

**Advies 196**

**1. Feiten**

- 1.1. Het Ministerie [Z.] heeft op 18 juli 2001 namens de Staat een softwareovereenkomst gesloten met [X.].
- 1.2. Beklaagde is een Rijksdienst die onderdeel vormt van het Ministerie [Z.]. Een van de regionale diensten van beklagde heeft op 10 april 2007 een raamovereenkomst met klager gesloten betreffende het inrichten en configureren van een onderhoudsbeheerssysteem.
- 1.3. Beklaagde heeft in het voorjaar van 2014 een marktscan "Beheer Management Systemen (BMS) en leveranciers" laten uitvoeren door Bureau [Y.]. Deze marktscan heeft op 20 juni 2014 geresulteerd in een eindrapport.
- 1.4. Beklaagde heeft op 8 juli 2014 een e-mail aan klager gestuurd met onder andere de volgende inhoud:

'In het kader van het project Beheer Management Systeem willen we graag met de directe vertegenwoordiger van [klager] een afspraak maken voor een kennismakingsgesprek. (...). We stellen voor om in ons gesprek in te gaan op het project BMS en [klager] en hierover met elkaar van gedachten te wisselen. (...).'

- 1.5. Het kennismakingsgesprek tussen beklagde en klager heeft plaatsgevonden op 21 juli 2014. In een op diezelfde dag gedateerde e-mail heeft beklagde onder andere het volgende aan klager laten weten:

'We hebben vanmiddag een aangenaam kennismakingsgesprek gehad. Zoals beloofd heb ik een afspraak ingepland voor de bedrijfsconsultatie op dinsdag 19 augustus 2014 (...).

Hierbij onze gegevens ter voorbereiding die ik al analoog verstrekt heb:

(...)

Marktconsultatie background.pptx Twee slides uit het rapport van [Bureau [Y.]] over de functionele requirements, beschrijving BMS en doelen BMS.

(...)

We zijn erg benieuwd naar welke mogelijkheden [klager] voor zichzelf ziet ten aanzien van onze plannen zoals geschetst (...).'

- 1.6. Naar aanleiding van de bespreking van 21 juli 2014 heeft klager op 22 juli 2014 in een e-mail aangegeven welke contracten zij op dat moment had lopen met (regionale diensten van) beklagde:

'Als punt van opvolging zou ik nog even aangeven wat de huidige "footprint" is van [klager] binnen beklagde met de zaaknummers.

(...)

De (...) licenties zijn via verschillende opdrachten sinds 2007 aan ons verstrekt voor Perpetual gebruik (oneindig gebruiksrecht) bij [beklaagde]. Daarnaast wordt

er jaarlijks zg licentiesupport betaald (helpdesk, patches, nieuwe releases) en worden deze licenties door [klager] gehost op een Serverpark in (...) tegen een jaarlijkse hostingfee.

We zullen graag aanwezig zijn op 19 augustus voor de bedrijfsconsultatie en dan de overige informatie aanreiken.'

- 1.7. Op 11 augustus 2014 heeft klager per e-mail een vraag aan beklagde gesteld met betrekking tot de samenstelling van de delegatie die zij voornemens was af te vaardigen naar de bedrijfsconsultatie van 19 augustus 2014. In dat kader heeft klager in haar e-mail het begrip "marktconsultatiebijeenkomst" gebruikt.
- 1.8. Op 19 augustus 2014 heeft een bedrijfsconsultatie tussen beklagde en klager plaatsgevonden. De door beklagde voor deze bedrijfsconsultatie opgestelde agenda vermeldde – voor zover relevant – het volgende:

'(...)

Interactie op basis van de volgende vragen:

Algemeen

- De bedrijfsconsultatie is bedoeld om onze ideeën aan de leveranciers voor te leggen met het doel te bepalen of we op de goede lijn zitten met de ideeën en om aandachtspunten naar de invulling van die ideeën mee te nemen. Daarnaast kunnen de bedrijven aangeven hoe zij hun product(en) gepositioneerd zien ten aanzien van onze ideeën --> hun ambitie.
- Deze consultatie is met leveranciers met wie we al een relatie hebben, er kunnen nog meer consultaties volgen met andere leveranciers.
- De functionele requirements zoals opgenomen in het [Bureau [Y.]] rapport zijn in eerste instantie leidend.

Inhoudelijk

- (...)
- Hoe denkt de leverancier zelf over de mogelijkheden die huidige contracten nu bieden, qua aanschaf, licenties en beheer?'

- 1.9. Uit een e-mail die beklagde op 29 augustus 2014 aan klager heeft gestuurd, kan worden afgeleid dat beklagde op dat moment ook gesprekken voerde met [X.]. Daarnaast heeft beklagde met die e-mail een uitvoerige lijst met gedetailleerde (technische) vragen aan klager toegestuurd, ter bespreking op een "verdiepings-sessie van eind september ten behoeve van de bedrijfsconsultatie". Een van die vragen luidde:

'7 Contract/ licenties

a. Hoe denkt [klager] over de mogelijkheden die huidige contracten nu bieden, qua aanschaf, licenties en beheer, (...)?'

- 1.10. Beklagde heeft aan de Commissie een interne e-mail overgelegd gedateerd op 1 september 2014, waarin onder andere het volgende is te lezen:

'Zoals besproken kunnen wij alle producten van [X.], zowel producten die wij al gebruiken als producten die nog niet in gebruik zijn bij [Ministerie [Z.]], die op hun prijslijst staan aanschaffen zonder een nieuwe aanbesteding te moeten uitvoeren. Onder deze producten valt ook Linear Asset Management.

Tevens bevat het contract dat [Ministerie [Z.]] heeft afgesloten met [Q.] aangaande de dienstverlening omtrent het [Ministerie [Z.]] Bedrijfsvoeringssysteem de ruimte dat alle door [Ministerie [Z.]] aangeschafte [X.] producten door [Q.] geïmplementeerd en beheerd kunnen worden.

Uit bovenstaande volgt dus dat [Ministerie [Z.]] via Directie (...) Linear Asset Management kan aanschaffen en deze kan laten implementeren en beheren door de daarvoor aanwezig dienstverlener [Q.].  
Het contract met [Q.] is medio 2012 ingegaan voor een periode van 5 jaar, met de mogelijkheid nog 5 x 1 jaar een verlenging.'

1.11. De in 1.9 bedoelde verdiepingssessie heeft plaatsgevonden op 30 september 2014.

1.12. Beklaagde heeft klager op 31 oktober 2014 per e-mail het volgende bericht:

'In de afgelopen periode hebben we met u en andere leveranciers met wie we al een relatie hebben vrijblijvende consultatiegesprekken gehouden.  
Deze bedrijfsconsultaties waren bedoeld om onze ideeën aan de leveranciers voor te leggen met het doel te bepalen of we op de goede lijn zitten met onze ideeën voor [project]. De functionele requirements zoals opgenomen in het [Y.] rapport zijn in eerste instantie leidend geweest en dit uitgangspunt hebben we met u gedeeld. Voorts konden de bedrijven aangeven hoe zij hun product(en) gepositioneerd zien ten aanzien van onze ideeën en hun ambitie met ons delen.  
We hebben u verteld dat voor de uitvoering van het [project] naar verwachting in oktober door de directie van [...] een besluit zal worden genomen.  
We hebben de directie geadviseerd om voor de uitvoering van het [project] verder te gaan met leverancier [X.]. We realiseren dat u hierover vragen kunt hebben. [naam] en ondergetekende zijn graag bereid uw vragen te beantwoorden.  
We willen u bedanken voor de open en constructieve opstelling van [klager] in de consultatiegesprekken.'

1.13. In reactie op voorgaande e-mail heeft klager op 3 november 2014 eveneens per e-mail het volgende aan beklagde laten weten:

'Gezien de flinke hoeveelheid werk, die wij (...) in deze twee consultatiegesprekken gestoken hebben, ontvangen we toch eerst graag een schrijven waarin U:

1. De gevolgde procedure nog eens duidelijk uitlegt
2. Op basis van welke criteria U tot een advies gekomen bent om met leverancier [X.] verder te gaan.'

1.14. In reactie op de voorgaande door klager gestelde vragen heeft beklagde op 6 november 2014 per e-mail het volgende aan klager bericht:

'We realiseren dat alle betrokkenen voor deze twee consultatiegesprekken een flinke inspanning hebben geleverd en we zijn graag bereid de door u gevraagde toelichting te geven op:

- 1) de gevolgde procedure en
- 2) criteria voor onze advisering.

Ad 1)

Conform ons eerder schrijven, mail d.d. 31 oktober 2014 lichten we onze procedure toe. Allereerst hebben we een marktscan door [Bureau [Y.]] laten uitvoeren naar standaard producten op de markt. Hierbij is als input genomen hun regelmatige onderzoek naar deze producten voor de energieleverende markt, maar nu toegespitst op de context van [beklaagde]. Deze toespitsing is gedaan middels het ophalen van functionele requirements bij [beklaagde] stakeholders. Op basis van het rapport hebben we besloten leveranciers met wie we al een relatie hebben uit te nodigen om vrijblijvend consultatiegesprekken te voeren.

Er zijn twee bedrijfsconsultaties gehouden, te weten: een kennismaking- en verdiepingssessie. Deze waren bedoeld om onze ideeën aan de leveranciers voor te

leggen met het doel te bepalen of we op de goede lijn zitten met onze ideeën voor [het project].

De functionele requirements zoals opgenomen in het [Bureau [Y.]] rapport zijn in eerste instantie leidend geweest en dit uitgangspunt hebben we met deze leveranciers gedeeld. Voorts konden de bedrijven aangeven hoe zij hun product(en) geïmplementeerd zien ten aanzien van onze ideeën en hun ambitie met ons delen.

We hebben u verteld dat voor de uitvoering van het programma (...) fase 1 naar verwachting in oktober door de directie van (...) een besluit zal worden genomen.

We hebben de directie hierin geadviseerd waarbij de ideeën van het programma-team, de gevoerde gesprekken en (on)mogelijkheden richtinggevend zijn geweest voor ons advies aan de directie.

Ad 2)

Als criteria voor onze advisering hebben we gebruik gemaakt van de uitgangspunten en voorwaarden gesteld in het programmaplan (...) en vragen met interne stakeholders, het [Bureau [Y.]] onderzoeksrapport, architectuurprincipes, status van de lopende contracten en licentiestructuur, strategie en sourcing, techniek en servicemanagement, COTS- versus maatwerkproducten, investerings- en gebruikerskosten, functionaliteit en beheer.

Ons advies is gebaseerd op expert judgement van het programmteam (...).'

## **2. Beschrijving klacht**

De handelwijze van beklagde duidt op het willens en weten vermijden van een aanbestedingsprocedure.

## **3. Onderbouwing klacht**

Beklaagde heeft besloten om een landelijke invoer te gaan doen van een essentieel en langjarig te gebruiken Softwarepakket voor Areaal Beheer. Beklaagde heeft daartoe een marktscan laten uitvoeren door bureau [Y.]. Bureau [Y.] heeft op basis van die marktscan aangegeven dat 4 partijen – waaronder klager en [X.] – de genoemde software kunnen leveren. Beklaagde heeft vervolgens besloten om een niet binnen de verschillende diensten van beklagde gebruikt softwarepakket van [X.] landelijk te gaan inzetten zonder een aanbestedingsprocedure te starten. De keuze om met [X.] in zee te gaan is ook overigens louter IT technisch gericht en niet functioneel en prijstechnisch meest economisch.

## **4. Reactie beklagde**

4.1. Beklaagde stelt allereerst dat de Commissie de klacht niet in behandeling kan nemen omdat deze niet gericht is op een specifieke aanbesteding. Beklaagde was immers niet voornemens een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel tot het verrichten van werken, leveringen of diensten te sluiten, maar gebruik te maken van een bestaande overeenkomst. In dat geval is er geen sprake van een aanbesteding. De klacht is gericht tegen een marktconsultatie die beklagde hield met leveranciers waarmee beklagde al een contractuele relatie had.

4.2. Wat de inhoud van de klacht betreft, stelt beklagde het volgende.

4.2.1. In opdracht van beklagde heeft Bureau [Y.] voor [het project] een marktscan uitgevoerd naar mogelijke producten en leveranciers op het gebied van beheer-managementsystemen. Daarbij was van belang dat alleen die EAM-leveranciers (EAM: Enterprise Asset Management) en producten welke aan de gestelde func-

tionaliteiten voldeden en waarmee de gestelde (korte) realisatietijd voor [het project] mogelijk is, potentiële kandidaten zouden kunnen zijn. [X.] en klager zijn leveranciers die hieraan voldeden en waarmee beklaagde lopende overeenkomsten heeft.

- 4.2.2. Zowel met [X.] als klager hebben bedrijfsconsultaties plaatsgevonden. Op 21 juli 2014 vond een kennismakingsgesprek plaats met klager om in te gaan op het programma om hierover met elkaar van gedachten te wisselen. Op 19 augustus 2014 vond een bedrijfsconsultatie met klager plaats. Doelstelling van de bedrijfsconsultatie was om de ideeën van beklaagde aan de leveranciers voor te leggen met het doel te bepalen of beklaagde op de goede lijn zat met de ideeën en om aandachtspunten naar de invulling van die ideeën mee te nemen. Op 30 september 2014 vond een tweede consultatiegesprek in de vorm van een verdiepingsessie plaats met klager.
- 4.2.3. Bij e-mailbericht d.d. 31 oktober 2014 is door beklaagde onder meer aan klager medegedeeld dat met leveranciers met wie zij al een relatie heeft vrijblijvende consultatiegesprekken hebben plaatsgevonden. Aan klager werd medegedeeld dat aan haar directie zou worden geadviseerd dat voor de uitvoering van [het project] verder wordt gegaan met leverancier [X.], en derhalve niet met klager.
- 4.2.4. Beklaagde meent dat klager zich – met verwijzing naar de e-mailwisseling tussen partijen op 3 en 6 november 2014 (zie 1.13 en 1.14 hierboven) ten onrechte op het standpunt stelt dat discutabele overwegingen hebben geleid tot de uitkomst van de bedrijfsconsultatie. Beklaagde heeft er vanaf het eerste kennismakingsgesprek met klager geen misverstand over laten bestaan dat zij met de bedrijfsconsultaties voornemens was om de ideeën van beklaagde aan de leveranciers voor te leggen met het doel te bepalen of beklaagde op de goede lijn zit met de ideeën en om aandachtspunten naar de invulling van die ideeën mee te nemen.
- 4.2.5. Eerst tijdens de bedrijfsconsultaties is naar voren gekomen dat de door beklaagde gevraagde functionaliteit, Enterprise Asset Management (EAM) in combinatie met Public Service (PS), niet geheel onder de scope van de bestaande overeenkomst met klager kon worden ondergebracht zonder dat daarnaast een substantieel onderdeel van de gevraagde functionaliteit, t.w. PS, Europees zou dienen te worden aanbesteed. De Rijksbreed bestaande overeenkomst met [X.] daarentegen kon wel de gehele gevraagde functionaliteit bieden. Gelet op de korte realisatietijd, de aanwezigheid van een bestaande overeenkomst met een scope waarbinnen de gevraagde functionaliteit kan worden ondergebracht, heeft beklaagde besloten verder te gaan met [X.]. Beklaagde heeft klager hierover geïnformeerd.
- 4.2.6. Beklaagde benadrukt dat het hier een bedrijfsconsultatie betreft waarbij bedrijven als dat van klager worden geconsulteerd. Aan een bedrijfsconsultatie mogen geen rechten worden ontleend, anders dan bij een aanbestedingsprocedure. Voorts kan uit de communicatie tussen beklaagde en klager geenszins worden afgeleid dat bij klager mogelijk verwachtingen waren gewekt die maken dat het hier zou gaan om een aanbestedingsprocedure. Beklaagde is hierin steeds transparant en ondubbelzinnig geweest. Van een "selectieprocedure" in aanbestedingsrechtelijke zin zoals door klager gesteld is dan ook geen sprake geweest.
- 4.2.7. In de bedrijfsconsultatie waren de functionele requirements zoals opgenomen in het rapport van bureau [Y.] in eerste instantie leidend. Met de bedrijfsconsultatie werd beoogd de ideeën van beklaagde aan de leveranciers voor te leggen om te bepalen of beklaagde op de goede lijn zit met de ideeën en om aandachtspunten naar de invulling van die ideeën mee te nemen. Beklaagde geeft aan dat zij met open vizier en onbevooroordeeld bedrijfsconsultaties met klager en met [X.] is

aangegaan. Eerst naar aanleiding van de bedrijfsconsultaties werd duidelijk dat beklaagde het beste gebruik zou kunnen maken van het lopende contract met [X.].

- 4.2.8. Omdat in het onderhavige geval geen sprake was van een aanbesteding, maar van een bedrijfsconsultatie, was het opvragen van prijsinformatie in ieder geval op dat moment nog niet aan de orde .
- 4.2.9. Beklaagde meent juist zorgvuldig te hebben gehandeld door eerst naar haar bestaande contracten te kijken om te onderzoeken of de gevraagde functionaliteit niet onder één van deze, immers reeds Europees aanbestede, contracten kon worden ondergebracht. Nu is gebleken dat haar bestaande leverancier [X.] de gevraagde functionaliteit kan bieden, ligt het aanbestedingsrechtelijk juist in de rede om deze leverancier te benaderen. In dit geval zou een Europese aanbesteding voor deze opdracht, waarbij de leverancier [X.] met wie beklaagde een lopend contract heeft binnen welke scope deze opdracht valt, zelfs kunnen leiden tot een gerechtelijke procedure tijdens [X.].
- 4.2.10. Tenslotte bevreemdt het beklaagde dat klager eerst na de voor klager onfortuinlijke afronding van de bedrijfsconsultatie aangaf dat deze opdracht volgens hem Europees had moeten worden aanbesteed. Het had in de rede gelegen dat klager, indien zij deze mening was toegedaan, beklaagde hier vooraf op had geattendeerd.

## **5. Beoordeling**

- 5.1. De Commissie zal zich allereerst uitlaten over de vraag of zij de klacht in behandeling kan nemen.
  - 5.1.1. Beklaagde heeft zich op het standpunt gesteld dat deze vraag ontkennend moet worden beantwoord, nu beklaagde immers niet voornemens was een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel tot het verrichten van werken, leveringen of diensten te sluiten, maar gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid om de gevraagde functionaliteit (het project BMS) onder te brengen onder een reeds bestaande softwareovereenkomst die het Ministerie [Z.] – waar beklaagde een onderdeel van is – in 2001 namens de Staat met [X.] heeft gesloten.
  - 5.1.2. Voor zover beklaagde met haar stellingname een beroep doet op art. 7 lid 1 sub a van het Reglement van de Commissie, kan de Commissie haar daarin niet volgen. Beklaagde heeft zich immers zelf op het standpunt gesteld dat zij ten behoeve van de zogenoemde bedrijfsconsultatie leveranciers heeft uitgenodigd met wie zij een contractuele relatie had (zie 4.1 hiervoor) en dat die bedrijfsconsultatie onder andere tot doel had te onderzoeken of de gevraagde functionaliteit onder één van deze, immers reeds Europees aanbestede, contracten kon worden ondergebracht (zie 4.2.9 hiervoor). Een van de leveranciers die beklaagde daartoe heeft uitgenodigd, is klager. De Commissie laat hier in het midden welke verwachtingen klager vervolgens mocht hebben ten aanzien van de inrichting, het verloop en de afronding van de bedrijfsconsultatie: zij komt daarover hierna nog te spreken bij de inhoudelijke beoordeling van de klacht. Waar naar het oordeel van de Commissie echter geen misverstand over kan bestaan, is wat het motief voor klager zal zijn geweest om in te gaan op de uitnodiging van beklaagde tot deelname aan de bedrijfsconsultatie: klager hoopte dat de keuze om de gevraagde functionaliteit aan beklaagde te mogen leveren op termijn op haar zou vallen. In zoverre kwalificeert klager wel degelijk als een onderneming die een opdracht wil verwerven in de zin van art. 7 lid 1 sub a van het Reglement van de Commissie. Dat beklaagde op basis van voortschrijdend inzicht heeft besloten de levering van de gevraagde functionaliteit onder te brengen onder de hiervoor be-

doelde softwareovereenkomst die het Ministerie [Z.] in 2001 namens de Staat met [X.] heeft gesloten, doet geen afbreuk aan het voorgaande oordeel.

- 5.2. Daarmee komt de Commissie toe aan de inhoudelijke behandeling van de klacht. Zij begrijpt die klacht aldus dat klager daarmee in essentie ter discussie stelt of de door beklagde gevolgde handelwijze, die er uiteindelijk toe heeft geleid dat beklagde heeft besloten het project BMS onder te brengen onder de in 2001 tussen [X.] en het Ministerie [Z.] namens de Staat gesloten softwareovereenkomst in overeenstemming is met het gereguleerde aanbestedingsrecht, in het bijzonder de bepalingen van de Aw 2012.
- 5.3. Bij de beantwoording van deze vraag neemt de Commissie het volgende tot uitgangspunt. Er kan op zichzelf geen discussie bestaan over het feit dat beklagde een aanbestedende dienst in de zin van art. 1.1 Aw 2012 is en dat de door haar gevraagde functionaliteit (het project BMS), gelet op de aard en de veronderstelde aanzienlijke financiële omvang daarvan, in beginse! kwalificeert als een overheidsopdracht die moet worden aanbesteed met inachtneming van de bepalingen van Deel 1, afdeling 1.2.2, en Deel 2 Aw 2012.
- 5.4. Gegeven het in 5.3 omschreven uitgangspunt, stond het beklagde naar het oordeel van de Commissie vervolgens vrij om – alvorens te besluiten of en hoe zij haar voornemen om het project BMS naar de markt te brengen daadwerkelijk zou uitvoeren – een marktconsultatie te houden. De uitvoering van een dergelijke marktconsultatie mag echter niet leiden tot vervalsing van de mededinging en geen aanleiding geven tot schending van de beginselen van non-discriminatie en transparantie (zie art. 40 Richtlijn 2014/24/EU, waarin het thans reeds geldende recht is gecodificeerd).
- 5.5. Beklagde heeft zich op het standpunt gesteld dat klager zou veronderstellen – ten onrechte, aldus beklagde – dat de uitgevoerde bedrijfsconsultatie als een aanbestedingsprocedure in plaats van een vrijblijvende marktconsultatie dient te worden beschouwd (zie 4.2.6 hiervoor). De Commissie heeft op basis van de door partijen overgelegde informatie echter niet de indruk gekregen dat klager in de veronderstelling verkeerde dat beklagde een aanbestedingsprocedure beoogde te doorlopen. Integendeel, klager heeft voorafgaande aan de start van de bedrijfsconsultatie juist zelf aan beklagde laten weten dat zij die als een marktconsultatie beschouwde (zie 1.7 hiervoor). Waar klager vraagtekens bij plaatst, is dat die vrijblijvende marktconsultatie na een tweetal consultatiegesprekken volkomen onverwacht het karakter kreeg – zo begrijpt de Commissie althans de klacht – van een selectieprocedure die resulteerde in de gunning van het project BMS aan één van de leveranciers die beklagde voor deelname aan de bedrijfsconsultatie had uitgenodigd. De te beantwoorden vraag is allereerst of deze perceptie van klager strookt met de feiten. De Commissie overweegt daartoe het volgende.
  - 5.5.1. Uit de door partijen overgelegde informatie (zie 1.4 t/m 1.14 hiervoor) kan naar het oordeel van de Commissie worden afgeleid dat beklagde de bedrijfsconsultatie oorspronkelijk heeft opgezet als een vrijblijvende marktconsultatie. Beklagde beoogde daarmee haar ideeën aan een aantal leveranciers voor te leggen, ten einde te bepalen of zij met die ideeën op de goede lijn zat en om aandachtspunten ten behoeve van de verdere invulling van haar ideeën te genereren. Daarnaast nodigde beklagde die leveranciers uit om aan te geven hoe zij hun product(en) gepositioneerd zagen ten opzichte van de ideeën van beklagde (zie 1.8, 1.12 en 1.14 hiervoor, hetgeen door beklagde nog eens is bevestigd in haar reactie op de klacht onder 4.2.2 en 4.2.4).

- 5.5.2. Uit de overgelegde informatie blijkt niet dat de leveranciers er op bedacht moesten zijn dat beklagde de bedrijfsconsultatie wenste te gebruiken om tot rechtstreekse gunning van het project BMS aan een van die leveranciers te komen. Dat de leveranciers daar ook overigens niet op bedacht mochten zijn, heeft beklagde bovendien zelf nog eens bevestigd in haar reactie op de klacht (zie 4.2.4 en 4.2.6).
- 5.5.3. Vast staat dat beklagde aan het einde van de bedrijfsconsultatie het besluit heeft genomen om het project BMS aan [X.] te gunnen en dat zij dat besluit aan klager kenbaar heeft gemaakt (zie 1.12, hetgeen door beklagde nog eens is bevestigd in haar reactie op de klacht onder 4.2.5).
- 5.5.4. Op basis van de door partijen overgelegde informatie stelt de Commissie vast dat beklagde haar besluit heeft gebaseerd op een afweging van de informatie die zij tijdens de bedrijfsconsultatie van de leveranciers heeft verkregen (zie 1.12 hiervoor) in het licht van een diversiteit aan voor haar relevante criteria. Die criteria heeft beklagde genoemd in een toelichting op haar besluit in de e-mail die zij op 6 november 2014 aan klager stuurde (zie 1.14 – onder “Ad 2”) – hiervoor).
- 5.5.5. Anders dan beklagde in haar reactie op de klacht stelt, blijkt uit de toelichting die zij op 6 november 2014 aan klager stuurde niet dat zij haar besluit enkel en alleen baseerde op “de korte realisatietijd, de aanwezigheid van een bestaande overeenkomst met een scope waarbinnen de gevraagde functionaliteit kan worden ondergebracht” (zie 4.2.5). De Commissie stelt vast dat uit de door partijen overgelegde informatie blijkt dat beklagde in de aanloop naar de twee consultatiebesprekingen weliswaar heeft gevraagd naar de visie van klager op “de mogelijkheden die huidige contracten nu bieden, qua aanschaf, licenties en beheer” (zie 1.8 en 1.9 hiervoor), maar dat dit bepaald niet het enige aspect was waarover beklagde met klager van gedachten wenste te wisselen – integendeel – laat staan dat klager er op bedacht had moeten zijn dat haar visie op de gevraagde “mogelijkheden” door beklagde zou worden gebruikt als basis voor een beslissing tot gunning van het project BMS aan het einde van de bedrijfsconsultatie. In het licht van het voorgaande strookt de stelling van beklagde dat zij de bedrijfsconsultatie zodanig zou hebben opgezet dat zij eerst naar haar bestaande contracten zou hebben gekeken “om te onderzoeken of de gevraagde functionaliteit niet onder één van deze, immers reeds Europees aanbestede, contracten kon worden ondergebracht” (zie 4.2.9) evenmin met de feiten zoals die de Commissie zijn gebleken op basis van de door partijen overgelegde informatie.
- 5.6. Op grond van het voorgaande is de Commissie van oordeel dat beklagde met de door haar gestarte bedrijfsconsultatie in eerste instantie weliswaar heeft beoogd een marktconsultatie te houden, maar dat zij aan die marktconsultatie gaandeweg het karakter van een selectieprocedure heeft gegeven die zij heeft afgesloten met een selectiebeslissing in het voordeel van [X.] en in het nadeel van klager. De te beantwoorden vervolgvraag is dan of deze handelwijze van beklagde in strijd is met het gereguleerde aanbestedingsrecht. De Commissie overweegt daartoe het volgende.
  - 5.6.1. Zoals in 5.4 is overwogen, stond het beklagde vrij om – alvorens te besluiten of en hoe zij haar voornemen om het project BMS naar de markt te brengen daadwerkelijk zou uitvoeren – een marktconsultatie te houden. Op beklagde rust in dat verband echter wel de verplichting om te bewerkstelligen dat de marktconsultatie niet leidt tot vervalsing van de mededinging en geen aanleiding geeft tot schending van de beginselen van non-discriminatie en transparantie.
  - 5.6.2. Beklagde heeft naar het oordeel van de Commissie gehandeld in strijd met de hiervoor bedoelde verplichting. Zij heeft dat allereerst gedaan door het karakter



van de vrijblijvende marktconsultatie volkomen onverwacht te wijzigen in een selectieprocedure en die procedure vervolgens af te ronden met een beslissing tot gunning van het project BMS aan een van de deelnemers aan de marktconsultatie. Deze handelwijze is aanbestedingsrechtelijk niet toegestaan. Wanneer een aanbestedende dienst na afronding van een marktconsultatie besluit een opdracht in de markt te zetten, dient hij dat in beginsel te doen door het starten van een aanbestedingsprocedure (vergelijk opnieuw art. 40 Richtlijn 2014/24/EU). Een aanbestedende dienst kan daarvan afzien – opnieuw: nadat hij de marktconsultatie heeft afgesloten – wanneer hij zich kan beroepen op een uitzonderingsgrond die hem de mogelijkheid biedt af te zien van een aanbestedingsprocedure. In het onderhavige geval heeft beklagde de marktconsultatie niet afgesloten om vervolgens al dan niet over te gaan tot het starten van een aanbestedingsprocedure: zij heeft de marktconsultatie omgezet naar een selectieprocedure.

- 5.6.3. Daarmee heeft de door beklagde geïnitieerde marktconsultatie naar het oordeel van de Commissie het karakter van een aanbestedingsprocedure gekregen. De Commissie laat in het midden of het beklagde in dat licht bezien aanbestedingsrechtelijk was toegestaan die procedure te beperken tot die leveranciers met wie zij reeds een contractuele relatie had. In het veronderstelde geval dat deze vraag bevestigend zou kunnen worden beantwoord, heeft beklagde ook nog om een andere reden gehandeld in strijd met haar in 5.6.1 bedoelde verplichting. Zoals hiervoor is vastgesteld, heeft beklagde haar beslissing tot gunning van het project BMS gebaseerd op een aantal criteria. Deze criteria zijn vooraf niet door haar bekend gemaakt, evenmin als de met die criteria verband houdende wegingsfactoren. Het behoeft geen betoog dat een dergelijke gang van zaken in strijd is met het transparantiebeginsel.
- 5.7. Het voorgaande brengt mee dat de in 5.6 gestelde vraag, of de door beklagde gevolgde handelwijze in strijd is met het gereguleerde aanbestedingsrecht, bevestigend dient te worden beantwoord.
- 5.8. Voor zover beklagde betoogt dat het in de rede had gelegen dat klager op een eerder moment dan “de voor klager onfortuinlijke afronding van de bedrijfsconsultatie” had moeten aangeven dat de opdracht met betrekking tot de uitvoering van BMS Europees had moeten worden aanbesteed (zie 4.2.10 hiervoor), kan de Commissie haar daarin niet volgen. Juist omdat klager er van mocht uitgaan – en volgens beklagde zelfs van moest uitgaan – dat beklagde met de bedrijfsconsultatie een vrijblijvende marktconsultatie initieerde (zie 5.5.1 en 5.5.2 hiervoor), behoefde zij er niet op bedacht te zijn dat beklagde gaandeweg die marktconsultatie zou gaan handelen zoals zij heeft gehandeld (zie 5.6.2 hiervoor). Klager mocht er van uitgaan dat beklagde op zeker ogenblik de marktconsultatie zou afsluiten en vervolgens een beslissing zou nemen binnen de hiervoor geschetste kaders (zie 5.6.1 en 5.6.2 hiervoor).
- 5.9. Het voorgaande betekent dat de klacht gegrond is.
- 5.10. De Commissie overweegt ten overvloede nog het volgende.
  - 5.10.1. De Commissie heeft op basis van de reactie van beklagde de indruk gekregen dat beklagde – met de wijsheid achteraf – eigenlijk anders had willen handelen dan zij heeft gedaan. Mogelijk had beklagde – nadat zij tot het inzicht was gekomen dat er een mogelijkheid bestond het project BMS onder te brengen onder een reeds bestaande overeenkomst, te weten de softwareovereenkomst die het Ministerie [Z.] in 2001 namens de Staat met [X.] heeft gesloten – de marktconsultatie eerst willen afsluiten (en dan zonder een gunningsbeslissing te nemen),

om pas daarna uitvoering te geven aan haar voornemen het project onder te brengen onder de hiervoor genoemde overeenkomst.

- 5.10.2. Ook in dat scenario dient beklagde er naar het oordeel van de Commissie echter op bedacht te zijn dat wanneer zij – na afsluiting van de marktconsultatie – gebruik maakt van de hiervoor bedoelde mogelijkheid, zij op grond van art. 1.4 lid 1 Aw 2012 desgevraagd zal moeten kunnen motiveren wat de objectieve criteria zijn op basis waarvan zij dat doet.
- 5.10.3. Mocht beklagde menen dat de hiervoor bedoelde motivering gegeven is met de toelichting die beklagde in haar e-mail van 6 november 2014 aan klager heeft gegeven op haar besluit om het project BMS aan [X.] te gunnen, al dan niet in samenhang met de reactie die beklagde op de klacht heeft gegeven, dan kan de Commissie haar daarin niet volgen. Die toelichting en reactie geven klager immers geen enkel inzicht in de ruimte die de inmiddels 14 jaar oude softwareovereenkomst vanuit het perspectief van het aanbestedingsrecht aan beklagde biedt om project BMS aan [X.] op te dragen.

## **6. Advies**

De Commissie acht de klacht **gegrond**.

## **7. Aanbeveling**

De Commissie beveelt beklagde aan om – alvorens uitvoering te geven aan haar voornemen om project BMS onder te brengen onder de softwareovereenkomst die het Ministerie [Z.] in 2001 namens de Staat met [X.] heeft gesloten – aan beklagde en eventuele andere belanghebbende marktpartijen inzicht te geven in de mogelijkheden die voornoemde overeenkomst biedt om het project BMS daarin onder te brengen.

De Commissie heeft zich ten behoeve van dit advies laten bijstaan door mevr. M. van der Keur die als Commissie-Expert aan de Commissie is verbonden.

Den Haag, 17 juli 2015

w.g.:

Mr. J.G.J. Janssen  
Voorzitter

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