

### Advies 572 | Samenvatting

De aanbesteder heeft een meervoudig onderhandse procedure gehouden voor een overheidsopdracht voor het leveren van deurwaardersdiensten voor de invordering van lokale belastingen. De ondernemer gaat in op de uitnodiging van de aanbesteder tot het doen van een offerte, maar ontvangt – ondanks herhaalde verzoeken – vervolgens geen uitsluitsel over het resultaat van de aanbesteding. Uiteindelijk laat de aanbesteder de ondernemer weten dat de keuze niet op hem is gevallen en dat er inmiddels een overeenkomst is gesloten met een andere inschrijver. Waarom de keuze niet op de ondernemer is gevallen en wie de winnende inschrijver is, maakt de aanbesteder op dat moment niet duidelijk. Vervolgens heeft de aanbesteder – op uitdrukkelijk verzoek van de ondernemer – deze alsnog geïnformeerd dat diens inschrijving als ongeldig terzijde is gelegd, waarom dat is gebeurd, wie de winnende inschrijver is en waarom diens inschrijving als beste uit de bus is gekomen.

Partijen verschillen van mening over de vraag of de aanbesteder met deze gang van zaken heeft gehandeld overeenkomstig diens verplichtingen op grond van de Aanbestedingswet. De aanbesteder heeft zich voorafgaand aan de indiening van de klacht op het standpunt gesteld dat hij de ondernemer pas kon informeren over de uitkomst van de aanbesteding nadat hij met de winnende inschrijver een overeenkomst had gesloten. De aanbesteder heeft bovendien het standpunt ingenomen dat hij – nu het een meervoudig onderhandse procedure betreft – niet verplicht was te voorzien in een gemotiveerde gunningsbeslissing met opschortende termijn.

De klacht van de ondernemer heeft geen betrekking op de inhoud van de mededeling van de gunningsbeslissing: hij wil de uitkomst van de aanbesteding niet aantasten. Wel plaatst hij vraagtekens bij de hiervoor geschetste handelwijze van de aanbesteder. De ondernemer vraagt zich af of die in strijd is met het transparantiebeginsel en met de motiveringsplicht van de aanbesteder.

De Commissie toetst de handelwijze van de aanbesteder aan artikel 1.15, lid 2, Aw 2012 en aan de daarop betrekking hebbende jurisprudentie en eigen adviezen. Op basis van die toetsing komt de Commissie tot het oordeel dat de klacht gegrond is. Door de ondernemer pas na de totstandkoming van de overeenkomst met de winnende inschrijver over de uitkomst van de aanbesteding te informeren, heeft de aanbesteder hem geen effectieve rechtsbeschermingsmogelijkheid geboden. De aanbesteder heeft daarmee bovendien in strijd met zijn motiveringsplicht van artikel 1.15, lid 2, Aw 2012 gehandeld, nu de ratio van die verplichting immers meebrengt dat een aanbestedende dienst de motivering van de gunningsbeslissing moet medelen vóór de totstandkoming van de overeenkomst met de winnende inschrijver en niet pas daarna. De Commissie overweegt tot slot dat de aanbesteder ook overigens in strijd heeft gehandeld met zijn motiveringsplicht van artikel 1.15, lid 2, Aw 2012, door de motivering van de gunningsbeslissing pas aan de ondernemer mee te delen nadat deze daar expliciet om had verzocht. De stelling dat een aanbestedende dienst in geval van een meervoudig onderhandse procedure niet verplicht zou zijn uit eigen beweging een gemotiveerde gunningsbeslissing aan de inschrijvers mee te delen, vindt gelet op het bepaalde in artikel 1.15, lid 2, Aw 2012 geen steun in de wet.

# Commissie van Aanbestedingsexperts

## Advies 572

### 1. Feiten

- 1.1. Aanbesteder is op 9 augustus 2019 een meervoudig onderhandse procedure gestart voor een overheidsopdracht voor het leveren van deurwaardersdiensten voor de invordering van lokale belastingen met ingang van 1 januari 2020 ten behoeve van aanbesteder.
- 1.2. In de zogenoemde "offerte uitvraag" van 9 augustus 2019 is, onder andere, het volgende bepaald:

(...)

#### **Offerte uitvraag**

Hierbij nodigen wij u uit voor het uitbrengen van een vrijblijvende aanbieding voor het uitvoeren van deurwaarderswerkzaamheden voor de invordering van lokale belastingen met ingang van 1 januari 2020 t.b.v. [Aanbesteder]. (...)

(...)

#### **Doel van de offerte uitvraag**

Het doel van deze offerte uitvraag is de inkoop van kwalitatief hoogwaardige invorderingsdiensten die voldoen aan de kwaliteitseisen die [Aanbesteder] stelt. Deze diensten worden geleverd tegen gemiddeld scherpe en marktconforme tarieven. [Aanbesteder] wil één dienstverlener contracteren die de gevraagde diensten kan uitvoeren. (...)

(...)

#### **Overige eisen van de uit te voeren werkzaamheden**

Onze overige eisen vindt u in de bijlage.

#### **Offerte**

Heeft u interesse om een offerte uit te brengen, dan vraag ik u dit te doen voor 16 september 2019.

(...)

In uw offerte geeft u een prijs aan per aangeleverd hernieuwd bevel of beslagopdracht. Voorwaarde voor het doen van een offerte is dat u zich volledig conformeert aan de in de offerte uitvraag en de bijlage genoemde eisen en voorwaarden alsmede aan het inkoopbeleid van [Aanbesteder] (zie bijlage).

(...)

#### **Planning**

Begin oktober 2019 zullen we gesprekken aangaan met één of meerdere partijen om te komen tot een nadere verduidelijking en mogelijke contractvorming.

(...)

- 1.3. In een eerste bijlage bij de offerte uitvraag bevindt zich het document 'Eisen (E) van de uit te voeren werkzaamheden. Een tweede bijlage bij de offerte uitvraag bevat het document 'Inkoop- en Aanbestedingsbeleid SVHW 2016', versie 1.0 van 16 december 2015. In dat laatste document is, onder andere, het volgende bepaald:

## **'6. Juridisch kader**

### **6.1 Algemeen juridisch kader**

(...)

#### **Europese aanbestedingsrichtlijnen, Aanbestedingswet 2012, controle en handhaving**

Net als elke overheidsorganisatie valt [Aanbesteder] onder de werking van de Europese aanbestedingsrichtlijnen (2004/18/EG) en onder de werking van de Aanbestedingswet 2012. In de Aanbestedingswet zijn de regels Europese richtlijnen geïmplementeerd. Daarnaast bevat de wet regels voor aanbestedingen die niet onder de werking van de Europese richtlijnen vallen. De verplichting tot het houden van een (Europese) aanbesteding is afhankelijk van het soort opdracht en de raming van de waarde ervan. [Aanbesteder] dient aan te tonen dat deze regels zijn nageleefd. Dit is aan accountantscontrole onderhevig (rechtmatigheidstoets). Het niet voldoen aan de Aanbestedingswet en de Europese richtlijnen is onrechtmatig. Dit kan grote consequenties hebben zoals onthouding van goedkeuring op de jaarrekening door de accountant, klachten en schadeclaims van benadeelde derden, vernietiging van onrechtmatig gesloten overeenkomsten door de rechter en/of een inbreukprocedure door de Europese Commissie.

### **6.2 Algemene beginselen bij inkoop**

[Aanbesteder] neemt bij het verstrekken van opdrachten de volgende algemene beginselen van het aanbestedingsrecht, die gericht zijn op een vrij verkeer van diensten en goederen en gelijke behandeling van ondernemers, in acht:

- **Beginnel van gelijke behandeling (non discriminatie)**  
Discriminatie op grond van nationaliteit of herkomst van producten is niet toegestaan. [Aanbesteder] behandelt op gelijke wijze;
- **Transparantie**  
De gevolgde procedure moet navolgbaar (en dus controleerbaar) te zijn;
- **Objectiviteit**  
Alle keuzes die [Aanbesteder] maakt bij een aanbesteding (keuze van de aanbestedingsprocedure, keuze van de leverancier dienen objectief gemaakt en gemotiveerd te worden. Ook de te stellen eisen en criteria moeten zo objectief mogelijk zijn;
- **Proportionaliteit (evenredigheid)**  
De gestelde eisen, (contractvoorwaarden) en criteria aan de inschrijvers mogen niet onevenredig zijn in verhouding tot het onderwerp van de opdracht. In de Gids proportionaliteit die als bijlage onderdeel uitmaakt van de Aanbestedingswet is vastgelegd welke eisen en criteria proportioneel zijn. Van de Gids proportionaliteit mag slechts worden afgeweken als [Aanbesteder] motiveert dat de betreffende afwijking in het specifieke geval proportioneel is.'

- 1.4. Ondernemer heeft binnen de in de offerte uitvraag aangegeven planning – vóór 16 september 2019 (zie 1.2 hiervoor) – een offerte ingediend.

- 1.5. Ondernemer heeft op 29 oktober 2019 per e-mail onder andere het volgende aan aanbesteder bericht:
- 'Behoudens vergissing hebben wij nog niet vernomen over de uitkomst van de aanbesteding voor deurwaardersdiensten.'
- 1.6. Aanbesteder heeft op 30 oktober 2019 per e-mail als volgt op het bericht van ondernemer gereageerd:
- 'De beoordeling heeft door allerlei omstandigheden (...) enige vertraging opgelopen.  
We hopen volgende week intern alle offertes te bespreken en tot een keuze te komen.'
- 1.7. Op 10 december 2019 heeft ondernemer per e-mail het volgende bericht naar aanbesteder gestuurd:
- 'Kunt u ons informeren wanneer wij de gunningsbeslissing in deze aanbesteding kunnen verwachten?'
- 1.8. Aanbesteder heeft op 11 december 2019 per e-mail als volgt op het bericht van ondernemer gereageerd:
- 'Wij hopen daar volgende week definitief op te kunnen antwoorden.'
- 1.9. Op 16 januari 2020 schrijft ondernemer per e-mail aanbesteder het volgende:
- 'Behoudens vergissing hebben wij nog niet vernomen over de uitkomst in dit traject. Wanneer verwacht u ons te kunnen berichten?'
- 1.10. Op diezelfde datum heeft aanbesteder per e-mail het volgende aan ondernemer bericht:
- 'Het hele proces heeft, door diverse oorzaken, langer geduurd dan beoogd.  
  
Eind december hebben we intern een keuze gemaakt. Echter zolang er geen getekend contract is hebben we besloten om andere partijen niet te informeren.  
Op 8 januari 2020 heb ik een getekend contract ontvangen. Deze week zult u hierover schriftelijk geïnformeerd worden.'
- 1.11. Op 22 januari 2020 ontvangt ondernemer een brief van aanbesteder die is gedateerd op 15 januari 2020. In die brief schrijft aanbesteder het volgende:
- 'Geachte heer/mevrouw,  
  
U heeft offerte uitgebracht voor het verrichten van deurwaarderswerkzaamheden namens [Aanbesteder].  
  
Hierbij deel ik u mee dat de keuze helaas niet op [Ondernemer] is gevallen.  
  
Vanwege het feit dat zeer recent de definitieve overeenkomst is ondertekend met een andere marktpartij, ben ik nu pas in de gelegenheid om u hierover te berichten.  
  
(...).'

- 1.12. Eveneens op 22 januari 2020 bericht ondernemer in reactie op de e-mail van aanbesteder van 16 januari 2020 (zie 1.10 hiervoor) per e-mail het volgende aan aanbesteder:

'Bedankt voor uw bericht.

Uit uw e-mail en de vandaag door ons ontvangen afwijzingsbrief maak ik op dat [Aanbesteder] alleen de winnende inschrijver heeft geïnformeerd over de uitkomst van het traject en dat het contract met deze partij al is opgesteld en ondertekend, zonder dat andere deelnemers zijn geïnformeerd en zonder dat er sprake is geweest van een opschortende termijn. Deze handelswijze is op basis van de aanbestedingswet (art. 1.15 en 1.16) en jurisprudentie over onderhandse aanbestedingen (zie uitspraak ECLI:NL:RBNNE:2014:5503) in strijd met de beginselen van behoorlijk bestuur en het aanbestedingsrecht. Dit terwijl [Aanbesteder] juist in het eigen inkoop- en aanbestedingsbeleid heeft vastgelegd deze beginselen na te leven (art. 6.1 en 6.2).

Bovendien blijkt uit de schriftelijke afwijzing van onze offerte geen enkele motivering van uw beslissing. Iets wat niet alleen in strijd is met uw eigen inkoop- en aanbestedingsbeleid (art. 6.2, transparantie en objectiviteit) maar ook met het transparantiebeginsel in de aanbestedingswet.

Wij verbazen ons des te meer over de gang van zaken omdat wij u vanaf oktober 2019 verschillende keren hebben verzocht om ons te informeren over de uitkomst van de procedure, waarbij door [Aanbesteder] werd aangegeven nog niet te kunnen communiceren vanwege andere (interne) omstandigheden (...). Dat in de tussentijd wel werd gecommuniceerd (en zelfs onderhandeld) met de winnende inschrijver is hoogst ongebruikelijk en ongepast.

Wij gaan er vanuit dat u inziet dat deze inkoopprocedure niet is doorlopen zoals dit op basis van de aanbestedingswet en uw eigen inkoop- en aanbestedingsbeleid had moeten gebeuren en vragen u daarom om ons te bevestigen dat u de overeenkomst met de winnende partij per direct opschort en ontbindt, en het gunningsbesluit aan alle deelnemers duidelijk motiveert met opname van een redelijke termijn voor bezwaar, waardoor rechtsbeschermingsmogelijkheden tegen de gunningsbeslissing voor ons als deelnemer mogelijk zijn.

Wij vernemen graag uiterlijk 30 januari van u.'

- 1.13. Aanbesteder heeft op 28 januari 2020 per e-mail als volgt op het bericht van ondernemer gereageerd:

'Uw mail is in goede orde ontvangen.

Wij zullen daar uiterlijk volgend week inhoudelijk op reageren.'

- 1.14. Aanbesteder heeft op 7 februari 2020 per brief gereageerd op de e-mail van ondernemer van 22 januari 2020 (zie 1.12 hiervoor). In die brief schrijft aanbesteder onder andere het volgende:

'Per mail van 22 januari 2020 verzoekt u om een nadere toelichting van de afwijzing van uw offerte (...) alsmede dat [Aanbesteder] de reeds met de winnaar, [Ondernemer X], gesloten overeenkomst ontbindt opdat [Ondernemer] alsnog rechtsmaatregelen zou kunnen nemen. De verzochte nadere motivering treft u hieronder aan met aansluitend onze reactie op uw verzoek tot ontbinding over te gaan.

### **Nadere motivering**

[Aanbesteder] heeft moeten vaststellen dat door [Ondernemer] een ongeldige inschrijving is gedaan. De inschrijving beantwoordt namelijk niet aan alle eisen uit de offerte uitvraag en de daarbij gevoegde bijlagen met eisen. Los van de ongeldigheid van de inschrijving, moet de offerte van [Ondernemer] het bovendien ook op de inhoud afleggen tegen de offerte van [Ondernemer X]. Dit lichten wij nader toe.

#### Ongeldige inschrijving

In de offerte uitvraag staat op p. 3. uitdrukkelijk vermeld dat een inschrijver zich moet conformeren aan alle eisen uit de offerte uitvraag en de bijlage "Eisen (E) van de uit te voeren werkzaamheden".

De offerte van [Ondernemer] wijkt op de volgende punten af van de gestelde voorwaarden:

(...)

Het voorgaande leidt tot de slotsom dat [Ondernemer] een ongeldige inschrijving heeft gedaan en dus reeds om die reden niet voor gunning in aanmerking komt.

#### Offerte [Ondernemer X] sluit beter aan bij uitvraag

Zelfs indien uw offerte wel als een geldige inschrijving kan worden beschouwd, blijft de gunningsbeslissing ongewijzigd. [Ondernemer X] heeft namelijk een offerte ingediend die beter aansluit op de door [Aanbesteder] uitgevraagde dienstverlening dan de offerte van [Ondernemer].

(...)

### **Ontbinding overeenkomst en bezwaartermijn**

Uw stelling dat de procedure niet volgens de regels is doorlopen kan [Aanbesteder] niet plaatsen. Het betreft een onderdrempelige, dus niet Europees aanbestedingsplichtige opdracht. De Aanbestedingswet staat er daarom niet aan in de weg dat zonder bezwaartermijn wordt gecontracteerd. Overeenkomstig ons inkoopbeleid hebben we ook transparant een offerte uitvraag gedaan. Daarbij is niet aangegeven dat [Aanbesteder] een gemotiveerd gunningsbesluit met bezwaartermijn zou nemen waarbinnen niet gecontracteerd zou worden. Als [Ondernemer] dat wel had gewild, dan had u dat voor het uitbrengen van uw offerte kunnen en moeten aangeven. Dat heeft [Ondernemer] niet gedaan. Door een offerte uit te brengen, is [Aanbesteder] ervan uitgegaan dat [Ondernemer] met deze wijze van uitvragen en contracteren akkoord was.

Verder is van belang dat [Aanbesteder] niet de contractuele bevoegdheid heeft om tot de door [Ondernemer] gewenste opschorting en/ of ontbinding over te gaan. [Ondernemer X] is immers niet tekortgeschoten. [Ondernemer] heeft ook geen belang bij deze vordering. Met deze brief blijken reeds genoegzaam de gegronde redenen voor de keuze van [Ondernemer X] althans de afwijzing van de inschrijving van [Ondernemer]. Een ontbinding met bezwaartermijn zal dus niet met zich brengen dat [Ondernemer] alsnog voor gunning in aanmerking komt.

(...)'

## **2. Beschrijving klacht**

- 2.1. Ondernemer klaagt dat aanbesteder de mededeling van de gunningsbeslissing in eerste instantie alleen aan de winnende inschrijver heeft meegedeeld en vervol-

gens een overeenkomst met die inschrijver heeft gesloten zonder een opschorrende termijn in acht te nemen. Pas daarna heeft aanbesteder aan ondernemer laten weten dat de keuze niet op hem is gevallen en dat hij inmiddels met een andere inschrijver heeft gecontracteerd. Deze gang van zaken lijkt ondernemer in strijd met het transparantiebeginsel en met de motiveringsplicht van aanbesteder.

- 2.2. Ondernemer merkt op dat zijn klacht geen betrekking heeft op de inhoud van de mededeling van de gunningsbeslissing, maar dat hij vraagtekens plaatst bij de hiervoor geschetste handelwijze van aanbesteder. Hij verzoekt de Commissie zich uit te laten over de stellingen die aanbesteder in dat verband inneemt in diens brieven van 15 januari (zie 1.11 hiervoor) en 7 februari 2020 (zie 1.14 hiervoor).

### **3. Onderbouwing klacht**

- 3.1. Ondernemer stelt dat de winnende inschrijver – onderneming X – eerder bericht heeft ontvangen van het resultaat van de aanbesteding dan de andere inschrijver(s). Dat blijkt volgens ondernemer uit het feit dat aanbesteder in de afwijzing van 15 januari 2020 heeft aangegeven nu pas te kunnen communiceren omdat de overeenkomst met onderneming X inmiddels definitief is (zie 1.11 hiervoor). Dit standpunt van aanbesteder lijkt ondernemer in strijd met het transparantiebeginsel.
- 3.2. Ondernemer stelt verder dat aanbesteder met het bericht van 22 januari 2020 (zie 1.11 hiervoor) de inschrijving van ondernemer ongemotiveerd terzijde heeft gelegd. Pas nadat ondernemer op 22 januari 2020 daartegen bezwaar heeft gemaakt (zie 1.12 hiervoor), volgt op 7 februari 2020 een gemotiveerd bericht van afwijzing (zie 1.14 hiervoor). Op basis van dat bericht wordt voor ondernemer voor het eerst duidelijk dat aanbesteder zijn inschrijving ongeldig heeft verklaard. Ondernemer had dat bericht graag in een eerdere fase vernomen.
- 3.3. In het bericht van 7 februari 2020 neemt aanbesteder bovendien het standpunt in dat als ondernemer een motivering van de gunningsbeslissing had willen ontvangen, hij daar bij zijn inschrijving expliciet om had moeten vragen (zie 1.14 hiervoor). Dit standpunt lijkt ondernemer in strijd met de motiveringsplicht van aanbesteder.

### **4. Reactie aanbesteder**

- 4.1. Aanbesteder stelt zich allereerst op het standpunt dat ondernemer niet-ontvankelijk moet worden verklaard, nu hij onvoldoende belang heeft bij de behandeling van zijn klachten. De door ondernemer geformuleerde klachten richten zich immers geen van alle tegen het gunningsresultaat, hetgeen ondernemer ook uitdrukkelijk vermeldt in het klachtenformulier: "Wij vechten de gunningsbeslissing niet aan, maar zetten wel onze vraagtekens bij de gang van zaken in deze procedure, vanwege de bovengenoemde redenen." Aanbesteder vraagt zich daarom af wat het belang van ondernemer is bij de behandeling van zijn klachten: zijn klachten beogen immers op geen enkel wijze afbreuk te doen aan het gunningsresultaat. Sterker nog, ondernemer heeft een ongeldige offerte ingediend en kwam daarmee niet eens in aanmerking voor gunning van de opdracht. Aanbesteder heeft dit uitgebreid gemotiveerd in zijn brief van 7 februari 2020 (zie 1.14 hiervoor).
- 4.2. Aanbesteder voegt hier nog aan toe dat hij zich ervan bewust is dat het verloop van de procedure geen schoonheidsprijs verdient. Aanbesteder zal in de toe-

komst dan ook anders handelen in aanbestedingen. Bij toekomstige onderdrempele aanbestedingen zal aanbesteder – al dan niet verplicht – zijn gunningsbeslissing meer motiveren met vermelding van alle relevante redenen en een bezwaar- respectievelijk standstill-termijn in acht te nemen. Het verloop van deze aanbestedingsprocedure doet volgens aanbesteder echter niet af aan het gunningsresultaat. De offerte van ondernemer X sloot het beste aan bij de offerte-uitvraag, zoals ook toegelicht in de nadere motivering van de gunningsbeslissing van 7 februari 2020 (zie 1.14 hiervoor).

- 4.3. Aanbesteder wijst er tot slot nog op dat ook uit artikel 9 lid 1 onder d van het Reglement van de Commissie volgt dat de klachten van ondernemer niet in behandeling moeten worden genomen. De behandeling van de klachten van ondernemer dient het nastreven van de doelen van de Commissie niet dan wel in onvoldoende mate. Immers, er is geen effectieve rol voor de Commissie weggelegd in deze aanbesteding: de aanbesteding is afgerond nu inmiddels definitief is gegund, de klachten beogen geen verandering in het gunningsresultaat te brengen én aanbesteder zegt toe het in de toekomst anders te gaan doen.
- 4.4. Aanbesteder merkt tot slot nog op dat hij zich aan het oordeel van de Commissie refereert, mocht de Commissie de klachten van ondernemer niettemin in behandeling nemen.

## **5. Beoordeling**

- 5.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder op 9 augustus 2019 een meervoudig onderhandse procedure is gestart voor een overheidsopdracht voor het leveren van deurwaardersdiensten voor de invordering van lokale belastingen met ingang van 1 januari 2020 ten behoeve van aanbesteder. 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. De Commissie zal zich eerst uitlaten over de vraag of zij de klacht in behandeling kan nemen. Zij overweegt in dat verband het volgende.
  - 5.2.1. In het eventuele geval dat een ondernemer geen belang heeft bij een klacht, omdat zijn inschrijving reeds terzijde is gelegd, de gunning van de opdracht aan een andere inschrijver inmiddels heeft plaatsgevonden en de klacht op dit alles geen betrekking heeft, is niet uitgesloten dat de Commissie zich nog inhoudelijk over de klacht uitspreekt met het oog op haar in 5.2.3 hierna genoemde doelstelling (vergelijk Advies 454, overweging 5.2.4).
  - 5.2.2. De Commissie is verder van oordeel, mede gelet op het bepaalde in artikel 9 van haar Reglement, dat de inmiddels tussen aanbesteder en ondernemer X tot stand gekomen overeenkomst ook overigens niet aan de behandeling van de klacht in de weg staat (vergelijk Advies 427, overweging 5.2.2 en Advies 454, overweging 5.2.5).
  - 5.2.3. De Commissie constateert verder dat ondernemer in de omschrijving van zijn klacht heeft aangegeven de uitkomst van de aanbesteding niet te willen aantasten, maar wel vraagtekens plaatst bij de handelwijze van aanbesteder (zie 2.2 hiervoor). Ondernemer verzoekt de Commissie daarom zich uit te laten over de stellingen die aanbesteder in dat verband heeft ingenomen in diens brieven van 15 januari (zie 1.11 hiervoor) en 7 februari 2020 (zie 1.14 hiervoor). De Commissie stelt vast dat ondernemer zijn klacht daarmee in het kader plaatst van de in artikel 2, eerste lid, van het Reglement van de Commissie genoemde doelstelling van de verdere verbetering van de professionaliteit van de aanbestedings-



praktijk en het teweeg brengen van leereffecten (vergelijk ook Advies 28, overweging 6.2, Advies 82, overweging, 6.1.2, Advies 295, overweging 5.2.2, Advies 427, overweging 5.2.2 en Advies 454, overweging 5.2.5).

- 5.2.4. Dat aanbestedder in zijn reactie op de bij de Commissie ingediende klacht heeft aangegeven zich inmiddels ervan bewust te zijn dat het verloop van de aanbestedingsprocedure geen schoonheidsprijs verdient en dat hij in de toekomst dan ook anders zal handelen (zie 4.2 hiervoor), siert aanbestedder. Dit laat echter onverlet dat ondernemer ten tijde van de indiening van de klacht niet op dit voortschrijdende inzicht van aanbestedder behoefde te anticiperen, gelet op de inhoud van de op dat moment als laatste van aanbestedder ontvangen brief van 7 februari 2020 (zie 1.14 hiervoor). De Commissie ziet in de reactie van aanbestedder – anders dan aanbestedder (zie 4.3 hiervoor) – ook overigens nog ruimte om in het kader van de behandeling van de klacht bij te dragen aan de hiervoor in 5.2.3 genoemde doelstelling.
- 5.3. Daarmee komt de Commissie toe aan de behandeling van de klacht.
- 5.4. Alvorens tot een beoordeling van de klacht 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 en 5.4.3 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. Een aanbestedende dienst is op grond van artikel 1.15, lid 2, Aw 2012 gehouden om aan alle inschrijvers de gunningsbeslissing met de relevante redenen voor deze beslissing mee te delen. Artikel 1.15, lid 2, Aw 2012 behelst een motiveringsplicht die dezelfde strekking heeft 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 5.4.1 hiervoor bedoelde transparantieverplichting.
  - 5.4.4. De Commissie heeft in haar Adviezen 30, 78, 86, 138, 209, 244, 326, 389, 417 en 551 overwogen dat aan de motiveringsverplichting van artikel 1.15, lid 2, Aw 2012 (Adviezen 30, 389 en 417), respectievelijk 2.130 Aw 2012 niet is voldaan wanneer de aanbestedende dienst slechts een matrix met de scores bekend

maakt, zonder enige toelichting op de wijze waarop die scores tot stand zijn gekomen. Een aanbestedende dienst handelt ook in strijd met de motiveringsverplichting indien alleen een totaalscore voor kwaliteit van de afgewezen inschrijver wordt bekendgemaakt, maar niet het aantal punten dat op specifieke kwaliteitsaspecten is behaald (Advies 477 en 551). Een aanbestedende dienst handelt bovendien in strijd met die verplichting wanneer hij niet duidelijk maakt wat de kenmerken en voordelen van de inschrijving van de winnende inschrijver zijn (zie Adviezen 280, 326, 389, 547 en 551) en waarom de afgewezen inschrijver niet de maximale score heeft behaald (zie Adviezen 147, 389, 417 en 551). Immers, zonder deze informatie kan de afgewezen inschrijver niet beoordelen of het aanhangig maken van een juridische procedure tegen de gunningsbeslissing zinvol is (zie TK 2008/09, 32027, nr. 3, p. 7). Waar het in de kern om gaat, ook bij een meervoudig onderhandse procedure, is of de aanbestedende dienst met de verstrekte motivering van de gunningsbeslissing de afgewezen inschrijver voldoende houvast heeft geboden om te kunnen beoordelen of het aanhangig maken van een juridische procedure zinvol is (zie Adviezen 30, 389 en 417).

- 5.4.5. De Commissie heeft bij eerdere gelegenheid verder nog geoordeeld dat een aanbestedende dienst ook in het geval van een meervoudig onderhandse procedure de verplichting heeft om een inschrijver een effectieve rechtsbeschermingsmogelijkheid tegen de mededeling van de gunningsbeslissing te bieden door te voorzien in een opschortende termijn. 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, r.o. 4.9), hetzij uit de (pre-contractuele) maatstaven van redelijkheid en billijkheid (zie Advies 147, overweging 7.5.2).
- 5.4.6. De Commissie heeft in haar hiervoor genoemde Advies 147 bovendien geoordeeld dat het antwoord op de vraag of een aanbestedende dienst een inschrijver in een voorliggend geval een voldoende effectieve rechtsbeschermingsmogelijkheid tegen de mededeling van de gunningsbeslissing heeft geboden, niet in zijn algemeenheid valt te geven maar afhangt van alle omstandigheden van het geval (zie Advies 147, overweging 7.5.3).
- 5.5. De Commissie zal nu overgaan tot de beoordeling van de klacht aan de hand van het hiervoor weergegeven beoordelingskader.
- 5.6. De Commissie stelt vast dat aanbesteder en winnende ondernemer X in de eerste week van januari 2020 een overeenkomst hebben gesloten (zie 1.10 hiervoor) en dat ondernemer pas daarna – op 22 januari 2020 – een kort bericht van aanbesteder heeft ontvangen waarin deze aangeeft dat de keuze niet op ondernemer is gevallen en dat “zeer recent de definitieve overeenkomst is ondertekend met een andere marktpartij” (zie 1.11 hiervoor). Vervolgens heeft aanbesteder – op uitdrukkelijk verzoek van ondernemer van 22 januari 2020 (zie 1.12 hiervoor) – ondernemer op 7 februari 2020 geïnformeerd dat (en waarom) diens inschrijving als ongeldig terzijde is gelegd en dat ondernemer X de winnende inschrijving had gedaan (zie 1.14 hiervoor).
- 5.7. De Commissie is van oordeel dat aanbesteder met deze gang van zaken in strijd heeft gehandeld met een aantal van de op hem rustende verplichtingen die zijn genoemd in 5.4 hiervoor. De Commissie overweegt in dat verband het volgende.
  - 5.7.1. Aanbesteder heeft ondernemer pas na de totstandkoming van de overeenkomst met ondernemer X geïnformeerd over het feit dat zijn keuze niet op ondernemer was gevallen en dat hij inmiddels een overeenkomst met ondernemer X had gesloten. Daarmee heeft aanbesteder niet voorzien in een opschortende termijn. Naar het oordeel van de Commissie heeft aanbesteder ondernemer daarmee

geen effectieve rechtsbeschermingsmogelijkheid geboden en mitsdien in strijd gehandeld met zijn verplichting als bedoeld in 5.4.5 hiervoor.

- 5.7.2. Dat aanbesteder ondernemer pas na de totstandkoming van de overeenkomst met ondernemer X heeft geïnformeerd, brengt naar het oordeel van de Commissie tevens mee dat hij in strijd heeft gehandeld met zijn motiveringsplicht van artikel 1.15, lid 2, Aw 2012. Zoals hiervoor is overwogen, is de ratio van de motiveringsplicht immers – ook bij een meervoudig onderhandse procedure – dat de afgewezen inschrijver met de door de aanbestedende dienst verstrekte motivering voldoende houvast heeft om te kunnen beoordelen of het aanhangig maken van een juridische procedure zinvol is (zie 5.4.4 hiervoor). Dat betekent dat een aanbestedende dienst – anders dan aanbesteder in het onderhavige geval heeft gedaan – de motivering van de gunningsbeslissing aan de afgewezen inschrijver moet meedelen voor de totstandkoming van de overeenkomst met de winnende inschrijver en niet pas daarna.
- 5.7.3. In het verlengde van het voorgaande is de Commissie van oordeel dat aanbesteder ook overigens in strijd heeft gehandeld met zijn motiveringsplicht van artikel 1.15, lid 2, Aw 2012, door de motivering van de gunningsbeslissing pas aan ondernemer mee te delen nadat deze daar expliciet om had verzocht. Voor zover aanbesteder in zijn brief van 7 februari 2020 uitgaat van de stelling dat hij niet verplicht was uit eigen beweging een gemotiveerde gunningsbeslissing aan ondernemer mee te delen, omdat hij zich daartoe noch in zijn offerte uitvraag noch in zijn inkoopbeleid had verbonden (zie 1.14 hiervoor), vindt deze stelling gelet op het bepaalde in artikel 1.15, lid 2, Aw 2012 geen steun in de wet (zie 5.4.3 hiervoor). De Commissie voegt hier aan toe dat – anders dan aanbesteder in zijn reactie op de klacht lijkt te veronderstellen (zie 4.2 hiervoor) – een aanbestedende dienst in geval van een onderdrempelige aanbesteding geen beleidsvrijheid heeft wat betreft het motiveren van zijn gunningsbeslissing: hij is daartoe verplicht.
- 5.8. Het voorgaande betekent dat de klacht gegrond is.

## 6. Advies

De Commissie acht de klacht **gegrond**.

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