

### Advies 524 | Samenvatting

De inkoopbehoefte van de aanbesteder bestond uit de levering van een zogenoemde enterprise search engine. Om in die behoefte te voorzien, heeft hij eerst een marktanalyse en vervolgens een marktconsultatie uitgevoerd onder een aantal leveranciers. De aanbesteder is in dat kader nagegaan of – en zo ja: welke – oplossingen in de markt beschikbaar waren waarmee in zijn inkoopbehoefte kon worden voorzien. Hij heeft vervolgens op basis van de resultaten van de marktanalyse en de marktconsultatie ervoor gekozen, om redenen van doelmatigheid, om de opdracht niet functioneel maar technisch te specificeren. Een van de eisen die de aanbesteder in dat kader heeft gesteld, is dat autorisatie bij de bron plaatsvindt en niet (ook) bij de enterprise search engine. Vervolgens heeft hij vastgesteld dat slechts één leverancier – ondernemer Y – aan de opdrachteisen kon voldoen. Om die reden heeft hij de opdracht enkelvoudig onderhands aan Y gegund.

Een andere ondernemer die aan de marktconsultatie heeft deelgenomen, heeft de aanbesteder verzocht om een motivering van de keuze om de opdracht enkelvoudig onderhands aan ondernemer Y te gunnen. De aanbesteder verstrekt die motivering en licht daarin de hiervoor genoemde reden toe. De ondernemer klaagt er vervolgens over dat de aanbesteder de opdracht ten onrechte zonder voorafgaande (meervoudig onderhandse of Europese) aanbesteding enkelvoudig onderhands heeft gegund.

De ondernemer geeft in de onderbouwing van zijn klacht niet aan waarom de aanbesteder verplicht zou zijn om de opdracht meervoudig onderhands dan wel Europees aan te besteden. Mede gelet op de verdere onderbouwing van de klacht – zie hierna – gaat de Commissie er daarom veronderstellenderwijs van uit dat de opdracht een waarde heeft die onder het relevante drempelbedrag van Richtlijn 2014/24/EU ligt en dat de opdracht ook overigens geen duidelijk grensoverschrijdend belang heeft.

Volgens de Commissie onderbouwt de ondernemer zijn klacht in de kern met de stelling dat de aanbesteder zijn keuze om de opdracht enkelvoudig onderhands aan ondernemer Y te gunnen niet op basis van objectieve criteria heeft bepaald. De Commissie beoordeelt daarom of de aanbesteder in strijd heeft gehandeld met artikel 1.4, lid 1, sub a en b of lid 3 Aw 2012.

De Commissie is van oordeel dat in een geval als het onderhavige, waarin de opdracht een waarde heeft die onder het relevante drempelbedrag van Richtlijn 2014/24/EU ligt, die opdracht ook overigens geen duidelijk grensoverschrijdend belang heeft en de aanbestedende dienst niet uit eigen beweging een aankondiging van de opdracht bekend heeft gemaakt (zie artikel 1.11 Aw 2012) en evenmin twee of meer ondernemers heeft uitgenodigd om een inschrijving in te dienen (zie artikel 1.14 Aw 2012), de aanbestedende dienst in beginsel vrij is te bepalen wat hij wil inkopen en niet verplicht is om de opdracht functioneel te specificeren. Hij mag de opdracht in een dergelijk geval ook technisch specificeren, ook wanneer dat zou betekenen dat slechts één ondernemer in staat zal zijn aan de opdrachteisen te voldoen.

De Commissie is verder van oordeel dat het voorgaande uitzonderling lijkt in het geval dat de aanbestedende dienst met zijn hiervoor bedoelde opdrachtspecifica-

tie onvoldoende zorg zou dragen voor het leveren van zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen. In dat geval zou de aanbestedende dienst immers handelen in strijd met het bepaalde in artikel 1.4, lid 2, Aw 2012. Dat de aanbesteder in het onderhavige geval in strijd met deze bepaling heeft gehandeld, is door de ondernemer echter niet gesteld en is de Commissie ook overigens niet gebleken.

De Commissie is tot slot van oordeel dat wanneer de in artikel 1.4, lid 3, Aw 2012 bedoelde ondernemer in een geval als het onderhavige, in reactie op de door de aanbestedende dienst verstrekte motivering, voldoende aannemelijk maakt dat ook een of meer andere ondernemers in staat zullen zijn aan de opdrachteisen te voldoen, de aanbestedende dienst – wanneer hij wenst te volharden in zijn keuze om de opdracht enkelvoudig onderhands aan een bepaalde ondernemer te gunnen – gehouden is tot het verstrekken van een nadere motivering. Met die nadere motivering dient hij dan ófwel de stellingen van de ondernemer onderbouwd te weerleggen, ófwel de objectieve criteria nader te verklaren op basis waarvan hij tot zijn keuze is gekomen. Dat in het onderhavige geval ook een of meer andere ondernemers in staat waren aan de opdrachteisen van aanbesteder te voldoen, is door de ondernemer echter onvoldoende aannemelijk gemaakt en is de Commissie ook overigens niet gebleken. Daarmee was een nadere motiveringsplicht van de aanbesteder zoals hiervoor bedoeld niet aan de orde.

Alles afwegende is de Commissie van oordeel dat de motivering van de aanbesteder zijn beslissing om de opdracht enkelvoudig onderhands aan ondernemer Y te gunnen kan dragen. Daarmee acht de Commissie de klacht ongegrond.

# Commissie van Aanbestedingsexperts

## Advies 524

### 1. Feiten

1.1. Aanbesteder heeft in november 2017 een marktanalyse uitgevoerd onder potentiële leveranciers van zogenoemde "Entreprise Search Engines". Aanbesteder heeft vervolgens in de zomer van 2018 in het kader van een marktconsultatie met een aantal van deze leveranciers – waaronder ondernemer – gesproken. Aanbesteder beoogde met deze marktconsultatie te komen tot definitieve vaststelling van de haalbaarheid en de randvoorwaarden van een opdracht voor de levering van een digitale zoekmachine ten behoeve van aanbesteder.

1.2. Op basis van de uitkomsten van de marktconsultatie heeft aanbesteder er voor gekozen om bij één ondernemer – hierna: ondernemer Y – een offerte op te vragen voor de levering van een digitale zoekmachine. Aanbesteder heeft de opdracht tot levering vervolgens aan ondernemer Y gegund.

1.3. Ondernemer heeft per e-mail van onbekende datum onderstaande vragen gesteld:

'Beste [naam inkoper],

Ik heb jouw mailadres gekregen na overleg tussen de receptie en jou.

Ik ben door [naam] doorverwezen naar Inkoop.

[Naam] is projectleider Digitaal Werken en bestiert in die hoedanigheid het deelproject Integraal Zoeken.

Wij zouden graag willen weten hoe deze keuze tot stand is gekomen wetende dat:

Wij een concurrent van [Ondernemer Y] zijn,  
Er expliciet contact is geweest tussen [Ondernemer] en het project,  
We zelf hebben moeten ontdekken dat het project gegund is,  
[Naam] hierover geen details met ons wil delen.

Met vriendelijke groet,

[Ondernemer]'

1.4. Aanbesteder heeft op 15 februari 2019 de vragen per e-mail beantwoord. In deze e-mail wordt onder meer het volgende meegedeeld:

'(...) Hierbij onze reactie:

We hebben een succesvolle pilot gedaan met het product [naam van Ondernemer Y].

Parallel hebben we getoetst of dit het enige product is dat voldoet aan beiden eisen.

Conclusie was dat [Ondernemer Y] de enige partij was.

We hebben de volgens het aanbestedingskader van [Aanbesteder] deze aanbesteding gelopen.

Op vragen over contractwaarde kunnen we helaas vanwege de concurrentiegevoelige informatie (en de Aanbestedingswet) geen uitlatingen doen.

Ik hoop dat ik u hiermee voldoende heb geïnformeerd.

Met vriendelijke groet,

[Aanbesteder]'

- 1.5. Op 18 februari 2019 heeft ondernemer naar aanleiding van dit antwoord het volgende bericht per e-mail naar aanbesteder gestuurd:

'Dank voor je reactie.

Ik constateer dat dit hetzelfde antwoord is dat ik van [naam] heb gehad, maar dan per mail.

Als dat (voor ons) voldoende was geweest, dan had ik niet de moeite genomen verder navraag te doen.

Sterker nog, [naam] verwees me naar Inkoop voor aanvullende informatie.

In punt 2 wordt verwezen naar 'beiden eisen'. Graag vernemen wij welke dit zijn.

Aanvullend vernemen we graag op welk punt het product van [Ondernemer] niet voldoet.

We weten dat de opdracht betrekking heeft op [Aanbesteder] en (...).

Graag vernemen wij wat de looptijd van de opdracht is.

Verder vragen wij ons af waarom wij geen enkel bericht van de afwijzing hebben gekregen.

Uiteindelijk is [Ondernemer] in (...) op bezoek geweest in het kader van het project.

Ook constateren wij dat de geleverde referenties niet zijn nagetrokken.

Kijkend naar de grootte van de opdracht, zonder exacte bedragen te kennen, zijn wij ervan overtuigd dat deze opdracht in aanmerking komt voor een meervoudige onderhandse aanbesteding. Aangezien we hier van mening verschillen, willen we graag uitleg waarom dit niet zo zou zijn.'

- 1.6. Op 4 maart 2019 heeft aanbesteder per e-mail de vragen van ondernemer als volgt beantwoord:

'(...)

In juni 2018 heeft u met een drietal medewerkers van [Aanbesteder] gesproken over uw bedrijf en product.

Het doel van de afspraak was om vast te stellen of uw product geschikt is als enterprise search engine. Een belangrijke eis is daarbij de autorisatie bij de bron. Daarmee bedoelen we dat er alleen een autorisatie nodig is bij de bron applicatie

en niet ook bij de enterprise search engine (uw oplossing). Uit het gesprek en de verificatie van de toegestuurde stukken bleek dat uw product niet aan deze eis voldeed. Daarmee was het voor ons niet nodig om uw referentie te checken en hebben we besloten om niet verder te gaan met het product van [Ondernemer].

(...)

Door [Aanbesteder] is onderzoek gedaan naar partijen die oplossingen aanbieden die passen in de structuur van [Aanbesteder] kortgezegd: een oplossing die voldeed aan de technische eisen. Dit bleek helaas niet het geval. Om die reden is besloten niet over te gaan tot uitvoering van een meervoudig onderhandse procedure.

(...)'

- 1.7. Op 13 maart 2019 heeft ondernemer per e-mail als volgt op de e-mail van aanbesteder gereageerd:

'We hebben uw antwoord bestudeerd, en wij zijn het niet eens met uw conclusies, omdat:

Er geen eisen zijn medegedeeld door [Aanbesteder]

Wij voldoen aan de genoemde eis en wij hebben dat per e-mail bevestigd (op 19 juni)

Wij nooit op de hoogte zijn gebracht van de afwijzing

Op deze manier hebben wij nooit een eerlijk kans gehad om zelfs maar aan te kunnen bieden.

Wij zouden graag begrijpen wat de gemeente er toe te bewegen heeft niet aan te besteden of zelfs maar een mededeling hierover te doen, waarmee de gemeente ons inziens de wet- en regelgeving op dit punt schendt. Een meervoudig onderhandse aanbesteding had er voor gezorgd dat u aan alle regels voldeed, en had de gemeente verzekerd van de beste aanbidding.

Wij zouden graag klanten winnen op onze merites: een mooi product, uitstekende dienstverlening, etc. We begrijpen dat we u met via deze route niet kunnen overtuigen. Echter, de partij die de opdracht verworven heeft speelt het met enige regelmaat klaar om met dit soort constructies zonder aanbesteding opdrachten te verwerven en sluit daarmee andere aanbieders buiten. U zult begrijpen dat wij dit niet langer over onze kant kunnen laten gaan.

Aan de andere kant willen wij de gemeente niet in een moeilijke positie brengen, want wij denken dat u eerder slachtoffer dan dader bent in deze.

Daarom zouden wij deze zaak graag voorleggen aan de commissie van aanbestedings experts van het ministerie van Economische zaken. Daarmee kunnen we dan vaststellen of de gemeente correct gehandeld heeft (en kunnen wij deze werkwijze voortaan ook aanbevelen aan onze klanten) of dat dit inderdaad niet geoorloofd is.

Om aan de regels van de commissie te voldoen moeten wij een klacht indienen, en ik verzoek u dan ook om deze mail als zodanig te behandelen. Wij moeten u ook een redelijke termijn geven om te reageren. Omdat er inhoudelijk niets veranderd is denk ik dat u kunt volstaan met te bevestigen dat u bij uw standpunt blijft en daarvoor lijkt ons een termijn van 2 weken ruimschoots voldoende.

Mocht u meer tijd nodig hebben is dat natuurlijk geen probleem. Dat moet u dan wel even laten weten natuurlijk.

(...)'

- 1.8. Op 28 maart 2019 heeft aanbesteder per brief als volgt op de e-mail van ondernemer gereageerd:

'Op 13 maart 2019 heeft u [Aanbesteder] een e-mailbericht gestuurd met als onderwerpregel: 'Vraag over project Digitaal werken/Integraal zoeken' , waarin u vraagt deze als een klacht inzake een aanbesteding aan te merken.

Kort samengevat richt uw klacht zich op het feit dat – naar uw mening – er onterecht geen aanbestedingsprocedure is gevoerd voor de aanschaf van 'Enterprise Search software' voor toepassing op de [markt van Aanbesteder].

Tussen [Aanbesteder] en u zijn op verschillende momenten elkaars standpunten uitgewisseld – wat nu leidt tot een klacht, welke u ter beoordeling wilt voorleggen aan de Commissie van aanbestedingsexperts.

Hieronder vat ik in het kort het feitenrelaas en de zienswijze van [Aanbesteder] samen.

[Aanbesteder] heeft in november 2017 – binnen het kader van het Programma Digitaal Werken (...) – een marktanalyse uitgevoerd. In eerste instantie middels deskresearch. Opbrengst hiervan was dat er een zeer beperkt aanbod is van potentiële leveranciers voor de markt van Enterprise Search Engines welke zijn gericht op [Aanbesteder].

Daaropvolgend heeft [Aanbesteder] in het kader van een marktconsultatie met onder andere uw onderneming gesproken. Deze marktconsultatie heeft in het teken gestaan van een informatie-uitwisseling om op basis van de opgedane informatie en inzichten de haalbaarheid en de randvoorwaarden van de opdracht definitief vast te stellen. Eén van de doelen in de afspraak in het kader van de marktanalyse was om vast te stellen of uw product voldoet aan de door [Aanbesteder] gestelde randvoorwaarde (minimum eis) dat de autorisatie bij de bron plaats vindt en niet bij de Enterprise Search Engine (uw oplossing). Op basis van uw beantwoording – en daarnaast de verificatie van de door u ingediende stukken – is vast komen te staan dat niet aan deze absolute randvoorwaarde kan worden voldaan. [Aanbesteder] heeft – ook na de opbrengst van de marktconsultatie – volhard in haar standpunt.

Hoewel [Aanbesteder] in algemene zin zoveel mogelijk [zijn] opdrachten functioneel specificeert, is in dit specifieke geval er dan ook om voor [Aanbesteder] moverende redenen wel nader (technisch) gespecificeerd. Deze zijn enkel ingegeven op basis van doelmatigheidsaspecten, waaronder beheersbaarheid en eisen op het gebied van autorisatie – autorisatie bij de bron. Deze eis is niet ingegeven op basis van het moedwillig willen beperken van leveranciersmarkt of een vorm van favoritisme voor een specifieke leverancier.

Met dit gegeven is vervolgens gekeken welke inkoop- of aanbestedingsprocedure het meeste recht doet aan de deze specifieke opdracht. Hoewel er dan wel onder de grens voor Europees aanbesteden in principe geen wettelijk voorgeschreven procedures bestaan, is het in het kader van het proportionaliteitsbeginsel – als een van de dragende beginselen van het aanbestedingsrecht – wel van belang dat [Aanbesteder] een procedure kiest, die aansluit bij het onderwerp van de be-

treffende aanbesteding, afgezet tegen het karakter van de markt waarin de potentiële inschrijvers opereren.

Op basis van de specifieke omstandigheden van en de gestelde technische eisen rondom deze opdracht – waarbij is vastgesteld dat slechts één leverancier kan voldoen aan de eisen – heeft [Aanbesteder] gekozen om voor deze opdracht één offerte op te vragen. Hierbij is dan ook gemotiveerd afgeweken van het eigen algemene inkoop- en aanbestedingsbeleid van de gemeente.

### **Tot slot**

Het spijt [Aanbesteder], welke hecht aan het zijn van professionele opdrachtgever dat er in de fase van de marktconsultatie geen of een gebrekkige terugkoppeling is geweest. Dit punt van kritiek nemen wij ter harte. Over de wijze van het contracteren verschilt [Aanbesteder] van mening met u.

Uw uitnodiging om nader te overleggen wordt gewaardeerd. Indien u dat wenst kunt u een afspraak maken met de heer [naam] via [email].'

## **2. Beschrijving klacht**

Aanbesteder heeft de opdracht tot levering van een digitale zoekmachine ten onrechte zonder voorafgaande (meervoudig onderhandse of Europese) aanbesteding enkelvoudig onderhands gegund. Volgens ondernemer zijn er meerdere partijen die de benodigde functionaliteit kunnen aanbieden.

## **3. Onderbouwing klacht**

- 3.1. Ondernemer wijst er allereerst op dat aanbesteder zich op het standpunt stelt dat ondernemer Y de enige zou zijn die een bepaalde feature (authenticatie bij de bron) zou kunnen leveren en dat dát de reden is waarom aanbesteder de opdracht onderhands aan ondernemer Y heeft gegund.
- 3.2. Ondernemer stelt zich op het standpunt dat de constatering die besloten liggen in de door aanbesteder aangevoerde reden niet zijn gecommuniceerd en bovendien incorrect zijn. Zo zijn de eisen die aanbesteder stelt niet gecommuniceerd en is de constatering die aanbesteder doet over een knock-out eis evenmin gecommuniceerd. Ondernemer stelt dat hij aan aanbesteder heeft laten weten de gevraagde functionaliteit te kunnen leveren. De constatering die aanbesteder doet over een knock-out eis is dan ook onjuist, terwijl ondernemer niet in staat is gesteld die te rectificeren.
- 3.3. Gelet op het voorgaande meent ondernemer dat aanbesteder hem ten onrechte geen eerlijke kans heeft geboden om naar de opdracht mee te dingen.

## **4. Reactie aanbesteder**

- 4.1. Aanbesteder stelt dat de klacht van ondernemer zich kort samengevat richt op het feit dat – naar de mening van ondernemer – er ten onrechte geen aanbestedingsprocedure is gevoerd voor de aanschaf van 'Enterprise Search software' voor toepassing op de markt van aanbesteder.
- 4.2. Aanbesteder stelt ten aanzien van de klacht niets toe te voegen te hebben aan de eerder jegens ondernemer ingenomen standpunten (zie hiervoor 1.7). Daarnaast stelt aanbesteder dat intern een gemotiveerde en door de directie van aanbestede-

der goedgekeurde afweging is gemaakt om met inachtneming van het geldende inkoop- en aanbestedingsbeleid af te zien van een meervoudig onderhandse procedure.

## **5. Beoordeling**

- 5.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder een opdracht voor de levering van een digitale zoekmachine enkelvoudig onderhands heeft gegund aan ondernemer Y.
- 5.2. De Commissie stelt verder vast dat ondernemer er enerzijds over klaagt dat aanbesteder de opdracht ten onrechte zonder voorafgaande (meervoudig onderhandse of Europese) aanbesteding enkelvoudig onderhands heeft gegund (zie 1.2 hiervoor), maar anderzijds – in de onderbouwing van zijn klacht – niet aangeeft waarom op aanbesteder een verplichting zou rusten om de opdracht meervoudig onderhands dan wel Europees aan te besteden. Ondernemer onderbouwt zijn klacht in de kern met de stelling dat de door aanbesteder aangevoerde reden om de opdracht enkelvoudig onderhands aan ondernemer Y te gunnen – ondernemer Y zou de enige ondernemer zijn die aan de opdrachteisen voldoet – niet juist is. Volgens ondernemer zijn er ook andere ondernemingen, waaronder ondernemer zelf, die de door aanbesteder gewenste functionaliteit zouden kunnen leveren (zie 3.1 hiervoor).
- 5.3. Gelet op het voorgaande gaat de Commissie bij de verdere behandeling van de klacht er veronderstellenderwijs van uit dat de opdracht een waarde heeft die onder het relevante drempelbedrag van Richtlijn 2014/24/EU ligt en dat de opdracht ook overigens geen duidelijk grensoverschrijdend belang heeft.
- 5.4. Het voorgaande betekent dat op deze opdracht de volgende bepalingen van toepassing zijn: Deel 1 van de Aw 2012, in het bijzonder afdeling 1.2.1.
- 5.5. Dit brengt met zich mee dat aanbesteder ten tijde van de gunning van de onderhavige opdracht aan ondernemer Y de bepalingen van afdeling 1.2.2 en deel 2 van de Aanbestedingswet 2012 weliswaar niet in acht behoefde te nemen, maar wel het bepaalde in artikel 1.4, lid 1, onder a en b, jo. artikel 1.4, lid 3, Aw. Deze bepalingen houden allereerst in dat aanbesteder de keuze voor de enkelvoudig onderhandse gunning en de keuze van de gunning van de opdracht aan ondernemer Y, op basis van objectieve criteria diende te bepalen. In de tweede plaats houden deze bepalingen in dat aanbesteder die keuze op verzoek van ondernemer diende te motiveren (Advies 27, overweging 6.5; Advies 319, overweging 5.3.13, Advies 419, overweging 6.2.7, Advies 428, overweging 5.4.2 en Advies 435, overweging 5.4.9).
- 5.6. De Gids Proportionaliteit is op grond van de Aanbestedingswet 2012 alleen van toepassing bij opdrachten met een waarde boven de Europese drempelwaarden (artikel 1.7, aanhef en sub a jo. 1.10, vierde lid, Aw 2012), bij opdrachten met een duidelijk grensoverschrijdende belang (artikel 1.7, aanhef en sub b jo. 1.10, vierde lid, Aw 2012) of indien een aanbestedende dienst vrijwillig voor de nationale (artikel 1.11 jo. 1.13, vierde lid, Aw 2012) of meervoudig onderhandse procedure (artikel 1.14 jo. 1.16, vierde lid, Aw 2012) heeft gekozen. In alle overige gevallen is een aanbestedende dienst niet gebonden aan de Gids Proportionaliteit, althans niet op grond van de Aanbestedingswet 2012. In een dergelijk geval kan een aanbestedende dienst zich overigens alsnog verbinden tot naleving van de Gids Proportionaliteit via de aanbestedingsdocumenten en/of via zijn inkoop- en aanbestedingsbeleid (Advies 419, overweging 6.2.9 en Advies 435, overweging 5.4.11).



- 5.7. De Commissie laat in het midden of aanbesteder dat laatste heeft gedaan. Ook in het geval waarin dat namelijk niet is gebeurd en de vraag moet worden beantwoord of artikel 1.4, lid 1, sub a, Aw 2012 is nageleefd, komt naar het oordeel van de Commissie bij de beantwoording van de vraag wat als objectieve criteria in de zin van artikel 1.4, lid 1, sub a, Aw 2012 kunnen worden aangemerkt wel reflexwerking toe aan de inhoud van de Gids Proportionaliteit. Daarvoor pleit dat de Gids aanwijzingen geeft voor de beantwoording van de vraag welke aanbestedingsprocedure in welke situatie geschikt en proportioneel is en de Gids zich daarbij niet beperkt tot opdrachten met een waarde boven de Europese drempelbedragen (Advies 419, overweging 6.2.10).
- 5.8. Zo valt in paragraaf 3.4.2 Gids Proportionaliteit bijvoorbeeld te lezen:  
'Zowel boven als onder de drempel is het van belang dat een procedure wordt gekozen, die aansluit bij het onderwerp van de betreffende aanbesteding, afgezet tegen het karakter van de markt waarin potentiële inschrijvers opereren (zie §3.4.1). Dat is niet te kwantificeren in een vast bedrag: bedragen kunnen echter wel nuttig zijn om te bepalen in welke richting kan worden gedacht.'
- 5.9. In het verlengde hiervan bepaalt Voorschrift 3.4 A Gids Proportionaliteit:  
'De aanbestedende dienst beziet per opdracht welke aanbestedingsprocedure geschikt en proportioneel is, daarbij slaat hij in ieder geval acht op de volgende aspecten:
- omvang van de opdracht;
  - transactiekosten voor de aanbestedende dienst en de inschrijvers;
  - aantal potentiële inschrijvers;
  - gewenste eindresultaat;
  - complexiteit van de opdracht;
  - type van de opdracht en het karakter van de markt.'
- 5.10. In de toelichting op Voorschrift 3.4 A Gids Proportionaliteit is met betrekking tot de omvang van de opdracht een balkenschema opgenomen, waarbij de omvang van de opdracht wordt gekoppeld aan een bepaalde wijze van aanbesteden. De omvang van de opdracht is echter slechts één van de aspecten die een rol spelen bij de keuze voor een geschikte procedure (Advies 419, overweging 6.2.13).
- 5.11. De Commissie zal hierna beoordelen of aanbesteder in strijd heeft gehandeld met artikel 1.4, lid 1, sub a en b of lid 3 Aw 2012. Zij leidt uit de onderbouwing van de klacht namelijk af dat ondernemer in de kern erover klaagt dat aanbesteder zijn keuze om de opdracht enkelvoudig onderhands aan ondernemer Y te gunnen niet op basis van objectieve criteria heeft bepaald (zie 3 hiervoor).
- 5.12. De Commissie stelt vast dat ondernemer aanbesteder diverse malen heeft verzocht, laatstelijk op 18 februari 2019, om zijn keuze voor het enkelvoudig onderhands gunnen van de opdracht aan ondernemer Y te motiveren (zie 1.3 en 1.5 hiervoor).
- 5.13. De Commissie stelt verder vast dat aanbesteder met zijn e-mails van 15 februari en 4 maart 2019 (zie 1.4 en 1.6 hiervoor) en zijn brief van 28 maart 2019 (zie 1.8 hiervoor) zijn keuze voor ondernemer Y – en daarmee impliciet ook zijn keuze voor de enkelvoudig onderhandse gunning als aanbestedingsprocedure – overeenkomstig artikel 1.4, lid 3, Aw 2012 heeft gemotiveerd.
- 5.14. De vervolgvraag is dan of de door aanbesteder gegeven motivering de keuze voor de enkelvoudig onderhandse gunning van de opdracht aan ondernemer Y kan dragen. De Commissie overweegt in dat verband het volgende.

- 5.14.1. De Commissie stelt op basis van de in 5.13 hiervoor genoemde e-mails en brief vast dat de motivering van aanbesteder in essentie het volgende inhoudt. De inkoopbehoefte van aanbesteder bestond uit de levering van een enterprise search engine. Om in die behoefte te voorzien, heeft aanbesteder eerst een marktanalyse en vervolgens een marktconsultatie uitgevoerd onder een aantal leveranciers, waaronder ondernemer. Aanbesteder is in het kader daarvan nagegaan of – en zo ja: welke – oplossingen in de markt beschikbaar waren waarmee in zijn inkoopbehoefte kon worden voorzien. Aanbesteder heeft vervolgens op basis van de resultaten van de marktanalyse en de marktconsultatie ervoor gekozen, om redenen van doelmatigheid, om de opdracht niet functioneel maar technisch te specificeren. Een van de eisen die aanbesteder in dat kader heeft gesteld, is dat autorisatie bij de bron plaatsvindt en niet (ook) bij de enterprise search engine. Vervolgens heeft aanbesteder vastgesteld dat slechts één leverancier – ondernemer Y – aan de opdrachteisen kon voldoen.
- 5.14.2. De Commissie is van oordeel dat in een geval als het onderhavige, waarin de opdracht een waarde heeft die onder het relevante drempelbedrag van Richtlijn 2014/24/EU ligt, die opdracht ook overigens geen duidelijk grensoverschrijdend belang heeft en de aanbestedende dienst niet uit eigen beweging een aankondiging van de opdracht bekend heeft gemaakt (zie artikel 1.11 Aw 2012) en evenmin twee of meer ondernemers heeft uitgenodigd om een inschrijving in te dienen (zie artikel 1.14 Aw 2012), de aanbestedende dienst in beginsel vrij is te bepalen wat hij wil inkopen en niet verplicht is om de opdracht functioneel te specificeren. Hij mag de opdracht in een dergelijk geval ook technisch specificeren, ook wanneer dat zou betekenen dat slechts één ondernemer in staat zal zijn aan de opdrachteisen te voldoen.
- 5.14.3. De Commissie is verder van oordeel dat het voorgaande uitzonderling lijkt in het geval dat de aanbestedende dienst met zijn hiervoor bedoelde opdrachtspecificatie onvoldoende zorg zou dragen voor het leveren van zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen. In dat geval zou de aanbestedende dienst immers handelen in strijd met het bepaalde in artikel 1.4, lid 2, Aw 2012. Dat aanbesteder in het onderhavige geval in strijd met deze bepaling heeft gehandeld, is door ondernemer echter niet gesteld en is de Commissie ook overigens niet gebleken.
- 5.14.4. De Commissie is tot slot van oordeel dat wanneer de in artikel 1.4, lid 3, Aw 2012 bedoelde ondernemer in een geval als het onderhavige, in reactie op de door de aanbestedende dienst verstrekte motivering, voldoende aannemelijk maakt dat ook een of meer andere ondernemers in staat zullen zijn aan de opdrachteisen te voldoen, de aanbestedende dienst – wanneer hij wenst te volharden in zijn keuze om de opdracht enkelvoudig onderhands aan een bepaalde ondernemer te gunnen – gehouden is tot het verstrekken van een nadere motivering. Met die nadere motivering dient hij dan ófwel de stellingen van de ondernemer onderbouwd te weerleggen, ófwel de objectieve criteria nader te verklaren op basis waarvan hij tot zijn keuze is gekomen. Dat in het onderhavige geval ook een of meer andere ondernemers in staat waren aan de opdrachteisen van aanbesteder te voldoen, is door ondernemer echter onvoldoende aannemelijk gemaakt en is de Commissie ook overigens niet gebleken. Daarmee was een nadere motiveringsplicht van aanbesteder zoals hiervoor bedoeld niet aan de orde.
- 5.14.5. Alles afwegende is de Commissie van oordeel dat de motivering van aanbesteder zijn beslissing om de opdracht enkelvoudig onderhands aan ondernemer Y te gunnen kan dragen.
- 5.15. Het voorgaande betekent dat de klacht ongegrond is.

- 5.16. De Commissie overweegt ten overvloede nog dat wat zij heeft overwogen in 5.14.2 hiervoor afwijkt van hetgeen te gelden heeft in het geval van een Europese aanbesteding (zie artikel 2.76 en 2.77 Aw 2012) en in het geval dat de aanbestedende dienst uit eigen beweging een aankondiging van de opdracht bekend heeft gemaakt dan wel twee of meer ondernemers heeft uitgenodigd om een inschrijving in te dienen (zie Advies 522, overweging 5.6, met verwijzing naar eerdere adviezen van de Commissie).

## **6. Advies**

De Commissie acht de klacht **ongegrond**.

Den Haag, 10 augustus 2020

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

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

Mr. drs. T.H. Chen  
Commissielid