

# Commissie van Aanbestedingsexperts

## Advies 384

### 1. Feiten

- 1.1. Beklaagde heeft op 18 juni 2015 een Europese openbare aanbestedingsprocedure aangekondigd voor een raamovereenkomst met meerdere ondernemers ten behoeve van de levering van advies- en ingenieursdiensten.
- 1.2. In paragrafen 3.3.2 en 4.3 t/m 4.5 van de Aanbestedingsleidraad van 18 juni 2015 van de aanbestedingsprocedure van de raamovereenkomst Advies- en ingenieursdiensten is, onder meer, bepaald:

#### 3.3.2. Opmerkingen naar aanleiding van de Aanbestedingsleidraad

Deze aanbestedingsleidraad is met zorg samengesteld. Met onjuistheden, gebreken of onvolkomenheden in de aanbestedingsprocedure of de aanbestedingsleidraad die niet uiterlijk tien dagen vóór de uiterste inschrijfdatum ter kennis van [Beklaagde] zijn gebracht, kan [Beklaagde] voor wat betreft deze aanbesteding geen rekening houden en zijn voor risico van de Inschrijver. In het geval tekortkomingen niet aan [Beklaagde] ter kennis worden gebracht, gaat [Beklaagde] ervan uit dat Inschrijvers ondanks eventuele tekortkomingen een adequate inschrijving hebben kunnen doen en hun inschrijving onverkort gestand doen.

Door in te schrijven accepteren Inschrijvers de bepalingen zoals opgenomen in de aanbestedingsleidraad.

(...)

### 4.3. Geschiktheidseisen

#### 4.3.1. Technische- en beroepsbekwaamheid (art. 2.93 t/m 2.97 Aanbestedingswet)

##### Eisen aan competenties en ervaring

Het is voor [Beklaagde] van belang dat de Inschrijvers die worden toegelaten tot de Raamovereenkomst beschikken over voldoende technische en beroepsbekwaamheid op de onderstaande programma's en vakgebieden.

		Pro-gramma			
		Watersysteem	Waterketen	Waterveiligheid	Wegen
Vakgebieden	1. Civiele techniek				
	2. Werktuigbouwkunde				
	3. Electrotechniek				
	4. Procesttechnologie				
	5. Procesautomatisering				
	6. Contractbeheersing				
	7. Projectmanagement				
	8. Procesmanagement				
	9. Ruimtelijke inrichting/-ordening				

(...)

Eisen aan de referenties:

- (...)
- De inschrijver dient ervaring te hebben met minimaal 3 vakgebieden per programma. Indien u minder dan 3 vakgebieden per programma aankruist komt u niet in aanmerking voor een raamovereenkomst en wordt uw inschrijving terzijde gelegd.

(...)

#### **4.4. Samenwerking met andere ondernemingen**

Inschrijvers kunnen zich beroepen op middelen van een andere onderneming. Dit kan door middel van onderaanneming of combinatievorming. Bij onderaannemerschap dient de andere onderneming in dat geval te verklaren dat de Inschrijver daadwerkelijk kan beschikken over die middelen. Bij combinaties dient de andere onderneming te verklaren hoofdelijke aansprakelijkheid te aanvaarden voor de uit de opdracht voortvloeiende verplichtingen. Gebruik maken van onderaanneming of combinatievorming dient in de uniforme eigen verklaring, welke separaat bij deze aanbesteding is bijgevoegd, te worden ingevuld.

Ten behoeve van de beoordeling van de technische bekwaamheid worden de gegevens van de samenwerkende ondernemingen geconsolideerd.

In het geval van onderaannemerschap of combinatievorming dient ook de andere onderneming zelfstandig en rechtsgeldig ondertekend te verklaren conform het format dat gevoegd is als bijlage 1.A dat zij niet in één of meer van de omstandigheden te verkeren die als uitsluitingsgronden zijn geformuleerd. Ook dienen deze ondernemingen een recent uittreksel uit het handelsregister als bewijs van inschrijving bij te voegen. Dit uittreksel mag niet ouder zijn dan 6 maanden na dagtekening van aanmelding. De rechtsgeldige ondertekening dient uit de inschrijving of een daartoe afgegeven machtiging bij het handelsregister te blijken.

#### **4.5. Samenwerkingsverbanden bij Nadere offerteaanvraag**

Gedurende de looptijd van de Raamovereenkomst mogen tot de Raamovereenkomst toegelaten partijen in het kader van een Nadere Offerteaanvraag geen combinaties aangaan met andere raamcontractanten voor de betreffende Nadere Overeenkomst.'

- 1.3. In de Nota van Inlichtingen van de aanbestedingsprocedure van de raamovereenkomst Advies- en ingenieursdiensten van 23 juli 2015 is onder meer de volgende vraag en het volgende antwoord opgenomen:

Vraag 103: 'Is het mogelijk om gedurende de looptijd van de Raamovereenkomst voor een Nadere Offerteaanvraag een onderaannemer in te schakelen die niet in de Raamovereenkomst is opgenomen?'

Antwoord: 'Ja, dat is mogelijk indien de onderaannemer zelf geen raamovereenkomst heeft met [Beklaagde]. U dient dit altijd in overleg met [Beklaagde] te doen, waarna [Beklaagde] zijn goedkeuring dient te geven.'

- 1.4. Blijkens de aankondiging van een gegunde opdracht van 16 december 2015 is met de volgende 47 partijen een raamovereenkomst afgesloten: ADCIM B.V., Advin BV, AGEL Adviseurs, Antea Nederland B.V., De Aquanoom BV, ARCADIS Nederland B.V., BOOT organiserend ingenieursburo BV, Brink Management & Advies B.V., BT Geoconsult B.V., BTL Advies B.V., BWZ Ingenieurs BV, Civil Support, CLM Onderzoek en Advies BV, Ingenieursbureau Coops B.V., DON bureau

b.v., Eelerwoude B.V., Geonius Civiel BV, Grontmij Nederland B.V., HaskoningDHV Nederland B.V., Infram BV, Ingenieurs- & technisch adviesbureau In-Tech B.V., Iv-Water B.V., KienIA Industriële automatisering, Kragten B.V., Coöperatief Kristal Compagnie U.A., KYBYS B.V., Land-id B.V., LBITA BV, LievenseCSO Milieu BV, Movares Nederland BV, MWH B.V., Nebest B.V., Niebeek Milieumanagement BV, Omniplan Nederland BV, PRO6 managers B.V, Adviesburo RIET, R&L Consultants B.V., Roelofs Advies en Ontwerp BV, RPS advies- en ingenieursbureau bv, Ruimtewerkgroep B.V., Tauw bv, Tijhuis Ingenieurs BV, Twijnstra Gudde Holding B.V., Verhoeve & Faber B.V., Waalpartners civil engineering B.V., Waterpas Civiel Adviesbureau BV, Witteveen+Bos Raadgevende Ingenieurs BV (ontleend aan paragraaf VI.2 "Nadere inlichtingen" van de Aankondiging van een gegunde opdracht: Raamovereenkomst Advies- en ingenieursdiensten).

1.5. Op 22 augustus 2016 heeft beklagde op basis van de raamovereenkomst Advies- en ingenieursdiensten aan alle raamcontractanten die aan bepaalde voorwaarden voldoen een nadere offerteaanvraag gestuurd voor een overheidsopdracht betreffende advies- en ingenieursdiensten MIRT-verkenning hoogwaterveiligheid [A] en HWBP verkenning dijkversterking [B].

1.6. In Hoofdstuk 1 van de nadere offerteaanvraag van 22 augustus 2016 is bepaald:

#### **'HOOFDSTUK 1 Doel, omvang en vorm van de nadere offerteaanvraag**

Voor u ligt de Nadere offerteaanvraag (NO) voor het leveren van Advies- en ingenieursdiensten MIRT-verkenning hoogwaterveiligheid [A] en HWBP verkenning dijkversterking [B], als onderdeel van de Raamovereenkomst Advies- en ingenieursdiensten die [Beklaagde] met u gesloten heeft. Dit document is bedoeld om marktpartijen inzicht te verschaffen in het project en de procedure voor inschrijving.

Deze opdracht omvat twee verkenningen die nauw met elkaar verbonden zijn en die twee verschillende overheden als opdrachtgever hebben.

De MIRT-verkenning hoogwaterveiligheid [A] wordt uitgevoerd in opdracht van [X], waarbij aan [Beklaagde] is gevraagd de uitvoering van de noodzakelijke ingenieursdiensten te coördineren.

De HWBP verkenning dijkversterking [B] wordt uitgevoerd in opdracht en onder aansturing van [Beklaagde].

(...)

Deze inschrijving betreft een opdracht met betrekking tot het programma Waterveiligheid met vakgebieden civiele techniek, contractmanagement, projectmanagement, procesmanagement, ruimtelijke inrichting/-ordening en omgevingsmanagement. Alle bureaus waarmee de Raamovereenkomst is gesloten en die vallen binnen het programma Waterveiligheid en met toelating op alle bovenstaande vakgebieden, ontvangen deze Nadere Offerteaanvraag.

Het doel van deze Nadere offerteaanvraag is te komen tot één leverancier die invulling geeft aan de benodigde advies- en ingenieursdiensten voor zowel de MIRT-verkenning [A] als de HWBP-verkenning [B], om te komen tot het besluit Voorkeursalternatief.

(...)

#### **1. Inschrijvingsprocedure**

(...)

Het is volgens [Beklaagde] -gelet op de transactiekosten van inschrijvers alsook voor de effectiviteit in de beoordeling van de inschrijvingen door OG, niet ge-

wenst iedere in aanmerking komende partij binnen de Raamovereenkomst Advies- en Ingenieursdiensten uit te nodigen voor het doen van een uitgebreide/volledige inschrijving. Daarom is gekozen voor een getrapte aanbestedingsprocedure: een 1e en een 2e Inschrijvingsfase.

### ***Inschrijvingsfase 1.***

In de 1e fase van de inschrijving zal op basis van een beperkte inspanning van marktpartijen een kwalitatief oordeel gegeven worden (gewogen factoren/criteria) op het in te dienen Plan van Aanpak 'Team, organisatie en visie', waarna de drie hoogst scorende inschrijvers van deze fase de uitnodiging krijgen tot het doen van een definitieve/uitgebreide inschrijving in de 2e fase.

### ***Inschrijvingsfase 2.***

De definitieve aanbieding zal bestaan uit een kwalitatief deel dat bestaat uit een op te stellen Plan van Aanpak 'Invulling en beheersing' inclusief interviews met sleutelfunctionarissen en een prijzendeel. Op basis van gunnen op waarde zal de Economisch Meest Voordelige Inschrijving worden bepaald. De opdracht wordt aan de inschrijver met de laagst fictieve inschrijfprijs gegund.

(...)

## **2. Optie voor contractverlenging planuitwerkingsfase.**

Het adviesbureau dat de opdracht voor de MIRT-verkenning hoogwaterveiligheid [A] en de HWBP verkenning dijkversterking [B] gegund krijgt, zal in de gelegenheid worden gesteld een 1 op 1 aanbieding te doen voor de volgende fase van het project waarin benodigde Ruimtelijke Ordening procedures worden doorlopen en/of de contractdocumenten worden voorbereid.

(...)

## **10. Aard van de opdracht**

Maatschappelijke opgaven, zoals onderhavige opdracht, worden steeds complexer en vragen daarmee om een integrale aanpak. Het project wenst daarom onder andere een hoge mate van burgerparticipatie (co-creatie), maatschappelijke meerwaarde, duurzaamheid, het uitwerken/doorvoeren van (technische) innovaties en life-cycle-benadering. Daarnaast speelt het project zich af in een complexe politieke en bestuurlijke omgeving.

De aard van de opdracht vraagt om meer dan een focus op technisch/inhoudelijk vakmanschap, integratie van kennis en financiële/contractuele aspecten. Uiteraard wel binnen de kader van het project als kosten, planning, risicobeheersing enzovoorts. [Beklaagde] is voor onderhavige opdracht daarom op zoek naar een gelijkwaardige partner die gezamenlijk met [Beklaagde]/[X] een maatschappelijk en bestuurlijk gedragen MIRT2-voorkeursalternatief en HBWP-voorkeursvariant voor dijkversterking realiseert.'

1.7. In de Nota van Inlichtingen van de nadere offerteaanvraag 'Advies- en ingenieursdiensten MIRT-verkenning Rivierverruiming A en HWBP-verkenning dijkversterking B' op basis van de raamovereenkomst Advies- en ingenieursdiensten zijn onder meer de volgende vragen en antwoorden van 7 september 2016 opgenomen:

1.7.1. '33. Samenwerking met andere partijen binnen raamovereenkomst'

Vraag: 'Is het mogelijk om samenwerking aan te gaan met andere partijen binnen de raamovereenkomst?'

Antwoord: 'Binnen deze tender mag samengewerkt worden met andere partijen. Echter in de leidraad mbt de RO Ingeneieurs- en adviesdiensten is opgenomen dat gedurende de looptijd van de Raamovereenkomst de toegelaten partijen tot de raamovereenkomst in het kader van een Nadere Offerteaanvraag geen combinaties aangaan met andere raamcontractanten voor de betreffende Nadere Overeenkomst.'

1.7.2. '34. Toestemming voor gezamenlijke aanbidding als raamcontractanten'

Vraag: 'In het raamcontract staat genoemd dat toestemming moet worden gevraagd om als raamcontractanten een gezamenlijke aanbidding te mogen doen. Hoe moet je die toestemming precies vragen?'

Antwoord: 'Zie ook antwoord op vraag en antwoord #33. Indien u echter met andere partijen wilt samenwerken dan dient u in het plan van aanpak aan te geven met welke partijen inschrijver een gezamenlijke aanbidding doet. Tevens dient men aan te geven voor welke werkzaamheden welke partijen zullen worden ingezet.'

1.7.3. '35. Mogelijkheden vanuit OG i.r.t. doen van gezamenlijke aanbidding van raamcontractanten'

Vraag: 'Volgens de raamovereenkomst dient vooraf toestemming verleend te worden als raamcontractanten een gezamenlijke aanbidding doen. Dat lijkt niet werkbaar gelet op het grote aantal partijen in de raamovereenkomst en het aantal mogelijke combinaties. Hoe wenst OG hiermee om te gaan?'

Antwoord: 'Zie antwoord op vraag en antwoord #33 en #34.'

1.8. Op 20 september 2016 is de volgende mededeling aan voornoemd document toegevoegd:

'59. Mededeling aanbestedende dienst onderaanneming  
(...)

Het niet toegestaan is om een onderaannemer in te schakelen, die zelf ook in de Raamovereenkomst Advies- en ingenieursdiensten is opgenomen, binnen de nadere offerte van de RO Advies- en ingenieursdiensten. Dit is ook vermeld in de aanbesteding van de RO advies- en ingenieursdiensten in de nota van inlichtingen bij vraag en antwoord 103.'

1.9. Klager heeft op 25 september 2016 een klacht ingediend, die het klachtenmeldpunt van beklaagde op 5 oktober 2016 ongegrond heeft geacht:

'Klachtonderdeel 1 en 2 inschrijving met onderaannemer uit raamovereenkomst  
Overwegende dat:

- [Klager] akkoord is gegaan met de bepalingen vanuit deze Raamovereenkomst Advies- en Ingenieursdiensten;
- er nadere uitvraag is gedaan binnen de Raamovereenkomst Advies- en Ingenieursdiensten;
- in de NvI van de Raamovereenkomst en de Nadere offerteaanvraag vragen en antwoorden zijn geformuleerd over samenwerking, combinatievorming en onderaanneming;

Klachtonderdeel 1 gaat samengevat over de vraag of onderaanneming met een partij uit de raamovereenkomst is toegestaan. Het Klachtenmeldpunt heeft geconstateerd dat het antwoord op vraag 103 uit de NvI van de aanbesteding van de Raamovereenkomst Advies- en Ingenieursdiensten hiervoor bepalend is. Hierin wordt het volgende bepaald:

**Vraag 103:** *Is het mogelijk om gedurende de looptijd van de Raamovereenkomst voor een Nadere Offerteaanvraag een onderaannemer in te schakelen die niet in de Raamovereenkomst is opgenomen?*

**Antwoord:** *Ja, dat is mogelijk indien de onderaannemer zelf geen raamovereenkomst heeft met [Beklaagde]. U dient dit altijd in overleg met [Beklaagde] te doen, waarna [Beklaagde] zijn goedkeuring dient te geven.*

Het Klachtenmeldpunt concludeert dat de regeling in de aanbestedingsstukken over de vraag of inschrijving in onderaanneming met partijen uit de raamovereenkomst mogelijk is, maar op één manier kan worden uitgelegd. In de beantwoording op vraag 103 is naar het oordeel van het Klachtenmeldpunt duidelijk vastgelegd dat niet kan worden ingeschreven met een andere raamcontractant, als onderaannemer. Dit antwoord geldt nadrukkelijk voor deze Nadere offerteaanvraag.

Het Klachtenmeldpunt heeft niet geconstateerd dat de Aanbestedende Dienst in deze uitvraag of in het algemeen in de Nadere offerteaanvraag onder de Raamovereenkomst op dit punt verwarring of onduidelijkheid heeft veroorzaakt. De Aanbestedende Dienst heeft aangegeven dat ook in de informatiebijeenkomst voor de contractanten binnen de Raamovereenkomst hierover vragen zijn gesteld die eenduidig zijn beantwoord.

De stelling van Klager dat de concurrentie in grote mate wordt beperkt, acht het Klachtenmeldpunt onvoldoende aannemelijk gemaakt.

### **Conclusie klachtonderdeel 1 en 2**

Het Klachtenmeldpunt acht de regeling voor onderaanneming binnen de Raamovereenkomst Advies- en Ingenieursdiensten en voor deze Nadere offerteaanvraag duidelijk. Het niet toestaan om met een onderaannemer uit de raamovereenkomst in te schrijven acht het Klachtenmeldpunt niet in strijd met enig wettelijk voorschrift, de Gids Proportionaliteit of op andere wijze disproportioneel of onredelijk. De klacht op dit onderdeel is ongegrond.

Voorgaand oordeel betekent dat de stelling van klager dat hier sprake is van een wezenlijke wijziging geen verdere beoordeling vergt. Klachtonderdeel 2 is daarmee ongegrond.

### Klachtonderdeel 3 Mededeling over regeling onderaannemer is te laat

Klachtonderdeel 3 gaat over de vraag of Klager, mede op grond van de antwoorden op vraag 33 t/m 35 in de NvI, er op mocht vertrouwen dat inschrijving met een raamcontractant uit de Raamovereenkomst, als onderaannemer, zal worden toegestaan. Dit klachtonderdeel gaat ook over de hieruit volgende vraag of de mededeling onder nummer 59 in de NvI te laat is geweest waardoor het voor gegadigden niet meer mogelijk was om de inschrijving aan te passen.

Zoals het Klachtenmeldpunt bij onderdeel 1 heeft geconstateerd, acht het Klachtenmeldpunt de regeling over het toestaan van onderaanneming binnen de Raamovereenkomst Advies- en Ingenieursdiensten duidelijk.

In die zin brengt de mededeling onder nummer 59 in de NvI geen nieuwe situatie met zich mee. De stelling van Klager dat het voor gegadigden niet meer mogelijk was om de inschrijving en gedrag aan te passen is niet aan de orde, omdat dit voor Klager bij de start van de Raamovereenkomst al bekend had kunnen en moeten zijn.

Het Klachtenmeldpunt is wel van mening dat de beantwoording van de vragen 33 tot en met 35 scherper had gekund. De Aanbestedende Dienst heeft dit in zijn reactie ook aangegeven. De stelling van Klager dat gegadigden op basis van de antwoorden 33 t/m 35 erop mochten vertrouwen dat een raamcontractant mag inschrijven met een andere raamcontractant, als onderaannemer, deelt het Klachtenmeldpunt niet.

Het Klachtenmeldpunt concludeert dat de Klager door mededeling 59 in de NvI niet in een nadelige positie is gebracht en niet onvoldoende tijd heeft gehad om te adequaat te kunnen reageren op de mededeling.

### **Conclusie klachtonderdeel 3**

Het Klachtenmeldpunt acht de mededeling niet in strijd met enig wettelijk voorschrift, de beginselen van non-discriminatie, gelijke behandeling, transparantie en proportionaliteit of op een andere manier onredelijk. De klacht op dit onderdeel is ongegrond.

(...)

### **7. Conclusie**

Het Klachtenmeldpunt is van oordeel dat de klacht ongegrond is.'

- 1.10. Op 11 oktober 2016 heeft klager een klacht ingediend bij de Commissie.
- 1.11. Bij brief van 12 oktober 2016 heeft beklagde de inschrijving van klager naar aanleiding van de offerteaanvraag van 22 augustus 2016 voor de nadere opdracht onder de raamovereenkomst Advies- en ingenieursdiensten (zie 1.5 hiervoor) ongeldig verklaard:

'Op 23 augustus 2016 heeft [Beklaagde] via het digitale platform Negometrix een offerteaanvraag, voor de aanbesteding Tender (...) "Nadere offerteaanvraag Advies- en ingenieursdiensten MIRT-verkenning Rivierverruiming [A] en HWBP-verkenning dijkversterking [B]" aan u toegezonden. Op 26 september 2016 hebben wij zes (6) inschrijvingen voor fase 1 ontvangen, waaronder die van u.

Inmiddels hebben wij de ontvangen inschrijvingen getoetst op de minimumeisen (rechtsgeldigheid en volledigheid). Een en ander heeft ertoe geleid dat uw inschrijving voor fase 1 ongeldig is verklaard. De reden voor de ongeldigheidsverklaring is gelegen in het feit dat u op deze nadere uitvraag hebt ingeschreven met onderaannemer(s) waarmee ook een Raamovereenkomst uit de zelfde Raamovereenkomst Ingenieurs- en Adviesdiensten is afgesloten die ook met uw bedrijf is afgesloten. Op basis van de spelregels van deze raamovereenkomst is dit expliciet niet toegestaan. Uw klacht over dit onderwerp is op 5 oktober 2016 reeds door de Klachtenmeldpunt Aanbesteden [Beklaagde] ongegrond verklaard.

Derhalve is uw inschrijving niet beoordeeld en is [Beklaagde] niet voornemens u uit te nodigen voor het doen van een inschrijving in de 2e fase van deze aanbesteding.

[Beklaagde] zal de volgende drie partijen voorlopig uitnodigen voor het doen van een inschrijving in de 2e fase van de aanbesteding:

(...)

Wij zijn voor de bovenstaande drie partijen voornemens om over te gaan tot definitieve uitnodiging tot inschrijving voor fase 2 mits:

- a. Er binnen een periode van 10 kalenderdagen na dagtekening van deze brief geen civiel kort geding is aangespannen tegen het voornemen tot gunning;
- b. Het vonnis in een eventueel binnen de onder a. bedoelde periode aangespannen civiel kort geding tegen het voornemen tot gunning inhoudt dat dit niet onrechtmatig is.

Indien uw bedrijf binnen voornoemde termijn van 10 kalenderdagen een civiel kort geding wenst aan te spannen tegen dit voornemen tot gunning, verzoeken wij u dit tijdig voor het aflopen van die termijn schriftelijk aan ons mede te delen onder gelijktijdige toezending van een kopie van de dagvaarding en met vermelding van de datum waarop de voorzieningenrechter de zaak zal behandelen. De 10 kalenderdagen betreft – zoals reeds aangegeven in het beschrijvend document – een fatale termijn.'

- 1.12. Beklaagde heeft vervolgens bij brief van 27 oktober 2016 aan klager laten weten de aanbestedingsprocedure voort te zetten:

'Op 23 augustus 2016 heeft [Beklaagde] via het digitale platform Negometrix een offerteaanvraag, voor de aanbesteding Tender (...) "Nadere offerteaanvraag Advies- en ingenieursdiensten MIRT-verkenning Rivierverruiming [A] en HWBP-verkenning dijkversterking [B]" aan u toegezonden. Op 12 oktober 2016 hebben wij de voorlopige afwijzingsbeslissing naar aanleiding van fase 1 aan u medege-deeld.

Hierbij stellen wij vast dat u geen civiel kort geding heeft aangespannen tegen onze beslissing om uw inschrijving ongeldig te verklaren. Ook de overige inschrijvers hebben geen civiele procedure gestart tegen de bekendmaking van de beslissing. De opschortende termijn van 10 dagen is inmiddels verstreken, op grond waarvan wij ons vrij achten uitvoering te geven aan de beslissing zoals kenbaar gemaakt bij brief met kenmerk (...).'

## **2. Beschrijving klacht**

### **2.1. Klachtonderdeel 1**

Beklaagde handelt in strijd met het transparantiebeginsel doordat mededeling 59 van 20 september 2016 in de Nota van Inlichtingen van de nadere procedure voor het gunnen van een overheidsopdracht via de raamovereenkomst onduidelijk is (zie 1.8 hiervoor).

### **2.2. Klachtonderdeel 2**

Indien mededeling 59 zo moet worden uitgelegd dat een raamcontractant niet mag inschrijven met een andere raamcontractant als onderaannemer, dan betreft dit een ontoelaatbare wezenlijke wijziging van de raamovereenkomst en de eerder door beklagde in de Nota van Inlichtingen gegeven antwoorden op vragen 33, 34 en 35 (zie 1.7 hiervoor).

### **2.3. Klachtonderdeel 3**

Beklaagde heeft mededeling 59 in strijd met de beginselen van gelijke behandeling en transparantie te laat gedaan en – zoals de Commissie begrijpt – nagelaten de inschrijvingstermijn te verlengen. Inschrijvers mochten op basis van de antwoorden 33 t/m 35 in de Nota van Inlichtingen van de nadere opdracht erop vertrouwen dat een raamcontractant mag inschrijven met een andere raamcontractant als onderaannemer. Beklaagde heeft deze mogelijkheid met mededeling



59 gewijzigd op een moment dat het voor inschrijvers niet meer mogelijk was hun inschrijving aan te passen.

#### 2.4. Klachtonderdeel 4

Indien mededeling 59 zo moet worden uitgelegd dat een raamcontractant niet mag inschrijven met een andere raamcontractant als onderaannemer, dan is deze beperking van de mogelijkheden tot samenwerking disproportioneel.

### **3. Onderbouwing klacht**

#### 3.1. Klachtonderdeel 1

- 3.1.1. Klager meent dat mededeling 59 in de Nota van Inlichtingen van de nadere procedure voor het gunnen van een overheidsopdracht via de raamovereenkomst onduidelijk is. Gezien de strekking en de gevolgen van de mededeling mag een dergelijke dubbelzinnigheid niet voort blijven bestaan. Een aanbestedende dienst dient ervoor te zorgen dat criteria ondubbelzinnig en objectief uitlegbaar zijn.

Klager leest de mededeling als volgt: het is een inschrijver niet toegestaan in te schrijven met een onderaannemer die reeds als onderaannemer is opgenomen in de raamovereenkomst van een andere raamcontractant. De mededeling suggereert echter ook dat het een raamcontractant verboden is om in te schrijven met een andere raamcontractant als onderaannemer. Er staat echter niet dat een raamcontractant niet als onderaannemer mag worden ingeschakeld. Er wordt gesproken over een onderaannemer "... die zelf ook in de Raamovereenkomst Advies- en Ingenieursdiensten is opgenomen,". Een dergelijke onderaannemer is volgens klager geen raamcontractant.

- 3.1.2. Deze klacht is door het klachtenmeldpunt in haar beoordeling niet als zelfstandige klacht behandeld.

#### 3.2. Klachtonderdeel 2

- 3.2.1. Indien mededeling 59 zo moet worden uitgelegd dat een raamcontractant niet mag inschrijven met een andere raamcontractant als onderaannemer, dan is dit een ontoelaatbare wezenlijke wijziging. Klager wijst daarbij op het volgende.

- 3.2.2. Het verbod in paragraaf 4.5 van de aanbestedingsleidraad (van de aanbesteding van de Raamovereenkomst Advies- en Ingenieursdiensten) is uitdrukkelijk beperkt tot het vormen van combinaties met andere raamcontractanten. Het verbod zegt niets over samenwerking van raamcontractanten in de vorm van onderaanneming. Ook in het antwoord op vraag 33 in de Nota van Inlichtingen in de procedure tot gunning van de nadere overeenkomst (zie 1.7.1 hiervoor) geeft beklagde duidelijk aan dat het verbod ziet op combinaties. In dit verband wijst klager ook op de antwoorden op vragen 34 en 35 in deze Nota van Inlichtingen (zie 1.7.2 en 1.7.3 hiervoor). Deze antwoorden geven een nadere duiding met betrekking tot de onderhavige nadere offerteaanvraag. Verder bevat het antwoord op vraag 103 (in de procedure voor het gunnen van de raamovereenkomst, zie 1.3 hiervoor) geen verbod om andere raamcontractanten als onderaannemer bij de inschrijving voor een nadere opdracht mee te nemen.

- 3.2.3. Door in de antwoorden op vragen 33-35 te verwijzen naar de Aanbestedingsleidraad van de Raamovereenkomst Advies- en Ingenieursdiensten en te bepalen dat geen combinaties met andere raamcontractanten mogen worden aangegaan, heeft beklagde verwachtingen bij inschrijvers gewekt dat aanmelden met een

raamcontractant in onderaanneming mogelijk is. Uit de onderbouwing van het klachtenmeldpunt is niet op te maken waarom inschrijvers niet op de antwoorden op vragen 33-35 mochten vertrouwen. Het waterschap en het klachtenmeldpunt zijn zelf ook van mening dat de antwoorden op vragen 33-35 scherper hadden gekund.

3.2.4. Kortom, als mededeling 59 onder nummer 59 zo moet worden uitgelegd dat een raamcontractant niet mag inschrijven met een andere raamcontractant als onderaannemer, dan gaat beklagde (ná gunning) verder dan aanvankelijk in de aanbestedings- en contractdocumenten met partijen is overeengekomen. Het gevolg van deze wijziging is een grote beperking van de vrije mededinging. Een dergelijke wezenlijke wijziging achteraf is in strijd met het transparantie- en gelijkheidsbeginsel.

3.2.5. Klager voert ook aan dat het klachtenmeldpunt in haar beoordeling het volgende heeft miskend. De wijze waarop raamcontractanten mogen inschrijven is volgens klager niet besproken tijdens de informatiebijeenkomst. Er is geen verslag van deze bijeenkomst gemaakt, zodat de bewering van het beklagde niet meer te verifiëren valt.

### 3.3. Klachtonderdeel 3

3.3.1. Inschrijvers mochten op basis van de antwoorden 33 t/m 35 in de Nota van Inlichtingen van de nadere opdracht erop vertrouwen dat een raamcontractant mag inschrijven met een andere raamcontractant als onderaannemer. Met mededeling 59 heeft beklagde dit gewijzigd op een moment dat het voor inschrijvers niet meer mogelijk was hun inschrijving en gedrag aan te passen.

3.3.2. De inschrijving bestond onder meer uit een plan van aanpak. Gezien de noodzakelijke voorbereidingstijd voor het gezamenlijk opstellen van de inschrijving, waaronder het plan van aanpak, hadden klager, raamcontractant Y en raamcontractant Z al veelvuldig overleg gehad voorafgaand aan mededeling 59. Door vijf kalenderdagen voor het verstrijken van de inschrijvingstermijn deze mededeling te toen, konden klager, Y en Z niet meer alsnog zelfstandig inschrijven. Met mededeling 59 wordt de concurrentie geschaad en het gerechtvaardigd vertrouwen van klager geschonden.

3.3.3. Het nut en noodzaak van mededeling 59 en zeker het tijdstip ontgaat klager nog steeds. Aan deze mededeling ligt geen vraag van een gegadigde ten grondslag. Beklagde moet zelfstandig hebben ingezien dat met de antwoorden op vraag 33-35 een ander beeld bij de gegadigden is ontstaan.

### 3.4. Klachtonderdeel 4

3.4.1. Indien mededeling 59 zo moet worden uitgelegd dat een raamcontractant niet mag inschrijven met een andere raamcontractant als onderaannemer, dan is deze beperking van de mogelijkheden tot samenwerking disproportioneel. Klager baseert dit op de omstandigheden van dit geval, waaronder de omvang en complexiteit van de thans uitgevraagde nadere opdracht. Het aantal partijen dat zelf partij is bij een raamovereenkomst is zeer groot. Er zijn voor inschrijvers die niet zelfstandig de onderhavige nadere opdracht kunnen uitvoeren en/of daarop gezien de criteria niet zelfstandig kunnen inschrijven, nagenoeg geen andere partijen meer over om samen te werken en mee te kunnen doen met de inschrijving. Indien mededeling 59 zo moet worden uitgelegd dat een raamcontractant niet mag inschrijven met een andere raamcontractant als onderaannemer, dan beperkt dit verbod de concurrentie in te grote mate.

- 3.4.2. Volgens artikel 2.141 Aw 2012 (oud) mag een aanbestedende dienst een raamovereenkomst niet gebruiken om de mededinging te beperken of te hinderen. Door niet toe te staan dat raamcontractanten als onderaannemer bij de aanmelding en inschrijving op de Nadere Offerteaanvraag mag worden opgenomen, wordt de mededinging wel degelijk beperkt dan wel gehinderd.

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

- 4.1. Beklaagde verwijst voor haar reactie naar haar eerdere reactie op de klacht bij het Klachtenmeldpunt, aangezien de klacht bij de Commissie geen nieuwe punten bevat. In de beslissing van het klachtenmeldpunt van 5 oktober 2016 is de reactie van beklagde als volgt weergegeven:

'Klachtonderdelen 1 en 2

De Aanbestedende Dienst, hierna ook te noemen [Beklaagde], geeft aan dat de mededeling exact datgene aangeeft wat in de Raamovereenkomst Advies- en ingenieursdiensten is overeengekomen. Via de Nota van Inlichtingen bij de aanbesteding van de Raamovereenkomst van destijds blijkt dat dit ook geldt voor onderaanneming (vraag 103).

[Beklaagde] geeft aan dat de mededeling 59 in de NvI van 20 september helder is geformuleerd.

De mededeling van 20 september is voldoende duidelijk en ook in lijn met vraag uit de NvI 103. De beantwoording van de specifieke vragen 33 tot en met 35 had achteraf wel scherper gekund, maar is voldoende duidelijk en kan niet leiden tot verwarring. De uitgangspunten van de Raamovereenkomst zijn duidelijk en mag aan de partijen binnen de Raamovereenkomst bekend worden verondersteld.

Op vraag van het Klachtenmeldpunt heeft de Aanbestedende Dienst aangegeven dat de mededeling 59 voortkwam uit een aanmelding voor de Pitch van partijen binnen de Raamovereenkomst. Uit deze aanmelding bleek dat er een voornemen was van een raamcontractant om met een andere raamcontractant uit de Raamovereenkomst, als onderaannemer, in te schrijven. De mededeling moet worden gezien als een extra 'waarschuwing' van hetgeen reeds bekend mocht worden verondersteld vanuit de aanbesteding van de Raamovereenkomst. Het gaat hier dus niet om een wijziging.

De reden voor het niet toestaan van onderaanneming is dat de concurrentie wordt beperkt als binnen de Raamovereenkomst partijen via onderaanneming in kunnen schrijven.

Klachtonderdeel 3

[Beklaagde] geeft aan dat de mededeling niet de eerder gegeven antwoorden op vragen 33 tot en met 35 wijzigt. De spelregels voor Nadere offerteaanvraag binnen de Raamovereenkomst Advies- en Ingenieursdiensten zijn duidelijk. [Klager] heeft destijds een inschrijving gedaan, waarmee zij akkoord is gegaan met de bepalingen vanuit deze Raamovereenkomst. In de Nadere offerteaanvraag wordt verwezen naar de Raamovereenkomst. In de nota van Inlichtingen, maar ook tijdens de informatiebijeenkomst is deze vraag naar combinaties en onderaanneming duidelijk beantwoord en was het voor iedere partij binnen de Raamovereenkomst helder wat er mee wordt bedoeld.'

- 4.2. In het kader van de onderhavige klacht bij de Commissie voegt beklagde hier het volgende aan toe.
- 4.3. Tijdens de periode van de interne klachtafhandeling is de aanbestedingsprocedure opgeschort. Na afhandeling van de klacht is de aanbestedingsprocedure voort-

gezet en op 12 oktober 2016 is het voornemen tot definitieve uitnodiging tot inschrijving fase 2 aan klager toegezonden. In deze voorlopige afwijzingsbeslissing fase 1 is opgenomen dat beklagde voornemens is om over te gaan tot definitieve uitnodiging tot inschrijving voor fase 2 mits:

- a. er binnen een periode van 10 kalenderdagen na dagtekening van deze brief geen civiel kort geding is aangespannen tegen het voornemen tot gunning;
- b. het vonnis in een eventueel binnen de onder a. bedoelde periode aangespannen civiel kort geding tegen het voornemen tot gunning inhoudt dat dit niet onrechtmatig is.

Daarbij is gesteld dat de termijn van 10 kalenderdagen een fatale termijn is.

4.4. Klager heeft in deze genoemde periode geen kort geding aangespannen, waarmee de voorlopige beslissing definitief is geworden. Op 27 oktober 2017 zijn alle partijen hiervan schriftelijk op de hoogte gesteld.

4.5. Beklaagde geeft aan dat de aanbesteding niet zal worden opgeschort. Deze opdracht wordt uitgevoerd in het kader van een groot dijkversterkingstraject. Het project is urgent (het staat in de top 3 landelijk). Dit betekent dat de afstand tot de toekomstige waterveiligheidsnorm hier groot is en dat dit project met voorrang moet worden uitgevoerd. Dat is één van de redenen dat er grote druk ligt op de planning. Veel partijen waren bij de totstandkoming van de planning betrokken. De aanbestedingsplanning is gebaseerd op de mijlpalen van beide projecten, zowel HWBP-verkenning B (dijkversterking) als MIRT-verkenning A (de hoogwatergeul). Deze mijlpalen zijn bestuurlijk afgesproken en gelden als randvoorwaardelijk voor beide projecten. Het behalen van de planning heeft bestuurlijk en in de omgeving hoge prioriteit.

#### 4.6. Klachtonderdeel 4

4.6.1. Als klager tegen de beperking van de mogelijkheid om raamcontractanten als onderaannemer in te schakelen had willen opkomen, dan had ze dit in de aanbestedingsprocedure voor de raamovereenkomst Advies en ingenieursdiensten naar voren moeten brengen. Beklaagde verklaart dat dit niet is gebeurd. In deze aanbestedingsprocedure zijn geen klachten of gerechtelijke stappen ondernomen. Ook gedurende de looptijd van de raamovereenkomst zijn er tot nu toe nooit onduidelijkheden geweest over deze bepaling.

4.6.2. Beklaagde acht de beperking niet disproportioneel of in strijd met het beginsel van concurrentie. De reden voor het niet toestaan van onderaanneming is dat de concurrentie juist wordt beperkt als binnen de raamovereenkomst partijen via onderaanneming kunnen inschrijven. Als partijen uit de raamovereenkomst gezamenlijk kunnen inschrijven, beperkt dit het aantal inschrijvingen en dus de concurrentie. Onderaanneming is wel toegestaan met partijen die niet in de raamovereenkomst zijn opgenomen. Paragraaf 4.4 en 4.5 (en vraag 103 NvI) van de Aanbestedingsleidraad raamovereenkomst Advies en Ingenieursdiensten gaan in op de samenwerking met andere ondernemingen. Voor onderaanneming is hier onder andere bepaald dat onderaanneming mogelijk is met een partij die zelf geen raamovereenkomst heeft met beklagde. Bij onderaannemerschap dient de andere onderneming ook te verklaren dat de Inschrijver kan beschikken over de middelen.

4.6.3. Voor deze nadere offerteaanvraag zijn in totaal zes inschrijvingen ontvangen (inclusief de ongeldige van klager). Dit geeft volgens beklagde aan dat de eis niet disproportioneel is en niet de concurrentie beperkt.

4.6.4. Deze nadere offerteaanvraag betreft een grote multidisciplinaire opdracht. Het betreft een opdracht met betrekking tot het programma Waterveiligheid met

vakgebieden civiele techniek, contractmanagement, projectmanagement, procesmanagement, ruimtelijke inrichting/-ordening en omgevingsmanagement. Alle bureaus waarmee de raamovereenkomst is gesloten en die vallen binnen het programma Waterveiligheid en met toelating op alle bovenstaande vakgebieden, hebben deze nadere offerteaanvraag ontvangen. In totaal zijn er 18 partijen uitgenodigd, waaronder ook de raamcontractanten Y en Z.

## **5. Beoordeling**

- 5.1. De Commissie stelt vast dat beklagde op 18 juni 2015 een Europese openbare aanbestedingsprocedure heeft aangekondigd voor een raamovereenkomst met meerdere ondernemers voor de levering van advies- en ingenieursdiensten. Op 22 augustus 2016 heeft beklagde op basis van de raamovereenkomst Advies- en ingenieursdiensten aan alle raamcontractanten die aan bepaalde voorwaarden voldoen een nadere offerteaanvraag gestuurd voor een overheidsopdracht betreffende advies- en ingenieursdiensten MIRT-verkenning hoogwaterveiligheid [A] en HWBP verkenning dijkversterking [B]. Op deze aanbestedingsprocedures zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Delen 1 en 2 van de ten tijde van de aankondiging van de raamovereenkomst geldende Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit.
- 5.2. Klachtonderdeel 1
  - 5.2.1. Bij de beoordeling van de klacht moet worden vooropgesteld dat een aanbestedende dienst op grond van artikel 1.9, eerste lid, Aw 2012 transparant dient te handelen.
  - 5.2.2. De te beantwoorden vraag is of beklagde aan haar hiervoor bedoelde verplichting heeft voldaan, in die zin dat zij de beperking van de mogelijkheid om in te schrijven met een onderaannemer die zelf raamcontractant is in de aanbestedingsstukken zodanig heeft geformuleerd dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers deze beperkende eis op dezelfde wijze zullen uitleggen. In het geval dat deze vraag bevestigend kan worden beantwoord, komt vervolgens de vraag aan de orde welke uitleg aan de omschrijving van deze beperkende eis moet worden gegeven. Bij de beantwoording van deze onderling met elkaar verband houdende vragen geldt als uitgangspunt dat voor de uitleg van de aanbestedingsdocumenten de bewoordingen van de bepalingen, gelezen in het licht van de gehele tekst van die stukken, in beginsel van doorslaggevende betekenis zijn. Daarbij komt het aan op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin de stukken zijn gesteld.
  - 5.2.3. Vraag 103 in de Nota van Inlichtingen van de aanbestedingsprocedure van de raamovereenkomst Advies- en ingenieursdiensten en het antwoord daarop (zie 1.3 hiervoor) maken duidelijk dat voor een nadere overeenkomst een onderaannemer kan worden ingeschakeld die zelf geen raamcontractant is. De formulering van de vraagstelling impliceert dat de vraagsteller er zelf van uitgaat dat een onderneming die raamcontractant is, niet voor een nadere overeenkomst als onderaannemer kan worden ingezet. Datzelfde geldt voor het antwoord, waarin wordt benadrukt dat een onderaannemer mag worden ingeschakeld indien die zelf geen raamcontractant is. Naar het oordeel van de Commissie heeft beklagde het antwoord op vraag 103 zodanig geformuleerd dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers deze op dezelfde wijze zullen uitleggen. Uit vraag 103 en het antwoord daarop volgt dat een onderneming die zelf raamcontractant is niet voor een nadere overeenkomst als onderaannemer kan worden ingezet.

