

JAAN 2015/149 Voorzieningenrechter Rechtbank 's-Gravenhage, 24-04-2015, C/09/482845 / KG ZA 15-198, ECLI:NL:RBDHA:2015:4864
(On)rechtmatigheid heraanbesteding, Wezenlijke wijziging

Publicatie	JAAN 2015 afl. 5
Publicatiedatum	03 augustus 2015
College	Voorzieningenrechter Rechtbank 's-Gravenhage
Uitspraakdatum	24 april 2015
Rolnummer	C/09/482845 / KG ZA 15-198 LJN ECLI:NL:RBDHA:2015:4864
Rechter(s)	mr. Van Ham
Partijen	1. De vennootschap naar het recht van de Republiek Finland LM Tietopalvelut OY te Helsinki (Finland), 2. [A] handelende onder de naam Index Books te [woonplaats 1], advocaat mr. M.L. Joha te Amsterdam, tegen de publiekrechtelijke rechtspersoon de Staat der Nederlanden (Ministerie van Financiën) te Den Haag, advocaat mr. D. Wolters Rückert te Den Haag.
Noot	mr. T. van Wijk
Trefwoorden	(On)rechtmatigheid heraanbesteding, Wezenlijke wijziging,
Regelgeving	

» **Samenvatting**

In april 2014 start de Staat een Europese openbare aanbesteding van vakliteratuur en abonnementen, verdeeld in twee percelen. Voor perceel 1 is met Van Dijk een raamoverkomst gesloten en voor perceel 2 met Swets. In verband met het faillissement van Swets besteedt de Staat in oktober 2014 perceel 2 opnieuw aan. Onder andere Tietopalvelut en Mainpress schrijven in. In de inschrijving van Tietopalvelut is voorzien dat de boeken worden geleverd door Index Books en de tijdschriften door Tietopalvelut, elk gebruikmakend van een eigen leveranciersomgeving. In december deelt de Staat aan Tietopalvelut mee dat haar inschrijving als tweede is geëindigd, achter die van Mainpress. Naar aanleiding van door Tietopalvelut geuite bezwaren over de referenties van Mainpress trekt de Staat de gunningsbeslissing in en besluit tot een tweede heraanbesteding, die in februari 2015 wordt gestart. Tietopalvelut start een kort geding.

De voorzieningenrechter beoordeelt of de Staat gerechtigd was de (eerste) heraanbesteding stop te zetten en of hij vervolgens gerechtigd was over te gaan tot een tweede heraanbesteding.

Vooropstaat dat een aanbestedende dienst in beginsel geen rechtsplicht heeft tot het sluiten van een overeenkomst en dat een aanbestedende dienst in ieder stadium van de procedure mag besluiten van opdrachtverlening af te zien. De Staat heeft dit ook vastgelegd in het Beschrijvend Document. Het betoog van Tietopalvelut dat de Staat niet gerechtigd was de aanbesteding stop te zetten, stuit reeds hierop af. Een en ander laat onverlet dat het (nagenoeg) ongewijzigd aanbesteden van dezelfde opdracht onrechtmatig kan zijn.

Bij de beantwoording van de vraag of de Staat gerechtigd was over te gaan tot een nieuwe heraanbesteding, stelt de voorzieningenrechter voorop dat de aanbestedingsrechtelijke beginselen zich ertegen verzetten dat een aanbestedende dienst na kennisneming van de inschrijvingen van de gegadigden zonder objectieve rechtvaardiging tot heraanbesteding overgaat. Indien er een of meer passende inschrijvingen zijn gedaan en er geen procedurele gebreken zijn die maken dat een rechtmatige gunning niet mogelijk is, zal een aanbestedende dienst dan ook niet tot heraanbesteding mogen overgaan zonder de specificaties van de opdracht wezenlijk te wijzigen, zodat deze als een nieuwe opdracht moet worden aangemerkt. Analoog aan HvJ EU 19 juni 2008, ECLI:EU:C:2008:351, Presstext ro. 35-37 mag worden aangenomen dat bij een heraanbesteding van een opdracht een wijziging kan worden aangemerkt als wezenlijk wanneer voorwaarden worden ingevoerd die, wanneer zij in de oorspronkelijk aanbestedingsprocedure waren genoemd, zouden hebben geleid tot toelating van andere inschrijvers dan die oorspronkelijk waren toegelaten, of tot de keuze van een andere offerte dan waarvoor oorspronkelijk gekozen was.

Wanneer het gaat om een heraanbesteding die plaatsvindt nadat de aanbestedende dienst kennis heeft genomen van de inschrijvingen, dienen deze wijzigingen in beginsel betrekking te hebben op de specificaties van de opdracht zelf en

niet op de wijze van beoordeling of de aan de opdrachtnemer te stellen eisen. De verhoging van de krediet-eisen en de verlaging van de referentie-eisen vormen in de gegeven omstandigheden daarom geen objectieve rechtvaardiging voor het opnieuw aanbesteden van de opdracht. Voor zover de Staat heeft aangevoerd dat de beoordelingssystematiek in de heraanbestedingsprocedure omissies bevatte, moet daaraan worden voorbijgegaan. Het is bepaald niet uitgesloten dat bijvoorbeeld het gebruiksgemak van de leveranciersomgeving zeer wel te beoordelen was onder de geformuleerde eisen. Ook de aangekondigde gewijzigde puntentelling kan naar voorlopig oordeel niet worden aangemerkt als een wezenlijke wijziging. Niet kan worden afgeleid dat de oorspronkelijke beoordelingssystematiek op dat punt een ernstig gebrek of een innerlijke tegenstrijdigheid bevatte.

Voor de wijziging met betrekking tot het aanbieden van een enkele leveranciersomgeving ligt dit anders. Ook indien ervan moet worden uitgegaan dat ook in de heraanbestedingsprocedure de leveranciersomgeving gekoppeld diende te worden aan Lees-Rijk (digitaal toegangskanaal aangesloten op de DigiInkoop infrastructuur) en dat het daarom voor de (meeste) eindgebruikers van de leveranciersomgeving niet uitmaakt of daar één of meer leveranciersomgevingen aan gekoppeld zijn, kan dat verschil voor de Staat als opdrachtgever wél van belang zijn. Voorts zal het voor de deelnemende organisaties vanuit het oogpunt van efficiency wel degelijk verschil uitmaken of er, in plaats van één, meerdere helpdesks en factuuradressen zijn. Het betoog dat Tietopalvelut door middel van een keuzemenu en doorschakeling kan regelen dat de gebruiker de helpdesks met één telefoonnummer kan bereiken, legt in dit verband onvoldoende gewicht in de schaal. Daar komt bij dat – zoals Tietopalvelut ook heeft erkend – (nog) niet alle deelnemende organisaties zijn aangesloten op Lees-Rijk en/of DigiInkoop, zodat die organisaties wél gebruik moeten maken van de (eigen) leveranciersomgeving (bestel-, informatie- en betaalsysteem) van de opdrachtnemer. Voor die organisaties is de leveranciersomgeving van de opdrachtnemer derhalve wel degelijk van groot belang. Dat voormelde eisen aan de leveranciersomgeving een wezenlijke wijziging inhouden volgt ook uit de stelling van Tietopalvelut dat zij niet of alleen tegen hoge kosten aan de eisen van een geïntegreerde leveranciersomgeving zou kunnen voldoen.

De voorzieningenrechter acht het voldoende aannemelijk dat de nieuwe opdracht wezenlijke wijzigingen bevat ten opzichte van de opdracht die onderwerp was van de heraanbestedingsprocedure.

De voorzieningenrechter wijst het gevorderde af.

» Uitspraak

1. Het procesverloop

Tietopalvelut c.s. hebben, tezamen met de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid LM Information Delivery Netherlands B.V. (hierna 'Information Delivery'), de Staat op 13 februari 2015 doen dagvaarden om op 7 april 2015 te verschijnen ter zitting van de voorzieningenrechter van deze rechtbank. De zaak is op die datum behandeld. Ter zitting hebben Tietopalvelut c.s. de vorderingen ten aanzien van Information Delivery ingetrokken, zodat Information Delivery geen partij meer is in deze procedure. Vonnis is (nader) bepaald op heden.

2. De feiten

Op grond van de stukken en het verhandelde ter zitting van 7 april 2015 wordt in dit geding van het volgende uitgegaan.

2.1. Op 30 april 2014 heeft de Staat (meer in het bijzonder het Ministerie van Financiën, het Inkoopuitvoeringscentrum Belastingdienst van de Belastingdienst/Centrum voor Facilitaire Dienstverlening, hierna ook wel 'het IUC') een Europese openbare aanbestedingsprocedure aangekondigd voor de opdracht 'Vakliteratuur en Abonnementen 2014', met kenmerk INK13-403. De opdracht zag – kort gezegd – op de levering van en de dienstverlening betreffende abonnementen op vakbladen, losbladigen, periodieken en seriewerken, boeken, elektronische dragers en grijze literatuur. De opdracht was verdeeld in twee percelen, waarbij Perceel 1 betrekking had op een zevental ministeries en Perceel 2 op vier ministeries en een aantal overige deelnemende instanties, waaronder de Raad van State en de Raad voor de Rechtspraak. Het doel was om voor elk perceel afzonderlijk een raamovereenkomst te sluiten. In het voor deze aanbestedingsprocedure opgestelde Beschrijvend Document was bepaald dat aan een inschrijver slechts één perceel zou worden gegund.

2.2. Naar aanleiding van voormelde aanbestedingsprocedure is voor ieder perceel een Raamovereenkomst gesloten: voor Perceel 1 met de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Van Dijk Zakelijk B.V. (hierna 'Van Dijk') en voor Perceel 2 met de besloten vennootschap Swets Information Services B.V. (hierna 'Swets'). Ten gevolge van het faillissement van Swets is de raamovereenkomst voor perceel 2 beëindigd. Vervolgens heeft het IUC op 14 oktober 2014 een aankondiging gedaan voor de openbare Europese (her)aanbesteding van de opdracht 'Vakliteratuur en Abonnementen 2014 perceel 2', met kenmerk IUC14-404 (hierna 'de Opdracht'). Net als op de in 2.1. vermelde procedure is op deze heraanbestedingsprocedure (hierna 'de heraanbestedingsprocedure') de Aanbestedingswet 2012 van toepassing en is het gunningscriterium de 'economisch meest voordelige inschrijving'.

2.3. Deze heraanbestedingsprocedure is beschreven in het Beschrijvend Document van 14 oktober 2014 (hierna ‘het Beschrijvend Document’), met bijlagen. Naar aanleiding van vragen van inschrijvers heeft de Staat meerdere Nota’s van Inlichtingen verstrekt.

2.4. In het Beschrijvend Document is – voor zover hier van belang – in paragraaf 2.4.2 het volgende bepaald:

“Het IUC heeft het recht de Opdracht niet te gunnen en deze aanbesteding stop te zetten. Het IUC informeert u tijdig over deze beslissing. Ingeval een dergelijke beslissing wordt genomen, dan kan hieraan geen recht op (schade) vergoeding ontleend worden.”

Voorts zijn in de paragrafen 3.3.4. en 3.2.3 van het Beschrijvend Document eisen geformuleerd met betrekking tot de inschrijving als combinatie en de inschrijving met onderaannemers. In de in paragraaf 3.3.6 van het Beschrijvend Document met betrekking tot de technische bekwaamheid geformuleerde eis 9 is bepaald dat inschrijvers één klantreferentie per kerncompetentie moeten overleggen. De daar beschreven kerncompetenties betreffen ‘Complexiteit van de opdracht’ en ‘ervaring met uitvoeren’.

2.5. In paragraaf 4.6.1 van het Beschrijvend Document zijn eisen en wensen geformuleerd met betrekking tot de zogenoemde ‘leveranciersomgeving’, een via internet toegankelijk bestel-, informatie- en/of abonnementensysteem.

2.6. Tietopalvelut c.s., de besloten vennootschap Mainpress B.V. (hierna ‘Mainpress’), en een derde inschrijver hebben zich ingeschreven voor de Opdracht. In de inschrijving van Tietopalvelut c.s. was voorzien dat de boeken zouden worden geleverd door Index Books en de tijdschriften door Tietopalvelut, waarbij zij ieder gebruik maakten van hun eigen leveranciersomgeving.

2.7. Bij brief van 3 december 2014 heeft het IUC aan Tietopalvelut c.s. meegedeeld dat haar inschrijving niet als economisch meest voordelige inschrijving is aangemerkt en dat haar inschrijving, achter die van Mainpress, als tweede is geëindigd.

2.8. Naar aanleiding van door Tietopalvelut c.s. geuite bezwaren over de referenties van Mainpress heeft het IUC bij brief van 18 december 2014 aan de inschrijvers meegedeeld dat de gunningsbeslissing wordt ingetrokken en dat hij zich beraadt op het verdere verloop van de aanbestedingsprocedure.

2.9. Bij brief van 13 januari 2015 heeft het IUC aan Tietopalvelut c.s. meegedeeld dat hij heeft besloten de aanbesteding conform paragraaf 2.4.2. van het Beschrijvend Document stop te zetten en dat hij een (tweede) heraanbesteding voorbereidt. Deze brief vermeldt met betrekking tot de reden van de stopzetting – voor zover hier van belang – het volgende:

“Een belangrijke reden hiervoor is gelegen in het feit dat er in het beschrijvend document onvoldoende is aangegeven hoe het bestel- informatie en/of abonnement systeem zou worden beoordeeld. Om deze reden wordt er nu een heraanbesteding voorbereid. Hierin zullen onder meer ook een aantal elementen worden meegenomen met betrekking tot de ontwikkeling van Lees-Rijk, waardoor de Staat en leverancier de mogelijkheid krijgen tot een efficiëntere logistiek van het bestel- en betalingsproces.”

2.10. Op 12 februari 2015 heeft het IUC vervolgens de (tweede) openbare Europese heraanbestedingsprocedure aangekondigd voor de opdracht ‘Vakliteratuur en Abonnementen perceel 2’, ditmaal met kenmerk IUC15-401 (hierna ‘de nieuwe Opdracht’). Deze nieuwe heraanbesteding is beschreven in het Beschrijvend Document Openbare Europese (her)aanbesteding Vakliteratuur en Abonnementen perceel 2 van 11 februari 2015 (hierna ‘het Beschrijvend Document nieuw’). Het Beschrijvend Document nieuw vermeldt met betrekking tot de aanleiding tot de nieuwe heraanbesteding het volgende:

“Vervolgens bleek dat er onvoldoende is aangegeven hoe het bestel- informatie en/of abonnement systeem zou worden beoordeeld waardoor dit document opnieuw in de markt moest worden gezet, hetgeen aanleiding is voor deze aanbesteding. Tegelijkertijd zijn er, naast enkele andere aanpassingen een aantal wijzigingen in dit beschrijvend document aangebracht waardoor de Staat en leverancier de mogelijkheid krijgen tot een efficiënter logistiek van het bestel- en betalingsproces.”

In paragraaf 4.5. van het Beschrijvend Document nieuw is – voor zover hier van belang – het volgende bepaald:

“DigiInkoop is de Rijksbrede ICT voorziening die het inkoopproces ondersteunt van getekend contract tot en met betaalbaar gestelde factuur (...). Doel van deze voorziening is dat zowel de overheid als zijn leveranciers efficiënter, professioneler, rechtmatiger en makkelijker werken.

(...)

Inzicht in de te verwerven vakliteratuur en abonnees zal vanuit deze zienswijze beschikbaar komen via de digitale omgeving Lees-Rijk die beschikbaar wordt gesteld door Opdrachtgever. Lees-Rijk is aangesloten op de DigiInkoop infrastructuur om het bestel – en facturatieproces van de deelnemers te ondersteunen, dit omvat ook het proces van het bestellen van abonnementen.

Lees-Rijk is hét toegangskanaal voor Deelnemende Organisaties voor het zoeken naar de juiste content. Door middel van een API zal de content van de leveranciersomgeving doorzoekbaar zijn voor de deelnemende organisaties. Indien de Deelnemende Organisatie gebruik maakt van DigiInkoop, zal de bestelprocedure via Lees-Rijk en DigiInkoop verlopen. Voor deelnemers die gebruik maken van Leonardo en/of voor deelnemers met een eigen inkoopworkflowsysteem, kan/wordt eveneens op termijn een koppeling met Lees-Rijk verzorgd. Voor deze deelnemers loopt de bestelprocedure via Lees-Rijk en Leonardo of het eigen inkoopworkflowsysteem. Wanneer de deelnemer (nog) geen gebruik maakt van DigiInkoop zal het zoekproces in Lees-Rijk plaatsvinden en het bestelproces zal via de leveranciersomgeving plaatshebben. Dit geldt ook voor deelnemers die nog geen koppeling hebben met het eigen inkoopworkflowsysteem en Lees-Rijk.”

2.11. Naar aanleiding van de door Tietopalvelut c.s. uitgebrachte dagvaarding heeft het IUC in een uitgebreid gemotiveerde brief van 26 maart 2015 aan Tietopalvelut c.s. meegedeeld dat de nieuwe opdracht in wezenlijk gewijzigde vorm wordt aanbesteed. In deze brief schrijft het dat hij omissies in de beoordelingsystematiek heeft aangepast en dat hij wezenlijke wijzigingen heeft doorgevoerd in de eisen en de scope van de Opdracht die goed mogelijk leiden tot een andere kring van gegadigden. De door het IUC vermelde wijzigingen in de eisen en de scope van de opdracht betreffen eisen en de puntentelling met betrekking tot ‘Lees-Rijk’, strengere krediet-eisen bij uitgevers en een versoepeling van de referentie-eisen. De brief vermeldt – voor zover hier van belang – het volgende:

“Lees-Rijk

De leveranciersomgeving behelst het achterliggende bestel-, informatie- en/of abonnementensysteem van de Opdrachtnemer waarin medewerkers van Deelnemende Organisaties folio producten, digitale bronnen en bijbehorende diensten kunnen inzien en bestellen. Het achterliggende bestel-, informatie- en/of abonnementensysteem van de intermediair (Opdrachtnemer) omvat daarmee een foliocatalogus die aangesloten wordt op de door Opdrachtgever ter beschikking gestelde omgeving Lees-Rijk.

De inschrijver wordt thans gevraagd één leveranciersomgeving aan te bieden die aansluit op Lees-Rijk. Bij de heraanbesteding wenst de Belastingdienst (ook in situaties waarin in een combinatie van opdrachtnemers of met (...) onderaannemers wordt ingeschreven) niet meerdere maar één aansluiting te hebben op Lees-Rijk om zo tot een efficiëntere logistiek van het bestel- en betalingsproces te komen.

Dit houdt in dat slechts één leveranciersomgeving, één helpdesk en uit hoofde van één Opdrachtnemer facturen worden toegestaan. De Opdrachtnemer dient dat aan de achterkant zelf in te regelen. In het nieuwe aanbestedingsdocument zijn deze wijzigingen terug te vinden in de eisen 38, 52 en 83.”

Daarnaast heeft het IUC zich in deze brief op het standpunt gesteld dat de inschrijving van Tietopalvelut c.s. bij herleving van de ingetrokken aanbesteding niet voor gunning in aanmerking zou komen omdat deze niet zou voldoen aan de in die procedure met betrekking tot combinatievorming en technische bekwaamheid gestelde eisen.

2.12. Inmiddels heeft het IUC de tweede heraanbestedingsprocedure opgeschort.

3. Het geschil

3.1. Na wijziging van eis vorderen Tietopalvelut c.s. – zakelijk weergegeven – voor zover de Staat de Opdracht nog wil gunnen (a) de Staat te verbieden uitvoering te geven aan het besluit van 13 januari 2015 tot stopzetting van de heraanbestedingsprocedure en tot voorbereiding van de tweede heraanbesteding, alsmede om de Staat te verbieden voor een tweede maal over te gaan tot heraanbesteding, dan wel definitief te stoppen en dat deel van de oorspronkelijke opdracht waarvoor nog geen overeenkomst is gesloten in wezenlijk gewijzigde vorm aan te besteden; en (b) de Staat te gebieden de voorbereiding of voortzetting van heraanbesteding, dan wel de aanbesteding van een wezenlijk gewijzigde opdracht onmiddellijk te staken; (c) de Staat te gebieden de gemotiveerde gunningsbeslissing van 3 december 2014 uit te voeren met dien verstande dat de inschrijvingen met inachtneming van dit vonnis worden herbeoordeeld en dat vervolgens een nieuwe gunningsbeslissing wordt genomen, waarbij de inschrijving van Mainpress ongeldig wordt verklaard, zodat gegund wordt aan de Tietopalvelut c.s. als opvolgend inschrijver; en (d) de Staat te verbieden over te gaan tot een tweede heraanbesteding en/of de nieuwe opdracht te gunnen in afwachting van de uitkomst van een binnen 10 werkdagen na dit vonnis door Tietopalvelut c.s. aangehangig te maken spoedappell, een en ander op straffe van een dwangsom en met veroordeling van de Staat in de proceskosten.

3.2. Daartoe stellen Tietopalvelut c.s. het volgende. De staking van de heraanbesteding en de voorgenomen tweede heraanbesteding zijn in strijd met de aanbestedingsrechtelijke beginselen en de beginselen van behoorlijk bestuur. Dit volgt reeds uit de omstandigheid dat de Staat voorafgaand aan zijn gunningsvoornemen ten gunste van Mainpress

geen gebreken heeft geconstateerd en uit het gegeven dat de voor Perceel 1 gesloten Raamovereenkomst ongewijzigd is voortgezet. De nieuwe Opdracht bevat ten opzichte van de voorgaande Opdracht geen (rechtens relevante) wezenlijke wijzigingen. Ook in de heraanbestedings-procedure was voorzien dat de leveranciersomgeving(en) van de opdrachtnemer (aan de achterkant) gekoppeld werden aan Lees-Rijk en DigiInkoop. Het besluit tot stopzetting van de heraanbestedingsprocedure was onrechtmatig en de Staat dient een nieuwe gunningsbeslissing te nemen. Gelet op het arrest van de Hoge Raad van 7 december 2012 (ECLI:NL:HR:2012:BW9233, NJ 2013/154), kan de Staat zich daarbij niet meer beroepen op de vermeende ongeldigheid van de inschrijving van Tietopalvelut c.s. Al met al is het handelen van de Staat zeer onzorgvuldig, temeer omdat hij er voor het sluiten van de raamovereenkomst met Swets erop bedacht had moeten zijn dat Swets zou failleren en dat er bij de heraanbestedingsprocedure geen twijfel over kon bestaan dat Mainpress zich in strijd met de gestelde eisen beriep op de ervaring van bedrijfsonderdelen die zij had overgenomen van Swets.

3.3. De Staat voert gemotiveerd verweer, dat hierna, voor zover nodig, zal worden besproken.

4. De beoordeling van het geschil

4.1. In deze procedure moet worden beoordeeld of de Staat gerechtigd was de (eerste) heraanbesteding stop te zetten en of hij vervolgens gerechtigd was over te gaan tot een tweede heraanbesteding.

4.2. Vooropstaat dat een aanbestedende dienst in beginsel geen rechtsplicht heeft tot het sluiten van een overeenkomst en dat een aanbestedende dienst in ieder stadium van de procedure mag besluiten van opdrachtverlening af te zien. De Staat heeft dit ook vastgelegd in paragraaf 2.4.2 van het Beschrijvend Document. Het betoog van Tietopalvelut c.s. dat de Staat niet gerechtigd was de aanbesteding stop te zetten, stuit reeds hierop af. Dit betekent ook dat gunning op basis van de thans beëindigde heraanbestedingsprocedure in beginsel is uitgesloten. Daarmee kan het antwoord op de vraag of de inschrijving van Tietopalvelut c.s. in die procedure alsnog ongeldig zou moeten worden verklaard, in het midden worden gelaten. Een en ander laat onverlet dat het (nagenoeg) ongewijzigd aanbesteden van dezelfde opdracht onrechtmatig kan zijn.

4.3. Bij de beantwoording van de vraag of de Staat gerechtigd was over te gaan tot een nieuwe heraanbesteding, stelt de voorzieningenrechter voorop dat de aanbestedingsrechtelijke beginselen zich ertegen verzetten dat een aanbestedende dienst na kennisneming van de inschrijvingen van de gegadigden zonder objectieve rechtvaardiging tot heraanbesteding overgaat. Indien er een of meer passende inschrijvingen zijn gedaan en er geen procedurele gebreken zijn die maken dat een rechtmatige gunning niet mogelijk is, zal een aanbestedende dienst dan ook niet tot heraanbesteding mogen overgaan zonder de specificaties van de opdracht wezenlijk te wijzigen, zodat deze als een nieuwe opdracht moet worden aangemerkt. Zoals is overwogen in de door beide partijen aangehaalde uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Noord-Nederland (ECLI:NL:RBNNE:2013: BY8197) bestaat bij heraanbesteding immers het risico van (ongoorloofde) manipulatie. Een aanbestedende dienst zou een winnende, maar hem onwelgevallige inschrijver kunnen trachten te passeren door opnieuw een aanbesteding ten aanzien van (vrijwel) dezelfde opdracht uit te schrijven, met een beoordelingskader dat nader toegesneden is op de gewenste ondernemer.

4.4. De Staat heeft zich op het standpunt gesteld dat de nieuwe Opdracht, die daags voor het uitbrengen van de dagvaarding is aangekondigd, wezenlijke wijzigingen bevat. Daartoe heeft hij met name verwezen naar de in 2.11. vermelde brief van 26 maart 2015. Ter zitting hebben Tietopalvelut c.s. betwist dat de nieuwe Opdracht wezenlijke wijzigingen bevat ten opzichte van de voorgaande opdracht(en). Daarnaast hebben Tietopalvelut c.s. zich op het standpunt gesteld dat de wijzigingen met betrekking tot de leveranciersomgeving is ingegeven door willekeur en discriminatie en de kennelijke wens om combinatievorming tegen te gaan.

4.5. Als meest verstrekkend verweer heeft de Staat aangevoerd dat aan de inhoudelijke bezwaren van Tietopalvelut c.s. tegen de wezenlijke wijzigingen van de nieuwe Opdracht moet worden voorbijgegaan, aangezien zij deze in strijd met een goede procesorde pas ter zitting naar voren hebben gebracht. Dit verweer moet worden gepasseerd, aangezien de bezwaren van Tietopalvelut c.s. een (te verwachten) reactie zijn op de brief van 26 maart 2015. Beoordeeld zal worden of de door de Staat in de brief van 26 maart 2015 vermelde gronden een rechtens relevante wijziging opleveren ten opzichte van de Opdracht die onderwerp was van de (eerste) heraanbesteding.

4.6. Aan Tietopalvelut c.s. moet worden toegegeven dat het opmerkelijk is dat de gewenste wijzigingen kennelijk pas bij de Staat zijn opgekomen nadat hem gebleken was dat Mainpress niet voor gunning in aanmerking kwam. Daaruit volgt evenwel niet zonder meer dat de Staat Tietopalvelut c.s. niet als opdrachtnemer wenst. Dit kan zich immers ook voordoen indien de Staat de bieding van Tietopalvelut c.s., om een reden die niet voortvloeit uit de oorspronkelijke uitvraag, niet (meer) passend acht bij de (veranderende) behoeften van de deelnemende organisaties. Het is niet uitgesloten dat de inschrijvingen van Van Dijk en Mainpress wel aan die niet eerder geformuleerde behoeften voldoen. Wat hier ook van zij, het staat de Staat vrij over te gaan tot een nieuwe heraanbesteding indien de nieuwe Opdracht ten opzichte van de voorgaande Opdracht wezenlijke wijzigingen bevat.

4.7. Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft in rechtsoverwegingen 35-37 van zijn arrest van 19 juni 2008 in de zaak *Pressetext* (ECLI:EU:C:2008:351) een aantal voorbeelden gegeven van wezenlijke wijzigingen in de bepalingen van een overeenkomst die met een aanbestedende dienst is gesloten. Analoog aan deze uitspraak mag worden aangenomen dat bij een heraanbesteding van een opdracht een wijziging kan worden aangemerkt als wezenlijk wanneer voorwaarden worden ingevoerd die, wanneer zij in de oorspronkelijk aanbestedingsprocedure waren genoemd, zouden hebben geleid tot toelating van andere inschrijvers dan die oorspronkelijk waren toegelaten, of tot de keuze van een andere offerte dan waarvoor oorspronkelijk gekozen was. Uit hetgeen is overwogen in 4.3. volgt dat wanneer het gaat om een heraanbesteding die plaatsvindt nadat de aanbestedende dienst kennis heeft genomen van de inschrijvingen, deze wijzigingen in beginsel betrekking dienen te hebben op de specificaties van de opdracht zelf en niet op de wijze van beoordeling of de aan de opdrachtnemer te stellen eisen. De verhoging van de krediet-eisen en de verlaging van de referentie-eisen vormen in de gegeven omstandigheden daarom geen objectieve rechtvaardiging voor het opnieuw aanbesteden van de Opdracht.

4.8. Voor zover de Staat heeft aangevoerd dat de beoordelingssystematiek in de heraanbestedingsprocedure omissies bevatte, moet daaraan worden voorbijgegaan. Het is bepaald niet uitgesloten dat bijvoorbeeld het gebruiksgemak van de leveranciersomgeving zeer wel te beoordelen was onder de eisen zoals deze reeds in paragraaf 4.6.1 van het Beschrijvend Document (zoals vermeld in 2.5) waren geformuleerd. Ook de aangekondigde gewijzigde puntentelling kan naar voorlopig oordeel niet worden aangemerkt als een wezenlijke wijziging. Uit de brief van 26 maart 2015 kan niet worden afgeleid dat de oorspronkelijke beoordelingssystematiek op dat punt een ernstig gebrek of een innerlijke tegenstrijdigheid bevatte.

4.9. Voor de wijziging met betrekking tot het aanbieden van een enkele leveranciersomgeving ligt dit anders. Ook indien ervan moet worden uitgegaan dat ook in de heraanbestedingsprocedure de leveranciersomgeving gekoppeld diende te worden aan Lees-Rijk en dat het daarom voor de (meeste) eindgebruikers de leveranciersomgeving niet uitmaakt of daar één of meer leveranciersomgevingen aan gekoppeld zijn, kan dat verschil voor de Staat als opdrachtgever wél van belang zijn. Voorts zal het voor de deelnemende organisaties vanuit het oogpunt van efficiency wel degelijk verschil uitmaken of er, in plaats van één, meerdere helpdesks en factuuradressen zijn. Dit is door Tietopalvelut c.s. grotendeels onweersproken gelaten. Het betoog dat Tietopalvelut c.s. door middel van een keuzemenu en doorschakeling kan regelen dat de gebruiker de helpdesks met één telefoonnummer kan bereiken, legt in dit verband onvoldoende gewicht in de schaal. Daar komt bij dat – zoals Tietopalvelut c.s. ook hebben erkend – (nog) niet alle deelnemende organisaties zijn aangesloten op Lees-Rijk en/of DigiInkoop, zodat die organisaties wél gebruik moeten maken van de (eigen) leveranciersomgeving (bestel-, informatie- en betaalsysteem) van de opdrachtnemer. Voor die organisaties is de leveranciersomgeving van de opdrachtnemer derhalve wel degelijk van groot belang. Dat voormelde eisen aan de leveranciersomgeving een wezenlijke wijziging inhouden volgt ook uit de stelling van Tietopalvelut c.s. dat zij niet of alleen tegen hoge kosten aan de eisen van een geïntegreerde leveranciersomgeving zouden kunnen voldoen.

4.10. De stelling van Tietopalvelut c.s. dat de gewijzigde eisen disproportioneel en/of discriminerend zijn voor partijen die, zoals Tietopalvelut c.s., als combinatie inschrijven, valt buiten het bestek van deze procedure. Indien Tietopalvelut c.s. op dat punt bezwaar wensen te maken, dienen zij daartoe een vordering in te stellen in een separate procedure.

4.11. Gelet op hetgeen is overwogen in 4.6. tot en met 4.9. acht de voorzieningenrechter het voldoende aannemelijk dat de nieuwe Opdracht wezenlijke wijzigingen bevat ten opzichte van de Opdracht die onderwerp was van de heraanbestedingsprocedure. Dit betekent dat de vorderingen van Tietopalvelut c.s. onder a tot en met c moeten worden afgewezen. Ten overvloede merkt de voorzieningenrechter hierbij op dat hetgeen Tietopalvelut c.s. hebben gesteld met betrekking tot (vermeende) onzorgvuldigheid aan de zijde van de Staat niet kan leiden tot toewijzing van hun vorderingen.

4.12. Voor toewijzing van het door Tietopalvelut c.s. gevorderde gebod aan de Staat om de nieuwe heraanbesteding dan wel de gunning uit te stellen in afwachting van de uitkomst van een door Tietopalvelut c.s. in te stellen hoger beroep, bestaat geen grond. Niet valt in te zien op welke grond de thans verworpen bezwaren van Tietopalvelut c.s. ertoe zouden moeten leiden dat de nieuwe heraanbestedingsprocedure verder zou moeten worden opgeschort. Hierbij dient in aanmerking te worden genomen dat het in het belang van de Staat is dat hij verder kan gaan met het in de markt zetten van een opdracht, terwijl Tietopalvelut c.s. de mogelijkheid behouden om voor de door hen geleden schade verhaal te zoeken.

4.13. Slotsom is dat de vorderingen van Tietopalvelut c.s. moeten worden afgewezen. Zij zullen, als de in het ongelijk gestelde partij, worden veroordeeld in de kosten van dit geding. Voor veroordeling in de nakosten bestaat geen grond, nu de kostenveroordeling ook voor deze nakosten een executoriale titel oplevert (vgl. HR 19 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL1116, NJ 2011/237).

5. De beslissing

De voorzieningenrechter:

- wijst het gevorderde af;
- veroordeelt de Tietopalvelut c.s., hoofdelijk, in de kosten van dit geding, tot dusverre aan de zijde van de Staat begroot op € 1.429,- waarvan € 816,- aan salaris advocaat en € 613,- aan griffierecht;
- bepaalt dat indien niet binnen veertien dagen na heden aan de proceskostenveroordeling is voldaan, daarover wettelijke rente verschuldigd is;
- verklaart de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

» Noot

De uitspraak bevat voor de praktijk interessante overwegingen over de vragen (i) in hoeverre zonder meer een aanbestedingsprocedure mag worden ingetrokken, (ii) in hoeverre vervolgens de opdracht mag worden (her)aanbesteed al dan niet na verplichte wezenlijke wijziging en (iii) wanneer sprake is van een wezenlijke wijziging.

Achtergrond

De Staat heeft besloten de aanbestedingsprocedure voor vakliteratuur en abonnementen in te trekken nadat Tietopalvelut c.s. bezwaar had gemaakt tegen haar afwijzing respectievelijk de gunning aan een andere inschrijver. Daarbij werd als reden aangevoerd dat de beoordelingssystematiek onvoldoende duidelijk was. Bij de vervolgens uitgezette heraanbesteding zouden ook enkele inhoudelijke wijzigingen zijn doorgevoerd. Tietopalvelut c.s. komt tegen deze intrekking en heraanbesteding op door het aanhangig maken van een kort geding.

Intrekken aanbestedingsprocedure

In lijn met staande jurisprudentie oordeelt de Haagse kort gedingrechter dat een aanbestedende dienst geen rechtsplicht heeft tot contractering over te gaan. Het ontbreken van deze rechtsplicht geldt temeer indien een dergelijk intrekkingsoorbehoud in de aanbestedingsstukken is opgenomen. De Staat had dit voorbehoud ook gemaakt.

Bedacht moet worden dat ook deze ruime bevoegdheid beperkt wordt door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de algemene beginselen van aanbestedingsrecht (waaronder mede begrepen de precontractuele goede trouw). [noot:1] Een intrekking die uitsluitend is ingegeven door favoritisme (een winnaar die de aanbesteder niet bevalt) zou daardoor in principe nog steeds met succes kunnen worden aangevochten. [noot:2]

Verder moet worden bedacht dat als op onzorgvuldige wijze is besloten tot het uitzetten van een aanbestedingsprocedure er vervolgens bij intrekking een plicht kan ontstaan de schade (inschrijfkosten) van een inschrijver te vergoeden. De Bossche voorzieningenrechter verwoorde de maatstaf voor een dergelijke schadevergoedingsplicht in 2008 als volgt: “(..) een attitude van organen van het [Partij B] van de strekking: ‘We zien het eigenlijk niet zitten, maar laten we toch maar een aanbesteding houden, je weet nooit hoe een koe een haas vangt’”. [noot:3]

Mogelijkheid tot heraanbesteding

Met betrekking tot de mogelijkheid om na intrekking tot heraanbesteding over te gaan overweegt de rechter in rechtsoverweging 4.3 onder meer als volgt: “Indien er een of meer passende inschrijvingen zijn gedaan en er geen procedurele gebreken zijn die maken dat een rechtmatige gunning niet mogelijk is, zal een aanbestedende dienst dan ook niet tot heraanbesteding mogen overgaan zonder de specificaties van de opdracht wezenlijk te wijzigen, zodat deze als een nieuwe opdracht moet worden aangemerkt” (onderstreping TvW). De rechter lijkt dus te oordelen dat ook ingeval slechts één inschrijving is ontvangen, niet zonder meer tot heraanbesteding (zonder wezenlijke wijziging) mag worden overgegaan. Dit is in strijd met (recente) Europese en nationale rechtspraak waaruit volgt dat bij één inschrijving te allen tijde (ongewijzigd) mag worden heraanbesteed vanwege het te lage concurrentieniveau. [noot:4] Overigens is de Commissie van Aanbestedingsexperts het hier niet mee eens, althans stelt de Commissie dat deze regel niet opgaat bij een meervoudig onderhandse aanbesteding omdat alsdan de aanbestedende dienst het concurrentieniveau zelf op voorhand aanzienlijk heeft beperkt. [noot:5] Ik volg de Commissie daarin niet. Ook bij een meervoudig onderhandse aanbesteding is het belang van de aanbestedende dienst gerechtvaardigd om concurrentie tussen een beperkter aantal (in de regel vijf) inschrijvers te creëren teneinde inschrijvingen onderling te kunnen vergelijken. [noot:6]

Wanneer is er sprake van een wezenlijke wijziging?

De rechter volgt de Staat niet in zijn stelling dat de beoordelingssystematiek onduidelijk was (en dus de procedure gebrekkig). Voor de toelaatbaarheid van de uitgezette heraanbesteding is het dan van belang of sprake is van een wezenlijke wijziging van de opdracht. Van een wezenlijke wijziging van de opdracht is sprake als:

1. die wijziging, wanneer zij in de oorspronkelijke aanbestedingsstukken zou zijn verwerkt, zou hebben geleid tot toelating van andere inschrijvers of tot de keuze voor een andere inschrijving dan die waarvoor oorspronkelijk was gekozen;
2. de opdracht door die wijziging wordt uitgebreid tot werken, leveringen of diensten die oorspronkelijk niet waren opgenomen; of
3. het economisch evenwicht van de overeenkomst wijzigt op een wijze die door de voorwaarden van de oorspronkelijke opdracht niet was bedoeld.

Onder verwijzing naar een uitspraak van de rechtbank Noord-Nederland [noot:7] en in lijn met de visie van de Commissie van Aanbestedingsexperts [noot:8] overweegt de Haagse kort gedingrechter dat bij een heraanbesteding de wijzigingen betrekking moeten hebben “op de specificaties van de opdracht zelf en en niet op de wijze van beoordeling of de aan de opdrachtnemer te stellen eisen”. [noot:9] Dit om het risico van (ongeoorloofde) manipulatie in te perken.

Wat opvalt is dat de rechter in de onderhavige zaak een dergelijke wezenlijke wijziging aanwezig acht omdat de inhoudelijke wijzigingen aangaande de verlangde (geïntegreerde) leveranciersomgeving voor de opdrachtgever van groot belang zijn. [noot:10] De rechter bekijkt de wijzigingen dus primair vanuit het perspectief van de opdrachtgever. De ratio achter het leerstuk van wezenlijke wijziging is echter dat iedere gegadigde een eerlijke kans moet krijgen op het verkrijgen van een aanbestedingsplichtige opdracht. Als er in een opdracht niet voor een gegadigde relevante/wezenlijke wijzigingen worden doorgevoerd, heeft er mijns inziens geen wezenlijke wijziging plaatsgevonden (en zou er dus ook geen verplichting zijn tot (een nieuwe) aanbesteding als een aanbestede opdracht uitsluitend op deze wijze wordt gewijzigd).

Niettemin bekijkt de rechter de wijzigingen vervolgens (subsidiar) ook vanuit het perspectief van de gegadigde door te overwegen dat Tietopalvelut c.s niet dan wel uitsluitend tegen hoge kosten aan de gewijzigde inhoudelijke eisen kan voldoen. [noot:11]

In het verlengde hiervan is nog relevant het recente advies (nummer 153) van de Commissie van Aanbestedingsexperts waarin is overwogen dat de omstandigheid dat bij een heraanbesteding een aanzienlijk lager bedrag is geboden onvoldoende is om aan te nemen dat er sprake is van een wezenlijke wijziging. [noot:12] Op zich ben ik het ermee eens dat dit niet voldoende is, maar een aanzienlijk lager bedrag is wel een sterke indicatie dat sprake is van een wezenlijke wijziging. Het kan dus wel degelijk dienen als ‘steunbewijs’ bij de inhoudelijke argumenten dat sprake is van een wezenlijke wijziging. Voorts overweegt de Commissie ten onrechte dat het wijzigen van de procedure, een openbare procedure in plaats van meervoudig onderhands, wél een wezenlijke wijziging oplevert omdat er dan waarschijnlijk meer gegadigden zijn en dus de zogenaamde kring van inschrijvers zal wijzigen. [noot:13] Het risico van (ongeoorloofde) manipulatie is dan immers wel erg groot. Dit valt niet te rijmen met de ook door de Commissie gedeelde opvatting dat het enkel wijzigen van geschiktheids- en gunningscriterium geen wezenlijke wijziging oplevert in het kader van een heraanbesteding. [noot:14] Het uitsluitend wijzigen van de procedure is daarom naar mijn mening géén objectieve rechtvaardiging voor het opnieuw aanbesteden van de opdracht.

Conclusie

Al met al heeft het kort geding een terechte uitkomst, maar moeten enkele rechtsoverwegingen daarnaartoe worden genuanceerd, te weten dat de omstandigheid van slechts één (geldige) inschrijving wel degelijk een heraanbesteding zonder wezenlijke wijziging rechtvaardigt en dat de beoordeling of sprake is van een wezenlijke wijziging moet plaatsvinden primair vanuit het perspectief van een gegadigde.

mr. T. van Wijk, Advocaat bij Dirkzwager

» Voetnoten

[1]

Zie Vzr. Rb. Noord-Nederland 11 januari 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BY8197, «JAAN» 2013/66, m.nt. W.M. Ritsema van Eck, r.o. 4.4.

[2]

Zie Vzr. Rb. Rotterdam 5 augustus 2008, TBR 2009/19, m.nt. G.J. Huith, «JAAN» 2008/83.

[3]

Zie Vزر. Rb. 's-Hertogenbosch 5 januari 2008, ECLI:NL:RBSHE:2008:BW2949, «JAAN» 2012/82, r.o. 4.4.2.

[4]

HvJEG 16 september 1999, C-27/98, «JAAN» 2007/5033, r.o. 24 en 32, HvJ EU 11 december 2014, C-440/13, «JAAN» 2015/28, m.nt. W.M. Ritsema van Eck, r.o. 35 en 36, Vزر. Rb. Oost-Brabant 14 april 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:2162, r.o. 4.6, Vزر. Rb. 's-Hertogenbosch 5 januari 2008, ECLI:NL:RBSHE:2008:BW2949, «JAAN» 2012/82, r.o. 4.4.2.

[5]

Commissie van Aanbestedingsexperts advies 210, «JAAN» 2015/26, m.nt. G. 't Hart, overweging 5.7.3.

[6]

Zie ook de in noot 4 aangehaalde uitspraak van Vزر. Rb. Oost-Brabant van 14 april 2015 waar het eveneens een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure betrof.

[7]

Vزر. Rb. Noord-Nederland 11 januari 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BY8197, «JAAN» 2013/66, m.nt. W.M. Ritsema van Eck, r.o. 4.4.

[8]

Commissie van Aanbestedingsexperts advies 153, overweging 5.4.5.

[9]

Vزر. Rb. Den Haag 24 april 2015, ECLI:NL:RDBHA:2015:4864, r.o. 4.7.

[10]

Vزر. Rb. Den Haag 24 april 2015, ECLI:NL:RDBHA:2015:4864, r.o. 4.9.

[11]

Vزر. Rb. Den Haag 24 april 2015, ECLI:NL:RDBHA:2015:4864, r.o. 4.9.

[12]

Commissie van Aanbestedingsexperts advies 153, overweging 5.4.5.

[13]

Commissie van Aanbestedingsexperts advies 153, overweging 5.4.9.

[14]

Commissie van Aanbestedingsexperts advies 153, overweging 5.4.5.