

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 704

1. Waar gaat dit advies over?

- 1.1. Dit advies gaat over de vraag of aanbesteder de regels van het aanbestedingsrecht heeft geschonden bij het inhuren van een adviseur. De inhuuropdracht is door aanbesteder uitgevraagd onder een Dynamisch Aankoopstelsel (hierna: DAS). De bezwaren van ondernemer bestaan uit 8 klachtonderdelen (zie onder 4).

2. Hoe luidt dit advies?

- 2.1. De Commissie acht de klachtonderdelen 1, 3, 4 en 5 **gegrond**. Voor al deze klachtonderdelen geldt dat aanbesteder heeft erkend dat hij niet conform de aanbestedingsregels heeft gehandeld. Klachtonderdeel 1 betreft het onterecht voeren van prijsonderhandelingen na inschrijving en interview. Klachtonderdelen 3, 4 en 5 betreffen de motivering van de gunningsbeslissing onder het DAS en de daarbij te hanteren opschortende termijn. De Commissie heeft ten aanzien van deze onderwerpen verwezen naar haar advies 696.
- 2.2. Met betrekking tot klachtonderdeel 2 ziet de Commissie zich genoodzaakt **de verdere behandeling van dit klachtonderdeel te staken**. Het klachtonderdeel betreft het niet tijdig reageren van het klachtenmeldpunt van aanbesteder. Op grond van haar Reglement valt een dergelijke klacht niet binnen het toepassingsbereik van de Commissie.
- 2.3. De Commissie acht de klachtonderdelen 7 en 8 **ongegrond**. De Commissie kan enkel op basis van eenduidige objectieve feiten oordelen en die zijn bij deze klachtonderdelen niet vastgesteld. In klachtonderdeel 7 stelt ondernemer dat aanbesteder zijn geheimhoudingsplicht zou hebben geschonden. In klachtonderdeel 8 stelt ondernemer dat aanbesteder ondernemer op oneigenlijke grond zou hebben afgewezen en op onrechtmatige wijze de kandidaat van ondernemer onder de bestaande raamovereenkomst zou hebben ingezet.
- 2.4. Klachtonderdeel 6 bestaat uit twee onderdelen. Het onderdeel dat gaat over het feit dat aanbesteder de opdracht aan twee ondernemers heeft gegund in plaats van aan één zoals aanbesteder heeft uitgevraagd acht de Commissie **gegrond**. Aanbesteder heeft deze klacht erkend. Het onderdeel dat gaat over de vraag of aanbesteder in strijd met zijn beoordelingskader heeft beoordeeld door de kandidaat van ondernemer af te wijzen omdat deze een 'medior' is en geen 'senior', heeft de Commissie getracht te beantwoorden aan de hand van een uitleg van de aanbestedingsstukken. De conclusie van de Commissie is dat de aanbestedingsstukken niet eenduidig zijn. De Commissie heeft daarom de **verdere behandeling van dit klachtonderdeel gestaakt**.

3. Wat zijn de relevante feiten

- 3.1. Aanbesteder heeft op 28 maart 2023 een overheidsopdracht voor een 'Juridisch adviseur bezwaar en beroep' geplaatst binnen het dynamisch aankoopstelsel (DAS) dat aanbesteder in het kader van de inhuur van extern personeel heeft ingericht voor opdrachten op het gebied van milieu. Aanbesteder is een

samenwerkingsverband (Gemeenschappelijke Regeling) van een aantal gemeenten op het gebied van milieu.

- 3.1.1. De startdatum van de werkzaamheden van de juridisch adviseur is 15 april 2023, de einddatum 14 oktober 2023. De overeenkomst kan tweemaal met een half jaar worden verlengd.
- 3.2. In de selectieleidraad van 3 mei 2016 waarin de toelatingsfase tot (de verschillende categorieën binnen) het DAS is omschreven als ook de hoofdlijnen van de offerte-fase binnen het DAS, is onder meer het volgende bepaald:

'Leeswijzer

De tijdelijke inhuur van extern personeel verloopt voor een aantal organisaties aangesloten bij [het platform voor overheidsvacatures in de regio van aanbestedder; hierna 'het platform'] onder andere via [de inhuurdesk van het platform], voor zover dit niet via bestaande (raam)overeenkomsten mogelijk is. (...)'

'3 Offertefase'

'3.3 Eisen

Een Offerteaanvraag wordt gepubliceerd binnen de – naar de mening van [de inhuurdesk van het platform] - best passende categorie of in gegeven geval binnen meerdere categorieën. (...) Deze publicatie bestaat derhalve tenminste uit een functieprofiel en een Offerteaanvraag.

Het functieprofiel geeft een eerste indruk van de inhuurbehoefte. In een offerteaanvraag worden specifieke eisen gesteld aan de Opdracht. Deze eisen zijn knock-out eisen en gaan bijvoorbeeld over vereiste werkervaring, certificering, inzetbaarheid en vereist opleidingsniveau. Leveranciers conformeren zich aan de eisen op het moment van het indienen van hun Offerte. (...)'

'3.4 Gunningcriteria

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

'3.4.1 Schriftelijke beoordeling

(...)

Rangorde

De totaalscore van een Offerte komt tot stand door de scores op de verschillende (sub)gunningcriteria bij elkaar op te tellen. De (sub)gunningcriteria bestaan uit de prijs- en kwaliteitscriteria om zodoende de beste prijs- en kwaliteitsverhouding voor de Opdracht te selecteren. In de Offerteaanvraag wordt aangegeven wat de weging is van prijs en kwaliteit in de totaalscore. (...)'

'3.4.2 Interviewfase

In de Offerteaanvraag wordt aangegeven hoeveel Externen maximaal worden uitgenodigd voor de interviewfase. De in paragraaf 3.4.1 beschreven rangorde bepaalt welke Leveranciers doorgaan naar de interviewfase. Aanbestedende Dienst nodigt vervolgens de geselecteerde Externen uit voor het interview. (...)'

'De interviewfase leidt tot de selectie van een Externe (of meerdere Externen naar gelang de inhuurbehoefte). (...)'

'(...) De beoordeling van het interview leidt tot de rangorde die bepaalt welke Leverancier het voornemen tot gunning ontvangt. Deze Leverancier heeft uiteindelijk de beste prijs-/kwaliteitsverhouding en komt daarmee in aanmerking voor voorlopige gunning van de Opdracht.'

'3.8 Bezwaar

Na bekendmaking van de gunningsbeslissing start de opschortende termijn van 5 kalenderdagen waarbinnen afgewezen Leveranciers een bezwaar kunnen indienen tegen de gunningsbeslissing door het aanhangig maken van een kort geding bij de bevoegde rechter. (...) Door het uitbrengen van een Offerte gaat Leverancier ermee akkoord dat bovengenoemde termijn van 5 kalenderdagen een vervaltermijn is, (...).'

- 3.3. In de Algemene gebruiksvoorwaarden applicatie [inhuurdesk van het platform] van 6 april 2016 die van toepassing zijn op de in hoofdstuk 2 van de selectieleidraad omschreven toelatingsfase van het DAS en het functioneren van de applicatie [inhuurdesk van het platform], is onder meer het volgende bepaald:

'8.3. Naast het gebruik van [inhuurdesk van het platform] gebruiken aangesloten organisatie bij [het platform] afzonderlijke raamovereenkomsten, overeengekomen met leveranciers, ten behoeve van Inhuur. Voor zover een Inhuuropdracht valt binnen de scope van een dergelijke raamovereenkomst, is een aangesloten organisatie bij [het platform] gerechtigd de Inhuuropdracht onder die raamovereenkomst uit te zetten.'

- 3.4. In de Voorwaarden Offerteprocedure [het platform] van 6 april 2016 die van toepassing zijn op de offerteprocedures onder het DAS is onder meer het volgende bepaald:

'2. Offerteaanvraag

2.1 In de Offerteaanvraag worden onder meer de minimumeisen, gunningcriteria, termijnen, de wijze van beoordeling van een Offerte en de regeling omtrent het aanleveren van bewijsmiddelen bekendgemaakt.'

'4. Geschiktheidseisen

4.1 Aanbestedende Dienst behoudt zich het recht voor om geschiktheidseisen te hanteren tijdens de Offerteprocedure.'

'7. Offerteprocedure en voornemen tot gunning

(...)

7.7 Naar aanleiding van de resultaten van de interviewfase zal Aanbestedende Dienst bepalen welke Leverancier in aanmerking komt voor de gunningsbeslissing.

7.8 Bij het bekendmaken van de gunningsbeslissing wordt de score van de winnende Leverancier op hoofdlijnen vrijgegeven aan alle Leveranciers die deelnemen aan de Offerteprocedure.

7.10 Na bekendmaking van de gunningsbeslissing zal de winnende Leverancier binnen zeven kalenderdagen de bewijsmiddelen aanleveren zoals bepaald in de Offerteaanvraag.

(...).'

'8. Bezwaarmogelijkheid en definitieve opdrachtverstrekking

8.1 De afgewezen Leveranciers zullen in de gelegenheid worden gesteld om binnen vijf kalenderdagen na verzendingsdatum van de gunningsbeslissing een kort geding aanhangig te maken bij de bevoegde rechter.

8.2 Indien de afgewezen Leverancier niet, niet tijdig of niet correct een kort geding aanhangig maakt, dan wordt hij geacht uitdrukkelijk afstand te hebben gedaan van het recht om de gunningsbeslissing door de rechter te laten toetsen en is hij niet-ontvankelijk in zijn vorderingen indien hij alsnog een kort geding aanhangig maakt. (...).'

- 3.5. In de uitvraag van aanbesteder van 28 maart 2023 voor een 'Juridisch adviseur bezwaar en beroep' onder het DAS, is onder meer het volgende bepaald:

'Verantwoordelijkheden

- De kandidaat is in staat complexe bezwaar- en beroepszaken te behandelen (van opstellen procesdossier, verweerschrift tot en met vertegenwoordiging van [bevoegd orgaan van aanbesteder]);
- De kandidaat is in staat om juridisch advies te geven (intern en extern) op het gebied van het omgevingsrecht. Hierbij moet gedacht worden aan adviesvragen van de andere teams binnen de [bij aanbesteder aangesloten organisatie] (bijvoorbeeld vergunningverlening of handhaving) of adviesvragen van onze opdrachtgevers;
- De kandidaat is vraagbaak is voor collega's m.b.t. omgevingsrecht vraagstukken;
- De kandidaat draagt in algemene zin bij aan de kwaliteit van de producten die door de [bij aanbesteder aangesloten organisatie] worden geleverd;
- De kandidaat is in staat zich snel in nieuwe materie te verdiepen en kan vervolgens daarover adviseren en zo nodig zelf actief handelend optreden.'

'Overige eisen

U voegt een cv van maximaal 5 pagina's A4 toe. U dient gebruik te maken van het bijgevoegde template en alle gevraagde onderdelen in te vullen.	<i>Dit criterium is een eis</i>
HBO/WO-werk en denkniveau.	<i>Dit criterium is een eis. Toelichting verplicht.</i>
De kandidaat beschikt over hoogwaardige, actuele kennis van het omgevingsrecht en hebt meerjarige ervaring. Diepgaande kennis van de Wabo is een must.	<i>Dit criterium is een eis. Toelichting verplicht.</i>
De kandidaat heeft enige jaren relevante werkervaring in een vergelijkbare juridische functie en hoogwaardig adviseren.	<i>Dit criterium is een eis. Toelichting verplicht.</i>
De kandidaat is analytisch ingesteld en heeft een uitstekende schriftelijke en mondelinge uitdrukkingsvaardigheid.	<i>Dit criterium is een eis. Toelichting verplicht.</i>

'Gunningscriteria

Uitleg gunningscriteria

Op basis van de beste kwaliteit-prijsverhouding (BKPV) wordt de top van kandidaten samengesteld. Op basis van de gespreksresultaten wordt één kandidaat geselecteerd. In het geval er uit de gesprekken geen geschikte kandidaat naar voren komt, worden de volgende CV's beoordeeld; zo nodig te herhalen tot de selectie is voltooid. (...)'

'Gunningscriteria kwaliteit

HBO / WO-werk en denkniveau	Toelichting verplicht	Ge- wicht: 40 %.
De kandidaat heeft enige jaren relevante werkervaring in een vergelijkbare juridische functie en hoogwaardig adviseren.	Toelichting verplicht	Ge- wicht: 40 %.
De kandidaat voldoet aan VTH-kwaliteitscriteria		Ge- wicht: 40 %.

(...)'

'Competenties te toetsen in interviewfase

De kandidaat beschikt over de volgende organisatie brede competenties van de [bij aanbesteder aangesloten organisatie]:

- Klantgericht
- Resultaatgericht
- Flexibel
- Gedreven
- Besluitvaardig en daadkrachtig
- een teamplayer
- Analytisch
- Uitstekende schriftelijke en mondeling uitdrukkingsvaardigheid

Daarnaast heeft de kandidaat overtuigingskracht, en beschikt men over politieke en bestuurlijke sensitiviteit.'

'Interviewfase

Beschrijving (uitleg)

Uitsluitend de Externen die na een schriftelijke beoordeling van de Offertes in de rangorde de plaatsen 1 tot en met 3 innemen, zullen worden uitgenodigd voor een interview. (...)'

- 3.6. Op 31 maart 2023 heeft ondernemer een aanbieding ingediend op de aanvraag. De offerte zag op een aanbod van de heer [naam kandidaat] (hierna 'de kandidaat'). Op 4 april 2023 bericht aanbesteder aan ondernemer dat de kandidaat is toegelaten tot de interviewfase. Het interview vond plaats op 13 april 2023.
- 3.7. Op 14 april 2023 bericht aanbesteder aan ondernemer het volgende: 'Gisteren hebben wij een goed gesprek gehad met [de kandidaat]. Wij zouden [de kandidaat] graag per 1 juni voor 36 uur in de week willen inhuren, mits er iets aan zijn uurtarief gedaan kan worden. De € 100,-- die jullie voor hem vragen is echt veel te hoog. Dit betalen wij niet eens voor senior juristen en [de kandidaat] is sowieso geen senior jurist. Dat geeft hij zelf ook aan. Indien het uurtarief vastgesteld zou kunnen worden op € 85,-- per uur dan kunnen wij ons daarin vinden en een contract aangaan. Uiteraard moet [de kandidaat] ook bij ons willen komen werken.'
- 3.8. Ondernemer heeft op enig moment tijdens een mondeling gesprek aangeboden de inschrijving aan te passen tot een uurtarief van € 90,--. Aanbesteder is hiermee niet akkoord gegaan. Vervolgens komt ondernemer via de kandidaat ter ore dat de kandidaat per 1 juni 2023 via een raamcontractant van aanbesteder, met wie aanbesteder een raamovereenkomst heeft gesloten voor de inhuur van flexibele krachten, alsnog bij aanbesteder kan starten als 'Juridisch adviseur bezwaar en beroep'. De kandidaat meldt daarover onder meer het volgende aan ondernemer: 'Zij (Commissie: de raamcontractant) vroegen mij toen naar mijn uurtarief en gaven aan dat ze een raamovereenkomst hebben met de [aanbesteder]. En dat ze mij dus voor mijn uurtarief met 100% zekerheid daar konden plaatsen. Ik heb naar aanleiding van dat gesprek van die mogelijkheid gebruik gemaakt (...).'
- 3.9. Op 11 mei 2023 heeft ondernemer tegen deze gang van zaken bij aanbesteder schriftelijk bezwaar gemaakt. Ondernemer geeft onder meer aan dat het zijns inziens onrechtmatig is de kandidaat van ondernemer achter zijn rug om in te huren via de raamcontractant van aanbesteder. Op 12 mei 2023 wijst aanbesteder alle bezwaren van de hand met de mededeling dat hij geen enkele verplichting heeft richting ondernemer en ook geen verantwoording en/of uitleg verschuldigd is. Eveneens op 12 mei 2023 herhaalt ondernemer per mail aan aanbesteder zijn bezwaar over het zijns inziens onrechtmatige handelen van aanbesteder. Op 23 mei

2023 verzoekt ondernemer aanbestede te reageren op zijn laatste mail. Ondernemer wordt vervolgens op 1 juni op kantoor van aanbestede voor een gesprek uitgenodigd. Nog op dezelfde dag (1 juni 2023) stuurt aanbestede een korte mail aan ondernemer waarin hij deze meedeelt dat zijn bieding voor de kandidaat is afgewezen, waarbij onder het kopje 'De volgende bedrijven hebben de bieding gewonnen' staat 'winnaar onbekend'.

- 3.10. Bij mail van 15 juni 2023 maakt de advocaat van ondernemer bij aanbestede bezwaar tegen de gunningsbeslissing en de handelwijze van aanbestede. Aanbestede wijst de bezwaren van ondernemer per mail van 16 juni 2023 af.
- 3.11. Vervolgens dient ondernemer op 3 juli 2023 een klacht bij de Commissie in (zie paragraaf 4 hierna).
- 3.12. Aanbestede heeft op 12 juli 2023 een reactie ingediend (zie paragraaf 5 hierna).

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

- 4.1. Ondernemer stelt dat aanbestede de regels van het aanbestedingsrecht heeft geschonden hetgeen kwalificeert als een onrechtmatige daad jegens ondernemer. Ondernemer heeft zijn klacht in 8 klachtonderdelen opgesplitst. Doel van de klacht is het bewerkstelligen dat de opdracht alsnog aan hem wordt gegund, of – als dat inmiddels een gepasseerd station is - het vergoeden van de door ondernemer door toedoen van de aanbestede geleden schade.
- 4.2. Klachtonderdeel 1: Aanbestede heeft ten onrechte een onderhandse onderhandeling over de prijs opgestart, na vaststelling dat de gunstigste prijs geboden was
 - 4.2.1. De kandidaat van ondernemer is uitgenodigd voor een gesprek. De beoordeling van de inschrijving van ondernemer op het onderdeel prijs was op dat moment afgerond. Uit de aanvraag volgt niet dat er een prijsmaximum werd gehanteerd noch dat aanbestede na de beoordeling van de inschrijvingen nog prijsonderhandelingen zou (kunnen) voeren. Het stond aanbestede dus niet vrij om prijsonderhandelingen te starten omdat het geboden uurtarief hem bij nader inzien niet aanstond. Door na de beoordeling van de inschrijvingen in onderhandeling treden met een of enkele inschrijvers over de geoffreerde prijs heeft aanbestede in strijd met de beginselen van gelijkheid en transparantie gehandeld en bovendien een niet-toegestane wijziging in de prijs aangebracht.
- 4.3. Klachtonderdeel 2: Aanbestede heeft in de beginfase ten onrechte de klachten van ondernemer niet in behandeling willen nemen
 - 4.3.1. Pas na herhaaldelijk aandringen is aanbestede akkoord gegaan met een (slechts) mondelinge toelichting op haar handelwijze (leidend tot excuses). De stelling van aanbestede dat hij geen verantwoording aan ondernemer is verschuldigd en zelfs 'geen enkele verplichting' richting ondernemer heeft, miskent volledig dat een aanbestede gehouden is op een voor inschrijvers kenbare wijze te handelen conform de aanbestedingsrechtelijke beginselen.
- 4.4. Klachtonderdeel 3: De motivering van de gunningsbeslissing voldoet niet aan de wettelijke vereisten ten aanzien van i) vermelding winnaar, ii) inzage in de kenmerken van de winnende inschrijving en iii) opschortende termijn
 - 4.4.1. Bij e-mailbericht van 1 juni 2023 heeft aanbestede aan ondernemer slechts bericht dat zijn bieding op de opdracht is afgewezen en dat de winnaar onbekend is. Het bericht bevat geen enkele andere relevante informatie en voldoet dus niet aan

de eisen die worden gesteld aan een gunningsbeslissing. De motiveringsplicht bij het plaatsen van een overheidsopdracht binnen een DAS heeft dezelfde strekking als de motiveringsplicht van artikel 2.130 Aw 2012. Aanbesteder heeft in het e-mailbericht van 1 juni 2023 niet vermeld aan wie de opdracht wél zal worden gegund ('Winnaar onbekend') en ook niet waarom de inschrijving van de winnaar beter aansluit bij de wensen van aanbesteder, zoals kenbaar uit de aanvraag. Aanbesteder heeft ondernemer dus geen enkel houvast gegeven om te kunnen beoordelen of het aanhangig maken van een juridische procedure zinvol is.

- 4.4.2. Daarnaast heeft aanbesteder in zijn mail van 1 juni 2023 geen nauwkeurige omschrijving gegeven van de opschortende termijn zoals vereist. Hoewel aanbesteder bij het plaatsen van opdrachten binnen een DAS niet verplicht is een opschortende termijn te hanteren, heeft aanbesteder er in deze voor gekozen wel een termijn te hanteren van 5 dagen. In dat geval moet aanbesteder de betreffende termijn ook in de gunningsbeslissing noemen. Nu aanbesteder dit niet heeft gedaan voldoet het bericht van 1 juni 2023 niet aan de eisen van een voorlopige gunningsbeslissing.
- 4.5. Klachtonderdeel 4: Aanbesteder heeft ten onrechte zijn beslissing pas schriftelijk gemotiveerd in reactie op een brief van een advocaat
 - 4.5.1. Mocht de Commissie de mail van 1 juni 2023 met daarin slechts een 'lege' afwijzing als voorlopige gunningsbeslissing aanmerken, dan geldt dat aanbesteder pas na vele verzoeken daartoe door ondernemer en diens advocaat pas op 16 juni 2023 voor het eerst enige grondslag voor zijn handelwijze en/of 'gunningsvoornemen' op papier heeft gezet. Mocht de Commissie de mail van 1 juni 2023 als gunningsbeslissing aanmerken, dan geldt op basis van vaste rechtspraak, waaronder van de Hoge Raad, dat (zonder buitengewone omstandigheden) een (aanvulling van de) motivering op dergelijk late termijn, te laat is.
- 4.6. Klachtonderdeel 5: Aanbesteder heeft op onjuiste wijze de rechtsbeschermingstermijn gehanteerd
 - 4.6.1. Aanbesteder heeft zichzelf verplicht tot het in acht nemen van een opschortende termijn van vijf kalenderdagen. Volgens vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU moet een aanbestedende dienst nauwgezet de door hemzelf vastgestelde criteria in acht nemen. Voor het aanvangen van de genoemde standstill-periode wordt in de voorwaarden van het DAS verwezen naar een periode na de 'gunningsbeslissing'. Nu de korte mail van 1 juni 2023 niet voldoet aan de eisen die voor een gunningsbeslissing gelden (zie klachtonderdeel 3), is aanbesteder ten onrechte uitgegaan van deze standstill-periode. Nadat de gebreken aan de gunning door ondernemer in bezwaar aan aanbesteder kenbaar zijn gemaakt, heeft aanbesteder ten onrechte vastgehouden aan de gehanteerde standstill-periode van vijf kalenderdagen na 1 juni 2023.
- 4.7. Klachtonderdeel 6: Op meerdere onderdelen is de beoordeling van de inschrijving niet in overeenstemming met het bepaalde in de aanbestedingsdocumenten, waaronder i) onjuist beoordelingskader, en ii) twee winnaars in plaats van één
 - 4.7.1. Onjuist beoordelingskader. Ondernemer verkeerde aanvankelijk in de veronderstelling dat zijn inschrijving is afgewezen vanwege de hoogte van het door hem geboden uurtarief. Omdat de aanvraag geen prijsmaximum bevat zou afwijzing op deze grond in strijd zijn met het eigen beoordelingskader van aanbesteder. Uit de mail van 16 juni 2023 van aanbesteder aan de advocaat van ondernemer, begrijpt ondernemer echter dat de werkelijke reden van afwijzing van de bieding van ondernemer was gelegen in het feit dat de kandidaat van ondernemer 'meer een medior dan een senior' was. Ondernemer ziet in de aanvraag echter nergens de

eis van 'senioriteit' vermeld staan. Concreet was vereist 'enige jaren relevante werkervaring' en 'meerjarige ervaring', hetgeen volgens de gangbare uitleg in de praktijk wijst op een ervaring gelegen tussen de 2 tot 5 jaar. Door de inschrijving van ondernemer af te wijzen omdat de kandidaat medior althans niet-senior is, heeft aanbesteder een zwaardere toets toegepast dan vooraf aangekondigd. Dat is vanzelfsprekend niet toegestaan.

4.7.2. Twee winnaars in plaats van één. Uit de aanvraag volgt dat aanbesteder voornemens was om één kandidaat te selecteren voor de functie van Juridisch adviseur bezwaar & beroep. Deze functienaam zelf is in enkelvoud omschreven en in de hele aanvraag wordt consequent gesproken over 'de kandidaat' in enkelvoud. Bovendien vermeldt de aanvraag onder het kopje 'Gunningscriteria' uitdrukkelijk 'Op basis van de gespreksresultaten wordt één kandidaat geselecteerd'. Uit de mail van 16 juni 2023 blijkt dat aanbesteder ervoor heeft gekozen de opdracht aan twee van de drie geïnterviewde kandidaten te gunnen. Ook op dit punt is aanbesteder dus afgeweken van het vooraf bekendgemaakte selectiekader.

4.8. Klachtonderdeel 7: Schending van de geheimhoudingsplicht

4.8.1. Ondernemer stelt dat het evident is dat aanbesteder geen vertrouwelijke informatie omtrent de inschrijving van ondernemer mag delen met haar raamcontractant, zijnde de concurrent van ondernemer. Door dit wel te doen worden de bedrijfsbelangen van ondernemer geschonden. De kandidaat heeft erkend dat de raamcontractant aan hem vroeg hoe de gesprekken met aanbesteder waren verlopen, en dat zijn opdracht om werkzaamheden uit te voeren voor de aanbesteder via deze is gearrangeerd. Nu deze informatie niet door ondernemer noch door de kandidaat met de raamcontractant is gedeeld, is zeer aannemelijk dat deze informatie door aanbesteder met de raamcontractant is gedeeld. Aanbesteder was immers de enige andere partij die met deze aanbieding bekend was. Mocht de Commissie deze aannemelijkheid onvoldoende achten voor een gegrondheid van dit klachtonderdeel, verzoekt ondernemer de Commissie in ieder geval om een oordeel inzake deze handelwijze áls aanbesteder zelf deze informatie met haar raamcontractant zou hebben gedeeld.

4.9. Klachtonderdeel 8: Omzeilen aanbestedingsplicht althans op niet-transparante wijze handelen door aanbesteder

4.9.1. Aanbesteder heeft ondernemer in het gesprek van 1 juni 2023 uitgelegd dat de reden voor het openbaar openstellen van de opdracht via de inhuurdesk van het platform is dat de raamcontractant de verzochte inhuur van een Jurist bezwaar & beroep ondanks het bestaan van een raamcontract, niet heeft kunnen of willen leveren. Aanbesteder heeft er vervolgens voor gekozen een openbare aanbestedingsprocedure te starten. Kennelijk stond hem het resultaat daarvan financieel echter niet aan; Aanbesteder vond immers dat ondernemer een te hoog uurtarief rekende voor de inzet van de Kandidaat. Aanbesteder heeft vervolgens op onrechtmatige wijze getracht het aanbestedingsrechtelijke kader te omzeilen door de aanbidding van ondernemer op een oneigenlijke grond af te wijzen en de Kandidaat in te zetten door tussenkomst van de betreffende raamcontractant. Dat dit daadwerkelijk is gebeurd via het houden van een minicompetitie, zoals aanbesteder zegt, is niet aannemelijk. Aanbesteder heeft in het gesprek van 1 juni 2023 niet gesproken over een minicompetitie, ondanks dat de kandidaat al diezelfde dag (dan wel kort erna) bij aanbesteder aan de slag is gegaan. In dat gesprek heeft aanbesteder enkel gemeld zich vrij te hebben gevoeld om de raamcontractant te verzoeken de kandidaat te leveren op basis van het door aanbesteder gewenste uurtarief, nu – zo stelde aanbesteder – tussen deze partijen kennelijk geen non-concurrentiebedingen waren overeengekomen.

5. Hoe luidt de onderbouwing van dit advies?

- 5.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder op 3 mei 2016 een aankondiging heeft gedaan van een dynamisch aankoopstelsel. De Commissie stelt tevens vast dat aanbesteder op 28 maart 2023 een overheidsopdracht heeft geplaatst binnen het dynamisch aankoopstelsel voor de inhuur van een Juridisch Adviseur Bezwaar en Beroep, met als startdatum 15 april 2023 en einddatum 14 oktober 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.
- 5.2. De Commissie constateert dat de 8 klachtonderdelen waarmee ondernemer zijn klacht bij de Commissie heeft onderbouwd, voor het merendeel betrekking hebben op de procedure waarmee aanbesteder de opdracht voor de adviseur binnen het DAS heeft geplaatst. In zijn reactie op de klacht van ondernemer bij de Commissie erkent aanbesteder dat hij de DAS-procedure niet conform de regels van het aanbestedingsrecht heeft uitgevoerd. Aanbesteder doelt daarbij met name op de gevoerde prijsonderhandelingen, het gunnen van de opdracht aan twee kandidaten in plaats van aan één en het niet juist motiveren van de gunningsbeslissing. Aanbesteder belooft alles te doen om dergelijke fouten in de toekomst te voorkomen. Omdat duidelijk is dat de Commissie de klachtonderdelen ten aanzien waarvan aanbesteder heeft erkend dat hij aanbestedingsrechtelijk niet juist heeft gehandeld gegrond zal verklaren, zal de Commissie alleen die klachtonderdelen meer gedetailleerd behandelen die niet hebben geleid tot een erkenning van aanbesteder.

Klachtonderdeel 1 – ten onrechte onderhandeld over prijs na beoordeling inschrijvingen

- 5.3. Ondernemer stelt dat het na inschrijving en na het interview in onderhandeling treden over de prijs, zoals aanbesteder heeft gedaan, een schending betekent van de beginselen van gelijkheid en transparantie. Aanbesteder biedt zijn excuses aan voor dit foutieve handelen zijnerzijds, maar stelt dat ook als er geen prijsonderhandelingen zouden hebben plaatsgevonden, de kandidaat van ondernemer zou zijn afgewezen. Na het interview werd namelijk duidelijk dat de kandidaat niet de beoogde senior was. De twee andere kandidaten lieten bovendien tijdens het interview een betere indruk achter op de in de offerteaanvraag genoemde persoonlijke competenties.
- 5.4. De Commissie is van oordeel dat aanbesteder door in onderhandeling over de prijs te treden met ondernemer na de beoordeling van de inschrijvingen en na het interview, in strijd heeft gehandeld met de beginselen van gelijke behandeling van inschrijvers en transparantie (zie onder meer HvJ EU C-87/94, 25 april 1996, Waalse bussen-arrest, r.o. 56: 'Vastgesteld moet worden, dat wanneer een aanbestedende dienst rekening houdt met een wijziging in de oorspronkelijke aanbieding van één enkele inschrijver, deze laatste wordt bevoordeeld tegenover zijn concurrenten, hetgeen indruist tegen het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers en afbreuk doet aan de doorzichtigheid van de procedure.'; en HvJ EU C-599/10, 29 maart 2012, SAG-arrest, r.o. 36) . De Commissie acht dit klachtonderdeel **gegrond**.

Klachtonderdeel 2 – klachten ondernemer zijn in beginfase ten onrechte niet in behandeling genomen

- 5.5. Ondernemer stelt dat aanbesteder pas na herhaaldelijk aandringen zijn klacht (mondeling) in behandeling heeft genomen. Aanbesteder heeft op dit klachtonderdeel niet gereageerd.

- 5.6. De Commissie constateert dat dit klachtonderdeel zich richt tegen de (beweerdelijk gebrekkige) wijze waarop het klachtenmeldpunt van aanbesteder met de klacht is omgegaan. De Commissie beoordeelt het klachtonderdeel in lijn met haar advies 696 (overweging 6.4 en 6.5) als volgt.
- 5.7. 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.'
- 5.8. 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.
- 5.9. De Commissie **staakt de verdere behandeling** van dit klachtonderdeel.

Klachtonderdeel 3 – Motivering gunningsbeslissing voldoet niet aan wettelijke vereisten

- 5.10. Ondernemer stelt dat de motiveringsplicht bij het plaatsen van een overheidsopdracht binnen een DAS dezelfde strekking heeft als de motiveringsplicht van artikel 2.130 Aw 2012. Volgens dit artikel moet een aanbestedende dienst in de mededeling van de gunningsbeslissing de naam van de winnaar vermelden, inzage geven in de kenmerken en relatieve voordelen van de winnende inschrijving en de opschortende termijn nauwkeurig omschrijven. Volgens ondernemer heeft aanbesteder aan geen van deze vereisten voldaan. Aanbesteder erkent dat hij niet aan deze vereisten heeft voldaan en biedt zijn excuses hiervoor aan.
- 5.11. 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 (zie advies 696, overweging 6.8). De Commissie constateert dat aanbesteder op 1 juni 2023 een mail heeft gestuurd met de mededeling van de gunningsbeslissing. De Commissie ziet dat aanbesteder, zoals aanbesteder erkent, in deze brief enkel heeft vermeld dat de opdracht niet aan ondernemer zal worden gegund, maar niet de gegevens heeft opgenomen zoals hierboven onder 5.10 omschreven. Evenmin ziet de Commissie in deze brief een vermelding van de scores van ondernemer en de winnende inschrijver. Uit de brief wordt zelfs niet duidelijk of de opdracht al dan niet is gegund. Ondernemer verkrijgt hierdoor door geen inzicht in wat hij goed en minder goed heeft gedaan. Daarmee voldoet de motivering van de gunningsbeslissing niet aan artikel 2.130 Aw. De Commissie acht de klacht **gegrond**. Zie ook advies 696 (overweging 6.8 – 6.12).

Klachtonderdeel 4 – niet toegestane aanvulling motivering gunningsbeslissing

- 5.12. Ondernemer stelt dat aanbesteder pas op 16 juni 2023, 15 dagen na bekendmaking van de gunningsbeslissing, enige grondslag voor zijn 'gunningsvoornemen' op papier heeft gezet. Een dergelijke late aanvulling van de motivering zou volgens vaste rechtspraak niet zijn toegestaan, aldus ondernemer. Aanbesteder heeft in zijn reactie op de klacht van ondernemer bij de Commissie erkend dat de motivering van de gunningsbeslissing niet volgens de regels van het aanbestedingsrecht is verlopen.

- 5.13. De Commissie is het eens met ondernemer en aanbesteder dat een dergelijke late aanvulling van de gunningsbeslissing die niet meer informatie bevat dan de enkele afwijzing van ondernemer, niet is toegestaan. Een aanbestedende dienst is op grond van art. 2.130 lid 1 en lid 2 Aw 2012 verplicht alle relevante redenen voor de gunning in de mededeling van de gunningsbeslissing op te nemen. Hij kan die redenen volgens geldende jurisprudentie niet op een later tijdstip alsnog aanvullen (Hoge Raad 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9233, NJ 2013/154 m.nt. M.R. Mok, BR 2013/48 m.nt. M.A. de Jong). De Commissie acht dit klachtonderdeel **gegrond**.

Klachtonderdeel 5 – Aanbesteder heeft op onjuiste wijze de rechtsbeschermingsrichtlijn gehanteerd

- 5.14. Ondernemer stelt dat aanbesteder ten onrechte ervan uit is gegaan dat de door hem voorgeschreven standstill-termijn van vijf dagen na verzenddatum van de gunningsbeslissing, zou zijn gaan lopen na de verzenddatum van zijn gunningsbeslissing op 1 juni 2023. Vanwege de gebreken in de motivering van de gunningsbeslissing kan daar volgens ondernemer geen sprake van zijn. Aanbesteder stelt dat ondernemer te laat is met klagen. Zowel in het selectiedocument als in de voorwaarden voor de offerteprocedure staat duidelijk vermeld dat de opschortende termijn 5 dagen bedraagt na het verzenden van de gunningsbeslissing. Dit betekent dat ondernemer na 6 juni 2023 geen mogelijkheid meer toekomt om bezwaar te maken tegen de gunningsbeslissing.
- 5.15. De Commissie stelt vast dat aanbesteder ervoor heeft gekozen een opschortende termijn van vijf dagen te hanteren, hoewel voor de gunning van specifieke opdrachten onder een DAS in principe geen opschortende termijn in acht hoeft te worden genomen (artikel 2.127 lid 4 onder c Aw 2012). 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. Zoals hierna blijkt (zie 5.17), heeft aanbesteder nagelaten de relevante redenen van de gunningsbeslissing mede te delen aan ondernemer, waardoor de opschortende termijn hoe dan ook nog geen aanvang heeft genomen. Nu aanbesteder de keuze heeft gemaakt voor een opschortende van vijf dagen, moet hij zich in ieder geval aan deze keuze 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.
- 5.16. 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 in eerdere adviezen geoordeeld dat dit gevolg beperkt zou moeten blijven tot een geval waarin een aanbestedende dienst in zijn mededeling van de gunningsbeslissing in het geheel geen redenen van die beslissing geeft (zie advies 696 overweging 6.17 en de verwijzingen aldaar).
- 5.17. De Commissie constateert dat aanbesteder in zijn afwijzingsbrief geen enkele reden heeft genoemd waarom ondernemer is afgewezen en zelfs niet heeft vermeld of de opdracht al dan niet is gegund. 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. 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 aanbestede gehanteerde opschortende termijn niet is gaan lopen. Dit betekent dat aanbestede de opdracht niet definitief had mogen gunnen en gunning daarmee onrechtmatig is. De Commissie verklaart dit klachtonderdeel **gegrond**. Zie voor een meer gedetailleerde uitleg van het gebruik van een opschortende termijn bij gunningen binnen een DAS advies 696 (overwegingen 6.13-6.18).

Klachtonderdeel 6 – Beoordeling is op meerdere onderdelen niet in overeenstemming met de aanbestedingsstukken

i. Onjuist beoordelingskader

- 5.18. Ondernemer begrijpt uit het antwoord van aanbestede van 16 juni 2023 op de klacht van ondernemer bij het klachtenmeldpunt van aanbestede, dat de werkelijke reden voor afwijzing van de kandidaat van ondernemer niet gelegen was in het uurtarief van de kandidaat van ondernemer, maar in het feit dat de kandidaat 'meer een medior dan een senior' was. Ondernemer ziet in de aanvraag echter nergens de eis of het criterium van 'senioriteit' vermeld staan. Vereist was 'enige jaren relevante werkervaring' en 'meerjarige ervaring'. Ondernemer stelt dat aanbestede daarmee een niet toegestane zwaardere toets heeft toegepast dan vooraf was aangekondigd. Aanbestede verwijst in zijn reactie op de klacht van ondernemer bij de Commissie naar hetgeen hij ten aanzien van dit klachtonderdeel heeft uiteengezet in zijn mail van 16 juni 2023.
- 5.19. De vraag die naar het oordeel van de Commissie beantwoord moet worden is of ondernemer als redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver moest begrijpen dat aanbestede met betrekking deze opdracht een senior kandidaat beoogde in plaats van een (door ondernemer aangeboden) medior kandidaat, en dat aanbestede een senior kandidaat ook hoger zou beoordelen dan een medior kandidaat? De beantwoording van deze vraag vergt een uitleg van de offertevraag.

Toetsingskader

- 5.20. Bij de beoordeling van de klacht moet worden vooropgesteld dat een aanbestedende dienst op grond van artikel 1.9, eerste lid, Aw 2012 transparant dient te handelen. De te beantwoorde vraag is of aanbestede aan zijn hiervoor bedoelde verplichting heeft voldaan, in die zin dat hij zijn eisen en wensen ten aanzien van het niveau en ervaring van de beoogde Juridisch adviseur bezwaar en beroep' zodanig in de aanbestedingsstukken 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 de scope moet worden gegeven. Gezien het eenzijdige karakter van de aanbestedingsstukken die naar hun aard bestemd zijn (ook) de rechtspositie van derden te beïnvloeden, ligt bij de uitleg van een eis en/of criterium doorgaans een uitleg naar objectieve maatstaven in de rede. Dit betekent dat zal moeten worden uitgegaan van de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen van het criterium (zie conclusie A-G Keus, 18 mei 2017, ECLI:NL:PHR:2017:467, JBM Koeriers/UvA, randnummer 2.5). Daarbij kan onder meer acht worden geslagen op de elders in de aanbestedingsstukken gebruikte formuleringen en op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe de verschillende interpretaties zouden leiden. Indien de bedoeling van de aanbestedende dienst naar objectieve maatstaven volgt uit de bepalingen in de

aanbestedingsstukken en de eventueel daarbij behorende schriftelijke toelichting en dus kenbaar zijn voor alle potentiële inschrijvers die niet bij de totstandkoming van de aanbestedingsstukken betrokken zijn geweest, kan ook daaraan bij de uitleg betekenis worden toegekend (zie Hoge Raad, 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427, DSM/Fox, randnummer 4.4). Bedoelingen en opvattingen van de aanbestedende dienst die niet in de aanbestedingsstukken tot uitdrukking zijn gebracht moeten echter bij de uitleg buiten beschouwing worden gelaten, omdat deze tot ongelijke behandeling zouden kunnen leiden (zie advies 688, overweging 5.5).

Senior of medior kandidaat?

- 5.21. Om de onder 5.19 benoemde vraag te beantwoorden zal de Commissie onderzoeken hoe de eisen en wensen in de offerteaanvraag van 28 maart 2023 voor de 'Juridisch adviseur bezwaar en beroep' zijn omschreven. De Commissie zal daarbij in het midden laten of het aanbesteder vrijstond om in de uitvraag onder het DAS (de tweede fase van het DAS) te kiezen voor het stellen van geschiktheidseisen en knock-out criteria, omdat ondernemer daarover niet heeft geklaagd. Voor een verhandeling over dit onderwerp verwijst de Commissie naar haar advies 696 (overweging 6.24).
- 5.22. Allereerst merkt de Commissie op dat aanbesteder de begrippen 'medior' en 'senior' pas benoemt in zijn aanvulling op zijn gunningsbeslissing, namelijk 16 juni 2023 (zie 5.12 en 5.13 hierboven). In de uitvraag zelf worden deze begrippen niet gedefinieerd noch op andere wijze vermeld. Desondanks wordt ondernemer afgewezen omdat hij een 'medior' zou hebben aangeboden in plaats van een 'senior'.
- 5.23. De Commissie is van oordeel dat de termen die aanbesteder in zijn offerteaanvraag wél heeft gebruikt om te omschrijven waaraan de kandidaat van inschrijvers zou moeten voldoen, weinig concreet en nauwkeurig zijn. De termen 'meerjarige ervaring' zoals gebruikt in de tweede eis, en 'enige jaren relevante werker-ervaring' zoals gebruikt in de derde eis en de gunningscriteria, zijn naar het oordeel van de Commissie geen vastomlijnde begrippen. Aanbesteder legt niet uit hoeveel jaar hij daarbij in gedachten heeft. Ook het in staat zijn om 'complexe' zaken te behandelen, en het ervaring hebben in 'hoogwaardig' adviseren, zoals onder 'Verantwoordelijkheden' en 'Eisen' uitgevraagd, zijn naar het oordeel van de Commissie dermate algemene omschrijvingen, dat inschrijvers daarmee onvoldoende houvast wordt geboden. De Commissie is daarom van oordeel dat niet alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers deze in de offerteaanvraag gebruikte termen op dezelfde wijze zullen uitleggen.
- 5.24. Daarmee is de in de offerteaanvraag geformuleerde uitvraag naar het oordeel van de Commissie onvoldoende transparant. Dit brengt met zich mee dat de Commissie niet kan beoordelen of aanbesteder het beoordelingskader met betrekking tot het niveau van de verlangde kandidaat onjuist heeft toegepast. De Commissie **staakt de verdere behandeling** van dit klachtonderdeel.
- ii. Twee winnaars in plaats van één
- 5.25. Ondernemer stelt dat het feit dat aanbesteder uiteindelijk twee kandidaten heeft geselecteerd op basis van de uitvraag, niet in overeenstemming is met hetgeen hij heeft verwoord in zijn aanbestedingsstukken. In de offerteaanvraag wordt duidelijk gesproken over het kiezen van één kandidaat. Aanbesteder erkent zijn fout in deze en biedt hiervoor zijn excuses aan.

- 5.26. De Commissie is het met ondernemer en aanbesteder eens dat aanbesteder in deze is afgeweken van zijn eigen beoordelingskader. Daarmee heeft aanbesteder in strijd gehandeld met de beginselen van gelijkheid en transparantie. De Commissie acht dit onderdeel van klachtonderdeel 6 **gegrond**.

Klachtonderdeel 7 – schending van geheimhoudingsplicht

- 5.27. Ondernemer stelt dat zijn kandidaat hem heeft meegedeeld dat de raamcontractant aan hem (kandidaat) heeft gevraagd hoe de gesprekken met aanbesteder waren verlopen. Daarnaast erkende de kandidaat dat zijn werkzaamheden voor aanbesteder via de raamcontractant van de lopende raamovereenkomst voor flexibele krachten tot stand is gekomen. Dit betekent volgens ondernemer dat de naam van de kandidaat van ondernemer op enigerlei wijze bij de raamcontractant bekend is geworden. Nu deze informatie niet door ondernemer noch door de kandidaat van ondernemer met de raamcontractant is gedeeld, is zeer aannemelijk dat deze informatie door aanbesteder met de raamcontractant is gedeeld, aldus ondernemer. Aanbesteder ontkent met klem dat hij de informatie uit de DAS procedure heeft gedeeld met zijn raamcontractant. Daar is ook geen enkel bewijs voor.
- 5.28. Ondernemer heeft zijn stelling dat aanbesteder zijn geheimhoudingsplicht zou hebben geschonden enkel onderbouwd aan de hand van gesprekken die zouden hebben plaatsgevonden. Aanbesteder ontkent de stellingen van ondernemer. De Commissie kan op basis daarvan niet de relevante feiten vaststellen en op basis daarvan oordelen of daadwerkelijk een dergelijke schending heeft plaatsgevonden. De Commissie verklaart dit klachtonderdeel **ongegrond**.

Klachtonderdeel 8 – Omzeilen aanbestedingsplicht door aanbesteder

- 5.29. Ondernemer stelt dat aanbesteder heeft geprobeerd op onrechtmatige wijze het aanbestedingsrechtelijke kader te omzeilen door de aanbidding van ondernemer op een oneigenlijke grond af te wijzen en de kandidaat van ondernemer in te zetten door tussenkost van de raamcontractant van aanbesteder. Ondernemer vermoedt dat de mislukte prijsonderhandelingen over de prijs van de kandidaat van ondernemer de werkelijke reden voor afwijzing van de aanbidding van ondernemer is. Ondernemer vindt het niet geloofwaardig dat er minicompetitie onder de raamovereenkomst is gehouden, omdat aanbesteder in het gesprek dat ondernemer op 1 juni 2023 met aanbesteder had, daarover niet heeft gesproken. Aanbesteder stelt dat daarvan geen sprake is. Volgens aanbesteder heeft hij allereerst een DAS-procedure uitgeschreven voor een juridisch adviseur bezwaar en beroep en op grond van deze procedure aan de twee andere voor het interview uitgenodigde inschrijvers gegund. Na gunning van deze opdracht is aanbesteder tot de conclusie gekomen dat hij behoefte had aan nog meer extra inzet. Deze extra inzet is in de persoon van de kandidaat na een minicompetitie via één van de raamcontractanten onder de lopende raamovereenkomst voor flexibele krachten tot stand gekomen. Dat de kandidaat via de raamovereenkomst dezelfde is als de kandidaat die ondernemer heeft aangedragen is puur toeval.

i. Afwijzing ondernemer op oneigenlijke grond

- 5.30. Bij de beantwoording van de vraag of aanbesteder ondernemer op oneigenlijke grond, namelijk op grond van de mislukte prijsonderhandelingen, heeft afgewezen overweegt de Commissie dat zij hierover geen oordeel kan vellen. De Commissie stelt aan de hand van de haar ter beschikking gestelde documentatie vast dat aanbesteder op 14 april 2023 inderdaad heeft voorgesteld het uurtarief van de kandidaat van ondernemer te verlagen. De Commissie begrijpt dat ondernemer aanbesteder mondeling een tegenvoorstel heeft gedaan en dat aanbesteder

met dit voorstel niet akkoord is gegaan. Van dit tegenvoorstel en de afwijzing daarvan heeft de Commissie geen schriftelijke documentatie ontvangen. Op 1 juni 2023 heeft aanbesteder ondernemer een mail verzonden met de afwijzing van de inschrijving van ondernemer. De reden voor afwijzing ontbreekt. Of de werkelijke reden van afwijzing gelegen is in de mislukte prijsonderhandelingen of in het te lage niveau van de kandidaat van ondernemer, zoals aanbesteder stelt in zijn aanvulling van zijn gunningsbeslissing van 16 juni 2023, kan de Commissie uit de haar ter beschikking gestelde documentatie niet afleiden. Hoewel de gang van zaken bij de afwijzing van de kandidaat van ondernemer vragen oproept, kan de Commissie niet vaststellen of sprake is van een onrechtmatige afwijzing, zoals ondernemer stelt. De Commissie verklaart daarom dit onderdeel van klachtonderdeel 8 **ongegrond**.

ii. *Onrechtmatig inzetten kandidaat van ondernemer via bestaande raamovereenkomst*

5.31. Bij de beantwoording van de vraag of aanbesteder op onrechtmatige wijze de kandidaat van ondernemer bij een van de raamcontractanten van ondernemer heeft afgenomen, overweegt de Commissie dat zij ook over deze vraag geen oordeel kan vellen. Hoewel de gang van zaken vragen oproept, beschikt de Commissie niet over onderliggende relevante documenten om deze vraag te kunnen beantwoorden. Het onderhavige klachtonderdeel draait vrijwel geheel om mondelinge mededelingen van zowel ondernemer als aanbesteder. De Commissie kan de juistheid van de verschillende mededelingen niet vaststellen en moet daarom ook dit onderdeel van klachtonderdeel 8 **ongegrond** verklaren.

6. Advies

De Commissie acht de klachtonderdelen 1, 3, 4, 5 en 6 onder ii **gegrond**, klachtonderdeel 7 en 8 **ongegrond**, en **staakt de verdere behandeling** van de klachtonderdelen 2 en 6 onder i.

Den Haag, 21 december 2023

Mr. G.R. Werkman-Bouwkamp Mr. M.C. Pinto Mr. Dr. A.J. van Heeswijck

Voorzitter

Vicevoorzitter Commissielid