

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 319

1. Feiten

- 1.1. Drie beklagden hebben gezamenlijk een Europese niet-openbare procedure gehouden voor een overheidsopdracht tot het leveren van ongevalverzekeringdiensten.
- 1.2. Daarvóór hebben zij gezamenlijk een meervoudig onderhandse procedure gehouden voor een overheidsopdracht voor diensten tot het voorbereiden en uitvoeren van deze Europese aanbestedingsprocedure. Ieder van beklagden hebben afzonderlijk laatstbedoelde opdracht verstrekt aan X.
- 1.3. Tevens heeft ieder van beklagden afzonderlijk een overheidsopdracht voor het verrichten van makelaarsdiensten met betrekking tot de uit de onder 1.1 bedoelde Europese aanbestedingsprocedure voortvloeiende verzekeringsovereenkomst enkelvoudig onderhands aan X gegund. Deze opdrachten hebben een looptijd van een jaar.
- 1.4. In de Europese aanbestedingsprocedure voor de verzekeringdiensten is in de Selectieleidraad in paragraaf 4.3 en 5.1 het volgende bepaald:

4.3 Makelaar

[X] is (gedurende de looptijd van de af te sluiten overeenkomst) door de Aanbestedende dienst aangesteld als makelaar.

[X] treedt bij de uitvoering van de overeenkomst(en) op als bemiddelend makelaar en maakt als zodanig de polis op, verwerkt de mutaties, incasseert de premies en behandelt de schade volgens overeengekomen van toepassing zijnde voorwaarden zoals opgenomen in het programma van eisen.

Door Aanmelding gaat de Gegadigde hiermee onvoorwaardelijk akkoord.

5.1 Contactgegevens

Gedurende de aanbestedingsprocedure verloopt alle communicatie via onderstaande contactpersoon. (...)

Naam: [X]
(...)

- 1.5. In paragraaf 5.13 van de Selectieleidraad in de Europese aanbestedingsprocedure voor de verzekeringdiensten is het volgende bepaald:

5.13. Motivatie samenvoegen

- Er is sprake van voldoende samenhang tussen de opdrachten. Er is hier sprake van gelijksoortige opdrachten door verschillende Aanbestedende diensten. In alle gevallen betreft het een ongevalverzekering ten behoeve van beroeps-, vrijwillig of jeugd brandweerpersoneel. Grote verschillen tussen het

personeelsbestand van de [beklaagden] komen niet voor. Daarnaast hebben alle [beklaagden] een min of meer vergelijkbaar risicoprofiel, dat zich onder andere uit in een vergelijkbare schadelast.

- De samenstelling van de markt en de toegang tot de opdracht wordt niet beperkt. Binnen de opdracht is gekozen voor de mogelijkheid van co-assurantie. Dit betekent dat iedere partij kan inschrijven op basis van een eigen gewenste premiestelling en aandeel. Hierdoor kunnen ook "kleinere" ondernemingen intekenen op onderhavige opdracht.
- Men is zich bewust van de gevolgen en risico's van de samenvoeging voor de individuele [beklaagden]. De [beklaagden] hebben bewust gekozen voor een samenwerking op het gebied van inkoop van verzekeringen. Dit heeft zich onder andere vertaald in een gesloten inkoopconvenant. Het collectief bestaat uit 3 [beklaagden] met een vergelijkbaar risicoprofiel en schadeverleden. In de aanloop naar de aanbesteding zijn diverse scenario's door gerekend: verdeling in percelen of samenvoegen op 1 perceel. De gevolgen van beide constructies zijn inzichtelijk gemaakt, zowel op collectief als individueel niveau. Aan de hand van deze scenario's hebben de diverse [beklaagden] er bewust voor gekozen om de opdracht op 1 perceel te plaatsen, mede daar de wensen en eisen omtrent de verzekeringstechnische inhoud volledig overeen komen. Daar men ook in de toekomst voornemens is om te blijven samenwerken, is gekozen voor één uniforme uitvraag (voorwaarden, eigen risico's, looptijden), zodat ook in de toekomst weer gelijktijdig kan worden aanbesteed.'

- 1.6. In paragraaf 4.2, 5.7, 5.15, 5.16, 7.4 en 7.5 van de Selectieleidraad in de Europese aanbestedingsprocedure voor de verzekeringsdiensten zijn enkele randvoorwaarden bepaald voor aanmelding:

4.2 Doel van de aanbesteding

Het doel van deze niet-openbare Europese aanbesteding is het op transparante wijze sluiten van een of meer ongevallenverzekeringsovereenkomsten tussen Aanbestedende dienst (...) en verzekeraar(s) (al dan niet vertegenwoordigd door een gevolmachtigd agent of een assuradeur), eventueel in co-assurantie.

(...)

5.7 Ongeldige Aanmelding

Door het doen van een Aanmelding gaat Gegadigde onvoorwaardelijk akkoord met de in het onderhavige Selectieleidraad gestelde voorwaarden en procedure.

Een Aanmelding wordt (in beginsel) ongeldig verklaard door de Aanbestedende dienst en komt als gevolg daarvan niet meer in aanmerking voor gunning, wanneer:

(...)

- een verzekeraar meer dan eenmaal een Aanmelding indient (rechtstreeks en/of via een assuradeur en/of via een gevolmachtigd agent) voor de onderhavige opdracht;
- een assuradeur of gevolmachtigd agent meer dan eenmaal een Aanmelding indient voor de onderhavige opdracht (NB. het namens een combinatie van verzekeraars indienen van een Aanmelding wordt niet beschouwd als het meer dan eenmaal indienen van een Aanmelding;

(...)

5.15. Aanmelding door assuradeur of gevolmachtigd agent

Het is een verzekeraar toegestaan zich rechtstreeks aan te melden. Het is een verzekeraar eveneens toegestaan om door middel van een assuradeur of gevolmachtigd agent een Aanmelding in te dienen.

Indien sprake is van Aanmelding door middel van een assuradeur of gevolmachtigd agent dient in de Aanmelding door middel van het indienen van bijlage 1B duidelijk te worden gemaakt namens welke verzekeraar(s) wordt aangemeld. Tevens behoudt de Aanbestedende dienst het recht om een aanvullende verklaring van de Gegadigde verzekeraar(s) op te vragen waarbij de verzekeraars akkoord verklaren met de Aanmelding door middel van een assuradeur of gevolmachtigd agent en verklaren dat de overeengekomen volmacht op de onderhavige verzekering van toepassing is. (...)

De uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen als bedoeld in hoofdstuk 7 gelden ten aanzien van de verzekeraar.

Daarnaast gelden in geval van Aanmelding door middel van een assuradeur of gevolmachtigd agent specifieke in hoofdstuk 7 opgenomen geschiktheidseisen ten aanzien van deze assuradeur of gevolmachtigd agent.

5.16. Eenmaal aanmelden

Elke verzekeraar mag slechts één maal een Aanmelding indienen.

7.4. Geschiktheidseis 2: Wft-vergunning

Gegadigde (elk van de combinanten = verzekeraars) dient, op straffe van uitsluiting, zowel op de dag van Aanmelding als op de dag van het sluiten van de overeenkomst te beschikken over de vereiste vergunning om het verzekeringsbedrijf te mogen uitoefenen overeenkomstig de bepalingen van de Wet op het financieel toezicht (Wft) dan wel overeenkomstige wetgeving in het land van vestiging van Gegadigde (de betreffende combinant).
(...)

7.5. Specifieke geschiktheidseisen Assuradeur of Gevolmachtigd agent

In geval van Aanmelding door middel van een assuradeur of een gevolmachtigd agent gelden met betrekking tot de betreffende assuradeur c.q. gevolmachtigd agent, op straffe van uitsluiting, op de dag van Aanmelding als op de dag van het sluiten van de overeenkomst de volgende eisen:

- (i) De assuradeur c.q. gevolmachtigd agent dient onafhankelijk te opereren van bemiddeling of makelaardij
(het is hierbij ook niet toegestaan bepaalde taken / onderdelen van de uitvoering van de overeenkomst aan een bemiddelaar of makelaar, anders dan [X], te cederen;
- (ii) De assuradeur c.q. gevolmachtigd agent dient over een vergunning voor het optreden als gevolmachtigde of ondergevolmachtigde agent conform artikel 2:92 Wft te beschikken, dan wel overeenkomstige wetgeving in het land van vestiging van de assuradeur c.q. gevolmachtigd agent.

(...)'

- 1.7. Ten slotte is in paragraaf 4.2 van de Selectieleidraad in de Europese aanbestedingsprocedure voor de verzekeringsdiensten de duur van de opdracht als volgt bepaald:

'4.2 Doel van de aanbesteding

(...)

De overeenkomst gaat in op 31-12-2015 en eindigt op 31-12-2018. De Aanbestedende dienst heeft het recht om de overeenkomst(en) 1 maal met 3 jaar te verlengen.'

1.8. In de 1^e Nota van Inlichtingen van 4 september 2015 in de Europese aanbestedingsprocedure voor de verzekeringsdiensten zijn de volgende vragen en antwoorden opgenomen:

1.8.1. Vraag: 'In de Selectieleidraad komt naar voren dat de Aanbestedende dienst [X] heeft aangesteld als makelaar gedurende de looptijd van de af te sluiten verzekeringsovereenkomsten. Wij vragen ons hierbij af op welke wijze de gunning van deze opdracht heeft plaatsgevonden? Is deze opdracht enkelvoudig onderhands gegund aan [X] of heeft er wellicht een meervoudig onderhandse procedure plaatsgevonden (waarin wij klaarblijkelijk dan niet zijn betrokken)?'

Antwoord: 'Elk van de [beklaagden] heeft enkelvoudig onderhands een afzonderlijke opdracht verstrekt aan [X]. De geraamde waarde van elke opdracht is dusdanig laag dat conform het toepasselijke inkoop- en aanbestedingsbeleid van de betreffende [beklaagde] enkelvoudig onderhandse gunning gerechtvaardigd is.'

1.8.2. Vraag: 'Wij willen u hierbij tevens verzoeken, waarbij wij een beroep doen op de Wet openbaarheid van bestuur en artikel 1.4 lid 3 Aanbestedingswet 2012, om het besluitvormingsproces nader toe te lichten:

- Is de opdracht per [beklaagde] gegund?
- Wat is de geraamde waarde van de opdracht?
- Hoe heeft deze raming plaatsgevonden? Kunt u de berekening geven en toelichten?
- Wat is de motivering voor de gevolgde procedure?'

Antwoord: 'Een WOB-verzoek dient conform de daarvoor geldende procedure formeel bij iedere [beklaagde] ingediend te worden. In het kader van een nota van inlichtingen in een aanbestedingstraject is de reactie op een dergelijk WOB-verzoek dan ook niet relevant.

In het kader van de aanbestedingswet worden de gestelde vragen als volgt beantwoord.

Is de opdracht per [beklaagde] gegund?

Ja, de opdracht is per individuele [beklaagde] conform het eigen inkoopbeleid gegund.

Wat is de geraamde waarde van de opdracht? Hoe heeft deze raming plaatsgevonden? Kunt u de berekening geven en toelichten?

Iedere individuele [beklaagde] heeft [X] verzocht om een fee-offerte uit te brengen voor het beheer van de ongevallenverzekering. Geconstateerd werd dat de fee-bedragen ruimschoots onder de drempel voor enkelvoudige, onderhandse gunning bleven. Daar de exacte raming commercieel gevoelige informatie betreft, zal deze niet worden gecommuniceerd richting derden, mede daar hiertoe onder de Aanbestedingswet 2012 geen verplichting bestaat.

Wat is de motivering voor de gevolgde procedure?

Ieder inkooptraject vindt plaats conform het inkoopbeleid en de daaraan verbonden drempelbedragen per individuele [beklaagde] in het kader van doel- en wetmatigheid.'

1.8.3. Vraag: 'Uit de Selectieleidraad maken wij verder op dat het verzekeraars niet is toegestaan om samen met een makelaar in te schrijven op deze aanbestedingsprocedure. Immers enkel mogelijke inschrijving door een gevolmachtigd agent of assuradeur wordt benoemd en uitgewerkt in het document. Kunt u uw keuze voor deze opzet en daarmee uitsluiting van een bepaalde partij motiveren (artikel 1.4 lid 3 Aanbestedingswet)? Met deze opzet word ons inziens in strijd gehandeld met de Aanbestedingswet, meer specifiek het gelijkheidsbeginsel. Een ieder moet

kunnen inschrijven op de opdracht, waarbij de combinatie uiteraard wel gezamenlijk dient te kunnen voldoen aan de door de aanbestedende dienst gestelde relevante en proportionele eisen ten aanzien van de opdracht alsook de gegadigden. Wij verzoeken u dan ook de procedure op dit punt aan te passen en het inschrijven door een makelaar in combinatie met verzekeraar(s) alsnog mogelijk te maken.'

Antwoord: 'De opdrachtnemer dient een ongevallenverzekering te verstrekken aan de [beklaagden]. In geval een makelaar in combinatie met een verzekeraar inschrijft worden beide partijen gezamenlijk opdrachtnemer. Dit betekent dus dat de makelaar (samen met de verzekeraar) een ongevallenverzekering verstrekt. De makelaar beschikt evenwel niet over een Wft-vergunning tot het uitoefenen van het verzekeringsbedrijf in de zin van artikel 2.27 Wft. Dit betekent dat zij in dat geval in strijd handelt met de Wft.

Artikel 2.98 lid 2 van de Aanbestedingswet 2012 staat het aanbestedende diensten toe om te verlangen dat beide combinanten in een combinatie aantonen dat zij over de vereiste vergunning beschikken, op straffe van uitsluiting. Nu de onderhavige opdracht ziet op het verstrekken van een ongevallenverzekering (en voor het verstrekken van een verzekering een Wft-vergunning vereist is op grond van art. 2.27 Wft) is het vereisen dat alle combinanten moeten beschikken over een Wft-vergunning niet in strijd met het aanbestedingsrecht (en dus ook niet met het gelijkheidsbeginsel). Het gelijkheidsbeginsel verplicht aanbestedende diensten niet om opdrachtnemers te contracteren die in strijd met de Wft handelen. Kortom, het inschrijven door een makelaar in combinatie met verzekeraar(s) is niet mogelijk.

Overigens is in de Selectieleidraad evenmin het inschrijven door een gevolmachtigd agent of assuradeur benoemd (zoals u stelt).

Enkel is benoemd dat het een verzekeraar is toegestaan om door middel van een assuradeur of gevolmachtigd agent een aanmelding in te dienen.

Hierbij dient de assuradeur of gevolmachtigd agent dus namens een verzekeraar een aanmelding in. Aangezien hiervoor conform de Wft eveneens een Wft-vergunning in de zin van artikel 2.92 Wft is vereist, waarover een makelaar niet beschikt, is het een makelaar niet toegestaan om namens een verzekeraar een aanmelding in te dienen. Daarom is aanmelding door middel van een makelaar niet in de Selectieleidraad benoemd. Zoals hiervoor is toegelicht, is ook dit niet in strijd met het Aanbestedingsrecht.'

- 1.8.4. Vraag: 'In de selectieleidraad wordt aangegeven dat na afloop van de initiële termijn van 31-12-2015 t/m 31-12-2018 de Aanbestedende dienst eenzijdig de mogelijkheid heeft om deze nogmaals met 3 jaar te verlengen. Deze eenzijdige verlengingsoptie leidt tot een overeenkomst met een maximum duur van 6 jaar. Voor ons is het niet mogelijk om een verzekeringsovereenkomst aan te gaan voor een maximale periode van 6 jaar op basis van onze interne richtlijnen. Derhalve verzoeken wij u de eventuele verlenging van de verzekeringsovereenkomst na afloop van de initiële termijn van 3 jaar wederzijds te maken dan wel te laten vervallen. Handhaving van een eenzijdige verlengingsoptie ná de initiële termijn van 3 jaar zal direct leiden tot het niet kunnen indienen van een verzoek tot deelneming conform de uiteengezette aanbestedingsprocedure.'

Antwoord: 'Aanbestedende dienst bevestigt hierbij dat het een wederzijdse verlengingsmogelijkheid van 3 jaar betreft na de initiële verzekeringsduur van 3 jaar.'

- 1.9. Op 28 juni 2016 heeft de Commissie een informatiebijeenkomst gehouden waarbij vertegenwoordigers van klager en de drie beklagden (in één geval gedeeltematig) aanwezig waren, met hun advocaten. Vertegenwoordigers van X waren ook aanwezig. Voor zover voor het advies van belang, is de tijdens deze bijeenkomst verstrekte informatie in dit advies verwerkt.

2. Beschrijving klacht

2.1. Klachtonderdeel 1

Klager is van mening dat de drie beklagden in strijd met de Aanbestedingswet 2012 en de Gids Proportionaliteit onderhands opdracht hebben verleend aan X voor het organiseren van een aanbesteding van verzekeringsdiensten en het contractmanagement van de verzekeringsovereenkomsten die naar aanleiding van die aanbesteding tot stand komen. Volgens klager hebben beklagden deze overheidsopdracht ten onrechte kunstmatig gesplitst in enerzijds een (deel)opdracht voor het organiseren van de aanbesteding en anderzijds een (deel)opdracht voor het contractmanagement van het resultaat van die aanbesteding teneinde onder de toepasselijke drempelwaarde uit te komen. Tevens is de opdracht ten onrechte gesplitst per beklagde. Ten slotte voert klager aan dat ook percelen of opties steeds dienen te worden meegerekend bij de raming van de waarde van een overheidsopdracht.

2.2. Klachtonderdeel 2

Klager is van mening dat beklagden in strijd met de Aanbestedingswet 2012 makelaars in de zin van de Wet op het financieel toezicht ("Wft") hebben uitgesloten van deelname aan de Europese aanbestedingsprocedure voor de verzekeringsdiensten.

2.3. Klachtonderdeel 3

Klager klaagt dat beklagden niet hebben gewaarborgd dat X de aanbestedingsprocedure voor de verzekeringsdiensten zodanig heeft opgezet dat geen sprake kan zijn van belangenverstremgeling.

3. Onderbouwing klacht

3.1. Klachtonderdeel 1

- 3.1.1. Klachtonderdeel 1 ziet op de opdracht tot het voorbereiden en uitvoeren van de Europese aanbestedingsprocedure (zie 1.2 hiervoor) en het verrichten van makelaarsdiensten (zie 1.3 hiervoor) met betrekking tot de uit die Europese aanbestedingsprocedure voortvloeiende verzekeringsovereenkomst. Volgens klager hebben beklagden deze opdracht ten onrechte gesplitst in enerzijds een (deel)opdracht voor het organiseren van de aanbesteding en anderzijds een (deel)opdracht voor het contractmanagement van het resultaat van die aanbesteding en hebben beklagden de opdracht bovendien ten onrechte per beklagde gesplitst. Klager meent dat beklagden aldus in strijd hebben gehandeld met artikel 2.14 Aw 2012 op grond waarvan bij de raming van de waarde van een opdracht die opdracht niet mag worden gesplitst teneinde onder een drempelwaarde te blijven. Ook overigens mag op grond van dit wetsartikel de berekeningsmethode van de geraamde waarde er niet toe leiden dat een opdracht aan de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012 wordt onttrokken. Ook percelen of opties moeten steeds worden meegerekend bij de raming van de waarde van een

overheidsopdracht (zie artikel 2.15 lid 2 en artikel 2.18 lid 1 Aw 2012). Zelfs betalingen door derden die samenhangen met de uitvoering van de overheidsopdracht dienen volledig te worden meegerekend (zie HvJ EG 18 januari 2007, zaak C-220/05, rov. 56, Auroux/Roanne).

- 3.1.2. Klager wijst er in dit kader op dat de drie beklagden voor de verzekeringsdiensten één integrale Europese aanbesteding houden waarin zij gezamenlijk optreden als aanbestedende dienst (zie 1.1 hiervoor). De overheidsopdracht die door middel van deze aanbesteding wordt gegund is bovendien, in afwijking van artikel 1.5 lid 3 Aw 2012, niet verdeeld in afzonderlijke percelen per beklagde, maar wordt door middel van één integraal perceel dat betrekking heeft op de drie beklagden gezamenlijk gegund. De keerzijde van deze aanbestedingsopzet is volgens klager dat X niet drie afzonderlijke opdrachten heeft verkregen, maar één geïntegreerde opdracht voor het houden van één aanbesteding waarmee één perceel wordt gegund aan één winnaar. Het splitsen per beklagde van deze geïntegreerde opdracht tot bemiddelend makelaar bij de waardebepaling van die opdracht is daardoor kunstmatig en in strijd met bovengenoemde wetsbepalingen.
- 3.1.3. Klager plaatst er vraagtekens bij dat binnen een paar maanden tijd verschillende soorten opdrachten aan X worden verstrekt, die ook tezamen hadden kunnen worden verstrekt.
- 3.1.4. Zoals gezegd, wijst klager er op dat ook percelen of opties steeds moeten worden meegerekend bij de raming van de waarde van een overheidsopdracht (zie artikel 2.15 lid 2 en artikel 2.18 lid 1 Aw 2012). Nu de verzekeringsovereenkomst die thans wordt aanbesteed een looptijd van maximaal zes jaar heeft – een initiële looptijd van drie jaar met een optie tot verlenging met drie jaar; zie paragraaf 4.2 van de Selectieleidraad en de 1^e Nota van Inlichtingen (zie 1.7 en 1.8.4 hiervoor) – stelt klager dat alle vergoedingen waarop X aanspraak kan maken gedurende deze gehele contractperiode en de daaraan voorafgaande voorbereidings- en aanbestedingsperiode dienen te worden meegerekend. De stelling van beklagden in hun brief van 24 september 2015 dat de overeenkomst voor makelaarsdiensten beperkt zou zijn tot één jaar, acht klager niet logisch en wordt door haar bestreden. Voor zover de overeenkomst met X voorziet in een verlengingsmogelijkheid, dient die optie bij de waardebepaling te worden betrokken. Voor zover geen optie tot verlenging is overeengekomen, dient ten minste te worden uitgegaan van de minimale looptijd van de te beheren verzekeringsovereenkomst, nu het beheer van de verzekeringsovereenkomst onlosmakelijk is verbonden met die overeenkomst zelf.
- 3.1.5. Beklaagden hadden geweigerd de totale opdrachtwaarde, alsmede de waarde per beklagde, tot op heden bekend te maken omdat deze informatie commercieel gevoelig zou zijn. Voor wat betreft het beroep op commercieel gevoelige informatie merkt klager op dat dit beroep geen doel treft, nu bij de toetsing aan de drempelwaarde uitsluitend de totale waarde maatgevend is. Deze totale waarde hoeft niet te worden uitgesplitst naar bijvoorbeeld uurtarieven of andersoortige tariefscomponenten, zodat de totale waarde geen inzicht geeft in de commerciële mechanismen die aan die totaalprijs ten grondslag liggen. Het is om deze reden dat aanbestedende diensten verplicht zijn de totale waarde van een overheidsopdracht te vermelden in de aankondiging waarmee een gegunde overheidsopdracht bekend moet worden gemaakt (zie artikel 2.134 Aw 2012 en bijlage VII A onder 'Aankondiging van geplaatste opdrachten' sub 9 van Richtlijn 2004/18/EG).
- 3.1.6. Klager stelt zich op het standpunt dat beklagden besluiten in het kader van de plaatsing van een overheidsopdracht zodanig moeten motiveren dat een daadwerkelijke toetsing van die besluiten mogelijk is. In dat kader meent klager dat

een onderneming al die informatie dient te worden verstrekt die noodzakelijk is om vast te kunnen stellen of sprake is van een onrechtmatige aanbestedingsbeslissing (onder verwijzing naar HvJ EU 28 januari 2010, zaak C-406/08, rov. 30, Uniplex). Dat brengt volgens de klager in dit geval met zich mee dat de beklagden de totale opdrachtwaarde bekend dienen te maken.

3.1.7. Klager veronderstelt dat de aan X gegunde opdracht de toepasselijke drempelwaarde overschrijdt en dat beklagden gehouden waren deze Europees aan te besteden, nu deze opdracht onder de volle werking van Aw 2012 valt (zie categorie 6 van bijlage II A van Richtlijn 2004/18/EG).

3.1.8. Klager bestrijdt de alsnog door beklagden in de reactie op de klacht bij de Commissie ingebrachte en tijdens de informatiebijeenkomst toegelichte waarden van de opdrachten tot voorbereiding en uitvoering van de Europese aanbestedingsprocedure en de makelaarsdiensten tijdens de uitvoering van de verzekeringsovereenkomsten tezamen. Deze komen klager onwaarschijnlijk laag voor.

3.2. Klachtonderdeel 2

3.2.1. Klachtonderdeel 2 ziet op de Europese aanbestedingsprocedure voor de ongevalverzekeringdiensten (zie 1.1 hiervoor). Volgens klager zijn op de Nederlandse markt voor dit type verzekeringen voor overheidsinstellingen momenteel slechts twee aanbieders actief, namelijk verzekeraar A en klager in combinatie met twee risicodragers. Bij dit type verzekeringen wordt in aanvulling op een verzekerd kapitaal bij overlijden en/of blijvende invaliditeit, alsmede dekking voor medische kosten op basis van secundaire dekking, voor hulpverleners in overheidsdienst aanvullend voorzien in rente-uitkeringen.

3.2.2. In de Selectieleidraad hebben beklagden bepaald dat slechts verzekeraars, assuradeurs en gevolmachtigd agenten zich voor deelname kunnen aanmelden en daarmee makelaars uitgesloten van deelname (zie paragraaf 5.15 van de Selectieleidraad in 1.6 hiervoor). Nu de Selectieleidraad door X is opgesteld, acht klager het evident dat X hiermee iedere concurrentie op voorhand heeft willen uitsluiten, hoewel beklagden daar geen rechtens te respecteren belang bij hebben. Of de verzekeringsovereenkomst met de verzekeraars nu door tussenkomst van een makelaar, assuradeur of een gevolmachtigd agent tot stand komt, is immers niet van invloed op de voorwaarden die op de verzekeringsovereenkomst van toepassing zijn en de dekking die de beklagden daaronder genieten.

3.2.3. Klager stelt zich op het standpunt dat beklagden welbeschouwd een zelfvereiste hanteren, doordat uitsluitend inschrijving wordt toegestaan door ondernemingen die de verzekeringsdiensten zelf aanbieden. Een dergelijk zelfvereiste is echter in strijd met artikel 2.94 Aw 2012 en de daaraan ten grondslag liggende rechtspraak (bijvoorbeeld HvJ EG 2 december 1999, zaak C-176/98, Holst Italia).

3.2.4. Klager heeft eerst een klacht bij beklagden ingediend. In het interne klachten-traject hebben beklagden in hun reactie (van 24 september 2015) aangegeven dat het beklagden vrij zou staan op grond van artikel 2:98 Aw 2012 te eisen dat de inschrijvers moeten beschikken over een geldige vergunning op grond van de Wft. Volgens klager miskent die stelling dat de regeling van artikel 2:94 Aw 2012 erin voorziet dat een onderneming kan inschrijven en de feitelijke dienstverlening door een andere onderneming (zoals een verzekeraar in de zin van de Wft) kan laten verrichten. Er is dan ook geen noodzaak om de verzekeringsovereenkomst enkel met de inschrijvende makelaar te sluiten, aangezien de Wft erin voorziet dat de makelaar als bemiddelaar tussen verzekeraar en verzekerde fungeert, zonder zelf als risicodragende partij toe te treden tot de verzekeringsovereenkomst. Klager heeft dan ook meermalen in combinatie met een verzekeraar op

aanbestedingen ingeschreven. Dat is volgens klager niet in strijd met de wet. Er zijn twee mogelijkheden: inschrijving van een verzekeraar met een makelaar of met een gevolmachtigd agent. Door deelname van makelaars op aangeven van X (zelf een makelaar) uit te sluiten, hebben beklagden de toegang tot de overheidsopdracht nodeloos en ten faveure van X beperkt.

- 3.2.5. Beklaagden hebben in hun reactie van 18 december 2015 op de bij de Commissie ingediende klacht op een uitspraak gewezen (zie 4.3.9 hierna) waaruit zou blijken dat een aanbestedende dienst inschrijving door een gevolmachtigd agent mag verbieden (Vzr. Rb. Rotterdam, 22 februari 2011, 370672/KG ZA 11-27, Raetshagen/Gemeente Schiedam, rov. 4.4.2). Klager merkt te dien aanzien op dat dit slechts een terloopse opmerking van de rechter betrof. Voorts ziet deze uitspraak op de gevolmachtigd agent. Klager meent dat deze uitspraak niet zomaar kan worden doorgetrokken naar verzekeringsmakelaars.
- 3.2.6. Ten slotte acht klager het voorbeeld van beklagden in hun reactie van 18 december 2015 op de bij de Commissie ingediende klacht dat klager zelf ook een aanbestedende dienst adviseert en ondersteunt bij een aanbesteding van verzekeringsovereenkomsten niet vergelijkbaar (zie 4.3.10 hierna). Wel hebben andere onderdelen van het concern van klager ervaring met een soortgelijke opzet van de aanbestedingsprocedure als de onderhavige.

3.3. Klachtonderdeel 3

- 3.3.1. Ook klachtonderdeel 3 ziet ten slotte op de Europese aanbestedingsprocedure voor de ongevallenverzekeringdiensten (zie 1.1 hiervoor). Klager voert aan dat aanbestedende diensten bij het plaatsen van overheidsopdrachten een daadwerkelijke mededinging moeten bewerkstelligen (zie overweging 2 bij Richtlijn 2004/18/EG). Juist op markten met een beperkt aantal aanbieders leidt iedere beperking van de mogelijkheid tot deelname door marktspelers tot strijd met de kerndoelstelling van het Europese aanbestedingsrecht. De beklagden zijn, mede door de structuur van de markt voor ongevallenverzekeringen, gehouden de toegang tot deze overheidsopdracht zo ruim mogelijk te maken.
- 3.3.2. Klager betoogt dat wanneer beklagden een externe makelaar als X inzetten ten behoeve van de voorbereiding en uitvoering van een aanbesteding, zij hebben te waarborgen dat die inzet niet leidt tot belangenverstremming, bijvoorbeeld door te voorkomen dat X voorwaarden introduceert die haar concurrentiepositie versterken (zie overweging 16 bij Richtlijn 2014/24/EU). Door X niet alleen de aanbesteding te laten opzetten, maar tevens te laten uitvoeren, hebben beklagden het risico geïntroduceerd dat de aanbestedingsstukken naar X en haar groepsvennootschappen zijn toegeschreven. In dit verband wijst klager er op dat X onderdeel is van de X groep waartoe onder meer Assuradeuren Y en Assuradeuren Z behoren die 100% zustervennootschappen van X zijn.
- 3.3.3. Klager gaat ervan uit dat het enerzijds belemmeren van deelname door makelaars en anderzijds het toestaan van deelname door assuradeuren doelbewust door X is doorgevoerd om zowel haar eigen concurrentiepositie af te schermen als deelname door een zustervennootschap mogelijk te maken. Zo heeft X zonder daarmee een zwaarwegend belang te behartigen (maar uitsluitend haar groepsbelang) deelname van makelaars uitgesloten en daarmee haar rechtstreekse concurrenten buiten spel gezet, terwijl deelname van assuradeurs, waaronder Assuradeuren Y en Z, juist wel is toegestaan. Deze ongelijke behandeling is specifiek erop gericht om klager, die reeds op deze markt actief is, buiten te sluiten, terwijl haar zustervennootschappen Assuradeuren Y en Z juist onbelemmerd kunnen toetreden. Deze ongelijke behandeling acht klager in strijd met het gelijkheidsbeginsel als opgenomen in artikel 1.8 Aw 2012. Zij is volgens klager het

gevolg van een belangenverstremgeling die op grond van het Europese aanbestedingsrecht ontoelaatbaar is. Beklaagden zijn daarom gehouden de effecten van die belangenverstremgeling weg te nemen, aldus klager.

- 3.3.4. Klager benadrukt dat op beklagden een actieve verplichting rust om belangenverstremgeling tussen X en inschrijvers te voorkomen (HvJ EU 12 maart 2015, zaak C-538/13, rov. 42, eVigilo). Klager kan volstaan met het verwijzen naar de groepsband tussen X enerzijds en Assuradeuren Y en Z als inschrijvers anderzijds. Hierna draait de bewijslast om en moeten de beklagden bewijzen dat de mededinging ondanks deze band niet is vervalst (zaak C-538/13, pt. 43 e.v.), niet alleen door na te gaan of X en haar groepsvennootschappen informatie hebben uitgewisseld, maar ook door na te gaan of X de aanbestedingsstukken niet ten gunste van haar groepsvennootschappen heeft beïnvloed.
- 3.3.5. In hun reactie van 24 september 2015 op de door klager bij hen ingediende klacht geven beklagden aan dat X enerzijds en Assuradeuren Y anderzijds maatregelen zouden hebben getroffen om aantasting van de mededinging te voorkomen. Klager stelt dat in deze reactie ten onrechte is gesteld dat Assuradeuren Y en Z dezelfde rechtspersoon zouden zijn. Volgens klager refereren beklagden in hun reactie impliciet aan de rechtspraak over afzonderlijke inschrijving door twee groepsvennootschappen (HvJ EG 19 mei 2009, zaak C-538/07, Assitur). Klager voert aan dat deze rechtspraak echter ziet op afzonderlijke inschrijving door twee groepsvennootschappen op een neutraal opgezette aanbesteding. Onderhavige situatie heeft juist betrekking op de situatie dat één groepsvennootschap aan de zijde van de aanbestedende dienst optreedt en feitelijk de inhoud van de aanbestedingsstukken bepaalt en dat een andere groepsvennootschap op deze aanbesteding inschrijft. Voor vervalsing van de mededinging is in deze situatie niet noodzakelijk dat de twee groepsvennootschappen onderling afstemmen, omdat X ook eenzijdig en zonder dergelijke afstemming in staat is de mededinging te vervalsen door haar groepsvennootschappen te bevoordelen.
- 3.3.6. In de reactie van beklagden van 18 december 2015 op de bij de Commissie ingediende klacht hebben beklagden aangegeven diverse waarborgen te hebben getroffen om ongeoorloofde belangenverstremgeling tegen te gaan (zie hiervoor 4.4.7 hierna). In dat kader merkt klager op dat de maatregelen voornamelijk zien op mogelijke kennisuitwisseling tussen X en zijn zusterondernemingen. De maatregelen kunnen niet voorkomen dat X, zonder contact met zijn zusterondernemingen, stuurt op de uitkomst van de aanbestedingsprocedure. Wat betreft de maatregel van de gescheiden vestigingslocaties geeft klager aan dat X en zijn zusterondernemingen zich op de website gezamenlijk profileren en dat ze in één pand gevestigd zijn. Veel van de genoemde maatregelen zijn wettelijk verplicht en voegen dus niets toe.

4. Reactie beklagden

- 4.1. Onderstaande weergave is ontleend aan de reactie van beklagden van 24 september 2015 op de door klager bij hen ingediende klacht, hun reactie van 18 december 2015 op de bij de Commissie ingediende klacht en de informatie die tijdens de informatiebijeenkomst van 28 juni 2016 naar voren is gebracht.
- 4.2. Klachtonderdeel 1
 - 4.2.1. Beklaagden achten dit klachtonderdeel ongegrond.
 - 4.2.2. Beklaagden stellen zich op het standpunt dat sprake is van twee afzonderlijke opdrachten: enerzijds de opdracht voor het voorbereiden en uitvoeren van de

aanbesteding (opdracht 1, zie 1.2 hiervoor) en anderzijds de opdracht voor het verzorgen van makelaarsdiensten met betrekking tot de verzekeringsovereenkomsten die het resultaat zijn van de Europese aanbestedingsprocedure (opdracht 2, zie 1.3 hiervoor). Van een aanbestedingsrechtelijk ontoelaatbare splitsing van één overheidsopdracht in twee opdrachten is volgens hen geen sprake. De opdrachten zijn niet gezamenlijk in de markt gezet omdat de aard van de dienstverlening en de kring van marktpartijen bij beide opdrachten niet gelijk was. Opdracht 1 kan niet alleen worden uitgevoerd door verzekeringsmakelaars, maar ook door consultancybureau's, inkoopadviesbureau's en dergelijke. In de meervoudig onderhandse procedure die ten behoeve van opdracht 1 is uitgevoerd zijn niet alleen makelaars benaderd. Bij opdracht 1 en 2 hoefde ook niet dezelfde partij te worden gecontracteerd.

- 4.2.3. De Europese aanbesteding voor de verzekeringsdiensten moet ertoe leiden dat beklagden de opdracht gunnen aan dezelfde opdrachtnemer(s). Elke beklagde ontvangt haar eigen polisdocumenten.
- 4.2.4. In hun reactie van 24 september 2015 schrijven beklagden dat zij opdracht 1 gezamenlijk hebben verstrekt aan X. Zij schrijven dat de waarde van de opdracht ver beneden de drempel voor Europees aanbesteden ligt en dat de opdracht in het schema in de Gids Proportionaliteit (p. 25) in het gebied ligt waarin enkelvoudig onderhands aanbesteden is toegestaan. In de reactie van 18 december 2015 schrijven zij dat zij opdracht 1 elk afzonderlijk hebben verstrekt aan X. Tijdens de informatiebijeenkomst van 28 juni 2016 hebben beklagden gesteld dat zij vanwege de omvang van de opdracht hebben gekozen voor één meervoudig onderhandse procedure. Het was de bedoeling dat alle beklagden met dezelfde marktpartij zouden contracteren. In april 2015 is opdracht 1 per beklagde afzonderlijk aan X gegund. Beklagden hebben de keuze voor de uitgenodigde partijen niet willen toelichten.
- 4.2.5. Beklagden stellen dat zij opdracht 2 in juli 2015 elk afzonderlijk aan X hebben gegund. De waarde van deze drie afzonderlijke opdrachten ligt onder de Europese drempelwaarde en binnen het gebied waarin enkelvoudig onderhands aanbesteden is toegestaan, volgens het schema in de Gids Proportionaliteit. Vanwege de omvang van opdracht 2 hebben beklagden dan ook gekozen voor een enkelvoudig onderhandse gunning. Ook hier was het de bedoeling dat alle beklagden met dezelfde marktpartij zouden contracteren.
- 4.2.6. Beklagden menen dat de financiële waarden van de afzonderlijke zes opdrachten niet bij elkaar hoeven te worden opgeteld. Ook als de waarden wel bij elkaar zouden worden opgeteld, ligt de totale waarde nog ver beneden de Europese drempelwaarde en – op basis van het schema van de Gids Proportionaliteit – in het gebied waarin een meervoudig onderhandse procedure is toegestaan.
- 4.2.7. Beklagden geven aan dat de vergoeding voor de door X te verrichten diensten is gebaseerd op de netto premie en is gemaximeerd. Zij noemen de volgende bedragen voor opdrachten 1 en 2 gezamenlijk (punt 2.4, reactie van 18 december 2015):
 - '- Beklaagde 1: ongeveer € 7.500; maximaal € 25.000
 - Beklaagde 2: ongeveer € 10.000; maximaal € 50.000
 - Beklaagde 3: ongeveer € 33.000; maar maximaal 25.000'
- 4.2.8. Beklagden bestrijden dat de looptijd van de makelaarsdiensten (opdracht 2) moet worden gekoppeld aan de looptijd van de onderliggende verzekeringsovereenkomst. Een dergelijke verplichting volgt niet uit wettelijke voorschriften, gebruik, gewoonte, de aard van de zaak of een andere bron. Uit de gedragscode In-

termediairwijziging volgt dat de verzekerde (beklaagden) de vrijheid hebben om te allen tijde van intermediair te wijzigen. De looptijd van een overeenkomst wordt bepaald door de aanbestedende dienst en de looptijd van een contractueel overeengekomen looptijd kan niet door een derde worden gewijzigd.

- 4.2.9. Elke opdracht tot het verrichten van makelaarsdiensten ten aanzien van de aanbestede verzekeringsovereenkomst (opdracht 2) heeft per beklagde een looptijd van één jaar, die ingaat op 1 januari 2016. Geen van de overeenkomsten bevat een optie tot verlenging. Beklaagden hebben voor een van de looptijd van de aan te besteden verzekeringsovereenkomsten afwijkende termijn gekozen, aangezien de opdracht voor de makelaarsdiensten onder grote tijdsdruk in de markt moest worden gezet en het met een korte looptijd makkelijk was om na korte tijd te wisselen van makelaar als de kwaliteit niet naar wens zou zijn. In de loop van 2016 zullen beklagden een aanbestedingsprocedure voeren voor de contractering van de betreffende dienstverlening met ingang van 1 januari 2017. Details daarover, zoals samenvoeging van de opdrachten van de beklagden en de looptijd van de overeenkomst, zijn nog niet bekend, aldus beklagden.
- 4.3. Klachtonderdeel 2
 - 4.3.1. Beklaagden menen dat klager geen belang heeft bij dit klachtonderdeel en dat het onderdeel ongegrond is.
 - 4.3.2. Beklaagden bestrijden de stelling van klager dat voor ongevallenverzekeringen slechts twee aanbieders in de Nederlandse markt actief zijn, te weten verzekeraar A en klager in combinatie met twee risicodragers. Beklaagden hebben namelijk van vijf verschillende inschrijvers geldige inschrijvingen ontvangen, waaronder van de risicodragers met wie klager in eerdere aanbestedingsprocedures meestal inschrijft. Bovendien kan klager zelf niet kwalificeren als aanbieder nu zij geen verzekeraar noch gevolmachtigd agent is en niet beschikt over een vergunning om als verzekeraar of gevolmachtigd agent te opereren.
 - 4.3.3. Aan ondernemingen die zich bezighouden met adviseren en bemiddelen over verzekeringsovereenkomsten dan wel met het sluiten van verzekeringsovereenkomsten worden door De Nederlandsche Bank en de Autoriteit Financiële Markten eisen gesteld, waaronder het beschikken over een specifieke vergunning. Klager beschikt over een vergunning als adviseur op basis van artikel 2:75 Wet op het financieel toezicht (Wft) en als bemiddelaar op basis van artikel 2:80 Wft, maar niet over een vergunning als verzekeraar op basis van artikel 2:27 Wft en ook niet als gevolmachtigd agent op basis van artikel 2:92 Wft.
 - 4.3.4. De uitsluiting van inschrijving met een makelaar hebben beklagden gebaseerd op het feit dat zij de makelaarsdiensten geen onderdeel wilden laten zijn van de opdracht die onderwerp is van de aanbestedingsprocedure voor de ongevallenverzekeringdiensten. Met het afzonderlijk contracteren van de makelaar beogen beklagden dat de makelaar optimaal hun belangen zal behartigen. Op basis van de Wft is het niet toegestaan dat een makelaar een verzekeringsovereenkomst namens een verzekeraar sluit en is het een makelaar derhalve ook niet toegestaan in te schrijven op een aanbesteding die (mede) ziet op het sluiten van een verzekeringsovereenkomst.
 - 4.3.5. Op basis van artikel 2.98 Aw 2012 mogen de beklagden van de inschrijvers verlangen dat zij beschikken over een vereiste vergunning om de gevraagde dienst te kunnen verrichten. Dat deze geschiktheidseis leidt tot uitsluiting van sommige ondernemingen is inherent aan het doel van het stellen van geschiktheidseisen en daarmee achten beklagden deze eis niet onrechtmatig of disproportioneel.

- 4.3.6. Beklaagden menen dat het beroep van klager op artikel 2.94 Aw 2012 haar niet kan baten. Op basis van dit artikel kan een inschrijver die zelf niet voldoet aan bepaalde geschiktheidseisen, daartoe een beroep doen op een derde die een terbeschikkingstellingsverklaring verschaft. Het beroep op dit artikel impliceert dat klager de inschrijver is en dat de verzekeringsovereenkomst gesloten zou worden met haar als opdrachtnemer en met één of meer verzekeraars als combinant, onderaannemer of derde. Klager mag als makelaar echter niet inschrijven op aanbestedingsprocedures voor het sluiten van verzekeringsovereenkomsten omdat zij zelf geen risicodrager is en zij geen verzekeringsovereenkomsten mag sluiten. Volgens de beklagden staat artikel 7:295 BW daaraan in de weg. Om een verzekeringsovereenkomst te mogen sluiten is wettelijk bepaald dat de opdrachtnemer een vergunning heeft, verleend door De Nederlandsche Bank (artikel 2:27 Wft). Makelaars beschikken niet over die vergunning en mogen geen verzekeringsovereenkomst sluiten namens een verzekeraar.
- 4.3.7. Beklaagden stellen dat een gevolmachtigd agent wel een verzekeringsovereenkomst mag sluiten namens een verzekeraar. Deze volmacht moet voldoen aan de eisen die de wet daaraan stelt in artikel 2:92 Wft. Een makelaar kan niet ook gevolmachtigd agent zijn: de werkzaamheden als gevolmachtigd agent en de werkzaamheden als makelaar dienen verricht te worden vanuit gescheiden juridische entiteiten. De beklagden hebben in dit kader een advies van een deskundige overgelegd, waarnaar zij verwijzen.
- 4.3.8. Beklaagden voeren aan dat zij uiteraard mogen eisen dat hun opdrachtnemer voor de verzekeringsovereenkomst voldoet aan de wettelijke eisen (beschikken over een Wft-vergunning op grond van artikel 2:27 Wft). Dat is een noodzakelijke, proportionele en objectief verdedigbare eis.
- 4.3.9. Beklaagden wijzen nog op een uitspraak waaruit zou blijken dat een aanbestedende dienst inschrijving door een gevolmachtigd agent mag verbieden (Vzr. Rb. Rotterdam, 22 februari 2011, 370672/KG ZA 11-27, Raetshagen/Gemeente Schiedam, rov. 4.4.2). Zij menen dat niet valt in te zien waarom het een aanbestedende dienst dan niet zou zijn toegestaan om inschrijven door een makelaar te verbieden.
- 4.3.10. Ten slotte wijzen beklagden er op dat klager zelf ook een aanbestedende dienst adviseert en ondersteunt bij een aanbesteding van verzekeringsdiensten. De opzet van die aanbestedingsprocedure is dezelfde als de onderhavige. Hetzelfde geldt voor Bedrijf A dat onderdeel uitmaakt van hetzelfde concern als klager. Volgens beklagden werkt niet alleen X op deze wijze – eerst een makelaar inschakelen en daarna de verzekeringsovereenkomst aanbesteden – maar is deze wijze van aanbesteden gebruikelijk in de markt. Eerder accepteerden aanbestedende diensten inschrijvingen van makelaars, maar volgens beklagden was dat in strijd met de wet. Beklaagden denken dat aanbestedende diensten vaak onvoldoende kennis in huis hadden om dat te onderkennen.

4.4. Klachtonderdeel 3

- 4.4.1. Beklaagden menen dat klager geen belang heeft bij dit klachtonderdeel en dat dit onderdeel ongegrond is.
- 4.4.2. Het is de taak van hun adviseur X om beklagden deskundig en volledig te informeren en te adviseren. Onderdeel van deze advisering is een uitgebreid marktonderzoek geweest. Beklaagden voeren aan dat niet X, maar zij zelf de keuze hebben gemaakt dat makelaars niet mogen meedingen en assuradeuren wel. Deze keuze hebben zij gebaseerd op de geldende wetgeving, met name de Wft. Beklaagden voeren aan dat de keuze om makelaars niet toe te laten tot de aanbe-

steding voortvloeit uit de Wft en dat deze keuze proportioneel, noodzakelijk en objectief verdedigbaar is (zie de reactie op klachtonderdeel 2).

- 4.4.3. Uit de overige gestelde eisen en voorwaarden blijkt niet van enige bevoordeling van groepsvennootschappen van X. Als dat het geval was geweest, lag het voor de hand dat één of meer potentiële inschrijvers bezwaar zouden hebben tegen specifieke eisen en voorwaarden en daarvan is volgens beklagden geen sprake geweest.
- 4.4.4. Van belangenverstrengeling of partijdigheid is geen sprake. Er is dan ook geen aanleiding voor een diepgaand onderzoek als bedoeld in de door klager aangehaalde uitspraak van het Europese Hof (HvJ EU 12 maart 2015, zaak C-538/13, eVigilo).
- 4.4.5. Dat klager zich niet kan aanmelden voor de onderhavige opdracht voor verzekeringsdiensten is niet het doel geweest van de keuze van beklagden de makelaarsdiensten afzonderlijk in te kopen. Ook is er geen sprake van dat concurrenten van X buiten spel zijn gezet bij de aanbesteding: zij kunnen een rol spelen bij de opdrachtverlening voor de makelaarsdiensten, maar niet bij het sluiten van verzekeringsovereenkomsten, waarop de aanbesteding ziet. Assuradeuren Y en Z kunnen deelnemen omdat ze gevolgmachtigd agent zijn. Hetzelfde geldt voor zusterondernemingen van klager, indien en voor zover zij gevolgmachtigd agent zijn. Beklagden laten overigens in het midden of Assuradeuren Y en Z van de X-groep een inschrijving hebben gedaan. De opdracht is inmiddels gegund en niet aan een onderneming die behoort tot de X-groep.
- 4.4.6. Door de gekozen wijze van aanbesteden zijn van vijf verschillende inschrijvers geldige inschrijvingen ontvangen, zodat deze wijze van aanbesteden meer marktwerking heeft gebracht. Klager ging immers uit van twee mogelijke opdrachtnemers.
- 4.4.7. Beklagden wijzen op de volgende waarborgen die X, als deskundig en professioneel adviseur, heeft getroffen om te voorkomen dat de mededinging wordt vervalst of uitgeschakeld:
 - bedrijfsinterne geheimhoudingsverklaringen (op straffe van boete of ontslag);
 - interne gedragscode;
 - X en Assuradeuren Y en Z hebben een eigen directie en er is geen sprake van personen die in beide bedrijven een zetel hebben;
 - X en Assuradeuren Y en Z voeren een eigen boekhouding;
 - onafhankelijke auditor die toetst of sprake is van informatieuitwisseling;
 - gescheiden ICT-systemen; en
 - gescheiden vestigingslocaties.
- 4.4.8. Nadat klager tijdens de informatiebijeenkomst van 28 juni 2016 heeft aangegeven dat X en Assuradeuren Y en Z zich op de website gezamenlijk profileren en dat ze in hetzelfde pand gevestigd zijn, benadrukt X dat ze apart opereren, dat ze daarop worden geaudit, dat dat wettelijk ook moet en dat anders hun voortbestaan in gevaar komt.
- 4.4.9. Beklagden wijzen tevens op de volgende waarborgen in de aanbestedingsprocedure om te voorkomen dat de mededinging wordt vervalst of uitgeschakeld:
 - alle gegadigden/inschrijvers beschikken gelijktijdig over dezelfde informatie;
 - de gestelde eisen en criteria zijn niet toegeschreven naar Assuradeuren Y of Z;

- de enveloppen met aanmeldingen en inschrijvingen blijven ongeopend tot tijdstip van opening;
- opening van de enveloppen wordt gefilmd;
- de beoordeling van de inschrijvingen op kwaliteit vindt plaats door beklagden en de beoordeling op prijs door X.

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt vast dat drie beklagden gezamenlijk een meervoudig onderhandse procedure hebben gehouden voor een overheidsopdracht voor diensten met betrekking tot het voorbereiden en uitvoeren van een Europese aanbestedingsprocedure betreffende ongevallenverzekeringsdiensten (opdracht 1, zie 1.2 hiervoor). Ieder van beklagden hebben deze opdracht afzonderlijk verstrekt aan X. Tevens heeft ieder van beklagden afzonderlijk een overheidsopdracht voor het verrichten van makelaarsdiensten met betrekking tot de uit de onder 1.1 bedoelde Europese aanbestedingsprocedure voortvloeiende verzekeringsovereenkomst enkelvoudig onderhands aan X gegund (opdracht 2, zie 1.3 hiervoor). Deze laatstbedoelde opdrachten hebben een looptijd van een jaar. Klachtonderdeel 1 ziet in de kern op de beantwoording van de vraag of beklagden de opdrachten 1 en 2 Europees hadden moeten aanbesteden met inachtneming van de relevante bepalingen van de delen 1 en 2 van de ten tijde van de uitnodiging geldende Aw 2012. Ook indien deze opdrachten niet Europees dienden te worden aanbesteed, is afdeling 1.2.1 van deel 1 Aw 2012 op beide opdrachten van toepassing en is daarenboven afdeling 1.2.4 Aw 2012 op opdracht 1 van toepassing, nu beklagde voor de aanbesteding van die opdracht gebruik heeft gemaakt van een meervoudig onderhandse procedure.
- 5.2. Voorts stelt de Commissie vast dat beklagden een Europese niet-openbare procedure hebben gehouden voor een overheidsopdracht tot het leveren van ongevallenverzekeringsdiensten (zie 1.1 hiervoor). Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Delen 1 en 2 van de ten tijde van de aankondiging geldende Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit. De klachtonderdelen 2 en 3 zien op de uitvoering van deze aanbestedingsprocedure.
- 5.3. Klachtonderdeel 1
- 5.3.1. Onweersproken is dat de opdrachten voor de makelaarsdiensten diensten betreffen als bedoeld in bijlage II-A van Richtlijn 2004/18/EG (categorie 6). De drempelwaarde voor deze diensten bedroeg in 2015 € 207.000.
- 5.3.2. Op grond van artikel 2.14 Aw 2012 mogen beklagden een overheidsopdracht niet splitsen met het oogmerk zich te onttrekken aan de toepassing van deel 2 van de Aanbestedingswet 2012. Ook overigens mag op grond van dit artikel de berekeningsmethode van de geraamde waarde er niet toe leiden dat een opdracht aan de werkingssfeer van deel 2 van de Aanbestedingswet 2012 wordt onttrokken. De afbakening van de opdracht mag niet zijn ingegeven door de behoefte de opdracht niet Europees te hoeven aanbesteden (MvT, Kamerstukken II 2009/10, 32 440, nr. 3, p. 59).
- 5.3.3. Beklaagde heeft aangegeven dat de totale waarde van opdrachten 1 en 2 van alle beklagden tezamen maximaal € 100.000 zal bedragen. Deze bedragen worden sterk in twijfel getrokken door klager.
- 5.3.4. De Commissie betreurt het dat beklagde zich niet bereid heeft getoond de waarde van de opdrachten nader te onderbouwen naar aanleiding van de bedenkingen van klager. Als gevolg hiervan heeft de Commissie zich genoodzaakt ge-

voeld op dit punt na de zitting alsnog een expert in te schakelen. Het komt de Commissie voor dat wanneer ervan mag worden uitgegaan – zoals zij voorshands doet – dat bestuursorganen met de statuur van beklagden zich aan de vigerende aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving houden en ter zake dus niets te verbergen hebben, zichzelf een slechte dienst bewijzen door zo weinig transparant te zijn over hun – met overheidsmiddelen gefinancierde – activiteiten.

- 5.3.5. Op basis van de beperkt beschikbare informatie en de analyse daarvan door de door de Commissie ingeschakelde expert, acht de Commissie het voorshands aannemelijk dat met opdrachten 1 en 2 van alle beklagden tezamen de Europese drempelwaarde van € 207.000 niet wordt overschreden. De Commissie neemt dan ook op basis van de huidige gegevens aan dat opdrachten 1 en 2 niet Europees hoefden te worden aanbesteed. Daarmee is de klacht ongegrond.
- 5.3.6. De Commissie zal nog enkele opmerkingen ten overvloede maken, waarvan enkele in deze zaak voor de toekomst nog relevant kunnen zijn.
- 5.3.7. Allereerst merkt de Commissie nog ten overvloede het volgende op over de bepaling van de waarde van de opdracht in relatie tot de toegepaste splitsing. Dit is relevant indien de waarde van meerdere overeenkomsten tezamen het toepasselijke drempelbedrag zou overschrijden. Allereerst stellen beklagden zich op het standpunt dat sprake is van twee afzonderlijke opdrachten: enerzijds de opdracht voor het voorbereiden en uitvoeren van de aanbesteding (opdracht 1) en anderzijds de opdracht voor het verzorgen van makelaarsdiensten met betrekking tot de verzekeringsovereenkomsten die het resultaat zijn van de Europese aanbestedingsprocedure (opdracht 2). Daartoe hebben zij het volgende aangevoerd. Van splitsing van deze opdrachten is volgens hen geen sprake. De aard van de dienstverlening en de kring van marktpartijen was bij beide opdrachten niet gelijk. Opdracht 1 kan ook door andere partijen dan verzekeringsmakelaars worden uitgevoerd en beklagden hebben niet alleen makelaars benaderd. Opdracht 1 en 2 hoefden niet aan dezelfde partij te worden verstrekt.
- 5.3.8. De Commissie volgt beklagden hierin niet. Het betreft ongelijksoortige opdrachten die volgtijdelijk worden uitgevoerd. Opdracht 1 kan door meer typen marktpartijen worden verricht dan opdracht 2. Beide opdrachten zijn echter door beklagden binnen enkele maanden tijd aan dezelfde opdrachtnemer verstrekt. Bovendien staan de activiteiten die in het kader van de uitvoering van beide opdrachten moeten worden verricht ten dienste van hetzelfde doel: het afdekken van bepaalde risico's door middel van een ongevallenverzekering. In het kader van de raming van de waarde van de opdracht is de Commissie daarom van oordeel dat beklagden de waarde van opdrachten 1 en 2 bij elkaar moeten optellen.
- 5.3.9. Opdracht 2 betreft de makelaarsdiensten voor de aanbestede verzekeringsovereenkomsten. Deze gelijksoortige opdrachten die gelijktijdig worden uitgevoerd, zijn door de drie beklagden gelijktijdig door middel van afzonderlijke overeenkomsten aan dezelfde makelaar verstrekt.
- 5.3.10. Voor wat betreft de opdrachten van de afzonderlijke beklagden met betrekking tot de verzekeringsdiensten hebben de beklagden in paragraaf 5.13 van de Selectieleidraad van de Europese aanbestedingsprocedure uitvoerig gemotiveerd dat er voldoende samenhang tussen deze opdrachten is om deze te kunnen samenvoegen (zie 1.5 hiervoor). Beklagden sluiten met dezelfde opdrachtnemer(s) de verzekeringsovereenkomsten en ontvangen elk hun eigen polisdocumenten. Ook bij de opdrachtverlening aan de makelaar die deze verzekeringsovereenkomsten moet gaan beheren, lijken beklagden gelijk op te trekken. De Commissie is daarom van oordeel dat de waarde van de drie in het kader van

opdracht 2 afgesloten overeenkomsten in het kader van de raming van de waarde van die opdracht bij elkaar moeten worden opgeteld.

- 5.3.11. Verder stellen beklagden dat de looptijd van opdracht 2 is beperkt tot één jaar, zonder opties tot verlenging. Zij voeren aan te hebben gekozen voor een van de looptijd van de aan te besteden verzekeringsovereenkomsten afwijkende termijn, omdat de opdracht voor de makelaarsdiensten onder grote tijdsdruk in de markt moest worden gezet en het met een korte looptijd makkelijk was om na korte tijd te wisselen van makelaar als de kwaliteit niet naar wens zou zijn. Beklaagden stellen dat zij in de loop van 2016 een aanbestedingsprocedure zullen voeren voor de uitbesteding van de betreffende dienstverlening met ingang van 1 januari 2017. Details daarover, zoals samenvoeging van de opdrachten van beklagden en de looptijd van de overeenkomst, zijn nog niet bekend.
- 5.3.12. In beginsel is een aanbestedende dienst vrij in het bepalen van de looptijd van de aanbestede overeenkomst. Bij de initiële verlening van opdracht 2 was echter duidelijk dat het beheer van de verzekeringsovereenkomsten voor meer dan één jaar nodig zou zijn. In de Selectieleidraad voor de Europese aanbestedingsprocedure voor de verzekeringsdiensten is in paragraaf 4.3 ook vermeld dat Makelaar X gedurende de looptijd van de af te sluiten overeenkomst is aangesteld als makelaar en bij de uitvoering van de overeenkomst(en) zal optreden als bemiddelend makelaar (zie 1.4 hiervoor). Of daarmee sprake is van ongeoorloofde splitsing kan de Commissie op dit moment niet beoordelen. Wanneer beklagden echter na afloop van de looptijd van de huidige opdracht van één jaar dezelfde soort opdracht opnieuw enkelvoudig onderhands aan X gunnen, terwijl de Europese drempelwaarde zou worden overschreden als de waarde van de huidige opdrachten 1 en 2 en de waarde van de toekomstige met opdracht 2 vergelijkbare opdracht bij elkaar zouden worden opgeteld, dan is mogelijk alsnog sprake van ongeoorloofde splitsing in de zin van artikel 2.14 Aw 2012. Bij de huidige stand van zaken kan de Commissie echter niet tot dat oordeel komen.
- 5.3.13. Nu de Commissie in klachtonderdeel 1 slechts de klacht leest dat beklagden de opdrachten ten onrechte niet Europees hebben aanbesteed, merkt de Commissie ook het volgende slechts ten overvloede op. Nu de Commissie tot uitgangspunt neemt dat de waarde van zowel opdracht 1 als opdracht 2 als van beide opdrachten gezamenlijk het bedrag van € 207.000 niet overschrijdt, stond het beklagden weliswaar vrij om af te zien van het uitvoeren van een Europese aanbestedingsprocedure, maar dienden zij het bepaalde in art. 1.4 lid 1 onder a en b jo. art. 1.4 lid 3 Aw 2012 in acht te nemen. Deze bepalingen houden allereerst in dat beklagden zowel met betrekking tot opdracht 1 hun keuze voor toepassing van de meervoudig onderhandse procedure en de keuze voor de toelating van (onder meer) X tot die procedure, als met betrekking tot opdracht 2 de keuze voor enkelvoudig onderhandse gunning van de opdracht aan X, op basis van objectieve criteria dienden te bepalen. In de tweede plaats houden deze bepalingen in dat beklagden die keuzes op verzoek van klager dienden te motiveren (Advies 27, overweging 6.5). De Commissie vraagt zich af of beklagden artikel 1.4, lid 1, onder a en b, Aw 2012 in acht hebben genomen. Nu daar echter niet over wordt geklaagd en ook overigens niet duidelijk is of klager aan beklagden heeft gevraagd de gemaakte keuzes te motiveren (zie artikel 1.4 lid 3 Aw 2012), laat de Commissie het hierbij.

5.4. Klachtonderdeel 2

- 5.4.1. Voor de behandeling van het tweede klachtonderdeel is het volgende toetsingskader relevant.

5.4.2. In artikel 2.90 Aw 2012 is onder andere bepaald:

- '1. Een aanbestedende dienst kan geschiktheidseisen stellen aan gegadigden en inschrijvers.
- 2. De geschiktheidseisen, bedoeld in het eerste lid, kunnen betreffen:
(...)
- c. beroepsbevoegdheid.
(...)
- 5. Een aanbestedende dienst stelt bij de voorbereiding en het tot stand brengen van een overeenkomst uitsluitend eisen aan de inschrijver en de inschrijving die verband houden met en die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.'

5.4.3. In artikel 2.94, eerste lid, Aw 2012 is bepaald:

- '1. Een ondernemer kan zich voor bepaalde overheidsopdrachten beroepen op de bekwaamheid van andere natuurlijke personen of rechtspersonen, ongeacht de juridische aard van zijn banden met die natuurlijke personen of rechtspersonen, mits hij aantoont dat hij kan beschikken over de voor de uitvoering van de overheidsopdracht noodzakelijke middelen.'

5.4.4. In paragraaf 2.3.6.2 ("Beroepsbevoegdheid") is in artikel 2.98, tweede lid, Aw 2012 bepaald:

- 'Bij procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor diensten kan een aanbestedende dienst, indien de gegadigden of de inschrijvers over een bijzondere vergunning dienen te beschikken of indien zij lid van een bepaalde organisatie dienen te zijn om in hun land van herkomst de betrokken dienst te kunnen verlenen, verlangen dat zij aantonen dat zij over deze vergunning beschikken, of lid van de bedoelde organisatie zijn.'

5.4.5. Op grond van artikel 2:27 Wft is het een ieder met zetel in Nederland verboden zonder een daartoe door de Nederlandsche Bank verleende vergunning het bedrijf uit te oefenen van levensverzekeraar of schadeverzekeraar. Op grond van artikel 2:92 Wft is het verboden in Nederland zonder een daartoe door de Autoriteit Financiële Markten verleende vergunning op te treden als gevolmachtigde agent of ondergevolmachtigde agent. Slechts verzekeraars of gevolmachtigde agenten mogen op basis van de Wft een verzekeringsovereenkomst (in het geval van de gevolmachtigd agent: namens een verzekeraar) afsluiten.

5.4.6. De onderhavige Europese aanbesteding van verzekeringsdiensten (zie 1.1 hiervoor) is gericht op het sluiten van verzekeringsovereenkomsten. Makelaarsdiensten maken geen onderdeel uit van deze opdracht. Op basis van artikel 2.98, tweede lid, Aw 2012 mogen beklagden van de gegadigden verlangen dat zij beschikken over de benodigde vergunningen om de gevraagde diensten in Nederland te verrichten.

5.4.7. Deze door beklagde gestelde eis is – gelet op het bepaalde in artikel 2.90, lid 2 onder c, Aw 2012 en de plaatsing van artikel 2.98 Aw in paragraaf 2.3.6.2 Aw 2012 ("Beroepsbevoegdheid") – een geschiktheidseis die betrekking heeft op de beroepsbevoegdheid van gegadigden. Anders dan in artikel 2.92, eerste lid, en artikel 2.94, eerste lid, Aw 2012 is bepaald ten aanzien van geschiktheidseisen die betrekking hebben op de op financiële en economische draagkracht respectievelijk technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid, biedt de wet geen mogelijkheid voor een ondernemer zich te beroepen op de beroepsbevoegdheid van andere natuurlijke personen of rechtspersonen (zie overweging 5.3.11 van

Advies 353). In zoverre kan de Commissie klager dan ook niet volgen in haar beroep op het arrest Holst Italia (HvJ EG 2 december 1999, zaak C-176/98) nu dat arrest ziet op kwalitatieve selectiecriteria betreffende economische en financiële draagkracht en technische bekwaamheid.

5.4.8. Artikel 2:27 en 2:92 Wft staan er aan in de weg dat beklagde de onderhavige overheidsopdracht – die enkel ziet op vergunningsplichtige verzekeringsdiensten – opdraagt aan een makelaar (bemiddelaar in de zin van artikel 1:1 Wft). Dat zo zijnde, heeft beklagde naar het oordeel van de Commissie niet in strijd met de Aanbestedingswet 2012 gehandeld door makelaars in de zin van de Wft uit te sluiten van deelname aan de aanbestedingsprocedure voor die verzekeringsdiensten.

5.4.9. Het tweede klachtonderdeel is daarmee ongegrond.

5.5. Klachtonderdeel 3

5.5.1. Kort gezegd, verwijt klager beklagden dat zij niet hebben gewaarborgd dat het risico van belangenverstremming bij de voorbereiding en uitvoering door X van de Europese aanbesteding van de opdracht voor de verzekeringsdiensten wordt voorkomen. Klager gaat ervan uit dat het enerzijds belemmeren van deelname door makelaars en anderzijds het toestaan van deelname door assuradeuren doelbewust door X is doorgevoerd om zowel haar eigen concurrentiepositie af te schermen als deelname door zustervenootschappen mogelijk te maken.

5.5.2. Beklagden hebben aangevoerd dat niet X maar zij zelf de keuze hebben gemaakt makelaarsdiensten geen onderdeel te laten uitmaken van de aanbesteding en makelaars niet tot de Europese aanbestedingsprocedure toe te laten.

5.5.3. In het kader van klachtonderdeel 1 heeft de Commissie reeds geoordeeld dat in de onderhavige procedure niet is gebleken dat de waarde van de makelaarsdiensten de Europese drempelwaarde overschreed. In het kader van klachtonderdeel 2 is reeds in het licht van de Wft geoordeeld dat het vergunningsvereiste in de aanbestedingsprocedure van de verzekeringsdiensten en daarmee de uitsluiting van makelaars in die procedure op zich niet in strijd is met de Aanbestedingswet 2012. Nu moet worden aangenomen dat de makelaarsdiensten niet Europees hoefden te worden aanbesteed en geen deel hoefden uit te maken van de Europese aanbestedingsprocedure van de verzekeringsdiensten, kan in het kader van de gekozen wijze van opdrachtverlening van deze makelaarsdiensten geen sprake zijn van ongeoorloofde belangenverstremming.

5.5.4. Voor zover voorts wordt geklaagd dat sprake is van ongeoorloofde belangenverstremming doordat X de opdracht naar haar zusterondernemingen heeft kunnen toeschrijven, heeft klager onvoldoende belang bij deze klacht nu zij als makelaar niet voor gunning van de aanbestede opdracht in aanmerking kwam.

5.5.5. Klachtonderdeel 3 is daarmee ongegrond.

5.5.6. Ten overvloede gaat de Commissie inhoudelijk in op de klacht dat X de opdracht naar haar zusterondernemingen heeft kunnen toeschrijven. Bij deze behandeling zal de Commissie het toetsingskader in haar eerdere Advies 232 tot uitgangspunt nemen.

5.5.7. Een belangenconflict houdt het risico in dat de aanbestedende dienst zich laat leiden door overwegingen die niets met de betrokken opdracht van doen hebben en dat door dit feit alleen de voorkeur wordt gegeven aan een bepaalde inschrij-

ver. Een dergelijk belangenconflict kan een schending van artikel 1.8 Aw 2012 vormen (vergelijk HvJ EU 12 maart 2015, zaak C-538/13 (eVigilo), r.o. 35).

- 5.5.8. Indien een afgewezen inschrijver objectieve gegevens verstrekt op grond waarvan de onpartijdigheid van de deskundige van de aanbestedende dienst kan worden betwijfeld, moet de aanbestedende dienst alle relevante omstandigheden onderzoeken die hebben geleid tot vaststelling van de gunningsbeslissing, ten einde een belangenconflict zoals hiervoor bedoeld te voorkomen, te onderkennen en te beëindigen, in voorkomend geval onder andere door de partijen te verzoeken om bepaalde informatie en bewijsmateriaal te verstrekken (vergelijk HvJ EU 12 maart 2015, zaak C-538/13 (eVigilo), r.o. 44).
- 5.5.9. Gegevens zoals de argumenten van een afgewezen inschrijver met betrekking tot de banden tussen de door de aanbestedende dienst aangewezen deskundigen en de inschrijver waaraan de opdracht is gegund, vormen – indien zij waar blijken – dergelijke objectieve gegevens die aanleiding moeten geven tot een diepgaand onderzoek door de aanbestedende dienst (vergelijk HvJ EU 12 maart 2015, zaak C-538/13 (eVigilo), r.o. 45).
- 5.5.10. Het is onverenigbaar met de hiervoor bedoelde actieve rol van de aanbestedende dienst om de afgewezen inschrijver te verplichten concreet aan te tonen dat de door de aanbestedende dienst aangewezen deskundigen partijdig zijn (vergelijk HvJ EU 12 maart 2015, zaak C-538/13 (eVigilo), r.o. 43).
- 5.5.11. Klager heeft weliswaar gewezen op banden tussen X en de zustermaatschappijen van X, maar die zustermaatschappijen zijn niet “de inschrijver waaraan de opdracht is gegund”. Daarmee levert de verwijzing door klager naar de banden tussen X en de zustermaatschappijen geen objectieve gegevens op die aanleiding moeten geven tot een diepgaand onderzoek door de aanbestedende dienst.

6. Advies

De Commissie acht onderdelen 1, 2 en 3 van de klacht **ongegrond**.

7. Aanbeveling

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

De Commissie heeft zich ten behoeve van dit advies op het punt van de waarde van de opdrachten in 5.3.5 laten bijstaan door dhr. H.H. Gorrée die ten behoeve van de behandeling van de onderhavige klacht als Branche-Expert aan de Commissie is verbonden.

Den Haag, 20 december 2016

w.g.:

Mr. J.G.J. Janssen
Voorzitter

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

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid