet.</p> <p>Voor offsetdrukwerk en digitaal printwerk zijn alleen de minimumeisen van de productgroep papier van toepassing. De gunningscriteria van de productgroep papier zijn niet van toepassing omdat het voor drukwerkleveranciers een relatief grote administratieve last is om de gunningscriteria door te vertalen naar hun toeleveranciers en deze te verifiëren.</p> <p>De criteria van de productgroep Papier zijn te vinden op de website van PIANOo: www.pianoo.nl/</p> |

(...)'

- 1.7. Ondernemer heeft een inschrijving ingediend.
- 1.8. Op 13 september 2018 heeft aanbesteder ondernemer het onderstaande bericht verzonden, waarin hij om verduidelijking vraagt met betrekking tot een door ondernemer bij zijn inschrijving ingediende referentie.

'We hebben de ontvangen inschrijvingen voor de Europese aanbesteding drukwerk grondig bestudeerd. Daarbij is uitgegaan van hetgeen de inschrijvers schriftelijk hebben ingediend. Naar aanleiding van uw inschrijving willen wij gebruik maken van de mogelijkheid u een verduidelijkingsvraag te stellen over de door u ingediende kerncompetenties en bijhorende referenties:

(...)

Kerncompetentie 3

Voor de referentie met betrekking tot kerncompetentie 3 wordt het volgende gevraagd: leveren van gepersonaliseerde brieven voor de afdeling gemeentelijke belastingen (aanslagen, aanmaningen, bijsluiters). Inschrijver dient in de afgelopen 3 jaar voorafgaande aan de inschrijving ten minste 1 opdracht* (met opdracht in deze bedoeld wordt: de omvang van de gehele raamovereenkomst. Met opdracht wordt dus niet een enkele bestelling bedoeld) naar tevredenheid te hebben verricht met een minimale waarde van € 5.000,-

In kerncompetentie 3 wordt expliciet gevraagd naar ervaring met het leveren van gepersonaliseerde brieven voor de afdeling gemeentelijke belastingen (aanslagen, aanmaningen, bijsluiters). [Ondernemer] heeft hier als referentie [Referentie X] ingediend.

Uit deze referentie blijkt niet dat [Ondernemer] ervaring heeft met het leveren van gepersonaliseerde brieven voor de afdeling gemeentelijke belastingen. Graag ontvangt aanbestedende dienst een verduidelijking van de aangeleverde referentie voor kerncompetentie 3 waaruit blijkt dat [Ondernemer] ervaring heeft met het leveren van gepersonaliseerde brieven voor de afdeling gemeentelijke belastingen met expliciet de voorbeelden aanslagen, aanmaningen en bijsluiters.

(...)'

- 1.9. Op 17 september 2018 heeft ondernemer de onderstaande verduidelijking gegeven met betrekking tot de door hem ingediende referentie voor kerncompetentie 3.

'(...)

Toelichting bij kerncompetentie 3

In de aanbesteding worden de producten die u vraagt niet exact gespecificeerd. Wij hebben op basis van bijvoorbeeld informatie van het prijzenblad een inschatting gemaakt van de complexiteit en de omvang van de producten. [Ondernemer] is een grafisch bedrijf dat naast basis drukwerkproducten ook producten met een hoge complexiteit vervaardigd. Wij doen dit voor zowel nationale als internationale organisaties. Voor deze aanbesteding, die bestaat uit relatief eenvoudige druk- en printwerkproducten, hebben wij gekozen voor een regionale referentie met vergelijkbare complexiteit. Uiteraard zijn de productbenamingen van "[Referentie X]" anders dan die van [Aanbesteder]. Daarom gaan wij uit van verschillende productcategorieën. Onderstaand lichten wij de referentie verder toe.

[Ondernemer] maakt voor "[Referentie X]" gepersonaliseerde brieven, acceptgiro's en bijsluiters. De producten die bij [Aanbesteder] benoemd worden als "gepersonaliseerde brieven voor de afdeling gemeentelijke belastingen", "aanslagen" en "aanmaningen" vallen bij [Ondernemer] onder de productcategorie "directmailing met transactiedocumenten". Wij hebben hier ruime ervaring mee. Uiteraard niet met "de afdeling gemeentelijke belastingen" omdat [Aanbesteder] nog geen klant is. Derhalve is het ons inziens redelijk dat het opgeven van een referentie waarvoor wij dezelfde productcategorie leveren voldoende aantoont dat wij hiervoor de juiste competenties hebben.

Voor de categorie "direct mailing met transactiedocumenten" hanteert [Ondernemer] bijzondere procedures om met name de gegevensbescherming te waarborgen. Voor de behandeling van databestanden worden maatwerkovereenkomsten gesloten die beschrijven via welke route bestandsgegevens worden aangeleverd, op welke wijze de proeffase van deze bestanden beveiligd wordt uitgevoerd en hoe de bestanden na verwerking worden verwijderd. Voor onze referentie "[Referentie X]" is hierbij geen verschil in behandeling van de verschillende producten die binnen deze productgroep "direct mailing met transactiedocumenten" vallen. Wij gaan ervan uit dat ook voor de afdeling gemeentelijke belastingen van [Aanbesteder], de gepersonaliseerde brieven, aanslagen en aanmaningen binnen deze productcategorie vallen. De beschrijving in de aanbesteding geeft geen reden om aan deze aanname te twijfelen.

De bijsluiters die expliciet genoemd moeten worden vallen doorgaans in de productcategorie "enkelvoudig product" of "enkelvoudig product met extra afwerking". De vorm van de bijsluiter wordt in de aanbesteding niet nader omschreven. Naar onze inschatting betreft dit producten in de A formaten reeks, één- of tweezijdig bedruk en afhankelijk van het formaat van de verzending nog één of meerder slagen gevouwen. Deze productvorm is gelijk aan de bijsluiters zoals wij die verzorgen voor "[Referentie X]".

Zoals al eerder aangegeven, de producten uit deze aanbesteding vallen niet in de categorie "complexe producten" die bij [Ondernemer] ook een groot deel van het orderpakket omvat. Denk hierbij aan complexe ICT infrastructuur waarmee data van veel verschillende bronnen moet worden samengevoegd tot één publicatie waaraan planningseisen verbonden zijn en waarbij de bronnen met geautomatiseerde digitale aanmaningen bij het proces betrokken worden.'

- 1.10. Op 19 september 2018 heeft aanbesteder ondernemer via het onderstaande bericht medegedeeld dat de inschrijving van ondernemer is uitgesloten.

'Hartelijk dank voor het uitbrengen van uw inschrijving in de Europese Openbare aanbesteding Drukwerk [Aanbesteder].

Wij hebben vijf inschrijvingen ontvangen. Eén inschrijving hebben we uit moeten sluiten vanwege het niet uiterlijk op sluitingsdatum en -tijdstip indienen van de papiersoorten blanco modellen (onderdeel van de inschrijving).

Drie inschrijvingen hebben we uit moeten sluiten conform §3.2 vanwege het niet voldoen aan de geschiktheidseisen § 4.1.2.3 van het aanbestedingsdocument.

Ik moet u helaas mededelen dat [Ondernemer] ook uitgesloten is vanwege het niet voldoen aan de geschiktheidseisen onder § 4.1.2.3 Geschiktheidseisen – Technische bekwaamheid (artikel 2.90 AW) referenties [zie 1.2 hiervoor, Commissie].

Voor [Ondernemer] betreft dit kerncompetentie 3.

Er wordt expliciet gevraagd naar ervaring met het leveren van gepersonaliseerde brieven voor de afdeling gemeentelijke belastingen (aanslagen, aanmaningen, bijsluiters). [Ondernemer] heeft hier als referentie [Referentie X] ingediend.

Namens [Aanbesteder] is er een verduidelijkingsvraag hierover gesteld [zie 1.8 hiervoor, Commissie].

Uit uw antwoord op de verduidelijkingsvraag blijkt niet dat [Ondernemer] ervaring heeft met het leveren van gepersonaliseerde brieven voor de afdeling gemeentelijke belastingen met expliciet de voorbeelden aanslagen, aanmaningen en bijsluiters.

Zoals uit uw antwoord blijkt: "[Ondernemer] maakt voor "[Referentie X]" gepersonaliseerde brieven, acceptgiro's en bijsluiters.....Uiteraard niet met "de afdeling gemeentelijke belastingen" omdat [Aanbesteder] nog geen klant is. Derhalve is het ons inziens redelijk dat het opgeven van een referentie waarvoor wij dezelfde productcategorie leveren voldoende aantoont dat wij hiervoor de juiste competenties hebben".

[Aanbesteder] moet handelen naar de Aanbestedingswet en heeft helaas geen andere keuze dan op basis van de door [Ondernemer] ingediende inschrijving door het niet voldoen aan de geschiktheidseisen [Ondernemer] te moeten uitsluiten.

Voor het toepassen van een verduidelijkingsvraag verwijs ik u naar <https://www.pianoo.nl/nl/regelgeving/jurisprudentie/jurisprudentieoverzicht/beslissingen-selectie-en-gunning/herstel-van>

We realiseren ons dat het maken van de inschrijving uw bedrijf energie heeft gekost, we hadden u dan ook graag een andere uitslag gegund. We kunnen ons voorstellen dat u vragen hierover heeft of een gesprek met ons wenst. We hebben hiervoor vrijdagochtend 28 september 2018 voor gereserveerd. (...)

Als u tegen deze beslissing actie wenst te ondernemen, verzoeken we u dit binnen een vervaltermijn van 20 kalenderdagen na de dagtekening van dit schrijven kenbaar te maken met een inleidende dagvaarding.

Tevens delen we u mee dat u naast dit bericht op de hoogte wordt gehouden van de voorgenomen gunningsbeslissing met een aparte brief. Met betrekking tot de voorgenomen gunning kunnen wij u melden dat als u tegen die voorgenomen gunningsbeslissing actie wenst te ondernemen dit mogelijk is binnen een vervaltermijn van 20 kalenderdagen (dit is tevens de standstill-termijn) na dagtekening van het desbetreffende brief die u nog ontvangt. Dit dient u eveneens kenbaar te maken met een inleidende dagvaarding.'

- 1.11. Op 20 september 2018 heeft ondernemer als volgt gereageerd op het bericht van aanbesteder van 19 september 2018.

'Met verbazing hebben wij kennis genomen van uw reactie op de beantwoording van uw verduidelijkingsvragen betreffende referentie 3.

