

Advies 78

1. Feiten

1.1 Beklaagde heeft namens een aantal gemeenten een Europese openbare aanbestedingsprocedure gehouden met betrekking tot een overheidsopdracht voor preventief en correctief onderhoud aan mini- en rioolgemaal in die gemeenten.

1.2 In het Programma van Eisen is in par. 3.3 ("Werkplan") bepaald:

'Het werkplan dient te voldoen aan de beschreven uitgangspunten en minimaal een concrete beschrijving te geven van het uitvoeren en in stand houden van de volgende kwaliteitsaspecten:

1. Planning die inzicht geeft in de wijze en data van uitvoering; (maximaal 10 punten) Hier wordt de uitvoeringsperiode gecontroleerd en gekeken of de planning klopt met de opgegeven gemiddelde tijdsduur en aantal in te zetten monteurs.
2. Beschrijving van tijdsduur preventief onderhoud; (maximaal 15 punten) Hier moet de inschrijver aangeven hoeveel tijd (inclusief reistijd) benodigd is per minigemaal en per rioolgemaal voor het uitvoeren van preventief onderhoud. Deze inschatting wordt getoetst aan ervaringscijfers op het gebied van werken volgens de BRL.
3. Omgang met aanvullende werkzaamheden; (maximaal 5 punten) Voorbeelden van aanvullende werkzaamheden zijn verstopte persleidingen of kabelbreuk van de voedingskabels. Welke andere bijkomende werkzaamheden komen uit ervaring het meest voor? Hoe pakt de aannemer deze bijkomende werkzaamheden op?
4. Duurzaamheid; (maximaal 5 punten) Hoe gaat de aannemer om met duurzaamheid? Welke maatregelen neemt het bedrijf in het kader van duurzaamheid?
5. Veiligheidsplan; (maximaal 5 punten) Welke veiligheidsrisico's verwacht de aannemer en hoe gaat hij deze elimineren in zijn veiligheidsplan.
6. Risicoanalyse; (maximaal 5 punten) Hoe gaat de aannemer om met de verschillende risico's tijdens de werkzaamheden (risicoanalyse)? Wat doet de aannemer om deze risico's te beheersen?
7. Procedure bij storingen; (maximaal 5 punten) Hoe gaat de aannemer intern om met storingen, van moment dat een storing binnenkomt tot het moment dat deze afgemeld wordt.

Inschrijvers worden verzocht uitsluitend die gegevens aan te leveren die in dit werkplan worden gevraagd. De aanlevering van gegevens waar niet uitdrukkelijk om wordt gevraagd, waaronder documentatie, wordt niet op prijs gesteld. Dergelijke gegevens worden dan ook niet in de beoordeling van de inschrijving betrokken.'

1.3 In par. 3.4 ("Beoordeling Werkplan") van het Programma van Eisen is onder andere bepaald:

'De score wordt berekend door een rapportcijfer per onderdeel toe te kennen. Dit cijfer wordt naar een punten aantal omgerekend door het door 10 te delen en te vermenigvuldigen met het maximale aantal punten. De rapportcijfers zijn gebaseerd op de volgende waarderingen:

- 0: Niet aanwezig
- 2: Slecht
- 4: Onvoldoende
- 6: Voldoende
- 8: Goed
- 10: Uitmuntend

Wanneer aan de vraag wordt voldaan scoort de inschrijver een 8, wanneer de commissie beoordeeld dat meerwaarde wordt geboden kan een 10 worden gescoord. Wanneer lager dan een 8 wordt gescoord wordt de inschrijver in de gunning of afwijzingsbrief toegelicht waarom minder dan 8 punten zijn behaald.

Vervolgens zal de gehele beoordelingscommissie in een gezamenlijk overleg per inschrijver de kwaliteit bepalen. Het is hierbij mogelijk dat twee of meer aanbieders een zelfde eindbeoordeling krijgen en de daarbij behorende eindscore.

De inschrijver kan door de beoordelingscommissie worden verzocht om een nadere toelichting of verduidelijking op het werkplan te geven.

(....)

Hierna worden de enveloppen met de ingediende prijzen geopend. Deze bijeenkomst is openbaar, de inschrijvers ontvangen hiervoor een uitnodiging.'

1.4 In par. 7 ("Veiligheid") van het Programma van Eisen is onder andere bepaald:

'Aannemer zal er op toezien dat zijn personeel over voldoende kennis en vaardigheden beschikt om veilig te kunnen werken. Het dragen van beschermende kleding, veiligheidsbril, rubber handschoenen en gebruik van gecertificeerde hijswerktuigen zijn als vanzelfsprekend, evenals het in acht nemen van persoonlijke hygiëne en het verzorgen van opgelopen wondjes. Persoonlijke ongelukken, ontstaan tijdens werkzaamheden aan deze genoemde installaties, dienen direct aan de beheerder gemeld te worden.

Voor het opstellen van een V&G plan, dient de aannemer rekening te houden met risico's met betrekking tot:

- Valgevaar
- Veilig werken in riolen
- Veilig werken langs de weg
- Biologische agentia
- Elektrotechnische bedrijfsvoering.'

1.5 Beklaagde heeft bij schrijven van 29 augustus 2013 aan klager de mededeling van de gunningsbeslissing gezonden. Daarin heeft zij meegedeeld dat de door klager op 20 augustus 2013 uitgebrachte inschrijving niet als economische meest voordelige inschrijving is beoordeeld. In de mededeling van de gunningsbeslissing is verder het volgende opgemerkt:

'[X.] heeft de economisch meest voordelige inschrijving ingediend, wij zijn dan ook voornemens hen de opdracht te gunnen.

Bij EMVI:

	[X.]	[klager]
Prijs	37	50
Kwaliteit	48	31
Totaal score	85	81

Rangorde 1 2

Voor de totale kwaliteit scoorde u het volgende:

	[X.]	[klager]
1. Planning	10	4
2. Beschrijving tijdsduur	15	12
3. Omgang aanvullende werkzaamheden	4	3
4. Duurzaamheid	5	2
5. Veiligheidsplan	5	2
6. Risicoanalyse	4	4
7. Procedure storingen	5	4
Totaal	48	31

(...)

Indien u voornemens bent bezwaar uit te brengen tegen de uitslag van deze aanbesteding, kunt dit binnen de gestelde standstill termijn kenbaar maken, te weten 20 kalenderdagen vanaf heden, op de in de aanbestedingsdocumenten beschreven wijze. De termijn van 20 kalenderdagen, is een vervaltermijn op straffe van niet-ontvankelijkheid.'

- 1.6 In de bijlage bij de mededeling van de gunningsbeslissing, getiteld Beoordeling werkplan "Preventief en correctief onderhoud mini- en rioolgemalen A-0446" [klager] is onder andere het volgende opgenomen:

'Bij de inschrijving dient de inschrijver een werkplan in van maximaal 5 A4 pagina's; minimaal lettergrootte 10.

Alleen de planning mag als bijlagen worden toegevoegd, verdere bijlagen worden niet beoordeeld.

(...)

Het werkplan dient te voldoen aan de beschreven uitgangspunten en minimaal een concrete beschrijving te geven van het uitvoeren en in stand houden van de volgende kwaliteitsaspecten:

1. Planning die inzicht geeft in de wijze en data van uitvoering (maximaal 10 punten). Hier wordt de uitvoeringsperiode gecontroleerd en gekeken of de planning klopt met de opgegeven gemiddelde tijdsduur en aantal in te zetten monteurs.

(voor een minigemaal geldt dat dit tussen de 45 en 60 minuten moet liggen, voor 2 pompsrioolgemaal tussen de 90 en de 120 minuten).

Beoordeling: 0=niet aanwezig, 2=slecht, **4=onvoldoende**, 6=voldoende, 8=goed, 10=uitmuntend

Motivatie: Planning strookt niet met opgegeven tijdsduur (vraagt meerdere ploegen) Lange werkdagen voor monteurs om te voldoen aan planning.

2. Beschrijving van tijdsduur preventief onderhoud; (maximaal 15 punten)
Hier moet de inschrijver aangeven hoeveel tijd (inclusief reistijd) benodigd is om per minigemaal en per rioolgemaal voor het uitvoeren van preventief on-

derhoud. Deze inschatting wordt getoetst aan ervaringscijfers op het gebied van werken volgens de BRL.

Beoordeling: 0=niet aanwezig, 2=slecht, 4=onvoldoende, 6=voldoende, **8=goed**, 10=uitmuntend

3. Omgang met aanvullende werkzaamheden; (maximaal 5 punten)
Voorbeelden van aanvullende werkzaamheden zijn verstopte persleidingen of kabelbreuk van de voedingskabels. Welke andere bijkomende werkzaamheden komen uit ervaring het meest voor? Hoe pakt de aannemer deze bijkomende werkzaamheden op?

Beoordeling: 0=niet aanwezig, 2=slecht, 4=onvoldoende, **6=voldoende**, **8=goed**, 10=uitmuntend

Motivatie: summier beschreven en mis overleg met de opdrachtgever.

4. Duurzaamheid; (maximaal 5 punten)
Hoe gaat de aannemer om met duurzaamheid? Welke maatregelen neemt het bedrijf in het kader van duurzaamheid?

Beoordeling: 0=niet aanwezig, 2=slecht, **4=onvoldoende**, 6=voldoende, 8=goed, 10=uitmuntend

Motivatie: Erg vrijblijvend beschreven, wollig taalgebruik, geen SROI.

5. Veiligheidsplan; (maximaal 5 punten)
Welke veiligheidsrisico's verwacht de aannemer en hoe gaat hij deze elimineren in zijn veiligheidsplan.

Beoordeling: 0=niet aanwezig, 2=slecht, **4=onvoldoende**, 6=voldoende, 8=goed, 10=uitmuntend

Motivatie: Summier beschreven, onduidelijk wanneer herhalingscursussen voor medewerkers worden gegeven. Invulling pas na gunning.

6. Risicoanalyse (maximaal 5 punten)
Hoe gaat de aannemer om met de verschillende risico's tijdens de werkzaamheden (risicoanalyse)? Wat doet de aannemer om deze risico's te beheersen?

