

Advies 570 | Samenvatting

De aanbesteder heeft in 2017 een Europese openbare procedure aangekondigd voor een raamovereenkomst met maximaal twee ondernemers voor het leveren van Commercial of the Shelf (COTS) software en software voor de standaard gemeentelijke kerntaken. Hij heeft met ondernemer X en ondernemer Y een raamovereenkomst gesloten. In januari 2019 heeft het moederbedrijf van ondernemer Y het moederbedrijf van ondernemer X overgenomen.

In januari 2020 is een offerteaanvraag voor het verwerven van een nieuw HR-systeem naar een aantal ondernemers gestuurd. In deze offerteaanvraag is vermeld dat gebruik wordt gemaakt van de voormelde raamovereenkomst. Dat laatste betekent overigens niet dat de aanbesteder zelf een offerteaanvraag onder de raamovereenkomst doet bij de ondernemers X en Y. De onderhavige offerteaanvraag waar de klacht op ziet wordt namelijk gedaan door 'ondernemer X/ondernemer Y' (hierna: X/Y). Met de offerteaanvraag is beoogd te komen tot de selectie van één ondernemer die het HR-systeem aan aanbesteder gaat leveren.

Blijkens de onderbouwing van de klacht richt de klacht van de ondernemer zich niet tegen het feit dat de aanbesteder de opdracht tot de levering van een HR-systeem via X/Y wenst te verstrekken, in plaats van zelf een Europese aanbesteding te houden. Waar de ondernemer over klaagt, is dat de aanbesteder – via X/Y – bij de uitvoering van de onderhavige offerteprocedure de beginselen en regels van aanbestedingsrecht niet dan wel onvoldoende in acht neemt.

De Commissie vraagt zich echter af – hoewel de klacht daar dus niet over gaat – of het de aanbesteder aanbestedingsrechtelijk wel is toegestaan de inkoop van het HR-systeem te organiseren op de wijze waarop hij dat heeft gedaan. De Commissie is van oordeel dat deze vraag ontkennend moet worden beantwoord.

In artikel 2.139 Aw 2012 is bepaald dat een aanbestedende dienst die na toepassing van een Europese aanbestedingsprocedure een raamovereenkomst sluit op basis van die raamovereenkomst overheidsopdrachten kan plaatsen overeenkomstig de in artikel 2.142 óf de in artikel 2.143 Aw 2012 bedoelde procedures. In het onderhavige geval heeft de aanbesteder na een Europese aanbestedingsprocedure een raamovereenkomst met twee ondernemers – X en Y – gesloten. De consequentie daarvan is dat wanneer de aanbesteder een overheidsopdracht voor een nieuw HR-systeem op basis van die raamovereenkomst wenst te plaatsen, hij dat moet doen overeenkomstig de procedures bedoeld in artikel 2.143 Aw 2012. Het betekent voorts – blijkens het bepaalde in artikel 2.140, lid 1, Aw 2012 – dat deze procedures uitsluitend kunnen worden toegepast tussen de aanbesteder en de ondernemers X en Y die als enigen partij zijn bij de raamovereenkomst.

De Commissie leidt uit de offerteaanvraag en de reactie op de klacht af dat de aanbesteder bij het plaatsen van de overheidsopdracht voor een nieuw HR-systeem buiten de hiervoor geschetste kaders is getreden. Allereerst is immers niet gebleken dat de aanbesteder die opdracht overeenkomstig de procedures bedoeld in artikel 2.143 Aw 2012 bij één van de ondernemers die partij zijn bij de raamovereenkomst – X dan wel Y – heeft geplaatst. Uit de offerteaanvraag en de reactie op de klacht blijkt dat de aanbesteder de in de offerteaanvraag als zodanig aangeduide ondernemer X/Y in feite enkel als tussenpersoon heeft ingeschakeld om ten behoeve van de aanbesteder een overheidsopdracht voor een nieuw HR-systeem

bij een onderneming te plaatsen die zelf geen partij is bij de raamovereenkomst. Verder is gebleken dat de aanbesteder zodanig veel bemoeienis heeft met deze offerteprocedure, dat het materieel gezien uiteindelijk niet ondernemer X/Y is die bepaalt hoe de voorbereiding, inrichting en afwikkeling van deze offerteprocedure plaatsvindt, maar de aanbesteder zelf.

De Commissie is van oordeel dat wanneer de aanbesteder de overheidsopdracht voor een nieuw HR-systeem via een raamcontractant wil plaatsen bij een onderneming die géén partij is bij de raamovereenkomst en hij bovendien zelf de voorbereiding, inrichting en afwikkeling wil bepalen van de offerteprocedure op basis waarvan die onderneming wordt geselecteerd, hij oneigenlijk gebruik maakt van de raamovereenkomst. In een dergelijk geval is immers sprake van een overheidsopdracht die Europees moet worden aanbesteed. De aanbesteder heeft immers niet weersproken dat de waarde van deze overheidsopdracht de drempelwaarde van artikel 2.3 Aw 2012 overstijgt.

De Commissie stelt vast dat de aanbesteder de overheidsopdracht voor een nieuw HR-systeem ten onrechte niet Europees heeft aanbesteed maar in plaats daarvan een offerteprocedure heeft georganiseerd die niet algemeen is aangekondigd. Die inbreuk op het Europees aanbestedingsrecht heeft een zodanig fundamenteel karakter dat de Commissie niet verder kan oordelen over de specifieke wijze waarop de aanbesteder zich in het kader van de – onrechtmatige – offerteprocedure jegens de ondernemer heeft gedragen. Daarmee kan de Commissie de klacht verder niet in behandeling nemen.

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 570

1. Feiten

- 1.1. Aanbesteder heeft in december 2013 na het houden van een Europese openbare procedure een vijfjarige samenwerkingsovereenkomst gesloten met ondernemer voor de levering van een HR- en salarisverwerkingssysteem. Deze overeenkomst bevat de mogelijkheid om tweemaal de overeenkomst met een jaar te verlengen.
- 1.2. Vervolgens heeft aanbesteder op 15 juli 2017 een Europese openbare procedure bekendgemaakt voor een raamovereenkomst met maximaal twee ondernemers voor het leveren van Commercial of the Shelf (COTS) software en software voor de standaard gemeentelijke kerntaken. Verder wenste aanbesteder met deze raamovereenkomst op verzoek advies te krijgen op het gebied van software en complexe licentiestructuren.
- 1.3. Op 15 november 2017 heeft aanbesteder in het kader van de in 1.2 hiervoor bedoelde aanbestedingsprocedure een aankondiging van een gegunde opdracht gepubliceerd. Daaruit blijkt dat aanbesteder in totaal twee inschrijvingen heeft ontvangen en dat hij met beide inschrijvers – te weten: ondernemer X en ondernemer Y – op 17 oktober 2019 een raamovereenkomst heeft gesloten. Deze raamovereenkomst is aangegaan voor de duur van twee jaar, met de mogelijkheid van twee keer een verlenging van één jaar.
- 1.4. In januari 2019 heeft het moederbedrijf van ondernemer Y het moederbedrijf van ondernemer X overgenomen (dit leidt de Commissie af uit een persbericht op de website van het moederbedrijf van ondernemer Y).
- 1.5. In 2019 heeft aanbesteder een marktconsultatie voor de inkoop van een nieuw HR-systeem gehouden. Ondernemer heeft hier aan deelgenomen.
- 1.6. Aanbesteder heeft vervolgens begin 2020 besloten om een nieuw HR-systeem aan te schaffen. Aanbesteder heeft besloten dit nieuwe HR-systeem op basis van de met X en Y gesloten raamovereenkomst (zie 1.3 hiervoor) in te kopen.
- 1.7. In dat kader heeft aanbesteder op 22 januari 2020 per e-mail het volgende bericht naar ondernemer gestuurd:

‘Helaas heb ik je mobiele nummer niet vandaar dit bericht per mail. Ik zou het fijn vinden als je mij even zou willen bellen. Vorig jaar hebben we met elkaar gesproken over de samenwerking tussen [Ondernemer] en [Aanbesteder] en de vertrouwensbreuk die in de samenwerking is ontstaan (los van wat daar de oorzaak van is). Inmiddels zijn wij zo ver dat we via onze broker op zoek gaan naar een nieuw HR systeem. Aangezien de reparatieslag die we hebben ingezet niet heeft geleid tot herstel van vertrouwen in de volle breedte van de [organisaties van Aanbesteder] lijkt het mij niet zinvol dat [Ondernemer] inschrijft op deze nieuwe uitvraag, hoewel we niemand uit willen sluiten. Lijkt mij goed om daar telefonisch nog even over van gedachten te wisselen.’
- 1.8. Op 23 januari 2020 is een ‘offerteaanvraag voor het verwerven van een nieuw HR-systeem voor [Aanbesteder]’ naar een aantal ondernemers gestuurd. Deze

offerteaanvraag is voorzien van het logo van aanbesteder. In deze offerteaanvraag is, onder meer, het volgende bepaald:

1. Inleiding

Voor deze offerteaanvraag wordt gebruik gemaakt van de raamovereenkomst voor standaardprogrammatuur ([kenmerk]). De opdrachtnemer van deze raamovereenkomst fungeert als intermediair om de verschillende standaard software, licenties en clouddiensten van verschillende softwareleveranciers te leveren, inclusief eventueel benodigd onderhoud/ support.

Onder standaard-software wordt door opdrachtgever het volgende verstaan: "Programmatuur die gebruiksklaar wordt geleverd en waarvan de installatie, configuratie en ingebruikname geen aanpassing van de code, hercompilatie of anderszins specifieke computerdeskundigheid vergt." Het betreft hier standaard-software die van een onbeperkt aantal uitgevers afkomstig kan zijn, voor veel verschillende doeleinden. Daaronder wordt het volgende geschaard:

- Levering standaard-software;
- Eventuele levering van onderhoudscontracten ten behoeve van de geleverde standaard-software;
- Registratie van gebruiksrechten;
- Dienstverlening, op verzoek, tenminste bestaande uit advisering over:
 - o De selectie van standaard-software en onderhoudscontracten;
 - o De implementatie van standaard-software;
- Het signaleren en eventueel leveren aan [Aanbesteder] van herstelprogrammatuur, danwel het vervangen van defecte dragers van standaard-software.
- Leveren van licenties t.b.v. al in gebruik zijnde software

De opdrachtnemer stuurt deze offerteaanvraag door naar geschikte partijen met een geschikt product in de markt. Wat geschikt is, wordt door de opdrachtgever in dit document en bijlagen duidelijk gemaakt.

(...)

1.2. Doel van de offerteaanvraag

Met deze offerteaanvraag zoekt opdrachtgever een leverancier die alle geëiste en zoveel mogelijk gewenste functionaliteit in één systeem door middel van SaaS ter beschikking stelt. Het HR-systeem zal niet op de omgeving van de opdrachtgever worden geïnstalleerd. De leverancier stelt zich in de dienstverlening op als een samenwerkingspartner.

1.3. Begrippen

HR-systeem: Het softwaresysteem, inclusief dienstverlening, zoals deze door de Opdrachtgever wordt uitgevraagd.

Opdrachtgever: [Aanbesteder]

Opdrachtnemer: De intermediair met wie de Opdrachtgever de raamovereenkomst voor standaardprogrammatuur heeft afgesloten. De Opdrachtgever sluit met de Opdrachtnemer de overeenkomst.

Proof of Concept (PoC): De gevraagde functionaliteit wordt werkend gedemonstreerd en ter beschikking gesteld. Op verzoek kan de opdrachtgever zelf het systeem bedienen. Er is nadrukkelijk geen sprake van een presentatie met statische beelden.

Leverancier: De marktpartij die de SaaS en dienstverlening levert. De Leverancier sluit de overeenkomst met de Opdrachtnemer.

2. De opdracht

2.1. Omschrijving en scope van de opdracht

De opdracht bestaat uit het werkend opleveren en vervolgens het ter beschikking stellen, inclusief onderhouden en ondersteunen, van een ICT-oplossing voor HR-systeem, in dit document verder ook aangeduid als oplossing of als HR-systeem.

De scope van de dienstverlening voor het HR-systeem (in de GIBIT genoemd: ICT-prestatie) bestaat uit:

- het ter beschikking stellen van een integrale oplossing voor HR-systeem waarbij dit een werkend geheel moet zijn;
- de ter beschikking gestelde oplossing wordt volledig gehost door de leverancier.

De leverancier dient, om bovenstaande te realiseren, de volgende prestatie te leveren:

- eenmalig; het verzorgen van de implementatie
- voortdurend onderhoud en ondersteuning. Hieronder wordt conform GIBIT (artikel 8.3 en 8.9) verstaan:
 - o correctief onderhoud
 - o preventief onderhoud
 - o innovatief onderhoud
 - o gebruikersondersteuning
 - o tijdig voldoen aan relevante wet- en regelgeving
 - o blijft voldoen aan overeengekomen interoperabiliteitseisen
 - o door updates en upgrades tijdig voldoen aan nieuwe versies van Gemeentelijke ICT kwaliteitsnormen

Het HR-systeem bevat standaard functionaliteit voor:

- Personeelsadministratie
- Salarisadministratie
- Financiële administratie: begroten en prognose
- Verzuim
- Verlof
- Self Service

Het HR-systeem bevat, bij voorkeur, functionaliteit voor Werving & Selectie en Loopbaanbegeleiding of kan met externe software voor Werving & Selectie en Loopbaanbegeleiding koppelen.

Ook functionaliteit die in deze procedure niet gevraagd wordt, bijvoorbeeld functionaliteit die tijdens de looptijd van de overeenkomst wordt toegevoegd, kan binnen deze opdracht worden afgenomen.

Deze opdracht wordt niet opgedeeld in delen. De opdrachtgever sluit een overeenkomst aan met één Leverancier (via de Opdrachtnemer).

2.2. Contract

De overeenkomst treedt in werking op 8 mei 2020 en wordt gesloten voor de periode van implementatie (volgens de huidige planning van 8 mei 2020 tot 1 januari 2021) en 4 jaren van gebruik. Er is optie tot eenzijdige verlenging met 6 keer 1 jaar. Na beëindiging van de overeenkomst kan de Opdrachtgever besluiten de

Opdracht functioneel opnieuw aan te besteden of de licenties opnieuw uit te vragen conform dan geldende wetgeving en raamovereenkomsten.

(...)

3. De offerteprocedure

3.1. Fasering

Deze offerteprocedure kent verschillende fases. Na elke fase vallen er leveranciers af. Deze opzet is gekozen zodat niet dat van alle leveranciers veel inschrijftijd wordt gevraagd. In de verschillende fases is ter verduidelijking van het pakket aan eisen en wensen ruimte ingepland voor wederzijds overleg en het stellen van vragen (zie ook § 3.11 Planning).

De fases zijn gebaseerd op de MoSCoW-methode:

Mh – Must have	Deze eisen, benoemd in fase 1, moeten aanwezig zijn in het HR-systeem. Zonder Must have is het geheel niet bruikbaar.
Sh – Should have	Deze onderdelen zijn zeer gewenst, maar zonder is het HR-systeem wel bruikbaar. Should have moeten wel in een bepaalde kwantiteit aanwezig. Dit komt aan de orde in fase 2 van de offerteaanvraag.
Ch – Could have	Deze onderdelen zouden de dienstverlening van [Aanbesteder] sterk verhogen en hebben meerwaarde. Dit komt aan de orde in fase 2 van de offerteaanvraag.

In de 1ste fase is bewezen inzet van het systeem en functionaliteit en de ervaring van de inschrijvers belangrijk. Voor deze fase zijn maximaal 4 leveranciers uitgenodigd.

Aan deze leveranciers wordt gevraagd:

1. Uw geschiktheid voor deze opdracht aan te tonen.
2. Te verklaren dat uw HR-systeem voldoet aan de eisen van de architectuur.
3. Te verklaren dat uw HR-systeem voldoet aan de functionele eisen.
4. Aan te geven op welke wijze uw HR-systeem de functionaliteit voor Werving en Selectie invult.
5. Te verklaren dat u tijdens de duur van opdracht kunt voldoen aan de eisen van de dienstverlening.
6. Te verklaren dat u zich tijdens de duur van de opdracht opstelt als een samenwerkingspartner.
7. Te verklaren dat u tijdens de duur van de opdracht Social Return toepast.
8. Uw prijzen te overleggen.
9. Workflowmanagement en koppelbaarheid aan te tonen met een Proof of Concept (PoC).

Wanneer meer dan 2 leveranciers aan bovenstaande voldoen wordt er een rangorde bepaald op basis van onderdeel 1 en 4 en 8 en 9. De 2 leveranciers met de hoogste score krijgen een uitnodiging voor de volgende fase. Hoe u aan bovenstaande onderdelen kunt voldoen staat beschreven in hoofdstuk 4.

In de 2e fase geven de leveranciers:

10. Een beschrijving van de invulling van de wensen van de opdrachtgever t.a.v. functionaliteit en de dienstverlening
11. Een beschrijving van de invulling van de samenwerking
12. Een beschrijving van de invulling van Social Return
13. Een beschrijving van de implementatie van het HR-systeem

14. Een Proof of Concept van de functionaliteit

Er wordt een rangorde bepaald op basis van de beoordeling van deze vijf elementen. De leverancier met de hoogste beoordeling voor fase 1 en fase 2 samen krijgt een uitnodiging voor fase 3.

In de 3e fase stemmen de opdrachtgever en de beoogde leverancier samen af:

15. Implementatieplan
16. Samenwerking
17. Service Level Agreement – Dossier afspraken en procedures
18. Definitieve prijs

Als de leverancier en de opdrachtnemer niet tot sluitende afspraken kunnen komen, kan de opdrachtgever besluiten met de leverancier die op nummer 2 is geëindigd opnieuw de derde fase in te gaan.

Voor elke fase ontvangt de leverancier een nieuwe fasedocument. Dit document gaat over fase 1 van de offerteaanvraag. Het is echter belangrijk dat u weet wat er in fase 2 en 3 van u gevraagd gaat worden en dat u in een latere fase niet kunt afwijken van hetgeen in eerdere fases is verklaard of aangeboden.

3.2. Indienen van uw offerte voor fase 1

Meedoen kan door de uitnodiging te accepteren en voor de deadline een offerte in te dienen bij de Opdrachtnemer. In § 5.1 staat welke stukken u moet indienen. Door het indienen van een offerte geeft u aan alles in de offerteaanvraag (inclusief bijlagen) gelezen en begrepen te hebben en er akkoord mee te zijn.

(...)

3.5. Contactgegevens

Binnen [Aanbesteder] wordt het inkoopproces begeleid door [naam] (inkoopadviseur). De inkoopadviseur onderhoudt het contact met de Opdrachtnemer. U communiceert alleen met de Opdrachtnemer:

[X] / [Y]

T.a.v. [naam], vervanger: [naam]

E-mail: [e-mail adressen]

Het is niet toegestaan om andere betrokken medewerkers van de Opdrachtgever of Opdrachtnemer te benaderen over deze offerteaanvraag en de inhoud van de opdracht. Doet u dat toch, dan kunnen we u uitsluiten van deze procedure.

3.6. Vragen en inlichtingen

Vragen en/of opmerkingen naar aanleiding van dit fasedocument en bijlagen zijn tot het moment van sluiting van de vragenrondes te stellen via de Opdrachtnemer. Alle vragen/opmerkingen die voor de sluiting van de vragenronde tijdig zijn ontvangen, zullen inclusief de bijbehorende antwoorden van de Opdrachtgever geanonimiseerd in de nota van inlichtingen worden opgenomen. De Opdrachtgever behoudt zich het recht voor om vragen die later binnen komen dan voornoemde datum niet in behandeling te nemen. Mondelinge mededelingen hebben geen rechtskracht. De nota van inlichtingen maakt integraal onderdeel uit van de offerteaanvraag. De Opdrachtgever gaat ervan uit dat met betrekking tot de onderdelen waarover geen vragen zijn gesteld geen onduidelijkheden bestaan.

(...)

3.9. Stopzetten offerteaanvraag

De Opdrachtgever behoudt zich het recht voor om tot het moment van ondertekening van de beoogde overeenkomst de offerteaanvraag geheel of gedeeltelijk, tijdelijk of definitief te stoppen. U heeft in een dergelijke situatie geen recht op vergoeding van enigerlei kosten gemaakt in het kader van deze offerteaanvraag.

3.10. Voorwaarden deelname offerteaanvraag

Houdt u bij inschrijving rekening met de volgende voorwaarden:

1. Leverings-, betalings- en/of andere algemene voorwaarden – hoe dan ook genaamd – van de Leverancier worden uitdrukkelijk niet geaccepteerd. Op de overeenkomst zijn de Algemene Inkoopvoorwaarden [Aanbesteder] 2020, inclusief GIBIT, van toepassing. Deze zijn toegevoegd in bijlage A.
(...)

3.11. Planning

Deze planning is indicatief en hier kunnen geen rechten aan ontleend worden.

Datum	Tijd	Activiteit
Fase 1		
donderdag 23 januari 2020		Offerteaanvraag
woensdag 29 januari 2020	10:00	Termijn voor stellen van vragen
donderdag 30 januari 2020		Kennismakingsgesprek
maandag 3 februari 2020		Definitief Programma van eisen en Nota van inlichtingen 1
woensdag 5 februari 2020	12:00	Vragen
vrijdag 7 februari 2020		Nota van inlichtingen 2
donderdag 13 februari 2020	15:00	Indienen offerte fase 1
vrijdag 14 februari 2020		Beoordelen offertes
maandag 17 februari 2020		Proof of Concept
dinsdag 18 februari 2020		Proof of Concept
woensdag 26 februari 2020		Berichtgeving aan leveranciers

Het programma van Eisen (bijlage E) is een concept verise; u kunt hier nog vragen over stellen tot 29 januari 10:00 uur. Op 3 februari ontvangt u het definitieve programma van Eisen.

Op 30 januari bent u uitgenodigd voor een kennismakingsgesprek met de Opdrachtgever. Wanneer u deelneemt aan de offerteaanvraag krijgt een uitnodiging voor een tijdstip. Zaken die in besproken in het kennismakingsgesprek en die wij belangrijk vinden om met de andere leveranciers worden in de nota van inlichten verwerkt.

De vermoedelijke startdatum van fase 2 is 2 maart en van fase 3 17 april.

(...)

4. Vereisten

In de eerste fase van deze procedure wordt voornamelijk aangetoond dat uw organisatie geschikt is voor en de ervaring heeft met de opdracht voor een HR-systeem en dat uw HR-systeem voldoet aan de minimale eisen (Must haves) die de Opdrachtgever aan het HR-systeem stelt. (...)

4.6. U stelt zich op als een samenwerkingspartner

Binnen [Aanbesteder] beogen wij een duurzame samenwerking met onze leveranciers. Tijdens de looptijd van de overeenkomst blijven we samen met de

leverancier in overleg blijven over innovaties, verbeteringen en aanpassingen binnen het systeem.

(...)

Door het ondertekenen van bijlage B verklaart u deze rol in te vullen en de Opdrachtgever hierin te ondersteunen. (...)

4.7. U past tijdens de duur van de opdracht Social Return toe

Met Social Return on Investment (hierna: SROI) streeft de opdrachtgever ernaar werkloze werkzoekenden, jongeren en arbeidsgehandicapten met onvoldoende kwalificaties aan het werk te helpen. De Opdrachtgever heeft het beleid om bij aanbestedingen de uitvoerder te stimuleren om een gedeelte van de opdrachtsom te investeren in deze doelgroep. U vindt het SROI-beleid in bijlage G.

Door het ondertekenen van bijlage B verklaart u Social Return proactief en effectief toe te passen tijdens de duur van de overeenkomst en hier regelmatig over te rapporteren. (...)

4.8 U overlegt prijzen

In deze fase overlegt u prijzen die de basis vormen voor de definitieve prijs in fase 3. Dat betekent dat u deze prijzen niet meer kunt veranderen. Doet u dat toch, dan kan de opdrachtgever besluiten u uit te sluiten van de offerteprocedure. U hoeft geen rekening te houden met kosten of een percentuele verhoging ten gunste van de opdrachtnemer: deze kosten worden rechtstreeks verrekend door de Opdrachtgever. (...)

4.9. U toont workflowmanagement en koppelbaarheid aan met een Proof of Concept (PoC)

Door middel van een Proof of Concept toont u aan dat uw systeem kan werken met workflowmanagement en koppelbaar is.

Met workflowmanagement wordt bedoeld:

Het werken via vaste patronen, waarbij bewerkingen van de data leiden tot het automatisch starten van een nieuw proces in het HR-systeem.

Met koppelbaarheid wordt bedoeld:

Het koppelen van de data uit het HR-systeem zodat de data door de Opdrachtgever in andere toepassingen kan worden hergebruikt.

De PoC heeft als doel deze belangrijke functies van het HR-systeem aan te tonen.

Zonder een (geslaagde) PoC komt u niet voor gunning van de opdracht in aanmerking. De PoC is geslaagd als u minimaal 60% scoort. De wijze van beoordelen van de PoC wordt beschreven in § 5.3.

De PoC vindt op plaats op 17 of 18 februari. Kort na het indienen van uw offerte ontvangt u een uitnodiging voor 1 van deze data.

(...)

5. Beoordeling offertes

(...)

5.3. Wijze van beoordelen

(...)

Prijzen

De afzonderlijke prijzen in bijlage H worden versleuteld naar een fictieve prijs gebaseerd op:

- 2000 uur configuratie en implementatie

(...)'

- 1.9. Op 29 januari 2020 heeft ondernemer het onderstaande bericht per e-mail aan aanbesteder gestuurd:

'Dank voor het gesprek gistermiddag, waarin wij de inhoud van onderstaande mail hebben besproken.

Ik heb aangegeven verbaasd te zijn rondom de statement van vertrouwen, des te meer aangezien de medewerkers op de werkvloer en de functioneel beheerders zeer te spreken zijn over de acties die wij gezamenlijk hebben geformuleerd.

Je hebt aangegeven dat er sentiment zit bij sommige [deelnemende organisaties van Aanbesteder] en de afdeling ICT rondom de koppelbaarheid van de verschillende systemen en dat wij daarom op dit moment niet worden meegenomen in de eerste toetsing via de broker.

Je zult begrijpen dat wij ons als bestaande leverancier, die tevens actief heeft deelgenomen aan de marktconsultatie, op een onterechte en niet helder gedefinieerde reden buitengesloten voelen. Derhalve wil ik expliciet vragen om alsnog in deze toetsingronde door de broker meegenomen te worden.

Ik kijk uit naar jullie reactie!'

- 1.10. Op 30 januari 2020 heeft raamcontractant X het onderstaande bericht per e-mail aan ondernemer gestuurd:

'Op verzoek van [Aanbesteder] kom ik graag in contact met jou om de uitvraag voor de HR applicatie door te nemen. Zou jij mij even kunnen bellen op [telefoonnummer]?

Om jullie direct te informeren over de eerste bijeenkomst. Er staat voor [Ondernemer] een tijdslot op 4 feb van 13.30 – 15.00u gepland. Wij begrijpen dat dit op korte termijn is, maar helaas is er geen andere mogelijkheid. De eerste bijeenkomst is voor een kennismaking en tevens voor de verduidelijking van de uitvraag. Zie bijlagen. Indien hier vragen over zijn dan moeten deze uiterlijk maandag om 12.00u gedeeld worden met ons en wij delen dit weer met [Aanbesteder].'

- 1.11. Op 31 januari 2020 heeft ondernemer aan raamcontractant X het onderstaande antwoord per e-mail gestuurd:

'Dank voor uw onderstaande uitnodiging om deel te nemen aan de uitvraag van de HR-applicatie voor [Aanbesteder].

Het is wettelijk vastgelegd dat alle partijen die deelnemen aan dit soort inschrijvingen een reële en gelijkwaardige termijn gegund moet worden, wat met de door u aangegeven datums niet het geval is.

Derhalve maak ik graag bezwaar tegen de opgegeven termijnen en zie graag een reeel voorstel van uw zijde tegemoet, die recht doet aan het bovengenoemde uitgangspunt. In de offertaanvraag staan de gehanteerde termijnen benoemd.

Ik kijk uit naar uw reactie,'

- 1.12. Op 31 januari 2020 heeft raamcontractant X in reactie de volgende twee e-mails aan ondernemer gestuurd:
 - 1.12.1. 'Bedankt voor je terugkoppeling. Ik begrijp je reactie. Ik kom hier zo spoedig mogelijk op terug.'
 - 1.12.2. 'Ik heb zojuist geprobeerd een ander tijdslot te regelen voor jullie. Helaas is dit niet gelukt i.v.m. de planning en agenda's van het projectteam.

Daarnaast wil ik aangeven dat de uitvraag geen aanbesteding betreft. Dit betreft een offerte uitvraag binnen onze raamovereenkomst. Immers hebben wij een raamovereenkomst met [Aanbesteder] voor de aanschaf van software die Europees is aanbesteed, waardoor de aanschaf van software onder de mantel uitgevraagd kan worden.

Overigens kan ik je ook mededelen dat de overige partijen nagenoeg dezelfde tijd/planning hebben ontvangen (in het kader van gelijk behandelen).

Wat ik je kan toezeggen is dat jullie de 2e nota van inlichtingen mogen gebruiken voor vragen, in dat geval hebben jullie iets meer tijd dan de andere. In dat geval hebben jullie dan ook al de 1e nota ontvangen, dus veel vragen zullen dan al beantwoord zijn (waarschijnlijk).

Laat ik duidelijk zijn voor wat betreft de afspraak dinsdag: dat is geen onwil maar er is gewoon echt geen andere mogelijkheid.'

- 1.13. Op 11 februari 2020 heeft de advocaat van ondernemer per e-mail een brief met de onderstaande inhoud aan aanbesteder gezonden:

'Cliënte, [Ondernemer], verzocht mij het volgende onder uw aandacht te brengen.

In december 2013 heeft [Aanbesteder] ten behoeve van zes [aanbestedende diensten] een samenwerkingsovereenkomst gesloten met [Ondernemer] voor de levering van een vijfjarige HR en salarisverwerkingssysteem. Deze overeenkomst bevat ook de mogelijkheid om tweemaal de overeenkomst met een jaar te verlengen.

De samenwerking verliep aanvankelijk niet vlekkeloos. De oorzaak hiervan valt terug te brengen naar beide partijen, zoals ook door uw organisatie is aangegeven. Gezamenlijk is vorig jaar het initiatief genomen om verdere verbeteringen door te voeren, om uit de impasse te komen en het wederzijds vertrouwen te herstellen. Hierbij is afgesproken om gezamenlijk stappen te zetten om de processen en de aangeboden oplossing te verbeteren. Beide partijen zouden zich committeren om verbeteringen door te voeren.

De eerste stap hierbij was het inschakelen van een externe consultant, die een assessment heeft gedaan binnen [Aanbesteder], waar verbeteringen kunnen worden doorgevoerd. De kosten van dit assessment zijn door [Ondernemer] opgepakt. Hierbij is een aantal zaken naar voren gekomen, die direct leiden tot een verbeterd werkproces binnen [Aanbesteder]. Naar [Ondernemer] heeft vernomen zijn de medewerkers op de werkvloer en de functioneel beheerders momenteel zeer te

spreken over de door [Ondernemer] geleverde verbetervoorstellen, echter blijft de werkelijke support van het management om deze wijzigen door te voeren achterwege.

Aanschaf nieuw HR-systeem: verplichtingen [Aanbesteder]

In 2019 heeft [Aanbesteder] een marktconsultatie gehouden. [Ondernemer] heeft hier actief aan deelgenomen. [Aanbesteder] heeft vervolgens begin 2020 besloten om een nieuw HR-systeem aan te schaffen. Dit kwam voor [Ondernemer] als een verrassing, gezien de gemaakte afspraken rondom het verbeterplan.

[Aanbesteder] heeft in 2017 een raamovereenkomst gesloten met [X] en [Y] voor de levering van Commercial of the Shelf (COTS) software en software voor de standaard gemeentelijke kerntaken. [Aanbesteder] stelt zich op het standpunt dat zij gerechtigd is om de opdracht voor de levering van een nieuw HR-systeem zonder het houden van een Europese aanbesteding te gunnen aan één van de genoemde raamcontractanten.

De betreffende raamcontractant houdt hiertoe een offerteaanvraag (=meervoudig onderhandse aanbesteding) onder geschikte marktpartijen die het HR-systeem daadwerkelijk (in onderaanneming van de raamcontractant) kunnen leveren aan [Aanbesteder]. De aanbestedingsstukken zijn opgesteld door [Aanbesteder], de vragen van de leveranciers worden beantwoord door [Aanbesteder], de overleggen vinden plaats met [Aanbesteder] en [Aanbesteder] beoordeelt de antwoorden/offertes van de leveranciers. De raamcontractant is in deze verworden tot een 'procesbegeleider'.

De waarde van de opdracht tot het leveren van een nieuw HR-systeem overschrijdt de Europese drempelwaarde van € 214.000 (excl. BTW). Zou [Aanbesteder] géén raamovereenkomst hebben gesloten waaronder zij de opdracht kan verstrekken, dan zou [Aanbesteder] verplicht zijn om de opdracht Europees (niet-)openbaar aan te besteden.

Echter, dat [Aanbesteder] thans wel een raamovereenkomst heeft gesloten waaronder zij meent de opdracht te kunnen verstrekken, betekent niet dat [Aanbesteder] (via de raamcontractant) gerechtigd is om de offerteaanvraag naar eigen believen in te richten. Bij de offerteaanvraag dient [Aanbesteder] (en daarmee ook de raamcontractant die namens [Aanbesteder] de offerteaanvraag uitvoert) zich te houden aan:

1. De aanbestedingsbeginselen (transparantie, gelijke behandeling, en proportionaliteit) als ware het een Europese aanbesteding. Voldoet de offerteaanvraag hier niet aan, dan handelt [Aanbesteder] in strijd met: artikel 1.4 Aanbestedingswet 2012 en artikel 1.10a Aanbestedingswet 2012;
1. De beginselen van precontractuele goede trouw;
2. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Deelname [Ondernemer] aan de offerteaanvraag

[Ondernemer] is van mening [Aanbesteder] te kunnen voorzien van een geschikt HR-systeem dat voldoet aan alle door [Aanbesteder] gestelde eisen en wensen. [Ondernemer] wenst dan ook in aanmerking te komen voor gunning.

De ontsteltenis was dan ook groot toen [Aanbesteder] op woensdag 22 januari 2020 15:00 uur aan [Ondernemer] het volgende e-mail bericht stuurde:

[zie het mailbericht in 1.7 hiervoor, Commissie]

Uit dit e-mail bericht blijkt dat geenszins vaststaat dat [Ondernemer] een wanprestatie heeft geleverd c.q. dat eventuele tekortkomingen in de nakoming van de

huidige overeenkomst te wijten zijn aan [Ondernemer], maar dat [Aanbesteder] desalniettemin de opdracht voor de levering van een nieuw HR-systeem niet wil gunnen aan [Ondernemer]. Dit is onbegrijpelijk.

Op dinsdag 28 januari 2020 heeft [Ondernemer] daarom telefonisch contact met [Aanbesteder] opgenomen. Daarin gaf [Aanbesteder] hetzelfde aan. [Hij] verduidelijkte gedurende dit telefoongesprek dat het niet willen gunnen aan [Ondernemer] enkel berust op sentimenten bij een aantal [deelnemende organisaties in aanbesteding].

[Ondernemer] heeft tijdens dat telefoongesprek, en vervolgens ook per e-mail op woensdag 29 januari 2020, verzocht om deel te mogen nemen aan de offerteaanvraag. Dit heeft ertoe geleid, dat de raamcontractant [X] op donderdag 30 januari 2020 de offerteaanvraag heeft toegestuurd aan [Ondernemer], en [Ondernemer] heeft uitgenodigd voor de eerste bijeenkomst op dinsdag 4 februari 2020 13.30-15 uur.

De andere deelnemers hadden de offerteaanvraag reeds een week eerder, op donderdag 23 januari 2020, ontvangen. [Ondernemer] heeft op vrijdag 31 januari 2020 per mail aan de raamcontractant laten weten dat [hij] de termijn disproportioneel kort achtte, en - mede gelet op het gelijkheidsbeginsel - verlenging van de termijn met een week wenst. Nadat de raamcontractant ruggenspraak had gehouden met [Aanbesteder] deelde de raamcontractant op maandag 3 februari 2020 telefonisch aan [Ondernemer] mede dat [Aanbesteder] weigerde om de termijn met een week te verlengen. [Aanbesteder] bood enkel aan om de termijn met 2 dagen te verlengen, te weten tot donderdag 4 februari 2020, en dan ook nog eens in een specifiek tijdslot. Dit getuigde niet van daadwerkelijke welwillendheid om [Ondernemer] een eerlijke kans te geven. [Ondernemer] is daar dan ook niet op in gegaan.

Verzoek [Ondernemer]

[Ondernemer] heeft er geen moeite mee dat [Aanbesteder] de opdracht tot de levering van een HR-systeem via de raamcontractant wenst te verstrekken in plaats van een Europese aanbesteding te houden. Waar [Ondernemer] wél moeite mee heeft, is dat [Aanbesteder] door middel van deze wijze van opdrachtverlening [Ondernemer] buiten spel tracht te zetten (hetgeen ook blijkt uit het mailbericht en het telefoongesprek met [Aanbesteder]).

Graag wijs ik u erop dat [Aanbesteder] daardoor in strijd met de Aanbestedingswet 2012 en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur jegens [Ondernemer] handelt. Ook handelt [Aanbesteder] daardoor niet integer.

Namens [Ondernemer] verzoek ik u met klem ervoor zorg te dragen dat de offerteaanvraag dezelfde waarborgen kent als een Europese aanbesteding.

Dit begint met het stellen van een proportionele inschrijvingstermijn voor [Ondernemer], waardoor de voorsprong die de andere kandidaten hebben teniet wordt gedaan. Namens [Ondernemer] verzoek ik u dan ook de inschrijvingstermijn te verlengen (van donderdag 13 februari 2020) tot vrijdag 20 maart 2020 (zodat er een totale inschrijvingstermijn van 40 dagen vanaf 30 januari 2020 voor [Ondernemer] ontstaat, een inschrijvingstermijn die overeen komt met de minimumtermijn van artikel 2.71 lid 4 Aanbestedingswet 2012 (inschrijvingsfase bij een niet-openbare procedure)).

Ik verzoek u mij uiterlijk op woensdag 12 februari 2020 om 11.00 uur te berichten ((e-mailadres)) dat (i) [Aanbesteder] ervoor zorg zal dragen dat de

offerteaanvraag dezelfde waarborgen kent als een Europese aanbesteding, en (ii) de inschrijvingstermijn wordt verlengd tot 10 maart 2020.

[Ondernemer] beseft zich terdege dat deze brief de relatie met [Aanbesteder] mogelijk nog verder onder druk zet. Dat is niet de bedoeling. Het enige dat [Ondernemer] wil is een eerlijke kans op de opdracht. Deze kans krijgt [Ondernemer] nu niet.

Indien [Aanbesteder] geen gehoor wenst te geven aan het verzoek van [Ondernemer], dan voelt [Ondernemer] zich genoodzaakt een klacht in te dienen bij het klachtenmeldpunt. Hopelijk hoeft het niet zover te komen.'

- 1.14. Op 12 februari 2020 heeft aanbesteder per e-mail het onderstaande bericht gestuurd naar de advocaat van ondernemer:

'Uw bericht van gisteren kwam voor mij als een verrassing. Binnen [Aanbesteder] hebben wij transparantie en gelijkheid hoog in het vaandel staan. In het traject van de uitvraag voor het nieuwe systeem zijn zowel in de voorbereiding als tijdens de uitvraag de Europese algemene beginstelen waaronder gelijkheid, proportionaliteit en transparantie van kracht. Uit navraag begrijp ik dat [Ondernemer] is uitgenodigd om mee te doen aan deze procedure en de uw cliënt offerte-uitvraag en uitnodiging heeft ontvangen.

Voor de verdere beantwoording verwijs ik u graag naar de bevoegd directeur, [naam], van het Servicecentrum [Aanbesteder]. Hij zal later vandaag uw bericht inhoudelijk beantwoorden.'

- 1.15. Op 12 februari 2020 heeft aanbesteder per e-mail een brief met de onderstaande inhoud aan de advocaat van ondernemer gestuurd:

'Op 11 februari ontving ik uw brief namens [Ondernemer] inzake de offerteaanvraag HR-systeem. In uw brief verzoekt u mij te verklaren dat (i) [Aanbesteder] ervoor zorg zal dragen dat de offerteaanvraag dezelfde waarborgen kent als een Europese aanbesteding, en (ii) de inschrijvingstermijn wordt verlengd tot 10 maart 2020. Zonder in te gaan op de inhoud van uw brief en de daarin gestelde feiten en omstandigheden, kan ik u het volgende mededelen.

Gelet op de vereisten voor het indienen van een offerte zoals die in de Offerteuitvraag zijn opgenomen, is een indieningstermijn van 3 weken te kwalificeren als redelijke voorbereidingstermijn voor potentiële leveranciers om hun offerte gereed te maken en in te dienen. Nu aan andere potentiële leveranciers op 24 januari 2020 de Offerteuitvraag en andere relevante stukken zijn toegestuurd en deze stukken op 30 januari 2020 aan [Ondernemer] zijn verstrekt, kom ik tot de conclusie dat de termijn tussen verzending van de stukken aan [Ondernemer] en de sluiting van de indieningstermijn (donderdag 13 februari) 2 in plaats van 3 weken bedraagt. Gelet op de redelijke voorbereidingstijd die potentiële leveranciers moet worden gegund om een offerte in te dienen, wordt voor [Ondernemer] de sluiting van de indieningstermijn met 1 week verlengd tot donderdag 20 februari 2020. De aan de indieningstermijn gekoppelde Proof of Concept zal dientengevolge voor [Ondernemer] plaatsvinden op 24 januari 2020. Met deze verlenging van de indieningstermijn is een gelijk speelveld tussen alle potentiële leveranciers gecreëerd. De eindbeoordeling van alle ingediende offertes zal plaatsvinden nadat de offerte van [Ondernemer] is ontvangen en de Proof of Concept heeft plaatsgevonden.

Ten overvloede merk ik op dat gedurende de gehele offerteuitvraagprocedure de Europese algemene beginselen waaronder gelijkheid, proportionaliteit en transparantie in acht zullen worden genomen. Met bovenstaande beslissing, is een

mogelijke ongelijkheid in de procedure opgeheven en een gelijk speelveld tussen potentiële leveranciers geborgd.

Andere potentiële leveranciers zullen van deze beslissing in kennis worden gesteld. Door de betrokken softwarebroker zullen vandaag alle nog niet door [Ondernemer] ontvangen stukken, die mogelijk relevant zijn voor de inschrijving, beschikbaar worden gesteld. Daarbij is er voor gezorgd dat [Ondernemer] eenzelfde tijdspanne heeft om kennis te nemen van de inhoud van deze stukken als de andere gegadigden in deze procedure.

Ik vertrouw er op u hiermee voldoende te hebben geïnformeerd.'

- 1.16. Op 12 februari 2020 heeft een medewerker van Y aan ondernemer een e-mail met bijlagen en de onderstaande inhoud gestuurd:

'Vanuit [Aanbesteder] heb ik het verzoek ontvangen om jullie te voorzien van de informatie die in de tussentijd is gedeeld met de andere partijen evenals een nieuwe planning voor [Ondernemer]. Dit naar aanleiding van de brief en reactie van [Aanbesteder].

- Bijlage 1: NVI 1
- Bijlage 2: verwerkersovereenkomst
- Bijlage 3, 4 en 5: aanvullende informatie voor POC 1A. Het betreft wat praktische informatie, een toelichting en een tweetal datasets, om de PoC te kunnen voorbereiden.
- Bijlage 6: NVI 2

Tevens staat voor [Ondernemer] de POC gereserveerd op 24 februari (niet 24 januari zoals in de brief staat).'

- 1.17. Op 14 februari 2020 heeft de advocaat van ondernemer per e-mail een brief met de onderstaande inhoud aan aanbesteder gestuurd:

'Uw brief van 12 februari 2020 met bovengenoemd kenmerk heb ik besproken met cliënte.

In mijn brief van 11 februari 2020 had ik namens cliënte verzocht om ervoor zorg te dragen dat de offerteaanvraag dezelfde waarborgen kent als een Europese aanbesteding. Het verheugt cliënte dat u - en ook de heer [naam] per e-mail van 12 februari 2020 - bevestigt, dat gedurende de gehele offerteuitvraagprocedure (waaronder de voorbereiding) de Europese algemene beginselen waaronder gelijkheid, proportionaliteit en transparantie van kracht zijn.

Het verheugt cliënte ook dat u de inschrijftermijn ten behoeve van cliënte wenst te verlengen. De door [Aanbesteder] voorgestelde verlenging met 1 week tot donderdag 20 februari 2020 is in casu evenwel geen proportionele verlenging te noemen noch in overeenstemming met het gelijkheidsbeginsel.

[Aanbesteder] heeft op 24 januari 2020 de Offerteaanvraag en andere relevante stukken gestuurd aan de andere potentiële leveranciers. Zij zijn in de gelegenheid gesteld om vragen te stellen, hebben een kennismakingsgesprek met [Aanbesteder] gehad, en zijn daarna opnieuw in de gelegenheid gesteld om vragen te stellen.

[Aanbesteder] heeft evenwel jegens [Ondernemer] allereerst uitdrukkelijk kenbaar gemaakt dat zij het wenselijk achtte dat [Ondernemer] niet zou meedingen. Na bezwaar van [Ondernemer] heeft [Aanbesteder] eerst op 30 januari 2020 de aanbestedingsstukken gestuurd aan [Ondernemer]. [Aanbesteder] heeft [Ondernemer] toen in de lopende offerteaanvraag in willen passen zonder de termijnen voor

[Ondernemer] aan te passen. [Aanbesteder] gaf [Ondernemer] aldus niet het gevoel alsof zij een eerlijke kans zou krijgen op het verwerven van de opdracht.

[Aanbesteder] gaat er dan ook ten onrechte vanuit dat [Ondernemer] op 30 januari 2020 aan de slag is gegaan met het opstellen van een inschrijving. Dit is niet het geval. Gelet op de voorgaande handelswijze van [Aanbesteder] wilde [Ondernemer] zich eerst zeker stellen dat zij een eerlijke kans zou krijgen op de opdracht. Deze bevestiging heeft zij in feite nog niet van [Aanbesteder] ontvangen.

Gelet op de Europese beginselen dient [Aanbesteder] immers:

1. [Ondernemer] in de gelegenheid te stellen om een kennismakingsgesprek met [Aanbesteder] te houden.
2. [Ondernemer] in de gelegenheid te stellen om vragen te stellen over de aanbestedingsstukken.
3. Uitgaande dat [Aanbesteder] een inschrijftermijn van 3 weken wenst te handhaven: [Ondernemer] een inschrijftermijn van 3 weken te gunnen vanaf het moment dat de offerteaanvraag jegens [Ondernemer] daadwerkelijk alle waarborgen kent. Op deze wijze heeft [Ondernemer] daadwerkelijk evenveel inschrijftijd als de andere potentiële leveranciers. NB. een inschrijftermijn van 40 dagen zou, zoals ik in mijn brief van 11 februari 2020 reeds aangaf, proportioneler zijn, gelet op de complexiteit van de opdracht. Deze termijn geldt immers niet voor niets als minimumtermijn bij opdrachten boven de Europese drempelwaarde (als de onderhavige) in het geval van een Europese niet-openbare aanbesteding.

Hieraan heeft [Aanbesteder] jegens [Ondernemer] nog niet voldaan.

Ten aanzien van punt 3 merk ik reeds nu op dat [Ondernemer] na een quick scan op de aanbestedingsstukken tot de constatering komt dat (i) een aantal van de gestelde eisen verduidelijking c.q. aanpassing behoeven (er lijken eisen bij te zijn waaraan geen enkele leverancier kan voldoen), (ii) er geen heldere meetcriteria zijn geformuleerd per onderdeel, (iii) de beoordelingscriteria en wijze van punten-toekenning voor wat betreft fase 2 en 3 thans ontbreken, hetgeen [Aanbesteder] de mogelijkheid biedt om de criteria in deze fasen op een dusdanige wijze in te richten dat een inschrijver bevoordeeld wordt, (iv) geschiktheidseisen zijn vermengd met gunningscriteria. De verschenen Nota's van Inlichtingen geven [Ondernemer] geen althans niet voldoende antwoord.

Ik verzoek u dan ook nogmaals met klem om ervoor zorg te dragen dat de offerteaanvraag jegens [Ondernemer] daadwerkelijk dezelfde waarborgen kent als een Europese aanbesteding, en [Ondernemer] daadwerkelijk gelijk aan de andere inschrijvers wordt behandeld, en te voorzien in de voornoemde 3 punten.'

- 1.18. Op 18 februari 2020 heeft aanbesteder per e-mail een brief aan de advocaat van ondernemer gestuurd met de onderstaande inhoud:

'Geachte mevrouw [naam],

In reactie op uw brief van 14 februari 2020, deel ik u mee dat de inhoud van uw brief en de daarin opgenomen argumenten geen aanleiding geven tot wijziging van de procedure of de in dat kader verstrekte documenten.

Uw cliënte is namelijk tweemaal uitgenodigd voor een kennismakingsgesprek en bovendien is haar de mogelijkheid geboden vragen te stellen tot aan de 2^e Nota van Inlichtingen, één en ander gelijk aan de overige gegadigden. Alle gegadigden hebben aldus gelijke kansen gekregen.

Uw cliënte heeft er echter voor gekozen geen gebruik te maken van deze mogelijkheden. Zij heeft het kennismakingsgesprek ongebruikt gelaten en geen vragen gesteld. Zij heeft er voor gekozen om na het sluiten van de termijn voor de 2e Nota van Inlichtingen via u vragen op te werpen met betrekking tot de offerteuitvraag en de gevolgde procedure.

Mijns inziens had het op de weg van uw cliënte gelegen om deze vragen in het kader van de Nota van Inlichtingen te stellen.

Voor verdere vragen aangaande de offerteuitvraag en de bijbehorende procedure verwijs ik u naar [Y]. Deze partij is onze broker en diegene die de procedure uitvoert.

Ik vertrouw erop dat [Ondernemer] uiterlijk donderdag 20 februari een passende offerte zal indienen en maandag 24 februari een succesvolle Proof of Concept zal doorlopen.'

2. Beschrijving klacht

2.1. Klachtonderdeel 1

Aanbesteder handelt in strijd met het proportionaliteitsbeginsel door ondernemer op 30 januari 2020 geen proportionele termijn te geven voor het stellen van vragen naar aanleiding van de offerteaanvraag en 11 bijlagen. Aanbesteder heeft ondernemer slechts een termijn van 1,5 werkdag geboden. Tevens handelt aanbesteder in strijd met het beginsel van gelijke behandeling door andere gegadigden een termijn van 4 werkdagen te geven voor het stellen van vragen.

2.2. Klachtonderdeel 2

Aanbesteder handelt in strijd met het proportionaliteitsbeginsel door ondernemer op 30 januari 2020 geen proportionele termijn te geven voor het voorbereiden van het kennismakingsgesprek. Aanbesteder heeft ondernemer een termijn van 2,5 werkdag gegeven. Het is onmogelijk om binnen deze termijn de offerteaanvraag en bijlagen goed te doorgronden en op die wijze het kennismakingsgesprek goed voor te bereiden. Tevens handelt aanbesteder in strijd met het beginsel van gelijke behandeling door andere gegadigden een termijn van 5 werkdagen te geven voor de voorbereiding van het kennismakingsgesprek.

2.3. Klachtonderdeel 3

Aanbesteder handelt in strijd met het proportionaliteitsbeginsel door ondernemer op 30 januari 2020 geen proportionele termijn te geven voor het stellen van aanvullende vragen die zijn gerezen naar aanleiding van het kennismakingsgesprek. Aanbesteder heeft ondernemer een termijn van 1 werkdag gegeven. Tevens handelt aanbesteder in strijd met het beginsel van gelijke behandeling door andere

gegadigden een termijn van 4 werkdagen te geven voor het stellen van aanvullende vragen.

2.4. Klachtonderdeel 4

Aanbesteder handelt in strijd met het proportionaliteitsbeginsel door ondernemer op 30 januari 2020 geen proportionele termijn te geven voor het opstellen van een offerte. Aanbesteder heeft ondernemer een termijn van 2 weken (= 14 dagen) gegeven. Tevens handelt aanbesteder in strijd met het beginsel van gelijke behandeling door andere gegadigden een termijn van 3 weken te geven voor het indienen van een inschrijving.

2.5. Klachtonderdeel 5

Aanbesteder handelt in strijd met het proportionaliteitsbeginsel door ondernemer op 30 januari 2020 geen proportionele termijn te geven voor het voorbereiden van de Proof of Concept. Aanbesteder heeft ondernemer een termijn van 2,5 weken gegeven. Tevens handelt aanbesteder in strijd met het beginsel van gelijke behandeling door andere gegadigden een termijn van 3,5 week te geven voor het voorbereiden van de Proof of Concept.

2.6. Klachtonderdeel 6

Aanbesteder handelt in strijd met het gelijkheidsbeginsel door aan ondernemer niet de gelegenheid te bieden vragen te stellen en een kennismakingsgesprek te voeren en aan de andere gegadigden wel.

3. Onderbouwing klacht

3.1. Ter onderbouwing van zijn klacht voert ondernemer het volgende aan.

3.2. Op maandag 3 februari 2020 deelde de raamcontractant – na ruggenspraak te hebben gehouden met aanbesteder – telefonisch aan ondernemer mede, dat aanbesteder weigerde om de termijnen te verlengen. Aanbesteder bood enkel aan om de termijn voor het houden van een kennismakingsgesprek met 2 dagen te verlengen, te weten tot donderdag 6 februari 2020, en dan ook nog eens een specifiek tijdslot. Dit getuigde niet van een daadwerkelijke welwillendheid aan de kant van aanbesteder om ondernemer een eerlijke kans op de opdracht te geven. De termijnen waren onmogelijk kort om vragen te formuleren (welke termijn ten tijde van het telefoongesprek inmiddels was verstreken) en een kennismakingsgesprek voor te bereiden. En de verschillen tussen ondernemer en de overige gegadigden bleven bestaan. Dit heeft ondernemer direct in hetzelfde telefoongesprek aan de raamcontractant laten weten.

3.3. Volgens ondernemer behoeft het geen betoog dat zolang aanbesteder ondernemer geen eerlijke kans gaf om de opdracht te verwerven ondernemer geen mensen en middelen vrijmaakte (en dus geen voorbereidingen trof) voor het inschrijven op de aanbesteding. Ondernemer wilde eerst gewaarborgd hebben dat zij een eerlijke kans zou krijgen voordat zij mensen en middelen zou vrijmaken.

3.4. Ondernemer maakt onderdeel uit van een wereldwijd concern, met het hoofdkantoor in de Verenigde Staten. Ondernemer heeft na het telefoongesprek met de raamcontractant intern ruggenspraak gehouden. Besloten is dat ondernemer nog steeds wenste mee dingen naar de opdracht, mits hij een eerlijke kans zou krijgen. Ondernemer zag geen andere weg meer dan het inschakelen van een advocaat om dit te bewerkstelligen. Ondernemer heeft voor deze inschakeling intern

toestemming gekregen. Het behoeft geen betoog dat de interne afstemming en het vervolgens inschakelen van een advocaat tijd kost.

- 3.5. Ondernemer voert aan dat aanbesteder er bij het toekennen van de verlenging met 1 week ten onrechte vanuit is gegaan dat ondernemer op 30 januari 2020 (de dag waarop ondernemer de offerteaanvraag toegestuurd kreeg – een week later dan de overige gegadigden) aan de slag is gegaan met het opstellen van een offerte (en kennelijk geen vragen had noch een kennismakingsgesprek wenste). Zoals ondernemer hiervoor heeft aangegeven was dat niet het geval. Ondernemer wilde eerst zeker stellen dat zij een eerlijke kans zou krijgen.
- 3.6. Volgens ondernemer gaat Aanbesteder er ten onrechte van uit dat ondernemer op 30 januari 2020 van start is gegaan met de voorbereidingen voor het opstellen van een offerte, en dat ondernemer uit de voeten kon met de disproportionele termijnen die haar werden gesteld en met het ongelijke speelveld. Dit is niet het geval. Ondernemer heeft eerst meermaals getracht ervoor zorg te dragen dát een gelijk speelveld werd bewerkstelligd en dat hij een eerlijke kans zou krijgen om de opdracht te verwerven. Immers, pas als dat zo is, dán pas ligt het in de rede dat ondernemer mensen en middelen vrijmaakt om vragen te stellen en een passende offerte voor te bereiden.
- 3.7. De andere gegadigden verkeerden reeds op 23 januari 2020 in de positie dat zij het gevoel hadden een eerlijke kans te krijgen op de opdracht. Ondernemer geeft aan ten tijde van het indienen van de klacht bij de Commissie nog steeds niet in die positie te verkeren. De mail van 22 januari 2020 van aanbesteder aan ondernemer was overduidelijk: aanbesteder wenst niet dat ondernemer meedingt naar de opdracht. In de berichtgeving van aanbesteder die daarna kwam propageert aanbesteder weliswaar de Europese aanbestedingsbeginselen in acht te nemen en ondernemer een eerlijke kans te geven. Echter, naar de mening van ondernemer handelt aanbesteder daar niet naar.
- 3.8. In juridische contractuele optiek sluit aanbesteder een overeenkomst met de raamcontractant en sluit de raamcontractant een overeenkomst met de winnaar van de offerteaanvraag. In juridische aanbestedingsrechtelijke optiek houdt aanbesteder volgens ondernemer een aanbesteding, en is de raamcontractant geworden tot procesbegeleider.
- 3.9. Partijen zijn het er over eens dat op de aanbesteding de Europese algemene beginselen waaronder gelijke behandeling, proportionaliteit en transparantie van toepassing zijn.
- 3.10. Als aanbesteder de opdracht niet op basis van de met de raamcontractant gesloten raamovereenkomst zou plaatsen, dan zou aanbesteder – gelet op de waarde van de opdracht – verplicht zijn om de opdracht Europees aan te besteden. In dat geval zouden de thans door aanbesteder uitgenodigde partijen (waaronder ondernemer) rechtstreeks inschrijven op de aanbesteding. De raamcontractant zou in dat geval niet inschrijven op de aanbesteding. Ondernemer heeft geen bezwaar tegen het feit dat aanbesteder de opdracht tot de levering van een HR-systeem via de raamcontractant wenst te verstrekken in plaats van een Europese aanbesteding te houden. Dit neemt niet weg dat aanbesteder de raamovereenkomst niet mag gebruiken om de mededinging te verhinderen, te beperken of te vervalsen. Ook mag aanbesteder geen oneigenlijk gebruik maken van de raamovereenkomst. Dit stond tot 1 juli 2016 expliciet in artikel 2.141 Aw 2012. Dit artikel is per 1 juli 2016 overbodig geworden vanwege artikel 1.10a Aw 2012, waar ditzelfde uit volgt.
- 3.11. Ondernemer stelt zich daarom op het standpunt dat aanbesteder zich bij de onderhavige aanbesteding niet alleen moet houden aan de Europese algemene

beginselen, maar ook aan de vereisten die staan in deel 2 van de Aanbestedingswet 2012 (m.u.v. de aankondiging) (al is het maar over de band van de algemene beginselen).

3.12. Klachtonderdeel 1

- 3.12.1. Aanbesteder handelt in strijd met het beginsel van gelijke behandeling door ondernemer op 30 januari 2020 niet dezelfde termijn te geven voor het stellen van vragen als die de overige gegadigden hebben gekregen. Ondernemer kreeg 1,5 werkdag. De overige gegadigden kregen 4 werkdagen.
- 3.12.2. Het is onmogelijk om binnen een termijn van 1,5 werkdag de offerteaanvraag en bijlagen goed te doorgronden, vragen op te stellen (door verschillende afdelingen), een concept-vragenlijst samen te stellen, de concept-vragen intern te bespreken met de betrokken personen, en een definitieve vragenlijst op te stellen.
- 3.12.3. Dat het hier om omvangrijke stukken gaat die veel vragen en bezwaren oproepen blijkt uit de Nota's van Inlichtingen (zie ... hiervoor). Ondernemer heeft een lijst met vragen bij zijn klacht gevoegd die ondernemer intussen heeft opgesteld, maar waarvoor aanbesteder ondernemer niet meer in de gelegenheid stelde om deze te stellen. Ook daaruit blijkt dat de offerteaanvraag ook bij ondernemer de nodige vragen en bezwaren oproepen, en dat deze niet allemaal zijn beantwoord in de Nota's van Inlichtingen.

3.13. Klachtonderdeel 2

- 3.13.1. Aanbesteder handelt in strijd met het beginsel van gelijke behandeling door ondernemer op 30 januari 2020 niet dezelfde termijn te geven voor het voorbereiden van het kennismakingsgesprek als die de overige gegadigden hebben gekregen. Ondernemer kreeg 2,5 werkdag. De overige gegadigden kregen 5 werkdagen.
- 3.13.2. Uit paragraaf 3.11 van de offerteaanvraag blijkt dat zaken die tijdens het kennismakingsgesprek worden besproken worden verwerkt in de Nota van Inlichtingen. Het kennismakingsgesprek is niet enkel bedoeld als voorstelrondje. Een goede voorbereiding is dus van belang.

3.14. Klachtonderdeel 3

- 3.14.1. Aanbesteder handelt in strijd met het beginsel van gelijke behandeling door Ondernemer op 30 januari 2020 niet dezelfde termijn te geven voor het stellen van aanvullende vragen die zijn gerezen naar aanleiding van het kennismakingsgesprek. Ondernemer kreeg 1 werkdag. De overige gegadigden kregen 4 werkdagen.
- 3.14.2. Het is onmogelijk om binnen de termijn van 1 werkdag aanvullende vragen in concept te formuleren, intern af te stemmen met de betrokkenen, en een definitieve vragenlijst op te stellen.

3.15. Klachtonderdeel 4

- 3.15.1. Een proportionele termijn voor het indienen van een inschrijving is 45 dagen (als sprake is van een openbare Europese aanbesteding) en 40 dagen (als sprake is van een niet-openbare Europese aanbesteding). De termijn die aanbesteder ondernemer gunt is 3x zo kort, en gelet op de aard van de opdracht niet proportioneel te noemen.
- 3.15.2. Het is onmogelijk om binnen de termijn van twee weken de offerteaanvraag te doorgronden en een passende offerte aan te bieden, die moet bestaan uit 7

bijlagen, waarbij inhoudelijke beoordeling plaatsvindt op grond van (i) geschiktheid voor de opdracht, (ii) functionaliteit werving en selectie en (iii) prijzen. Slechts 2 inschrijvers worden op basis van de offerte en de Proof of Concept toegelaten tot de tweede fase van de aanbesteding. Het is dus van groot belang dat een goede offerte wordt ingediend.

- 3.15.3. Aanbesteder heeft een lijst van klant-specifieke wensen en eisen neergelegd over de gewenste functionaliteit van het aan te schaffen systeem. De validatie van deze wensen en eisen, de daarbij behorende inrichting en configuratie, waarop nu vooraf reeds een prijs moet worden afgegeven, welke daarnaast wordt beïnvloed door aanpassingen en verduidelijkingen via de Nota's van Inlichtingen, maken dit een verre van standaard opdracht. Hierbij zijn bij ondernemer (en ook bij de andere inschrijvers) diverse disciplines betrokken, als juridisch, technisch, service, commercieel, functioneel, implementatie, R&D, etc. en daarnaast de betrokkenheid van het management. Hier moet intern een zorgvuldig proces voor worden doorlopen. Immers, ondernemer (en ook de andere inschrijvers) gaan in deze fase al commitment aan, zowel voor wat betreft de juridische voorwaarden als voor wat betreft de prijzen.
- 3.15.4. Ook zitten er tussen de ontvangst van de laatste Nota van Inlichtingen en de datum van inschrijving niet minimaal 10 dagen, wat de inschrijvingstermijn eveneens disproportioneel kort maakt.
- 3.15.5. Aanbesteder handelt in strijd met het beginsel van gelijke behandeling door ondernemer op 30 januari 2020 niet dezelfde termijn te geven voor het opstellen van een inschrijving. Ondernemer kreeg 2 weken. De overige gegadigden kregen 3 weken. Een termijn van 3 weken is al disproportioneel kort, waarmee het geven van de nóg kortere termijn van 2 weken aan ondernemer een ernstige schending van het gelijkheidsbeginsel is.

3.16. Klachtonderdeel 5

- 3.16.1. Een proportionele termijn voor het indienen van een inschrijving is 45 dagen (als sprake is van een openbare Europese aanbesteding) en 40 dagen (als sprake is van een niet-openbare Europese aanbesteding). De termijn die aanbesteder ondernemer gunt voor het voorbereiden van de Proof of Concept is bijna 3x zo kort, en gelet op de aard van de opdracht niet proportioneel te noemen.
- 3.16.2. Het is onmogelijk om binnen deze termijn de offerteaanvraag te doorgronden, een passende offerte aan te bieden, en een deugdelijke Proof of Concept voor te bereiden, die zwaar weegt in de beoordeling of inschrijver wordt toegelaten tot fase 2. Het is dus van groot belang dat de Proof of Concept goed wordt voorbereid.
- 3.16.3. De gevraagde Proof of Concept richt zich op gegevensuitwisseling tussen systemen, op basis van de door aanbesteder aangeleverde medewerkers gegevens en daarbij behorende 1 tot heel veel dienstverbanden. De Proof of Concept beschrijft een heel specifiek proces van het testen van interfacing van databestanden, die via API's moeten worden uitgewisseld. Dit vraagt het inlezen, analyseren, voorbereiden en inrichten van een complete testomgeving, om aanbesteder in staat te stellen dit via een laptop te testen (zie beschrijving Proof of Concept 1A). Hierbij zijn meerdere disciplines betrokken, denk aan juridisch, technisch, service, commercieel, functioneel, implementatie, R&D.
- 3.16.4. Aanbesteder handelt in strijd met het beginsel van gelijke behandeling door ondernemer op 30 januari 2020 niet dezelfde termijn te geven voor het voorbereiden van de Proof of Concept. Ondernemer kreeg 2,5 week. De overige gegadigden

kregen 3,5 week. Een termijn van 3,5 week is al kort, waarmee het geven van 2,5 week aan ondernemer een ernstige schending van het gelijkheidsbeginsel is.

3.17. Klachtonderdeel 6

- 3.17.1. Nadat de advocaat van ondernemer bij brief van 11 februari 2020 (en in het toelichtende telefoongesprek op 12 februari 2020) bezwaar had gemaakt tegen de gang van zaken, en bovengenoemde klachten bij aanbesteder onder de aandacht had gebracht, onderkende aanbesteder bij brief van 12 februari 2020 dat aanbesteder gehouden is de Europese aanbestedingsbeginselen in acht te nemen, en dat ten aanzien van ondernemer geen sprake was van een level playing field. Aanbesteder gaf aan ondernemer in een gelijke positie met de overige gegadigden te willen brengen. Pas op die datum had aanbesteder dus de bedoeling voor ondernemer een gelijk speelveld te creëren. Dit blijkt uit de brief en e-mail van aanbesteder van 12 februari 2020.
- 3.17.2. Die datum dient dan ook te worden beschouwd als dag 1 (of anders gezegd: te worden beschouwd als de dag waarop de uitnodiging tot inschrijving en het toesturen van de aanbestedingsstukken plaatsvindt). Voorafgaande aan die datum was ondernemer immers enkel nog bezig met het creëren van een gelijk speelveld. Voorafgaande aan die datum kan aanbesteder dan ook in alle redelijkheid niet van ondernemer verwachten dat zij start met de voorbereidingen voor het opstellen van een offerte, waarvan aanbesteder een paar weken eerder (op 23 januari 2020) nog duidelijk heeft aangegeven die niet te willen ontvangen.
- 3.17.3. Uitgaande van de die datum (12 februari 2020) heeft ondernemer de navolgende klachten.
- 3.17.4. Op 12 februari 2020 heeft aanbesteder ondernemer géén mogelijkheid gegeven om vragen te stellen. Dit is disproportioneel en in strijd met het gelijkheidsbeginsel ten opzichte van de overige gegadigden die deze mogelijkheid wel hadden, en deze ook goed hebben benut, getuige het aantal vragen dat zij hebben gesteld.
- 3.17.5. Op 12 februari 2020 heeft aanbesteder ondernemer géén mogelijkheid gegeven voor een kennismakingsgesprek. Dit is disproportioneel en in strijd met het gelijkheidsbeginsel ten opzichte van de overige gegadigden die deze mogelijkheid wel hadden, en ongetwijfeld ook hebben benut.
- 3.17.6. Op 12 februari 2020 heeft aanbesteder ondernemer tot 20 februari 2020 gegeven om een offerte in te dienen. Aanbesteder heeft ondernemer hiermee één week gegeven om een offerte in te dienen. Dit is disproportioneel kort. Ondernemer verwijst in dit kader naar klachtonderdeel 4 hiervoor waarin ondernemer heeft aangegeven dat een termijn van drie weken al disproportioneel kort is. Daarnaast is deze termijn ook nog eens in strijd met het gelijkheidsbeginsel, aangezien de overige gegadigden een termijn van drie weken hebben gekregen.
- 3.17.7. Op 12 februari 2020 heeft aanbesteder ondernemer tot 24 februari 2020 gegeven om een Proof of Concept voor te bereiden. Aanbesteder heeft ondernemer hiermee 12 dagen gegeven de Proof of Concept voor te bereiden. Dit is disproportioneel kort. Ondernemer verwijst in dit kader naar klachtonderdeel 5 hiervoor waarin ondernemer heeft aangegeven dat een termijn van 3,5 week al disproportioneel kort is. Daarnaast is deze termijn ook nog eens in strijd met het gelijkheidsbeginsel, aangezien de overige gegadigden een termijn van 3,5 week hebben gekregen.
- 3.17.8. Zelfs al zou 30 januari 2020 (het toesturen van de offerteaanvraag aan ondernemer) als dag 1 worden beschouwd, waar aanbesteder vanuit gaat en waarbij

aanbesteder miskent dat ondernemer pas start met de voorbereidingen als zij zich heeft zeker gesteld dat sprake is van een offerteaanvraag die in overeenstemming is met de Europese aanbestedingsbeginselen, dan nog handelt aanbesteder door enkel de inschrijfdatum met één week te verlengen disproportioneel en in strijd met het gelijkheidsbeginsel.

- 3.17.9. De termijn voor het stellen van vragen, de termijn voor het voorbereiden van het kennismakingsgesprek en de termijn voor het stellen van aanvullende vragen bleef – ook uitgaande van 30 januari 2020 - immers ongewijzigd (en dus disproportioneel kort en in strijd met het gelijkheidsbeginsel, zoals ondernemer hiervoor in klachtonderdelen 1, 2 en 3 heeft aangegeven).
- 3.17.10. De termijn voor het opstellen van een offerteaanvraag en het voorbereiden van een Proof of Concept werd uitgaande van 30 januari 2020 dan weliswaar 3 weken, en daarmee gelijk aan de termijn die de andere inschrijvers kregen. Echter, deze termijn acht ondernemer nog steeds disproportioneel kort, zoals hij hiervoor in klachtonderdelen 4 en 5 heeft aangegeven.
- 3.17.11. Niet voor niets had de advocaat van ondernemer bij brief van 11 februari 2020 en telefonisch op 12 februari 2020 aanbesteder verzocht om uiterlijk op 12 februari 2020 de inschrijftermijn (die afliep op 13 februari 2020) te verlengen tot 10 maart 2020 (en de overige regels uit deel 2 Aanbestedingswet 2012 na te leven). In dat geval zou er voldoende tijd zijn om (i) nog vragen te stellen, (ii) een kennismakingsgesprek in te plannen, (iii) een aanvullende nota van inlichtingen te verstrekken, (iv) een offerte op te stellen en (v) een Proof of Concept voor te bereiden. In dat geval zou ondernemer er ook geen problemen mee hebben gehad dat de andere gegadigden dan iets langer de tijd zouden hebben om een inschrijving in te dienen. Immers, ondernemer zou dan genoeg tijd hebben gehad, waardoor de aanwezige strijd met het gelijkheidsbeginsel voor ondernemer niet tot problemen zou hebben geleid.

4. Reactie aanbesteder

- 4.1. Om te beginnen wijst aanbesteder erop dat de offerteuitvraagprocedure wordt gevolgd met als doel het gunnen van een nadere opdracht onder de raamovereenkomst. Hiertoe heeft het aanbesteder een offerteuitvraag bij zijn raamcontractant gedaan. De raamcontractant heeft vervolgens, om een offerte te kunnen uitbrengen aan aanbesteder, deze offerteuitvraag uitgezet bij softwareleveranciers. De klacht van ondernemer heeft nu betrekking op specifiek deze laatst genoemde procedure (hierna: offerteuitvraagprocedure).
- 4.2. Aanbesteder stelt zich op het standpunt dat zij binnen de kaders van de Europese beginselen van aanbestedingsrecht en mededinging en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur heeft gehandeld. Dit zijn ook de enige kaders waaraan getoetst moet worden nu de offerteuitvraagprocedure handelt tussen marktpartijen waarvan geen kwalificeert als aanbestedende dienst en de Aanbestedingswet dus niet van toepassing is. Op voorhand heeft aanbesteder niemand uitgesloten van deelname. Nadat ondernemer zich als potentiële inschrijver heeft gemeld hebben de raamcontractant en aanbesteder er alles aan gedaan om in 3 werkdagen voor ondernemer een gelijk speelveld in de offerteuitvraagprocedure te creëren. Ondernemer heeft geen gebruik gemaakt van de geboden mogelijkheden en heeft nagelaten een offerte in te dienen. Dat ondernemer nu stelt dat ondanks de inspanningen van raamcontractant en aanbesteder disproportionele termijnen zijn gehanteerd is onterecht. Het feit dat ondernemer ruim de tijd neemt in de communicatie met de raamcontractant en aanbesteder en besluit om geen inhoudelijke beoordeling van de offerteuitvraag te voeren na toezending van de offerteuitvraag op 30

januari 2020, wetende dat deze fase van de offerteuitvraagprocedure 15 werkdagen in beslag neemt moet naar mening van aanbesteder voor rekening en risico van ondernemer blijven.

- 4.3. Aanbesteder voert het volgende aan ten aanzien van de feiten.
 - 4.3.1. Ondernemer stelt dat aanbesteder de raamcontractant verplicht heeft een offerteuitvraagprocedure te houden onder geschikte marktpartijen. Ondernemer concludeert hierbij: offerteuitvraagprocedure = aanbesteding. Aanbesteder heeft raamcontractant niet verplicht bij meerdere partijen de offerteuitvraag neer te leggen. Dit kan het aanbesteder op basis van de voorwaarden in de raamovereenkomst ook niet doen. Aanbesteder heeft wel gevraagd meerdere leveranciers te benaderen met als doel zeker te stellen dat de gevraagde standaard software ook daadwerkelijk geleverd kan worden binnen de door aanbesteder gewenste termijn en conform de vereiste specificaties. Raamcontractant heeft hier in eerste instantie gehoor aan gegeven door het uitnodigen van meerdere deelnemers op 23 januari 2020.
 - 4.3.2. Daarnaast is de conclusie van ondernemer dat sprake is van een aanbesteding volgens aanbesteder onjuist. De raamovereenkomst is via een Europese aanbesteding gegund aan X en Y. Onder de raamovereenkomst worden nadere overeenkomsten gesloten. Om te komen tot die nadere overeenkomst, is het aan de raamcontractant één of meerdere leveranciers te benaderen die deze software kunnen leveren. De raamcontractant brengt vervolgens op basis van de aanbieding van de leverancier een offerte uit aan aanbesteder. Op basis van deze offerte wordt vervolgens een nadere overeenkomst gesloten tussen aanbesteder en de raamcontractant. De raamcontractant draagt verder zorg voor het contracteren van de leverancier.
 - 4.3.3. De offerteuitvraagprocedure is volgens aanbesteder niet te kwalificeren als een aanbestedingsprocedure waar de Aanbestedingswet op ziet. In de Aanbestedingswet is niet voorgescreven welke procedure een raamcontractant moet doorlopen bij zijn leveranciers. Dit is ook logisch omdat in deze procedure aanbesteder geen opdrachtgevende rol heeft en de raamcontractant niet kwalificeert als aanbestedende dienst. De bepalingen uit de Aanbestedingswet richten zich nu juist tot een aanbestedende dienst. De voorwaarden uit de raamovereenkomst richten zich vervolgens tot de raamcontractant. Zolang raamcontractant aan deze voorwaarden voldoet, staat het hem vrij om op de markt op zoek te gaan naar een geschikte leverancier en afspraken te maken over het leveren van de gevraagde software.
 - 4.3.4. Aanbesteder begrijpt de klacht zo dat deze ziet op het handelen van aanbesteder in de offerteuitvraagprocedure en meer specifiek dat dit handelen in strijd is of zou zijn met de Europese beginselen van aanbestedingsrecht en mededingingsrecht en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.
 - 4.3.5. In de e-mail van 22 januari 2020 (zie 1.7 hiervoor) wordt vermeld dat aanbesteder inmiddels zover is om via de broker op zoek te gaan naar een nieuw HR-systeem. Ook wordt uitdrukkelijk vermeld dat aanbesteder niemand wil uitsluiten. De accountmanager van ondernemer heeft vervolgens contact gehad met aanbesteder te laten weten dat de algemeen directeur van ondernemer aan wie de e-mail gericht was op vakantie was en na de vakantie contact op zou nemen om een en ander te bespreken. Vervolgens heeft ondernemer op dinsdag 28 januari 2020 telefonisch contact gezocht met aanbesteder. In de daaropvolgende mail van 29 januari 2020 heeft ondernemer gevraagd alsnog deel te mogen nemen aan de offerteuitvraagprocedure (zie 1.9 hiervoor). Op 30 januari 2020 heeft de raamcontractant de offerteuitvraag toegestuurd aan ondernemer. Wat hier is gebeurd typeert volgens aanbesteder de houding van ondernemer gedurende de eerste fase van de

offerteuitvraagprocedure. Ondernemer verwijt aanbesteder meermaals dat de gehanteerde termijnen disproportioneel kort zijn, maar neemt zelf de ruimte om op verschillende momenten in deze procedure niet of rijkelijk laat te reageren op mogelijkheden die raamcontractant en aanbesteder in het kader van deze procedure bieden. Aanbesteder vraagt zich af waarom de accountmanager van ondernemer niet bij het eerste contact al heeft aangegeven de offerteuitvraag te willen ontvangen? De accountmanager wist toch ook of had in ieder geval kunnen weten dat met het enkel opvragen van de offerteuitvraag nog geen commitment over het uitbrengen een offerte wordt aangegaan. In plaats daarvan wordt gewacht met het opvragen van de offerteuitvraag tot de directeur van ondernemer terug is van vakantie.

- 4.3.6. In de tussentijd heeft de raamcontractant de offerte uitvraag bij verschillende deelnemers uitgezet. Als de algemeen directeur van ondernemer na zijn vakantie contact opneemt aanbesteder, is de offerteuitvraagprocedure dus al gestart.
- 4.3.7. De stelling van ondernemer dat hij wordt 'ingefietst' in een lopende procedure zonder gelijke kansen te creëren, acht aanbesteder onjuist. Er is wel degelijk gelegenheid gegeven aan ondernemer om een kennismakingsgesprek te voeren en vragen te stellen. Hiertoe zijn twee gespreksdata voorgesteld aan ondernemer en is ondernemer de mogelijkheid geboden alle vragen te stellen bij de 2e Nota van inlichtingen. De raamcontractant heeft op 31 januari 2020 aan ondernemer een e-mail gestuurd waarin staat "wat ik kan toezeggen is dat jullie de 2e nota van inlichtingen mogen gebruiken voor vragen, in dat geval hebben jullie iets meer tijd dan de andere" (zie 1.12.2 hiervoor). Aanbesteder betwist dan ook de termijnen die door ondernemer in de klacht zijn opgenomen. De termijnen zijn naar mening van aanbesteder als volgt.

	Oorspronkelijke deelnemers	[Ondernemer]
Termijn uitnodiging – vragen stellen	4 werkdagen (23/1 – 29/1)	4 werkdagen (30/1 – 5/2)
Termijn uitnodiging – kennismakingsgesprek	5 werkdagen (23/1 – 30/1)	5 werkdagen (30/1 – 6/2)
Termijn kennismakingsgesprek – nieuwe vragenronde	4 werkdagen (30/1 – 5/2)	Niet van toepassing
Termijn uitnodiging – offerte	3 weken (23/1 – 13/2)	3 weken (30/1 – 20/2)
Termijn uitnodiging – Proof of Concept	3,5 weken (23/1 – 17/2)	3,5 werken (30/1 – 24/2)

- 4.3.8. Ondernemer stelt dat de oorspronkelijke termijn al disproportioneel kort was. Die mening deelt het aanbesteder niet. Aan deelnemers moet een reële termijn van inschrijving worden gegeven. Bij het bepalen van deze termijn moet in ogenschouw worden genomen wat de offertelast is die raamcontractant aan de deelnemers oplegt. In deze offerteuitvraagprocedure werd van deelnemers verwacht de volgende stukken bij de offerte te voegen.
1. Akkoordverklaring
 2. Referentieverklaring
 3. Prijzenstaat
 - a. Bijlage met staffels (indien van toepassing)
 - b. Beschrijving standaard service (levels)
 4. Referentieoverzicht.
- 4.3.9. Dit zijn volgens aanbesteder standaarddocumenten waarmee deelnemer zich conformeert aan de eisen van raamcontractant, hij laat zien over de juiste referenties te beschikken voor de nadere opdracht en aangeeft wat de gehanteerde standaardprijzen zijn. De offertelast in fase 1 is daarmee beperkt van omvang. Op basis van

deze overwegingen heeft raamcontractant in overleg met aanbesteder geoordeeld dat een termijn van 3 weken voor het uitbrengen van een offerte reëel is.

- 4.3.10. In de brief van ondernemer van 11 februari 2020 wordt door ondernemer vermeld dat op 31 januari 2020 bij raamcontractant onder de aandacht is gebracht dat sprake is van een disproportioneel korte termijn en dat – mede gelet op het gelijkheidsbeginsel – een verlenging van de termijn met een week gewenst is. Daarmee onderschrijft ondernemer, in ieder geval in zijn brief van 11 februari 2020, dat een inschrijftermijn van 3 weken reëel is. Overigens stelt aanbesteder vast dat in de mail van 31 januari 2020 de specifieke termijn van 1 week niet is genoemd. Bij brief van 12 februari 2020 hebben de raamcontractant (en aanbesteder) de termijn met 1 week verlengd.
- 4.3.11. Omdat ondernemer op 4 februari 2020 niet in de gelegenheid was tot een kennis-makingsgesprek, is gezocht naar een alternatieve datum. Daar is de datum van 6 februari 2020 uitgekomen. Aanbesteder wijst erop dat ook andere deelnemers een datum en tijdslot toebedeeld hebben gekregen. In dat opzicht is ondernemer volgens aanbesteder gelijk behandeld. Wat ondernemer vervolgens nalaat te vermelden in de klacht is, dat het aanbod dat door de raamcontractant op 4 februari 2020 aan ondernemer is medegedeeld, door ondernemer werd gewaardeerd. Althans zo heeft aanbesteder van raamcontractant begrepen. Bovendien meldde de raamcontractant dat ondernemer diezelfde (mid)dag nog zou laten weten of zij gebruik wenste te maken van die mogelijkheid. Aan deze belofte heeft ondernemer zich in ieder geval niet gehouden. Na het telefonisch contact met raamcontractant op 4 februari 2020 heeft ondernemer niets meer van zich laten horen tot de bezwaar-brief van 11 februari 2020. Ook hier laat ondernemer een week ongebruikt ver-strijken.
- 4.3.12. Volgens ondernemer behoeft het geen betoog dat zij geen mensen en middelen vrijmaakt zolang aanbesteder hem geen eerlijke kans geeft. Nadat ondernemer zich bij de raamcontractant heeft gemeld als deelnemer in de offerteuitvraagpro-cedure, hebben de raamcontractant en aanbesteder er juist alles aan gedaan om een gelijk speelveld te creëren. Kennismakingsgesprekken, het stellen van vragen en de daaropvolgende antwoorden in de Nota van Inlichtingen zijn juist instrumen-ten voor deelnemers om een keuze te maken al dan niet deel te nemen aan een offerteuitvraagprocedure. Het bevreemdt aanbesteder dan ook zeer dat onderne-mer juist deze instrumenten niet gebruikt om zich ervan te vergewissen of er sprake is van een gelijk speelveld. Zoals te lezen is in vragen 3 en 4 van de 1e Nota van Inlichtingen hebben andere partijen die gelegenheid juist wel met dit doel benut.
- 4.3.13. Aanbesteder kan zich niet vinden in het betoog van ondernemer dat interne af-stemming en het inschakelen van een advocaat zoveel tijd kost, dat hij pas 5 werk-dagen na het laatste contact weer iets van zich kon laten horen. De 5 werkdagen radiostilte lijkt hij vervolgens aan de raamcontractant en aanbesteder tegen te werpen. Een en ander wetende dat de termijn van fase 1 van de offerteuitvraag-procedure 3 weken, dus 15 werkdagen, duurt. Op 11 februari 2020, 2 werkdagen voor de offertedatum, wordt aanbesteder vervolgens gevraagd binnen 24 uur in-houdelijk te reageren op de verstuurd brief. In het telefoongesprek met aanbe-steder, wijst de advocaat van ondernemer er vervolgens op, dat het wel lastig wordt om de offertetermijn te verlengen als de inschrijvingen van de andere deel-nemers al in ontvangst zijn genomen. Met andere woorden, de druk wordt bij aan-besteder gelegd om op heel korte termijn een, intern afgestemd, standpunt met ondernemer te communiceren. Aanbesteder moet dit binnen 24 uur doen, waar ondernemer 5 werkdagen nodig had voor het formuleren van zijn standpunt.

4.3.14. Ondernemer kiest ervoor om, ondanks het feit dat de offerteuitvraag op 30 januari 2020 op zijn verzoek is verstrekt, niet aan de slag te gaan met een offerte of elke andere inhoudelijke beoordeling van de offerteuitvraag. Deze keuze is naar de mening van aanbesteder geheel voor rekening en risico van ondernemer. Volgens aanbesteder is in de offerteuitvraag klip en klaar opgenomen aan welke eisen een offerte moet voldoen. Er wordt gevraagd om het aanleveren van referenties, prijzen en eigen verklaringen. Daarnaast dient een Proof of Concept te worden afgelegd. Ook hiervan is vooraf bekend gemaakt wat er verwacht wordt en hoe de score wordt bepaald. De vereisten voor fase 1 van de offerteuitvraagprocedure zijn daarmee volgens aanbesteder objectief toetsbaar. Ook dit verzekert deelnemers van gelijke kansen. Volgens aanbesteder had ondernemer bij bestudering van de stukken zelf tot deze conclusie kunnen komen, waarmee een gelijk speelveld bij de beoordeling van de offertes in fase 1 verzekerd was.

4.4. Ten aanzien van het juridisch kader voert aanbesteder het volgende aan.

4.4.1. Ondernemer stelt dat in juridische aanbestedingsrechtelijke optiek sprake is van een aanbesteding. Aanbesteder heeft met de offerteuitvraagprocedure geheel niet beoogd zich te onttrekken aan de mededinging of deze te verhinderen, beperken of vervalsen. Niet voor niets heeft aanbesteder in de e-mail van 22 januari 2020 aangegeven niemand te willen uitsluiten (zie 1.7 hiervoor). Een en ander blijkt ook uit de voortvarendheid waarmee de raamcontractant de offerteuitvraag alsnog heeft toegestuurd aan ondernemer en het frequente contact in de dagen direct daarna.

4.4.2. Tot slot begrijpt aanbesteder het standpunt van ondernemer niet dat op de offerteuitvraagprocedure verder alle bepalingen uit deel 2 van de Aanbestedingswet van toepassing zijn. Zoals aanbesteder in 4.1 hiervoor al heeft uiteengezet, heeft aanbesteder geen opdrachtgevende of formele rol in deze offerteuitvraagprocedure. De opdrachtgevende rol wordt hier vervuld door de raamcontractant. De raamcontractant kwalificeert niet als aanbestedende dienst. Aanbesteder stelt zich dan ook op het standpunt dat de Aanbestedingswet niet van toepassing is op deze procedure.

4.5. Klachtonderdeel 1

4.5.1. Aanbesteder voert aan dat ondernemer niet een termijn van 1,5 dag heeft gekregen om vragen te stellen, maar dat de raamcontractant bij e-mail van vrijdag 31 januari 2020 aan ondernemer heeft laten weten dat hij voor het stellen van vragen de tweede Nota van Inlichtingen mocht gebruiken. Dit betekent dat ondernemer zijn vragen uiterlijk 5 februari 2020 moest indienen. Daarmee heeft ondernemer 5 werkdagen gehad om vragen te stellen. Dit is gelijk aan de termijn die de andere deelnemers is geboden.

4.5.2. De vragen die ondernemer alsnog bij zijn klacht heeft gevoegd, maken volgens aanbesteder duidelijk dat het heel goed mogelijk was deze binnen de gestelde termijn te stellen. In zijn presentatie van 29 augustus 2019 in het kader van de marktconsultatie, heeft ondernemer namelijk al melding gemaakt van het feit dat hij de nodige vragen heeft omtrent de toepassing van de Gibit. Ook heeft hij aangegeven hierover in gesprek te zijn met de VNG. Ondernemer was voor de offerteuitvraag al bekend met de Gibit en zijn eigen bedenkingen hierbij en had de vragen hierover dan ook tijdig kunnen indienen voor de Nota van Inlichtingen. Hetzelfde geldt voor de vragen met betrekking tot de verwerkersovereenkomst. Het feit dat ondernemer heeft nagelaten deze vragen tijdig te stellen, moet niet aan raamcontractant en aanbesteder worden tegengeworpen. Aanbesteder stelt zich op het standpunt dat de termijn voor het stellen van vragen voor ondernemer niet disproportioneel kort was en dat deze gelijk was aan de termijn die de andere

deelnemers hebben gekregen. Het is hen blijkens de Nota's van Inlichtingen wel gelukt de stukken door te nemen en vragen te stellen binnen de daarvoor gegeven tijd.

4.6. Klachtonderdeel 2

- 4.6.1. Ondernemer heeft, nadat hij heeft aangegeven niet in de gelegenheid te zijn tot het voeren van een kennismakingsgesprek op 4 februari 2020, de gelegenheid gekregen om op 6 februari 2020 alsnog een kennismakingsgesprek met aanbesteder te voeren. Dit is 5 werkdagen na verzending van de offerteuitvraag aan ondernemer. Daarmee heeft hij evenveel voorbereidingstijd gekregen als andere deelnemers. Ten overvloede merkt aanbesteder op dat één van de andere deelnemers zelfs een dag eerder op kennismakingsgesprek is geweest en dus 4 werkdagen ter voorbereiding had.
- 4.6.2. In perspectief geplaatst: de offerteuitvraag zelf kent 17 pagina's. Als huidige leverancier mogen de algemene voorwaarden bekend worden verondersteld. Hoewel in 2020 nieuwe algemene voorwaarden zijn vastgesteld voor aanbesteder wijken deze slechts minimaal af van de algemene voorwaarden waaronder in het verleden de overeenkomst met ondernemer is gesloten. Ondernemer is bovendien een grote speler in de markt van gemeentelijke software, hetgeen betekent dat mag worden aangenomen dat ondernemer ook bekend is met de Gibit.
- 4.6.3. Deze bekendheid blijkt ook uit de presentatie van ondernemer tijdens de marktconsultatie. Bijlagen B t/m J bij de offerteaanvraag hebben gezamenlijk ongeveer 45 pagina's, waarvan een deel enkel bedoeld is om in te vullen en als referentieblad. Aanbesteder stelt zich dan ook op het standpunt dat gelet op de omvang van de offerteuitvraag er voldoende tijd was voor ondernemer om zich voor te bereiden op een kennismakingsgesprek.

4.7. Klachtonderdeel 3

- 4.7.1. Ondanks twee uitnodigingen voor een kennismakingsgesprek heeft het kennismakingsgesprek niet plaatsgevonden. Het stellen van vragen naar aanleiding van dit gesprek is dus ook niet aan de orde geweest. Waren er vragen gesteld door ondernemer of had het kennismakingsgesprek plaatsgevonden, dan had raamcontractant aan ondernemer gelegenheid gegeven aanvullende vragen te stellen voortvloeiend uit de antwoorden of het kennismakingsgesprek. Deze mogelijkheid hebben andere deelnemers ook gehad en aanbesteder geeft aan dat ondernemer deze mogelijkheid ook niet zou zijn onthouden.

4.8. Klachtonderdeel 4

- 4.8.1. Op 12 februari 2020 heeft aanbesteder telefonisch en per brief aan ondernemer laten weten dat, in overleg met raamcontractant, de offertetermijn voor ondernemer met een week wordt verlengd tot 20 februari 2020. Naar de mening van aanbesteder heeft ondernemer hiermee, net als andere deelnemers, drie weken de tijd gekregen voor het indienen van een offerte. Anders dan in de klacht is vermeld, stelt aanbesteder dat de raamcontractant en hijzelf niet pas op 12 februari 2020 de intentie hadden een gelijk speelveld voor ondernemer te creëren. Aanbesteder meent met raamcontractant, met verlenging van de termijn voor het stellen van vragen en het aanbieden van twee data voor kennismakingsgesprekken, ervoor te hebben gezorgd dat een gelijk speelveld in de lopende procedure is gecreëerd. Verlengen van de offertedatum was de volgende stap in dit proces. Ondernemer heeft na het telefonisch contact met de raamcontractant op 4 februari 2020 niets meer van zich laten horen. In weerwil van goed fatsoen heeft hij ook niet laten weten of hij al dan niet op 6 februari 2020 het kennismakingsgesprek zou bijwonen.

Ook heeft hij op 5 februari 2020 geen vragen gesteld voor de Nota van Inlichtingen. Door het gebrek aan communicatie leek het erop dat ondernemer niet langer wilde deelnemen in de offerteuitvraagprocedure. Vanuit deze veronderstelling hebben raamcontractant en aanbesteder dan ook geen verdere stappen ondernomen om het gelijke speelveld in de procedure voor ondernemer zeker te stellen. Op 11 februari 2020 heeft ondernemer middels een brief contact opgenomen met het aanbesteder. Uit de brief bleek dat ondernemer wel wilde deelnemen in de offerteuitvraagprocedure. In reactie hierop heeft aanbesteder op 12 februari 2020 de offertetermijn voor ondernemer met een week verlengd om het gelijke speelveld voor de gehele procedure te borgen.

- 4.8.2. Ondernemer stelt dat het onmogelijk is binnen een termijn van twee weken een passende offerte aan te bieden. Dit is precies de reden dat raamcontractant en aanbesteder de termijn hebben verlengd en ondernemer drie weken de tijd kreeg voor het indienen van deze offerte. In het kader van de offerte in fase 1 dienden slechts eigen verklaringen, referenties en prijzen te worden ingediend. Om een correcte offerte uit te brengen waren niet, zoals ondernemer stelt, zeven bijlagen noodzakelijk maar vier. Namelijk één verklaring, twee referentiebladen en één prijzenblad. De 'goede offerte', zoals ondernemer vermeld, bestond daarmee uit feitelijk informatie over beschikbare software en dienstverlening, uitgevoerde opdrachten en prijzen.
- 4.8.3. Anders dan ondernemer stelt, ging het volgens aanbesteder in deze fase niet om de invulling van klant specifieke wensen. Er zijn inderdaad wel een aantal eisen geformuleerd waaraan deelnemers zich committeren. Juist omdat aanbesteder op zoek is naar standaard software zou een deelnemer relatief snel moeten kunnen beoordelen of zijn software aan deze eisen voldoet. Als het voor ondernemer niet om een standaardopdracht gaat, vraagt aanbesteder zich af of hij de gevraagde standaard software binnen zijn dienstenpakket heeft.
- 4.8.4. De verwijzing van ondernemer naar de termijnen genoemd in de Aanbestedingswet en de daaraan gekoppelde conclusie dat de gegunde termijn disproportioneel kort is, is naar de mening onjuist. In dat kader verwijst aanbesteder naar 4.1 en 4.4.2 hiervoor.

4.9. Klachtonderdeel 5

- 4.9.1. Ten aanzien van de klacht dat ondernemer slechts 2,5 week is geboden voor het voorbereiden van de Proof of Concept verwijst aanbesteder naar hetgeen hij eerder heeft aangevoerd met betrekking tot de termijnverlenging in het kader van klachtonderdeel 4. Zowel de offertetermijn als de datum van de Proof of Concept zijn voor ondernemer met een week verlengd. Daarmee is de termijn volgens aanbesteder gelijk aan die van de andere deelnemers. In de optiek van aanbesteder maakt ondernemer de Proof of Concept verder wel heel spannend. Gevraagd is aan te tonen dat de gewenste standaard software ook daadwerkelijk functioneert binnen de in de offerteuitvraag gestelde eisen. Het gaat hier dus om proven technology. Als een softwareleverancier beschikt over deze proven technology, dan kan de Proof of Concept binnen de in de offerteuitvraag gestelde termijn worden geregeld. Dit blijkt ook uit het binnen 3,5 week na uitbrengen van de offerteuitvraag doorlopen van de Proof of Concept met andere deelnemers. Is er geen sprake van standaard software en proven technology, en moeten nieuwe producten worden gemaakt of bestaande producten worden aangepast, dan is het wellicht niet mogelijk dit binnen deze termijn te realiseren. Maar dat was ook niet de bedoeling van aanbesteder. Gevraagd is om het leveren van standaard software die in fase 1 moet voldoen aan een aantal eisen.

4.9.2. Aanbesteder voegt hier nog aan toe dat er met de werkbaarheid van de software van de huidige leverancier, ondernemer, al sinds langere tijd problemen zijn. Juist deze problemen hebben er toe geleid in de offerteuitvraag een Proof of Concept uit te vragen. Het is voor aanbesteder van groot belang dat de standaard software waarvoor een nadere overeenkomst wordt aangegaan ook daadwerkelijk goed functioneert en dat ook in het verleden heeft bewezen. Het is uitdrukkelijk niet de bedoeling een nadere overeenkomst aan te gaan voor standaard software waarvan nog niet op de werkvloer bewezen is dat deze ook daadwerkelijk naar behoren functioneert.

4.10. Klachtonderdeel 6

Zoals hij in 4.3.12 hiervoor al naar voren heeft gebracht, vindt aanbesteder het standpunt van ondernemer dat hij pas op 12 februari 2020 aan de slag is gegaan met de offerteuitvraag vreemd. Uit de e-mail van aanbesteder van 22 januari 2020 (zie 1.7 hiervoor) bleek volgens aanbesteder al dat het niet de bedoeling was om ondernemer uit te sluiten van de offerteuitvraagprocedure. Dat de offerteuitvraag door raamcontractant op 30 januari 2020 aan ondernemer is verstuurd komt ook door het feit dat ondernemer 4 werkdagen laat verstrijken alvorens te reageren op de e-mail van aanbesteder. Door het uitblijven van een reactie van de zijde van ondernemer was aanbesteder in de veronderstelling dat ondernemer niet wilde deelnemen aan de offerteuitvraagprocedure. Toen dat wel zo bleek te zijn hebben raamcontractant en aanbesteder er alles aan gedaan om een gelijk speelveld voor ondernemer te bewerkstelligen binnen de lopende procedure, mede door aanpassing van de termijnen voor het stellen van vragen en het indienen van de offerte. Als ondernemer er vervolgens voor kiest niet te starten met het lezen van de offerteuitvraag en een radiostilte van 5 werkdagen inlast, blijft dat geheel voor zijn rekening. De inspanning die van raamcontractant en aanbesteder mocht worden verwacht om een gelijk speelveld te creëren, is volgens aanbesteder geleverd.

5. **Beoordeling**

5.1. Aanbesteder heeft op 15 juli 2017 een Europese openbare procedure aangekondigd voor een raamovereenkomst met maximaal twee ondernemers voor het leveren van Commercial of the Shelf (COTS) software en software voor de standaard gemeentelijke kerntaken. Verder wenste aanbesteder met deze raamovereenkomst op verzoek advies te krijgen op het gebied van software en complexe licentiestructuren.

5.2. Op 15 november 2017 heeft aanbesteder in het kader van de in 5.1 bedoelde aanbestedingsprocedure een aankondiging van een gegunde opdracht gepubliceerd. Daaruit blijkt dat aanbesteder in totaal twee inschrijvingen heeft ontvangen en dat hij met beide inschrijvers – te weten: ondernemer X en ondernemer Y – op 17 oktober 2017 een raamovereenkomst heeft gesloten. Deze raamovereenkomst is aangegaan voor de duur van twee jaar, met de mogelijkheid van twee keer een verlenging van één jaar.

5.3. In januari 2019 heeft het moederbedrijf van ondernemer Y het moederbedrijf van ondernemer X overgenomen.

5.4. Op 23 januari 2020 is een 'offerteaanvraag voor het verwerven van een nieuw HR-systeem voor [Aanbesteder]' naar een aantal ondernemers gestuurd. Deze offerteaanvraag is voorzien van het logo van aanbesteder. Voor het doen van deze offerteaanvraag is – blijkens paragraaf 1 van de offerteaanvraag – 'gebruik gemaakt van de raamovereenkomst' bedoeld in 5.2 hiervoor. Dat laatste betekent overigens niet – zo leidt de Commissie althans af uit de tekst van de

offerteaanvraag en uit de reactie van aanbesteder op de klacht – dat aanbesteder zelf een offerteaanvraag onder de raamovereenkomst doet bij de ondernemers X en Y. De onderhavige offerteaanvraag waar de klacht op ziet wordt namelijk gedaan door 'de intermediair met wie de Opdrachtgever [*aanbesteder, Commissie*] de raamovereenkomst (...) heeft afgesloten' (zie paragraaf 1 offerteaanvraag). Deze "intermediair" wordt in de offerteaanvraag "Opdrachtnemer" genoemd en wordt in paragraaf 3.5 van de offerteaanvraag aangeduid als 'ondernemer X/ondernemer Y' (hierna: 'X/Y').

- 5.5. Met de offerteaanvraag is beoogd te komen tot de selectie van één ondernemer – in de offerteaanvraag aangeduid als: "Leverancier" – die het HR-systeem aan aanbesteder gaat leveren. In de offerteaanvraag is enerzijds bepaald dat die leverancier dat gaat doen op basis van een met X/Y te sluiten overeenkomst (zie par. 1.3 offerteaanvraag) en anderzijds dat aanbesteder zelf een overeenkomst met die leverancier zal sluiten "via" X/Y (zie par. 2.1 offerteaanvraag).
- 5.6. Blijkens de onderbouwing van de klacht richt de klacht van ondernemer zich niet tegen het feit dat aanbesteder de opdracht tot de levering van een HR-systeem via X/Y wenst te verstrekken, in plaats van zelf een Europese aanbesteding te houden (zie 3.10 hiervoor). Waar ondernemer over klaagt, is dat aanbesteder – via X/Y – bij de uitvoering van de onderhavige offerteprocedure de beginselen en regels van aanbestedingsrecht niet dan wel onvoldoende in acht neemt.
- 5.7. De Commissie vraagt zich echter af – hoewel de klacht daar dus niet over gaat – of het aanbesteder aanbestedingsrechtelijk wel is toegestaan de inkoop van het HR-systeem te organiseren op de wijze waarop hij dat blijkens de hiervoor in 5.1 t/m 5.5 vastgestelde feiten heeft gedaan. De Commissie is van oordeel dat deze vraag ontkennend moet worden beantwoord. Ter onderbouwing van dat oordeel overweegt de Commissie het volgende, waarbij zij zich mede laat leiden door het uitgangspunt dat de aanbestedingsregelgeving functioneel dient te worden uitgelegd (vgl. HvJ EG 20 september 1988 (arrest Beentjes), zaak C-31/87, ECLI:EU:C:1988:422, r.o. 11 en Advies 497, overweging 5.3.3).
 - 5.7.1. In artikel 2.139 Aw 2012 is bepaald dat een aanbestedende dienst die na toepassing van een Europese aanbestedingsprocedure een raamovereenkomst sluit op basis van die raamovereenkomst overheidsopdrachten kan plaatsen overeenkomstig de in artikel 2.142 óf de in artikel 2.143 Aw 2012 bedoelde procedures. Bij een raamovereenkomst met een enkele ondernemer kan de aanbestedende dienst gebruik maken van de procedure van artikel 2.142 Aw 2012, bij een raamovereenkomst met meerdere ondernemers kunnen de in artikel 2.143 Aw 2012 bedoelde procedures worden gebruikt.
 - 5.7.2. In het onderhavige geval heeft aanbesteder na een Europese aanbestedingsprocedure op 17 oktober 2017 een raamovereenkomst met twee ondernemers – X en Y – gesloten (zie 5.2 hiervoor). De consequentie daarvan is dat wanneer aanbesteder een overheidsopdracht voor een nieuw HR-systeem op basis van die raamovereenkomst wenst te plaatsen, hij dat moet doen overeenkomstig de procedures bedoeld in artikel 2.143 Aw 2012. Het betekent voorts – blijkens het bepaalde in artikel 2.140, lid 1, Aw 2012 – dat deze procedures uitsluitend kunnen worden toegepast tussen aanbesteder en de ondernemers X en Y die als enigen partij zijn bij de raamovereenkomst.
 - 5.7.3. De Commissie leidt uit de offerteaanvraag en de reactie op de klacht af dat aanbesteder bij het plaatsen van de overheidsopdracht voor een nieuw HR-systeem buiten de hiervoor geschetste kaders is getreden. Allereerst is immers niet gebleken dat aanbesteder die opdracht overeenkomstig de procedures bedoeld in artikel 2.143 Aw 2012 bij één van de ondernemers die partij zijn bij de raamovereenkomst

- X dan wel Y – heeft geplaatst. Uit de offerteaanvraag en de reactie op de klacht blijkt dat aanbesteder de in de offerteaanvraag als zodanig aangeduide ondernemer X/Y in feite enkel als tussenpersoon heeft ingeschakeld om ten behoeve van aanbesteder een overheidsopdracht voor een nieuw HR-systeem bij een onderneming te plaatsen die zelf geen partij is bij de raamovereenkomst. Verder is gebleken dat aanbesteder zodanig veel bemoeienis heeft met deze offerteprocedure, dat het materieel gezien uiteindelijk niet ondernemer X/Y is die bepaalt hoe de voorbereiding, inrichting en afwikkeling van deze offerteprocedure plaatsvindt, maar aanbesteder zelf.

5.7.4. Uit de offerteaanvraag blijkt immers het volgende (zie 1.8 hiervoor):

- op elke pagina van de offerteaanvraag staat (enkel) het logo van aanbesteder;
- in hoofdstuk 1 is bepaald dat door aanbesteder in dit document en bijlagen duidelijk is gemaakt wat een geschikt product is;
- in paragraaf 1.2 is bepaald dat aanbesteder met deze offerteaanvraag een leverancier zoekt;
- in paragraaf 1.3 is bepaald dat aanbesteder opdrachtgever is (en dat aanbesteder een overeenkomst zal sluiten met de raamcontractant en de raamcontractant met de leverancier);
- in paragraaf 2.1 is bepaald dat aanbesteder een overeenkomst sluit met één leverancier (via de Opdrachtnemer);
- in paragraaf 2.2 is bepaald dat aanbesteder na beëindiging van de overeenkomst kan besluiten de opdracht functioneel opnieuw aan te besteden of de licenties opnieuw uit te vragen conform dan geldende wetgeving en raamovereenkomsten;
- in paragraaf 3.1 is in het kader van de derde fase van de offerteaanvraag bepaald dat aanbesteder en de leverancier in deze fase het implementatieplan, de samenwerking, de service level agreement en de definitieve prijs samen afstemmen. Tevens is bepaald dat aanbesteder kan besluiten met de leverancier die op nummer 2 is geëindigd opnieuw de derde fase in te gaan, indien de leverancier die als eerste is geëindigd en de raamcontractant niet tot sluitende afspraken kunnen komen;
- in paragraaf 3.5 is bepaald dat het inkoopproces binnen aanbesteder door een bepaalde inkoopadviseur wordt begeleid, die het contact met de raamcontractant onderhoudt;
- in paragraaf 3.6 is bepaald dat alle tijdig gestelde vragen inclusief de antwoorden van aanbesteder in de nota van inlichtingen zullen worden opgenomen. Aanbesteder behoudt zich het recht voor om vragen die te laat zijn binnenkomen niet in behandeling te nemen. Aanbesteder gaat ervan uit dat met betrekking tot de onderdelen waarover geen vragen zijn gesteld geen onduidelijkheden bestaan;
- in paragraaf 3.9 is bepaald dat aanbesteder zich het recht voorbehoudt om tot het moment van ondertekening van de beoogde overeenkomst de offerteaanvraag geheel of gedeeltelijk, tijdelijk of definitief te stoppen;
- in paragraaf 3.10 is bepaald dat de algemene voorwaarden van aanbesteder en de Gemeentelijke Inkoopvoorwaarden bij IT (GIBIT) van toepassing zullen zijn op de overeenkomst (tussen de raamcontractant en de leverancier);
- in paragraaf 3.11 is bepaald dat de leverancier is uitgenodigd voor een kennis-makingsgesprek met aanbesteder;
- in hoofdstuk 4 is bepaald dat in de eerste fase van de procedure onder meer wordt aangetoond dat het HR-systeem van de leverancier voldoet aan de minimale eisen die aanbesteder aan het HR-systeem stelt;
- in paragraaf 4.6 is bepaald dat aanbesteder een duurzame samenwerking met zijn leveranciers beoogt en dat de leverancier door het ondertekenen van een bijlage verklaart deze rol in te vullen en aanbesteder hierin te ondersteunen;
- in paragraaf 4.7 is bepaald dat aanbesteder met Social Return on Investment (SRoI) ernaar streeft werkloze werkzoekenden, jongeren en arbeidsgehandicapten met onvoldoende kwalificaties aan het werk te helpen, dat aanbesteder beleid heeft om bij aanbestedingen de uitvoerder te stimuleren om een gedeelte van de

opdrachtsom te investeren in deze doelgroep en dat de leverancier door het ondertekenen van een bepaalde bijlage verklaart Social Return proactief en effectief toe te passen tijdens de duur van de overeenkomst en hier regelmatig over te rapporteren;

- ten slotte is in paragraaf 4.8 bepaald dat een leverancier in de eerste fase prijzen overlegt die de basis vormen voor de definitieve prijs in de derde fase, dat dat betekent dat de leverancier deze prijzen niet meer kan veranderen en dat aanbesteder kan besluiten de leverancier uit te sluiten van de offerteprocedure als hij dat toch doet.

- 5.7.5. Ook uit de reactie op de klacht blijkt de grote rol van aanbesteder bij de onderhavige inkoopprocedure. Uit 4.1, 4.2, 4.3.1, 4.3.5, 4.3.9, 4.3.12, 4.3.13, 4.4.1, 4.6.1, 4.8.1, 4.8.2 en 4.10 hiervoor blijkt dat aanbesteder de offerteaanvraag heeft opgesteld, dat aanbesteder en de raamcontractant vele beslissingen samen hebben genomen, dat het kennismakingsgesprek plaatsvond met aanbesteder en dat aanbesteder in het kader van de onderhavige inkoopprocedure heeft gecommuniceerd met ondernemer.
- 5.7.6. De Commissie is van oordeel dat wanneer aanbesteder de overheidsopdracht voor een nieuw HR-systeem via een raamcontractant wil plaatsen bij een onderneming die géén partij is bij de raamovereenkomst en hij bovendien zelf de voorbereiding, inrichting en afwikkeling wil bepalen van de offerteprocedure op basis waarvan die onderneming wordt geselecteerd, hij oneigenlijk gebruik maakt van de raamovereenkomst. In een dergelijk geval is immers sprake van een overheidsopdracht die Europees moet worden aanbesteed. Aanbesteder heeft immers niet weersproken dat de waarde van deze overheidsopdracht de drempelwaarde van artikel 2.3 Aw 2012 overstijgt (zie de brieven van de advocaat van ondernemer van 11 en 14 februari 2020 in 1.13, 1.17 en zie ook 3.10 hiervoor).
- 5.7.7. De Commissie stelt vast dat aanbesteder de overheidsopdracht voor een nieuw HR-systeem ten onrechte niet Europees heeft aanbesteed maar in plaats daarvan een offerteprocedure heeft georganiseerd die niet algemeen is aangekondigd. Die inbreuk op het Europees aanbestedingsrecht heeft een zodanig fundamenteel karakter dat de Commissie niet verder kan oordelen over de specifieke wijze waarop aanbesteder zich in het kader van de – onrechtmatige – offerteprocedure jegens ondernemer heeft gedragen. Daarmee neemt de Commissie de klacht verder niet in behandeling.

6. Advies

De Commissie oordeelt dat aanbesteder de onderhavige overheidsopdracht ten onrechte niet Europees heeft aanbesteed. Dat de klacht daar geen betrekking op heeft, doet geen afbreuk aan deze conclusie. Wel leidt dit ertoe dat de Commissie de klacht niet verder in behandeling kan nemen.

Den Haag, 24 april 2020

Prof.mr. C.E.C. Jansen
Voorzitter

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid