

Advies 550| Samenvatting

De klacht ziet op een meervoudig onderhandse procedure voor een overheidsopdracht voor diensten voor het geven van een training en begeleiding zelfstandig ondernemerschap voor statushouders.

Klachtonderdeel 1

De ondernemer klaagt dat het niet transparant was dat er door de aanbesteder een meervoudig onderhandse procedure werd gehouden. De aanbesteder voert aan dat de ondernemer te laat klaagt over de offerteaanvraag en de voorwaarden die daaruit voortvloeiden. De Commissie onderzoekt daarom eerst of de ondernemer klachtonderdeel 1 tijdig bij de aanbesteder onder de aandacht heeft gebracht. Naar het oordeel van de Commissie heeft de ondernemer voldoende proactief gehandeld. De ondernemer kon klachtonderdeel 1 naar zijn aard niet eerder naar voren brengen, aangezien ondernemer juist klaagt dat voor hem onduidelijk was dat er een meervoudig onderhandse procedure werd gestart.

Inhoudelijk oordeelt de Commissie als volgt. Indien een aanbestedende dienst een aanbestedingsprocedure organiseert, dient dat duidelijk uit de aanbestedingsstukken te blijken. Naar het oordeel van de Commissie had de aanbesteder in de schriftelijke uitnodiging tot het doen van een inschrijving dus duidelijk moeten maken dat ook andere ondernemingen in de gelegenheid werden gesteld een inschrijving in te dienen. Nu de aanbesteder dat heeft nagelaten, heeft hij naar het oordeel van de Commissie in strijd gehandeld met het transparantiebeginsel. Daarmee acht de Commissie klachtonderdeel 1 gegrond.

Klachtonderdeel 2

In klachtonderdeel 2 klaagt de ondernemer dat de aanbesteder ten onrechte geen gunningscriteria en geen beoordelingssystematiek heeft bekendgemaakt. Naar het oordeel van de Commissie heeft de ondernemer ook in dit kader voldoende proactief gehandeld. De ondernemer kon ook dit klachtonderdeel naar zijn aard niet eerder naar voren brengen. Indien het voor de ondernemer niet duidelijk behoefde te zijn dat er een meervoudig onderhandse procedure werd gestart, behoefde hij ook niet te klagen dat er geen gunningscriteria en geen beoordelingssystematiek bekend was gemaakt.

Inhoudelijk oordeelt de Commissie als volgt. Het is de Commissie niet gebleken dat de aanbesteder in het kader van de offerteaanvraag een objectief beoordelings- en gunningssysteem – hoe basaal ook – aan ondernemer kenbaar heeft gemaakt. Ook daarmee heeft de aanbesteder naar het oordeel van de Commissie in strijd gehandeld met zijn verplichting om transparant te handelen. De Commissie acht ook klachtonderdeel 2 gegrond.

Klachtonderdeel 3

In het kader van klachtonderdeel 3 klaagt de ondernemer dat hem geen rechtsbescherming is geboden na de mededeling van de gunningsbeslissing. Nu de aanbesteder geen opschortende termijn in die mededeling heeft opgenomen, heeft aanbesteder naar het oordeel van de Commissie aan ondernemer een effectieve

rechtsbeschermingsmogelijkheid onthouden. Ook klachtonderdeel 3 acht de Commissie daarmee gegrond.

Klachtonderdeel 4

In klachtonderdeel 4 klaagt de ondernemer dat de aanbesteder de inschrijving van de ondernemer ten onrechte heeft afgewezen voordat de aanbesteder daarvan kennis heeft kunnen nemen. De aanbesteder heeft in dit kader aangevoerd dat bij het maken van de afwijzingsbrief abusievelijk een oude datum in de aanhef is blijven staan. De Commissie gaat er vanuit dat de aanbesteder de afwijzingsbrief pas heeft opgesteld na kennisneming van de inhoud van de inschrijving van de ondernemer. Dit blijkt uit de inhoud van de afwijzingsbrief waarin de door de ondernemer geoffreerde prijs is vermeld. Anders dan de ondernemer stelt, is zijn inschrijving dus niet afgewezen voordat de aanbesteder daar kennis van had kunnen nemen. De Commissie acht klachtonderdeel 4 dan ook ongegrond.

Klachtonderdeel 5

In klachtonderdeel 5 vraagt de ondernemer zich af of het financiële kader, waarbinnen een inschrijving moest worden uitgebracht, voldoende transparant was voor de andere inschrijvers. De Commissie heeft onvoldoende reden om te twijfelen aan de stelling van de aanbesteder dat een document met daarin het financiële kader aan alle uitgenodigde ondernemingen is toegestuurd. Daarmee acht de Commissie klachtonderdeel 5 ongegrond.

Klachtonderdeel 6

In dit klachtonderdeel klaagt de ondernemer dat de aanbesteder zijn klacht niet goed heeft afgehandeld. De Commissie is – in lijn met haar eerdere adviezen op dit punt – van oordeel dat de wijze waarop een aanbestedende dienst omgaat met een klacht die bij hem is ingediend weliswaar als een handelen of nalaten van die aanbestedende dienst kwalificeert, maar niet als een handelen of nalaten dat binnen de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012 valt. De Commissie neemt dit klachtonderdeel derhalve niet in behandeling.

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 550

1. Feiten

- 1.1. De klacht betreft een meervoudig onderhandse procedure door aanbesteder voor een overheidsopdracht voor diensten voor het geven van een training en begeleiding zelfstandig ondernemerschap voor statushouders.
- 1.2. De opdracht komt voort uit het project Social Integration of Refugees through Education and Self Employment (SIREE). Het SIREE project maakt deel uit van het Europees territoriaal samenwerkingsprogramma 'Interreg 2 Zeeën 2014-2020'. Met het SIREE project wordt beoogd de sociale en economische integratie van vluchtelingen te bevorderen. Het SIREE project is opgedeeld in meerdere werkpakketten. Werkpakket 2 (Self Employment) ziet in het bijzonder op het realiseren van economische onafhankelijkheid door zelfstandig ondernemerschap.
- 1.3. Door een toevallige samenloop van omstandigheden is een medewerker van aanbesteder die verantwoordelijk is voor de realisatie van de activiteiten binnen werkpakket 2 van Project SIREE in contact gekomen met ondernemer.
- 1.4. Op 22 oktober 2018 heeft ten kantore van aanbesteder een kennismakingsgesprek tussen aanbesteder en ondernemer plaatsgevonden. Aanbesteder heeft bij die gelegenheid een algemene toelichting gegeven op het SIREE project. Ondernemer heeft aangegeven graag mee te willen denken over de invulling van het SIREE project.
- 1.5. Vervolgens is er in de periode van 6 december 2018 tot 7 maart 2019 tussen ondernemer en aanbesteder contact geweest over het door ondernemer op 6 december 2018 ingediende samenwerkingsvoorstel betreffende het SIREE project. Ondernemer heeft op 21 december 2018 allereerst een met dat voorstel samenhangende offerte ter hoogte van € 665.000 ingediend. Nadat aanbesteder had aangegeven deze offerte te hoog te vinden, stuurt ondernemer eerst per post en later per e-mail van 7 maart 2019 een aangepast voorstel ter hoogte van € 498.000.
- 1.6. In de e-mail van 14 februari 2019 aan aanbesteder schrijft ondernemer het volgende.

'Zoals afgesproken zouden wij een aangepaste overeenkomst maken zodra wij terugkoppeling hadden ontvangen of er vanuit [Aanbesteder] faciliteiten waaronder huisvesting beschikbaar kunnen worden gesteld.

Hoewel we daaromtrent nog geen uitsluitel hebben, hebben wij omwille van de voortgang alvast een aangepaste overeenkomst gemaakt. Daarin wordt er rekening mee gehouden dat [Aanbesteder] huisvesting en eventueel andere inrichtings- en deelnemersfaciliteiten beschikbaar zal stellen, zoals beschreven in 6.4.2. van de overeenkomst.

Dit brengt de totale projectkostprijs een flink stuk omlaag. (...)

Mogelijk lopen we nu ongevraagd op de zaken vooruit maar zoals we hebben besproken hebben wij op korte termijn veel plaatsingsmogelijkheden voor statushouders en zouden we graag zo snel mogelijk willen starten.

De overeenkomst is getekend per post naar u verzonden. Mocht u de offerte ook digitaal willen ontvangen verneem ik dit graag.

Wij kijken er naar uit om de samenwerking met [Aanbesteder] aan te gaan.'

- 1.7. Aanbesteder reageert daarop diezelfde dag per e-mail als volgt.

'Dank voor je bericht. Graag ontvang ik offerte digitaal. Over huisvesting heb ik helaas nog geen duidelijkheid, (...).'

- 1.8. Ondernemer stuurt aanbesteder op 7 maart 2019 de volgende e-mail.

'(...)

Volgende week zien we elkaar (...). De overeenkomst die ik eerder per post stuurde, heb ik ook in deze e-mail bijgesloten. Alleen de datum staat nu op 1 maart. Als er in deze versie nog wijzigingen doorgevoerd moeten worden, dan hoor ik dit graag.

Als schot voor de boeg wil ik alvast het volgende met je delen. Afgelopen maanden heeft [medewerker van ondernemer] hard gewerkt om het netwerk warm te houden, dat wij nodig hebben om van project SIREE een succes te maken. Inmiddels staan we voor het dilemma dat er heel veel vraag naar personeel bij ons terecht komt, maar wij geen pool met statushouders hebben die we kunnen bemiddelen. In ons laatste gesprek hing de opdracht in mijn ogen alleen nog op het punt van de huisvesting. Klopt dit? Als het vinden van huisvesting daadwerkelijk een issue is, dan kunnen wij een aantal oplossingsrichtingen aandragen.

(...) Daarom hoop ik dat we dinsdag de laatste puntjes op de 'i' kunnen zetten en veel statushouders op weg gaan helpen.'

- 1.9. Aanbesteder reageert per e-mail van 8 maart 2019.

'(...)

We hebben helaas een verschillende perceptie... het bedrag dat jullie nu opgeven is weliswaar beduidend lager dan de eerste opgaaf, maar nog zeer hoog (...).'

- 1.10. Op 12 maart 2019 heeft een overleg tussen ondernemer en aanbesteder plaatsgevonden, waarna ondernemer het voorstel (zie 1.5 hiervoor) wederom aanpast. Bij e-mail van 25 maart 2019 bericht ondernemer aan aanbesteder dat hij einde van de ochtend de definitieve offerte zal ontvangen. In dat kader vraagt ondernemer of hij de startdatum op 1 april (2019) mag zetten. Aanbesteder reageert diezelfde dag dat de startdatum beter 1 mei (2019) kan zijn.

- 1.11. Op 2 april 2019 start aanbesteder per e-mail een meervoudig onderhandse procedure voor een overheidsopdracht voor diensten voor het geven van een training en begeleiding bij zelfstandig ondernemerschap voor statushouders, als onderdeel van het werkpakket 2 van het SIREE project, door de offerteaanvraag van 1 april 2019 te sturen aan drie organisaties, waaronder ondernemer.

'Weer terug in Holland, werd ik door mijn financieel manager erop gewezen dat ik geen uitvraag naar jullie heb gedaan. Zie daarvoor bijlage. Hij ligt (heel globaal) in het verlengde van onze gesprekken en geeft jullie de ruimte om veel zaken in te vullen aan de hand van onze gesprekken.

Overigens heb ik de laatste offerte nog niet ontvangen, is niet erg. Wacht daar maar svp mee tot jullie de officiële uitvraag hebben gekregen. Hopelijk eind deze week.'

- 1.12. In de offerteaanvraag, die als bijlage bij de e-mail van 2 april 2019 aan ondernemer is gevoegd, is onder meer het volgende opgenomen.

'Reeds enige tijd zijn wij met elkaar in gesprek over het SIREE project, meer in het bijzonder het starten van een eigen bedrijf door statushouders. Hierbij vraag ik u offerte uit te brengen voor het geven van een training en begeleiding zelfstandig ondernemerschap voor statushouders (...).

Deze cursus vloeit voort uit het EU project SIREE. Doelstelling van dit project is snellere/betere integratie van statushouders, onder andere door het opzetten van een eigen bedrijf. De cursus/begeleiding bestaat uit de volgende onderdelen:

- Intake
- Oriëntatie ondernemerschap
- Maatwerk adviezen deelnemers
- Opstellen ondernemingsplan deelnemers
- Ondersteuning bij start bedrijf

Graag zie ik een offerte binnen 3 weken tegemoet.'

- 1.13. Ondernemer reageert per e-mail van 10 april 2019 op de offerteaanvraag.

'(...) Zoals zojuist met [medewerker van Aanbesteder] besproken zal ik naast de offerte voor WP2 ook de offerte maken voor de aanvullende vraag zoals in de officiële uitvraag is beschreven.

Ons streven is om het deze week af te hebben.'

- 1.14. Ondernemer heeft vervolgens aan aanbesteder bij wijze van voorstel het document 'Project SIREE, Overeenkomst [Aanbesteder]' van 19 april 2019 tussen ondernemer en aanbesteder toegestuurd.

'(...)

2 Inleiding

2.1 Aanleiding

Op 22 oktober 2018 [heeft Ondernemer] kennismemaakt met [Aanbesteder]. Tijdens dit gesprek is onder andere het project SIREE ter sprake gekomen (...). Op 1 maart 2019 hebben wij een offerte ingediend. Wij hebben hierover op dinsdag 5 maart een verhelderend, plezierig en open gesprek gehad waarna wij de opdracht hebben aangepast.

In deze nieuwe offerte hebben wij ons aanbod ten opzichte van de versie van 1 maart 2019 meer aangesloten op de wensen en eisen binnen de kaders van Werkplan 2. De doelstellingen, de deelresultaten en de acties uit de projectaanvraag zijn in deze offerte verwerkt.

(...)

3. Doelstellingen

[Ondernemer] zal binnen het kader van Werkplan 2 de activiteiten uitvoeren die beschreven staan onder de volgende subkopjes.

(...)

3.1. Kennismakingsgesprekken

(...) Met de statushouders die interesse hebben in het starten van een onderneming zal [Ondernemer] kennismakingsgesprekken voeren.

(...)

3.2 Programma op weg naar ondernemerschap

We bieden statushouders een op maat gemaakt ontwikkelprogramma (...). We hebben gekozen om dit vorm te geven in workshops.
(...)

3.3. De webapplicatie

Er wordt door [Ondernemer] een aantal Office 365-accounts aangeschaft voor statushouders.
(...)

3.4 Het ondernemersleerplan

In het kader van Werkplan 2 zal [Ondernemer] met de geselecteerde statushouders op individuele basis een persoonlijk Ondernemersleerplan (EAP) opstellen.
(...)

3.5 Het netwerk

(...) [Ondernemer] stelt haar huidige ingerichte platform binnen Microsoft Teams ter beschikking van de statushouders.
(..)

4. Duur, kosten en verantwoording

4.1. Duur van deze overeenkomst

Deze overeenkomst begint op 1 mei 2019 en eindigt van rechtswege op 1 juni 2021.

4.2. Kosten

De kosten voor de uitvoering van dit project bedragen in totaal € 295.000,- exclusief BTW

Termijnen	Bedrag exclusief BTW	Vervaldatum factuur
1 ^e termijn	€ 195.000,-	1 mei 2019
2 ^e termijn	€ 100.000,-	1 juli 2019

(...)

U en [Ondernemer] gaan akkoord

U en [Ondernemer] gaan akkoord met de afspraken in deze overeenkomst. Met uw en onze handtekening verklaren wij alle twee dat we ons aan deze afspraken zullen houden.

(...)'

- 1.15. Aanbesteder heeft ondernemer bij brief van 23 april 2019, verzonden op 6 mei 2019, bericht dat hij van de offerte van ondernemer geen gebruik zal maken.

'Op 2 april jongstleden hebben wij offerte gevraagd voor het project SIREE. De uitvraag behelsde het geven van een offerte voor het geven van een training en begeleiding zelfstandig ondernemerschap voor statushouders (...). De uitvraag is gedaan na een aantal gesprekken met u. Deze gesprekken leidden in eerste instantie tot een offerte van [Ondernemer]. Deze offerte kwam uit op een bedrag van € 665.000 ex BTW, welke door mij als te hoog werd beoordeeld. Enkele vervolgesprekken hebben daarna geleid tot genoemde uitvraag. Op 19 april jongstleden heb ik uw (tweede) offerte ontvangen.

U offreert de gevraagde training voor een bedrag van € 295.000 exclusief BTW. Na een vergelijk met een andere offerte moet ik concluderen dat uw offerte substantieel hoger uitkomt dan een concurrerende. Op basis van de economisch meest voordelige inschrijving zal ik derhalve van uw offerte geen gebruik maken.

(...)'

- 1.16. Per e-mail van 9 mei 2019 stelt ondernemer de volgende vragen aan aanbesteder over de afwijzing van zijn voorstel ter zake van de uitvraag om een offerte uit te brengen voor het geven van een training en begeleiding zelfstandig ondernemerschap voor statushouders.

'(...)

Op 12 maart hebben wij bij [Aanbesteder] de eerste twee offertes besproken. Pas op dat moment begrepen wij dat het niet de bedoeling was dat wij een hele brede opdracht zouden uitvoeren maar een offerte mochten uitbrengen van onderdeel Werkplan 2 uit de projectaanvraag.

Hiermee zijn wij enthousiast aan de slag gegaan. Op 2 april werd een vooraankondiging gedaan voor een aanvullende opdracht. Enkele dagen later, op 5 april, ontvingen wij per post een aanvullende uitvraag voor een training en begeleiding zelfstandig ondernemerschap statushouders (...). Op 11 april hebben wij de uitvraag geoffreerd en op 24 april de offerte voor Werkplan 2 ingediend.

In de afwijzingsbrief lijken alle offertes door elkaar gehaald te zijn. Je wijst namelijk de offerte van € 295.000,- af die bij Werkplan 2 hoort en niet de offerte bij de uitvraag. Verder wordt de offerte van € € 665.000 genoemd die voor een andere opdracht bedoeld was. Ik wil graag rechtzetten dat laatstgenoemd bedrag in die offerte, niet bestemd was voor de uitvraag.

Al met al roept dit proces bij ons een aantal vragen op. Graag kom ik hierover met je in gesprek zodat we de onduidelijkheid kunnen ophelderen.

1. Het is onduidelijk of deze opdracht onder een aanbesteding valt. Wij kunnen het woord aanbesteding nergens terugvinden in de officiële uitvraag, nog hebben wij in onze gesprekken hierover gesproken. Het lijkt nu dat het om een onderhandse meervoudige aanbesteding gaat. Klopt dat?
2. Uitgangspunt is altijd wel dat de offertes aan de hand van een gunningscriterium worden beoordeeld. Hoe is de gunning en beoordeling tot stand gekomen? Het is voor ons onduidelijk waar dit op stuk loopt. Wij willen graag weten hoe jullie tot de gunningsbeslissing zijn gekomen.
3. Indien er sprake is van een aanbesteding moet een stand still-termijn in acht worden genomen. Het fair-play beginsel en de (precontractuele) redelijkheid en billijkheid brengen met zich mee dat er voldoende mogelijkheden bestaan om tegen de gunning in bezwaar te komen. Hoe ziet de procedure er uit?
4. De afwijzing van de offerte is gedateerd op 23 april 2019. Onze offerte voor Werkplan 2 is op 24 april 2019 pas gelezen volgens de leesbevestiging. Hoe is het mogelijk dat de brief afwijzing offerte gedateerd is vóór 24 april?
5. In de officiële brief met de uitvraag is op vijf punten een offerte aangevraagd. In de uitvraag is het kader voor de prijsstelling niet beschreven. In de projectaanvraag van SIREE zijn de prijzen op hoofddoel en subdoelen

wel gespecificeerd. Was vooral het financiële kader helder voor de andere inschrijvers?

6. De opdracht is inmiddels gegund aan [Ondernemer Y] In het persbericht van [Aanbesteder] van 2 mei jl. staat onder andere dat statushouders begeleid worden door coaches van [Vereniging Z]. De begeleiding wordt dus niet door [Ondernemer Y] zelf gedaan terwijl dit in de uitvraag wel is gevraagd. Waarom pakt [ondernemer Y] niet zelf alle punten van de uitvraag op? (...)
7. In het persbericht van 2 mei 2019 stond ook dat de training openstaat voor alle statushouders binnen [Provincie]. Is Project SIREE niet meer alleen voor [Regio]?

Het is niet mijn intentie om een juridische procedure te starten, maar om met elkaar in gesprek te gaan om verduidelijking te krijgen en te leren van wat er is misgegaan.

(...)'

- 1.17. Op 21 mei 2019 heeft een gesprek plaatsgevonden tussen aanbesteder en ondernemer.
- 1.18. Op 3 juni 2019 heeft ondernemer aan aanbesteder per e-mail laten weten een officiële klacht te willen indienen:

'Afgelopen week heeft [Ondernemer] extern advies gevraagd inzake het offerte-traject voor project SIREE. Dit hebben wij gedaan omdat wij toch een vervelend gevoel overhouden aan de hele procedure en menen geen gelijke kans gehad te hebben.

Om die reden wil ik toch een officiële klacht indienen. Graag zou ik een afspraak willen maken met [Aanbesteder] om mijn mail van 9 mei jl. te bespreken. (...)'

- 1.19. Op 3 juni 2019 reageert aanbesteder per e-mail als volgt:

'Dat is jammer. Vooral omdat je zegt geen gelijke kans te hebben gehad. Volgens mij heeft [Ondernemer] meer dan gelijke kansen gehad zoals ook in het laatste gesprek gemeld. Je referentie naar je email van 09-05-2019 begrijp ik niet goed; het waren – zoals je telefonisch aangaf – een aandachtspuntenlijstje. Naar ik begrijp had dit lijstje een andere bedoeling....

(...)'

- 1.20. Op 14 juni 2019 stuurt ondernemer een e-mail aan de klachtencoördinator van aanbesteder:

'Op 21 mei 2019 heeft een gesprek plaatsgevonden met [Aanbesteder]. Het gesprek was naar aanleiding van onderstaande mail waarbij wij duidelijkheid hebben gevraagd omtrent de aanbestedingsregels en gunning van de opdracht in het kader van het project SIREE.

Kort na dit bericht heb ik [Aanbesteder] laten weten een klacht in te willen dienen omdat er twijfels bij mij zijn ontstaan over de integriteit en de gevolgde procedure. Mijn klacht zou door [medewerker van Aanbesteder] gemeld worden aan [medewerkster van Aanbesteder]. Van [medewerkster van Aanbesteder] ontvang ik tot op heden geen reactie. (...)'

1.21. Op 24 juni 2019 wordt ondernemer door aanbesteder uitgenodigd voor een gesprek om de klacht verder te bespreken.

1.22. Op 28 juni 2019 vindt via FaceTime een overleg plaats tussen aanbesteder en ondernemer. Van dit overleg is een verslag gemaakt.

1.23. Op 15 augustus 2019 stuurt ondernemer aanbesteder de volgende e-mail:

'Op 28 juni jl. hebben wij elkaar gesproken over de klacht inzake aanbesteding Siree. Ik had begrepen dat ik in augustus een afspraak zou hebben en ik de bewijsstukken kon overhandigen waarna het onderzoek zou starten. (...)'

1.24. Per e-mail van 30 augustus 2019 reageert aanbesteder op de e-mail van 15 augustus 2019:

'Ik was in de veronderstelling dat jij eerst de bewijsstukken (uitdraai sms) naar mij zou mailen, maar persoonlijk overhandigen mag natuurlijk ook. Is dat ook jouw bedoeling?

In de bijlage tref je het verslag aan van ons gesprek van 28 juni waarin de vervolgstappen zijn opgenomen. Het is geen woordelijke weergave van het gesprek maar ik heb getracht zo goed mogelijk de essentie weer te geven.'

1.25. In het verslag van het gesprek van 28 juni 2019 is het volgende opgenomen:

'(...)

[Ondernemer] licht [zijn] klacht toe:

[Ondernemer] was verrast door de uitslag van het inkooptraject (het afwijzen van [zijn] offerte. [Hij] was immers al langer betrokken bij het project SIREE en heeft [Aanbesteder] zelfs bij een bijeenkomst vertegenwoordigd. [Ondernemer] wil graag weten wat de redenen van de afwijzing zijn. [Aanbesteder] heeft [hem] laten weten dat [Ondernemer] was afgewezen maar daarna heeft het twee weken geduurd voordat [Ondernemer] de afwijzingsbrief heeft ontvangen. (...)

Uit onderzoek bleek dat [Aanbesteder] twee offertes door elkaar heeft gehaald (het project SIREE bestaat uit diverse deelprojecten die ieder een eigen offertetraject kennen.

(...)

De definitieve opdracht die aan [Ondernemer Y] is gegund betreft een heel andere uitvraag dan waar [Ondernemer] vanuit is gegaan. Er is aanvankelijk een compleet onderwijsprogramma uitgevraagd terwijl de opdracht die uiteindelijk aan [Ondernemer Y] is gegund slechts een deel van het onderwijsprogramma betreft. Omdat de opdracht voortdurend werd bijgesteld, heeft [Ondernemer] vier offertes moeten indienen.

(...)

Samengevat betreft de klacht:

1. Gebreken aan het inkoopproces zoals onduidelijke afbakening van de opdracht, tussentijds wijzigen van de opdracht, onduidelijkheid begroting.

(...)'

2. Beschrijving klacht

De Commissie onderscheidt de volgende klachtonderdelen.

2.1. Klachtonderdeel 1

Het was niet transparant dat er door aanbesteder een meervoudig onderhandse procedure werd gehouden.

2.2. Klachtonderdeel 2

Aanbesteder heeft ten onrechte geen gunningcriteria en geen beoordelingssystematiek bekend gemaakt en de gunningsbeslissing onvoldoende gemotiveerd.

2.3. Klachtonderdeel 3

Aanbesteder heeft de opdracht aan ondernemer Y gegund voordat hij de gunningsbeslissing aan ondernemer had bekendgemaakt en heeft ten onrechte geen rechtsbescherming geboden na de mededeling van de gunningsbeslissing.

2.4. Klachtonderdeel 4

De inschrijving van ondernemer is ten onrechte afgewezen voordat aanbesteder daarvan kennis heeft kunnen nemen.

2.5. Klachtonderdeel 5

Het financiële kader voor de opdracht is onvoldoende bekendgemaakt.

2.6. Klachtonderdeel 6

Aanbesteder heeft de klacht van ondernemer tegen de mededeling van de gunningsbeslissing niet goed afgehandeld.

3. Onderbouwing klacht

3.1. Ondernemer geeft aan dat de inhoudelijke weergave van het gesprek met aanbesteder op 28 juni 2019 hem verontrust (zie 1.22 hiervoor). Hij geeft aan daar bijna niets in te herkennen. Verder geeft ondernemer aan dat hij niet ongevraagd offertes bij aanbesteder heeft ingediend, maar dat dat gewenst dan wel gevraagd was.

3.2. Ondernemer heeft klachtonderdeel 6 niet onderbouwd. Ter onderbouwing van de klachtonderdelen 1 tot en met 5 heeft ondernemer verder het volgende aangevoerd.

3.3. Klachtenonderdeel 1

Aanbesteder heeft niet van te voren bekendgemaakt dat er sprake was van een aanbesteding. Het woord 'aanbesteding' is nergens terug te vinden in de offerte-aanvraag (zie 1.11 en 1.12 hiervoor) en in de gesprekken met ondernemer heeft aanbesteder hierover niet gesproken. Het was voor ondernemer dan ook niet duidelijk dat er sprake was van een aanbesteding.

3.4. Klachtonderdeel 2

De inschrijvingen dienen aan de hand van een gunningscriterium te worden beoordeeld. Het is voor ondernemer niet duidelijk hoe aanbesteder de inschrijvingen heeft beoordeeld en waarop het voor ondernemer 'stukloopt'.

3.5. Klachtonderdeel 3

De opdracht is gegund zonder dat er een standstill termijn in acht is genomen. Het fair play-beginsel en de pre-contractuele redelijkheid en billijkheid brengen met zich mee dat er voldoende mogelijkheden moeten bestaan om tegen de gunning op te komen. Deze mogelijkheden zijn hier niet geboden.

3.6. Klachtonderdeel 4

Ondernemer heeft op 23 april 2019 een afwijzing van aanbesteder ontvangen. Volgens de leesbevestiging van de e-mail is de inschrijving van ondernemer voor 'Werkplan 2' door aanbesteder pas gelezen op 24 april 2019. Ondernemer vraagt zich af hoe het mogelijk is dat de afwijzing eerder is gedateerd dan 24 april 2019.

3.7. Klachtonderdeel 5

In de offerteaanvraag (zie 1.12 hiervoor) is op vijf onderdelen begeleiding van de statushouders gevraagd. In de offerteaanvraag is het kader voor de prijsstelling niet omschreven. In de projectaanvraag van SIREE zijn de prijzen op het hoofddoel en subdoelen wel gespecificeerd. Ondernemer vraagt zich af of het financiële kader, waarbinnen een inschrijving moest worden uitgebracht, voldoende transparant was voor de andere inschrijvers.

4. Reactie aanbesteder

4.1. Allereerst geeft aanbesteder de volgende toelichting op de uitvraag in het kader van het project Social Integration of Refugees through Education and Self Employment (SIREE).

4.1.1. Met betrekking tot de opdracht stelt aanbesteder dat de offerteaanvraag (zie 1.9 hiervoor) zag op 'het geven van training en begeleiding zelfstandig ondernemerschap voor statushouders (...)'. De navolgende onderdelen maakten deel uit van de opdracht:

- Intake
- Oriëntatie ondernemerschap
- Maatwerk adviezen deelnemers
- Opstellen ondernemingsplan deelnemers
- Ondersteuning bij start bedrijf

4.1.2. De opdracht ziet op sociale en andere specifieke diensten als bedoeld in bijlage XIV van Richtlijn 2014/24/EU. De toepasselijke codes zijn:

8050000-9	Opleidingsdiensten
8057000-0	Opleidingsdiensten voor persoonlijke ontwikkeling
8530000-2	Maatschappelijke en verwante diensten.

4.1.3. De Europese aanbestedingsdrempel voor sociale en andere specifieke diensten bedraagt € 750.000. Aanbesteder stelt dat de opdracht de Europese aanbestedingsdrempel niet overschrijdt. Ondernemer heeft op zijn klachtenformulier opgenomen dat hij de opdrachtwaarde schat op € 590.000. Deze schatting is, aldus

aanbesteder, veel te hoog. Maar feit is dat ook ondernemer er vanuit gaat dat de opdracht onder de Europese aanbestedingsdrempel blijft.

- 4.1.4. Met de opdracht wordt invulling gegeven aan werkpakket 2 van het project Social Integration of Refugees through Education and Self Employment (SIREE), waarvoor aan aanbesteder een Europese subsidie is verleend. Meer in het bijzonder wordt met de opdracht invulling gegeven aan de activiteiten zoals beschreven in de projectaanvraag:

- 'D 2.4.1. Creation of a refugee Entrepreneur personal action learning by doing plan (EAP).
- D 2.5.1. Intensive personal support to implement the individual action plan.
- D 2.5.2 Workshops for refugees entrepreneurs.'

- 4.1.5. Met betrekking tot het SIREE project licht aanbesteder toe dat met dit project wordt beoogd de sociale en economische integratie van vluchtelingen te bevorderen. De diverse projectpartners voeren binnen het project meerdere deelprojecten uit. Het SIREE project is opgedeeld in meerdere werkpakketten. Werkpakket 2 (Self Employment) ziet in het bijzonder op het realiseren van economische onafhankelijkheid door eigen-ondernemerschap. Binnen dit werkpakket worden door middel van opleiding en training vaardigheden en kennis overgedragen, met als doel vluchtelingen te ondersteunen bij het opzetten van een eigen onderneming.

- 4.1.6. Aan de werkpakketten is steeds een maximaal budget gekoppeld. Het budget is onderverdeeld in 6 budgetlijnen, waaronder budgetlijn 4 'externe expertise'. Het maximale budget voor deze budgetlijn bedraagt € 205.000. Voor de periode juli-december 2019 is een bedrag van maximaal € 45.000 beschikbaar.

- 4.1.7. Voor de besteding van de middelen binnen het Interreg programma zijn de 'Richtlijnen Administratieve Organisatie' vastgesteld. Daarin is onder meer bepaald dat voor het project de volgende aanbestedingsregels in acht genomen moeten worden:

Drempelbedrag Diensten en leveringen	Te volgen procedure
Tot en met € 10.000	Enkelvoudige offerte
Van € 10.000 tot € 209.000	Meervoudig onderhands (minimaal 3 offertes)
Boven € 209.000	Europese aanbesteding

Uit de tabel blijkt dat aanbesteder reeds voor opdrachten vanaf € 10.000 een meervoudig onderhandse procedure moet doorlopen. Aanbesteder geeft daarbij aan dat de 'Richtlijnen Administratieve Organisatie' iets strenger zijn dan het eigen inkoopbeleid van aanbesteder. Op basis van dat inkoopbeleid is aanbesteder verplicht tot een meervoudig onderhandse procedure bij opdrachten vanaf € 50.000.

- 4.2. Vervolgens schetst aanbesteder de feiten en omstandigheden die aan de klacht zijn voorafgegaan.

- 4.2.1. Aanbesteder stelt dat er binnen de organisatie van aanbesteder een projectteam is geformeerd om de uitvoering van de diverse werkpakketten ter hand te nemen voor de realisatie van de activiteiten binnen werkpakket 2. Om deze activiteiten te kunnen opstarten, moest eerst een beeld worden verkregen van de doelgroep, die voor het SIREE programma in aanmerking zou kunnen komen. Met het oog daarop was het noodzakelijk contact te leggen met een gemeenschappelijke regeling van aanbesteder en twee andere organisaties. Deze gemeenschappelijke regeling is onder meer belast met alle taken en bevoegdheden die voortvloeien uit de

Participatiewet en de daarmee verband houdende wet- en regelgeving. Deze gemeenschappelijke regeling zou aanbesteder onder meer informatie kunnen verschaffen over de statushouders die voor de activiteiten van werkpakket 2 in aanmerking zouden kunnen komen.

- 4.2.2. Aanbesteder heeft in oktober 2018 via LinkedIn contact gezocht met de heer N in de veronderstelling dat de heer N (nog) werkzaam was bij de gemeenschappelijke regeling. Tijdens het contact bleek echter dat hij niet meer voor de gemeenschappelijke regeling werkzaam was maar bij ondernemer. De heer N was wel direct geïnteresseerd in het verhaal over het SIREE-project, omdat hij zich voor ondernemer eveneens bezighield met de doelgroep waarvoor het SIREE project was bedoeld. Er is vervolgens een afspraak gemaakt voor een overleg op 22 oktober 2018 bij aanbesteder. Aan dit gesprek namen vanuit ondernemer de heer N en de algemeen directeur deel.
- 4.2.3. Het gesprek droeg volgens aanbesteder het karakter van een kennismaking en was oriënterend van aard. Aanbesteder kende ondernemer namelijk nog helemaal niet. Aanbesteder was op dat moment ook nog niet concreet op zoek naar een (commerciële) partij die (een deel van) het SIREE-project zou kunnen uitvoeren. Aanbesteder was wel geïnteresseerd in de marktontwikkelingen die voor het SIREE project relevant zouden kunnen zijn. Aanbesteder stelt zich op het standpunt dat het overleggen met marktpartijen om kennis te vergaren over de markt – zo blijkt ook uit paragraaf 2.5 van de Gids Proportionaliteit – (uiteraard) is toegestaan.
- 4.2.4. Tijdens het gesprek op 22 oktober 2018 heeft ondernemer onder meer een toelichting gegeven op de werkzaamheden van ondernemer. Door aanbesteder is een algemene toelichting gegeven op het SIREE project. Daarbij heeft de behandelend ambtenaar aangegeven verantwoordelijk te zijn voor werkpakket 2.
- 4.2.5. Het SIREE project bevond zich op dat moment nog in de opstartfase. De invulling van werkpakket 2 was door aanbesteder nog niet inhoudelijk bepaald. Tijdens het gesprek heeft ondernemer aangegeven graag mee te willen denken over de invulling van het SIREE-project. Ondernemer heeft vervolgens, zonder dat aanbesteder hem daarvoor stukken (zoals de projectaanvraag) had verstrekt, op 6 december 2018 het initiatief genomen en een samenwerkingsvoorstel bij de receptie van aanbesteder afgegeven. De aard, omvang en randvoorwaarden van de aanpak heeft ondernemer volgens aanbesteder daarbij volledig zelf bepaald. Het voorstel zag op de volle breedte van het SIREE-project. Ondernemer ging, voor wat zijn rol daarin betreft, uit van een maximale invulling. Op 21 december 2018 ontving aanbesteder een (ongespecificeerde) offerte voor kosten die verband zouden houden met de werkzaamheden van ondernemer. De offerte bedroeg maar liefst € 665.000.
- 4.2.6. Aanbesteder heeft ondernemer op 17 januari 2019 kenbaar gemaakt dat deze kosten véél te hoog waren, in het licht van de binnen het SIREE-project beschikbare middelen.
- 4.2.7. In reactie op de mededeling dat de offerte veel te hoog was, heeft ondernemer direct aangegeven wel mogelijkheden te zien om kosten te besparen. Zo gaf hij onder meer aan dat bespaard kon worden op de kosten van huisvesting als aanbesteder voor huisvesting kon zorgen. Ondernemer vroeg of hij de SIREE-projectaanvraag, zoals deze ten grondslag ligt aan de subsidieverlening, mocht ontvangen. Dit document is op 5 februari 2019 op verzoek toegestuurd. Ondernemer heeft vervolgens het initiatief genomen om een nieuw voorstel voor te leggen. Dit voorstel is door ondernemer op 7 maart 2019 toegezonden. De daaraan verbonden kosten bedroegen € 498.000. Aanbesteder was van mening dat dit bedrag het beschikbare budget nog steeds ver te boven ging.

- 4.2.8. Aanbesteder stelt dat het voor hem na ontvangst van deze tweede offerte duidelijk was dat ondernemer veel te hard van stapel liep. Er was sprake van een verschil in perceptie tussen partijen ten aanzien van de vraag in welk stadium het offertetraject zich bevond. Aanbesteder heeft dit in een mail van 8 maart 2019 (18:46) (zie 1.9 hiervoor) ook met zoveel woorden benoemd. Aanbesteder heeft, om de verwachtingen te temperen, voorgesteld om een afspraak in te plannen op 12 maart 2019 (zie 1.10 hiervoor). Dit gesprek was bedoeld om duidelijk te maken welke aanpak aanbesteder voor ogen stond. Deze aanpak was anders dan ondernemer eerder had voorgesteld.
- 4.2.9. Het werd aanbesteder duidelijk dat het contact met ondernemer dat – op zichzelf gezien positief en constructief was begonnen – door ondernemer werd aangegrepen om het project volledig naar zich toe te trekken. Aanbesteder stelt dat dit resulteerde in voorstellen die veel verder gingen dan aanbesteder voor ogen stond en die het SIREE- budget bovendien ver overstegen.
- 4.2.10. Aanbesteder acht de reden dat ondernemer zich zo proactief opstelde vanuit commercieel oogpunt wel begrijpelijk. Ondernemer hoopte als partij in beeld te komen om het hele project uit te voeren. In dat verband stelt aanbesteder dat ondernemer een onderneming is, die zich met name richt op pay-rolling en bemiddeling van onder meer bijstandsgerechtigden. In zijn e-mail van 7 maart 2019 (de mail waarbij de offerte van 1 maart was gevoegd) (zie 1.8 hiervoor) schrijft hij: 'Inmiddels staan we voor het dilemma dat er heel veel vraag naar personeel bij ons terecht komt, maar wij geen pool met statushouders hebben die we kunnen bemiddelen.'
- 4.2.11. Om duidelijk te maken dat de invulling die ondernemer voor ogen stond niet aansloot op de behoefte en middelen van aanbesteder heeft op 12 maart 2019 een overleg plaats gevonden. De behandelend ambtenaar van aanbesteder heeft daarin (nogmaals) duidelijk kenbaar gemaakt dat hij alléén verantwoordelijk was voor werkpakket 2. Hij heeft aangegeven dat ondernemer zou worden gevraagd om in het kader van werkpakket 2 een offerte uit te brengen voor bepaalde werkzaamheden en dat ook andere ondernemers hiervoor zouden worden benaderd. De mail van 9 mei 2019 (zie 1.16 hiervoor) bevestigt deze gang van zaken.
- 4.2.12. Aanbesteder stelt dat hij in de offerteaanvraag van 1 april 2019 (zie 1.12 hiervoor) kenbaar heeft gemaakt voor welke onderdelen van werkpakket 2 van het SIREE-project hij een offerte wilde ontvangen. De in de offerte-aanvraag beschreven onderdelen zijn te scharen onder D.2.4.1, D 2.5.1 en D.2.5.2 van de projectaanvraag SIREE (zie 4.1.4 hiervoor).
- 4.2.13. Aanbesteder heeft overeenkomstig de voor het SIREE-project geldende aanbestedingsregels 3 offertes opgevraagd. Alle partijen die uitgenodigd zijn voor het uitbrengen van een offerte hebben ook de projectaanvraag voor het SIREE-project ontvangen, zodat de randvoorwaarden waarbinnen het project – en daarmee de offerte – moest passen, voor alle partijen kenbaar waren.
- 4.2.14. Aanbesteder heeft uiteindelijk twee inschrijvingen ontvangen: een offerte van ondernemer en een offerte van ondernemer Y. Aanbesteder heeft vervolgens de economisch meest voordelige inschrijving bepaald. Voor de beoordeling is de prijs doorslaggevend geweest. De prijs in de inschrijving van ondernemer van 19 april 2019 (welke op 25 april aan aanbesteder werd toegezonden), bedroeg € 295.000. Daarmee ging de inschrijving van ondernemer (wederom) het beschikbare budget ver te boven. Aanbesteder had immers niet meer dan € 205.000 voor de gehele projectperiode beschikbaar voor inhuur van externen (zie 4.1.6 hiervoor) en bovendien waren deze middelen bestemd voor alle activiteiten vallend onder budgetlijn 4 van Werkpakket 2, terwijl de offerteaanvraag slechts zag op een deel van de

activiteiten. Voor aanbesteder stond derhalve aanstonds vast dat de opdracht niet aan ondernemer gegund kón worden. De inschrijving van ondernemer Y voldeed wel aan de eisen en bleef binnen het beschikbare budget.

- 4.2.15. Aanbesteder heeft ondernemer op 6 mei 2019 (zie 1.15 hiervoor) de brief gezonden met het bericht dat hij geen gebruik zou maken van de inschrijving van ondernemer. Aanbesteder voert aan dat bij het maken van de afwijzingsbrief abusievelijk een oude datum (23 april 2019) in de aanhef is blijven staan. In de afwijzingsbrief heeft aanbesteder aangegeven dat de offerte van ondernemer substantieel hoger was. Aanbesteder stelt zich op het standpunt daarmee de mededeling van de gunningsbeslissing overeenkomstig artikel 1.15 Aw 2012 met de relevante reden (de offerte is te duur) te hebben gemotiveerd.
- 4.3. Met betrekking tot de klacht van ondernemer stelt aanbesteder het volgende.
 - 4.3.1. Aanbesteder begrijpt klachtonderdeel 1 van ondernemer aldus dat hij graag zou hebben gezien dat aanbesteder hem de opdracht één op één zou hebben gegund. Aanbesteder is echter bij opdrachten vanaf € 10.000 op grond van de Richtlijnen Administratieve Organisatie voor het SIREE-project (en op grond van het eigen inkoopbeleid voor opdrachten vanaf € 50.000) gehouden om aan tenminste drie (en ten hoogste vijf) ondernemers een offerte te vragen. Aanbesteder heeft door het opvragen van drie offertes derhalve juist proportioneel gehandeld. Aanbesteder heeft overigens nimmer aan ondernemer toegezegd dat hij geen andere partijen in de gelegenheid zou stellen om een aanbieding te doen. Dat aanbesteder meerdere offertes zou opvragen is in het gesprek van 12 maart 2019 aan de orde geweest.
 - 4.3.2. Bovendien geldt dat als aanbesteder op grond van de aanbestedingsregels en het inkoopbeleid gehouden is om een bepaalde aanbestedingsprocedure te doorlopen, ondernemer niet kan afdwingen dat aanbesteder de opdracht enkelvoudig onderhands gunt (zie in dit verband Rechtbank Gelderland 21 november 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:5736). Dat aanbesteder meerdere offertes zou opvragen is ondernemer duidelijk geworden in het gesprek tussen aanbesteder en ondernemer op 12 maart 2019. Maar zelfs indien het voor ondernemer niet kenbaar was – hetgeen aanbesteder betwist – dat niet alleen aan ondernemer maar ook aan andere ondernemers een offerte zou worden gevraagd, geldt er volgens aanbesteder geen verplichting om dit expliciet vooraf kenbaar te maken. De keuze van de procedure dient op grond van artikel 1.4 Aw 2012 op schriftelijk verzoek van een ondernemer gemotiveerd te worden. In dat kader geeft aanbesteder aan dat de keuze voor de procedure verband hield met het inkoopbeleid voor het SIREE project en het gemeentelijk inkoopbeleid.
 - 4.3.3. Voorts geldt dat, ongeacht de vraag of ondernemer alleen dan wel tezamen met anderen is gevraagd om een offerte uit te brengen, het op zijn weg ligt om een voor aanbesteder economisch voordelige offerte uit te brengen, waarbij ondernemer rekening diende te houden met de offerteaanvraag (zie 1.12 hiervoor) en de randvoorwaarden zoals die voortvloeiden uit de projectaanvraag SIREE. Dit project is met ondernemer besproken en de projectaanvraag is aan hem verstrekt. Ondernemer wist voorts (dat was immers na de 2 eerdere offertes al kenbaar gemaakt) dat een offerte, die niet zou passen binnen de projectvoorwaarden en de daarvoor beschikbare middelen, door aanbesteder niet zou (kunnen) worden aanvaard.
 - 4.3.4. Ten slotte merkt aanbesteder in dit kader op dat uit het feit dat een offerte wordt opgevraagd geen recht op gunning van de opdracht kan worden ontleend, nu voor aanbesteder geen gunningsplicht bestaat.

- 4.3.5. Als voor ondernemer de offerteaanvraag, of de voorwaarden die daaruit vanuit het SIREE-project voortvloeiden, onduidelijk waren, had het naar het oordeel van aanbesteder op zijn weg gelegen om daarover vragen te stellen. Dit heeft ondernemer niet gedaan. Pas nadat hij is afgewezen, heeft ondernemer zich beklaagd over de procedure. Daarmee is hij naar het oordeel van aanbesteder nu te laat. In het licht van het vorenstaande stelt aanbesteder zich op het standpunt dat de klacht ongegrond is.
- 4.3.6. Aanbesteder betwist voorts dat hij zich niet heeft gehouden aan de aanbestedingsprocedure: hij heeft conform de eisen die voor meervoudig onderhandse procedures gelden, drie offertes opgevraagd en heeft deze getoetst aan de offerteaanvraag (zie 1.12 hiervoor) en aan de projectaanvraag SIREE die aan alle – voor de meervoudig onderhandse procedure uitgenodigde – partijen was toegezonden. Na beoordeling van de ontvangen inschrijvingen heeft aanbesteder vastgesteld dat de inschrijving van ondernemer substantieel hoger was en niet binnen het beschikbare budget paste. Aanbesteder heeft de inschrijving van ondernemer gemotiveerd afgewezen (zie 1.15 hiervoor).
- 4.3.7. Voor zover ondernemer meent dat aanbesteder – gelet op de tijd en energie die ondernemer in het voortraject heeft gestopt – gehouden was om alleen ondernemer uit te nodigen, merkt aanbesteder op dat de inspanningen vanaf 22 oktober 2018 en 1 april 2019 vooral hebben plaatsgevonden op initiatief van ondernemer, die daarbij een commercieel belang had. Door zich proactief op te stellen hoopte ondernemer aanbesteder aan zich te binden. Deze inspanningen zijn overigens voor ondernemer als zodanig ook niet zonder resultaat gebleven. Aanbesteder heeft immers, naar aanleiding van de contacten in het voortraject, besloten om ondernemer uit te nodigen voor het uitbrengen van een offerte. Hieruit kan echter geen recht worden ontleend om enkelvoudig onderhands een offerte uit te mogen brengen. Te meer niet, nu aanbesteder daarmee in strijd met het aanbestedingsbeleid zou handelen.
- 4.3.8. Aanbesteder betwist ook dat er aan de winnende inschrijver is gegund buiten de procedure om. De opdracht is door aanbesteder meervoudig onderhands gegund aan één van de partijen die in het kader van die meervoudig onderhandse procedure was uitgenodigd om een offerte in dienen.
- 4.3.9. Met betrekking tot klachtonderdeel 3 waarin ondernemer stelt dat aanbesteder geen opschortende termijn in acht heeft genomen, voert aanbesteder aan dat bij meervoudig onderhandse procedures niet – zoals bij Europese aanbestedingsprocedures – een wettelijke plicht geldt om een opschortende termijn in acht te nemen. Het was voor aanbesteder van groot belang om de opdracht zo snel mogelijk te gunnen omdat de besteding van de Europese subsidiegelden aan tijdvakken was gebonden. Aanbesteder was gehouden op grond van de projectaanvraag SIREE, het beschikbare budget te besteden in de periode juli tot en met december 2019. Het was van belang dat de opdracht direct kon worden gegund, zodat de activiteiten direct konden worden voorbereid en deze ook in de genoemde periode konden plaatsvinden. Aanbesteder heeft dan ook niet in strijd gehandeld met de aanbestedingsbeginselen of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Aanbesteder stelt daarbij dat het in acht nemen van een opschortende termijn in dit geval ook geen meerwaarde zou hebben gehad, omdat aanbesteder de opdracht niet aan ondernemer had kunnen gunnen omdat zijn offerte het maximaal beschikbare budget overschreed. Als een opschortende termijn zou hebben geleid tot een procedure waarin tot heraanbesteding zou zijn geconcludeerd, dan zou dit hebben geleid tot vertraging waardoor de subsidie voor het bedoelde tijdvak niet meer beschikbaar was en dan had aanbesteder ook geen opdracht kunnen gunnen.

- 4.3.10. Voor zover ondernemer in klachtonderdeel 6 aangeeft dat de klacht niet op de juiste wijze in behandeling is genomen, merkt aanbesteder op dat hij meent dat er sprake is geweest van een miscommunicatie tussen hem en ondernemer.
- 4.3.11. Na afwijzing van de inschrijving van ondernemer heeft op 21 mei 2019 een overleg plaats gevonden tussen de behandelend ambtenaar van aanbesteder en ondernemer. Aanbesteder stelt dat de e-mail die ondernemer op 9 mei 2019 aan aanbesteder heeft verzonden de aanleiding daarvoor was (zie 1.16 hiervoor). Anders dan aanbesteder verwachtte, is in dit gesprek echter niet of nauwelijks gesproken over de afwijzing van de inschrijving van ondernemer en/of de e-mail van ondernemer van 9 mei 2019. In het gesprek lag de focus van ondernemer met name op de verslechterde relatie die hij had met de gemeenschappelijke regeling als bedoeld in 4.2.1 hiervoor. Ondernemer heeft bij aanbesteder vervolgens geïnformeerd naar mogelijke kansen. Na het gesprek verkeerde aanbesteder in de veronderstelling dat het offertetraject en de eventuele onvrede daarover bij ondernemer voldoende was besproken. In juni 2019 blijkt echter dat ondernemer een klacht wenst in te dienen (zie 1.18 hiervoor). Aanvankelijk was niet duidelijk of ondernemer een klacht wilde indienen op grond van de Verordening Behandeling Klachten van aanbesteder of (ook) op grond van de Klachtenregeling Aanbesteden. De klachtcoördinator van aanbesteder als bedoeld in de Verordening Behandeling Klachten heeft naar aanleiding van de ontvangen klacht op 20 juni 2019 een ontvangstbevestiging verzonden. Op 24 juni 2019 is ondernemer vervolgens uitgenodigd voor een gesprek over de klacht, bij wijze van informele afhandeling in de zin van artikel 5 van de Verordening Behandeling Klachten. Dit gesprek heeft op 28 juni 2019 plaatsgevonden. Van het gesprek is een verslag gemaakt (zie 1.25 hiervoor). Tijdens het gesprek werd afgesproken dat ondernemer zijn klacht nog met bewijsstukken zou onderbouwen, waarna aanbesteder de klacht formeel in behandeling zou nemen. Zover is het echter niet gekomen, want in september 2019 bleek dat ondernemer een klacht had ingediend bij de Commissie van Aanbestedingsexperts. Nu de Commissie de klacht inmiddels in behandeling heeft genomen heeft aanbesteder bij brief van 3 oktober 2019 voorgesteld de klacht aan te merken als een aanbestedingsklacht en het oordeel van de Commissie af te wachten. Aanbesteder gaat er daarom vanuit dat hiermee voldoende tegemoet wordt gekomen aan de wens van ondernemer, zoals ook opgenomen in het klachtformulier, dat een onafhankelijke derde (de Commissie) onderzoek doet naar de procedure.
- 4.3.12. Voorts merkt aanbesteder nog het volgende op over zaken die tijdens het overleg van 28 juni 2019 door ondernemer aan de orde zijn gesteld.
- 4.3.13. Ondernemer stelt dat hij aanbesteder zou hebben vertegenwoordigd op een EU bijeenkomst. Dit wordt door aanbesteder betwist. Aanbesteder heeft ondernemer nooit verzocht namens hem een bijeenkomst bij te wonen. Wel heeft ondernemer zélf gevraagd of hij bij een bepaalde bijeenkomst aanwezig mocht zijn. Aanbesteder heeft daarop aangegeven dat hij daartegen geen bezwaar had. Deze bijeenkomst had overigens betrekking op werkpakket 1, het werkpakket waarop de onderhavige opdracht niet ziet.
- 4.3.14. Aanbesteder betwist ook dat hij offertes door elkaar heeft gehaald. Aanbesteder heeft in totaal drie offertes van ondernemer ontvangen. De eerste twee dateren van respectievelijk 21 december 2018 (ter hoogte van € 665.000) en 1 maart 2019, ontvangen 7 maart 2019 (ter hoogte van € 495.000, zie 1.5 hiervoor) en kunnen worden aangemerkt als 'unsolicited proposals' van ondernemer. De derde offerte dateert van 19 april 2019 (toegezonden op 25 april 2019, zie 1.10 hiervoor) en betreft de inschrijving die aanbesteder heeft ontvangen naar aanleiding van de offerteaanvraag. Een vierde offerte heeft aanbesteder nooit ontvangen. Anders dan ondernemer stelt, is door aanbesteder geen compleet onderwijsprogramma

uitgevraagd. Ondernemer heeft met de eerste en tweede offerte wel een breed programma aangeboden.

- 4.3.15. Aanbesteder betwist ten slotte dat geprobeerd is ondernemer na afwijzing "te paaien". Aanbesteder heeft zich na de afwijzing bereid getoond tot overleg en tot het in behandeling nemen van de klacht. Nu deze inmiddels bij de Commissie in behandeling is, gaat aanbesteder ervan uit dat daarmee wordt voldaan aan de wens van ondernemer tot een onafhankelijke onderzoek naar de procedure.
- 4.4. Tot slot hecht aanbesteder eraan om aan te geven dat hij altijd heeft beoogd ondernemer een serieuze kans te geven. De inzet en betrokkenheid van ondernemer in het voortraject is gewaardeerd. Aanbesteder betreurt het dat na afwijzing van de offerte van ondernemer bij hem het gevoel is ontstaan dat hij geen eerlijke kans heeft gehad. Verder wil aanbesteder nog benadrukken dat hij ondernemer geenszins heeft willen afhouden van de mogelijkheid c.q. rechten die hij heeft om te klagen. Aanbesteder hoopt dat door middel van onderhavige procedure bij de Commissie en de reactie van aanbesteder op de klacht een eventueel onjuist beeld hierover bij ondernemer kan worden weggenomen.
- 4.5. Ondernemer heeft op 9 januari 2020 nadere stukken ingediend. Aanbesteder heeft hier als volgt op gereageerd.
 - 4.5.1. Met betrekking tot de door ondernemer per e-mail van 9 januari 2020 ingediende nadere stukken stelt aanbesteder zich primair op het standpunt dat de Commissie geen acht mag slaan op deze nadere stukken omdat zij niet zijn ingediend door ondernemer maar door ondernemer K. Ondernemer K kan naar het oordeel van aanbesteder niet worden aangemerkt als de klagende partij en is bovendien geen partij bij het geschil en kan niet worden aangemerkt als een ondernemer die valt onder artikel 7 lid 1 onder a het Reglement van de Commissie van Aanbestedings-experts.
 - 4.5.2. Aanbesteder stelt dat een tweede reden om geen acht te mogen slaan op 9 januari 2020 ingediende nadere stukken verband houdt met het bepaalde in artikel 10 lid 6 van het Reglement van de Commissie, waarin is bepaald: 'Bij de behandeling van de klacht zal in beginsel hoor en wederhoor worden toegepast. In beginsel hebben klager en beklagde eenmaal de mogelijkheid om haar gemotiveerde standpunt(-en) uiteen te zetten.' Ondernemer heeft naar het oordeel van aanbesteder reeds gelegenheid gehad om zijn standpunt gemotiveerd uiteen te zetten. De op 9 januari 2020 ingediende stukken hadden door ondernemer reeds aanstonds kunnen worden overgelegd. En voor zover het stukken betreft welke ondernemer niet eerder kon overleggen, zijn de stukken niet ter zake doende en/of houden zij naar het oordeel van aanbesteder onvoldoende verband met de klacht.
 - 4.5.3. Aanbesteder reageert inhoudelijk nog als volgt op de op 9 januari 2020 ingediende nadere stukken.
 - 4.5.4. Allereerst heeft ondernemer een mailwisseling van 14 februari 2019 overgelegd (zie 1.6 en 1.7 hiervoor). Ondernemer stelt zich in dat kader op het standpunt dat hij geen ongevraagde offertes heeft ingediend. De offerte zou door aanbesteder gevraagd zijn.
 - 4.5.5. Aanbesteder meent voldoende duidelijk te hebben toegelicht dat ondernemer in een vroeg stadium zelf het initiatief heeft genomen voor het indienen van allerlei offertes en dat ondernemer daarbij veel te hard van stapel liep. Ondernemer trok het initiatief naar zich toe op een moment dat aanbesteder zijn aanpak nog moest bepalen. Voorstellen die ondernemer deed om offertes uit te brengen, presenteerde hij daarbij ten onrechte als 'afspraken', terwijl daarvan geen sprake was.

- 4.5.6. De e-mail van ondernemer van 14 februari 2019 (8:20 uur, zie 1.6 hiervoor) bevestigt overigens de stellingen van aanbestedder dat ondernemer ongevraagd voorstellen deed. In deze mail schrijft ondernemer immers: 'Mogelijk lopen we nu ongevraagd op de zaken vooruit, maar zoals we hebben besproken hebben wij op korte termijn veel plaatsingsmogelijkheden voor statushouders en zouden we graag zo snel mogelijk willen starten'.
- 4.5.7. Aanbestedder stelt zich op het standpunt dat uit de e-mail van 14 februari 2019 bovendien blijkt dat ondernemer zijn voorstel voor een overeenkomst al per post had verzonden. In de e-mail wordt aangegeven dat de stukken – die dus reeds onderweg waren – ook digitaal konden worden toegezonden. Het feit dat van de zijde van aanbestedder in reactie op deze e-mail kenbaar is gemaakt dat aanbestedder de stukken digitaal wil ontvangen, zegt alleen iets over de vorm/de wijze van toezending. Dat brengt geen verandering in het feit dat ondernemer het initiatief heeft genomen voor het uitbrengen van een voorstel. Zoals aanbestedder heeft toegelicht, sloot de invulling, die ondernemer bij dit project voor ogen stond, niet aan op de behoefte en middelen van aanbestedder. Aanbestedder heeft dit ondernemer ook bij herhaling duidelijk gemaakt.
- 4.5.8. Aanbestedder bestrijdt voorts het beeld dat ondernemer wenst te schetsen, onder verwijzing naar een e-mail van 25 maart 2019 (zie 1.10 hiervoor), dat de gesprekken voortvarend verliepen en dat partijen van plan waren een overeenkomst te sluiten. Aanbestedder stelt dat ondernemer hiermee een verkeerde voorstelling van zaken geeft. De e-mail van 25 maart 2019 moet worden bezien in de context van de eerdere mailwisseling, waarin namens aanbestedder reeds kenbaar was gemaakt dat hetgeen ondernemer voorstelde veel te duur was (zie 1.9 hiervoor). Daaruit blijkt duidelijk dat de gesprekken niet voortvarend verliepen. In het gesprek dat vervolgens op 12 maart 2019 plaatsvond, heeft aanbestedder duidelijk aangegeven dat aanbestedder alleen voor werkpakket 2 een offerte wilde ontvangen en dat aanbestedder hiertoe meerdere partijen zou benaderen. Het feit dat aanbestedder niet meeging in de door ondernemer beoogde veel ruimere aanpak van het project maakte dat de gesprekken, anders dan ondernemer stelt, niet voortvarend maar juist stroef verliepen.
- 4.5.9. Dat ondernemer de boodschap in het gesprek van 12 maart 2019, waarin aanbestedder kenbaar heeft gemaakt dat hem een andere aanpak voor ogen stond, duidelijk heeft begrepen, blijkt duidelijk uit de reactie van ondernemer in de e-mail van 9 mei 2019 (zie 1.16 hiervoor):
- 'Op 12 maart hebben wij op het gemeentehuis de eerste twee offertes besproken. Pas op dat moment begrepen wij dat het niet de bedoeling was dat wij een hele brede opdracht zouden uitvoeren, maar een offerte uitbrengen voor de uitvoering van onderdeel Werkplan2 uit de projectaanvraag.'
- 4.5.10. In de e-mail van 25 maart 2019 spreekt ondernemer overigens expliciet over het uitbrengen van een offerte (en niet (meer) over de door ondernemer ongevraagd opgestelde overeenkomst, waaraan hij in de e-mail van 14 februari 2019 refereerde).
- 4.5.11. Aanbestedder concludeert dat de e-mail van 25 maart 2019 gaat over het uitbrengen van een offerte voor werkpakket 2. Ondernemer mocht er niet vanuit gaan dat de overeenkomst "bijna rond" was en het is ook niet geloofwaardig dat hij daar ook vanuit ging. Het offertetraject voor werkpakket 2 was immers net gestart. Aanbestedder heeft overigens de in de e-mail van 25 maart 2019 aangekondigde offerte niet ontvangen.

- 4.5.12. Het uitblijven van de offerte voor werkpakket 2 leidde er toe dat aanbesteder zich realiseerde dat hij ondernemer, na het gesprek van 12 maart 2019, geen officiële uitvraag had verzonden voor werkpakket 2. In de mail van 2 april 2019 geeft aanbesteder daarom aan dat hij alsnog een officiële offerteaanvraag zal sturen. Aanbesteder heeft ook aangegeven dat gewacht kon worden met het indienen van de offerte, totdat de uitvraag is ontvangen:
- ‘Overigens heb ik de laatste offerte nog niet ontvangen. Is niet erg. Wacht daar maar s.v.p. mee tot jullie de officiële uitvraag hebben gekregen.’
- 4.5.13. Aanbesteder heeft de officiële uitvraag voor werkpakket 2 vervolgens op 2 april 2019 verzonden. Het feit dat ondernemer belangstelling had en bleef houden voor een grotere opdracht dan alleen Werkpakket 2, en ook het initiatief bleef nemen om daar aanbiedingen voor te doen, maakt dat volgens aanbesteder niet anders.
- 4.5.14. Aanbesteder hecht eraan te benadrukken dat hij maar één uitvraag heeft gedaan. Alle andere offertes/aanbiedingen zijn op eigen initiatief van ondernemer ingediend. Met de door ondernemer overgelegde stukken wordt niet aangetoond dat aanbesteder om andere offertes heeft gevraagd; de e-mail van 11 april 2019 is slechts een ontvangstbevestiging.
- 4.5.15. De inschrijving voor Werkpakket 2 moest binnen 3 weken zijn ontvangen; derhalve op 23 april 2019. Ondernemer heeft zijn aanbieding voor Werkpakket 2 echter op 25 april 2019 – derhalve te laat – ingediend. Direct na ontvangst van deze inschrijving was duidelijk dat aanbesteder de opdracht sowieso niet aan ondernemer kon gunnen, aangezien die niet aan de eisen voldeed: de aanbieding was niet alleen te laat, maar overschreed bovendien het beschikbare budget. Nu aanbesteder slechts één andere aanbieding had ontvangen, heeft aanbesteder besloten de opdracht te gunnen aan de indiener daarvan – ondernemer Y – die de uitvoering van de opdracht vervolgens ter hand heeft genomen.

5. Beoordeling

- 5.1. Aanbesteder stelt op 2 april 2019 een meervoudig onderhandse procedure te zijn gestart voor een overheidsopdracht voor diensten voor het geven van een training en begeleiding zelfstandig ondernemerschap voor statushouders (zie onder meer 4.3.6 hiervoor). Op deze procedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Afdeling 1.2.1 en 1.2.4. van de Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit.
- 5.2. Aanbesteder voert aan dat ondernemer te laat klaagt over de offerteaanvraag en de voorwaarden die daaruit voortvloeiden (zie 4.3.5 hiervoor). De Commissie zal daarom allereerst onderzoeken of ondernemer de klacht tijdig bij aanbesteder onder de aandacht heeft gebracht.
- 5.2.1. 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.
- 5.2.2. Door per e-mail van 9 mei 2019 zijn bezwaren naar voren te brengen (zie 1.16 hiervoor), heeft ondernemer naar het oordeel van de Commissie voldoende proactief gehandeld. Ondernemer kon klachtonderdeel 1 naar zijn aard niet eerder naar

voren brengen, aangezien ondernemer stelt dat voor hem onduidelijk was dat er een meervoudig onderhandse procedure werd gestart. Datzelfde geldt voor klacht-onderdeel 2. Indien het voor ondernemer niet duidelijk behoefde te zijn dat er een meervoudig onderhandse procedure werd gestart, behoefde hij ook niet te klagen dat er geen gunningcriteria en geen beoordelingssystematiek bekend was gemaakt.

- 5.3. Verder stelt aanbesteder zich op het standpunt dat de Commissie geen acht mag slaan op de nadere informatie die ondernemer op 9 januari 2020 bij de Commissie heeft ingediend (zie 4.5.1 en 4.5.2 hiervoor).
- 5.3.1. Aanbesteder stelt zich primair op het standpunt dat deze nadere stukken buiten behandeling moeten worden gelaten omdat zij niet zijn ingediend door ondernemer maar door ondernemer K. Nu de nadere stukken zijn ingediend door de contactpersoon van ondernemer bij de Commissie, ondernemer K bestuurder is van ondernemer en de nadere stukken duidelijk zien op de onderhavige klachtprocedure, gaat de Commissie ervan uit dat het de bedoeling van de contactpersoon van ondernemer is geweest de stukken namens ondernemer in te dienen. De Commissie zal dan ook acht slaan op deze stukken.
- 5.3.2. Verder stelt aanbesteder dat de Commissie geen acht mag slaan op de nadere stukken op basis van artikel 10 lid 6 van het Reglement van de Commissie, waarin is bepaald: 'Bij de behandeling van de klacht zal in beginsel hoor en wederhoor worden toegepast. In beginsel hebben klager en beklaagde eenmaal de mogelijkheid om haar gemotiveerde standpunt(-en) uiteen te zetten.' Dit artikel sluit het indienen van nadere stukken echter niet uit. Het is aan de Commissie om te bepalen of zij nog acht zal slaan op stukken die na het indienen van de klacht of na de reactie op de klacht worden ingediend. Aangezien ondernemer bij indiening van de klacht had aangegeven wegens computerproblemen niet alle stukken te kunnen indienen, heeft de Commissie besloten ondernemer toe te staan om later nog stukken in te dienen. Aanbesteder is vervolgens de gelegenheid geboden om op deze nadere stukken te reageren. De Commissie zal dus ook acht slaan op de nadere informatie die ondernemer op 9 januari 2020 heeft ingediend.
- 5.4. Daarmee komt de Commissie toe aan de inhoudelijke behandeling van de klacht-onderdelen. Alvorens daartoe over te gaan, overweegt de Commissie het volgende met betrekking tot het toe te passen beoordelingskader.
- 5.4.1. De Commissie stelt voorop dat, hoewel de Aanbestedingswet voor de meervoudig onderhandse procedure weinig regels stelt, de vrijheid die aanbestedende diensten hebben bij de voorbereiding, inrichting en afwikkeling van een meervoudig onderhandse procedure slechts betrekkelijk is. Zij dienen op grond van de artikelen 1.15 en 1.16 Aw 2012 immers de beginselen van gelijke behandeling, transparantie (zie 5.4.2 hierna) 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 civiele 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 (zie, onder meer, Advies 564, overweging 5.2.1 en de aanbeveling onderaan Advies 417).
- 5.4.2. Een aanbestedende dienst is op grond van artikel 1.15, lid 1, Aw 2012 gehouden om de inschrijvers op gelijke wijze te behandelen. In de rechtspraak is daarnaast algemeen aanvaard dat wanneer een aanbestedende dienst een opdracht aanbesteedt met gebruikmaking van een meervoudig onderhandse procedure, hij ook transparantie in zijn handelen moet betrachten (zie HR 25 maart 2016,

ECLI:NL:HR:2016:503, NJ 2017/383 m.nt. C.E.C. Jansen, JAAN 2016/69, m.nt. G. 't Hart, TBR 2016/159, m.nt. J.H.J. Bax, r.o. 4.2.2 en ook onder meer Advies 564, overweging 5.2.2).

- 5.4.3. De motiveringsplicht van artikel 1.15, lid 2, Aw 2012 heeft dezelfde strekking als de motiveringsplicht van artikel 2.130 Aw 2012 (zie Advies 564, overweging 5.2.5 en Advies 389, overwegingen 5.4.5 en 5.4.6 en de aldaar aangehaalde jurisprudentie en adviezen) en ligt in het verlengde van de in 5.4.2 hiervoor bedoelde transparantieverplichting.
- 5.4.4. Verder is de Commissie 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 play-beginsel 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 (precontractuele) maatstaven van redelijkheid en billijkheid (zie ook Advies 564, overweging 5.2.7; Advies 417 overweging 5.2.8 en Advies 389, overweging 5.9.2).
- 5.5. De Commissie zal nu overgaan tot de beoordeling van de klachtonderdelen aan de hand van het hiervoor genoemde toetsingskader.

5.6. Klachtonderdeel 1

- 5.6.1. De Commissie constateert dat aanbesteder op 2 april 2019 een offerteaanvraag naar ondernemer heeft gestuurd en dat aanbesteder daarin niet heeft aangegeven dat ook andere ondernemingen in de gelegenheid werden gesteld om een inschrijving in te dienen (zie 1.11 en 1.12 hiervoor).
- 5.6.2. Aanbesteder stelt drie ondernemingen te hebben uitgenodigd om een inschrijving in te dienen. Ook stelt aanbesteder dat hij in het gesprek met ondernemer op 12 maart 2019 mondeling heeft aangegeven dat bij meerdere ondernemingen offertes zouden worden opgevraagd (zie 4.3.2 hiervoor).
- 5.6.3. Indien een aanbestedende dienst een aanbestedingsprocedure organiseert, dient dat naar het oordeel van de Commissie duidelijk uit de aanbestedingsstukken te blijken. Naar het oordeel van de Commissie had aanbesteder in de schriftelijke uitnodiging tot het doen van een inschrijving dus duidelijk moeten maken dat ook andere ondernemingen in de gelegenheid werden gesteld een inschrijving in te dienen. Nu aanbesteder dat heeft nagelaten, heeft hij naar het oordeel van de Commissie in strijd gehandeld met het transparantiebeginsel.
- 5.6.4. Daarmee acht de Commissie klachtonderdeel 1 gegrond.

5.7. Klachtonderdeel 2

- 5.7.1. Het is de Commissie niet gebleken dat aanbesteder in het kader van de offerteaanvraag van 2 april 2019 een objectief beoordelings- en gunningssysteem – hoe basaal ook – aan ondernemer kenbaar heeft gemaakt. Naar het oordeel van de Commissie heeft aanbesteder ook daarmee in strijd gehandeld met zijn verplichting om transparant te handelen (zie 5.4.2 hiervoor en vgl. Advies 417, overweging 5.4.4).

5.7.2. Daarmee acht de Commissie ook klachtonderdeel 2 gegrond.

5.8. Klachtonderdeel 3

5.8.1. Anders dan aanbesteder stelt (zie 4.3.9 hiervoor) is hij ook bij een meervoudig onderhandse procedure gehouden om een opschortende termijn in acht te nemen (zie 5.4.1 en 5.4.4 hiervoor en Advies 292, overweging 5.6.1; Advies 288, overweging 5.2.2; Advies 147, overwegingen 7.5.2-7.5.6). Nu aanbesteder geen opschortende termijn in de mededeling van de gunningsbeslissing van 23 april 2019 (toegezonden op 6 mei 2019) heeft opgenomen, heeft aanbesteder naar het oordeel van de Commissie aan ondernemer een effectieve rechtsbeschermingsmogelijkheid onthouden.

5.8.2. Ook klachtonderdeel 3 acht de Commissie daarmee gegrond.

5.9. Klachtonderdeel 4

5.9.1. Ondernemer stelt op 24 april 2019 een leesbevestiging te hebben ontvangen waaruit blijkt dat aanbesteder zijn inschrijving van 19 april 2019 op 24 april 2019 heeft geopend (zie punt 4 van de e-mail van ondernemer van 9 mei 2019 in 1.16 en 3.6 hiervoor), terwijl de afwijzingsbrief die ondernemer van aanbesteder heeft ontvangen is gedateerd op 23 april 2019. Aanbesteder heeft aangevoerd dat bij het maken van de afwijzingsbrief abusievelijk een oude datum (23 april 2019) in de aanhef is blijven staan (zie 4.2.15 hiervoor). In de afwijzingsbrief is vermeld dat deze op 6 mei 2019 is verzonden.

5.9.2. De Commissie gaat er vanuit dat aanbesteder de afwijzingsbrief pas heeft opgesteld na kennisneming van de inhoud van de inschrijving van ondernemer. Dit blijkt uit de inhoud van de afwijzingsbrief waarin de door ondernemer geoffreerde prijs is vermeld. Anders dan ondernemer stelt, is zijn inschrijving dus niet afgewezen voordat aanbesteder daar kennis van had kunnen nemen.

5.9.3. De Commissie acht klachtonderdeel 4 dan ook ongegrond.

5.10. Klachtonderdeel 5

5.10.1. Ondernemer vraagt zich af of het financiële kader, waarbinnen een inschrijving moest worden uitgebracht, voldoende transparant was voor de andere inschrijvers. In de offerteaanvraag is het kader voor de prijsstelling namelijk niet omschreven (zie 1.12 hiervoor). Ondernemer geeft aan dat in de projectaanvraag van SIREE de prijzen op het hoofdoel en de subdoelen wel zijn gespecificeerd.

5.10.2. Aanbesteder heeft in dit kader aangegeven dat alle partijen die zijn uitgenodigd voor het uitbrengen van een offerte ook de projectaanvraag voor het SIREE-project hebben ontvangen, zodat de randvoorwaarden waarbinnen het project – en daarmee de offerte – moest passen, voor alle partijen kenbaar waren (zie 4.2.13 hiervoor).

5.10.3. De Commissie constateert dat ondernemer slechts heeft aangevoerd zich af te vragen of het financiële kader, waarbinnen een inschrijving moest worden uitgebracht, voldoende transparant was voor de andere inschrijvers. In dat licht heeft de Commissie onvoldoende reden om te twijfelen aan de stelling van aanbesteder dat de projectaanvraag voor het SIREE-project aan alle ondernemingen is toegestuurd die zijn uitgenodigd om een inschrijving in te dienen.

5.10.4. Daarmee acht de Commissie klachtonderdeel 5 ongegrond.

5.11. Klachtonderdeel 6

5.11.1. De Commissie constateert dat dit onderdeel van de klacht zich richt tegen de (be-
weerdelijk gebrekkige) wijze waarop de aanbestedende dienst met de klacht is
omgegaan. De Commissie beoordeelt het klachtonderdeel in lijn met haar eerdere
adviezen als volgt (onder meer Advies 525, overweging 5.3 en Advies 482, over-
weging 5.5).

5.11.2. 5.3.2. Art. 1 sub c van het Reglement van de Commissie definieert het begrip
"klacht" als volgt:

'Een uiting van ongenoegen van een partij over het handelen of het nalaten van
een andere partij voor zover dat handelen of nalaten binnen de werkingssfeer van
de Aanbestedingswet 2012 valt.'

5.11.3. De Commissie is van oordeel dat de wijze waarop een intern klachtenmeldpunt van
een aanbestedende dienst omgaat met een klacht die bij dat meldpunt is ingediend
tegen die aanbestedende dienst weliswaar als een handelen of nalaten van die
aanbestedende dienst kwalificeert, maar niet als een handelen of nalaten dat bin-
nen de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012 valt.

5.11.4. De Commissie zal dit klachtonderdeel derhalve niet in behandeling nemen.

5.11.5. De Commissie overweegt ten overvloede nog het volgende. Het voorgaande oor-
deel laat onverlet dat – voor zover een aanbestedende dienst een bij hem inge-
diende klacht afwijst – de Commissie zich bij de behandeling van een klacht inhou-
delijk zal kunnen uitlaten over de wijze waarop die afwijzing door de aanbestede-
nde dienst is onderbouwd.

6. Advies

De Commissie acht klachtonderdelen, 1, 2 en 3 **gegrond** en klachtonderdelen 4 en 5 **ongegrond** en neemt klachtonderdeel 6 niet in behandeling.

Den Haag, 17 juli 2020

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

Mr. A.C.M Fischer-Braams
Vice-voorzitter

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid