

## Advies 105

### 1. Feiten

1.1 Beklaagde, een stichting die het bevoegd gezag vormt van een aantal scholen voor basisonderwijs, heeft op 27 maart 2014 een Europese openbare aanbesteding aangekondigd op TenderNed. De opdracht is verdeeld in twee percelen: 1. ICT netwerkbeheer en 2. levering van hardware. De opdracht wordt beschreven in een document genaamd "Selectieleidraad", dat hierna met de meer gebruikelijke term "Offerteaanvraag" zal worden aangeduid.

1.2 In paragraaf 2.4 van de Offerteaanvraag staat de volgende planning:

Activiteit	Datum
Verzenden aankondiging naar Publicatiebureau van de Europese Gemeenschap	27 maart 2014
Uiterste inleverdatum vragen	21 april 2014 vóór 09.00u
Verzenden nota van inlichtingen	28 april 2014
Uiterste datum inschrijving	13 mei 2014 vóór 11.00u
Beoordeling (schriftelijk)	19 mei 2014
Presentatie	26 mei 2014
Geschatte datum voorlopige gunning plus afwijzingsbrieven aan afgewezen inschrijvers	Week 23
Geschatte datum sluiten raamovereenkomsten	Week 26
Ingangsdatum raamovereenkomst levering hardware	1 juli 2014
Ingangsdatum raamovereenkomst netwerkbeheer	1 oktober 2014

1.3 In hoofdstuk 3 van de Offerteaanvraag (blz. 64) is bepaald:

*"De aanbestedingsdocumenten zijn met zorg samengesteld. Mocht een inschrijver desondanks tegenstrijdigheden, onvolledigheden, onjuistheden of onduidelijkheden constateren in de aanbestedingsdocumenten, zowel ten aanzien van de aanbestedingsprocedure als ten aanzien van de inhoud van de opdracht, dan dient inschrijver deze zo spoedig mogelijk, doch uiterlijk voor de nota van inlichting(en) aan [beklaagde] zoals vermeld in paragraaf 2.2 schriftelijk en expliciet mede te delen op straffe van verval van recht.*

*Voor zover een inschrijver na toezending van de nota van inlichting(en) meent dat op grond van de informatie in de nota van inlichting(en) er enige onduidelijkheid is ten aanzien van de aanbestedingsprocedure of de inhoud van de opdracht, dient zij op straffe van verval van recht per ommegaande, maar in ieder geval binnen drie kalenderdagen hierover schriftelijk en expliciet mededeling te doen aan [X] b.v. zoals vermeld in paragraaf 2.2."*

1.4 Op 28 april 2014 heeft beklagde een Nota van Inlichtingen gepubliceerd, waarin in Hoofdstuk 6 ("Correcties") op blz. 33 de volgende passage voorkomt:

*"Door in te schrijven bevestigt de leverancier dat zij per leveringsadres een minimale leveringsbetrouwbaarheid biedt van 95%. De leveringsbetrouwbaarheid maakt*

deel uit van de jaarlijkse managementrapportage. Indien in een kalenderjaar een lagere leveringsbetrouwbaarheid is gehaald dan 95%, zal opdrachtnemer aan de betreffende afnemer een onmiddellijk opeisbare boete verschuldigd zijn. Deze boete is per afnemer gelijk aan € 500,00 per heel procent dat lager is dan 95%. De berekende leveringsbetrouwbaarheid wordt afgerond op hele procenten.

Voorbeeld:

Percentage Leveringsbetrouwbaarheid locatie A = 94,8% (= tussen 94% en 95%).

De boete is € 500,-

Percentage Leveringsbetrouwbaarheid locatie B = 94,1% (= tussen 94% en 95%).

De boete is € 500,-

Percentage Leveringsbetrouwbaarheid locatie C = 93,8% (= tussen 93% en 95%).

De boete is € 1.000,-

Wordt vervangen door:

Door in te schrijven bevestigt de leverancier dat zij een gemiddelde minimale leveringsbetrouwbaarheid biedt van 95%. De leveringsbetrouwbaarheid maakt deel uit van de jaarlijkse managementrapportage. Indien in een kalenderjaar een lagere leveringsbetrouwbaarheid is gehaald dan 95%, zal opdrachtnemer aan de betreffende afnemer een onmiddellijk opeisbare boete verschuldigd zijn. Deze boete is per afnemer gelijk aan € 7.500,00 per heel procent dat lager is dan 95%. De berekende leveringsbetrouwbaarheid wordt afgerond op hele procenten.

Voorbeeld:

Percentage Leveringsbetrouwbaarheid locatie A = 94,8%

Percentage Leveringsbetrouwbaarheid locatie B = 94,1%

Percentage Leveringsbetrouwbaarheid locatie C = 93,8%

Gemiddelde leveringsbetrouwbaarheid =  $(94,8\% + 94,1\% + 93,8\%) / 3 = 94,2\%$ .  
(= tussen 94% en 95%.) De boete is € 7.500,00."

1.5 Klager is een leverancier van hardware. Klager heeft op 30 april 2014, twee dagen na publicatie van de Nota van Inlichtingen, per email enkele technische vragen gesteld. Beklaagde heeft die vragen niet beantwoord.

1.6 Per email van 8 mei 2014 brengt klager bezwaren naar voren, die als volgt worden verwoord:

*"Ook is de aanpassing in de NVI van vorige week van het boetebedrag van € 7.500 per procent lager dan 95% gemiddelde leveringsbetrouwbaarheid voor ons absoluut onacceptabel en totaal niet in verhouding met de af te nemen aantallen en het type klant: basisonderwijs, dit is niet echt een bedrijfskritische omgeving. Ook is dit boetebedrag niet gemaximaliseerd. Wij zullen de aanpassing van dit boetebedrag deze week nog voorleggen aan de Commissie van Aanbestedingsexperts."*

1.7 Op 9 mei 2014 heeft klager een klacht ingediend bij de Commissie.

1.8 Beklaagde heeft vier inschrijvingen ontvangen. Klager heeft geen inschrijving ingediend.

1.9 Beklaagde heeft nog geen mededeling van een gunningsbeslissing gedaan en heeft op verzoek van de Commissie de aanbestedingsprocedure opgeschort.

## **2. Beschrijving klacht**

Klager maakt bezwaar tegen de in punt 1.4 genoemde aanpassing van het boetebeding. De klacht heeft alleen betrekking op perceel 2, levering van hardware.

### **3. Onderbouwing klacht**

- 3.1 Klager vindt een boetebedrag van € 7.500,00 per procent lager dan 95% absurd hoog, mede omdat het gaat om basisonderwijs, wat volgens klager geen bedrijfskritische omgeving is. Daarbij speelt een rol dat het gaat om relatief lage aantallen af te nemen hardware.
- 3.2 Klager stelt dat er sprake is van 14 locaties en dat de opdracht (van perceel 2, naar de Commissie aanneemt) een waarde heeft van € 220.000.

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

Klager stelt voor dat de Commissie contact opneemt met beklagde en haar adviseert alsnog een tweede nota van inlichtingen te publiceren.

### **5. Reactie beklagde**

Beklaagde stelt dat het boetebedrag niet disproportioneel is. Ook wijst beklagde er op dat ICT een zeer belangrijke plek in de dagelijkse lessen inneemt en wel degelijk bedrijfskritisch is. Tenslotte wijst beklagde op de in punt 1.3 geciteerde passage uit de Offerteaanvraag.

### **6. Beoordeling**

- 6.1 De Commissie begrijpt de klacht aldus dat klager daarmee betoogt dat het bij de Nota van Inlichtingen van 28 april 2014 gewijzigde boetebeding in strijd is met het proportionaliteitsbeginsel, meer in het bijzonder met art. 1.10 lid 1 sub h Aw 2012 .
- 6.2 Op grond van het bepaalde in hoofdstuk 3 van de Offerteaanvraag – hierboven geciteerd onder punt 1.3, tweede alinea – diende klager binnen drie kalenderdagen na toezending van de Nota van Inlichtingen aan beklagde mededeling te doen van onduidelijkheden ten aanzien van de aanbestedingsprocedure of de inhoud van de opdracht. Voor zover beklagde zich er op beroept dat klager deze mededeling niet tijdig heeft gedaan, gaat zij er naar het oordeel van de Commissie aan voorbij dat klager niet klaagt over de onduidelijkheid van het bij de Nota van Inlichtingen gewijzigde boetebeding, maar over het disproportionele karakter daarvan.
- 6.3 Dat beklagde daarmee geen beroep op het bepaalde in hoofdstuk 3 van de Offerteaanvraag toekomt, laat naar het oordeel van de Commissie onverlet dat volgens bestaande (ook nationale) jurisprudentie van een inschrijver een proactieve houding mag worden verwacht. Dit houdt in dat een inschrijver in een geval als het onderhavige verplicht is een in de Nota van Inlichtingen geformuleerde – mogelijke – inbreuk op art. 1.10 lid 1 sub h Aw 2012 bij de aanbesteder te signaleren zodra hij die redelijkerwijze behoorde op te merken. De ratio daarvan is dat de aanbesteder 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.
- 6.4 Klager heeft naar het oordeel van de Commissie de in 6.3 bedoelde verplichting niet nageleefd door pas op 8 mei 2014 – tien kalenderdagen na het verschijnen van de Nota van Inlichtingen en vier dagen voor het verstrijken van de inschrijvingstermijn – haar bezwaren met betrekking tot het in de Nota van Inlichtingen gewijzigde boetebeding naar voren te brengen. Deze handelwijze van klager staat er aan in de

weg dat zij in dit stadium nog tegen het mogelijk disproportionele karakter van het gewijzigde boetebeding kan opkomen.

6.5 Het voorgaande laat onverlet dat de Commissie ten overvloede nog het volgende wenst op te merken met betrekking tot de vraag naar de proportionaliteit van het gewijzigde boetebeding.

6.6 Uit de reactie van klager op de klacht blijkt dat het boetebeding door haar is gewijzigd naar aanleiding van een vraag van een van de gegadigden. Beklaagde heeft in dat verband in haar reactie het volgende opgemerkt met betrekking tot het gewijzigde beding:

'In alle gevallen wordt het percentage gemiddeld naar alle locaties van opdrachtnemer. Hierdoor zullen de locaties waar een hogere leveringsbetrouwbaarheid heeft plaatsgevonden, de locaties met een lagere leveringsbetrouwbaarheid compenseren. Hierdoor zijn wij van mening dat het boetebedrag niet disproportioneel is. De vier partijen die hebben ingeschreven voor perceel 4 hebben naar aanleiding van de aanpassing in de Nota van Inlichtingen hierover geen verdere vragen gesteld.'

Naar de Commissie begrijpt, bedoelt beklagde met deze reactie mede tot uitdrukking te brengen dat het gewijzigde boetebeding juist gunstiger voor opdrachtnemers uitpakt dan het oorspronkelijke en dat dit laatste ook haar bedoeling is geweest met de wijziging van het beding.

6.7 De Commissie heeft vastgesteld dat het mogelijk is rekenvoorbeelden te bedenken waarin het gewijzigde boetebeding voor opdrachtnemers gunstiger uitpakt dan het oorspronkelijke beding, maar dat het tevens mogelijk is rekenvoorbeelden te bedenken waarin juist het omgekeerde het geval is. Wat daar ook van zij, zelfs wanneer het gewijzigde boetebeding gunstiger voor opdrachtnemers is dan het oorspronkelijke, betekent dat nog niet dat het gewijzigde beding proportioneel is. Of dat laatste zo is, is een vraag die de Commissie echter niet kan beantwoorden om de volgende reden.

6.8 Een belangrijk begrip dat in het boetebeding wordt gebruikt, is het begrip "leveringsbetrouwbaarheid". De Commissie heeft in de aan haar verstrekte aanbestedingsstukken geen definitie van dat begrip aangetroffen. Die definitie is van groot belang om te kunnen beoordelen of het beding proportioneel is. Wanneer bijvoorbeeld een school 10 laptops bestelt voor € 500 per stuk en deze laptops een week te laat geleverd worden, rijst de vraag of de leveringsbetrouwbaarheid in dat geval 0% is. Bij het oorspronkelijke boetebeding zou de boete in dat geval  $95 \times € 500 = € 47.500$  bedragen, wat naar het oordeel van de Commissie niet proportioneel zou zijn. Bij gebreke aan informatie over de inhoud van het begrip "leveringsbetrouwbaarheid" kan de Commissie niet beoordelen of het gewijzigde beding proportioneel is.

6.9 De Commissie merkt tot slot – en eveneens ten overvloede – nog het volgende op. De in punt 1.4 beschreven wijziging van het boetebeding lijkt haar een wezenlijke wijziging van de voorwaarden van de opdracht te zijn. Denkbaar is immers dat potentiële inschrijvers hun belangstelling voor de aanbesteding hebben verloren na kennisname van het oorspronkelijke boetebeding. Dan kan zich hier een situatie hebben voorgedaan die vergelijkbaar is met de casus van het arrest HvJ EU 10 mei 2012, C-368/10 (Commissie/Nederland), waar het Hof in r.o. 55 overweegt dat in de Nota van Inlichtingen niet de belangrijkste voorwaarden van de opdracht gewijzigd mogen worden. Aangenomen dat niet alleen voor klager, maar ook voor andere potentiële inschrijvers, het boetebeding een belangrijke voorwaarde is, zou beklagde dan een rectificatie of een nieuwe aankondiging hebben moeten plaatsen in TenderNed waarbij de minimale termijn van 45 dagen in acht wordt genomen.

## **7. Advies**

De Commissie acht de klacht **ongegrond**.

## **8. Aanbeveling**

De Commissie doet de volgende aanbeveling. Beklaagde doet er naar het oordeel van de Commissie verstandig aan om de mogelijke aanbestedingsrechtelijke consequenties van (de wijziging van) het boetebeding nog eens goed te doordenken, alvorens tot een afronding van de aanbestedingsprocedure te komen. Die consequenties zijn driedelig. In de eerste plaats: wanneer er in de niet aan de Commissie verstrekte aanbestedingsstukken geen duidelijke definitie van het begrip "leveringsbetrouwbaarheid" staat, valt niet uit te sluiten dat de inschrijvers dat begrip ieder afzonderlijk verschillend interpreteren en dat die interpretatieverschillen doorwerken in de (vergelijkbaarheid van de) ontvangen inschrijvingen. In de tweede plaats: ook wanneer die interpretatieverschillen niet bestaan, valt niet uit te sluiten dat het beding de toets van art. 1.10 lid 1 sub h Aw 2012 niet kan doorstaan. Voor een definitief oordeel daarover is gelet op het voorgaande meer informatie nodig. In de derde plaats wijst de Commissie er op dat de wijziging van het boetebeding mogelijk een wezenlijk karakter heeft.

De Commissie heeft zich ten behoeve van dit advies laten bijstaan door mr.drs. T.H. Chen die als Commissie-Expert aan de Commissie is verbonden.

Den Haag, 13 juni 2014

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

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