

# Commissie van Aanbestedingsexperts

## Advies [712]

### 1. Waar gaat dit advies over?

Dit advies gaat over de vraag of aanbesteder de regels van het aanbestedingsrecht heeft geschonden bij het intrekken van de gunningsbeslissing van een inhuuropdracht en het opnieuw in de markt zetten van de offerteaanvraag. De offerteaanvraag is door aanbesteder uitgezet binnen het dynamisch aankoopstelsel. De bezwaren van ondernemer bestaan uit 3 klachtonderdelen.

### 2. Hoe luidt dit advies?

- 2.1. De Commissie acht **klachtonderdeel 1 gegrond**. De Commissie is van oordeel dat niet is uitgesloten dat bij het intrekken van de gunningsbeslissing aan ondernemer sprake is geweest van favoritisme of willekeur.
- 2.2. Nu klachtonderdeel 1 gegrond is verklaard heeft klachtonderdeel 2 geen inhoudelijke behandeling. Om die reden **staakt** de Commissie **de behandeling van klachtonderdeel 2**.
- 2.3. De Commissie overweegt met betrekking tot klachtonderdeel 2 ten overvloede dat het enkel verlagen van het maximale uurtarief haar niet voorkomt als een wezenlijke wijziging van de oorspronkelijke offerteaanvraag. Een ingetrokken opdracht opnieuw in de markt zetten zonder dat deze wezenlijk gewijzigd wordt, brengt het risico van leuren met zich mee.
- 2.4. De Commissie acht **klachtonderdeel 3 ongegrond**. De Commissie is van oordeel dat de klacht van ondernemer dat aanbesteder ondernemer op voorhand uitsluit van deelname aan de nieuwe offerteaanvraag onvoldoende concreet is onderbouwd.

### 3. Wat zijn de relevante feiten?

- 3.1. Aanbesteder heeft een offerteaanvraag voor 2 FTE Data Analisten uitgezet binnen het dynamisch aankoopstelsel 'Marktplaats inhuur [aanbesteder]'.

*De aanbestedingstukken*

- 3.2. In de Handleiding Marktplaats inhuur [aanbesteder] is onder meer het volgende bepaald:

'(...)

#### **1.1 Doel van het Marktplaats inhuur [aanbesteder]**

[Aanbesteder] heeft regelmatig behoefte aan tijdelijke externe inhuur van diverse expertise en maakt hiervoor gebruik van een Dynamisch Aankoop Stelsel (DAS) onder de naam 'Marktplaats inhuur [aanbesteder]' (...).

De instelling van dit Dynamisch Aankoop Systeem betreft een Europese aanbesteding volgens de Aanbestedingswet 2012.

[Aanbesteder] nodigt geïnteresseerde partijen van harte uit om zich eenmalig te registreren op het platform (...). Vervolgens kunt u zich aanmelden voor het Marktpluin inhuur. Leveranciers kunnen zich aanmelden voor één of meerdere vakgebieden binnen het Marktpluin inhuur.

Zodra [aanbesteder] behoefte heeft aan tijdelijke externe inhuur, zet [aanbesteder] een offerteaanvraag via het Marktpluin inhuur [aanbesteder] uit. Geïnteresseerde partijen kunnen zich aanmelden voor het Marktpluin inhuur [aanbesteder] wanneer zij voldoen aan de minimaal gestelde eisen (zie hoofdstuk 2.2). Aan de toelating tot de Marktpluin inhuur kunt u geen recht op opdrachten ontleen.

(...)

### **3 Voorwaarden voor aanmelding Marktpluin inhuur [aanbesteder]**

[Aanbesteder] hanteert de onderstaande voorwaarden voor aanmelding.

- (...)
- Wanneer u bent toegelaten tot het Marktpluin [aanbesteder] en daarin een offerte indient houdt dat in dat u instemt met de bepalingen in dit document.
- (...)
- (...) In de precontractuele fase draagt u uw eigen kosten. Zolang er geen overeenstemming is bereikt en een schriftelijke, door beide partijen ondertekende overeenkomst tot stand is gekomen, is er geen sprake van enige gebondenheid van [aanbesteder] en is er geen enkele verplichting tot vergoeding van welke schade of kosten dan ook.
- (...)

(...)

### **7 Gunning en Afwijzing**

Alle leveranciers die een offerte hebben ingediend, ontvangen na de sluitingstermijn en na het voeren van alle matchgesprekken met de geselecteerde partijen een email met een melding dat het bericht over de afwijzing en gunning op Marktpluin inhuur beschikbaar is.

(...)

Gunning houdt in dat [aanbesteder] met de desbetreffende leverancier een overeenkomst aangaat inclusief alle daarbij behorende voorwaarden. Daarin neemt [aanbesteder], geheel of gedeeltelijk, op hetgeen de betrokken leverancier heeft aangeboden.

Indien tijdens het gunningtraject blijkt dat de leverancier onjuiste informatie heeft verschaft, behoudt [aanbesteder] zich het recht voor om de kwalificatie van de leverancier in te trekken voor betrokken opdracht.'

- 3.3. In de offerteaanvraag Data-analist Dienstverlening 2 FTE is onder meer het volgende bepaald:

'Periode: 7 maart - 8 september 2023 met 18 mogelijkheden tot verlenging van 1 maand

Uren per week: maximaal 36 uur

Tarief: maximaal 100 euro per uur inclusief reiskosten, exclusief BTW'

*Verdere verloop van de feiten*

3.4. Ondernemer heeft voor de 2 FTE data-analist drie kandidaten aangeboden. Twee van hen worden geselecteerd voor matchgesprekken.

3.5. Naar aanleiding van de matchgesprekken wordt de opdracht voor 1 FTE data-analist gegund aan ondernemer. Dit wordt vanuit aanbesteder door achtereenvolgens de inhurende teammanager, de inhuurdesk en afdeling recruitment aan ondernemer bevestigd.

3.6. In het e-mailbericht van 24 maart 2023 van de inhurend teammanager aan de kandidaat staat onder meer:

'Beste [naam kandidaat],

Afgelopen week hebben we 2<sup>e</sup> gesprekken gevoerd met de kandidaten voor de functie data analist en we kunnen je melden dat we voor jou hebben gekozen.

In ons gesprek gaf je aan dat je per juni kan starten en eventueel een overleg ook wat eerder. Wil je contact met me opnemen zodat we de ingangsdatum kunnen bepalen?

(...)'

3.7. In het e-mailbericht van de inhuurdesk aan ondernemer staat onder meer:

'(...)

Je hebt meegedaan aan de tender: Data-analist 2FTE

Zoals telefonisch al is besproken bevestigen we via deze brief met veel enthousiasme dat [aanbesteder] jou het contract gunt n.a.v. het gevoerde persoonlijke kennismakingsgesprek. Gefeliciteerd!

(...)

Uw prijs: € 90,00

Op korte termijn starten wij de gunning op van deze opdracht. Je ontvangt hiervoor via een separate mail een verzoek om aanvullende informatie te verstrekken aan [aanbesteder]. We vragen hiervoor je aandacht om zo snel mogelijk op dat verzoek te reageren.

We kijken uit naar een plezierige en succesvolle samenwerking.'

3.8. In het e-mailbericht van 3 april 2023 van de afdeling recruitment aan de ondernemer staat onder meer:

'Beste leverancier,

Wij zijn verheugd dat de uitvraag (...) data-analist van Marktpluin [aanbesteder] aan jouw organisatie is gegund.

Om de overeenkomst te kunnen opmaken, de VOG aanvraag te starten en de toegang tot de systemen en gebouw te organiseren, vragen we jou om de juiste gegevens aan te leveren door onderstaande tabel per direct te controleren, aan te vullen en aan ons terug te sturen + integriteits-/geheimhoudingsverklaring (in te vullen door uitvoerder!)

Pas nadat wij deze informatie hebben ontvangen kan de contractering en onboarding worden gestart. Hiervoor zijn minimaal 5 werkdagen voor startdatum benodigd.

Indien wij de gegevens niet binnen deze termijn hebben ontvangen kan de kandidaat niet op de afgesproken datum starten.

(...)'

- 3.9. Partijen zijn er vervolgens niet in geslaagd om de startdatum van de opdracht vast te stellen. Uit e-mails van aanbesteder en ondernemer op 11 en 12 april 2023 blijkt het volgende:

Kandidaat zou eerst starten op 1 juni 2023, maar heeft vervolgens aangegeven al op 1 mei 2023 te kunnen beginnen. Na overleg met zijn huidige opdrachtgever (een ander organisatieonderdeel van aanbesteder) heeft kandidaat aan aanbesteder te kennen gegeven toch liever op 1 juni 2023 te starten. Omdat hij een vakantie had gepland zou hij feitelijk op 12 juni 2023 kunnen beginnen. In het e-mailbericht geeft de inhurend teammanager aan dat de vakantie in het gesprek met de kandidaat niet aan de orde is geweest en vernomen te hebben dat de opdracht bij het andere onderdeel van aanbesteder onlangs is verlengd tot februari 2024. In de e-mailwisseling komt ook het uurtarief van de kandidaat aan de orde; voor de huidige opdracht hanteert ondernemer een lager uurtarief dan voor de onderhavige opdracht. In de e-mailwisseling verklaart ondernemer dit door te vermelden dat kandidaat met ondernemer eerst een traineecontract had.

Op 11 april 2023 laat de afdeling recruitment aan ondernemer weten: '(...) Helaas zijn wij, door ruis in communicatie met betrekking tot de startdatum, genoodzaakt om de tender opnieuw te publiceren in de markt. (...) We willen jullie uiteraard van harte uitnodigen om nieuwe offertes in te dienen.'

Op 12 april 2023 schrijft de inhurende teammanager: 'Termijnen die door elkaar lopen en informatie die niet volledig was, heeft ervoor gezorgd dat ik onvoldoende vertrouwen heb in de samenwerking, dus heb aangegeven om dit contract niet te versturen, maar aan te geven dat we geen samenwerking aangaan met [ondernemer],'

- 3.10. Aanbesteder heeft vervolgens een nieuwe offerteaanvraag Data-analist Dienstverlening gedaan. Hierin is onder meer het volgende bepaald:

'Periode: Per direct t/m 1 november 2023, met 18 opdrachtverlengingsopties van 1 maand (24 maanden is de maximale inhuurtermijn)

Belasting: 36 uur per week gemiddeld

Tarief: 85 euro per uur inclusief reiskosten, exclusief BTW'

- 3.11. Uit de e-mailwisseling tussen aanbesteder en ondernemer die heeft plaatsgevonden in de periode van 19 juni 2023 tot 24 juli 2023 blijkt dat ondernemer aan de inhuurdesk te kennen heeft gegeven van plan te zijn een klacht in te dienen. De jurist van aanbesteder heeft vervolgens aan ondernemer de klachtenregeling verzonden en aangegeven het handig te vinden eerst contact te hebben. Er is vervolgens een telefonisch gesprek geweest waarin de door ondernemer geleden schade aan de orde is geweest. Ondernemer heeft vervolgens aan aanbesteder gemaild

dat zijn totaal geschatte geleden schade 150.000 euro bedraagt en aanbesteder verzocht om een voorstel. Aanbesteder heeft hierop gereageerd dat het afbreken van de besprekingen een gezamenlijk besluit betreft omdat partijen het niet eens konden worden over de startdatum en heeft het vergoeden van enigerlei schade van de hand gewezen.

- 3.12. Ondernemer heeft op 19 september 2023 een klacht ingediend bij de Commissie over de handelwijze van aanbesteder, maar op dat moment nog geen officiële klacht ingediend bij aanbesteder.
- 3.13. Op 21 september 2023 heeft ondernemer aanbesteder aansprakelijk gesteld voor de geleden schade. Hierbij heeft ondernemer aanbesteder op de hoogte gesteld van het indienen van de klacht bij de Commissie.
- 3.14. De Commissie heeft vervolgens de klacht aangehouden totdat aanbesteder in de gelegenheid is gesteld binnen een redelijke termijn op de klacht te reageren.
- 3.15. De Commissie heeft op 25 oktober 2023 aan ondernemer laten weten dat de klacht in behandeling is genomen en dat de Commissie alleen zal adviseren over de aanbestedingsrechtelijke aspecten van de klacht.
- 3.16. Aanbesteder is door de Commissie op 25 oktober 2023 gevraagd om te reageren op de klacht van ondernemer. Aanbesteder heeft in een e-mailbericht van 3 november 2023 op dit verzoek gereageerd.

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

- 4.1. Ondernemer stelt dat aanbesteder op drie onderdelen in strijd met het aanbestedingsrecht heeft gehandeld. De Commissie onderscheidt de volgende klachtonderdelen die zij hieronder kort samenvat:

Klachtonderdeel 1: *Aanbesteder heeft ten onrechte de gunningsbeslissing ingetrokken*

*Ondernemer*

- 4.2. Ondernemer stelt dat de overeenkomst al tot stand is gekomen. De definitieve gunning is op verschillende manieren ontvangen en bevestigd en er was - afgezien van de startdatum - overeenstemming met betrekking tot alle essentialia. Het op een dergelijk moment alsnog intrekken van een definitieve gunning en intrekken van de opdracht, levert contractbreuk op en is onrechtmatig, aldus ondernemer.
- 4.3. Ondernemer stelt bovendien dat de door aanbesteder aangedragen gronden voor het intrekken van de gunningsbeslissing niet relevant dan wel draagkrachtig zijn en dat [aanbesteder] hiermee na inschrijving en zelfs na definitieve gunning nieuwe criteria introduceert op basis waarvan hij meent de opdracht alsnog te kunnen intrekken. De eerste grond is dat de kandidaat in de huidige opdracht bij een ander onderdeel van aanbesteder voor een lager uurtarief werkt. Het uurtarief dat ondernemer voor de kandidaat heeft aangeboden, is echter lager dan het in de offerteaanvraag genoemde maximum uurtarief en voldoet dus aan de voorwaarden van de opdracht. De tweede grond is dat ondernemer ten aanzien van de huidige opdracht een lopende overeenkomst heeft tot februari 2024. Deze overeenkomst kent echter een opzegtermijn voor de kandidaat van één maand. Kandidaat heeft duidelijk aangegeven in juni 2023 te kunnen starten, maar zou proberen om eerder beschikbaar te zijn. Dit was eerst geen probleem voor aanbesteder, al gaf aanbesteder wel aan dat hij liever zag dat de kandidaat eerder zou beginnen en of dat

wellicht te regelen was. Ondernemer en kandidaat hebben geprobeerd een eerdere startdatum te bewerkstelligen, maar helaas bleek een startdatum per 1 mei 2023 - gezien de wensen van het andere organisatieonderdeel van aanbesteder - niet haalbaar. 'Aanbesteder is hier te allen tijde van op de hoogte geweest', aldus ondernemer.

#### *Aanbesteder*

- 4.4. Aanbesteder stelt zich kort gezegd op het standpunt geen aanbestedingsrechtelijk geschil te zien, maar een verbintenisrechtelijk geschil, nu ondernemer aanbesteder aansprakelijk heeft gesteld. Uit de aansprakelijkstelling zou blijken dat het ondernemer primair om een schadevergoeding te doen is. Volgens aanbesteder schaaft ondernemer op twee borden tegelijk en zou de Commissie de klacht niet in behandeling moeten nemen. 'Als een klager meent dat een aanbestedende dienst reeds verbintenisrechtelijk jegens hem verbo[n]den was – doordat er een overeenkomst tot stand zou zijn gekomen, dan wel op basis van précontractuele goede trouw – en partijen komen er niet uit, dan is het aan de civiele rechter om een dergelijk geschil te beslechten. [Aanbesteder] ziet geen aanbestedingsrechtelijk geschil.', aldus aanbesteder. Aanbesteder reageert daarom niet inhoudelijk op de klacht die bij de Commissie is ingediend.

Klachtonderdeel 2: Aanbesteder heeft ten onrechte de offerteaanvraag ongewijzigd opnieuw in de markt gezet

#### *Ondernemer*

- 4.5. Ondernemer stelt dat het opnieuw in de markt zetten van dezelfde offerteaanvraag onrechtmatig is. De aanbestedingsregels schrijven voor dat het alleen toegestaan is een ingetrokken opdracht opnieuw in de markt te zetten, als deze wezenlijk wijzigt. In dit geval heeft aanbesteder alleen het maximale uurtarief verlaagd, terwijl de inhoud van de opdracht exact hetzelfde is gebleven. Het maximum uurtarief was echter geen reden voor de intrekking van de oorspronkelijke opdracht. De reden was het gebrek aan vertrouwen richting ondernemer. Het feit dat de inhoud van de opdracht niet is gewijzigd, geeft aan dat geen geldige reden aanwezig is de offerteaanvraag opnieuw in de markt te zetten. 'Simpel gezegd komt deze handelswijze van [aanbesteder] er eigenlijk op neer dat het doel van deze heraanbesteding is om lagere uurtarieven te krijgen. Een dergelijke handelswijze heeft verdacht veel weg van leuren en is pertinent verboden binnen het aanbestedingsrecht', aldus ondernemer.

Klachtonderdeel 3: Aanbesteder sluit ondernemer op voorhand uit van deelname aan de nieuwe offerteaanvraag

#### *Ondernemer*

- 4.6. Ondernemer stelt dat hij op voorhand is uitgesloten om deel te nemen aan de nieuwe offerteaanvraag. Afdeling recruitment heeft weliswaar ondernemer uitgenodigd om deel te nemen aan de nieuwe offerteaanvraag, maar de inhurend teammanager heeft aan ondernemer meegedeeld onvoldoende vertrouwen te hebben in de samenwerking. Gezien het 'heersende sentiment' bij aanbesteder zou ondernemer geen eerlijke kans gekregen hebben. Omdat de inhurend manager ook in de nieuwe offerteaanvraag de offertes zou beoordelen, vraagt ondernemer zich af of de beoordeling hiervan objectief zou zijn geweest, aangezien net zoals in de eerste aanvraag een matchgesprek onderdeel uitmaakt van de procedure.

## 5. **Wat is de onderbouwing van het advies?**

- 5.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder een dynamisch aankoopstelsel 'Marktplein inhuur [aanbesteder]' Europees heeft ingesteld. De Commissie stelt ook vast dat aanbesteder een offerteaanvraag voor 2 FTE Data Analisten heeft uitgezet binnen het dynamisch aankoopstelsel. Op deze procedures zijn onder andere 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 (3e herziene versie die op 1 januari 2022 in werking is getreden).

*Is de Commissie bevoegd te adviseren in deze klacht?*

- 5.2. Alvorens de Commissie toekomt aan de behandeling van de klachtonderdelen, gaat zij in op de stelling van aanbesteder dat de Commissie deze klacht niet kan behandelen, nu ondernemer aanbesteder aansprakelijk heeft gesteld voor de geleden schade die voort zou vloeien uit voortijdige beëindiging van de overeenkomst. Aanbesteder ziet kort gezegd geen aanbestedingsrechtelijk geschil, maar een verbintenissenrechtelijk geschil.
- 5.3. De Commissie overweegt dat zij alleen bevoegd is een advies te geven naar aanleiding van een klacht van een partij over het handelen of het nalaten van een andere partij voor zover dat handelen of nalaten binnen de werkingssfeer van de Aw 2012 valt (artikel 1 onder c van het Reglement). Om te bepalen of een klacht binnen de werkingssfeer van de Aw 2012 valt, moet de Commissie de feiten van de klacht onderzoeken. Bij dit onderzoek kijkt de Commissie naar de feiten zoals partijen die hebben aangereikt. Indien uit de feiten blijkt dat de klacht niet valt onder de reikwijdte van de Aw 2012, kan de Commissie de klacht niet behandelen. Het geven van een advies in een geschil over de vraag of de ene partij schadelijk is jegens een andere partij vanwege voortijdige beëindiging van een overeenkomst, valt niet onder de bevoegdheid van de Commissie. Daarin is de Commissie het eens met de stelling van aanbesteder.
- 5.4. Van belang is dus de vraag of in onderhavige zaak een overeenkomst tot stand is gekomen. De Commissie constateert dat op grond van de feiten van de klacht zoals deze bij haar is ingediend, door haar niet kan worden vastgesteld of tussen partijen een overeenkomst tot stand is gekomen.
- 5.5. Nu voor de Commissie niet vaststaat of een overeenkomst tot stand is gekomen, zal de Commissie de klachtonderdelen in behandeling nemen die als klacht in de zin van artikel 1 onder c van het Reglement worden verstaan.
- 5.6. Het is aan partijen hun geschil te beslechten of al dan niet een overeenkomst tot stand is gekomen. Enkel in de situatie dat de uitkomst van dat geschil leidt tot de vaststelling dat nog geen overeenkomst tussen partijen tot stand is gekomen, zal dit advies voor partijen relevant zijn.

### **Toetsingskader**

- 5.7. De Commissie zet hieronder eerst het toetsingskader uiteen en behandelt daarna de klachtonderdelen. In dit verband hecht de Commissie er belang aan een paar woorden te wijden aan de rechtmatige toepassing en instelling van een dynamisch aankoopstelsel. De Commissie doelt hiermee op het feit dat een dynamisch aankoopstelsel met name bedoeld is voor gangbare aankopen (zie artikel 2.48 lid 1 Aw 2012) en de vraag of een dynamisch aankoopstelsel zich leent voor de inhuur van personeel. Zie voor de gedachtegang en visie van de Commissie op de vraag wanneer een dienst al dan niet gangbaar is overwegingen 5.1 - 5.7.3, Advies 696. Omdat ondernemer niet heeft geklaagd of het gebruik van het dynamisch aankoopstelsel wel is toegestaan voor de betreffende offerteaanvraag, onthoudt de

Commissie zich van een oordeel over de gangbaarheid van de dienst die in deze klacht centraal staat. De Commissie gaat hierbij vanuit dat het dynamisch aankoopstelsel in casu rechtmatig toegepast en ingericht is.

#### *Dynamisch aankoopstelsel*

- 5.8. Een aanbestedder die een overheidsopdracht wil plaatsen binnen een Europees ingesteld dynamisch aankoopstelsel past de Europese niet-openbare procedure toe (zie artikel 2.147 lid 1 jo. 2.50 jo. 2.27, onderdelen f tot en met k Aw 2012). Als de wetgever voor het plaatsen van dergelijke overheidsopdrachten geen bijzondere regeling heeft opgenomen, zoals bijvoorbeeld in artikel 2.127 lid 4 sub c Aw 2012, zijn de aanbestedingsregels zoals neergelegd in Richtlijn 2014/24/EU, deel 2 van de Aw 2012 en de Europese en nationale aanbestedingsjurisprudentie die gelden voor 'gewone' overheidsopdrachten onverkort van toepassing. Dit betekent dat het leerstuk over het intrekken en heraanbesteden van overheidsopdrachten van overeenkomstige toepassing is op het plaatsen van overheidsopdrachten binnen een dynamisch aankoopstelsel.

#### *Intrekken en heraanbesteden van overheidsopdrachten*

- 5.9. Op grond van artikel 1.8 Aw 2012 dient een aanbestedder ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze te behandelen. Uit het gelijkheidsbeginsel vloeit het transparantiebeginsel voort dat in 1.9 Aw 2012 is neergelegd: een aanbestedder dient transparant te handelen. De verplichting voor een aanbestedder om transparant te handelen heeft tot doel om elk favoritisme en willekeur uit te sluiten (HvJ EG 29 april 2004, C-496/99 *Succhi di Frutta*, r.o. 111).
- 5.10. Als uitgangspunt geldt dat een aanbestedder niet verplicht is een opdracht te gunnen. Dit vloeit voort uit de contractvrijheid. Een aanbestedder mag in beginsel dus van gunning afzien en de overheidsopdracht intrekken. Bij beantwoording van de vraag of de intrekking van een overheidsopdracht geoorloofd is, heeft voor een Europese aanbestedingsprocedure als uitgangspunt te gelden hetgeen door het Hof van Justitie van de Europese Unie is overwogen en beslist in het arrest *Croce Amica* van 11 december 2014 (C-440/13). In dit arrest heeft het Hof de regel bevestigd dat een aanbestedder niet slechts in uitzonderlijke gevallen van het plaatsen van een overheidsopdracht kan afzien en dat het besluit daartoe niet noodzakelijkerwijs op gewichtige redenen behoeft te berusten. Voorwaarde is dat de aanbestedder de redenen van de intrekking meedeelt. Een aanbestedder komt dan ook een grote mate van vrijheid toe bij het intrekken van een overheidsopdracht, zeker als een aanbestedder zich die vrijheid heeft voorbehouden. De redenen voor intrekking mogen evenwel niet willekeurig zijn en de beginselen van gelijkheid en transparantie moeten door aanbestedder in acht worden genomen bij de intrekking.
- 5.11. De vrijheid van aanbestedder om dezelfde overheidsopdracht opnieuw in de markt te zetten (heraanbesteden) is beperkt, in het bijzonder wanneer op het moment van intrekken van de opdracht al inschrijvingen zijn ontvangen. De beginselen van gelijkheid en transparantie alsook de eisen van redelijkheid en billijkheid verzetten zich ertegen dat een aanbestedder zonder objectieve rechtvaardiging tot heraanbesteding overgaat wanneer eenmaal een offerteaanvraag heeft plaatsgehad en een inschrijver kan worden aangewezen die voor de gunning van de opdracht in aanmerking komt. Tenzij geen geschikte offertes zijn ingediend of procedurele gebreken een rechtmatige gunning onmogelijk maken, zal een aanbestedder dan ook niet tot heraanbesteding mogen overgaan zonder de opdracht wezenlijk te wijzigen. Bij een heraanbesteding bestaat anders immers het risico op favoritisme en willekeur. Een aanbestedder zou een winnende, maar hem onwelgevallige inschrijver kunnen trachten te passeren door opnieuw een aanbesteding ten aanzien van (vrijwel) dezelfde opdracht uit te schrijven (zie bijvoorbeeld *Rechtbank Noord-*



Nederland 17 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:568, r.o. 6.4; Rechtbank Midden-Nederland 11 januari 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:280, r.o. 4.4; Rechtbank Overijssel 19 december 2019, ECLI:NL:ROVE:2019:4819, r.o. 4.7).

- 5.12. Het leerstuk van de wijziging van overheidsopdrachten heeft vorm gekregen in arresten van het Hof van Justitie in onder meer Pressetext (HvJ EG 19 juni 2008, C-454/06,) en Commissie/Duitsland (HvJ EG, 29 april 2010, C-160/08,). Deze jurisprudentie ziet op de wijziging van overheidsopdrachten tijdens de looptijd ervan en is gecodificeerd en aangevuld in hoofdstuk 2.5 Aw 2012 in de artikelen 2.163 a-g Aw 2012. Dit leerstuk kan tijdens de aanbestedingsprocedure analoog worden toegepast (HvJ EG 4 juni 2009, C-250/07, r.o. 52, Commissie/Griekenland).

### **Bevindingen van de Commissie**

#### Klachtonderdeel 1: Aanbesteder heeft ten onrechte de gunningsbeslissing ingetrokken

- 5.13. De Commissie constateert dat aanbesteder zich op één plek in de aanbestedingsstukken de vrijheid heeft voorbehouden de gunningsbeslissing in te trekken. Onder '7 Gunning en Afwijzing' van de 'Handleiding Marktplaats inhuur [aanbesteder]' staat dat als tijdens het gunningstraject blijkt dat de leverancier onjuiste informatie heeft verschaft, aanbesteder zich het recht voorbehoudt om de kwalificatie van de leverancier in te trekken voor betrokken opdracht (zie 3.2.). Aanbesteder heeft bij het intrekken van de gunningsbeslissing geen expliciet beroep op deze bepaling gedaan. Mogelijk heeft aanbesteder bedoeld een impliciet beroep op bovenstaand voorbehoud te doen.
- 5.14. Indien aanbesteder een (impliciet) beroep heeft gedaan op bovenstaand voorbehoud, dienen de door hem aangedragen redenen te passen binnen de omschrijving van de bepaling. Dat betekent dat er sprake moet zijn van 'onjuiste informatie' van ondernemer op grond waarvan zijn 'kwalificatie voor betrokken opdracht' wordt ingetrokken. In de e-mail van 11 april 2023 noemt de afdeling recruitment 'ruis in de communicatie met betrekking tot de startdatum' als reden om de gunningsbeslissing in te trekken. In de e-mail van 12 april 2023 noemt de inhurend teammanager het door elkaar lopen van termijnen en onvolledige informatie, waardoor een onvoldoende vertrouwen in de samenwerking is ontstaan, als reden geen overeenkomst aan te gaan met ondernemer (zie 3.9.). Aanbesteder heeft niet inhoudelijk gereageerd op de klacht van ondernemer en heeft dit derhalve niet nader toegelicht. De Commissie neemt dan ook de bewoordingen van aanbesteder in de e-mails van 11 en 12 april 2023 als uitgangspunt.
- 5.15. De Commissie overweegt dat de in de e-mails aangedragen redenen, zonder nadere onderbouwing van aanbesteder, niet zonder meer als 'onjuiste informatie' kunnen worden gekwalificeerd. De Commissie is van oordeel dat aanbesteder onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat de gunningsbeslissing op grond van het gemaakte voorbehoud kon worden ingetrokken. De contractvrijheid van aanbesteder brengt in beginsel mee dat aanbesteder evenwel ook op andere gronden kon beslissen de opdracht niet aan ondernemer te gunnen. De redenen hiervoor mogen echter niet zijn ingegeven door favoritisme of willekeur.
- 5.16. Ondernemer stelt in de klacht dat aanbesteder twee redenen heeft genoemd om de gunningsbeslissing in te trekken. De eerste reden is dat de kandidaat bij een ander organisatieonderdeel van aanbesteder voor een lager uurtarief werkt. De tweede reden is dat ondernemer ten aanzien van die opdracht een lopende overeenkomst heeft tot februari 2024. Aanbesteder heeft niet inhoudelijk gereageerd op de klacht van ondernemer en heeft derhalve de twee aangedragen redenen niet weersproken.

- 5.17. Ten aanzien van de eerste reden overweegt de Commissie dat het door ondernemer geboden uurtarief van 90 euro past binnen het maximale tarief van 100 euro van de oorspronkelijke offerteaanvraag 'Data-analist Dienstverlening 2 FTE'. Van een intrekking op grond van de hoogte van het geboden uurtarief lijkt geen sprake, omdat het geboden uurtarief lager is dan het door aanbesteder voorgeschreven maximale uurtarief. De Commissie begrijpt dat de omstandigheid dat het geboden uurtarief voor de kandidaat hoger is dan het uurtarief dat voor dezelfde kandidaat wordt gerekend bij een ander organisatieonderdeel voor aanbesteder reden was de gunning in te trekken. In algemene zin ziet de Commissie in de enkele omstandigheid dat een kandidaat niet voor iedere opdracht hetzelfde uurtarief rekent en niet voor ieder organisatieonderdeel hetzelfde uurtarief rekent geen objectieve reden voor het intrekken van een gunningsbeslissing. Aanbesteder heeft bovendien niet in de aanbestedingsstukken bepaald dat voor een kandidaat bij een ander organisatieonderdeel geen lager uurtarief mag worden gerekend. Zonder nadere onderbouwing van aanbesteder acht de Commissie het daarom niet uitgesloten dat het intrekken van de gunningsbeslissing om de eerste reden is ingegeven door favoritisme of willekeur.
- 5.18. Ten aanzien van de tweede reden geeft ondernemer in de klacht aan dat aanbesteder altijd op de hoogte is geweest van het feit dat ondernemer betreffende de kandidaat een lopende overeenkomst had tot februari 2024 en dat deze een opzegtermijn van één maand kende. De Commissie begrijpt dat ondernemer hiermee wil zeggen dat wat hem betreft geen sprake was van 'ruis in de communicatie met betrekking tot de startdatum' en 'onjuiste informatie' en dat de kandidaat - na opzegging van de lopende overeenkomst - in juni 2023 bij aanbesteder kon starten, waardoor geen sprake was van 'door elkaar lopende termijnen'. Aanbesteder heeft in de offerteaanvraag bepaald dat de startdatum 7 maart 2023 is. Uit het e-mailbericht van 24 maart 2023 blijkt echter dat een startdatum in juni 2023 besproken is (zie 3.6). In algemene zin ziet de Commissie in de enkele omstandigheid dat een kandidaat in overleg later wenst te starten met een opdracht geen objectieve reden voor het intrekken van een gunningsbeslissing. Zonder nadere onderbouwing van aanbesteder acht de Commissie het eveneens niet uitgesloten dat het intrekken van de gunningsbeslissing om de tweede reden is ingegeven door favoritisme of willekeur.
- 5.19. Concluderend overweegt de Commissie dat aanbesteder onvoldoende tegenover de stellingen van ondernemer heeft aangedragen en daarmee onvoldoende heeft onderbouwd dat het risico op favoritisme en willekeur is uitgesloten bij de intrekking van de gunningsbeslissing aan ondernemer. De Commissie acht het eerste klachtonderdeel **gegrond**.

*Klachtonderdeel 2: Aanbesteder heeft ten onrechte de offerteaanvraag ongewijzigd opnieuw in de markt gezet*

- 5.20. Nu de Commissie het eerste klachtonderdeel gegrond heeft verklaard, behoeft het tweede klachtonderdeel geen inhoudelijke behandeling. Om die reden **staakt** de Commissie de behandeling van het tweede klachtonderdeel.
- 5.21. De Commissie overweegt ten overvloede dat het enkel verlagen van het maximale uurtarief in de tweede offerteaanvraag haar niet voorkomt als een *wezenlijke* wijziging van de oorspronkelijke offerteaanvraag (zie 5.12.). Een ingetrokken opdracht opnieuw in de markt zetten zonder dat deze wezenlijk gewijzigd wordt, brengt het risico van leuren met zich mee.

*Klachtonderdeel 3: Aanbesteder sluit ondernemer op voorhand uit van deelname aan de nieuwe offerteaanvraag*

- 5.22. Ondernemer stelt dat hij op voorhand van deelname aan de nieuwe offerteaanvraag is uitgesloten. De Commissie overweegt dat het derde klachtonderdeel op zichzelf staat, ook al heeft de Commissie het eerste klachtonderdeel gegrond verklaard en heeft zij de behandeling van het tweede klachtonderdeel gestaakt.
- 5.23. De Commissie maakt uit de bewoordingen van ondernemer bij dit klachtonderdeel op dat ondernemer geen offerte(s) heeft ingediend met betrekking tot de nieuwe offerteaanvraag. De Commissie gaat er daarom vanuit dat ondernemer haar stelling baseert op de mededeling van de inhurend teammanager onvoldoende vertrouwen te hebben in de samenwerking. Op grond van deze mededeling leidt ondernemer af, zo begrijpt de Commissie, dat ondernemer geen eerlijke kans zou krijgen.
- 5.24. Hoewel de Commissie zich kan voorstellen dat uit de mededeling van de inhurend manager bij ondernemer de indruk is ontstaan dat hij geen eerlijke kans zou krijgen in een nieuwe offerteaanvraag, volgt de Commissie ondernemer niet dat hij op voorhand is uitgesloten. De Commissie overweegt dat enkel uit de mededeling van de inhurend manager niet zonder meer volgt dat het sentiment bij aanbesteder tégen ondernemer is en dat ondernemer bij de nieuwe offerteaanvraag geen eerlijke kans zou krijgen. Ondernemer is door de afdeling recruitment uitgenodigd om deel te nemen aan de nieuwe offerteaanvraag. De Commissie is van oordeel dat de klacht van ondernemer op dit onderdeel onvoldoende concreet is onderbouwd. De Commissie verklaart dit klachtonderdeel **ongegrond**.

## 6. **Advies**

De Commissie acht klachtonderdeel 1 gegrond, staakt de behandeling van klachtonderdeel 2 en acht klachtonderdeel 3 ongegrond.

Omdat het hem vanwege conflicterende belangen niet vrijstond, is commissielid mr. dr. A.J. van Heeswijck niet betrokken geweest bij de behandeling van deze klacht.

Den Haag, 11 april 2024

Mr. G.R. Werkman-Bouwkamp

Voorzitter

Mr. M.C. Pinto

Vicevoorzitter