Beoordeling: 0=niet aanwezig, 2=slecht, 4=onvoldoende, 6=voldoende, **8=goed**, 10=uitmuntend

7. Procedure bij storingen; (maximaal 5 punten)
Hoe gaat de aannemer intern om met storingen, van moment dat een storing binnenkomt tot het moment dat deze afgemeld wordt.

Beoordeling: 0=niet aanwezig, 2=slecht, 4=onvoldoende, 6=voldoende, **8=goed**, 10=uitmuntend.'

- 1.7 Bij email van 4 september 2013 heeft klager aan beklaagde gevraagd waarom zij is afgeweken van de procedure voor het openen van de enveloppen met de ingediende prijzen zoals die staat beschreven op pagina 14 van het Programma van Eisen, par. 3.4 ("Beoordeling werkplan") in de voorlaatste alinea. Tevens heeft klager gevraagd naar de redenen om die procedure achter gesloten deuren te voeren en zonder genodigden.
- 1.8 Bij email van 5 september 2013 heeft beklaagde op de hiervoor bedoelde e-mail van klager gereageerd en in dat verband gesproken van een "onzorgvuldigheid".

Beklaagde heeft in die email tevens opgemerkt dat de aanwezigheid van klager bij het openen van de enveloppen niet tot een andere uitkomst zou hebben geleid.

- 1.9 Bij email van 12 september 2013 met als onderwerp "officieel bezwaar" heeft klager zich nogmaals tot beklagde gewend en officieel bezwaar gemaakt tegen de uitslag, zoals bekend gemaakt in de mededeling van de gunningsbeslissing van 29 augustus 2013. In die brief stelt klager voorts onder andere het volgende:

'Beoordeling SROI

In de toelichting bij uw brief stelt u dat wij geen SROI hebben opgenomen in ons plan van aanpak. Hierom is ook niet gevraagd wel vraagt u om duurzaamheid en stelt u dat overige zaken welke extra worden ingedient en waar niet naar gevraagd wordt niet in de beoordeling zullen worden meegenomen.

Nu blijkt dat u hier wel een waarde oordeel over heeft gegeven welke direct van invloed is op de uitslag. Deze toelichting suggereert dat indien [klager] een overzicht had toegevoegd van haar Wa jong werknemers dit wel in de beoordeling was meegenomen, ondanks dat u stelt "De aanlevering van waar niet uitdrukkelijk om wordt gevraagd wordt niet op prijs gesteld en wordt niet in de beoordeling van de inschrijving betrokken.'

- 1.10 Beklaagde heeft klager vervolgens bij email van 12 september 2013 uitgenodigd voor een (verificatie)gesprek dat op 16 september 2013 heeft plaatsgevonden.
- 1.11 Bij schrijven van 24 september 2013 heeft de toenmalige advocaat van klager beklagde gesommeerd om binnen een week de mededeling van de gunningsbeslissing aan X. in te trekken, de onderhandelingen met X. te staken, het werk alsnog aan klager te gunnen en met klager in overleg te treden.
- 1.12 Op 1 oktober 2013 zijn tussen elk van de gemeenten en X. afzonderlijke overeenkomsten gesloten.
- 1.13 Bij schrijven van 3 oktober 2013 heeft beklagde de vorderingen van klager van de hand gewezen.
- 1.14 Bij schrijven van 7 oktober 2013 heeft de huidige advocaat van klager zich nogmaals tot beklagde gewend. Op dit schrijven heeft beklagde op 14 oktober 2013 gereageerd.

2. Beschrijving klacht

2.1 Klachtonderdeel 1

De door beklagde in de mededeling van de gunningsbeslissing gegeven motivering is onduidelijk. Dat heeft tot gevolg dat de standstill termijn nog niet is aangevangen, althans nog niet is afgelopen.

2.2 Klachtonderdeel 2

Beklaagde heeft een gunningscriterium toegevoegd na het indienen van de inschrijvingen.

2.3 Klachtonderdeel 3

De beoordeling van de inschrijving van klager is innerlijk tegenstrijdig.

3. Onderbouwing klacht

3.1 Klachtonderdeel 1

- 3.1.1 De mededeling van de gunningsbeslissing voldoet niet aan de eisen die daaraan worden gesteld door de wet- en regelgeving en daarop gebaseerde jurisprudentie. Op grond van art. 2.130 Aw 2012 dient die mededeling de "relevante redenen" voor die beslissing te bevatten (zie ook Rb. Amsterdam (vzr.) 8 februari 2011, LJN:BP5163 en Hof Den Haag 12 april 2011, LJN:BQ0942). Het ontbreken van een deugdelijke onderbouwing van de gunningsbeslissing maakt dat de standstill termijn niet is aangevangen, althans nog loopt.
- 3.1.2 Klager stelt zich voorts op het standpunt dat beklagde tijdens de bespreking van 16 september 2013 (zie 1.10 hiervoor) heeft aangegeven nader te reageren op de ingebrachte standpunten alvorens verder te gaan met de aanbestedingsprocedure. Op grond daarvan meende klager dat de standstill termijn van 20 dagen werd verlengd.

3.2 Klachtonderdeel 2

- 3.2.1 Het vierde kwaliteitsaspect van het Werkplan ziet op "duurzaamheid" ('Hoe gaat de aannemer om met duurzaamheid? Welke maatregelen neemt het bedrijf in het kader van duurzaamheid?'). Het begrip duurzaamheid is in de aanbestedingsstukken niet nader gedefinieerd. Klager is daarom uitgegaan van de gebruikelijke betekenis van het woord, hetgeen volgens haar – samengevat – betekent: "alles dat bijdraagt aan een beter milieu". In dat verband is zij – zo stelt zij – in haar werkplan uitgebreid ingegaan op haar duurzaamheidsbeleid (van zuinig rijden en zuinige motoren tot afvalverwerking).
- 3.2.2 Beklaagde heeft in de mededeling van de gunningsbeslissing met betrekking tot de inschrijving van klager voor wat betreft het kwaliteitsaspect duurzaamheid onder andere opgemerkt: "geen SROI" en om die reden klager een lage score op dat kwaliteitsaspect toegekend. Volgens klager is dat ten onrechte, om de volgende twee redenen.
- 3.2.3 In de eerste plaats maakt een dergelijk criterium – klager bedoelt: een SROI-plan – geen onderdeel uit van de aanbestedingsstukken. SROI, zijnde de omgang met de sociaal zwakkeren in de samenleving, maakt volgens klager geen onderdeel uit van de definitie van het begrip "duurzaamheid". Beklaagde heeft dan ook een criterium toegevoegd na het indienen van de inschrijvingen. Dit is in strijd met het arrest van het HvJ EG 29 april 2004, C-496/99.
- 3.2.4 De stelling van beklagde dat klager geen SROI plan zou hebben ingediend is daarnaast ook feitelijk onjuist aangezien klager een dergelijk plan wel degelijk heeft ingediend. Klager stelt in dat verband dat zij er van uitging dat – conform de laatste alinea van par. 3.3 van het Programma van Eisen (zie 1.2 *in fine* hiervoor) – het door haar ingediende SROI plan niet in de beoordeling zou worden betrokken. Tot haar verbazing ging beklagde er bij de beoordeling van de inschrijvingen op het kwaliteitsaspect duurzaamheid enerzijds echter van uit dat een SROI plan wel degelijk moest worden ingediend, maar oordeelde zij anderzijds dat klager een dergelijk plan niet zou hebben ingediend.

3.3 Klachtonderdeel 3

- 3.3.1 Dit klachtonderdeel heeft betrekking op de beoordeling van de inschrijving van klager op de kwaliteitsaspecten 1, 2, 5, 6 en 7 (zie 1.6 hiervoor).

- 3.3.2 Klager stelt met betrekking tot die beoordeling:
Kwaliteitsaspect 1: de toelichting is taalkundig onduidelijk en strookt niet met de eisen in par. 2.6.6 van het Programma van Eisen. Kennelijk mag er maar met één ploeg gewerkt worden en mogen er geen lange werkdagen worden gehanteerd. Onduidelijk is hoe dit zich verhoudt tot onder andere de voorwaarde om werkzaamheden 24 uur per dag uit te kunnen voeren;
Kwaliteitsaspect 2: in samenhang met de beoordeling van punt 1 is de (goede) beoordeling onduidelijk;
Kwaliteitsaspect 5: in samenhang met de aspecten 6 en 7 (op welke aspecten door klager goed wordt gescoord) is de beoordeling van de inschrijving op dit kwaliteitsaspect onduidelijk.

4. Reactie beklagde

4.1 Klachtonderdelen 1 en 3

- 4.1.1 Klager stelt volgens beklagde dat zij in haar mededeling van de gunningsbeslissing niet zou hebben aangegeven waarom klager slechter of beter scoorde dan de winnende inschrijver X. Uit de mededeling van de gunningsbeslissing is echter het tegenovergestelde af te leiden. Zo is geen samenvattende beschrijving van de relevante redenen meegezonden maar is ingegaan op alle relevante redenen waarmee klager kon onderzoeken waarom zij niet als beste uit de bus kwam en waarop zij zich kon verbeteren. Niet alleen de scores van klager zijn per kwaliteitsaspect bekend gemaakt en de reden waarom niet op elk aspect de maximale score is toegekend, maar ook zijn de scores en de relatieve positie ten opzichte van X. meegezonden.
- 4.1.2 Beklaagde stelt dat in het Programma van Eisen is aangegeven dat de motivering voor de hoge scores niet bekend zou worden gemaakt.
- 4.1.3 De stelling van klager dat de standstill termijn verlengd zou worden is niet onderbouwd noch voldoende aannemelijk gemaakt. Na het gesprek op 16 september 2013 is er geen contact meer geweest tussen klager en beklagde tot het schrijven d.d. 24 september 2013 van klagers toenmalige advocaat beklagde bereikte. Dit betekent, aldus beklagde, dat klager haar rechten heeft verwerkt. De termijn van 18 september 2013 is een vervaltermijn, zo is immers af te leiden uit de mededeling van de gunningsbeslissing van 29 augustus 2013.

4.2 Klachtonderdeel 2

- 4.2.1 Klager heeft volgens beklagde ook andere aspecten dan milieuaspecten meegenomen in haar werkplan, zoals maatschappelijk ondernemerschap in de zin van sponsoring van goede doelen. Dat is volgens beklagde niet in overeenstemming met de eigen uitleg van klager dat het begrip "duurzaamheid" zich slechts zou beperken tot alles wat bijdraagt aan een goed milieu.
- 4.2.2 Beklaagde stelt daarnaast dat die beperking (door klager) van het begrip duurzaamheid in de context van een aanbesteding volgens gezaghebbende bronnen niet juist zou zijn. Beklaagde verwijst ter ondersteuning van dit standpunt naar onder andere de binnen de Rijksoverheid en het Ministerie van Infrastructuur en Milieu toegepaste betekenis van het begrip "duurzaam inkopen" ('het toepassen van milieuaspecten en sociale aspecten in alle fasen van het inkoopproces (...)', zie Actieplan Professioneel Inkopen en Aanbesteden, Brief van de staatssecretaris van Economische Zaken. Den Haag 13 december 2005), de werkdefinitie van "duurzame ontwikkeling" volgens NEVI ('Duurzame ontwikkeling richt zich dus niet alleen op het milieu. Het gaat om het vinden van een gezonde en structurele ba-

lans tussen sociaal-economische ontwikkeling, de natuurlijke omgeving en het maatschappelijk welzijn', zie Document SPE-MVI-kre-002-bl.doc), en naar art. 2.80 Aw 2012 waarin is bepaald dat een aanbestedende dienst bijzondere voorwaarden kan verbinden aan de uitvoering van een overheidsopdracht die verband kunnen houden met sociale of milieuoverwegingen.

- 4.2.3 Beklaagde stelt in de derde plaats dat als klager gereede twijfel had over de betekenis van het begrip "duurzaamheid", zij daarover vóór de inschrijving een vraag had moeten stellen aan beklagde. Dat heeft klager niet gedaan. Het feit dat de overige inschrijvers in hun werkplan wel SROI hebben betrokken en het woord duurzaamheid niet anders hebben gelezen, maakt de klacht dat SROI niet op te maken was uit het Programma van Eisen ook niet aannemelijk.
- 4.2.4 Beklaagde wijst er tot slot op dat klager op 12 september 2013 heeft aangegeven geen SROI plan te hebben ingediend. Dit is tegenstrijdig met hetgeen zij in haar klacht stelt. Gelet op de algemene beginselen van aanbestedingsrecht, in het bijzonder het gelijkheidsbeginsel en het beginsel van non-discriminatie kunnen zaken die niet ingediend zijn in dat geval niet beoordeeld worden.

5. Beoordeling

- 5.1 De Commissie stelt vast dat beklagde een Europese openbare aanbestedingsprocedure heeft toegepast met betrekking tot een overheidsopdracht voor preventief en correctief onderhoud aan mini- en rioolgemalen. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Delen 1 en 2 Aw 2012; Hoofdstuk 2 ARW 2012.
- 5.2 Alvorens tot een beoordeling van de klachtonderdelen te komen, overweegt de Commissie het volgende met betrekking tot het toe te passen beoordelingskader.
 - 5.2.1 In artikel 1.9 Aw 2012 is bepaald dat een aanbestedende dienst transparant moet handelen. Deze verplichting is ten aanzien van kwalitatieve gunningscriteria in de jurisprudentie als volgt geconcretiseerd. Het is van belang dat (i) het voor een kandidaat-inschrijver volstrekt duidelijk is wat van hem wordt verwacht, (ii) de inschrijvingen aan de hand van een zo objectief mogelijk systeem worden beoordeeld, en (iii) de gunningsbeslissing zodanig inzichtelijk wordt gemotiveerd dat het voor de afgewezen inschrijvers mogelijk is om de wijze waarop de beoordeling heeft plaatsgevonden te toetsen.
 - 5.2.2 In het verlengde van de in 5.2.1 onder (iii) bedoelde verplichting is een aanbestedende dienst op grond van art. 2.130 lid 1 en lid 2 Aw 2012 bovendien verplicht alle relevante redenen voor de gunning in de mededeling van de gunningsbeslissing op te nemen en kan hij die redenen volgens geldende jurisprudentie niet op een later tijdstip alsnog aanvullen. Wel is het toegestaan dat de in de gunningsbeslissing vermelde redenen door de aanbestedende dienst op een later tijdstip nader worden toegelicht.
 - 5.2.3 De in 5.2.2 bedoelde verplichting om alle relevante redenen voor de gunning in de mededeling van de gunningsbeslissing op te nemen, houdt op grond van art. 2.130 lid 2 Aw 2012 en – in een geval als het onderhavige – op grond van art. 2.26.5 ARW 2012 – in dat die mededeling in ieder geval "de kenmerken en voordelen van de uitgekozen inschrijving" moet bevatten. Daarnaast biedt de Memorie van Toelichting (Kamerstukken II, 32.027, nr. 3, p. 7) op de Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden (hierna: WIRA) de volgende aanknopingspunten voor de beantwoording van de vraag naar de reikwijdte van die verplichting:

'Indien de aanbestedende dienst het criterium «economisch meest voordelige inschrijving» gebruikt, heeft deze voor de beoordeling van de inschrijvingen scores toegekend en op basis van de scores een rangschikking gemaakt. Het ligt dan in de rede dat de scores en relatieve positie ten opzichte van de «winnaar» meegedonden worden als onderbouwing van de gunningsbeslissing. Een precieze invulling hangt veelal af van de omstandigheden van het geval, maar de relevante redenen kunnen onder meer de volgende elementen omvatten:

- bekendmaking van de eindscores zowel van de afgewezen inschrijver als van de geselecteerde ondernemer;
- de scores van de afgewezen inschrijver op specifieke kenmerken, en de reden waarom op dat specifieke kenmerk eventueel niet de maximale score is toegekend;
- verduidelijking van de toepassing van de gehanteerde criteria bij gunning volgens het criterium economisch meest voordelige inschrijving.'

5.2.4 Voorts blijkt uit de Memorie van Toelichting bij art. 2.130 lid 1 Aw 2012 dat de wetgever er voor heeft gekozen – evenals in de WIRA – om met betrekking tot de motivering van de gunningsbeslissing niet te volstaan met een verplichting van aanbestedende diensten om een samenvatting van de relevante redenen te geven, maar alle relevante redenen in de mededeling van de gunningsbeslissing op te nemen (TK 2009/10, 32440, nr. 3, p. 94). Daarmee verwijst de wetgever naar hetgeen hij naar het oordeel van de Commissie in de kern tot uitdrukking heeft willen brengen in de Memorie van Toelichting bij de WIRA: het toezenden van een samenvattende beschrijving van de relevante redenen die tot een bepaalde gunningsbeslissing hebben geleid zal aan de afgewezen inschrijver veelal onvoldoende houvast bieden om te kunnen beoordelen of het aanhangig maken van een juridische procedure zinvol is. Bij twijfel zal die inschrijver er dan toe overgaan een juridische procedure aanhangig te maken. Een dergelijke jurisdisering acht de wetgever echter onwenselijk en kan voorkomen worden door de gunningsbeslissing transparant en met vermelding van alle relevante redenen te motiveren (TK 2008/09, 32027, nr. 3, p. 7). Ook is in de Memorie van Toelichting opgemerkt dat het nalaten om de relevante redenen mee te zenden betekent dat de gunningsbeslissing niet voldoet aan de eisen van de wet (thans art. 2.127 *jo.* art. 2.130 Aw 2012). Het gevolg daarvan is dat in een dergelijk geval de opschortende termijn nog niet begint te lopen.

5.3 Klachtonderdelen 1 en 3

5.3.1 De Commissie begrijpt de klachtonderdelen 1 en 3 aldus dat klager daarmee in de kern betoogt dat beklagde heeft gehandeld in strijd met haar verplichtingen zoals hiervoor omschreven in 5.2.1 (onder iii) en volgende. Omdat beide klachtonderdelen – gezien hun nadere onderbouwing – nauw met elkaar zijn verweven, zal de Commissie deze gezamenlijk behandelen.

5.3.2 De Commissie constateert dat beklagde in haar mededeling van de gunningsbeslissing in ieder geval de eindscores van de winnende inschrijver X. en van klager heeft bekend gemaakt (zie 1.5 hiervoor). Voorts zijn in de bijlage "Beoordeling werkplan 'Preventief en correctief onderhoud mini- en rioolgemalen A-0446' [klager]" de punten bekend gemaakt die klager met haar inschrijving op de specifieke kwaliteitsaspecten heeft behaald (zie 1.6 hiervoor). In zoverre heeft beklagde naar het oordeel van de Commissie voldaan aan de eisen die de wet stelt aan de (motivering van de) mededeling van de gunningsbeslissing.

5.3.3 De Commissie constateert voorts dat beklagde in de hiervoor genoemde bijlage met betrekking tot de daarin onder 2, 6 en 7 genoemde kwaliteitsaspecten in het geheel geen motivering heeft verstrekt doch heeft volstaan met het weergeven

van de voor die aspecten behaalde (hoge) scores. De reden waarom de betreffende scores zijn toegekend, is niet meegedeeld terwijl een eventuele reden waarom niet de maximale score is toegekend evenmin is meegedeeld. Aldus is met betrekking tot deze kwaliteitsaspecten geen controle mogelijk op de wijze waarop het werkplan van klager is beoordeeld. Aan de eisen die worden gesteld aan de motivering van de gunningsbeslissing, zoals hiervoor onder 5.2 weergegeven, is naar het oordeel van de Commissie dan ook niet voldaan. Dat beklagde met het achterwege laten van een motivering in geval van het verkrijgen van een score hoger dan een 8 heeft voldaan aan hetgeen zij zelf in par. 3.4 ("Beoordeling Werkplan") op p. 14 van het Programma van Eisen heeft bepaald (zie 1.3 en 4.3 hiervoor), doet aan dat oordeel niet af.

- 5.3.4 De Commissie constateert met betrekking tot de kwaliteitsaspecten 1, 3, 4 en 5 dat beklagde wel een onderbouwing heeft gegeven van de scores die zij aan de inschrijving van klager heeft toegekend. Deze onderbouwing voldoet echter evenmin aan de in 5.2 hiervoor genoemde eisen. De Commissie overweegt daartoe het volgende.
- 5.3.5 De door beklagde gegeven motiveringen kunnen hooguit worden gekarakteriseerd als een samenvatting en in sommige gevallen slechts als de eindconclusie van een beoordeling. De motivering geeft niet dan wel onvoldoende duidelijk en specifiek aan waarin de inschrijving van klager, in de vergelijking met de inschrijving van X, blijktens de gegeven beoordelingen tekort schiet in het licht van de gestelde subgunningscriteria, zodat voor klager voldoende inzichtelijk is waarom per kwaliteitsaspect niet het maximaal aantal punten is gescoord dan wel waarom de toebedeelde scores terecht zijn.
- 5.3.6 Dat de beoordeling op de kwaliteitsaspecten namens beklagde heeft plaatsgevonden door 7 personen die individueel hebben beoordeeld in hoeverre aan het gevraagde werd voldaan waarna een plenaire bespreking plaats heeft gevonden, is weliswaar als een objectieve procedure aan te merken, doch teneinde de controleerbaarheid van de uitgevoerde beoordelingen te waarborgen had beklagde inzichtelijk moeten maken waarom klager per kwaliteitsaspect niet het maximaal aantal punten toegekend heeft gekregen.
- 5.3.7 Ten aanzien van de gegeven motivering op de verschillende kwaliteitsaspecten is de Commissie in het verlengde van het voorgaande meer specifiek nog het volgende van oordeel. De bewoordingen van de motivering ten aanzien van de beoordeling op kwaliteitsaspect 1 is zonder nadere toelichting onbegrijpelijk. De gegeven motivering bij kwaliteitsaspect 3 ("summier beschreven") is, vanwege het ontbreken van een nadere aanduiding van wat onder een "summiere beschrijving" wordt verstaan, nietszeggend, nog afgezien van de vraag of de beschrijving van klager feitelijk wel summier te noemen is, wat de Commissie niet heeft kunnen vaststellen. Het tweede deel van de motivering met betrekking tot kwaliteitsaspect 3 sluit niet aan bij hetgeen in dat deel verlangd wordt en kan om die reden niet dragend zijn als motivering voor het oordeel van beklagde. De motivatie ten aanzien van kwaliteitsaspect 4 laat evenzeer in het midden wat feitelijk schuil gaat onder de gegeven kwalificatie "erg vrijblijvend beschreven" en wat de gegeven kwalificatie "wollig taalgebruik" betekent voor datgene wat feitelijk is aangeboden. Daarbij merkt de Commissie op dat het enkele "wollige taalgebruik" niet noodzakelijkerwijs tot de conclusie leidt dat een inschrijving de facto niet voldoet aan hetgeen verlangd wordt. Op de opmerking bij de motivatie ten aanzien van kwaliteitsaspect 4 inzake SROI wordt hierna (sub 5.4) bij de behandeling van klachtonderdeel 2 nog afzonderlijk ingegaan. Ook de motivering met betrekking tot kwaliteitsaspect 5 schiet tekort: de opmerking "summiere beschrijving" gaat mank aan het zelfde euvel als hiervoor is genoemd met betrekking tot de motivering ten aanzien van kwaliteitsaspect 3.

- 5.3.8 Het voorgaande betekent dat de klachtonderdelen 1 en 3 gegrond zijn.
- 5.3.9 De Commissie overweegt ten overvloede nog het volgende. Zij zal geen oordeel uitspreken ten aanzien van de stelling van klager (zie 3.1.2 hiervoor) – door beklagde overigens betwist (zie 4.1.3 hiervoor) – dat beklagde tijdens de bespreking van 16 september 2013 zou hebben aangegeven nog nader te reageren op de ingebrachte standpunten alvorens verder te gaan met de aanbestedingsprocedure en dat klager er op grond daarvan van mocht uitgaan dat de standstill termijn van 20 dagen werd verlengd. Nog afgezien van het feit dat de Commissie, gezien haar karakter en de aard van de klachtprocedure, geen uitgebreide mogelijkheden heeft tot het in een dergelijke situatie vaststellen van de feitelijke gang van zaken, bijvoorbeeld door middel van het horen van getuigen, blijkt uit het voorgaande ook overigens dat – nu de mededeling van de gunningsbeslissing niet voldoet aan de daaraan te stellen eisen – de opschortende termijn met het verstrekken van die mededeling op 29 augustus 2013 geen aanvang heeft genomen (zie 5.2.4 *in fine* hiervoor).
- 5.4 Klachtonderdeel 2
- 5.4.1 De Commissie begrijpt dit klachtonderdeel aldus dat klager daarmee in de kern betoogt dat beklagde heeft gehandeld in strijd met haar verplichting zoals hiervoor omschreven in 5.2.1 (onder i).
- 5.4.2 De Commissie constateert dat beklagde het kwaliteitsaspect “duurzaamheid” in par. 3.3 (“Werkplan”) van het Programma van Eisen onder nummer 4 als volgt heeft geformuleerd: “Hoe gaat de aannemer om met duurzaamheid? Welke maatregelen neemt het bedrijf in het kader van duurzaamheid?”.
- 5.4.3 Bij de behandeling van het klachtonderdeel stelt de Commissie het volgende voorop. Het containerbegrip “duurzaamheid” heeft zich in de context van overheidsaanbestedingen (“duurzaam inkopen”, “duurzaam aanbesteden”) de afgelopen jaren sterk ontwikkeld en is nog steeds in ontwikkeling. Uit informatie die is te vinden op belangrijke websites die zich richten op overheidsinkopers valt in dat verband bijvoorbeeld af te leiden dat “social return” (of: “SROI”) op dit moment als één van de deelaspecten wordt beschouwd die onderdeel vormen van het meeromvattende aspect “duurzaamheid”, waarbij overigens de term “maatschappelijk verantwoord inkopen” een vlag is die de lading nog beter lijkt te dekken. Een en ander blijkt bijvoorbeeld uit het overzicht van praktijkvoorbeelden op de website van PIANOo (<https://www.pianoo.nl/praktijk-tools/praktijkvoorbeelden/duurzaam-inkopen>) en uit de informatie die te vinden is op de website van NEVI (<https://www.nevi.nl/duurzaam-inkopen-mvi>). Het voorgaande blijkt ook uit tal van publicaties die zich op overheidsinkopers richten en waarin het fenomeen duurzaamheid in de context van aanbestedingen wordt gebruikt. De Commissie noemt hier als voorbeeld de publicatie “Social Return, Handleiding voor aanbestedende diensten van het Rijk” (versie 2.0 December 2011), waarin op blz. 3 in voetnoot 1 wordt opgemerkt: ‘Social return is onderdeel van het duurzaam inkopen beleid van het Rijk bestaande uit de milieucriteria, de sociale voorwaarden en social return’. Een ander voorbeeld, waaruit blijkt dat ook organisaties van marktpartijen – althans: op beleidsniveau – uitgaan van de veronderstelling dat “duurzaamheid” inmiddels een meeromvattend begrip is dat ook sociale aspecten van overheidsinkoop omvat, is het “Advies Duurzaam Inkopen: 11 aanbevelingen voor een ambitieuze aanpak mét de markt”, in juni 2011 uitgebracht door VNO-NCW, MKB-Nederland, MVO Nederland, NEVI en De Groene Zaak aan de staatssecretaris van Infrastructuur en Milieu. Daarin valt op blz. 6 bijvoorbeeld te lezen: ‘Duurzaam inkopen betekent dat de overheid gelijktijdig milieu-, sociale- en economische afwegingen meeneemt, wanneer zij zich als opdrachtgever in de markt be-

geeft', terwijl op blz. 16 van de genoemde publicatie de koppeling met social return wordt gelegd.

- 5.4.4 Niettegenstaande de hiervoor geschetste ontwikkeling en stand van zaken heeft de Commissie op basis van een eenvoudige op TenderNed uitgevoerde steekproef vastgesteld dat het in de dagelijkse aanbestedingspraktijk veelvuldig voorkomt dat aanbestedende diensten bij de beschrijving van kwalitatieve gunningscriteria in hun aanbestedingsdocumenten de begrippen "duurzaamheid" en "social return" als afzonderlijke kwaliteitsaspecten naast elkaar expliciteren en beschrijven. In dat licht bezien is de Commissie van oordeel dat wanneer – zoals in het onderhavige geval is gebeurd – in een aanbestedingsdocument het begrip "duurzaamheid" als een zelfstandig kwalitatief subgunningscriterium wordt gebruikt, het niet voor alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers duidelijk behoeft te zijn dat de aanbestedende dienst met dat begrip het oog heeft gehad op een of meer niet nader in het aanbestedingsdocument genoemde deelaspecten van "duurzaamheid" – waaronder social return – die blijkens de in 5.4.3 bedoelde websites en publicaties inmiddels onder het begrip "duurzaamheid" kunnen worden geschaard.
- 5.4.5 Door in het Programma van Eisen slechts te spreken van "duurzaamheid" zonder een nadere toelichting op dat begrip te geven, anders dan die welke beklagde heeft gegeven, behoefde klager er niet van uit te gaan dat het kwaliteitsaspect "duurzaamheid" mede het aspect "SROI" omvatte. Dat andere inschrijvers SROI wel in de door hen aangeboden werkplannen hebben betrokken, doet aan het voorgaande oordeel niet af. Een en ander betekent dat beklagde heeft gehandeld in strijd met haar in 5.2.1 (onder i) omschreven verplichting. Daarmee kan in het midden blijven of klager wel of niet een SROI plan heeft ingediend.
- 5.4.6 Het voorgaande betekent dat ok klachtonderdeel 2 gegrond is.

6. Advies

De Commissie acht alle onderdelen van de klacht **gegrond**.

7. Aanbeveling

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

Den Haag, 21 september 2015

w.g.:

Mr. J.G.J. Janssen
Voorzitter

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