

Advies 613 | Samenvatting

De klacht ziet op een Europese niet-openbare procedure voor een overheidsopdracht voor architectendiensten in bouwteamverband waarbij de opdrachtnemer naast de ontwerpwerkzaamheden ook onder meer het constructief, het bouwfysisch en het installatieadvies voor zijn rekening neemt. De klacht ziet op de beperking van de mogelijkheid dat verschillende gegadigden een beroep doen op dezelfde onderaannemer. De Commissie acht klachtonderdeel 3 gedeeltelijk gegrond.

De Commissie is van oordeel dat de brancheorganisatie onvoldoende proactief heeft gehandeld met betrekking tot klachtonderdelen 1, 2 en een deel van klachtonderdeel 3. Zij acht daarom klachtonderdelen 1 en 2 **ongegrond** en klachtonderdeel 3 deels **ongegrond**.

Klachtonderdeel 3 ten gronde

In klachtonderdeel 3 klaagt de brancheorganisatie onder meer over de uitsluiting van enkele gegadigden van deelname aan de aanbestedingsprocedure omdat zij een beroep hebben gedaan op verschillende werkmaatschappijen van ondernemer X. Naar het oordeel van de Commissie zullen alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers de beperking van de mogelijkheid dat verschillende gegadigden een beroep doen op dezelfde onderaannemer in de aanbestedingsstukken op dezelfde wijze uitleggen in die zin dat er geen beperking is voor een beroep op verschillende aan een onderaannemer gelieerde ondernemingen. Dit betekent dat de aanbesteder ten onrechte gegadigden heeft uitgesloten die een beroep hebben gedaan op onderaannemers die gelieerd zijn aan onderaannemers waarop andere gegadigden een beroep hebben gedaan. In zoverre acht de Commissie klachtonderdeel 3 **gegrond**.

Ten overvloede

In klachtonderdeel 1 klaagt de brancheorganisatie dat de aanbesteder de termijn voor indiening van de verzoeken tot deelneming ten onrechte niet heeft verlengd naar aanleiding van de beperking van de mogelijkheid dat verschillende gegadigden een beroep doen op dezelfde onderaannemer in de (eerste) Nota van Inlichtingen. Indien er bij nota van inlichtingen flinke wijzigingen in de aanbestedingsstukken worden aangebracht, dient een aanbestedende dienst te bezien of de nog resterende termijn voor het indienen van de verzoeken tot deelneming reëel en proportioneel is en of hij die termijn dient te verlengen. Naar het oordeel van de Commissie is de beperking van de mogelijkheid een beroep te doen op de referenties van bepaalde ondernemingen een belangrijke wijziging die van invloed is op de voorbereiding van de verzoeken tot deelneming van de gegadigden. Deze wijziging kan immers tot gevolg hebben dat een gegadigde op zoek moet naar een nieuwe onderaannemer, in een markt waarin geschikte onderaannemers bovendien beperkt beschikbaar zijn. Naar het oordeel van de Commissie heeft aanbesteder dan ook in strijd gehandeld met het proportionaliteitsbeginsel door de termijn voor indiening van de verzoeken tot deelneming niet te verlengen. Omdat de brancheorganisatie onvoldoende proactief heeft gehandeld, leidt dat niet tot gegrondheid van klachtonderdeel 1.

Overigens wijst de Commissie er op dat de belangrijkste voorwaarden van de opdracht, zoals de technische specificaties en gunningscriteria, niet mogen worden

gewijzigd via de nota van inlichtingen. Bovendien moeten belangrijke wijzigingen op een transparante wijze bekend worden gemaakt.

Klachtonderdeel 2 ziet op de beperking van de mogelijkheid dat verschillende gegadigden een beroep doen op dezelfde onderaannemer in de Nota van Inlichtingen. De brancheorganisatie acht deze beperking disproportioneel.

De Commissie neemt in het verlengde van het bepaalde in art. 1.10 Aw 2012 tot uitgangspunt dat een beperkende eis als de onderhavige toelaatbaar zal zijn wanneer een aanbestedende dienst met die eis een legitiem doel van algemeen belang nastreeft, die eis geschikt is om dat doel te verzekeren en de eis niet verder gaat dan noodzakelijk is om dat doel te bereiken.

De Commissie neemt voorshands aan dat het doel dat de aanbesteder met de beperkende eis nastreeft – te weten het voorkomen van collusie en het tot stand brengen van een eerlijke mededinging– in beginsel een legitiem doel van algemeen belang is. De aanbesteder beoogt met het stellen van de beperking – blijkens zijn reactie op de klacht – elke (schijn van) collusie tussen de gegadigden in deze aanbestedingsprocedure uit te sluiten en meer in het bijzonder te voorkomen dat er onderling afgestemde feitelijke gedragingen plaatsvinden. De aanbesteder stelt zich tevens op het standpunt dat de invloed van de onderaannemer, de constructeur, in de onderhavige aanbestedingsprocedure voor een opdracht voor architect- en adviesdiensten groot kan zijn. Naar het oordeel van de Commissie is de beperking van de mogelijkheid dat verschillende gegadigden een beroep doen op dezelfde onderaannemer geschikt om het beoogde doel te bereiken. Ook gaat de beperking naar het oordeel van de Commissie in beginsel niet verder dan noodzakelijk is om het beoogde doel te bereiken. In dat kader acht de Commissie van belang dat het een Europese niet-openbare aanbestedingsprocedure betreft waarin maximaal 5 gegadigden zullen worden uitgenodigd tot inschrijving. Indien gegadigden zich met dezelfde onderaannemer zouden mogen aanmelden, bestaat daarmee het risico dat de concurrentie op het niveau van de onderaannemer al vóór inschrijving geheel of gedeeltelijk zal zijn uitgeschakeld. Het vragen van een verklaring als bedoeld in artikel 2.32.3 ARW 2016 (Model K-verklaring) van de inschrijvers kan dit risico niet wegnemen.

Of het doelmatig is de mogelijkheid om een beroep te doen op dezelfde onderaannemer te beperken, hangt van de desbetreffende markt af. In dit kader heeft de brancheorganisatie aangevoerd dat er honderden geschikte architectenbureaus zijn, maar slechts een handjevol technische adviseurs. Daarmee kan de beperking van de mogelijkheid een beroep op derden te doen tot gevolg hebben dat de mededinging op het niveau van de architectenbureaus juist sterk wordt beperkt.

De brancheorganisatie heeft in klachtonderdeel 3 ook geklaagd dat de uitsluiting van twee gegadigden die een beroep hebben gedaan op dezelfde werkmaatschappij van X niet proportioneel is. De brancheorganisatie stelt zich op het standpunt dat het redelijker zou zijn te loten, zeker nu de betreffende gegadigden niet wisten dat deze werkmaatschappij zich ook als derde adviseur aan een andere gegadigde had verbonden.

Nu het niet is toegestaan dat verschillende gegadigden een beroep doen op dezelfde onderaannemer, zullen alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers de aanbestedingsstukken naar het oordeel van de Commissie op dezelfde wijze uitleggen in die zin dat overtreding van dit voorschrift tot uitsluiting van alle desbetreffende gegadigden leidt. De aanbesteder had kunnen bepalen dat in een dergelijk geval zal worden geloot. Nu de aanbesteder dat niet heeft gedaan, is er naar het oordeel van de Commissie geen ruimte om daar alsnog toe over te gaan.

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 613

1. Feiten

- 1.1. Aanbesteder heeft op 30 oktober 2020 een Europese niet-openbare procedure aangekondigd voor een overheidsopdracht voor architectendiensten in bouwteamverband waarbij de opdrachtnemer naast de ontwerpwerkzaamheden ook het constructief advies, installatieadvies, bouwfysisch advies en advies brandveiligheid voor zijn rekening neemt.
- 1.2. In de Selectieleidraad 'Architect en adviesdiensten Nieuwbouw [Aanbesteder] [locatie]' (hierna: Selectieleidraad) van 30 oktober 2020 is, onder meer, het volgende bepaald:

2 Omschrijving van de procedure

(...)

2.5 Selectiefase

Het doel van de Selectiefase is maximaal vijf Gegadigden te selecteren, (...)

2.6 Inschrijffase

Aanbestedende dienst is voornemens in de inschrijffase de economisch meest voordelige inschrijving te selecteren op basis van het gunningscriterium beste prijs-kwaliteitsverhouding (BPKV).

(...)

2.8 Planning

De voorziene planning voor deze aanbestedingsprocedure is als volgt:

Selectiefase	Datum/tijdstip
(...)	(...)
Publicatie nota van inlichtingen	19 november 2020
Uiterste datum en tijdstip indienen Aanmelding	30 november 2020, vóór 12.00 uur
Bekendmaken selectiebesluit	3 december 2020
(...)	(...)

(...)

2.13

Door het indienen van een Aanmelding verklaart een Gegadigde zich akkoord met de inhoud van deze selectieleidraad en de daarin beschreven procedure.

2.14 Gelieerde ondernemingen

Een onderneming kan zich slechts eenmaal aanmelden als Gegadigde. Indien (rechts)personen die aan elkaar gelieerd zijn, ieder afzonderlijk een verzoek tot deelneming indienen, moeten zij ten genoegen van de Aanbestedende dienst aantonen dat zij onafhankelijk van elkaar kunnen en zullen deelnemen aan de verdere aanbestedingsprocedure. Naar het oordeel van de Aanbestedende dienst is

daarvan in principe geen sprake indien (leden van) de directie of het toezichthoudend orgaan van de betrokken (rechts)personen dezelfde zijn.

(...)

2.16 Beroep op derde(n)

In geval voor het voldoen aan de geschiktheidseisen of het scoren op de selectiecriteria een beroep wordt gedaan op (een) derde(n) geldt dat:

- Gegadigde in het UEA dient aan te geven voor welke onderde(e)l(en) op welke derde(n) een beroep wordt gedaan;
- Gegadigde verklaart bij de uitvoering van de Overeenkomst daadwerkelijk te kunnen en zullen beschikken over de inzet van de kennis en kunde deze derde(n) voor de betreffende werkzaamheden;
- Per derde waar een beroep op wordt gedaan een apart UEA dient te worden ingevuld en ondertekend. De in het UEA genoemde uitsluitingsgronden mogen op de betreffende derde(n) niet van toepassing zijn.

2.17 Klachten

(...)

Aanbestedende dienst wijst Gegadigden erop dat de Nota van Inlichtingen het eerste middel is om een klacht dan wel vraag kenbaar te maken.'

1.3. In de (eerste) Nota van Inlichtingen van 19 november 2020 zijn, onder meer, de volgende vragen en antwoorden opgenomen:

1.3.1. Vraag 12 (betreffende paragraaf 2.16): 'In de leidraad staat dat een onderneming eenmaal mag meedoen als inschrijver, zelfstandig of in combinatie. Er staat niets extra vermeld over onderaannemers/derden. Betekent dit dat het akkoord is dat wij als installatie adviseur, als onderaannemer, met meerdere aanmeldingen/inschrijvers meedoen?'

Antwoord: 'Dit is niet akkoord als gebruik wordt gemaakt van uw referenties om aan de geschiktheidseisen te voldoen of te scoren op de selectiecriteria. Overigens is de vraag als u bij meerder inschrijvers als derde meegaat hoe u dan borgt dat gegadigden geen contact met elkaar mogen hebben.'

1.3.2. Vraag 53: 'Mogen de adviseurs die onderdeel worden het Total Engineeringsteam van de architect deelnemen in meerdere teams die zich aanmelden als gegadigde?'

Antwoord: 'Hiervoor verwijst Aanbestedende Dienst naar de beantwoording van vraag 12.'

1.4. Op 30 november 2020 sloot de termijn voor het indienen van de aanmeldingen.

1.5. Vijf gegadigden zijn uitgesloten van deelname wegens een beroep op verschillende werkmaatschappijen van ondernemer X.

1.6. De brancheorganisatie heeft op 9 december 2020 een klachtbrief bij aanbesteder ingediend. Zie voor de inhoud en onderbouwing van haar klacht paragrafen 2 en 3 hierna.

1.7. Aanbesteder heeft op 15 december 2020 per brief op de klachtbrief gereageerd. Zie voor de reactie op de klacht paragraaf 4 hierna.

- 1.8. De brancheorganisatie heeft vervolgens op 17 december 2020 een klacht bij de Commissie van Aanbestedingsexperts ingediend (zie paragrafen 2 en 3 hierna).
- 1.9. Aanbesteder heeft op 8 januari 2021 een reactie ingediend (zie paragraaf 4 hierna).

2. Beschrijving klacht

- 2.1. De Commissie onderscheidt de volgende klachtonderdelen.

- 2.2. Klachtonderdeel 1

De beperking van de mogelijkheid dat verschillende gegadigden een beroep op dezelfde onderaannemer mogen doen in de (eerste) Nota van Inlichtingen komt neer op een verzwaring van de eisen. In dat kader heeft aanbesteder ten onrechte de termijn voor indiening van de verzoeken tot deelneming niet verlengd. Daarmee handelt aanbesteder in strijd met het proportionaliteitsbeginsel.

- 2.3. Klachtonderdeel 2

De beperking van de mogelijkheid dat verschillende gegadigden een beroep op dezelfde onderaannemer mogen doen in de (eerste) Nota van Inlichtingen is disproportioneel.

- 2.4. Klachtonderdeel 3

Aanbesteder heeft ten onrechte enkele gegadigden uitgesloten van deelname die een beroep hebben gedaan op verschillende werkmaatschappijen van ondernemer X. Tevens is de uitsluiting van twee gegadigden die een beroep hebben gedaan op dezelfde werkmaatschappij van X niet proportioneel.

3. Onderbouwing klacht

- 3.1. Klachtonderdeel 1

In ontwerpteamselecties is het goed gebruik dat technische adviseurs zich mogen verbinden aan meerdere architectenbureaus om de marktwerking niet onnodig te beperken. Op basis van de selectieleidraad was er dan ook geen enkele indicatie om aan te nemen dat de verschillende werkmaatschappijen van ondernemer X niet voor meerdere gegadigden als derde adviseur mogen optreden. In de antwoorden op de vragen 12 en 53 in de (eerste) Nota van Inlichtingen heeft aanbesteder bepaald dat een installatieadviseur niet als onderaannemer met meerdere gegadigden mag meedoen (zie 1.3.1 en 1.3.2 hiervoor). Door deze verzwaring van de eisen moesten sommige gegadigden een nieuw ontwerpteam formeren, omdat de derde adviseur reeds 'bezet' was door een andere gegadigde. De brancheorganisatie stelt zich op het standpunt dat het in deze situatie proportioneel was geweest om de aanmeldtermijn met een redelijke termijn te verlengen, zodat gegadigden voldoende tijd hadden om hun aanmelding aan te passen (zie Advies 525).

- 3.2. Klachtonderdeel 2

- 3.2.1. In de antwoorden op de vragen 12 en 53 in de (eerste) Nota van Inlichtingen heeft aanbesteder bepaald dat een installatieadviseur niet als onderaannemer met meerdere gegadigden mag meedoen (zie 1.3.1 en 1.3.2 hiervoor). De brancheorganisatie voert aan dat dit een verzwaring is met een enorme impact. Er zijn in Nederland honderden geschikte architectenbureaus, maar slechts een handjevol

geschikte technische adviseurs. Als een technische adviseur zich maar aan één architectenbureau mag verbinden als derde, wordt het aantal mogelijk te vormen integrale ontwerpteams en daarmee de concurrentiestelling enorm beperkt. Er ontstaat een run op de technische adviseurs, die de relaties in de markt onder druk zet. De brancheorganisatie verwacht dat vooral de kleinere architectenbureaus het nakijken zullen hebben.

- 3.2.2. Artikel 2.94 Aw 2012 regelt het beroep op derden. Op grond van lid 1 kan een ondernemer zich beroepen op de technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid van andere natuurlijke personen of rechtspersonen, ongeacht de juridische aard van zijn banden met die natuurlijke personen of rechtspersonen, mits hij aantoonst dat hij kan beschikken over de voor de uitvoering van de overheidsopdracht noodzakelijke middelen. Lid 4 van datzelfde artikel beschrijft waarop de aanbestede der de derde kan toetsen. Toetsen of de betreffende derde ook niet voor andere ondernemers als derde optreedt in de zin van het eerste lid wordt hier niet expliciet genoemd. Als de voorwaarde al toelaatbaar zou zijn, komen we uit bij een facultatieve uitsluitingsgrond gericht op het tegengaan van concurrentievervalsing. Echter, Voorschrift 3.5A van de Gids Proportionaliteit stelt dat aanbestede der uitsluitend relevante uitsluitingsgronden toe moet passen. De brancheorganisatie is van mening dat in strijd met dit Voorschrift gehandeld wordt. De gestelde beperking van het beroep op derden is een draconische maatregel, die afwijkt van de gangbare aanbestedingspraktijk en leidt tot een aanzienlijke beperking van de concurrentiestelling, waardoor met name ook MKB-ers benadeeld worden. Die beperking blijkt ook uit het feit dat 5 van de 18 gegadigden uitgesloten zijn.

3.3. Klachtonderdeel 3

In het kader van klachtonderdeel 3 voert de brancheorganisatie het volgende aan. Ten eerste blijkt uit het antwoord op vragen 12 en 53 van de (eerste) Nota van Inlichtingen niet dat ook geen beroep mag worden gedaan op zelfstandige werkmaatschappijen van dezelfde holdingmaatschappij (zie 1.3.1 en 1.3.2 hiervoor). Ten tweede miskent aanbestede der dat de holdingmaatschappij X in casu niet vereenzelvigd kan en mag worden met de zelfstandige werkmaatschappijen. Ten derde had aanbestede der volgens de brancheorganisatie op basis van het arrest Assitur (HvJ EU 19 mei 2009, C-358/07, ECLI:EU:C:2009:317) niet tot uitsluiting mogen overgaan zonder de gegadigden om een toelichting te vragen dat er geen sprake is van collusie. Ten vierde meent de brancheorganisatie dat uitsluiting van twee gegadigden die een beroep hebben gedaan op dezelfde werkmaatschappij van X niet proportioneel is. Het zou redelijker zijn te loten, zeker nu de betreffende gegadigden niet wisten dat deze werkmaatschappij zich ook als derde adviseur aan een andere gegadigde had verbonden.

4. **Reactie aanbestede der**

- 4.1. Aanbestede der stelt zich op het standpunt dat de Commissie de klacht niet in behandeling dient te nemen omdat de brancheorganisatie onvoldoende proactief heeft gehandeld. Volgens aanbestede der had de brancheorganisatie na de (eerste) Nota van Inlichtingen nog vóór aanmelding moeten klagen over de beperking van de mogelijkheid een beroep op derden te doen en moeten vragen om verlenging van de termijn voor aanmelding.
- 4.2. Ten overvloede voert aanbestede der inhoudelijk nog het volgende aan met betrekking tot klachtonderdelen 2 en 3.

4.3. Klachtonderdeel 2

- 4.3.1. Met paragraaf 2.14 van de Selectieleidraad en de antwoorden op vragen 12 en 53 van de (eerste) Nota van Inlichtingen (zie 1.2 en 1.3 hiervoor) heeft aanbesteder beoogd om elke (schijn van) collusie tussen de gegadigden uit te sluiten en de gelijke behandeling van de gegadigden en inschrijvers en de transparantie van de procedure te waarborgen. In het bijzonder wil aanbesteder voorkomen dat er onderling afgestemde feitelijke gedragingen plaatsvinden. Dit is volgens aanbesteder een legitiem doel van algemeen belang. Volgens aanbesteder is dat in lijn met Europese jurisprudentie (HvJ EU 10 juli 2014, C-358/12, ECLI:EU:C:2014:2063, r.o. 31). Daarmee heeft aanbesteder een level playing field met eerlijke concurrentiestelling willen bewerkstelligen.
- 4.3.2. Aanbesteder stelt dat het voorkomen van collusie en het borgen van een level playing field voorrang dienen te krijgen op de vrije keuze van gegadigden om te bepalen met welke derden zij een aanmelding willen indienen.
- 4.3.3. Ook meent aanbesteder dat de gestelde eis in redelijke verhouding staat tot het voorwerp van de opdracht (artikel 1.10 Aw 2012). Aanbesteder wijst er in dit kader op dat de opdracht ziet op architect- en adviesdiensten waarbij de invloed van de desbetreffende derde (constructeur) in de onderhavige aanbesteding groot kan zijn.
- 4.3.4. Volgens aanbesteder ziet het Assitur-arrest niet op de onderhavige situatie waarin een beperking is opgelegd ten aanzien van de keuze van onderaannemers. Ook naar analogie gaat de door de brancheorganisatie gegeven lezing van dit arrest volgens aanbesteder niet op. In dit arrest is namelijk bepaald dat op de aanbestedende dienst de plicht rust om na te gaan of inschrijvingen daadwerkelijk zelfstandig zijn gedaan wanneer hij over gegevens beschikt die twijfel doen rijzen over het zelfstandige karakter van de inschrijvingen van bepaalde inschrijvers. En die situatie heeft aanbesteder nu juist willen voorkomen met de eis dat (gelieerde) derden waarop een beroep wordt gedaan voor de bekwaamheid slechts eenmaal mogen worden meegenomen in de aanmelding/inschrijving.

4.4. Klachtonderdeel 3

- 4.4.1. Voor zover twee gegadigden een beroep hebben gedaan op dezelfde werkmaatschappij van ondernemer X voert aanbesteder aan dat het in strijd met regels uit de Selectieleidraad en het gelijkheidsbeginsel zou zijn om over te gaan tot loting om te bepalen welke gegadigde zou worden uitgesloten. Beide aanmeldingen zijn ongeldig omdat niet tweemaal een beroep mag worden gedaan op dezelfde onderaannemer.
- 4.4.2. Voor zover een beroep is gedaan op verschillende werkmaatschappijen van X voert aanbesteder aan dat uit onderzoek van het handelsregister is gebleken dat er sprake is van duidelijke gelieerdheid van de werkmaatschappijen. Daarnaast leidt aanbesteder uit de website van ondernemer X af dat sprake is van een structureel samenwerkingsverband doordat alle betrokken werkmaatschappijen een structureel samenwerkingsverband hebben met, onder meer, een andere werkmaatschappij van ondernemer X. Aanbesteder meent dat hij niet anders kon concluderen dan dat de werkmaatschappijen van ondernemer X waarop beroep was gedaan aangemerkt moeten worden als gelieerde rechtspersonen. Dit acht aanbesteder in lijn met het arrest Assitur (HvJ EU 19 mei 2009, C-358/07, ECLI:EU:C:2009:317).
- 4.4.3. Met een beroep op het gelijkheidsbeginsel stelt aanbesteder zich te moeten houden aan de opgestelde spelregels in deze aanbestedingsprocedure en de gegadigden te moeten uitsluiten.

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder op 30 oktober 2020 een Europese niet-openbare procedure heeft aangekondigd voor een overheidsopdracht voor architectendiensten in bouwteamverband waarbij de opdrachtnemer naast de ontwerpwerkzaamheden ook het constructief advies, installatieadvies, bouwfysisch advies en advies brandveiligheid voor zijn rekening neemt. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en 2 van de Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit (2^e herziene versie die op 1 juli 2020 in werking is getreden).
- 5.2. De Commissie zal allereerst onderzoeken of de brancheorganisatie haar klachten tijdig bij aanbesteder onder de aandacht heeft gebracht.
 - 5.2.1. Volgens bestaande jurisprudentie mag van een (potentiële) gegadigde of inschrijver een proactieve houding worden verwacht. Dit houdt in dat een inschrijver – mogelijke – inbreuken op het op de aanbestedingsprocedure van toepassing zijnde recht bij de aanbesteder dient te signaleren zodra hij die redelijkerwijze behoorde op te merken. De ratio daarvan is dat de aanbesteder daarmee mogelijk in staat wordt gesteld (de gevolgen van) die inbreuk ongedaan te maken in een stadium waarin de nadelige gevolgen daarvan voor alle betrokken partijen zoveel mogelijk beperkt kunnen blijven.
 - 5.2.2. Aanbesteder heeft in dit kader in paragraaf 2.17 van de Selectieleidraad bepaald:

'Aanbestedende dienst wijst Gegadigden erop dat de Nota van Inlichtingen het eerste middel is om een klacht dan wel vraag kenbaar te maken.'
 - 5.2.3. Klachtonderdelen 1 en 2 zien op de beperking van de mogelijkheid dat verschillende gegadigden een beroep doen op dezelfde onderaannemer in de (eerste) Nota van Inlichtingen en het niet verlengen van de termijn voor het indienen van de verzoeken tot deelneming naar aanleiding van deze beperking. Door pas ná aanmelding en ná de selectiebeslissing op 9 december 2020 een klacht bij aanbesteder in te dienen, heeft de brancheorganisatie naar het oordeel van de Commissie voormelde verplichting niet nageleefd met betrekking tot klachtonderdelen 1 en 2. Met aanbesteder is de Commissie van oordeel dat de brancheorganisatie haar bezwaren daarmee op een te laat tijdstip naar voren heeft gebracht. De Commissie ziet ook niet in waarom de brancheorganisatie die bezwaren niet eerder naar voren had kunnen brengen.
 - 5.2.4. Deze handelwijze van de brancheorganisatie brengt met zich mee dat klachtonderdelen 1 en 2 ongegrond zijn.
 - 5.2.5. Klachtonderdeel 3 betreft, onder meer, de uitsluiting van enkele gegadigden van deelname aan de aanbestedingsprocedure omdat zij een beroep hebben gedaan op verschillende werkmaatschappijen van ondernemer X. Of de brancheorganisatie met betrekking tot dit deel van klachtonderdeel 3 de verplichting als bedoeld in 5.2.1 hiervoor heeft nageleefd, is afhankelijk van de vraag hoe de beperking van de mogelijkheid dat verschillende gegadigden een beroep doen op dezelfde onderaannemer in de (eerste) Nota van Inlichtingen moet worden uitgelegd (zie 1.3 hiervoor en zie voor het toetsingskader onder meer Advies 582, overweging 5.3.2).
 - 5.2.6. Naar het oordeel van de Commissie blijkt uit vragen 12 en 53 en de daarop gegeven antwoorden dat het niet is toegestaan om als onderaannemer met de aanmeldingen van meerdere gegadigden mee te doen indien deze gegadigden in het kader

van de selectiecriteria een beroep doen op de referenties van deze onderaannemer (zie 1.3 hiervoor). Met andere woorden: het is gegadigden niet toegestaan een beroep te doen op dezelfde onderaannemer. Dat er een beperking zou zijn voor een beroep op verschillende aan een onderaannemer gelieerde ondernemingen blijkt naar objectieve maatstaven niet uit paragraaf 2.14 van de Selectieleidraad. Deze paragraaf richt zich immers op de aanmelding als gegadigde (zie 1.2 hiervoor). Uit de antwoorden op vragen 12 en 53 blijkt naar objectieve maatstaven evenmin dat een beroep op verschillende aan een onderaannemer gelieerde ondernemingen niet is toegestaan (zie 1.3 hiervoor en HR 22 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA1828, r.o. 3.4 sub c en 3.7). Naar het oordeel van de Commissie zullen alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers de beperking van de mogelijkheid dat verschillende gegadigden een beroep doen op dezelfde onderaannemer op dezelfde wijze uitleggen in die zin dat er geen beperking voor de gegadigden is om een beroep te doen op verschillende aan een onderaannemer gelieerde ondernemingen.

- 5.2.7. Dit betekent dat de brancheorganisatie pas na de selectiebeslissing kon klagen over de uitsluiting van gegadigden die een beroep hebben gedaan op onderaannemers die gelieerd zijn aan onderaannemers waarop andere gegadigden een beroep hebben gedaan. Daarmee heeft de brancheorganisatie met betrekking tot dit deel van klachtonderdeel 3 voldoende proactief gehandeld en kan de Commissie dit deel van klachtonderdeel 3 in behandeling nemen.
- 5.2.8. Tevens heeft de brancheorganisatie in klachtonderdeel 3 geklaagd dat uitsluiting van twee gegadigden die een beroep hebben gedaan op dezelfde werkmaatschappij van X niet proportioneel is. Volgens de brancheorganisatie zou het redelijker zijn te loten, zeker nu de betreffende gegadigden niet wisten dat deze werkmaatschappij zich ook als derde adviseur aan een andere gegadigde had verbonden.
- 5.2.9. Uit de antwoorden op vragen 12 en 53 in de (eerste) Nota van Inlichtingen blijkt dat het niet is toegestaan dat verschillende gegadigden een beroep doen op dezelfde onderaannemer indien deze gegadigden in het kader van de selectiecriteria een beroep doen op de referenties van deze onderaannemer. In de aanbestedingsstukken is niet bepaald wat het gevolg is als meerdere gegadigden een beroep doen op referenties van dezelfde onderaannemer. Nu het niet is toegestaan dat verschillende gegadigden een beroep doen op dezelfde onderaannemer, zullen alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers de aanbestedingsstukken op dezelfde wijze uitleggen in die zin dat overtreding van dit voorschrift tot uitsluiting van alle desbetreffende gegadigden leidt.
- 5.2.10. Door pas ná aanmelding en ná de selectiebeslissing op 9 december 2020 een klacht bij aanbesteder in te dienen, heeft de brancheorganisatie naar het oordeel van de Commissie met betrekking tot dit deel van klachtonderdeel 3 onvoldoende proactief gehandeld. Met aanbesteder is de Commissie van oordeel dat de brancheorganisatie haar bezwaren daarmee op een te laat tijdstip naar voren heeft gebracht. De Commissie ziet ook niet in waarom de brancheorganisatie die bezwaren niet eerder naar voren had kunnen brengen.
- 5.3. Deze handelwijze van de brancheorganisatie brengt met zich mee dat klachtonderdelen 1 en 2 ongegrond zijn. Dat geldt ook voor klachtonderdeel 3 voor zover daarin wordt geklaagd dat uitsluiting van twee gegadigden die een beroep hebben gedaan op dezelfde werkmaatschappij van X niet proportioneel is.
- 5.4. De Commissie zal hierna overgaan tot de beoordeling van klachtonderdeel 3, voor zover het de uitsluiting van enkele gegadigden van deelname aan de aanbestedingsprocedure betreft omdat zij een beroep hebben gedaan op verschillende werkmaatschappijen van ondernemer X.

5.5. Klachtonderdeel 3 (ten gronde)

5.6. De brancheorganisatie klaagt over de uitsluiting van enkele gegadigden van deelname aan de aanbestedingsprocedure omdat zij een beroep hebben gedaan op verschillende werkmaatschappijen van ondernemer X. Naar het oordeel van de Commissie zullen alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers de beperking van de mogelijkheid dat verschillende gegadigden een beroep doen op dezelfde onderaannemer op dezelfde wijze uitleggen in die zin dat er geen beperking is voor een beroep op verschillende aan een onderaannemer gelieerde ondernemingen (zie 5.2.6 hiervoor).

5.7. Dit betekent dat aanbesteder ten onrechte gegadigden heeft uitgesloten die een beroep hebben gedaan op onderaannemers die gelieerd zijn aan onderaannemers waarop andere gegadigden een beroep hebben gedaan. In zoverre acht de Commissie klachtonderdeel 3 gegrond.

5.8. Klachtonderdelen 1, 2 en 3 (ten overvloede)

5.9. De Commissie zal hierna nog ten overvloede ingaan op klachtonderdelen 1 en 2 en het overige deel van klachtonderdeel 3.

5.10. Klachtonderdeel 1 (ten overvloede)

5.10.1. In klachtonderdeel 1 klaagt de brancheorganisatie dat aanbesteder de termijn voor indiening van de verzoeken tot deelneming ten onrechte niet heeft verlengd naar aanleiding van de beperking van de mogelijkheid dat verschillende gegadigden een beroep doen op dezelfde onderaannemer in de (eerste) Nota van Inlichtingen.

5.10.2. Allereerst overweegt de Commissie het volgende met betrekking tot het toe te passen toetsingskader.

5.10.3. In artikel 1.10, lid 1 en 2, Aw 2012 is, voor zover relevant, bepaald:

‘1. 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 redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.

2. Bij de toepassing van het eerste lid slaat de aanbestedende dienst (...) in ieder geval acht op:

(...)

e. de te stellen termijnen;

(...)

5.10.4. Krachtens het vierde lid van voornoemd artikel dient een aanbestedende dienst de voorschriften uit de Gids Proportionaliteit toe te passen of een afwijking daarvan te motiveren in de aanbestedingsstukken.

5.10.5. In Voorschrift 3.6 Gids Proportionaliteit is bepaald:

‘De aanbestedende dienst overweegt een langere termijn te hanteren dan de minimumtermijnen.’

5.10.6. In de toelichting bij Voorschrift 3.6 Gids Proportionaliteit is onder meer bepaald:

‘Wanneer een aanbestedende dienst de aanbestedingsstukken aanzienlijk wijzigt (...) dient de aanbestedende dienst de van toepassing zijnde termijnen te

verlengen. De extra tijd is afhankelijk van de aard en de mate van de wijzigingen of de ontbrekende informatie en het effect daarvan op de opdracht.'

- 5.10.7. Indien er bij nota van inlichtingen flinke wijzigingen in de aanbestedingsstukken worden aangebracht, dient een aanbestedende dienst te bezien of de nog resterende termijn voor het indienen van de verzoeken tot deelneming reëel en proportioneel is en of hij die termijn dient te verlengen (vgl. Advies 410, overweging 5.6.7 en Advies 221, overweging 5.4.7). Naar het oordeel van de Commissie is de beperking van de mogelijkheid een beroep te doen op de referenties van bepaalde ondernemingen een belangrijke wijziging die van invloed is op de voorbereiding van de verzoeken tot deelneming van de gegadigden. Deze wijziging kan immers tot gevolg hebben dat een gegadigde op zoek moet naar een nieuwe onderaannemer, in een markt waarin geschikte onderaannemers bovendien beperkt beschikbaar zijn (zie 3.2.1 hiervoor). Naar het oordeel van de Commissie heeft aanbestededer dan ook in strijd gehandeld met het proportionaliteitsbeginsel door de termijn voor indiening van de verzoeken tot deelneming niet te verlengen.
- 5.10.8. Overigens wijst de Commissie er op dat de belangrijkste voorwaarden van de opdracht, zoals de technische specificaties en gunningscriteria, niet mogen worden gewijzigd via de nota van inlichtingen (zie HvJ EU 10 mei 2012, zaak C-368/10, ECLI:EU:C:2012:284, r.o. 55-56). Bovendien moeten belangrijke wijzigingen op een transparante wijze bekend worden gemaakt (zie HvJ EU 5 april 2017, zaak C-298/15, ECLI:EU:C:2017:266, r.o. 75 en 77, Borta en Hof Arnhem-Leeuwarden 16 oktober 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:9094, r.o. 6.10 en 6.11, Advies 541, overweging 5.24.1 en vgl. ook de aanbeveling in Advies 492).
- 5.11. Klachtonderdeel 2 (ten overvloede)
 - 5.11.1. Klachtonderdeel 2 ziet op de beperking van de mogelijkheid dat verschillende gegadigden een beroep doen op dezelfde onderaannemer in de (eerste) Nota van Inlichtingen. De brancheorganisatie acht deze beperking disproportioneel. Naar het oordeel van de Commissie zullen alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers de beperking van de mogelijkheid dat verschillende gegadigden een beroep doen op dezelfde onderaannemer op dezelfde wijze uitleggen, in die zin dat er geen beperking is voor een beroep op verschillende aan een onderaannemer gelieerde ondernemingen (zie 5.2.6 hiervoor).
 - 5.11.2. Uit art. 1.10, lid 1, Aw 2012 volgt dat een aanbestedende dienst bij de voorbereiding en het tot stand brengen van een overeenkomst uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijvers en de inschrijvingen mag stellen die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.
 - 5.11.3. De Commissie neemt in het verlengde van het bepaalde in art. 1.10 Aw 2012 tot uitgangspunt dat een beperkende eis als de onderhavige toelaatbaar zal zijn wanneer een aanbestedende dienst met die eis een legitiem doel van algemeen belang nastreeft, die eis geschikt is om dat doel te verzekeren en de eis niet verder gaat dan noodzakelijk is om dat doel te bereiken (zie HvJ EU 10 juli 2014, C-358/12, r.o. 31 en Advies 216, overweging 5.4.3).
 - 5.11.4. De Commissie neemt voorshands aan dat het doel dat aanbestededer met de beperkende eis nastreeft – te weten het voorkomen van collusie en het tot stand brengen van een eerlijke mededinging (zie 4.3.1 hiervoor) – in beginsel een legitiem doel van algemeen belang is.
 - 5.11.5. Vervolgens is het de vraag of de door aanbestededer gestelde beperking in een geval als het onderhavige geschikt is om de verwezenlijking van het daarmee nagestreefde doel te verzekeren en niet verder gaat dan noodzakelijk om dat doel te

bereiken. Aanbesteder beoogt met het stellen van de beperking – blijkens zijn reactie op de klacht – elke (schijn van) collusie tussen de gegadigden in deze aanbestedingsprocedure uit te sluiten en meer in het bijzonder te voorkomen dat er onderling afgestemde feitelijke gedragingen plaatsvinden (zie 4.3.1 hiervoor). Aanbesteder stelt zich tevens op het standpunt dat de invloed van de onderaannemer, de constructeur, in de onderhavige aanbestedingsprocedure voor een opdracht voor architect- en adviesdiensten groot kan zijn.

5.11.6. Naar het oordeel van de Commissie is de beperking van de mogelijkheid dat verschillende gegadigden een beroep doen op dezelfde onderaannemer geschikt om het beoogde doel te bereiken. Ook gaat de beperking naar het oordeel van de Commissie in beginsel niet verder dan noodzakelijk is om het beoogde doel te bereiken. In dat kader acht de Commissie van belang dat het – anders dan in Advies 216 – een Europese niet-openbare aanbestedingsprocedure betreft waarin maximaal 5 gegadigden zullen worden uitgenodigd tot inschrijving. Indien gegadigden zich met dezelfde onderaannemer zouden mogen aanmelden, bestaat daarmee het risico dat de concurrentie op het niveau van de onderaannemer al vóór inschrijving geheel of gedeeltelijk zal zijn uitgeschakeld. Het vragen van een verklaring als bedoeld in artikel 2.32.3 ARW 2016 (Model K-verklaring) van de inschrijvers kan dit risico niet wegnemen.

5.11.7. Of het doelmatig is de mogelijkheid om een beroep te doen op dezelfde onderaannemer te beperken, hangt van de desbetreffende markt af. In dit kader heeft de brancheorganisatie aangevoerd dat er honderden geschikte architectenbureaus zijn, maar slechts een handjevol technische adviseurs (zie 3.2.1 hiervoor). Daarmee kan de beperking van de mogelijkheid een beroep op derden te doen tot gevolg hebben dat de mededinging op het niveau van de architectenbureaus juist sterk wordt beperkt.

5.12. Klachtonderdeel 3 (ten overvloede)

5.12.1. De brancheorganisatie heeft in klachtonderdeel 3 ook geklaagd dat de uitsluiting van twee gegadigden die een beroep hebben gedaan op dezelfde werkmaatschappij van X niet proportioneel is. De brancheorganisatie stelt zich op het standpunt dat het redelijker zou zijn te loten, zeker nu de betreffende gegadigden niet wisten dat deze werkmaatschappij zich ook als derde adviseur aan een andere gegadigde had verbonden.

5.12.2. Nu het niet is toegestaan dat verschillende gegadigden een beroep doen op dezelfde onderaannemer, zullen alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers de aanbestedingsstukken naar het oordeel van de Commissie op dezelfde wijze uitleggen in die zin dat overtreding van dit voorschrift tot uitsluiting van alle desbetreffende gegadigden leidt (zie 5.2.9 hiervoor). Aanbesteder had kunnen bepalen dat in een dergelijk geval zal worden geloot. Nu aanbesteder dat niet heeft gedaan, is er naar het oordeel van de Commissie geen ruimte om daar alsnog toe over te gaan.

6. Advies

Wat betreft klachtonderdeel 1 heeft aanbesteder in strijd met het proportionaliteitsbeginsel van artikel 1.10, lid 1 en 2 aanhef en sub e, Aw 2012 gehandeld door de termijn voor indiening van de verzoeken tot deelneming niet te verlengen. Dat de brancheorganisatie zijn daartegen gerichte bezwaren te laat kenbaar heeft gemaakt, doet geen afbreuk aan die conclusie. Wel heeft de brancheorganisatie 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 aanbesteder. De Commissie acht klachtonderdeel 3 **gegrond** voor zover is geklaagd dat aanbesteder ten onrechte gegadigden heeft uitgesloten die een beroep hebben gedaan op onderaannemers die gelieerd zijn aan onderaannemers waarop andere gegadigden een beroep hebben gedaan. Voor het overige acht de Commissie klachtonderdelen 1, 2 en 3 **ongegron**d.

Den Haag, 19 februari 2021

Mr. A.C.M Fischer-Braams
Voorzitter