

Advies 635 | Samenvatting

De klacht ziet op een nadere offerteaanvraag onder raamcontractanten die zijn gecontracteerd naar aanleiding van een Europese openbare aanbestedingsprocedure voor het sluiten van raamovereenkomsten inzake Beleidsgerichte Onderzoeksopdrachten. De klacht bestaat uit twee onderdelen. De Commissie verklaart onderdeel 1 ongegrond en kan onderdeel 2 niet verder in behandeling nemen.

Klachtonderdeel 1

Ondernemer klaagt dat aanbesteder ten onrechte een nadere opdracht wenste te gunnen aan een raamcontractant die een andere raamcontractant zou inzetten als onderaannemer. Ondernemer stelt dat uit het antwoord op een vraag uit de Nota van Inlichtingen volgt dat de gekozen hoofd-/onderaannemersconstructie tussen raamcontractanten niet is toegestaan. Aanbesteder heeft op de bewuste vraag geantwoord dat de rechtspersoonlijkheid van de contractant niet mag wijzigen gedurende de looptijd van de raamovereenkomst. Ondernemer leidt uit dat antwoord af dat ook een hoofd-/onderaannemersconstructie tussen raamcontractanten niet is toegestaan. Naar het oordeel van de Commissie is dat een te brede lezing van het gegeven antwoord. De Commissie verklaart dit klachtonderdeel **ongegrond**.

Ten overvloede overweegt de Commissie dat de klacht verder onvoldoende aanknopingspunten biedt voor een oordeel over de aanbestedingsrechtelijke toelaatbaarheid van de in dit geval door aanbesteder toegestane hoofd-/onderaannemersconstructie tussen twee raamcontractanten.

Klachtonderdeel 2

Het tweede klachtonderdeel betreft in wezen de stelling van ondernemer dat de twee raamcontractanten in strijd hebben gehandeld met het kartelverbod van artikel 6 lid 1 Mededingingswet. Op grond van artikel 1 sub c van het reglement van de Commissie wordt onder een klacht verstaan: 'een uiting van ongenoegen van een partij over het handelen of het nalaten van een andere partij voor zover dat handelen of nalaten binnen de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012 valt'. Het al dan niet handelen in strijd met het kartelverbod is geen handelen of nalaten binnen de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012. De Commissie neemt dit klachtonderdeel dan ook niet verder in behandeling.

Ten overvloede overweegt de Commissie dat de door ondernemer bedoelde handelingen indirect kunnen raken aan de Aanbestedingswet 2012. Wanneer een aanbestedende dienst beschikt over plausibele aanwijzingen dat een inschrijver met andere ondernemers overeenkomsten heeft gesloten die zijn gericht op vervalsing van de mededinging, leidt dat in beginsel tot uitsluiting van de betreffende inschrijver (art 2.87 lid 1 sub d Aw 2012). Indien nu – bijvoorbeeld – alle raamcontractanten onderling samenspannen ter vervalsing van de mededinging en op grond van onderlinge afspraken gezamenlijk inschrijven voor een nadere opdracht als één hoofdaannemer met vijf onderaannemers, zou sprake zijn van schending van voornoemd artikel, met de nodige consequenties voor deelname aan aanbestedingen waarin die facultatieve uitsluitingsgrond is gesteld.

Advies 635

1. Feiten

1.1. Aanbesteder heeft in 2018 een Europese openbare aanbestedingsprocedure georganiseerd voor het sluiten van raamovereenkomsten inzake Beleidsgerichte Onderzoeksoopdrachten.

1.2. In de niet gedateerde offerteaanvraag is, onder meer, het volgende bepaald:

'6) Aanbestedingsprocedure en Nadere offerteaanvragen

Om Raamovereenkomsten af te sluiten, volgt [Aanbesteder] een Europese openbare aanbestedingsprocedure. Op deze aanbesteding is de Aanbestedingswet 2012 van toepassing.

Wanneer Raamovereenkomsten zijn afgesloten, en Opdrachtgever een onderzoek wil laten uitvoeren, wordt een mini-competitie georganiseerd. Alle raamcontractanten van het perceel waaronder het onderzoek valt, krijgen een verzoek om een Nadere offerte uit te brengen voor het betreffende onderzoek. Opdrachtgever stuurt daartoe een Nadere offerteaanvraag waarin het onderzoek is gespecificeerd. Om administratieve lasten voor de Opdrachtnemer te beperken, stelt de Opdrachtgever het niet als verplicht om een Nadere offerte in te dienen naar aanleiding van een verzoek van de Opdrachtgever.'

1.3. In de Nota van Inlichtingen is onder meer de volgende vraag met bijbehorend antwoord, gedateerd 2 mei 2018, opgenomen:

1.3.1. Vraag 27: 'Mogen twee of meer partijen die afzonderlijk worden geselecteerd voor de raamovereenkomst op hetzelfde perceel later gezamenlijk een offerte indienen voor een nader offerteverzoek binnen dit perceel?'

Antwoord: '(aangenomen wordt dat u met "twee partijen die afzonderlijk worden geselecteerd voor de raamovereenkomst" bedoelt "twee partijen die afzonderlijk worden gecontracteerd voor de raamovereenkomst")

Aan een bepaald aantal van inschrijvers in een perceel wordt de raamovereenkomst gegund. Deze contractanten zijn de rechtspersonen die hebben ingeschreven. Alleen die hebben dan ook het recht om mee te dingen naar de nadere opdrachten in de mini-competitie. Door een samenwerkingsverband te vormen met (één of meer van de) overige perceelcontractanten zouden er andere rechtspersonen (dan die gecontracteerd zijn) ontstaan en inschrijven voor de nadere opdracht.

Het antwoord op uw vraag is dan ook nee.'

1.4. Op 28 november 2018 heeft aanbesteder bekendgemaakt met zes partijen, waaronder ondernemer, raamovereenkomsten te sluiten voor perceel 4 (Onderwijsarbeidsmarkt vanuit kwantitatief wetenschappelijke invalshoek).

1.5. Aanbesteder heeft op 3 februari 2021 een nadere offerteaanvraag toegezonden aan alle onderzoeksbureaus die contractpartner zijn onder perceel 4 van de Raamovereenkomst Beleidsgerichte onderzoeksoopdrachten 2018 (getiteld: 'Nadere offerteaanvraag ten behoeve van Inzicht in Professionalisering van Leraren In het

kader van de raamovereenkomst Beleidsgerichte onderzoekopdrachten 2018 perceel 4, laatste versie 18 maart 2021’).

- 1.5.1. Bijlage 1 bij de nadere offerteaanvraag bevat de volgende bepalingen:

‘Bijlage 1: Inschrijfformulier voor Nadere offerte

(...)

Raamcontractant geeft in onderstaande tabel aan hoe de activiteiten bij het onderzoek zijn verdeeld:

Raamcontractant omschrijft taakverdeling binnen hoofd- / onderaannemerschap	Welke activiteiten uitgevoerd door Raamcontractant / penvoerder hoofdaannemer	Welke activiteiten uitgevoerd door onderaannemer
Activiteit of soort werkzaamheid <i>(omschrijf)</i>		
Activiteit of soort werkzaamheid <i>(omschrijf)</i>		
Activiteit of soort werkzaamheid <i>(omschrijf)</i>		
<i>Uitbreiden indien nodig</i>		

De raamcontractant, die aansprakelijk en verantwoordelijk is voor de werkzaamheden die onderaannemer in het kader van de nadere opdracht uitvoert, garandeert dat onderaannemer aan de geschiktheidseisen die van toepassing zijn op de nadere opdracht, voldoet.’

- 1.6. Ondernemer heeft op 1 maart 2021 ingeschreven op de minicompetitie Inzicht in Professionalisering van Leraren. Op 9 maart 2021 heeft aanbesteder het voornemen geuit de nadere opdracht te gunnen aan onderneming A en onderneming B, beide raamcontractanten voor perceel 4. Bij e-mail van 11 maart 2021 heeft aanbesteder verduidelijkt dat de gecontracteerde onderneming A in hoofd-/onderaannemerschap heeft ingeschreven met onderneming B, waarbij onderneming A als hoofdaannemer optreedt en onderneming B als onderaannemer.
- 1.7. Ondernemer heeft op 29 maart 2021 een klacht ingediend bij aanbesteder over de voorgenomen gunning aan onderneming A. Bij e-mail van 8 april 2021 heeft het klachtenmeldpunt een advies verstrekt aan aanbesteder en ondernemer naar aanleiding van de klacht. De hier relevante klachtonderdelen zijn door het klachtenmeldpunt ongegrond verklaard. Partijen hebben vervolgens nog enkele e-mails gewisseld over het advies.
- 1.8. Op 28 april 2021 heeft ondernemer onderhavige klacht ingediend bij de Commissie (zie paragraaf 2 hierna).
- 1.9. Aanbesteder heeft op 7 mei 2021 een reactie ingediend (zie paragraaf 3 hierna).

2. Beschrijving klacht en onderbouwing

- 2.1. Klachtonderdeel 1

- 2.1.1. Ten onrechte is aanbestedder overgegaan tot (voorlopige) gunning aan onderneming A. De inschrijving van onderneming A (met onderneming B als onderaannemer) is namelijk in strijd met antwoord 27 in de Nota van Inlichtingen en is daarmee ook in strijd met de Raamovereenkomst, omdat de Nota van Inlichtingen integraal onderdeel uitmaakt van de Raamovereenkomst. Aanbestedder had daarom de inschrijving van onderneming A terzijde dienen te leggen.
- 2.1.2. Ondernemer stelt zich op grond van twee argumenten op het standpunt dat het antwoord op vraag 27 niet alleen betrekking heeft op samenwerkingsverbanden, maar ook op hoofd-/onderaannemersconstructies. Ten eerste ontleent ondernemer een argument aan de bepaling in de bijlage bij de nadere offerteaanvraag dat een raamcontractant bij het indienen van een inschrijving in het kader van de minicompetitie moet garanderen dat een in te schakelen onderaannemer aan de geschiktheidseisen voldoet (zie 1.5.1 bovenstaand). Het afgeven van een dergelijke garantie zou, volgens ondernemer, geen enkel doel dienen, wanneer een gecontracteerde raamcontractant een andere raamcontractant zou inschakelen als onderaannemer, aangezien aanbestedder ten aanzien van alle raamcontractanten al (in de Europese aanbestedingsprocedure voor de Raamovereenkomsten) gecontroleerd heeft of zij voldoen aan de geschiktheidseisen.
- 2.1.3. Ten tweede ontleent ondernemer een argument aan de tabel in het inschrijfformulier bij de nadere offerteaanvraag (zie opnieuw 1.5.1 bovenstaand) in combinatie met de omstandigheid dat inschrijvers tarieven moeten offreren voor de in te zetten medewerkers. Volgens ondernemer wordt in de nadere offerteaanvraag een onderscheid gemaakt tussen 'Raamcontractanten' en 'onderaannemers' en wordt (indirect) voorgescreven dat de raamcontractant en zijn onderaannemers informatie moeten uitwisselen over de inschrijving en de tarieven. Wanneer raamcontractanten gezamenlijk inschrijven in hoofd-/onderaannemerschap, dan wordt niet alleen de inhoud van een inschrijving, maar ook de prijs afgestemd tussen partijen die in een concurrentieverhouding tot elkaar staan.

2.2. Klachtonderdeel 2

Ondernemer stelt dat aanbestedder ten onrechte is overgegaan tot (voorlopige) gunning aan onderneming A omdat feitelijk vast staat dat twee concurrenten in het kader van een door aanbestedder georganiseerde minicompetitie een inschrijving hebben afgestemd op inhoud en prijs. De samenwerking tussen onderneming A en onderneming B is volgens ondernemer in strijd met het kartelverbod van artikel 6 lid 1 Mededingingswet.

3. Reactie aanbestedder

3.1. Klachtonderdeel 1

- 3.1.1. In antwoord op vraag 27 is uitgelegd dat ondernemers die voor een van de percelen van de Raamovereenkomst zijn gecontracteerd, geen nieuwe samenwerkingsverbanden mogen vormen voor de inschrijvingen in een minicompetitie. Dat geldt zowel voor nieuwe samenwerkingsverbanden met overige perceelcontractanten, als voor nieuwe samenwerkingsverbanden met ondernemers die niet in het desbetreffende perceel zijn gecontracteerd. Er is in het antwoord niet ingegaan op de vraag of contractanten voor hetzelfde perceel mochten inschrijven als hoofd-aannemer/onderaannemer, aangezien de vraag daar niet over ging. De vraag ging over 'gezamenlijk inschrijven', wat voor aanbestedder gelijk staat aan inschrijven als samenwerkingsverband.

3.1.2. Over het antwoord op vraag 27 is geen vervolgvraag gesteld. Daarom mocht worden aangenomen dat daar geen onduidelijkheid meer over was.

3.2. Klachtonderdeel 2

3.2.1. In de aanbestedingsstukken van de Raamovereenkomst is aangegeven dat voor nadere onderzoeken die opdrachtgever wil uitvoeren, telkens een minicompetitie wordt gestart. Dit is beschreven in paragraaf 1 onder 6 van het beschrijvend document op het bij de aanbesteding gebruikte platform Negometrix. Expliciet is meegegeven dat opdrachtgever de toekomstige contractanten niet verplicht om op elke nadere offerteaanvraag te reageren en dus een nadere offerte in te dienen. Daardoor is er geen sprake van verplichte concurrentiestelling binnen een perceel. Opdrachtgever heeft deze regel in de aanbesteding van de Raamovereenkomst opgenomen na overleg met de vertegenwoordigers van de marktpartijen: daaruit bleek dat perceelcontractanten het wenselijk vonden om de vrijheid te kunnen behouden om wel of niet mee te doen aan een minicompetitie. Naar de mening van de opdrachtgever werd eerlijke concurrentie gewaarborgd door de openbare aanbesteding van de Raamovereenkomst.

3.2.2. Tijdens de aanbesteding van de Raamovereenkomst hebben de inschrijvers elkaar beconcurrereerd op tarieven voor hun medewerkers. In de nadere offerte van Onderneming A op onderhavige opdracht kan daardoor geen sprake zijn van onderlinge afstemming op prijs. Onderneming A heeft geoffreerd conform de in de Raamovereenkomst door haar aangeboden en vastgelegde prijzen.

4. **Beoordeling**

4.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder een Europese openbare procedure heeft aangekondigd voor het sluiten van raamovereenkomsten inzake Beleidsgerichte Onderzoekopdrachten. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en 2 van de Aw 2012.

4.2. Klachtonderdeel 1

Beknopt oordeel

4.2.1. Aanbesteder heeft op een vraag geantwoord dat de rechtspersoonlijkheid van de partijen bij de Raamovereenkomst niet mag wijzigen gedurende de looptijd van de raamovereenkomst. Ondernemer leidt uit dat antwoord af dat ook een hoofd-/onderaannemersconstructie tussen raamcontractanten niet is toegestaan. Naar het oordeel van de Commissie is dat naar objectieve maatstaven een te brede lezing van het gegeven antwoord. Een hoofd-/onderaannemersconstructie wijzigt de rechtspersoonlijkheid van partijen bij de Raamovereenkomst immers niet. De Commissie verklaart dit klachtonderdeel **ongegrond**.

Toelichting

4.2.2. Ondernemer klaagt dat gunning aan onderneming A in strijd is met het op vraag 27 gegeven antwoord (zie 1.3.1 en 2.1 bovenstaand). De Commissie begrijpt uit de klacht van ondernemer dat hij zich op het standpunt stelt dat de behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver uit het antwoord op vraag 27 in combinatie met de nadere offerteaanvraag had moeten afleiden dat gezamenlijk inschrijven in hoofd-/onderaannemerschap niet was toegestaan.

4.2.3. Aanbesteder heeft het antwoord op vraag 27 echter duidelijk gerelateerd aan de rechtspersoonlijkheid van de partijen bij de Raamovereenkomst. De Commissie acht het begrijpelijk dat aanbesteder bij het opstellen van de nadere

offerteaanvraag zich niet expliciet heeft gericht op een hoofd-/onderaannemersconstructie tussen raamcontractanten en meer in algemene zin heeft beschreven welke garanties en beschrijvingen hij verlangt van inschrijvers. Dat de inschrijver op een nadere offerteaanvraag moet garanderen dat zijn onderaannemers voldoen aan de geschiktheidseisen en dat in een tabel in een bijlage bij de nadere offerteaanvraag een onderscheid wordt gemaakt tussen activiteiten van de raamcontractant en diens onderaannemer, werpt dan ook geen ander licht op het gegeven antwoord. Dat een hoofd-/onderaannemersconstructie tussen raamcontractanten niet uitdrukkelijk is benoemd, maakt naar objectieve maatstaven niet dat inschrijvers hadden moeten begrijpen dat die constructie niet was toegestaan. Naar het oordeel van de Commissie leest ondernemer dan ook meer in het antwoord op vraag 27 dan daarin naar objectieve maatstaven kan worden gelezen. De Commissie verklaart dit klachtonderdeel **ongegron**d.

Overwegingen ten overvloede

- 4.3. Ten overvloede overweegt de Commissie dat de klacht verder onvoldoende aanknopingspunten biedt voor een oordeel over de aanbestedingsrechtelijke toelaatbaarheid van de in dit geval door aanbesteder toegestane hoofd-/onderaannemersconstructie tussen twee raamcontractanten. In dat kader overweegt de Commissie het volgende.

Schending level playing field?

- 4.3.1. Ondernemer suggereert in de stukken die als bijlage bij de klacht zijn gevoegd dat het level playing field mogelijk zou zijn geschonden door de constructie toe te staan en dat niet duidelijk te communiceren aan alle raamcontractanten. De schending van het level playing field zou zijn gelegen in de omstandigheid dat inschrijvers die niet hebben begrepen dat een hoofd-/onderaannemersconstructie tussen twee raamcontractanten toelaatbaar was, onredelijk zouden worden benadeeld ten opzichte van inschrijvers die met een dergelijke constructie hebben ingeschreven. Als inschrijven in een hoofd-/onderaannemersconstructie door raamcontractanten werd toegestaan, dan hadden alle raamcontractanten hiervan vooraf op de hoogte moeten worden gesteld.
- 4.3.2. Zoals hiervoor onder 4.2.1 en 4.2.2 uiteengezet, oordeelt de Commissie dat het antwoord op vraag 27 naar objectieve maatstaven minder verstrekkend is dan ondernemer stelt zodat van een schending van het level playing field op dit punt geen sprake is.

Risico op weinig inschrijvingen

- 4.3.3. In de stukken die als bijlage bij de klacht zijn gevoegd stelt ondernemer verder dat het toelaten van de hoofd-/onderaannemersconstructie tot risico's voor aanbesteder kan leiden, omdat inschrijvers gezamenlijk zouden kunnen beslissen slechts één inschrijving in te dienen: één hoofdaannemer met vijf onderaannemers. Het toelaten van de hoofd-/onderaannemersconstructie tussen raamcontractanten heeft inderdaad mogelijk tot gevolg dat aanbesteder minder inschrijvingen ontvangt. Die enkele omstandigheid maakt de constructie, naar het oordeel van de Commissie, echter niet zonder meer ontoelaatbaar. Op grond van het bepaalde in de offerteaanvraag (zie 1.2 bovenstaand) zijn inschrijvers niet verplicht een nadere offerte in te dienen. Aanbesteder loopt dus hoe dan ook het risico dat hij weinig of geen inschrijvingen ontvangt op een verzoek tot het doen van een nadere offerte.

- 4.4. Klachtonderdeel 2

Beknopt oordeel en toelichting

- 4.4.1. Dit klachtonderdeel betreft in wezen de stelling van ondernemer dat onderneming A en onderneming B in strijd hebben gehandeld met het kartelverbod van artikel 6 lid 1 Mededingingswet. Op grond van artikel 1 sub c van het reglement van de Commissie wordt onder een klacht verstaan: 'een uiting van ongenoegen van een partij over het handelen of het nalaten van een andere partij voor zover dat handelen of nalaten binnen de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012 valt'. Het al dan niet handelen in strijd met het kartelverbod is geen handelen of nalaten binnen de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012. De Commissie neemt dit klachtonderdeel dan ook niet verder in behandeling.

Ten overvloede: indirect binnen werkingssfeer Aanbestedingswet?

- 4.5. Ten overvloede overweegt de Commissie dat de door ondernemer bedoelde handelingen indirect kunnen raken aan de Aanbestedingswet 2012. Wanneer een aanbestedende dienst beschikt over plausibele aanwijzingen dat een inschrijver met andere ondernemers overeenkomsten heeft gesloten die zijn gericht op vervalsing van de mededinging, leidt dat in beginsel tot uitsluiting van de betreffende inschrijver (art 2.87 lid 1 sub d Aw 2012). Indien nu – bijvoorbeeld – alle raamcontractanten onderling samenspannen ter vervalsing van de mededinging en op grond van onderlinge afspraken gezamenlijk inschrijven voor een nadere opdracht als één hoofdaannemer met vijf onderaannemers, zou sprake zijn van schending van voornoemd artikel, met de nodige consequenties voor deelname aan aanbestedingen waarin die facultatieve uitsluitingsgrond is gesteld.

5. Advies

De Commissie acht klachtonderdeel 1 **ongegron**d en kan klachtonderdeel 2 niet verder in behandeling nemen.

6. Aanbeveling

De Commissie beveelt aanbestedende diensten aan, binnen het kader van raamovereenkomsten, zich af te vragen of het doelmatig is samenwerkingsvormen al dan niet te verbieden en daarbij in ieder geval de aard van de (nadere) opdracht(en) in ogenschouw te nemen. Bij de verrichting van heterogene diensten, waarbij de ene raamcontractant ervaring en expertise heeft op andere gebieden dan een andere raamcontractant, ligt het toestaan van samenwerkingsvormen meer voor de hand dan bij de verrichting van homogene diensten.

Den Haag, 25 augustus 2021

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

Voorzitter

Vicevoorzitter

Commissielid