Bij het beoordelen competenties gaat het om beoordelen van onze kennis en vaardigheden in het kunnen leveren van door u gevraagde producten. Dit kunnen wij aantonen door producten die vergelijkbaar zijn met de producten die u vraagt. Hierbij is niet de productbenaming leidend maar de productspecificatie. Wij hebben u uitgelegd in welke productgroepen uw producten bij ons vallen en die zijn vergelijkbaar met het werk dat wij voor andere klanten in deze productgroepen maken en daarmee is onze technische bekwaamheid aangetoond. Het kan toch niet zo zijn dat u een product met vergelijkbare specificaties als referentie afwijst om de benaming die uw organisatie aan het product geeft?

Wij hebben dit vraagstuk voorgelegd aan een aanbestedingsadviseur met kennis van de juridische kanten van deze zaak. Op basis van de "Gids Proportionaliteit" paragraaf 3.5 F en G beoordeelt hij de wijze van referentiebeoordeling als

onrechtmatig. Er is jurisprudentie op dit gebied waaruit blijkt dat een dergelijke verenging van beoordeling door de rechter is afgewezen.

De aanbestedingswet waar u naar verwijst heeft geen enkele belemmering om gelijkwaardige referentie opdrachten te accepteren, sterker nog, gelijkwaardigheid van bewijsvoering is een belangrijk element in de aanbestedingswet.

Wij verzoeken u daarom vriendelijk om onze referentie te accepteren en het proces van beoordeling te hervatten. Het lijkt ons voor zowel [Aanbesteder] als voor [Ondernemer] niet wenselijk om hier een juridische weg te bewandelen.

Wij zien uw reactie met belangstelling tegemoet, uiterlijk dinsdag 25 september, dit in verband met uw uitnodiging voor een gesprek op 28 september aanstaande.'

- 1.12. Op 24 september 2018 heeft aanbesteder als volgt op het bericht van ondernemer van 20 september 2018 gereageerd.

'Uw e-mail van 20 september 2018 inzake uw uitsluiting van de Europese aanbesteding drukwerk (...) hebben wij in goede orde ontvangen. Wij hebben er alle begrip voor dat u de casus heeft voorgelegd aan uw juridische adviseur, echter liggen de feiten toch wezenlijk anders dan u aangeeft in dit schrijven.

Zoals in de aanbestedingsdocumenten staat beschreven dient referentie behorende bij kerncompetentie 3 minimaal te voldoen aan; *het leveren van gepersonaliseerde brieven voor de afdeling gemeentelijke belastingen (aanslagen, aanmaningen, bijsluiters). Inschrijver dient in de afgelopen 3 jaar voorafgaande aan de inschrijving ten minste 1 opdracht* (met opdracht in deze bedoeld wordt: de omvang van de gehele raamovereenkomst. Met opdracht wordt dus niet een enkele bestelling bedoeld) naar tevredenheid te hebben verricht met een minimale waarde van € 5.000,- .*

[Ondernemer] heeft in haar referentie niet aangetoond dat werkzaamheden zijn verricht voor de afdeling gemeentelijke belastingen (de referent betreft in deze [Referentie X], dit is overduidelijk geen gemeentelijke afdeling belastingen) en dat u voor de afdeling belastingen aanslagen en aanmaningen afgedrukt heeft. Dit is voor [Aanbesteder] een belangrijke ervaringeis die middels deze referentie aangetoond moet kunnen worden. Niet voor niets zijn deze specifieke productgroepen aan de 'gepersonaliseerde brieven voor de afdeling gemeentelijke belastingen' toegevoegd, waarmee wij uw toelichting bij kerncompetentie 3 pertinent weerspreken. Het verwerken van complexe data (informatie van burgers gekoppeld aan financiële gemeentelijke data) om aanslagen en aanmaningen te kunnen printen is iets wezenlijks anders dan het printen van enkel acceptgiro's. Tegen die achtergrond is deze referentie-eis tot stand gekomen. Dit kan niet worden aangemerkt als een vergelijkbare specificatie, zoals u stelt in uw voornoemde schrijven. Onder welke productiegroep [Ondernemer] het voornoemde in haar eigen organisatie schaarst (zoals u schrijft 'direct mailing') is in deze niet relevant.

Voorts verwijst [Aanbesteder] in deze expliciet naar voorschrift 3.5 B van de Gids Proportionaliteit. [Aanbesteder] herkent zich geenszins in, zoals u stelt, onrechtmatig handelen in relatie tot voorschrift 3.5 F en G die zich richt op de omvang van de referentie. [Aanbesteder] heeft hier ruimschoots aan voldaan om slechts een minimale waarde van € 5.000,- over de drie jaar te vragen en volgt uw standpunt in deze dan ook niet. De inhoudelijkheid (waar uw schrijven zich op richt, ofwel voorschrift 3.5 B) van een referentie-eis staat los van de omvang (voorschriften 3.5 F en G).

Het is evident dat de door [Ondernemer] ingediende referentie behorende bij kerncompetentie 3 niet aan het gestelde voldoet en rest het [Aanbesteder] niets anders dan uw inschrijving terzijde te leggen en kunnen uw verzoek om de referentie te

accepteren niet honoreren. Graag verneem ik van u of voornemens bent om gebruik te maken van de afspraak van 28 september of anderszins.

Voor de volledigheid plaats en verstuur ik beide reacties ook via TenderNed.'

1.13. Op 27 september 2018 heeft ondernemer middels het onderstaande bericht gereageerd op het bericht van aanbesteding.

'Wij vragen u nogmaals om uw standpunt te heroverwegen en wel om de navolgende redenen:

- [Ondernemer] heeft ervaring met complexe ICT koppelingen met toepassingen van diverse klanten. Deze toepassingen zijn in een aantal gevallen nog complexer dan het product dat u schetst. In het kader van deze aanbesteding was het geen optie om een product op te geven dat weliswaar veel complexer is, maar in een totaal andere markt wordt toegepast. Vandaar dat wij een klant-product hebben geselecteerd dat u voor minder complex aanziet, maar dat wel qua output meer gelijkenis heeft.
- U bepleit dat het gaat om een complexe productie, terwijl het product in uw programma van eisen in de categorie "eenvoudige reprografie..." valt. Op deze grond hebben wij ook gekozen voor het indienen van de huidige referentie. Indien de data koppeling gerealiseerd is, iets waar onze ICT medewerkers mee vertrouwd zijn, is het afdrukken productie technisch geen complexe productie. Uiteraard komen extra controle elementen aan de orde, maar ook daar zijn wij als organisatie vertrouwd mee.
- Het ervaring hebben met "de afdeling gemeentelijke belastingen" is wel degelijk een verenging van de inschrijving waardoor het aantal inschrijvers beperkt wordt in de manier waarop u deze zinsnede in uw beoordeling toepast. Strikt genomen kan alleen de huidige leverancier voldoen aan de omschrijving "de afdeling gemeentelijke belastingen". Als er had gestaan "een afdeling gemeentelijke belastingen" had dat meer ruimte gegeven in de wijze waarop u de zinsnede toepast. Overigens is het met die toepassing ook onterecht om onze competenties in twijfel te trekken omdat wij uit ervaring weten dat verschillende gemeentes de "aanslagen gemeentelijke belastingen" op verschillende manieren met de drukkerij delen. Mocht een andere inschrijver dus ervaring hebben met een andere gemeente, dan is dat evenmin een garantie dat zij met uw werkwijze overweg kunnen. Met andere woorden; de manier van beoordelen is nu zodanig subjectief dat wij u dringend verzoeken om op dit punt een heroverweging te maken.
- Wij verwijzen hierbij ook uitdrukkelijk naar pagina 7 van uw aanbestedingsdocument waar u schrijft:
Deze aanbesteding biedt alle ruimte voor MKB'ers om te kunnen inschrijven. Door de verschuiving van offset naar hoogwaardig full color promotioneel print, eenvoudige printopdrachten (die veelal gecombineerd worden) is het logisch om deze opdracht als één gehele opdracht te zien.

Wij stellen u het volgende voor:

- Optie 1: rekening houdend met de complexiteit van de ICT toepassingen die [Ondernemer] operationeel heeft, vragen wij u om de inschrijving van [Ondernemer] mee te nemen in de volgende fasen van beoordeling. In de verificatiefase heeft u de gelegenheid om onze competenties te toetsen door proefopdrachten.
U loopt daarmee geen risico, maar geeft wel MKB bedrijven een eerlijke kans om deze aanbesteding gegund te krijgen.
- Optie 2: U maakt gebruik van uw recht, verwoord op pagina 12 van uw aanbestedingsdocument 2.4.1.2 "Opdracht wijzigen", en u vraagt dit deel van de aanbesteding specifiek uit, met omschrijving van uw gewenste werkwijze, de exacte samenstelling van de producten en de eisen aan de verwerking.

Vervolgens geeft u de inschrijvers de gelegenheid om, al dan niet gebruikmakend van onderaannemers, een referentie op te geven die beter aansluit op uw werkelijke behoefte.

Graag vernemen wij van u of u één van onze voorstellen overneemt. Zo niet, dan maken wij graag een afspraak op donderdag 27 september om 14:00uur of voor vrijdag 28 september om 10.00uur (...).'

- 1.14. Op 27 september 2018 heeft aanbesteder als volgt gereageerd op het bericht van ondernemer van diezelfde dag.

'In reactie op uw schrijven van vanmorgen kan ik u namens [Aanbesteder] als volgt reageren;

Voorop gesteld dat wij uw inspanningen om voor [Aanbesteder] te willen werken in deze waarderen. We kunnen één van onze voorstellen niet overnemen, we willen dit graag nader toelichten en nodigen u conform uw verzoek uit voor een afspraak op vrijdag 28 september om 09.30 tot 10.30 uur (...). (...).'

- 1.15. Op 6 november 2018 heeft aanbesteder de onderstaande mededeling van de gunningsbeslissing aan ondernemer verzonden.

'Zoals gerefereerd in onze brief van 19 september 2018 [*zie 1.10 hiervoor, Commissie*] houden we u op de hoogte van de voorgenomen gunningsbeslissing in de aanbestedingsprocedure Drukwerk [Aanbesteder].

Wij hebben vijf inschrijvingen ontvangen, waarvan vier stuks zijn uitgesloten. Eén op de gunningseis papiersoorten blanco modellen en drie op de geschiktheidscriteria. Het beoordelingsteam, bestaande uit verschillende deskundigen, heeft de enige overgebleven inschrijving, namelijk [Ondernemer A] beoordeeld op basis van het gunningscriterium EMVI – BPKV (economisch meest voordelige inschrijving – beste prijs kwaliteit verhouding) – met methodiek gunnen op waarde, aan de hand van de criteria zoals opgenomen in het aanbestedingsdocument.

In het onderstaand overzicht vindt u de score en motivatie:

- Gunningseisen 5.1.1 Papiersoorten blanco modellen
 1. Papierkwaliteit briefpapier
 2. Envelop (C5) kwaliteit
 3. Envelop (C4) kwaliteit
 4. Papierkwaliteit visitekaartjes

De beoordelingscommissie heeft alle hier genoemde vier gunningseisen beoordeeld als voldoende. Er is daarom geen sprake van knock-out, de inschrijving is niet terzijde gelegd maar verder beoordeeld.

(...)

Naar aanleiding van de beoordeling delen wij u mee dat wij, op basis van het gunningscriterium Economisch Meest Voordelige Inschrijving – Beste Prijs Kwaliteit Verhouding, de opdracht voornemens zijn te gunnen aan de inschrijver met de hoogste score [Ondernemer A].

Het voornemen tot gunning (voorlopige gunningsbeslissing) wordt aan alle inschrijvers via TenderNed bekend gemaakt. Met betrekking tot de voorgenomen gunning kunnen wij u melden dat als u tegen die voorgenomen gunningsbeslissing actie

wenst te ondernemen dit mogelijk is binnen een vervaltermijn van 20 kalenderdagen (dit is tevens de standstill-termijn) na dagtekening van deze brief. Dit dient u kenbaar te maken met een inleidende dagvaarding.

Zoals is aangegeven in het aanbestedingsdocument, wordt met deze onderneming een voorgenomen gunning aangegaan onder opschortende voorwaarde dat er binnen een periode van 20 (kalender)dagen na dagtekening van deze brief geen civiel of arbitraal kort geding is aangespannen tegen dit voornemen en de onderneming de verificatieperiode geheel succesvol heeft doorlopen.

(...)'

- 1.16. Op 7 november 2018 heeft ondernemer het onderstaande bericht aan aanbesteder verzonden.

'Met grote verbazing hebben wij kennis genomen van het voornemen tot gunning van het drukwerk van [Aanbesteder] aan [Ondernemer A].

Aan het einde van ons gesprek over de uitsluiting van [Ondernemer] op basis van de referentie hebben wij kort gesproken over de FSC certificering die nodig is om te kunnen voldoen aan de criteria van duurzaam inkopen.

[Ondernemer A] heeft geen FSC certificering en kan dus niet aan de verplichte criteria voldoen.

Wij hebben u hier uitdrukkelijk op gewezen en u ook aangegeven waar u de certificering kunt verifiëren.

Wij doen een beroep op u om alsnog af te zien van gunning op basis van de verificatiefase zoals u benoemd in de één na laatste alinea van de brief over het voornemen tot gunning. Deze verificatie kunt u vandaag uitvoeren door op de volgende website de certificering van [Ondernemer A] te controleren:

<https://info.fsc.org/certificate.php>

Hiermee voorkomt we een procedure die [Aanbesteder] en [Ondernemer] nog meer energie kost terwijl de uitkomst al vooraf bekend is.

(...)'

- 1.17. Op 9 november 2018 stuurt ondernemer voorts het onderstaande, aanvullende bericht aan aanbesteder.

'Wij hebben voor u wat extra achtergrond informatie op rij gezet voor wat betreft de Milieu criteria Papier waar u in de aanbesteding naar verwijst. Wij gaan er van uit u hiermee voldoende achtergrond informatie verstrekt te hebben om te kunnen verifiëren dat de voorlopige gunning herzien dient te worden.

In de betreffende bijlage van uw aanbesteding staat het volgende vermeld:

Herkomst primaire houtvezels

Te leveren hout of hout verwerkt in te leveren (hout)producten dient te voldoen aan de Dutch Procurement Criteria for Timber die zijn vastgelegd in de TPAS (Timber Procurement Assessment System), waarbij geldt dat het voldoet aan alle 9 principes voor duurzaam bosbeheer (sustainable forest management).

Verificatie

Hout voldoet in elk geval aan de criteria indien het is gecertificeerd volgens een systeem dat is goedgekeurd door de toetsingscommissie TPAC (Timber Procurement Assessment Committee).

TPAC verwijst hierbij naar FSC en PEFC als twee systemen die aan de eisen voldoen.

De website van PIANOo, "Expertisecentrum Aanbesteden van het ministerie van Economische Zaken en Klimaat" beschrijft het volgende:

Eisen duurzaam hout en papier

Alle overheden moeten sinds 1 januari 2015 100% duurzaam geproduceerd hout en papier inkopen. Te leveren hout of hout verwerkt in te leveren (hout)producten dient te voldoen aan de Dutch Procurement Criteria for Timber ten aanzien van duurzaam bosbeheer en de handelsketen. De inkoper dient rekening te houden met enkele aandachtspunten.

De inschrijver dient bij levering van het product bewijs aan te leveren waaruit blijkt dat aan de gestelde eis wordt voldaan. Hout voldoet aan de gestelde eis indien het wordt geleverd onder een certificeringssysteem dat door de voor dit dossier verantwoordelijke staatssecretaris is toegelaten tot het inkoopbeleid, zoals bijvoorbeeld Forest Stewardship Council (FSC) en Programme for Endorsement of Forest Certification (PEFC).

Productgroepen

Bovenstaande geldt voor de productgroepen:

- Cluster Kantoorfaciliteiten en diensten: (...) en papier (...)

Aandachtspunten

Houd rekening met het volgende.

Check offertes en facturen

Check offertes en facturen op een certificaatnummer (Chain-of-Custody nummer) en productclaim bijvoorbeeld FSC Mix 70%, PEFC 70% of andere door de staatssecretaris geaccepteerde keurmerken (certificeringssystemen). Er zijn voorbeeldfacturen op welke vermeldingen gelet moet worden, waaronder controle op de geldigheid van certificaten.'

- 1.18. Op 12 november 2018 heeft aanbesteder als volgt op de berichten van ondernemer van 7 en 9 november 2018 gereageerd.

'Zoals afgesproken kom ik op korte termijn terug met een reactie op uw mail van 7 november 2018 met inachtneming van de aanvullende achtergrondinformatie van 09 november 2018.

De aanbestedende dienst (...) kan op geen enkele wijze vaststellen uit de aanbestedingsdocumenten dat de inschrijvende partij (in dit geval [Ondernemer A]) zelf FSC gecertificeerd moet zijn.

Uiteraard houden we een periode van Verificatie/proof of concept (POC)/ proefopdrachten en tijdens de verificatiefase moet blijken of inschrijver ([Ondernemer A]) aan al het gestelde voldoet.

Naar onze mening hoeft inschrijver ([Ondernemer A]) als onderneming niet een FSC certificaat te hebben, alleen moet het papier wel voldoen aan de criteria (en dat is een heel verschil).

Voor de volledigheid plaats en verstuur ik deze reactie ook via TenderNed.'

- 1.19. Op 12 november 2018 heeft ondernemer als volgt op het bericht van aanbestedder van dezelfde dag gereageerd.

'Het verbaast ons dat de aanbestedende dienst niet in staat is om op basis van onze mail van 7 november en de aanvullende informatie vast te stellen dat [Ondernemer A] niet voldoet aan de milieucriteria voor papier. Mogelijk bent u niet bekend met FSC en PEFC certificeringsstandaarden. Bedrijven die geen gecertificeerd controlesysteem hebben (in de chain of custody) mogen op geen enkel wijze materialen aanbieden waarbij zij deze certificering van het product wel claimen. Dat betekent dat als [Ondernemer A] u producten levert en daarbij vermeldt dat ze FSC of PEFC gecertificeerd zijn, [hij] daarmee een onrechtmatige claim doet. Als u dit accepteert in uw inkoopbeleid, dan ondermijnt u de duurzaamheidssystemen en u wijkt af van de vereiste milieucriteria voor papier. Ten overvloede wijzen wij u erop dat [Ondernemer A] ook op [zijn] website onrechtmatig claimt dat ze FSC gecertificeerde producten leveren. Graag verwijzen wij u naar de website van FSC om de feiten over FSC te verifiëren: <http://www.fsc.nl/nl-nl/certificeren/keurmerkgebruik-01>

Wij hebben hierover voor de zekerheid nog contact opgenomen met FSC Nederland en die bevestigen dit. Wij verzoeken u dringend u hierover ook te laten informeren door FSC Nederland en/of PEFC Nederland.

Het document "Milieucriteria papier" vermeldt duidelijk in ME5 hoe geverifieerd kan worden of het papier aan de criteria voldoet. FSC en PEFC certificering zijn TPAC goedgekeurde systemen. Andere verantwoording is ondoenlijk omdat daarbij niet gebruik gemaakt mag worden van de systemen die op FSC of PEFC certificering berusten omdat het bedrijf niet in die Chain of Custody is opgenomen. Met andere woorden; een inkoopfactuur van een groothandel met een FSC claim of een paper-profile met FSC of PEFC claim kan niet als bewijslast dienen! FSC en PEFC bewijslast kan alleen gebruikt worden door gecertificeerde bedrijven. Andere bewijslast is praktisch gezien niet te verkrijgen.

Verder verwijzen wij ook graag naar het rapport "Inkoop in zicht? Een onderzoek naar inkoop en aanbesteden bij [Aanbesteder] van de Rekenkamercommissie [van Aanbesteder]". Daarin wordt op pagina 33 vermeld: "Bij bouwzaken wordt het gebruik van duurzaam hout bijv. aangetoond door het aanleveren van een FSC- of PEFC-keurmerk". Wij vragen u hier als aanbestedende dienst consistent mee om te gaan en op deze wijze ook uw inkoop van papier te beoordelen.

Op de "Duurzaamheidsmeter" wordt van [Aanbesteder] ook het volgende vermeld: punt 43: Papier van [Aanbesteder] dat niet van recycling afkomstig is heeft wel het FSC keurmerk.

Ook hiervoor geldt; het keurmerk kan alleen via een chain of custody gecertificeerd bedrijf geleverd worden.

Wij vragen u dringend om bovenstaande te verifiëren en alsnog af te zien van gunning. Anders zien wij ons genoodzaakt om verdere stappen te ondernemen.

(...).'

- 1.20. Op 15 november 2018 heeft ondernemer het onderstaande bericht aan aanbesteder verzonden.

'Donderdagochtend 15 november heeft de heer [B] van [Adviesbureau C] contact met ons opgenomen over de kwestie van de milieucriteria van papier die vanuit de rijksoverheid zijn vastgesteld. Uit dat gesprek leiden wij af dat er aan de zijde van [Adviesbureau C] weinig bekendheid is met de milieucriteria van papier, en met de daarbij behorende eisen van TPAC in het bijzonder. Wij hebben stap voor stap met dhr. [B] doorgenomen hoe de verificatie van de milieucriteria dient plaats te vinden. TPAC en ook de verantwoordelijk staatsecretaris stellen dat hout/papier voldoet aan de gestelde eis indien het wordt geleverd onder een certificeringssysteem, zoals bijvoorbeeld Forest Stewardship Council (FSC) en Programme for Endorsement of Forest Certification (PEFC). <https://www.pianoo.nl/nl/themas/maatschappelijk-verantwoord-inkopen-duurzaam-inkopen/productgroepen/kantoorgebouwen/eisen>

Tijdens het gesprek met dhr. [B] kregen wij de indruk dat ook werking van de certificeringssystemen bij [Adviesbureau C] niet bekend is. Certificeringssystemen zijn beschermde systemen waarvan alleen de gecontroleerde bedrijven gebruik mogen maken in hun verantwoording. Met andere woorden; een bedrijf dat niet wordt gecontroleerd door een bevoegde instantie kan geen beroep doen op de classificatie van het product van bijvoorbeeld zijn leverancier. Dus als [Ondernemer A] zich verantwoord over de milieucriteria van het papier door te verwijzen naar de FSC claim die de papierleverancier daaraan toe kent, is dat onvoldoende om aan de aanbestedende organisatie te garanderen dat het papier voldoet aan de milieucriteria.

Mogelijk kan het volgende schema u helpen om daarbij een goed inzicht te krijgen: <http://www.inkoopduurzaamhout.nl/hoeschema>

Deze website is gerealiseerd in opdracht van het ministerie van I&M. U ziet hierin dat de bewijslast die aangeleverd zou kunnen worden geen 100% garantie biedt. Als extra geldt daarbij dat een bedrijf dit op basis van de voorschriften van FSC en PEFC niet mag verantwoorden zonder gecontroleerd te zijn. Als een bedrijf u niet 100% kan garanderen dat het aan de gestelde minimumeisen van de rijksoverheid voldoet lijkt het ons onmogelijk dat u dat wel accepteert.

Indien u wel tot acceptatie overgaat horen wij dat graag binnen de standstill termijn zodat wij de gelegenheid hebben om daar officieel bezwaar tegen aan te tekenen.'

- 1.21. Op 19 november 2018 heeft aanbesteder als volgt op het bericht van ondernemer van 12 en 15 november 2018 gereageerd.

'In reactie op diverse e-mails van [Ondernemer] kunnen wij u het volgende berichten;

Wij herkennen ons niet in uw e-mail van 15 november om 21:43 uur, echter voegt het voor dit moment niet zoveel aan de procedure toe om daar inhoudelijk op te reageren. De kern van het vraagstuk ligt ons inziens (naar aanleiding van eerdere vragen van uw zijde) of [Ondernemer A] wel of niet voldoet aan al het gestelde zoals beschreven in de onderhavige aanbestedingsdocumenten drukwerk. U mag erop vertrouwen dat [Aanbesteder] uiterst zorgvuldig en volledig de verificatie heeft uitgevoerd. Graag benadrukken wij dat een verificatie bestaat uit twee wezenlijk verschillende onderdelen;

1. Voldoet een inschrijver als onderneming (geschiktheidseisen)

2. Voldoet een inschrijver in de uitvoering van haar leveringen en diensten aan de conformiteitseisen (waaronder het programma van eisen waarin de duurzaamheidseisen van Pianoo.nl staan beschreven).

[Ondernemer A] heeft met bewijsstukken kunnen aantonen dat zij volledig aan alle geschiktheidseisen voldoet. Gezien uw vragen van de afgelopen periode hebben wij de verificatie van de conformiteitseisen voor wat betreft de milieucriteria zoals beschreven in bijlage 6a inmiddels geverifieerd. Op dit specifieke onderdeel heeft [Ondernemer A] met bewijsstukken aangetoond bij de uitvoering van haar leveringen volledig aan het gestelde te kunnen voldoen zoals beschreven in bijlage 6a van de aanbestedingsdocumenten. Volledigheidshalve voegen wij hier gaarne aan toe dat het door [Aanbesteder] gehanteerde referentiekader daarbij uitsluitend datgene is wat er in de aanbesteding drukwerk van [Aanbesteder] beschreven staat en niet wat er bij andere bronnen (al dan niet aangepast gedurende deze aanbesteding, zoals op Pianoo.nl) beschreven staat.

Alle voornoemde bewijsstukken van [Ondernemer A] zijn inhoudelijk en juridisch getoetst en akkoord bevonden. De verificatie van de conformiteitseisen zal verder worden voortgezet conform hoofdstuk 2.1 (planning) en fase 7 op pagina 16. U mag er tevens op vertrouwen dat wij als opdrachtgever periodiek verifiëren of zij blijft voldoen aan het gestelde.

(...)'

- 1.22. Op 19 november 2018 heeft ondernemer de onderstaande klachten ingediend bij aanbesteder.

'Klacht ongelijke behandeling

Onze klacht heeft betrekking op de aanbestedingsprocedure voor Drukwerk [Aanbesteder].

Wij zijn in uitgesloten van deelname omdat onze referentie niet 100% voldeed aan de verwachting van de afdeling inkoop.

De partij waaraan voorlopig gegund is, voldoet niet 100% aan de minimumeisen ten aanzien van de milieucriteria.

Bij de partij waaraan voorlopig gegund is, is de mogelijkheid gegeven om in de verificatiefase aan te tonen dat zij voldoet aan de eis. Die kans hebben wij ten aanzien van onze competentie niet gehad.

Daarbij komt dat bij de verificatie de afdeling inkoop de conclusie heeft getrokken dat is voldaan aan de eis, terwijl wij objectief kunnen vaststellen dat dit niet voor 100% gegarandeerd kan worden omdat er binnen het betreffende bedrijf geen gecontroleerd systeem actief is.

Om die reden dienen wij een klacht in voor ongelijke behandeling door de afdeling inkoop.

klacht over voorlopige gunning van partij die niet aan milieucriteria papier voldoet. In de aanbesteding Drukwerk voor [Aanbesteder] wordt expliciet vermeldt in het programma van eisen: Alle leveringen dienen te voldoen aan de milieucriteria voor papier en milieucriteria voor drukwerk, beide toegevoegd als bijlagen bij deze aanbesteding.

In de bijlage, milieucriteria papier, wordt verwezen naar de TPAS criteria waaraan het papier moet voldoen. Aan deze criteria kan worden voldaan als een leverancier gebruikt maakt van een gecontroleerd systeem. De partij waaraan nu voorlopige gunning is verleend heeft geen systeem dat voldoet aan de TPAS criteria, dat is openbaar te controleren. Ondanks onze uitgebreide toelichting aan de afdeling inkoop en aan de externe adviseur van de inkoop blijven zij bij hun standpunt dat aan de eisen voldaan wordt. Jurisprudentie ten aanzien van vergelijkbare zaken toont aan dat er wel degelijk een gecontroleerd systeem in werking moet zijn om

aan de voorwaarden te voldoen. Dit betekent dat bij de levering van de papiermonsters al niet is voldaan aan de gestelde eisen. Onze klant is dus dat deze leverancier ten onrechte de voorlopige gunning heeft gekregen.

Afwijzing referentie bij de aanbesteding Drukwerk [Aanbesteder]

Door de afdeling inkoop is onze referentie voor het aantonen van de kerncompetentie afgewezen omdat wij als referent geen gemeentelijke instantie hadden opgegeven. Wij vinden dit onterecht omdat met deze wijze van interpretatie van de beschreven kerncompetentie maar heel weinig MKB drukkerijen in aanmerking voor gunning komen. De kerncompetentie gaat in onze optiek over de kennis en vaardigheden om aan het gevraagde te kunnen voldoen. Dat kunnen wij, blijkens de referentie die wij hebben opgegeven.

Onze klacht is dus dat onze inschrijving onterecht terzijde is geschoven.'

- 1.23. Op 23 november 2018 reageert aanbesteder als volgt op de door ondernemer ingediende klachten.

'Vandaag vrijdag 23 november heb ik een drietal klachten met datum 19 november 2018 van [Ondernemer] in ons zaakstelsel aangetroffen.

Deze drie klachten zijn inhoudelijk gelijk aan de in een eerder stadium door u aan de orde gestelde zaken. Daarop hebben wij toen gereageerd, waarvoor wij verwijzen naar berichtgeving op TenderNed en diverse e-mails aan u, laatstelijk op 19 november 2018.

Uw klachten zijn voor ons dan ook geen aanleiding tot een verdere inhoudelijke reactie - dat zou immers neerkomen op een herhaling van zetten.

Dat betekent ook dat wij in uw klachten geen aanleiding zien de procedure op te schorten of stil te leggen.

(...)'

- 1.24. Op 23 november 2018 heeft de klachtencoördinator van aanbesteder eveneens een bericht aan ondernemer verzonden.

'U heeft een klacht ingediend in het kader van de aanbestedingsprocedure drukwerk door [Aanbesteder].

Mijn naam is (...) en ik ben de klachtencoördinator van [Aanbesteder].

In het kader van een transparante communicatie stuur ik dit bericht cc aan [Medewerker van Aanbesteder].

Van de afdeling inkoop begrijp ik dat zij ([Medewerker van Aanbesteder]) vanmorgen hebben gereageerd op uw klacht.

Zij gaan voor nu niet nader op uw klacht in, omdat - naar ik begrijp - het om een inhoudelijk verhaal gaat, waarover u het al eerder met elkaar hebt gehad.

Als klachtencoördinator vind ik het belangrijk te benadrukken dat [Aanbesteder] op geen enkele manier mensen van een klacht af wil houden - dus ook u niet.

Wel is het zo dat klachten moeten zien op bejegening (onbehoorlijke gedrag van specifieke medewerkers).

Daarom leent een zuiver inhoudelijke verschil van mening zich niet voor behandeling is klacht.

Als u met uw klacht ook onbehoorlijk *gedrag* van een of meer medewerkers van [Aanbesteder] aan de orde heeft willen stellen, dan verzoek ik u mij dat nader toe te lichten.

