

## Advies 216

### 1. Feiten

1.1. Beklaagde heeft op TenderNed een openbare aanbesteding aangekondigd van een overheidsopdracht van diensten van onderhoud van stedelijk groen. De opdracht is verdeeld in zeven percelen en de looptijd voor ieder perceel bedraagt vier jaar met een optie tot verlenging met twee jaar.

1.2. In de Aanbestedingsleidraad wordt op pagina 1 gesproken over een 'Nationale openbare procedure' en op pagina 6 over een 'Europese openbare aanbesteding'.

1.3. In paragraaf 1.1 ("Inleiding") van de Aanbestedingsleidraad is het volgende bepaald:

'Deze UTI bevat informatie over de Inschrijvings- en gunningsfase van de Nationale aanbesteding van het project "Cyclisch onderhoud stedelijk groen". Als Aanbesteder zal de Divisie [Naam] van het Ministerie van [Naam] ("Aanbesteder") optreden. Alle gegevens zoals deze zijn vermeld in de aankondiging op [www.TenderNed.nl](http://www.TenderNed.nl) zijn, behoudens het bepaalde in deze UTI, onverkort op deze UTI van toepassing.

Deze aanbesteding vindt plaats conform de hoofdstukken 1 en 2 uit het Aanbestedingsreglement Werken 2012 ("ARW 2012") onder gebruikmaking van de Nationale openbare procedure, als bedoeld in hoofdstuk 2 van het ARW 2012.'

1.4. Verificatie door de Commissie heeft geleid tot de conclusie dat in TED geen aankondiging van een opdracht is te vinden waarin de gegevens zoals vermeld in de Aankondiging op TenderNed voorkomen.

1.5. In Hoofdstuk 5 ("Geschiktheidseisen"), paragraaf 4 ("Beroep op derden"), van de Aanbestedingsleidraad is het volgende bepaald:

'Het is toegestaan dat een Inschrijver een beroep doet op de technische bekwaamheid, beroepsbekwaamheid en beroepsbevoegdheid van derden om de opdracht te kunnen uitvoeren en te voldoen aan de gestelde geschiktheidseisen. Een Inschrijver die, om aan de geschiktheidseisen te voldoen, een beroep doet op de technische bekwaamheid, beroepsbekwaamheid en/of beroepsbevoegdheid van derden dient op de Eigen Verklaring (Bijlage A) onder punt 8.2 aan te geven welke eisen het betreft.

Indien de Inschrijver een beroep wenst te doen op de technische bekwaamheid van een derde (concern/holdingmaatschappij waar hij deel van uitmaakt of een andere natuurlijke persoon of rechtspersoon), dan dient de Inschrijver schriftelijk te verklaren dat deze derde als onderaannemer zal fungeren bij de uitvoering van de eventuele opdracht, alsook voor welk gedeelte hij voornemens is deze derde als onderaannemer te betrekken overeenkomstig het gestelde in artikel 2.17.1 ARW 2012. Hiertoe dient onder punt 8.2 van de Eigen Verklaring (Bijlage A) aan te worden gegeven voor welke eisen door de Inschrijver een beroep op die derde(n) wordt gedaan.

Het beroep op een derde ten behoeve van de technische bekwaamheid, beroepsbekwaamheid en beroepsbevoegdheid brengt met zich mee dat de Inschrijver deze derde daadwerkelijk inzet bij de uitvoering van de opdracht.

De Inschrijver moet in het bezit zijn van een verklaring van de derde dat de Inschrijver kan beschikken over de voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijke middelen. Deze verklaring moet worden meegeleverd met de bewijsstukken die worden gevraagd van de Inschrijvers. De gestelde uitsluitingsgronden gelden ook voor de derde waarop de Inschrijver een beroep doet. De Inschrijver verklaart door ondertekening van de Eigen Verklaring dat de uitsluitingsgronden niet op de derde van toepassing zijn. De derde in kwestie moet ook zelf daadwerkelijk de bewijsstukken dat de uitsluitingsgronden niet op hem van toepassing zijn beschikbaar hebben. De Inschrijver die voor gunning in aanmerking komt moet deze bewijsstukken meeleveren met de bewijsstukken voor diens eigen situatie.

Het is niet toegestaan dat een derde door meerdere Inschrijvers wordt ingezet voor dezelfde opdracht.

Het beroep op een derde laat de hoofdelijke aansprakelijkheid van de Inschrijver voor de uitvoering van de opdracht onverlet.  
(...)'

- 1.6. In paragraaf 3.7 ("Tegenstrijdigheden") van de Aanbestedingsleidraad is het volgende bepaald:

'Mocht u onvolkomenheden, procedurefouten en/of tegenstrijdigheden constateren, dan dient u deze zo spoedig mogelijk, doch uiterlijk 14 dagen voor de in punt 4 van de in tabel 1 'Planning aanbestedingsprocedure op hoofdlijnen', genoemde sluitingstermijn van de Inschrijving, per e-mail aan mevrouw [naam], voornoemd [e-mailadres] kenbaar te maken. Deze termijn wordt gehanteerd om de Aanbesteder in de gelegenheid te stellen een bezwaar te toetsen en de Inschrijvers een redelijke termijn te geven om eventuele aanpassingen te kunnen verwerken.

Indien uiterlijk twee weken voor de sluiting inschrijvingstermijn blijkt dat er onvolkomenheden en/of procedurefouten en/of tegenstrijdigheden waren en deze niet door de Inschrijvers zijn gemeld, dan zal dit in het voordeel van de Aanbesteder worden uitgelegd.'

- 1.7. Klager is een brancheorganisatie die in deze zaak optreedt voor een van haar leden, de onderneming X. X heeft een inschrijving gedaan op percelen 6 en 7.
- 1.8. Op 15 januari 2015 heeft X een mededeling van de gunningsbeslissing ontvangen, waarin de volgende passages voorkomen:

'Voor competentie 4 Ervaring met het uitvoeren van gelijktijdige gladheidsbestrijding op wegen, doet [X] een beroep op een derde, [Y] B.V.

In Hoofdstuk 5.4 van de Aanbestedingsleidraad is bepaald dat het niet is toegestaan dat een derde door meerdere Inschrijvers wordt ingezet voor dezelfde opdracht.

Helaas is geconstateerd dat een andere Inschrijver ook gebruik maakt van dezelfde derde voor dezelfde competentie voor de percelen 6 en 7.

Dit leidt – helaas – tot uitsluiting van [Klager] voor de percelen 6 en 7.'

- 1.9. Op 19 januari 2015 heeft klager in twee brieven aan beklaagde verzocht de beslissing te herzien en gevraagd of de andere Inschrijver eveneens was uitgesloten.
- 1.10. Per email van 27 januari 2015 heeft beklaagde het verzoek afgewezen en geantwoord dat gelijke gevallen gelijk behandeld zijn.
- 1.11. X heeft bij beklaagde een klacht ingediend. Beklaagde heeft met betrekking tot die klacht op 11 maart 2015 een hoorzitting gehouden waarbij niet alleen X maar ook klager aanwezig waren.

## **2. Beschrijving klacht**

De beperkende eis in hoofdstuk 5.4 van de Aanbestedingsleidraad dat het niet is toegestaan dat een derde door meerdere Inschrijvers wordt ingezet voor dezelfde opdracht (en dus een onderaannemer slechts bij één Inschrijver kan worden ingezet voor dezelfde opdracht)

- a. is disproportioneel;
- b. maakt inbreuk op de contractvrijheid;
- c. is onnodig beperkend;
- d. is discriminerend; en
- e. staat een goede marktwerking in de weg.

## **3. Onderbouwing klacht**

- 3.1. De klacht wordt ingediend door klager als branche-organisatie omdat bij komende aanbestedingen deze – als beperkend ervaren – eis mogelijk opnieuw door de beklaagde in de aanbestedingsstukken zal worden opgenomen. Reden waarom klager van de Commissie een uitspraak vraagt over de toelaatbaarheid van deze beperkende eis in casu.
- 3.2. Klager voert ter onderbouwing van haar klacht met betrekking tot het door beklaagde hanteren van de onder 2 genoemde beperkende eis (hierna genoemd "de beperkende eis") de navolgende argumenten aan.
  - 3.2.1. Klager stelt allereerst dat de beperkende eis disproportioneel is. Tijdens de hoorzitting in het kader van de behandeling van de klacht (zie 1.11 hiervoor) is als motivering voor het stellen van de beperkende eis ten aanzien van de inzetbaarheid van een derde/onderaannemer in eerste instantie door het klachtenloket van beklaagde aangevoerd dat zonder deze beperkende eis het risico bestaat dat twee inschrijvingen op elkaar worden afgestemd. Klager stelt dat ter vermindering daarvan het hanteren van de Model K verklaring dient. Verder verwijst klager naar de Voorschriften 3.5A en 3.5B Gids Proportionaliteit. Tot slot merkt klager op dat ook zonder inzet van onderaannemers (verboden) onderlinge afspraken tussen inschrijvers mogelijk zijn.
  - 3.2.2. Klager stelt in de tweede plaats dat de eis de contractvrijheid beperkt. Volgens klager is het normaal

'dat een onderaannemer of leverancier gelijktijdig vergaande afspraken maakt met meerdere klanten onder de ontbindende voorwaarde dat van de aanbidding alleen gebruik kan worden gemaakt als het werk aan de inschrijver gegund is. De onderaannemer of leverancier is vrij om met diverse partijen voorafgaande aan

de aanbesteding verschillende prijsafspraken maken waarbij de hoogte door hem o.a. wordt bepaald door zijn inschatting van de kansen van zijn klanten (de inschrijvers). Hij kan dit doen omdat betreffend werk slechts door een van de partijen wordt uitgevoerd. Door de eis wordt de onderaannemer zonder aantoonbare aanleiding geschaad in zijn vrijheid om contracten af te sluiten.'

3.2.3. Klager stelt voorts dat de eis onnodig beperkend is. Inschrijvers zijn gewend om bij meer partijen een prijs op te vragen. Door de beperkende eis wordt de inschrijver beperkt in zijn keuze. Hij zal door de beperkende eis mogelijk in zee moeten gaan met een partij die niet zijn eerste keuze is. De eis beperkt hem in het doen van een scherpe inschrijving, bijvoorbeeld doordat hij een beroep moet doen op een onderaannemer die in een andere provincie gevestigd is.

3.2.4. De beperkende eis is volgens klager ook discriminerend:

'Een voorbeeld van een verboden, discriminerende voorwaarde is de eis dat ondernemers die interesse hebben in de opdracht in dezelfde lidstaat of regio als de aanbestedende dienst gevestigd moeten zijn (Telaustria). Vergelijkbaar is de onderhavige eis dat een geïnteresseerde inschrijver alleen dan mag inschrijven als hij maar een contractpartner kiest die geen contract heeft met andere inschrijvers voor dit werk.'

3.2.5. Klager stelt tot slot dat de beperkende eis een goede marktwerking in de weg staat. De marktwerking kan ernstig geschaad worden door de gestelde eis. In het geval van weinig aanbieders voor onderaanneming wordt het aantal inschrijvers beperkt. Van belang hierbij is dat onderaanneming en ook leveringen veelal slechts betrekking hebben op een beperkt aantal bestekposten. De eis zou daarmee het inschrijven voor het hele werk kunnen blokkeren.

#### **4. Reactie beklagde**

4.1. Beklaagde heeft een uitgebreide reactie op de klacht gegeven. Kort samengevat komt deze op het volgende neer.

4.2. Beklaagde stelt allereerst dat de Commissie de klacht niet in behandeling kan nemen op grond van het volgende.

4.2.1. De klacht richt zich in de kern op het algemene aanbestedingsbeleid van beklagde. Conform artikel 8 lid 4 van het Reglement van de Commissie kan de klacht volgende beklagde daarom niet in behandeling worden genomen.

4.2.2. Daarnaast stelt beklagde dat de onderdelen c, d en e van de klacht niet in deze vorm aan haar zijn voorgelegd tijdens de aanbesteding en de interne klachten-procedure. Om die reden zouden in ieder geval die drie onderdelen niet in behandeling moeten worden genomen.

4.3. Beklaagde stelt in de tweede plaats dat X tijdens de aanbesteding geen vragen heeft gesteld over de beperkende eis. Daarbij wijst beklagde er op dat wanneer er niet tijdig bezwaren zijn gemaakt, dit op grond van de tekst van paragraaf 3.7 van de Aanbestedingsleidraad leidt tot verval van het recht om in een later stadium alsnog bezwaar te maken.

4.4. Beklaagde stelt in de derde plaats dat de beperkende eis, niettegenstaande haar enigszins beperkende effect, toelaatbaar is.

4.4.1. Beklaagde heeft die stelling nader onderbouwd met argumenten waarmee zij (met verwijzing naar de arresten Michaniki (HvJ EG 16 december 2008, C-213/07) en HvJ EU 10 juli 2014, C-358/12) betoogt dat de beperkende eis de toets aan de mede op het Europeesrechtelijke evenredigheidsbeginsel gebaseerde criteria kan doorstaan.

4.4.2. In dat verband heeft beklagde aangegeven dat zij met het stellen van de beperkende eis tot doel heeft gehad:

'(...) elke mogelijke collusie tussen Inschrijvers in eenzelfde aanbestedingsprocedure uit te sluiten meer in het bijzonder te voorkomen dat er prijsafspraken worden gemaakt tussen verschillende Inschrijvers.'

Beklaagde heeft in het verlengde daarvan aangegeven dat zij met haar streven naar het uitsluiten van elke mogelijke collusie heeft beoogd om een van de doelstellingen van het aanbestedingsrecht – het stimuleren van vrije en eerlijke concurrentie binnen de Europese Unie – te verwezenlijken:

'De Europese wetgever wil met de aanbestedingsregels concurrentie introduceren op het terrein van aanbesteding. Als ondernemingen op de aanbestedingsmarkt met elkaar concurreren komt een evenwichtigere prijs tot stand en wordt de overheidsopdracht efficiënter uitgevoerd (...).'

4.4.3. Beklaagde heeft – voor zover relevant – tot slot betoogd dat het voordeel van het stellen van de beperkende eis, te weten het voorkomen van collusie en het tot stand brengen van een effectieve mededinging, opweegt tegen de gevolgen van deze maatregel, te weten de beperking van de contractvrijheid:

'Met de litigieuze bepaling wordt juist het tot stand brengen van een effectieve mededinging bewerkstelligd. Dat Inschrijvers als gevolg van de maatregel in zekere zin worden beperkt in de keuze voor hun onderaannemers weegt volgens de Aanbestedende dienst niet op tegen het legitieme doel dat met de litigieuze bepaling wordt nagestreefd. Het beperkende effect van de litigieuze bepaling is voorts verwaarloosbaar: van de in totaal 64 Inschrijvers, waren er slechts twee Inschrijvers, waaronder [X.], die een beroep hadden gedaan op dezelfde derde.'

## **5. Beoordeling**

5.1. De Commissie stelt voorop dat, hoewel in de aanbestedingsstukken tegenstrijdige passages te vinden zijn, beklagde een nationale openbare aanbestedingsprocedure heeft gehouden. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1, Afdeling 1.2.3, Aw 2012; Hoofdstuk 1 en 2 ARW 2012 en Gids Proportionaliteit.

5.2. De Commissie zal allereerst ingaan op de stellingen van beklagde dat de klacht om verschillende redenen niet in behandeling kan worden genomen (zie 4.2 hiervoor). De Commissie overweegt in dat verband het volgende.

- 5.2.1. De Commissie stelt vast dat klager met haar klacht vraagt of de Commissie zich wil uitspreken over de aanbestedingsrechtelijke toelaatbaarheid van het hanteren van een concrete eis in de onderhavige aanbestedingsprocedure. Dat klager de klacht mede heeft ingediend in verband met de mogelijkheid dat beklaagde die eis ook in de toekomst in haar aanbestedingsstukken zal opnemen, betekent daarom nog niet dat sprake is van een klacht die zich richt tegen het algemene aanbestedingsbeleid van beklaagde. De Commissie is dan ook van oordeel dat de klacht in behandeling kan worden genomen.
- 5.2.2. De Commissie constateert dat klager de argumenten – genoemd onder 2 sub c, d en e hiervoor ter onderbouwing van de klacht – niet tijdens de aanbesteding en de interne klachtenprocedure aan de orde heeft gesteld. Anders dan beklaagde stelt, is de Commissie van oordeel dat het hier niet gaat om separate klachtonderdelen, maar slechts om argumenten waarmee de klacht dat de beperkende eis aanbestedingsrechtelijk niet toelaatbaar is nader wordt onderbouwd. Dat betekent dat deze drie argumenten in beginsel bij de verdere behandeling van de klacht kunnen worden betrokken.
- 5.3. De Commissie zal vervolgens ingaan op de stelling van beklaagde dat X – in strijd met het bepaalde in paragraaf 3.7 van de Aanbestedingsleidraad – tijdens de aanbestedingsprocedure geen vragen heeft gesteld of anderszins haar bezwaren met betrekking tot de beperkende eis kenbaar heeft gemaakt. De Commissie overweegt met betrekking tot die stelling het volgende.
  - 5.3.1. Volgens bestaande (ook nationale) jurisprudentie mag van een inschrijver een proactieve houding worden verwacht. Dit houdt in dat een inschrijver in een geval als het onderhavige verplicht is een in Aanbestedingsleidraad opgenomen – mogelijke – inbreuk op een of meer van de bepalingen van Afdeling 1.2.3 Aw 2012 bij de aanbesteding te signaleren zodra hij die redelijkerwijze behoorde op te merken. De ratio daarvan is dat de aanbesteding daarmee mogelijk in staat wordt gesteld (de gevolgen van) die inbreuk ongedaan te maken in een stadium waarin de nadelige gevolgen daarvan voor alle betrokken partijen zoveel mogelijk beperkt kunnen blijven.
  - 5.3.2. Beklaagde heeft de hiervoor bedoelde verplichting nader uitgewerkt in paragraaf 3.7 van de Aanbestedingsleidraad door onder andere te bepalen dat een inschrijver die verplichting dient na te komen uiterlijk 14 dagen voor de in punt 4 van de in tabel 1 'Planning aanbestedingsprocedure op hoofdlijnen' genoemde sluitingstermijn van de Inschrijving.
  - 5.3.3. Uit de aan de Commissie verstrekte stukken blijkt niet dat X enige vraag over de beperkende eis heeft gesteld, laat staan daar bezwaar tegen heeft gemaakt binnen de hiervoor bedoelde termijn. Naar het oordeel van de Commissie heeft X haar hiervoor bedoelde verplichting dan ook niet nageleefd door pas na het verstrijken van de in 5.3.2 genoemde termijn haar bezwaren met betrekking tot de beperkende eis naar voren te brengen. Deze handelwijze van X staat er aan in de weg dat X – en naar het oordeel van de Commissie daarmee ook: klager – in dit stadium nog kan opkomen tegen de mogelijke strijdigheid van de beperkende eis met een of meer van de bepalingen van Afdeling 1.2.3 Aw 2012.

- 5.4. Het voorgaande laat onverlet dat de Commissie ten overvloede nog het volgende overweegt met betrekking tot de vraag naar de aanbestedingsrechtelijke toelaatbaarheid van de door beklaagde gestelde beperkende eis.
- 5.4.1. De Commissie stelt voorop dat – hoewel de beperkende eis in het onderhavige geval is opgenomen in hoofdstuk 5 (“Geschiktheidseisen”), paragraaf 4 (“Beroep op derden”), van de Aanbestedingsleidraad – zij van oordeel is dat het een eis betreft waaraan de inschrijvingen dienen te voldoen en dat het niet voldoen aan die eis tot ongeldigheid van de betreffende inschrijving leidt.
- 5.4.2. Uit art. 1.13 lid 1 Aw 2012 volgt dat een aanbestedende dienst bij de voorbereiding en het tot stand brengen van een overeenkomst uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijvers en de inschrijvingen mag stellen die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.
- 5.4.3. De Commissie neemt in het verlengde van het bepaalde in art. 1.13 Aw 2012 tot uitgangspunt dat een beperkende eis als de onderhavige ook in het geval van een nationale aanbesteding toelaatbaar zal zijn wanneer een aanbestedende dienst met die eis een legitiem doel van algemeen belang nastreeft, die eis geschikt is om dat doel te verzekeren en de eis niet verder gaat dan noodzakelijk is om dat doel te bereiken (zie HvJ EU 10 juli 2014, C-358/12, r.o. 31).
- 5.4.4. De Commissie neemt voorshands aan dat het doel dat beklaagde met de beperkende eis nastreeft – te weten het voorkomen van collusie en het tot stand brengen van een effectieve mededinging – in beginsel een legitiem doel van algemeen belang is.
- 5.4.5. De Commissie vraagt zich echter af of de door beklaagde gestelde beperkende eis in een geval als het onderhavige geschikt is om de verwezenlijking van het daarmee nagestreefde doel te verzekeren. Beklaagde beoogt met het stellen van de eis – blijkens haar reactie op de klacht – elke mogelijke collusie tussen inschrijvers in eenzelfde aanbestedingsprocedure uit te sluiten en meer in het bijzonder te voorkomen dat er prijsafspraken worden gemaakt tussen verschillende inschrijvers (zie 4.4.2 hiervoor). Beklaagde gaat er daarmee naar het oordeel van de Commissie echter aan voorbij dat – nog afgezien van het feit dat de omvang van de in het onderhavige geval aan derden uit te besteden werkzaamheden relatief zeer gering is – het risico op collusie, in een situatie waarin het inschrijvers bij het opstellen van hun inschrijving niet is toegestaan dezelfde derde in te zetten, in de regel niet kleiner zal zijn dan in een situatie waarin de inschrijvers dat laatste wel is toegestaan.
- 5.4.6. De Commissie vraagt zich ook overigens af of de door beklaagde beoogde voordelen van de beperkende eis – voor zover die er al zijn, gelet op hetgeen is overwogen in 5.4.5 hiervoor – in alle gevallen zullen opwegen tegen de nadelige gevolgen daarvan, te weten de beperking van de contractvrijheid, en of de eis daarmee niet verder gaat dan noodzakelijk is om het beoogde doel te bereiken in de mate waarin dat doel objectief gezien te verwezenlijken valt. De Commissie wijst er in dat verband op dat andere, meer proportionele maatregelen denkbaar en beschikbaar zijn waarmee beklaagde de verwezenlijking van het nagestreefde doel op een mogelijk even effectieve wijze zou kunnen verwezenlijken. Daarbij kan in het bijzonder worden gedacht aan de door de wetgever voorziene mogelijkheid waarover een aanbestedende dienst in een geval als het onderhavige beschikt om van de inschrijvers een verklaring als bedoeld in art. 2.22.3 ARW 2012 te verlangen (Model K-verklaring).

- 5.5. De Commissie is alles afwegende voorshands van oordeel dat beklagde in paragraaf 3.7 van de Aanbestedingsleidraad een aanbestedingsrechtelijk ontoelaatbare eis heeft gesteld. Dat laat echter onverlet dat de klacht ongegrond moet worden geacht gelet op hetgeen is overwogen in 5.3.

**6. Advies**

De Commissie acht de klacht **ongegrond**.

**7. Aanbeveling**

De Commissie ziet geen kans tot het doen van een aanbeveling.

Den Haag, 21 april 2015

w.g.:

Mr. J.G.J. Janssen  
Voorzitter

Prof.mr. C.E.C. Jansen  
Vicevoorzitter

Mr. drs. T.H. Chen  
Commissielid