

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 376

1. Feiten

- 1.1. Beklaagde heeft op 7 juli 2016 een 'Aankondiging in geval van vrijwillige transparantie vooraf' op TenderNed gepubliceerd. Het betreft een overheidsopdracht voor diensten tot het uitvoeren van basistesten en competentietesten EC-PAC.
- 1.2. In paragraaf V.1 van de aankondiging is bepaald dat de beslissing tot gunning van de opdracht is genomen op 10 mei 2016 en in paragraaf V.3) is bekendgemaakt dat de opdracht is gegund aan X.
- 1.3. Aan het eind van de aankondiging is in paragraaf D1 ('ALGEMENE AANBESTEDING: MOTIVERING VOOR DE GUNNING VAN DE OPDRACHT ZONDER VOORAFGAANDE BEKENDMAKING VAN EEN AANKONDIGING VAN DE OPDRACHT IN HET PUBLICATIEBLAD VAN DE EUROPESE UNIE (PBEU)') onder andere bepaald:

'D1.2) Andere motivering voor de gunning van de opdracht zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht in het PBEU

Het voorwerp van de opdracht wordt gevormd door in Bijlage II B bij de richtlijn vermelde diensten

Om te kunnen gebruikmaken van de verkorte termijnen waarnaar hierboven wordt verwezen, gelieve na het/de vakje(s) hierboven te hebben aangekruist op duidelijke en begrijpelijk wijze aan te geven waarom de gunning van de opdracht zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht in het Publicatieblad van de Europese Unie wettig is, door in elk geval de relevante feiten en, waar nodig, de wettelijke bevindingen te vermelden in overeenstemming met Richtlijn 2004/18/EG:

Betreft zg 2B dienst'

- 1.4. Klager heeft naar aanleiding van de aankondiging op 25 juli 2016 het volgende aan beklagde bericht:

'Op 7 juli jl. verscheen op TenderNed een "aankondiging van vrijwillige transparantie vooraf" betreffende het voornemen van [Beklaagde] een opdracht voor het uitvoeren van basistests en competentietests EC-PAC zonder voorafgaande aanbesteding te gunnen aan [X]. In de aankondiging wordt als motivering voor deze gunning zonder voorafgaande aanbesteding opgemerkt dat dat de opdracht een 2B-dienst zou betreffen.

Wij lezen in deze aankondiging dat [Beklaagde] kennelijk al sinds 10 mei 2016 voornemens is genoemde opdracht te gunnen aan [X] en dat deze aankondiging van vrijwillige transparantie vooraf heeft gepubliceerd.

Wij wijzen [Beklaagde] erop dat het verlichte regime voor 2B-diensten sinds 1 juli jl. niet meer in de Aanbestedingswet staat opgenomen en dat een beroep op deze aanbestedingsuitzondering hierdoor niet meer mogelijk is.

Een beroep op de 2B-diensten-uitzondering is al niet meer mogelijk sinds 18 april jl., de uiterste dag waarop de nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijn

2014/24/EU geïmplementeerd had moeten zijn. Dat de 2B-diensten-uitzondering sindsdien niet meer kan worden toegepast, heeft de Minister ook toegelicht in de Vierde Nota van Wijziging d.d. 22 maart 2016 (TK 2015-2016 34 329, nr. 31):

"Richtlijnconforme toepassing brengt dan ook met zich mee dat de procedure voor B-diensten vanaf 18 april 2016 niet meer kan worden toegepast."

Wij verzoeken u daarom ook – met klem – niet over te gaan tot sluiting van de overeenkomst met X. Als [Beklaagde] deze overeenkomst wel zou sluiten, zou [Beklaagde] willens en wetens ten onrechte een beroep doen op een aanbestedingsuitzondering die niet meer bestaat. Dat zou een flagrante schending van het (Europese) aanbestedingsrecht zijn.

Voor over [Beklaagde] de betreffende opdracht – in strijd met de inhoud van de aankondiging – al zou hebben gegund, verzoeken wij u deze overeenkomst met onmiddellijke ingang te beëindigen.

De opdracht zal conform de geldende aanbestedingsregels door middel van een aanbesteding op de markt gebracht moeten worden. Juist de Rijksoverheid zou in het kader van de naleving van de aanbestedingsregels toch het juiste voorbeeld moeten geven.'

- 1.5. Beklaagde heeft per brief op 1 augustus 2016 als volgt gereageerd op de brief van klager:

'U geeft in uw brief- in het kort- aan dat op 7 juli jl op TenderNed een 'aankondiging van vrijwillige transparantie vooraf' betreffende het voornemen van [Beklaagde] een opdracht, een 2B-dienst, voor het uitvoeren van basistest en competentietest EC-PAC zonder voorafgaande aanbesteding te gunnen aan [X], verscheen. Dit vindt u onrechtmatig en als motivering geeft u aan dat sinds 18 april jl conform de Europese richtlijnen b-diensten niet meer kunnen worden toegepast. Derhalve verzoekt u [Beklaagde] om niet over te gaan tot sluiting van de overeenkomst met [X] en alsnog de opdracht door middel van een aanbesteding op de markt te brengen.

[Beklaagde] heeft in maart 2016 een offerteaanvraag verstuurd aan [X] voor het aanbieden van een aantal psychologische/competentietesten op basis van een Raamovereenkomst. Voornoemde dienstverlening betreft een 2B dienst en is ruim vóór 18 april 2016 uitgevraagd en geoffreerd. De opdracht is op 10 mei aan [X] gegund. Daar de waarde van de opdracht hoogstwaarschijnlijk boven de drempelwaarde voor 2B-diensten uit zou komen, diende de opdracht na gunning te worden afgemeld via TenderNed. De opdracht is uiteindelijk op 7 juli 2016 feitelijk afgemeld.

Echter, bij het afmelden is er abusievelijk een "Aankondiging in geval van vrijwillige transparantie vooraf" van gemaakt in plaats van een bericht van gunning achteraf voor een 2B-dienst. Door deze administratieve vergissing is ten onrechte de veronderstelling gewekt dat [Beklaagde] voornemens is een opdracht, onder de noemer van een 2B- dienst, aan [X] te gunnen, terwijl deze reeds is gegund aan [X]. Naar aanleiding van het voorstaande, benadrukken wij hierbij dat de dienstverlening aan [X] al ruim vóór 18 april 2016 is uitgevraagd en geoffreerd en dus rechtmatig is gegund.

Gelet op het bovenstaande, zie ik geen grond voor uw klacht. Wel zullen wij zo spoedig mogelijk overgaan tot rectificatie van de publicatie op TenderNed.'

- 1.6. Vervolgens heeft beklagde – eveneens op 1 augustus 2016 – een ‘Aankondiging van een gegunde opdracht’ gepubliceerd.
- 1.7. Klager heeft op 5 augustus 2016 als volgt op de brief van beklagde gereageerd:

‘Allereerst verbaast het ons dat u nu stelt dat [Beklaagde] het verkeerde aankondigingsformulier heeft gebruikt en dat anders dan wij uit deze aankondiging moesten opmaken, de opdracht reeds is gegund aan [X].

Daarnaast verbaast het ons dat [Beklaagde] over gaat tot het sluiten van een overeenkomst voor diensten waarvoor meerdere ondernemers interesse hebben die ook prima in staat zijn de opdracht voor u uit te voeren, zonder voorafgaande aanbesteding. [Beklaagde] heeft dat gedaan in een periode waarin de 2B-diensten uitzondering niet meer toepasbaar was.

[Beklaagde] heeft de daarvoor onder de Richtlijn 2008/18/EG en oude Aanbestedingswet nog wel geldende procedure ook niet correct toegepast door een verkeerde aankondiging te publiceren. Rectificatie hiervan heeft geen zin aangezien op [Beklaagde] de verplichting rustte (mocht de 2B-dienstenprocedure na 18 april 2016 überhaupt al tot rechtmatige gunning kunnen leiden, hetgeen wij betwisten) binnen 48 dagen na gunning de juiste aankondiging publiceren. Dat is niet gebeurd en kan ook niet worden hersteld.

U stelt ten onrechte (overigens ook zonder uw stelling ook maar met enig feitelijk bewijs te ondersteunen) dat het moment van het uitsturen van een offerte-aanvraag het bepalende moment zou zijn voor het toepasselijke regime. U noemt hiervoor ook geen enkele juridische grondslag. Wij lezen in de Aanbestedingswet enkel overgangsrecht dat ziet op de overgang van de periode van voor 1 juli jl. en de periode daarna (artikel 4.33 Aw). Hieruit blijkt dat op overeenkomsten die zijn gesloten voor 1 juli 2016 het recht van toepassing is zoals dat gold onmiddellijk voor het tijdstip van inwerkingtreding van de gewijzigde Aanbestedingswet.

Het recht dat toen gold waren de vorige Aanbestedingswet en de Europese Aanbestedingsrichtlijn 2014/24/EU die op 18 april 2016 geïmplementeerd had moeten zijn. Ondernemers kunnen zich sinds 18 april 2016 jegens de lidstaat beroepen op de Europese aanbestedingsverplichting die ook voor 2B-diensten voortvloeit uit Richtlijn 2014/24/EU. De Minister heeft ook in de Nota van Wijziging d.d. 22 maart 2016 duidelijk aangegeven dat de procedure voor 2B-diensten vanaf 18 april 2016 niet meer kan worden toegepast. Dat betekent ons inziens dat een gunning van 2B-diensten in die periode ook niet meer kan plaatsvinden c.q. dat zo’n 2B-procedure ook niet meer succesvol kan worden afgerond.

[Beklaagde] behoorde de wijzigingen in het recht te kennen en heeft in strijd gehandeld met Richtlijn 2014/24/EU door een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht voor diensten zonder voorafgaande aanbesteding te gunnen.

Los van de juridische grondslag die u niet noemt en ons beroep op Richtlijn 2014/24/EU, is het ook feitelijk de vraag of het moment van de offerte-aanvraag wel bepalend kan zijn. Het traject om te komen tot het sluiten van de overeenkomst heeft kennelijk enige tijd in beslag genomen. In het uiteindelijke contract zouden heel goed wijzigingen kunnen zitten ten opzichte van de offerte-aanvraag waarmee de datum van de offerte-aanvraag ook feitelijk gezien geen enkele waarde kan hebben.

Wij verzoeken u de gesloten overeenkomst met [X] met onmiddellijke ingang te beëindigen. Daarnaast verzoeken wij u ons kenbaar te maken welke looptijd de gesloten overeenkomst heeft.'

1.8. Beklaagde heeft per brief op 18 augustus 2016 als volgt gereageerd:

'Graag geven wij nogmaals aan dat de betreffende dienstverlening een 2B dienst was en deze ruim voor 18 april 2016 is uitgevraagd en geoffreerd.

Het is dan ook juist dat [Beklaagde] na 18 april 2016 de procedure voor 2B-diensten niet meer heeft toegepast. [Beklaagde] heeft slechts na 18 april 2016 de reeds uitgevraagde en geoffreerde dienstverlening afgerond. Hiermee heeft [Beklaagde] conform de vigerende wet -en regelgeving gehandeld.

Bij de administratieve afronding is er dus abusievelijk een 'Aankondiging in geval van vrijwillige transparantie vooraf' van gemaakt in plaats van een bericht van gunning achteraf voor een 2B-dienst. Graag verwijs ik u ook hiervoor naar mijn brief van 1 augustus 2016.

Gelet op het bovenstaande handhaven wij onze brief van 1 augustus 2016 en zien geen grond om de reeds gesloten overeenkomst met [X] te beëindigen.'

1.9. Op verzoek van de Commissie heeft beklagde de volgende informatie aan haar overgelegd:

- a. de offerteaanvraag die beklagde in maart 2016 aan X heeft verstuurd;
- b. de offerte van X van 6 april 2016; en
- c. de raamovereenkomst die beklagde met X heeft gesloten en die op 10 mei 2016 is ondertekend door beklagde.

Gezien de gerechtvaardigde commerciële belangen van X heeft de Commissie deze informatie niet aan klager verstrekt (vgl. HvJ EG 14 februari 2008, zaak C-450/06, Varec).

2. Beschrijving klacht

Beklaagde heeft ten onrechte na het verstrijken van de implementatietermijn van Richtlijn 2014/24/EU op 18 april 2016 een opdracht zonder voorafgaande bekendmaking gegund met een beroep op de uitzondering van de 2B-diensten.

3. Onderbouwing klacht

3.1. Klager onderbouwt haar klacht als volgt. Uit de aankondiging van vrijwillige transparantie vooraf van 7 juli 2016 heeft klager afgeleid dat beklagde al sinds 10 mei 2016 voornemens is de opdracht te gunnen aan X en dat de overeenkomst nog niet gesloten is.

3.2. Klager geeft aan dat zij na publicatie van deze aankondiging beklagde er op heeft gewezen dat het verlichte regime voor 2B-diensten sinds 1 juli jl. niet meer in de Aanbestedingswet 2012 is opgenomen en dat beklagde daarop dus geen beroep meer kan doen.

3.3. Klager voert aan dat een beroep op de 2B-diensten-uitzondering al niet meer mogelijk is sinds 18 april 2016, de uiterste dag waarop de nieuwe Europese aan-

bestedingsrichtlijn geïmplementeerd had moeten zijn en verwijst daarbij naar TK 2015-2016, 34329, nr. 31 (zie 1.4 hiervoor).

- 3.4. Klager verwijst beklaagde zonder voorafgaande aanbesteding een overeenkomst voor diensten te hebben gesloten waarvoor meerdere ondernemers interesse hebben die ook prima in staat zijn de opdracht uit te voeren, op een moment dat de 2B-diensten-uitzondering niet meer toepasbaar was.
- 3.5. Daarnaast heeft beklaagde volgens klager de onder Richtlijn 2008/18/EG (bedoeld zal zijn Richtlijn 2004/18/EG) en de vóór 1 juli 2016 geldende Aanbestedingswet 2012 geldende procedure ook niet correct toegepast door een verkeerde aankondiging te publiceren. Klager stelt dat rectificatie geen zin heeft omdat op beklaagde de verplichting rustte binnen 48 dagen na gunning de juiste aankondiging te publiceren. Dat is niet gebeurd en kan volgens klager ook niet meer worden hersteld.
- 3.6. De stelling van beklaagde dat het moment van het uitsturen van een offerte-aanvraag het bepalende moment zou zijn voor het toepasselijke regime (en zonder haar stelling ook maar met enig feitelijk bewijs te onderbouwen) is volgens klager onterecht. Beklaagde heeft daarvoor geen enkele juridische grondslag genoemd. Volgens klager is het overgangsrecht van toepassing op overeenkomsten die zijn gesloten vóór 1 juli 2016.
- 3.7. Klager voert aan dat het geldende recht op het moment van de offerteaanvraag de vóór 1 juli 2016 geldende Aanbestedingswet 2012 en Richtlijn 2014/24/EU zijn. Beklaagde behoorde de wijzigingen in het recht te kennen en heeft gehandeld in strijd met Richtlijn 2014/24/EU door een aanbestedingsplichtige opdracht voor diensten zonder voorafgaande aanbesteding te gunnen.
- 3.8. Tenslotte merkt klager nog op dat los van het ontbreken van een juridische grondslag en haar beroep op Richtlijn 2014/24/EU ook de vraag van belang is of het moment van de offerteaanvraag wel bepalend kan zijn. Klager denkt dat het traject voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst enige tijd in beslag heeft genomen en dat er in het uiteindelijke contract dan ook heel goed wijzigingen kunnen zitten ten opzichte van de oorspronkelijke offerteaanvraag. Hiermee heeft de datum van de offerteaanvraag volgens klager geen enkele waarde.
- 3.9. Klager wil dat beklaagde de overeenkomst met X met onmiddellijke ingang beëindigt.

4. Reactie beklaagde

- 4.1. Beklaagde stelt voorop dat zij de klacht naar haar oordeel reeds heeft afgehandeld en verwijst voor de inhoud en afhandeling ervan naar haar brieven van 25 juli en 1 augustus 2016 [*bedoeld zal zijn de brieven van 1 en 18 augustus 2016, Commissie*].
- 4.2. De opdracht waar het in de klacht om gaat betreft dienstverlening die valt onder de zogenoemde "IIB-diensten", waarvoor tot 18 april jl. een verlicht regime mocht worden toegepast. Beklaagde stelt dat zij voor het contracteren van deze dienstverlening gebruik heeft gemaakt van dit verlichte regime en de opdracht heeft gegund op basis van een enkelvoudig onderhandse procedure. Hieronder vallen volgens beklaagde de uitvraag van de offerte alsmede het ontvangen van de offerte. Beide hebben plaatsgevonden vóór 18 april 2016 zodat dit een toegestane wijze van opdrachtverstrekking was. Het contract is volgens beklaagde feitelijk op 10 mei 2016 getekend.

- 4.3. Beklaagde is van mening dat voor een aanbestedingsprocedure het recht geldt dat van toepassing is op het moment waarop de procedure wordt gestart. Dit is volgens beklagde het moment waarop de feitelijke marktbenadering plaatsvindt, hetzij door middel van een publicatie van een aankondiging op TenderNed, hetzij door middel van het versturen van de aanvraag voor de onderhavige opdracht. Op het moment van het versturen van de aanvraag voor de onderhavige opdracht was volgens beklagde het verlichte regime aangaande zogenaamde IIB-diensten nog de vigerende wet- en regelgeving en mocht zij hier rechtmatig gebruik van maken.
- 4.4. Naar de mening van beklagde kan klager dan ook geen beroep doen op rechtstreekse werking van de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen, daar beklagde immers de dienstverlening feitelijk vóór 18 april 2016 heeft uitgevraagd en geoffreerd. Na 18 april 2016 heeft enkel de administratieve afronding van de geoffreerde dienstverlening plaatsgevonden.
- 4.5. De mening van klager dat in het uiteindelijke contract wijzigingen kunnen zitten ten opzichte van de offerteaanvraag waarmee de datum van de offerteaanvraag ook feitelijk gezien geen enkele waarde kan hebben, wordt door beklagde niet gevolgd. Beklaagde stelt dat de offerte, op grond waarvan de overeenkomst is gesloten, immers vóór 18 april jl. door haar is ontvangen.
- 4.6. Beklaagde vermoedt dat klager ten onrechte op het verkeerde been is gebracht doordat beklagde abusievelijk gebruik heeft gemaakt van een onjuiste publicatie op TenderNed. Beklaagde beoogde een publicatie van gunning (achteraf) te plaatsen, maar heeft abusievelijk een publicatie gedaan van een voorgenomen gunning (van vrijwillige transparantie vooraf). Dit is aan klager gemeld en er is een rectificatie op TenderNed geplaatst. Dat door een foutieve publicatie ten onrechte bij klager een vermoeden is gewekt dat hier sprake zou zijn van een onrechtmatige toepassing van het verlichte regime, doet volgens beklagde in materieel opzicht niets af aan het juridische feit dat de opdracht rechtmatig is verstrekt.
- 4.7. Anders dan klager betoogt heeft beklagde de opdracht niet na 18 april jl. uitgevraagd bij X en derhalve ook na 18 april jl. geen beroep gedaan op het verlichte regime aangaande IIB-diensten.
- 4.8. Tenslotte merkt beklagde nog op dat zij klager heeft uitgenodigd om haar brief van 25 juli 2016 mondeling toe te lichten maar dat klager van deze gelegenheid geen gebruik heeft gemaakt.

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt vast dat beklagde op 7 juli 2016 een 'Aankondiging in geval van vrijwillige transparantie vooraf' heeft gepubliceerd. Het betreft een overheidsopdracht voor diensten tot het uitvoeren van basistesten en competentietesten EC-PAC. Op 1 augustus 2016 heeft beklagde een 'Aankondiging van een gegunde opdracht' gepubliceerd. De vraag naar het op de onderhavige aanbestedingsprocedure toepasselijke recht is onderwerp van discussie tussen partijen en komt hierna aan bod.
- 5.2. Voor de behandeling van de klacht is het volgende toetsingskader relevant.
 - 5.2.1. In de tot 1 juli 2016 geldende Aw 2012 is in de artikelen 2.38 en 2.39 een regeling opgenomen voor zogenoemde B-diensten. Op grond van deze regeling hoeft het voornemen tot het plaatsen van een overheidsopdracht voor B-diensten niet

vooraf te worden aangekondigd, tenzij de opdracht een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft.

5.2.2. In artikel 2.15, lid 1, van de tot 1 juli 2016 geldende Aw 2012 is bepaald:

'De waarde van een overheidsopdracht wordt geraamd naar de waarde op het tijdstip van verzending van de aankondiging van die overheidsopdracht of, indien een aankondiging niet is vereist, naar de waarde op het tijdstip waarop de procedure voor gunning door de aanbestedende dienst wordt ingeleid.'

5.2.3. In Richtlijn 2014/24/EU is de regeling van de 2B-diensten niet teruggekeerd. In deze richtlijn is in artikel 74 e.v. een regeling opgenomen voor sociale diensten. Boven het drempelbedrag van € 750.000,- is een voorafgaande (voor)aankondiging van de overheidsopdracht voor sociale diensten verplicht (artikel 4, aanhef en sub d, 74 en 75 van de richtlijn). Richtlijn 2014/24/EU diende op 18 april 2016 te zijn geïmplementeerd.

5.2.4. Per 1 juli 2016 is de Aanbestedingswet 2012 gewijzigd en is Richtlijn 2014/24/EU daarin geïmplementeerd.

5.2.5. Artikel 2.15 Aw 2012 is nagenoeg ongewijzigd gebleven:

'De waarde van een overheidsopdracht wordt geraamd naar de waarde op het tijdstip van verzending van de aankondiging van die overheidsopdracht of, indien niet in een aankondiging is voorzien, naar de waarde op het tijdstip waarop de procedure voor gunning door de aanbestedende dienst wordt ingeleid.'

5.2.6. In artikel 4.33 van de per 1 juli 2016 geldende Aw 2012 is de volgende overgangsbepaling opgenomen:

'Indien een aanbestedende dienst (...) voor het tijdstip van inwerkingtreding van artikel I van de wet (...) tot wijziging van de Aanbestedingswet 2012 in verband met de implementatie van aanbestedingsrichtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU (...) met toepassing van de bepalingen van deze wet zoals die luiden onmiddellijk voorafgaand aan dat tijdstip een aankondiging van een aanbesteding heeft gedaan of overeenkomstig de genoemde bepalingen een aanbestedingsprocedure zonder aankondiging is gestart en in het kader daarvan een of meer ondernemers heeft verzocht een inschrijving in te dienen dan wel op andere wijze ten behoeve van het sluiten van een schriftelijke overeenkomst tot het verrichten van werken, leveringen of diensten een of meer ondernemers heeft benaderd, is op die aanbesteding het recht van toepassing zoals dat gold onmiddellijk voor het tijdstip van inwerkingtreding van het hiervoor bedoelde artikel I.'

5.2.7. Volgens vaste rechtspraak van het Europese Hof van Justitie is de toepasselijke richtlijn in beginsel die welke van kracht is op het tijdstip waarop de aanbestedende dienst kiest welk type procedure hij zal volgen en definitief uitmaakt of er voor de gunning van een overheidsopdracht een verplichting bestaat om een voorafgaande oproep tot mededinging te doen (HvJ EU 7 april 2016, zaak C-324/14, r.o. 83; HvJ EU 10 juli 2014, zaak C-213/13, r.o. 31; HvJ EU 11 juli 2013, zaak C-576/10, r.o. 52 en HvJ EG 5 oktober 2000, zaak C-337/98, r.o. 36 e.v.).

5.3. Volgens vaste jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie is voor de vraag welke aanbestedingsrichtlijn van toepassing is, beslissend het moment waarop de aanbestedende dienst kiest welk type procedure hij zal volgen en definitief uitmaakt of er voor de gunning van een overheidsopdracht een verplichting bestaat om een voorafgaande oproep tot mededinging te doen (zie de hiervoor in 5.2.7.

aangehaalde jurisprudentie). Op het moment van verzending van de aankondiging of het inleiden van de procedure voor de gunning is die beslissing reeds genomen. Bij het ontbreken van een duidelijk beslistmoment kan het tijdstip van de verzending van de aankondiging of het inleiden van de gunningsprocedure maatgevend zijn.

- 5.4. Voor de opvatting dat het toetsmoment uiterlijk het moment van verzending van de aankondiging of het inleiden van de procedure voor de gunning betreft, vindt de Commissie steun in artikel 2.15, lid 1, van de vóór en ook na 1 juli 2016 geldende Aw 2012. Voor het bepalen van de toepasselijke regelgeving is immers zowel de waarde van de opdracht als de op dat moment geldende regelgeving relevant.
- 5.5. Voorts hanteert de overgangsbepaling van artikel 4.33 van de per 1 juli 2016 geldende Aw 2012 voor de bepaling van de toepasselijke regelgeving het moment van de aankondiging of het inschrijvingsverzoek aan een of meer ondernemers.
- 5.6. Overigens bepaalt het nieuwe artikel 4.33 Aw 2012 dat op een reeds vóór 1 juli 2016 aangevangen aanbestedingsprocedure de oude regelgeving van toepassing blijft. Daarmee wordt voorkomen dat tijdens een aanbestedingsprocedure de regels van het spel wijzigen en de procedure moet worden aangepast. In dat geval is het recht van toepassing zoals dat gold onmiddellijk vóór 1 juli 2016. Deze overgangsbepaling ziet op de nationale regelgeving en kan uiteraard niet tot gevolg hebben dat Richtlijn 2014/24/EU met terugwerkende kracht van toepassing wordt op procedures die vóór 18 april 2016 zijn aangevangen.
- 5.7. Beklaagde stelt in maart 2016 de offerteaanvraag te hebben verstuurd en vervolgens vóór 18 april 2016 een offerte te hebben ontvangen die heeft geleid tot gunning van de onderhavige overheidsopdracht aan X op 10 mei 2016 (zie de brief van 1 augustus 2016 in 1.5. hiervoor). Uit de door beklagde aan de Commissie toegezonden offerteaanvraag (zie 1.9. hiervoor) blijkt niet op welke datum deze is verzonden. Nu de offerte van X dateert van 6 april 2016 zal de offerteaanvraag vóór 6 april 2016 zijn verzonden. In de raamovereenkomst is vermeld dat op 13 april 2016 een bespreking heeft plaatsgevonden en ook wordt gesproken van een aangepaste offerteaanvraag van 13 april 2016. Tevens is vermeld dat X op 18 april 2016 een aangepaste offerte heeft uitgebracht. De raamovereenkomst die beklagde bij de Commissie heeft ingediend is op 10 mei 2016 door beklagde ondertekend.
- 5.8. Op grond van het voorgaande neemt de Commissie aan dat zowel de offerteaanvraag als de aangepaste offerteaanvraag van vóór 18 april 2016 dateren. Dit betekent dat beklagde met inachtneming van de regelgeving van vóór 18 april 2016 het speciale regime voor B-diensten op de onderhavige opdrachtverlening kon toepassen. Nu wordt geklaagd dat beklagde ten onrechte gebruik heeft gemaakt van de regeling voor B-diensten, betekent dit dat de klacht in zoverre ongegrond is.
- 5.9. Verder heeft klager geen belang bij haar klacht dat beklagde de procedure voor B-diensten niet goed heeft doorlopen door de gunning niet binnen 48 dagen na gunning bekend te maken. Klager heeft immers alsnog over het toepassen van de regeling voor B-diensten kunnen klagen en heeft daarover een inhoudelijk oordeel gekregen.
- 5.10. Daarmee acht de Commissie de klacht ongegrond.

6. Advies

De Commissie acht de klacht **ongegrond**.

7. Aanbeveling

De Commissie ziet geen kans tot het doen van een aanbeveling.

Den Haag, 4 november 2016

w.g.:

Mr. J.G.J. Janssen
Voorzitter

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

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid