

# Commissie van Aanbestedingsexperts

## Advies 717

### 1. Waar gaat dit advies over?

De klacht die bij de Commissie voorligt is dat de aanbestedende dienst ten onrechte (bedrijfs)vertrouwelijke informatie heeft gedeeld met een concurrent van ondernemer en dat de door de aanbestedende dienst gegeven motivering de beslissing om de aanbesteding in te trekken niet kan dragen.

### 2. Hoe luidt dit advies?

2.1. De Commissie acht **beide klachtonderdelen ongegrond**.

2.2. Het is de Commissie niet gebleken dat de aanbestedende dienst (bedrijfs)vertrouwelijke informatie uit de inschrijving van ondernemer met een concurrent van ondernemer heeft gedeeld. De Commissie overweegt dat de in de mededeling van de gunningsbeslissing opgenomen tabel geen (bedrijfs)vertrouwelijke informatie bevat nu deze informatie openbaar te raadplegen is. De Commissie overweegt voorts dat niet gebleken is dat de aanbestedende dienst de antwoorden van ondernemer op gestelde verificatievragen heeft gedeeld met een concurrent van ondernemer. Het enkele feit dat in de door de aanbestedende dienst gestelde verificatievragen aan ondernemer zinsneden tussen aanhalingstekens geplaatst zijn, levert naar het oordeel van de Commissie onvoldoende bewijs op voor de stelling dat deze teksten door aanbesteder een-op-een zijn overgenomen van de concurrent van ondernemer, laat staan dat de aanbestedende dienst de antwoorden op de gestelde verificatievragen een-op-een zou hebben doorgezet aan de concurrent van ondernemer.

2.3. De Commissie is van oordeel dat de door de aanbestedende dienst gegeven motivering de beslissing om de aanbesteding in te trekken kan dragen. De Commissie overweegt dat het component 'scherm' op meerdere (niet onaannemelijke) manieren uitgelegd kan worden, waardoor het de Commissie aannemelijk voorkomt dat niet iedere redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver voornoemd component op dezelfde wijze uitlegt.

### 3. Wat zijn de relevante feiten?

3.1. Ondernemer heeft deelgenomen aan een openbare Europese aanbesteding voor ICT hardware die gepubliceerd is op 6 juli 2023 door de aanbestedende dienst.

3.2. In het (herziene) beschrijvend document van 25 juli 2023 is, onder meer, het volgende bepaald:

'(...)

2.1 AANBESTEDINGSPROCEDURE

(...)

De Aanbestedende dienst behoudt zich te allen tijde het recht voor om de aanbestedingsprocedure (tussentijds) stop te zetten of eenzijdig in te trekken. Inschrijvers hebben geen recht op vergoeding van eventueel gemaakte kosten en/of geleden schade.

Inschrijvers ontvangen van de Aanbestedende dienst ook géén tegemoetkoming in de kosten voor het opstellen en indienen van hun inschrijving.

## 2.2 GEHEIMHOUDING

De Aanbestedende Dienst merkt ontvangen inschrijvingen als vertrouwelijk aan en handelt conform artikel 2.57 lid 1 Aw 2012.

(...)

## 5.1 GUNNINGSCRITERIUM

De inschrijvingen worden beoordeeld en gerangschikt op basis van het gunningscriterium 'beste prijs- kwaliteitverhouding', hierna afgekort als: 'Beste PKV'.

Het gunningscriterium 'Beste PKV' bestaat uit de volgende subgunningscriteria en te behalen aantal punten:

	Subgunningscriteria	Te behalen punten
G1	Prijs	50
G2	Kwaliteit	50
	<i>G2.1 Levering</i>	10
	<i>G2.2 Gebruikerstest</i>	25
	<i>G2.3 Duurzaamheid</i>	15
<b>Totaal</b>		<b>100</b>

(...)

### 5.3.3 G2.3 DUURZAAMHEID (15 PUNTEN)

Voor het onderdeel G2.3 zijn maximaal 15 punten te behalen. Deze punten worden gebaseerd op het gemiddelde van onderstaande 3 scores  
Gerecycled plastic in producten

EPEAT EPEAT (Electronic Product Environmental Assessment Tool) is een Amerikaans keurmerk op computers, beeldschermen en laptops, met drie milieuniveaus: Brons, Zilver en Goud. EPEAT garandeert dat een apparaat zuinig is en aan andere milieueisen voldoet (vergelijkbaar met Energy Star). EPEAT weegt ook het milieubeleid van de producent, de herbruikbaarheid en mogelijkheid tot upgraden, mee van de computers en schermen.

U dient aan te geven welk Europese EPEAT Tier (Brons, Zilver, Goud) van toepassing is op de laptops waarmee wordt ingeschreven. De inschrijver die na beoordeling op de eerste plek eindigt overlegt de certificaten. Indien verschillende mo-

dellen een verschillend EPEAT milieuniveau hebben, worden het puntentotaal bepaald door de punten van beide/de laptops op te tellen/opgeteld en door 2/het aantal laptops te delen.

De beoordeling is als volgt:

Goud = 15

Zilver = 10

Brons = 5

N.v.t. = 0 punten

Geef aan uit hoeveel procent gerecyclede plastic uw laptop per component bestaat. De componenten zijn: behuizing, scherm, toetsenbord.

Let op: Refurbished producten zijn uitgesloten van inschrijving. Hiertoe overlegt u een factsheet om de percentages te onderbouwen. Alle percentages worden bij elkaar opgeteld om tot het gemiddelde percentage gerecycled plastic per laptop te komen. Hoe hoger het gemiddeld percentage is, hoe meer punten u behaalt voor dit onderdeel.

Het aantal punten op dit onderdeel wordt als volgt berekend:

$$\text{Punten} = (15 * (\text{uw percentage} / \text{hoogst aangeboden percentage}) / 100$$

(...)'.

- 3.3. Ondernemer heeft de opdracht middels een schriftelijke gunningsbeslissing voorlopig gegund gekregen op 27 oktober 2023 waarin een bezwaarperiode is opgenomen van 20 dagen.
- 3.4. Op 7 november 2023 heeft ondernemer een verificatieverzoek van van aanbesteder ontvangen waarin, onder meer, te lezen is:

'(...)

Reactie naar aanleiding van voorlopige gunningsbeslissing:

"Uit onderzoek bij diverse fabrikanten is bijvoorbeeld gebleken dat een laptop-scherm niet uit 71% gerecycled plastic kan bestaan en daarmee een foutieve beantwoording gegeven is.

Wij verzoeken u daarom om alle opgegeven percentages gerecycled plastic te onderzoeken en te verifiëren of deze percentages correct zijn met de door u gestelde voorwaarden in de kwaliteitswens. Hierin dient u tenminste rekening te houden met de volgende voorwaarden:

- 3.1 Heeft het opgegeven percentages gerecycled plastic enkel betrekking op de uitgevraagde component, zijnde behuizing, scherm en toetsenbord? Zo kan het voorkomen dat het opgegeven percentage gerecycled plastic berekend wordt over het scherm in combinatie met de backcover 2 van de behuizing. Dit is foutief. Ditzelfde geldt ook voor het opgegeven percentage van het toetsenbord.
- 3.2 Is er enkel en alleen gekeken naar het percentage gerecycled plastic en zijn er geen andere grondstoffen in meegenomen? In de Nota van Inlichtingen, vraag 44, heeft u de vraag aangepast naar enkel gerecycled plastic. Zo kan het voorkomen dat het opgegeven percentage bestaat uit gerecycled plastic en overige gerecyclede materialen. Hetgeen niet toegestaan is conform het door u gegeven antwoord op vraag 44.

- 3.3 Is er gekeken naar het percentage gerecycled plastic ten opzichte van het gehele aangeboden product en niet ten opzichte van het totaal percentage plastic in een product? Er zijn namelijk fabrikanten die het percentage gerecycled plastic communiceren op basis van het percentage gebruikte plastic in het gehele product. Waardoor het percentage hoger lijkt dan wanneer dit vergeleken wordt met het totale product.
- 3.4 Komen de opgegeven percentages overeen met de bewijslast die de winnende inschrijver heeft toegevoegd en is uit de bewijslast te halen dat hiermee wordt voldaan aan de door u gestelde voorwaarden (rekening houdende met hetgeen is gesteld in de vragen 3.1 t/m 3.3)?

(...)'.

- 3.5. Ondernemer heeft op 8 november 2023 het verificatieverzoek beantwoord. In zijn reactie valt, onder meer, te lezen dat:

(...)

**Vraag 3.1:**

"Heeft het opgegeven percentages gerecycled plastic enkel betrekking op de uitgevraagde component, zijnde behuizing, scherm en toetsenbord?"

**Antwoord:**

Ja, de opgegeven percentages hebben uitsluitend betrekking op de uitgevraagde componenten. Hieronder zetten wij uiteen welke broninformatie hiervoor is gebruikt:

- 1) Behuizing: zie pagina 3 van bijgevoegde documentatie: "latitude-5x40-spec-sheet.pdf". Meer specifiek weergegeven in onderstaand screenshot van dit document:

(...)

- 2) Scherm: Zie de informatie op pagina 3 van de bijgevoegde documentatie: "Dell's Latitude 5000 Laptops Powered by Sustainability.pdf". Meer specifiek weergegeven in onderstaand screenshot van dit document:

(...)

- 3) Toetsenbord: Zie de informatie op pagina 1 van bijgevoegde pdf: "Reimagined work demands redesigned machines \_ Dell Technologies.pdf". Meer specifiek weergegeven in onderstaand screenshot van dit document:

(...)

**Vraag 3.2:**

"Is er enkel en alleen gekeken naar het percentage gerecycled plastic en zijn er geen andere grondstoffen in meegenomen?"

**Antwoord:**

Ja, de opgegeven percentages hebben uitsluitend betrekking op plastics. Ter informatie, het materiaal dat in de volksmond "carbon fiber" genoemd wordt betreft het volgende materiaal: <https://en.wikipedia.org/wiki/Carbon-fiber-reinfor->

ced\_polymers . Letterlijk vertaald betreft dit: "polymeer versterkt met koolstofvezel" en dit materiaal is ook een plastic. Vanuit carbonvezels, zonder toevoeging van een polymeer, zou geen laptopbehuizing gemaakt kunnen worden.

**Vraag 3.3:**

"Is er gekeken naar het percentage gerecycled plastic ten opzichte van het gehele aangeboden product en niet ten opzichte van het totaal percentage plastic in een product?"

**Antwoord:**

De opgegeven waarden zijn, per onderdeel, geformuleerd als gewichtspercentage gerecycled plastic ten opzichte van de totale hoeveelheid gebruikte plastic van het specifieke onderdeel. Een andere waarde zou irrelevant zijn om op te geven. Immers, het totale gewicht van een laptop kan variëren als gevolg van het toepassen van componenten met verschillende gewichten (bv. een ssd of een hdd), waardoor het onmogelijk wordt om inspanningen van fabrikanten voor het toepassen van recycled plastics eerlijk met elkaar te vergelijken.

**Vraag 3.4:**

"Komen de opgegeven percentages overeen met de bewijslast die de winnende inschrijver heeft toegevoegd en is uit de bewijslast te halen dat hiermee wordt voldaan aan de door u gestelde voorwaarden (rekening houdende met hetgeen is gesteld in de vragen 3.1 t/m 3.3)?"

**Antwoord:**

Ja, wij hebben aangetoond dat de waarden overeenkomen met de broninformatie en derhalve voldoen wij aan de gestelde voorwaarden rekening houdende met onze de beantwoording van vraag 3.1 t/m 3.3.

(...)'.

- 3.6. Op 10 november 2023 heeft de aanbestedende dienst wederom een verificatievraag aan ondernemer gesteld. In het verzoek van de aanbestedende dienst valt, onder meer, te lezen dat:

'(...)

In punt 3.2 is de vraag "Is er enkel en alleen gekeken naar het percentage gerecycled plastic en zijn er geen andere grondstoffen in meegenomen?"

In punt 3.1 verifieert u deze percentages voor de behuizing, het scherm en het toetsenbord. Wat betreft het toetsenbord wordt er geschreven: "The Latitude 9330 continues to build off our commitment to use sustainable product materials in our products to help minimize environmental impact. The keyboard is made with a total of 44% recycled materials, and the keycaps alone are made from 75% recycled content."

Kunt u aantonen bij het toetsenbord welke gerecyclede materialen er gebruikt zijn wat tot een percentage van 44% leidt?

(...)'.

- 3.7. Op 11 november 2023 heeft ondernemer de verificatievraag beantwoord. In zijn reactie valt, onder meer, te lezen dat:

`(...)

Wij begrijpen de verwarring die hier mogelijk kan ontstaan. Het gehele toetsenbord bestaat vrijwel uitsluitend uit plastics en bevat in totaliteit 44% gerecycled plastics. Onderdeel hiervan vormen de keycaps welke voor 75% bestaan uit recycled plastics.

Zie de informatie op pagina 1 van bijgevoegde pdf: "Reimagined work demands redesigned machines \_ Dell Technologies.pdf.

Wij willen u er nogmaals op attenderen dat alle verstrekte informatie, zowel onze inschrijving, alsook de inhoudelijke informatie naar aanleiding van uw verificatievragen behandeld dienen te worden als commercieel vertrouwelijke informatie welke nimmer gedeeld mag worden met derden.

(...)'.

- 3.8. Op 13 november 2023 heeft de aanbestedende dienst een nieuwe verificatievraag gesteld aan ondernemer. In zijn bericht aan ondernemer valt, onder meer, te lezen dat:

`(...)

Er is nog enige onduidelijkheid na uw antwoord op vraag 3.1  
Kunt u bevestigen dat de opgegeven 71% gerecycled plastic enkel het scherm betreft en niet in combinatie met de backcover van de behuizing is berekend?

(...)'.

- 3.9. Op 13 november 2023 heeft ondernemer de verificatievraag beantwoord. In zijn reactie valt, onder meer, te lezen dat:

`(...)

Ja, dit kunnen wij bevestigen. Zoals u in de documentatie van Dell kunt lezen is "the lid", het scherm, opgebouwd uit 71 % gerecycled plastic. Dit is exclusief de backcover van de behuizing.

Wij willen u er wederom op attenderen dat alle verstrekte informatie, zowel onze inschrijving, alsook deze inhoudelijke informatie naar aanleiding van uw meest recente verificatievraag behandeld dient te worden als commercieel vertrouwelijke informatie welke nimmer gedeeld mag worden met derden.

(...)'.

- 3.10. Op 15 november 2023 heeft de aanbestedende dienst wederom een verificatievraag aan ondernemer gesteld. In het verzoek van de aanbestedende dienst valt, onder meer, te lezen dat:

`(...)

In uw beantwoording en documentatie wordt de term 'lid' gebruikt. De definitie/letterlijke vertaling van de term 'lid' is: deksel, klep, kaft (hierna: klep). De klep bestaat vervolgens uit de onderdelen 'scherm' en 'behuizing', waarbij deze twee onderdelen met elkaar verbonden zijn (scherm aan de voorkant en de behuizing

aan de achterkant van de klep).

De aanbestedende dienst interpreteert daarom de gekozen term 'lid' dan ook als zijnde niet enkel een 'scherm', maar ook de behuizing waaraan het scherm bevestigd is. Wanneer u spreekt over 'het scherm', dan zou de Engelse vertaling 'screen' gebruikelijk zijn geweest.

Is de constatering van de aanbestedende dienst daarmee juist dat het door u opgegeven percentage (71%) niet enkel over 'het scherm' van de laptop gaat, maar over de gehele klep?

Gezien de blijvende onduidelijkheden en de onderzoekplicht heeft de aanbestedende dienst besloten om de bezwaartermijn te verlengen t/m donderdag 23 november 2023.

(...)'.

- 3.11. Op 15 november 2023 heeft ondernemer de verificatievraag beantwoord. In zijn reactie valt, onder meer, te lezen dat:

'(...)

In de aanbesteding worden er rondom het onderwerp opgave percentage gerecycled plastic drie categorieën benoemd waarvan het percentage vermeld dient te worden: behuizing, scherm en toetsenbord. De vraag die gesteld werd: is dit niet in combinatie met de backcover van de behuizing berekend? Nogmaals, het antwoord hierop is nee, want de behuizing is geen onderdeel van het scherm, het scherm is benoemd als een andere categorie en kent ook een ander percentage gerecycled plastic.

(...)

Het antwoord op uw vraag hangt dus af van de definities van de verschillende onderdelen. Onderstaand zetten wij uiteen hoe wij, geheel te goeder trouw, het bestek ondubbelzinnig hebben geïnterpreteerd en zo tot de opgegeven waarden zijn gekomen. Er zijn door inschrijvers in de NvI 2 rondom dit onderwerp geen vervolgvragen gesteld, hieruit mag worden geconcludeerd dat het voor alle partijen volstrekt duidelijk is wat de termen behuizing, scherm en toetsenbord inhouden.

(...)

Wat er nu lijkt te gebeuren is dat een afgewezen inschrijver de juistheid van deze informatie bestrijdt door de definitie van het "scherm" aan te passen.

(...)

Als aanbestedende dienst dient u uitsluitend te verifiëren en de afgewezen inschrijver op de hoogte te stellen dat de informatie is geverifieerd en kloppend blijkt te zijn. Ons beeld is dat er met de afgewezen inschrijver inhoudelijke informatie wordt gedeeld over percentages en definities en dat is zeker niet hetgeen er dient plaats te vinden. U hoeft de afgewezen inschrijver niet te overtuigen c.q. te bewijzen of de calculatie wel of niet "foutief" is.

Wij benadrukken nogmaals dat geen inhoudelijke informatie over onze inschrijving (aangeboden merk, model, prijs en kwalitatieve beantwoording) en alle andere verstrekte verificatie informatie bij andere partijen dan [de aanbestedende dienst] terecht mag komen.

(...)'.

- 3.12. Op 20 november 2023 ontvangt ondernemer een bericht van de aanbestedende dienst waarin de bezwaartermijn tot en met 30 november 2023 verlengd wordt.
- 3.13. Op 27 november 2023 ontvangt ondernemer een bericht van de aanbestedende dienst waarin hij aangeeft de voorlopige gunning aan ondernemer en de aanbesteding in te trekken en een nieuwe bezwaarperiode inlast van 20 dagen. In dit bericht valt, onder meer, te lezen dat:

'(...)

De aanbestedende dienst heeft zorgvuldig overwogen en besloten om de lopende aanbestedingsprocedure voor 'ICT Hardware' terug te trekken. Dit besluit is genomen vanwege geconstateerde procedurele gebreken. Het gebrek dat daarin het zwaarst weegt is het feit dat de aanbestedende dienst heeft nagelaten om in de uitvraag definities op te nemen inzake de componenten 'Scherm', 'Toetsenbord' en 'Behuizing'. Het gevolg hiervan is dat deze componenten op verschillende wijzen geïnterpreteerd konden worden, hetgeen in onze optiek in strijd is met het transparantie- en gelijkheidsbeginsel. Doordat de nota van inlichtingenronde en de inschrijfronde al zijn gepasseerd, kan dit gebrek niet anders worden hersteld dan door de aanbestedingsprocedure te staken en in te trekken.

(...)'.

- 3.14. Bij brief d.d. 28 november 2023 heeft ondernemer aan de aanbestedende dienst laten weten het niet eens te zijn met het intrekken van de gunningsbeslissing en de aanbesteding en voornemens is een klacht in te dienen bij de Commissie en vraagt om verlenging van de bezwaarperiode tot 20 dagen na het uitbrengen van een Advies van de Commissie.
- 3.15. Op 30 november 2023 heeft de aanbestedende dienst een bericht aan ondernemer gestuurd waarin de aanbestedende dienst aangeeft de bezwaarperiode niet te verlengen.
- 3.16. Op 4 december 2023 heeft ondernemer een klacht bij het Klachtenmeldpunt van de aanbestedende dienst en tevens bij de Commissie ingediend waarop het Klachtenmeldpunt van de aanbestedende dienst op 15 december 2023 gereageerd heeft.
- 3.17. De aanbestedende dienst heeft op woensdag 20 december zijn zienswijze op de klacht bij de Commissie ingediend.

#### **4. Waar komt de klacht in de kern op neer?**

De klacht die bij de Commissie voorligt is dat de aanbestedende dienst ten onrechte (bedrijfs)vertrouwelijke informatie heeft gedeeld met een concurrent van ondernemer en dat de motivering van de aanbestedende dienst de beslissing om de aanbesteding in te trekken niet kan dragen.



## **Stellingen ondernemer**

### *Delen (bedrijfs)vertrouwelijke informatie*

- 4.1. Volgens ondernemer heeft de aanbestedende dienst ten onrechte aantoonbaar (delen van) de inschrijving van ondernemer en antwoorden op verificatievragen met een concurrent van ondernemer gedeeld wat in strijd is met artikel 2.57 Aw 2012 en artikel 2.138 Aw 2012. Als gevolg hiervan is de aanbesteding na voorlopige gunning gestaakt door de aanbestedende dienst en daarmee de gunning aan ondernemer ongedaan gemaakt.
- 4.2. Met de, volgens ondernemer onwettig verkregen detailinformatie vanuit zijn inschrijving, heeft een concurrent van ondernemer de aanbestedende dienst slim op het verkeerde been gezet door hem te overtuigen dat er bij de concurrent van ondernemer achteraf onduidelijkheid was omtrent de definities 'Scherm', 'Toetsenbord' en 'Behuizing'.
- 4.3. Ondernemer is van mening dat inschrijvers gedurende de NVI-fase voldoende mogelijkheden hebben gehad om indien nodig, extra duidelijkheid te verkrijgen omtrent eventuele "definities". In beide nota's van inlichtingen zijn geen vragen gesteld over de definitie van de componenten: behuizing, scherm, toetsenbord. Ook de aanbestedende dienst heeft tijdens de beoordelingsfase geen verificatievragen gesteld aan inschrijvers, hetgeen impliceert dat bij de aanbestedende dienst tijdens de beoordeling geen onduidelijk bestond over de definities van de drie componenten: 'Scherm', 'Toetsenbord' en 'behuizing'.
- 4.4. Ondernemer benadrukt dat het zeer belangrijk is dat in de e-mails van de aanbestedende dienst richting ondernemer alle verificatievragen tussen quotes geplaatst zijn. En mede hoe de verificatievragen zijn geformuleerd, is het volgens ondernemer overduidelijk dat deze een-op-een zijn overgenomen van de verliezende inschrijver [naam concurrent van ondernemer]. Uit de gedetailleerdheid van de door [naam concurrent van ondernemer] gestelde verificatievragen blijkt dat [naam concurrent van ondernemer] over gedetailleerde informatie uit de inschrijving van ondernemer beschikt.
- 4.5. Ondernemer geeft ter onderbouwing van zijn stelling een voorbeeld van een, volgens ondernemer, suggestieve uitsnede uit een bericht van de aanbestedende dienst gericht aan ondernemer:

