

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 696

1. Waar gaat dit advies over?

- 1.1. Dit advies gaat over de vraag of aanbesteder in strijd heeft gehandeld met het aanbestedingsrecht bij het inhuren van een adviseur. De inhuuropdracht is door aanbesteder uitgevraagd onder een Dynamisch Aankoopstelsel (hierna: DAS). De bezwaren van ondernemer heeft de Commissie samengevat in zes klachtonderdelen (zie onder 4).
- 1.2. De Commissie gaat in dit advies, omwille van het leereffect, uitgebreid in op de vraag wat onder een '**gangbare dienst**' moet worden verstaan en geeft daarin een aantal gezichtspunten op basis waarvan getoetst kan worden of een dienst als gangbaar kwalificeert of niet (zie onder 5).

2. Hoe luidt dit advies?

- 2.1. Met betrekking tot klachtonderdeel 1 ziet de Commissie zich genoodzaakt de verdere behandeling van de klacht te **staken**. De klacht ten aanzien van het niet reageren door het klachtenmeldpunt is een klacht die op grond van het Reglement niet binnen het toepassingsbereik van de Commissie valt.
- 2.2. Klachtonderdeel 2 acht de Commissie **gegrond**. Aanbesteder heeft de gunningsbeslissing onvoldoende gemotiveerd en heeft daardoor in strijd gehandeld met de Aanbestedingswet. Dientengevolge is de opschortende termijn, welke aanbesteder zichzelf heeft opgelegd, niet aangevangen en heeft aanbesteder de opdracht onrechtmatig gegund.
- 2.3. Klachtonderdelen 3, 4, 5 en 6 acht de Commissie **ongegrond**. Ondernemer heeft zijn klacht dat aanbesteder al vóór gunning had besloten de opdracht te gunnen aan een andere inschrijver niet met objectieve feiten onderbouwd en de Commissie kan niet afgaan op aannames en vermoedens (klachtonderdeel 3). Voor klachtonderdelen 4 en 5 geldt dat ondernemer onvoldoende proactief heeft gehandeld. Dat aanbesteder geen verificatiegesprek heeft gevoerd is in lijn met de aanbestedingsstukken (klachtonderdeel 6).

3. Wat zijn de relevante feiten?

- 3.1. Aanbesteder heeft in maart 2023 een overheidsopdracht voor een 'Adviseur Verbijzonderde Interne Controle' geplaatst binnen het dynamisch aankoopstelsel (DAS) dat aanbesteder in het kader van de inhuur van tijdelijk personeel heeft ingericht onder meer voor de categorie 'financieel personeel'. Er wordt een inzet van 36 uur per week verwacht van de financieel adviseur. Aanbesteder is een samenwerkingsverband (Gemeenschappelijke Regeling) van een aantal gemeenten.
- 3.2. In de Selectieleidraad van 23 april 2021 die is opgesteld voor alle categorieën die onder het DAS worden uitgevraagd, is onder meer het volgende bepaald:

'2 Aanmeldingsprocedure

2.2 Registratie DAS portaal

Om toegelaten te worden tot de daadwerkelijke aanvragen dient u expliciet akkoord te gaan met deze selectieleidraad, de raamovereenkomst en de Algemene Inkoopvoorwaarden.

2.3 Toelatingsprocedure

Bij registratie wordt, naast uw bedrijfs- en contactgegevens, reeds het volgende gevraagd:

- Een bewijs van inschrijving bij de KvK (maximaal 6 maanden oud);
- Het toevoegen van het ingevulde en ondertekende document Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA);
- Bewijs G-rekening (niet voor ZZP)
- SNA/NEN certificaat (bij aanwezigheid en niet voor ZZP)

2.3.2 Uitsluitingsgronden en geschiktheid eisen opgenomen in UEA

In het Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA) geeft een partij aan of uitsluitingsgronden op haar van toepassing zijn en of zij voldoet aan de in de selectieleidraad gestelde voorwaarden.

Uitsluitingsgronden:

- Uitsluitingsgronden die voor deze aanbesteding gelden zijn genoemd in Bijlage I UEA, in deel III van het UEA formulier.

3 Aanvraag en gunningsfase

3.1 Aanvraag

(...) Bij elke aanvraag wordt aangegeven aan welke eisen, beoordelingscriteria, er moet worden voldaan en welke wensen er zijn waarop beoordeeld wordt. Er wordt gebruik gemaakt van knock-out criteria.

3.2 Vragenronde

Tijdens de aanvraagprocedure kunnen de aanbiedende partijen gebruik maken van het digitaal stellen van vragen. In de aanvraag staat aangegeven hoe en tot wanneer in dat geval partijen vragen kunnen stellen aan Inhuurdesk West-Betuwe inzake de aanvraag. De vragen en antwoorden worden geanonimiseerd en zichtbaar gepubliceerd voor alle partijen die betrokken zijn bij de aanvraagprocedure.

3.4 Gunningscriteria

Wanneer een aanbieder aan de eisen voldoet, wordt de aanbieder vervolgens beoordeeld op de (sub)gunningcriteria. Voor ieder (sub)gunningcriterium kan een kandidaat punten scoren. Voor ieder (sub)gunningcriterium kan een kandidaat punten scoren. Beoordeling op de (sub)gunningcriteria bestaat uit twee fasen: de schriftelijke beoordelingsfase en de verificatiefase.

3.4.1 Schriftelijke beoordelingsfase

(...)

[Inhuurdesk van aanbesteder] zal voornamelijk opdrachten gunnen op basis van de beste prijskwaliteitverhouding waarbij per aanvraag in de meeste gevallen de onderstaande criteria aan de orde komen:

Kwaliteit:

- Kennis
- Werkervaring
- Verificatiegesprek

Prijs:

- (Uur)tarief

De behaalde scores van de aanvraag leiden tot een rangorde. De hoogst scorende aanbieder staat op rangorde 1, de daaropvolgende hoogst scorende op de gunningcriteria krijgt rangorde 2, etc. Deze rangorde bepaalt welke kandidaten

doorgaan naar het verificatiegesprek. Indien het verificatiegesprek geen onderdeel is van de gunning, dan wordt aan de hand van de score op de subgunningscriteria kennis, werkervaring en het (uur)tarief bepaald welke partij de opdracht gegund krijgt.

3.5 Gunningsbeslissing

De partij met de (in het verificatiegesprek) best scorende kandidaat ontvangt de gunning. Alle partijen die meedoen met de betreffende aanvraagprocedure worden op het moment van dit voornemen tot gunning gelijktijdig geïnformeerd over hun status.

Bij de mededeling van de gunningsbeslissing wordt de naam van de winnende partij bekend gemaakt en tevens vermeld wat de voordelen en kenmerken van de winnende aanbieding zijn. De inhoudelijke terugkoppeling op de aanbiedingen wordt bekend gemaakt in het portaal. Alle deelnemende partijen ontvangen daarvan een e-mail notificatie.

3.7 Bezwaar

Na bekendmaking van de gunning start een opschortende termijn waarbinnen afgewezen partijen een bezwaar kunnen indienen tegen de gunningsbeslissing door het aanhangig maken van een kort geding bij de bevoegde rechter. De termijn waarbinnen bezwaar kan worden gemaakt eindigt na 5 kalenderdagen op straffe van niet-ontvankelijkheid of verval van recht daartoe.

(...)

3.8 Klachtenregeling

Een Aanbestedingsprocedure kan aanleiding geven tot inhoudelijke vragen of opmerkingen over de Aanbestedingsprocedure of over de wijze van aanbesteden. Deze vragen en opmerkingen kan een partij stellen tijdens de Aanbestedingsprocedure en deze worden beantwoord in de Nota van Inlichtingen. Blijft naar de mening van de partij een reactie uit of is hij het niet eens met de reactie dan kan hij een klacht indienen. Een klacht, in dit verband, is een schriftelijke melding van een partij die belang heeft bij de aanbesteding, waarbij de partij gemotiveerd aangeeft op welke punten hij het niet eens is met de aanbesteding of een onderdeel daarvan, alsmede een voorstel hoe volgens klager de klacht verholpen zou kunnen worden. De klacht dient schriftelijk ingediend te worden via [mailadres inhuurdesk aanbesteder].

(...) Het klachtenmeldpunt is alleen voor geschillen over Aanbestedingsprocedures waarop de Aanbestedingswet van toepassing is. Het indienen van een klacht zet een Aanbestedingsprocedure niet stil, tenzij de Aanbestedende dienst in dit kader anders beslist. Een Ondernemer kan, na het doorlopen van de procedure bij het klachtenmeldpunt, de klacht vervolgens voorleggen aan de landelijke Commissie van Aanbestedingsexperts. Het klachtenmeldpunt kan ook voorstellen dat de klacht voor bemiddeling of advies wordt voorgelegd aan de Commissie van Aanbestedingsexperts, voordat door de Aanbestedende dienst wordt beslist. Zie www.commissievanaanbestedingsexperts.nl.

3.9 Definitieve gunning

Indien:

- niet van enig gegrond bezwaar is gebleken tijdens de opschortende termijn;
- de partij tijdig de correcte en geldige bewijsmiddelen heeft aangeleverd in het portaal;

zal Inhuurdesk West-Betuwe een besluit tot definitieve gunning dienen te nemen. Zodra dit besluit is genomen, zal de opdracht ter goedkeuring aan de partij doen toekomen in het portaal. Na goedkeuring door beide partijen van de opdracht kan

de kandidaat van start gaan met de opdracht. De gegunde Opdrachten zijn zichtbaar op inhuurdesk.bvowb.nl.'

- 3.3. In de aanvraag in de inhuurdesk voor de inhuur van de 'Adviseur Verbijzonderde Interne Controle' met als startdatum 10 april 2023 en einddatum 31 mei 2023, is onder meer het volgende geformuleerd:

'Adviseur Verbijzonderde Interne Controle - 36u per week

De adviseur VIC onderzoekt en adviseert vanuit een onafhankelijke positie over de doelgerichtheid en doelmatigheid van de administratieve organisatie. Je verricht zelfstandig een audit ten aanzien van het proces aanbestedingen en rapporteert hierover. De kwaliteit van je werk moet zodanig zijn, dat het management, de concerncontrollers en vooral de accountant gebruik kunnen maken van de door jou uitgevoerde audits.

Doestellingen en resultaten:

- Doet procesonderzoek en stelt een overzicht op gebaseerd op de zogenaamde 6W vragen om functiescheiding en risico's in het proces in beeld te brengen (opzet)
- Voert lijncontroles uit om opzet en bestaan van het proces aan te tonen
- Stelt spendanalyses op
- Verstrekt, in overleg met de concerncontroller, informatie over de uitgevoerde controles aan de accountant.
- Trekt conclusies naar aanleiding van de bevindingen en de betekenis daarvan voor het totaal van de onderzochte materie;
- Adviseert over de naar aanleiding van de bevindingen te ondernemen herstelacties en verbetermogelijkheden.
- Is verantwoordelijk voor het afstemmen van de (concept) bevindingen en
- (concept) rapportage met de procesverantwoordelijken en de
- concerncontroller;

Expertise:

- 'HBO werk- en denkniveau met een financiële opleiding (denk aan HEAO, Bedrijfseconomie, Accountancy/Controlling, SPD);
- Je hebt analytisch denkvermogen, overtuigingskracht met een goede dosis humor en je bent initiatiefrijk. Je kunt aantonen dat je hierin proactief je rol weet te pakken;
- Je bent hands-on, je weet de boel op te schudden, je adviseert én realiseert;
- Gericht op samenwerking en een natuurlijke verbinder;
- Je denkt en doet graag mee in een veranderende werkomgeving en weet collega's ook mee te krijgen in deze ontwikkelingen.

(...)

Punten	Criterium met keuzemogelijkheden	Kenmerken (te beantwoorden door aanbieder)
20	Kandidaat heeft ervaring met het controleproces aanbestedingen	Eis: ja/nee
20	Minimaal HBO werk- en denkniveau, het liefst met een afgeronde opleiding in een relevante	Eis: ja/nee

	richting	
20	Kandidaat heeft aantoonbare ervaring met het opstellen van een spendanalyse	Eis: ja/nee
20	Kandidaat heeft aantoonbare ervaring met de controle van overheidsprocessen en bij voorkeur gemeentelijke processen	Eis: ja/nee
20	Kandidaat heeft aantoonbare ervaring met het afstemming van planning en controle-resultaten met de accountant	Eis: ja/nee

(...)

EMVI: Prijs-kwaliteitscore (hoogste), daarna Tarief (laagste)	
<i>Prijsscore</i>	(laagste tarief / aangeboden tarief) * maximale prijsscore
<i>Kwaliteitsscore</i>	behaalde punten beoordelingscriteria
<i>Prijs-kwaliteitscore</i>	prijsscore + kwaliteitsscore

(...)'

- 3.4. Ondernemer heeft op 29 maart 2023 ingeschreven op de opdracht. Naast de inschrijving van ondernemer zijn er nog vijf andere inschrijvingen ingediend.
- 3.5. Op 5 april 2023 stuurt aanbesteder aan ondernemer per mail de gunningsbeslissing, waarin ondernemer wordt meegedeeld dat zijn inschrijving niet in aanmerking komt voor gunning en in rangorde als vierde is geëindigd. Als aanvullende opmerking in de mail bericht aanbesteder dat ondernemer 100 punten voor kwaliteit heeft gescoord en 75 punten voor prijs. Voor verdere informatie over de gunning verwijst aanbesteder naar het portaal.
- 3.6. Nog op dezelfde dag dat aanbesteder de gunningsbeslissing verstuurt (5 april 2023) maakt ondernemer bij het klachtenmeldpunt van aanbesteder bezwaar tegen deze beslissing. Het bezwaar betreft met name het ontbreken van een deugdelijke motivering bij de beslissing en de ongeoorloofde communicatie die zou hebben plaatsgevonden tijdens de procedure. Een dag later, op 6 april 2023, stuurt ondernemer een aanvullende onderbouwing van zijn bezwaar omtrent de gebrekkige motivering naar het klachtenmeldpunt van aanbesteder.
- 3.7. De inhuurdesk van aanbesteder stuurt op 6 april 2023 een toelichting op de afwijzing, met als belangrijkste mededeling dat er kandidaten zijn geweest die dezelfde score hebben behaald op kwaliteit maar meer punten hebben verkregen vanwege een lagere prijs. De inhuurdesk verwijst voor verdere informatie naar het portaal van de inhuurdesk.
- 3.8. Ondernemer heeft geen officiële reactie ontvangen van het klachtenmeldpunt van aanbesteder op zijn klacht.
- 3.9. Ondernemer heeft vervolgens op 12 april 2023 een klacht bij de Commissie ingediend (zie paragraaf 4 hierna).
- 3.10. Op 19 april 2023 doet de inhuurdesk van aanbesteder aan ondernemer het volledig proces-verbaal van gunning toekomen, waarbij aanbesteder aangeeft dat hij daarmee voldoet aan de behoefte van ondernemer voor meer informatie.
- 3.11. Aanbesteder heeft op 24 april 2023 zijn reactie op de klacht bij de Commissie ingediend (zie paragraaf 5 hierna). De Commissie begrijpt uit deze reactie van aanbesteder dat hij de opdracht inmiddels definitief heeft gegund.

4. Waar komt de klacht in de kern op neer?

- 4.1. Ondernemer stelt zich op het standpunt dat aanbesteder op meerdere punten in strijd heeft gehandeld met de Aanbestedingswet en de aanbestedingsrechtelijke beginselen op grond waarvan de gunning ongedaan moet worden gemaakt. Daartoe voert ondernemer een aantal stellingen aan, die de Commissie in de onderstaande klachtonderdelen heeft onderverdeeld. Hierbij heeft de Commissie, indien nodig, de kern van de afzonderlijke klachtonderdelen in haar eigen woorden samengevat.

Klachtonderdeel 1 – geen reactie van klachtenmeldpunt aanbesteder ontvangen

- 4.2. Ondernemer stelt dat hij conform de procedure in de leidraad een klacht heeft ingediend bij het klachtenmeldpunt van aanbesteder, maar daarop geen enkele reactie heeft ontvangen.

Klachtonderdeel 2 – gunningsbeslissing onvoldoende gemotiveerd

- 4.3. Ondernemer stelt dat de gunningsbeslissing onvoldoende is gemotiveerd en daarmee niet voldoet aan de wettelijke vereisten zoals bepaald in artikel 2.130 Aw 2012. In de gunningsbeslissing wordt niet vermeld welke inschrijver de winnende inschrijving heeft gedaan en ook niet wat de score van de winnende inschrijving is. Daarnaast vermeldt de gunningsbeslissing niet wat de relatieve voordelen zijn van de winnende inschrijving. Er wordt volgens ondernemer slechts vermeld dat ondernemer 175 punten heeft behaald (100 punten voor kwaliteit en 75 punten voor het onderdeel prijs) en dat 'de EMVI' eveneens 175 punten heeft behaald. Ondernemer stelt daarnaast dat de gunning pas kan plaatsvinden nadat een deugdelijke gunningsbeslissing verzonden is, en betrokken inschrijvers in staat gesteld zijn om, indien zij daartoe redenen zien, bezwaar te maken of een gerechtelijke procedure aanhangig te maken. In dit geval heeft volgens ondernemer de gunning reeds plaatsgevonden, terwijl er geen gunningsbeslissing verzonden is die voldoet aan de wettelijke eisen. Daarmee handelt aanbesteder ook in strijd met de door hemzelf opgestelde voorwaarden in de selectieleidraad van het DAS, zoals verwoord in paragraaf 3.5, 3.7 en 3.9 (zie 3.2 hierboven). Tot slot stelt ondernemer dat de opschortende termijn nog niet is gaan lopen, aangezien de gunningsbeslissing niet voldoet aan de wettelijke eisen. Dit betekent volgens ondernemer dat de gunning van de opdracht nog niet had mogen plaatsvinden en daarmee onrechtmatig is.

Klachtonderdeel 3 – ongeoorloofde communicatie tijdens aanbesteding

- 4.4. Ondernemer stelt dat een medewerker van de inhuurdesk van aanbesteder al vóór het openen van de kluis aan collega's heeft gemeld dat ondernemer de opdracht niet gegund zou krijgen omdat er een andere geschikte kandidaat was met een lager tarief. Hieruit zou volgens ondernemer blijken dat de medewerker van de inhuurdesk gedurende de periode dat inschrijving nog mogelijk was contact heeft gehad met een inschrijver, waarbij de gegevens van die inschrijving al besproken zijn. Dit is niet toegestaan, zo stelt ondernemer. Ondernemer merkt op dat hij van deze gang van zaken op de hoogte is, omdat hij tot en met 31 maart 2023 als ZZP'er was ingehuurd bij aanbesteder.

Klachtonderdeel 4 – gunningscriteria zijn feitelijk geschiktheidseisen

- 4.5. Ondernemer stelt dat de gunningscriteria die worden genoemd in de aanvraag voor het onderdeel kwaliteit feitelijk geen gunningscriteria zijn maar geschiktheidseisen.

Daarmee zou in feite sprake zijn van een gunning op basis van de laagste prijs, en niet op basis van de beste prijs-kwaliteitsverhouding hetgeen het wettelijk uitgangspunt is. In de aanbestedingsstukken is niet gemotiveerd waarom wordt gegund op basis van laagste prijs, aldus ondernemer.

Klachtonderdeel 5 – relatieve beoordeling prijs niet transparant

- 4.6. Ondernemer constateert dat het onderdeel prijs een relatieve beoordeling bevat, aangezien de ingediende prijs wordt gerelateerd aan de laagst ingediende prijs. Ondernemer stelt dat niet is vermeld wat er gebeurt op het moment dat blijkt dat de oorspronkelijke laagste prijs wegvalt. Daarmee zijn de aanbestedingsstukken op voorhand niet transparant, aldus ondernemer.

Klachtonderdeel 6 – geen verificatiegesprek gehouden

- 4.7. Tot slot stelt ondernemer dat volgens de website van de inhuurdesk een verificatiegesprek onderdeel zou uitmaken van het gunningscriterium. In deze aanbestedingsprocedure is volgens ondernemer echter geen verificatiegesprek gehouden.

5. Gangbare dienst of niet?

- 5.1. De Commissie merkt op dat bij aanbesteders geregeld onduidelijkheid bestaat over de rechtmatige toepassing en inrichting van een DAS. Een vraag die vaak naar voren komt, is de vraag of een DAS zich leent voor de inhuur van personeel. In de onderhavige klacht wordt geklaagd over motivering van de gunningsbeslissing en de opschortende termijn. Een DAS kent een afwijkende bepaling waar het gaat over het stellen van een opschortende termijn (zie par 6.13 ev). Bij de uitwerking van dat klachtonderdeel zag de Commissie zich gesteld voor de vraag of in casu sprake was van een gangbare dienst. Indien niet, dan zou aanbesteder mogelijk onterecht gebruik maken van bepalingen die specifiek zijn bedoeld voor een uitvraag onder een DAS. Omdat ondernemer niet heeft geklaagd of het gebruik van het DAS voor de betreffende inhuuropdracht wel is toegestaan en aanbesteder zich daarover ook niet heeft kunnen uitlaten, onthoudt de Commissie zich van een oordeel over de gangbaarheid van de dienst die in deze klacht centraal staat. Wel grijpt de Commissie deze gelegenheid aan om in dit advies haar gedachten te laten gaan over en haar visie te geven op de vraag wanneer een dienst al dan niet gangbaar en daarmee een leereffect voor de aanbestedingspraktijk te bewerkstelligen. Nadat de Commissie in deze paragraaf is ingegaan op voornoemde vraag, zal zij in paragraaf 6 de afzonderlijke klachtonderdelen van ondernemer beantwoorden.

Inhuur personeel vóór 1 juli 2016

- 5.2. Vóór de wetwijziging van 2016 was 'arbeidsbemiddeling' een 2B-dienst, hetgeen betekende dat ten aanzien van deze diensten een verlicht aanbestedingsregime gold. De aanbestedende dienst kon zich veel vrijheden veroorloven ten aanzien van opdrachten voor deze diensten. Om de inhuur van personeel snel en efficiënt te laten verlopen werden marktplaatsen ingericht. Een 'marktplaats' is geen officiële procedure en wordt niet in de huidige Aanbestedingswet genoemd, noch in de Aanbestedingswet van vóór de wijziging van 2016, het Besluit aanbestedingsregels overheidsopdrachten (Bao) en Richtlijn 2004/18/EG. In deze eerdere regelgeving werd al wel een DAS als procedure vermeld. De wetwijziging van 2016 betekende dat de beperkte vrijstelling voor diensten van arbeidsbemiddeling c.q. inhuur van personeel werd afgeschaft. De inhuur van personeel valt sindsdien onder het volledige aanbestedingsregime, tenzij sprake is van de inhuur van een dienst die als SAS-dienst kan worden gekwalificeerd (zie onder meer artikel 2.38 en 2.39 Aw 2012). De Commissie vermoedt dat hierdoor de in

de Aanbestedingswet benoemde procedure van het DAS in beeld kwam, ondanks het feit dat een DAS altijd gerelateerd is geweest aan 'gangbare aankopen'. De procedure van het DAS vertoont overeenkomsten met een marktplaats, omdat deze procedure evenals de marktplaats de mogelijkheid biedt om opdrachten op snelle en efficiënte wijze uit te zetten. De wetwijziging van 2016 heeft er bovendien voor gezorgd dat het efficiënte karakter van de procedure werd vergroot. Vóór de wetwijziging werd het systeem van een DAS nog weinig toegepast (zie Mvt bij Aw 2012, Kamerstukken 32440-3, 2009-2010, p/ 97).

Doelstelling en definitie Dynamisch Aankoopstelsel (DAS)

- 5.3. Het DAS is blijkens de definitie van artikel 1.1. Aanbestedingswet 2012: '*een elektronisch proces voor het doen van gangbare aankopen van werken, leveringen of diensten, waarvan de kenmerken wegens de algemene beschikbaarheid op de markt voldoen aan de behoeften van de aanbestedende dienst of het speciaalsectorbedrijf, dat is beperkt in de tijd en gedurende de gehele looptijd openstaat voor ondernemers die aan de eisen voor toelating tot het systeem voldoen*'.
- 5.4. In de Memorie van Toelichting bij de wetwijziging uit 2016 wordt aangegeven dat het doel van een DAS is dat aanbesteders gangbare of gestandaardiseerde producten, diensten of werken sneller en efficiënter kunnen inkopen, waarbij zij ter waarborging van een brede mededinging en een efficiënte inkoop kunnen kiezen uit een groot aantal inschrijvingen (Kamerstukken II, 2015-2016, 34 329, nr. 3, p. 8 en 91). In plaats dat ondernemers eerst in de eerste fase van het DAS indicatieve inschrijvingen moeten doen en aanbesteders in de tweede fase van het DAS de afzonderlijke opdrachten separaat moeten aankondigen, zoals het geval was bij een DAS van vóór de wetwijziging van 2016, kunnen aanbesteders na de wetwijziging van 2016 direct alle tot het systeem toegelaten ondernemers uitnodigen om in te schrijven op een specifieke opdracht. Op deze wijze kunnen aanbesteders kiezen uit een veelheid aan inschrijvingen. Daarmee vertoont het DAS anno 2016 gelijkenis met de voorheen gebruikte elektronische marktplaats waarbij aanbesteders ook de mogelijkheid hadden te kiezen uit een grote pool van geïnteresseerde ondernemers en inschrijvingen. In dat kader wordt in de Memorie van Toelichting bij de wetwijziging uit 2016 ook verduidelijkt dat de voorheen gebruikte elektronische marktplaatsen nu moeten kunnen worden ingericht als dynamische aankoopssystemen (Kamerstukken II, 2015-2016, 34 329, nr. 3, p. 8). De Commissie begrijpt uit deze toelichting dat de wetgever met deze laatste zin heeft willen aangeven dat, waar het niet meer mogelijk is om een marktplaats te gebruiken (zoals voor de inhuur van personeel), het nu mogelijk is gebruik te maken van een DAS, omdat de inrichting van beide systemen (het DAS en een marktplaats) overeenkomsten vertoont. Een in het oog springend verschil met de elektronische marktplaats is echter dat de aankopen die binnen een DAS worden gedaan, 'gangbare' aankopen moeten betreffen.

Gangbare of gestandaardiseerde aankopen binnen een DAS

- 5.5. Onder 'gangbare' aankopen worden volgens de wet aankopen verstaan met kenmerken die algemeen beschikbaar zijn op de markt (artikel 1 en 2.48 lid 1 Aw 2012). In de literatuur wordt dit ook wel gedeut als aankopen voor courant gebruik (Essers en Lombert, Aanbestedingsrecht voor overheden, Sdu 2017, 5^e herziene druk, p. 444). In de Van Dale wordt het woord 'gangbaar' omschreven als 'gebruikelijk', 'veelvoorkomend' en 'courant'. De Memorie van Toelichting bij de wet verduidelijkt dat bij 'gangbare aankopen met algemeen op de markt beschikbare kenmerken' kan worden gedacht aan eenvoudige aankopen die regulier ofwel regelmatig gedaan worden om in de behoefte van de aanbestedende dienst te voldoen (Kamerstukken 32440-3, 2009-2010, p. 68). Deze zelfde Memorie van Toelichting bij de wet geeft aan dat het dynamisch aankoopstelsel geschikt is voor de

aankoop van producten en diensten, maar minder geschikt voor het aanbesteden van werken, omdat het bij werken zelden zal gaan om gangbare aankopen met op de markt algemeen beschikbare kenmerken (Kamerstukken II 2009/10, 32440, nr. 3 (MvT), p. 97).

*Gangbare diensten onder een DAS - **toetsingskader***

- 5.6. Wanneer een DAS gebruikt wordt voor de inkoop van diensten zoals het geval is bij de inhuur van personeel, moet deze dienst 'gangbaar' zijn. De Commissie constateert dat juist het begrip 'gangbare dienst' veel vragen oproept. Welke diensten hebben 'algemeen op de markt beschikbare kenmerken' en zijn 'courant' en/of 'eenvoudig'? En in welke gevallen is daarvan geen sprake? Ofwel welke elementen zijn leidend om te kunnen bepalen of een dienst kwalificeert als gangbaar of niet-gangbaar? De Commissie kan zich voorstellen dat aanbesteders het lastig vinden om te bepalen of een in te kopen dienst als gangbaar kwalificeert of niet, nu een concretisering van dergelijke diensten ontbreekt in de (geschiedenis van) wet- en regelgeving en jurisprudentie (zie hierboven). Om in voorkomend geval te kunnen toetsen of een dienst gangbaar is of niet, heeft de Commissie een maatstaf gededuceerd uit de wetsgeschiedenis en gebaseerd op een Unierechtelijke uitleg.
- 5.7. De Commissie ziet een 'maatwerk dienst' als tegenovergestelde van een 'gangbare dienst' en neemt beide als uitersten van een glijdende schaal. Hoe meer maatwerk de aanbesteder vraagt, hoe meer sprake zal zijn van een niet-gangbare dienst die niet onder een DAS kan worden uitgevraagd. Waar een dienst zich bevindt op die glijdende schaal moet in de ogen van de Commissie feitelijk worden getoetst aan specifieke omstandigheden van het betreffende geval. Het gaat aldus om een beoordeling van de specifieke situatie, waarbij de volgende gezichtspunten een rol kunnen spelen, die in onderling verband en samenhang in beschouwing moeten worden genomen:
- 5.7.1. *De scope en inhoud van de opdracht.* De Commissie kan zich voorstellen dat wanneer een dienst op inhoud en proces specifiek en gedetailleerd wordt omschreven, waarbij weinig tot geen ruimte is voor eigen inbreng van dienstverlener, eerder sprake kan zijn van een gangbare dienst dan wanneer de opdracht enkel het resultaat van de dienstverlening beschrijft en het aan de expertise van dienstverlener wordt overgelaten op welke wijze dat resultaat wordt bereikt (functionele beschrijving).
- 5.7.2. *Het aanbod op en/of de samenstelling van de markt.* De Commissie kan zich voorstellen dat een dienst die zich richt op een relatief klein, afgebakend specialisme eerder kwalificeert als 'niet gangbaar' dan een dienst die relatief algemeen van aard is. De wijze waarop de markt zich omtrent die dienst heeft ingericht, kan een indicatie geven. Zijn er veel aanbieders op de markt, of veel bureaus die zich specialiseren in het aanbieden van de betreffende dienst, dan kan dat een aanwijzing zijn dat het een gangbare dienst betreft. Deze afweging blijft overigens een momentopname: wat op dit moment een niet gangbare dienst is, kan dat na een bepaalde periode niet meer zijn en omgekeerd.
- 5.7.3. *De inrichting van het DAS.* De wijze waarop een aanbesteder de uitvraag onder een DAS wil vormgeven, kan een aanwijzing geven voor het antwoord op de vraag of de dienst gangbaar is of niet. Daarbij kan volgens de Commissie bijvoorbeeld worden gedacht aan de volgende omstandigheden.
- a. De wijze waarop kwalitatieve gunningcriteria zijn opgesteld. Bieden de kwalitatieve aspecten, die voor aanbesteder van belang zijn voor de invulling van de opdracht, ruimte voor innovatieve en creatieve inbreng op basis van een zelfstandig denkproces van ondernemer, waardoor een ondernemer zich in

meerdere mate kan onderscheiden ten opzichte van zijn concurrenten? Of zijn de gunningscriteria zo opgesteld dat een inschrijver slechts twee keuzemogelijkheden heeft, waarbij de ene mogelijkheid tot puntentoekenning leidt en de andere mogelijkheid niet (zie bijvoorbeeld in deze zaak par. 3.3 waar een inschrijver punten toegekend krijgt wanneer hij voldoet aan de eis en geen punten wanneer hij niet voldoet). In het laatste geval kan de Commissie zich voorstellen dat het aanbestedende dienst niet hoofdzakelijk te doen is om de eigen, creatieve en innovatieve inbreng van de ondernemer, waardoor het aannemelijk lijkt dat aanbesteder een gangbare dienst wil uitvragen. Het eerste geval lijkt aanwijzing te geven voor het uitvragen van een niet-gangbare dienst. Een en ander hangt samen met hetgeen in paragraaf 5.7.1 is opgenomen.

- b. In samenhang met a: het gewicht dat aanbesteder aan de kwalitatieve gunningscriteria heeft toegekend. Naar mate aanbesteder meer gewicht toekent aan kwalitatieve gunningscriteria ten opzichte van financiële gunningscriteria, laat hij aan ondernemers meer ruimte om zich kwalitatief te onderscheiden in de wijze waarop (een bepaald aspect van) de dienstverlening zal worden uitgevoerd. Dit kan, in samenhang bezien met 5.7.3 onder a een aanwijzing zijn dat geen sprake is van een gangbare dienst.
- c. Heeft aanbesteder de wens om een presentatie of een interview als zelfstandig gunningscriterium op te nemen in de uitvraag van de nadere opdracht? Los van de vraag of het in een DAS is toegestaan om een presentatie of interview als (zelfstandig) gunningscriterium te hanteren, zou een positief antwoord op de vraag een aanwijzing kunnen zijn dat aanbesteder een dienst wil inhuren die in mindere mate gangbaar is. De persoon of het team van de dienstverlener is daarmee een belangrijk element in de nadere selectie en lijkt daarmee een opdracht die niet met een 'op de plank liggende dienstverlening' kan worden uitgevoerd.

Inhuuropdracht aanbesteder gangbare dienst?

- 5.8. De Commissie gaat nu, voor zover mogelijk, over tot toepassing van dit toetsingskader op de inhuuropdracht van aanbesteder.
- 5.9. De inhuuropdracht behelst de inhuur van een 'Adviseur Verbijzonderde Interne Controle'. De Commissie stelt om te beginnen vast dat dit een veelvoorkomende functie is binnen organisaties zoals die van aanbesteder. Aan de in te huren adviseur is bovendien een vastomlijnd takenpakket toegekend. De ruimte voor eigen inbreng van adviseur lijkt beperkt. Tevens komen de door aanbesteder onder 'expertise' beschreven eisen de Commissie, gelet op de functie van de adviseur en zijn werkzaamheden, niet ongebruikelijk voor in relatie tot de opdracht. Naar het oordeel van de Commissie zijn deze omstandigheden een aanwijzing voor de vaststelling dat sprake is van een 'gangbare dienst'.
- 5.10. De Commissie stelt daarnaast vast dat aanbesteder vijf kwalitatieve gunningscriteria heeft geformuleerd (zie 3.3). Deze kwalitatieve gunningscriteria zijn als eis geformuleerd, waarbij een "ja" leidt tot toekenning van het maximale aantal punten op dat onderdeel en een "nee" geen punten oplevert. Aanbesteder heeft naar het oordeel van de Commissie daarmee geen ruimte gegeven aan eigen creatieve en innovatieve inbreng van ondernemer. Ook wordt geen doorslaggevend belang gehecht aan de kwalitatieve aspecten, nu prijs en kwaliteit beide even zwaar meetellen in de gunningssystematiek. Naar het oordeel van de Commissie zijn deze omstandigheden een aanwijzing voor de vaststelling dat sprake is van een 'gangbare dienst'.

- 5.11. De Commissie kan op basis van de beschikbare informatie niet goed beoordelen of aanbesteder in zijn uitvraag naar een specialisme, een niche vraagt. Nu veel organisaties wettelijk verplicht zijn om interne controles uit te voeren om de integriteit van financiële rapportages te waarborgen en risico's te beheren, kan de Commissie zich voorstellen dat dit zorgt voor een breed aanbod aan adviseurs Verbijzonderde Interne Controle.
- 5.12. Nu niet is geklaagd over het gebruik van een DAS voor de inhuuropdracht als zodanig en ondernemer en aanbesteder zich niet over de genoemde gezichtspunten hebben kunnen uitlaten, zal de Commissie zich onthouden van een oordeel of de inhuuropdracht als een gangbare dienst is aan te merken en dientengevolge via een DAS mocht worden gegund. In de onderbouwing van het advies gaat de Commissie uit van het feit dat aanbesteder het DAS niet oneigenlijk heeft gebruikt door de inhuur van deze adviseur als nadere opdracht onder het DAS in te kopen.

6. Hoe luidt de onderbouwing van dit advies?

- 6.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder op 23 april 2021 een Europese (niet-openbare) aanbestedingsprocedure voor het inrichten van een dynamisch aankoopstelsel heeft aangekondigd. De Commissie stelt tevens vast dat aanbesteder in maart 2023 een overheidsopdracht heeft geplaatst binnen het dynamisch aankoopstelsel voor de inhuur van een Adviseur Verbijzonderde Interne Controle, met als startdatum 10 april 2023 en einddatum 31 mei 2023. Op deze procedures 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.

Klachtonderdeel 1 – geen reactie van klachtenmeldpunt ontvangen

- 6.2. Ondernemer klaagt dat hij op zijn klacht bij het klachtenmeldpunt van aanbesteder omtrent de uitslag van de gunningsbeslissing geen enkele reactie van het meldpunt heeft gekregen. Ondernemer geeft daarbij aan dat hij zijn klacht conform de procedure in de leidraad heeft ingediend. Aanbesteder laat in zijn reactie op de klacht aan de Commissie weten dat hij verbeterkansen ziet voor een snellere opvolging van ontvangen berichten.
- 6.3. De Commissie constateert dat dit klachtonderdeel zich richt tegen de (beweerdelijk gebrekkige) wijze waarop het klachtenmeldpunt van beklagde met de klacht is omgegaan. De Commissie beoordeelt het klachtonderdeel in lijn met haar advies 525 (overweging 5.3) als volgt.
- 6.4. Artikel 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.'
- 6.5. 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 binnen de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012 valt.
- 6.6. De Commissie **staakt de verdere behandeling** van dit klachtonderdeel.

Klachtonderdeel 2 – gunningsbeslissing onvoldoende gemotiveerd

Motivering gunningsbeslissing

- 6.7. Ondernemer klaagt dat aanbesteder de gunningsbeslissing onvoldoende heeft gemotiveerd en daarmee niet voldoet aan de wettelijke vereisten zoals bepaald in artikel 2.130 Aw 2012. Als reactie hierop geeft aanbesteder aan dat de gunningsbeslissing misschien niet alle informatie bevat die op grond van artikel 2.130 Aw is vereist en dat hij daarom zijn huidige aanpak ten aanzien van de motivering zal heroverwegen. Daarnaast geeft aanbesteder aan dat de eventuele onvolkomenheden in de motivering geen invloed hebben gehad op de beoordeling zelf. Deze blijft intact wat betreft de aanbesteder.
- 6.8. Omdat een aanbesteder bij gebruikmaking van een DAS een Europese niet-openbare procedure moet volgen, moet aanbesteder de gunningsbeslissing overeenkomstig artikel 2.130 Aw 2012 motiveren. De wetgever heeft voor de motiveringsplicht bij gunning van een opdracht binnen een DAS geen bijzondere regeling opgenomen. Dit betekent dat aanbesteder verplicht is om in de mededeling van de gunningsbeslissing in ieder geval 'de kenmerken en relatieve voordelen van de uitgekozen inschrijving' te vermelden. Aan de hand hiervan kan een afgewezen inschrijver achterhalen wat hij goed en minder goed heeft gedaan en beoordelen of het aanhangig maken van een juridische procedure zinvol is.
- 6.9. De Commissie verwacht dat de motivering van de gunningsbeslissing bij 'gangbare' diensten waarvoor het DAS in het leven is geroepen, weinig meer omhanden zal hebben dan de enkele vermelding van de scores van de afgewezen en winnende inschrijver op de gunningscriteria. Het onderscheidend vermogen dat aanbieders van gangbare diensten ten opzichte van elkaar hebben, zal namelijk vooral te maken hebben met objectief meetbare gegevens zoals prijs, levertijd, service etc. De wijze waarop de beoordeling van dergelijke criteria heeft plaatsgevonden zal niet snel vragen oproepen, en een nadere toelichting op de scores zal daarom bij deze criteria niet nodig zijn. Dit wordt mogelijk anders naarmate de dienst minder gangbaar is en op de glijdende schaal meer richting een 'maatwerk dienst' beweegt. (zie paragraaf 5, meer specifiek paragraaf 5.7.3). Gunningscriteria kunnen in dat geval meer subjectieve elementen bevatten en de motivering van de gunningsbeslissing zal als gevolg daarvan om een uitgebreidere toelichting vragen (zie daaromtrent ook overweging 4.5.9 Advies 663, overweging 4.8 Advies 687 en overweging 6.32 Advies 691).
- 6.10. De Commissie ziet dat aanbesteder in zijn mededeling van de gunningsbeslissing van 5 april 2023 aan ondernemer heeft meegedeeld dat hij is afgewezen voor de opdracht en vierde in rangorde is geworden op basis van prijs en/of kwaliteit. Daarbij laat aanbesteder weten dat ondernemer 75 punten heeft behaald voor prijs en 100 punten voor kwaliteit. Voor meer informatie wordt verwezen naar de portal van de inhuurdesk. Uit de overige documenten die de Commissie in deze zaak ter beschikking zijn gesteld, maakt de Commissie op dat de informatie op de portal niet veel meer informatie bevatte dan de informatie in de afwijzingsbrief.
- 6.11. Uitgaande van de afwijzingsbrief van aanbesteder van 5 april 2023 constateert de Commissie dat aanbesteder ondernemer enkel heeft geïnformeerd over de scores die ondernemer zelf heeft behaald. De Commissie ziet geen vermelding van de naam van de winnende inschrijver ondanks de vermelding in de aanbestedingsstukken dat aanbesteder dit zou doen (zie paragraaf 3.5 van het Selectiedocument en 3.2 hierboven). Evenmin ziet de Commissie de scores en de 'kenmerken en relatieve voordelen' van de winnende inschrijver. De motivering geeft ondernemer geen inzicht in wat hij goed of minder goed heeft gedaan en vermeldt niet het aantal punten dat ondernemer op specifieke kwaliteitsaspecten heeft behaald. Daarmee was het naar het oordeel van de Commissie onmogelijk een vergelijking te maken tussen de aan hem gegeven beoordeling en de beoordeling van de winnende inschrijver. Hierdoor kon ondernemer niet controleren of de

beoordeling correct is uitgevoerd en werd hem geen houvast geboden om te kunnen beoordelen of het aanhangig maken van een juridische procedure zinvol is.

- 6.12. De Commissie verklaart het onderdeel van klachtonderdeel 2 dat de motivering van de gunningsbeslissing betreft dan ook **gegrond**.

Opschortende termijn

- 6.13. Ondernemer stelt dat de opschortende termijn die aanbesteder hanteert wegens de gebrekkige motivering nog niet is gaan lopen. Dit betekent volgens ondernemer dat de gunning van de opdracht nog niet had mogen plaatsvinden en daarmee onrechtmatig is.

- 6.14. Hoewel het in de lijn der verwachtingen ligt dat aanbesteder wegens de wettelijke plicht een Europese niet-openbare procedure te volgen bij gebruikmaking van een DAS, een opschortende termijn van 20 dagen zou moeten hanteren na de gunningsbeslissing, geldt deze verplichting niet voor het DAS. Voor de gunning van specifieke opdrachten onder een DAS hoeft geen opschortende termijn in acht te worden genomen (artikel 2.127 lid 4 onder c Aw 2012).

- 6.15. In de Memorie van Toelichting op de voorloper van artikel 2.127 lid 4 Aw 2012, artikel 4, lid 4, onder c van de Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden (hierna: Wira), geeft de wetgever aan dat de uitzonderingsgrond onder c in het leven is geroepen om bepaalde voordelen van een dynamisch aankoopstelsel in stand te houden.

'Het gunnen van een specifieke opdracht binnen een dynamisch aankoopstelsel of raamovereenkomst heeft meestal het voordeel dat de termijnen korter kunnen zijn. Voor de aanbestedende dienst is een niet onbelangrijk voordeel dat de gewenste overeenkomst sneller tot stand kan komen. Om dat gunstige effect te behouden, hoeft de aanbestedende dienst niet te wachten met het sluiten van een opdracht binnen een staand dynamisch aankoopstelsel of een afgesloten raamovereenkomst.'

De wetgever heeft daarbij aangetekend dat de aanbestedende dienst die gebruik maakt van de mogelijkheid om binnen een raamovereenkomst of dynamisch aankoopstelsel zonder opschortende termijn de overeenkomst te sluiten, wel het risico loopt dat deze overeenkomst wordt vernietigd op grond van artikel 8, eerste lid onder c Wira (Commissie: het huidige artikel 4.15 lid 1 onder c Aw 2012).

- 6.16. In het onderhavige geval heeft aanbesteder er desondanks voor gekozen om een opschortende termijn in acht te nemen. Aanbesteder heeft deze opschortende termijn op 5 dagen gesteld. De Commissie laat in het midden of het aanbesteder in dit geval vrij stond te kiezen voor een opschortende termijn van vijf dagen in plaats van twintig dagen, aangezien aanbesteder, zoals blijkt uit het onderstaande, heeft nagelaten de relevante redenen van de gunningsbeslissing mede te delen aan ondernemer, waardoor de opschortende termijn nog geen aanvang heeft genomen. Aanbesteder heeft de keuze gemaakt een opschortende termijn te hanteren en moet zich daarom aan deze termijn houden. Een aanbestedende dienst dient immers nauwgezet de door hemzelf vastgestelde criteria in acht te nemen (HvJ EU C-336/12, 10 oktober 2013, Manova, ov. 38-40, HR 27 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:757, r.o. 3.6.3). Dit betekent naar het oordeel van de Commissie ook dat aanbesteder zich moet committeren aan het doel waarvoor een opschortende termijn in het leven is geroepen, namelijk een inschrijver de kans bieden om gedurende deze termijn te kunnen beoordelen en besluiten of het nemen van rechtsmaatregelen zinvol is.

- 6.17. In de Memorie van Toelichting bij de Wira is opgemerkt dat het nalaten om de relevante redenen mee te zenden betekent dat de mededeling van de gunningsbeslissing niet voldoet aan de eisen van de wet (thans artikel 2.127 jo. artikel 2.130 Aw 2012). Het gevolg daarvan is dat in een dergelijk geval de opschortende termijn nog niet begint te lopen (TK 2008/09, 32027, nr. 3, p. 18). De Commissie heeft reeds geoordeeld dat de wetgever dat gevolg heeft willen beperken tot een geval waarin een aanbestedende dienst in zijn mededeling van de gunningsbeslissing in het geheel geen redenen van die beslissing geeft, dan wel redenen geeft die een redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver volstrekt geen houvast bieden om te kunnen beoordelen of het aanhangig maken van een juridische procedure zinvol is (zie onder meer Advies 138, overweging 5.9.6; Advies 389, overweging 5.9.5 en Advies 405, overwegingen 5.4.2 en 5.4.3; vgl. ook Hof Den Bosch 12 maart 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:974).
- 6.18. De Commissie constateert dat aanbesteder in zijn afwijzingsbrief geen enkele reden heeft genoemd waarom de winnaar de hoogste score heeft behaald en waarom ondernemer op de vierde plaats is geëindigd, ook niet nadat ondernemer daarover heeft geklaagd. Ondernemer heeft daardoor geen inzicht kunnen verkrijgen in hoe de beoordeling van de inschrijvingen is verlopen. Dit betekent dat ondernemer geen houvast is geboden om te kunnen beoordelen of het aanhangig maken van een juridische procedure zinvol is (zie 6.11 hierboven). Juist omdat het doel van een opschortende termijn is dat ondernemer zijn rechtspositie kan bepalen, en ondernemer deze mogelijkheid nu is ontnomen, rechtvaardigt dit naar het oordeel van de Commissie de conclusie dat de door aanbesteder gehanteerde opschortende termijn niet is gaan lopen. Dit betekent dat aanbesteder de opdracht niet definitief had mogen gunnen en gunning daarmee onrechtmatig is. De Commissie verklaart het onderdeel van klachtonderdeel 2 dat de opschortende termijn betreft **gegrond**.

Klachtonderdeel 3 – ongeoorloofde communicatie tijdens aanbesteding

- 6.19. De Commissie is het eens met aanbesteder dat de klacht van ondernemer dat aanbesteder al vóór gunning van de opdracht had besloten de opdracht aan een andere inschrijver te gunnen, onvoldoende is onderbouwd. De Commissie kan niet afgaan op vermoedens en aannames. Een klacht zal met objectieve feiten moeten worden onderbouwd, en daar is hier geen sprake van. De Commissie verklaart dit klachtonderdeel **ongegrond**.

Klachtonderdeel 4 – gunningscriteria zijn feitelijk geschiktheidseisen

- 6.20. Ondernemer klaagt dat de gunningscriteria die worden genoemd in de aanvraag voor het onderdeel kwaliteit feitelijk geen gunningscriteria zijn maar geschiktheidseisen. Aanbesteder gaat in zijn reactie op de klacht niet nader in op dit klachtonderdeel.
- 6.21. De Commissie overweegt dat van een (potentiële) gegadigde of inschrijver een proactieve houding mag worden verwacht. Dit houdt in dat een onderneming die voornemens is op een opdracht in te schrijven – mogelijke – onduidelijkheden of onvolkomenheden in de aanbestedingsstukken bij aanbesteder moet signaleren zodra hij die redelijkerwijze behoorde op te merken. De ratio daarvan is dat aanbesteder daarmee in staat wordt gesteld (de gevolgen van) een mogelijke inbreuk op het van toepassing zijnde recht ongedaan te maken in een stadium waarin de nadelige gevolgen daarvan voor alle betrokken partijen zoveel mogelijk beperkt kunnen blijven (zie bijvoorbeeld Adviezen 679, 227 en 287).
- 6.22. Aanbesteder heeft de proactieve houding die van een ondernemer verwacht wordt nader uitgewerkt in paragraaf 3.2 en 3.8 van de Selectieleidraad (zie 3.2

hierboven). In paragraaf 3.2 wordt enkel verwezen naar de mogelijkheid om gebruik te maken van een vragenronde. In paragraaf 3.8 wordt aangegeven dat ondernemer inhoudelijke vragen of opmerkingen over de aanbestedingsprocedure of over de wijze van aanbesteden, tijdens de aanbestedingsprocedure kan stellen, die vervolgens zullen worden beantwoord in de Nota van Inlichtingen. Wanneer naar de mening van ondernemer een reactie uitblijft of hij het niet eens is met de reactie van aanbesteder dan kan ondernemer een klacht indienen bij het klachtenmeldpunt van aanbesteder.

- 6.23. Aanbesteder heeft de Commissie op haar verzoek laten weten dat er geen vragen zijn gesteld tijdens de vragenronde die is gehouden. Ook ondernemer heeft geen (nadere) vragen gesteld. De conclusie van de Commissie is daarmee dat ondernemer onvoldoende proactief heeft gehandeld. Dat de gunningscriteria in de aanvraag voor het onderdeel kwaliteit feitelijk geen gunningscriteria zouden betreffen maar geschiktheidseisen, zoals ondernemer stelt, is geen omstandigheid die maakt dat van ondernemer niet kon worden gevergd dat hij in ieder geval een vraag zou stellen over deze criteria. De Commissie acht dit klachtonderdeel dan ook **ongegron**d.

Ten overvloede

- 6.24. Omdat de Commissie opmerkt dat er bij aanbesteders onduidelijkheid bestaat over het moment waarop geschiktheidseisen kunnen worden gesteld binnen de procedure van het DAS, wijdt de Commissie een korte overweging ten overvloede aan dit onderwerp. De Commissie ziet dat in de tweede fase van het DAS, dat wil zeggen de fase waarin uitvragen worden gedaan, geschiktheidseisen worden gesteld en/of dat gunningscriteria als geschiktheidseisen/knock-out criteria worden geformuleerd. In deze fase van het DAS is echter geen plaats voor geschiktheidseisen en een knock-out karakter past niet bij een gunningcriterium, zodat van een gunningscriterium in een dergelijk geval geen sprake is. Voor een verdere uitleg over de vraag waar plaats is voor geschiktheidseisen en waar voor gunningscriteria in de procedure van het DAS verwijst de Commissie naar de overwegingen ten overvloede in haar advies 615.

Klachtonderdeel 5 – relatieve beoordeling prijs niet transparant

- 6.25. Ondernemer klaagt dat het onderdeel prijs een relatieve beoordeling bevat zonder dat wordt vermeld wat er gebeurt op het moment dat de oorspronkelijke laagste prijs wegvalt. Daarmee, zo stelt ondernemer, zijn de aanbestedingsstukken op voorhand niet transparant. Aanbesteder gaat in zijn reactie op de klacht niet nader in op dit klachtonderdeel.
- 6.26. De Commissie is van oordeel dat ondernemer met betrekking tot dit bezwaar onvoldoende proactief heeft gehandeld. Ondernemer heeft hierover geen vragen gesteld in de nota van inlichtingen. Zie voor een nadere onderbouwing van dit oordeel hetgeen de Commissie heeft uiteengezet ten aanzien van Klachtonderdeel 4. De Commissie acht dit klachtonderdeel dan ook **ongegron**d.

Klachtonderdeel 6 – geen verificatiegesprek gehouden

- 6.27. Ondernemer klaagt dat in deze procedure geen verificatiegesprek is gehouden, terwijl volgens de website van de inhuurdesk van aanbesteder een verificatiegesprek onderdeel zou uitmaken van het gunningscriterium. Aanbesteder antwoordt in zijn reactie op de klacht dat de tekst op de website ten onrechte suggereert dat het verificatiegesprek altijd onderdeel uitmaakt van de procedure en dat hij zeker verbeterpunten ziet ten aanzien van het in lijn brengen van de tekst op de website en de tekst in de leidraad. Maar, zo stelt aanbesteder, in deze aanvraag maakt een

verificatiegesprek geen onderdeel uit van de procedure. De leidraad maakt dit ook mogelijk in paragraaf 3.4.1, dat als volgt luidt: 'Indien het verificatiegesprek geen onderdeel is van de gunning, dan wordt aan de hand van de score op de subgunningscriteria kennis, werkervaring en het (uur)tarief bepaald welke partij de opdracht gegund krijgt.'

- 6.28. Bij de beoordeling van dit klachtonderdeel moet worden vooropgesteld dat een aanbestedende dienst op grond van artikel 1.9, eerste lid, Aw 2012 transparant dient te handelen. De te beantwoorden vraag is of aanbesteder aan zijn hiervoor bedoelde verplichting heeft voldaan, in die zin dat hij de bepalingen in de aanbestedingsstukken omtrent de toepassing van een verificatiegesprek als onderdeel van de gunningscriteria zodanig heeft geformuleerd dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers deze op dezelfde wijze zullen uitleggen. In het geval dat deze vraag bevestigend kan worden beantwoord, komt vervolgens de vraag aan de orde welke uitleg aan de omschrijving van deze bepalingen moet worden gegeven. Bij de beantwoording van deze onderling met elkaar verband houdende vragen geldt als uitgangspunt dat voor de uitleg van de aanbestedingsdocumenten de bewoordingen van de bepalingen, gelezen in het licht van de gehele tekst van die stukken, in beginsel van doorslaggevende betekenis zijn. Daarbij komt het aan op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin de stukken zijn gesteld.
- 6.29. De Commissie is het met aanbesteder eens dat aanbesteder op grond van paragraaf 3.4.1 van de leidraad de mogelijkheid wordt geboden om het verificatiegesprek geen onderdeel te laten uitmaken van de gunning. In dat geval wordt aan de hand van de scores op de subgunningscriteria kennis, werkervaring en het (uur)tarief bepaald aan welke ondernemer de opdracht zal worden gegund. Uit de uitvraag in de inhuurdesk van aanbesteder voor de 'Adviseur Verbijzonderde Interne Controle' blijkt ondubbelzinnig dat enkel punten kunnen worden gescoord op criteria die gerelateerd zijn aan kennis, werkervaring en het (uur)tarief. Voor een redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver is het zodoende voldoende duidelijk dat in de onderhavige aanbesteding geen plaats was voor een verificatiegesprek. Daarmee zijn de aanbestedingsstukken met betrekking tot de mogelijke toepassing van een verificatiegesprek naar het oordeel van de Commissie voldoende transparant en heeft aanbesteder niet in strijd gehandeld met zijn verplichting om transparant te handelen. De Commissie verklaart dit klachtonderdeel **ongegrond**.

Den Haag, 10 november 2023

Mr. G.R. Werkman-Bouwkamp Mr. M.C. Pinto

Mr. dr. A.J. van Heeswijck

Voorzitter

Vicevoorzitter

Commissielid