

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 721

1. Waar gaat dit advies over?

- 1.1. Dit advies gaat over een aankondiging van vrijwillige transparantie van aanbestedder waarin hij het voornemen kenbaar maakt de opdracht voor een geïntegreerd softwarepakket HRM en Financiën onderhands te gunnen aan één specifieke ondernemer door middel van een onderhandelingsprocedure zonder aankondiging wegens het ontbreken van mededinging om technische redenen. De vraag is of aanbestedder voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat hij in dit geval gebruik mocht maken van deze in de wet genoemde uitzondering tot onderhandse gunning, omdat de mededinging om technische redenen ontbreekt.
- 1.2. Daarnaast speelt de vraag of aanbestedder op juiste wijze een ex ante bekendmaking heeft gedaan.

2. Hoe luidt dit advies?

- 2.1. De Commissie acht de klacht gegrond. De Commissie is van oordeel dat aanbestedder onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat alleen ondernemer X wegens technische redenen geschikt zou zijn om de opdracht uit te voeren.
- 2.2. Ten overvloede overweegt de Commissie dat de ex ante bekendmaking niet voldoet aan de voorwaarden van artikel 4.16 lid 1 jo. artikel 4.17 Aw 2012.

3. Wat zijn de relevante feiten?

- 3.1. Aanbestedder heeft via TenderNed een aankondiging van vrijwillige transparantie gedaan waarin hij het voornemen kenbaar maakt de opdracht voor een geïntegreerd softwarepakket HRM en Financiën onderhands te gunnen aan ondernemer X door middel van een onderhandelingsprocedure zonder aankondiging wegens het ontbreken van mededinging om technische redenen. De verzenddatum van de aankondiging is 20 november 2023. De aankondiging is gepubliceerd op 21 november 2023. De overeenkomst vangt aan op 1 januari 2024 en heeft een maximale looptijd van 10 jaar.

De aankondiging

- 3.2. In de aankondiging is onder andere het volgende meegedeeld:

\(...)

2.1 Procedure

(...)

Beschrijving:

De opdracht betreft het leveren, inrichten, beheren en onderhouden van een geïntegreerd softwarepakket voor in ieder geval de afdelingen Financiën en HRM van opdrachtgever. (...)

(...)

Type procedure:

Onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande oproep tot mededinging

(...)

6. Resultaten

Waarde van alle in het kader van deze procedure gegunde opdrachten:

1EUR

(...)

Rechtvaardiging voor onderhandse gunning:

De opdracht kan alleen door een bepaalde ondernemer worden uitgevoerd wegens het ontbreken van mededinging om technische redenen. Dit betreft de publicatie van 'vrijwillige transparantie vooraf' van het voornemen tot gunnen van de opdracht betreffende het leveren, inrichten, beheren en onderhouden van een geïntegreerd softwarepakket (SaaS) voor in ieder geval de afdelingen Financiën en HRM van opdrachtgever. De aanschaf van dit softwarepakket zal op basis van een uitzondering op de aanbestedingsplicht enkelvoudig onderhands kunnen worden gegund omdat een aanbestedende dienst zich kan beroepen op artikel 2.32 lid 1, sub b. Artikel 2.32 beschrijft verschillende redenen voor een onderhandelingsprocedure zonder aankondiging. Aanvullend hierop beschrijft Artikel 2.32 lid 1, sub b dat wanneer er om technische redenen er geen mededinging mogelijk is, er een uitzondering ontstaat op de aanbestedingsplicht. Deze opdracht betreft het leveren, inrichten, beheren en onderhouden van een geïntegreerd softwarepakket (SaaS). Het softwarepakket dient te voldoen aan de eisen en wensen van opdrachtgever en bevat in ieder geval een productieomgeving en een testomgeving. Een omschrijving van de opdracht is toegevoegd (zie documenten). Opdrachtgever heeft door middel van een marktonderzoek de markt verkend. Op basis hiervan verwacht opdrachtgever dat alleen [ondernemer X] (1) kan voldoen aan de eisen en opdrachtoomschrijving en/of (2) een inschrijving zal doen. Mededingen ontbreekt hierdoor.

(...)'

3.3. De termijnen van de procedure in TenderNed zijn als volgt:

Naam	Gepland	Afgerond
Versturen van uitnodigingen	-	-
Inlichtingenbijeenkomst inschrijffase	-	-
Uiterlijke ontvangst van vragen voor inschrijvingen	-	-
Bekendmaken nota van inlichtingen inschrijffase	-	-
Uiterlijke ontvangst van inschrijvingen	17 nov. 2023, 10:00	17 nov. 2023, 10:00
Gestanddoening	-	-
Opening van de kluis met inschrijvingen	-	-
Versturen gunningsbeslissing	-	-
Publiceren vrijwillige transparantie	20 nov. 2023	20 nov. 2023
Versturen gunning	11 dec. 2023	-
Publiceren aankondiging van de gegunde opdracht	18 dec. 2023	14 dec. 2023
Aanvang van de opdracht	1 jan. 2024	-
Voltooiing van de opdracht	1 jan. 2034	-

Verdere verloop van de feiten

- 3.4. In een e-mail van 23 november 2023 heeft de tender expert van ondernemer aanbesteder verzocht uiterlijk 1 december 2023 een toelichting te geven op de conclusie van aanbesteder in de aankondiging dat ondernemer X als enige leverancier kan voldoen aan de eisen en dat daarom geen sprake is van mededinging. In de e-mail staat onder meer:

'(...)

Wij vragen dit omdat:

1. [Ondernemer] een standaard geïntegreerd softwarepakket aanbiedt voor o.a. Financiën, Inkoop, Logistiek en HRM.
2. Er geen openbare marktconsultatie heeft plaats gevonden. [Ondernemer] is derhalve niet in de gelegenheid geweest om [aanbesteder] te voorzien van informatie.
3. Uit een analyse van eerdere aanbestedingen voor een geïntegreerd softwarepakket voor Financiën en HRM van [vergelijkbare aanbesteders] is gebleken dat er regelmatig meerdere inschrijvers waren.
4. Uit een analyse van eerdere aanbestedingen voor een geïntegreerd softwarepakket voor Financiën en HRM van andere overheidsorganisaties is gebleken dat de oplossing van [ondernemer] economisch voordeliger is dan de oplossing van [ondernemer X].

'(...)

- 3.5. In een e-mail van 27 november 2023 heeft de adviseur inkoop van aanbesteder gereageerd op de e-mail van 23 november 2023 van ondernemer. In het bericht

zegt de adviseur inkoop aan ondernemer toe op 5 december 2023 met een uitgebreidere reactie te komen en geeft de adviseur inkoop alvast een korte toelichting op de constatering van ondernemer dat er geen openbare marktconsultatie heeft plaatsgevonden. In de e-mail staat onder meer:

`(...)

Er heeft inderdaad geen marktconsultatie plaatsgevonden, maar een marktonderzoek. Zoals ook in de vrijwillige transparantie is aangegeven. Dit onderzoek heeft ons inzicht gegeven in de markt, maar ook in de mate waarin op dit moment wordt voor deze dienstverlening wordt ingeschreven bij vergelijkbare organisaties.

(...)

- 3.6. In een e-mail van 5 december 2023 heeft de adviseur inkoop van aanbesteder aan ondernemer de toegezegde uitgebreidere toelichting gegeven. In de e-mail staat onder meer:

`(...)

Zoals aangegeven in de e-mail van 27 november geef ik hierbij een uitgebreidere toelichting. Vooropgesteld vinden wij als organisatie een gezonde marktwerking van groot belang en staan wij hiervoor in. Dit blijkt ook uit de beperkte mate waarin wij kiezen voor een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking. Wij zijn ons ervan bewust dat er meerdere softwareaanbieders zijn die een geïntegreerd softwarepakket, of een vergelijkbaar alternatief, bieden. Om de situatie in onze branche beter te verkennen hebben we een marktonderzoek gehouden. Dit onderzoek was specifiek gericht op de situatie in onze branche en is uitgevoerd bij meerdere vergelijkbare organisaties. Daarmee hebben wij naar onze mening voldaan aan een zorgvuldig marktonderzoek. Uit dit onderzoek blijkt dat [ondernemer X] bij recente aanbestedingen gehouden door deze organisaties de enige inschrijver was. Volgens deze organisaties omdat enkel [ondernemer X] kon voldoen aan de door hen gestelde eisen. Eisen die vergelijkbaar zijn met onze eisen. De informatie uit het marktonderzoek hebben wij meegenomen in de besluitvorming om te kiezen voor deze procedure. Op dit moment hebben wij geen reden om van deze besluitvorming af te wijken.

In de TenderNed publicatie refereren wij naar een omschrijving van de opdracht. Deze blijkt door een technische omissie niet te zijn toegevoegd aan het bericht. Deze sturen wij daarom mee in de bijlage van dit bericht.

(...)

- 3.7. In de opdrachtoomschrijving staan naast algemene eisen de specifieke eisen ten aanzien van het financiële proces, het HRM proces, de CRM-module en de gebruikers. Ook bevat de opdrachtoomschrijving extra informatie met betrekking tot de looptijd van de overeenkomst.
- 3.8. Nadat de adviseur inkoop van aanbesteder de e-mail van 5 december 2023 heeft verzonden krijgt hij een melding dat de tender expert van ondernemer tot 11 december 2023 afwezig is. De e-mail wordt doorgestuurd naar het e-mailadres dat in de afwezigheid assistent van de tender expert staat vermeld.
- 3.9. De tender expert van ondernemer heeft per e-mail van 14 december 2023 een bezwaar tegen de onderhandse gunning aan ondernemer X bij aanbesteder ingediend. Ondernemer onderbouwt zijn bezwaar in de bij de e-mail bijgevoegde brief d.d. 14 december 2023. In de brief staat onder meer:

'(...)

Hartelijk dank voor uw e-mail d.d. 5 december 2023. Middels deze brief willen wij formeel bezwaar maken tegen de voorgenomen gunning van de opdracht aan [ondernemer X]. De reden daarvoor is tweeledig. Enerzijds biedt u geen transparantie over de inhoud en de scope van het marktonderzoek. Anderzijds wordt niet onderbouwd welke bevindingen hebben geleid tot uw conclusie dat [ondernemer X] als enige partij kan voldoen aan de eisen en wensen van [aanbesteder]. U spreekt in uw reactie over "onze branche" en "meerdere vergelijkbare organisaties" zonder nader te duiden wat u daaronder verstaat. Ook biedt u geen duidelijkheid (en specificieert u niet) waarom de software-oplossingen van andere leveranciers niet zouden kunnen voldoen aan de eisen en wensen van [aanbesteder].

Op basis van eigen onderzoek constateren wij dat er wel degelijk sprake is van mededinging omdat:

1. [Ondernemer] een oplossing kan bieden die voldoet aan de opdrachtomschrijving.
2. [Aanbesteder] geen (openbare) marktconsultatie heeft gehouden en derhalve partijen geen kans heeft gegeven om aan te tonen dat er sprake is van mededinging.
3. [Vergelijkbare aanbestede A] op 13 oktober 2023 een aanbesteding heeft gepubliceerd voor een financieel systeem. Zij zijn dus van mening dat er sprake is van mededinging.
4. [Vergelijkbare aanbestede B] op 16 augustus 2023 een aanbesteding heeft gepubliceerd voor een ERP systeem. Zij zijn dus van mening dat er sprake is van mededinging.
5. [Vergelijkbare aanbestede C] op 10 oktober 2023 een aanbesteding heeft gepubliceerd voor een HRM systeem. Zij zijn dus van mening dat er sprake is van mededinging.
6. [Vergelijkbare aanbestede D] op 2 april 2022 een aanbesteding heeft gepubliceerd voor een Financiële SAAS oplossing. Er waren drie inschrijvers, dus er is sprake van mededinging.
7. [Vergelijkbare aanbestede E] op 1 juli 2022 een aanbesteding heeft gepubliceerd voor een E-HRM SAAS oplossing. Er waren drie inschrijvers, dus er is sprake van mededinging.

Aangezien wij kunnen aantonen dat er wel degelijk sprake is van mededinging dient u af te zien van onderhandse gunning aan [ondernemer X] en over te gaan tot een Europese aanbesteding.

(...)'

- 3.10. Aanbesteder heeft op 14 december 2023 via TenderNed de aankondiging van de gegunde opdracht verzonden. De aankondiging is gepubliceerd op 15 december 2023. Ondernemer uit naar aanleiding van deze publicatie per e-mail van 18 december 2023 hierover zijn verbazing.
- 3.11. Aanbesteder heeft bij monde van zijn advocaat per e-mail van 22 december 2023 gereageerd op het bezwaar van ondernemer van 14 december 2023. Aanbesteder verwoordt zijn reactie in de bij de e-mail bijgevoegde brief d.d. 22 december 2023. In de brief staat onder meer:

'(...)

U stelt dat mijn cliënte geen transparantie heeft gegeven over haar marktonderzoek. In haar reacties heeft cliënte echter inzicht gegeven in de aard en de omvang

van het marktonderzoek. Dit levert, zeker in combinatie met de opdrachtomschrijving die cliënte heeft gepubliceerd een afdoende beeld op van het verrichte onderzoek, gelet op de daaruit getrokken conclusie.

In uw brief d.d. 14 december somt u een aantal aanbestedingen op van de voorbije jaren, waaruit u de conclusie trekt dat er wel mededinging (kunnen) zou zijn. Dat is wat cliënte betreft te ongenueanceerd. Bij een aantal recente aanbestedingen, heeft [ondernemer X] als enige ingeschreven. Dat is in ieder geval zo bij de door u genoemde aanbesteding van [vergelijkbare aanbesteder B], maar ook bij de aanbesteding van [vergelijkbare aanbesteder F]. Dat enkele [vergelijkbare aanbesteders] een aanbestedingsprocedure hebben gevolgd[d], betekent dus nog niet dat er daadwerkelijk sprake is van mededinging.

Tot slot stelt u slechts dat u een software-oplossing kunt bieden die voldoet aan de productomschrijving. De stelling wordt niet onderbouwd en biedt voor cliënte dus geen zekerheid dat u daadwerkelijk, in tegenstelling tot hetgeen blijkt uit het marktonderzoek, in staat zou zijn om een oplossing te bieden die voldoet aan de opdrachtomschrijving.

Gelet op het voorgaande sluit cliënte, nu de termijnen zijn verlopen na de publicaties, de overeenkomst met [X].

(...)

- 3.12. Ondernemer heeft op 28 december 2023 gereageerd op de reactie van aanbesteder op zijn brief van 22 december 2023. Ondernemer verwoordt zijn reactie in de bij de e-mail bijgevoegde brief d.d. 27 december 2023. In de brief bestrijdt ondernemer dat aanbesteder inzicht heeft gegeven in het marktonderzoek. In de brief staat onder meer:

(...)

(...) [Aanbesteder] heeft geen enkele informatie verstrekt over het gehouden marktonderzoek:

1. Er is geen samenvatting gepubliceerd.
2. Er is niet toegelicht welke aanbestedingen zijn meegenomen in het onderzoek.
3. Er is niet bekend gemaakt welke marktoplossingen zijn beoordeeld.
4. Er is geen duidelijkheid verschaft over de eisen en wensen waaraan alleen de oplossing van [ondernemer] zou kunnen voldoen.
5. De conclusie is niet onderbouwd.

De verstrekte opdrachtomschrijving is dermate generiek dat op basis daarvan niet alleen de oplossing van [ondernemer] als geschikt kan worden gekwalificeerd, maar ook oplossingen van andere leveranciers zoals [ondernemer U] en [ondernemer M]. Uw cliënte doet ten onrechte een beroep op artikel 2.32 lid 1, sub b van de aanbestedingswet. Een enkelvoudig onderhandse gunning aan [ondernemer X] is ons inziens dan ook onrechtmatig. Als eerste vervolgstap zullen wij een klacht indienen bij de commissie van aanbestedingsexperts.

(...)

- 3.13. Ondernemer heeft op 2 januari 2024 een klacht bij de Commissie ingediend.
- 3.14. Aanbesteder heeft op 25 januari 2024 op de door ondernemer bij de Commissie ingediende klacht gereageerd.

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

- 4.1. De klacht richt zich op de aankondiging van vrijwillige transparantie van aanbestedder waarin hij het voornemen kenbaar maakt de opdracht voor een geïntegreerd softwarepakket HRM en Financiën onderhands te gunnen aan één specifieke ondernemer door middel van een onderhandelingsprocedure zonder aankondiging wegens het ontbreken van mededinging om technische redenen.

Klacht: De opdracht mocht niet onderhands worden gegund wegens het ontbreken van mededinging om technische redenen

Ondernemer

- 4.2. De Commissie vat de klacht van ondernemer als volgt samen:
- 4.3. Ondernemer stelt dat aanbestedder ten onrechte een beroep heeft gedaan op artikel 2.32 lid 1 sub b Aw 2012. Volgens ondernemer was geen sprake van het ontbreken van mededinging om technische redenen. Dit betekent dat aanbestedder de opdracht niet onderhands mocht gunnen en verplicht was een openbare aanbesteding te organiseren. Ondernemer onderbouwt zijn klacht als volgt.
- 4.3.1. Op grond van eigen onderzoek constateert ondernemer dat wel degelijk sprake is van mededinging. Ondernemer stelt zelf een oplossing te kunnen bieden die voldoet aan de opdrachtomschrijving. Ook heeft ondernemer geconstateerd dat vergelijkbare aanbesteders soortgelijke aanbestedingen hebben gepubliceerd. Hieruit volgt dat sprake is van mededinging.
- 4.3.2. Ondernemer stelt dat, nu aanbestedder geen (openbare) marktconsultatie heeft gehouden, partijen geen kans hebben gekregen om aan te tonen dat sprake is van mededinging. Aanbestedder heeft geen enkele informatie verstrekt over het gehouden marktonderzoek. Zo heeft aanbestedder geen samenvatting gepubliceerd, heeft aanbestedder niet toegelicht welke aanbestedingen zijn meegenomen in het onderzoek, heeft aanbestedder niet bekendgemaakt welke marktoplossingen zijn beoordeeld en heeft aanbestedder geen duidelijkheid verschaft over de eisen waaraan alleen de oplossing van ondernemer X zou kunnen voldoen.
- 4.3.3. Ondernemer stelt dat aanbestedder de bezwaren van ondernemer naast zich neer heeft gelegd zonder hier transparant en inhoudelijk op in te gaan.

Aanbestedder

- 4.4. Aanbestedder reageert voor zover relevant met betrekking tot deze klacht als volgt.
- 4.4.1. Aanbestedder stelt dat hij in de e-mail van 5 december 2023 een toelichting heeft gegeven op het gehouden marktonderzoek. Het doel van het marktonderzoek was onder meer inzicht te krijgen in het aantal potentiële leveranciers. Aanbestedder heeft door middel van deskresearch onderzocht welke ondernemers de specifieke branche aanbestedder bedienen. Op grond van het marktonderzoek heeft aanbestedder besloten de opdracht aan ondernemer X te gunnen.
- 4.4.2. Door een aankondiging van vrijwillige transparantie vooraf te doen heeft aanbestedder andere ondernemers gelegenheid geboden om bezwaar te maken tegen de gunning aan ondernemer X. Aanbestedder is van mening hiermee voldaan te hebben aan de beginselen van het aanbestedingsrecht. Naast de reactie van ondernemer en een partner van ondernemer heeft aanbestedder geen reactie ontvangen.

- 4.4.3. Aanbesteder stelt verder dat op 11 december 2023 de opschortende termijn is afgelopen. Omdat aanbesteder binnen deze termijn geen bezwaar heeft ontvangen is hij overgegaan tot het sluiten van de overeenkomst met ondernemer X.
- 4.4.4. Als aanbesteder tijdig bezwaar had ontvangen van ondernemer, dan had aanbesteder de keuze voor de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging heroverwogen.

5. Onderbouwing van het advies

- 5.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder via TenderNed zijn voornemen kenbaar heeft gemaakt om een opdracht betreffende het leveren, inrichten, beheren en onderhouden van een geïntegreerd softwarepakket onderhands te gunnen aan ondernemer X door middel van een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking wegens het ontbreken van mededinging om technische redenen, overeenkomstig artikel 2.32 lid 1 sub b 2° Aw 2012. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere van toepassing: deel 1, 2 en 4 van de Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit (3e herziene versie die op 1 januari 2022 in werking is getreden).

Toelichting in behandeling nemen

- 5.2. Aanbesteder stelt dat op 11 december 2023 de opschortende termijn is afgelopen en dat hij, omdat aanbesteder binnen deze termijn geen bezwaar heeft ontvangen, mocht overgegaan tot het sluiten van de overeenkomst met ondernemer X. Indien aanbesteder hiermee betoogt dat de Commissie de klacht niet in behandeling kan nemen, overweegt de Commissie het volgende.
- 5.3. De Commissie laat in het midden of ondernemer binnen de opschortende termijn (voldoende) bezwaar heeft gemaakt tegen de voorgenomen gunning aan onderneming X. De Commissie is van oordeel dat het achterwege blijven van bezwaar binnen de opschortende termijn hoe dan ook niet in de weg staat aan het indienen van een klacht bij de Commissie over de vraag of onderhavige opdracht onderhands mocht worden gegund wegens het ontbreken van mededinging om technische redenen. Immers, zoals de Commissie in Advies 714 in ov. 5.17 heeft overwogen, is het een veel voorkomend misverstand dat, wanneer een aanbestedende dienst een aankondiging in het kader van vrijwillige transparantie vooraf doet en daar niet op wordt gereageerd, hij daarmee een legitieme reden zou hebben voor toepassing van de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging. De Commissie acht de klacht van ondernemer dan ook relevant.
- 5.4. Hieronder behandelt de Commissie de klacht, waarbij het toetsingskader is verweven in de behandeling.

Klacht: *Opdracht mag niet onderhands worden gegund wegens het ontbreken van de mededinging om technische redenen*

- 5.5. Aanbesteder is van mening dat in deze opdracht mededinging om technische redenen ontbreekt en dat hij daarom de opdracht onderhands mocht gunnen aan ondernemer X.
- 5.6. Ondernemer is echter van mening dat in deze opdracht wel degelijk mededinging mogelijk is. Dit blijkt onder meer uit het feit dat hijzelf een oplossing kan bieden die voldoet aan de opdrachtomschrijving.
- 5.7. Hoewel de Commissie van oordeel is dat de enkele stelling van ondernemer dat hijzelf een oplossing kan bieden die voldoet aan de opdrachtomschrijving niet

voldoende is om aan te tonen dat in deze opdracht mededinging mogelijk is en dat ondernemer zijn stelling dan ook onvoldoende heeft onderbouwd, neemt de Commissie de klacht toch in behandeling. Het is immers in de eerste plaats aan aanbesteders aan te tonen dat het beroep op artikel 2.32 lid 1 sub b 2° Aw 2012 gerechtvaardigd is (zie Advies 459, ov. 5.3.9, Advies 669, ov. 4.4.2 en 4.4.3, Advies 689 ov. 5.7 en Advies 714, ov. 5.5). De Commissie brengt in herinnering dat de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging een uitzondering is op de aanbestedingsplicht en dat deze procedure – net als iedere uitzondering op de aanbestedingsplicht – restrictief moet worden toegepast (HvJ EG 10 maart 1987, zaak-199/85, Commissie/Italië, r. o. 13-15, HvJ EU 20 maart 2018, Commissie/Oostenrijk (Staatsdrukkerij), C-187/16, r.o. 77 en HvJ EU 7 september 2023, C-601/21, Commissie/Polen, r.o. 81). Dit betekent dat een aanbestedende dienst alleen onder strikte voorwaarden gebruik mag maken van deze procedure.

- 5.8. De voorwaarden een opdracht onderhands te gunnen wegens het ontbreken van mededinging om technische redenen staan in artikel 2.32 Aw 2012.

‘1. De aanbestedende dienst kan de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging toepassen indien:

(...)

b. de overheidsopdracht slechts door een bepaalde ondernemer kan worden verricht, omdat:

(...)

2° mededinging om technische redenen ontbreekt, of

(...)

3. Het eerste lid, onderdeel b, onder 2° en 3° is uitsluitend van toepassing indien er geen redelijk alternatief of substituut bestaat en het ontbreken van mededinging niet het gevolg is van een kunstmatige beperking van de voorwaarden van de aanbesteding.’

- 5.9. In overweging 50 van de considerans van Richtlijn 2014/24/EU geeft de Europese wetgever enkele voorbeelden van ‘technische redenen’ ter bepaling van het exclusieve karakter van de opdracht:

- Het is voor een andere ondernemer technisch onhaalbaar de vereiste prestaties te leveren;
- Er zijn specifieke kennis, instrumenten of middelen nodig die maar één ondernemer tot zijn beschikking heeft;
- Er gelden specifieke interoperabiliteitseisen waaraan moet worden voldaan met het oog op het goed functioneren van de aan te besteden werken, leveringen of diensten.

- 5.10. Een beroep op artikel 2.32 lid 1 sub b 2° Aw 2012 heeft volgens Europese jurisprudentie slechts in beperkte gevallen kans van slagen. Een aanbestedende dienst moet niet alleen bewijzen dat technische redenen aanwezig zijn, maar ook dat die technische redenen het ‘volstrekt noodzakelijk’ maken de opdracht aan een bepaalde onderneming te gunnen (HvJ EG 18 mei 1995, Commissie/Italië, zaak C-57/94, ECLI:EU:C:1995:150, r.o. 23-28, zie ook Advies 669, ov. 4.4.3 en Advies 689, ov. 5.6).

- 5.11. De Commissie overweegt dat een aanbestedende dienst, wil hij een geslaagd beroep kunnen doen op artikel 2.32 lid 1 sub b 2° Aw 2012, allereerst moet aantonen dat de overheidsopdracht slechts door één bepaalde ondernemer kan worden verricht, omdat de mededinging om technische redenen ontbreekt. Aanbesteders moeten op grond van lid 3 van hetzelfde artikel echter ook kunnen aantonen dat (1) een redelijk alternatief of substituut niet voorhanden is en (2) het ontbreken van mededinging niet het gevolg is van een kunstmatige beperking van de

voorwaarden van de aanbesteding (zie onder meer Advies 669, ov. 4.5-4.8 en Advies 714 ov. 5.9).

Technische redenen waardoor de opdracht slechts door één ondernemer kan worden verricht?

5.12. De Commissie overweegt dat aanbesteder in de door hem verstrekte documenten niet aantoont waarom alleen ondernemer X de opdracht kan verrichten en wat de technische redenen hiervoor zijn. In de documenten wordt bijvoorbeeld niet vermeld waarom de opdracht voor een andere ondernemer technisch onhaalbaar zou zijn of waarom specifieke operabiliteitseisen maken dat mededinging ontbreekt. Ook beschrijven deze documenten niet waarom het om die redenen volstrekt noodzakelijk is de opdracht aan ondernemer X te gunnen. In de e-mail van 5 december 2023 schrijft aanbesteder zich ervan bewust te zijn dat er meerdere softwareaanbieders zijn die een geïntegreerd softwarepakket of een vergelijkbaar alternatief bieden, maar dat mede op grond van informatie uit het marktonderzoek is gekozen voor de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging. De Commissie overweegt dat aanbesteder hiermee zelf aangeeft dat de opdracht niet slechts door een bepaalde ondernemer kan worden verricht. Aanbesteder onderbouwt vervolgens niet waarom hij van mening was dat hij op grond van de informatie uit het marktonderzoek mocht concluderen dat een beroep op artikel 2.32 lid 1 sub b 2° Aw 2012 desondanks gerechtvaardigd was. Voor een gerechtvaardigd beroep op deze uitzondering op de aanbestedingsplicht dient te worden aangetoond dat de opdracht maar door één bepaalde ondernemer kan worden verricht en dat is door aanbesteder niet gedaan.

5.13. De Commissie komt tot de slotsom dat aanbesteder onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat alleen ondernemer X wegens technische redenen geschikt zou zijn om de opdracht uit te voeren.

Sprake van een redelijk alternatief of substituut of kunstmatige beperking van de voorwaarden ingevolge artikel 2.32 lid 3 Aw 2012?

5.14. Aanbesteder heeft niet aangetoond dat de opdracht slechts door één bepaalde ondernemer kan worden verricht, omdat de mededinging om technische redenen ontbreekt. Hierdoor wordt niet toegekomen aan de toets of sprake is van een redelijk alternatief of substituut of een kunstmatige beperking van de voorwaarden.

5.15. De Commissie verklaart de klacht **gegrond**.

Overwegingen ten overvloede

5.16. Hoewel ondernemer hierover niet heeft geklaagd, wijdt de Commissie enkele overwegingen aan de vraag of de aankondiging van vrijwillige transparantie vooraf (de zogenoemde ex ante bekendmaking) voldoet aan de voorwaarden van artikel 4.16 lid 1 jo. artikel 4.17 Aw 2012.

5.17. Een aanbestedende dienst die van mening is dat hij een overheidsopdracht onderhands mag gunnen kan een ex ante bekendmaking publiceren (artikel 4.16 lid 1 sub a en b Aw 2012). De aanbestedende dienst houdt daarna een termijn van ten minste twintig kalenderdagen aan alvorens hij de overeenkomst sluit (artikel 4.16 lid 1 sub c Aw 2012). Binnen deze opschortende termijn kunnen belangstellenden bezwaar maken. Indien geen bezwaar wordt gemaakt, kan de aanbesteder de overeenkomst sluiten. De gesloten overeenkomst is vervolgens niet meer vernietigbaar. Met de ex ante bekendmaking wordt bewerkstelligd dat er eerder rechtszekerheid ontstaat voor zowel aanbesteder als de ondernemer die de opdracht gegund heeft gekregen.

5.18. In artikel 4.17 Aw 2012 is, voor zover van belang, bepaald:

1. De aankondiging, bedoeld in artikel 4.16, eerste lid, onder b, bevat tenminste de volgende gegevens:
- de naam en contactgegevens van de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf;
 - een beschrijving van het onderwerp van de opdracht;
 - een rechtvaardiging van de beslissing om de opdracht te gunnen zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht in het Publicatieblad van de Europese Unie;
 - de naam en contactgegevens van de onderneming ten gunste van wie de beslissing om een opdracht te gunnen is genomen;
 - voor zover van toepassing alle andere informatie die de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf nuttig acht.
- (...)'

5.19. Met de rechtvaardiging in artikel 4.17 lid 1 sub c wordt bedoeld dat een aanbestedende dienst de gronden waarom hij van bekendmaking heeft afgezien moet noemen. De rechtvaardiging moet 'duidelijk en ondubbelzinnig de redenen tot uitdrukking brengen waarom de aanbestedende dienst van mening is dat hij de opdracht kon gunnen zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht, zodat de belanghebbenden met volledige kennis van zaken kunnen bepalen of zij het nuttig achten om de zaak aanhangig te maken bij de beroepsinstantie, en deze laatste een daadwerkelijk toezicht kan uitoefenen'. (HvJ EU 11 september 2014, C-19/13, r.o. 48, Fastweb II).

5.20. De ex ante bekendmaking moet dus alle informatie bevatten. Dit betekent dat nadere informatie niet mag worden betrokken bij de toets of de aanbestedende dienst de opdracht onderhands mocht gunnen. Die nadere informatie hebben belanghebbenden immers niet kunnen gebruiken om te bepalen of het zinvol is om een kort geding aanhangig te maken. Het betrekken hiervan zou daarom strijdig zijn met de aanbestedingsrechtelijke beginselen van transparantie en gelijke behandeling (Vzr. Rechtbank Noord-Nederland 13 juli 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:2363, r.o. 4.17).

Voldoet de ex ante bekendmaking aan de voorwaarden?

5.21. De Commissie constateert dat in de ex ante bekendmaking (slechts) wordt beschreven dat de opdracht het leveren, inrichten, beheren en onderhouden van een geïntegreerd softwarepakket voor Financiën en HRM (SaaS) betreft en dat het softwarepakket dient te voldoen aan de eisen en wensen van de opdrachtgever en in ieder geval een productieomgeving en een testomgeving bevat. In de ex ante bekendmaking wordt verwezen naar een opdrachtomschrijving, maar deze is niet in de aankondiging gepubliceerd. De opdrachtomschrijving is later, op 5 december 2023, via e-mail naar ondernemer toegezonden.

5.22. De Commissie overweegt dat de opdrachtomschrijving in wezen de beschrijving van het onderwerp van de opdracht betreft. De Commissie is van oordeel dat aanbestedder, door deze niet in de aankondiging te publiceren, maar - zonder rectificatie van de aankondiging - via e-mail (alleen) met ondernemer te delen, niet heeft voldaan aan artikel 4.17 lid 1 Aw 2012 sub b.

5.23. De Commissie overweegt verder dat aanbestedder in de door hem verstrekte documenten niet heeft aangetoond waarom alleen ondernemer X de opdracht kan inrichten en wat de technische redenen hiervoor zijn (zie 5.12). Ook beschrijven deze documenten niet waarom het om die redenen volstrekt noodzakelijk is om de

opdracht aan ondernemer X te gunnen. De Commissie is van oordeel dat aanbesteder, door onvoldoende te onderbouwen wat de rechtvaardiging is van de beslissing de opdracht onderhands te gunnen, niet heeft voldaan aan artikel 4.17 lid 1 Aw 2012 sub c.

- 5.24. De Commissie komt tot de slotsom dat de ex ante bekendmaking niet voldoet aan de voorwaarden van artikel 4.16 lid 1 jo. artikel 4.17 Aw 2012.

6. Advies

De Commissie acht de klacht **gegrond**.

Den Haag, 14 juni 2024

Mr. G.R. Werkman-Bouwkamp

Voorzitter

Mr. M.C. Pinto

Vicevoorzitter

Mr. dr. A.J. van Heeswijck

Commissielid