

## Advies 53

### 1. Feiten

- 1.1 Beklaagde heeft een Europese openbare procedure uitgeschreven voor een overheidsopdracht tot het verrichten van diensten bestaande uit (dagelijks en periodiek) schoonmaakonderhoud, (periodiek) vloeronderhoud en (periodieke) glasbewassing van alle gebouwen van beklagde. De gebouwen – in totaal 12 – bevinden zich in Enschede (2), Arnhem (8) en Zwolle (2). De opdracht behelst in totaal 38.000 m<sup>2</sup> vloeroppervlakte. In de aankondiging van de opdracht is vermeld dat de opdracht niet in percelen is gesplitst. De opdracht heeft een looptijd van 3 jaar.
- 1.2 Beklaagde heeft zich bij de uitvoering van deze aanbestedingsprocedure laten begeleiden door een adviesbureau. In paragraaf 6 van het bestek is bepaald:
- 1. (Aanbesteding) De opdrachtnemer dient, op verzoek van opdrachtgever, aan [het adviesbureau] € 10.950,- ( excl. BTW) te betalen t.b.v. deze aanbesteding.
  - 2. (Kwaliteitsinspecties) Driemaal per jaar zal er in alle objecten een VSR-KMS kwaliteitsinspectie uitgevoerd worden door [het adviesbureau]. De kosten van deze inspecties staan vermeld in de uitvoeringsbepaling
  - 3. (Kosten aanbesteding) De onder 6.1. en 6.2. benoemde kosten dienen op verzoek van opdrachtgever te worden opgenomen in de overheadkosten van opdrachtnemer. Aan opdrachtnemer zal na gunning een factuur verzonden worden van de kosten voor de aanbesteding. De kwaliteitsinspecties zullen na elke inspectie in rekening worden gebracht bij de opdrachtnemer.'
- 1.3 Klager heeft aan de aanbestedingsprocedure deelgenomen en gebruik gemaakt van de mogelijkheid om in het kader van de inlichtingenronde vragen te stellen over een aantal keuzes die beklagde in het kader van deze procedure heeft gemaakt. Deze vragen houden verband met de onderhavige klacht. Klager heeft vervolgens niet de economisch meest voordelige inschrijving gedaan. Beklaagde heeft de opdracht aan een andere inschrijver dan klager gegund.

### 2. Beschrijving klacht

- 2.1 (Klachtonderdeel 1) De opdracht is ten onrechte niet in percelen verdeeld.
- 2.2 (Klachtonderdeel 2) Het is beklagde niet toegestaan om de kosten die zij zelf in het kader van de aanbestedingsprocedure maakt in rekening te (laten) brengen bij de winnende inschrijver (zie paragraaf 6.1 van het bestek).

### 3. Onderbouwing klacht

- 3.1 (Klachtonderdeel 1) Beklaagde wil geen gehoor geven aan het verzoek van klager om de opdracht in percelen te verdelen terwijl de geografische ligging [van de gebouwen, Commissie] hier wel de gelegenheid voor geeft. Dit is volgens klager in strijd met het bepaalde in artikel 1.5, eerste lid, Aw 2012. Op 6 november 2013 heeft beklagde in reactie op de klacht zoals die door klager op 14 oktober 2013 bij beklagde is ingediend laten weten dat de opdracht aan een MKB-bedrijf is gegund. Klager stelt zich op het standpunt dat een organisatie met 1000 medewerkers en 3 vestigingen geen MKB-bedrijf is.

- 3.2 (Klachtonderdeel 2) Klager begrijpt niet wat het causaal verband is tussen de kosten van deze aanbestedingsprocedure en het in rekening brengen daarvan bij de winnende inschrijver.
- 3.3 Met betrekking tot beide klachtonderdelen merkt klager tot slot nog op dat zij van mening is dat het MKB als gevolg van de door beklaagde gevolgde handelswijze weinig tot geen kansen heeft om deel te nemen aan een (op deze wijze ingerichte) Europese aanbestedingsprocedure.

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

Klager verneemt graag het oordeel van de Commissie met betrekking tot de klachten, indachtig dat het voor het MKB als gevolg van de inwerkingtreding van de Aw 2012 makkelijk zou moeten zijn geworden om aan Europese aanbestedingen deel te kunnen nemen. Klager meent namelijk dat wanneer de gedragingen van beklaagde – zoals omschreven in de klachtonderdelen – worden getolereerd, die doelstelling lastig is te realiseren voor kleinere niet landelijk opererende bedrijven.

#### **5. Reactie beklaagde**

- 5.1 Beklaagde heeft bij e-mail van 6 december 2013 desgevraagd aan de Commissie laten weten geen wijzigingen en of aanvullingen te hebben met betrekking tot haar eerdere reactie op de klacht, zoals deze door klager op 14 oktober 2013 bij beklaagde is ingediend. Die reactie van 6 november 2013 luidt als volgt.
- 5.2 (Klachtonderdeel 1) De opdracht heeft betrekking op schoonmaakonderhoud, vloeronderhoud en glasbewassing. Beklaagde is één juridische eenheid en er is dus sprake van één aanbestedende dienst. De plaatsen van de dienstverlening betreffen Enschede, Arnhem en Zwolle. In artikel 1.5, eerste lid, Aw 2012 is bepaald dat een aanbestedende dienst opdrachten niet onnodig mag samenvoegen. Beklaagde is van mening dat er bij de onderhavige aanbesteding geen sprake is van onnodige samenvoeging van opdrachten. Er is immers sprake van een grote mate van samenhang tussen de opdrachten schoonmaak, glasbewassing en vloeronderhoud. Deze opdrachten zijn gerelateerd aan schoonmaak en worden in de praktijk vaak ook gezamenlijk aanbesteed. Voor zover er al sprake zou zijn van samenvoeging van opdrachten als bedoeld in artikel 1.5, eerste lid, merkt beklaagde het volgende op. Het aanbestedingsteam heeft voorafgaand aan de aanbesteding onderzocht wat de relevante markt is, of er consequenties zijn voor de toegang van het MKB, de gevolgen voor de aanbestedende dienst en de inschrijvers en de mate van samenhang tussen de opdrachten. In dit kader is rekening gehouden met onder meer de volgende punten:
- de tendens van de laatste jaren bij schoonmaak organisaties om minder fysieke vestigingen te hebben en dus een groter geografisch gebied te onderhouden vanuit een vestiging;
  - de organisatie van beklaagde is zodanig ingericht dat er geen sprake is van zelfstandigheid inzake facilitaire diensten bij de drie vestigingen; de facilitaire dienst wordt centraal vanuit Arnhem aangestuurd en georganiseerd;
  - de samenwerkingsverbanden van regionale schoonmaakbedrijven om mee te dingen naar (landelijke) grotere opdrachten;
  - de overnameverplichting van schoonmaakmedewerkers conform CAO;
  - de spreiding van de locaties in verhouding tot het MKB;
  - de verwachte totaalprijzen van deze aanbesteding in verhouding tot de uitvoerbaarheid hiervan door het MKB.

- 5.3 Vervolgens heeft het aanbestedingsteam van beklagde geconcludeerd dat er geen sprake is van onnodige samenvoegen van opdrachten en dat de percelen niet hoeven te worden opgedeeld. Daarbij is er ook vanuit gegaan dat de opdracht voldoende toegankelijk is voor het MKB. Voor de goede orde merkt beklagde op, dat zij er van uitgaat dat er geen sprake is van een gebod tot splitsing. Immers het splitsingsverbod van artikel 1.5, derde lid, Aw 2012 is pas van toepassing indien er sprake is van onnodige samenvoeging van opdrachten als bedoeld in artikel 1.5, eerste lid. Van dat laatste is naar de mening van beklagde geen sprake, zoals hiervoor toegelicht.
- 5.4 (Klachtonderdeel 2) Zoals ook reeds in de Nota van Inlichtingen is opgemerkt gaat het hier om een bestaande praktijk bij de adviseur van beklagde van meer dan 25 jaar. Beklaagde heeft er voor gekozen om de leverancier in haar prijsstelling rekening te laten houden met deze kosten. Het gevolg van genoemde voorwaarde in het bestek, is dat de kosten, weliswaar verspreid over de duur van het contract, wel degelijk voor rekening komen van beklagde. Als gevolg van de jaarlijkse indexering neemt beklagde ook de extra kosten boven genoemd bedrag voor haar rekening. Beklaagde wijst er voorts op dat er sprake is van transparantie en dat aan alle partijen wordt verzocht om genoemd bedrag mee te nemen in de calculatie. Zij is dan ook van mening dat deze voorwaarde niet leidt tot uitsluiting van het MKB.
- 5.5 Met betrekking tot beide klachtonderdelen wijst beklagde er tot slot nog op dat ook in de praktijk is gebleken dat de aanbesteding voldoende mogelijkheden biedt voor het MKB. Immers, van de 14 inschrijvers kunnen acht partijen als MKB-bedrijven worden aangemerkt. Ook is het zo dat de opdracht uiteindelijk is gegund aan een MKB-bedrijf.

## 6. Beoordeling

### 6.1 Klachtonderdeel 1

- 6.1.1 Met betrekking tot het eerste onderdeel van de klacht overweegt de Commissie als volgt. De Commissie is van oordeel dat in casu sprake is van de samenvoeging van 12 geografische bepaalde gelijksoortige opdrachten binnen één aanbestedende dienst, zoals omschreven op blz. 16 van de Gids Proportionaliteit.
- 6.1.2 Art. 1.5, derde lid, Aw 2012 verplicht een aanbestedende dienst een opdracht in meerdere percelen op te delen, tenzij hij dit niet passend acht, in welk geval de aanbestedende dienst dit motiveert in de aanbestedingsstukken.
- 6.1.3 Beklaagde heeft in haar reactie op de klacht opgemerkt dat zij in het onderhavige geval niet tot naleving van het splitsingsgebod van art. 1.5, derde lid, Aw 2012 is gehouden. Zij voert daartoe aan dat het splitsingsverbod – bedoeld zal zijn: splitsingsgebod – pas van toepassing is indien er sprake is van onnodige samenvoeging van opdrachten als bedoeld in artikel 1.5, eerste lid, Aw 2012 en dat dit laatste geval zich naar haar mening niet voordoet.
- 6.1.4 Anders dan beklagde betoogt, volgt uit de wetsgeschiedenis (Kamerstukken II 2011/12, 32440, nr. 47; Handelingen II 2011/12, 49, item 7, p. 42 en uit de Gids Proportionaliteit (blz. 17, voorlaatste alinea en blz. 19 bovenaan) dat ook wanneer sprake is van een samenvoeging van opdrachten die niet onnodig is, een aanbestedende dienst de aldus samengevoegde opdracht in beginsel moet opdelen in percelen. Wanneer een aanbestedende dienst dat niet wil doen, omdat hij dat niet passend acht, moet hij dit in de aanbestedingsstukken motiveren.
- 6.1.5 Voor zover in de reactie van beklagde de stelling besloten ligt dat met het verstrekken van een (deugdelijke) motivering – op basis van art. 1.5, tweede lid, Aw 2012 – van de

beslissing tot het (niet-onnodig) samenvoegen van opdrachten tot één opdracht, een aanbestedende dienst tevens heeft voldaan aan de motiveringsplicht van het derde lid van dat artikel (de beantwoording van de vraag waarom opdelen in percelen niet passend is), is die stelling naar het oordeel van de Commissie niet in alle gevallen juist.

- 6.1.6 Die stelling is juist in het geval dat sprake is van het samenvoegen van verschillende ongelijksoortige opdrachten die volgtijdelijk moeten worden uitgevoerd met betrekking tot één project, zoals omschreven op blz. 16 van de Gids Proportionaliteit. In een dergelijk geval is het (materieel) ongedaan maken van de samenvoeging door de (samengevoegde) opdrachten weer te op te delen in percelen niet logisch en begrijpelijk. De motivering waarom het "niet passend" is de aldus geclusterde opdracht in percelen op te delen zal dan veelal geacht kunnen worden besloten te liggen in de (deugdelijke) motivering waarom de clustering "niet onnodig is".
- 6.1.7 Een geval zoals hiervoor bedoeld heeft zich in de onderhavige klacht echter niet voorgedaan: beklagde heeft immers een aantal gelijksoortige opdrachten samengevoegd. In een dergelijk geval kunnen weliswaar goede redenen bestaan om de verschillende gelijksoortige opdrachten niet door evenzovele afzonderlijke aanbestedingsprocedures in de markt te zetten en in plaats daarvan over te gaan tot het samenvoegen van die opdrachten in één aanbestedingsprocedure, maar daarmee is nog niet gezegd dat er vervolgens geen (andere) goede redenen zouden kunnen bestaan om binnen die ene aanbestedingsprocedure de samengevoegde opdracht in meerdere percelen op te delen (vergelijk ook het antwoord van de Minister, Handelingen II 2011/12, 49, item 4, p. 12). De motiveringsplicht van art. 1.5, derde lid, Aw 2012 heeft in dat geval tot doel die (andere) goede redenen inzichtelijk te maken.
- 6.1.8 Daarmee is de vraag aan de orde of beklagde haar beslissing om geen gevolg te geven aan het splitsingsgebod in de aanbestedingsstukken heeft gemotiveerd en of die motivering die beslissing voldoende kan dragen.
- 6.1.9 Art. 1.1 Aw 2012 definieert het begrip "aanbestedingsstukken" als: 'alle documenten in een aanbestedingsprocedure die door de aanbestedende dienst (...) in de procedure zijn gebracht.' Uit de wetsgeschiedenis blijkt aan welke documenten de wetgever daarbij in het bijzonder heeft gedacht: 'Voorbeelden (...) zijn de aankondiging en het daarbij behorende bestek, of een beschrijving van de organisatie van de aanbestedende dienst (...). Voorts zullen een selectieleidraad en een concept-overeenkomst veelal deel uitmaken van de aanbestedingsstukken. Correspondentie via e-mail, etc., waarin allerlei mededelingen worden gedaan valt niet onder het begrip aanbestedingsstukken.' (Kamerstukken II 2009/10, 32440, nr. 3, p. 42-43).
- 6.1.10 De Commissie heeft geconstateerd dat beklagde haar beslissing om geen gevolg te geven aan het splitsingsgebod noch in de aankondiging of het bestek, noch in een van de andere door de wetgever genoemde voorbeelden van aanbestedingsstukken heeft gemotiveerd. Een motivering is daarentegen wel terug te vinden op blz. 2 van de Nota van Inlichtingen (Deel 2) en in de bovenstaande reactie van beklagde op de klacht.
- 6.1.11 Wat die reactie van beklagde betreft, oordeelt de Commissie als volgt. Nog daargelaten dat die reactie – die immers slechts een onderdeel is van de bilaterale communicatie tussen klager en beklagde – niet kwalificeert als een "aanbestedingsstuk", biedt zij ook overigens geen dragende motivering voor het oordeel van beklagde waarom het opdelen van de opdracht in geografische percelen "niet passend" zou zijn. Beklagde beperkt zich in haar reactie immers tot de beantwoording van de vraag waarom er een grote samenhang zou bestaan tussen de opdrachten schoonmaak, glasbewassing en

vloeronderhoud. Dat beklagde de opdracht niet naar schoonmaakdiscipline heeft gesplitst, is echter geen onderdeel van de klacht.

- 6.1.12 Wat de Nota van Inlichtingen van beklagde betreft, oordeelt de Commissie als volgt. De Commissie betwijfelt of een Nota van Inlichtingen – gelet op de hiervoor geciteerde passage uit de wetsgeschiedenis – kwalificeert als een “aanbestedingsstuk”. Het lijkt er meer op dat een Nota van Inlichtingen moet worden gerekend tot de door de wetgever genoemde ‘correspondentie (...) waarin allerlei mededelingen worden gedaan.’ Steun voor deze uitleg biedt de inhoud van bepalingen opgenomen in de Aw 2012 die een onderscheid maken tussen “aanbestedingsstukken” enerzijds en “inlichtingen” anderzijds, zoals art. 2.54, eerste lid, Aw 2012 (‘nadere inlichtingen over de aanbestedingsstukken’) en art. 2.73, eerste lid, 1 Aw 2012 (‘de tijdig aangevraagde aanbestedingsstukken en de aanvullende stukken of nadere inlichtingen’).
- 6.1.13 Uit de wetsgeschiedenis blijkt echter niet waarom de wetgever de mogelijkheid voor een aanbestedende dienst tot naleving van de motiveringsplicht van art. 1.5, derde lid, Aw 2012 heeft willen beperken tot de aanbestedingsstukken en waarom het een aanbestedende dienst niet tevens zou zijn toegestaan die verplichting via een Nota van Inlichtingen na te komen. Mogelijk heeft de wetgever aansluiting gezocht bij de inhoud en ratio van andere bepalingen in de wet. De Commissie denkt dan aan bepalingen die een aanbestedende dienst verplichten om bepaalde informatie aan gegadigden of inschrijvers te verstrekken door middel van de aanbestedingsstukken, omdat bekendmaking op een later tijdstip – bijvoorbeeld in de Nota van Inlichtingen – tot een inbreuk op het in art. 1.8 Aw. 2012 vastgelegde non-discriminatiebeginsel kan leiden.
- 6.1.14 Het hiervoor genoemde risico kan zich naar het oordeel van de Commissie echter niet verwezenlijken wanneer een aanbestedende dienst zijn motiveringsplicht van art. 1.5, derde lid, Aw 2012 naleeft door de vereiste motivering pas in de Nota van Inlichtingen te verstrekken. De Commissie gaat dan ook voorbij aan deze formele schending door beklagde van art. 1.5, derde lid, Aw 2012.
- 6.1.15 Dat brengt de Commissie tot de beantwoording van de vraag of beklagde op blz. 2 van de Nota van Inlichtingen (Deel 2) in antwoord op vraag 11 een motivering heeft verstrekt die haar beslissing om geen gevolg te geven aan het splitsingsgebod voldoende kan dragen. De inhoud van die motivering luidt als volgt:
- 6.1.16 ‘Zoals ook reeds eerder aangegeven is de motivering van de aanbestedende dienst (...) om niet op te delen in percelen de volgende:
- De opdracht is niet dermate groot dat er sprake is van inperking van de marktwerking. De opdracht is dus toegankelijk voor MKB-bedrijven. (Dit is ook concreet zichtbaar in de aanmeldingen: van de 14 gegadigden zijn er 8 partijen die regionaal georiënteerd zijn en dus als MKB kunnen worden gekenmerkt.)
  - De interne organisatie van [de aanbestedende dienst] is niet zo georganiseerd dat een opdeling in percelen en daarmee meerdere contractpartijen een efficiënte bedrijfsvoering tot stand brengt en rechtvaardigt.’
- 6.1.17 Art. 1.5, derde lid, Aw 2012 maakt niet duidelijk op welke aspecten een aanbestedende dienst in diens motivering acht moet slaan bij de beantwoording van de vraag waarom hij opdeling van een opdracht in meerdere percelen niet passend acht. Uit de Toelichting op het amendement dat ten grondslag ligt aan de genoemde bepaling blijkt weliswaar dat de ratio van het splitsingsgebod is gelegen in de wens van de wetgever ‘om de toegang van voldoende bedrijven te waarborgen’, maar die Toelichting beperkt zich tot de opmerking dat “niet passend” gelijk staat aan “niet mogelijk” en laat verder in het midden wat de hiervoor bedoelde aspecten zouden kunnen zijn (Kamerstukken II 2011/12, 32440, nr. 47 *in fine*).

- 6.1.18 Meer informatie daarover biedt de toelichting op blz. 17-18 van de Gids Proportionaliteit, waar het volgende wordt opgemerkt: 'Bij de beoordeling of clusteren (of opdelen in percelen, zie §3.3.2) in het onderhavige geval doelmatig is dienen dan ook de totale kosten (kosten van voorbereiding, aanbesteding, realisatie, exploitatie en onderhoud) en mogelijk andere relevante aspecten van de opdracht mee te worden genomen. Een van die andere relevante aspecten is de samenstelling van de relevante markt. Het aantal potentiële inschrijvers dient nog dusdanig te zijn, dat de mededinging gewaarborgd blijft en de concurrentie niet merkbaar wordt beperkt'. Op blz. 19 wordt daar nog aan toegevoegd: 'Uitgangspunt van de wet is dat geclusterde opdrachten in beginsel in percelen verdeeld moeten worden. Voor opdelen in percelen kan bijvoorbeeld gekozen worden omdat bij het bepalen van de inkoopstrategie gebleken is, dat de opdracht verschillende expertises vraagt die veelal niet in één onderneming verenigd zijn. Een andere reden om te kiezen voor opdelen in percelen kan zijn dat de aanbestedende dienst ook de wat kleinere ondernemingen in de gelegenheid wil stellen om mee te dingen naar een deel van de opdracht. Tenslotte kan het opdelen in percelen ook een bewuste strategie van een aanbestedende dienst zijn, om in een bepaald marktsegment niet van één onderneming afhankelijk te worden. Het risico van disproportionaliteit schuilt met name in het op de markt zetten van een zeer omvangrijke opdracht die hetzij niet opgedeeld is in percelen, dan wel in zéér grote percelen, waardoor een belangrijk deel van de markt wordt uitgesloten. Dit is noch in het belang van het bedrijfsleven, noch in het belang van de aanbestedende dienst (marktinperking). Er dient sprake te zijn van een goed evenwicht.'
- 6.1.19 Ook deze toelichting laat echter in het midden wat nu precies de (door de wetgever beoogde) verhouding is tussen de beoordeling die een aanbestedende dienst moet uitvoeren op grond van art. 1.5, eerste lid, Aw 2012 in het kader van de beantwoording van de vraag of het samenvoegen van een aantal opdrachten "niet onnodig" is – en bij welke beoordeling dan de in het tweede lid van dat artikel genoemde aspecten in beschouwing moeten worden genomen – en de beantwoording van de vraag (en de daarbij te overwegen aspecten) waarom hij het opdelen van een (samengevoegde) opdracht in meerdere percelen vervolgens "niet passend" acht.
- 6.1.20 Niettegenstaande het voorgaande neemt de Commissie, gelet op de doelstellingen die de wetgever met art. 1.5 Aw 2012 heeft beoogd, het volgende tot uitgangspunt. Een deugdelijke motivering van de beslissing om in een geval als het onderhavige het opdelen van een (samengevoegde) opdracht "niet passend" te achten, zal gebaseerd moeten zijn op een afweging van het met die opdeling gemoeide belangen van de aanbestedende dienst enerzijds en het belang van voldoende toegang tot de opdracht voor bedrijven uit het midden- en kleinbedrijf anderzijds. De Commissie maakt uit de door beklagde verstrekte motivering op dat beklagde deze afweging in ieder geval heeft gemaakt.
- 6.1.21 Het argument van beklagde, dat haar interne organisatie niet zo is georganiseerd dat dit een opdeling in percelen – met als gevolg de mogelijkheid dat beklagde met meerdere contractpartijen te maken zal krijgen – zou rechtvaardigen, gelet op het belang dat zij immers heeft bij een efficiënte bedrijfsvoering, overtuigt de Commissie slechts ten dele.
- 6.1.22 Enerzijds is het immers zo dat ook wanneer de geografisch bepaalde opdrachten worden samen gevoegd tot één opdracht – zoals beklagde heeft gedaan – en de aldus gevormde, samen gevoegde opdracht vervolgens wordt opgedeeld in percelen, beklagde nog steeds recht zal kunnen doen aan het door haar genoemde belang van een efficiënte bedrijfsvoering. In het parlementaire debat over de Aanbestedingswet 2012 heeft de Minister dat laatste als volgt verwoord: 'Daarbij geldt dat centrale inkoop door gebruik te maken van grote contracten zeker niet strijdig hoeft te zijn met meer kansen voor het midden- en kleinbedrijf. De aanbestedende dienst verlaagt de proceskosten door centraal

in te kopen. Er hoeft maar een keer nagedacht te worden over de inkoopstrategie, er hoeft maar een keer marktonderzoek te worden gedaan et cetera. Door de opdrachten zo veel mogelijk in percelen op de markt te zetten, kan wel degelijk het midden- en kleinbedrijf een kans maken en ruimschoots participeren' (Handelingen II 2011/12, 49, item 4, p. 12).

6.1.23 Anderzijds komt het argument van beklaagde er op neer dat haar interne organisatie wel in staat zou zijn om één contract met één onderneming met betrekking tot 12 verschillende objecten te managen, maar niet in staat zou zijn om meer dan één contract met evenzovele ondernemingen te managen. De Commissie geeft beklaagde wat dit betreft het voordeel van de twijfel, maar wil daarover wel nog het volgende opmerken. In beide hiervoor genoemde gevallen zal de interne organisatie van beklaagde hoe dan ook de uitvoering van schoonmaakdiensten met betrekking tot 12 verschillende objecten moeten managen. Dáár ligt voor de interne organisatie van beklaagde de uitdaging. Wanneer die schoonmaakdiensten vervolgens worden uitgevoerd op basis van een aantal parallelle contracten, met verschillende aanspreekpunten per contract, zal dat laatste die uitdaging waarschijnlijk weinig complexer maken. Dat geldt zeker nu beklaagde – door de schoonmaakdiensten met betrekking tot de 12 objecten samen te voegen in één opdracht – de mogelijkheid heeft gehad die contracten voor de verschillende objecten te uniformeren juist met het oog op de door haar gewenste efficiënte bedrijfsvoering.

6.1.24 Het argument van beklaagde, dat de opdracht toegankelijk is voor het midden- en kleinbedrijf en dat dit ook blijkt uit het aantal en de aard van de aanmeldingen die zij heeft ontvangen, acht de Commissie steekhoudend en van doorslaggevende betekenis. De Commissie stelt vast dat klager op geen enkele wijze heeft geprobeerd dat argument te weerleggen, hoewel zij daartoe verschillende gelegenheden heeft gehad na publicatie van de Nota van Inlichtingen. Zij had dat allereerst kunnen doen in haar brief van 14 oktober 2013 waarmee zij haar klacht bij beklaagde aankaartte. In de tweede plaats had zij dat kunnen doen nadat zij op 6 november 2013 een reactie op haar klacht van beklaagde had ontvangen en haar klacht vervolgens bij de Commissie neerlegde. Dat de opdracht – zoals klager in de onderbouwing van haar klacht stelt – door beklaagde is gegund aan een onderneming met 1000 medewerkers en 3 vestigingen en dat een dergelijke onderneming niet tot het midden- en kleinbedrijf behoort, is op zichzelf nog geen weerlegging van de stelling van beklaagde dat de opdracht toegankelijk is voor het midden- en kleinbedrijf gelet op het aantal en de aard van de aanmeldingen die beklaagde heeft ontvangen.

6.1.25 Gelet op het voorgaande is voor de Commissie niet komen vast te staan dat beklaagde in strijd met het bepaalde in art. 1.5, derde lid, Aw 2012 heeft gehandeld.

## 6.2 Klachtonderdeel 2

6.2.1 Met betrekking tot het tweede onderdeel van de klacht merkt de Commissie allereerst op dat zij slechts kan gissen naar de overwegingen van beklaagde om de inschrijver, aan wie de opdracht in het kader van de onderhavige aanbestedingsprocedure wordt gegund, als "doorgeefluik" te laten fungeren voor betalingen die beklaagde aan haar adviesbureau verschuldigd is en die verband houden met de begeleiding door dat adviesbureau van de uitvoering van de aanbestedingsprocedure (hierna te noemen: "aanbestedingskosten"). Voor de Commissie is slechts relevant na te gaan of en in hoeverre beklaagde met deze handelwijze in strijd handelt met de Aw 2012.

6.2.2 In paragraaf 6.3, tweede zin, van het bestek is bepaald dat de "opdrachtnemer" – in paragraaf 1.1 van het bestek gedefinieerd als: 'de gegadigde die de uiteindelijke definitieve gunning ontvangt en waarmee opdrachtgever een overeenkomst sluit' – na gunning een factuur met betrekking tot die kosten zal ontvangen. De verplichting van de opdrachtnemer tot betaling van die factuur aan het adviesbureau vloeit voort uit

paragraaf 6.1 van het bestek. Onduidelijk is echter hoe vervolgens is verzekerd dat de opdrachtnemer (terug)betaling van de aanbestedingskosten van beklaagde ontvangt. De tot de aanbestedingsstukken behorende "Overeenkomst schoonmaakonderhoud en glasbewassing" biedt daarvoor geen grondslag. In paragraaf 6.3, eerste zin, van het bestek is weliswaar bepaald dat de aanbestedingskosten op verzoek van beklaagde dienen te worden opgenomen in de overheadkosten van de opdrachtnemer, maar uit die bepaling volgt dat beklaagde ook de mogelijkheid heeft om een dergelijk verzoek niet te doen zodat de opdrachtnemer alsnog met die kosten blijft zitten. De inhoud van de genoemde bepaling strookt bovendien niet met de hiervoor weergegeven reactie van beklaagde op dit klachtonderdeel, waarin zij stelt dat 'alle partijen wordt verzocht om genoemd bedrag mee te nemen in de calculatie'. Gesteld dat dit laatste inderdaad de bedoeling is van beklaagde, dan biedt het bestand "Inschrijfbiljetten" – dat een inschrijver op grond van paragraaf 5.2.1 van het bestek dient te gebruiken voor diens inschrijving – geen mogelijkheid om de aanbestedingskosten daarin op te nemen.

- 6.2.3 De Commissie is van oordeel dat de hiervoor beschreven handelwijze van beklaagde in de eerste plaats strijd oplevert met haar op grond van art. 1.9, eerste lid, Aw 2012 bestaande verplichting om transparant te handelen. Als gevolg van die handelwijze blijft immers niet alleen in het midden hoe de inschrijvers met de aanbestedingskosten in hun inschrijvingen moeten omgaan, maar ook welke gevolgen beklaagde daar op haar beurt vervolgens aan verbindt. Als gevolg daarvan bestaat het risico dat inschrijvers niet op gelijke en niet-discriminerende wijze zullen worden behandeld, in welk geval beklaagde tevens in strijd met haar op grond van art. 1.8 Aw 2012 bestaande verplichting zal handelen. Voor zover als gevolg van de door beklaagde gevolgde handelwijze de mogelijkheid bestaat dat de uiteindelijke opdrachtnemer met de aanbestedingskosten blijft zitten en die kosten tevens de kosten omvatten die verband houden met het opstellen van de aanbestedingsstukken, handelt beklaagde bovendien in strijd met art. 2.66, eerste lid, Aw 2012.

## 7. Advies

De Commissie acht onderdeel 1 van de klacht **ongegrond** en acht onderdeel 2 van de klacht **gegrond**.

Den Haag, 24 januari 2014

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

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