

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 361

1. Feiten

1.1. Op 18 april 2016 heeft beklaagde een Europese openbare aanbestedingsprocedure aangekondigd voor een raamovereenkomst met één onderneming voor diensten van postbezorging.

1.2. In paragraaf II.1.5 'Korte beschrijving van de opdracht of de aankoop/aankopen' van de aankondiging is onder meer het volgende bepaald:

'Voor de gehele aanbesteding geldt dat deze exclusief is voorbehouden aan inschrijving door en gunning aan SW [*Sociale Werkvoorziening of Werkplaats, Commissie*]-bedrijven. De reden hiervan is dat de aanbestedende dienst veel waarde hecht aan het bieden van kansen voor mensen met een achterstand op de arbeidsmarkt en dat onderhavige opdracht is aangemerkt als een opdracht die zich bij uitstek leent om te worden uitgevoerd door medewerkers die behoren tot deze doelgroep. Er is gekozen om geen verschil te maken in meerdere opdracht-onderdelen, maar de opdracht als één opdracht weg te zetten. Dit met toepassing van artikel 2.82 en 2.82a van de wijziging van de Aanbestedingwet 2012, die stelt dat de aanbestedende dienst de deelneming aan een procedure voor de gunning van een overheidsopdracht voorbehouden aan sociale werkplaatsen en aan ondernemers die de maatschappelijke en professionele integratie van gehandicapten of kansarmen tot hoofddoel hebben, of de uitvoering ervan voorbehouden in het kader van programma's voor beschermde arbeid, mits ten minste 30% van de werknemers van deze werkplaatsen, ondernemingen of programma's gehandicapte of kansarme werknemers zijn.'

1.3. In paragraaf III.2.4 'Informatie over voorbehouden opdrachten' van de aankondiging is bepaald:

'De opdracht is bestemd voor sociale werkplaatsen'

1.4. In paragraaf 1.3 'Beschrijving en doel van de aanbesteding' van het Beschrijvend document Deel A is onder meer bepaald:

'Voor de gehele aanbesteding geldt dat deze exclusief is voorbehouden aan inschrijving door en gunning aan SW-bedrijven. De reden hiervan is dat de aanbestedende dienst veel waarde hecht aan het bieden van kansen voor mensen met een achterstand op de arbeidsmarkt en dat onderhavige opdracht is aangemerkt als een opdracht die zich bij uitstek leent om te worden uitgevoerd door medewerkers die behoren tot deze doelgroep. Er is gekozen om geen verschil te maken in meerdere opdracht-onderdelen, maar de opdracht als één opdracht weg te zetten. Dit met toepassing van artikel 2.82 en 2.82a van de wijziging van de Aanbestedingwet 2012, die stelt dat de aanbestedende dienst de deelneming aan een procedure voor de gunning van een overheidsopdracht voorbehouden aan sociale werkplaatsen en aan ondernemers die de maatschappelijke en professionele integratie van gehandicapten of kansarmen tot hoofddoel hebben, of de uitvoering ervan voorbehouden in het kader van programma's voor beschermde arbeid, mits ten minste 30% van de werknemers van deze werkplaatsen, ondernemingen of programma's gehandicapte of kansarme werknemers zijn.'

- 1.5. In paragraaf 2 'CONTACT EN STELLEN VRAGEN' van het document Deel B Aanbestedingsvoorwaarden is onder meer bepaald:

'- Het beschrijvend document, inclusief bijlagen, is met zorg samengesteld. Mocht u desondanks onvolkomenheden, procedurefouten of tegenstrijdigheden tegenkomen, dan dient u deze zo spoedig mogelijk, doch uiterlijk op de datum en het tijdstip als aangegeven in de paragraaf Planning bij "Sluiting termijn voor het indienen van vragen met betrekking tot dit beschrijvend document" schriftelijk te melden met opgave van de eventuele consequenties en/of correctievoorstellen.

- Eventuele bezwaren tegen (delen van) dit document (bijvoorbeeld met betrekking tot e contractuele voorwaarden, de criteria, termijnen, werkwijze) dient u zo spoedig mogelijk, doch uiterlijk op de datum en het tijdstip als aangegeven in de paragraaf Planning bij "Sluiting termijn voor het indienen van vragen" schriftelijk aan [Beklaagde] bekend te maken.

- Indien naderhand onvolkomenheden of tegenstrijdigheden in dit beschrijvend document worden geconstateerd en deze niet door de inschrijver zijn gemeld, zal dit in het voordeel van de aanbestedende dienst worden uitgelegd.'

- 1.6. In paragraaf 1.5 'Planning' van het Beschrijvend document Deel A is onder meer bepaald:

'Hieronder is de planning van de aanbesteding opgenomen. De cursief weergegeven data zijn definitief en derhalve fatale data behoudens een andersluidend schriftelijk bericht van de aanbestedende dienst. De andere data zijn indicatief en niet bindend.

(...)

<i>Maandag 2 mei 2016 14:00 uur</i>	<i>Sluiting termijn voor het indienen van vragen met betrekking tot dit beschrijvend document</i>
---	---

(...)'

- 1.7. Klager heeft op 14 juni 2016 een klacht ingediend bij beklagde.

2. Beschrijving klacht

Beklaagde behoudt de opdracht ten onrechte voor aan een SW-bedrijf op basis van artikel 2.82a van de met ingang van 1 juli 2016 gewijzigde Aanbestedingswet.

3. Onderbouwing klacht

- 3.1. Beklaagde behoudt de opdracht voor aan een SW-bedrijf. Zij verwijst hierbij naar artikel 2.82a van de met ingang van 1 juli 2016 gewijzigde Aanbestedingswet. Volgens klager is het voorbehouden van de onderhavige opdracht aan een SW-bedrijf in strijd met dit artikel en met artikel 77 Richtlijn 2014/24/EU.

- 3.2. Artikel 2.82a, eerste lid, van de met ingang van 1 juli 2016 gewijzigde Aw 2012 luidt als volgt:

'De aanbestedende dienst kan de deelneming aan een procedure voor de gunning van een overheidsopdracht voorbehouden aan een organisatie als beschreven in het tweede lid, mits de opdracht diensten betreft die vallen onder de CPV-codes, genoemd in artikel 77, eerste lid, van richtlijn 2014/24/EU.'

3.3. Artikel 77, eerste lid, Richtlijn 2014/24/EU luidt als volgt:

'De lidstaten kunnen bepalen dat de aanbestedende diensten de deelname aan procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten uitsluitend voor die diensten op het gebied van gezondheid, sociale en culturele diensten bedoeld in artikel 74, die vallen onder de CPV-codes 75121000-0, 75122000-7, 75123000-4, 79622000-0, 79624000-4, 79625000-1, 80110000-8, 80300000-7, 80420000-4, 80430000-7, 80511000-9, 80520000-5, 80590000-6, van 85000000-9 tot en met 85323000-9, 92500000-6, 92600000-7, 98133000-4, 98133110-8 aan bepaalde organisaties mag voorbehouden.'

3.4. De CPV-codes voor postdiensten zijn 64000000-6, 641100000-7, 64110000-0 en 64112000-4. In de bovenstaande uitputtende opsomming ontbreekt de CPV-code voor postdiensten. Het is derhalve niet toegestaan postdiensten op basis van artikel 2.82a Aw 2012 voor te behouden aan SW-bedrijven.

3.5. Dat beklagde een beroep doet op het Grossmann-arrest acht klager een oneigenlijke toepassing van dat arrest en een makkelijke manier om de klacht niet inhoudelijk te behandelen. Beklaagde stelt dat de opdracht reeds is gegund, terwijl de gunningsbeslissing in de aanbestedingsstukken was gepland op 15 juni 2015. Klager heeft binnen de bezwaartermijn van 20 dagen gereageerd. Dat er één inschrijving is ingediend, betekent naar de mening van klager niet dat er geen Alcatel-termijn meer van toepassing is. Mocht de Commissie oordelen dat klager te laat heeft geklaagd, dan verzoekt klager de Commissie wel een inhoudelijke reactie op de klacht te geven.

4. Reactie beklagde

4.1. Beklaagde wijst er op dat de aankondiging voor de opdracht op 18 april 2016 is gepubliceerd. Via TenderNed heeft beklagde kunnen zien dat een aantal partijen de stukken van de aanbesteding bekeken heeft, waaronder klager op 19 april 2016. Klager heeft zich gedurende de gehele aanbestedingsprocedure op geen enkele wijze gemanifesteerd als mogelijk (direct) belanghebbende. Klager heeft geen vragen gesteld en op geen enkele wijze aangegeven het niet eens te zijn met de gevolgde procedure.

4.2. Op 30 mei 2016 is er één inschrijving binnengekomen en na controle is de aanbesteding op 6 juni 2016 definitief gegund. Ook in de tussenliggende periode, tussen 30 mei en 6 juni, is er geen enkele reactie van (andere) belanghebbenden binnengekomen, waardoor er geen standstill periode in acht is genomen. Er waren immers geen afgewezen inschrijvers. Ten tijde van het schrijven van de onderhavige reactie lag de overeenkomst met de gegunde partij voor ter ondertekening.

4.3. Beklaagde wijst er op dat klager gelegenheid heeft gehad vragen te stellen of haar bezwaren kenbaar te maken conform het gestelde in paragraaf 2 van het document Deel B Aanbestedingsvoorwaarden (zie 1.5 hiervoor). Aangezien klager van deze mogelijkheden geen gebruik heeft gemaakt en de aanbesteding reeds definitief is gegund, ziet beklagde geen reden om de opdracht te heraanbesteden en acht beklagde de klacht ongegrond.

4.4. Inhoudelijk voert beklagde het volgende aan. In het beschrijvend document heeft beklagde vooruitlopend op de gewijzigde Aanbestedingswet 2012, de tekst van deze gewijzigde wet reeds opgenomen. Echter was de gewijzigde Aanbestedingswet ten tijde van de aankondiging van de opdracht nog niet in werking getreden. De onderhavige aanbesteding is gepubliceerd onder de Aanbestedingswet

2012 (ongewijzigde versie). Beklaagde stelt dat ook met de gebruikte CPV-code gebruik kon worden gemaakt van het voorbehoud betreffende de Sociale Werkvoorziening. Enkel de tekst van paragraaf 1.3 van Deel A Beschrijvend Document is van toepassing (zie 1.4 hiervoor). Abusievelijk is hierin artikel 2.82a blijven staan. Het was de bedoeling van beklagde de verruiming van artikel 2.82 op te nemen.

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt vast dat beklagde op 18 april 2016 een Europese openbare aanbestedingsprocedure heeft gepubliceerd voor een raamovereenkomst met één onderneming voor diensten van postbezorging. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Delen 1 en 2 Aw 2012.
- 5.2. Volgens bestaande jurisprudentie mag van een (potentiële) gegadigde of inschrijver een proactieve houding worden verwacht. Dit houdt in dat een inschrijver – mogelijke – inbreuken op het op de aanbestedingsprocedure van toepassing zijnde recht bij de aanbesteder dient te signaleren zodra hij die redelijkerwijze behoorde op te merken. De ratio daarvan is dat de aanbesteder 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. Beklaagde heeft de hiervoor bedoelde verplichting nader uitgewerkt in paragraaf 2 van het document Deel B Aanbestedingsvoorwaarden (zie 1.5 hiervoor). Hierin is de verplichting voor klager opgenomen zo spoedig mogelijk en uiterlijk op de datum en het tijdstip als aangegeven in de paragraaf Planning bij 'Sluiting termijn voor het indienen van vragen met betrekking tot dit beschrijvend document' schriftelijk onvolkomenheden, procedurefouten, tegenstrijdigheden en eventuele bezwaren tegen (delen van) het beschrijvend document te melden. Deze termijn verliep op 2 mei 2016 om 14.00 uur (paragraaf 1.5 van het Beschrijvend Document Deel A, zie 1.6 hiervoor). Indien naderhand onvolkomenheden of tegenstrijdigheden in het beschrijvend document worden geconstateerd en deze niet door de inschrijver zijn gemeld, wordt dit in het voordeel van de aanbestedende dienst uitgelegd (paragraaf 2 van het document Deel B Aanbestedingsvoorwaarden, 1.5 hiervoor).
- 5.4. Door pas op 14 juni 2016 een klacht bij beklagde in te dienen, heeft klager voormelde verplichting niet nageleefd. Met beklagde is de Commissie van oordeel dat klager haar bezwaren daarmee op een te laat tijdstip naar voren heeft gebracht. De Commissie ziet ook niet in waarom klager die bezwaren niet eerder naar voren had kunnen brengen.
- 5.5. Deze handelwijze van klager staat er aan in de weg dat zij in dit stadium nog een beroep kan doen op strijd met artikel 2.82a Aw 2012 en artikel 77 Richtlijn 2014/24.
- 5.6. De klacht is derhalve ongegrond.
- 5.7. Voor zover klager overigens klaagt dat beklagde ten onrechte de opschortende termijn van artikel 2.127 Aw 2012 niet in acht heeft genomen, merkt de Commissie ten overvloede nog op dit standpunt niet te delen. Een aanbestedende dienst is op basis van artikel 2.127, lid 4, Aw 2012 niet verplicht de opschortende termijn uit het eerste lid van dat artikel in acht te nemen indien de enige betrokken inschrijver degene is aan wie de overheidsopdracht wordt gegund en er geen

betrokken gegadigden zijn. Anders dan beklagde stelt, heeft klager zich wel als belanghebbende gemanifesteerd door de aanbestedingsstukken in te zien. Een betrokken inschrijver of gegadigde is klager echter niet.

- 5.8. Ten overvloede gaat de Commissie hierna nog inhoudelijk op de klacht in.
- 5.8.1. Het is de vraag of na het verstrijken van de implementatietermijn van Richtlijn 2014/24 en vóór implementatie daarvan in de Aanbestedingswet 2012 reeds gebruik kon worden gemaakt van artikel 77 Richtlijn 2014/24/EU (zie 3.3 hiervoor). In dat kader is het de vraag of aan dat artikel rechtstreekse werking toekomt. Conform jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie komen na het verstrijken van de implementatietermijn alleen bepalingen van richtlijnen voor rechtstreekse werking in aanmerking die voldoende duidelijk en nauwkeurig zijn en die rechten toekennen aan burgers of ondernemers. Artikel 77 van de richtlijn geeft echter een bevoegdheid aan de lidstaten om dit artikel al dan niet te implementeren. Vóór implementatie kunnen burgers en ondernemers derhalve nog geen rechten aan dit artikel ontleen. Aan deze bepaling komt dan ook geen rechtstreekse werking toe. Dat betekent dat aanbestedende diensten in aanbestedingsprocedures die zijn aangekondigd op of na 18 april 2016 nog geen beroep op dit artikel kunnen doen zo lang artikel 77 Richtlijn 2014/24/EU niet in het nationale recht is geïmplementeerd.
- 5.8.2. Nu de onderhavige aanbestedingsprocedure is aangekondigd op 18 april 2016, kon beklagde derhalve nog geen beroep doen op artikel 2.82a Aw 2012 en artikel 77 Richtlijn 2014/24. Bovendien behoren postdiensten niet tot de diensten waarvoor artikel 77 van de richtlijn en artikel 2.82a Aw 2012 een voorbehoud mogelijk maken. In zoverre is de klacht terecht opgeworpen.
- 5.8.3. Beklagde heeft in de aankondiging en het Beschrijvend Document Deel A echter niet alleen een beroep gedaan op artikel 2.82a, maar ook op artikel 2.82 Aw 2012 (zie 1.2-1.4 hiervoor). Dit artikel was op 18 april 2016 wel van kracht.
- 5.8.4. Ten tijde van de publicatie van de aankondiging van de onderhavige opdracht luidde artikel 2.82 Aw 2012 (oud) als volgt:
- ‘1. De aanbestedende dienst kan de deelneming aan een procedure voor de gunning van een overheidsopdracht of de uitvoering ervan voorbehouden aan sociale werkplaatsen in het kader van programma’s voor beschermde arbeid indien de meerderheid van de betrokken werknemers personen met een handicap zijn die wegens de aard of de ernst van hun handicaps geen beroepsactiviteit in normale omstandigheden kunnen uitvoeren.
2. De aankondiging van de opdracht vermeldt een voorbehoud als bedoeld in het eerste lid.’
- 5.8.5. Artikel 20 Richtlijn 2014/24/EU luidt als volgt:
- ‘1. De lidstaten kunnen het recht om deel te nemen aan aanbestedingsprocedures voorbehouden aan sociale werkplaatsen en aan ondernemers die de maatschappelijke en professionele integratie van gehandicapten of kansarmen tot doel hebben, of de uitvoering van deze opdrachten voorbehouden in het kader van programma’s voor beschermde arbeid, mits ten minste 30 % van de werknemers van deze werkplaatsen, ondernemingen of programma’s gehandicapte of kansarme werknemers zijn.
2. In de oproep tot mededinging wordt naar dit artikel verwezen.’

5.8.6. Richtlijn 2014/24/EU diende op 18 april 2016 te zijn geïmplementeerd. Uiteindelijk is deze richtlijn op 1 juli 2016 in de Aanbestedingswet 2012 geïmplementeerd. Artikel 2.82 Aw 2012 luidt nu als volgt:

'1. De aanbestedende dienst kan de deelneming aan een procedure voor de gunning van een overheidsopdracht voorbehouden aan sociale werkplaatsen en aan ondernemers die de maatschappelijke en professionele integratie van gehandicapten of kansarmen tot hoofddoel hebben, of de uitvoering ervan voorbehouden in het kader van programma's voor beschermde arbeid, mits ten minste 30% van de werknemers van deze werkplaatsen, ondernemingen of programma's gehandicapte of kansarme werknemers zijn.

2. De aankondiging van de opdracht vermeldt een voorbehoud als bedoeld in het eerste lid.'

5.8.7. In paragraaf III.2.4 'Informatie over voorbehouden opdrachten' van de aankondiging heeft beklagde bepaald dat de opdracht is bestemd voor sociale werkplaatsen (zie 1.3 hiervoor), terwijl in paragraaf II.1.5 'Korte beschrijving van de opdracht of de aankoop/aankopen' van de aankondiging en paragraaf 1.3 'Beschrijving en doel van de aanbesteding' van het Beschrijvend document Deel A een beroep is gedaan op het gewijzigde artikel 2.82 Aw 2012, waarbij de tekst van het nieuwe artikel is geciteerd (zie 1.2 en 1.4 hiervoor). Hoewel in paragraaf III.2.4 van de aankondiging is aangegeven dat de opdracht is bestemd voor sociale werkplaatsen (zoals is bepaald in het oude artikel 2.82 Aw 2012) leidt de Commissie uit de gehele aankondiging en het Beschrijvend document Deel A af dat beklagde het gewijzigde artikel 2.82 Aw 2012 heeft willen toepassen, terwijl dat artikel nog niet in werking was getreden.

5.8.8. Net als artikel 77 van de richtlijn geeft artikel 20 Richtlijn 2014/24/EU een bevoegdheid aan de lidstaten om dit artikel al dan niet te implementeren. Ook dit artikel heeft derhalve geen rechtstreekse werking. Op 18 april 2016 was in Nederland echter wel een wetsbepaling van kracht die aanbestedende diensten de bevoegdheid geeft opdrachten voor te behouden aan sociale werkplaatsen: artikel 2.82 Aw 2012 (oud).

5.8.9. Vervolgens is het de vraag of artikel 2.82 Aw 2012 (oud) strijdig is met artikel 20 van de richtlijn. Op grond van artikel 2.82 Aw 2012 (oud) kan de gunning van opdrachten of de uitvoering daarvan alleen worden voorbehouden aan sociale werkplaatsen, terwijl artikel 20 Richtlijn 2014/24/EU de lidstaten de mogelijkheid biedt aanbestedende diensten het recht om deel te nemen aan aanbestedingsprocedures te laten voorbehouden aan sociale werkplaatsen en aan ondernemers die de maatschappelijke en professionele integratie van gehandicapten of kansarmen tot doel hebben. Ook is het vereiste dat de meerderheid van de betrokken werknemers personen met een handicap moeten zijn die wegens de aard of de ernst van hun handicaps geen beroepsactiviteit in normale omstandigheden kunnen uitvoeren, in artikel 20 van de richtlijn teruggeschroefd naar ten minste 30% en ziet dat artikel ook op kansarme werknemers. Daarmee is de groep waaraan opdrachten kunnen worden voorbehouden uitgebreid en zouden meer organisaties dan voorheen kunnen meedingen naar een voorbehouden opdracht.

5.8.10. De Commissie vraagt zich af of artikel 20 Richtlijn 2014/24/EU de lidstaten en aanbestedende diensten vanaf 18 april 2016 nog de mogelijkheid biedt om opdrachten slechts voor te behouden aan sociale werkplaatsen waarvan de meerderheid van de werknemers gehandicapt is, aangezien het de bedoeling van de gemeenschapswetgever lijkt te zijn om de groep met potentiële kanshebbers op de opdracht te vergroten. Indien wordt aangenomen dat artikel 20 van de richtlijn die mogelijkheid niet biedt, is artikel 2.82 Aw 2012 (oud) vanaf 18 april 2012 in strijd met deze richtlijnbeepaling en dient deze bepaling richtlijnconform te wor-

den uitgelegd. Met de verwijzing naar (de tekst van) het nieuwe artikel 2.82 Aw 2012 lijkt beklagde artikel 2.82 Aw 2012 (oud) richtlijnconform te interpreteren. Gezien het voorgaande valt ook veel te zeggen voor een richtlijnconforme interpretatie.

- 5.8.11. Indien echter moet worden aangenomen dat artikel 2.82 Aw 2012 (oud) niet in strijd is met artikel 20 van de richtlijn, is richtlijnconforme interpretatie niet aan de orde. Nu het voorbehoud in de onderhavige aanbestedingsprocedure met het beroep op het gewijzigde artikel 2.82 Aw 2012 ruimer is geformuleerd dan wellicht op basis van artikel 2.82 Aw 2012 (oud) was toegestaan en er maar één inschrijving is gedaan, is het echter zeer de vraag of er partijen zijn die hierdoor zijn benadeeld. Bovendien zal niemand baat hebben bij een heraanbesteding, aangezien beklagde dan alsnog het gewijzigde artikel 2.82 Aw 2012 zal kunnen toepassen.

6. Advies

De Commissie acht de klacht **ongegrond**.

7. Aanbeveling

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

Den Haag, 18 juli 2016

w.g.:

Mr. J.G.J. Janssen
Voorzitter

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

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid