

214

Commissie van Aanbestedingsexperts
24 april 2017, Advies 39
(mr. Janssen, mr. Jansen, mr. Chen)
Noot mr. C.W. Oudenaarden

Rechtsverwerking. Belangenverstrengeling.

[Aanbestedingswet 2012 art. 1.8, 1.10b, 2.51,
2.75, 2.76]

Beklaagde, een branchevereniging, heeft op 12 augustus 2016 een Europese openbare procedure aangekondigd voor een raamovereenkomst met drie ondernemingen ten behoeve van de levering van werkkleding en -schoenen aan een aantal van haar leden.

Klacht

Beklaagde heeft zich in het kader van de onderhavige aanbestedingsprocedure laten adviseren door een niet onafhankelijke externe adviseur C. Klager vermoedt dat C, al dan niet bewust, door zijn kennis opgedaan bij D een assortiment aan beklagde heeft geadviseerd dat een disproportioneel voordeel heeft opgeleverd voor D in vergelijking tot andere inschrijvers. Klager vermoedt dan ook dat de aanbesteding is toegeschreven naar D.

Rechtsverwerking

De enkele omstandigheid dat klager in de onderhavige aanbestedingsprocedure een inschrijving heeft ingediend en daarmee zou hebben ingestemd met de opzet van de aanbestedingsprocedure, ontnemt haar niet het recht om ten aanzien van de betrokkenheid van C bij de aanbestedingsprocedure een klacht in te dienen bij de Commissie. Wel zal de Commissie onderzoeken of klager zich voldoende proactief heeft opgesteld.

In het beschrijvend document is de verplichting voor klager opgenomen tegenstrijdigheden, enige onduidelijkheid of onvolkomenheden zo spoedig mogelijk, maar uiterlijk vóór 31 augustus 2016 12.00 uur melding te maken. Indien klager na kennisgeving van de Nota van Inlichtingen nog steeds meent dat er tegenstrijdigheden of onvolkomenheden zijn, dan is de verplichting opgenomen dat zij op straffe van verval van recht minimaal vijf kalenderdagen vóór de sluitingsdatum voor het indienen van de inschrijving een kort geding procedure aanhangig moet maken.

Zowel in de eerste als de tweede vragenronde is een kritische vraag gesteld over de betrokkenheid van C bij de aanbestedingsprocedure, gezien zijn banden met D. Klager stelt dat deze vragen indirect van haar afkomstig waren. De Commissie kan dit in het midden laten. Ook indien de vragen niet zijn gesteld door klager zelf, brengt dat naar het oordeel van de Commissie niet met zich mee dat klager hier later niet meer over mag klagen (vgl. Hof Den Bosch 1 december 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4943, «JAAN» 2016/11). Als gevolg van de gestelde vragen is beklagde op de hoogte van bezwaren bij potentiële inschrijvers tegen de betrokkenheid van C in de procedure. Niet aannemelijk is dat beklagde een ander antwoord had gegeven indien de vragen door klager zelf waren gesteld. Bovendien zou een andersluidend oordeel tot gevolg hebben dat alle potentiële inschrijvers dezelfde vragen zouden moeten stellen om hun recht om te klagen niet te verspelen. De verplichting om proactief te handelen strekt niet zover dat klager reeds vóór inschrijving en vóór de mededeling van de gunningsbeslissing een klacht bij de Commissie had moeten indienen of een kort geding aanhangig had moeten maken. Evenmin staat de verplichting in het Beschrijvend Document er aan in de weg om nog een klacht te kunnen indienen bij de Commissie. Ten overvloede merkt de Commissie het volgende op over de verplichting in het Beschrijvend Document. Naar het oordeel van de Commissie ontleent deze verplichting in het Beschrijvend Document een inschrijver niet het recht om na het indienen van een inschrijving alsnog een kort geding aanhangig te maken, al is het maar om deze bepaling op rechtmatigheid te laten toetsen. In het licht van de ratio van de verplichting van een proactieve houding van de inschrijvers, vraagt de Commissie zich af of de verplichting om vóór inschrijving een kort geding aanhangig te maken disproportioneel of naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Het gaat er immers om dat inschrijvers de aanbestedende dienst tijdig op mogelijke misstappen wijzen. Daarvoor is het aanhangig maken van een kort geding niet noodzakelijk. Bovendien is een kort geding een kostbare aangelegenheid en zet dat de relaties tijdens een aanbestedingsprocedure erg op scherp.

Belangenverstrengeling

In de onderhavige zaak gaat het om de betrokkenheid van deskundige C bij de voorbereiding van de aanbestedingsprocedure, meer specifiek het opstellen van voorstellen voor het Programma van

Eisen en het kernassortiment. De Commissie zal eerst onderzoeken of beklagde passende maatregelen heeft genomen in de zin van artikelen 1.10b en 2.51 Aw 2012.

Volgens beklagde is de door haar ingeschakelde deskundige C niet in dienst bij één van de winnende inschrijvers, D. Wel maakt D volgens beklagde regelmatig gebruik van de diensten van B. Dit is het bedrijf waarvan C de eigenaar is en waarvoor hij werkzaam is.

C heeft op zijn LinkedIn-pagina vermeld dat hij in de periode 2005-2009 Business Manager was bij D en dat hij vanaf 2010 tot op heden National Accountmanager is bij D. Vanaf 2009 is hij ook eigenaar van B. Andere werkzaamheden in de periode 2005 tot op heden zijn niet vermeld. Op 4 april 2017 heeft de Commissie de LinkedIn-pagina van C bekeken en vastgesteld dat de vermelding van de werkzaamheden van C in de periode vanaf 2005 ongewijzigd is gebleven. C was op dat moment volgens zijn LinkedIn profiel nog steeds als National Accountmanager bij D werkzaam.

In dat kader heeft beklagde in de Nota's van Inlichtingen aangegeven dat C niet in dienst is van D, dat met C een disclosure-agreement (geheimhoudingsverklaring) is gesloten, dat C een adviserende rol heeft gehad bij het opstellen van het Programma van Eisen, dat C niet betrokken zal zijn bij de beoordeling van de inschrijvingen en dat het Programma van eisen gelijktijdig en ruim vóór het moment van inschrijving wordt bekendgemaakt. In de reactie op de klacht bij de Commissie heeft beklagde de geheimhoudings-verklaring overgelegd (zie 4.8 hiervoor). Tevens heeft beklagde een verklaring van C van 3 januari 2017 overgelegd (zie 4.3 hiervoor) waarin hij onder meer stelt dat hij geen inhoudelijk contact heeft gehad met D of enige andere marktpartij over zijn werkzaamheden voor de onderhavige aanbestedingsprocedure en dat dat ook in de toekomst niet het geval zal zijn. Zijn werkzaamheden waren beperkt tot het doen van voorstellen voor het Programma van Eisen en het kern-assortiment en het leveren van input voor de beantwoording van vragen over het Programma van Eisen in de Nota van Inlichtingen. Na openbaarmaking van het Programma van Eisen en het kernassortiment en de Nota's van Inlichtingen beschikte C niet over meer relevante informatie dan openbaar bekend was gemaakt. Verder heeft C verklaard dat er bij het samenstellen van deze eisen op is gelet dat alle relevante marktpartijen in staat moeten zijn aan deze eisen te voldoen, zonder dat één of meer marktpartijen worden bevoordeeld.

Ten slotte zou de informatie waarover C beschikt voor geen enkele derde partij een voordeel geboden hebben.

Naar het oordeel van de Commissie heeft beklagde passende maatregelen genomen in de zin van de artikelen 1.10b en 2.51 Aw 2012 om te voorkomen dat C informatie naar een potentiële inschrijver zou doorspelen of dat C bij een inschrijving op de onderhavige aanbestedingsprocedure of uitvoering van de opdracht betrokken zou zijn. Tevens acht de Commissie aannemelijk dat alle relevante informatie tijdig aan de potentiële inschrijvers is bekendgemaakt. Aanknopingspunten voor het tegendeel zijn de Commissie niet gebleken.

Bevoordeling

Dan resteert de vraag of het Programma van Eisen en het kernassortiment zijn toegeschreven naar D en – zo ja – of beklagde daarmee in strijd heeft gehandeld met artikel 1.8 of artikelen 2.75 en 2.76 Aw 2012.

Klager heeft geen concrete onderdelen in het Programma van Eisen of het kernassortiment genoemd die D zouden bevoordelen. Beklaagde stelt dat in deze aanbestedingsprocedure geen enkele deelnemer vóór inschrijving bezwaren heeft geuit over de specificaties. Alle inschrijvers konden aan de specificaties voldoen, zonder dat daarbij één of meer inschrijvers zijn bevoordeeld.

Voorts merkt beklagde op dat er geen sprake is van een (zeer) lage prijs van D. Zoals klager zelf met haar analyse van de uitslag heeft aangetoond, was de prijs van D vergelijkbaar met die van medewinnaar F. De prijs van de derde winnaar E, was minder dan 8% hoger dan die van D. Beklaagde wijst er op dat klager geen argument heeft aangevoerd waaruit volgt dat een (relatief) lage inschrijfprijs direct zou voortkomen uit een toegeschreven opdracht, terwijl er verschillende (bedrijfseconomische) redenen zijn op basis waarvan een inschrijver zijn prijs bepaalt.

De Commissie overweegt dat op grond van eis 6 van het Programma van Eisen in Bijlage B (zie 1.3 hiervoor) de aan te bieden artikelen van het kernassortiment dienen te voldoen aan de omschrijving in Bijlage G – Assortiment (zie 1.4 hiervoor), inclusief de gestelde criteria en de genoemde normeringen. De stofspecificaties in Bijlage G zijn vrij algemeen en standaard. Bovendien is het toegestaan om met een beperkte afwijking aan te bieden, mits deze geen afbreuk doet aan de kwaliteit. Voorts is in eis 6 van het Programma van Eisen in Bijlage B bepaald dat bij vermelding van een merknaam in de omschrijving van het kernassortiment in Bijlage G 'of gelijkwaardig' moet worden gelezen. De

Commissie constateert echter dat de kledingstukken in Bijlage G zeer in detail staan beschreven. Dit beperkt de inschrijvers in het aanbieden van andere merken of modellen. Anderzijds zijn de kledingstukken die in het kernassortiment zijn beschreven van diverse merken die niet alleen voor D beschikbaar zijn. Van de 12 inschrijvers voldeden 11 inschrijvers aan de gestelde kwaliteitseisen uit het Programma van Eisen. Ook klager heeft daaraan voldaan.

Verder was de prijs van D vergelijkbaar met die van medewinnaar F. De prijs van de derde winnaar E, was minder dan 8% hoger dan die van D. Op de kwalitatieve gunningscriteria (maatschappelijk verantwoord ondernemen, plan van aanpak en presentatie) hebben klager en de andere twee winnaars, E en F, beter gescoord dan D. Ook met inschakeling van een branche-expert heeft de Commissie geen aanknopingspunten gevonden dat D zou zijn bevoordeeld. Van strijd met artikel 1.8 of artikelen 2.75 en 2.76 Aw 2012 is de Commissie dan ook niet gebleken.

Advies en aanbeveling

De Commissie acht de klacht ongegrond en ziet geen kans tot het doen van een aanbeveling.

Het volledige advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts is te raadplegen op www.commissievanaanbestedingsexperts.nl

NOOT

Hoe proactief moet een (potentiële) inschrijver zijn?

De klacht die is voorgelegd aan de Commissie van Aanbestedingsexperts ('Commissie') ging over vermeende belangenverstremming. Deze annotatie ziet op de terloopse opmerking van de Commissie over paragraaf 3.2.2 van het Beschrijvend Document ('de Clausule'). In de Clausule staat: "Indien deelnemer na kennisgeving van de Nvl nog steeds meent dat er tegenstrijdigheden en/of onvolkomenheden zijn, dan dient Deelnemer op straffe van verval van recht minimaal vijf kalenderdagen vóór de sluitingsdatum voor het indienen van de Inschrijving een kortgedingprocedure aanhangig te maken door middel van het betekenen van een dagvaarding

bij Opdrachtgever. De Commissie vraagt zich af of deze Clausule wel proportioneel en redelijk is.

De vraag lag voor of beklagde voldoende proactief was geweest. Van belang is in dit kader:

- Klager heeft (middels een derde) in de inlichtingenrondes de vermeende belangenverstrengeling aangekaart;
- Hoewel dit niet het gewenste effect had, heeft klager verder geen actie ondernomen en gewoon tijdig en onvoorwaardelijk ingeschreven;
- Klager heeft binnen de Alcateltermijn een klacht bij beklagde ingediend, maar geen kort geding geëntameerd noch een klacht bij de Commissie ingediend;
- Klager heeft geen bezwaren geuit tegen de Clausule.

Beklaagde stelt zich op het standpunt dat klager tot driemaal toe zijn rechten heeft verwerkt om bezwaar te maken tegen de vermeende belangenverstrengeling. De Commissie acht zichzelf desondanks bevoegd de klacht te beoordelen en vindt dat klager voldoende proactief is geweest.

Dit advies komt enkele maanden nadat het Gerechtshof Den Haag een arrest wees, waarin het oordeelde dat noch het feit dat een consortium heeft ingeschreven noch dat het zich bij die inschrijving positief over de mogelijkheid tot volbrenging van de opdracht heeft uitgelaten, afbreuk doet aan de bezwaren die het in de inlichtingenrondes uitte. De keuze om een positieve inschrijving te doen vindt het gerechtshof begrijpelijk, aangezien het consortium op dat moment nog geen oordeel in rechte over zijn bezwaren had verkregen. Het gerechtshof oordeelt dat de bezwaren niet zijn prijsgegeven.¹

Betekenen deze uitspraken dat een inschrijver kan wachten met aan de rechter voorleggen van vermeende hem reeds bekende onregelmatigheden in de aanbestedingsstukken tot ná de gunningbeslissing, zonder tegen een Grossmannverweer aan te lopen? Dat denk ik vooralsnog niet.

1 Gerechtshof 's Gravenhage 14 februari 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:260, rov. 10.

Het gerechtshof rekent het consortium niet aan dat de gegrondheid van zijn bezwaren niet tijdig in rechte is beoordeeld. Onbekend is echter waarom dit zo is. Misschien waren in deze aanbesteding de termijnen wel heel kort of vond het gerechtshof doorslaggevend dat het consortium per brief aan aanbestedder had bericht dat hij een inschrijving zou doen, maar dat aanbestedder daaruit niet mocht afleiden dat hij met de voorwaarden van de aanbesteding instemde.

De jurisprudentie is grillig. Telkens lijkt een (casuïstische) afweging te worden gemaakt van enerzijds de verplichte proactiviteit en anderzijds het recht op effectieve rechtsbescherming.

Effectieve rechtsbescherming

Lidstaten moeten voorzien in snelle en doeltreffende beroepsprocedures, die de naleving van de aanbestedingsregels waarborgen.² Hiertoe schrijft de rechtsbeschermingsrichtlijn precontractuele en postcontractuele rechtsmiddelen voor. Zo moeten in kort geding snel maatregelen kunnen worden genomen om een beweerde inbreuk ongedaan te maken of te voorkomen dat betrokken belangen verder worden geschaad.³ De rechtsbeschermingsrichtlijn heeft ten doel te voorzien in effectieve rechtsbescherming voor marktpartijen.

Proactiviteit

Naast het recht op effectieve rechtsbescherming hebben marktpartijen de plicht om mee te werken aan een spoedig verloop van een aanbestedingsprocedure, vanwege de voortvarendheid waarmee het openbaar bestuur zijn taken moet uitoefenen.⁴ Met het oog hierop moet snel en doeltreffend worden geprocedeerd.⁵

2 Art. 1 lid 1 Richtlijn 2007/66/EG van 11 december 2007 tot wijziging van Richtlijn 89/665/EEG en 92/13/EEG met betrekking tot de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten.
3 Art. 2 lid 1 sub a Rechtsbeschermingsrichtlijn.
4 Vzr. Rb. Rotterdam 22 maart 2017, «JAAN» 2017/123, rov. 4.5-4.6.
5 Vzr. Rb. Gelderland 3 juni 2014, ECLI:NL:RB-GELD:2014:3493, rov. 4.4.

Op deze vereiste proactieve houding bestaat sinds 2004 een sterke focus. Bakermat hiervoor was het arrest Grossmann, waarin het HvJ EU oordeelde: *“wanneer een persoon geen beroep instelt tegen een besluit van de aanbestedende dienst houdende vaststelling van de specificaties van een oproep tot inschrijving, ofschoon hij zich daardoor gediscrimineerd achten de kennisgeving van het besluit tot gunning van de opdracht afwacht vooraleer deze juist op grond van de discriminerende aard van genoemde specificaties aan te vechten voor de verantwoordelijke instantie, zulks niet beantwoordt aan de doelstellingen van snelheid en doeltreffendheid van richtlijn 89/665. Een dergelijke handelwijze belemmert immers de daadwerkelijke toepassing van de communautaire richtlijnen inzake het plaatsen van overheidsopdrachten, omdat zij de instelling van beroepsprocedures, waarvoor de lidstaten ingevolge richtlijn 89/665 moeten zorgen, zonder objectieve reden kan vertragen.”*⁶ Het HvJ EU lijkt te zeggen - anders dan Commissie en gerechtshof in bovengenoemde situaties - dat een inschrijver al vóór inschrijving een kortgedingprocedure ('beroepsprocedure') moet entameren bij bezwaar tegen specificaties.

Het Gerechtshof Leeuwarden oordeelde in 2012: *“Uit genoemd Grossmann arrestvloeit voort dat van inschrijver een proactieve houding wordt verwacht die verder gaat dan het uitsluitend stellen van vragen. Van hem kan worden verlangd, op straffe van verval van het recht daarover in een later stadium nog te mogen klagen, dat hij ook zonedig actie in rechte onderneemt tegen de hem onwelgevallige bepalingen vóórdat het tot een (voorlopige) gunningbeslissing is gekomen”*.⁷ De Rechtbank Den Haag oordeelde in 2010 dat inschrijvers bekend moeten worden verondersteld met het gegeven dat zij hun rechten kunnen verspelen door niet tijdig rechtsmaatregelen te nemen.⁸ De Rechtbank Den Bosch oordeelde: *“de eisen van redelijkheid*

*en billijkheid die de gegadigde jegens de aanbestedder in acht heeft te nemen, brengen met zich mee dat een dergelijke gegadigde luid en duidelijk zijn bezwaren tegen de aangekondigde gunningsprocedure bij de aanbestedder naar voren brengt en binnen bekwame tijd concrete stappen zet om de aangekondigde gunningprocedure aan de rechter ter toets voor te leggen. Dit ter voorkoming van zowel nodeloze vertraging in de aanbesteding alsook het voorkomen van, indien heraanbesteding nodig zou blijken, nodeloze kosten.”*⁹

Het lijkt (blijft) dus risicovol om te wachten met procederen tot na voorlopige gunning.

Verbintenisrechtelijke vervaltermijn

Dit geldt temeer als sprake is van een vervaltermijn, zoals in de Clausule. Aanbesteders mogen vervaltermijnen stellen,¹⁰ maar moeten hierbij aan de vereisten van effectiviteit en rechtszekerheid voldoen.¹¹ De aanbestedingsstukken, inclusief Clausule, kunnen gezien worden als de invulling van de verbintenisrechtelijke verhouding tussen de aanbestedder en de marktpartij.¹² Mijs inziens wordt de vraag of een inschrijver, die middels inschrijving heeft ingestemd met de Clausule en vervaltermijn, nog mag klagen, beantwoord aan de hand van die verbintenis en niet (meer) aan de hand van het leerstuk van rechtsverwerking of Grossmann.

Niet disproportioneel of onredelijk

Blijkens het advies heeft géén van de (potentiële) inschrijvers zich op het standpunt gesteld dat de Clausule disproportioneel of onredelijk is. Ook klager niet. Allen hebben middels het doen van een inschrijving met de Clausule ingestemd.

6 HvJ EU 12 februari 2004, C-230/02 (Grossmann), rov. 37 en 38.

7 Gerechtshof Leeuwarden 5 juni 2012, «JAAN» 2012/102, rov. 6-8.

8 Vزر. Rb. Den Haag 27 augustus 2010, «JAAN» 2010/93, rov. 4.2.

9 Vزر. Rb. Den Bosch, 11 mei 2007, «JAAN» 2007/54, rov. 4.2.1.

10 Zo volgt uit artikel 2 quater Rechtsbeschermingsrichtlijn en bijvoorbeeld: Rb. Rotterdam 15 april 2015, «JAAN» 2015/98 en Rb. Gelderland 18 november 2015, «JAAN» 2016/17.

11 HvJ EU 28 januari 2010, C-456/08 (Cie/lerland), rov. 63-75.

12 Pijnacker Hordijk e.a., "Aanbestedingsrecht", Sdu, vierde druk, p. 622.

De vervaltermijn geldt daarom tussen partijen en de vraag of deze proportioneel is, lijkt achterhaald.

Voorshands ben ik overigens niet van mening dat de Clause disproportioneel of onredelijk is. De Clause is duidelijk en ondubbelzinnig geformuleerd en bevat een duidelijke termijn waarbinnen onregelmatigheden aan de rechter moeten zijn voorgelegd. Dat deze termijn onredelijk kort zou zijn, heeft niemand aangevoerd. Ik meen dat minimaal 20 dagen redelijk is, omdat 20 dagen ook geldt voor het entameren van een kort geding tegen een gunningbeslissing.¹³

De Commissie suggereert dat de kosten voor een procedure disproportioneel zijn, omdat nog onduidelijk is of een marktpartij wel kans maakt op de opdracht. Dit oordeel heeft de onwenselijke consequentie dat een inschrijver, die voorafgaand aan zijn inschrijving een onregelmatigheid signaleert in de aanbestedingsstukken, de uitslag afwacht en zich pas bij de rechter beklagt bij verlies. Dit opportunistisch handelen leidt tot onnodige vertraging en mogelijk schade voor aanbesteder en concurrenten. Concurrenten hebben dan voor niets een inschrijving gedaan en heraanbesteding is nog de enige mogelijkheid. Dat is als zodanig (ook) disproportioneel.

In eerste instantie staan inschrijvers uiteraard minder ingrijpende, goedkopere, middelen tot hun beschikking, zoals het stellen en herhalen van vragen en het indienen van klachten. In de Gids Proportionaliteit staat onder 4.4: *“Het is proportioneel eventuele klachten en onduidelikheden in een zo vroegtijdig mogelijk stadium van het aanbestedingsproces te voorkomen en/of op te lossen en daarmee tussentijds effect op de procedure uit te oefenen”*. Uit het Commissie-advies volgt dat aanbesteder heeft voorzien in inlichtingenrondes en een laagdrempelige klachtenafhandelingsprocedure. Uit de Gids volgt geenszins dat het vóór inschrijving moeten voorleggen aan de rechter van desalniettemin voortdurende bezwaren disproportioneel is.

Conclusie en enkele vuistregels voor de praktijk

De jurisprudentie over hoe proactief (potentiële) inschrijvers moeten zijn, blijft grillig. Onduidelijk is of Gerechtshof Den Haag en Commissie bedoeld hebben te breken met Grossmann en daarop gebaseerde jurisprudentie of dat de uitspraken gebaseerd zijn op (de lezer onbekende) specifieke omstandigheden.

Ik zou het als inschrijver niet aandurven om te wachten met het voorleggen van vermeende onregelmatigheden aan de voorzieningenrechter tot ná de voorlopige gunningbeslissing. Hoewel aanbesteder verantwoordelijk is voor het opstellen van rechtmatige aanbestedingsstukken, rechtsverwerking niet snel wordt aangenomen en een inschrijver recht heeft op effectieve rechtsbescherming, is het risico (nog) te groot. Dit geldt temeer als sprake is van een soortgelijke als de Clause.

Voor een aanbesteder kan het raadzaam zijn een Clause op te nemen. Voor inschrijvers is hiermee duidelijk hoe ver de vereiste proactiviteit volgens aanbesteder gaat. Door in te schrijven stemt een inschrijver hiermee in. Wel is essentieel dat de termijnen redelijk zijn en dat onregelmatigheden die redelijkerwijs pas later aan het licht komen, ook na verstrijken van de vervaltermijn natuurlijk nog aan de orde mogen worden gesteld.

C.W. Oudenaarden,
advocaat bij Van Benthem & Keulen Advocaten &
Notariaat te Utrecht

¹³ Art. 2.127 lid 3 Aanbestedingswet.