

Advies 636 | Samenvatting

De klacht ziet op een overheidsopdracht binnen een Dynamisch Aankoopstelsel voor de inhuur van een interim-directeur. Ondernemer klaagt dat de kandidate van de winnende inschrijver niet voldoet aan één van de gestelde criteria, dat een standstill-termijn niet in acht is genomen voor gunning van de opdracht en dat sprake is van vooringenomenheid aan de zijde van aanbesteder.

Klachtonderdeel 1

De Commissie oordeelt dat aanbesteder mocht uitgaan van de juistheid van de door de winnende inschrijver verstrekte informatie over het voldoen aan de criteria. Uit de klacht van ondernemer blijkt onvoldoende dat aanbesteder aan de juistheid van de verstrekte informatie moest twifelen. De Commissie verklaart dit klachtonderdeel **ongegrond**.

Klachtonderdeel 2

Aanbesteder erkent dat hij de tweede standstill-termijn niet in acht heeft genomen. Daarmee verklaart de Commissie dit klachtonderdeel **gegrond**.

Klachtonderdeel 3

De Commissie oordeelt dat uit de stellingen van ondernemer niet kan worden afgeleid dat sprake was van vooringenomenheid aan de zijde van aanbesteder en verklaart dit klachtonderdeel **ongegrond**.

Advies 636

1. Feiten

- 1.1. Aanbesteder heeft in 2016 een Dynamisch Aankoopstelsel (DAS) ingesteld ten behoeve van de inhuur van extern personeel. In de 'Selectieleidraad [Aanbesteder] ten behoeve van de Instelling van een Dynamisch Aankoopstelsel (DAS) t.b.v. de inhuur van extern personeel' van 21 september 2016 is, onder meer, het volgende bepaald:

'Offerteprocedure De procedure die begint na publicatie van een uitvraag voor een Opdracht en eindigt na definitieve gunning van die Opdracht.

Opdracht Naar aanleiding van een Offerteprocedure door Leverancier ten behoeve van de voor Opdrachtgever te verrichten diensten, anders dan op grond van een arbeidsovereenkomst. Tevens gelijk aan Overeenkomst, de schriftelijke overeenkomst tussen Opdrachtgever en Leverancier, waarop de Algemene Inhuurvoorwaarden van toepassing zijn verklaard.

(...)

5.8 Klachten en of bezwaren

Belanghebbenden kunnen klachten met betrekking tot de Offerteprocedures melden bij de Inhuurdesk. Na bekendmaking van de gunningsbeslissing start de opschortende termijn van tien kalenderdagen waarbinnen afgewezen Inschrijvers een bezwaar kunnen indienen tegen de Gunningbeslissing.'

- 1.2. In 2020 heeft aanbesteder binnen het DAS een overheidsopdracht geplaatst voor de inhuur van een interim-directeur.

- 1.3. De (ongedateerde) aanvraag (Offerteprocedure) bevat, onder meer, de volgende bepalingen:

'Kandidaat heeft kennis en ervaring met het Leer en Werkbedrijf. (10 punten)'

(...)

'Kandidaat heeft werkervaring in een leidinggevende rol binnen een gemeente in de afgelopen 3 jaar. (5 punten)'

- 1.4. Op 14 oktober 2020 heeft ondernemer een aanbieding ingediend op de aanvraag. Aanbesteder heeft op 26 oktober 2020 aan ondernemer meegedeeld dat hij voornemens is de opdracht te gunnen aan onderneming A. Naar aanleiding van een klacht van ondernemer, komt aanbesteder bij bericht van 6 november 2020 terug op dit voornemen en nodigt hij de door ondernemer aangeboden kandidaat uit voor een selectiegesprek.

- 1.5. Het selectiegesprek heeft plaatsgevonden op 9 november 2020. Aanbesteder heeft ondernemer diezelfde dag bericht voornemens te zijn de opdracht te gunnen aan

onderneming A en daarbij een verslag van het gevoerde gesprek gevoegd. Ondernemer heeft over het gunningsvoornemen en de inhoud van het gespreksverslag geklaagd bij e-mailberichten van 9, 10, 12, 18, 19 en 23 november 2020.

- 1.6. Op 2 december 2020 heeft ondernemer een aansprakelijkstelling verstuurd aan aanbesteder, waarin hij opnieuw zijn klacht tegen het gunningsvoornemen heeft uiteengezet. Aanbesteder heeft op 12 april 2021 gereageerd op de klacht van ondernemer. Het advies van 24 maart 2021 van de aanbestedingsdeskundigen van een andere aanbestedende dienst, aan wie de klacht conform de klachtenregeling van aanbesteder is voorgelegd, is bij de reactie van aanbesteder gevoegd.
- 1.7. Ondernemer heeft een klacht bij de Commissie ingediend op 5 mei 2021 (zie hierna onder 2), waarop aanbesteder heeft gereageerd bij bericht van 28 mei 2021 (zie hierna onder 3).

2. Beschrijving klacht en onderbouwing

2.1. Klachtonderdeel 1

Ondernemer klaagt dat de kandidate van de winnende inschrijver niet voldoet aan het criterium 'Kandidaat heeft kennis en ervaring met het Leer en Werkbedrijf. (10 punten)'. Dat blijkt uit haar LinkedIn-profiel en is bevestigd door de HR business partner van een andere aanbestedende dienst. Als aanbesteder niet 10 punten maar 0 punten voor dat criterium had toegekend aan de kandidate van de winnende inschrijver, was ondernemer als eerste in de ranking geëindigd en had de opdracht aan hem moeten worden gegund.

2.2. Klachtonderdeel 2

Aanbesteder heeft geen tweede standstillperiode gehanteerd.

2.3. Klachtonderdeel 3

Ondernemer verwijt aanbesteder vooringenomenheid. De vooringenomenheid van aanbesteder blijkt, volgens ondernemer, uit de volgende omstandigheden. Aanbesteder heeft niet alle kandidaten op de hoogte gesteld van de eerste standstillperiode en in het geheel geen tweede standstillperiode gehanteerd. Daags na uiting van het gunningsvoornemen, dus gedurende de termijn waarbinnen een tweede standstillperiode had moeten plaatsvinden, heeft een onderdeel van aanbesteder – buiten het onderhavige DAS – een wervingsbericht (een vacaturetekst waarin kandidaten voor een functie worden geworven) geplaatst voor een toekomstige functie binnen aanbesteder, waarin de naam van de kandidate van de winnende inschrijver als contactpersoon werd genoemd.

3. Reactie aanbesteder

3.1. Klachtonderdeel 1

Aanbesteder heeft een landelijk erkende deskundige partner in de arm genomen voor het doorlopen van de onderhavige procedure. Ondernemer onderbouwt zijn stelling dat de winnende kandidate niet aan de eisen voldoet uitsluitend met informatie van een openbare website (LinkedIn) en met niet geverifieerde en niet onderbouwde uitspraken.

3.2. Klachtonderdeel 2

Aanbesteder erkent de tweede standstill-termijn niet in acht te hebben genomen.

3.3. Klachtonderdeel 3

- 3.3.1. Ondernemer heeft zijn stelling dat een wervingsbericht door een van de onderdelen van aanbesteder openbaar zou zijn gemaakt waarin, voorafgaand aan definitieve gunning, een verwijzing naar de kandidate van de winnende inschrijver zou zijn opgenomen, onvoldoende onderbouwd. Ondernemer heeft daartoe slechts een concept document met daarin de naam van de kandidate van de winnende inschrijver verstrekt. Aangezien een nadere deugdelijke onderbouwing ontbreekt kan aanbesteder hierop niet inhoudelijk reageren.
- 3.3.2. De tweede standstill-termijn is niet in acht genomen omdat de continuïteit van de bedrijfsvoering van aanbesteder in het geding was. Daarom is de opdracht direct na het selectiegesprek van 9 november 2020 gegund.

4. **Beoordeling**

- 4.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder een Dynamisch Aankoopstelsel (DAS) heeft ingesteld ten behoeve van de inhuur van extern personeel en binnen het DAS een overheidsopdracht heeft geplaatst voor de inhuur van een interim-directeur. Op beide procedures (zowel die betreffende de instelling van het DAS, als de offerteprocedure die het onderwerp is van onderhavige klacht) zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en 2, meer in het bijzonder paragraaf 2.2.3.4 en afdeling 2.4.2 van de Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit. Voor een nadere beschrijving van het wettelijke kader en de werking van het DAS, verwijst de Commissie naar haar Advies 615.

4.2. Klachtonderdeel 1

Beknopt oordeel

- 4.3. De Commissie oordeelt dat aanbesteder mocht uitgaan van de juistheid van de door de winnende inschrijver verstrekte informatie. Uit de klacht van ondernemer blijkt onvoldoende dat aanbesteder aan de juistheid van de verstrekte informatie moest twifelen. De Commissie verklaart dit klachtonderdeel **ongegrond**.

Toelichting

- 4.3.1. Op grond van artikel 2.113a Aw 2012 zijn aanbestedende diensten, in geval van twijfel, verplicht effectief de juistheid van de door inschrijvers verstrekte informatie en bewijsmiddelen te controleren.

Aanleiding voor twijfel?

- 4.3.2. Kennelijk bevat het CV van de door de winnende inschrijver voorgestelde kandidate een functie die niet of anders is omschreven op haar LinkedIn-profiel. De Commissie veronderstelt dat aanbesteder die functie heeft besproken in het selectiegesprek met de kandidate. Aanbesteder wordt bijgestaan door een deskundige die, naar verklaring van aanbesteder, de juistheid heeft bevestigd van de door de winnende inschrijver verstrekte informatie. Onder die omstandigheden acht de Commissie het niet onbegrijpelijk dat aanbesteder niet twijfelt aan de juistheid van de informatie die de winnende inschrijver heeft verstrekt.
- 4.3.3. Tegen bovenstaande achtergrond brengt de omstandigheid dat een LinkedIn-profiel bepaalde informatie niet of anders bevat, niet met zich mee dat aanbesteder alsnog moest twifelen aan de juistheid van de door de winnende inschrijver verstrekte informatie. Ondernemer heeft in zijn klacht aan de Commissie aanvullend

gesteld dat een HR business partner van een andere aanbestedende dienst heeft bevestigd dat de winnende kandidate niet voldoet aan het criterium inzake 'Leer en Werkbedrijf', maar heeft die bevestiging niet bij de stukken gevoegd. Overigens is een dergelijke 'bevestiging' slechts een negatieve verklaring waaraan, naar het oordeel van de Commissie, beperkte bewijskracht toekomt. Bovendien blijkt niet uit de stukken dat ondernemer deze stelling eerder onder de aandacht van aanbesteder heeft gebracht. De Commissie oordeelt op grond van de hier genoemde omstandigheden dat aanbesteder mocht uitgaan van de juistheid van de door de winnende inschrijver verstrekte informatie. De Commissie verklaart dit klachtonderdeel **ongegrond**.

4.4. Klachtonderdeel 2

Beknopt oordeel

- 4.5. Aanbesteder erkent dat hij de tweede standstill-termijn niet in acht heeft genomen. Daarmee verklaart de Commissie dit klachtonderdeel **gegrond**.

Toelichting

Verplichting inachtneming opschortende termijn?

- 4.5.1. In artikel 2.127 lid 1 Aw 2012 is bepaald dat een aanbestedende dienst een opschortende termijn in acht moet nemen voor het sluiten van een overeenkomst naar aanleiding van een gunningsbeslissing. Die verplichting bestaat niet voor opdrachten die worden gegund op grond van een DAS, zoals blijkt uit artikel 2.127 aanhef en lid 4 onder c Aw 2012:

'Een aanbestedende dienst behoeft geen toepassing te geven aan het eerste lid indien:

(...)

c. het gaat om opdrachten op grond van een raamovereenkomst of specifieke opdrachten op grond van een dynamisch aankoopstelsel als bedoeld in afdeling 2.4.2.'

- 4.5.2. In het onderhavige geval rustte op aanbesteder geen wettelijke verplichting tot inachtneming van een standstill-termijn. In de selectieleidraad tot instelling van het DAS heeft aanbesteder zichzelf echter verplicht tot het in acht nemen van een opschortende termijn van tien kalenderdagen in het kader van een uitvraag voor een overheidsopdracht onder het DAS (zie 1.1 bovenstaand). Volgens vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU moet een aanbestedende dienst nauwgezet de door hemzelf vastgestelde criteria in acht nemen (zie HvJ EU 2 juni 2016, zaak C-27/15, Pippo Pizzo, r.o. 39).
- 4.5.3. Op grond van de selectieleidraad had aanbesteder een opschortende termijn moeten hanteren na uiting van het gunningsvoornemen aan de kandidate van de winnende inschrijver. Aanbesteder erkent dat hij de uit deze bepaling voortvloeiende verplichting niet heeft nageleefd. De Commissie verklaart dit klachtonderdeel **gegrond**.

4.6. Klachtonderdeel 3

Beknopt oordeel

- 4.7. De Commissie oordeelt dat uit de stellingen van ondernemer niet kan worden afgeleid dat sprake was van vooringenomenheid aan de zijde van aanbesteder en verklaart dit klachtonderdeel **ongegrond**.

Toelichting

Voringenomenheid aanbesteder?

- 4.7.1. De Commissie begrijpt dat ondernemer drie omstandigheden aanvoert die bijdragen aan zijn veronderstelling dat aanbesteder in deze aanbesteding vooringenomen was. De eerste standstill-termijn is niet aan alle kandidaten medegedeeld, een tweede standstill-termijn is niet gehanteerd en gedurende die laatste termijn is de naam van de candidate van de winnende inschrijver als contactpersoon genoemd in een wervingsbericht.

Eerste standstill-termijn

- 4.7.2. Het is de Commissie niet duidelijk op grond waarvan ondernemer aanneemt dat niet alleen de inschrijvers, maar ook de door inschrijvers voorgestelde kandidaten op de hoogte hadden moeten worden gesteld van de eerste standstill-termijn en aan welke kandidaten die termijn niet is medegedeeld. De Commissie vindt de stellingen van ondernemer op dit punt onvoldoende concreet om daaruit vooringenomenheid van aanbesteder af te leiden.

Tweede standstill-termijn

- 4.7.3. Aanbesteder heeft het niet in acht nemen van de tweede standstill-termijn gemotiveerd met de stelling dat zijn bedrijfscontinuïteit in het geding was. Mogelijk bestaan redenen te twijfelen aan die motivering, maar uit de klacht van ondernemer kan de Commissie niet afleiden waarom hij geen geloof hecht aan die motivering. Ook op dit punt acht de Commissie de stellingen van ondernemer onvoldoende concreet om daaruit vooringenomenheid van aanbesteder af te leiden.

Naam winnaar in wervingsbericht

- 4.7.4. Dat de naam van de candidate van de winnende inschrijver daags na gunning in een concept voor een wervingsbericht is genoemd, ziet de Commissie niet zonder meer als een indicatie van vooringenomenheid. In het licht van de stelling van aanbesteder dat hij meende dat zijn bedrijfscontinuïteit in het geding was, laten zich ook andere scenario's denken, bijvoorbeeld dat een inkoper een bericht in concept heeft klaargezet, maar nog niet heeft verstuurd. Zonder nadere toelichting is het de Commissie niet duidelijk waarom het bij de klacht gevoegde concept voor een publicatie blijkt zou geven van vooringenomenheid. De Commissie kan uit de stellingen van ondernemer niet afleiden dat sprake was van vooringenomenheid aan de zijde van aanbesteder en verklaart dit klachtonderdeel **ongegrond**.

5. Advies

De Commissie acht klachtonderdelen 1 en 3 **ongegron**d en verklaart klachtonderdeel 2 **gegron**d.

Den Haag, 2 september 2021

Mr. A.C.M Fischer-Braams Mr. G.R. Werkman-Bouwkamp Mr. drs. T.H. Chen

Voorzitter

Vicevoorzitter

Commissielid