"Uit onderzoek bij diverse fabrikanten is bijvoorbeeld gebleken dat een laptopscherm niet uit 71% gerecycled plastic kan bestaan en daarmee een foutieve beantwoording gegeven is. Hiermee gaat [naam concurrent van ondernemer], met de detailinformatie van onze inschrijving, op de stoel zitten van de aanbestedende dienst en stelt hij vanuit zijn positie als verliezende inschrijver dat ondernemer een foutieve inschrijving heeft gedaan en verplicht hij de aanbestedende dienst om diverse aspecten te verifiëren. Het feit dat [naam concurrent van ondernemer] over (gedeelten van) onze inschrijvings-informatie beschikt, dat hij de aanbestedende dienst voorschrijft om een verificatie te doen en ook nog hoe exact de verificatie eruit moet zien, is naar onze mening volstrekt in strijd met het gelijkheidsbeginsel en in strijd met artikel 2.57 Aw 2012."

### *Intrekken aanbesteding*

- 4.6. Ondernemer geeft voorts aan niet te bestrijden dat de aanbestedende dienst het recht heeft om te allen tijde de aanbesteding in te trekken. Wat ondernemer echter wel betwist is de zeer kwalijke rol die de aanbestedende dienst volgens ondernemer heeft gespeeld in het gehele traject na voorlopige gunning, waardoor hij uiteindelijk heeft besloten om haar voorlopig gegunde aanbesteding terug te trekken.
- 4.7. Ondernemer verduidelijkt zijn standpunt door aan te geven dat de concurrent van ondernemer een minder duurzame laptop aangeboden heeft dan ondernemer en dat de concurrent van ondernemer vervolgens onterecht achteraf de 'onduidelijkheid' kaart heeft getrokken waar de aanbestedende dienst ten onrechte in mee gegaan is wat geresulteerd heeft in het intrekken van de aanbesteding en daarmee het intrekken van de gunningsbeslissing aan ondernemer.

## 5. Stellingen aanbestedende dienst

### *Intrekken aanbesteding*

- 5.1. De aanbestedende dienst geeft aan dat het op grond van de door partijen ingediende documenten het bij het beoordelingsproces niet duidelijk was dat de componenten 'scherm', 'toetsenbord' en 'behuizing' door beide partijen anders werden geïnterpreteerd. Van deze componenten was geen definitie opgenomen in de aanbestedingsdocumenten. De aanbestedende dienst was in de veronderstelling dat alle partijen de begrippen op eenzelfde manier zouden interpreteren als de aanbestedende dienst zelf in gedachten had. Echter, op grond van de inhoud van de vragen die een concurrent van ondernemer naar aanleiding van de voorlopige gunningsbeslissing heeft gesteld, heeft de aanbestedende dienst gerede twijfel gekregen of de door ondernemer opgegeven percentages overeenkwamen met de betekenis die hij zelf heeft toegedicht aan de componenten. Op grond van bijvoorbeeld de onderbouwing van concurrent van ondernemer dat uit onderzoek bij diverse fabrikanten is gebleken dat een laptopscherm niet uit 71% gerecycled plastic kan bestaan. Hierdoor is de aanbestedende dienst van mening dat dit voldoende grondslag is geweest voor het stellen van verificatievragen aan ondernemer. Op basis van de antwoorden die ondernemer daarop gaf, heeft de aanbestedende dienst geconcludeerd dat ondernemer en concurrent van ondernemer de componenten 'scherm', 'behuizing' en 'toetsenbord' verschillend hebben geïnterpreteerd. Zo is de concurrent van ondernemer van mening dat onder het 'scherm' enkel het LCD-paneel verstaan dient te worden, en geeft ondernemer aan dat ook de onderdelen 'elektronica', 'eventuele webcam' en 'flatcable' die naar de behuizing leidt en aangesloten is op het moederbord' onder de component 'scherm' geschaard dienen te worden.
- 5.2. Het inkoopteam van het aanbestedingstraject geeft ten aanzien van de componenten aan de volgende betekenis in gedachten te hebben gehad bij het opstellen van de aanbestedingsdocumenten.
- *Behuizing: Onder behuizing verstaan wij het omhulsel van de laptop, dat de onderdelen van de laptop beschermd. Dit omvat alles van de buitenste schaal en beschermt de interne onderdelen van de laptop.*
  - *Toetsenbord: Onder het component toetsenbord verstaan wij de fysieke toetsen die worden gebruikt voor het invoeren van tekst, commando's en andere invoer.*
  - *Scherm: Onder het component scherm verstaan wij het beeldscherm, display, dat zorgt voor de visuele weergave op de laptop.*

- 5.3. De aanbestedende dienst benadrukt dat, wanneer een de aanbestedende dienst vaststelt dat de aanbestedingsdocumenten – zoals in de onderhavige casus door het ontbreken van definities van de componenten – onduidelijkheden bevatten, zij kan besluiten de aanbesteding in te trekken. Het juridische uitgangspunt is namelijk dat het intrekken van een aanbesteding op ieder moment mag, dat daarbij geen gewichtige redenen nodig zijn en dat een intrekking niet alleen in uitzonderlijke gevallen is toegestaan.
- 5.4. Doordat de aanbestedende dienst bij de intrekking gemotiveerd heeft aangegeven dat de onduidelijkheid omtrent de definities van de voorliggende componenten daaraan ten grondslag heeft gelegen, is tevens voldaan aan de verplichting om de redenen van de intrekking te vermelden.

#### *Delen vertrouwelijke informatie*

- 5.5. De aanbestedende dienst geeft aan dat (gedeelten van) de inschrijving van ondernemer of de door ondernemer gegeven antwoorden op de gestelde verificatievragen niet zijn gedeeld met een concurrent van ondernemer.
- 5.6. De aanbestedende dienst acht het zeer aannemelijk dat de tabel die gepubliceerd is in de afwijzingsbrief richting concurrent van ondernemer, aanleiding geweest is voor de concurrent van ondernemer om vragen te stellen over de inschrijving van ondernemer. In deze tabel staan namelijk de percentages inzake recyclebare plastic opgenomen, waarbij de aanbestedende dienst aangeeft dat dit niet om vertrouwelijke informatie gaat omdat deze percentages ook te raadplegen zijn bij een openbare bron.
- 5.7. De aanbestedende dienst geeft voorts aan dat het bekendmaken van de percentages per component in de gunningsbeslissing niet conform de uitvraag was, waarin staat aangegeven dat er een gemiddelde wordt getrokken uit de drie opgegeven percentages. Echter, heeft dit volgens de aanbestedende dienst geen gevolgen omdat naderhand is gebleken dat deze percentages openbaar ook te raadplegen zijn [de aanbestedende dienst heeft hiertoe een bron aan de Commissie overlegd].

## **6. Hoe luidt de onderbouwing van dit Advies?**

- 6.1. De Commissie stelt vast dat de aanbestedende dienst op 6 juli 2023 een openbare Europese aanbesteding voor ICT hardware heeft aangekondigd. Op deze aanbestedingsprocedure en de met de procedurekeuze samenhangende beslissingen zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en 2 van de Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit (3e herziene versie die op 1 januari 2022 in werking is getreden).

### Klachtonderdeel 1

- 6.2. Alvorens tot de behandeling van het klachtonderdeel over te gaan zal de Commissie het toetsingskader uiteenzetten.

#### *Toetsingskader*

#### (Bedrijfs)vertrouwelijke informatie

- 6.3. Artikel 2.57 lid 1 Aw 2012 bepaalt dat een de aanbestedende dienst geen gegevens die hem door een ondernemer als vertrouwelijk is verstrekt, openbaar maakt.
- 6.4. Artikel 2.104 Aw 2012 bepaalt dat een de aanbestedende dienst in de mededeling van de gunningsbeslissing geen gegevens verstrekt voor zover dat in strijd zou zijn met een wettelijk voorschrift, het openbare belang, de rechtmatige commerciële belangen van ondernemers zou kunnen schaden of afbreuk zou kunnen doen aan de eerlijke mededinging tussen ondernemers.
- 6.5. Artikel 2.138 Aw 2012 bepaalt dat een de aanbestedende dienst bepaalde gegevens betreffende de gunning van een overheidsopdracht niet bekend maakt indien openbaarmaking van die gegevens in strijd zijn met enig wettelijk voorschrift, in strijd zijn met het openbaar belang, de rechtmatige commerciële belangen van ondernemers zou kunnen schaden of afbreuk zou kunnen doen aan de eerlijke mededinging tussen ondernemers.
- 6.6. Aanbestedingsprocedures rusten op een vertrouwensrelatie tussen de aanbestedende dienst en ondernemers. Inschrijvers moeten zich vrij voelen allerlei relevante informatie te delen met de de aanbestedende dienst, zonder bang te hoeven zijn dat die gegevens met derden zullen worden gedeeld (HvJ EG 14 februari 2008, ECLI:EU:C:2008:91, r.o. 36 en 37, Varec). De aanbestedende dienst maakt de informatie die hem door een ondernemer als vertrouwelijk is verstrekt, in beginsel niet bekend (HvJ EU 17 november 2022, ECLI:EU:C:2022:888, r.o. 48, Antea en HvJ EU 7 september 2021, ECLI:EU:C:2021:700, r.o. 101, Klaipedos). Onder bedrijfsvertrouwelijke informatie wordt verstaan informatie die, bij bekendmaking, de commerciële belangen van inschrijvers kunnen schaden (artikel 55 Richtlijn 201/24 EU). Uit artikel 21 van de Richtlijn 2014/24 EU kan worden opgemaakt dat hiermee met name fabrieks- of bedrijfsgeheimen en de vertrouwelijke aspecten van de inschrijvingen worden bedoeld (Advies 694 overweging 5.3.1).
- 6.7. Overigens kan de aanbestedende dienst niet gebonden zijn aan de enkele bewering van een ondernemer dat de verstrekte informatie vertrouwelijk is. Hij moet vereisen dat die ondernemer aantoont dat de informatie waarvan hij de verspreiding wil tegenhouden daadwerkelijk vertrouwelijk is door aan te tonen dat deze bijvoorbeeld fabrieks- of bedrijfsgeheimen bevat, dat de inhoud ervan voor concurrentievervalsing kan worden gebruikt of dat openbaarmaking ervan hem zou kunnen schaden (HvJ EU 17 november 2022, ECLI:EU:C:2022:888, r.o. 65, Antea en HvJ EU 7 september 2021, ECLI:EU:C:2021:700, r.o. 117, Klaipedos).
- 6.8. Als de aanbestedende dienst zich afvraagt of de informatie die hij van de genoemde ondernemer heeft ontvangen vertrouwelijk is of niet, moet hij voorafgaand aan een beslissing om de verzoeker toegang tot deze informatie te verlenen, de betrokken ondernemer in staat stellen aanvullend bewijs te leveren, om de rechten van de verdediging van deze laatste te waarborgen. Gezien de schade die uit de onrechtmatige mededeling van bepaalde informatie aan een concurrent kan voortvloeien, moet de aanbestedende dienst, alvorens deze informatie mede te delen aan de verzoeker, de betrokken ondernemer namelijk de mogelijkheid geven zich erop te beroepen dat de informatie een vertrouwelijk karakter heeft of een bedrijfsgeheim uitmaakt (HvJ EU 7 september 2021, ECLI:EU:C:2021:700, r.o. 118, Klaipedos)

- 6.9. Als de verstrekte informatie als vertrouwelijk is aangemerkt, moet de aanbestedende dienst niet alleen een motivering te geven van zijn beslissing om bepaalde gegevens als vertrouwelijk te behandelen, maar hij moet ook — voor zover mogelijk en voor zover die mededeling niet afdoet aan het vertrouwelijke karakter van de specifieke gegevens waarvan bescherming vanwege dat karakter gerechtvaardigd is — op neutrale wijze de essentie van de inhoud ervan mededelen aan een afgewezen inschrijver die erom verzoekt (HvJ EU 17 november 2022, ECLI:EU:C:2022:888, r.o. 66, Antea).

*Ten onrechte (bedrijfs)vertrouwelijke informatie gedeeld?*

- 6.10. De Commissie vat de stelling van ondernemer dat er sprake is van het delen van (bedrijfs)vertrouwelijke informatie door de aanbestedende dienst als volgt op. Ten eerste heeft de aanbestedende dienst (ten onrechte) informatie uit de inschrijving van ondernemer met de concurrent van ondernemer gedeeld. Ten tweede heeft de aanbestedende dienst ten onrechte (delen van) de door ondernemer gegeven antwoorden op gestelde verificatievragen met de concurrent van ondernemer gedeeld (zie 4.1).
- 6.11. Ten aanzien van het eerste aspect van dit klachtonderdeel oordeelt de Commissie dat ondernemer onvoldoende heeft onderbouwd dat de aanbestedende dienst informatie uit de inschrijving van ondernemer zou hebben gedeeld met een concurrent van ondernemer, om welke informatie het gaat en waaruit dit zou blijken. Volgens de Commissie kan dit niet enkel uit de gedetailleerdheid van de door de aanbestedende dienst gestelde verificatievragen worden afgeleid.
- 6.12. Uit het verweer van de aanbestedende dienst maakt de Commissie op dat in de mededeling van de gunningsbeslissing een tabel is opgenomen met daarin de percentages inzake recyclebaar plastic. Volgens de aanbestedende dienst zou dit de aanleiding kunnen zijn geweest voor de concurrent van ondernemer om hierover vragen te stellen aan de aanbestedende dienst.
- 6.13. De Commissie laat in het midden of dit het geval geweest is, maar volgt de aanbestedende dienst in zijn stelling dat, hoewel dit niet conform de voorgeschreven beoordelingswijze was (zie 3.2), hier geen sprake is van het delen van (bedrijfs)vertrouwelijke informatie. Het gaat om informatie die openbaar te raadplegen is. De aanbestedende dienst heeft een bron overgelegd waarin zijn stelling bevestigd wordt (zie 5.6).
- 6.14. Ten overvloede merkt de Commissie op dat de omstandigheid dat de aanbestedende dienst in het Beschrijvend document heeft bepaald dat hij ontvangen inschrijvingen aanmerkt als vertrouwelijk en handelt conform artikel 2.57 lid 1 Aw 2012 (zie overweging 3.2 bovenstaand) niet maakt dat iedere mededeling van de aanbestedende dienst over de gedane inschrijvingen automatisch een schending inhoudt van de vertrouwelijkheid. De Commissie begrijpt dat de aanbestedende dienst met de genoemde bepaling uit het Beschrijvend document heeft bedoeld te benadrukken dat hij de inschrijvingen in beginsel beschouwt als vertrouwelijk, maar dat niet is beoogd van het wettelijke regime af te wijken, althans zo mocht een redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver de bepaling begrijpen. De betekenis van de bepaling is daarmee beperkt, maar een ruime uitleg zou strijdig zijn met artikel 2.57 lid 1 Aw 2012 waarnaar juist wordt verwezen in dezelfde bepaling.
- 6.15. Ten aanzien van het tweede aspect van dit klachtonderdeel komt de onderbouwing van de stelling van ondernemer neer op het volgende. In de e-mails van de

aanbestedende dienst richting ondernemer zijn alle verificatievragen tussen quotes geplaatst, waardoor overduidelijk zou zijn dat deze een-op-een zijn overgenomen van de concurrent van ondernemer.

- 6.16. De Commissie volgt ondernemer hierin niet. Het enkele feit dat zinsneden tussen aanhalingstekens geplaatst zijn levert naar het oordeel van de Commissie onvoldoende bewijs op voor de stelling dat deze teksten door de aanbestedende dienst een-op-een zijn overgenomen van de concurrent van ondernemer, laat staan dat de aanbestedende dienst de antwoorden op de gestelde verificatievragen een-op-een zou hebben doorgezet aan de concurrent van ondernemer.
- 6.17. De Commissie heeft niet kunnen vaststellen dat de aanbestedende dienst (bedrijfs)vertrouwelijke informatie uit de inschrijving van ondernemer met de concurrent van ondernemer heeft gedeeld. De aanbestedende dienst heeft, voor zover de Commissie kan nagaan op neutrale wijze kenmerken van de inschrijving van ondernemer medegedeeld in tabelvorm, uit hoofde van zijn motiveringsplicht, zonder daarbij vertrouwelijke informatie uit de inschrijving prijs te geven. In dit geval was daarom niet nodig dat de aanbestedende dienst vooraf verzocht aan ondernemer of hij instemde met het delen van die informatie met de concurrent en evenmin was nodig dat hij ondernemer in de gelegenheid stelde aanvullend bewijs te leveren van het vertrouwelijke karakter van die informatie (zie overweging 6.8) – duidelijk was immers dat het geen vertrouwelijke informatie betrof.

- 6.18. De Commissie acht klachtonderdeel 1 **ongegrond**.

#### Klachtonderdeel 2

- 6.19. Alvorens tot de behandeling van het klachtonderdeel over te gaan zal de Commissie het toetsingskader uiteenzetten.

#### *Toetsingskader*

- 6.20. Op grond van artikel 1.9 Aw 2012 dienen aanbestedende diensten transparant te handelen.
- 6.21. De transparantieverplichting heeft in essentie ten doel te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen. Het impliceert dat alle voorwaarden en modaliteiten van de aanbesteding op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze geformuleerd zijn, zodat, enerzijds, alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier interpreteren, en, anderzijds, de aanbestedende dienst in staat is om metterdaad na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria die op de betrokken opdracht van toepassing zijn (HvJ EU, zaak C-496/99 (Succhi di Frutta), 29 april 2004 r.o. 110 en 111), ECLI:NL:HR:2019:1630, r.o. 3.21, Advies 504 overweging 3.4).
- 6.22. Uitgangspunt is dat een aanbestedende dienst een aanbestedingsprocedure mag intrekken. Bij beantwoording van de vraag of de intrekking van een aanbestedingsprocedure geoorloofd is, heeft voor een Europese aanbestedingsprocedure als uitgangspunt te gelden hetgeen door het Hof van Justitie van de Europese Unie is overwogen en beslist in het arrest Croce Amica van 11 december 2014 (ECLI:EU:C:2014:2435, zaak C-440/13). In dit arrest heeft het Hof de regel bevestigd dat een aanbestedende dienst niet slechts in uitzonderlijke gevallen van

het plaatsen van een overheidsopdracht kan afzien en dat het besluit daartoe niet noodzakelijkerwijs op gewichtige redenen behoeft te berusten.

- 6.23. Dat alles laat echter onverlet dat een aanbestedende dienst die besluit tot intrekking van een aanbesteding, inschrijvers ten spoedigste in kennis dient te stellen van een besluit tot intrekking met opgave van de redenen hiervoor (op grond van artikel 55 lid 1 Richtlijn 2014/24/EU).
- 6.24. De verplichting tot een opgave van de redenen voor een intrekkingbesluit is ingegeven door de zorg om in de procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten waarop de regels van het Unierecht van toepassing zijn, een minimaal transparantieniveau en bijgevolg ook de naleving van het beginsel van gelijke behandeling te waarborgen, dat de basis voor die regels vormt (zie ook Advies 399, overwegingen 6.5.1-6.5.2, Advies 428, overweging 5.4.6 en Advies 485, overweging 5.2.1-5.2.2 en Advies 498, overweging 5.2.1).
- 6.25. De aanbestedingsrechtelijke geoorloofdheid van een intrekkingbesluit zal integraal moeten worden getoetst met inachtneming van alle relevante feiten en omstandigheden zoals die zich hebben voorgedaan ten tijde van het daadwerkelijk genomen intrekkingbesluit (zie Advies 498, overweging 5.2.3).

*Intrekking aanbesteding gerechtvaardigd?*

- 6.26. Ter motivering van de beslissing tot het intrekken van de aanbesteding heeft aanbesteder aangevoerd dat de componenten 'scherm', 'toetsenbord' en 'behuizing' voor meerderlei uitleg vatbaar zouden zijn. De te beantwoorden vraag is daarom of de aanbestedende dienst zijn transparantieplichting heeft geschonden, in die zin dat iedere redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver op basis van de aanbestedingsstukken de begrippen 'scherm', 'toetsenbord' en 'behuizing' niet op dezelfde wijze zal uitleggen.
- 6.27. De Commissie stelt vast dat aan de begrippen 'scherm', 'toetsenbord' en 'behuizing' geen definities zijn toegekend in de aanbestedingsdocumenten. In de nota's van inlichtingen zijn bovendien geen vragen gesteld over de uitleg van deze begrippen.
- 6.28. De Commissie overweegt dat de aanbestedende dienst niet heeft onderbouwd dat de componenten 'toetsenbord' en 'behuizing' voor meerderlei uitleg vatbaar zijn. Aanbesteder heeft wel toegelicht dat het begrip 'scherm' op meerdere manieren is uit te leggen. De aanbestedende dienst heeft naar het oordeel van de Commissie aannemelijk gemaakt dat onder de term 'scherm' enkel een LCD-paneel verstaan kan worden, maar dat een ruimere uitleg ook mogelijk is. Onder de term 'scherm' kunnen naast het LCD-paneel ook andere onderdelen zoals 'elektronica', 'eventuele webcam' en 'flatcable' die naar de behuizing leidt en aangesloten is op het moederbord, worden begrepen. De aanbestedingsstukken geven op dit punt geen uitsluitsel.
- 6.29. Doordat op meerdere niet onaannemelijke manieren, invulling gegeven kan worden aan het begrip 'scherm', kunnen redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers dit begrip op verschillende manieren uitleggen. Dit heeft tot gevolg dat de aanbestedende dienst in strijd gehandeld heeft met het transparantiebeginsel. De Commissie overweegt dat het begrip 'scherm' wordt gebruikt in een subgunningscriterium. Aannemelijk is dat de interpretatie van dit begrip van invloed kan zijn op de inschrijving. De aanbestedende dienst kon daarom zijn beslissing om de aanbesteding in te trekken baseren op de reden dat het begrip

'scherm' voor meerderlei uitleg vatbaar is. De Commissie acht dit klachtonderdeel **ongegrond**.

*Overweging ten overvloede: uitsluiten tenderkostenvergoeding*

- 6.30. Ten overvloede merkt de Commissie het volgende op. De aanbestedende dienst heeft in het Beschrijvend document de vergoeding van inschrijfkosten uitgesloten, ook bij intrekking van de aanbesteding (zie 3.2). Het op voorhand uitsluiten van iedere vergoeding van inschrijfkosten is niet in overeenstemming met Voor-schrift 3.8 B Gids Proportionaliteit.

Omdat het haar vanwege conflicterende belangen niet vrijstond, is de voorzitter van de Commissie mr. G.R. Werkman-Bouwkamp niet betrokken geweest bij de behandeling van deze klacht.

Den Haag, 31 mei 2024

Mr. M.C. Pinto

ViceVoorzitter

Mr. dr. A.J van Heeswijck

Commissielid