

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 417

1. Feiten

1.1. Beklaagde heeft op 20 december 2016 een offerte opgevraagd bij klager voor een overheidsopdracht voor diensten voor het ontwikkelen van een integrale visie (masterplan) op haar sociaal maatschappelijk beleid (sociaal domein). Op 25 januari 2017 heeft beklagde ook een andere onderneming voor deze overheidsopdracht benaderd.

1.2. In eerste instantie heeft beklagde op 20 december 2016 de volgende e-mail aan klager verzonden:

'Het is al een tijdje geleden dat [A] en ik met jullie gesproken hebben over het masterplan Sociaal Domein in [Beklaagde]. Afgelopen week heeft de Raad ingestemd en kunnen we van start. Ik zou graag met jullie verder willen praten over wat jullie voor ons zouden kunnen betekenen en wat een traject, begeleid door jullie zou gaan kosten.

Ik stel voor dat we een telefonische afspraak plannen om het één en ander door te spreken. Is dat voor jullie akkoord? Of hebben jullie een ander voorstel?'

1.3. Op 24 januari 2017 heeft een gesprek plaatsgevonden tussen beklagde en klager.

1.4. Op 25 januari 2017 heeft beklagde het volgende bericht aan een tweede ondernemer, X, verzonden:

'Wij gaan in [Beklaagde] een masterplan sociaal domein ontwikkelen (Jeugd, WMO en participatie). We doen dat met de raad en het werkveld. We willen dat met begeleiding van een extern bureau doen. Ik heb mijn collega [B] van jullie communicatiekompas verteld, wellicht dat het ook voor beleidsontwikkeling ingezet kan worden.

Kunnen jullie eens naar [Beklaagde] komen om daar over te praten?'

1.5. Op 27 januari 2017 heeft klager de volgende e-mail aan beklagde verzonden:

'Terugkijkend op ons plezierige gesprek afgelopen dinsdag sturen wij jullie hierbij een concept aanpak voor het gezamenlijk met raad en maatschappelijk middenveld ontwikkelen van een masterplan sociaal domein.

We hopen dat jullie hierin de zaken herkennen die we besproken hebben en de aanpak voldoende aanspreekt. Graag gaan we met jullie op basis van dit voorstel verder in gesprek.

We bedanken jullie nogmaals voor de uitnodiging om met jullie mee te denken en zien jullie reactie graag tegemoet.'

1.6. Beklaagde heeft op 7 maart 2017 een inschrijving van X ontvangen.

1.7. Op 17 maart 2017 heeft klager het volgende bericht aan beklagde verzonden:

'Naar aanleiding van ons telefoongesprek van afgelopen week heb ik met het oog op het voorbereiden van de presentatie op 10 april een vraag. Zijn er elementen uit ons voorstel die in jullie ogen nadere toelichting en/of verduidelijking behoeven?

Bijvoorbeeld qua aanpak, de opzet van de analyse, het betrekken van stakeholders of het betrekken van de raad. Als dat het geval is, kunnen we in de presentatie specifiek aandacht besteden aan de betreffende elementen en daarmee vragen en/of onduidelijkheden op die punten wegnemen.'

- 1.8. Beklaagde heeft op 30 maart 2017 als volgt gereageerd op het bericht van klager van 17 maart 2017:

'Er zijn wat mij betreft geen specifieke aandachtspunten. Het is wel zo, dat naast de inhoud, het proces ook belangrijk is.'

- 1.9. Op 26 april 2017 heeft beklagde het volgende bericht aan klager gezonden:

'Middels deze redelijk onpersoonlijke weg wil ik je mededelen dat de gunning voor het masterplan sociaal domein naar een ander bureau is gegaan. We hebben beide voorstellen goed tegen elkaar af kunnen weken op basis van een aantal vantevoren gestelde criteria.

Omdat [B] op vakantie is ontvang je deze mail van mij. Een formele brief ontvang je als [B] terug is van vakantie.'

- 1.10. Op 25 mei 2017 heeft klager de volgende e-mail aan beklagde verzonden:

'Deze mail is te beschouwen als een officiële klacht en we gaan ervan uit dat die ook als zodanig behandeld wordt. Graag ontvang ik dan ook de klachtenprocedure zoals jullie die als gemeente hanteren.

Op 17 januari [*bedoeld zal zijn: 27 januari 2017, zie 1.4 hiervoor, Commissie*] hebben we jullie een concept voorstel gestuurd voor het ontwikkelen van een masterplan sociaal domein. Een en ander onder grote haast omdat jullie dat voorstel op korte termijn in het presidium wilden bespreken.

Na enkele weken hebben jullie ons, na ettelijke reminders van onze kant, geïnformeerd dat er om interne aanbestedingsregels een tweede partij gevraagd zou zijn, zonder ons op de hoogte te stellen hoe die regels exact in elkaar staken, hoe de verdere procedure zou verlopen en met welke partijen. Er is nog alleen een keer gemeld dat de andere partij meer tijd nodig zou hebben waarmee dus een ongelijkwaardige situatie is ontstaan.

Vervolgens is ons gevraagd het concept voorstel toe te lichten. Dat is op 10 april gebeurd.

Daarna hebben we op 26 april de volgende mededeling ontvangen:

dat de gunning voor het masterplan sociaal domein naar een ander bureau is gegaan. We hebben beide voorstellen goed tegen elkaar af kunnen weken op basis van een aantal vantevoren gestelde criteria.

Omdat [B] op vakantie is ontvang je deze mail van mij. Een formele brief ontvang je als [B] terug is van vakantie.

Inmiddels is het 25 mei, een maand verder en hebben wij nog niets ontvangen.

Ik constateer dat:

- Wij nooit een officiële aanvraag tot het indienen van een definitief voorstel hebben gehad en daar dus ook nooit toe in de gelegenheid zijn gesteld

- Wij nooit zijn geïnformeerd over de "vantevoren gestelde criteria"
- Wij nooit zijn geïnformeerd over het verdere verloop van de gunningsprocedure
- Wij daardoor ook op geen enkele manier in de gelegenheid zijn gesteld hier al of niet op te reageren.

Wij zijn zeer teleurgesteld over deze gang van zaken en stellen ook grote vraagtekens bij de rechtmatigheid van dit verloop.

Om dat vast te kunnen stellen vraag ik jullie voor 1 juni a.s. antwoord op de volgende vragen:

- Wat is de formele aanbestedingsprocedure die jullie hanteren bij dit soort vraagstukken?
- Wat is de officiële aanvraag die jullie opgesteld hebben inclusief de gestelde criteria en aanvullende informatie die relevant is?
- Wanneer kunnen wij een definitief voorstel indienen op basis van deze aanvraag en criteria? En wat is dan het verdere verloop van de procedure?
- Wat zijn de gronden om ons concept voorstel af te wijzen?
- Wat is de termijn waarop we bezwaar kunnen aantekenen tegen deze afwijzing?
- Hoe onderbouwen jullie dat deze werkwijze rechtmatig is verlopen?

Wij gaan er niet vanuit omdat wij hierover niet geïnformeerd zijn maar mochten jullie onverhoopt toch al tot formele gunning aan de andere partij zijn overgegaan dan sommige ik jullie per direct alle activiteiten met die partij te stoppen om ons maximaal in de gelegenheid te stellen alsnog bezwaar te voeren. Een bevestiging hiervan, dan wel een bevestiging dat gunning nog niet plaatsgevonden heeft, verwacht ik ook voor 1 juni.

Indien ik voor 1 juni geen (tevredenstellende) reactie heb mogen ontvangen overwegen wij de casus voor te stellen aan een aanbestedingsjurist waarbij we bij voorbaat jullie aansprakelijk stellen voor alle (interne en externe) kosten die daarmee gepaard gaan, onafhankelijk de uitkomsten van dat proces.'

1.11. **Beklaagde heeft op 2 juni 2017 als volgt gereageerd op het bericht van klager van 25 mei 2017:**

'Op 25 mei 2017 hebt U een "officiële" klacht ingediend per mail. U geeft namelijk in de mail aan dat deze beschouwd dient te worden als een officiële klacht en u gaat er van uit dat deze ook als zodanig zal worden behandeld.

U heeft tijdens een telefonisch onderhoud aangegeven dat de klacht niet te zien is als een klacht tegen het gedrag van ambtenaren van [Beklaagde], maar als een klacht over de gevolgde aanbestedingsprocedure.

[Beklaagde] heeft in haar Inkoopbeleid [Beklaagde] 2014 niet gekozen voor het instellen van een eigen klachtenmeldpunt, maar voor het door verwijzen van inschrijvers die een klacht hebben naar de Commissie van Aanbestedingsexperts in Den Haag.

In de procedure omtrent klachtenafhandeling wordt door gemeente op grond van de klacht eerst een toelichting gegeven omtrent de aspecten van de klacht. Indien U van mening zou zijn dat u geen genoegen kan nemen met deze uitleg, dan staat het u vrij zich met uw klacht te melden bij de Commissie van Aanbestedingsexperts.

U geeft aan dat u grote vraagtekens heeft bij de rechtmatigheid van het verloop van de procedure. U heeft daarbij de volgende vragen:

- Wat is de formele aanbestedingsprocedure die jullie hanteren bij dit soort vraagstukken?
- Wat is de officiële aanvraag die jullie opgesteld hebben inclusief de gestelde criteria en aanvullende informatie die relevant is?
- Wanneer kunnen wij een definitief voorstel indienen op basis van deze aanvraag en criteria? En wat is dan het verdere verloop van de procedure?
- Wat zijn de gronden om ons concept voorstel af te wijzen?
- Wat is de termijn waarop we bezwaar kunnen aantekenen tegen deze afwijzing?
- Hoe onderbouwen jullie dat deze werkwijze rechtmatig is verlopen?

Uit de Aanbestedingswet 2012 blijkt dat onder de Europese drempels de gemeente als aanbestedende dienst vrij is in het kiezen tussen verschillende procedures, namelijk de enkelvoudig onderhandse procedure, de meervoudige onderhandse procedure, de nationale openbare en de nationale niet openbare procedure. De Gids Proportionaliteit geeft vervolgens een richtlijn ter bepaling van drempelbedragen tussen de verschillende procedures. [Beklaagde] heeft in haar Aanbestedingsbeleid een drempelbedrag van € 40.000,- opgenomen. Onder dit bedrag kan gekozen worden voor een enkelvoudige onderhandse aanbestedingsprocedure. In het Inkoopbeleid 2014 is aangegeven dat bij bedragen tussen €10.000,- en € 40.000,- ten aanzien van diensten drie offertes worden opgevraagd. De Aanbestedingswet 2012 bepaalt in artikel 1.14 dat bij een meervoudige onderhandse aanbestedingsprocedure twee of meer ondernemers worden uitgenodigd. Terwijl de Gids Proportionaliteit uitgaat van drie tot 5 ondernemers. Ten aanzien van de Gids Proportionaliteit geldt echter dat afgeweken kan worden van de voorschriften, indien de aanbestedende dienst deze afwijking kan uitleggen. [Beklaagde] heeft gekozen voor het uitnodigen van twee ondernemers, omdat er kwalitatief veel gevraagd wordt bij het ontwerpen van het Masterplan Sociale Domein, de materie complex is en er een innovatief en sterk communicatief onderdeel in het plan diende te komen. Gezien het feit dat de Aanbestedingswet als algemeen uitgangspunt heeft dat de lasten voor zowel ondernemers als aanbestedende dienst zo veel mogelijk dienen te worden beperkt, is de keuze om twee in plaats van drie ondernemers uit te nodigen niet disproportioneel. U bent uitgenodigd in deze procedure tot inschrijving en heeft ook ingeschreven.

Op grond van het Inkoopbeleid 2014, dat leidend is, geldt dat de aanbestedingsprocedure is gebaseerd op een vergelijking tussen meerdere offertes (inschrijvingen) en aldus te zien is als een meervoudige onderhandse aanbestedingsprocedure.

De meervoudige onderhandse aanbesteding is een procedure waarbij de aanbestedende dienst, [Beklaagde], veel vrijheid heeft bij het inrichten van de procedure.

De wet- en regelgeving geven als uitgangspunten voor deze procedure aan het gelijkheidsbeginsel, het transparantiebeginsel (in de zin van het motiveren van de gunningsbeslissing) en het proportionaliteitsbeginsel.

Anders dan bij een openbare of een niet-openbare aanbestedingsprocedure geldt bij een meervoudige onderhandse aanbesteding niet dat er gewerkt wordt met een aankondiging van de opdracht. Ook de vorm waarop ondernemers worden uitgenodigd om offerte in te dienen (inschrijving te doen), is vormvrij bij diensten en leveringen op grond van een meervoudige onderhandse aanbestedingsprocedure. Artikel 1.4 Aanbestedingswet 2012 geeft ook aan dat op diens schriftelijk verzoek de motivering van de keuze voor de wijze waarop de aanbestedende dienst voornemens is de overeenkomst tot stand te brengen en de keuze voor de ondernemer of ondernemers die worden toegelaten tot de aanbestedingsprocedure, aan de inschrijver worden verstrekt. U heeft bij deze mail dit schriftelijke verzoek gedaan.

In de gevolgde procedure zijn twee offertes (inschrijvingen) gevraagd. Bij een meervoudige onderhandse aanbesteding geldt de vraag naar het indienen van een offerte als een definitieve inschrijving, omdat tijdens de procedure niet kan worden onderhandeld en er tevens geen sprake is van een aanbestedingsprocedure waarin een selectie- en een inschrijvingsfase bestaan (zoals bij een niet-openbare aanbestedingsprocedure).

Indien er onduidelijkheden zouden zijn geweest ten aanzien van de procedure, zoals welke criteria worden gebruikt en naar nadere informatie, dan had het in de weg gelegen van u als inschrijver om te vragen hieromtrent te stellen.

Uit de gevoerde procedure blijkt verder dat er sprake is van een presentatie op grond van uw inschrijving. U heeft van te voren de vraag gesteld wie bij deze presentatie aanwezig zouden zijn. Deze presentatie was ter verduidelijking van uw inschrijving voor een commissie die de beoordeling van de inschrijving deed. Op grond van de Aanbestedingswet 2012 geldt als uitgangspunt dat wordt gegund op economisch meest voordelige inschrijving gebaseerd op prijs-kwaliteitsverhouding. Vandaar dat ook duidelijk moet zijn geweest voor een inschrijver dat er sprake was van een beoordelingscommissie. Indien u een andere gedachtegang heeft gehad, dan had het in de rede gelegen om hierover vóór de presentatie vragen te stellen.

Tijdens de procedure hebben steeds dezelfde uitgangspunten en criteria gegolden voor partijen. Partijen hebben de mogelijkheid gehad om hun inschrijving (offerte) toe te lichten, waarbij voor partijen dezelfde regels hebben gegolden, zoals tijd, vraagstelling etc. Partijen zijn op gelijke wijze behandeld.

Inmiddels is de gunningsbeslissing genomen en de opdracht verstrekt. De [Gemeente] heeft u hiervan schriftelijk op de hoogte gesteld. U verzoekt nu om een schriftelijke bevestiging van deze beslissing met redenen omkleed te ontvangen. Wij zullen u dan ook een brief met de gunningsbeslissing c.q. afwijzing laten toe komen. De Aanbestedingswet kent geen zogenaamde standstill-termijn bij het sluiten van een overeenkomst na (voorlopige)gunning op grond van een meervoudige onderhandse aanbesteding.

Concluderend komen wij tot de volgende bevindingen ten aanzien van de rechtmatigheid van de gevolgde procedure:

De procedure is gekozen op grond van een in het Aanbestedingsbeleid en Inkoopbeleid van [Beklaagde] voorgeschreven wijze en is proportioneel ten aanzien van de opdracht. De keuze voor twee in plaats van drie ondernemers te vragen een inschrijving (offerte in te dienen) is uitgelegd.

In de procedure zijn meerdere momenten geweest, waarin u vragen had kunnen stellen indien u de gang van zaken tijdens de procedure onduidelijk was.

De procedure is zodanig gevoerd dat er sprake is van een gelijke behandeling van u, als partij en andere partij(en).

[Beklaagde] is dan ook van mening dat nu voldaan is aan het proportionaliteitsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel en aan het transparantiebeginsel, de procedure rechtmatig is verlopen.'

- 1.12. Op 12 juni 2017 heeft klager een klacht ingediend bij de Commissie. Op 13 juni 2017 heeft de Commissie beklagde verzocht een reactie op de klacht te geven.
- 1.13. Op 14 juni 2017 heeft beklagde per brief de mededeling van de gunningsbeslissing verstuurd. In deze mededeling is het volgende opgenomen:

\(...)

Allereerst wil ik u bedanken voor de door u aangeboden inschrijving en presentatie.

We hebben bij twee ondernemers offertes opgevraagd en hebben tijdig twee inschrijvingen, waaronder uw inschrijving ontvangen. Na de door u en de andere inschrijver op dezelfde dag gegeven presentaties heeft de beoordelingscommissie de inschrijving grond bestudeerd en presentatie zorgvuldig beoordeeld. De beoordeling van de inschrijvingen (inclusief presentaties) heeft uitgewezen dat uw inschrijving niet de economisch meest voordelige inschrijving heeft gedaan op basis van beste prijs-kwaliteit-verhouding. We hebben u hierover reeds bij e-mail van 24 april 2017 [*bedoeld zal zijn 26 april 2017, Commissie*] op de hoogte gesteld. Deze brief is dan ook de bevestiging van deze schriftelijke beslissing.

Beoordeling

Uw inschrijving is beoordeeld op de sub-gunningscriteria. In de bijlage is een toelichting opgenomen ten aanzien van de beoordeling van uw inschrijving, waarbij een onderverdeling is aangebracht tussen enerzijds de beoordeling op kwaliteit middels de presentatie, anderzijds de beoordeling met betrekking tot de door u opgegeven prijs. Tevens treft u per onderdeel de scores van de winnende inschrijving aan.

Bezwaar

De gunning heeft plaatsgevonden en de opdracht is verstrekt aan de winnende inschrijver, zonder dat er een standstill-termijn is aangegeven (die bij de meervoudige onderhandse aanbesteding niet verplicht is gesteld).

Mocht u bezwaar hebben tegen de gunningsbeslissing, dan dient u binnen 20 kalenderdagen na dagtekening van deze brief een kort geding bij de Rechtbank (plaatsnaam) aanhangig te maken. (...)

Indien niet binnen deze termijn een kort geding aanhangig is gemaakt, wordt de inschrijver geacht afstand te hebben gedaan van dit recht en is de inschrijver niet-ontvankelijk in zijn vorderingen, wanneer de inschrijver alsnog een kort geding aanhangig zou maken. (...)

Beoordeling presentaties masterplan Sociaal Domein

| Beoordelaars | Prijs (15%) | Deskundig op inhoud (25%) | Deskundig op procesbegeleiding (20%) |
|---------------|--------------------------------------|---------------------------|--------------------------------------|
| Beoordelaar 1 | [Klager] X €40.800,00 € 24.250,00 | [Klager] X 8 6 | [Klager] X 8 8 |
| Beoordelaar 2 | | 8 4 | 8 8 |
| Beoordelaar 3 | | 8 6 | 6 8 |
| Beoordelaar 4 | | 8 6 | 6 8 |
| Beoordelaar 5 | | 8 4 | 8 6 |
| | 0,9 1,50 | 2 1,3 | 1,44 1,52 |

| Beoordelaars | Betrokkenheid & Communicatie (25%) | Innovatieve aanpak (5%) | Plan in de praktijk (10%) |
|---------------|------------------------------------|-------------------------|---------------------------|
| Beoordelaar 1 | [Klager] X 6 8 | [Klager] X 4 8 | [Klager] X 6 8 |
| Beoordelaar 2 | 4 8 | 4 8 | 6 8 |
| Beoordelaar 3 | 8 8 | 6 8 | 8 8 |
| Beoordelaar 4 | 6 8 | 4 8 | 6 8 |
| Beoordelaar 5 | 6 8 | 6 8 | 6 8 |
| | 1,5 2 | 0,24 0,4 | 0,64 0,8 |

Totaal [Klager] 6,71

Totaal X 7,52'

2. Beschrijving klacht

2.1. Klachtonderdeel 1

Beklaagde heeft in strijd gehandeld met het transparantiebeginsel door klager geen formele offerteaanvraag te sturen en door klager niet te informeren over de procedure en de gunningscriteria. Tevens heeft beklagde in strijd gehandeld met het beginsel van gelijke behandeling door een tweede partij uit te nodigen nadat klager een concept-voorstel had ingediend en die tweede inschrijver meer tijd te geven voor het indienen van een inschrijving.

2.2. Klachtonderdeel 2

Beklaagde heeft de mededeling van de gunningsbeslissing niet gemotiveerd.

3. Onderbouwing klacht

3.1. Klachtonderdeel 1

- 3.1.1. Volgens klager heeft beklagde gehandeld in strijd met het transparantiebeginsel nu zij nooit een formele aanvraag heeft ontvangen en nooit is geïnformeerd over het feit dat er sprake was van een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure. Klager stelt dat haar nooit een formeel document over de aanbesteding ter beschikking is gesteld. Klager heeft beklagde verzocht om criteria, waarop zij te horen heeft gekregen dat er geen specifieke aandachtspunten waren. Beklaagde heeft klager geen beoordelingscriteria ter beschikking gesteld. Vervolgens is de inschrijving van klager afgewezen op basis van "van tevoren gestelde criteria".

- 3.1.2. Daarnaast heeft beklagde volgens klager in strijd met het gelijkheidsbeginsel gehandeld door een tweede inschrijver pas te benaderen nadat klager haar concept plan van aanpak had ingediend.
- 3.1.3. Klager stelt dat beklagde haar in de week van 20 februari 2017 telefonisch heeft meegedeeld dat er ook nog een andere partij is gevraagd een plan van aanpak in te dienen en dat deze partij wat meer tijd nodig had voor het opstellen van haar plan. Volgens klager heeft deze tweede inschrijver door deze wijze van handelen vrijwel zeker andere (en meer) informatie ontvangen dan de vraag die aan klager was voorgelegd, te weten 'kunnen jullie wat voor ons betekenen?'. Bovendien heeft de tweede inschrijver volgens klager ruim meer tijd gekregen voor het opstellen van een plan van aanpak. Klager heeft binnen drie dagen een voorstel moeten indienen, terwijl de tweede inschrijver minstens één keer uitstel heeft gekregen.
- 3.1.4. Klager merkt op altijd te goeder trouw te hebben verwacht dat de procedure nog zou starten en daarom niet eerder te hebben geklaagd. Zij geeft aan dat zij echter door de opmerking van beklagde over vooraf gestelde criteria is gaan twijfelen en vervolgens besloten heeft een klacht in te dienen omdat een formele afwijzing nooit is gekomen.
- 3.1.5. Tenslotte stelt klager dat zij nooit in de gelegenheid is gesteld om een definitief voorstel in te dienen.

3.2. Klachtonderdeel 2

Beklagde heeft klager nooit een formele en gemotiveerde mededeling van de gunningsbeslissing toegezonden. Niet na herhaald verzoek daartoe en ook niet na haar verzoek daartoe in haar klachtbrief van 25 mei 2017 (zie 1.10 hiervoor).

4. Reactie beklagde

4.1. Klachtonderdeel 1

- 4.1.1. Beklagde merkt op dat zij op 20 december 2016 een offerte heeft opgevraagd bij klager voor de opdracht Masterplan Sociaal Domein. In eerste instantie was het uitgangspunt van beklagde dat op grond van de geschatte waarde van de opdracht, te weten onder de € 10.000, beklagde de enkelvoudige aanbestedingsprocedure zou volgen.
- 4.1.2. Later is volgens beklagde echter gebleken dat de opdrachtwaarde beduidend hoger uit zou vallen, en was de enkelvoudige onderhandse aanbestedingsprocedure naar haar mening niet proportioneel. Bovendien zou dit in strijd zijn met het interne inkoopbeleid van beklagde.
- 4.1.3. Beklagde stelt dat zij op 24 januari 2017 klager op de hoogte heeft gesteld dat beklagde bij één andere ondernemer een offerte op zou vragen. Volgens beklagde zou het een professionele en oplettende inschrijver dan ook duidelijk moeten zijn dat er sprake was van een meervoudig onderhandse aanbesteding.
- 4.1.4. Indien het klager niet duidelijk was, had het volgens beklagde op zijn minst in de rede gelegen om vragen te stellen.

- 4.1.5. Beklaagde is van mening dat zij transparant heeft gehandeld, en dat het transparantiebeginsel niet met zich meebrengt dat een verkeerde procedure (enkelvoudig in plaats van meervoudig onderhands) zou dienen te worden gevolgd.
- 4.1.6. Beklaagde bevestigt dat de tweede partij verzocht is om in te schrijven op de opdracht. Dat is echter gebeurd op 25 januari 2017 (zie 1.4 hiervoor) en dus twee dagen voorafgaand aan het indienen van het voorstel door klager.
- 4.1.7. Volgens beklagde betekent het gelijkheidsbeginsel niet dat alles gelijk moet zijn, maar dat partijen gelijk behandeld dienen te worden en dat er geen vorm van voorkeur is.
- 4.1.8. De opdracht is volgens beklagde dezelfde geweest en beklagde heeft beide inschrijvers gelijk behandeld, dezelfde informatie verstrekt (en dus de tweede inschrijver niet meer of op een ander moment informatie verstrekt) en beide inschrijvers voldoende tijd gegeven om een inschrijving te doen. Beklaagde is van mening dat zij beide partijen op gelijke wijze in de gelegenheid heeft gesteld om hun inschrijving toe te lichten door middel van een presentatie. Daarnaast stelt beklagde de inschrijvingen op dezelfde wijze te hebben behandeld en beoordeeld. Klager heeft, voor zij haar inschrijving deed, volgens beklagde niet aangegeven meer tijd nodig te hebben om een 'goede' inschrijving te doen.
- 4.1.9. Daarnaast merkt beklagde op dat bij een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure partijen worden gevraagd in te schrijven, en dat er geen sprake is van een procedure waarbij eerst een selectiefase is en daarna nog de gelegenheid is om in te schrijven. Beklaagde stelt dat het standpunt van klager, dat er sprake zou zijn van een voorlopige inschrijving en daarna een definitieve inschrijving waarbij zij dan nog wijzigingen mag aanbrengen, in strijd is met de aanbestedingsregels en de inschrijving terzijde zou moeten worden gelegd. Er is volgens beklagde in dit geval geen sprake van een aanbestedingsprocedure waarin nog onderhandeld kan worden over de inschrijving.
- 4.1.10. Beklaagde stelt dat er geen strijd met het gelijkheidsbeginsel is geweest en dat zij klager niet heeft benadeeld.
- 4.1.11. Volgens beklagde heeft gunning plaatsgevonden op grond van economisch meest voordelige inschrijving op basis van beste prijs-kwaliteitsverhouding.
- 4.1.12. Volgens beklagde was dit duidelijk voor de inschrijvers, mede gezien het feit dat er een beoordelingscommissie was. Klager heeft volgens beklagde zelfs gevraagd wie in de beoordelingscommissie zaten.
- 4.1.13. Een onderdeel van de inschrijvingsfase in de aanbestedingsprocedure was een presentatie van het conceptvoorstel bij de beoordelingscommissie. Beklaagde is van mening dat, in het geval van onduidelijkheden, het op de weg van klager had gelegen om tijdig te ageren en vragen te stellen. Klager heeft echter gewacht tot na de gunning van de opdracht. Klager heeft wel gevraagd of er aandachtspunten waren, maar deze vraag is volgens beklagde gesteld in het kader van de presentatie. Beklaagde licht hierbij toe dat zij van mening is dat het niet de bedoeling is dat er inhoudelijke aandachtspunten worden aangegeven over de presentatie, maar dat het juist de bedoeling is dat de inschrijver tijdens de presentatie zijn inschrijving toelicht en presenteert en daarin zijn sterke punten voor het Masterplan Sociaal Domein aangeeft. Het benoemen van aandachtspunten door de aanbestedende dienst zou juist een beoordeling van de inschrijving en presentatie beïnvloeden en het onderscheidend vermogen tussen partijen beperken. Dat is de reden dat beklagde aan klager heeft laten weten dat er geen aandachtspunten waren (zie 1.8 hiervoor).

4.2. Klachtonderdeel 2

Beklaagde geeft toe dat de wijze van afdoening van de mededeling van de gunningsbeslissing per e-mail en daarna eerst schriftelijk per brief niet gelukkig is geweest. De beslissing zelf is echter wel schriftelijk, namelijk per e-mail gedaan. Uiteindelijk is de brief wel verzonden (zie 1.13 hiervoor).

5. **Beoordeling**

- 5.1. De Commissie stelt vast dat beklagde in eerste instantie op 20 december 2016 een enkelvoudig onderhandse procedure is gestart voor een overheidsopdracht voor diensten voor het ontwikkelen van een integrale visie (masterplan) op haar sociaal maatschappelijk beleid (sociaal domein). Daartoe heeft zij klager op die datum verzocht een offerte in te dienen. Op 25 januari 2017 is beklagde naar eigen zeggen overgeschakeld op een meervoudig onderhandse procedure door voor de onderhavige opdracht ook X te benaderen. Op deze procedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1, afdeling 1.2.4 van de ten tijde van de eerste uitnodiging van de ondernemers geldende Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit.
- 5.2. Alvorens tot een beoordeling van de klachtonderdelen over te gaan, overweegt de Commissie het volgende met betrekking tot het toe te passen beoordelingskader.
 - 5.2.1. In art. 1.15, eerste lid, Aw 2012 is bepaald dat een aanbestedende dienst de inschrijvers op gelijke wijze dient te behandelen. In de rechtspraak is daarnaast algemeen aanvaard dat wanneer een aanbestedende dienst een opdracht aanbesteedt met gebruikmaking van de meervoudige onderhandse procedure, hij ook transparantie in zijn handelen moet betrachten (zie HR 25 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:503, JAAN 2016/69, m.nt. G. 't Hart, TBR 2016/159, m.nt. J.H.J. Bax, r.o. 4.2.2 en ook Advies 147, overweging 7.2.3, Advies 161, overweging 5.2.3, Advies 242, overweging 5.2 en Advies 389, overweging 5.4.1).
 - 5.2.2. De verplichting tot het betrachten van transparantie is met betrekking tot kwalitatieve gunningscriteria in de jurisprudentie als volgt geconcretiseerd. Van belang is dat (i) zodanige criteria worden geformuleerd dat het voor een kandidaat-inschrijver volstrekt duidelijk is aan welke kwaliteitseisen hij moet voldoen, (ii) de inschrijvingen aan de hand van een zo objectief mogelijk systeem worden beoordeeld en (iii) de aanbestedende dienst zijn uiteindelijke keuze motiveert op een wijze die het voor de afgewezen inschrijvers mogelijk maakt om (a) de wijze waarop de beoordeling heeft plaatsgevonden te toetsen en (b) te controleren of de beoordeling de (voorlopige) gunningsbeslissing rechtvaardigt. Een aanbestedende dienst is gehouden om de inschrijving overeenkomstig de door hem gestelde eisen te beoordelen en mag geen afwegingsregels of subcriteria toepassen die hij niet vooraf ter kennis van de inschrijvers heeft gebracht, omdat anders in strijd met het transparantie- en gelijkheidsbeginsel zou worden gehandeld (vergelijk bijvoorbeeld Advies 377, overweging 5.2.1 en Advies 283, overweging 5.2.2, nog niet gepubliceerd). Deze verplichtingen rusten ook op een aanbestedende dienst in het geval van een meervoudig onderhandse procedure (zie aldus Rb. Den Haag (vzr.) 27 november 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:16579, r.o. 4.2, Rb. Noord-Nederland (vzr.) 2 februari 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:376, r.o. 4.18 en Advies 109, overweging 5.2.4, Advies 226, overweging 5.2, Advies 242, overweging 5.3 en Advies 389, overweging 5.4.2).

- 5.2.3. Deze uitgangspunten laten onverlet dat enige mate van subjectiviteit bij de beoordeling van een kwalitatief gunningscriterium onvermijdelijk is en dat de aanbestedende dienst bij een dergelijk criterium de inschrijvers enige vrijheid kan laten om hun inventiviteit te tonen. Van een aanbestedende dienst hoeft binnen het kader van de hiervoor genoemde uitgangspunten niet te worden verwacht dat hij criteria zodanig beschrijft, in die zin dat hij zeer exact en zeer gedetailleerd aangeeft wat nodig is om een maximale score te behalen (zie onder meer Advies 358, overweging 5.2.2).
- 5.2.4. Bij de beoordeling van de inschrijvingen dienen de gunningscriteria op objectieve en uniforme wijze te worden toegepast op alle inschrijvers. In dat kader is vereist dat de aanbestedende dienst op basis van de door de inschrijvers verstrekte inlichtingen en bewijsstukken daadwerkelijk kan nagaan of de aanbiedingen voldoen aan de gunningscriteria (HvJ EU 4 december 2003, C-448/01, r.o. 48 en 50 (EVN en Wienstrom); Advies 358, overweging 5.4.1 en Advies 389, overweging 5.4.4).
- 5.2.5. In het verlengde van de in 5.4.2 hiervoor onder (iii) bedoelde verplichting is een aanbestedende dienst op grond van artikel 1.15, lid 2, Aw 2012 bovendien verplicht aan alle inschrijvers de gunningsbeslissing met de relevante redenen voor deze beslissing mee te delen.
- 5.2.6. De motiveringsplicht van artikel 1.15, lid 2, Aw 2012 heeft dezelfde strekking als de motiveringsplicht van artikel 2.130 Aw 2012 (zie Rb. Noord-Nederland (vzr.) 2 februari 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:376, r.o. 4.25, Advies 147, overwegingen 7.3.2 en 7.3.3 en Advies 389, overweging 5.4.6). Uit de Memorie van Toelichting bij artikel 2.130 Aw 2012 blijkt dat de wetgever er voor heeft gekozen – evenals in de WIRA – om met betrekking tot de motivering van de gunningsbeslissing niet te volstaan met een verplichting van aanbestedende diensten om een samenvatting van de relevante redenen te geven, maar alle relevante redenen in de mededeling van de gunningsbeslissing op te nemen (TK 2009/10, 32440, nr. 3, p. 94). Daarmee verwijst de wetgever naar hetgeen hij naar het oordeel van de Commissie in de kern tot uitdrukking heeft willen brengen in de Memorie van Toelichting bij de WIRA: het toezenden van een samenvattende beschrijving van de relevante redenen die tot een bepaalde gunningsbeslissing hebben geleid zal aan de afgewezen inschrijver veelal onvoldoende houvast bieden om te kunnen beoordelen of het aanhangig maken van een juridische procedure zinvol is. Bij twijfel zal die inschrijver er dan toe overgaan een juridische procedure aanhangig te maken. Een dergelijke jurisdisering acht de wetgever echter onwenselijk en kan voorkomen worden door de gunningsbeslissing transparant en met vermelding van alle relevante redenen te motiveren (TK 2008/09, 32027, nr. 3, p. 7).
- 5.2.7. De Commissie heeft in haar Adviezen 30, 78, 86, 138, 209, 244, 326 en 389 overwogen dat aan de motiveringsverplichting van artikel 1.15, lid 2, Aw 2012 (Adviezen 30 en 389), respectievelijk 2.130 Aw 2012 niet is voldaan wanneer de aanbestedende dienst slechts een matrix met de scores bekend maakt, zonder enige toelichting op de wijze waarop die scores tot stand zijn gekomen. Een aanbestedende dienst handelt bovendien in strijd met die verplichting wanneer hij niet duidelijk maakt wat de kenmerken en voordelen van de inschrijving van de winnende inschrijver zijn (zie Adviezen 280, 326 en 389) en waarom de afgewezen inschrijver niet de maximale score heeft behaald (zie Adviezen 147 en 389). Immers, zonder deze informatie kan de afgewezen inschrijver niet beoordelen of het aanhangig maken van een juridische procedure tegen de gunningsbeslissing zinvol is (zie TK 2008/09, 32027, nr. 3, p. 7). Waar het in de kern om gaat, ook bij een meervoudig onderhandse procedure, is of de aanbestedende dienst met de verstrekte motivering van de gunningsbeslissing de afgewezen inschrijver vol-

doende houvast heeft geboden om te kunnen beoordelen of het aanhangig maken van een juridische procedure zinvol is (zie Adviezen 30 en 389).

5.2.8. De Commissie is van oordeel dat de verplichting om een afgewezen inschrijver een effectieve rechtsbeschermingsmogelijkheid tegen de gunningsbeslissing te bieden ook op een aanbestedende dienst rust wanneer deze een opdracht aanbesteedt met gebruikmaking van een meervoudig onderhandse procedure waarop afdeling 1.2.4 Aw 2012 van toepassing is. Deze verplichting vloeit in dat geval voort hetzij uit het fair-playbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur (zie Rb. Zeeland-West-Brabant (vzr.) 4 februari 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:1007, JAAN 2014/65, m.nt. M.G. Rauws, r.o. 4.9 en Rb. Noord-Nederland (vzr.) 7 november 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:5503, JAAN 2015/39, m.nt. C.S. Leunissen, r.o. 4.6), hetzij uit de (pre-contractuele) maatstaven van redelijkheid en billijkheid (zie ook Advies 147 overweging 7.5.2, Advies 288, overweging 5.2.2, Advies 292 overweging 5.6.1 en Advies 389, overweging 5.9.2).

5.3. De Commissie zal nu overgaan tot behandeling van de klachtonderdelen.

5.4. Klachtonderdeel 1

5.4.1. Volgens bestaande jurisprudentie mag van een (potentiële) gegadigde of inschrijver een proactieve houding worden verwacht. Dit houdt in dat een inschrijver – mogelijke – inbreuken op het op de aanbestedingsprocedure van toepassing zijnde recht bij de aanbesteder dient te signaleren zodra hij die redelijkerwijze behoorde op te merken. De ratio daarvan is dat de aanbesteder daarmee mogelijk in staat wordt gesteld (de gevolgen van) die inbreuk ongedaan te maken in een stadium waarin de nadelige gevolgen daarvan voor alle betrokken partijen zoveel mogelijk beperkt kunnen blijven.

5.4.2. Op het moment dat beklagde klager liet weten dat zij voornemens was nog een andere onderneming uit te nodigen voor het indienen van een offerte, had het voor klager duidelijk moeten zijn dat er inmiddels sprake was van een meervoudig onderhandse procedure. Vanaf dat moment had klager ook bij beklagde kunnen aanklaarten dat beklagde de beginselen van gelijke behandeling en transparantie onvoldoende in acht nam. Partijen verschillen van mening wanneer beklagde aan klager heeft medegedeeld dat nog een andere onderneming zou mogen inschrijven. Klager stelt dat beklagde haar dit in de week van 20 februari 2017 telefonisch heeft meegedeeld, terwijl beklagde stelt dat zij klager daarvan al op 24 januari 2017 op de hoogte heeft gesteld.

5.4.3. De Commissie kan in het midden laten op welk moment beklagde klager heeft laten weten dat zij voornemens was nog een andere onderneming uit te nodigen voor het indienen van een offerte, omdat het klachtonderdeel hoe dan ook gegrond is.

5.4.4. Het is de Commissie namelijk niet gebleken dat beklagde vooraf een objectief beoordelings- en gunningssysteem – hoe basaal ook – aan klager heeft verstrekt. Daarmee heeft beklagde gehandeld in strijd met haar verplichting om transparantie in haar handelen te betrachten (zie 5.2.1 hiervoor). Nu klager op 17 maart 2017 (zie 1.7 hiervoor) bij beklagde navraag heeft gedaan naar de wensen van beklagde voor de presentatie, kan niet gezegd worden dat klager dit punt te laat heeft aangekaart. Beklagde heeft klager met haar antwoord van 30 maart 2017 (zie 1.8 hiervoor) onvoldoende richting gegeven.

5.4.5. Daarmee is het eerste klachtonderdeel gegrond.

- 5.4.6. Ten overvloede merkt de Commissie nog het volgende op. Ook overigens meent de Commissie dat beklaagde onvoldoende transparant is geweest over de procedure. Tevens heeft de Commissie de indruk dat beklaagde heeft gehandeld in strijd met haar verplichting om de inschrijvers op gelijke wijze te behandelen, door de inschrijvers niet tegelijk uit te nodigen en niet dezelfde termijn voor inschrijving te geven. De Commissie vraagt zich ook af of aan partijen dezelfde informatie is verstrekt.
- 5.4.7. Uit de e-mail van 25 januari 2017 (zie 1.4 hiervoor) leidt de Commissie ten slotte af dat beklaagde de andere inschrijver heeft uitgenodigd voordat klager haar 'concept aanpak' heeft ingediend. Het is de Commissie echter niet gebleken dat beklaagde heeft gewaarborgd dat geen kennis werd genomen van de inschrijving van klager op het moment dat de andere inschrijver haar inschrijving nog niet had ingediend. Daarmee heeft beklaagde het risico van leuren in het leven geroepen, hetgeen eveneens in strijd is met haar verplichting om de inschrijvers op gelijke wijze te behandelen.

5.5. Klachtonderdeel 2

- 5.5.1. Op 26 april 2017 heeft beklaagde klager een ongemotiveerde mededeling van de gunningsbeslissing gezonden, waarin wordt aangekondigd dat nog een formele brief zal volgen (zie 1.9 hiervoor). In de reactie van beklaagde van 2 juni 2017 (zie 1.11 hiervoor) op de klacht van klager bij beklaagde (zie 1.10 hiervoor) zegt beklaagde opnieuw 'een brief met de gunningsbeslissing c.q. afwijzing' toe. Op het moment van het indienen van de klacht bij de Commissie had beklaagde echter nog steeds geen motivering van de gunningsbeslissing gegeven.
- 5.5.2. Daarmee is ook het tweede klachtonderdeel gegrond.
- 5.5.3. Ten overvloede gaat de Commissie nog in op de inhoud van de motivering van de gunningsbeslissing van 14 juni 2017 (zie 1.13 hiervoor), die beklaagde aan klager heeft verzonden nadat zij door de Commissie om een reactie op de bij de Commissie ingediende klacht was verzocht. Beklaagde heeft daarin weliswaar de scores van klager en de winnende inschrijver bekendgemaakt, maar niet aangegeven waarom klager niet de maximale scores heeft behaald noch wat de kenmerken en relatieve voordelen van de winnende inschrijving zijn. Daarmee heeft beklaagde klager met de brief van 14 juni 2017 naar het oordeel van de Commissie nog steeds geen afdoende motivering van de gunningsbeslissing gegeven en in zoverre gehandeld in strijd met het bepaalde in art. 1.15, tweede lid, Aw 2012 (zie ook 5.2.5 t/m 5.2.8 hiervoor).

6. **Advies**

De Commissie acht alle onderdelen van de klacht **gegrond**.

7. **Aanbeveling**

Hoewel de Aanbestedingswet voor de meervoudig onderhandse procedure weinig regels stelt, is de vrijheid die aanbestedende diensten hebben bij de voorbereiding, inrichting en afwikkeling van een meervoudig onderhandse procedure slechts betrekkelijk. Zij dienen op grond van de art. 1.15 en 1.16 Aw 2012 immers de beginselen van gelijke behandeling, transparantie en proportionaliteit in acht te nemen. Wanneer aanbestedende diensten kiezen voor een meervoudig onderhandse procedure, zullen zij deze beginselen moeten vertalen in concrete gedragsnormen. Bij gebrek aan concrete gedragsnormen in de geldende wet- en

regelgeving, wordt in de jurisprudentie van de gewone rechter en in de adviezen van de Commissie voor wat betreft de invulling en uitwerking van deze gedragsnormen in toenemende mate aansluiting gezocht bij de regels die gelden voor Europese aanbestedingsprocedures. De Commissie beveelt aanbestedende diensten dan ook aan om bij de voorbereiding, inrichting en afwikkeling van meervoudig onderhandse procedures - in het bijzonder bij het formuleren en toepassen van eisen en criteria - zoveel mogelijk aansluiting te zoeken bij de regels die gelden voor Europese aanbestedingsprocedures.

Den Haag, 14 juli 2017

w.g.:

Prof.mr. C.E.C. Jansen
Voorzitter

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid