

Advies 588 | Samenvatting

De klacht ziet op een Europese openbare aanbestedingsprocedure voor raamovereenkomsten voor de levering van standaardprogrammatuur en daaraan gerelateerde dienstverlening ten behoeve van een onderdeel van de Staat. Geklaagd wordt over een eis die neerkomt op een verbod tot opschorting en een onvoorwaardelijke plicht tot nakoming van de overeenkomst in geval van betaalachterstanden. Ondernemer acht die eis disproportioneel.

Tussen partijen is niet in geschil dat zich in het verleden aanzienlijke betaalachterstanden hebben voorgedaan. Onder normale omstandigheden heeft een opdrachtnemer opschortingsrechten wanneer de opdrachtgever niet tijdig betaalt, welke rechten doorgaans uitgeoefend worden om de opdrachtgever tot betaling aan te sporen. Betaalt de opdrachtgever ondanks de opschorting nog steeds niet, dan kan de opdrachtnemer proberen zijn vordering te incasseren door middel van beslag en executie. Maar dit rechtsmiddel kan niet op eenvoudige wijze tegen de Staat worden aangewend, althans niet voor zover het goederen betreft met een publieke bestemming.

Onder die omstandigheden is uitoefening van een opschortingsrecht het enige juridische middel om de Staat tot spoedige betaling aan te sporen. De Commissie is echter met aanbesteder van mening dat het belang van de nationale veiligheid en de veiligheid van het betrokken personeel zo zwaar wegen, dat ondernemer een eventueel traag betalingsgedrag zal moeten gedogen. Ook kan de Commissie begrijpen dat aanbesteder de voorstellen van ondernemer om onder bepaalde voorwaarden opschorting toe te staan, heeft afgewezen. Daarbij overweegt de Commissie dat de wettelijke rente (meestal rond de 8 procent) doorgaans een behoorlijke financiële compensatie voor te late betaling vormt.

De Commissie verklaart de klacht ongegrond.

Ten overvloede geeft de Commissie aanbesteder in overweging ondernemer tegemoet te komen door te bepalen dat wanneer de wettelijke rente onvoldoende compensatie biedt in gevallen waarin betalingsachterstanden 'de spuigaten uitlopen', de opdrachtgever bereid is tot het betalen van een aanvullende schadevergoeding. De Commissie wijst er daarbij op dat bijvoorbeeld alleen in uitzonderlijke gevallen uitstel van btw-aangifte en -betaling wordt verleend, ook al zijn verzonden facturen niet tijdig betaald, en dat de wettelijke verhoging van achterstallig loon maximaal 50% kan bedragen.

Aanbeveling

De Commissie beveelt aanbesteder aan om in de overeenkomst een bepaling op te nemen waarin de opdrachtgever verklaart bereid te zijn om in geval van grote betalingsachterstanden aanvullende schadevergoeding te betalen wanneer de wettelijke rente daarvoor onvoldoende compensatie biedt.

Advies 588

1. Feiten

- 1.1. Aanbesteder heeft op 3 februari 2020 een Europese openbare aanbestedingsprocedure aangekondigd voor het sluiten van raamovereenkomsten met één of meer ondernemers voor de levering van standaardprogrammatuur en daaraan gerelateerde dienstverlening ten behoeve van een onderdeel van de Staat.
- 1.2. In versie 1.1 van het Beschrijvend Document van 24 februari 2020 is, onder meer, het volgende bepaald:

1.3 Aanbestedende dienst

[Aanbesteder] is de Aanbestedende dienst en tevens Opdrachtgever. [Aanbesteder] voert namens de Opdrachtgever deze Europese aanbesteding uit ten behoeve van B. De Europese aanbesteding wordt door een vertegenwoordiger van het team Europees aanbesteden gecoördineerd.

(...)

1.5 Achtergrond van de aanbesteding

De Deelnemer heeft behoefte aan een rechtmatig en efficiënt contractueel kader voor het economisch voordelig kunnen aanschaffen van (uitbreidingen op) bestaande en nieuwe Standaardprogrammatuur en Dienstverlening op deze Standaardprogrammatuur. Tevens is het van belang de werkzaamheden en administratie inzake Standaardprogrammatuur en Dienstverlening te optimaliseren, door onder andere een uniform inkoop- en bestelproces en een adequate en controleerbare licentieadministratie, inclusief de gesloten onderhoud- en supportovereenkomsten. Dit alles om efficiency te kunnen bereiken in de bedrijfsvoering van de Deelnemer, voor zover dit de aanschaf van Standaardprogrammatuur en daarmee logischerwijs samenhangende werkzaamheden (zoals genoemd onder de scope van de aanbesteding) betreft.

Het palet aan Standaardprogrammatuur bij de Deelnemer bestaat uit diverse soorten Standaardprogrammatuur en licentievormen. Een inventarisatie maakt duidelijk dat bij een aantal Vendors (Microsoft, Oracle, Citrix) pakketten Standaardprogrammatuur worden aangeschaft met een significante opdrachtwaarde. Daarnaast is er een rijk palet aan verschillende pakketten Standaardprogrammatuur die via de huidige opdrachtnemers bij een groot aantal Vendors wordt aangeschaft.

(...)

1.7 Doel van de aanbesteding

Tegen de in de vorige paragrafen beschreven (organisatorische) achtergrond bestaat deze aanbesteding uit twee Percelen.

- Perceel 1: Levering van Standaardprogrammatuur en Dienstverlening van Microsoft, Oracle en Citrix + open source toepassingen gerelateerd aan de pakketten Standaardprogrammatuur van deze Vendors
- Perceel 2: Levering van overige Standaardprogrammatuur en Dienstverlening van overige Vendors + open source

Het doel van deze aanbesteding is om voor:

- Perceel 1: met één Opdrachtnemer;
- Perceel 2: met drie Opdrachtnemers;

een Overeenkomst aan te gaan voor de levering van de voor het desbetreffende Perceel gewenste Standaardprogrammatuur en Dienstverlening.

(...)

De looptijd van de beoogde Overeenkomst bedraagt 4 jaar met een vaste periode van 2 jaar. Opdrachtgever heeft na deze vaste periode van 2 jaar de mogelijkheid om de Overeenkomst kosteloos op te zeggen met een opzegtermijn van 1 maand. De minimale looptijd van de Overeenkomst is hiermee gesteld op 2 jaar. De maximale looptijd van de Overeenkomst bedraagt 4 jaar.

(...)

1.9 Omvang aanbesteding en gebruikersorganisatie

Bij de Deelnemer werken in totaal circa 64.000 medewerkers, verdeeld over diverse locaties in Nederland. Er wordt vanuit één bestelpunt afgeroepen ten behoeve van de verschillende locaties. De installed base bevat naar schatting honderden Standaardprogrammatuur pakketten van tientallen Vendors.

Onverminderd de genoemde voorbehouden wordt de totale geraamde waarde van de Raamovereenkomst geschat op € 100.000.000,- exclusief BTW per jaar. Per Perceel is de verwachte omzet per jaar ca.:

- Perceel 1: € 35 miljoen (excl. BTW)
- Perceel 2: € 65 miljoen (excl. BTW)

De Aanbestedende dienst geeft geen afnamegarantie of gegarandeerde omzetvolumes, noch neemt de Aanbestedende dienst enige afnameverplichting op zich. De Inschrijver kan aan de in de Aanbestedingsstukken genoemde aantallen, cijfers, percentages en bedragen geen rechten ontleen. Ten aanzien van de prognoses omtrent de omvang of de waarde van de levering en daaraan gerelateerde dienstverlening geldt uitdrukkelijk dat het hier schattingen betreft.

(...)

- 1.3. In het Programma van Eisen en Wensen is, onder meer, de volgende eis opgenomen:

'TLE-E5

Vanwege nationale veiligheid en/of de veiligheid van [personeel van B] is het onder geen beding toegestaan om leveringen op te schorten. Opdrachtnemer heeft – ongedacht een eventuele betaalachterstand van Opdrachtgever – een leveringsverplichting.'

- 1.4. In de eerste Nota van Inlichtingen van 24 februari 2020 zijn, onder meer, de volgende vragen en antwoorden opgenomen:

- 1.4.1. Vraag 109: 'TLE-E5: Deze eis is disproportioneel. Opdrachtgever is wettelijk verplicht om binnen 30 dagen te betalen. Het kan niet zo zijn dat Opdrachtgever geen enkele incentive heeft om haar betalingsverplichting niet na te komen. Wij begrijpen dat u de leveringen niet opgeschort wil krijgen. Welke incentive kunt u daarentegen ons bieden om uw betalingsverplichting na te komen. Voorstel van onze kant: Naast de wettelijke rente is Opdrachtgever een boete verschuldigd van € 250,- met betrekking tot elke factuur die niet binnen de gestelde termijn wordt betaald.'

Antwoord: 'In deze eis is naast de nationale- en personele veiligheid de zekerheid van uiteindelijke betaling door de deelnemer van een eventuele betaalachterstand meegewogen. Bij de betaalachterstand is de (hoge, momenteel 8%) wettelijke rente verschuldigd. De Aanbestedende dienst gaat niet akkoord met een verdere verhoging van de kosten.'

- 1.5. Op 18 maart 2020 heeft de advocaat van ondernemer bij het Klachtenmeldpunt van aanbesteder de onderstaande klacht ingediend:

'(...)

Klacht 3: Eis TLE-E5 - leveringsverplichting ongeacht betaalachterstand - is disproportioneel

De Staat heeft de volgende eis gesteld aan de uitvoering van de overeenkomst (eis TLE-E5, Programma Eisen en Wensen): *"Vanwege nationale veiligheid en/of de veiligheid van [personeel van B] is het onder geen beding toegestaan om leveringen op te schorten. Opdrachtnemer heeft - ongedacht [sic] een eventuele betaalachterstand van Opdrachtgever - een leveringsverplichting."*

Deze eis is disproportioneel en in strijd met artikel 1.10 Aanbestedingswet 2012. De eis staat niet in verhouding tot het voorwerp van de opdracht. Daarnaast kan het doel van de Staat ook met minder verdergaande maatregelen worden bereikt.

De Staat is wettelijk en contractueel (conform artikel 15.1 Arbit) verplicht om binnen 30 dagen na ontvangst van de factuur te betalen. Komt de Staat deze verplichting niet na, dan heeft opdrachtnemer als enige mogelijkheid om de wettelijke rente bij de Staat in rekening te brengen.

In de praktijk blijkt dat deze 'straf' niet voldoende incentive is voor de Staat om haar betalingsverplichtingen na te komen. Bij de raamovereenkomsten die cliënten in het kader van vergelijkbare aanbestedingen hebben gesloten (zie de bovenstaande opsomming) is er op dit moment een betalingsachterstand van € 3,8 miljoen. In februari 2019 werd gemiddeld 30% van de openstaande facturen te laat betaald, en was er een achterstand van gemiddeld 89 dagen. In augustus 2019 werd gemiddeld 58% van de openstaande facturen te laat betaald, en was er een achterstand van gemiddeld 86 dagen. In februari 2020 is ongeveer 33% van de openstaande facturen te laat betaald, en is er een achterstand van gemiddeld 50 dagen. Van alle facturen die het afgelopen jaar verstuurd zijn (afgelopen 12 maanden per 16 maart 2020) is 53% te laat betaald (aantal facturen), en in waarde is 55% te laat betaald, met daarbij een gemiddelde betalingsachterstand 75 dagen.

Gelet op eis TLE-E5 kan de Staat de betalingsachterstand onbeperkt laten oplopen, en intussen van de opdrachtnemers verlangen dat deze blijft voldoen aan haar verplichting tot levering en dienstverlening. Dit is disproportioneel. Elke incentive voor de Staat om bijtijds te betalen ontbreekt, terwijl eis TLE-E5 voor opdrachtnemers een groot aantal nadelen heeft:

Opdrachtnemer zal een rentefactuur sturen. Deze moet opgemaakt worden. Ook zal er gebeld moeten worden door de debiteurenafdeling. Dit zorgt voor een extra administratieve last.

Opdrachtnemer heeft de verplichting tot betaling van de facturen van haar leveranciers (Vendoren of Distributeurs). Dit betekent dat opdrachtnemer moet voorfinancieren. Het gaat hier veelal om grote bedragen. Dit heeft een negatieve impact op het werkkapitaal en kredietwaardigheid van opdrachtnemer.

De wettelijke rente dekt voorgaande kosten en lasten niet (volledig). Daarnaast heeft opdrachtnemer geen zekerheid dat de wettelijke rente op 8% zal blijven. Deze kan ook omlaag gaan. Daarnaast is er geen garantie dat de rentefactuur wel op tijd betaald wordt. Eerder ligt in de rede dat ook deze niet op tijd wordt betaald.

De Staat voert als rechtvaardiging voor eis TLE-E5 aan 'vanwege nationale veiligheid en/ of veiligheid van [personeel van B]'. De Staat heeft evenwel in haar eigen hand of zij wel of niet binnen de vereiste 30-dagentermijn betaalt. Betaalt de Staat conform de op haar rustende verplichtingen binnen de termijn, dan is dit voor de opdrachtnemer geen reden om leveringen op te schorten, en komt de nationale veiligheid en/of veiligheid van [personeel van B] niet in gevaar. In feite alloceert de Staat met eis TLE-E5 een risico bij de opdrachtnemer, terwijl de Staat dit het beste kan beheersen en het betalingsrisico ook nog eens wettelijk op de Staat rust. Dit is in strijd met voorschrift 3.9A van de Gids Proportionaliteit.

Daarnaast gaat de eis verder dan noodzakelijk is om het doel van de Staat te bereiken. Immers, de eis ziet op alle leveringen. Opdrachtnemer is dus conform de eis ook niet gerechtigd om leveringen op te schorten van producten en diensten die in het geheel niet van invloed zijn op de nationale veiligheid en/of veiligheid van [personeel van B], en waarvan opschorting de nationale veiligheid en/of veiligheid van [personeel van B] niet in gevaar brengt.

Voorstel tot oplossing van klacht 3

Cliënten hebben voorgaande reeds bij de Staat aangekaart. De Staat wenst de eis niet aan te passen. Zie V&A 109 NvI1.

Cliënten zien de volgende mogelijkheden, in afnemende volgorde van wenselijkheid:

1. Het vervangen van de eis door de eis: *'Vanwege nationale veiligheid en/ of de veiligheid van [personeel van B] is het onder geen beding toegestaan om leveringen op te schorten die de nationale veiligheid en/ of de veiligheid van [personeel van B] in gevaar kunnen brengen. Opdrachtnemer heeft - ongedacht [sic] een eventuele betaalachterstand van Opdrachtgever - een leveringsverplichting, tenzij sprake is van leveringen die niet van invloed zijn op de nationale veiligheid en/of de veiligheid van [personeel van B].'*
2. Het vervangen van de woorden 'ongedacht [sic] een eventuele betaalachterstand van Opdrachtgever' in eis TLE-E5 door de woorden 'tenzij sprake is van een eventuele betaalachterstand van Opdrachtgever van meer dan 60 dagen'.
3. Het vervangen van de woorden 'ongedacht [sic] een eventuele betaalachterstand van Opdrachtgever' in eis TLE-E5 door de woorden 'tenzij sprake is van een eventuele betaalachterstand van Opdrachtgever en Opdrachtgever door Opdrachtnemer is aangemaand en ingebrekegesteld'.

- 1.6. Op 23 maart 2020 heeft het Klachtenmeldpunt van aanbesteder de onderstaande reactie op de klacht naar de advocaat van ondernemer gestuurd:

\(...)

Klacht 3: Eis TLE-E5 – leververplichting ongeacht betaalachterstand – is disproportioneel.

De Staat ziet geen reden om op grond van klacht 3 de eis TLE-E5 van de aanbesteding aan te passen. Ik licht dit toe.

1. U stelt dat deze eis niet in verhouding staat tot het voorwerp van deze opdracht, terwijl deze eis toeziet op situaties waarbij de nationale veiligheid en/of de veiligheid van [personeel van B] in het geding is.

2. U stelt dat de staat wettelijk en contractueel verplicht is om binnen 30 dagen na ontvangst en acceptatie van de factuur te betalen. Dat is juist. Bij de betaalachterstand is dan ook de hoge wettelijke rente verschuldigd. B doet er alles aan om betaalachterstanden te voorkomen. De afgelopen tijd zijn mitigerende maatregelen genomen:

- ter vermindering van de betalingsachterstand zijn reeds gerelateerde processen intern [B] geoptimaliseerd. Daarnaast wordt met de opdrachtnemers extra aandacht besteed aan openstaande facturen om zorg te dragen voor een spoedige betaling.
- opdrachtnemers worden er op gewezen te voldoen aan de factuureisen [B], voorwaardelijk voor een correcte en tijdige afhandeling van de facturen.

Deze maatregelen zullen betaalachterstand zoveel mogelijk voorkomen.

3. Waar het [B] door omstandigheden niet is gelukt aan zijn betaalverplichting te voldoen prevaleert in de afweging de nationale veiligheid en/of de veiligheid van het [personeel van B] boven het financieel belang van de opdrachtnemer. Hierin is meegewogen de zekerheid van uiteindelijke betaling door [B] en het recht op de hoge wettelijke rente bij betaalachterstand.

(...)'

1.7. Op 26 maart 2020 heeft de advocaat van ondernemer de onderstaande aanvulling op de klacht gestuurd aan het Klachtenmeldpunt:

'(...)

Aanvulling klacht 3: Leververplichting ongeacht betaalachterstand

Uit de reactie op de klacht blijkt dat de Staat onderkent dat er regelmatig sprake is van een (forse) betaalachterstand.

De Staat geeft aan dat 'de nationale veiligheid en/of de veiligheid van het [personeel van B]' prevaleert boven 'het financieel belang van de opdrachtnemer'.

Cliënten hebben hier oog voor, en hebben hier rekening mee gehouden in hun eerste (van de drie(!)) voorstel voor het oplossen van de klacht. Kort gezegd houdt dit voorstel in: 'de nationale veiligheid en/of de veiligheid van het [personeel van B]' prevaleert boven 'het financieel belang van de opdrachtnemer', maar in gevallen waarin de nationale veiligheid en/of veiligheid van het [personeel van B] niet in het geding is geldt het Burgerlijk Wetboek (oftewel prevaleert het financieel belang van de opdrachtnemer).

Het is onbegrijpelijk dat de Staat niet met dit voorstel akkoord is gegaan.

(...)'

1.8. Op 10 april 2020 heeft het Klachtenmeldpunt van aanbesteder de volgende reactie aan de advocaat van ondernemer gestuurd.

'(...)

Zo klagen klagers er in het derde klachtonderdeel over dat [Aanbesteder] met het hanteren van eis TLE-E5 – leveringsverplichting ongeacht betaalachterstand – disproportioneel handelt.

(...)

Juridisch kader

Uitgangspunt is dat een aanbestedende dienst de vrijheid toekomt om de uitvraag in de aanbesteding en de modaliteiten van die aanbesteding te bepalen. De grenzen van die vrijheid worden bepaald door de Aanbestedingswet, de Gids Proportionaliteit en de fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht voor zover die daarin niet zijn opgenomen.

Kern van de vraag (...) is of de gestelde eisen, voorwaarden en criteria (dis)proportioneel zijn. Artikel 1.10 Aw – waarin het proportionaliteitsbeginsel nader is uitgeschreven – stelt dat de aanbestedende dienst uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijvers en de inschrijvingen stelt die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht. Het derde en vierde lid van dit artikel verlangen in dat kader – kort samengevat – dat de aanbestedende dienst bij het formuleren van de eisen, voorwaarde en criteria, handelt in lijn met het gestelde in de Gids proportionaliteit. Indien de aanbestedende dienst afwijkt van hetgeen is opgenomen in de Gids Proportionaliteit dient dit te worden vermeld in de aanbestedingsstukken.

Derde klachtenonderdeel

Het derde klachtenonderdeel ziet op de toepassing van eis TLE-E5. Eis TLE-E5 luidt: “Vanwege de nationale veiligheid en/of de veiligheid van [personeel van B] is het onder geen beding toegestaan om leveringen op te schorten. Opdrachtnemer heeft – ongeacht een eventuele betaalachterstand van Opdrachtgever – een leveringsplicht.”

Volgens klagers brengt de betreffende eis met zich dat de Staat de betalingsachterstand onbeperkt kan laten oplopen, en van opdrachtnemers kan blijven verlangen dat deze blijft voldoen aan haar verplichting tot levering en dienstverlening. Klagers merken daarbij op dat deze maatregel leidt tot extra administratieve lasten aan de zijde van opdrachtnemers en een negatieve impact op het werkkapitaal en kredietwaardigheid van opdrachtnemer(s). Klagers geven voorts aan dat er onzekerheid bestaat over de hoogte van de wettelijke rente die de Staat verschuldigd is bij te late betaling en voorts dat ook de rentefactuur niet tijdig wordt betaald.

Klagers voeren voorts aan dat indien de Staat de facturen binnen de gestelde termijn betaalt er geen reden is om levering op te schorten, waarmee de nationale veiligheid en/of de veiligheid van het [personeel van B] ook niet in gevaar hoeft te komen. Klagers geven aan dat met deze eis feitelijk een risico bij opdrachtnemers wordt belegd, terwijl de Staat deze het beste kan beheersen. Tot slot gaat de eis, aldus klagers verder dan noodzakelijk is, doordat de eis ziet op alle leveringen en daarmee ook op leveringen van producten en diensten die in het geheel niet van invloed zijn op de nationale veiligheid en/of de veiligheid van [personeel van B] en waarvan opschorting de nationale veiligheid en/of veiligheid van [personeel van B] niet in gevaar brengt.

[Aanbesteder] geeft in de reactie aan dat de betreffende eis enkel betrekking heeft op situaties waarbij de nationale veiligheid en/of de veiligheid van het [personeel van B] in het geding is. Daarbij wordt aangegeven dat [B] betaalachterstanden zoveel mogelijk tracht te voorkomen, maar daar waar dit niet is gelukt, de nationale veiligheid en/of de veiligheid van het [personeel van B] boven het financieel belang van de opdrachtnemer dient te prevaleren. [Aanbesteder] betreft daarbij de zekerheid van uiteindelijke betaling door [B] en het recht op de hoge wettelijke rente bij betalingsachterstand.

In de brief van 26 maart 2020 geven klagers aan oog te hebben voor situaties waarin de nationale veiligheid en/of de veiligheid van het [personeel van B] prevaleert boven het financieel belang van de opdrachtnemer, maar dat er tevens situaties denkbaar zijn waarin de nationale veiligheid en/of de veiligheid van het

[personeel van B] niet in het geding is. Klagers stellen dat in dergelijke gevallen het financieel belang van opdrachtnemer dient te prevaleren.

Het Klachtenmeldpunt is van mening dat eis TLE-E5 een contractuele voorwaarde betreft, waarop het bepaalde in hoofdstuk 3.9 van de Gids Proportionaliteit van toepassing is. Voorschrift 3.9A van de Gids Proportionaliteit stelt dat de aanbestedende dienst het risico dient te alloceren bij de partij die het risico het best kan beheersen of beïnvloeden. Volgens de Gids Proportionaliteit dient bij de risico-afweging te worden betrokken:

- de kans dat een risico zich verwezenlijkt en
- de gevolgen van de omstandigheid dat een risico zich verwezenlijkt.

Daarbij wordt opgemerkt dat een risico dat zich slechts in uitzonderlijke gevallen voordoet, alsmede een risico met in potentie effecten die de continuïteit van de leverancier kunnen of zullen ondermijnen eerder disproportioneel is dan een redelijkerwijs voorzienbaar risico met geringe of onvoorzienbare effecten. Verder is van belang of het risico voor een van de partijen verzekeraar is.

Het Klachtenmeldpunt is met klagers van mening dat [B] het beste in staat is om eventuele betaalachterstanden te voorkomen. Tegelijkertijd is het Klachtenmeldpunt met [Aanbesteder] van mening dat bij het staken en/of beëindigen van de dienstverlening als gevolg van een betalingsachterstand de nationale veiligheid en/of de veiligheid van het [personeel van B] in het geding kan komen. Met [Aanbesteder] is het Klachtenmeldpunt van mening dat in dergelijke gevallen de nationale veiligheid en/of de veiligheid van het [personeel van B] dient te prevaleren boven het (commerciële) belang van de opdrachtnemer(s). De (relatieve) zekerheid die opdrachtnemers genieten van betaling, alsook het wettelijke recht op vergoeding van rente bij overschrijding van de betalingstermijn, maken tenslotte dat eventuele financiële gevolgen van de betalingsachterstand zo veel mogelijk worden beperkt.

Het Klachtenmeldpunt heeft aanleiding gezien om hierover een nadere vraag te stellen aan [Aanbesteder]. Het Klachtenmeldpunt heeft daarbij aangegeven dat uit zowel het standpunt van klagers als de reactie van [Aanbesteder] kan worden opgemaakt dat partijen van mening zijn dat eis TLE-E5 enkel ziet, dan wel dient te zien, op situaties waarin de nationale veiligheid en/of de veiligheid van het [personeel van B] in het geding is. Het Klachtenmeldpunt heeft [Aanbesteder] verzocht om aan te geven waarom eis TLE-E5 niet is aangepast om dit ook tot uitdrukking te brengen.

In de reactie geeft [Aanbesteder] aan dat het op voorhand niet goed mogelijk is om aan te geven wanneer er sprake is van een situatie waarin de nationale veiligheid en/of de veiligheid van het [personeel van B] in het geding is, en wanneer niet. Om die reden is er voor gekozen om dit onderscheid niet aan te brengen.

Rekening houdende met de praktische bezwaren tegen het maken van een onderscheid naar situaties waarin de nationale veiligheid en/of de veiligheid van het [personeel van B] in het geding is, is het Klachtenmeldpunt van mening dat [Aanbesteder] in het onderhavige geval terecht het nationale belang en/of de veiligheid van het [personeel van B] heeft mogen laten prevaleren boven het belang van de opdrachtnemer(s). Het Klachtenmeldpunt is dan ook van mening dat de klacht van klagers – inhoudende dat [Aanbesteder] met het stellen van eis TLE-E5 disproportioneel handelt – ongegrond is.

[Aanbesteder] volgt met betrekking tot klacht 3 het advies van het Klachtenmeldpunt.

(...)'

1.9. Op 8 juni 2020 heeft aanbesteder een gunningsbeslissing aan ondernemer gestuurd waarin vermeld wordt dat perceel 2 aan hem en aan twee andere ondernemers gegund wordt.

1.10. Vervolgens heeft ondernemer op 3 juli 2020 de onderhavige klacht ingediend.

2. Beschrijving klacht

2.1. Eis TLE-E5 (leveringsplicht ongeacht betalingsachterstand) is disproportioneel.

3. Onderbouwing klacht

3.1. De onderbouwing van de klacht is grotendeels gelijklopend aan hetgeen op 18 maart 2020 (zie 1.5) en 26 maart 2020 (zie 1.7) bij het Klachtenmeldpunt is ingediend.

3.2. De onderbouwing van de klacht komt, zakelijk weergegeven, op het volgende neer. Op grond van eis TLE-E5 kan de Staat betalingsachterstand onbeperkt laten oplopen, hetgeen grote nadelen voor de raamcontractant tot gevolg heeft, en intussen van een opdrachtnemer verlangen dat hij blijft voldoen aan zijn verplichting tot levering en dienstverlening. Daarnaast gaat de eis verder dan noodzakelijk is om het doel van de Staat te bereiken. Immers, de eis ziet op alle leveringen. Opdrachtnemer is dus conform de eis ook niet gerechtigd om leveringen op te schorten van producten en diensten die in het geheel niet van invloed zijn op de nationale veiligheid en/of veiligheid van [personeel van B], en waarvan opschorting de nationale veiligheid en/of veiligheid van [personeel van B] niet in gevaar brengt.

3.3. Aan de onderbouwing van de klacht voegt ondernemer in zijn klacht bij de Commissie nog toe dat in een nadere uitvraag die in minicompentie wordt weggezet de Staat kan aangeven of de uitvraag ziet op 'de nationale veiligheid en/of veiligheid van het [personeel van B]' of niet. Een eventuele discussie of hij eis TLE-E5 in dat geval terecht van toepassing verklaart of niet kan dan in de minicompentie worden gevoerd, waardoor de Staat niet het risico loopt om deze achteraf te voeren.

4. Reactie aanbesteder

4.1. In aanvulling op de brieven van 23 maart en 10 april 2020 van het Klachtenmeldpunt wenst aanbesteder nog het volgende toe te voegen.

4.2. Met betrekking tot het proces benadrukt aanbesteder dat klager telkens lang wacht met het indienen van zijn klachten en daarmee het proces niet ondersteunt.

1. De eerste Nota van Inlichtingen is gepubliceerd op 24 februari 2020. In deze nota is een vraag gesteld over de betalingsachterstand en de daaraan verbonden gevolgen voor de Staat en een voorstel gedaan. Dit voorstel is niet overgenomen. In de tweede nota van inlichtingen (publicatiedatum 9 maart) hebben potentiële inschrijvers geen vraag over eventuele betalingsachterstand en de daaraan verbonden gevolgen gesteld.

2. Klager heeft tot 18 maart gewacht met het insturen van een klacht aan het Klachtenmeldpunt, het Klachtenmeldpunt heeft op 10 april de klacht ongegrond verklaard.

3. Klager heeft op 8 juni 2020 perceel 2 gegund gekregen.

4. De standstill termijn is op 29 juni verlopen.

5. Klager heeft tot 3 juli 2020 gewacht met het indienen van de klacht bij de Commissie van Aanbestedingsexperts.

- 4.3. Met betrekking tot de inhoud van de klacht wenst aanbesteder zijn standpunt nader te verduidelijken. Deze verduidelijking omvat de volgende punten:
- [B] stelt alles in het werk om zijn betalingsverplichtingen na te komen en heeft daar sinds augustus 2019 substantiële vooruitgang in geboekt (zoals ook uit de gegevens van ondernemer blijkt).
 - De overeenkomst tussen de Staat en zijn leveranciers voorziet erin dat bij betalingsachterstand een wettelijke rente in rekening wordt gebracht van 8%.
 - Voor de nationale veiligheid en/of de veiligheid van het [personeel van B] is de levering van bepaalde software noodzakelijk.
 - Per opdracht beoordelen in hoeverre de nationale veiligheid en/of de veiligheid van het [personeel van B] in het geding is, is om verschillende redenen onmogelijk; zo is niet altijd te bepalen of software misschien niet direct, echter wel indirect een bijdrage levert aan de veiligheid; maar ook bestaan opdrachten in veel gevallen uit verschillende producten waar het ene product wel en het andere geen (in)directe relatie heeft met de veiligheid.
 - Gezien de onmogelijkheid om per opdracht te bepalen of de nationale veiligheid en/of de veiligheid van het [personeel van B] in het geding is, [B] alles in het werk stelt om in de nabije toekomst alle facturen tijdig te betalen en bij het in gebreke blijven daarvan een wettelijke rente zal betalen van 8%, beschouwt aanbesteder het door ondernemer gedane voorstel als onhaalbaar.

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder op 3 februari 2020 een Europese openbare aanbestedingsprocedure heeft aangekondigd voor het sluiten van raamovereenkomsten met één of meer ondernemers voor de levering van standaardprogrammatuur en daaraan gerelateerde dienstverlening ten behoeve van een onderdeel van de Staat. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Delen 1 en 2 van de Aw 2012 en Voorschrift 3.9A van de Gids Proportionaliteit (1^e herziene versie).
- 5.2. De Commissie kan zich goed voorstellen dat ondernemer bezwaren heeft tegen eis TLE-E5 die neerkomt op een verbod tot opschorting en een onvoorwaardelijke plicht tot nakoming van de overeenkomst in geval van betaalachterstanden. Tussen partijen is niet in geschil dat zich in het verleden aanzienlijke betaalachterstanden hebben voorgedaan. Onder normale omstandigheden heeft een opdrachtnemer opschortingsrechten wanneer de opdrachtgever niet tijdig betaalt, welke rechten doorgaans uitgeoefend worden om de opdrachtgever tot betaling aan te sporen.
- 5.3. Betaalt de opdrachtgever ondanks de opschorting nog steeds niet, dan kan de opdrachtnemer proberen zijn vordering te incasseren door middel van beslag en executie. Maar dit rechtsmiddel kan niet op eenvoudige wijze tegen de Staat worden aangewend, althans niet voor zover het goederen betreft met een publieke bestemming (vgl. artikel 436 en 703 Wetboek van burgerlijke rechtsvordering). Weliswaar kan de Staat al sinds mensenheugenis door de rechter veroordeeld worden om te betalen (zie bijvoorbeeld HR 5 October 1849, ECLI:NL:HR:1849:1), maar de crediteur zal in het algemeen geduldig moeten wachten tot het de Staat behaagt om te betalen.
- 5.4. Een ieder die civiele overeenkomsten sluit met de Staat weet dus dat hij de gebruikelijke machtsmiddelen om betaling af te dwingen mist. Onder die omstandigheden is uitoefening van een opschortingsrecht het enige juridische middel om de Staat tot spoedige betaling aan te sporen.

- 5.5. De Commissie is echter met aanbesteder van mening dat het belang van de nationale veiligheid en de veiligheid van het personeel van B zo zwaar wegen, dat ondernemer een eventueel traag betalingsgedrag van B zal moeten gedogen. Ook kan de Commissie begrijpen dat aanbesteder de voorstellen van ondernemer om onder bepaalde voorwaarden opschorting toe te staan, heeft afgewezen. Daarbij overweegt de Commissie dat de wettelijke rente (meestal rond de 8 procent) doorgaans een behoorlijke financiële compensatie voor te late betaling vormt.
- 5.6. De klacht is derhalve ongegrond.
- 5.7. Ten overvloede geeft de Commissie aanbesteder in overweging ondernemer tegemoet te komen door te bepalen dat wanneer de wettelijke rente onvoldoende compensatie biedt in gevallen waarin betalingsachterstanden 'de spuigaten uitlopen', de opdrachtgever bereid is tot het betalen van een aanvullende schadevergoeding. De Commissie wijst er daarbij op dat bijvoorbeeld alleen in uitzonderlijke gevallen uitstel van btw-aangifte en -betaling wordt verleend, ook al zijn verzonden facturen niet tijdig betaald, en dat de wettelijke verhoging van achterstallig loon maximaal 50% kan bedragen.

6. Advies

De Commissie acht de klacht **ongegrond**.

7. Aanbeveling

De Commissie beveelt aanbesteder aan om in de overeenkomst een bepaling op te nemen waarin de opdrachtgever verklaart bereid te zijn om in geval van grote betalingsachterstanden aanvullende schadevergoeding te betalen wanneer de wettelijke rente daarvoor onvoldoende compensatie biedt.

Den Haag, 21 april 2021

Mr. A.C.M Fischer-Braams
Voorzitter

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid