

Advies 180

1. Feiten

1.1 Beklaagde is een Europese openbare procedure gestart met betrekking tot een opdracht voor het uitvoeren van postdienstverlening. Beklaagde heeft de aanbesteding opgedeeld in vijf verschillende percelen.

1.2 Het gaat om een heraanbesteding van een eerdere opdracht (bestaande uit vier percelen) waarover de Commissie een advies heeft gegeven (Advies 56). De Commissie heeft in dat advies de door klager ingediende klacht ten aanzien van de eis dat de gevraagde referentie-opdrachten bij één opdrachtgever moeten zijn uitgevoerd, gegrond verklaard.

1.3 Zowel bij de eerste aanbesteding als bij de heraanbesteding is alleen perceel 3 voorwerp van de klacht. Perceel 3 betreft postbezorging binnen 1 dag na opdracht binnen Nederland.

1.4 In hoofdstuk 1.2 van de Aanbestedingsleidraad van 14 juli 2014 is het volgende bepaald:

‘De indicatieve volumes, mede op basis van de gegevens van 2013 zijn:
[...]
Perceel 3 Ca. 2,8 miljoen stuks
[...].’

1.5 De Commissie neemt op grond van de context van hoofdstuk 1.2 Aanbestedingsleidraad aan dat het hier gaat om het volume per jaar.

1.6 In hoofdstuk 6.2 (“Vakbekwaamheid”) van de Aanbestedingsleidraad is op pagina 27 en 28 het volgende bepaald:

‘De Inschrijver voldoet aan de volgende eisen en overlegt de daarbij behorende bewijsstukken waaruit blijkt dat voldoende kennis, capaciteit en vaardigheden in de onderneming aanwezig zijn om een opdracht als bedoeld in deze Aanbestedingsleidraad volledig en in goede orde tot stand te kunnen brengen.

Onderdeel van dit bewijs is het verstrekken van schriftelijke informatie over referentieopdrachten, waaruit blijkt dat Inschrijver eerder tenminste de genoemde aantallen poststukken en/of stembescheiden in goede orde bezorgd heeft.

[Beklaagde] stelt geen concreet maximum aan het aantal in te dienen referentieopdrachten, maar stelt daarbij wel dat dit aantal niet dermate groot mag zijn dat het voor [beklaagde] redelijkerwijs niet mogelijk / werkbaar is om de vakbekwaamheid te toetsen.

U dient bij inschrijving informatie te verstrekken over deze referentieopdrachten en wel door per referentieopdracht één volledig ingevuld “format referentieopdrachten” [...] in te dienen.

Eis 3: Referentie opdrachten

(...)

Eis 3.a: Referentieopdracht Postbezorging volume (perceel 3)

Inschrijver dient aan te tonen dat hij:

- 1.) in één jaar tenminste 1.000.000 stuks poststukken als bedoeld in perceel 3 bezorgd heeft, welke vallen binnen het tijds kader van perceel 3.
- 2.) in één jaar tenminste twee maal een zending van meer dan 90.000 stuks poststukken als bedoeld in perceel 3 bezorgd heeft, welke valt binnen het tijds kader van perceel 3.'

1.7 In hoofdstuk 8 van de Aanbestedingsleidraad is het volgende bepaald met betrekking tot de gunningscriteria:

K-G1. Digitale formulieren

Inschrijver biedt de mogelijkheid om orders digitaal (bijvoorbeeld via een webapplicatie) aan te bieden en hieruit een orderformulier te genereren. Het aanbieden van order formulieren via mail wordt in deze niet als digitaal aanbieden gezien.

Beoordeeld wordt de mate waarin het voorstel van Inschrijver voorziet in het digitaal, bijvoorbeeld middels een webapplicatie, aanbieden van orders. Beschrijf en beargumenteer SMART uw voorstel tot invulling van het criterium op maximaal 3 A4 en verwerk hierin in ieder geval:

- Of en hoe orderinformatie tenminste drie kalenderjaren via het voorgestelde medium beschikbaar blijft voor raadplegen en/of bewerken. Met nadruk wordt gesteld dat de informatie derhalve ook tot drie kalenderjaren na afloop van de overeenkomst beschikbaar zou moeten blijven.
- Of en hoe binnen het voorgestelde medium op ordernummer gezocht en/of bewerkt kan worden.
- Of en hoe binnen het voorgestelde medium orderformulieren gegenereerd kunnen worden. Onder orderformulier wordt verstaan een document voor het aanbieden van partijen waarop de relevante gegevens van die partij vermeld zijn en dat met de zending aangeboden wordt.
- Wat het maximum percentage downtime van een eventueel aangeboden webapplicatie zal zijn en hoe continuïteit gewaarborgd is als de webapplicatie down is.
- Welke mogelijkheden, voor- en nadelen en eventuele systeemeisen voor [beklaagde] u verder ziet ten aanzien van het gebruik van de door u aangeboden oplossing voor de vraag van [beklaagde].
- Op welke wijze u de werknemers van [beklaagde] zult instrueren/trainen in het juist gebruiken van een eventueel aangeboden webapplicatie.

K-G5. Klachtenafhandeling

Beoordeeld wordt de mate waarin het voorstel van Inschrijver voorziet in het afhandelen van klachten. Beschrijf en beargumenteer SMART uw voorstel tot invulling van het criterium op maximaal 2 A4 en verwerk hierin in ieder geval:

- Op welke wijze [beklaagde] eventuele klachten ten aanzien van bijvoorbeeld dienstverlening door Inschrijver kenbaar kan maken.
- Binnen welke termijn en hoe Inschrijver ontvangst van klachten bevestigt aan [beklaagde].
- Binnen welke termijn en hoe door Inschrijver een probleemoplossing voor klachten aan [beklaagde] geboden wordt inclusief oplostermijn en of voor het afwerken van de klacht toestemming aan [beklaagde] wordt gevraagd (of niet).'

1.8 In de 1^e Nota van Inlichtingen van 15 augustus 2014 zijn, voor zover relevant, de volgende vragen met bijbehorende antwoorden opgenomen:

1.8.1 Vraag 17: Tijdens vorige (stopgezette) aanbestedingsprocedure hebben wij u reeds gewezen op het feit dat wensen K-G1 en K-G5 sterk op [X] gericht zijn. Op dit moment heeft enkel [X] de beschikking over dergelijke systemen waardoor [X] een zekere machtspositie heeft. [Beklaagde] heeft destijds aangegeven dat het systeem niet hoogstaand hoeft te zijn en tegen relatief lage kosten ontwikkeld kan worden door inschrijvende partij. Wij delen uw mening niet. Het systeem van [X] is dermate ver ontwikkeld dat wij als jong postbedrijf nooit een kans zouden hebben indien wij zelfstandig een systeem ontwikkelen. Ontwikkeling van een systeem gelijkwaardig aan dat van [X] zal al snel oplopen naar tienduizenden euro's. Geen enkel ander postbedrijf in Nederland kan tegemoet komen aan deze wensen, er is geen sprake van eerlijke mededinging. [X] zal hoe dan ook het hoogste scoren op de gunningscriteria K-G1 en K-G5. Wij zijn dan ook van mening dat deze gunningscriteria discriminatoir zijn, zeker gezien het feit dat u bij perceel 3 een EMVI verhouding hanteert van 70% kwaliteit en 30% prijs. Wij verzoeken u nogmaals om bovengenoemde wensen te verwijderen uit de aanbesteding. Indien u hier geen gehoor aan geeft dan zullen wij overwegen om een klacht in te dienen bij de Commissie van Aanbestedingsexpert[s].

Antwoord: U lijkt te veronderstellen dat wij het systeem van [X] vragen omdat wij (slechts) [X] willen contracteren. Wij vernemen graag uw heldere en gemotiveerde reactie op dit punt bij een vervolgvraag over dit item.

Centraal staat voor [beklaagde] dat onze vraag om een "systeem" niet de vraag is die u omschrijft. Wij schrijven dan ook bepaald niet toe op eventuele bestaande "systemen".

Voor de klachtencommissie van [beklaagde] hebben wij die uitleg reeds gegeven in de vorige procedure. Vervolgens heeft u het niet nodig gevonden uw klacht, onze reactie en het oordeel van de klachtencommissie voor te leggen aan de Commissie van Aanbestedingsexperts.'

1.8.2 Vraag 27: [Beklaagde] stelt geen concreet maximum aan het aantal in te dienen referentieopdrachten, maar stelt daarbij wel dat dit aantal niet dermate groot mag zijn dat het voor [beklaagde] redelijkerwijs niet mogelijk/werkbaar is om de vakbekwaamheid te toetsen. Het voorgaande is niet concreet. Wat bedoelt u exact met "niet dermate groot zijn"?

Antwoord: Vele zaken in de Gids Proportionaliteit zijn niet exact bepaald in termen van aantallen etc. en jurisprudentie ontbreekt waarin op dit punt meer duidelijkheid wordt gegeven. Toetsing is -ultimo- aan de rechter. Wij kunnen derhalve geen concreet aantal noemen, maar wij nodigen u uit om t.b.v. de tweede nota van inlichtingen een voorstel te doen waarbij ook het belang van de aanbestedende dienst in termen van toetsbaarheid en werkbaarheid in het oog wordt gehouden.'

1.9 In de 2^e Nota van Inlichtingen van 24 september 2014 is, voor zover relevant, de volgende vraag met bijbehorend antwoord opgenomen:

Vraag 65: In uw reactie op onze vraag inzake de referentie-eis geeft u aan dat u van mening bent dat de Commissie [van Aanbestedingsexperts] geen bezwaar heeft tegen deze competentie. Uit het advies [56] van de Commissie is echter

niet af te leiden dat hier daadwerkelijk sprake van is. De Commissie heeft enkel aangegeven dat - "het voor de opdracht niet essentieel is dat de in de referentie-eis omschreven stukken allemaal voor één opdrachtgever zijn bezorgd." De Commissie heeft geen uitspraak gedaan over de omvang van de door u gestelde referentie-eis.

Wij willen u er alsnog nadrukkelijk op wijzen dat [beklaagde] de markt volledig afsluit indien u uw referentie-eis (90.000 stuks) blijft hanteren. Het verzenden van een partij van meer dan 90.000 stuks levert voor ons als postbedrijf geen enkel operationeel probleem op. Partijen van een dergelijke omvang worden veelal vroegtijdig voorgeschied en dit biedt voldoende mogelijkheden om eventuele maatregelen te nemen. Wij kunnen dit echter niet aantonen met referenties omdat deze er niet zijn. Zoals aangegeven; er zijn slechts enkele organisaties die partijen met een overkomstduur van 24 uur verzenden van meer dan 90.000 stuks. Deze organisaties zijn doorgaans allemaal klant bij [X]. Enkel [X] kan zodoende middels referenties aantonen dat zij kunnen voldoen aan het gestelde. Door deze referentie-eis te handhaven sluit u dit perceel voor iedere concurrentiemogelijkheid af. Wij geven u in overweging deze referentie-eis te laten vervallen en te vervangen door een uitvoeringseis.

Indien u ons niet tegemoet wilt komen, zijn wij genoodzaakt om opnieuw een klacht in te dienen bij de Commissie van Aanbestedingsexperts.

Antwoord: [beklaagde] deelt als gemeld uw lezing van het advies van de Commissie niet. De Commissie spreekt zich namelijk ook uit in termen van proportionaliteit en heeft ook vanuit die optiek de referentie-eis beoordeeld en daar (g)een (negatief) advies op uitgebracht.

[Beklaagde] heeft desalniettemin de afgelopen tijd nogmaals de mogelijkheden bekeken hoe zij de markt in alle redelijkheid nog verder tegemoet zou kunnen komen, zonder daarbij te grote risico's te lopen ten aanzien van capaciteit. Daarbij zijn alle percelen in ogenschouw genomen.

[Beklaagde] heeft de afgelopen jaren met enige regelmaat in het 24-uurssegment bulkzendingen aangeboden van honderdduizenden stuks poststukken. In aanvulling daarop heeft zij, alleen al de afgelopen 6 maanden, in het 24-uurssegment meerdere bulkzendingen aangeboden van 80.000 stuks tot meer dan 100.000 stuks poststukken.

In het licht van het voorgaande bezien past [beklaagde] nog één maal haar referentie-eis aan, maar wel met de kanttekening dat tevens ook de inhoudelijke eis(en) daaromtrent wordt aangescherpt. In verband met het voor [beklaagde] bedrijfskritische proces van Postdiensten en de (grote) belangen die op het spel staan acht zij daarna een verdere (verlagende) aanpassing van een referentie-eis onverantwoord, evenals het achterwege laten van de aanscherping van de inhoudelijke eis(en) daaromtrent. Eventuele verzoeken om verder(gaand)e aanpassingen zullen niet worden gehonoreerd.

Om praktische redenen worden de aanbestedingsleidraad en de (concept)overeenkomst opnieuw gepubliceerd. Daarin zijn de navolgende zaken aangepast:

Voor alle percelen geldt dat de referentie-eis dat twee maal een bulkzending van een aantal poststukken is bezorgd, wordt gewijzigd in de eis dat één maal een bulkzending van een aantal poststukken is bezorgd.

Bovendien wordt de eis voor perceel drie naar beneden bijgesteld naar een bulkzending van 50.000 poststukken in plaats van een bulkzending 90.000 poststukken, op basis van "24-uursbezorging".

Dit resulteert in de volgende wijzigingen (vet) van de referentieopdrachten:

'1.) in één jaar tenminste 1.000.000 stuks poststukken als bedoeld in perceel 3 bezorgd heeft, welke vallen binnen het tijds kader van perceel 3.

2.) in één jaar tenminste **één** maal een zending van meer dan **50.000** stuks poststukken als bedoeld in perceel 3 bezorgd heeft, welke valt binnen het tijds-kader van perceel 3."

- 1.10 In de 3e Nota van Inlichtingen van 31 oktober 2014 is, voor zover relevant, de volgende vraag met bijbehorend antwoord opgenomen:

Vraag 75: Aanbestedende dienst heeft in de 2e nota van inlichtingen de referentie-eis aangepast. Eén van de referentie-eisen van perceel 3 is nu: - in één jaar tenminste één maal een zending van meer dan 50.000 stuks poststukken als bedoeld in perceel 3 bezorgd heeft, welke valt binnen het tijds-kader van perceel 3. Er zijn dagen geweest bij inschrijvende partij dat er meer dan 50.000 poststukken zijn verwerkt/bezorgd binnen het tijds-kader. Dit volume bestaat echter uit alle binnengekomen post op één dag, dus van al onze klanten. Inschrijvende partij kan onmogelijk voor al haar klanten een referentieformulier invullen. Wij verzoeken u dan ook om toe te staa[n] dat wij één referentieformulier invullen en daar een opsomming geven van de grootste partijen die op die dag verwerkt en (binnen 24-uur) bezorgt zijn. Dit zou tevens in lijn zijn met het feit dat u conform de Aanbestedingswet de administratieve lasten voor inschrijvers zo veel mogelijk dient te beperken.

Indien aanbestedende dienst niet akkoord gaat met bovenstaande, zal er geen sprake zijn van mededinging binnen perceel 3. Enkel [X] kan dan inschrijven op dit perceel.

Antwoord: Niet akkoord. De referentie-eis voor dit perceel is naar beneden bijgesteld om zeker te zijn dat geen onnodige drempels worden opgeworpen voor partijen. Evenwel moet [beklaagde] er zeker van zijn dat opdrachtnemer in staat is om dit perceel van de opdracht uit te voeren.

Omdat [beklaagde] de vakbekwaamheid moet kunnen toetsen dient u het format referentieopdrachten volledig in te vullen. De referentie-eis en het format referentieopdrachten worden niet aangepast.'

- 1.11 Klager heeft geen inschrijving ingediend.

2. Beschrijving klacht

2.1. Klachtonderdeel 1

De referentie-eis van minstens één maal een zending van meer dan 50.000 poststukken te hebben verzorgd is disproportioneel. Tevens is er gebrek aan transparantie aangaande de referentieformulieren.

2.2. Klachtonderdeel 2

Gunningscriteria K-G1 en K-G5 zijn discriminatoir.

2.3. Klachtonderdeel 3

Het door beklagde gehanteerde prijsformulier is niet transparant.

2.4. Klachtonderdeel 4

De aanbesteding is gericht op [X] en geen enkele andere inschrijver heeft een eerlijke kans.

3. Onderbouwing klacht

3.1. Klager onderbouwt de verschillende klachtonderdelen kort gezegd als volgt.

3.2. Klachtonderdeel 1

3.2.1. Beklaagde heeft volgens klager desgevraagd geen concreet maximum gesteld aan het aantal in te dienen referentie opdrachten. Dit zorgt volgens klager voor subjectiviteit. Het is onduidelijk hoeveel referenties inschrijvers maximaal mogen indienen. Beklaagde heeft dit in de 1e Nota van Inlichtingen (vraag 27) niet willen verduidelijken; inschrijver moet zelf met een voorstel komen. Beklaagde heeft echter niet gereageerd op feit dat inschrijver zo goed als al haar klanten op zou moeten geven als referent (zie de 3e Nota van Inlichtingen (vraag 75)).

3.2.2. Klager meent dat beklagde, door te weigeren vraag 75 uit de 3e Nota van Inlichtingen te beantwoorden, in strijd met het transparantiebeginsel heeft gehandeld en dat dit dient te leiden tot het intrekken en aanpassen van de aanbestedingsprocedure. Ook is deze eis disproportioneel. Er zijn slechts enkele organisaties die een zending van 50.000 stuks of meer in één keer bij een postbedrijf aanbieden en die organisaties maken dan gebruik van [X]. MKB-postbedrijven, zoals klager, kunnen wel meer dan 50.000 stuks op een dag verwerken, maar doen dat dan ten behoeve van een groot aantal klanten gezamenlijk. Dit betekent, dat het voor MKB-postbedrijven veel lastiger is om in te schrijven met het referentieformulier van de gemeente dan voor [X], omdat MKB-postbedrijven dus veel meer referenties moeten verzamelen om die 50.000 stuks op een bepaalde dag aan te tonen en dat ze dan bovendien het risico lopen uitgesloten te worden, omdat beklagde vindt dat er teveel referentieformulieren zijn ingediend. Om die redenen zijn de formulieren en de eis disproportioneel.

3.2.3. Klager heeft in de 3e Nota van Inlichtingen (vraag 75) aangegeven dat zij kan voldoen aan de eis van beklagde maar dat zij dan al haar klanten dient op te geven als referent. Dit is uiteraard een onmogelijke opgave en klager vraagt zich daarnaast af of dit in lijn is met de omschreven passage. Beklaagde had naar de mening van klager ook ander bewijs moeten accepteren, zoals een accountantsverklaring, waarin wordt verklaard dat aan de gestelde eis is voldaan. Beklaagde heeft echter geweigerd inhoudelijk te reageren op de vraag van klager. Het is voor klager onmogelijk om met één referentie aan de eis van "eenmaal een zending van 50.000 stuks" te voldoen omdat er slechts enkele organisaties zijn die partijen met een omvang van meer dan 50.000 stuks verzenden. Die organisaties zijn voor de 24-uurs bezorging klant bij [X]. Omdat [X] wettelijk verplicht is om in het kader van de Universele Postdienst aan andere postbedrijven toegang tot haar netwerk te bieden tegen transparante en non-discriminatoire tarieven en voorwaarden kan klager het door beklagde gevraagde volume aan.

3.3. Klachtonderdeel 2

3.3.1. Beklaagde wenst gebruik te kunnen maken van een web-applicatie. Het inzetten van een applicatie is volgens klager voor MKB-postbedrijven ongebruikelijk en dit is voor haar dienstverlening ook overigens niet noodzakelijk. Op het gebied van 24-uurs post is [X] het enige postbedrijf dat een web-applicatie bezit zoals omschreven door beklagde. Hoewel klager dit heeft aangegeven bij beklagde, heeft beklagde enkel gesteld dat dit heel gebruikelijk zou zijn, maar zonder aan te geven welke postbedrijven volgens beklagde dan allemaal zouden beschikken over dergelijke web-applicaties. Klager is van mening dat de wensen van

beklaagde op dit punt discriminatoir zijn en toegeschreven zijn op [X] en dat het MKB hierdoor geen eerlijk kans heeft bij onderhavige aanbesteding.

- 3.3.2 Het is volgens klager voor haar onmogelijk om zonder een zeer grote financiële investering een kwalitatief en vergelijkbaar systeem te ontwikkelen als [X]. Klager stelt daarmee te allen tijde in het nadeel te zijn. Alle achterliggende software dient samen te werken met dit portal, dit is een enorm project. Klager kan op dit moment veel genereren maar niet automatisch via een web-applicatie. Klager betwist het standpunt van beklagde dat de ontwikkelingskosten slechts € 5.000,- bedragen. Daarmee is naar de mening van klager niet of nauwelijks mogelijk om aan de minimumwensen van het systeem te voldoen, laat staan dat er dan enige financiële investeringsruimte is voor het creëren van extra kwaliteit (waarvan bovendien onduidelijk is waar die extra kwaliteit in zou moeten bestaan).
- 3.3.3 De bezwaren tegen gunningscriterium K-G5 worden door klager niet onderbouwd.

3.4. Klachtonderdeel 3

- 3.4.1 Klager stelt dat [X] conform art. 9 Postwet transparante en non-discriminatoire tarieven dient af te geven. Klager heeft beklagde er van proberen te overtuigen dat het huidige prijsformulier niet transparant is. [X] heeft de mogelijkheid om discriminatoire tarieven aan klager af te geven, aangezien de door beklagde gevraagde systematiek niet overeenkomt met de staffels, gewichtsklassen en soorten diensten die [X] normaal gesproken hanteert, zoals te vinden in het tarievenboekje van [X]. Bij het beoordelen van gunningscriterium prijs kunnen de tarieven van inschrijvers niet vergeleken worden, omdat er gewichtsstaffels worden uitgevraagd die niet marktconform zijn. Beklaagde is echter niet bereid om haar prijsformulier te wijzigen, hoewel klager hier verschillende keren (zie 1e Nota van Inlichtingen (vraag 22) en 3e Nota van Inlichtingen (vragen 73 en 74)) naar gevraagd heeft.
- 3.4.2 Het ACM is een onderzoek gestart naar de tarieven die opgegeven worden door [X] bij aanbestedingen. Klager begrijpt niet dat beklagde haar maatschappelijke verantwoordelijkheid om mee te werken aan een transparante postmarkt niet neemt en het risico wil lopen dat er achteraf een discussie ontstaat over de geoffreerde tarieven.

3.5. Klachtonderdeel 4

Beklaagde heeft haar aanbesteding volgens klager geheel conform haar huidige werkwijze/dienstverlener geschreven. Enkel [X] is in staat om een succesvolle inschrijving in te dienen en klager heeft, ook gezien de EMVI-verhouding, geen eerlijke kans. Klager is van mening dat diverse aspecten van de aanbesteding de mededinging beperken en aan te merken zijn als discriminatoir en non-transparant. Zij verwijst in dit verband naar art. 1.8 en 1.9 Aw 2012.

4. Reactie beklagde

- 4.1. Beklaagde heeft in reactie op de verschillende klachtonderdelen kort gezegd het volgende aangevoerd.

4.2. Klachtonderdeel 1

Beklaagde stelt er zeker van te moeten zijn dat opdrachtnemer in staat is om partijen van 50.000 poststukken binnen 24 uren te bezorgen. De datering van besluiten zoals een heffingsaanslag van beklagde mag niet liggen voor de datum waarop de aanslag wordt ontvangen door belanghebbende. In het geval van een calamiteit is essentieel dat beklagde binnen 24 uur schriftelijk grote delen van het voor beklagde relevante postbezorgingsgebied schriftelijk bereikt.

4.3. Klachtonderdeel 2

4.3.1 Beklaagde stelt dat haar vraag naar digitale orderbevestigingen en formulieren, bijvoorbeeld in de vorm van een applicatie, legitiem is. Zij verwijst in dit verband naar het uitgebreide antwoord op vraag 17 in de 1e Nota van Inlichtingen. Beklaagde heeft geen inzicht in de digitale faciliteiten van klager. Dat is volgens haar ook niet nodig. Hier volstaat te constateren dat vrijwel alle klanten van verschillende postbedrijven applicaties gebruiken. Het vergt bovendien een relatief kleine investering om een applicatie te ontwikkelen.

4.3.2 Inmiddels blijkt volgens beklagde – voor andere percelen heeft zij de inschrijvingen reeds beoordeeld – dat door het MKB een SAAS-applicatie wordt aangeboden die geheel voorziet in het gevraagde en met hoge kwaliteitsscores wordt beoordeeld door het beoordelingsteam. Inschrijvers is gevraagd om inzicht te geven in de kostprijs van deze applicatie. Zij geven aan dat de applicatie hen € 5.000 tot € 7.000 kost. Eén van de respondenten merkte daarbij op: “U vraagt bepaald geen [X]-applicatie, vandaar dat de kosten zo laag zijn”.

4.4. Klachtonderdeel 3

4.4.1 Het derde klachtonderdeel richt zich tegen de structuur van de tarieven die beklagde vraagt. Met verwijzing naar haar toelichting in de nota's van inlichtingen stelt beklagde nogmaals dat zij tarieven uitvraagt die het beste passen bij haar bedrijfsvoering.

4.4.2 Beklaagde stelt voorts dat de klacht van klager dat beklagde tarieven van [X] dient te hanteren haar bevreedt. Dat zou in strijd komen met elementaire beginselen van het aanbestedingsrecht, zoals het gelijkheidsbeginsel en zou mogelijk ook kunnen worden aangemerkt als toeschrijven naar de onderneming wier prijsmodel wordt gehanteerd.

4.5. Klachtonderdeel 4

Beklaagde verwijst in reactie op dit klachtonderdeel naar de standpunten die zij heeft ingenomen in haar reactie op de eerste klacht die klager bij de Commissie heeft ingediend en die samengevat is weergegeven in Advies 56. Hierin is uitgebreid uiteengezet hoe beklagde er alles aan heeft gedaan om de omvangrijke postaanbesteding voor MKB-bedrijven toegankelijk te maken. Met een versoepelde regeling ten aanzien van referenties en een verlaging van drempels zijn in de heraanbesteding zelfs nog verdergaande maatregelen getroffen. Toeschrijven van de opdracht naar [X] was en is niet aan de orde.

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt voorop dat beklagde een Europese openbare aanbestedingsprocedure houdt. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en 2 Aw 2012; Gids Proportionaliteit.
- 5.2. Klachtonderdeel 1
- 5.2.1 De Commissie neemt bij de beoordeling van dit klachtonderdeel tot uitgangspunt dat beklagde met het stellen van de referentie-eis in hoofdstuk 6.2 van de Aanbestedingsleidraad (gewijzigd in het antwoord op vraag 65 in de 2e Nota van Inlichtingen van 24 september 2014) op zoek is naar een opdrachtnemer die in staat is om binnen 24 uur na het plaatsen van een order ten minste 50.000 poststukken te verwerken. Ten bewijze dat zij eerder ten minste het genoemde aantal binnen de genoemde tijdspanne in goede orde heeft bezorgd, dient een inschrijver referentieopdrachten over te leggen, waarbij beklagde geen concreet maximum aan het aantal referentieopdrachten heeft gesteld.
- 5.2.2 Klager stelt met dit klachtonderdeel die referentie-eis op twee manieren ter discussie. In de eerste plaats stelt zij dat deze eis disproportioneel is. Daarnaast stelt zij dat de eis ten aanzien van de referentieformulieren onvoldoende transparant is.
- 5.2.3 Met betrekking tot het eerstgenoemde aspect overweegt de Commissie als volgt. Nu als vaststaand mag worden aangenomen dat beklagde de afgelopen jaren met enige regelmaat in het 24-uurssegment bulkzendingen heeft aangeboden van honderdduizenden stuks poststukken en dat zij in de afgelopen 6 maanden in het 24-uurssegment meerdere bulkzendingen heeft aangeboden van 80.000 stuks tot meer dan 100.000 stuks poststukken, is de referentie-eis naar het oordeel van de Commissie niet in strijd met het bepaalde in art. 1.10 lid 1 *jo.* lid 2 sub c Aw 2012. De Commissie overweegt ten overvloede dat de eis het mogelijk maakt dat een inschrijver met bijvoorbeeld drie referentie-opdrachten van ieder 20.000 poststukken kan aantonen aan de eis te voldoen.
- 5.2.4 De Commissie oordeelt derhalve dat het eerste aspect van klachtonderdeel 1 ongegrond is.
- 5.2.5 Met betrekking tot het tweede aspect van het klachtonderdeel overweegt de Commissie als volgt. Beklagde heeft in haar antwoord op vraag 27 van de 1e Nota van Inlichtingen geen duidelijkheid gegeven omtrent het aantal in te dienen referenties. Art. 1.10 lid 1 Aw 2012 strekt zich niet alleen uit tot de in lid 2 van dat artikel genoemde aspecten (eisen, voorwaarden en criteria van de aanbesteding), maar ook tot de inspanningen die van inschrijvers verwacht worden bij het opstellen van hun inschrijving. Het stellen van een eis die er de facto op neerkomt dat van klager verlangd wordt een mogelijk groot en niet concreet gemaximeerd aantal referenties in te dienen, is niet proportioneel. Door een concreet maximum (bijvoorbeeld vijf referenties) te eisen, zou voor klager eerder dan nu het geval was duidelijk zijn geweest of zij daar aan zou kunnen voldoen.
- 5.2.6 Daarmee is de Commissie van oordeel dat het tweede aspect van klachtonderdeel 1 gegrond is.

5.3 Klachtonderdeel 2

- 5.3.1 Bij de beoordeling van dit klachtonderdeel stelt de Commissie het volgende voorop. Het is in toenemende mate gebruikelijk te achten dat opdrachtgevers van opdrachtnemers verwachten dat zij de bedrijfsprocessen van de opdrachtgever faciliteren met behulp van een ICT-applicatie. Beklaagde heeft dit verlangen in het kader van de door haar gehanteerde gunnings- en beoordelingssystematiek vertaald in een wens en niet in een eis. Die vertaling houdt in dat de mate waarin een inschrijving voorziet in het digitaal, bijvoorbeeld via een webapplicatie, aanbieden van orders mede wordt beoordeeld in het kader van de gunning.
- 5.3.2 De Commissie stelt allereerst vast dat beklagde met de hiervoor bedoelde wens de inschrijvers de vrijheid biedt om in plaats van een webapplicatie een andersoortige applicatie aan te bieden. Daarmee wordt inschrijvers naar het oordeel van de Commissie voldoende ruimte geboden om aan de wens invulling te geven. De Commissie vermag dan ook niet in te zien waarom beklagde – zoals door klager gesteld – met de door haar gestelde wens discriminatoir zou hebben gehandeld, nog afgezien van het feit dat klager haar stelling dat geen enkel ander postbedrijf in Nederland dan [X] aan deze wens kan voldoen, onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt.
- 5.3.3 Voor zover klager met het klachtonderdeel betoogt dat beklagde handelt in strijd met art. 1.10 Aw 2012, in het bijzonder lid 1 aanhef *jo.* lid 2 sub f Aw 2012, overweegt de Commissie het volgende. Op grond van de op internet gepubliceerde tarieven van [X] – waarnaar klager verwijst in haar klacht – en het in 1.4 vermelde jaarvolume stelt de Commissie vast dat de opdrachtwaarde van perceel 3 ten minste 1 miljoen euro per jaar zal bedragen. De Commissie is mede gelet daarop van oordeel dat het stellen van de hiervoor bedoelde wens K-G1 niet disproportioneel is, ook niet wanneer dat zou betekenen dat een inschrijver, om aan die wens te kunnen voldoen en daarmee een betere beoordeling van haar inschrijving te krijgen, een voor haar mogelijk niet onaanzienlijke investering zal moeten doen.
- 5.3.3 De Commissie is van oordeel dat klachtonderdeel 2 ongegrond is.

5.4 Klachtonderdeel 3

- 5.4.1 De Commissie is van oordeel dat van beklagde niet kan worden gevraagd in plaats van tarieven die het beste bij haar bedrijfsvoering passen, de tarieven van [X] te hanteren. Immers, zou dat anders zijn dan zou sprake kunnen zijn van (het vermoeden van) favoritisme met mogelijk in het verlengde daarvan handelen in strijd met het gelijkheidsbeginsel.
- 5.4.2 De Commissie is van oordeel dat klachtonderdeel 3 ongegrond is.

5.5 Klachtonderdeel 4

De Commissie constateert dat klager dit klachtonderdeel inhoudelijk onvoldoende heeft onderbouwd. Het klachtonderdeel vormt slechts een ondersteuning voor de klachtonderdelen 1 t/m 3. De Commissie is van oordeel dat klachtonderdeel 4 ongegrond is.

6. Advies

De Commissie acht het tweede aspect van klachtonderdeel 1 – zie 5.2.5 hiervoor – **gegrond** en de overige klachtonderdelen **ongegrond**.

7. Aanbevelingen

- 7.1 De Commissie doet de volgende aanbevelingen. Om teleurstellingen bij potentiële inschrijvers, in het bijzonder bij MKB-ondernemers, te voorkomen, verdient het aanbeveling om de eisen in de aanbestedingsstukken ten aanzien van het aantal referentie-opdrachten in de toekomst op een zodanig wijze te formuleren dat voor inschrijvers eerder dan nu het geval was duidelijk is of zij aan die eisen kunnen voldoen.
- 7.2 Ten behoeve van volgende aanbestedingen zou klager kunnen onderzoeken of zij voor het ontwikkelen van een ICT applicatie een beroep kan doen op art. 2 van de Kaderwet EZ-subsidies, dat ziet op het verstrekken van subsidies ten behoeve van activiteiten die passen in het beleid inzake (onder meer) post.

De Commissie heeft zich ten behoeve van dit advies laten bijstaan door mr. drs. T.H. Chen die als Commissie-Expert aan de Commissie is verbonden.

Den Haag, 11 december 2014

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

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