

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 664 | Samenvatting

De klacht ziet op het niet organiseren van aanbestedingsprocedures en het weigeren inzage te verschaffen in de beslissing geen aanbestedingsprocedures te organiseren voor de aanschaf van Garanties van Oorsprong (GvO's).

Ondernemer klaagt dat aanbesteder, een speciale-sectorbedrijf, over de periode van 6 februari 2018 tot 23 maart 2022 heeft nagelaten opdrachten voor de aanschaf van GvO's aan te besteden (klachtonderdeel 1). Daarnaast klaagt ondernemer dat aanbesteder onvoldoende transparant is geweest over de verstrekking van die opdrachten (klachtonderdeel 2).

Beoordeling

Omdat aanbesteder geen nadere informatie over de opdrachtverstrekkingen heeft verstrekt, ontbreken concrete en voldoende specifieke aanknopingspunten voor de stelling dat aanbesteder de verplichtingen die voortvloeien uit artikel 1.4 lid 1 Aw 2012 (over de keuze voor een procedure en de toegelaten ondernemers) heeft geschonden. De Commissie verklaart klachtonderdeel 1 daarom **ongegrond**.

De Commissie oordeelt dat aanbesteder wel in strijd heeft gehandeld met de verplichting die voortvloeit uit artikel 1.4 lid 3 Aw 2012 (motivering gemaakte keuzes voor procedure en toegelaten ondernemers). Aanbesteder heeft weliswaar de namen van zijn contractspartijen verschaft en het jaar waarin hij overeenkomsten met hen heeft gesloten, maar uit zijn motivering blijkt niet *waarom* voor een bepaalde procedure is gekozen en *waarom* een bepaalde ondernemer of ondernemers wel of niet tot die procedure zijn toegelaten. Dat had, in dit geval, wel uit de motivering moeten blijken. De Commissie verklaart dit klachtonderdeel **gegrond**.

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 664

1. Feiten

- 1.1. De klacht ziet op het niet organiseren door aanbesteder, een speciale-sectorbedrijf, van aanbestedingsprocedures en het weigeren inzage te verschaffen in de beslissing geen aanbestedingsprocedures te organiseren voor de aanschaf van Garanties van Oorsprong (GvO's).
- 1.2. In de periode van 6 februari 2018 tot 23 maart 2022 stelt ondernemer verschillende malen contact te hebben opgenomen met aanbesteder omtrent de aankoop van Garanties van Oorsprong (GvO's). Ondernemer stelt daarbij herhaaldelijk zijn interesse te hebben geuit in het leveren van GvO's aan aanbesteder, maar nooit enige kans op het verwerven van een opdracht te hebben gekregen. De volgende reacties van aanbesteder op de verzoeken van ondernemer zijn in dit verband relevant.
 - 1.2.1. E-mail aanbesteder 17 februari 2020: 'Vanuit onze aanbestedingsjurist krijg ik terug dat wij met een dergelijk contract boven de aanbestedingsgrens uitkomen. Nu hebben we wel een oplossing om dat te voorkomen, maar we moeten nog steeds een transparante procedure volgen om een dergelijk contract af te sluiten. Daarom zijn we nu een publicatie aan het voorbereiden waarin we aangeven dat we voornemens zijn om een 2e partij te selecteren. Hier kunnen geïnteresseerde partijen zich dan voor melden.'
 - 1.2.2. E-mail aanbesteder 4 maart 2020: 'Onze inkoper is nog in gesprek met de aanbestedingsjurist hoe zo'n publicatie eruit moet zien om wel aan de eisen te voldoen, maar zonder ons al te veel werk op de hals te halen. Doordat er ook nog wat andere zaken lopen op dit gebied gaat dit niet zo snel. Ik verwacht in de komende weken duidelijkheid over of en hoe we dit gaan aanpakken.'
 - 1.2.3. E-mail aanbesteder 27 augustus 2020: 'Wij hadden nog het vraagstuk open staan of dat we mogelijk een tweede leverancier willen selecteren. Uiteindelijk kiezen we er nu voor om dat toch niet te doen. Het publiceren van een dergelijke aanvraag in de Markt gaat veel reacties opleveren, waardoor het selectieproces behoorlijk tijdsintensief zal zijn. De baten van een 2e leverancier zien we wel, maar bij de huidige marktprijzen zijn die ook niet enorm. Daarom nu de keuze om even pas op de plaats te maken en hier geen energie in te steken. Dat betekent daarmee dus ook dat het niet mogelijk is om producten af te nemen, omdat we geen onderliggende overeenkomst hebben. Dat is voor nu een situatie die wij accepteren. Wellicht dat het in de toekomst bij oplopende marktprijzen weer relevanter wordt.'
- 1.3. Na verdere correspondentie over dit onderwerp heeft ondernemer op 17 januari 2022 een klacht ingediend bij de klachtencommissie van aanbesteder. Ondernemer klaagde in de kern over de weigering van aanbesteder inzage te verstrekken in zijn inkoopbeslissingen over de in 1.2 bovenstaand genoemde periode.
- 1.4. Bij e-mail van 17 maart 2022 heeft het klachtenmeldpunt van aanbesteder de inhoud van haar advies aan ondernemer meegedeeld. Het advies luidde als volgt:

'[Ondernemer] klaagt over de inkoopprocedure van [Aanbesteder] van GVO's met betrekking tot de periode 8 februari 2018 tot heden.'

Zij vragen transparantie over die inkoopprocedure en ze vragen de hoeveelheid GvO's die in die periode zijn aangeschaft.

De medewerkers van de onafhankelijke Klachtencommissie beschikken niet over de dossiers van de inkoopafdeling en kan daarom de gevraagde transparantie niet verschaffen.

De Klachtencommissie adviseert de inkoopafdeling om zelf te beoordelen, met inachtneming van de Aanbestedingswet 2012 en de commerciële belangen van de huidige leverancier, of en zo ja, in welke mate, zij verplicht is om de gevraagde informatie te verstrekken.'

- 1.5. Daarnaast heeft aanbesteder bij brief van 17 maart 2022 gereageerd op de klacht van ondernemer bij zijn klachtenmeldpunt. In de brief is het volgende vermeld:

'In de betreffende periode 2018-heden hebben wij één inkoopprocedure gehouden die (mede) betrekking had op de aankoop van GvO's. Dit betrof een nieuwe Power Purchase Agreement (PPA) voor de inkoop van elektriciteit ter dekking van netverliezen met GvO's ter verduurzaming, voor de periode 2021 tot en met 2030. Uit de mailwisseling maak ik op dat [persoon X] u hierover reeds heeft geïnformeerd en dat u inmiddels beschikt over de op TenderNed gepubliceerde documenten (mails van 16 december 2021). Vanwege de vertrouwelijkheidsbepalingen en de commerciële belangen van de leverancier kunnen en zullen wij u geen kopie van dit contract, de offerte van de leverancier of andere daarmee verband houdende vertrouwelijke (waaronder financiële) gegevens verstrekken.

Naast de genoemde PPA hebben wij nog een doorlopend contract met een andere leverancier voor GvO's, afgesloten eerder dan de door u gevraagde periode 2018-heden, namelijk in 2016 na een inkoopprocedure. Dit contract heeft een looptijd van tien jaar, plus een eventuele verlenging van een jaar. Ook voor dit contract geldt dat wij vanwege de vertrouwelijkheidsbepalingen en de commerciële belangen van de leverancier u geen kopie van dit contract, de offerte van de leverancier of andere daarmee verband houdende vertrouwelijke (waaronder financiële) gegevens kunnen en zullen verstrekken.

Buiten deze contracten om heeft [Aanbesteder] in de betreffende periode geen GvO's ingekocht en dus ook geen inkoopprocedure gehouden. Om die reden is [Aanbesteder] niet ingegaan op uw verzoek(en) tot heden om een aanbieding te mogen doen voor de levering van GvO's. Wij betwisten uw vermoeden dat [Aanbesteder] GvO's zou hebben ingekocht zonder daarvoor zij daarvoor de (juiste) aanbestedingsprocedure zou hebben gevolgd.

Wel hebben wij in die periode *overwogen* om een nieuwe inkoopprocedure op te starten voor het contracteren van een extra leverancier van GvO's, zonder dat dit daadwerkelijk tot een nieuwe inkoopprocedure heeft geleid. Wij bekijken per jaar of de huidige twee leveranciers kunnen voorzien in de behoefte van [Aanbesteder] aan GvO's. Bij behoefte aan een extra leverancier of bij einde van de huidige contracten, zullen wij dit opnieuw in de markt zetten met inachtneming van de toepasselijke aanbestedingsregels en -beginselen. [Ondernemer] zal dan gelijke kans krijgen om hiernaar mee te dingen.'

