

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 367

1. Feiten

1.1. Beklaagde heeft op 13 mei 2016 een aankondiging gepubliceerd van een Europese openbare procedure voor een raamovereenkomst met meerdere ondernemingen voor het organiseren van binnenkomende en uitgaande handelsmissies, het uitvoeren van matchmakingactiviteiten ten behoeve van beklagde en het uitvoeren van logistiek management voor wat betreft beursdeelnames van beklagde.

1.2. In § 3.4 ("Planning") van het Aanbestedingsdocument is het volgende bepaald:

'Met betrekking tot deze aanbesteding geldt het navolgende tijdschema:

13 mei 2016	Verzenden publicatie, start inschrijvingstermijn
Tot en met 6 juni	Sluiting vragenronde: uiterste moment voor het stellen van vragen door inschrijvers over dit aanbestedingsdocument en de raamovereenkomst (inclusief algemene voorwaarden) en voor het doen van tekstvoorstellen door inschrijvers op de concept raamovereenkomst (inclusief algemene voorwaarden)
13 juni	Verzenden nota van inlichtingen
23 juni, 12.00 uur	Uiterste datum en tijdstip van ontvangst van inschrijvingen
(...)	

1.3. In § 3.5 ("Vragen en Inlichtingen") van het Aanbestedingsdocument is het volgende bepaald:

'De aanbestedende dienst heeft tijdens de inschrijvingstermijn één vragenronde voorzien. Uw vragen/opmerkingen naar aanleiding van dit aanbestedingsdocument kunt u tot het moment van sluiting van de vragenronde (zie § 3.3) stellen aan de genoemde contactpersonen dan wel via TenderNed. Alle vragen/opmerkingen die voor de sluiting van de vragenronde tijdig door de aanbestedende dienst zijn ontvangen, zullen inclusief de bijbehorende antwoorden van de aanbestedende dienst geanonimiseerd in de nota van inlichtingen worden opgenomen.

(...)

De aanbestedende dienst zal alle gestelde vragen (mits tijdig ingediend), inclusief de bijbehorende antwoorden, geanonimiseerd opnemen in een nota van inlichtingen, die vervolgens op TenderNed gepubliceerd wordt.

(...)

1.4. In § 3.12 ("Tegenstrijdigheden of bezwaren") van het Aanbestedingsdocument is het volgende bepaald:

'Het indienen van een inschrijving houdt in dat inschrijver onverkort met de bepalingen, voorwaarden en procedure van de aanbesteding, zoals beschreven in het aanbestedingsdocument, instemt. Indien enig door de aanbestedende dienst

aan inschrijver verstrekt document volgens inschrijver tegenstrijdigheden, onjuistheden of onduidelijkheden bevat, dient inschrijver dat direct schriftelijk aan de contactpersoon die staat vermeld in § 3.2 te melden, met opgave van de eventuele consequenties en/of correctievoorstellen.

Als een inschrijver bezwaren heeft tegen (onderdelen van) het aanbestedingsdocument, waaronder (maar niet uitsluitend) het voorwerp van de opdracht, de gunningscriteria en de beoordelingsprocedure, dient hij die bezwaren met opgave van eventuele gevolgen voor hem als inschrijver, op de kortst mogelijke termijn schriftelijk aan de genoemde contactpersoon kenbaar te maken.'

- 1.5. In § 3.13 ("Klachtenregeling") van het Aanbestedingsdocument is het volgende bepaald:

'Vragen, verzoeken, opmerkingen en/of bezwaren met betrekking tot de aanbestedingsdocumenten moeten aan de aanbestedende dienst kenbaar worden gemaakt conform het gestelde in § 3.4 'Vragen en inlichtingen' [*bedoeld zal zijn: § 3.5, Commissie*] dan wel § 3.12 'Tegenstrijdigheden of bezwaren'. Wanneer een ondernemer het oneens blijft met de reactie van de aanbestedende dienst, dan wel een reactie uitblijft, kan hij bij de aanbestedende dienst een klacht indienen. Een ondernemer kan ook gelijk een klacht indienen. In de bijlage 'Klachtenprocedure' is nadere informatie te lezen.'

- 1.6. In de Nota van Inlichtingen van 13 juni 2016 is, voor zover relevant, het volgende bepaald:

- 1.2.1 Vraag 50: 'Welke personen maken deel uit van de beoordelingscommissie, cq. gunningscommissie en hoe is hun taakverdeling?'

Antwoord: 'Aanbestedende dienst neemt aan dat bedoeld wordt op de beoordeling van de inschrijvingen. Die beoordelingscommissie bestaat uit: Materiedeskundigen die de inhoudelijke beoordeling zullen doen. Een inkoper zal het proces hieromtrent begeleiden. Een inkoper zal de tarieven beoordelen.'

- 1.2.2 Vraag 51: 'Zal [Beklaagde] een advies van de commissie van aanbestedingsexperts uitvoeren?'

Antwoord: 'Een advies van de Commissie van Aanbestedings-experts is niet bindend. Aanbestedende kan uiteraard bij voorbaat –zonder het advies te kennen niet aangeven of het advies van de CvA wordt gevolgd.'

- 1.2.3 Vraag 55: 'Er is een reële mogelijkheid dat de ambtelijke top van [X] [*de aanbestedende dienst waar beklagde deel van uitmaakt, Commissie*] binnenkort het besluit neemt tot een integriteitsonderzoek waarbij een groot aantal [Beklaagde] medewerkers betrokken is die direct danwel indirect betrokken zijn bij het opstellen van onderhavige offerte en het beoordelen van de offertes. Er is tevens een reële mogelijkheid dat als gevolg hiervan op korte termijn beoordeeld wordt (door de ambtelijke top) dat aan een level playing field voor alle partijen getwijfeld kan worden in de huidige opzet.

Kunt u hangende deze procedure, de deadline voor inleveren van de offertes die op 23 juni staat met 1 maand uitstellen om op het moment dat zo'n situatie zich zou voordoen een fait a complis met alle mogelijke gevolgen, te voorkomen?

Hierbij verwijzen wij o.a. naar de Gids Proportionaliteit, par. 1.2 waar staat dat Integriteitsrisico's moeten worden tegengegaan.'

Antwoord: 'Nee, de termijnen worden niet verschoven.'

- 1.7. In de Nota van Inlichtingen van 13 juni 2016 is in de tabel "Tekstvoorstellen concept raamovereenkomst en ARVODI-2014" in de rubriek "Art/nr. in ARVODI-2014" onder nr. 2 onder andere de volgende vraag en bijbehorend antwoord opgenomen:

'Vraag / Reden van bezwaar

(...)

Wat ons betreft komt integriteit van 2 kanten. Dit betekent ook dat aan beide kanten dit commitment uitgesproken, cq. uitgeschreven dient te worden.

Voorstel: Opdrachtgever zal elke melding jegens een van haar personeelsleden inzake integriteit in alle transparante onderzoeken en hierover klager deugdelijk informeren. Bij een redelijk vermoeden van onwettig handelen zal zij terstond aangifte doen bij politie, officier van justitie of een andere instantie.

Bij bestuursrechtelijk klachten zal zij deze op transparante wijze behandelen. Deze transparantie houdt ook in dat onder geen beding door de overheid gepoogd zal worden een beroep op een beslissing inzake een bestuursrechtelijke klacht bij de nationale ombudsman te voorkomen. [Beklaagde] zal zich ook hier controleerbaar opstellen en meewerken aan de controle door de nationale ombudsman.

Tevens zullen zowel [Beklaagde] als opdrachtnemer volledig meewerken aan het aanbrengen van procedures bij de commissie van aanbestedingsexperts en zal zij volledige meewerken aan onderzoeken door deze commissie.'

Antwoord: 'Het voorstel wordt niet overgenomen. Als hierover klachten komen zullen die volgens de gebruikelijke klachtenprocedures worden behandeld.

(...)'

- 1.8. Klager heeft op 10 juli 2016 een schriftelijke klacht ingediend bij beklagde. Daarin schrijft zij onder andere het volgende:

'Wij dienen een klacht in die concreet luidt:

Er in onvoldoende mate gewaarborgd is dat de onderhavige tender (...) volgens integere, transparante en onpartijdige processen uitgevoerd, direct danwel indirect, uitgevoerd, cq. begeleid door mensen wiens integriteit niet ter discussie staat. O.a. [Klager], [Y], [Z] en partners waaraan zij verbonden zouden zijn, maar ook andere partijen, konden in onvoldoende mate vertrouwen op een eerlijk proces zouden zij een inschrijving gedaan hebben (hetgeen zij onder de omstandigheden beschreven in dit document niet konden doen vertrouwende op een eerlijk proces).'

2. Beschrijving klacht

Klager heeft in het recente verleden vele bewijzen en sterke aanwijzingen van fraude en overtredingen, die zich binnen de organisatie van beklagde zouden hebben voorgedaan in het kader van een eerder inkoop- en aanbestedingsproces, aan beklagde overgelegd. Beklaagde heeft deze bewijzen en aanwijzingen volgens klager stelselmatig genegeerd. Klager heeft om die reden niet ingeschreven op de onderhavige aanbesteding. Klager verwacht namelijk dat – als zij dat wel zou hebben gedaan – beklagde bij de uitvoering van de aanbestedingsprocedure in strijd met de beginselen van aanbestedingsrecht in het nadeel van klager zal handelen.

3. Onderbouwing klacht

- 3.1. Sinds 2013 heeft klager een groot aantal misstanden en overtredingen ter attentie van beklaagde gebracht. Beklaagde heeft hier niet alleen niets mee gedaan, zij heeft deze misstanden en overtredingen actief in de doofpot willen stoppen. Op uitvoerend, management en controlerend niveau is hier volgens klager actief aan meegewerkt.
- 3.2. Deze daden hadden betrekking op de voorloper van de onderhavige aanbestedingsprocedure. De personen die betreffende malversaties gepleegd hebben, zijn betrokken bij die procedure zonder dat op enigerlei wijze hun handelen is onderzocht. Er is daardoor niet het minimale gedaan om een eerlijk, transparant en onpartijdig proces te bewerkstelligen.

4. Reactie beklaagde

- 4.1. Beklaagde stelt zich allereerst op het standpunt dat de Commissie de klacht niet in behandeling kan nemen en voert hiertoe drie gronden aan.
 - 4.1.1. Beklaagde stelt ten eerste dat de termijn voor de ontvangst van de inschrijvingen op de aanbesteding reeds is verstreken. Daarnaast heeft klager niet op deze aanbesteding ingeschreven, ook niet als onderaannemer. Volgens beklaagde heeft klager dan ook geen belang bij de aanbesteding. Beklaagde verwijst in dit verband naar de uitspraak Rb. Limburg (vzr.) 13 juni 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:4992.
 - 4.1.2. Ten tweede doet beklaagde een beroep op de jurisprudentie die is gebaseerd op het Grossmann-arrest (HvJ EG 12 februari 2004, zaak C-230/02). In het verlengde daarvan wijst beklaagde er op dat zij de uit die jurisprudentie blijkende verplichting voor (potentiële) inschrijvers om voldoende voortvarend en proactief eventuele bezwaren ten aanzien van de aanbestedingsprocedure tijdig kenbaar te maken heeft geconcretiseerd in § 3.12 en § 3.13 van het Aanbestedingsdocument (zie 1.2 en 1.3 hiervoor). Beklaagde stelt dat klager de hiervoor bedoelde verplichting niet heeft nageleefd. Klager heeft vragen gesteld in de Nota van Inlichtingen-ronde maar heeft vervolgens pas 17 dagen na de uiterste sluitingsdatum voor het indienen van de inschrijvingen een klacht bij de aanbestedende dienst ingediend. Hieruit blijkt volgens beklaagde dat klager niet voortvarend heeft opgetreden en dat beklaagde niet in de gelegenheid is gesteld eventuele gebreken in de aanbestedingsstukken te verhelpen.
 - 4.1.3. Ten derde stelt beklaagde dat de onderbouwing van de klacht is gebaseerd op aanbestedingen uit het verleden en niet op (aspecten uit) de aanbesteding die voorligt. Volgens beklaagde vraagt klager de Commissie hiermee een oordeel te vellen over aanbestedingen/offertetrajecten uit het verleden en kan de klacht daarom niet in behandeling worden genomen. Hierbij merkt beklaagde nog op dat de vorige aanbesteding en de offertetrajecten waarop klager doelt, niet hebben plaatsgevonden onder de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012.
- 4.2. Beklaagde heeft in de tweede plaats een inhoudelijke reactie op de klacht gegeven, die samengevat het volgende inhoudt.
 - 4.2.1. Ten aanzien van de aanbestedingen/offertetrajecten uit het verleden merkt beklaagde op dat klager in 2012 één van de winnaars van een aanbesteding van Z is geweest en dat Z met klager een raamovereenkomst heeft gesloten. Deze raamovereenkomst is in 2015 overgegaan naar beklaagde. Beklaagde geeft aan dat er in de ogen van klager in de offertetrajecten die onder de raamovereen-

komst vielen veel zaken niet goed zouden zijn gegaan. Hierover is tussen klager en beklaagde veel communicatie geweest. Uiteindelijk heeft dit geleid tot een vaststellingsovereenkomst – tegen finale kwijting – tussen klager en beklaagde inzake alle nadere opdrachten die tot dat moment onder de raamovereenkomst waren gesloten. Beklaagde stelt dat – nu de vaststellingsovereenkomst is aangegaan – tegen finale kwijting, klager niet opnieuw kan klagen over de offertetrajecten/opdrachten.

- 4.2.2. Daarnaast stelt beklaagde dat zij de klachten, voor zover deze vallen onder de werkingssfeer van Hoofdstuk 9 Awb, heeft behandeld.
- 4.2.3. Het Wob-verzoek van klager van 1 maart 2016 is afgewezen omdat dit volgens beklaagde niet verenigbaar is met het doel en de strekking van de Wob.
- 4.2.4. Tenslotte is beklaagde van mening dat klager zich baseert op giswerk, nu zij haar klacht niet heeft onderbouwd aan de hand van de aanbestedingsstukken van de onderhavige aanbesteding. Beklaagde kan zich niet verweren tegen giswerk maar merkt hierbij op dat de aanbesteding is opgesteld met inachtneming van de Aanbestedingswet 2012.

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt voorop dat beklaagde op 13 mei 2016 een aankondiging heeft gepubliceerd van een Europese openbare procedure voor een raamovereenkomst met meerdere ondernemingen voor het organiseren van binnenkomende en uitgaande handelsmissies, het uitvoeren van matchmakingactiviteiten ten behoeve van beklaagde en het uitvoeren van logistiek management voor wat betreft beursdeelnames van beklaagde. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Delen 1 en 2 van de ten tijde van de aankondiging geldende Aw 2012.
- 5.2. De Commissie zal zich allereerst uitlaten over de vraag of zij de onderhavige klacht in behandeling kan nemen. Zij overweegt in dat verband het volgende.
 - 5.2.1. Art. 1 sub c van het Reglement van de Commissie definieert het begrip “klacht” als volgt:

‘Een uiting van ongenoegen van een partij over het handelen of het nalaten van een andere partij voor zover dat handelen of nalaten binnen de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012 valt.’
 - 5.2.2. De Commissie stelt vast dat de klacht betrekking heeft op het door klager verwachte handelen of nalaten van (medewerkers van) beklaagde in het kader van de onderhavige aanbestedingsprocedure, in het geval zij op de raamovereenkomst zou hebben ingeschreven. Klager verwacht namelijk – zo begrijpt de Commissie de klacht althans – dat beklaagde in dat geval haar inschrijving niet in beschouwing zou hebben genomen met inachtneming van de bepalingen van de Aanbestedingswet 2012, waaronder de beginselen van aanbestedingsrecht.
 - 5.2.3. Dat klager haar hiervoor bedoelde verwachting baseert op ervaringen die zij in het verleden heeft opgedaan met inkoop- en aanbestedingstrajecten van beklaagde die niet onder de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012 hebben plaatsgevonden, betekent naar het oordeel van de Commissie – anders dan beklaagde stelt (zie 4.1.3 hiervoor) – niet dat de klacht geen betrekking heeft op handelen of nalaten van beklaagde binnen de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012. Klager vraagt immers geen oordeel over inkoop- en aanbestedingswet 2012.

dingstrajecten van beklagde uit het verleden: zij vraagt om een oordeel over gedragingen van (medewerkers van) beklagde waarvan zij verwachtte dat die in de onderhavige aanbestedingsprocedure zouden plaatsvinden, gegeven de ervaringen die zij in het verleden heeft opgedaan.

- 5.2.4. Voor zover beklagde zich op het standpunt stelt dat de Commissie de klacht niet in behandeling kan nemen, omdat klager niet op de onderhavige raamovereenkomst heeft ingeschreven (zie 4.1.1 hiervoor), kan de Commissie haar daarin niet volgen. Nog afgezien van het feit dat een dergelijke beperking niet blijkt uit het Reglement van de Commissie, gaat de Commissie er ook overigens voorschans van uit dat klager het doen van een inschrijving nu juist achterwege heeft gelaten omdat zij verwachtte dat beklagde die inschrijving niet met inachtneming van de bepalingen van de Aanbestedingswet 2012 in beschouwing zou nemen. Beklagde kan naar het oordeel van de Commissie in een dergelijk geval niet van klager verwachten dat zij – op straffe van verval van haar klachtrecht bij de Commissie – eerst pro forma een inschrijving moet indienen.
- 5.2.5. Voor zover beklagde zich op het standpunt stelt dat de Commissie de klacht niet in behandeling kan nemen, omdat klager een onvoldoende proactieve houding zou hebben aangenomen (zie 4.1.2 hiervoor), kan de Commissie beklagde daarin evenmin volgen. Een dergelijke beperking blijkt immers niet uit het Reglement van de Commissie. Eventueel kan de Commissie in het kader van de behandeling van de klacht tot het oordeel komen dat een klager een onvoldoende proactieve houding heeft aangenomen, in welk geval de Commissie de klacht om die reden ongegrond zal verklaren. Maar de Commissie doet dat niet – zoals hierna ook nog zal blijken – zonder de materiële klacht in behandeling te nemen.
- 5.2.6. Het voorgaande betekent dat de Commissie de klacht in behandeling kan nemen.
- 5.3. Daarmee komt de Commissie toe aan een inhoudelijke beoordeling van de stelling van beklagde dat klager een onvoldoende proactieve houding heeft aangenomen. Zij overweegt in dat verband het volgende.
 - 5.3.1. Volgens bestaande jurisprudentie mag van een (potentiële) gegadigde of inschrijver een proactieve houding worden verwacht. Dit houdt in dat een inschrijver – mogelijke – inbreuken op het op de aanbestedingsprocedure van toepassing zijnde recht bij de aanbestedende dienst dient te signaleren zodra hij die redelijkerwijze behoorde op te merken. De ratio daarvan is dat de aanbestedende dienst daarmee mogelijk in staat wordt gesteld (de gevolgen van) die inbreuk ongedaan te maken in een stadium waarin de nadelige gevolgen daarvan voor alle betrokken partijen zoveel mogelijk beperkt kunnen blijven.
 - 5.3.2. Beklagde heeft de hiervoor bedoelde verplichting nader uitgewerkt § 3.12 en § 3.13 van het Aanbestedingsdocument (zie 1.4 en 1.5 hiervoor). In § 3.12 is onder andere bepaald:

‘Als een inschrijver bezwaren heeft tegen (onderdelen van) het aanbestedingsdocument, waaronder (maar niet uitsluitend) (...) de beoordelingsprocedure, dient hij die bezwaren met opgaaf van eventuele gevolgen voor hem als inschrijver, op de kortst mogelijke termijn schriftelijk aan de genoemde contactpersoon kenbaar te maken.’
 - 5.3.3. Tussen partijen staat niet ter discussie (zie 4.1.2) dat klager in ieder geval vóór 13 juni 2016, de datum waarop de Nota van Inlichtingen conform planning is gepubliceerd (zie 1.2 hiervoor), vragen aan beklagde heeft gesteld in het kader van de enige door beklagde voorziene vragenronde (zie § 3.5 van het Aanbestedingsdocument, waarover 1.3 hiervoor). De Commissie neemt voorschans aan

dat klager de steller is van de in de Nota van Inlichtingen gepubliceerde vraag 55 (zie 1.2.3 hiervoor) – waarin wordt gerefereerd aan vermeende integriteitsproblemen binnen de organisatie van beklaagde – en dat beklaagde ten tijde van de vragenronde wist dat klager de steller van deze vraag was. In dat licht bezien zal beklaagde naar het oordeel van de Commissie ten tijde van de vragenronde ook moeten hebben begrepen – gegeven de eerdere en uitvoerige contacten die reeds tussen klager en beklaagde bestonden – dat klager met haar verwijzing naar die integriteitsproblemen doelde op de ervaringen die zij in het verleden heeft opgedaan met inkoop- en aanbestedingstrajecten van beklaagde.

- 5.3.4. Gegeven de hiervoor bedoelde context, behoefde beklaagde ten tijde van de vragenronde echter niet te begrijpen dat de door klager gepercipieerde integriteitsproblemen de basis vormden voor haar verwachting dat beklaagde bij de uitvoering van de onderhavige aanbestedingsprocedure in strijd met de beginselen van aanbestedingsrecht in het nadeel van klager zou gaan handelen, gesteld dat klager in die procedure een inschrijving zou indienen.
- 5.3.5. Nu die verwachting van klager de kern van haar klacht vormt, is de Commissie van oordeel dat zij haar bezwaren niet tijdig aan beklaagde kenbaar heeft gemaakt. Door die bezwaren pas ruim na de sluitingsdatum van de inschrijvings termijn aan beklaagde kenbaar te maken, heeft klager haar in 5.3.1 en 5.3.2 bedoelde verplichting niet nageleefd. Met beklaagde is de Commissie van oordeel dat klager haar bezwaren daarmee op een te laat tijdstip naar voren heeft gebracht. De Commissie ziet ook niet in waarom klager die bezwaren niet eerder naar voren had kunnen brengen.
- 5.3.6. Deze handelwijze van klager staat er aan in de weg dat zij in dit stadium nog een beroep kan doen op strijd met de bepalingen van de Aanbestedingswet 2012.
- 5.3.7. De klacht is derhalve ongegrond.
- 5.4. De Commissie gaat hierna ten overvloede nog inhoudelijk op de klacht in.
 - 5.4.1. De Commissie stelt voorop dat beklaagde op grond van art. 1.8 Aw 2012 verplicht is om ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze te behandelen.
 - 5.4.2. Het voorgaande betekent dat, ongeacht wat er in het verleden tussen partijen is voorgevallen, beklaagde een eventuele inschrijving van klager geheel onbevangen dient te beoordelen en klager een even grote kans op gunning van de opdracht dient te geven als elke andere inschrijver.
 - 5.4.3. De Commissie is van oordeel dat klager onvoldoende concreet heeft onderbouwd waarom het in de lijn der verwachtingen ligt dat (medewerkers van) beklaagde – gesteld dat klager in de onderhavige aanbestedingsprocedure een inschrijving zou hebben ingediend – bij de uitvoering van die procedure in strijd met de beginselen van aanbestedingsrecht in het nadeel van klager zou handelen. Een verwijzing naar eerdere ervaringen die klager heeft opgedaan met inkoop- en aanbestedingstrajecten van beklaagde – hoe negatief die ervaringen vanuit het perspectief van klager ook mogen zijn geweest – is daartoe onvoldoende. Klager zal er in beginsel van moeten uitgaan dat beklaagde, ondanks die ervaringen, in een nieuwe aanbestedingsprocedure een professionele houding zal aannemen en daarbij de beginselen en regels van de Aanbestedingswet 2012 in acht zal nemen. Wanneer beklaagde dat onverhoopt niet zou doen, staat het klager vervolgens vrij daar tegen op te komen in een klachtprocedure bij de Commissie of in een procedure bij de gewone rechter.
 - 5.4.4. Het voorgaande betekent dat de klacht ongegrond is.

6. Advies

De Commissie acht de klacht **ongegrond**.

7. Aanbeveling

De Commissie ziet geen kans tot het doen van een aanbeveling

Den Haag, 21 september 2016

w.g.:

Mr. J.G.J. Janssen
Voorzitter

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

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid