

Advies 615 | Samenvatting

De aanbesteder heeft een dynamisch aankoopstelsel (DAS) ingesteld voor de inhuur van flexibel personeel. Onder het DAS heeft aanbesteder een specifieke opdracht voor de inhuur van een juridisch medewerker geplaatst. Ondernemer is toegelaten tot het DAS, maar zijn inschrijving is afgewezen omdat hij zzp'er is. De klacht betreft de eis dat de opdracht niet zelfstandig door een zzp'er mag worden uitgevoerd en dat hij zich moet laten detacheren door of in loondienst moet zijn bij een intermediair. De Commissie acht de klacht gegrond omdat aanbesteder een eis heeft gesteld die in strijd is met de Aanbestedingswet 2012.

Daarnaast overweegt de Commissie dat de gestelde eis in strijd is met de door aanbesteder zelf gestelde regels bij de instelling van het DAS. Voorts wijdt zij overwegingen ten overvloede aan de werking van een DAS, waaruit volgt dat enkel in de eerste fase van een DAS getoetst kan worden op uitsluitingsgronden en aan geschiktheidseisen. Daarmee is de aanbestedingsrechtelijke kwalificatie van een eis van belang voor het beantwoorden van de vraag of een eis rechtmatig gesteld kan worden in de offerteaanvraag voor een specifieke overheidsopdracht (de tweede fase).

De Commissie komt tot de slotsom dat een dergelijke eis in de offerteaanvraag voor een specifieke overheidsopdracht een vorm is van nadere selectie en in die (tweede) fase van het DAS niet gesteld kan worden.

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 615

1. Feiten

- 1.1. Aanbesteder heeft op 29 juni 2017 een aanbestedingsprocedure aangekondigd voor het inrichten van een dynamisch aankoopstelsel (DAS) voor de inhuur van flexibel personeel.
- 1.2. In de Selectieleidraad van 29 juni 2017 is, onder meer, het volgende bepaald:

1.3 De Categorieën

[Aanbesteder] (...), heeft gekozen voor het inrichten van één DAS met meerdere Categorieën. Op deze wijze hoeven Leveranciers alleen een verzoek tot toelating in te dienen voor de voor hen interessante Categorie(ën) en ontvangen zijn ook alleen de Offerteaanvragen die binnen de betreffende Categorie(ën) worden uitgezet. Leveranciers hebben de mogelijkheid om voor één of meerdere Categorieën een verzoek tot toelating in te dienen. Het DAS omvat de volgende Categorieën: Administrative | Secretarial, ICT | Automation, Policy | Advice | Consultancy, Z- Existing Contracts, Board | Management, Communication | Public Relations, Facility, Financial, Procurement, Legal, Overheid: Bouwkunde en civiele techniek, Overheid: Openbare orde en veiligheid en Overheid: Vergunningen.

Voor alle genoemde Categorieën is [Aanbesteder] regelmatig op zoek naar de inzet van professionals voor het uitvoeren van Opdrachten.'

(...)

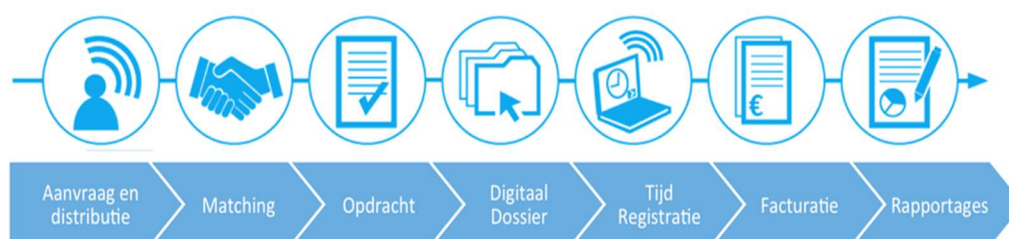
1.4 Looptijd

[Aanbesteder] is voornemens de inhuur Opdrachten in ieder geval gedurende een looptijd van twee (2) jaar via het DAS uit te vragen. [Aanbesteder] kan de duur van het DAS met twee (2) maal twee (2) jaar. Na het verstrijken van deze zes (6) jaar kan [Aanbesteder] het DAS omzetten in onbepaalde tijd. De verwachte ingangsdatum is 29 juni 2017.

(...)

1.6 De Inhuurdesk

[Aanbesteder] werkt samen met [Adviseur]. [Adviseur] ondersteunt onafhankelijk overheden, corporate bedrijven en (zorg)instellingen in het proces om tijdelijk personeel in te huren.



Voordelen Leverancier

- Helder omschreven opdracht met objectieve gunningscriteria;
- Aanvragen direct na publicatie beschikbaar;
- Contracten en modelovereenkomsten opgesteld door professionele partner met oog voor leveranciersbelang inzake proportionaliteit;
- Gehele proces van aanvraag, vragen stellen, aanbidding, gunning en contracteren verloopt online en is online te volgen;
- Urenregistratie, Elektronische Facturatie en dossierbeheer ter beschikking gesteld door [Adviseur];
- Gelijk speelveld en minimale transactiekosten voor alle Leveranciers.

(...)

Zodra het DAS is gepubliceerd, zal deze zichtbaar zijn voor alle Leveranciers en ZZP'ers die in het Inhuurdesk systeem geregistreerd zijn. Door vanuit het overzicht een DAS aan te klikken, kunt u als Leverancier de details bekijken. Hier vindt u een knop om u in te schrijven voor het DAS.

(...)

2.1 Verzoek tot toelating

Leveranciers dienen eerst toegang tot het DAS te hebben voordat zij mee kunnen dingen naar Opdrachten. Dit is mogelijk voor zowel een bemiddelende organisatie als ook ZZP'ers. Het verzoek tot toelating kan worden aangemaakt en ingediend op [link naar inhuurdesk van aanbesteder].

(...)'

- 1.3. De adviseur van aanbesteder heeft een aanvraag voor de inhuur van een juridisch medewerker geplaatst in de inhuurdesk met als startdatum 4 januari 2021. In die aanvraag is onder meer als eis geformuleerd:

'De functie wordt uitgevoerd op basis van een gezagsverhouding. Er is sprake van leiding en toezicht door de opdrachtgever. Vrije vervanging is niet mogelijk. Het gevolg hiervan is dat er in de praktijk sprake zal zijn van een dienstbetrekking, waardoor deze opdracht niet uitgevoerd kan worden door een zzp'er. Zzp'ers die voor deze opdracht in aanmerking willen komen dienen zich te laten detacheren of in loondienst te zijn via een detacheringsbureau of payroll-bedrijf, die dan de offerte indient.

Keuzemogelijkheden

- Ja, kandidaat is in loondienst aangeboden (0 punten)
- Nee, kandidaat is niet in loondienst aangeboden (0 punten)'

- 1.4. Uit die aanvraag blijkt tevens dat er twee wensen zijn geformuleerd waarvoor in totaal 45 punten kunnen worden behaald.

- 1.5. De eerste wens luidt: 'Kandidaat heeft kennis en ervaring met omgevingsrecht', waarbij Ja 5 Punten oplevert en Nee 0 Punten.

- 1.6. De wens op het vlak van competenties luidt: 'Competenties, kennis en ervaringen worden getoetst tijdens het gesprek. Voor het goed vervullen van deze functie heb je in ieder geval de volgende competenties. Bestuurlijke voelspriet/bestuurlijke sensitiviteit, goede schriftelijke, communicatieve en verbindende vaardigheden en goed kunnen schakelen tussen verschillende niveaus.

Keuzemogelijkheden

- Uitstekend (40 Punten)
- Goed (20 Punten)
- Voldoende (10 Punten)
- Onvoldoende (0 Punten)'

1.7. Ondernemer heeft een vraag over voormelde eis (zie 1.3 hiervoor) gesteld, waarop de adviseur per e-mail van 13 november 2020 het volgende heeft geantwoord:

'de kern van de zaak is wel dat wanneer een Zzp'er een opdracht uitvoert, die de kenmerken heeft van een functie die bij de opdrachtgever ook in dienstverband wordt uitgevoerd, dat de Belastingdienst deze kan aanmerken als een verkapt dienstverband en hiervoor niet betaalde wettelijke premies in rekening kan brengen.

• De overeenkomst met tussenkomst zorgt ervoor dat [Adviseur] het eerste risico draagt op dit gebied. Wij bepalen uiteindelijk ook of een opdracht zich leent voor Zzp-inzet en niet [Aanbesteder] (hoewel dit natuurlijk altijd goed met elkaar besproken wordt).'

1.8. Ondernemer heeft op 18 december 2020 een inschrijving voor de functie van juridisch adviseur ingediend, welke is afgewezen op 30 december 2020. In het elektronische bericht van de afwijzing wordt onder meer het volgende meegedeeld:

'Huidige status Afgewezen

Reden Kandidaat voldoet niet aan een of meerdere gunningcriteria.

Afwijzreden opmerking Uit het cv blijkt geen ervaring met het toetsen van bestemmingsplannen.

Daarnaast is de kandidaat aangeboden als zzp'er. Het betreft hier echter tijdelijke invulling van een reguliere functie bij [Aanbesteder].'

1.9. Ondernemer heeft per aangetekende brief (*Commissie: niet gedateerd, vermoedelijk van 5 januari 2021*) een klacht ingediend bij de Inhuurdesk waarin onder meer het volgende wordt gesteld:

'Onredelijk gunningscriterium

Het genoemde en gehanteerde gunningcriterium door [Adviseur] is kennelijk onredelijk omdat dit alleen gericht is op de bevordering van de eigen commerciële bedrijfsbelangen van [Adviseur] en het uitsluiten van de eigen fiscale risico's.

Ik maak u erop attent dat de betreffende diensten zoals gevraagd in opdracht [kenmerk] uitgevoerd kunnen worden door een Zzp'er zonder dat hiervoor sprake behoeft te zijn van een arbeidsrechtelijke gezagsverhouding. Dat de klant opdrachten verstrekt en dat de ZZP 'er deze uitvoert in het kader van een leverancier-klantrelatie, is in den lande de norm en ook heel gebruikelijk.

Handelen in strijd met het aanbestedingsrecht

U handelt daarom in strijd met het gelijkheidsbeginsel en meer specifiek het non-discriminatiebeginsel en het proportionaliteitsbeginsel zoals vastgelegd in de Aanbestedingswet 2012 (Aw2012) alsmede het mededingingsrecht (ACM).

De mededinging is kunstmatig beperkt indien de overheidsopdracht, speciale-sectoropdracht of concessieopdracht is ontworpen met het doel bepaalde ondernemers ten onrechte te bevoordelen of te benadelen. Een aanbesteder:

- bepaalt op basis van objectieve criteria de totstandkoming van overeenkomsten en de keuze voor toelating van een ieder die diensten op de markt aanbiedt;
- behandelt een ieder die diensten op de markt aanbiedt op gelijke en niet-discriminerende wijze;

- stelt bij de voorbereiding en het tot stand brengen van een overeenkomst uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijvers en de inschrijvingen die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.

Dat betekent dat u detacheringsbureaus niet mag bevoordelen boven eenmanszaken (ZZP'ers). ZZP'ers kunnen niet bij voorbaat uitgesloten worden van deelname aan een aanbesteding.

Ook de wet deregulering beoordeling arbeidsrelaties (DBA) is geen grond om van de beginselen van het aanbestedingsrecht af te wijken die kunnen prevaleren boven nationaal rechten de wet DBA bovendien op termijn vervangen gaat worden door nieuwe regelgeving en bovendien niet wordt gehandhaafd zodat het uitsluiten van Zzp `ers van aanbestedingen niet is te rechtvaardigen.'

1.10. Op 12 januari 2021 heeft de adviseur van aanbesteder per e-mail aan ondernemer een reactie op de klacht gestuurd waarin, onder meer, het volgende wordt meegedeeld:

- 'Het beginsel van gelijke behandeling houdt in: gelijke omstandigheden mogen niet verschillend worden behandeld, tenzij dat verschil objectief gerechtvaardigd is. Ook verkapte of indirecte discriminatie is verboden.
(...)
- Het beginsel van proportionaliteit houdt in: de gekozen maatregelen en criteria moeten zowel noodzakelijk als passend zijn met het oog op hetgeen de aanbestedende dienst wil bereiken. De gestelde eisen mogen dus niet te zwaar zijn in verhouding tot de opdracht.
(...)

Het beginsel van gelijke behandeling hebben wij niet overtreden omdat wij de aanbidding hebben afgewezen op grond van het objectieve gunningscriterium.

Dan rest nog het beginsel van proportionaliteit.

Om als zzp'er in aanmerking te kunnen komen voor een opdracht mogen er **wel** instructies gegeven worden omtrent het beoogde resultaat van de opdracht maar niet over hoe het werk uitgevoerd dient te worden.

Uw aanbidding is afgewezen omdat in de aanvraag is opgenomen dat er sprake is van gezag in de vorm van leiding en toezicht. Dit heeft betrekking op hoe het werk uitgevoerd dient te worden.

Dezelfde werkzaamheden worden ook uitgevoerd door medewerkers in loondienst van [Aanbesteder].

Wat betreft het aspect mededinging; wij hebben bij de beoordeling in het kader van de wet DBA niet het doel bepaalde ondernemers ten onrechte te bevoordelen of te benadelen. Wij stellen eisen, voorwaarden en criteria die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.

Verder geeft u aan dat het aanbestedingsrecht kan prevaleren boven nationaal recht. Het aanbestedingsrecht is in nationale wetgeving vastgelegd in de Aanbestedingswet 2012. Als twee nationale regelingen strijdig zijn met elkaar dan geldt dat de specifieke wetsbepaling voorgaat op de algemene bepaling. Dat is in dit geval de wet DBA omdat die wetgeving betrekking heeft op de inhuur van zelfstandige professionals.

Het argument dat de wet DBA geen grond is om van de beginselen af te wijken omdat deze wet op termijn wordt vervangen door nieuwe regelgeving en op dit moment niet wordt gehandhaafd, is geen goede reden. De wet DBA is op dit moment nog steeds in werking en er wordt wel gehandhaafd op kwaadwillendheid.

(...)

Tenslotte wil ik nog toevoegen dat [Adviseur] maar bij een gedeelte van haar opdrachtgevers de zogenaamde brokerrol vervult, zoals u die kent bij [overheidsorganisatie].

Bij [Aanbesteder] vervullen wij deze rol niet en ligt het financiële risico bij de opdrachtgever. Wij handelen dan ook niet alleen in ons directe eigen belang, zoals u stelt, maar ook in dat van de opdrachtgever.'

- 1.11. Vervolgens heeft ondernemer op 12 januari 2021 de onderhavige klacht bij de Commissie ingediend.

2. Beschrijving klacht

- 2.1. Het door aanbesteder gehanteerde gunningscriterium (*Commissie, bedoeld wordt: eis*) dat de opdracht niet zelfstandig door een ZZP'er mag worden uitgevoerd is kennelijk onredelijk en niet proportioneel omdat dit alleen gericht is op de bevordering van de eigen commerciële bedrijfsbelangen van de adviseur en het uitsluiten van de eigen fiscale risico's en niet gericht is op het voorwerp van de opdracht.

3. Onderbouwing klacht

- 3.1. Ondernemer onderbouwt zijn klacht, samengevat, als volgt. De betreffende opdracht kan uitgevoerd worden door een zzp'er zonder dat daarbij sprake behoeft te zijn van een arbeidsrechtelijke gezagsverhouding. Dat de klant opdrachten verstrekt en de zzp'er deze uitvoert in het kader van een leverancier-klantrelatie, is heel gebruikelijk. Ook in geval van gunning aan een detachingsbureau is er geen sprake van een arbeidsrechtelijke verhouding tussen de klant en de werknemer van de leverancier. Gehanteerd criterium is dan ook niet gericht op het voorwerp van de opdracht maar alleen op het uitsluiten van eigen financiële risico's.
- 3.2. Aanbesteder handelt volgens ondernemer in strijd met het gelijkheidsbeginsel en meer specifiek het non-discriminatiebeginsel en het proportionaliteitsbeginsel, zoals vastgelegd in de Aanbestedingswet 2012 alsmede met het mededingingsrecht door de aanbesteding kunstmatig te beperken en alleen detachingsbureaus tot de aanbestedingsprocedure toe te laten.
- 3.3. Ook de Wet deregulering beoordeling arbeidsrelaties (DBA) is volgens ondernemer geen grond om van de beginselen van het aanbestedingsrecht af te wijken. Die beginselen kunnen prevaleren boven nationaal recht. De Wet DBA is geen *lex specialis* ten opzichte van het aanbestedingsrecht. De wet DBA wordt bovendien op termijn vervangen door nieuwe regelgeving, wordt bovendien niet gehandhaafd zodat het uitsluiten van zzp'ers van aanbestedingen niet is te rechtvaardigen.

4. Reactie aanbesteder

- 4.1. Aanbesteder heeft zelf niet van de gelegenheid gebruik gemaakt een reactie in te dienen naar aanleiding van de klacht en alle correspondentie overgelaten aan zijn adviseur. Deze heeft als reactie volstaan met verwijzing naar zijn e-mail aan ondernemer van 12 januari 2021 (zie 1.10 hiervoor).
- 4.2. Omdat het de Commissie op grond van de bepalingen in de Selectieleidraad niet duidelijk was of de adviseur alleen bemiddelt bij het uitzetten van een uitnodiging tot inschrijving onder het DAS heeft zij daarnaar geïnformeerd bij aanbesteder en de adviseur. De adviseur heeft namens aanbesteder bevestigd slechts te

bemiddelen en dat de overeenkomst rechtstreeks tot stand komt tussen aanbestedder en opdrachtnemer.

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt vast dat aanbestedder op 29 juni 2017 een Europese aanbestedingsprocedure voor het inrichten van een dynamisch aankoopstelsel heeft aangekondigd.
- 5.2. De Commissie stelt tevens vast dat aanbestedder eind 2020 een overheidsopdracht heeft geplaatst binnen het dynamisch aankoopstelsel voor de inhuur van een juridisch medewerker, met als startdatum 4 januari 2021.
- 5.3. Op deze procedures zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en 2, meer in het bijzonder paragraaf 2.2.3.4 en afdeling 2.4.2 van de Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit.
- 5.4. Aanbestedder maakt voor de uitvoering van zijn DAS, gebruik van een adviseur. Deze heeft de inschrijving van ondernemer namens aanbestedder afgewezen, onder meer, omdat ondernemer zzp'er is.

Beknopt oordeel

- 5.5. De Commissie stelt vast dat (adviseur van) aanbestedder in strijd heeft gehandeld met de Aanbestedingswet 2012 en met de door aanbestedder zelf in het kader van de instelling van het DAS gestelde regels door de eis te stellen dat de opdracht niet zelfstandig kan worden uitgevoerd door een zzp'er. Daarmee is de klacht gegrond.

Toelichting

Eis in strijd met het aanbestedingsrecht

- 5.5.1. Artikel 2.52 lid 1 Aw 2012 bepaalt dat een aanbestedende dienst een gegadigde of inschrijver niet louter mag afwijzen op grond van het feit dat zij een natuurlijke persoon of een rechtspersoon zijn. De betreffende eis is dan ook in strijd met het aanbestedingsrecht en derhalve onrechtmatig.

Eis in strijd met de eigen regels

- 5.5.2. Nog afgezien van het feit dat de eis onrechtmatig is omdat zij in strijd is met de wet, geldt dat de eis in strijd is met de door aanbestedder zelf in het kader van de instelling van het DAS gestelde regels.
- 5.5.3. Aanbestedder heeft bij de instelling van het DAS in par. 2.1 'Verzoek tot toelating' van de Selectieleidraad van 29 juni 2017 bepaald dat leveranciers eerst toegang tot het DAS dienen te hebben voordat zij mee kunnen dingen naar Opdrachten en expliciet bepaald dat dit 'mogelijk is voor zowel een bemiddelende organisatie als ook ZZP'ers'.
- 5.5.4. Aanbestedder heeft zelf daarmee expliciet bepaald dat ondernemer als zzp'er toegang heeft tot de overheidsopdracht en handelt in strijd daarmee door ondernemer in het kader van de onderhavige overheidsopdracht binnen het DAS van deelname uit te sluiten.
- 5.5.5. Naast het voorgaande merkt de Commissie op dat niet valt in te zien waarom een ondernemer, die conform par. 2.1 van de Selectieleidraad een verzoek tot toelating

tot het DAS heeft gedaan en als zzp'er is toegelaten tot het DAS voor de categorie juridische dienstverlening, vervolgens niet als zzp'er zou mogen inschrijven op de opdracht voor de inhuur van een juridisch medewerker. Aanbesteder heeft zelf in de Selectieleidraad uitgesproken (zie 1.2 hiervoor) dat hij regelmatig op zoek is naar de inzet van professionals voor het uitvoeren van opdrachten. Dat aanbesteder met de inzet van een zelfstandige professional als opdrachtgever mogelijk een fiscaal risico loopt, dient op andere wijze te worden opgelost.

- 5.6. Ten overvloede merkt de Commissie nog het volgende op. Onduidelijk is hoe de betreffende eis kwalificeert doordat er verschillende kwalificaties zijn gebruikt door aanbesteder. Teneinde bij te dragen aan een verdere verbetering van de professionaliteit van de aanbestedingspraktijk m.b.t. de inzet en het gebruik van een DAS, en het teweegbrengen van een leereffect bij ondernemingen en aanbestedende diensten, overweegt de Commissie nog het volgende.

Overwegingen ten overvloede t.a.v. kwalificatie van de betreffende eis

- 5.7. In casu gaat het om de eis dat op de opdracht niet zelfstandig ingeschreven mag worden door een zzp'er, dat wil zeggen dat de inschrijvende onderneming geen eenmanszaak is. Zzp'ers die voor deze opdracht in aanmerking willen komen dienen zich te laten detacheren door of in loondienst te zijn bij een detacheringsbureau of payroll-bedrijf, dat dan de offerte indient. Aan deze eis zijn twee 'keuzemogelijkheden' gekoppeld: indien "ja" dan 0 punten, indien "nee" dan 0 punten. In de reactie op zijn inschrijving ontvangt ondernemer het bericht dat zijn inschrijving is afgewezen, omdat deze 'niet voldoet aan de gunningcriteria', mede omdat "de kandidaat aangeboden is als zzp'er".
- 5.7.1. De eis wordt door (de adviseur van) aanbesteder aangeduid als 'gunningcriterium' (zie 1.8 en 1.10 hiervoor) maar vervolgens gehanteerd als een 'knock-out'-eis. Een dergelijk knock-out karakter past niet bij een gunningcriterium, zodat van een gunningcriterium geen sprake is.
- 5.7.2. Mogelijk heeft aanbesteder de eis willen hanteren als geschiktheidseis. Uit artikel 2.90 lid 2 Aw 2012 blijkt dat geschiktheidseisen die een aanbesteder hanteert kunnen zien op a. de financiële en economische draagkracht; b. technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid; of c. beroepsbevoegdheid. De Commissie is van oordeel dat deze opsomming limitatief is.
- 5.7.3. Duidelijk is dat de eis dat de inschrijver geen zzp'er is, niet ziet op financiële en economische draagkracht, noch op technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid. In artikel 2.98 Aw 2012 worden bij de beroepsbevoegdheid twee voorwaarden genoemd: ingeschreven zijn in het Handelsregister (lid 1) en beschikken over een bijzondere vergunning of lid zijn van een bepaalde organisatie (lid 2). Duidelijk is dat geen van beide mogelijkheden kunnen leiden tot het categorisch uitsluiten van zelfstandige deelname van zzp'ers aan een aanbesteding. De eis kwalificeert naar de mening van de Commissie dan ook evenmin als geschiktheidseis.
- 5.7.4. De Commissie overweegt dat niet duidelijk is geworden of de eis als een (bijzondere) uitvoeringsvoorwaarde is bedoeld, nu de eis is gericht op uitsluiting van rechtstreekse toegang tot de opdracht voor zzp'ers. Daar waar de eis bedoeld zou zijn als uitvoeringsvoorwaarde, had de eis in de aankondiging of aanbestedingsstukken betreffen de instelling van het DAS moeten worden opgenomen als bijzondere voorwaarde (artikel 2.80 lid 1).
- 5.7.5. De Commissie heeft zich vervolgens nog afgevraagd of de betreffende eis mogelijk kwalificeert als een technische specificatie zoals bedoeld in artikel 2.75 Aw 2012. Een dynamisch aankoopstelsel is bedoeld voor het doen van gangbare aankopen

van, in dit geval, diensten, waarvan de kenmerken wegens de algemene beschikbaarheid op de markt voldoen aan de behoeften van de aanbestedende dienst (vgl. MvT, Kamerstukken II 2009/2010, 32440, 3, p. 98). De betreffende eis zou mogelijk een 'kenmerk' kunnen zijn van de te leveren dienst.

- 5.7.6. Of aanbesteder de betreffende eis als technische specificatie heeft bedoeld, kan de Commissie niet opmaken uit de stukken. In de gunningsbeslissing wordt de eis geschaard onder 'gunningscriteria' (zie 1.8 hiervoor), terwijl in de Selectieleidraad wordt gesproken over eisen en 'knock-out criteria'. Zo wordt in par. 3.2 van de Selectieleidraad bepaald dat 'de in de Offerteaanvraag genoemde eisen knock-out criteria zijn en gaan bijvoorbeeld over werkervaring, certificering, inzetbaarheid en opleidingsniveau'. De Commissie laat in het midden of de eis als technische specificatie kan worden gekwalificeerd.
- 5.8. Hoe de eis ook kwalificeert, de Commissie wijst aanbestedende diensten erop dat een juiste kwalificatie van belang is voor de vraag in welke fase van het dynamisch aankoopstelsel een eis kan worden gesteld.

Fasen binnen een dynamisch aankoopstelsel (DAS)

- 5.8.1. De werking van een DAS bestaat uit twee fasen. In de eerste fase vindt de instelling van het stelsel plaats, waarbij gegadigden zich aanmelden om te worden toegelaten. In de tweede fase kan door middel van het stelsel een specifieke opdracht in de markt worden gezet waarop alle binnen het stelsel toegelaten inschrijvers een gerichte inschrijving mogen doen.
- 5.8.2. De geschiktheid van een ondernemer wordt getoetst in de eerste fase van het DAS.
- 5.8.3. Volgens artikel 2.49 aanhef en onder c Aw 2012 toetst een aanbestedende dienst die een dynamisch aankoopstelsel instelt of een niet-uitgesloten gegadigde voldoet aan de door de aanbestedende dienst gestelde uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen. Wanneer een aanbestedende dienst het dynamisch aankoopstelsel verdeelt in categorieën van producten, werken of diensten – zoals aanbesteder in de Selectieleidraad ook heeft gedaan – dan vermeldt de aanbestedende dienst bij de instelling van het dynamisch aankoopstelsel de voor de desbetreffende categorieën vastgestelde geschiktheidseisen (artikel 2.144 lid 6 jo 2.145 lid 2 onder d Aw 2012).
- 5.8.4. Alle ondernemers die een verzoek tot toelating hebben ingediend en die niet op grond van de artikelen 2.86 en 2.87 zijn uitgesloten en die voldoen aan de gestelde geschiktheidseisen, moeten door een aanbestedende dienst worden toegelaten tot het dynamisch aankoopstelsel (artikel 2.144 lid 2 Aw 2012). Artikel 2.99 lid 1 wordt daarbij expliciet niet van toepassing verklaard.
- 5.8.5. Daarmee is de eerste fase afgerond. Er is vanaf dat moment sprake van een pool van ondernemers die allen een uitnodiging tot het doen van een inschrijving krijgen op het moment dat de aanbestedende dienst binnen (de ingestelde categorie van) het DAS een overheidsopdracht plaatst.
- 5.8.6. Indien een aanbestedende dienst een overheidsopdracht wil plaatsen binnen een dynamisch aankoopstelsel - de tweede fase - dient hij de in artikel 2.27 Aw 2012 onderdelen f tot en met k genoemde stappen toe te passen (artikel 2.50 aanhef onder b Aw 2012). In deze tweede fase kan door een aanbestedende dienst dan ook enkel nog worden getoetst of de inschrijvingen voldoen aan de door hem gestelde technische specificaties, eisen en normen (artikel 2.27 aanhef onder f Aw 2012). En daarna volgt de beoordeling van de inschrijvingen aan de hand van het

door de aanbestedende dienst gestelde gunningcriterium (artikel 2.27 aanhef onder g Aw 2012).

- 5.9. Of de gestelde eis toelaatbaar zou zijn als technische specificatie, eis of norm, zoals bedoeld in artikel 2.27 aanhef onder f Aw 2012 en daarmee in de tweede fase gesteld had kunnen worden, kan in het midden blijven nu de onderhavige eis hoe dan ook onrechtmatig is (zie 5.5.1 – 5.5.5 hiervoor) en reeds daarom niet in deze (tweede) fase van het DAS mag worden gesteld.

6. Advies

De Commissie acht de klacht **gegrond**.

7. Aanbeveling

- 7.1. De Commissie wil aanbestedende diensten meegeven dat, indien zij eisen willen stellen binnen een DAS die de toegang tot de opdracht beperken, zij de betreffende eis allereerst voorzien van de juiste aanbestedingsrechtelijke kwalificatie, en vervolgens op basis van die kwalificatie de eis in de juiste fase van het DAS stellen.
- 7.2. Indien een dergelijke eis kwalificeert als uitsluitingsgrond of geschiktheidseis, dan dient deze in de aankondiging van de instelling van het DAS (eerste fase) te worden opgenomen.
- 7.3. Het stellen van een dergelijke eis in de offerteaanvraag voor een specifieke overheidsopdracht is een vorm van nadere selectie en in die (tweede) fase van het DAS ontoelaatbaar. Na de instelling van een DAS geldt immers als uitgangspunt dat op de tot het systeem toegelaten ondernemers geen uitsluitingsgronden van toepassing zijn en dat zij voldoen aan de gestelde geschiktheidseisen.

Den Haag, 10 juni 2021

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

Voorzitter

Vicevoorzitter

Commissielid