- 1.6. In twee e-mails van diezelfde dag, 17 maart 2022, heeft ondernemer verzocht om de (aanbestedings)stukken die hebben geleid tot de beslissingen tot aankoop van GvO's, de contractering van de huidige leveranciers en informatie over het aantal aangeschafte GvO's en de bijbehorende aankoopbudgetten.
- 1.7. Aanbesteder heeft op 22 maart 2022, per e-mail, afwijzend op dat verzoek gereageerd.

'Wij geven geen gehoor aan uw aanvullende informatieverzoek. Uw verzoek heeft inmiddels het karakter van een 'fishing expedition' en daar zal [Aanbesteder] niet aan meewerken. Naar onze mening hebben wij met onze publicaties op TenderNed, de jaarverslagen en onze brief van 17 maart 2022 voldoende informatie verstrekt.'

1.8. Diezelfde dag, 22 maart 2022, herhaalt ondernemer zijn verzoek per e-mail.

'Onze onbeantwoorde vraag blijft nog steeds dezelfde: we verzoeken de aanbestedingsdocumenten te verkrijgen die de aanleiding hebben gegeven voor het contract dat [Aanbesteder] heeft afgesloten met een derde ([naam derde]) dat het kader vormt waarbinnen [Aanbesteder] GvOs aankoopt (we vragen nergens gegevens over die derde partij zelf, waarvan [Aanbesteder] trouwens zelf al spontaan de identiteit heeft prijsgegeven). We kunnen enkel vaststellen dat we tot op heden geen enkel historisch document hebben ontvangen in het kader van onze vragen. Er wordt door [Aanbesteder] zelfs niet vermeld welk type inkoopprocedure (onder de Aanbestedingswet) [Aanbesteder] heeft gevolgd om dat 10-jarig contract aan te besteden en te gunnen.

Onze vraag is niet onredelijk. Ik wijs u tevens op de verplichte transparantie die aanbestedende instanties dienen te eerbiedigen volgens de Aanbestedingswet als ook op de Wet Openbaarheid van Bestuur.'

1.9. Eveneens op 22 maart 2022 herhaalt aanbesteder in een e-mail dat hij geen aanvullende informatie zal verstrekken.

1.10. Op 23 maart 2022 heeft ondernemer vervolgens een klacht ingediend bij de Commissie (zie onderstaand onder 2). Aanbesteder heeft op 7 april 2022 op de klacht gereageerd (zie onderstaand onder 3).

2. Beschrijving klacht en onderbouwing

2.1. Klachtonderdeel 1

2.1.1. Ondernemer klaagt dat aanbesteder verschillende aankopen heeft verricht van GvO's over de periode vanaf 6 februari 2018 tot 23 maart 2022, zonder daarvoor enige aanbestedingsprocedure te hebben gevolgd. Ondernemer is als potentiële leverancier van deze producten benadeeld omdat hij niet heeft kunnen meedingen naar deze opdrachten. Ondernemer heeft herhaaldelijk zijn interesse in de opdrachten geuit. Ondernemer stelt zich op het standpunt dat de aankopen hoogstwaarschijnlijk Europees moesten worden aanbesteed. Aldus heeft aanbesteder het gelijkheidsbeginsel, het non-discriminatiebeginsel en het transparantiebeginsel geschonden.

2.1.2. In de reacties van aanbesteder leest ondernemer de bevestiging dat een inkoopprocedure heeft plaatsgevonden met een leverancier van GvO's in het jaar 2016. Deze inkoopprocedure zou aanleiding hebben gegeven tot een 10-jarig contract met die derde partij.

2.1.3. Daarnaast stelt ondernemer dat aanbesteder via een andere aankoopprocedure een contract voor de levering van duurzame stroom afgesloten ('PPA'). Dit contract zou vanaf 2021 voor bijna 40% van de behoefte aan groene stroom (GvO's) afdekken. De PPA vormt geen voorwerp van de klacht van ondernemer.

2.1.4. Ondernemer leest in de reacties van aanbesteder voorts dat hij geen andere leveranciers van GvO's heeft. Alle aankopen zouden dus op basis van beide genoemde contracten gebeuren.

2.1.5. Op basis van openbaar beschikbare gegevens en schattingen komt ondernemer tot de berekening dat het aankoopbudget van aanbesteder voor GvO's in de periode 2016 – 2021 tussen de € 588.000,- en € 3.228.000,- per jaar ligt. Op grond van die berekening stelt ondernemer dat het jaarlijks budget voor de aanschaf van GvO's onder het 10-jarige contract met de huidige leverancier de Europese drempelwaarde ruimschoots overschrijdt. Ondernemer concludeert dat aanbesteder GvO's onrechtmatig heeft ingekocht met flagrante miskennen van de Europese aanbestedingsregels.

2.2. Klachtonderdeel 2

2.2.1. Ondernemer klaagt dat hij het recht heeft te kunnen toetsen of een aanbestedingsprocedure wel volgens de regels is verlopen en of de uitvoering daarvan nog steeds voldoet aan diezelfde regels die destijds in de aanbestedingsprocedure werden bepaald. Ondernemer verwijst naar de considerans van de Richtlijn speciale-sectoren (2014/25/EU), randnummer 132, waarin het volgende is bepaald.

'Traceerbaarheid en transparantie van de besluitvorming in aanbestedingsprocedures zijn van essentieel belang voor de deugdelijkheid van de procedures, met name voor efficiënte bestrijding van corruptie en fraude. De aanbestedende diensten moeten daarom kopieën van dure contracten onder zich houden, waarvan zij belangstellenden inzage kunnen geven conform de toepasselijke voorschriften inzake de toegang tot documenten.'

2.2.2. Ondernemer meent dat aanbesteder op grond van het transparantiebeginsel is gehouden informatie te verstrekken over de wijze van aankoop van GvO's. Aanbesteder heeft tot op heden geweigerd nadere informatie daarover te verstrekken, waardoor ondernemer in zijn rechtspositie wordt geschaad. Uit het transparantiebeginsel vloeit een motiveringsplicht voort, die door aanbesteder zou zijn geschonden.

3. **Reactie aanbesteder**

Klacht betrekking op Aw 2012?

3.1. Aanbesteder is van mening dat een eventueel recht op inzage of verstrekking van documenten, alsook de toedeling van stelplicht en bewijslast, beheerst wordt door nationaal procesrecht. Dit zou hier te meer gelden, omdat de inzet van ondernemer niet is: deelname aan een Europese aanbesteding, maar: voorbereiding van een mogelijke schadevordering uit onrechtmatige daad. Aanbesteder stelt vervolgens dat het Nederlands procesrecht niet voorziet in een onbeperkt recht op inzage en verstrekking van documenten, maar verbindt daaraan meerdere strikte voorwaarden die eerst getoetst moeten worden. Een dergelijke toets aan het procesrecht zou buiten de werkingssfeer van de Aw 2012 vallen en daarmee buiten de reikwijdte van de klacht en de taak van de Commissie.

3.2. Klachtonderdeel 1

3.2.1. Aanbesteder stelt dat de klacht van ondernemer bij de Commissie verder gaat dan de klacht die ondernemer bij het interne klachtenmeldpunt van aanbesteder heeft ingediend. Aanbesteder vat de klacht van ondernemer zo op dat hij uit de enkele weigering van aanbesteder om mee te werken aan het aanvullende informatieverzoek de gevolgtrekking maakt dat ondernemer de onjuiste of geen aanbestedingsprocedure zou hebben gevolgd. Aanbesteder stelt deze gevolgtrekking niet te kunnen volgen en betwist uitdrukkelijk de onjuiste aanbestedingsprocedure te hebben gevolgd.

Klachtonderdeel 2

- 3.3. Aanbesteder stelt ondernemer voldoende informatie te hebben verstrekt over zijn aankopen van GvO's en de daarvoor gehanteerde inkoopprocedures. Aanbesteder acht zich niet gehouden meer informatie te verstrekken en meent dat sprake is van een 'fishing expedition'.
- 3.3.1. Aanbesteder meent dat noch de Aw 2012, noch de Europese aanbestedingsrichtlijnen een verplichting voor aanbesteder bevatten om 6-7 jaar na dato (2015-2016) op verzoek van ondernemer informatie en documentatie op te zoeken en te verstrekken over gehouden inkoopprocedures. Alleen artikel 3.77 Aw 2012 bevat volgens aanbesteder een verplichting om gedurende een periode van drie jaar informatie hieromtrent te bewaren (lid 5) en op verzoek te verstrekken aan de Europese Commissie (lid 6). Volgens aanbesteder is dit artikel niet van toepassing op de relatie aanbesteder-ondernemer en is de bewaar- en inzage termijn van drie jaar al lang verstreken.

4. Beoordeling

- 4.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder een speciale-sectorbedrijf is. Op het plaatsen van speciale-sectoropdrachten door aanbesteder zijn Deel 1 en in voorkomend geval Deel 3 van de Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit van toepassing (voor zover al aan de orde in dit advies, gold voor de onder 1.2 genoemde periode hoofdzakelijk de 2^e herziene versie die op 1 juli 2020 in werking is getreden).
- 4.2. Omdat artikel 1.4 Aw 2012 zowel een rol speelt bij de vraag of de klacht in behandeling kan worden genomen als bij de vraag of en in hoeverre aanbesteder verplicht was tot het organiseren van aanbestedingsprocedures (klachtonderdeel 1) en daarover informatie te verstrekken aan ondernemer (klachtonderdeel 2), gaat de Commissie eerst in op de achtergrond van dat wetsartikel.

Artikel 1.4 Aw 2012

- 4.2.1. Op grond van artikel 1.4 lid 1 Aw 2012 rust op speciale-sectorbedrijven (en aanbestedende diensten) de verplichting op basis van objectieve criteria te bepalen op welke wijze het speciale-sectorbedrijf een overeenkomst tot stand brengt en welke ondernemers worden toegelaten tot de aanbestedingsprocedure. In artikel 1.4 lid 3 Aw 2012 is bepaald dat het speciale-sectorbedrijf een ondernemer op diens schriftelijk verzoek de motivering van de in het eerste lid bedoelde keuze verstrekt.
- 4.2.2. Artikel 1.4 Aw 2012 is aan het wetsvoorstel voor de Aw 2012 toegevoegd bij Nota van Wijziging van 28 maart 2011 (Kamerstukken II 2010/11, 32 440, nr. 11, p.14 e.v.). De toevoeging van artikel 1.4 (destijds ingevoerd als artikel '1.3a') is bij Nota van Wijziging als volgt toegelicht:

'Voor speciale-sectorbedrijven en aanbestedende diensten die geen bestuursorganen zijn, geldt niet de Algemene wet bestuursrecht. Wel gelden daar de precontractuele eisen van redelijkheid en billijkheid. De bovengenoemde regels en eisen leiden als zodanig niet tot concrete gedragsvoorschriften in specifieke gevallen. Wel zullen zij qualitate qua altijd als uitgangspunt dienen voor het handelen van bestuursorganen en speciale-sectorbedrijven. In het wetsvoorstel, en in het bijzonder in de door middel van de daarin in deze nota van wijziging aangebrachte wijzigingen, wordt aan een en ander binnen redelijke grenzen wel een verdere invulling gegeven. Door het nieuwe artikel 1.3a bijvoorbeeld wordt een objectieve keuze van procedure en ondernemers die worden betrokken bij een

aanbestedingsprocedure bevorderd. Daarnaast bevordert de motiveringsplicht van het tweede lid van dat artikel de transparantie van een gemaakte keuze en daarmee het afleggen van verantwoording daarover.

(...)

In het tweede lid wordt vervolgens bepaald dat de motivering van deze keuzes op schriftelijk verzoek aan een ondernemer moet worden verstrekt.

Het begrip aanbestedingsprocedure is geen in het wetsvoorstel afgebakend begrip. Dat is niet nodig en ook niet wenselijk. Iedere wijze waarop een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf een opdracht in de markt zet, moet worden beschouwd als een procedure.

Door in het eerste lid van artikel 1.3a te bepalen dat de keuze voor de procedure en de uit te nodigen ondernemers op objectieve gronden moet berusten wordt bereikt dat aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven een bewuste keuze maken over de wijze waarop zij een opdracht in de markt willen zetten, over het al dan niet clusteren van een opdracht en met betrekking tot de ondernemers die zij een kans op een opdracht willen geven. Die wijze kan variëren van enkelvoudig ondershands tot een van de procedures van de Europese aanbestedingsrichtlijnen. Bij een aanbesteding boven de Europese drempelwaarden is de keuze beperkt tot de krachtens de aanbestedingsrichtlijnen toegestane procedures.

(...)

Bij een aanbesteding onder de Europese drempelwaarden kan de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf kiezen voor een nationale aanbestedingsprocedure met een aankondiging, een meervoudig onderhandse procedure of een enkelvoudig onderhandse procedure. Ook daarbij moet op grond van objectieve criteria een keuze worden gemaakt. Elementen waaraan kan worden gedacht zijn bij voorbeeld de grootte van de opdracht, de baten en de lasten die een bepaalde procedure met zich meebrengt, de kenmerken van de sector in kwestie (omvang en structuur van de markt, handelspraktijken enz.) en ook de geografische ligging van de plaats van uitvoering.

(...)

Ook de uit te nodigen ondernemers dienen op basis van objectieve criteria uitgekozen te worden. De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf kan objectieve criteria toepassen zoals ervaring in de desbetreffende sector, omvang en infrastructuur van de onderneming, technische en professionele vaardigheden of andere elementen. (...)

Zoals hiervoor is vermeld verplicht het tweede lid de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf om op schriftelijk verzoek van een ondernemer te motiveren waarom voor een bepaalde procedure is gekozen, waarom een opdracht al dan niet is samengevoegd en waarom een bepaalde ondernemer of ondernemers wel of niet tot de procedure zijn toegelaten. Indien de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf een algemeen kenbaar beleid op deze punten heeft vastgesteld en bekendgemaakt en dat beleid in het concrete geval is toegepast, kan de motivering bestaan uit een verwijzing naar die vaste gedragslijn. (...)

Indien een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf naar de mening van een ondernemer in een bepaald geval geen objectieve criteria heeft toegepast, kan een benadeelde ondernemer dit in een civiele procedure op grond van een onrechtmatige daadsactie bij de rechter aan de orde stellen.'

Klacht betrekking op Aw 2012?

- 4.3. De Commissie behandelt eerst het verweer van aanbestedder tegen de inbehandelingneming van de klacht.

- 4.3.1. Zoals bepaald in artikel 1 sub c van het Reglement van de Commissie, is een klacht 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 Aw 2012 valt. Aanbesteder stelt dat de klacht over onvoldoende naleving van de verplichte transparantie uitsluitend wordt beheerst door nationaal procesrecht, omdat het in feite een vordering betreft tot inzage in documenten. Daarmee zou de klacht niet binnen de werkingssfeer van de Aw 2012 liggen.
- 4.3.2. De Commissie oordeelt dat de klacht binnen de werkingssfeer van de Aw 2012 ligt, omdat de klacht in wezen is gericht tegen een (al dan niet vermeende) schending van de verplichtingen uit artikel 1.4 Aw 2012. Klachtonderdeel 1 neemt artikel 1.4 lid 1 Aw 2012 tot grondslag en klachtonderdeel 2 is gebaseerd op artikel 1.4 lid 3 Aw 2012.
- 4.3.3. De Commissie gaat over tot behandeling van de klacht. Omdat het oordeel voor klachtonderdeel 2 van invloed is op het oordeel voor klachtonderdeel 1, behandelt de Commissie de klachtonderdelen in omgekeerde volgorde.

Klachtonderdeel 2

- 4.4. Ondernemer klaagt dat aanbesteder onvoldoende transparant is geweest over de verstrekking van opdrachten tot levering van GvO's.

Beknopt oordeel

Aanbesteder heeft in strijd gehandeld met de verplichting die voortvloeit uit artikel 1.4 lid 3 Aw 2012 (motivering gemaakte keuzes voor procedure en toegelaten ondernemers). Aanbesteder heeft weliswaar de namen van zijn contractspartijen verschaft en het jaar waarin hij overeenkomsten met hen heeft gesloten, maar uit zijn motivering blijkt niet *waarom* voor een bepaalde procedure is gekozen en *waarom* een bepaalde ondernemer of ondernemers wel of niet tot die procedure zijn toegelaten. Dat had, in dit geval, wel uit de motivering moeten blijken. De Commissie verklaart dit klachtonderdeel **gegrond**.

Toelichting

Toetsingskader

- 4.4.1. Deel 1 Aw 2012 is van toepassing op de aanschaf GvO's en, afhankelijk van de waarde van de opdracht, is deel 3 Aw 2012 tevens van toepassing, tenzij daarvoor een expliciete uitzonderingsgrond bestaat.
- 4.4.2. Op grond van artikel 1.4 lid 1 Aw 2012 – een artikel uit deel 1 van de Aw 2012 – rust op speciale-sectorbedrijven de verplichting om op basis van objectieve criteria te bepalen op welke wijze het speciale-sectorbedrijf een overeenkomst tot stand brengt en welke ondernemers worden toegelaten tot de aanbestedingsprocedure. In artikel 1.4 lid 3 Aw 2012 is bepaald dat het speciale-sectorbedrijf een ondernemer op diens schriftelijk verzoek de motivering van de in het eerste lid bedoelde keuze verstrekt. De ratio achter deze bepaling is dat ondernemers de naleving van de toepassing van artikel 1.4 Aw 2012 door het speciale sectorbedrijf kunnen controleren (dit volgt onder meer uit bovenstaand citaat uit de Nota van Wijziging onder 4.2.2).

Schending transparantieverplichting

- 4.4.3. Op verschillende momenten in de onder 1.2 genoemde periode heeft ondernemer concreet interesse geuit in de verwerving van opdrachten. Aanbesteder heeft

aanvankelijk de indruk gewekt ondernemer te zullen betrekken bij een toekomstige aanbesteding, maar is daar vervolgens op teruggekomen. De afwegingen betreffende de gevolgde aanbestedingsprocedure en de keuze voor de toegelaten ondernemer(s) heeft aanbesteder uiteindelijk niet verstrekt met een beroep op de bescherming van vertrouwelijke informatie van een derde, terwijl aanbesteder dat beroep op bescherming van vertrouwelijke informatie verder niet concreet heeft onderbouwd.

- 4.4.4. De Commissie overweegt dat met het verstrekken van de namen van gecontracteerde partijen en het jaar waarin de overeenkomsten zijn gesloten niet is voldaan aan de motiveringsplicht die volgt uit artikel 1.4 lid 3 Aw 2012. Uit de motivering moet in ieder geval blijken *waarom* voor een bepaalde procedure is gekozen en *waarom* een bepaalde ondernemer of ondernemers wel of niet tot die procedure zijn toegelaten. De Commissie verklaart dit klachtonderdeel daarom **gegrond**.

Klachtonderdeel 1

- 4.5. Ondernemer klaagt dat aanbesteder over de periode van 6 februari 2018 tot 23 maart 2022 heeft nagelaten opdrachten voor de aanschaf van GvO's aan te besteden en daarmee de aanbestedingsrechtelijke beginselen te hebben geschonden.

Beknopt oordeel

- 4.6. Omdat aanbesteder heeft geweigerd informatie te verstrekken over de (wijze van) opdrachtverstrekkingen voor de aanschaf van GvO's, ontbreken concrete en voldoende specifieke aanknopingspunten voor de stelling dat aanbesteder de verplichtingen die voortvloeien uit artikel 1.4 lid 1 Aw 2012 (over de keuze voor een procedure en de toegelaten ondernemers) heeft geschonden. De Commissie verklaart klachtonderdeel 1 daarom **ongegrond**.

Toelichting

Klachtonderdeel 1

Toetsingskader

- 4.6.1. Zoals bovenstaand naar voren gebracht onder 4.2 en 4.4.2 rust ook onder de drempel op speciale-sectorbedrijven de verplichting om op basis van objectieve criteria te kiezen voor een bepaalde wijze van het tot stand brengen van een overeenkomst en op basis van objectieve criteria te kiezen voor de ondernemers die worden toegelaten tot een aanbestedingsprocedure.
- 4.6.2. Aanbesteder stelt zich bij alle opdrachtverstrekkingen te hebben gehouden aan die verplichting. Zonder nadere onderbouwing van de klacht kan de Commissie niet vaststellen of aanbesteder enige verplichting uit artikel 1.4 lid 1 Aw 2012 heeft geschonden. Aanbesteder heeft onvoldoende transparantie betracht en zal die transparantie alsnog moeten betrachten. Aan de hand van de alsnog door aanbesteder te verstrekken informatie kan worden onderzocht of sprake is van een schending van verplichtingen door aanbesteder. De Commissie acht zich niet voldoende ingelicht om reeds in dit stadium te komen tot een gegrondverklaring van dit klachtonderdeel. De Commissie verklaart dit klachtonderdeel **ongegrond**.

5. Advies

De Commissie acht klachtonderdeel 1 **ongegrond** en klachtonderdeel 2 **gegrond**.

Den Haag, 7 juli 2022

Mr. G.R. Werkman-Bouwkamp

Voorzitter

Mr. M.C. Pinto

Vicevoorzitter

Mr. drs. T.H. Chen

Commissielid