

Advies 824

1. Waar gaat dit advies over?

Dit advies gaat over een opdracht voor de levering en het beheer van een participatieplatform die met een meervoudig onderhandse procedure in de markt is gezet. Ondernemer, een Belgische SaaS-leverancier en tevens de zittende dienstverlener, is niet voor de procedure uitgenodigd. Hij is het niet eens met de wijze waarop aanbesteder de procedure heeft voorbereid en uitgevoerd.

2. Hoe luidt dit advies?

De Commissie is van oordeel dat aanbesteder de voorbereiding van de procedure onjuist heeft uitgevoerd. Aanbesteder had onderzoek moeten verrichten naar het grensoverschrijdend belang van de opdracht. Niet is gebleken dat aanbesteder dit onderzoek heeft gedaan. De Commissie acht de klacht daarom **gegrond**.

3. Wat is de achtergrond?

- 3.1. Aanbesteder heeft in september 2025 een meervoudig onderhandse procedure georganiseerd voor de levering en het beheer van een participatieplatform. Ondernemer, een Belgische SaaS-leverancier en tevens de zittende dienstverlener, is niet uitgenodigd voor deze procedure. Hij is het niet eens met de wijze waarop aanbesteder de procedure heeft voorbereid en uitgevoerd.
- 3.2. Ondernemer heeft op 12 december 2025 bij aanbesteder een klacht ingediend.
- 3.3. Aanbesteder heeft op 9 januari 2026 de klacht van ondernemer ongegrond verklaard.
- 3.4. Ondernemer heeft op 6 februari 2026 een klacht bij de Commissie ingediend.
- 3.5. Aanbesteder heeft op 17 februari 2026 gereageerd op de door ondernemer bij de Commissie ingediende klacht. Daarbij heeft aanbesteder aangegeven al op 9 januari 2026 zijn handelswijze uitgebreid te hebben gemotiveerd en volledig achter deze motivering te blijven staan.
- 3.6. De procedure is inmiddels afgerond en de opdracht is definitief gegund. De Commissie heeft de klacht als 'nakaartklacht' in behandeling genomen.

4. Wat zijn de standpunten van partijen?

Ondernemer

- 4.1. Ondernemer is van mening dat aanbesteder de meervoudig onderhandse procedure voor de levering en het beheer van een participatieplatform onjuist heeft voorbereid en uitgevoerd.

Aanbesteder

- 4.2. Aanbesteder stelt dat de klacht van ondernemer ongegrond is.
- 4.3. De verschillende door ondernemer en aanbesteder ingenomen standpunten en argumenten in deze klacht heeft de Commissie samengevat en zullen hieronder worden besproken.

5. Hoe beoordeelt de Commissie deze klacht?

Klacht: Meervoudig onderhandse procedure onjuist voorbereid en uitgevoerd

- 5.1. Aanbesteder heeft volgens ondernemer procedurele fouten gemaakt bij de voorbereiding en uitvoering van deze procedure. In het bijzonder is onvoldoende zorgvuldigheid betracht bij het vaststellen, toepassen en communiceren van de selectiecriteria, wat heeft geleid tot een schending van de aanbestedingsbeginselen. Het gaat in het bijzonder om de eis van een minimale score van 95% op de veiligheidstoets, en de eis dat de marktpartij beschikt over een vestiging in Nederland.
- 5.2. Ondernemer onderbouwt zijn klacht als volgt.
 - 5.2.1. Ondernemer stelt voorop dat het feit dat hij de zittende dienstverlener was, hem op zichzelf geen recht of garantie op uitnodiging tot deelname aan de aanbesteding gaf. Echter, ondernemer kwam pas na afloop van de procedure te weten dat een aanbesteding had plaatsgevonden. Hierdoor is ondernemer niet in de gelegenheid gesteld om vragen te stellen, bezwaar te maken of zijn geschiktheid aan te tonen. Ondernemer stelt dat aanbesteder achteraf heeft aangegeven dat de aanbesteding op TenderNed zou zijn gepubliceerd en ondernemer daardoor een mogelijkheid zouden hebben gehad om kennis van de procedure te nemen. Aangezien het hier een meervoudig onderhandse aanbesteding betrof, stond de procedure echter uitsluitend open voor genodigde partijen, zodat een eventuele publicatie niet kan worden aangemerkt als een mogelijkheid tot deelname, aldus ondernemer.
 - 5.2.2. Ondernemer meent dat aanbesteder hem achteraf heeft uitgesloten op basis van selectiecriteria die niet vooraf kenbaar zijn gemaakt en niet feitelijk en verifieerbaar zijn getoetst. Zo berust de veiligheidstoets op een externe websitecheck, waarvan de uitkomst niet met ondernemer is gedeeld noch bij hem is geverifieerd. Aanbesteder heeft dan ook niet transparant gehandeld.
 - 5.2.3. Volgens ondernemer leidt de eis dat een marktpartij een vestiging in Nederland moet hebben tot uitsluiting van ondernemingen uit andere EU-lidstaten. Ondernemer betwist het beroep van aanbesteder op wet- en regelgeving inzake gegevensbescherming en informatiebeveiliging. De AVG is Europees recht en geldt onverkort voor Belgische ondernemingen die persoonsgegevens van Nederlandse betrokkenen verwerken. Het gestelde doel had bovendien met minder beperkende en niet-discriminerende middelen kunnen worden bereikt. Daarmee is sprake van een discriminerende en disproportionele maatregel, aldus ondernemer.
- 5.3. De reactie van aanbesteder op deze klacht, voor zover relevant, is als volgt.
 - 5.3.1. Aanbesteder stelt dat een aanbestedende dienst bij meervoudig onderhandse aanbestedingen beleidsvrijheid heeft bij de selectie van partijen die worden uitgenodigd.

- 5.3.2. Aanbesteder meent vooraf objectieve en non-discriminatoire selectiecriteria te hebben gehanteerd. In de eerste plaats heeft aanbesteder, in overeenstemming met de Gids Proportionaliteit, maximaal drie marktpartijen uitgenodigd, gelet op de beperkte omvang van de opdracht en het streven naar proportionele transactiekosten. In de tweede plaats is beoordeeld in welke mate marktpartijen voldoen aan actuele internet- en beveiligingsstandaarden, aan de hand van de 'website-check' van internet.nl; uitsluitend partijen met een minimale score van 95% zijn voor uitnodiging in aanmerking gekomen. Tot slot zijn uitsluitend leveranciers met een vestiging in Nederland uitgenodigd, om te waarborgen dat zij voldoen aan de Nederlandse wet- en regelgeving op het gebied van informatiebeveiliging, archivering en gegevensbescherming.
- 5.3.3. Wat betreft transparantie geeft aanbesteder aan dat een eventuele plaatsing op TenderNed een informatief karakter heeft; deelname is voorbehouden aan genodigde marktpartijen. De aanbestedingsdocumentatie wordt dan ook alleen gedeeld met deze genodigden en niet vooraf verstrekt aan partijen die niet zijn uitgenodigd.

Commissie

- 5.4. De Commissie acht de klacht **gegrond**. Naar het oordeel van de Commissie heeft aanbesteder de voorbereiding van de procedure onjuist uitgevoerd. Aanbesteder had onderzoek moeten verrichten naar het grensoverschrijdend belang van de opdracht. Niet is gebleken dat aanbesteder dit onderzoek heeft gedaan. De Commissie baseert haar oordeel op het volgende.

Inleiding

- 5.5. In deze klacht moet de Commissie de vraag beantwoorden of aanbesteder de meervoudig onderhandse procedure voor de levering en het beheer van participatieplatform juist heeft voorbereid en uitgevoerd. Volgens ondernemer is dit niet het geval en zijn procedurele fouten gemaakt. Ondernemer heeft zijn klacht onderbouwd door aan te voeren dat onvoldoende zorgvuldigheid is betracht bij het vaststellen, toepassen en communiceren van de selectiecriteria, wat heeft geleid tot een schending van de aanbestedingsbeginselen.

Artikel 1.4 lid 1 sub a en b: Keuze voor procedure en ondernemers

- 5.6. De Commissie begrijpt dat ondernemer – nu hij het niet eens is met de wijze waarop aanbesteder de kring van genodigden heeft bepaald – klaagt over de toepassing van artikel 1.4 Aw 2012.
- 5.6.1. Op grond van artikel 1.4 lid 1 sub a Aw 2012 moet een aanbestedende dienst op basis van objectieve criteria de keuze voor de procedure bepalen waarmee hij de overeenkomst tot stand wil brengen.
- 5.6.2. Alvorens de aanbestedende dienst de keuze voor de procedure maakt, bepaalt hij of op grond van de waarde van de opdracht een Europese procedure moet worden georganiseerd. Indien de opdrachtwaarde boven de toepasselijke aanbestedingsdrempel ligt, zijn de Europese aanbestedingsbeginselen en – naast deel 1 – deel 2 van de Aanbestedingswet 2012 van toepassing (zie artikel 1.7 sub a en hoofdstuk 2.1 Aw 2012). De aanbestedende dienst heeft in dat geval de keuze uit de verschillende procedures in deel 2 van de Aanbestedingswet 2012. Op grond van artikel 1.4 lid 1 sub a Aw 2012 moet de aanbestedende dienst deze keuze bepalen op basis van objectieve criteria. Uiteraard moet de aanbestedende dienst daarnaast de voorwaarden die deel 2 van de Aanbestedingswet 2012 aan de toepassing van de in dit deel genoemde procedures stelt in acht nemen.

- 5.6.3. Wanneer de opdracht een waarde onder de toepasselijke aanbestedingsdrempel heeft (ook wel 'onderdrempelige opdracht' genoemd), moet de aanbestedende dienst eerst onderzoeken of deze opdracht een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft.
- 5.6.4. Indien bij onderdrempelige opdrachten geen sprake is van duidelijk grensoverschrijdend belang zijn de aanbestedingsrechtelijke 'uitgangspunten' en deel 1 van de Aanbestedingswet 2012 van toepassing. De aanbestedende dienst kan in dat geval kiezen voor een onderdrempelige procedure, zoals een nationale of meervoudig onderhandse procedure. Op grond van artikel 1.4 lid 1 sub a Aw 2012 moet de aanbestedende dienst ook deze keuze bepalen op basis van objectieve criteria.
- 5.6.5. Als bij onderdrempelige opdrachten wél sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang, zijn op grond van artikel 1.7 sub b Aw 2012 evenwel de Europese aanbestedingsbeginselen van toepassing, wat onder meer betekent dat aan dergelijke opdrachten *vooraf* een 'passende mate van openbaarheid' moet worden gegeven.
- 5.7. Nu ondernemer een in België gevestigde SaaS-leverancier en tevens de zittende dienstverlener is, overweegt de Commissie dat sprake kan zijn van een duidelijk grensoverschrijdend belang, zodat aanbesteder mogelijk niet had mogen kiezen voor de meervoudig onderhandse procedure en vooraf een passende mate van openbaarheid had moeten betrachten.

Duidelijk grensoverschrijdend belang

- 5.8. De Commissie licht hieronder het begrip 'duidelijk grensoverschrijdend belang' toe.
 - 5.8.1. In (Europese) jurisprudentie is invulling gegeven aan het begrip 'duidelijk grensoverschrijdend belang' (zie onder meer HvJ EU 15 mei 2008, zaken C-147/06 en C-148/06 (SECAP en Santorso), HvJ EU 14 november 2013, zaak C-221/12 (Belgacom), HvJ EU 16 april 2015, zaak C-278/14 (Enterprise Solutions), HvJ EU 6 oktober 2016, zaak C-318/15 (Tecnoedi), HvJ EU 5 april 2017, zaak C-298/15 (Borta/Klapeidos), HvJ EU 20 maart 2018, C-187/16 (Commissie/Oostenrijk), HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:722). Het begrip 'duidelijk grensoverschrijdend belang' voorkomt dat elke opdracht, hoe gering ook, transparant zou moeten worden gegund. Het begrip moet geobjectiveerd worden uitgelegd. Vóórdat een aanbestedende dienst de keuze maakt op welke wijze hij de opdracht wil aanbesteden, moet hij vaststellen of de te verlenen opdracht een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft. De aanbestedende dienst moet daarom een inschatting kunnen maken van het belang van de opdracht voor partijen uit andere lidstaten (zie Advies 697, ov. 5.6).
 - 5.8.2. Het duidelijk grensoverschrijdende belang kan met name voortvloeien uit de economische waarde van de opdracht, bezien in samenhang met de plaats van uitvoering en de technische kenmerken ervan. De Commissie citeert hierbij uit r.o. 3.4.4 van voornoemd arrest van de Hoge Raad:

'[...]

Het gaat hier niet om vereisten waaraan, al dan niet cumulatief, voldaan dient te zijn, maar om factoren die in het bijzonder voor het oordeel van de rechter van belang kunnen zijn. De rechter moet behalve deze factoren ook de eventuele andere relevante omstandigheden van het geval in zijn oordeel betrekken (vgl. het arrest Enterprise Solutions, punten 20 en 22). Andere in de rechtspraak van het HvJEU genoemde factoren zijn het belang van in andere lidstaten gevestigde

ondernemers, mits dit belang reëel en niet fictief is (zie het arrest Borta/Klaipedos, punt 44), en de omstandigheid dat eventuele uit andere lidstaten afkomstige inschrijvers geconfronteerd kunnen worden met eisen en extra lasten in verband met de verplichting zich aan te passen aan het juridische en bestuurlijke kader van de lidstaat waar de opdracht wordt uitgevoerd en om te voldoen aan taalvereisten (zie het arrest Tecnoedi, punt 25). Niet is vereist dat marktdeelnemers daadwerkelijk belangstelling hebben geuit (zie het arrest Belgacom, punt 31).'

- 5.8.3. Bij de beoordeling of sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang gaat het om een beoordeling per opdracht en moet het bestaan van dat belang op grond van objectieve criteria worden vastgesteld. De Commissie citeert hierbij uit voornoemd Tecnoedi-arrest, randnummer 20:

'Wat de objectieve criteria betreft die kunnen duiden op het bestaan van een duidelijk grensoverschrijdend belang, heeft het Hof reeds geoordeeld dat met name het aanzienlijke bedrag van de betrokken opdracht, in combinatie met de plaats van uitvoering van de werken of de technische kenmerken van de opdracht en de specifieke kenmerken van de betrokken producten, dergelijke criteria kunnen zijn. In die context kan tevens rekening worden gehouden met het bestaan van klachten van in andere lidstaten gevestigde marktdeelnemers, mits wordt nagegaan of het werkelijke klachten en geen schijnklachten betreft (zie in die zin arresten van 15 mei 2008, SECAP en Santorso, C-147/06 en C-148/06, EU:C:2008:277, punt 31, en 16 april 2015, Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228, punt 20 en aldaar aangehaalde rechtspraak).'

- 5.8.4. Deze objectieve factoren kunnen derhalve wijzen op het bestaan van een duidelijk grensoverschrijdend belang. Het komt daarbij aan op een weging van deze criteria. Wanneer de economische waarde van de opdracht in een concreet geval aanzienlijk is te noemen, is dat een belangrijke indicatie dat de opdracht een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft (zie Advies 697, ov. 5.6.3).

- 5.8.5. Niet vereist is dat buitenlandse marktdeelnemers daadwerkelijk belangstelling voor de opdracht hebben geuit. Evenmin is vereist dat een klager aanvullend stelt en onderbouwt *waarom* ondernemingen uit andere lidstaten daadwerkelijk geïnteresseerd kunnen zijn in de opdracht – het aanvoeren van concrete en relevante omstandigheden is voldoende, zoals de Hoge Raad overwoog in r.o. 3.6.2 van voornoemd arrest:

'Uit de rechtspraak van het HvJEU valt niet af te leiden dat JCDecaux – aanvullend – zou moeten uiteenzetten waarom ondernemingen uit andere lidstaten daadwerkelijk geïnteresseerd zullen of kunnen zijn in de opdracht. Dat dit tot haar stelplicht zou behoren, valt ook niet in te zien.'

- 5.8.6. De Commissie overweegt dat uit de jurisprudentie die in voorgaande overwegingen is geciteerd, geen onderlinge verhouding tussen de verschillende criteria naar voren komt. Dat betekent, strikt genomen, dat concrete belangstelling van een buitenlandse marktdeelnemer slechts één van de factoren is waarmee een aanbestedende dienst rekening moet houden. Die factor is niet doorslaggevend; een aanbestedende dienst moet ook de andere relevante omstandigheden van het geval in zijn oordeel betrekken. Opmerking verdient dat een aanbestedende dienst ervan op de hoogte kan zijn dat één of meer buitenlandse ondernemingen een reëel belang hebben bij een opdracht en dat, op grond van de overige omstandigheden, tóch geen sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang. Desondanks ziet de Commissie een concreet belang of concrete belangstelling van een buitenlandse marktdeelnemer als een sterke aanwijzing dat sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang.

Aanbesteder had grensoverschrijdend belang moeten onderzoeken

- 5.9. De Commissie overweegt als volgt. Ondernemer is een in België gevestigde SaaS-leverancier en tevens de zittende dienstverlener. Alleen al hieruit blijkt dat een marktdeelnemer uit een andere lidstaat een reëel belang bij de opdracht heeft. Dat belang is niet hypothetisch: ondernemer levert de betrokken dienst reeds aan aanbesteder en heeft zich actief bij aanbesteder gemeld met de vraag of hij de aanbestedingsstukken mocht inzien, stukken die hij, juist omdat aanbesteder de opdracht niet heeft aangekondigd, niet zelf heeft kunnen raadplegen. De klacht van ondernemer is daarmee geen schijnklacht.
- 5.10. Bij de beoordeling of sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang spelen daarnaast ook andere objectieve factoren een rol, zoals de economische waarde van de opdracht, de plaats van uitvoering en de technische kenmerken ervan. In hun samenhang bezien bepalen dergelijke factoren of van een duidelijk grensoverschrijdend belang sprake is. De Commissie beschikt niet over voldoende informatie om deze factoren te beoordelen. Zo kan zij op basis van de beschikbaar gestelde documenten niet vaststellen wat de economische waarde van de opdracht is, anders dan dat deze vermoedelijk gelegen is onder de toepasselijke aanbestedingsdrempel.
- 5.11. Zelfs indien andere factoren buiten beschouwing blijven, is de Commissie van oordeel dat het reële belang van ondernemer (een buitenlandse marktdeelnemer) een sterke aanwijzing is dat sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang (zie ov. 5.8.6 bovenstaand). Aanbesteder had daarom ten minste moeten onderzoeken of daarvan sprake was, nu dat onderzoek voorafgaat aan de keuze voor een aanbestedingsprocedure. Nu gesteld noch gebleken is dat dit onderzoek heeft plaatsgevonden, heeft aanbesteder, door zonder meer te kiezen voor een meervoudig onderhandse procedure, de voorbereiding van de procedure onjuist uitgevoerd.
- 5.12. De Commissie komt op grond van het bovenstaande tot de slotsom dat aanbesteder de voorbereiding van de procedure onjuist heeft uitgevoerd. Aanbesteder had onderzoek moeten verrichten naar het grensoverschrijdend belang van de opdracht. Nu niet is gebleken dat aanbesteder dit onderzoek heeft gedaan, acht de Commissie de klacht **gegrond**. Het overige door ondernemer aangevoerde behoeft daarmee geen verdere bespreking.

6. Advies

De Commissie acht de klacht **gegrond**.

Den Haag, 2 april 2026

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

Voorzitter

Vicevoorzitter Commissielid