5.2.4. Naar het oordeel van de Commissie is mededeling 59 in de Nota van Inlichtingen van de nadere offerteaanvraag (zie 1.8 hiervoor) in samenhang met het antwoord op vraag 103 in de Nota van Inlichtingen van de aanbestedingsprocedure van de raamovereenkomst Advies- en ingenieursdiensten voldoende duidelijk. Beklaagde heeft mededeling 59 zodanig geformuleerd dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers deze op dezelfde wijze zullen uitleggen. Uit de mededeling volgt dat een onderneming die zelf raamcontractant is niet voor een nadere overeenkomst als onderaannemer kan worden ingezet. De lezing van klager dat het op zich is toegestaan bij de inschrijving op de nadere opdracht een onderneming als onderaannemer mee te nemen die zelf ook raamcontractant is, zo lang die onderneming niet ook door een andere inschrijver op de nadere opdracht als onderaannemer wordt meegenomen, deelt de Commissie dus niet.

5.2.5. Daarmee is het eerste klachtonderdeel ongegrond.

### 5.3. Klachtonderdeel 2

5.3.1. Uit de behandeling van het eerste klachtonderdeel volgt dat mededeling 59 in de Nota van Inlichtingen van de nadere offerteaanvraag (zie 1.8 en 5.2.4 hiervoor) slechts heeft bevestigd hetgeen al in de aanbestedingsprocedure van de raamovereenkomst Advies- en ingenieursdiensten was bepaald (zie vraag 103 in de Nota van Inlichtingen en het antwoord daarop in 1.3 en zie ook 5.2.3 en 5.2.4 hiervoor). Mededeling 59 – die inhoudt dat het niet is toegestaan een onderaannemer in te schakelen die zelf ook raamcontractant is – leidt dus niet tot een wezenlijke wijziging.

5.3.2. Daarmee is ook het tweede klachtonderdeel ongegrond.

### 5.4. Klachtonderdeel 3

5.4.1. Uit de behandeling van de eerste twee klachtonderdelen volgt dat mededeling 59 niet tot een eiswijziging heeft geleid. Er was dus ook geen noodzaak om de inschrijvers meer tijd te geven de gevolgen van mededeling 59 in hun inschrijving te verwerken. Van strijd met het beginsel van gelijke behandeling of transparantie is geen sprake.

5.4.2. Daarmee is ook het derde klachtonderdeel ongegrond.

### 5.5. Klachtonderdeel 4

5.5.1. 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.

5.5.2. Beklaagde heeft de hiervoor bedoelde verplichting nader uitgewerkt in paragraaf 3.3.2 van de Aanbestedingsleidraad van 18 juni 2015 van de aanbestedingsprocedure van de raamovereenkomst Advies- en ingenieursdiensten. Hierin is de verplichting voor klager opgenomen onjuistheden, gebreken of onvolkomenheden in de aanbestedingsprocedure of aanbestedingsleidraad uiterlijk tien dagen vóór de uiterste inschrijfdatum ter kennis van beklagde te brengen. Bepaald is dat beklagde daarmee anders geen rekening kan houden en dat zij dan voor risico

van de inschrijver zijn. Tevens is bepaald dat beklagde ervan uitgaat dat inschrijvers ondanks eventuele tekortkomingen een adequate inschrijving hebben kunnen doen en hun inschrijving onverkort gestand doen, indien tekortkomingen niet aan beklagde ter kennis worden gebracht. Ten slotte bepaalt paragraaf 3.3.2 dat inschrijvers de bepalingen zoals opgenomen in de aanbestedingsleidraad accepteren door in te schrijven.

- 5.5.3. Nadat vraag 103 en het antwoord daarop op 23 juli 2015 in de Nota van Inlichtingen van de aanbestedingsprocedure van de raamovereenkomst Advies- en ingenieursdiensten is opgenomen, zijn de inschrijvingen ingediend en is de aankondiging van gunning op 16 december 2015 uitgebracht. Door pas op 25 september 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.
- 5.5.4. Deze handelwijze van klager staat er aan in de weg dat zij in dit stadium nog een beroep kan doen op de strijdigheid van de beperking van de mogelijkheid met een raamcontractant als onderaannemer in te schrijven op een nadere opdracht met het beginsel van proportionaliteit.
- 5.5.5. Het vierde klachtonderdeel is daarmee ongegrond.
- 5.6. Ten overvloede gaat de Commissie hierna nog inhoudelijk op het klachtonderdeel in.
  - 5.6.1. Uit artikel 1.10, 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.
  - 5.6.2. De Commissie neemt in het verlengde van het bepaalde in artikel 1.10 Aw 2012 tot uitgangspunt dat een beperkende eis als de onderhavige 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 die eis niet verder gaat dan noodzakelijk is om dat doel te bereiken (zie HvJ EU 10 juli 2014, zaak C-358/12, r.o. 31 en Advies 216, overweging 5.4.3).
  - 5.6.3. De Commissie neemt aan dat het doel dat beklagde met de beperkende eis nastreeft – voorkomen dat de mededinging in het kader van deze nadere opdracht onder de raamovereenkomst wordt beperkt – in beginsel een legitiem doel van algemeen belang is. Indien raamcontractanten die zijn uitgenodigd voor de nadere opdracht mogen samenwerken, blijft er mogelijk minder concurrentie over dan beklagde met de aanbesteding van de raamovereenkomst voor de Advies- en ingenieursdiensten had beoogd.
  - 5.6.4. De Commissie vraagt zich echter af of de door beklagde gestelde beperkende eis geschikt is om de verwezenlijking van het daarmee nagestreefde doel te verzekeren. Naar het oordeel van de Commissie gaat de onderhavige maatregel verder dan nodig is om het doel te bereiken. Indien een uitgenodigde raamcontractant samenwerkt met een raamcontractant die niet is uitgenodigd voor deze nadere opdracht, wordt de concurrentie in het kader van deze nadere opdracht immers niet beperkt. Voor zover in het kader van de nadere opdrachten raamcontractanten die daarvoor niet zijn uitgenodigd niet mogen worden ingeschakeld als onderaannemer, gaat de beperking verder dan nodig is om het doel te bereiken en is de beperkende maatregel niet proportioneel.

5.6.5. Het in 5.6.4 gesignaleerde probleem doet zich in deze zaak echter niet voor, nu de raamcontractanten Y en Z eveneens zijn uitgenodigd voor de onderhavige nadere opdracht.

## **6. Advies**

De Commissie acht alle onderdelen van de klacht **ongegron**d.

Den Haag, 5 december 2016

w.g.:

Mr. J.G.J. Janssen  
Voorzitter

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

Mr. drs. T.H. Chen  
Commissielid