

Advies 124

1. Feiten

- 1.1 Beklaagde heeft een niet-openbare Europese aanbestedingsprocedure gehouden voor de levering van geschenken (bijvoorbeeld kerstpakketten en relatiegeschenken).
- 1.2 In de selectiefase heeft beklaagde 23 aanmeldingen van gegadigden ontvangen, waaronder die van klager.
- 1.3 In de Selectieleidraad is ten aanzien van de selectiemethodiek het volgende bepaald:

'Par. 4.1.1.1 – Beoordeling Aanmeldingen
(...) Indien meer dan acht Gegadigden voldoen aan de in deze Selectieleidraad gestelde formele eisen dan wel de eisen opgenomen in de EV alsmede de overige verklaringen (indien van toepassing), zal onder deze geselecteerde Gegadigden een loting plaatsvinden. (...) Voor alle geselecteerde Gegadigden zal een kaartje met de naam van de Gegadigde in een bak worden gedaan waarna acht kaarten uit de bak getrokken zullen worden. (...)'
- 1.4 De uiterste termijn voor de aanmelding voor de selectiefase was 12 mei 2014, 11:00 uur. Er hebben zich meer dan acht gegadigden aangemeld.
- 1.5 Op 13 mei 2014 heeft beklaagde alle gegadigden geïnformeerd over de verdere gang van zaken bij de loting die op 14 mei 2014 zal plaatsvinden. In deze e-mail heeft beklaagde toegelicht dat alle gegadigden meedoen aan de loting, waarbij de ranking eventueel achteraf zal worden gecorrigeerd door aanmeldingen van gegadigden, die niet aan alle formele eisen en/of geschiktheidseisen voldoen, alsnog terzijde te leggen.
- 1.6 Bij de loting op 14 mei 2014 is klager geëindigd op de 11e plaats, zoals blijkt uit het proces-verbaal van loting. Na definitieve afronding van de toets op de formele eisen en geschiktheidseisen heeft beklaagde de aanmeldingen van drie gegadigden terzijde gelegd en is de uitslag van de loting dienovereenkomstig bijgesteld. klager is hierbij twee plaatsen in de ranking opgeschoven naar de 9e plaats.
- 1.7 Bij brief van 15 mei 2014 heeft beklaagde aan klager meegedeeld dat zij is geëindigd op de 9e plaats en om die reden niet is geselecteerd voor de volgende fase van de aanbestedingsprocedure.
- 1.8 Klager heeft naar aanleiding van deze afwijzingsbrief bij e-mail van 20 mei 2014 aan beklaagde een aantal vragen gesteld over de loting, die door beklaagde bij e-mail van 28 mei 2014 zijn beantwoord.
- 1.9 Klager heeft bij e-mail van 2 juni 2014 bezwaar te maken tegen de gevolgde procedure en verzocht om een (openbare) herloting.
- 1.10 Beklaagde heeft aangegeven geen reden te zien tot herloting.

- 1.11 Op 5 juni 2014 heeft klager een klacht ingediend bij de klachtencommissie van beklagde. De klachtencommissie heeft de klacht bij beslissing van 17 juni 2014 ongegrond geacht.

2. Beschrijving klacht

Klager maakt bezwaar tegen het feit dat de aanbestedingsprocedure zoals vastgelegd in de selectieleidraad niet is gevolgd.

3. Onderbouwing klacht

Ter onderbouwing van haar klacht verwijst beklagde naar paragraaf 3.4.4. van de Gids Proportionaliteit (blz. 27):

'Procedureregels

Mede vanuit het oogpunt van proportionaliteit wordt het wenselijk geacht om wanneer eenmaal voor een procedure is gekozen de daarvoor vastgestelde procedure-regels te volgen.'

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

Klager stelt voor dat beklagde alsnog een openbare herloting verricht onder de gegadigden die voldoen aan de gestelde eisen conform de procedure zoals vastgelegd in de Selectieleidraad.

5. Reactie beklagde

- 5.1 De kern van het bezwaar van klager is dat beklagde de door haar beschreven selectieprocedure niet heeft nageleefd. Deze klacht is naar mening van beklagde onterecht. Zij heeft dat als volgt toegelicht.
- 5.2 Na ontvangst van de aanmeldingen op 12 mei 2014 heeft de beoordelingscommissie van beklagde de aanmeldingen overeenkomstig de Selectieleidraad getoetst op de formele eisen en geschiktheidseisen. Vervolgens heeft beklagde een loting georganiseerd waaraan alle gegadigden hebben deelgenomen. De gegadigden die niet voldeden aan de eisen zijn omwille van redenen van efficiëntie wel *pro forma* meegenomen in de loting voor het geval zou blijken dat een of meer gegadigden toch onterecht is/zijn uitgesloten.
- 5.3 Mocht blijken dat een gegadigde onterecht is uitgesloten, dan zou eenvoudig kunnen worden nagegaan op welke plek die gegadigde in de oorspronkelijke loting was geïndiceerd en zou beklagde geen nieuwe loting hoeven te organiseren. Hetzelfde geldt voor het geval dat een geselecteerde gegadigde (met een plek in de top 8) de bewijsstukken niet rond zou krijgen; in dat geval moet beklagde deze gegadigde immers alsnog uitsluiten, maar kan voor het vervolg worden volstaan met het uitsluiten van de eerstvolgende gegadigde in de ranking (de nummer 9) voor de volgende fase van de aanbesteding in plaats van opnieuw een loting tussen alle (geldige) aanmeldingen uit te voeren.

5.4 Beklaagde heeft haar keuze bovendien toegelicht in haar e-mail van 3 juni 2014:

'Beklaagde heeft er, in het kader van proportionaliteit en een efficiënte inzet van publieke middelen, voor gekozen maatregelen te nemen om te voorkomen dat een herloting zou moeten plaatsvinden indien een uitgesloten Gegadigde een terecht bezwaar zou aantekenen. **Om deze reden zijn óók de Gegadigden die niet aan de gestelde Eisen voldeden pro forma in de loting meegenomen**, voor het geval dat na voorlopige selectie mocht blijken dat een dergelijke Gegadigde niet had moeten worden uitgesloten (en dus wel voor selectie in aanmerking had moeten komen).' (onderstreping beklagde)

5.5 Uiteindelijk heeft beklagde na de loting definitief vastgesteld dat drie aanmeldingen niet (volledig) voldoen aan alle formele eisen en/of geschiktheidseisen en zijn deze aanmeldingen uitgesloten van de verdere aanbesteding. Deze aanmeldingen zijn ook verwijderd uit de ranking die na de loting tot stand is gekomen.

5.6 Beklaagde heeft nadrukkelijk gekeken of de methodiek zou passen binnen de kaders van de Selectieleidraad, en heeft daarbij de volgende berekening gemaakt:

Methodiek 1: van de 23 partijen die zich aangemeld hebben, worden er drie partijen uitgesloten en wordt voor 20 partijen een ranking bepaald op basis van een loting. Hierbij worden de eerste 8 Gegadigden uitgenodigd om een offerte uit te brengen. Netto kans om tot de offertefase te worden uitgenodigd: 40% (8/20).

Methodiek 2: van de 23 partijen die zich aangemeld hebben, wordt er voor 23 partijen een ranking bepaald op basis van een loting. Nadien worden de drie uitgesloten partijen uit de ranking gehaald en schuiven de overige partijen navenant op. Op basis hiervan worden de eerste 8 Gegadigden uitgenodigd om een offerte uit te brengen. Netto kans om tot de offertefase te worden uitgenodigd: 40% (8/20).

5.7 Voor de kans op het behalen van een plek in de top 8, maakt het voor de gegadigden geen verschil of de drie ongeldige aanmeldingen vóór of ná de loting zouden zijn verwijderd, omdat in beide gevallen de loting feitelijk gaat tussen de gegadigden die voldoen aan de eisen. Dat komt omdat er tussen de rankingen met vooraf verwijderen en de rankingen met achteraf verwijderen een zogenaamde één-eenduidige correspondentie bestaat: bij iedere ranking van de twintig geldige aanmeldingen bestaat een corresponderende ranking van alle drieëntwintig aanmeldingen, waarbij de drie ongeldige aanmeldingen geen corresponderend element hebben, en dat bij iedere ranking van alle drieëntwintig aanmeldingen een corresponderende ranking van de twintig geldige aanmeldingen bestaat (door die drie ongeldige aanmeldingen weg te laten). Die correspondentie geldt dan ook voor de top 8, in allebei de methoden.

5.8 Het maakt wel uit voor de berekening van de kansen, maar niet voor de kansen zelf. Bij achteraf verwijderen wordt de kansberekening weliswaar gecompliceerder, omdat er voor iedere kandidaat in de ranking (behalve de eerste) één (of meerdere) nog te schrappen kandidaten in de ranking kunnen staan. Maar bij beide methoden is de kans op het behalen van een plek in de top 8 precies gelijk, te weten 40%. Dit is bevestigd door een statistisch analist van beklagde en een (andere) statistisch medewerker van beklagde heeft berekeningen uitgevoerd die aantonen dat de kans om te worden ingeloot eveneens 40% is in de door beklagde gevolgde methodiek voor loting. Die berekeningen zijn door beklagde als bijlage bijgevoegd.

5.9 Ter onderbouwing van haar stelling verwijst klager in haar klacht naar paragraaf 3.4.4. van de Gids Proportionaliteit, waarin staat beschreven dat bij een keuze voor een bepaalde procedure het proportioneel is om de daartoe vastgestelde procedureregels te volgen. Beklaagde heeft gekozen voor de niet-openbare procedure en

heeft het eerste deel van deze procedure ook op de juiste wijze doorlopen. Beklaagde benadrukt bovendien dat zij juist ook vanuit het oogpunt van proportionaliteit heeft gekozen om alle gegadigden (pro forma) mee te nemen in de loting, zodat de loting niet opnieuw zou hoeven plaatsvinden indien mocht blijken dat een gegadigde toch wel aan alle eisen zou voldoen.

6. Beoordeling

- 6.1 De Commissie stelt voorop dat beklagde een niet-openbare Europese aanbestedingsprocedure voor de levering van bepaalde goederen heeft gehouden. Op deze aanbestedingsprocedure zijn de volgende bepalingen van toepassing: Artikel 1.8 en 1.9 Aw 2012; Hoofdstuk 2 Aw 2012; Gids Proportionaliteit.
- 6.2 Op beklagde rust de aanbestedingsrechtelijke verplichting om de eisen in de Selectieleidraad zodanig te formuleren dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige gegadigden in staat zijn deze op dezelfde wijze te interpreteren. De vraag is allereerst of beklagde deze verplichting is nagekomen door in par. 4.1.1.1 van de Selectieleidraad de gang van zaken met betrekking tot de selectie-/lotingsprocedure te omschrijven op de wijze zoals zij dat heeft gedaan. Die vraag zal naar het oordeel van de Commissie bevestigend kunnen worden beantwoord wanneer het mogelijk is – door middel van uitleg – vast te stellen hoe alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende gegadigden de zinsnede '*Indien meer dan acht Gegadigden voldoen aan de in deze Selectieleidraad gestelde formele eisen dan wel de eisen opgenomen in de EV alsmede de overige verklaringen (indien van toepassing), zal onder deze geselecteerde Gegadigden een loting plaatsvinden*', zouden interpreteren. Voor die uitleg zijn de bewoordingen van par. 4.1.1.1, gelezen in het licht van de gehele tekst van de aanbestedingsstukken, in beginsel van doorslaggevende betekenis. Daarbij komt het aan op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin de stukken zijn gesteld.
- 6.3 Wanneer op deze wijze de hiervoor bedoelde zinsnede wordt gezien, is het naar het oordeel van de Commissie duidelijk dat bedoeld is een eventuele loting pas uit te voeren *nadat* is vastgesteld welke gegadigden aan de in de Selectieleidraad gestelde eisen voldoen en dat alleen *die* – geselecteerde – gegadigden tot de loting worden toegelaten. Om te kunnen vaststellen wie de geselecteerde gegadigden zijn, zal door beklagde eerst met betrekking tot alle gegadigden afzonderlijk moeten worden vastgesteld of zij voldoen aan alle eisen en verklaringen. Daar hoort naar het oordeel van de Commissie bij dat de gegadigden van wie de aanmelding door beklagde ongeldig wordt geacht, daarvan bericht dienen te ontvangen en tegen die beslissing bezwaar moeten kunnen maken, waarna die bezwaren eerst door beklagde zullen moeten worden (her-)beoordeeld om vervolgens definitief vast te stellen welke gegadigden kunnen/moeten worden geselecteerd. Pas daarna kan onder die gegadigden de loting worden uitgevoerd.
- 6.4 De Commissie stelt vast dat beklagde de gang van zaken met betrekking tot de selectie-/lotingsprocedure zodanig in de Selectieleidraad heeft beschreven dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige gegadigden in staat zijn deze op dezelfde wijze te interpreteren. De Commissie constateert dat beklagde zich niet heeft gehouden aan deze procedure.
- 6.5 Ter beantwoording ligt vervolgens de vraag voor of beklagde, na ontvangst van de aanmeldingen van gegadigden, de selectie-/lotingsprocedure mocht wijzigen zoals zij dat op 13 mei 2014 per e-mail heeft gedaan (zie onder 1.5 hiervoor).
- 6.6 Voor de beantwoording van deze vraag knoopt de Commissie aan bij de jurisprudentie betreffende het wijzigen van *gunningscriteria* en bijbehorende *beoordelings-*

systematiek tijdens de aanbestedingsprocedure. De jurisprudentie is zeer streng ten aanzien van dergelijke wijzigingen: de beginselen van aanbestedingsrecht houden de verplichting in om de gunningscriteria gedurende de gehele procedure op dezelfde wijze uit te leggen (zie HvJ EG 18 oktober 2001, zaak C-19/00 (SIAC), r.o. 43), terwijl de gunningscriteria zelf niet mogen worden gewijzigd gedurende de aanbestedingsprocedure (zie HvJ EG 4 december 2003, zaak C-448/01 (Wienstrom), r.o. 93), zonder dat behoeft te worden aangetoond dat de wijziging (in de hierna te noemen zaak: wijziging van het relatieve gewicht van de gunningscriteria) een discriminatoir effect op een van de inschrijvers heeft gehad: het volstaat dat niet kan worden uitgesloten dat een dergelijk effect zich heeft kunnen voordoen op het moment dat de wijziging is doorgevoerd (zie HvJ EG 18 november 2010, zaak C-226/09 (Commissie/Ierland), r.o. 63).

- 6.7 In de literatuur wordt – eveneens met verwijzing naar jurisprudentie – aangenomen dat deze redenering ook geldt voor het tijdens een aanbestedingsprocedure wijzigen van *kwalitatieve geschiktheidseisen* (Pijnacker Hordijk c.s., p. 288-289) en van de (*nadere*) *selectiecriteria* en de *selectiemethodiek* (Pijnacker Hordijk c.s., p. 342-343; Leidraad Aanbesteden Bouwopdrachten 2009, p. 283). De Commissie is dan ook van oordeel, mede gelet op het bepaalde in art. 1.8 en 1.9 Aw 2012, dat het wijzigen door beklagde van de selectie-/lotingsprocedure, zeker wanneer de aanmeldingen van gegadigden al ontvangen zijn, niet is toegestaan. Het risico van favoritisme en willekeur ligt dan immers op de loer.
- 6.8 Beklaagde zou zich hebben moeten onthouden van wat door een gemiddelde gegadigde als het “wijzigen van de spelregels tijdens het spel” zal mogen worden gepercipieerd. Dat wordt niet anders door de door beklagde gegeven en uit efficiency overwegingen voortkomende rechtvaardiging voor haar gedrag dat zij vanuit het oogpunt van proportionaliteit ervoor heeft gekozen om alle gegadigden (pro forma) mee te nemen in de loting, zodat de loting niet opnieuw zou hoeven plaatsvinden indien mocht blijken dat een gegadigde toch wel aan alle eisen zou voldoen.
- 6.9 De Commissie acht de klacht dan ook gegrond.
- 6.10 Ten overvloede overweegt de Commissie nog het volgende. De Commissie heeft zich laten adviseren door een aan de Commissie verbonden expert. Deze expert heeft de conclusies van beklagde betreffende de “kans op het behalen van een plek in de top 8” (als hierboven aangegeven sub 5.6 t/m 5.8) geverifieerd en juist bevonden. De in de Selectieleidraad beschreven procedure is gewijzigd, maar materieel heeft dat geen effect op de kans om als gegadigde ingeloot te worden. Die kans is in de beide vormen van de selectie-/lotingsprocedure inderdaad 40%. Het voorgaande betekent dat de gegrondheid van de klacht in casu geen effect heeft nu de belangen van klager door de gewijzigde proceduregang materieel niet zijn geschaad.

7. Advies

De Commissie acht de klacht **gegrond**.

8. Aanbeveling

De Commissie beveelt beklagde aan om bij toekomstige aanbestedingen zich te houden aan de in de aanbestedingsstukken beschreven procedure van selectie en loting (waarbij het aanbeveling zou verdienen de in de Selectieleidraad beschreven procedure uit te breiden met de mogelijkheid voor afgewezen gegadigden bezwaar te maken) en daarvan slechts af te wijken indien de mogelijkheid tot afwijking ex-

pliciet is voorbehouden en de keuze voor een van beide te volgen procedures geen invloed heeft op de kans van een gegadigde om geselecteerd te worden voor de inschrijvingsfase.

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, 19 augustus 2014

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

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