Klachtbehandeling vindt plaats door de afdelingsmanager - deze is niet inhoudelijk bij de aanbestedingsprocedure betrokken.

(...)'

2. Beschrijving klacht

2.1. Klachtonderdeel 1

Ondernemer is ten onrechte uitgesloten van de aanbestedingsprocedure omdat zijn referentie voor kerncompetentie 3 'leveren van gepersonaliseerde brieven voor de afdeling gemeentelijke belastingen (aanslagen, aanmaningen, bijsluiters)' ten onrechte is afgewezen.

2.2. Klachtonderdeel 2

De inschrijving van ondernemer A, aan wie aanbesteder voornemens is de opdracht te gunnen, voldoet niet aan de voorgeschreven minimumeis 52 uit het Programma van Eisen (zie 1.4 hiervoor) dat het papier moet voldoen aan de Dutch Procurement Criteria for Timber. Om die reden had ondernemer A uitgesloten moeten worden.

2.3. Klachtonderdeel 3

Aanbesteder handelt in strijd met het beginsel van gelijke behandeling door ondernemer A, aan wie de opdracht is gegund, wel in de gelegenheid te stellen aan te tonen dat hij aan de eisen voldoet en ondernemer die mogelijkheid niet te bieden ten aanzien van de geschiktheidseis.

3. Onderbouwing klacht

3.1. Klachtonderdeel 1

3.1.1. Ondernemer geeft aan dat zijn opgegeven referentie voor kerncompetentie 3: 'leveren van gepersonaliseerde brieven voor de afdeling gemeentelijke belastingen (aanslagen, aanmaningen, bijsluiters)' is afgewezen. Ondernemer heeft de gevraagde producten ondergebracht in zijn eigen productcategorieën en van daaruit een referentie geselecteerd waarvoor hij producten met vergelijkbare complexiteit levert. Daarbij heeft ondernemer in ogenschouw genomen dat aanbesteder in de inleiding spreekt over eenvoudige printopdrachten (zie 1.2 hiervoor) en dat de aanbestedende dienst in de prijstabel alleen eenvoudig printwerk opvraagt.

3.1.2. De referentie van ondernemer is afgewezen omdat de referent geen afdeling gemeentelijke belastingen was en omdat het naar de mening van aanbesteder bij dit product een complexe productie betreft, complexer dan de producten die ondernemer voor zijn referent maakt.

3.1.3. Ondernemer is van mening dat de competentie kan worden aangetoond door middel van vergelijkbare productgroepen die hij produceert en dat het niet zou mogen uitmaken of die aan de afdeling gemeentelijke belastingen of aan een ander type klant geleverd worden.

3.1.4. Ondernemer stelt dat als vereist wordt dat de referentieopdracht is uitgevoerd voor "De afdeling gemeentelijke belastingen", dit zou verwijzen naar deze afdeling binnen aanbesteder. Slechts één aanbieder zou aan deze eis kunnen voldoen.

3.1.5. Voorts stelt ondernemer dat het specifiek eisen dat de referentieopdracht voor "De afdeling gemeentelijke belastingen" van een willekeurige gemeente in Nederland is uitgevoerd het aantal mogelijke inschrijvers nog steeds zeer sterk beperkt. Daarbij wekt het volgens ondernemer de indruk dat het leveren aan een dergelijk afdeling totaal onvergelijkbaar is met iedere andere afdeling van een andere organisatie.

3.2. Klachtonderdeel 2

3.2.1. Ondernemer meent dat aanbesteder in het Programma van Eisen behorend bij de aanbesteding terecht verwijst naar de milieucriteria voor papier die door de rijksoverheid zijn vastgesteld. Als minimumeis voor het gevraagde papier moet worden voldaan aan de TPAC criteria (zie 1.4 en 1.5 hiervoor). Ondernemer geeft aan dat TPAC en ook de staatssecretaris van I&M (het ministerie van Infrastructuur en Milieu, nu: het ministerie van Infrastructuur en Waterstaat, twee controlesystemen erkennen als bewijs dat het materiaal aan deze criteria voldoet; FSC en PEFC.

3.2.2. Ondernemer stelt zich op het standpunt dat de TPAC criteria helder zijn en dat dat ook geldt voor de systemen die erkend zijn om aan te tonen dat aan deze criteria wordt voldaan. Ondernemer stelt dat aanbesteder voornemens is de opdracht te gunnen aan een organisatie die op geen van beide controlesystemen is aangesloten. Daarom valt uit het schema op de website van www.inkoopduurzaamhout.nl/hoeschema (website in opdracht van het ministerie van I&M) af te lezen dat leveringen van deze leverancier niet 100% garantie kan bieden dat het materiaal voldoet aan de milieucriteria.

3.2.3. Ondernemer wijst op de volgende passage uit het Programma van Eisen: 'Het niet (geheel) voldoen aan/voorwaardelijk voldoen aan/niet instemmen met het Programma van Eisen leidt tot uitsluiting van uw organisatie van deze aanbesteding' (zie 1.3 en 1.4 hiervoor). Nu de winnende inschrijver voornoemde controlesystemen niet heeft, voldoet deze ondernemer dus niet aan de minimumeis, zo stelt ondernemer.

3.3. Klachtonderdeel 3

3.3.1. Ondernemer stelt dat hij van deelname is uitgesloten omdat zijn referentie niet 100% voldeed aan de verwachting van aanbesteder. De winnende inschrijving voldoet volgens ondernemer niet 100% aan de minimumeisen ten aanzien van de milieucriteria. Aan deze partij is de mogelijkheid gegeven om in de verificatiefase aan te tonen dat hij voldoet aan de eis. Ondernemer geeft aan dat hij die kans ten aanzien van de geschiktheidseis betreffende kerncompetentie 3 niet heeft gehad.

3.3.2. Daarbij komt volgens ondernemer dat bij de verificatie van de winnende inschrijving aanbesteder de conclusie heeft getrokken dat is voldaan aan de eis, terwijl ondernemer objectief heeft kunnen vaststellen dat dit niet voor 100% gegarandeerd kan worden omdat er binnen het betreffende bedrijf geen gecontroleerd systeem actief is.

4. Reactie aanbestede

4.1. Klachtonderdeel 1

- 4.1.1. Aanbestede is van mening dat de Commissie klachtonderdeel 1 niet in behandeling dient te nemen. De reden hiervoor is dat de door ondernemer ingediende klacht bij de Commissie afwijkt van de eerder bij aanbestede ingediende klacht.
- 4.1.2. Aanbestede geeft ook aan dat, zoals is te lezen in de brief aan ondernemer van 19 september 2018 betreffende uitsluiting wegens het niet voldoen aan geschiktheidseisen, ondernemer niet alleen is uitgenodigd voor een gesprek, maar dat hem ook de mogelijkheid is geboden in rechte tegen de beslissing op te komen (zie 1.10 hiervoor). Verzocht is om dit binnen een vervaltermijn van 20 kalenderdagen na de dagtekening kenbaar te maken met een inleidende dagvaarding. Van deze mogelijkheid is geen gebruik gemaakt, waardoor deze klacht volgens aanbestede niet in behandeling kan worden genomen door de Commissie.
- 4.1.3. De klachtenprocedure bij de Commissie kan volgens aanbestede niet worden gebruikt om een al uitgebreid gevoerde inhoudelijke uitwisseling van standpunten nogmaals buiten de rechter om opnieuw te voeren. De klacht moet volgens aanbestede zien op gedrag of handelen van een aanbestedende dienst en niet op de inhoudelijke afweging, althans waar het – zoals hier naar de overtuiging van aanbestede – om een verschil van inzicht gaat. Volgens aanbestede kan men toch bezwaarlijk stellen dat er hier sprake is van een apert gebrek aan inkoop- of juridische kennis aan de zijde van aanbestede.
- 4.1.4. Mocht klachtonderdeel 1 door de Commissie in behandeling worden genomen, dan verwijst aanbestede voor zijn reactie naar de correspondentie die aanbestede hieromtrent eerder heeft gehad met ondernemer (zie 1.8 t/m 1.14 hiervoor).

4.2. Klachtonderdeel 2

- 4.2.1. Aanbestede is van mening dat ook klachtonderdeel 2 niet in behandeling kan worden genomen omdat de door ondernemer bij de Commissie ingediende klacht afwijkt van de eerder bij de aanbestede ingediende klacht.
- 4.2.2. Mocht de Commissie klachtonderdeel 2 in behandeling nemen, dan verwijst aanbestede voor de inhoudelijke discussie met betrekking tot het niet voldoen aan de milieucriteria voor papier door de ondernemer waaraan de opdracht is gegund, naar de correspondentie met ondernemer zoals opgenomen in 1.15 t/m 1.24 hiervoor.
- 4.2.3. Aanbestede merkt op dat het het goed recht van ondernemer is om de aanbestedende dienst te wijzen op mogelijke onjuistheden. Het is volgens aanbestede de taak van de aanbestedende dienst om te verifiëren indien aanbestedende dienst dit wil. Aanbestede geeft aan dit te hebben gedaan en dat hij naar zijn oordeel voldoende bewijs heeft gekregen om de inschrijving van de winnaar akkoord te verklaren.
- 4.2.4. Aanbestede geeft aan dat de milieueis in eis 52 en 53 in het Programma van Eisen (zie 1.4 hiervoor) een conformiteitseis is van het programma van eisen. Het is volgens aanbestede gebruikelijk dat conformiteitseisen geverifieerd worden in de verificatiefase.
- 4.2.5. Naar aanleiding van de opmerking van ondernemer op dit onderwerp heeft aanbestede deze conformiteitseis direct na de opmerking van ondernemer geverifieerd. Aanbestede geeft aan dat de inschrijver waaraan de opdracht is gegund

documenten heeft overgelegd die voldoende bewijs leveren en dat mag worden aangenomen dat deze ondernemer bij levering gaat voldoen aan het gestelde in de onderhavige aanbesteding. Aanbesteder geeft aan geen enkele reden te hebben om hieraan te twijfelen. Het is volgens aanbesteder aan de opdrachtgever om bij de leveringen te toetsen of deze daadwerkelijk aan de milieucriteria voldoen. Volledigheidshalve wijst aanbesteder op het feit dat het certificeren van een onderneming nog geen enkele garantie geeft dat het geleverde papier voldoet aan de milieucriteria. Aanbesteder geeft aan dat dit de exacte reden is waarom dit niet is gevraagd, dat dit ook niet is vereist door de 'Pianoo.nl-criteria' en dat dit ook door de Rechtbank Den Haag is bevestigd (ECLI:NL:RBDHA:2017:12138). Die controle kan volgens aanbesteder pas bij of na levering, waarvoor de verificatieperiode – die een integraal onderdeel vormt van deze aanbesteding – bedoeld is.

- 4.2.6. Aanbesteder merkt op dat de competentie die ondernemer bedoelt een geschiktheidseis is (en geen conformiteitseis zoals in het programma van eisen) en dat de geschiktheidseisen eerder in de procedure worden getoetst en niet bij verificatie van de conformiteitseisen, ofwel het programma van eisen. Aanbesteder verwijst hierbij naar § 3.2 van het Aanbestedingsdocument (zie 1.2 hiervoor). Aanbesteder geeft aan dat bij alle inschrijvers de geschiktheidseisen zijn getoetst, maar dat bij de partij aan wie aanbesteder voornemens is de opdracht te gunnen ook de conformiteitseisen worden geverifieerd.
- 4.2.7. Aanbesteder wijst erop dat de milieucriteria die in de onderhavige aanbesteding van toepassing zijn het volgende voorschrijven (zie 1.5 hiervoor):

'Herkomst primaire houtvezels

Te leveren hout of hout verwerkt in te leveren (hout)producten dient te voldoen aan de Dutch Procurement Criteria for Timber die zijn vastgelegd in de TPAS (Timber Procurement Assessment System), waarbij geldt dat het voldoet aan alle 9 principes voor duurzaam bosbeheer (sustainable forest management).

Verificatie

Hout voldoet in elk geval aan de criteria indien het is gecertificeerd volgens een systeem dat is goedgekeurd door de toetsingscommissie TPAC (Timber Procurement Assessment Committee).'

- 4.2.8. Aanbesteder merkt op dat de inschrijver daarnaast ander bewijs kan leveren, voorzien van uitgebreide, gedocumenteerde en op authenticiteit verifieerbare gegevens en informatie, waaruit blijkt dat aan de gestelde minimumeis wordt voldaan. Aanbesteder wijst erop dat een overzicht met goedgekeurde certificatiesystemen is te vinden op de website: <http://www.tpac.smk.nl/170/about/judgements.html>.
- 4.2.9. Volgens aanbesteder heeft de partij waaraan de opdracht is gegund duidelijk aangetoond bij levering aan de gestelde milieueisen te gaan voldoen.
- 4.2.10. Tevens verwijst aanbesteder in deze graag naar Pianoo: <https://www.pianoo.nl/nl/themas/maatschappelijk-verantwoord-inkopen-duurzaam-inkopen/productgroepen/kantoorgebouwen/eisen>.
- 4.2.11. Aanbesteder geeft aan dat bij toetsing van de geschiktheidseisen alle partijen zijn getoetst. Voorts geeft hij aan dat het verifiëren van de conformiteitseisen uitsluitend geschiedt bij de partij waaraan aanbesteder voornemens is te gunnen. Op signaal van ondernemer is dit naar voren gehaald binnen de standstill-periode. Er is hier naar de mening van aanbesteder dan ook geen sprake van ongelijke behandeling van gelijke gevallen.

4.3. Klachtonderdeel 3

- 4.3.1. Aanbesteder geeft aan dat de ingediende referentie van ondernemer is getoetst en niet voldeed aan de geschiktheidseis. Aanbesteder merkt op dat door ondernemer geen gebruik is gemaakt van de mogelijkheid om tegen deze beslissing binnen een vervaltermijn van 20 kalenderdagen bezwaar te maken middels een inleidende dagvaarding. Volgens aanbesteder kan de Commissie dit klachtonderdeel om die reden niet in behandeling nemen.
- 4.3.2. Mocht de Commissie klachtonderdeel 3 in behandeling nemen, dan verwijst aanbesteder naar de reactie op klachtonderdeel 2, in 4.2.2 t/m 4.2.11 hiervoor.
- 4.3.3. In reactie op de stelling van ondernemer dat de referentie van ondernemer van deelname is uitgesloten omdat deze referentie niet 100% voldeed aan de verwachting van aanbesteder, merkt aanbesteder op dat de referentie geen verwachting is, maar een geschiktheidseis. Aanbesteder verwijst hierbij naar § 4.1.2 en § 4.1.2.3 van het Aanbestedingsdocument (zie 1.2 hiervoor).
- 4.3.4. Aanbesteder merkt op dat aan ondernemer in het kader van de geschiktheidseisen met betrekking tot de referentie voor kerncompetentie 3 om een verduidelijking is gevraagd (zie 1.8 hiervoor). Aanbesteder stelt dat ondernemer wel degelijk in de gelegenheid is gesteld om verduidelijking te geven.

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder op 7 augustus 2018 een Europese openbare procedure heeft aangekondigd voor een raamovereenkomst met één ondernemer voor leveringen voor drukwerk. 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
- 5.3. Alvorens tot inhoudelijke behandeling van klachtonderdeel 1 over te gaan, zal de Commissie eerst onderzoeken of zij het klachtonderdeel in behandeling kan nemen.
 - 5.3.1. Aanbesteder heeft zich op het standpunt gesteld dat de Commissie klachtonderdeel 1 niet in behandeling kan nemen omdat dit onderdeel afwijkt van de eerder bij aanbesteder ingediende klacht (zie 4.1.1 hiervoor). Naar het oordeel van de Commissie wordt in het bij haar ingediende klachtonderdeel 1 evident voortgeborduurd op de eerder bij aanbesteder ingediende klacht (zie 1.22 hiervoor) en is er geen sprake van een nieuwe klacht waarover nog niet bij aanbesteder is geklaagd. In zoverre is er geen belemmering om klachtonderdeel 1 in behandeling te nemen.
 - 5.3.2. De Commissie zal vervolgens onderzoeken of ondernemer de klacht tijdig bij aanbesteder onder de aandacht heeft gebracht.
 - 5.3.3. Volgens bestaande jurisprudentie mag van een (potentiële) gegadigde of inschrijver een proactieve houding worden verwacht. Dit houdt in dat een inschrijver – mogelijke – inbreuken op het op de aanbestedingsprocedure van toepassing zijnde recht bij de aanbesteder dient te signaleren zodra hij die redelijkerwijze behoorde op te merken. De ratio daarvan is dat de aanbesteder daarmee mogelijk in staat wordt gesteld (de gevolgen van) die inbreuk ongedaan te maken in een stadium waarin de nadelige gevolgen daarvan voor alle betrokken partijen zoveel mogelijk beperkt kunnen blijven.

- 5.3.4. Voor zover de ondernemer naar aanleiding van de beslissing van 19 september 2018 waarmee hij van verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure werd uitgesloten omdat hij niet aan de geschiktheidseis voldeed, klaagt dat aanbesteder niet als geschiktheidseis had mogen vragen naar ervaring met 'de afdeling gemeentelijke belastingen' (zie de geschiktheidseis in paragraaf 4.1.2.3 van het Aanbestedingsdocument in 1.2 hiervoor), heeft ondernemer de in 5.3.3 hiervoor bedoelde verplichting niet nageleefd. Ondernemer heeft deze bezwaren op een te laat tijdstip naar voren heeft gebracht. De Commissie ziet ook niet in waarom ondernemer die bezwaren niet eerder naar voren had kunnen brengen. Reeds vóór inschrijving had het ondernemer duidelijk moeten zijn dat deze eis problematisch voor hem zou zijn.
- 5.3.5. Voor zover ondernemer met het klachtonderdeel heeft beoogd erover te klagen dat de geschiktheidseis niet proportioneel is (zie 3.1.4-3.1.5) staat deze handelwijze er aan in de weg dat hij in dit stadium nog hierover kan klagen.
- 5.3.6. In zoverre is het klachtonderdeel derhalve ongegrond, maar de Commissie zal hierna nog wel ten overvloede inhoudelijk ingaan op dit deel van het klachtonderdeel (zie 5.6 hierna).
- 5.3.7. Het klachtonderdeel klaagt er ook over dat ondernemer ten onrechte door aanbesteder is uitgesloten van verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure omdat hij niet aan de hiervoor bedoelde geschiktheidseis voldeed (zie 1.10 hiervoor).
- 5.3.8. Aanbesteder heeft zich op het standpunt gesteld dat de Commissie klachtonderdeel 1 ook in zoverre niet in behandeling kan nemen omdat ondernemer geen gebruik heeft gemaakt van de geboden mogelijkheid om een kort geding aanhangig te maken tegen de beslissing tot uitsluiting van ondernemer van 19 september 2018 (zie 4.1.2-4.1.4 hiervoor).
- 5.3.9. De Commissie stelt vast dat ondernemer na die beslissing zijn bezwaren op 20 en 27 september 2018 aan aanbesteder kenbaar heeft gemaakt (zie 1.11 en 1.13 hiervoor). In de brief van 19 september 2018 heeft aanbesteder ondernemer verzocht om binnen een vervalt termijn van 20 kalenderdagen na de dagtekening van die brief met een inleidende dagvaarding kenbaar te maken als ondernemer tegen de beslissing in die brief actie wenst te ondernemen. Dat ondernemer niet op dit verzoek is ingegaan, staat er niet aan in de weg dat hij vervolgens nog een klacht kan indienen bij de Commissie (zie ook Advies 480, overweging 5.2.6). Door op 20 en 27 september 2018 zijn bezwaren bij aanbesteder kenbaar te maken, heeft ondernemer de in 5.3.3 hiervoor weergegeven verplichting nageleefd.
- 5.3.10. Ten slotte kan aanbesteder niet worden gevolgd in zijn stelling dat de Commissie het klachtonderdeel niet in behandeling kan nemen omdat er reeds een inhoudelijke discussie tussen partijen heeft plaatsgevonden. Op basis van artikel 9 lid 1 sub a en b van het Reglement van de Commissie dient een ondernemer juist eerst een klacht bij de aanbestedende dienst in te dienen en de aanbestedende dienst een redelijke termijn te geven om daarop te reageren, voordat de Commissie die klacht in behandeling kan nemen.
- 5.4. De Commissie gaat nu over tot de inhoudelijke behandeling van het klachtonderdeel, voorzover dat er over klaagt dat ondernemer ten onrechte door aanbesteder is uitgesloten van verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure omdat hij niet aan de hiervoor bedoelde geschiktheidseis voldeed.
- 5.4.1. In het kader van kerncompetentie 3 is gevraagd naar een referentie waaruit blijkt dat de inschrijver ervaring heeft met het leveren van gepersonaliseerde brieven,

zoals aanslagen, aanmaningen en bijsluiters, voor de afdeling gemeentelijke belastingen.

- 5.4.2. Het is duidelijk dat ondernemer niet aan deze geschiktheidseis heeft voldaan, nu ondernemer geen referentie heeft ingediend waaruit blijkt dat hij ervaring heeft met het leveren van gepersonaliseerde brieven, zoals aanslagen, aanmaningen en bijsluiters, voor een afdeling gemeentelijke belastingen. De referentie van ondernemer is dus terecht afgewezen en hij is met recht uitgesloten van de aanbestedingsprocedure.
- 5.5. Daarmee is klachtonderdeel 1 tevens ongegrond voorzover dat er over klaagt dat ondernemer ten onrechte door aanbesteder is uitgesloten van verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure omdat hij niet aan de hiervoor bedoelde geschiktheidseis voldeed.
- 5.6. Ten overvloede merkt de Commissie nog het volgende op. Het vragen van ervaring met opdrachten die voor aanbesteder zelf zijn uitgevoerd, is natuurlijk niet proportioneel. Maar ook het vragen van ervaring met opdrachten die zijn uitgevoerd voor een afdeling gemeentelijke belastingen acht de Commissie in strijd met het beginsel van proportionaliteit gelet op het bepaalde in artikel 1.10 Aw 2012, artikel 2.93, lid 3 Aw 2012 en Voorschrift 3.5 F Gids Proportionaliteit. Een aanbestedende dienst dient kerncompetenties vast te stellen die overeenkomen met de gewenste ervaring op essentiële punten van de opdracht. Hij dient in dat kader te vragen naar vergelijkbare opdrachten, maar niet naar opdrachten die naar de aard van de opdracht gelijk zijn. In het kader van de onderhavige opdracht valt, onder meer, te denken aan de volgende kerncompetenties: in het kader van een drukwerkopdracht kunnen werken met bepaalde systemen, het kunnen verwerken van complexe data, waarbij informatie uit verschillende systemen moet worden gekoppeld en het kunnen werken met vertrouwelijke gegevens (zie het bericht van aanbesteder van 24 september 2018 in 1.12 hiervoor). De eis die vervolgens aan de kerncompetentie wordt gekoppeld moet het mogelijk maken dat de benodigde ervaring ook bij andere organisaties is opgedaan (vgl. vzr. Rechtbank 's Hertogenbosch 26 april 2005, ECLI:NL:RBSHE:2005:AT4942).
- 5.7. Klachtonderdeel 2
- 5.8. Alvorens tot inhoudelijke behandeling van klachtonderdeel 2 over te gaan, zal de Commissie eerst onderzoeken of zij het klachtonderdeel in behandeling kan nemen.
- 5.9. Aanbesteder heeft zich ook in het kader van klachtonderdeel 2 op het standpunt gesteld dat de Commissie dit klachtonderdeel niet in behandeling kan nemen omdat het afwijkt van de eerder bij aanbesteder ingediende klacht (zie 4.2.1 hiervoor). Naar het oordeel van de Commissie wordt in het bij haar ingediende klachtonderdeel evident voortgeborduurd op de eerder bij aanbesteder ingediende klacht (zie 1.22 hiervoor) en is er geen sprake van een nieuwe klacht waarover nog niet bij aanbesteder is geklaagd. De Commissie neemt klachtonderdeel 2 dan ook in behandeling.
- 5.10. De Commissie gaat nu over tot de inhoudelijke behandeling van klachtonderdeel 2.
 - 5.10.1. 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.
 - 5.10.2. De te beantwoorden vraag is of aanbesteder aan zijn hiervoor bedoelde verplichting heeft voldaan, in die zin dat hij eis 52 uit het Programma van Eisen dat alle

leveringen dienen te voldoen aan de milieucriteria voor papier en milieucriteria voor drukwerk (zie 1.4 hiervoor) in de aanbestedingsstukken zodanig heeft geformuleerd dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers deze eis 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 eis 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.

5.10.3. Ondernemer merkt eis 52 aan als een minimumeis en aanbesteder spreekt van een conformiteitseis. De Commissie zal onderzoeken hoe eis 52 aanbestedingsrechtelijk moet worden gekwalificeerd.

5.10.4. In paragraaf 3.2 van het Aanbestedingsdocument is bepaald dat in de derde fase ('Beoordelen of inschrijver zich conformeert aan de eisen') wordt vastgesteld of inschrijver zich onvoorwaardelijk conformeert aan alle genoemde eisen zoals vermeld in paragraaf 5.1 'Gunningseisen'. In het kader van de verificatiefase (fase 7) wordt ook verwezen naar het Programma van Eisen. Vervolgens is in paragraaf 4.1.2.1 in het kader van de geschiktheidseisen bepaald dat het Programma van Eisen een knock-outkarakter heeft: het niet voldoen aan één of meerdere van deze eisen leidt automatisch tot uitsluiting. In paragraaf 5.1 van het Aanbestedingsdocument wordt voor de gunningseisen verwezen naar het Programma van Eisen (zie 1.2 hiervoor).

5.10.5. In Bijlage 3 "Programma van Eisen" bij het Aanbestedingsdocument, is het volgende bepaald (zie 1.3 hiervoor):

'Inschrijver moet akkoord gaan met het programma van eisen Europese aanbesteding drukwerk [Aanbesteder]. In het programma van eisen treft inschrijver de eisen die gesteld worden aan de te verrichten leveringen. Door een inschrijving in te dienen stemt inschrijver in met het Programma van Eisen. Het niet (geheel) voldoen aan/voorwaardelijk voldoen aan/niet instemmen met het Programma van Eisen leidt tot uitsluiting van uw onderneming van deze aanbesteding.'

5.10.6. In een aparte Bijlage 3, 'Programma van Eisen' is, onder meer, het volgende bepaald (zie 1.4 hiervoor):

'Hieronder treft u de eisen die gesteld worden aan de te verrichten leveringen. Door een inschrijving in te dienen stemt u in met het Programma van Eisen. Het niet (geheel) voldoen aan/voorwaardelijk voldoen aan/niet instemmen met het Programma van Eisen leidt tot uitsluiting van uw organisatie van deze aanbesteding.'

5.10.7. Eis 52 uit het Programma van Eisen bepaalt vervolgens dat alle leveringen dienen te voldoen aan de milieucriteria voor papier en milieucriteria voor drukwerk (zie 1.4 hiervoor).

5.10.8. Hoewel het Aanbestedingsdocument niet geheel eenduidig is over de aard van de eisen uit het Programma van Eisen zullen alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers eis 52 naar het oordeel van de Commissie op dezelfde wijze uitleggen in die zin dat sprake is van een zogenoemde uitvoeringseis. Dit betekent dat alle inschrijvers in hun inschrijving moeten instemmen met deze eis en ten tijde van de uitvoering van de opdracht aan deze eis moeten voldoen.

5.10.9. Vervolgens is het de vraag of aanbesteder de winnende inschrijver had moeten uitsluiten omdat op voorhand duidelijk zou zijn dat deze tijdens de uitvoeringsfase niet zal voldoen aan de hiervoor bedoelde uitvoeringseis.

5.10.10. Indien op voorhand duidelijk is dat een inschrijver tijdens de uitvoeringsfase niet zal voldoen aan een gestelde uitvoeringseis, moet de aanbestedende dienst hem uitsluiten. In beginsel mag een aanbestedende dienst echter afgaan op de juistheid van de verklaring van een inschrijver dat hij tijdens de uitvoering aan een bepaalde eis zal voldoen. Indien een andere inschrijver echter stelt dat de winnende inschrijver niet aan een bepaalde eis voldoet of zal voldoen en dit zodanig onderbouwt dat daarover gereede twijfel ontstaat, zal de aanbestedende dienst hier onderzoek naar moeten doen (vgl. v.zr. Rechtbank Midden-Nederland 25 januari 2018, ECLI:NL:RBMNE:2019:245, r.o. 4.8 en v.zr. Rechtbank Gelderland 10 april 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:2449, JAAN 2018/157 m.nt. J.H.C.A. Muller, r.o. 4.3 en 4.4). Dit heeft aanbesteder ook gedaan. Volgens aanbesteder heeft de winnende inschrijver echter met bewijsstukken aangetoond tijdens de uitvoering van de opdracht volledig aan eis 52 te kunnen voldoen (zie het bericht van aanbesteder van 19 november 2018 in 1.21 hiervoor).

5.10.11. Eis 52 uit het Programma van Eisen bepaalt dat alle leveringen dienen te voldoen aan de milieucriteria voor papier en milieucriteria voor drukwerk die beide zijn toegevoegd als bijlage (zie 1.4 hiervoor).

5.10.12. Uit Bijlage 6a, 'Milieucriteria voor het maatschappelijk verantwoord inkopen van Papier' lijkt te volgen dat de leverancier twee opties heeft: hij kan kiezen voor de levering van 100% gerecycled papier of niet 100% gerecycled papier. Niet 100% gerecycled papier moet, onder meer, aan de volgende eis voldoen:

| Nr. | Minimumeisen (ME) |
|-----|--|
| ME5 | <p>Herkomst primaire houtvezels</p> <p>Te leveren hout of hout verwerkt in te leveren (hout)producten dient te voldoen aan de Dutch Procurement Criteria for Timber die zijn vastgelegd in de TPAS (Timber Procurement Assessment System), waarbij geldt dat het voldoet aan alle 9 principes voor duurzaam bosbeheer (sustainable forest management).</p> <p><i>Verificatie</i></p> <p>Hout voldoet in elk geval aan de criteria indien het is gecertificeerd volgens een systeem dat is goedgekeurd door de toetsingscommissie TPAC (Timber Procurement Assessment Committee).</p> <p>Daarnaast kan de inschrijver ander bewijs leveren, voorzien van uitgebreide, gedocumenteerde en op authenticiteit verifieerbare gegevens en informatie, waaruit blijkt dat aan de gestelde minimumeis wordt voldaan.</p> <p>Een overzicht met goedgekeurde certificatiesystemen is te vinden op de website: http://www.tpac.smk.nl/170/about/judgements.html</p> |
| | <p><i>Toelichting</i></p> <p>Meer informatie over het inkopen van duurzaam geproduceerd hout en papier is te vinden op: www.inkoopduurzaamhout.nl. Een voorbeeld bestekbepaling t.a.v. duurzaam geproduceerd hout is te vinden op: http://www.inkoopduurzaamhout.nl/public/pdf/bestektekst_juli2017.pdf.</p> <p>Algemene informatie over het voorschrijven en controleren van duurzaam geproduceerd hout is te vinden op: www.houtdatabase.nl. De volledige TPAS criteria zijn te vinden op de website: http://www.tpac.smk.nl/Public/TPAC%20documents/DutchProcurementCriteriaMAR2014.pdf</p> |

5.10.13. Op <http://www.fsc.nl/nl-nl/certificeren/bedrijven> is, onder meer, vermeld:

'CERTIFICERING VOOR BEDRIJVEN

De zogeheten 'Chain of Custody'-certificering

Om FSC-gecertificeerd hout en papier te onderscheiden van niet-gecertificeerde (hout)producten moeten alle schakels in de handelsketen gecertificeerd zijn (certificering van de 'Chain of Custody' (CoC)). (...)

Welke bedrijven moeten FSC-gecertificeerd zijn?

Stelregel is dat alle bedrijven die op enig moment wettelijk eigenaar worden van een FSC-product een FSC-certificaat moeten hebben.

De CoC-standaard stelt dat een bedrijf FSC-gecertificeerd moet zijn wanneer het bedrijf hout, papier of andere producten uit een FSC-gecertificeerd bos wil

- verwerken, en/of
- bewerken, en/of
- doorverkopen met behoud van de FSC-claim

Wanneer een schakel in de keten niet gecertificeerd is, betekent dit dat geen onafhankelijke controle heeft kunnen plaatsvinden en verliest het hout of houtproduct z'n FSC-status.

Voor onder andere agenten, transportbedrijven en detailhandel is het onder bepaalde voorwaarden niet nodig FSC-gecertificeerd te zijn om FSC-producten te kunnen verhandelen. Het gaat hierbij om bedrijven (m.u.v. de detailhandel) die geen wettelijk eigenaar worden van het hout (houtproducten).'

5.10.14. Uit het voorgaande leidt de Commissie af dat een opdrachtnemer ook aan uitvoeringseis 52 uit het Programma van Eisen kan voldoen zonder zelf gecertificeerd te zijn. Indien de opdrachtnemer ervoor mag kiezen en er ook voor kiest enkel 100% gerecycled papier te leveren, dan is minimumeis 5 uit Bijlage 6a, 'Milieucriteria voor het maatschappelijk verantwoord inkopen van Papier' bijvoorbeeld niet van toepassing. Verder vereist minimumeis 5 uit Bijlage 6a, 'Milieucriteria voor het maatschappelijk verantwoord inkopen van Papier' niet dat de opdrachtnemer gecertificeerd is. Indien hout is gecertificeerd volgens een systeem dat is goedgekeurd door de toetsingscommissie TPAC kan daarmee worden aangetoond dat aan minimumeis 5 is voldaan. Minimumeis 5 staat daarnaast echter ook uitdrukkelijk ander bewijs toe, waaruit blijkt dat aan de gestelde minimumeis wordt voldaan. Ten slotte bestaat er onder het FSC-certificeringssysteem kennelijk ook een mogelijkheid dat een onderneming niet gecertificeerd is, namelijk wanneer die onderneming niet de eigendom van het hout verkrijgt.

5.10.15. Indien de winnende inschrijver zelf niet gecertificeerd is, is het dus nog steeds mogelijk dat hij aan uitvoeringseis 52 uit het Programma van Eisen zal voldoen.

5.10.16. Het voorgaande betekent dat klachtonderdeel 2 ongegrond is.

5.10.17. De Commissie overweegt ten overvloede nog het volgende. De Commissie meent dat ondernemer voldoende concrete aanknopingspunten heeft gegeven om gereede twijfel te doen ontstaan over de vraag of de winnende inschrijver aan eis 52 voldoet of zal voldoen, te onderbouwen. In dat kader vraagt de Commissie zich af of aanbesteder er niet beter aan had gedaan meer informatie aan ondernemer te verstrekken zodat ondernemer in staat zou zijn geweest na te gaan of aanbesteder heeft kunnen beslissen dat de winnende inschrijver voldoende heeft aangetoond aan uitvoeringseis 52 te zullen voldoen (zie Advies 366, overwegingen 5.7-5.10). Daarbij hoeft aanbesteder op basis van artikel 2.57, lid 1, Aw 2012 geen

informatie openbaar te maken die hem door een ondernemer als vertrouwelijk is verstrekt. Ook hoeft aanbesteder niet meer informatie te verstrekken dan strikt noodzakelijk is om ondernemer in staat te stellen na te gaan of aanbesteder kon beslissen zoals hij heeft gedaan. De Commissie acht het in het onderhavige geval niet aannemelijk dat aanbesteder geen enkele informatie kon verschaffen over de wijze waarop de winnende inschrijver aan de uitvoeringseis zou gaan voldoen, zonder schending van de gerechtvaardigde commerciële belangen van deze inschrijver.

5.11. Klachtonderdeel 3

5.12. Alvorens tot inhoudelijke behandeling van klachtonderdeel 3 over te gaan, zal de Commissie eerst onderzoeken of zij het klachtonderdeel in behandeling kan nemen.

5.12.1. Aanbesteder heeft zich ook in het kader van dit klachtonderdeel op het standpunt gesteld dat de Commissie dit klachtonderdeel niet in behandeling kan nemen omdat ondernemer geen gebruik heeft gemaakt van de geboden mogelijkheid om een kort geding aanhangig te maken tegen de beslissing van 19 september 2018 om ondernemer van de procedure uit te sluiten omdat hij niet aan een geschiktheidseis voldeed (zie 1.10 en 4.3.1 hiervoor).

5.12.2. Bij brief van 6 november 2018 heeft aanbesteder in de mededeling van de gunningsbeslissing bekend gemaakt aan welke onderneming de opdracht zal worden gegund (zie 1.15 hiervoor). Vervolgens heeft aanbesteder op 19 november 2018 aan ondernemer laten weten naar aanleiding van zijn vragen bij de winnende inschrijver te hebben geverifieerd of hij aan uitvoeringseis 52 uit het Programma van Eisen en meer in het bijzonder de milieucriteria zoals beschreven in Bijlage 6.a zal voldoen (zie 1.4, 1.5 en 1.21 hiervoor). Nog diezelfde dag heeft ondernemer een klacht bij aanbesteder ingediend waarin hij stelt dat aanbesteder in strijd heeft gehandeld met het beginsel van gelijke behandeling door de winnende inschrijver in de verificatiefase de mogelijkheid te bieden om aan te tonen dat hij aan eis 52 uit het Programma van Eisen zal voldoen (zie 1.22 hiervoor).

5.12.3. De klacht dat aanbesteder in strijd heeft gehandeld met het beginsel van gelijke behandeling door de winnende inschrijver wel in de gelegenheid te stellen aan te tonen dat hij aan de eisen voldoet, had ondernemer dan ook niet eerder kunnen indienen. Nog daargelaten dat het verzoek in de brief van 19 september 2018 om binnen 20 dagen een kort geding aanhangig te maken er niet aan in de weg staat nog een klacht te kunnen indienen bij de Commissie (zie 5.3.9 hiervoor), was het derhalve voor ondernemer ook overigens onmogelijk om hierover vóór 19 november 2018 te klagen.

5.12.4. Overigens staat de verplichting in paragraaf 4.2.10 van de Selectieleidraad (zie 1.2 hiervoor) en de mededeling van de gunningsbeslissing (zie 1.16 hiervoor) – dat de gegadigde op straffe van verval van recht binnen 20 dagen na die mededeling een kort geding aanhangig moet maken – er evenmin aan in de weg om nog een klacht te kunnen indienen bij de Commissie (zie 5.3.9 hiervoor).

5.13. De Commissie gaat nu over tot de inhoudelijke behandeling van klachtonderdeel 3.

5.13.1. Naar het oordeel van de Commissie heeft aanbesteder niet in strijd gehandeld met het beginsel van gelijke behandeling door de winnende inschrijver – naar aanleiding van vragen van ondernemer – in de gelegenheid te stellen aan te tonen dat hij aan uitvoeringseis 52 uit het Programma van Eisen voldoet.

- 5.13.2. Naar het oordeel van de Commissie is er namelijk geen sprake van gelijke gevallen. Op basis van zijn inschrijving was op voorhand duidelijk dat ondernemer niet voldeed aan de geschiktheidseis van kerncompetentie 3. Hoewel herstel van de inschrijving op dit punt in dit geval naar het oordeel van de Commissie niet mogelijk was (zie HvJ EU 29 maart 2012, zaak C-599/10 (SAG), r.o. 40), heeft aanbesteder ondernemer toch in de gelegenheid gesteld om zijn inschrijving op dit punt te verduidelijken. Deze verduidelijking heeft ondernemer niet kunnen baten en hij is terecht van de aanbestedingsprocedure uitgesloten (zie de beoordeling van klacht-onderdeel 1 in 5.4-5.5 hiervoor).
- 5.13.3. Met betrekking tot de winnende inschrijver was daarentegen niet op voorhand duidelijk dat hij niet aan de uitvoeringseis zou gaan voldoen. Uitsluiting is dan eventueel alleen mogelijk nadat de winnaar om verduidelijking is gevraagd.
- 5.13.4. Daarmee acht de Commissie klachtonderdeel 3 ongegrond.

6. Advies

Wat betreft klachtonderdeel 1 heeft aanbesteder gehandeld in strijd met het bepaalde in artikel 1.10 Aw 2012, artikel 2.93, lid 3 Aw 2012 en Voorschrift 3.5 F Gids Proportionaliteit. Dat ondernemer zijn daartegen gerichte bezwaren te laat kenbaar heeft gemaakt, doet geen afbreuk aan die conclusie. Wel heeft ondernemer daarmee een onvoldoende proactieve houding aangenomen en dat staat er aan in de weg dat hij in dit stadium nog kan opkomen tegen het handelen van aanbesteder en de klacht gegrond kan worden verklaard. Ook voor het overige acht de Commissie klachtonderdeel 1 ongegrond. Daarmee acht de Commissie geheel klachtonderdeel 1 **ongegrond**. Ook klachtonderdelen 2 en 3 acht de Commissie **ongegrond**.

De Commissie heeft zich ten behoeve van klachtonderdeel 2 van dit advies laten bijstaan door mw. mr. G.R. Werkman die als Branche-Expert aan de Commissie is verbonden.

Den Haag, 12 februari 2019

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

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

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid