

Advies 621 | Samenvatting

De klacht ziet op een Europese openbare aanbestedingsprocedure voor raamovereenkomsten voor diensten van vervoer van stoffelijke overschotten. De opdracht is verdeeld in één perceel voor een meldkamer en 22 geografische percelen. Ondernemer klaagt dat de inschrijver aan wie percelen 7 en 8 is gegund in zijn Uniform Europees Aanbestedingsdocument onjuiste informatie heeft verstrekt. Ook stelt ondernemer dat die inschrijver de in de aanbesteding geëiste aanrijtijden in de percelen 7 en 8 niet kan waarmaken.

Aanbesteder stelt dat de desbetreffende inschrijver wel alle in de aanbesteding geëiste documenten heeft ingediend en dat deze inschrijver om de aanrijtijden te halen gebruik maakt van onderaannemers in de percelen 7 en 8.

De Commissie heeft de relevante bewijsstukken vertrouwelijk ter inzage gevraagd aan aanbesteder en geconstateerd dat alle in de aanbesteding geëiste bewijsstukken met betrekking tot onderaannemers zijn ingediend. Het eerste klachtonderdeel is ongegrond omdat de stelling van ondernemer feitelijk onjuist is. Het verweer dat met een onderaannemer aan de aanrijtijden wordt voldaan is niet deugdelijk weersproken door ondernemer, zodat ook het tweede klachtonderdeel ongegrond wordt verklaard.

Wat betreft klachtonderdeel 3 overweegt de Commissie dat om een goed gefundeerd oordeel over dit onderdeel te geven een onderzoek door een deskundige op het gebied van arbeidsrecht noodzakelijk is, wat in het kader van een klachtprocedure onmogelijk is, zodat dit klachtonderdeel ongegrond wordt verklaard.

Advies 621

1. Feiten

- 1.1. Aanbesteder heeft op 21 juni 2017 een Europese openbare aanbestedingsprocedure aangekondigd voor raamovereenkomsten met meerdere ondernemers voor diensten van vervoer van stoffelijke overschotten. De opdracht is verdeeld in één perceel voor een landelijke meldkamer en 22 geografische percelen.
- 1.2. In de Inschrijvingsleidraad is, onder meer, het volgende bepaald:

'2.3 Specifieke Eisen Perceel 2 t/m 23 – '(Geconditioneerd-)VSO'

(...)

E-V-07: Maximale Aanrijtijd

De Opdrachtnemer moet, na ontvangst van een Aanvraag, altijd binnen onderstaande

'maximale Aanrijtijden' op de opgegeven vindplaats van een S.O. kunnen zijn:

- a. Tussen 06.00 - 22.00 uur, binnen uiterlijk 60 (\leq 60) minuten;
- b. Tussen 22.00 - 06.00 uur, binnen uiterlijk 90 (\leq 90) minuten.

(...)

4.2 Bewijsstukken voor de Uitsluitingsgronden

4.2.1 Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA)

Als verklaring dat geen van de Uitsluitingsgronden zoals bedoeld in art 2.86 en 2.87 van de Aanbestedingswet 2012 van toepassing zijn, wordt het UEA gebruikt. Het UEA is als Formulier B opgenomen bij deze Inschrijvingsleidraad. Het is een invulbaar PDF-Formulier. U dient de van toepassing zijnde velden in te vullen en de verklaring rechtsgeldig te ondertekenen.

[Aanbesteder] hanteert het UEA ook ter conformering aan het gestelde in de Aanbestedingsstukken. Door ondertekening van het UEA conformeert u zich volledig aan al het gestelde in de Aanbestedingsstukken van de Opdracht Vervoer stoffelijke overschotten. Als u zich hieraan niet conformeert, wordt uw Inschrijving uitgesloten van verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure.

Let op: als u het UEA in een ander format dan Acrobat reader opent, bestaat de mogelijkheid dat de inhoud van het UEA wijzigt. De door [Aanbesteder] ingevulde facultatieve Uitsluitingsgronden kunnen dan bijvoorbeeld verdwijnen uit het bestand.

Een dergelijk voorval komt voor rekening en risico van de Inschrijver.

Als u een Onderaannemer inschakelt, dient u een door Onderaannemer ingevulde en ondertekende UEA in te dienen (zie Formulier B).

(...)

5.5 Onderaanneming

U dient bij Inschrijving een opgave te doen van de Onderaannemer(s) die u zal inzetten met daarbij een beschrijving van het gedeelte van de Opdracht waarvoor iedere Onderaannemer zal worden ingezet.

Hiervoor dient u de Verklaring Onderaanneming, Formulier F uit de Formulieren-set, te uploaden in Commerce-hub.

Deze Verklaring Onderaanneming dient mede te worden ondertekend door de betreffende Onderaannemer, waarbij deze verklaart het gedeelte van de Opdracht waarvoor de Onderaannemer wordt ingezet, voor u uit te voeren.

De Inschrijver vermeldt tevens in Deel II/D van het UEA (zie Formulier B) of een beroep op een Onderaannemer wordt gedaan.

[Aanbesteder] accepteert na Gunning slechts die Onderaannemer(s) die gedurende de aanbestedingsprocedure als zodanig zijn aangemerkt en die voldaan hebben aan alle procedurele vereisten die hiervoor zijn beschreven. Na Gunning is wijziging in Onderaannemer(s) slechts mogelijk indien [Aanbesteder] hiervoor schriftelijk goedkeuring heeft gegeven.

(...)'

- 1.3. Op 22 september 2020 heeft ondernemer een klacht ingediend bij het klachtenmeldpunt van aanbesteder. Het klachtenmeldpunt heeft op 8 oktober 2020 de klacht ongegrond verklaard. De inhoud van het advies van het klachtenmeldpunt wordt bij punt 4 weergegeven.
- 1.4. Vervolgens heeft ondernemer op 22 februari 2021 de onderhavige klacht bij de Commissie ingediend.

2. Beschrijving klacht

- 2.1. Klachtonderdeel 1
Op de inschrijver aan wie percelen 7 en 8 zijn gegund, is een uitsluitingsgrond van toepassing.
- 2.2. Klachtonderdeel 2
De opdrachtnemer van percelen 7 en 8 kan de geëiste aanrijtijd van 60 minuten niet waarmaken.
- 2.3. Klachtonderdeel 3
De hoofdaannemer van perceel 8 voldoet niet aan de eisen van de van toepassing zijnde ARVODI 2016 met betrekking tot het personeel.

3. Onderbouwing klacht

- 3.1. Klachtonderdeel 1
Aanbesteder kan zelf nagaan en met de ingediende documenten aantonen dat een uitsluitingsgrond van toepassing is op de inschrijver/hoofdaannemer van perceel 7 en 8 (Gelderland-Midden en Noord- en Oost Gelderland). De betreffende hoofdaannemer van perceel 7 en 8 zet structureel onderaannemers in zonder dat de bewijsstukken van die onderaannemers zijn aangeleverd. Het UEA is aantoonbaar onjuist ingevuld en hiermee is een uitsluitingsgrond van toepassing.

3.2. Klachtonderdeel 2

- 3.2.1. Tussen 06.00 - 22.00 uur is de maximale aanrijtijd na ontvangst van de aanvraag maximaal 60 minuten. In de meest ideale situatie kunnen medewerkers binnen 10 minuten vertrekken. Volgens de ANWB routeplanner is de aanrijtijd 66 minuten naar de uiterste plaatsen in het gebied Gelderland-Midden, perceel 8. Voor perceel 7 Noord-Oost Gelderland geldt een aanrijtijd van 72 minuten naar één van de uiterste plaatsen in het gebied.
- 3.2.2. Aanbesteder heeft perceel 8 gegund aan een partij die later zelfstandig met onderaannemers afspraken maakt die niet op het Uniform Europees Aanbestedingsdocument vermeld staan. De hoofdaannemer heeft het perceel gegund gekregen en zelfstandig opdrachten verstrekt aan derden zonder toestemming van aanbesteder. Hierdoor heeft de hoofdaannemer lager kunnen inschrijven dan andere inschrijvers. Het tarief per opdracht waarmee de aanbesteding is gewonnen was bekend en voor de hoofdaannemer is er een machtspositie ontstaan om de opdracht aan derden in onderaanneming te geven zonder dat hier sprake is van marktwerking.
- 3.2.3. Perceel 7 Noord-Oost Gelderland is op een later moment gegund aan de betreffende hoofdaannemer. Ook hier wordt structureel in ieder geval één onderaannemer ingezet zonder dat deze bij de inschrijving opgegeven is als onderaannemer voor het betreffende gebied.

3.3. Klachtonderdeel 3

- 3.3.1. Onder art. 2.1.1 E-AE-02 staat dat de inschrijver akkoord gaat met de ARVODI-2016 voorwaarden. In de betreffende voorwaarden staat onder artikel 27 (arbeidsvoorwaarden) dat opdrachtnemer zich bij het verrichten van diensten houdt aan de geldende wet- en regelgeving op het gebied van arbeidsvoorwaarden en aan de cao's die op hem en zijn werknemers van toepassing zijn.
- 3.3.2. Op deze opdracht is de cao uitvaartbranche van toepassing, echter heeft ondernemer van twee medewerkers de contracten ingezien en in ieder geval bij deze twee contracten wordt een andere dan de cao uitvaartbranche gehanteerd. De gehanteerde cao is in ieder geval voor deze betreffende medewerkers slechter dan de cao uitvaartbranche.

4. **Reactie aanbesteder**

- 4.1. Aanbesteder verwijst naar het advies van het klachtenmeldpunt. Het klachtenmeldpunt signaleert dat ondernemer zowel in 2018 als 2019 al klachten heeft ingediend over dezelfde aanbesteding. Die zijn destijds behandeld door de contactpersoon van de aanbesteding. De klacht van ondernemer van 22 september 2020 is door het klachtenmeldpunt zelf onderzocht en behandeld. In het advies van het klachtenmeldpunt wordt de klacht op alle onderdelen ongegrond verklaard en wordt onder meer het volgende meegedeeld.
- 4.2. Klachtonderdeel 1
Uit de beschikbare informatie blijkt dat bij aanmelding alle gevraagde documenten ingediend zijn en voldeden aan de hieraan gestelde eisen.
- 4.3. Klachtonderdeel 2
Uit de beschikbare informatie blijkt dat de hoofdaannemer gebruik maakt van onderaannemers om de aanrijtijden te halen. Hoofdaannemer heeft hiertoe een geldige inschrijving gedaan en heeft met beide onderaannemers ingeschreven.
- 4.4. Klachtonderdeel 3

Uit de beschikbare informatie blijkt dat de opdrachtnemer gebruik maakt van een detachingsbureau, waarbij de cao voor de uitvaartbranche wordt gevolgd.

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder op 21 juni 2017 een Europese openbare aanbestedingsprocedure heeft aangekondigd. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Delen 1 en 2 van de Aw 2012.
- 5.2. Voor alle klachtonderdelen geldt dat de stellingen van ondernemer gelezen kunnen worden als klachten dat de overeenkomst met de opdrachtnemer van percelen 7 en 8, die moet zijn gesloten op basis van de aanbestedingsstukken en de inschrijving, sindsdien is gewijzigd. De Commissie kan toetsen of die wijzigingen toelaatbaar zijn op grond van het bepaalde in de artikelen 2.163a tot en met 2.163g Aw 2012. Op grond van de stellingen van ondernemer kan de Commissie echter niet vaststellen dat er sprake is van wijzigingen, zodat zij niet toekomt aan de genoemde toets.
- 5.3. Voor alle klachtonderdelen geldt dat ondernemer ondanks de uitdrukkelijke bevestiging van het klachtenmeldpunt van aanbesteder dat aan de formele eisen is voldaan nog steeds vraagtekens plaatst bij de stellingname van aanbesteder.
- 5.4. De Commissie gaat in beginsel ervan uit dat een aanbestedende dienst geen onwaarheid spreekt en zeker in het kader van een klachtprocedure geen onjuiste stellingen zal verdedigen. Maar dit uitgangspunt kan de twijfel bij ondernemer kennelijk niet wegnemen en om die reden heeft de Commissie besloten om aanbesteder te vragen de relevante bewijsmiddelen vertrouwelijk aan de Commissie ter inzage te geven.
- 5.5. Na ontvangst van deze bewijsmiddelen heeft de Commissie geconstateerd dat twee formulieren F met opgave van een onderaannemer zijn ingediend evenals UEA's van de inschrijver en de desbetreffende onderaannemers van percelen 7 en 8.
- 5.6. Wat betreft het toepassen van de cao voor de uitvaartbranche heeft de Commissie geen bewijsstukken opgevraagd.
- 5.7. Klachtonderdeel 1
Ondernemer spreekt over "uitsluitingsgrond", maar uit de toelichting die hij bij dit klachtonderdeel geeft, blijkt dat hij stelt dat de inschrijver aan wie percelen 7 en 8 gegund is in zijn UEA onjuiste informatie heeft verstrekt door daarin niet te vermelden dat hij op die percelen met onderaannemers gaat werken. De Commissie heeft echter geconstateerd dat deze stelling van ondernemer onjuist is. Klachtonderdeel 1 is derhalve ongegrond.
- 5.8. Klachtonderdeel 2
 - 5.8.1. Voor klachtonderdeel 2 geldt dat het, in het kader van het bij het klachtenmeldpunt aangevoerde, verweer van aanbesteder dat op percelen 7 en 8 met behulp van een onderaannemer ervoor gezorgd wordt dat de aanrijtijden gehaald worden niet deugdelijk wordt weersproken door ondernemer. Ondernemer stelt immers – en de Commissie heeft geconstateerd dat die stelling onjuist is – dat de onderaannemer op percelen 7 en 8 niet is aangemeld bij de inschrijving. Voor het overige noemt ondernemer geen feiten waaruit zou kunnen blijken dat ondanks de inzet van een onderaannemer de aanrijtijden niet gehaald kunnen worden.
 - 5.8.2. Ook klachtonderdeel 2 is derhalve ongegrond.

5.9. Klachtonderdeel 3

- 5.9.1. Om over dit klachtonderdeel een goed gefundeerd oordeel te kunnen geven zou een onderzoek door een deskundige op het gebied van het arbeidsrecht moeten worden uitgevoerd aan wie de desbetreffende hoofdaannemer inzage in zijn administratie zou moeten geven. In het kader van deze klachtprocedure is een dergelijk onderzoek onmogelijk. De Commissie kan derhalve op grond van wat ondernemer heeft aangevoerd dit klachtonderdeel niet gegrond verklaren.

6. Advies

De Commissie acht alle drie onderdelen van de klacht **ongegrond**.

Den Haag, 9 juni 2021

Mr. A.C.M Fischer-Braams Mr. G.R. Werkman-Bouwkamp Mr. drs. T.H. Chen

Voorzitter

Vicevoorzitter

Commissielid