

Advies 66

1. Feiten

- 1.1 Beklaagde heeft een Europese openbare aanbestedingsprocedure uitgeschreven voor raamovereenkomsten met maximaal zeven leveranciers voor de inzet van tijdelijk personeel, ondersteunend bij de diverse afdelingen van beklaagde. Op deze aanbesteding is van toepassing verklaard het Aanbestedingsreglement Nutssectoren 2013 (ARN-2013). De raamovereenkomsten behelzen vijf percelen: financieel, inkoop, veiligheidsfuncties, administratieve functies en payroll. Binnen deze percelen gaat het om personeel werkzaam in functies van verschillende aard en verschillende niveau en om verschillende aantallen (variërend van 1 tot 20 functionarissen van dezelfde functie in één perceel).
- 1.2 In de selectie- en gunningsleidraad verwijst beklaagde onder meer naar het door haar gehanteerde digitale inkoopstelsel waarin zij diverse aanvullende documenten aan de belangstellende ondernemers ter beschikking heeft gesteld.
- 1.3 Als een van de geschiktheidseisen heeft beklaagde in het document onder meer als eis gesteld:

'3.3.1 Inschrijver verklaart dat hij in het bezit is van een geldig kwaliteitssysteem (b.v. ISO 9001 of soortgelijk) voor het product/dienst zoals beschreven in deze aanbesteding.'
- 1.4 In de Nota van Inlichtingen (bijlage 4) hebben geïnteresseerde partijen aan beklaagde om een nadere toelichting op de Geschiktheidseis gevraagd:

'Is het hebben van een ISO certificering een must? Als bedrijf hebben wij een NEN certificering, mag dit gezien worden als gelijkwaardig (zoals genoemd in de aanbesteding). Als ISO een must is, kun je als bedrijf de mogelijkheid vragen om het te behalen na de gunning?'
- 1.5 Beklaagde heeft in haar antwoord verzocht om het NEN certificaat en het handboek bij te voegen:

'Een ISO-certificaat of gelijkwaardig is verplicht. De beoordeling of een NEN certificering gelijkwaardig is, is zonder inzage in de bijbehorende documenten niet mogelijk. Deze beoordeling (voor niet-ISO gecertificeerde bedrijven) zal [beklaagde] alleen doen voor de Leveranciers die mogelijk een contract gegund krijgen. Voeg daarom indien u geen ISO-certificaat heeft, uw handboek en het certificaat bij (middels een ZIP-file) zodat deze later beoordeeld kan worden.'
- 1.6 Klager heeft ingeschreven voor perceel 2, inkoop. Op 15 oktober 2013 ontving zij de "voorlopige" gunningsbeslissing voor dit perceel. Daarin schreef beklaagde onder meer het volgende:

'Wij hebben volgens ons gunningsmodel de ranking gedaan en u bent als nummer 2 geëindigd. Gefeliciteerd met de gunning.'

- 1.7 Bij een via het inkoop-systeem verzonden bericht aan klager deelde beklagde op 30 oktober 2013 aan klager onder meer het volgende mee:

'(...). [Beklaagde] is daarom van mening dat u op basis hiervan uw rechten in deze verwerkt heeft. [Beklaagde] heeft besloten, omdat uw inschrijving niet aan een minimumeis voldoet, uw inschrijving terzijde te leggen. Dat betekent dat de voorlopige gunningsbeslissing zoals bekend gemaakt in de voorlopige gunningsbrief (d.d. 15 oktober 2013) bij deze wordt ingetrokken. Op korte termijn zal er door [beklaagde] een herzien beoordelingsresultaat bekend gemaakt worden aan de leveranciers in onderhavige Europese aanbesteding. Omdat uw inschrijving niet voldoet aan de minimumeisen beschouwt [beklaagde] uw inschrijving als "niet gedaan". Dat betekent dat u geen partij meer bent bij onderhavige Europese aanbesteding. U zult daarom ook niet geïnformeerd worden over de herziene beoordelingsresultaten.'

- 1.8 Tegen deze beslissing heeft klager op 4 november 2013 bezwaar gemaakt bij beklagde.

- 1.9 Op 7 november 2013 berichtte beklagde aan klager onder meer het volgende:

'[Beklaagde] heeft naar aanleiding van diverse reacties van inschrijvers de aanbestedingsprocedure zorgvuldig onder de loep genomen. Hoewel [beklaagde] de procedure naar eer en geweten heeft uitgevoerd, moet nu worden geconstateerd dat aan de aanbestedingsprocedure en de uitvoering hiervan in perceel 2 gebreken kleven die niet in overeenstemming zijn met de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht. Gezien het bovenstaande kan [beklaagde] slechts overgaan tot het stopzetten van perceel 2: Inkoop, van onderhavige Europese aanbesteding. De genomen voorlopige gunning- en afwijzingsbeslissingen worden daarom ook bij dezen ingetrokken.'

2. Beschrijving klacht

- 2.1 In de beschrijving van haar klacht stelt klager dat beklagde ten onrechte de voorlopige gunningsbeslissing en vervolgens de gehele aanbestedingsprocedure voor perceel 2 heeft ingetrokken. Klager voldoet immers aan de gestelde geschiktheidseisen, heeft geldig op onderhavige aanbesteding ingeschreven en heeft de economische meest voordelige inschrijving ingediend. Klager betwist dat sprake is van dusdanige gebreken in de aanbestedingsprocedure dat deze gestopt diende te worden. Bovendien handelt beklagde volgens klager tevens onrechtmatig door de aanbestede diensten na stopzetting van de aanbesteding onderhands in te kopen, zonder klager daarvoor uit te nodigen.

- 2.2 De klacht laat zich in de volgende twee klachtonderdelen samenvatten.

- 2.2.1 (Klachtonderdeel 1) Beklaagde heeft ten onrechte de voorlopige gunningsbeslissing ten aanzien van klager en vervolgens de gehele aanbestedingsprocedure voor perceel 2 ingetrokken.

- 2.2.2 (Klachtonderdeel 2) Beklaagde handelt tevens onrechtmatig door de aanbestede diensten na stopzetting van de aanbesteding onderhands in te kopen (zonder daarvoor klager uit te nodigen).

3. Onderbouwing klacht

- 3.1 (Klachtonderdeel 1) Wanneer beklagde al het recht zou hebben om een aanbesteding te staken, dan wordt dit recht beperkt door (de beginselen van) het aanbestedingsrecht. Wanneer beklagde een aanbesteding staakt om vervolgens een opdracht voor inhuur van tijdelijk personeel opnieuw aan te besteden (of langs andere weg te gunnen), dan zal zij een geldige reden daarvoor moeten hebben. Een geldige reden is er niet. Bovendien kan het niet zo zijn dat beklagde de aanbesteding van gelijktijdig aanbestede andere percelen waarvoor diezelfde reden evenzeer opgaat voortzet. Ofwel alle percelen zijn geldig aanbesteed ofwel aan alle percelen kleeft hetzelfde gebrek. Overigens voldoet klager aan de gestelde geschiktheidseisen, heeft klager geldig op onderhavige aanbesteding ingeschreven en heeft klager de economische meest voordelige inschrijving ingediend. Tot slot betwist klager dat sprake is van dusdanige gebreken in de aanbestedingsprocedure dat deze gestopt diende te worden.
- 3.2 (Klachtonderdeel 2) Beklagde is na stopzetting van de aanbesteding overgegaan tot onderhandse inhuur van tijdelijk inkooppersoneel. Ook dit is onrechtmatig jegens klager.

4. Aangedragen suggestie(s) tot verhelpen van de klacht

Vergoeding van schade aan klager, waarbij die schade kan worden bepaald aan de hand van de gederfde winst van klager, die geschat kan worden op 15-20% van de helft van de opdrachtwaarde

5. Reactie beklagde

5.1 Klachtonderdeel 1

- 5.1.1 Beklagde heeft contractsvrijheid en kan niet worden verplicht tot definitieve gunning over te gaan. Dus kan beklagde ook een lopende aanbesteding afbreken. Totdat een definitieve gunningsbeslissing is genomen mag beklagde een aanbesteding afbreken.
- 5.1.2 Aan een voorlopige gunningsbeslissing kunnen geen rechten worden ontleend. Dit volgt uit de jurisprudentie maar ook uit par. 3.5 van de aanbestedingsleidraad waarin is opgenomen dat de inschrijvers aan een voorlopige gunning geen enkel recht kunnen ontleen.
- 5.1.3 Beklagde had overigens meerdere gronden om de aanbesteding af te breken. Het budget voor de inhuur van tijdelijk inkoop en logistiek personeel stond onder druk. Dat was ten tijde van de bekendmaking nog niet het geval.
- 5.1.4 Er was onduidelijkheid over de geschiktheidseis zoals geformuleerd in punt 3.3.1 van de Nota van Inlichtingen. Er was ook onduidelijkheid over de voor sommige inschrijvers onvoldoende duidelijke afwijzingsbrieven. Dit bracht aan het licht dat de beoordelingssystematiek en het gunningsmodel voor perceel 2 onvoldoende werkte.
- 5.1.5 Bij een eventuele heraanbesteding zal beklagde voorts onderscheid maken tussen inkoop en logistiek personeel.
- 5.1.6 Er is dus een veelheid van redenen die hebben geleid tot de beslissing van beklagde om de aanbesteding te beëindigen.

5.2 Klachtonderdeel 2

- 5.2.1 Beklaagde heeft in december 2013 een onderhandse offerteaanvraag gedaan voor één inkoper Materials Rotating en dat is een geheel andere opdracht dan die welke zij onder perceel 2 had uitgezet. Bovendien ligt de waarde van die opdracht ver onder de drempelwaarde voor diensten.
- 5.2.2 Mocht beklagde de opdracht weer in de markt zetten dan zal klager wederom in de gelegenheid zijn om mee te dingen, maar het is nog niet duidelijk of en zo ja wanneer dat gaat gebeuren.

6. **Beoordeling**

6.1 Klachtonderdeel 1

- 6.1.1 Alvorens tot een beoordeling van de klacht over te gaan, merkt de Commissie het volgende op. Uit de stukken blijkt dat partijen in deze zaak uitgaan van de veronderstelling dat er een onderscheid kan worden gemaakt tussen de zogenoemde "voorlopige" en "definitieve" gunningsbeslissing. Dat onderscheid wordt in de Aw 2012 echter niet gemaakt. Een onderscheid dat in de Aw 2012 wel wordt gemaakt – zie art. 2.129 Aw 2012 – is het onderscheid tussen de mededeling van de gunningsbeslissing enerzijds en de aanvaarding van een inschrijving als bedoeld in art. 217, eerste lid, BW anderzijds.
- 6.1.2 De Commissie stelt vast dat beklagde in de onderhavige zaak de mededeling van de gunningsbeslissing jegens klager heeft gedaan maar vervolgens niet tot aanvaarding van de inschrijving van klager is overgegaan. Beklaagde heeft in plaats daarvan de aanbestedingsprocedure beëindigd.
- 6.1.3 De Commissie is van oordeel dat een aanbesteder in beginsel gerechtigd is om een aanbestedingsprocedure te beëindigen na de mededeling van de gunningsbeslissing en vóórdat aanvaarding van de winnende inschrijving heeft plaatsgevonden, tenzij dat op grond van het gerechtvaardigd vertrouwen van de winnende inschrijver in het tot stand komen van de overeenkomst of in verband met de andere omstandigheden van het geval onaanvaardbaar zou zijn. Dergelijk vertrouwen mag de winnende inschrijver niet koesteren in het geval dat de aanbesteder om aanbestedingsrechtelijke redenen geen uitvoering mag geven aan zijn voornemen tot het sluiten van de overeenkomst. Ook wanneer dergelijke redenen afwezig zijn en er (daardoor) sprake is van gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen van de winnende inschrijver, kan de aanbesteder alsnog afzien van het sluiten van de overeenkomst, mits hij daar een goede reden voor kan aanvoeren die in de sfeer ligt van onvoorziene financiële, maatschappelijke en/of politieke ontwikkelingen.
- 6.1.4 Beklaagde heeft aangevoerd dat zij ging twijfelen aan de juistheid van haar eigen aanbestedingsdocumenten en beoordelingssystematiek. Beklaagde heeft vervolgens zelf besloten dat de selectie- en gunningssystematiek, en in het bijzonder de formulering van de geschiktheidseis zoals geformuleerd in punt 3.3.1 van de Nota van Inlichtingen, te wensen overliet. De Commissie deelt deze conclusie. De eis verwees naar het aanwezig zijn van een kwaliteitssysteem ISO-9001 of gelijkwaardig, niet naar een gecertificeerd systeem. Het na de bekendmaking nader aanscherpen van eisen is in beginsel niet geoorloofd. Het getuigt van inzicht en "damage control" om in een dergelijk geval over te gaan tot het beëindigen van de aanbestedingsprocedure. Daarmee is naar het oordeel van de Commissie sprake van een goede aanbestedingsrechtelijke reden in de hiervoor bedoelde zin. Ook de door beklagde aangevoerde redenen – en dan vooral die welke betrekking hebben op het voort-

schrijdend inzicht in het licht van de recessie – leveren een goede reden op in de zin van hetgeen is overwogen in 6.1.3 *in fine*.

6.1.5 Wanneer een aanbestedder na de mededeling van de gunningsbeslissing en vóórdat aanvaarding van de winnende inschrijving heeft plaatsgevonden een aanbestedingsprocedure beëindigt op grond van een goede reden zoals hiervoor bedoeld, kan wel een vergoedingsplicht ter zake van het negatief contractsbelang ontstaan. Of en zo ja in welke mate beklagde een dergelijke vergoedingsplicht jegens klager is verschuldigd, is een vraag die zich niet leent voor beantwoording in het kader van een klachtprocedure bij de Commissie van Aanbestedingsexperts.

6.1.6 De Commissie kan op basis van de overgelegde stukken niet beoordelen of, zoals klager stelt, klager de economisch meest voordelige inschrijving heeft gedaan. Overigens lijkt de Commissie dit ook niet relevant nu in deze zaak sprake is van een aanbestedingsprocedure met het oog op het sluiten van raamovereenkomsten met verschillende ondernemingen en uit de feiten blijkt – zie 1.6 hiervoor – dat beklagde op basis van de inschrijving in eerste instantie voornemens was om de raamovereenkomst voor perceel 2 ook aan klager, die als nummer 2 was geëindigd, te gunnen.

6.1.7 Dit alles leidt tot de conclusie dat klachtonderdeel 1 ongegrond is.

6.1.8 De Commissie merkt ten overvloede nog op dat zij van oordeel is dat het ten nadele van een inschrijver terugdraaien van een eerder ten gunste van hem genomen gunningsbeslissing in beginsel niet geoorloofd is. De in artikel 2.127, derde lid, Aw 2012 opgenomen opschortingstermijn van 20 dagen is in eerste instantie niet bedoeld om de aanbestedder in staat te stellen geheel eigenstandig zijn gunningsbeslissing te heroverwegen. Op grond van HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9233, mogen de inschrijvers er van uitgaan dat de mededeling van de gunningsbeslissing alle gronden bevat die voor die beslissing relevant zijn. De Commissie verwijst naar de rechtsoverwegingen 3.10 en 3.11 van dat arrest. Zou beklagde de aanbestedingsprocedure niet hebben beëindigd, dan zou de Commissie een tegen deze beslissing van klager gerichte klacht gegrond hebben verklaard.

6.2 Klachtonderdeel 2

Uit de door de beklagde verstrekte toelichting blijkt de Commissie afdoende dat de beklagde met de onderhandse offerteaanvraag een – qua aard en omvang – geheel ander type dienst heeft aanbesteed dan die welke voorwerp van de beëindigde aanbestedingsprocedure waren. Ook dit klachtonderdeel is dus ongegrond.

7. **Advies**

De Commissie acht de klacht **ongegrond**.

8. Aanbeveling

De Commissie ziet geen kans tot het doen van een aanbeveling.

De Commissie heeft zich ten behoeve van dit advies laten bijstaan door mr. A.G.J. Van Wassenaer die als Commissie-Expert aan de Commissie is verbonden.

Den Haag, 28 februari 2014

w.g.:
Mr. J.G.J Janssen
Voorzitter

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