

# Commissie van Aanbestedingsexperts

## Advies 411

### 1. Feiten

- 1.1. Beklaagde heeft op 24 februari 2017 een Europese niet-openbare procedure aangekondigd voor een overheidsopdracht tot het leveren van brandverzekeringdiensten. De aanbestedingsprocedure wordt begeleid door bedrijf X.
- 1.2. In de Aankondiging van de opdracht is onder andere het volgende opgenomen:

#### 'II.2.4) Beschrijving van de aanbesteding:

(...)

[Beklaagde] wenst dat er meerdere verzekeraars gaan participeren. In verband hiermee is uitsluitend gedeeltelijke inschrijving mogelijk.

#### III.2.1) Inlichtingen over een bepaalde beroepsgroep

Het verrichten van de dienst is aan een bepaalde beroepsgroep voorbehouden

Verwijzing naar de toepasselijke wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling:  
Wet op het Financieel Toezicht en/of andere toepasselijk Nederlandse wetten en/of regelingen en/of vergelijkbare buitenlandse wetten en/of regelingen

(...)

#### VI.3) NADERE INLICHTINGEN

Het is niet toegestaan om een verzoek tot deelneming te doen als gevolmachtigde agent.  
Aanmeldingen en Inschrijvingen van een gevolmachtigd agent zijn derhalve niet toegestaan.'

- 1.3. In het Selectiedocument Europese Aanbesteding Brandverzekering [Beklaagde] (hierna: Selectiedocument) is onder meer het volgende bepaald:

#### '1 Begripsomschrijvingen:

(...)

Gevolmachtigde agent: een dienstverlener die in de uitoefening van een beroep of bedrijf als gevolmachtigde van een verzekeraar of verzekeraars voor diens rekening verzekeringen afsluit'

(...)

### 2 Inleiding

#### 2.1 Algemeen

(...)

Het is een gegadigde niet toegestaan om meer dan één keer in te schrijven. Per concern is slechts één inschrijving toegestaan. Het voorgaande op straffe van uitsluiting van deze aanbestedingsprocedure.

(...)

## **2.3 Percelen**

De opdracht dient als één geheel te worden beschouwd en leent zich niet voor splitsing in percelen waarop verschillende dienstverleners zouden worden betrokken. (...)

## **2.7 Over de opdracht**

Het betreft een brandverzekering op basis van een "All Risks" dekking ten behoeve van de gebouwen, bedrijfsuitrusting/inventaris, bijzondere- en reconstructiekosten en dergelijke van [Beklaagde]. De totaal verzekerde som van deze opdracht bedraagt op basis van de huidige inzichten circa [... miljard euro]. Aan dit bedrag kunnen geen rechten worden ontleend.

Buitenlandse Assurantiebelasting:

De aanbestedende dienst heeft in [een Europees land] gebouwen en bedrijfsuitrusting/inventaris in eigendom welke meeverzekerd dienen te worden onder deze brandverzekering. De verzekerde som van deze eigendommen bedraagt circa [... miljoen euro]. In verband hiermee dienen verzekeraars die de opdracht gegund krijgen de buitenlandse assurantiebelasting voor hun aandeel te kunnen verrekenen.

Het betreft een overeenkomst voor een periode van 36 maanden met stilzwijgende verlenging telkens voor een termijn van 12 maanden.

(...)

## **4 Eisen**

### **4.1 Inleiding**

(...)

#### **4.1.1 Combinaties**

Het is toegestaan om een verzoek tot deelneming te doen als combinatie. Een combinatie van ondernemingen kan gezamenlijk als één gegadigde een verzoek tot deelneming indienen. In dat geval is het elk der ondernemingen niet toegestaan afzonderlijk in te schrijven, alleen of in combinatie met anderen.

(...)

#### **4.1.2 Onderaanneming**

Teneinde aan te tonen dat een gegadigde voldoet aan de geschiktheidseisen kan een gegadigde zich, naast de eigen bekwaamheid, uitsluitend beroepen op de bekwaamheden van een derde, indien en voor zover de gegadigde aantoont dat deze derde zich onvoorwaardelijk jegens de gegadigde heeft verbonden om de, voor de uitvoering van de opdracht benodigde middelen (in de ruimste zin van het woord, daaronder mede te verstaan: kennis, menskracht en materieel) in te zetten.

De gegadigde dient dit bij zijn aanmelding aan te tonen door overlegging van een schriftelijke en rechtsgeldig ondertekende daartoe strekkende overeenkomst tussen de gegadigde en de betreffende derde. De betreffende derde dient bij de uitvoering van de opdracht ook daadwerkelijk en dienovereenkomstig te worden ingezet.

(...)

#### **4.1.3 Gevolmachtigde agent**

Het is **niet toegestaan** om een verzoek tot deelneming te doen als gevolmachtigd agent. Inschrijvingen van een gevolmachtigd agent zijn derhalve niet toegestaan.

(...)

#### **4.4 Financiële eisen**

De gegadigde dient te beschikken over een financiële rating van tenminste "BBB" conform Standard & Poor's of tenminste A- conform AM Best of tenminste A- conform Fitch rating of een daarmee vergelijkbare rating van een andere rating agency of over een anderszins aantoonbare gelijkwaardige financiële positie te beschikken.

(...)

#### **4.6 Vergunning**

De gegadigde dient voor de uitvoering van de opdracht in het bezit te zijn van de benodigde vergunningen om het verzekeringsbedrijf in Nederland te mogen uitvoeren, zoals geregeld in de Wet op het financieel toezicht (Wft) of vergelijkbare wet- en regelgeving in het buitenland.

(...)

#### **4.8 Nederlandse Herverzekeringsmaatschappij voor Terrorisemeschaden N.V. (NHT)**

De gegadigde dient te zijn aangesloten bij de Nederlandse Herverzekeringsmaatschappij voor Terrorisemeschaden N.V. of te zijn aangesloten bij een vergelijkbare buitenlandse organisatie waardoor ook de risico's zoals genoemd in de clause A 031-498/1 Samenvatting NHT-Terrorisemedekking (versie 1 januari 2007) verzekerd zijn. Zie hiervoor ook de website [www.terrorisemeverzekerd.nl](http://www.terrorisemeverzekerd.nl).

(...)

### **5. Gunningscriteria: Beste prijs-kwaliteitsverhouding**

De opdracht zal worden gegund aan de inschrijvers die de inschrijving doet met de beste prijs-kwaliteitverhouding. De gunningscriteria en wegingsfactoren die gehanteerd worden zijn:

- premie : 60 punten
- kwaliteit van de geboden dienst : 40 punten

### Gunningscriteria "Kwaliteit van de geboden dienst" :

Onder kwaliteit van de geboden dienst wordt verstaan de kwaliteit van het geheel aan diensten dat door de inschrijver wordt aangeboden. Hiervoor kunnen maximaal 40 punten worden toegekend. Dit gunningscriterium is verdeeld in sub gunningscriteria waarbij onderscheid wordt gemaakt tussen een inschrijving als leidende- en volgverzekeraar. Per sub gunningscriterium worden punten toegekend waarbij een leidende verzekeraar maximaal 40 punten kan behalen en een volgverzekeraar maximaal 10 punten.

Per sub gunningscriterium worden deze punten als volgt toegekend:

#### **Leidende verzekeraar:**

Sub gunningscriteria Kwaliteit van de geboden dienst	Punten
2.1 Risicomanagement	Max. 30
2.2 Schadebehandeling	Max. 10
Maximaal aantal punten	Max. 40

#### **Volgverzekeraar:**

Sub gunningscriteria Kwaliteit van de geboden dienst	Punten
2.2 Schadebehandeling	Max. 10
Maximaal aantal punten	Max. 10

Nadere informatie over de invulling en weging van de gunningscriteria worden in het bestek vermeld.

## **6 Overige procedurele bepalingen**

(...)

### **6.2 Wijze van beoordelen inschrijvingen**

De inschrijvingen worden op de volgende wijze beoordeeld:

(...)

#### **Stap 6**

De inschrijvingen van de inschrijvers, die zich als leidende verzekeraar hebben ingeschreven, worden beoordeeld op basis van de toepasselijke gunningscriteria zoals omschreven in het bestek. De inschrijving met het hoogste puntenaantal krijgt de opdracht gegund en wordt aangemerkt als leidende verzekeraar.

#### **Stap 7**

De resterende benodigde capaciteit wordt volgetekend met de aandelen van de inschrijvers die zich hebben ingeschreven als volgverzekeraar, tot er 100% voltekening is gerealiseerd.

Voltekening zal plaatsvinden met de aandelen van de inschrijvers die zich hebben ingeschreven als volgverzekeraar, in aflopende volgorde van de behaalde score op basis van de gunningscriteria zoals deze vermeld staan in hoofdstuk 6. De inschrijver met de hoogste score van de volgverzekeraars komt derhalve als eerste in aanmerking om mee te tekenen. De inschrijver van de daarna hoogste score komt daarna in aanmerking om mee te tekenen. Indien daarna nog geen 100% voltekening is gerealiseerd dan komt de inschrijver met de daarna hoogste score in aanmerking om mee te tekenen. Deze wijze wordt herhaald tot er 100% volte-

kening is gerealiseerd. De situatie kan ontstaan dat de inschrijver die als laatste mee gaat tekenen met een lager percentage zal gaan mee tekenen dan de capaciteit die deze heeft aangeboden.

(...)

## **6.5 Toepasselijk recht en geschillen**

Op deze aanbestedingsprocedure inclusief de daarbij behorende aanbestedingsstukken en op de hieruit volgende overeenkomst is het Nederlands recht, met inbegrip van de in de Nederlandse verzekeringspraktijk geldende gebruiken, van toepassing.'

1.4. Op 7 maart 2017 heeft klager de volgende brief aan X verzonden:

'Naar aanleiding van de publicatie voor de aankondiging van een opdracht voor de brandverzekering op basis van een Allrisk dekking t.b.v. [Beklaagde] kunnen wij u als volgt berichten.

Uit de aankondiging blijkt dat het hier om een, volgens de van toepassing zijnde Aanbestedingswet, niet-openbare procedure gaat.

In hoofdstuk III.2.1. verwijst u naar de van toepassing zijnde Wet op het Financieel Toezicht, immers een gevolmachtigd agent kan slechts activiteiten in dat kader uitvoeren wanneer zij door de AFM een vergunning verleend krijgt na toetsing.

Het door u onder VI.3 Nadere inlichtingen gestelde dat het niet is toegestaan om een verzoek tot deelneming te doen als gevolmachtigd agent staat ons inziens dan ook haaks op uw verwijzing naar de WfT.

Bovendien is deze uitsluiting volgens de van toepassing zijnde Aanbestedingswet en de daarin opgenomen Gids Proportionaliteit disproportioneel. Op basis hiervan eisen wij dan ook toelating tot de procedure. Zonder een bevredigend antwoord zullen wij deze klacht voorleggen aan de aanbestedende dienst en vervolgens, in het wet- en regelgevend kader, aan de Commissie van Aanbestedingsexperts en de rechtbank.

(...)'

1.5. X heeft op 9 maart 2017 als volgt gereageerd op de brief van klager:

'In uw brief van 7 maart jl. geeft u aan, dat de uitsluiting van de inschrijving van een gevolmachtigd agent haaks staat op de WfT en disproportioneel is. Kunt u aangeven waarom dat volgens u het geval is?

Dat een gevolmachtigde agent geen verzoek tot deelneming mag doen is overigens conform het advies van Pianoo ( het Expertisecentrum Aanbesteden van het ministerie van Economische Zaken)

Op de website van Pianoo staat het volgende vermeld:

"De mogelijkheid bestaat dat ook een volmachtbedrijf inschrijft op (een deel van) de aanbesteding; hij kan dit doen namens één of meerdere achterliggende verzekeraars. Als een aanbestedende dienst dit niet wil, zal ze deze mogelijkheid expliciet moeten uitsluiten in het aanbestedingsdocument.""

1.6. Op 16 maart 2017 heeft klager het volgende bericht aan PIANOo verzonden:

'Onder het hoofdstuk Markten/Verzekeringen/Brandverzekering en co-assurantiemarkt/aanbestedingsstrategie bij brandverzekeringen in de co-assurantiemarkt kom ik onderstaande tekst tegen.

*De mogelijkheid bestaat dat ook een volmachtbedrijf inschrijft op (een deel van) de aanbesteding; hij kan dit doen namens één of meerdere achterliggende verzekeraars. Als een aanbestedende dienst dit niet wil, zal ze deze mogelijkheid expliciet moeten uitsluiten in het aanbestedingsdocument.*

Kunt u mij, als door AFM toegelaten volmachtbedrijf, aangeven wat de achterliggende reden is van de opname van deze zinsnede in het licht van het non-discriminatiebeginsel; zeker daar waar ook wordt vastgesteld dat de markt op het gebied van brandverzekeringen beperkt is.'

1.7. PIANOo heeft klager op 21 maart 2017 als volgt geantwoord:

'(...)

**Antwoord:**

Allereerst excuses voor de vertraagde beantwoording. Wij hebben uw vraag ook bij externe experts uitgezet hetgeen voor enige vertraging bij de behandeling heeft gezorgd.

Een volmachtbedrijf is een onderneming die namens een (aantal) verzekeraar(s) zelfstandig verzekeringen mag aangaan. Als deze een verzekering aanbiedt dan is dat als het ware een verzekering van die maatschappij. Ook volmachtbedrijven zullen moeten opereren en concurreren op de markt. Het volmachtbedrijf krijgt een deel van de in de premie verwerkte opslag van de verzekeraar. Hij verricht zijn diensten niet ten behoeve van de aanbesteder, maar voor de verzekeraar. Dat betekent dat het volmachtbedrijf niet wordt betaald door de aanbestedende dienst, maar door de verzekeraar. Dit voor het verrichten van een aantal administratieve handelingen.

PIANOo is van mening dat aanbestedende diensten volmachtbedrijven aanbestedingsrechtelijk gezien niet zonder een deugdelijke motivering kunnen uitsluiten. Ook inkooptechnisch gezien lijkt een dergelijke uitsluiting niet logisch omdat de marktwerking (het aantal marktpartijen) daarmee wordt beperkt. Het maakt verder niet uit of een polis wordt afgegeven door een verzekeraar of door een volmachtbedrijf. De premiekosten blijven voor de aanbestedende dienst gelijk. Zelfs indien een verzekeraar de polis rechtstreeks afgeeft, daalt de premie niet.

Wij hebben de door u aangehaalde tekst op de website geschrapt. (...).'

1.8. Op 22 maart 2017 heeft klager de volgende e-mail aan X verzonden:

'In antwoord op uw email van 9 maart 2017 kan ik u als volgt berichten.

Op basis van uw bericht hebben wij uw opmerking met betrekking tot de mogelijkheid tot uitsluiting van gevolmachtigden nader onderzocht en door deskundigen laten toetsen.

Dit heeft er toe geleid dat de commissie van experts bij monde van Pianoo van mening is dat volmachtbedrijven niet uitgesloten kunnen worden. Vooral niet omdat door een dergelijke uitsluiting de marktwerking (het aantal marktpartijen)

beperkt wordt hetgeen niet ten gunste van de aanbestedende dienst is. Reden voor Pianoo om de door u aangehaalde tekst van haar website te schrappen. Op deze manier kan de aanbestedende dienst de volle breedte van de markt benutten om tot een adequaat aanbestedingsresultaat te komen waarmee aan de belangrijkste doelstelling van de aanbestedingswet wordt voldaan.

Nu deze onduidelijkheid is opgehelderd staat niets het toesturen van de selectieleidraad u meer in de weg. Derhalve verzoeken wij u ons alsnog de betreffende selectieleidraad toe te sturen waarna wij onze aanmelding zullen indienen.'

1.9. Op 23 maart 2017 heeft X het volgende e-mailbericht aan klager verzonden:

'In uw mailbericht geeft u aan dat u de eis dat gevolmachtigde agenten niet mogen inschrijven, zoals opgenomen in de aankondiging van de opdracht, nader hebt onderzocht en door deskundigen heeft laten toetsen. Hierbij geeft u aan dat als gevolg hiervan de commissie van experts bij monde van Pianoo van mening is dat de volmachtbedrijven niet uitgesloten kunnen worden. Wij gaan er van uit dat u hiermee de Commissie van Aanbestedingsexperts bedoelt. Graag zouden wij de schriftelijke uitspraak van deze commissie van u willen ontvangen zodat wij dit kunnen gaan beoordelen.

In onze mail van 9 maart jl. hebben wij u gevraagd om aan te geven waarom de uitsluiting van de inschrijving van een gevolmachtigde agent haaks staat op de WFT en disproportioneel is. Wij hebben op deze vraagstelling nog geen reactie van u mogen ontvangen.

In uw mailbericht van 22 maart jl. heeft u gevraagd om het Selectiedocument te mogen ontvangen. Dit Selectiedocument hebben wij als bijlage bij deze mail gevoegd. Het geen is gesteld in dit Selectiedocument, waaronder dat het niet toegestaan is om een verzoek tot deelneming te doen als gevolmachtigde agent, blijft onverminderd van kracht.'

1.10. Klager heeft op 7 april 2017 als volgt gereageerd op de e-mail van X van 23 maart 2017:

'De hier bedoelde commissie van experts betreft niet de Commissie van Aanbestedingsexperts maar een interne commissie binnen het Rijk die door hen is giconsulteerd over dit onderwerp. Overigens zullen wij deze aangelegenheid wel voorleggen aan de Commissie van Aanbestedingsexperts. Om dit te kunnen doen brengen wij ook de betreffende aanbestedende dienst op de hoogte van deze stap.

De disproportionaliteit van de uitsluiting van gevolmachtigde agenten is gelegen in het feit dat hiermee voorbij wordt gegaan aan de beginselen van gelijke behandeling; een gevolmachtigd agent werkt tenslotte namens een verzekeraar en is in die zin niet anders dan een verzekeraar.

Bovendien wordt met deze uitsluiting de toch al beperkte markt verder beperkt hetgeen niet in het voordeel van de aanbestedende dienst werkt. Een mogelijk interessante offerte wordt hen op voorhand onthouden.'

1.11. Op 18 april 2017 heeft X als volgt gereageerd op de e-mail van klager van 7 april 2017:

'In uw mail van 22 maart 2017 staat de volgende passage: '... dat de commissie van experts bij monde van Pianoo van mening is dat volmachtbedrijven niet uitgesloten kunnen worden'.

Wij hebben u per mail van 23 maart 2017 om een onderbouwing gevraagd, te meer daar Pianoo als kenniscentrum voor aanbestedende diensten fungeert en niet openstaat voor andere partijen en ook geen uitspraken doet in geschillen. Verder geldt er voor klachten bij de Commissie van Aanbestedingsexperts een formele procedure (hoor en wederhoor) die in dit geval dus niet gevolgd zou zijn.

Uit uw mail van 7 april 2017 blijkt nu dat het niet zou gaan om de Commissie van Aanbestedingsexperts, maar om 'een interne commissie binnen het Rijk'. Ook nu weer ontbreekt enige nadere toelichting of onderbouwing.

Daarnaast hebben wij u op 9 en op 23 maart 2017 gevraagd om een onderbouwing van uw stelling dat de uitsluiting van gevolmachtigde strijdig zou zijn met de Wet op het Financieel Toezicht. Deze onderbouwing hebben wij tot op heden nog steeds niet ontvangen. Dat deze uitsluiting disproportioneel zou zijn, mist eveneens onderbouwing.

U heeft het over een beperkte markt. Dat berust niet op feiten: voor de aanbesteding van [Organisaties zoals beklagde] melden zich meer dan voldoende verzekeraars.

Verder staat het de aanbestedende dienst vrij om rechtstreeks met een verzekeraar zaken te willen doen en niet met diens gevolmachtigde.'

- 1.12. Klager heeft op 21 april 2017 als volgt gereageerd op de e-mail van X van 18 april 2017:

'In onze eerdere berichten hebben wij, zoals u terecht aanhaalt, aangegeven dat het hier om een commissie van experts van het Rijk gaat, ingeschakeld door Pianoo. In onze mail van 22 maart hebben wij noch genoemd noch bedoeld dat het hier om de Commissie van Aanbestedingsexperts gaat. Deze Commissie van Aanbestedingsexperts hebben wij zoals u bekend is, recent ingeschakeld.

Wij zijn in afwachting van de resultaten van hun onderzoek die zij na het plegen van hoor en wederhoor kenbaar zullen maken.

Het lijkt ons dan ook juist om tot die tijd verder niet inhoudelijk op uw vragen te reageren.'

- 1.13. Op 30 mei 2017 heeft de Commissie een informatiebijeenkomst gehouden waarbij vertegenwoordigers van beklagde met hun advocaten en vertegenwoordigers van klager aanwezig waren. 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**

Dat het niet is toegestaan een verzoek tot deelneming in te dienen als gevolmachtigde agent is in strijd met het beginsel van gelijke behandeling en is disproportioneel. Door gevolmachtigde agenten niet toe te laten, realiseert beklagde mogelijk ook niet zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen en handelt zij in strijd met artikel 1.4, lid 2, Aw 2012.



### **3. Onderbouwing klacht**

- 3.1. Klager verwijst naar haar eerdere correspondentie met X. Tijdens de informatiebijeenkomst (zie 1.13 hiervoor) heeft klager nog het volgende naar voren gebracht.
- 3.2. Klager is gewend in dit soort aanbestedingsprocedures met soortgelijke opdrachten voor dezelfde soort aanbestedende diensten te mogen participeren als gevolmachtigde agent. Momenteel treedt klager ook bij de uitvoering van meerdere soortgelijke opdrachten voor soortgelijke aanbestedende diensten op als gevolmachtigd agent. Dit is een gebruikelijke manier van werken in deze markt.
- 3.3. Klager bezit alle benodigde vergunningen om als gevolmachtigde agent namens een verzekeraar op te treden. Normaal gesproken dient zij in een aanbestedingsprocedure een eigen verklaring in van de verzekeraar die zij vertegenwoordigt en van zichzelf. Uiteindelijk tekent de verzekeraar ook voor de dekking en krijgt de opdrachtgever deze handtekening ook te zien.
- 3.4. Naar aanleiding van vragen van beklagde geeft klager aan dat zij namens een buitenlandse verzekeraar, Y, een verzoek tot deelneming had willen indienen.
- 3.5. Volgens klager leidt haar betrokkenheid niet tot vertraging tijdens de uitvoering. Zij gebruikt dezelfde elektronische systemen als de verzekeraars en kan even snel handelen.
- 3.6. Naar de mening van klager loopt beklagde niet het risico dat de verzekeraar weigert uit te keren omdat de gevolmachtigde agent buiten de volmacht is getreden. In dat kader wijst klager op artikel 4.79, lid 4, Wet op het financieel toezicht (Wft) waarin staat dat beperkingen van de volmacht nooit aan derden kunnen worden tegengeworpen.
- 3.7. Klager geeft aan dat zij nu al vier aanbestedingen is tegengekomen waarbij X is betrokken en waarbij de gevolmachtigde agent niet mag participeren. Daarmee wordt een beroepsgroep uitgesloten en verliezen gevolmachtigde agenten werk.

### **4. Reactie beklagde**

- 4.1. Beklaagde stelt zich op het standpunt dat de uitsluiting van gevolmachtigde agenten proportioneel althans aanbestedingsrechtelijk toelaatbaar is. Ter onderbouwing van haar standpunt voert beklagde het volgende aan:
  - (a) Een zelfstandige inschrijving van een gevolmachtigde agent leidt volgens beklagde tot aanzienlijke praktische en juridische complicaties voor de aanbestedende dienst vergeleken met het geval dat verzekeraars rechtstreeks zonder tussenkomst van een gevolmachtigde agent inschrijven.
  - (b) Een gevolmachtigde agent voldoet volgens beklagde niet aan de eisen die aan een verzekeraar worden gesteld op grond van artikel 2.27 Wet op het financieel toezicht (Wft) (welke eis ook in de aanbesteding is gesteld). Een beroep op een derde is in dit verband niet mogelijk.
- 4.2. Volgens beklagde staat het aanbestedende diensten op basis van de contractsvrijheid vrij om te bepalen aan welke dienst zij behoefte hebben en te bepalen

welke voorwaarden zij stellen in dit verband in de aanbestedingsdocumenten. Beklaagde verwijst hiertoe naar een aantal uitspraken namelijk: Rb Rotterdam 30 mei 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:3974; Rb Amsterdam 25 mei 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:3127; Rb 's Gravenhage 14-11-2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BY3967 en Rb 's Gravenhage 17-12-2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BO9287.

- 4.3. Dit houdt volgens beklagde in dat aanbestedende diensten ervoor kunnen kiezen om uitsluitingsgronden te hanteren en zij verwijst hierbij naar een citaat op de website van PIANOo: 'De facultatieve uitsluitingsgronden van art 2.87 Aanbestedingswet 2012 lijken limitatief, maar dat is niet zo. Een aanbestedende dienst kan andere uitsluitingsgronden in het aanbestedingsdocument opnemen, zolang deze niet disproportioneel zijn.' Hierbij merkt beklagde op dat zij zich vanzelfsprekend wel dienen te houden aan de aanbestedingsrechtelijke beginselen van transparantie, gelijke behandeling en proportionaliteit.
- 4.4. Beklaagde stelt dat uit de jurisprudentie en de literatuur blijkt dat het aanbestedende diensten is toegestaan om gevolmachtigde agenten uit te sluiten van een aanbesteding en verwijst naar Rb Arnhem, 3-2-2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BV6312; A. Drahmman, Op naar een transparant(er) 2013 (deel 1) Een overzicht van één jaar transparantierechtspraak, TBR 2013/24, p. 123. Zij dient dit volgens beklagde dan wel op een uitdrukkelijke manier te doen waardoor het voor iedere oplettende inschrijver duidelijk is. Beklaagde stelt zich op het standpunt dat zij de uitsluiting uitdrukkelijk in de Aankondiging van de opdracht onder VI.3 (zie 1.2 hiervoor) en in het Selectiedocument onder 4.1.3 (zie 1.3 hiervoor) heeft gecommuniceerd aan inschrijvers en licht dat als volgt toe.
- 4.5. Voor zover beklagde bekend, wordt in de klacht niet ter discussie gesteld dat de uitsluiting in strijd zou komen met het transparantiebeginsel en/of het beginsel van gelijke behandeling. Een dergelijke klacht zou volgens beklagde ook vreemd zijn omdat zeer duidelijk in de aanbestedingsstukken staat vermeld dat gevolmachtigde agenten worden uitgesloten. Uit de aankondiging van de aanbesteding volgt volgens beklagde namelijk dat het verrichten van de dienst aan een bepaalde beroepsgroep is voorbehouden met een algemene verwijzing naar onder andere de Wft (zie onder III 2.1 van de aankondiging van de aanbesteding) (zie 1.2 hiervoor). Onder VI 1.3 in de aankondiging staat volgens beklagde verder duidelijk vermeld dat een verzoek tot deelneming niet is toegestaan door een gevolmachtigde agent (zie 1.2 hiervoor). Dit staat overigens ook op deze manier in het selectiedocument in paragraaf 4.1.3 (zie 1.3 hiervoor).
- 4.6. Beklaagde stelt dat voorgaande zonder meer voldoet aan de transparantievereisten: het is volgens beklagde immers niet voor misverstand vatbaar dat gevolmachtigd agenten niet kunnen deelnemen. Verder is ook van ongelijke behandeling geen sprake. De uitsluiting geldt volgens beklagde immers voor elke gevolmachtigde agent, ongeacht nationaliteit.
- 4.7. Beklaagde stelt verder voorop dat het enkele feit dat bepaalde partijen niet aan aanbestedingsvoorwaarden kunnen voldoen, niet betekent dat de gestelde voorwaarden disproportioneel zijn. Evenmin is het volgens beklagde voldoende om disproportionaliteit aan te nemen wanneer een gedeelte van de markt niet in kan schrijven (Rb Groningen 23 november 2007, ECLI:NL:RBGRO:2007:BB8575 en Rb Alkmaar 18 maart 2010, ECLI:NL:RBALK:2010:BL7898).
- 4.8. Ter onderbouwing van haar standpunt voert beklagde aan dat er volgens haar hoe dan ook (ruim) voldoende restconcurrentie overblijft. Hierbij is het volgens beklagde allereerst van belang dat (in het selectiedocument) het een verzeke-

raar niet verboden is om in te schrijven met een gevolmachtigd agent als contactpersoon. Gevolmachtigde agenten kunnen volgens beklagde dus prima een rol spelen bij de aanbesteding, alleen niet als gegadigde en inschrijver.

- 4.9. Daarnaast geldt volgens beklagde dat verzekeraars zelfstandig kunnen inschrijven zoals zij ook heeft aangegeven in haar e-mail van 18 april 2017 (zie 1.11 hiervoor). Beklaagde geeft aan dat het voor haar duidelijk is dat er ook met de uitsluiting van gevolmachtigde agenten, ruim voldoende partijen een aanmelding hebben gedaan, namelijk elf. Dit duidt naar de mening van beklagde op een stevige belangstelling voor de aanbesteding. Daarbij merkt beklagde op dat al veel verzekeraars het bestek hadden opgevraagd en dat er veel vragen waren gesteld in het kader van de Nota van Inlichtingen.
- 4.10. Nu de selectiefase is afgerond en er elf aanmeldingen van verzekeraars zijn ontvangen, gaat beklagde over naar de gunningsfase. Zij merkt op dat klager hierbij geen partij meer is omdat zij geen aanmelding heeft gedaan. Op grond van het feit dat er elf aanmeldingen voor de aanbesteding zijn gedaan, kan er volgens beklagde niet geconcludeerd worden dat er sprake is van onvoldoende concurrentie.
- 4.11. Ter onderbouwing van haar standpunt dat de uitsluiting van gevolmachtigde agenten proportioneel is, voert beklagde het volgende aan.
- 4.12. Beklaagde is van mening dat het standpunt van klager dat er eigenlijk geen verschil is tussen de situatie dat een verzekeraar rechtstreeks inschrijft, dus zonder de tussenkomst van een gevolmachtigde agent, en een situatie waarin de verzekeraar vertegenwoordigd wordt door een gevolmachtigde agent, onjuist is.
- 4.13. Beklaagde stelt voorop dat het eigenlijk een aanbestedingsrechtelijk vreemde situatie is als gevolmachtigde agenten zomaar kunnen inschrijven. Normaliter sluit de inschrijvende partij de overeenkomst met de aanbestedende dienst. Volgens beklagde is het vanzelfsprekend dat de inschrijvende partij onderaannemers in kan zetten (mits toegestaan, maar in de regel wel zoals ook bij deze aanbesteding) maar het blijft dat de inschrijvende partij het contract sluit.
- 4.14. Volgens beklagde doet zich bij gevolmachtigde agenten de volgende eigenaardigheid voor dat de agent inschrijft, maar de verzekeringsovereenkomst (te weten: de opdracht in kwestie) wordt gesloten tussen een of meer verzekeraars en de aanbestedende dienst. En dus niet met de gevolmachtigde agent, die er tussenuit valt. Dat laatste zou volgens beklagde ook niet kunnen, want de gevolmachtigde agent is geen verzekeraar in de zin van de Wft en mag dus geen verzekeringsovereenkomst sluiten.
- 4.15. Beklaagde weet dat gevolmachtigde agenten een volstrekt gebruikelijk verschijnsel zijn in de verzekeringswereld. Dit laat volgens beklagde echter onverlet dat een en ander aanbestedingsrechtelijk nogal 'wringt'. Alle eisen in de aanbesteding gelden in beginsel voor de inschrijver. Het is volgens beklagde dan ook een zeer onnatuurlijke situatie dat een andere partij dan de inschrijver het contract sluit. Dit geldt volgens beklagde evenzeer als de gevolmachtigde agent op het aanmeldingsformulier aangeeft namens welke verzekeraars hij optreedt. Beklaagde stelt dat de situatie blijft bestaan dat de gevolmachtigde agent de inschrijver is terwijl de agent niet de verzekeringspolis afgeeft. Alleen al hierom is beklagde van mening dat het gerechtvaardigd is om gevolmachtigden uit te sluiten en alleen verzekeraars toe te laten omdat dit deze eigenaardige en ongemakkelijke aanbestedingsrechtelijke situatie voorkomt.

- 4.16. Bovendien komt hier volgens beklagde nog bij dat een gevolmachtigde agent een extra schakel toevoegt aan de contractuele relatie, wat ervoor zorgt dat beklagde als verzekeringnemer in voorkomend geval via een tussenschakel communiceert en dat zou meer tijd en moeite kunnen kosten dan rechtstreeks contact met de verzekeraar waar de beslissingsbevoegdheid ligt.
- 4.17. In deze zaak gaat het om een aanbesteding van een brandverzekering. Daarbij gaat het om zeer hoge verzekerde bedragen en om complicerende factoren als laboratoria en de opslag van chemicaliën. Gezien deze factoren is het volgens beklagde wenselijk dat zij bij deze aanbesteding rechtstreeks met de beslissingsbevoegde verzekeraar(s) kan schakelen en niet met diens gevolmachtigde agent.
- 4.18. Deze argumenten dienen volgens beklagde zwaarder te wegen bij een dergelijke aanbesteding. Het werken met gevolmachtigde agenten is naar de mening van beklagde onpraktisch en daarmee ook onwenselijk. Dat is meteen de verklaring waarom door beklagde is gekozen voor een overall uitsluiting van gevolmachtigde agenten en niet voor het stellen van eisen aan gevolmachtigde agenten in het Selectiedocument.
- 4.19. Voorts merkt beklagde op dat naast het feit dat zij een extra tussenschakel onwenselijk acht, tevens zeer wel mogelijk acht dat dit leidt tot extra kosten aan de kant van beklagde. Weliswaar gaat het volgens beklagde vermoedelijk niet om extra kosten die door de agent worden aangerekend, maar het wordt voor beklagde wel gecompliceerder bij onder andere shadeafwikkelingen en zal dus vrijwel zeker extra interne inzet van beklagde vergen met alle kosten van dien. Dit heeft beklagde in dit geval nu juist willen voorkomen. Beklagde is een onderwijsinstelling die zich richt op het aanbieden van excellent onderwijs en het doen van wetenschappelijk onderzoek. Beklagde probeert al langere tijd de bureaucratie en administratieve lastenverzwaringen te verminderen. Dit is een belangrijk onderwerp dat aansluit bij het algemene Rijksbeleid inzake publieke (onderwijs)instellingen. Dat zou door het toestaan van gevolmachtigde agenten volgens beklagde juist teniet worden gedaan. Het doel van het aanbestedingsrecht is volgens beklagde om met een zo beperkt mogelijk budget tot een zo efficiënt mogelijke aanbesteding te komen. Indien er dan een extra kostenpost wordt toegevoegd, wordt hier naar de mening van beklagde geen bijdrage aan geleverd.
- 4.20. Beklagde merkt op dat er bovendien het risico is op een onvolledig mandaat. Zij wijst hiertoe op artikel 4:79 Wft waaruit volgens beklagde volgt dat de verzekeraar de volmacht (die moet worden verstrekt volgens een wettelijk model) kan beperken. Zo kan de verzekeraar volgens beklagde bepalen dat de gevolmachtigde geen voorlopige dekkingen mag afgeven, dat risico's boven een bepaald bedrag eerst teruggekoppeld moeten worden en zo zijn er nog meer voorbeelden te bedenken die onwenselijk zijn.
- 4.21. Tot slot is het voor beklagde van groot belang dat het aantal personen dat toegang krijgt tot alle relevante verzekeringsdetailinformatie zo klein mogelijk blijft, aangezien er in voorkomende gevallen zeer gevoelige informatie moet worden aangeleverd aan de verzekeraar om verzekeringsdekking en/of uitkering zeker te stellen. Het risico op lekken van informatie wordt volgens beklagde aanzienlijk vergroot indien gevolmachtigde agenten mogen inschrijven omdat dat automatisch zou leiden tot meer personen met toegang tot genoemde gevoelige informatie.
- 4.22. Verder wil beklagde nog wijzen op de ongewenste complicaties in de contractuele relatie. Beklagde stelt dat een gevolmachtigde agent namens en voor rekening van de verzekeraar de verzekeringsovereenkomst sluit met de aanbestedende dienst. Daardoor maakt de gevolmachtigde agent volgens beklagde geen

onderdeel uit van de overeenkomst. Beklaagde stelt dat daardoor volstrekt onduidelijk is wat dan wel de relatie is tussen de gevolmachtigde agent en de aanbestedende dienst. Evenwel zal volgens beklagde tussen de aanbestedende dienst en gevolmachtigde agent (mogelijk) wél een contractuele relatie ontstaan. Echter onduidelijk is volgens beklagde welke vorm deze relatie zal aannemen.

- 4.23. Beklaagde voert aan dat het bijvoorbeeld om een overeenkomst van opdracht zou kunnen gaan, daar de aanbestedende dienst de opdracht zal geven een verzekeringsovereenkomst voor haar te sluiten. De vraag daarbij is volgens beklagde evenwel welke rechten aan deze overeenkomst kunnen worden ontleend en hoe deze in verhouding staat met de verzekeringsovereenkomst.
- 4.24. Beklaagde stelt dat dat zich moeilijk verhoudt tot het aanbestedingsrecht, omdat er ongelijke situaties ontstaan wanneer een gevolmachtigde agent en een verzekeraar allebei apart mogen inschrijven. Bij een inschrijving van de verzekeraar ontstaat er één overeenkomst en bij een gevolmachtigde agent (mogelijk) twee overeenkomsten. Dit druist volgens beklagde in tegen het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijver. Beklaagde stelt dat betoogd kan worden dat juist door gevolmachtigde agenten uit te sluiten er een level playing field ontstaat tussen de inschrijvers omdat er maar één contractuele relatie zal ontstaan tussen de aanbestedende dienst en de verzekeraar.
- 4.25. Volgens beklagde zou de situatie kunnen ontstaan dat de verzekeringsovereenkomst door de gevolmachtigde agent namens de verzekeraar (q.q.) is getekend en de aanbestedende dienst zou nakoming willen vorderen, is niet gegeven dat de aanbestedende dienst dit kan bewerkstelligen door de gevolmachtigde te dagvaarden. Beklaagde verwijst hiertoe naar een uitspraak van het Hof 's-Gravenhage van 14 augustus 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BJ8385. Dit leidt volgens beklagde tot veel ongewenste juridische complicaties.
- 4.26. Hetzelfde geldt volgens beklagde bij aansprakelijkheidskwesties. Wie is aansprakelijk, de verzekeraar of de gevolmachtigde agent? In het geval er direct met een verzekeraar wordt gecontracteerd spelen deze onzekerheden en daarmee juridisch complicaties niet. Ook op deze grond is het volgens beklagde daarom goed verdedigbaar en gerechtvaardigd dat gevolmachtigde agenten bij de aanbesteding worden uitgesloten. Het is voor beklagde van groot belang dat de financiële soliditeit wordt getoetst in de aanbesteding. Nu dit bij gevolmachtigde agenten niet op dezelfde manier gebeurt als bij verzekeraars, ontstaat hier voor beklagde een probleem.
- 4.27. De stelling van klager dat het uiteindelijk niets uitmaakt of direct met de verzekeraar of met een gevolmachtigde wordt gecontracteerd, valt volgens beklagde moeilijk te begrijpen gezien bovenstaande.
- 4.28. Verder wil beklagde duidelijk maken dat zij specifiek deze vorm van tussenpersoon, de gevolmachtigde agent, heeft willen uitsluiten als inschrijver op de aanbesteding. Zij voegt daaraan toe dat het toestaan van een inschrijving zou leiden tot teveel juridisch complicaties wat voor beklagde ongewenst is. Hierbij merkt beklagde op dat gevolmachtigde agenten, net als andere entiteiten, zich wel kunnen opwerpen als (bijvoorbeeld) contactpersoon van een verzekeraar bij een aanbesteding. In dat geval kunnen zij een rol krijgen bij de contractuele fase daarna (inclusief de claimafwikkeling), doch volgens beklagde spelen de hiervoor genoemde juridische complicaties niet.
- 4.29. Ter verduidelijking wil beklagde nog opmerken dat zij niet met een gevolmachtigde agent als tussenpersoon een contractuele relatie wenst aan te gaan en deze

op die manier een zelfstandige positie te verschaffen. Een gevolmachtigde agent als contactpersoon van een of meer verzekeraars is wel mogelijk.

- 4.30. Verder merkt beklagde op dat klager niet goed lijkt te beseffen dat uit het Selectiedocument volgt dat gegadigden voor de uitvoering van de opdracht dient te beschikken over vergunningen die op grond van de Wft (of voor buitenlandse vennootschappen vergelijkbare wet- en/of regelgeving) benodigd zijn om het verzekeringsbedrijf in Nederland te mogen uitvoeren. Uit artikel 2:27 Wft volgt volgens beklagde dat voor (schade)verzekeraars een vergunning van de Nederlandsche Bank nodig is. De vereisten waaraan de verzekeraar moet voldoen, volgen uit artikel 2:31 Wft. Zo gelden volgens beklagde voor verzekeraars regels over het eigen vermogen en de solvabiliteit. Dit biedt beklagde waarborgen dat een verzekeraar aan zijn verplichtingen kan voldoen.
- 4.31. Beklagde geeft aan dat gevolmachtigde agenten onder een lichter Wft-regime vallen. Op grond van artikel 2:92 Wft hebben gevolmachtigd agenten ook een vergunning nodig, maar beklagde stelt dat deze vergunning niet vergelijkbaar is met een verzekeraarsvergunning. Bij gevolmachtigde agenten wordt volgens beklagde met name gekeken naar de geschiktheid, betrouwbaarheid en integriteit van de betrokken personen en niet naar de financiële kant. Dit is volgens beklagde begrijpelijk aangezien gevolmachtigde agenten namens en voor rekening van de verzekeraars handelen en daardoor niet zelf risicodragend zijn.
- 4.32. Voor beklagde zijn de noodzakelijke financiële waarborgen die een verzekeraar biedt nadrukkelijk van belang. Gevolmachtigde agenten vormen voor beklagde slechts intermediairs die informatie (en dus potentiële schades) kunnen doorleiden aan verzekeraars. Dit leidt voor beklagde tot onnodige extra administratieve lasten, hetgeen ten laste komt van de publieke middelen. Dit betekent volgens beklagde dus dat er geen meerwaarde is en meer inefficiëntie. (Zie ook 4.18)
- 4.33. Daarbij komt dat beklagde in 2016 met een vrij forse fraude te maken heeft gehad. Dit is breed uitgemeten in de media. Beklagde wil daarom bij het aangaan van zakelijke contractuele relaties alleen nog in zee gaan met financieel solide partners die onder financieel toezicht staan. Dit vormt voor beklagde een belangrijke reden in haar keuze voor dit traject.
- 4.34. Klager zal volgens beklagde tegenwerpen dat het de verzekeraar is die de risico's draagt, omdat de verzekeringsovereenkomst niet met de gevolmachtigde agent wordt gesloten. Echter, klager ziet over het hoofd dat beklagde wel degelijk risico's loopt. Stel bijvoorbeeld dat klager bepaalde informatie niet goed doorgeeft, waardoor de verzekeraar in een bepaald geval geen of slechts beperkt uitkering hoeft te doen aan beklagde. In dat geval is, zoals hiervoor al aangegeven bij overwegingen 4.25 en 4.26, maar zeer de vraag of de verzekeraar kan worden aangesproken, of dat beklagde enkel de agent kan aanspreken. In dat laatste geval wreekt zich het gebrek aan financiële soliditeit.
- 4.35. Er speelt hier volgens beklagde ook nog een aanbestedingsrechtelijke complicatie. Aanbestedingsrechtelijk is het, volgens de Commissie van Aanbestedingsexperts in advies 319 en 353, namelijk voor een gevolmachtigd agent niet mogelijk om zich bij een aanbesteding te beroepen op de beroepsbevoegdheid (de Wft-vergunning) van een andere rechtspersoon, hier de verzekeraar. Dit brengt mee dat wanneer als geschiktheidseis een vergunning van een verzekeringsbedrijf wordt gevraagd, een gevolmachtigd agent niet voor de beroepsbevoegdheid naar zijn achterliggende verzekeraar mag verwijzen. Ook uit rechtspraak van het HvJEU (HvJEU 7 april 2016, C-324/14 (Remondis)) volgt volgens beklagde dat ten aanzien van de geschiktheidseisen onder bijzondere omstandigheden mag worden afgeweken van de regel dat een beroep op een derde kan worden gedaan

bij de aanbesteding. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer het advies van de derde niet voldoende zou zijn en het van belang is dat de derde de opdracht zelf uitvoert, zoals in het ons voorliggende geval van de verzekeraar.

- 4.36. Hierbij wordt tevens opgemerkt dat klager tegen deze geschiktheidseis geen (uitdrukkelijke) klacht heeft ingediend. Bij brief van 7 maart 2017 stelt klager slechts dat de uitsluiting van een gevolmachtigde agent bij de aanbesteding, haaks staat op de verwijzing naar Wft in de aankondiging. Wat klager hier evenwel over het hoofd ziet is dat de verwijzing naar de Wft in de aankondiging gericht was op een vergunning voor de verzekeraar conform 2:27 Wft en niet op de vergunningsplicht van gevolmachtigden.
- 4.37. De eis van beklagde om als gegadigde conform artikel 2.27 Wft over een vergunning te beschikken, is op zichzelf gerechtvaardigd. Zoals eerder opgemerkt gelden voor verzekeraars strengere eisen, omdat zij risicodragend zijn. Zij zijn dan ook onderworpen aan het prudentieel toezicht van de Nederlandsche Bank en bieden daardoor meer zekerheid dan een gevolmachtigde. Dat beklagde hieraan behoefte heeft, is ook al toegelicht in 4.33 hiervoor.
- 4.38. Uit het hierboven gestelde kan niet anders volgen dan dat klager niet als verzekeraar aangemerkt kan worden, zij zich niet kan beroepen op de vergunningen die de verzekeraar die zij vertegenwoordigd heeft en onderworpen is aan een lichter toezicht dan verzekeraars. Uit het Selectiedocument volgt dat de gegadigde voor de uitvoering van de opdracht dient te beschikken over vergunningen die op grond van de Wft (of voor buitenlandse vennootschappen vergelijkbare wetten/of regelgeving) benodigd zijn om het verzekeringsbedrijf in Nederland te mogen uitvoeren. De uitsluiting van klager op grond van het feit dat zij geen verzekeraar is en dat zij niet aan die eis kan voldoen door een beroep op de vergunning van een ander is hiermee gerechtvaardigd.
- 4.39. Afsluitend willen beklagden nog wijzen op de opmerkelijke gang van zaken rond een publicatie op de website van PIANOo. Klager heeft blijkens een door haar bij de klacht gevoegde mailwisseling met PIANOo, ervoor gezorgd dat een pagina van de website van PIANOo (naar de mening van beklagde onterecht) is geschrapt. Oorspronkelijk stond namelijk vermeld dat de uitsluiting van gevolmachtigden mogelijk is, mits de aanbestedende dienst dit duidelijk vermeldt in haar aanbestedingsstukken. Dit stond er op de volgende manier vermeld: "De mogelijkheid bestaat dat ook een volmachtbedrijf inschrijft op (een deel van) de aanbesteding; hij kan dit doen namens één of meerdere achterliggende verzekeraars. Als een aanbestedende dienst dit niet wil, zal ze deze mogelijkheid expliciet moeten uitsluiten in het aanbestedingsdocument.
- 4.40. Deze passage is volgens beklagde gezien hetgeen in deze reactie uiteen is gezet juridisch volkomen correct. Zie met name overwegingen 4.4 en 4.5.
- 4.41. Dit zou zijn gebeurd naar aanleiding van een advies van, in de woorden van klager, "een interne expert groep binnen het Rijk". Beklagde is volstrekt onbekend met dit advies (zo het al bestaat). Mocht de Commissie zich baseren op dit rapport, dan verzoeken beklagde en X de Commissie in lijn met het beginsel van hoor en wederhoor met klem hen de kans te geven op dit rapport te reageren, alvorens haar advies uit te brengen.
- 4.42. Tijdens de informatiebijeenkomst (zie 1.13 hiervoor) heeft beklagde daarnaast nog het volgende naar voren gebracht.
- 4.43. De overheidsopdracht betreft verzekeringsdiensten in co-assurantie. Er zal één brandverzekeringpolis komen met meerdere verzekeraars. Elke verzekeraar

verbindt zich voor een bepaald percentage van het geheel. De leidend verzekerder zal de brandverzekering coördineren en zal het eerste aanspreekpunt voor beklagde zijn. De afzonderlijke verzekeraars beslissen zelf of ze tot uitkering overgaan.

- 4.44. De omvang en complexiteit van de onderhavige opdracht is reden voor beklagde geweest om te besluiten verzoeken tot deelneming met gevolmachtigde agenten niet toe te staan. Beklagde is van mening dat zij vrij is daartoe te besluiten. Per opdracht moet worden beoordeeld participatie van gevolmachtigde agenten al dan niet toe te staan.
- 4.45. Beklagde voert aan dat 'risk engineering', het voorkomen en beperken van schade, bij deze opdracht belangrijk is, terwijl gevolmachtigde agenten daarvoor meestal niet de mensen in dienst hebben. Voor minder complexe verzekeringsdiensten kan wel met gevolmachtigde agenten worden gewerkt. Verder zal beklagde al met meerdere partijen te maken hebben doordat het om co-assurantie gaat. Het aantal betrokkenen wil beklagde verder zo klein mogelijk houden. Voorts verwacht beklagde dat een gevolmachtigde agent regelmatig zal moeten afstemmen met de verzekeraar, zodat er bij de uitvoering van de opdracht vertraging optreedt. Ook de uitbetaling loopt via de gevolmachtigde agent zodat er vertraging optreedt. Ook vreest beklagde dat de verzekeraar dekking zal weigeren indien de gevolmachtigde agent buiten haar volmacht treedt. Ten slotte ziet beklagde als een risico dat de door een gevolmachtigde agent vertegenwoordigd verzekeraar na gunning toch niet blijkt te willen.
- 4.46. Beklagde heeft er geen probleem mee als klager niet als gevolmachtigde agent, maar op basis van een volmacht in de zin van artikel 3:60 BW zou deelnemen aan de aanbestedingsprocedure. Naar de mening van beklagde is de rechtsfiguur van artikel 3:60 BW helder, terwijl de rechtsfiguur van de gevolmachtigde agent diffuus is. Later geeft beklagde aan dat niet de rechtsfiguur van de gevolmachtigde agent diffuus is, maar dat de positie van een gevolmachtigde agent tijdens een aanbestedingsprocedure diffuus is.
- 4.47. Beklagde geeft aan dat het mogelijk is om in de aanbestedingsprocedure nadere eisen aan de tussenschakel te stellen, maar daar de reden niet voor in te zien omdat er nu al genoeg concurrentie is. Beklagde heeft namelijk 10 inschrijvingen ontvangen.

## **5. Beoordeling**

- 5.1. De Commissie stelt vast dat beklagde op 24 februari 2017 een Europese niet-openbare procedure heeft aangekondigd voor een overheidsopdracht tot het leveren van brandverzekeringsdiensten. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en 2 van de ten tijde van de aankondiging van de overheidsopdracht geldende Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit.
- 5.2. Voor de behandeling van de klacht is het volgende juridisch kader relevant.
- 5.2.1. Titel 3 van Boek 3 BW regelt de rechtsfiguur van de volmacht. In artikel 3:60, lid 1, BW is bepaald:

'Volmacht is de bevoegdheid die een volmachtgever verleent aan een ander, de gevolmachtigde, om in zijn naam rechtshandelingen te verrichten.'



5.2.2. In artikel 3:61, lid 2 BW is bepaald:

'Is een rechtshandeling in naam van een ander verricht, dan kan tegen de wederpartij, indien zij op grond van een verklaring of gedraging van die ander heeft aangenomen en onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mocht aannemen dat een toereikende volmacht was verleend, op de onjuistheid van deze veronderstelling geen beroep worden gedaan.'

5.2.3. In de Wet op het financieel toezicht (Wft) is in artikel 1:1 de volgende definitie van een gevolmachtigde agent opgenomen:

'*gevolmachtigde agent*: degene die optreedt als gevolmachtigde agent'

en

'*optreden als gevolmachtigde agent*: het in de uitoefening van een beroep of bedrijf als gevolmachtigde van een verzekeraar voor diens rekening sluiten van een verzekering met een cliënt'

5.2.4. 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. Slechts verzekeraars of gevolmachtigde agenten mogen op basis van de Wft een verzekeringsovereenkomst (in het geval van de gevolmachtigd agent: namens een verzekeraar) afsluiten.

5.2.5. In artikel 2:94 Wft is bepaald aan welke voorwaarden moet worden voldaan om een vergunning van de Autoriteit Financiële Markten te verkrijgen. Deze voorwaarden zien op de geschiktheid, vakbekwaamheid en betrouwbaarheid van bepaalde personen, het beleid met betrekking tot integere bedrijfsuitoefening, de zeggenschapsstructuur en de inrichting van de bedrijfsvoering en zijn elders in de Wft en bij algemene maatregel van bestuur nader uitgewerkt.

5.2.6. In artikel 3:18 Wft is bepaald:

'1. Indien een financiële onderneming met zetel in Nederland werkzaamheden uitbesteedt aan een derde, draagt de financiële onderneming er zorg voor dat deze derde de ingevolge dit deel met betrekking tot die werkzaamheden op de uitbestedende financiële onderneming van toepassing zijnde regels naleeft.

(...)

3. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur:

(...)

c. worden regels gesteld met betrekking tot de tussen een (...) verzekeraar (...) en de derde te sluiten overeenkomst met betrekking tot het uitbesteden van werkzaamheden.'

5.2.7. Ten slotte bepaalt artikel 4:79 Wft:

'1. De aan een gevolmachtigde agent (...) te verlenen volmacht (...) wordt schriftelijk verleend en wordt opgemaakt overeenkomstig een bij ministeriële regeling vast te stellen model.

2. Een volmacht kan door de volmachtverlenende verzekeraar worden beperkt.

3. (...)

4. Beperkingen van de volmacht (...) kunnen niet aan derden worden tegengeworpen.'

5.2.8. Artikel 1.10, lid 1, Aw 2012 bepaalt:

'Een aanbestedende dienst (...) stelt bij de voorbereiding van en het tot stand brengen van een overheidsopdracht (...) uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijvers en de inschrijvingen die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.'

5.2.9. Artikel 2.79 Aw 2012 ziet op onderaanneming. In het vijfde lid is bepaald:

'Indien een aanbestedende dienst wil controleren of een grond voor uitsluiting als bedoeld in de artikelen 2.86 of 2.87 van een onderaannemer bestaat:

a. vermeldt de aanbestedende dienst in de aankondiging dat de overheidsopdracht uitsluitend gegund wordt aan een hoofdaannemer die voornemens is bij de uitvoering van de overheidsopdracht onderaannemers te betrekken op wie geen grond voor uitsluiting als bedoeld in artikel 2.86 van toepassing is;

b. vermeldt de aanbestedende dienst het in de aankondiging indien hij de overheidsopdracht uitsluitend wil gunnen aan een hoofdaannemer die voornemens is bij de uitvoering van de overheidsopdracht onderaannemers te betrekken op wie geen grond voor uitsluiting als bedoeld in artikel 2.87 van toepassing is;

c. kan de aanbestedende dienst voorafgaand aan de gunning van de overheidsopdracht verlangen dat de hoofdaannemer een eigen verklaring overlegt van de onderaannemers die hij voornemens is bij de uitvoering van de overheidsopdracht te betrekken;

d. draagt de aanbestedende dienst er zorg voor dat de overeenkomst erin voorziet dat de hoofdaannemer tot vervanging van de onderaannemer overgaat over wie in het onderzoek een grond voor uitsluiting als bedoeld in artikel 2.86 bekend is geworden;

e. kan de aanbestedende dienst er zorg voor dragen dat de overeenkomst erin voorziet dat de hoofdaannemer overgaat tot vervanging van de onderaannemer over wie in het onderzoek een grond voor uitsluiting als bedoeld in artikel 2.87 bekend is geworden;

f. kan de aanbestedende dienst er zorg voor dragen dat de overeenkomst erin voorziet dat de hoofdaannemer een eigen verklaring, certificaten of andere ondersteunende documenten van de onderaannemers overlegt.'

5.2.10. In paragraaf 2.3.6.1 ("Geschiktheidseisen") is in artikel 2.90 Aw 2012 onder meer bepaald:

'1. Een aanbestedende dienst kan (...) geschiktheidseisen stellen aan gegadigden en inschrijvers.

2. De geschiktheidseisen, bedoeld in het eerste lid, kunnen betreffen:

a. de financiële en economische draagkracht;

b. de technische en beroepsbekwaamheid;

c. beroepsbevoegdheid.

(...)

8. 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.

5.2.11. Artikel 2.92, lid 1, Aw 2012 bepaalt:

'Een ondernemer kan zich voor een bepaalde overheidsopdracht beroepen op de financiële en economische draagkracht van andere natuurlijke personen of

rechtspersonen, ongeacht de juridische aard van zijn banden met die natuurlijke personen of rechtspersonen. Een ondernemer toont in dat geval bij de aanbestedende dienst aan dat hij kan beschikken over de voor de uitvoering van de overheidsopdracht noodzakelijke middelen van die natuurlijke personen en rechtspersonen.'

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

'Een ondernemer kan zich voor een bepaalde overheidsopdracht beroepen op de technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid van andere natuurlijke personen of rechtspersonen, ongeacht de juridisch 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.'

5.2.13. 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.'

5.3. Alvorens tot behandeling van de klacht over te gaan, plaatst de Commissie nog de volgende algemene opmerkingen.

5.3.1. Er kan een onderscheid worden gemaakt tussen ondernemingen die bij een aanbestedingsprocedure inschrijven op eigen naam en ondernemingen die inschrijven in naam van een ander. Bij inschrijving op eigen naam komt na aanvaarding door de aanbestedende dienst van de winnende inschrijving een overeenkomst tot stand tussen de winnende inschrijver en de aanbestedende dienst. Bij inschrijving in naam van een ander geldt die ander als inschrijver en komt na aanvaarding door de aanbestedende dienst een overeenkomst tot stand tussen die ander en de aanbestedende dienst.

5.3.2. In het geval dat een onderneming inschrijft namens een ander, treedt de eerstbedoelde onderneming op als vertegenwoordiger van die ander. In de regel zal de bevoegdheid van de onderneming om die ander te vertegenwoordigen berusten op een volmacht in de zin van art. 3:60 BW. Met het verlenen van een volmacht geeft die ander de bevoegdheid aan een onderneming om in haar naam rechtshandelingen te verrichten. Voor een geval als het onderhavige kan dan onderscheid worden gemaakt tussen het verrichten van rechtshandelingen die verband houden met het aangaan van de overeenkomst die het object vormt van de aanbestedingsprocedure en het verrichten van rechtshandelingen in het kader van de uitvoering van de na de aanbestedingsprocedure tot stand gekomen overeenkomst.

5.3.3. Op grond van artikel 2:27 Wft is het gevolmachtigde agenten verboden om op eigen naam in te schrijven op een aanbestedingsprocedure teneinde op eigen naam een verzekeringsovereenkomst aan te gaan met een aanbestedende dienst. De Wft verbiedt niet dat gevolmachtigde agenten in naam van een ander verzekeringsovereenkomsten aangaan, maar geeft enkel de kaders aan waarbinnen die mogelijkheid bestaat. De Wft verbiedt evenmin dat gevolmachtigde agenten in naam van een ander verzekeringsovereenkomsten uitvoeren en in dat kader rechtshandelingen verrichten.

- 5.4. De Commissie zal nu overgaan tot behandeling van de klacht.
- 5.5. 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.
- 5.6. De eerste te beantwoorden vraag is of beklagde aan haar hiervoor bedoelde verplichting heeft voldaan, in die zin dat zij de uitsluiting van gevolmachtigde agenten – met inbegrip van de reikwijdte van die uitsluiting – in de aanbestedingsstukken zodanig heeft geformuleerd dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers deze uitsluiting 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 uitsluiting 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.
- 5.6.1. In de aanbestedingsstukken heeft beklagde bepaald dat het niet is toegestaan om een verzoek tot deelneming en een inschrijving te doen als gevolmachtigde agent (paragraaf VI.3 van de Aankondiging, zie 1.2 hiervoor en paragraaf 4.1.3 van het Selectiedocument, zie 1.3 hiervoor). Van de gevolmachtigde agent is de volgende definitie opgenomen in paragraaf 1 van het Selectiedocument: 'een dienstverlener die in de uitoefening van een beroep of bedrijf als gevolmachtigde van een verzekeraar of verzekeraars voor diens rekening verzekeringen afsluit (onderstreping, Commissie)'. Met deze definitie in het Selectiedocument sluit beklagde aan bij de definitie van het begrip 'gevolmachtigde agent' in artikel 1:1 Wft. Het voorgaande betekent dat het gevolmachtigde agenten op grond van paragraaf VI.3 van de Aankondiging en paragraaf 4.1.3 van het Selectiedocument niet is toegestaan (in eigen naam of) in naam van een verzekeraar een verzoek tot deelneming of inschrijving in te dienen en (in eigen naam of) in naam van een verzekeraar een overeenkomst met de aanbestedende dienst aan te gaan.
- 5.6.2. Over vertegenwoordiging door een gevolmachtigde agent van een of meer verzekeraars in het kader van de uitvoering van de overeenkomst is in de aanbestedingsstukken niets bepaald. In de praktijk schakelen verzekeraars gevolmachtigde agenten echter niet alleen in voor het aangaan van de overeenkomst, maar juist ook voor de uitvoering daarvan. Gevolmachtigde agenten nemen de werkzaamheden van de verzekeraar grotendeels over. Zie De Jong, De verantwoordings- en rekenplicht van de verzekeringstussenpersoon en de gevolmachtigd agent, TAV 2016/48, p. 22:

'In werkelijkheid beperken de bevoegdheden van een gevolmachtigd agent zich niet tot het sluiten van verzekeringen in naam van de verzekeraar die hem volmacht verleende. Zijn bevoegdheden, die in de WAb en vervolgens in de Wabb werden aangeduid als het als gevolmachtigde vertegenwoordiger van een verzekeraar voor diens rekening uitoefenen van het verzekeringsbedrijf, reiken veel verder.'

Ook N. Vloemans en C.E.E.S.M. Spierings (Zicht op toezicht in de verzekeringssector (R&P nr. VR6) 2016/1.5.3) schrijven in de toelichting op de definitie 'optreden als een gevolmachtigde agent' in artikel 1:1 Wft:

'(...) Voor een gevolmachtigde agent bestaan de werkzaamheden bovendien in belangrijke mate uit het beheren en uitvoeren van de verzekeringsovereenkomst, terwijl dat voor de bemiddelaar hooguit een bijkomstigheid is.'

- 5.6.3. De Commissie is van oordeel dat het voor de hand ligt dat beklagde niet alleen de betrokkenheid van gevolmachtigde agenten bij de totstandkoming van de overeenkomst heeft willen uitsluiten, maar ook de betrokkenheid van gevolmachtigde agenten bij de uitvoering van de overeenkomst. Alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers zijn bekend met de verzekeringsbranche en zullen het verbod in de aanbestedingsstukken dan ook op dezelfde wijze uitleggen in die zin dat het gevolmachtigde agenten niet alleen niet is toegestaan in de aanbestedingsprocedure een verzoek tot deelneming of inschrijving in te dienen en (in eigen naam of) namens een verzekeraar een overeenkomst met de aanbestedende dienst aan te gaan, maar ook niet is toegestaan bij de uitvoering van de opdracht in naam van een verzekeraar op te treden.
- 5.6.4. Ten overvloede merkt de Commissie op dat in de procedure bij de Commissie is gebleken dat beklagde deze uitleg ook voor ogen stond. Dit leidt de Commissie af uit de argumenten die beklagde aanvoert voor het verbod aan gevolmachtigde agenten om een verzoek tot deelneming of een inschrijving in te dienen. Veel van die argumenten zien op de uitvoeringsfase van de overeenkomst.
- 5.7. De Commissie heeft de klacht – mede gelet op de toelichting die klager daarop heeft gegeven tijdens de inlichtingenbijeenkomst – aldus begrepen dat klager had willen inschrijven in naam van een buitenlandse verzekeraar en die verzekeraar zowel had willen vertegenwoordigen bij het aangaan van de overeenkomst, als bij de uitvoering daarvan.
- 5.8. De Commissie zal vervolgens onderzoeken of de uitsluiting van gevolmachtigde agenten in de aanbestedingsstukken overeenkomstig artikel 1.10, lid 1, Aw 2012 in redelijke verhouding staat tot het voorwerp van de opdracht. Omdat het op basis van de Wet op het financieel toezicht niet is toegestaan dat een gevolmachtigde agent op eigen naam inschrijft en een verzekeringsovereenkomst aangaat (zie 5.3.3 hiervoor), moet de beantwoording van deze vraag worden toegespitst op het geval waarin een gevolmachtigde agent in naam van een verzekeraar optreedt. De beantwoording van deze vraag valt uiteen in twee delen (zie 5.9 en 5.11 hierna).
- 5.9. Allereerst zal de Commissie onderzoeken of de genoemde uitsluiting in redelijke verhouding staat tot het voorwerp van de opdracht voor zover de uitsluiting betrekking heeft op het aangaan van een verzekeringsovereenkomst door een gevolmachtigde agent in naam van een verzekeraar.
- 5.9.1. Dat een gevolmachtigde in naam van een ander een verzoek tot deelname indient en inschrijft op een aanbestedingsprocedure is gebruikelijk en goed mogelijk, ook bij de aanbesteding van overheidsopdrachten tot het leveren van verzekeringsdiensten. De gevolmachtigde agent treedt dan op in naam van één of meer verzekeraars en sluit namens hen een verzekeringsovereenkomst. Zoals hiervoor is overwogen geldt in een dergelijk geval de verzekeraar en niet de gevolmachtigde agent als de inschrijvende partij (zie 5.3.1; vgl. ook vnr. Rb. Rotterdam van 22 februari 2011, zaak-/rolnr. 370672/KG ZA 11-27, niet gepubliceerd). De verzekeraar zal worden getoetst aan de uitsluitingsgronden en zal in beginsel aan alle geschiktheidseisen en selectiecriteria moeten voldoen, zoals de vergunningsplicht van artikel 2.27 Wft.
- 5.9.2. De aanbestedende dienst mag bewijs vragen van de volmacht die de gevolmachtigde agent heeft ontvangen van de verzekeraar namens wie hij het verzoek tot

deelneming of de inschrijving indient. Ook mag de aanbestedende dienst vragen naar de vergunning van de gevolmachtigde agent op basis van artikel 2:92 Wft. Voor zover de verzekeraar overeenkomstig de artikelen 2.92, lid 1 en 2.94, lid 1, Aw 2012 een beroep doet op de technische bekwaamheid of financiële en economische draagkracht van de gevolmachtigde agent zal hij moeten aantonen dat de gevolmachtigde agent aan de desbetreffende eisen voldoet en dat de verzekeraar daarover kan beschikken. Ook kan de aanbestedende dienst naar het oordeel van de Commissie bepalen dat de gevolmachtigde agent eveneens aan uitsluitingsgronden zal worden getoetst (vergelijk artikel 2.79, lid 5, Aw 2012 betreffende onderaannemers).

- 5.9.3. Beklaagde heeft tijdens de inlichtingenbijeenkomst aangegeven er geen bezwaar tegen te hebben wanneer klager bij het aangaan van de overeenkomst als gevolmachtigde op basis van artikel 3:60 BW in naam van een verzekeraar zou optreden (zie 4.46 hiervoor). Zoals de Commissie hiervoor heeft aangegeven is dat inderdaad mogelijk. De Commissie wijst er echter op dat de regeling van de volmacht in artikel 3:60 e.v. BW de lex generalis betreft, terwijl in de Wet op het financieel toezicht een lex specialis is opgenomen voor de gevolmachtigde agent. Dat betekent dat het enkel is toegestaan dat de gevolmachtigde in de zin van artikel 3:60 BW in naam van een verzekeraar verzekeringsovereenkomsten sluit, indien hij tevens aan de vereisten uit de Wet op het financieel toezicht voldoet.
- 5.9.4. Nu het in het kader van een aanbestedingsprocedure aangaan van een verzekeringsovereenkomst met tussenkomst van een gevolmachtigde agent in beginsel goed mogelijk is, komt de Commissie toe aan beantwoording van de in 5.9 gestelde vraag.
- 5.9.5. Beklaagde wijst op diverse problemen die zij voorziet wanneer zij zou toestaan dat een gevolmachtigde agent optreedt als inschrijvende partij (zie 4.1, 4.12-4.15, 4.26, 4.28, 4.30, 4.35-4.38 hiervoor).
- 5.9.6. In 5.3.3 hiervoor is duidelijk gemaakt dat gevolmachtigde agenten in aanbestedingsprocedures die zijn gericht op het sluiten van verzekeringsovereenkomsten in naam van een of meer verzekeraars kunnen inschrijven en niet op eigen naam. Een aanbestedende dienst kan dit onderscheid in de aanbestedingsstukken duidelijk maken. In dat licht is een algeheel verbod op betrokkenheid van gevolmachtigde agenten bij het tot stand brengen van een verzekeringsovereenkomst tussen een aanbestedende dienst en een of meer verzekeraars niet evenredig om het gewenste doel – namelijk: het uitsluiten van verzoeken tot deelneming of inschrijvingen door gevolmachtigde agenten op eigen naam – te bereiken.
- 5.9.7. Beklaagde heeft voorts gewezen op het risico dat na de mededeling van de gunningsbeslissing blijkt dat de verzekeraar zijn inschrijving niet gestand doet en de inschrijving terugtrekt (zie 4.45 hiervoor). Dit risico acht de Commissie zeer klein, aangezien de handelingen van de gevolmachtigde agent de verzekeraar onvoorwaardelijk binden. Beklaagde kan, zoals zeer gebruikelijk is bij aanbestedingen, in de uitnodiging tot inschrijving als eis stellen dat de inschrijving bindend is en gestand moet worden gedaan gedurende een bepaalde periode. Mocht de verzekeraar, die immers als inschrijver heeft te gelden, zijn inschrijving niet gestand doen, dan staan de gebruikelijke remedies van het civiele recht aan beklagde ter beschikking. Naar het oordeel van de Commissie kan dit risico de beslissing om de betrokkenheid van gevolmachtigde agenten uit te sluiten bij het aangaan van de overeenkomst dan ook niet dragen.
- 5.9.8. Dat er in de ogen van beklagde zonder deelname door gevolmachtigde agenten reeds voldoende concurrentie bestaat (zie 4.8-4.10, 4.47 hiervoor), levert naar het oordeel van de Commissie evenmin objectieve grond op om de mogelijkheid

uit te sluiten dat een verzekeraar zich bij het aangaan van een verzekeringsovereenkomst door een gevolmachtigde agent laat vertegenwoordigen.

- 5.9.9. Ten slotte beroept beklagde zich op haar contractsvrijheid, die met zich meebrengt dat zij vrij is te bepalen aan welke dienst zij behoefte heeft en te bepalen welke voorwaarden zij stelt (zie 4.2, 4.3 en 4.7 hiervoor).
- 5.9.10. De contractsvrijheid van een aanbestedende dienst gaat naar het oordeel van de Commissie echter niet zo ver dat hij zonder objectieve grond mag verbieden dat een gevolmachtigde agent in naam van een verzekeraar inschrijft om een verzekeringsovereenkomst met beklagde aan te gaan.
- 5.10. Beklagde heeft nog naar voren gebracht dat uit het vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank Arnhem van 3 februari 2012 (ECLI:NL:RBARN:2012:BV6312) blijkt dat het aanbestedende diensten is toegestaan om gevolmachtigde agenten uit te sluiten van een aanbesteding (zie 4.4 hiervoor). Dit vonnis doet echter aan het voorgaande oordeel niet af. In die zaak had de aanbestedende dienst gevolmachtigde agenten niet uitgesloten van de aanbestedingsprocedure. In dat kader heeft de voorzieningenrechter geoordeeld dat de aanbestedende dienst de inschrijving door gevolmachtigde agenten uitdrukkelijk had moeten uitsluiten als hij geen inschrijving door gevolmachtigde agenten wilde toestaan. Nu de aanbestedende dienst inschrijving door gevolmachtigde agenten niet had uitgesloten, mochten zij inschrijven. Niet is gebleken dat de voorzieningenrechter de vraag heeft onderzocht of inschrijving door gevolmachtigde agenten in naam van een verzekeraar mocht worden uitgesloten. Uit dit vonnis volgt in ieder geval niet dat aanbestedende diensten in strijd met artikel 1.10, lid 1, Aw 2012 mogen bepalen dat gevolmachtigde agenten niet in de aanbestedingsprocedure mogen worden betrokken. Hetzelfde geldt voor het vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam van 22 februari 2011 (zaak-/rolnr. 370672/KG ZA 11-27, niet gepubliceerd).
- 5.11. De Commissie zal nu onderzoeken of de genoemde uitsluiting in redelijke verhouding staat tot het voorwerp van de opdracht voor zover de uitsluiting betrekking heeft op het uitvoeren van een verzekeringsovereenkomst door een gevolmachtigde agent in naam van een verzekeraar (zie 5.8 hiervoor).
  - 5.11.1. Beklagde heeft in dit kader aangegeven rechtstreeks contact met de beslissingsbevoegde verzekeraar te willen vanwege de omvang en complexiteit van de opdracht (zie 4.16-4.20, 4.32, 4.44, 4.45 hiervoor). Beklagde wil niet via een tussenschakel moeten communiceren. Dat zou meer tijd en moeite kosten en daardoor ook extra kosten voor beklagde met zich meebrengen. Beklagde ziet ook als risico dat de verzekeraar de volmacht heeft beperkt, zodat de gevolmachtigde agent regelmatig moet terugkoppelen met de verzekeraar.
  - 5.11.2. Deze argumenten overtuigen de Commissie niet. Ook indien beklagde rechtstreeks communiceert met de verzekeraar, is goed mogelijk dat de contactpersoon binnen de verzekeraar – die in de regel eveneens zal optreden op basis van een verleende volmacht – zaken zal moeten afstemmen met andere afdelingen binnen de verzekeraar of akkoord moet krijgen van leidinggevenden. Ook in dat geval kan de omvang en complexiteit van de opdracht tot vertraging van de afhandeling binnen de organisatie van de verzekeraar leiden. Tijdens de inlichtingenbijeenkomst heeft ook klager overigens weersproken dat haar betrokkenheid tot vertraging zou leiden.
  - 5.11.3. Bovendien heeft beklagde in haar reactie op de klacht en tijdens de inlichtingenbijeenkomst aangegeven er geen bezwaar tegen te hebben wanneer klager als contactpersoon zou optreden (zie 4.8, 4.28, 4.29 hiervoor). De argumenten

van beklagde dat zij niet met een extra tussenschakel wil werken, verliezen daarmee aan kracht. Een contactpersoon met minder bevoegdheden dan een gevolmachtigde agent zal bovendien nog meer zaken met de verzekeraar moeten afstemmen.

- 5.11.4. Verder heeft beklagde aangegeven het aantal personen dat toegang krijgt tot gevoelige verzekeringsinformatie zo beperkt mogelijk te willen houden, vanwege het risico op lekken (zie 4.21, 4.45 hiervoor).
- 5.11.5. Ook dit argument overtuigt de Commissie niet. Ook indien er rechtstreeks contact is met de verzekeraar kan gevoelige informatie op meerdere bureaus binnen de organisatie van verzekeraar terechtkomen. Mede in dat licht is een verbod van deelname van gevolmachtigde agenten een onevenredige maatregel.
- 5.11.6. In verband met een forse fraude bij beklagde in het verleden heeft zij voorts aangegeven alleen nog zaken te willen doen met financieel solide partners die onder financieel toezicht staan (zie 4.31-4.33 hiervoor).
- 5.11.7. Dit lijkt de Commissie een onmogelijk streven, omdat slechts bepaalde soorten ondernemingen onder financieel toezicht staan. Bovendien laat het aanbestedingsrecht niet toe dat van elke gegadigde, inschrijver, combinant, onderaannemer, gevolmachtigde of contactpersoon wordt geëist dat die aan bepaalde geschiktheidseisen op het gebied van financiële en economische draagkracht voldoen. Het is de gegadigde of inschrijver die aan de geschiktheidseisen voor financiële en economische draagkracht moet voldoen en hij mag in dat kader op basis van artikel 2.92, lid 1, Aw 2012 zelfs een beroep doen op derden, mits hij daarbij aantoonbaar te kunnen beschikken over de voor de uitvoering noodzakelijke middelen van die derden. Dat beklagde alleen maar zaken wil doen met financieel solide partners kan dan ook geen reden zijn om gevolmachtigde agenten van deelname uit te sluiten. De Commissie verwijst in dit kader ook naar overweging 5.11.15 hierna.
- 5.11.8. Ook heeft beklagde aangegeven dat 'risk engineering', het voorkomen en beperken van schade, bij deze complexe opdracht belangrijk is, terwijl gevolmachtigd agenten daarvoor meestal niet de mensen in dienst hebben (zie 4.45 hiervoor).
- 5.11.9. Naar het oordeel van de Commissie levert dit evenmin een objectieve grond op om gevolmachtigde agenten te verbieden een verzoek tot deelname of inschrijving in te dienen. Indien zogenoemde 'risk engineering' belangrijk is voor de uitvoering van de opdracht, kan een aanbestedende dienst ter zake geschiktheidseisen stellen.
- 5.11.10. Beklagde spreekt ook de vrees uit dat de verzekeraar de volmacht kan beperken, door bijvoorbeeld geen voorlopige dekkingen toe te staan (zie 4.20 hiervoor).
- 5.11.11. Ook dit argument overtuigt de Commissie niet. Beklagde kan immers in de aanbestedingsstukken als eis of uitvoeringsvoorwaarde voorschrijven dat ook voorlopige dekkingen moeten worden afgegeven en daarbij eveneens termijnen stellen.
- 5.11.12. Tevens heeft beklagde moeite met de relatie die tussen aanbestedende dienst en de gevolmachtigde agent ontstaat (zie 4.22-4.24, 4.29 hiervoor). Beklagde veronderstelt dat er een contractuele relatie tot stand komt, maar dat onduidelijk is welke vorm deze relatie zal aannemen. Doordat er, aldus nog steeds beklagde, twee overeenkomsten tot stand komen – één tussen beklagde en verzeke-



raar en één tussen beklagde en gevolmachtigde agent – is er sprake van een andere situatie dan indien de verzekeraar rechtstreeks inschrijft en daarmee is er volgens beklagde strijd met het beginsel van gelijke behandeling.

- 5.11.13. Zoals de Commissie hiervoor heeft overwogen (zie 5.3.1 hiervoor), komt er geen contractuele relatie tussen de gevolmachtigde agent en beklagde tot stand. Niet beklagde, maar de verzekeraar is de opdrachtgever van de gevolmachtigde agent. Strijd met het beginsel van gelijke behandeling, indien gevolmachtigde agenten in naam van een verzekeraar mogen inschrijven, ziet de Commissie ook overigens niet.
- 5.11.14. Beklagde heeft er verder moeite mee in rechte geen nakoming bij de gevolmachtigde agent te kunnen vorderen. Ook vraagt zij zich af wie zij bij problemen bij de uitvoering van de verzekeringsovereenkomst aansprakelijk kan stellen: de verzekeraar of de gevolmachtigde agent. Dit is voor haar reden om gevolmachtigde agenten niet toe te laten tot de procedure (zie 4.25, 4.26, 4.34, 4.45).
- 5.11.15. In geval van problemen bij de uitvoering van de verzekeringsovereenkomst kan de aanbestedende dienst de normale remedies uit hoofde van niet-nakoming instellen jegens zijn contractspartij, de verzekeraar. De verzekeraar kan dus ook worden aangesproken voor fouten van de gevolmachtigde agent in het kader van de uitvoering van de verzekeringsovereenkomst. Verder kan de verzekeraar op grond van artikel 4:79 Wft niet aan de aanbestedende dienst tegenwerpen dat hij de volmacht heeft beperkt en dat de gevolmachtigde agent bij het tot stand brengen en/of uitvoeren van de verzekeringsovereenkomst buiten de volmacht is getreden. De Commissie ziet hier dan ook geen reden om de betrokkenheid van gevolmachtigde agenten uit te sluiten.
- 5.12. Resumerend komt de Commissie alles afwegende tot de volgende beantwoording van de in 5.8 hiervoor gestelde vraag. De onderbouwing die beklagde geeft voor haar beslissing om de betrokkenheid van gevolmachtigde agenten zowel bij het aangaan, als het uitvoeren van de verzekeringsovereenkomst uit te sluiten, kan die beslissing naar het oordeel van de Commissie niet dragen. Naar het oordeel van de Commissie is de bedoelde uitsluiting in strijd met artikel 1.10, lid 1 Aw 2012.
- 5.13. De Commissie overweegt tot slot nog dat de uitsluiting ook overigens een belemmering kan opleveren voor buitenlandse verzekeraars. De uitsluiting is, nu daar geen objectieve rechtvaardigingsgrond voor bestaat, naar het oordeel van de Commissie daarom tevens discriminatoir.
- 5.14. De klacht is gegrond.

## **6. Advies**

De Commissie acht de klacht **gegrond**.

## **7. Aanbeveling**

De Commissie beveelt aanbestedende diensten bij de aanbesteding van verzekeringsovereenkomsten aan in de aanbestedingsstukken aan te geven dat gevolmachtigde agenten slechts in naam van een verzekeraar mogen inschrijven en niet in eigen naam, zodat helder is dat de verzekeraar de inschrijver en uiteindelijk de contractspartij is en niet de gevolmachtigde agent. Ook beveelt de Com-

missie aan in de aanbestedingsstukken duidelijk te maken welke extra eisen in een dergelijk geval eventueel aan de gevolmachtigde agent worden gesteld, zoals het overleggen van de machtiging van de verzekeraar, een vergunning op basis van artikel 2:92 Wft en een eigen verklaring van de gevolmachtigde agent betreffende de uitsluitingsgronden.

Den Haag, 30 juni 2017

W.g.:

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

Mr. drs. T.H. Chen  
Commissielid