

# Commissie van Aanbestedingsexperts

## Advies 710

### 1. Waar gaat dit advies over?

- 1.1. Dit advies gaat over een Europese openbare aanbesteding voor de opdracht tot het leveren van smartphones. De vraag is of aanbesteder de inschrijving van ondernemer op grond van de aanbestedingsstukken terzijde moest leggen.
- 1.2. Verder gaat dit advies over de vraag of aanbesteder mocht afgaan op informatie op de website van de fabrikant zonder verificatievragen te stellen aan ondernemer.
- 1.3. Tevens komt de vraag aan de orde of de consequentie van de uitleg door aanbesteder is dat geen enkele inschrijving kan voldoen en daarom alle inschrijvingen ongeldig zijn.

### 2. Hoe luidt dit advies?

- 2.1. De Commissie acht klachtonderdeel 1 ongegrond. Op het moment van inschrijving kon niet worden vastgesteld dat ondernemer kon voldoen aan de eis. Omdat de eis een knock-out karakter heeft, is de Commissie het met aanbesteder eens dat op grond van de aanbestedingsstukken de inschrijving van ondernemer terzijde moest worden gelegd.
- 2.2. De Commissie acht klachtonderdeel 2 gegrond. De Commissie is het met ondernemer eens dat aanbesteder, alvorens ondernemer uit te sluiten, de op de website van fabrikant gevonden informatie had moeten verifiëren bij ondernemer. Indien ondernemer wel in de gelegenheid was gesteld om zijn inschrijving ten aanzien van de eis toe te lichten, had hem dit echter niet kunnen baten. De Commissie is het met aanbesteder eens dat ondernemer nog steeds niet aan de eis voldoet.
- 2.3. De Commissie acht klachtonderdeel 3 ongegrond. Ondernemer heeft nagelaten zijn stelling met feiten en ondersteunende argumenten te staven. De Commissie is daarom van oordeel dat ondernemer dit klachtonderdeel onvoldoende concreet heeft onderbouwd.

### 3. Wat zijn de relevante feiten?

- 3.1. Aanbesteder heeft op 1 juni 2023 via TenderNed een Europese openbare aanbesteding aangekondigd voor de opdracht tot het leveren van mobiele telefoons (ICT hardware) en beperkte aanverwante dienstverlening.
- 3.2. Het doel van de aanbesteding is het sluiten van een overeenkomst met één opdrachtnemer.

#### *De aanbestedingsstukken*

- 3.3. In het Beschrijvend document 'Openbare aanbesteding levering smartphones' staat onder meer:

`(...)

### **3.3 Overeenkomst**

De ingangsdatum van de overeenkomst staat gepland op 1 september 2023 en heeft een looptijd van drie (3) jaar. De reden voor het kiezen van een totale periode van drie (3) jaar is dat dit gekoppeld is aan de technische levensduur en afschrijvingstermijn van de smartphones, alsmede dat gedurende die periode nabestellingen mogelijk kunnen zijn. De overeenkomst kan eenzijdig door [aanbesteder] worden verlengd met tweemaal één jaar.

(...)

### **4.6 Tegenstrijdigheden en onvolkomenheden**

Dit Aanbestedingsdocument is met zorg samengesteld. Mocht Inschrijver desondanks tegenstrijdigheden of onvolkomenheden tegenkomen, dan maakt u deze zo spoedig mogelijk doch vóór de sluitingsdatum voor het indienen van vragen ten behoeve van de Nota van Inlichtingen aan [aanbesteder] kenbaar. Na het verstrijken van de sluitingstermijn kunnen Inschrijvers geen bezwaar meer maken tegen eventuele tegenstrijdigheden en/of onvolkomenheden in de Aanbestedingsstukken. (...)

(...)

### **6 Programma van eisen**

In bijlage 5 wordt het Programma van Eisen weergegeven. Het Programma van Eisen bestaat uit een pakket van eisen met een knock-out karakter; het niet voldoen of kunnen voldoen aan één of meer van deze eisen leidt automatisch tot uitsluiting van de aanbestedingsprocedure (terzijdelegging).

Inschrijver dient onvoorwaardelijk akkoord te gaan met alle in dit beschrijvend document gestelde eisen middels het invullen, rechtsgeldig ondertekenen en bij zijn inschrijving indienen van bijlage 7 'Verklaring omtrent inschrijving'.

(...)

### **7.1 Beoordelingsprocedure**

(...)

Na sluiting van de inschrijvingstermijn wordt van iedere inschrijver beoordeeld of een van de uitsluitingsgronden van toepassing is en vervolgens of de inschrijver voldoet aan de geschiktheidseisen. Als de inschrijver voor de opdracht waarop de aanbesteding betrekking heeft, niet geschikt wordt bevonden, komt hij niet voor gunning in aanmerking en wordt zijn inschrijving niet verder beoordeeld.

De geschikt bevonden inschrijvingen worden inhoudelijk beoordeeld. Eerst wordt het voldoen aan de eisen gecontroleerd. Inschrijvingen, die niet aan de eisen voldoen, worden niet verder in behandeling genomen. Daarna worden de overgebleven inschrijvingen die aan de eisen voldoen geëvalueerd aan de hand van de subgunningscriteria zoals in paragraaf 7.3 vermeld.

Gunning vindt plaats aan één (1) inschrijver die voldoet aan de in dit beschrijvend document gestelde eisen én de economisch meest voordelige inschrijving heeft gedaan op basis van de beste prijs-kwaliteitverhouding.

(...)

### **7.2 Voldoen aan de gestelde eisen**

Nadrukkelijk wordt gesteld dat aan de in dit beschrijvend document gestelde eisen aan de diensten volledig moet worden voldaan. Het niet voldoen aan een eis betekent dat de inschrijver op basis van deze inschrijving niet in aanmerking komt voor gunning. De eisen zijn opgenomen in bijlage 5.

(...)'

3.4. In het Programma van Eisen (bijlage 5) staat onder meer:

'(...)

### **1. Eisen smartphones**

<b>Nr</b>	<b>Omschrijving</b>
-----------	---------------------

(...)

E1.8	Het toestel maakt gebruik van een besturingssysteem dat één versie heeft die voor alle typen ondersteunde toestellen geschikt is. Alle nieuwe major OS releases (IOS, Android) zijn gedurende de looptijd van 5 jaar voor het device beschikbaar.
------	---

(...)

(...)'

3.5. In de Nota van Inlichtingen van 26 juni 2023 is slechts één vraag met antwoord opgenomen. Deze vraag, door ondernemer gesteld op 21 juni 2023, betreft het prijzenblad en heeft geen inhoudelijke relatie met de klacht van ondernemer. Op 27 juni 2023, dus na het uitbrengen van de Nota van Inlichtingen, heeft ondernemer nog additionele vragen gesteld, maar omdat deze na de sluitingstermijn voor het stellen van vragen zijn ingediend, heeft aanbesteder deze niet beantwoord.

*Verdere verloop van de feiten*

3.6. De uiterste datum voor het indienen van inschrijvingen was 17 juli 2023. Ondernemer heeft via TenderNed tijdig een inschrijving ingediend.

3.7. Aanbesteder heeft in een brief van 10 augustus 2023 aan ondernemer meegedeeld dat zijn inschrijving terzijde is gelegd en dat deze niet voor verdere beoordeling in aanmerking komt. In de brief staat onder meer:

'(...)

- Vervolgens heeft de aanbestedende dienst uw inschrijving gecontroleerd op het voldoen aan de gestelde eisen in het Programma van Eisen en de overige aanbestedingsdocumenten. Daarbij is gebleken dat uw inschrijving niet voldoet aan de gestelde eisen.

### **Toelichting**

Uw inschrijving voldoet niet aan de volgende eis:

- Eis E1.8 'Het toestel maakt gebruik van een besturingssysteem dat één versie heeft die voor alle typen ondersteunde toestellen geschikt is. Alle nieuwe major OS releases (IOS, Android) zijn gedurende de looptijd van 5 jaar voor het device beschikbaar'. De software updates voor ANDRIOD toestellen apparaat worden specifiek geconfigureerd door de fabrikant van het device. Er wordt niet gebruik gemaakt van één versie die voor alle typen ondersteunde toestellen geschikt is. [Fabrikant aangeboden smartphone] biedt maximaal vier jaar softwaresupport en één jaar security updates aan voor de door u aangeboden toestellen [...], waarvan

op dit moment nog slechts software-updates aangeboden worden tot en met maart 2027, zie link: [https://www.\[...\]](https://www.[...]). Het feit dat security- en firmware-updates wel voor 5 jaar gegarandeerd zijn (zoals te lezen in uw offerte K1 paragraaf 1.2.2.) doet daaraan niets af: de vereiste beschikbaarheid van software-updates gedurende vijf jaar gaat veel verder dan een security- en/of firmware update.

(...)'

- 3.8. Ondernemer heeft op 15 augustus 2023 bij aanbesteder bezwaar gemaakt tegen de terzijdelegging.
- 3.9. Aanbesteder heeft bij brief van 23 augustus 2023 inhoudelijk gereageerd op het bezwaar van ondernemer. Uit die brief blijkt dat aanbesteder geen aanleiding ziet om de terzijdelegging van de inschrijving van ondernemer ongedaan te maken. Dit houdt in dat de inschrijving van ondernemer niet inhoudelijk wordt beoordeeld en dat aanbesteder haar voorlopige gunning van de opdracht aan ondernemer X handhaaft.
- 3.10. Ondernemer heeft op 23 augustus 2023 een klacht bij de Commissie ingediend. De Commissie onderscheidt in hoofdlijn drie klachtonderdelen.
- 3.11. Aanbesteder heeft op 31 augustus 2023 op de door ondernemer bij de Commissie ingediende klacht gereageerd.

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

##### Klachtonderdeel 1

- 4.1. Dit klachtonderdeel richt zich op eis E1.8 van het Programma van Eisen en op de vraag of E1.8 een eis betreft waaraan bij inschrijving dient te zijn voldaan of dat deze eis een uitvoeringseis is, waaraan bij de uitvoering van de opdracht moet worden voldaan.

##### *Ondernemer*

- 4.1.1. Ondernemer stelt dat eis E1.8 een uitvoeringseis betreft. Omdat eis E1.8 een uitvoeringseis is, had aanbesteder de inschrijving van ondernemer niet als ongeldig terzijde mogen leggen, aldus ondernemer.
- 4.1.2. Ondernemer onderbouwt dit klachtonderdeel als volgt.
- 4.1.3. Ondernemer heeft door het indienen van zijn aanbieding verklaard te voldoen aan alle gestelde eisen. In beginsel moet aanbesteder uitgaan van de juistheid van de inschrijving. Een uitzondering hierop is als op voorhand evident is dat een inschrijver niet aan een uitvoeringseis kan voldoen. Ondernemer verwijst hierbij naar een uitspraak van de voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag, 11 maart 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:2792.
- 4.1.4. Ondernemer verwijt aanbesteder dat hij in de brief van 10 augustus 2023 het woord 'tenminste' heeft weggelaten. In de brief staat slechts dat het door ondernemer aangeboden toestel ondersteuning heeft 'tot maart 2027'. Aanbesteder gaat volgens ondernemer aan de mogelijkheid voorbij dat deze termijn ook nog kan worden verlengd en dat daarmee dus wel zou kunnen worden voldaan aan eis E1.8. Daarmee is volgens ondernemer aangetoond dat op voorhand niet evident is dat hij niet aan de eis E1.8 zal voldoen.

#### *Aanbesteder*

- 4.2. Aanbesteder reageert voor zover relevant met betrekking tot dit klachtonderdeel als volgt.
  - 4.2.1. Aanbesteder stelt dat eis E1.8 geen uitvoeringseis betreft, maar een eis waaraan bij inschrijving dient te zijn voldaan.
  - 4.2.2. Aanbesteder onderbouwt dit als volgt.
  - 4.2.3. Eis E1.8 staat tussen de eisen van het Programma van Eisen waaraan het aangeboden toestel moet voldoen. Het Programma van Eisen bestaat uit eisen met een knock-out karakter. Het niet (kunnen) voldoen aan één of meer van deze eisen leidt automatisch tot uitsluiting van de aanbestedingsprocedure. Aanbesteder verwijst hierbij naar paragraaf 6 van het Beschrijvend Document. Ondernemer had als behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver redelijkerwijze moeten begrijpen dat eis E1.8 zo moet worden uitgelegd dat inschrijvers moeten inschrijven 'met een smartphone die gedurende de looptijd van de overeenkomst, welke in totaal vijf jaar bedraagt, wordt voorzien van alle OS releases'. Dat betekent dat voor ondernemer duidelijk moet zijn dat wanneer hij inschrijft met een smartphone die niet voldoet aan eis E1.8 aanbesteder op grond van de aanbestedingsstukken gehouden is de inschrijving terzijde te leggen, aldus aanbesteder.

#### Klachtonderdeel 2

- 4.3. Dit klachtonderdeel richt zich op het feit dat aanbesteder bij de terzijdelegging van de inschrijving van ondernemer is afgegaan op de website van de fabrikant van het aangeboden toestel zonder verificatievragen te stellen aan ondernemer.

#### *Ondernemer*

- 4.3.1. Ondernemer stelt dat de terzijdelegging op basis van niet-geverifieerde informatie van de website van de fabrikant van het aangeboden toestel onrechtmatig is.
- 4.3.2. Ondernemer onderbouwt dit klachtonderdeel als volgt.
- 4.3.3. Ondernemer verwijt aanbesteder dat hij op basis van eigen onderzoek door middel van het raadplegen van de website van de fabrikant van de aangeboden smartphone heeft geconcludeerd dat de inschrijving van ondernemer niet voldoet aan eis E1.8. Ondernemer meent dat aanbesteder de gevonden informatie op de website had moeten toetsen door bij ondernemer om een toelichting te vragen.
- 4.3.4. Indien aanbesteder bij ondernemer een toelichting had gevraagd, had ondernemer kunnen aangeven dat de informatie van de website niet klopt. Ondernemer stelt te beschikken over aanvullende informatie die aantoont dat de ondersteuning voor het door hem aangeboden toestel wordt gegarandeerd tot april 2028.

#### *Aanbesteder*

- 4.4. Aanbesteder reageert voor zover relevant op dit klachtonderdeel als volgt.
  - 4.4.1. Aanbesteder is het niet eens met de stelling van ondernemer dat aanbesteder niet had mogen afgaan op informatie op de website van fabrikant van de aangeboden smartphone zonder deze te verifiëren bij ondernemer.
  - 4.4.2. Aanbesteder onderbouwt dit als volgt.

- 4.4.3. Aanbesteder acht de informatie die de fabrikant via haar Nederlandse website beschikbaar stelt betrouwbaar en ziet niet in waarom hij gehouden is deze informatie te verifiëren bij ondernemer.
- 4.4.4. Bovendien had – als aanbesteder aan ondernemer wel een toelichting had gevraagd – de aanvullende informatie waarover ondernemer stelt te beschikken hem niet kunnen baten. De aanvullende informatie zou ingehouden hebben dat major updates tot tenminste april 2028 beschikbaar zouden zijn, terwijl de looptijd van de overeenkomst eindigt ná april 2028, aldus aanbesteder.

### Klachtonderdeel 3

- 4.5. Dit klachtonderdeel richt zich op de vraag of het vereiste in eis E1.8 dat alle nieuwe major OS releases gedurende de looptijd van 5 jaar voor het device beschikbaar zijn, haalbaar is.

#### *Ondernemer*

- 4.5.1. Ondernemer stelt kort gezegd dat als aanbesteder zijn uitleg van eis E1.8 consequent toepast, geen enkele inschrijving kan voldoen aan de eis. Op grond van het gelijkheidsbeginsel zouden alle inschrijvingen dan ongeldig zijn, aldus ondernemer.
- 4.5.2. Ondernemer onderbouwt dit klachtonderdeel als volgt.
- 4.5.3. Ondernemer stelt dat de fabrikant van de door hem aangeboden smartphone garanties geeft op major OS releases tot ver in de toekomst, terwijl de fabrikant van het andere merk smartphone in het geheel geen software garanties biedt, maar slechts verwachtingen.

#### *Aanbesteder*

- 4.6. Aanbesteder reageert voor zover relevant op dit klachtonderdeel als volgt.
- 4.6.1. Aanbesteder stelt kort gezegd dat ondernemer zijn bezwaar tegen eis E1.8 te laat bij aanbesteder kenbaar heeft gemaakt en dat hij niet meer mag klagen over de eis.
- 4.6.2. Aanbesteder onderbouwt dit als volgt.
- 4.6.3. Volgens vaste jurisprudentie mag van een gegadigde een proactieve houding worden verwacht. Dit betekent dat bezwaren zo spoedig mogelijk aan aanbesteder kenbaar worden gemaakt. Indien een gegadigde dit nalaat, kan hij zich op een later moment niet meer beroepen op gebreken. Hiermee wordt voorkomen dat een aanbestedingsprocedure onnodig wordt vertraagd.
- 4.6.4. Op grond van hetgeen in paragraaf 6 van het Beschrijvend document is opgenomen in samenhang met eis E1.8 had ondernemer als behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver redelijkerwijze moeten begrijpen dat hij zijn bezwaar tegen de eis tijdig bij aanbesteder kenbaar had moeten maken. Ondernemer heeft geen vragen gesteld en bezwaren geuit over eis E.1.8. Ook de andere gegadigden hebben dit niet gedaan.
- 4.6.5. Door vervolgens in te schrijven heeft ondernemer ingestemd met eis E1.8. Ondernemer kan nu niet meer klagen over de eis, aldus aanbesteder.

## **5. Onderbouwing van het advies**

- 5.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder op 1 juni 2023 een Europese openbare procedure heeft aangekondigd. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en 2 van de Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit (3<sup>e</sup> herziene versie die op 1 januari 2022 in werking is getreden).
- 5.2. Hieronder behandelt de Commissie de klachtonderdelen, waarbij het toetsingskader is verweven in de behandeling.

#### Klachtonderdeel 1

- 5.3. De vraag die in dit klachtonderdeel voorligt is of aanbesteder de inschrijving van ondernemer terecht terzijde heeft gelegd. Om deze vraag te beantwoorden moet worden nagegaan of eis E1.8 een eis betreft waaraan bij inschrijving dient te zijn voldaan of dat deze eis een uitvoeringseis is, waaraan tijdens de uitvoering van de opdracht moet worden voldaan.

#### **Beoordeling door de Commissie**

- 5.4. Ondernemer stelt dat eis E1.8 een uitvoeringseis betreft, waaraan bij de uitvoering van de opdracht moet worden voldaan. Aanbesteder had de inschrijving van ondernemer dan ook niet (zonder meer) als ongeldig terzijde mogen leggen. Aanbesteder stelt dat eis E1.8 een eis betreft waaraan bij inschrijving dient te zijn voldaan en dat de inschrijving van ondernemer op grond van de aanbestedingsstukken terzijde moest worden gelegd.
- 5.5. Het antwoord op de vraag of aanbesteder de inschrijving van ondernemer terzijde had moeten leggen is gelegen in de aanbestedingsstukken. De Commissie neemt hierbij als uitgangspunt dat voor de uitleg van de aanbestedingsstukken de beoordelingen van de bepalingen, gelezen in het licht van de gehele tekst van die stukken, in beginsel van doorslaggevende betekenis zijn. Daarbij komt het aan op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de beoordelingen waarin de stukken zijn gesteld (vgl. Advies 495, ov. 5.10.1 e.v.).
- 5.6. De Commissie overweegt dat eis E1.8 onderdeel uitmaakt van het Programma van Eisen. Op grond van par. 6 van het Beschrijvend document is het Programma van Eisen 'een pakket van eisen met een knock-out karakter; het niet voldoen of kunnen voldoen aan één of meer van deze eisen leidt automatisch tot uitsluiting van de aanbestedingsprocedure (terzijdelegging).' Daarmee kwalificeert eis 1.8 volgens de Commissie als een eis waaraan ondernemers bij inschrijving moeten voldoen.
- 5.7. Eis 1.8 bepaalt onder meer dat alle nieuwe major OS releases (IOS, Android) gedurende de looptijd van 5 jaar voor het device beschikbaar zijn. Aanbesteder stelt dat de beschikbaarheidsduur van de OS releases van het door ondernemer aangeboden toestel niet kan worden gegarandeerd voor de maximale looptijd van de overeenkomst. Deze stelling is door ondernemer niet als zodanig weersproken. Ondernemer stelt dat mogelijk de duur van de OS support kan worden verlengd, zodat op voorhand niet is aangetoond dat hij niet aan de eis E1.8 zal voldoen en dat zijn inschrijving daarom niet mocht worden uitgesloten. De Commissie volgt ondernemer niet in zijn stelling. Dat de duur van de beschikbaarheid van OS releases mogelijk kan worden verlengd, is een omstandigheid waarop ondernemer geen invloed heeft en waarvoor hij volledig afhankelijk is van de fabrikant van het toestel. Dit betekent dat op het moment van inschrijving niet kon worden vastgesteld dat ondernemer kon voldoen aan Eis 1.8. Nu eis E1.8 een eis is met een knock-out karakter is de Commissie het met aanbesteder eens dat op grond van

de aanbestedingsstukken de inschrijving van ondernemer terzijde moest worden gelegd.

- 5.8. De Commissie acht dit klachtonderdeel **ongegrond**.

#### Klachtonderdeel 2

- 5.9. De vraag die in dit klachtonderdeel voorligt is of aanbesteder mocht afgaan op de website van de fabrikant van het aangeboden toestel zonder verificatievragen te stellen aan ondernemer.

#### **Beoordeling door de Commissie**

- 5.10. Ondernemer stelt dat het onrechtmatig is dat aanbesteder op basis van eigen onderzoek, door de website van fabrikant van de aangeboden smartphone te raadplegen, heeft geconcludeerd dat zijn inschrijving niet voldoet aan eis E1.8. Ondernemer meent dat aanbesteder de gevonden informatie op de website had moeten toetsen door bij ondernemer om een toelichting te vragen. Indien aanbesteder dat had gedaan, had ondernemer kunnen aangeven dat de informatie op de website niet klopt.
- 5.11. De Commissie overweegt dat een aanbestedende dienst op grond van artikel 2.113 Aw moet toetsen of alle inschrijvingen voldoen aan de in de aanbestedingsstukken gestelde normen, functionele eisen en eisen aan de prestatie. De Commissie overweegt verder dat informatie in de inschrijving aanleiding kan geven deze extern te verifiëren. Onderdeel van een dergelijke verificatie kan zijn het raadplegen van publiek toegankelijke informatie op de website van de fabrikant van de aangeboden smartphone. De Commissie is van oordeel dat aanbesteder de door hem gevonden informatie over de door ondernemer aangeboden smartphone mocht betrekken in de beoordeling van de inschrijving van ondernemer.
- 5.12. De Commissie is het vervolgens met ondernemer eens dat aanbesteder, alvorens ondernemer uit te sluiten, de op de website van fabrikant van de aangeboden smartphone gevonden informatie had moeten verifiëren bij ondernemer, nu deze afweek van de inschrijving. Een aanbestedende dienst moet immers in beginsel uitgaan van de juistheid van de inschrijving. Indien echter reden is om aan de juistheid te twijfelen, zoals in dit geval, moet de inschrijver in de gelegenheid worden gesteld een toelichting te geven op de inschrijving (zie bijv. voorzieningenrechter Rechtbank Noord-Holland, 2 juni 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:4407, r.o. 4.3 en Advies 713 ov. 5.12). Aanbesteder kon immers niet weten of ondernemer over andere informatie beschikte waarmee hij zijn inschrijving ten aanzien van eis E1.8 wel kon onderbouwen.
- 5.13. De Commissie acht dit klachtonderdeel **gegrond**.
- 5.14. De Commissie overweegt dat, indien ondernemer wel in de gelegenheid was gesteld om zijn inschrijving ten aanzien van eis E1.8 toe te lichten, dit hem niet had kunnen baten. Ondernemer stelt te beschikken over aanvullende informatie die aantoonde dat de ondersteuning voor het door hem aangeboden toestel wordt gegarandeerd tot april 2028. Indien deze informatie klopt, is de Commissie het met aanbesteder eens dat ondernemer nog steeds niet aan eis E1.8 voldoet dat de OS support minimaal 5 jaar moet zijn, nu de maximale looptijd van de overeenkomst eindigt op 31 augustus 2028.

#### Klachtonderdeel 3



De vraag die in dit klachtonderdeel voorligt is of de consequentie van de uitleg van eis E1.8 door aanbesteder is dat geen enkele inschrijving kan voldoen en daarom alle inschrijvingen ongeldig zijn.

### **Beoordeling door de Commissie**

- 5.15. Aanbesteder stelt dat ondernemer ten behoeve van de Nota van Inlichtingen geen vragen heeft gesteld over eis E1.8. Door in te schrijven heeft ondernemer ingestemd met onder meer eis E1.8. Aanbesteder meent dan ook dat ondernemer niet meer mag klagen over de eis.
- 5.16. De Commissie overweegt dat volgens vaste jurisprudentie van deelnemers aan een aanbestedingsprocedure een proactieve houding wordt verwacht. Dit betekent dat deelnemers in beginsel tegen onduidelijkheden of onvolkomenheden in aanbestedingsstukken moeten opkomen in een stadium waarin deze nog ongedaan kunnen worden gemaakt. Hiermee wordt voorkomen dat een aanbestedingsprocedure onnodig wordt vertraagd.
- 5.17. De Commissie overweegt vervolgens dat het feit dat een deelnemer geen vragen heeft gesteld ten behoeve van de Nota van Inlichtingen in beginsel niet in de weg staat aan het indienen van een klacht bij de Commissie. Immers, een vraag kan ook later ontstaan, bijvoorbeeld op het moment dat de inschrijving van een deelnemer ongeldig wordt verklaard, zoals in dit geval. Indien een ondernemer vervolgens een klacht indient bij de Commissie met inachtneming van artikel 9 van het Reglement, kan de Commissie beslissen de klacht in behandeling te nemen.
- 5.18. De Commissie overweegt met betrekking tot dit klachtonderdeel het volgende.
- 5.19. Weliswaar is aanbesteder niet inhoudelijk ingegaan op het klachtonderdeel en heeft dan ook niet bestreden dat geen enkele ondernemer aan eis E1.8 kan voldoen. Ondernemer heeft echter ter onderbouwing van het klachtonderdeel slechts gesteld dat de fabrikant van de door hem aangeboden smartphone garanties geeft op major OS releases tot ver in de toekomst, terwijl de fabrikant van het andere merk smartphone in het geheel geen software garanties biedt. Ondernemer heeft nagelaten zijn stelling met feiten en ondersteunende argumenten te staven. De Commissie is daarom van oordeel dat ondernemer dit klachtonderdeel onvoldoende concreet heeft onderbouwd.
- 5.20. De Commissie acht dit klachtonderdeel **ongegrond**.

## **6. Advies**

De Commissie acht de klachtonderdelen 1 en 3 ongegrond en acht klachtonderdeel 2 gegrond.

De Commissie heeft zich ten behoeve van dit advies laten bijstaan door mr. ir. D.C.G. de Rooij.

Den Haag, 13 juni 2024

Mr. G.R. Werkman-Bouwkamp  
Heeswijck  
Voorzitter

Mr. M.C. Pinto  
Vicevoorzitter

Mr. dr. A.J. van  
Commissielid