

Advies 134

1. Feiten

- 1.1 Beklaagde (een scholengemeenschap) heeft een Europese openbare aanbestedingsprocedure gehouden voor de levering en het onderhoud van ongeveer 2300 zogenoemde "lockers" op basis van operational lease.
- 1.2 In de aankondiging van de opdracht, die op 4 juni 2014 in het Publicatieblad van de EU is gepubliceerd, is in hoofdstuk II.2.1 ("Totale hoeveelheid of omvang") vermeld dat de opdracht een geraamde waarde heeft van € 207.000,00 exclusief BTW.
- 1.3 In het document "Uitnodiging tot Inschrijving" van 4 juni 2014 heeft beklagde in hoofdstuk 3 ("Voorwerp van opdracht"), par. 3.1 ("Algemeen") op p. 14 onder andere het volgende bepaald:

'Opdrachtgever wenst voor de betreffende lockers een Operational Lease contract af te sluiten voor tien (10) jaar. Opdrachtgever verkrijgt gedurende een bepaalde periode het recht om het object te gebruiken, en na het verstrijken van afloop van het contract dient bij Prijswens 1 opgegeven te worden;

1. wat het restbedrag (negatief / positief) is, om Opdrachtgever eventueel eigenaar te laten worden van de lockers.

Opdrachtgever wenst jaarlijks maximaal een bedrag van € 12,50 maal het geleverde aantal lockers uit te geven. Aan het genoemde aantal kunnen geen rechten worden ontleend. Genoemde aantal is een schatting en dienen om Ondernemers op gelijke basis te laten calculeren. De definitieve aantallen worden bij de definitieve bestelling bekend gemaakt. (...)'

- 1.4 In hoofdstuk 7 ("Programma van Eisen") van de Uitnodiging tot Inschrijving is eis P.E.12 op p. 23 als volgt geformuleerd:

'Opdrachtgever wenst voor de lockers een operational lease contract af te sluiten voor een periode van tien (10) jaar waarbij door Opdrachtgever een leasebedrag van maximaal € 12,50 per geleverde locker per jaar wordt betaald.'

- 1.5 In de Inleiding van de Uitnodiging tot Inschrijving is op p. 6 bepaald dat het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving wordt gehanteerd. Uit het schema dat is opgenomen in par. 8.1 ("Wegingsfactoren") op p. 29 van de Uitnodiging tot Inschrijving kan worden opgemaakt dat beklagde aan de subgunningscriteria "Prijs" en "Kwaliteit" een wegingsfactor van 35% respectievelijk 65% heeft toegekend.

- 1.6 In par. 8.3 ("Programma van wensen – Prijs") van de Uitnodiging tot Inschrijving is op p. 32 ten aanzien van "Prijs wens 1" bepaald:

'Aanbestedende dienst wenst inschrijving te beoordelen op:

- Het bedrag dat u na tien (10) jaar nog wenst te geven of wenst te ontvangen als restschuld (negatief of positief restbedrag)

Ondernemer gebruikt voor het indienen van zijn prijzen het bijgevoegd Excelformulier (Prijzenblad).

Ondernemer gebruikt voor het indienen van zijn prijzen Annex III Prijzenblad.'

1.7 In de 1^e Nota van Inlichtingen van 16 juni 2014 zijn, voor zover relevant, de volgende vragen met bijbehorend antwoorden opgenomen:

1.7.1 Vraag 3: De prijzen worden gevraagd exclusief BTW. Er wordt door opdrachtnemer gefactureerd met BTW. De leaseprijs is derhalve hoger als het genoemde bedrag van € 12,50 per maand. Realiseert aanvrager dat zijn kosten € 15,13 per maand per locker bedragen?

Antwoord: Opdrachtgever realiseert zich dit.

1.7.2 Vraag 8: Indien een leasebedrag van € 12,50 per jaar per locker niet haalbaar is bij de gegeven looptijd van 10 jaar, mag het leasebedrag dan verhoogd worden tot een reëel leasebedrag per jaar.

Antwoord: Neen, Opdrachtnemer dient / kan dan een restwaarde bedrag opvoeren waarvoor Opdrachtgever alsnog eigenaar kan worden van de lockers.

1.7.3 Vraag 9: Indien een gelijkblijvend leasebedrag niet haalbaar is bij gegeven looptijd en leasebedrag, mag het leasebedrag dan stijgend zijn met een nader te bepalen index?

Antwoord: Neen, Opdrachtnemer dient / kan dan een restwaarde bedrag opvoeren waarvoor Opdrachtgever alsnog eigenaar kan worden van de lockers.

1.7.4 Vraag 22: U geeft in deze paragraaf aan dat de gewenste lockers leaseprijs € 12,50 p/jaar mag bedragen bij 2300 vakken. Vraag: is deze prijs ook een schatting welke u uit de markt heeft vernomen? Of is dit een aangenomen uitgangspunt voor verkrijgen van gelijkwaardige aanbiedingen?

Antwoord: Het bedrag heeft te maken met de geldelijke bijdrage van de ouders van de leerlingen. Ja het betreft ook een aangenomen uitgangspunt voor verkrijgen van gelijkwaardige aanbiedingen.

1.7.5 Vraag 46: Opdrachtgever wenst jaarlijks maximaal € 12,50 per locker uit te geven. Mag dit bedrag jaarlijks worden geïndexeerd? Zo ja, binnen welke voorwaarden?

Antwoord: Neen.

1.7.6 Vraag 49: Aanbestedende dienst geeft aan dat ze maximaal €12,50 per locker per jaar wil besteden. Zoals het prijzenblad nu is, kan hier nergens een prijs voor worden opgegeven. Waar kan de prijs voor deze locker ingevuld worden? En welke rol speelt deze in de totale prijs en daarmee in de beoordeling van de offertes van inschrijvers?

Antwoord: €12,50 per locker (inclusief terminals, onderhoud, etc.) per jaar is een gegeven.

- 1.7.7 Vraag 65: Beoordeling prijs: Hoe wordt de prijs beoordeeld? Worden hierbij prijs-wens 1, 2 en 3 opgeteld tot het laagste totaal bedrag? Hoe wordt de leaseprijs meegenomen in het totaal? Graag ontvangen wij een nadere specificatie.

Antwoord: Zie hoofdstuk 8.1. Leaseprijs van € 12,50 is een gegeven, wordt niet meegenomen in het totaal.

- 1.7.8 Vraag 66: Opdrachtgever vraagt inschrijver onder wens 1 een positief restbedrag op te geven voor het aanbieden of terugnemen van de lockers na de looptijd van 10 jaar. Wenst opdrachtgever de kluisjes na een periode van 10 jaar te behouden of juist niet? Met andere woorden, wordt het terugnemen van de lockers door opdrachtgever als positief of negatief beoordeeld? Graag uw reactie.

Antwoord: Opdrachtgever wenst graag langer gebruik te maken van de kluisjes indien de technische staat goed is en het opgegeven restbedrag juist een stimulans is om langer gebruik te maken van de kluisjes.

- 1.8 Op 14 juli 2014 heeft klager aan beklagde laten weten af te zien van inschrijving op de opdracht. Als reden daarvoor heeft klager opgegeven dat de uitgangspunten binnen het eisenpakket naar haar mening te hoog waren gesteld.
- 1.9 Op 15 juli 2014 heeft de aanbesteding plaatsgevonden. Uit het proces-verbaal van opening blijkt dat alleen X op de opdracht heeft ingeschreven.
- 1.10 Klager heeft de Commissie laten weten dat op 15 juli 2014, nadat de aanbesteding had plaatsgevonden, een vertegenwoordiger van beklagde – de heer P. – klager heeft gebeld om te reageren op de brief die klager op 14 juli 2014 aan beklagde stuurde. In dat telefoongesprek heeft de heer P. – aldus nog steeds klager – zijn teleurstelling geuit over de handelwijze van klager aangezien hij had gehoopt op een inschrijving van klager. De heer P. heeft voorts gevraagd naar de bezwaren van klager. Klager heeft daarop geantwoord dat er geen enkele reguliere financier te vinden is die akkoord kan gaan met een operational lease-constructie tegen de geëiste waarden en de investeringssom. De heer P. heeft vervolgens gesteld dat klager een inschrijving had moeten doen waarin klager een restbedrag na 10 jaar had moeten noteren met de vermelding bezwaren bij de financiering te hebben. Over de bezwaren van klager had dan gecommuniceerd kunnen worden. Tevens stelde de heer P. dat klager gedurende de periode vóór de inschrijving telefonisch contact met hem had kunnen opnemen om inhoudelijk over de bezwaren omtrent de financiële waarden te praten.
- 1.11 Op 24 juli 2014 heeft beklagde in een mededeling van de gunningsbeslissing te kennen gegeven dat de opdracht wordt gegund aan X.

2. Beschrijving klacht

In de aankondiging van de opdracht staat dat de opdracht een geraamde waarde heeft van € 207.000,00. Dit bedrag is volgens klager veel te laag om te kunnen voldoen aan de eisen die aan de opdracht worden gesteld en dat de combinatie van waardes dusdanig hoge restwaarde-risico's opleveren dat die voor reguliere financiers onacceptabel zijn. Klager stelt dat zij ten gevolge hiervan ten onrechte van mededinging wordt uitgesloten.

3. Onderbouwing klacht

- 3.1 Er worden in de Uitnodiging tot inschrijving en de drie Nota's van Inlichtingen dusdanig extreme eisen/waarden aan de financiering en minimale technische eisen gesteld, dat het klager redelijkerwijs onmogelijk wordt gemaakt om aan de gestelde waarden te kunnen voldoen. Bij de gestelde eisen/waarden blijft er waarschijnlijk één leverancier met haar financier over die hier enigszins invulling aan kan geven.
- 3.2 De combinatie van de eisen/waarden in de hiervoor documenten zijn:
- Operational lease constructie;
 - Periode: 10 jaar;
 - Aantal lockers: 2300;
 - Vast vergoedingsbedrag van € 12,50 per locker per jaar;
 - Bedragen zijn inclusief onderhoud gedurende 10 jaar;
 - Weergave van een restbedrag om Opdrachtgever eventueel eigenaar te laten worden van de lockers.
- 3.3 Klager meent dat haar klacht gegrond is om de volgende redenen:
- 3.3.1 De door klager vastgestelde netto investeringssom welke gefinancierd moet worden is € 460.000,00 inclusief onderhoud in plaats van de geraamde € 207.000,00 zoals genoemd in de aankondiging van de opdracht (de netto investeringssom exclusief onderhoud schat klager op circa € 280.000,00).
- 3.3.2 De geraamde waarde van € 207.000,00 zoals genoemd in de aankondiging van de opdracht voor aanschaf van circa 2300 lockers strookt niet met de totale waarde van de vaste vergoedingsbedragen voor de lockers van € 12,50 per locker per jaar zoals vermeld op p. 14 t/m 16 van de Uitnodiging tot inschrijving en later benadrukt in de drie Nota's van Inlichtingen. De geraamde waarde had dan moeten zijn: 2300 lockers x € 12,50 per jaar x 10 jaar = € 287.500,00 inclusief onderhoud.
- 3.3.3 In deze aanbesteding is sprake van een combinatie van waardes die dusdanig hoge restwaarde-risico's opleveren die voor reguliere financiers onacceptabel zijn waardoor klager van mededinging worden uitgesloten.
- 3.3.4 In operational lease constructies mogen vooraf geen vastgestelde waardes worden opgenomen waarvoor de opdrachtgever na het verstrijken van de contractperiode eventueel eigenaar kan worden.

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

Klager stelt voor dat beklaagde de aanbestedingsprocedure intrekt en eventueel een nieuwe openbare aanbesteding uitschrijft met aangepaste eisen en wensen waar meerdere leveranciers en financiers een invulling aan kunnen en mogen geven. Op deze nieuwe openbare aanbesteding zouden alle partijen moeten kunnen inschrijven, ook die partijen die géén inschrijving hebben gedaan op de huidige aanbesteding.

5. Reactie beklaagde

- 5.1 In reactie op de constatering van klager dat in de aankondiging van de opdracht is vermeld dat de geraamde waarde van de opdracht € 207.000,00 bedraagt, stelt beklaagde zich op het standpunt dat zij met de vermelding van dat bedrag slechts heeft beoogd te verwijzen naar de Europese drempelwaarde voor overheidsop-

drachten voor leveringen. Klager heeft dat volgens beklaagde verkeerd geïnterpreteerd.

- 5.2 Beklaagde vraagt zich af waar klager op doelt met haar onder 3.1 weergegeven betoog. In reactie hierop merkt zij op dat de winnende inschrijver X een inschrijving heeft gedaan die geheel voldoet aan alle eisen en wensen zoals gesteld in de aanbestedingsstukken.
- 5.3 Beklaagde vraagt zich voorts af hoe klager aan het in 3.3.1 genoemde bedrag van € 460.000,00 komt. De waarde van de opdracht bedraagt volgens beklaagde namelijk € 287.500,00 (voor levering inclusief onderhoud). Beklaagde voegt daaraan toe dat dit geen vast bedrag betreft, omdat inschrijvers die moeite hebben met dit bedrag (of het zelfs voor minder kunnen doen) de mogelijkheid hadden via Prijswensen 1 t/m 3 een negatief of positief restbedrag op te geven (beklaagde verwijst hier in haar reactie naar Annex III Prijzenblad). Beklaagde heeft met deze constructie juist de mogelijkheid geboden aan alle inschrijvers om in te schrijven. De drie Prijswensen tellen ook maar voor 35% mee. Over het bedrag van € 12,50 – het maximale leasebedrag dat beklaagde per geleverde locker per jaar zal betalen – is slechts één vraag gesteld in de Nota van Inlichtingen.
- 5.4 Beklaagde merkt tot slot op dat wanneer klager de netto investeringssom exclusief onderhoud op circa € 280.000,00 schat, zij een inschrijving voor dit bedrag had kunnen doen en nog kans had gemaakt om als EMVI te worden geclassificeerd omdat de prijs slechts voor 35% meetelde en kwaliteit voor 65%.

6. Beoordeling

- 6.1 De Commissie stelt voorop dat beklaagde een Europese openbare aanbestedingsprocedure heeft gehouden. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en 2 Aw 2012; Gids Proportionaliteit.

In de kern van de zaak betoogt klager met haar klacht dat het bedrag van € 207.000,00 dat door beklaagde in de aankondiging van de opdracht is vermeld als zijnde de "geraamde waarde" van de opdracht, volgens klager veel te laag is om te kunnen voldoen aan de eisen die aan de opdracht, zoals gespecificeerd in hoofdstuk 7 van de Uitnodiging tot Inschrijving, worden gesteld en leidt de combinatie van waardes tot dusdanig hoge restwaarde-risico's dat die voor reguliere financiers onacceptabel zijn. Klager stelt dat zij ten gevolge hiervan ten onrechte van mededinging wordt uitgesloten. Zij heeft afgezien van inschrijving.

- 6.2 Beklaagde stelt zich op het standpunt dat zij met de vermelding van het bedrag van € 207.000,00 slechts heeft beoogd te verwijzen naar de Europese drempelwaarde voor overheidsopdrachten voor leveringen. Klager heeft het vermelde bedrag volgens beklaagde verkeerd geïnterpreteerd. De waarde van de opdracht bedraagt volgens beklaagde namelijk € 287.500,00 (voor levering inclusief onderhoud).
- 6.3 Op beklaagde rust de aanbestedingsrechtelijke verplichting om de aanbestedingsstukken zodanig te formuleren dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers in staat zijn deze op dezelfde wijze te interpreteren. De vraag is allereerst of beklaagde deze verplichting is nagekomen door in de aankondiging van de opdracht in hoofdstuk II.2.1 ("Totale hoeveelheid of omvang") te vermelden dat de opdracht een geraamde waarde heeft van € 207.000,00 exclusief BTW. Die vraag zal naar het oordeel van de Commissie bevestigend kunnen worden beantwoord wanneer het mogelijk is – door middel van uitleg – vast te stellen hoe alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers deze vermelding

zouden interpreteren. Voor die uitleg zijn de bewoordingen van par. II.2.1 van de aankondiging van de opdracht, gelezen in het licht van de gehele tekst van de aanbestedingsstukken, in beginsel van doorslaggevende betekenis. Daarbij komt het aan op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin die stukken zijn gesteld.

- 6.4 De Commissie is van oordeel dat het niet mogelijk is vast te stellen hoe alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers par. II.2.1 van de (standaard) aankondiging van de opdracht zouden interpreteren in het licht van de gehele tekst van de aanbestedingsstukken. Onduidelijk is of beklaagde met het in de aankondiging vermelde bedrag slechts heeft bedoeld te verwijzen naar de (Europese) drempelwaarde, of dat zij heeft bedoeld een min of meer nauwkeurige indicatie van de waarde van de opdracht te geven. Voor die laatste uitleg pleit dat bij die raming ook de te leveren hoeveelheden die beklaagde voor ogen heeft – tot op tientallen precies – per vestiging in de aankondiging van de opdracht worden aangegeven. Voor de eerste uitleg pleit dat ook beklaagde erkent dat het in de aankondiging genoemde bedrag niet een min of meer nauwkeurige schatting is van de waarde van de opdracht. Volgens beklaagde is een bedrag van € 287.500,00 (voor levering inclusief onderhoud) een meer realistische inschatting.
- 6.5 Uit het voorgaande volgt dat beklaagde haar in 6.3 genoemde verplichting niet heeft nageleefd. Er is immers sprake van een onvolkomenheid althans onduidelijkheid in de aanbestedingsstukken. Dat beklaagde haar hiervoor genoemde verplichting onvoldoende naleefde, had voor klager echter duidelijk moeten zijn. Volgens bestaande jurisprudentie mag van een inschrijver in een geval als het onderhavige een proactieve houding worden verwacht. Dit houdt in dat een inschrijver verplicht is onduidelijkheden of onvolkomenheden in de aanbestedingsdocumenten bij de aanbesteder 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 de) onvolkomenheid ongedaan te maken in een stadium waarin de nadelige gevolgen daarvan voor alle betrokken partijen zoveel mogelijk beperkt kunnen blijven.
- 6.6 Klager heeft haar hiervoor bedoelde verplichting niet nageleefd. Het had op haar weg gelegen al vóór de inschrijving vragen te stellen over het verschil tussen de in de aankondiging vermelde geraamde waarde van de opdracht en het bedrag dat – ook volgens beklaagde – een meer realistische inschatting is van de waarde van de opdracht.
- 6.7 Dat klager het voorgaande heeft nagelaten, laat weliswaar onverlet dat beklaagde haar in 6.3 genoemde verplichting niet heeft nageleefd maar staat er aan in de weg dat klager daar in dit stadium van de aanbestedingsprocedure nog tegen kan opkomen.
- 6.8 Voor zover klager met haar klacht betoogt dat beklaagde met het stellen van de in hoofdstuk 7 van de Uitnodiging tot Inschrijving opgenomen eisen op zichzelf – dus zonder dat die eisen in verband met het in par. II.2.1 van de aankondiging van de opdracht genoemde bedrag worden gezien – in strijd heeft gehandeld met de Aw 2012, heeft klager dat betoog onvoldoende onderbouwd terwijl de Commissie van een dergelijke inbreuk ook overigens niet is gebleken.

7. Advies

De Commissie acht de klacht **ongegrond**.

8. Aanbeveling

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

Den Haag, 26 augustus 2014

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

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