

# Commissie van Aanbestedingsexperts

## Advies 452

### 1. Feiten

- 1.1. Beklaagde heeft op 20 september 2017 een Europese openbare aanbestedingsprocedure aangekondigd voor een overheidsopdracht voor de levering en installatie van zonnepanelen.
- 1.2. In de Aankondiging van 20 september 2017 is bepaald:

#### 'AANKONDIGING VAN EEN OPDRACHT

##### Leveringen

(...)

AFDELING II: VOORWERP

#### II.1) OMVANG VAN DE AANBESTEDING

##### II.1.1) Benaming

Aanschaf, installatie van zonnepanelen  
(...)

##### II.1.2) CPV-code(s)

Hoofdcategorie:  
09331000 - Zonnepanelen  
Subcategorie:  
-

##### II.1.3) Type opdracht

Leveringen'

- 1.3. In de Aanbestedingsleidraad van 19 september 2017 is, onder meer, het volgende bepaald:

#### '1 Algemeen

(...)

#### 1.6 Klachten

Klachten met betrekking tot onderhavige aanbestedingsprocedure kunnen worden ingediend bij de commissie van Aanbestedingsexperts via het e-mailadres dat is te vinden op: <https://www.commissievanaanbestedingsexperts.nl>.

#### 1.7 Instemming toepasselijkheid

De ondernemer die tegenover de aanbestedende dienst blijkt heeft gegeven voornemens te zijn een inschrijving te doen, dan wel concreet een inschrijving heeft gedaan, wordt geacht te hebben ingestemd met de toepasselijkheid en inhoud van dit aanbestedingsdocument inclusief bijlagen.

(...)

### **1.10 Eventuele gebreken, onvolkomenheden etc.**

De aankondiging en dit aanbestedingsdocument inclusief bijlagen zijn met grote zorg samengesteld.

Mocht een ondernemer echter onvolkomenheden, tegenstrijdigheden, gebreken of bepalingen in strijd met de Aanbestedingswet 2012 en/of het (overige) aanbestedingsrecht constateren of anderszins bezwaren hebben tegen de aanbestedingsprocedure en de daarin gestelde voorwaarden en eisen, dan wordt de ondernemer dringend verzocht hiervan zo spoedig mogelijk, doch uiterlijk vóór sluiting van de datum van de nota van inlichtingen, schriftelijk melding te maken bij de aanbestedende dienst om zo nodig een en ander te (kunnen) corrigeren of bij te (kunnen) stellen.

Maakt een ondernemer van vorenbedoelde gelegenheid geen gebruik, dan is dat voor risico van die ondernemer en mogen de aanbestedende dienst en overige ondernemers er in beginsel gerechtvaardigd op vertrouwen, dat terzake geen onduidelijkheden en/of bezwaren aanwezig zijn/waren.

'Pro-actief' reageren en handelen is in onderhavig verband (dringend) gewenst en vereist.

(...)

## **3 Uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen**

(...)

### **3.2 Geschiktheidseisen**

Voor eventuele gunning van de opdracht komt uitsluitend in aanmerking de inschrijver die, naar het oordeel van de opdrachtgever, tijdig heeft aangetoond te voldoen aan de hieronder in deze paragraaf (met subparagrafen) gestelde minimumeisen met betrekking tot:

- De financiële en economische draagkracht (paragraaf 3.2.1);
- De technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid (paragraaf 3.2.2);
- De beroepsbevoegdheid (paragraaf 3.2.3).

(...)

#### **3.2.1 Eisen m.b.t. de financiële en economische draagkracht**

De geschiktheidseisen met betrekking tot de financiële en economische draagkracht luiden als volgt:

- Om in aanmerking te komen voor gunning van de opdracht dient de ondernemer/inschrijver een minimale jaaromzet te kennen van € 1.400.000,00 in de jaren 2014, 2015 en 2016.

(...)

#### **3.2.2 Eisen m.b.t. technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid**

De geschiktheidseisen met betrekking tot de technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid luiden als volgt:

- Om in aanmerking te komen voor gunning van de opdracht dient de ondernemer/inschrijver aan te tonen en te verklaren dat zij al 5 jaar PV panelen levert en installeert. Is dat niet mogelijk of ontbreekt de verklaring is dat reden tot uitsluiting.

(...)

### **3.2.3 Eisen m.b.t. de beroepsbevoegdheid**

De geschiktheidseisen met betrekking tot de beroepsbevoegdheid luiden als volgt:

- Om in aanmerking te komen voor gunning van de opdracht dient de ondernemer/inschrijver ingeschreven te zijn in het handelsregister.
- Beschikken over certificering conform Zonnekeur of aantoonbaar soortgelijk keurmerk

(...)

## **4 Aanbestedingsprocedure**

(...)

### **4.12 Voornemen tot gunning en rechtsbescherming**

Het (eventuele) voornemen tot gunning (artikel 1.1 en § 2.3.8.8 Aanbestedingswet 2012) zal aan alle inschrijvers schriftelijk (via Aanbestedingskalender) kenbaar worden gemaakt.

De aanbestedende dienst zal in beginsel gedurende een termijn van tenminste 20 kalenderdagen (ingaaude de dag na verzending van het voornemen tot gunning via Aanbestedingskalender), geen uitvoering geven aan die beslissing en niet tot ondertekening van de overeenkomst en/of tot opdrachtverlening voor de opdracht overgaan, teneinde inschrijvers gedurende die 'standstill-termijn' gelegenheid te bieden een kort geding aanhangig te maken tegen het voornemen tot gunning.

Een kort geding dient op straffe van verval van rechten binnen de standstill-termijn daadwerkelijk aanhangig te worden gemaakt, hetgeen ondermeer betekent dat de betreffende dagvaarding binnen de standstill-termijn aan de opdrachtgever daadwerkelijk betekend dient te worden/zijn.

De concrete standstill-termijn zal bij aankondiging en in de brieven met het voornemen tot gunning aan de inschrijvers bekend worden gemaakt.'

1.4. Klager heeft een inschrijving ingediend.

1.5. Beklaagde heeft op 8 november 2017 de mededeling van de gunningsbeslissing aan klager verzonden waarin, voor zover van belang, het volgende is bepaald:

'Wij delen u mede dat [Beklaagde] op 7 november 2017 heeft besloten tot voorlopige gunning over te gaan van de opdracht voor levering en installatie van zonnepanelen aan het [Adres], aanbesteed onder kenmerk [...], ten gunste van uw onderneming.

### **Gunningscriteria**

Uw ontvangen inschrijving is aan de hand van de in het aanbestedingsdocument en de in het programma van eisen genoemde en beschreven gunningscriteria beoordeeld.

(...)'

1.6. Op 29 november 2017 heeft beklagde de volgende brief aan klager verzonden:

'Met deze brief laten wij u weten dat [Beklaagde] op 28 november 2017 heeft besloten het voornemen tot gunnen van de opdracht levering en installatie zonnepanelen (...) uit te brengen ten gunste van [Y]. Eerder ontving u van ons een

schrijven dat op basis van de ingediende gegevens het voornemen tot gunning aan uw onderneming was uitgesproken.

Een ingekomen bezwaar op het voornemen tot gunnen aan uw onderneming binnen de gestelde bezwarentermijn, heeft tot nader onderzoek geleid. Daarbij is vast komen te staan dat uw onderneming niet aan de inschrijvingsvereisten voldeed. U behaalt de in het programma van eisen gestelde omzet-eis niet en voldeed bovendien niet aan de eisen van beroepsbevoegdheid (KVK). Uw inschrijving wordt dan ook niet verder in het beoordelingsproces meegenomen.

(...)'

- 1.7. Op 6 december 2017 heeft de advocaat van klager de volgende brief aan beklagde verzonden:

'Cliënte heeft ingeschreven op de door u uitgeschreven aanbestedingsprocedure voor de opdracht tot levering en installatie van zonnepanelen op het [Gebouw]. Op deze aanbesteding is het aanbestedingsdocument 'Overeenkomst levering en installatie zonnepanelen [Beklaagde]' d.d. 19 september 2017 van toepassing met kenmerk [...] (hierna: het Aanbestedingsdocument).

Op 7 november 2017 heeft [Beklaagde] het voornemen tot gunning genomen en bij brief van 8 november 2017 hebt u cliënte medegedeeld dat is besloten tot voorlopige gunning over te gaan ten gunste van cliënte.

Bij brief van 29 november 2017 deelde u cliënte evenwel mede dat een ingekomen bezwaar op het voornemen tot gunnen aan cliënte tot nader onderzoek heeft geleid en dat [Beklaagde] op basis van dit nader onderzoek heeft besloten het voornemen tot gunnen van de opdracht uit te brengen ten gunste van [Y]. Volgens u is uit het nader onderzoek immers gebleken dat cliënte niet aan de inschrijvingsvereisten voldeed. U stelt dat cliënte de in het programma van eisen gestelde omzeteis niet behaalt en niet voldoet aan de eisen van beroepsbevoegdheid (KVK).

Namens cliënte maak ik bezwaar tegen het intrekken van het voornemen tot gunning ten gunste van cliënte en tegen het voornemen tot gunning ten gunste van [Y].

In de eerste plaats betwist cliënte dat zij niet aan de eisen van beroepsbevoegdheid voldoet. Artikel 3.2.3 van het Aanbestedingsdocument dat de geschiktheids-eisen met betrekking tot de beroepsbevoegdheid luiden dat de inschrijver dient te zijn ingeschreven in het handelsregister en dient te beschikken over certificering conform Zonnekeur of een aantoonbaar soortgelijk keurmerk. Cliënte is gecertificeerd en is tevens per 11 januari 2013 ingeschreven in het handelsregister. Dat de inschrijver minstens vijf jaar dient te zijn ingeschreven in het handelsregister, zoals mondeling door u medegedeeld aan cliënte, blijkt niet uit artikel 3.2.3 dan wel uit een andere bepaling in het Aanbestedingsdocument.

Voor zover u met deze termijn van vijf jaar hebt bedoeld te verwijzen naar de eisen met betrekking tot de technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid, is dit eveneens onjuist. Deze eisen worden genoemd in artikel 3.2.2 van het Aanbestedingsdocument. Dit artikel bepaalt dat de inschrijver, om in aanmerking te komen voor gunning van de opdracht, dient aan te tonen en te verklaren dat zij al vijf jaar PV panelen levert en installeert.

Deze eis is in strijd met artikel 2.93 Aanbestedingswet 2012. Dit artikel bepaalt dat het voldoen aan een eis van technische bekwaamheid in geval van een leve-

ring, zoals in dit geval, kan worden aangetoond door een lijst van de voornaamste leveringen die gedurende de afgelopen drie jaar werden verricht. Ook de Richtlijn Overheden 2014/24 bepaalt dat een referentietermijn van drie jaar voor leveringen afdoende is (artikel 58 jo Bijlage XII Deel II). Het stellen van een referentietermijn van vijf jaar is disproportioneel en u had deze eis niet mogen stellen in het Aanbestedingsdocument. [*Noot 1: Overigens kan cliënte aantonen dat zij vanaf december 2012 PV panelen levert en installeert en zij biedt uitdrukkelijk aan bewijs hiervan over te leggen, Commissie*].

Dit geldt tevens voor de in artikel 3.2.1 van het Aanbestedingsdocument gestelde omzeteis van een minimale jaaromzet van € 1.400.000,- in de jaren 2014, 2015 en 2016. Artikel 2.90 lid 3 Aanbestedingswet 2012 bepaalt dat de aanbestedende dienst geen eisen stelt die betrekking hebben op de totale omzet en de omzet van de bedrijfsactiviteit die het voorwerp van de overheidsopdracht is, tenzij de aanbestedende dienst dit met zwaarwegende argumenten motiveert in de aanbestedingsstukken. Een dergelijke argumentatie ontbreekt in de door u opgestelde aanbestedingsstukken. Alleen om die reden is de omzeteis reeds incorrect.

Bovendien is de omzeteis ook disproportioneel. De algemene proportionaliteitseis is opgenomen in de artikel 1.10, 1.13 en 1.16 van de Aanbestedingswet 2102. Artikel 2.90 lid 4 van de Aanbestedingswet 2102 bepaalt dat de aanbestedende dienst uitsluitend geschiktheidseisen mag stellen die kunnen garanderen dat een gegadigde of inschrijver over de juridische capaciteiten, financiële middelen en de technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid beschikt om de opdracht uit te voeren. Lid 8 bepaalt dat uitsluitend eisen mogen worden gesteld die verband houden met en die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht. Omzeteisen worden in beginsel niet als dergelijke eisen beschouwd en worden om die reden in de Gids Proportionaliteit afgeraden. Het Aanbestedingsbesluit wijst deze Gids Proportionaliteit als verplicht te volgen richtsnoer aan.

Om de financiële en economische draagkracht aan te tonen ligt het veel meer voor de hand dat de inschrijver jaarrekeningen overlegt, nu hieruit of de inschrijver over voldoende middelen beschikt om de opdracht te kunnen uitvoeren. De jaarrekening, meer in het bijzonder de balans en de resultatenrekening, geeft de financiële gezondheid van een onderneming weer. Omzetcijfers zeggen niets over het resultaat en het eigen vermogen van een onderneming. Het stellen van een omzeteis heeft geen enkele toegevoegde waarde. Uit een vergelijking van de jaarrekeningen van de inschrijvers op de onderhavige aanbesteding blijkt dat het eigen vermogen van mijn cliënte 10 maal groter is dan het eigen vermogen van de andere inschrijvers. Conform lid 3 van artikel 2.91 toont cliënte hiermee aan dat haar financiële en economische draagkracht vele malen groter is dan die van de andere inschrijvers. In dit verband merkt cliënte overigens op dat zij gegronde redenen heeft om te betwijfelen of [Y] in 2014 een omzet van 1,4 miljoen euro heeft behaald.

Subsidiair, voor zover in rechte al vast zou komen te staan dat omzeteisen gesteld hadden mogen worden, zijn de door u gestelde eisen disproportioneel. In de eerste plaats is het niet proportioneel de omzeteis naar een jaar om te rekenen nu het hier gaat om een opdracht met een uitvoeringsduur van slechts vier maanden. Ten tweede hanteert de Gids Proportionaliteit een glijdende schaal voor wat betreft de hoogte van een omzeteis, afhankelijk van het nut en de noodzaak van een omzeteis voor de opdracht. Bij een eenvoudig werk als in dit geval, dient – voor zover al een omzeteis had mogen worden gehanteerd, hetgeen cliënte betwist – de omzeteis aan de onderkant van de schaal te liggen. Dit betekent dat een omzeteis hooguit 50% van de geraamde waarde van de opdracht had mogen bedragen en niet de in artikel 2.90 lid 5 Aanbestedingswet genoemde maximale 300% van de geraamde waarde van de opdracht.

Door een omzeteis, en laat staan een omzeteis van deze omvang, te stellen, hebt u in strijd met de Aanbestedingswet en de Gids Proportionaliteit gehandeld.'

1.8. Beklaagde heeft op 11 december 2017 de volgende brief naar klager verzonden:

'In reactie op uw schrijven d.d. 6 december 2017 (...) het volgende:

Een belangrijke regel/norm in het (Europese) aanbestedingsrecht is, dat slechts geldige inschrijvingen van niet uitgesloten en wel geschikt bevonden inschrijvers tot gunning kunnen en mogen leiden. Zie daartoe bijvoorbeeld artikel 56 lid 1 Richtlijn 2014/24/EU en/of artikel 2.26 Aanbestedingsrichtlijn.

U veronderstelt (namens uw cliënte) het nodige omtrent het bepaalde in de artikelen 2.90 en 2.93 Aanbestedingswet 2012, alsmede ter zake '(dis-)proportionaliteit'.

Wij delen uw veronderstellingen niet, doch treden hierover niet met u in debat. Een en ander is immers in het huidige stadium van de aanbestedingsprocedure niet (meer) relevant.

Een normaal oplettend, redelijk geïnformeerd en zorgvuldig handelende inschrijver kan (namelijk) na aanbestedingsdatum en -tijdstip de aanbestedingsvoorwaarden niet meer ter discussie stellen. En zeker niet, wanneer in het Aanbestedingsdocument van de aanbestedingsprocedure (onder meer) is opgenomen:

*[Citaat passages uit 1.7 en 1.10 van de Aanbestedingsleidraad zoals weergegeven in 1.2 hiervoor, Commissie]*

En op het (door uw cliënte ondertekende) Inschrijvingsbiljet is opgenomen:

"[...] De inschrijver(s) verklaart (verklaren) deze aanbieding te doen overeenkomstig de bepalingen en gegevens zoals deze zijn omschreven in het aanbestedingsdocument en de (eventuele) nota('s) van inlichtingen. [...]"

Niets van hetgeen u in uw schrijven aanhaalt, is aan de orde gekomen in de inlichtingenronde van de aanbestedingsprocedure en de daarop betrekking hebbende Nota van Inlichtingen.

Aanbestedingsrechtelijk heeft uw cliënte dan ook, volgens vaste jurisprudentie, haar rechten verwerkt om over de aanbestedingsvoorwaarden te 'klagen', dan wel daaromtrent een bezwaar in te dienen. Zie daartoe bijvoorbeeld Rechtbank Midden-Nederland 12 februari 2016, ECLI:NL:RBNME:2016:1480:

*"4.2 De voorzieningenrechter stelt voorop dat uit het Grossmann-arrest (HvJ EG 12 februari 2004, ECLI:EU:C:2004:93) moet worden afgeleid dat van een deelnemer aan een aanbesteding een proactieve houding mag worden verwacht. Daarmee wordt, zoals ook het gerechtshof Den Haag in zijn arrest van 3 november 2015, JAAN 2015/237, heeft overwogen, voorkomen dat aanbestedingsprocedures onnodig worden vertraagd en bewerkstelligd dat eventuele omissies in de procedure zodanig tijdig aan de orde worden gesteld dat zij nog (eenvoudig) kunnen worden hersteld. Daarmee is niet alleen het belang van de aanbestedende dienst gediend, maar ook het belang van de (andere) deelnemers, omdat voorkomen wordt dat kosten worden gemaakt voor een procedure die niet aan de eisen voldoet. Het tijdstip waarop over een bepaald aspect van een aanbestedingsprocedure moet worden geklaagd, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. In algemene zin dient van een gegadigde te worden verwacht dat*

*hij zijn bezwaren kenbaar maakt zo spoedig mogelijk nadat hij kennis had of had behoren te hebben van de gestelde gebreken in de procedure. Wanneer een deelnemer niet klaagt over een door hem gesteld gebrek in de aanbestedingsprocedure op het tijdstip dat hij dit gebrek kende of behoorde te kennen, maar vervolgens wel inschrijft, kan de conclusie zijn dat hij zijn recht heeft verwerkt om alsnog te klagen over het gestelde gebrek. Bij dit alles dient de gegadigde wel een effectieve en doeltreffende rechtsbescherming te genieten."*

Daarbij komt bijvoorbeeld Rechtbank Noord-Nederland 6 december 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:4646:

*"De voorzieningenrechter stelt voorop dat van een behoorlijk geïnformeerde en oplettende inschrijver mag worden verwacht dat hij de aanbestedingsstukken in zijn geheel en zorgvuldig leest en bestudeert."*

En hebben wij (overigens) geen redenen 'om te betwijfelen of [Y] in 2014 een omzet van 1,4 miljoen euro heeft behaald'.

Uw cliënte heeft in onderhavige aanbestedingsprocedure niet aangetoond geschikt te zijn voor gunning van de opdracht volgens de in de aanbestedingsprocedure vastgestelde, en transparant bekend gemaakt, (geschiktheids-) eisen (als opgenomen in par. 3.2.1 en par. 3.2.2 Aanbestedingsdocument).

En daarmee mocht (moest) het voornemen tot gunning ten gunste van uw cliënte, mede omwille van het gelijkheidsbeginsel en daarmee de gerechtvaardigde belangen en verwachtingen van de andere inschrijvers op de aanbestedingsprocedure, (ook) ingetrokken worden.'

## **2. Beschrijving klacht**

### 2.1. Klachtonderdeel 1

Beklaagde heeft zonder motivering met zwaarwegende argumenten een omzeteis gehanteerd voor de jaren 2014, 2015 en 2016 en daarmee gehandeld in strijd met artikel 2.90, lid 3, Aw 2012. Bovendien is de door beklagde gehanteerde omzeteis disproportioneel.

### 2.2. Klachtonderdeel 2

De door beklagde gehanteerde eis dat inschrijvers vijf jaar ervaring hebben met het leveren en installeren van PV panelen, is in strijd met artikel 2.93, lid 1, sub b, Aw 2012.

## **3. Onderbouwing klacht**

### 3.1. Klachtonderdeel 1

Klager voert aan dat zij niet voldoet aan de door beklagde gehanteerde omzeteis maar dat zij wel kan aantonen dat zij over voldoende draagkracht beschikt. Zij voegt daar aan toe dat zij zelfs over meer draagkracht beschikt dan de andere inschrijvers.

### 3.2. Klachtonderdeel 2

Volgens klager mogen bij een opdracht voor leveringen op grond van artikel 2.93, lid 1, onder b, Aw 2012 slechts referentieprojecten over maximaal de afgelopen drie worden gevraagd in plaats van over vijf jaar. Beklaagde vraagt ten onrechte vijf jaar ervaring met het leggen van zonnepanelen, dat met een uittreksel van de Kamer van Koophandel moet worden aangetoond.

## **4. Reactie beklagde**

- 4.1. Beklaagde stelt voorop dat haar niets bekend is van een 'klacht' en zij meent dan ook dat dit wellicht ook consequenties heeft, of zou moeten hebben, ter zake de vraag of de Commissie de klacht in behandeling kan nemen.
- 4.2. Wel heeft beklagde kennis genomen van een '(concept-)bezwaar' van klager van 4 december 2017 dat zij per e-mail heeft ontvangen. Deze e-mail heeft klager verzonden naar aanleiding van een toelichtende bespreking die tussen partijen heeft plaatsgevonden op 1 december 2017.
- 4.3. Het (concept-)bezwaar is, voor beklagde geheel onverwacht, vervolgens bevestigd door een brief van de advocaat van klager (zie 1.7 hiervoor).
- 4.4. Beklaagde stelt dat zij in communicatieve zin meer heeft gedaan dan strikt van haar verwacht mag worden en dat zij klager niet begrijpt.
- 4.5. Verder merkt beklagde nog op dat in paragraaf 4.12 van de Aanbestedingsleidraad een rechtsbeschermingsbepaling is opgenomen (zie 1.3 hiervoor). Volgens beklagde moet zij ook rekening houden met de gerechtvaardigde verwachtingen en belangen van de overige inschrijvers op de aanbestedingsprocedure.
- 4.6. Daarnaast moet beklagde in onderhavige aanbestedingsprocedure rekening houden met de subsidievoorwaarden, hetgeen ook bij inschrijvers bekend is.
- 4.7. Tenslotte merkt beklagde op dat zij altijd bereid is tot een constructieve dialoog, maar wenst zij verder niet inhoudelijk op de klacht in te gaan. Beklaagde kan de Commissie thans, bij onderhavige opdracht, niet verder van dienst zijn.

## **5. Beoordeling**

- 5.1. De Commissie stelt vast dat beklagde op 20 september 2017 een Europese openbare aanbestedingsprocedure voor een overheidsopdracht voor de levering en installatie van zonnepanelen heeft aangekondigd. 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. De Commissie zal allereerst onderzoeken of zij de klacht in behandeling kan nemen. De stelling van beklagde in 4.1 hiervoor dat klager niet bij beklagde zou hebben geklaagd, alvorens een klacht bij de Commissie in te dienen, kan de Commissie niet plaatsen. Met de brief van haar advocaat van 6 december 2017 (zie 1.7 hiervoor) heeft klager toch duidelijk een klacht ingediend bij beklagde.
- 5.3. Vervolgens zal de Commissie onderzoeken of klager de klacht tijdig bij beklagde onder de aandacht heeft gebracht.



- 5.3.1. Volgens bestaande jurisprudentie mag van een (potentiële) inschrijver een proactieve houding worden verwacht. Dit houdt in dat een inschrijver – mogelijke – inbreuken op het op de aanbestedingsprocedure van toepassing zijnde recht bij de aanbesteder dient te signaleren zodra hij die redelijkerwijze behoorde op te merken. De ratio daarvan is dat de aanbesteder daarmee mogelijk in staat wordt gesteld (de gevolgen van) die inbreuk ongedaan te maken in een stadium waarin de nadelige gevolgen daarvan voor alle betrokken partijen zoveel mogelijk beperkt kunnen blijven.
- 5.3.2. Beklaagde heeft de hiervoor bedoelde verplichting nader uitgewerkt in paragraaf 1.10 (“Eventuele gebreken, onvolkomenheden etc.”) van de Aanbestedingsleidraad (zie 1.3 hiervoor). Hierin is de verplichting voor klager opgenomen onvolkomenheden, tegenstrijdigheden, gebreken of bepalingen in strijd met de Aanbestedingswet 2012 en/of het (overige) aanbestedingsrecht of anderszins bezwaren tegen de aanbestedingsprocedure en de daarin gestelde voorwaarden en eisen, zo spoedig mogelijk, doch uiterlijk vóór sluiting van de datum van de Nota van Inlichtingen, schriftelijk te melden bij beklagde om zo nodig een en ander te (kunnen) corrigeren of bij te (kunnen) stellen.
- 5.3.3. Door pas na de herziene gunningsbeslissing van 29 november 2017 op 4 december 2017 (zie 4.2 hiervoor) haar bezwaren over de gehanteerde geschiktheidseisen bij beklagde kenbaar te maken, heeft klager voormelde verplichting niet nageleefd. Met beklagde is de Commissie van oordeel dat klager haar bezwaren daarmee op een te laat tijdstip naar voren heeft gebracht. De Commissie ziet ook niet in waarom klager die bezwaren niet eerder naar voren had kunnen brengen.
- 5.3.4. Deze handelwijze van klager staat er aan in de weg dat zij in dit stadium nog een beroep kan doen op strijd met artikelen 2.90, lid 3, en 2.93, lid 1, sub b, Aw 2012 en het proportionaliteitsbeginsel.
- 5.3.5. De klacht is derhalve ongegrond.
- 5.4. Ten overvloede gaat de Commissie hierna nog inhoudelijk op de klachtonderdelen in.
- 5.5. Alvorens tot een beoordeling van de klachtonderdelen over te gaan, geeft de Commissie eerst het toetsingskader weer.
- 5.5.1. In artikel 1.10, lid 1 jo. lid 2, aanhef en sub c en d, Aw 2012 is bepaald dat de inhoud van en het aantal te stellen geschiktheidseisen in een redelijke verhouding moet staan tot het voorwerp van de opdracht.
- 5.5.2. In artikel 2.90, 2.93 en 2.98 Aw 2012 is, onder meer, bepaald:

**Artikel 2.90**

1. (...)

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

- a. de financiële en economische draagkracht;
- b. technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid;
- c. beroepsbevoegdheid.

(...)

3. Indien de aanbestedende dienst geschiktheidseisen als bedoeld in het tweede lid, onder a, stelt, hebben deze eisen geen betrekking op de hoogte van de totale omzet en de omzet van de bedrijfsactiviteit die het voorwerp van de overheidsopdracht is, tenzij de aanbestedende dienst dit met zwaarwegende argumenten motiveert in de aanbestedingsstukken.

4. De aanbestedende dienst stelt uitsluitend geschiktheidseisen die kunnen garanderen dat een gegadigde of inschrijver over de juridische capaciteiten en financiële middelen en de technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid beschikt om de overheidsopdracht uit te voeren.

5. Indien de geschiktheidseisen als bedoeld in het tweede lid, onder a, betrekking hebben op de hoogte van de totale omzet en de omzet van de bedrijfsactiviteit die het voorwerp van de overheidsopdracht is, is die eis niet hoger dan:

a. driemaal de geraamde waarde van de opdracht;

(...)

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.

(...)

### **Artikel 2.93**

1. Een ondernemer toont zijn technische bekwaamheid of beroepsbekwaamheid aan op een of meer van de volgende manieren, afhankelijk van de aard, de hoeveelheid of omvang en het doel van de werken, leveringen of diensten:

a. door middel van een lijst van de werken die in de afgelopen periode van ten hoogste vijf jaar werden verricht, welke lijst vergezeld gaat van certificaten die bewijzen dat de belangrijkste werken naar behoren zijn uitgevoerd, zowel met betrekking tot de wijze van uitvoering als met betrekking tot het resultaat;

b. door middel van een lijst van de voornaamste leveringen of diensten die in de afgelopen periode van ten hoogste drie jaar werden verricht, met vermelding van het bedrag en de datum en van de publiek- of privaatrechtelijke instanties waarvoor zij bestemd waren;

(...)

4. In afwijking van het eerste lid, onderdelen a en b, kan de aanbestedende dienst werken onderscheidenlijk leveringen of diensten in aanmerking nemen over een langere periode dan in die onderdelen genoemd, indien dat noodzakelijk is om een toereikend mededingingsniveau te waarborgen.

### **Artikel 2.98**

1. De aanbestedende dienst kan een ondernemer die aan een overheidsopdracht wenst deel te nemen, verzoeken aan te tonen dat hij volgens de voorschriften van de lidstaat waar hij is gevestigd, in het beroepsregister of in het handelsregister is ingeschreven, bedoeld in bijlage XI van richtlijn 2014/24/EU.

(...)'

5.5.3. In Voorschrift 3.5 B Gids Proportionaliteit is bepaald:

'Indien de aanbestedende dienst geschiktheidseisen stelt, stelt hij alleen geschiktheidseisen die verband houden met daadwerkelijke risico's die de opdracht meebrengt, of terug te voeren zijn op de gewenste competentie(s).'

5.5.4. Voorschrift 3.5 B Gids Proportionaliteit is als volgt toegelicht (zie p. 41 Gids Proportionaliteit);

'(...) Aanbestedende diensten dienen er alert op te zijn, niet meer eisen te stellen dan strikt noodzakelijk. Geschiktheidseisen worden gesteld om bepaalde risico's af te dekken. De aanbestedende dienst dient altijd na te gaan welke daadwerkelijke risico's er zijn en of die risico's worden afgedekt door de eisen die worden gesteld. Tenslotte speelt dan de vraag of de eis wel in redelijke verhouding staat tot het af te dekken risico en de aard van en omvang van de opdracht. (...)'

5.5.5. De Gids Proportionaliteit geeft de volgende toelichting op de artikelen 2.90 en 2.91 Aw 2012 betreffende eisen met betrekking tot financiële en economische draagkracht (zie p. 43-45 Gids Proportionaliteit):

'Het is van belang de eisen die aan de financiële en economische draagkracht worden gesteld, dusdanig te kiezen, dat eenieder die in staat is om de opdracht naar behoren uit te voeren ook kan meedingen. Dit komt de marktwerking ten goede. Bij het bepalen welke eisen te stellen verdient de positie van het MKB aandacht, zeker wanneer uit marktanalyse blijkt dat bij de betreffende overheidsopdracht deze groep een potentiële inschrijver is. Door te hoge eisen te stellen wordt de markt onnodig beperkt, hetgeen noch in het belang is van de aanbestedende dienst noch in het belang van de ondernemingen. De eisen die worden gesteld, moeten in redelijke verhouding staan tot aard en omvang van de opdracht. Het is daarom van belang bij elke eis na te denken waarom die eis wordt gesteld: bij meer en/of hogere eisen blijven steeds minder ondernemingen over, waardoor de keuze beperkter wordt. Uiteindelijk wil men de groep ondernemers bereiken, die geschikt zou zijn voor de opdracht.

Het verlangen van een zekere financiële en/of economische draagkracht voor de specifieke opdracht kan iets zeggen over de continuïteit van de onderneming, maar deze eis zegt nadrukkelijk niets over de bijvoorbeeld technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid of het hebben gevolgd van trainingen ten aanzien van relevante werkzaamheden.

(...)

Uitgangspunt volgens de wet is dat in beginsel geen omzeteis wordt gesteld. Zo een aanbestedende dienst toch een omzeteis wil stellen, dient dit met zwaarwegende argumenten in de aanbestedingsstukken onderbouwd te worden.

(...)

Het stellen van een omzeteis kan aan de orde zijn wanneer er daadwerkelijke risico's zijn voor wat betreft de beschikbare capaciteit aan personeel en materieel ten behoeve van de tijdige, correcte oplevering van de opdracht door de uiteindelijk contractant. Er kan in dat geval voor een omzeteis van 0 (dus: geen), 1, 2 of 3 jaar worden gekozen. Bij veel opdrachten zullen dus helemaal geen omzeteisen gesteld hoeven/kunnen worden. (...)

Indien een omzeteis moet worden gesteld, is het gewenst, in lijn met de wetgeving, deze te relateren aan maximaal 3 boekjaren. Een kortere periode mag wel (mits niet discriminatoir), een langere niet. Aangezien omzet fluctueert is het goed om bij de keuze voor omzet gerelateerd aan meerdere jaren, van een gemiddelde uit te gaan.

Bij het bepalen van te stellen eisen wordt hier specifieke aandacht gevraagd voor nieuwkomers en het aanbod op specialistische (nieuwe) markten. Indien om meerjarige omzet wordt gevraagd, dient te worden gerealiseerd dat nieuwkomers, in verband met het non-discriminatiebeginsel, aan dezelfde eis worden getoetst en daardoor buiten de boot kunnen vallen. Wanneer een aanbestedende dienst tot de conclusie komt dat een opdracht wordt vergeven op een relatief nieuwe markt, of hij nieuwkomers wil laten meedingen (marktanalyse), is het dan ook verstandig om bij het formuleren van de eisen hier rekening mee te houden. Daarnaast kan een nieuwkomer, op basis van het hierboven genoemde artikel 2.91, derde lid, van de wet, in de gelegenheid worden gesteld zijn draagkracht met andere bewijsstukken aan te tonen.

(...)

Voor wat betreft de hoogte van de omzeteis is het goed uit te gaan van een glijdende schaal. Per opdracht gaat het erom nut en noodzaak van een omzeteis te beschouwen. Bij een eenvoudige opdracht zal het belang van een omzeteis aan de onderkant van de schaal liggen. Naarmate het werk ingewikkelder wordt, kan een omzeteis van enige omvang wenselijk zijn, bijvoorbeeld 50%, 100% of 150% van de raming. Bij zeer complexe, risicovolle projecten kan (mits deugdelijk gemotiveerd) een omzeteis worden gevraagd tot 300%. Alles boven de 300% komt niet alleen disproportioneel voor, maar is ook volgens de wet niet toegestaan. (...)

Bij een opdracht met een uitvoeringsduur korter dan een jaar, is het niet altijd proportioneel de omzeteis naar een jaar om te rekenen. (...) Het is van belang per opdracht kritisch na te denken over de relatie tussen de omzet en de tijdsperiode die de opdracht in beslag neemt.'

5.5.6. In Voorschrift 3.5 F Gids Proportionaliteit is bepaald:

'De aanbestedende dienst stelt voor het toetsen van technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid kerncompetenties vast die overeenkomen met de gewenste ervaring op essentiële punten van de opdracht.'

5.5.7. In Voorschrift 3.5 G, lid 1, Gids Proportionaliteit is bepaald:

'De aanbestedende dienst vraagt maximaal één referentie per benoemde kerncompetentie.'

5.6. De Commissie zal hierna ingaan op de afzonderlijke klachtonderdelen.

5.7. Klachtonderdeel 1

5.7.1. Niet gesteld of gebleken is dat beklagde met zwaarwegende argumenten in de aanbestedingsstukken heeft gemotiveerd waarom zij de omzeteis van paragraaf 3.2.1 ("Eisen m.b.t. de financiële en economische draagkracht") van de Aanbestedingsleidraad (zie 1.3 hiervoor) heeft gesteld. Daarmee heeft beklagde in strijd gehandeld met artikel 2.90, lid 3, Aw 2012.

5.7.2. Ook indien beklagde een dergelijke motivering zou hebben gegeven, geldt nog het volgende.

5.7.3. Beklagde heeft niet bestreden dat de omzeteis 300% van de geraamde waarde van de opdracht bedraagt (zie de brief van klager van 6 december 2018 in 1.7 hiervoor). In dat licht is ook niet gesteld of gebleken dat sprake is van een complex, risicovol project, hetgeen volgens de Gids Proportionaliteit het stellen van de wettelijk maximaal toegestane omzeteis op basis van artikel 2.90, lid 5, aanhef en sub a, Aw 2012 zou kunnen rechtvaardigen.

5.7.4. Beklagde heeft evenmin bestreden dat zij in het kader van een opdracht met een looptijd van vier maanden de omzeteis heeft omgerekend naar een jaar (zie de brief van klager van 6 december 2018 in 1.7 hiervoor), hetgeen in de Gids Proportionaliteit wordt afgeraden.

5.7.5. Ten slotte heeft beklagde ongemotiveerd voor een periode van drie jaar een minimale omzet per jaar gevraagd, in plaats van een gemiddelde jaaromzet, zoals de Gids Proportionaliteit adviseert.

## 5.8. Klachtonderdeel 2

5.8.1. Alvorens tot een beoordeling van dit klachtonderdeel over te gaan, onderzoekt de Commissie of sprake is van een overheidsopdracht voor een levering dan wel voor een werk. In dat kader is het volgende toetsingskader relevant.

5.8.2. In artikel 1.1 zijn, onder meer, de volgende definities opgenomen:

*'overheidsopdracht voor leveringen:* een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die is gesloten tussen een of meer leveranciers en een of meer aanbestedende diensten en die betrekking heeft op:

- a. de aankoop (...) van producten of
- b. de levering van producten en die slechts zijdeling betrekking heeft op werkzaamheden voor het aanbrengen en installeren van die levering;'

*'overheidsopdracht voor werken:* een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die is gesloten tussen een of meer aannemers en een of meer aanbestedende diensten en die betrekking heeft op:

- a. de uitvoering of het ontwerp en de uitvoering van werken die betrekking hebben op een van de in bijlage II van richtlijn 2014/24/EU bedoelde activiteiten,
- b. de uitvoering of het ontwerp en de uitvoering van een werk, of
- c. het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat voldoet aan de eisen van de aanbestedende dienst die een beslissende invloed uitoefent op het soort werk of het ontwerp van het werk;'

*'werk:* het product van het geheel van bouwkundige of civieltechnische werken dat ertoe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen.'

5.8.3. CPV-code 09331000-8 ziet op de levering van zonnepanelen, terwijl CPV-code 45261215-4 ziet op het aanbrengen van dakbedekking met zonnepanelen. Bijlage II van Richtlijn 2014/24/EU bepaalt dat dat laatste een werk betreft. Er is geen CPV-code voor het aanbrengen van zonnepanelen, zonder dakbedekking.

5.8.4. De Commissie gaat er veronderstellenderwijs van uit dat de kosten van de installatie van de zonnepanelen veel geringer zijn dan de waarde van de levering van de zonnepanelen en dat de overheidsopdracht daarmee slechts zijdelings betrekking heeft op het aanbrengen en installeren van de zonnepanelen. De Commissie neemt dan ook – net als beklagde (zie de Aankondiging in 1.2 hiervoor) – tot uitgangspunt dat de onderhavige overheidsopdracht kwalificeert als een overheidsopdracht voor leveringen.

5.8.5. Artikel 2.93 Aw 2012 bevat een limitatieve opsomming van de bewijsmiddelen die een aanbestedende dienst aan een gegadigde of inschrijver mag vragen om zijn technische of beroepsbekwaamheid aan te tonen.

5.8.6. Op basis van artikel 2.93, lid 1, sub b, Aw 2012 mag een aanbestedende dienst als bewijsmiddel om de technische of beroepsbekwaamheid aan te tonen, vragen om een lijst van de voornaamste leveringen die in de afgelopen periode van ten hoogste drie jaar werden verricht. Indien dat noodzakelijk is om een toereikend mededingingsniveau te waarborgen, mag een aanbestedende dienst op basis van artikel 2.93, lid 4, Aw 2012 leveringen in aanmerking nemen over een langere periode dan drie jaar. Met deze laatste bepaling worden de mogelijkheden voor de inschrijvers om in te schrijven verruimd. Voor het aantonen dat de benodigde ervaring is opgedaan mag immers uit een langere periode worden geput.

- 5.8.7. De eis in paragraaf 3.2.2 ("Eisen m.b.t. technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid") dat de inschrijver moet aantonen dat zij al vijf jaar PV panelen levert en installeert staat echter niet in redelijke verhouding tot het voorwerp van de opdracht. Gevraagd mag worden aan te tonen over bepaalde ervaring te beschikken, waarbij de inschrijver mag putten uit een periode van drie of eventueel vijf jaar. Voorschriften 3.5 F en G Gids Proportionaliteit bepalen dat per kerncompetentie maximaal één referentie mag worden gevraagd. Niet gevraagd mag worden aan te tonen gedurende de gehele periode van vijf jaar ervaring te hebben met het voorwerp van de opdracht, zeker niet voor een opdracht met een looptijd van vier maanden (zie de brief van de advocaat van klager van 6 december 2017 in 1.7 hiervoor). Daarmee handelt beklagde in strijd met het proportionaliteitsbeginsel van artikelen 1.10, lid 1 en 2 aanhef en sub c, en 2.90, lid 8, Aw 2012 en wordt de toegang tot de overheidsopdracht voor 'nieuwkomers' die mogelijk wel geschikt zijn de opdracht uit te voeren ten onrechte belemmerd. Overigens valt het de Commissie op dat beklagde heeft nagelaten randvoorwaarden te stellen aan de omvang van de eerder opgedane ervaring.
- 5.8.8. Een eis dat een inschrijver reeds gedurende vijf jaar moet zijn ingeschreven in het handelsregister ziet de Commissie tenslotte niet in paragraaf 3.2 ("Geschiktheidseisen") van de Aanbestedingsleidraad terug. Een dergelijke eis zou ook niet in redelijke verhouding tot het voorwerp van de opdracht staan en daarmee in strijd zijn met het proportionaliteitsbeginsel van artikel 1.10 Aw 2012.

## 6. Advies

Wat betreft klachtonderdeel 1 heeft beklagde in strijd met artikel 2.90, lid 3, Aw 2012 gehandeld en wat betreft klachtonderdeel 2 in strijd met het proportionaliteitsbeginsel van artikelen 1.10, lid 1 en 2 aanhef en sub c, en 2.90, lid 8, Aw 2012. Dat klager haar daartegen gerichte bezwaren te laat kenbaar heeft gemaakt, doet geen afbreuk aan die conclusie. Wel heeft klager daarmee een onvoldoende proactieve houding aangenomen en dat staat er aan in de weg dat zij in dit stadium nog kan opkomen tegen het handelen van beklagde. Daarmee acht de Commissie beide klachtonderdelen **ongegronnd**.

Den Haag, 30 april 2018

w.g.:

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

Mr. A.C.M Fischer-Braams  
Vice-voorzitter

Mr. drs. T.H. Chen  
Commissielid