

Advies 660 | Samenvatting

De klacht ziet op een nationale niet-openbare aanbesteding voor de realisatie van een schoolgebouw.

Aanbesteder staat het inschrijven met een combinatie niet toe, omdat het project daarvoor te klein is. Een brancheorganisatie klaagt dat de motivering voor het hanteren van die voorwaarde niet toereikend is.

De Commissie is van oordeel dat de het uitsluiten van combinaties in het onderhavige geval niet deugdelijk is gemotiveerd. Hoewel aanbesteder een legitiem doel nastreeft, namelijk beperking van financiële- en verdragingsrisico's, blijkt niet uit de motivering dat het weigeren van combinaties geschikt is voor het verwezenlijken van dat doel. De Commissie verklaart de klacht **gegrond**.

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 660

1. Feiten

- 1.1. Aanbesteder heeft op 25 november 2021 een nationale niet-openbare aanbesteding gepubliceerd voor het realiseren van een basisschool voor 13 groepen met een gymaccommodatie, in totaal ca. 2030 m² BVO in twee bouwlagen. Op de aanbesteding is het Aanbestedingsreglement Werken 2016 (ARW 2016) van toepassing. Aanbesteder heeft het beschikbare bouwbudget vastgesteld op € 3.700.000,- excl. BTW.

Relevante passages

- 1.2. Het Beschrijvend Document bevat, onder meer, de volgende passages:

`1.2. Het voorwerp van de aanbesteding

Het voorwerp van de aanbesteding betreft de opdracht "[naam opdracht]". De aanbesteder besteedt deze opdracht als één werk aan, omdat de omvang van het werk relatief klein is, de dienst de afstemmingsrisico's en meerkosten wil beperken en zij één aanspreekpunt wil voor dit gehele werk.

(...)

2. ALGEMENE BEPALINGEN AANBESTEDING

Op deze aanbesteding zijn onderstaande algemene bepalingen van toepassing.

1. De aanbesteding is conform het ARW2016 en betreft een nationale niet-openbare aanbestedingsprocedure op basis van het gunningscriterium economisch meest voordelige inschrijving op basis van **laagste prijs**.

(...)

13. Combinaties zijn niet toegestaan omdat het project hiervoor te klein is. Een moedermaatschappij of holding mag niet met meerdere onderdelen van dezelfde groep of holding aanmelden of een minderheidsdeelneming bezitten in andere ondernemingen die zich aanmelden. Beroep op derden en onderaannemers is vanzelfsprekend wel toegestaan.'

- 1.3. Bij e-mail van 16 december 2021 heeft een brancheorganisatie namens een ondernemer geklaagd over enkele aspecten van de aanbesteding. Vervolgens hebben partijen gecorrespondeerd over die klacht, wat ertoe heeft geleid dat de klacht is beperkt tot één aspect. Op 19 januari 2022 zijn partijen overeen gekomen de klacht voor te leggen aan de Commissie.

2. Beschrijving klacht en onderbouwing

- 2.1. De brancheorganisatie klaagt over bepaling 13 van de algemene bepalingen, meer specifiek de volgende zinsnede daaruit: 'Combinaties zijn niet toegestaan omdat het project hiervoor te klein is.'

Belemmerende bepaling

- 2.2. De brancheorganisatie stelt zich op het standpunt dat deze bepaling de toegang van ondernemingen belemmert die gezamenlijk kunnen voldoen aan de gestelde minimumeisen en/of zich door samen te werken beter in staat achten het project en de daaraan verbonden risico's te beheersen. De aanbestedende dienst geeft geen motivering die het uitsluiten van combinaties rechtvaardigt.

Strijd met Aw 2012

- 2.3. De brancheorganisatie verwijst naar het uitgangspunt uit artikel 1.12 Aw 2012, waarin is bepaald dat aanbestedende diensten ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze behandelen. Door onderscheid te maken tussen zelfstandige inschrijvers en combinaties behandelt aanbesteder ondernemers niet op gelijke wijze, waardoor discriminatie ontstaat.

Strijd met ARW 2016

- 2.4. Onder verwijzing naar artikelen 3.15.8, 3.16.10 en 3.16.11 van het ARW 2016 stelt de brancheorganisatie dat een aanbestedende dienst weliswaar ruimte heeft andere dan gelijklopende eisen te stellen aan de uitvoering van een opdracht door een samenwerkingsverband, mits deze eisen op objectieve gronden berusten en proportioneel zijn. De brancheorganisatie wijst vervolgens op artikel 3.29.1 ARW 2016 waarin is bepaald dat geen eisen aan de rechtsvorm van de combinatie mogen worden gesteld voor de indiening van de inschrijving. Voornoemde artikelen bevestigen in de ogen van de brancheorganisatie het uitgangspunt dat gezamenlijk inschrijven is toegestaan en niet mag worden beperkt op een wijze die een samenwerkingsverband van ondernemingen belemmert of benadeelt.

Strijd met Gids Proportionaliteit

- 2.5. Verder wijst de brancheorganisatie op Voorschrift 3.5H van de Gids Proportionaliteit. Volgens dat voorschrift stelt de aanbestedende dienst geen hogere eisen aan combinaties van inschrijvers (samenwerkingsverbanden) dan hij stelt aan een enkelvoudige inschrijver. In de toelichting op het voorschrift is te lezen dat 'er geen enkele reden' is 'een dergelijke combinatie bij toetsing aan de eisen op een andere wijze te behandelen dan een zelfstandig inschrijver.' De brancheorganisatie ziet het verbieden van combinaties van inschrijvers als het stellen van een hogere eis, wat in strijd is met Voorschrift 3.5H. Hoewel aanbestedende diensten gemotiveerd mogen afwijken van voorschriften uit de Gids, stelt de brancheorganisatie zich op het standpunt dat de motivering van aanbesteder ontoereikend is.
- 2.6. De brancheorganisatie merkt ten slotte op dat het verzoek aan de Commissie tot het uitbrengen van een advies zich niet beperkt tot het belang van ondernemers om bevestigd te krijgen dat het uitsluiten van samenwerkingsverbanden van ondernemers niet proportioneel is, maar ook betrekking heeft op de wens van aanbesteder om te worden geadviseerd in het beheersen van de risico's die bij de uitvoering van de opdracht door een combinatie van ondernemers kunnen optreden.

3. Reactie aanbesteder

- 3.1. De volgende argumenten vormden voor aanbesteder de basis voor de voorwaarde geen combinatie als inschrijver te accepteren.
 - 3.1.1. Aanbesteder is een stichting voor primair onderwijs. De gemeente stelt de normfinanciering voor de realisatie van scholen beschikbaar. In de bekostiging voor de

realisatie van nieuwbouw is geen ruimte voor financiële risico's. Aanbesteder is bouwheer van de projecten waardoor hij wel de risico's moet dragen, maar de financiering niet beheert. Aanbesteder wenst daarom voor zijn projecten één bedrijf dat verantwoordelijk is voor de uitvoering van alle disciplines en dus ook de financiële verantwoordelijkheid draagt.

- 3.1.2. Aanbestedingen onder de Europese drempel verzorgt aanbesteder zelf, op basis van modellen waarin de betrokken voorwaarde (bepaling 13, zie bovenstaand onder 1.2) wordt gehanteerd. Aanbesteder veronderstelt dat een ervaren MKB bedrijf onderdrempelige opdrachten altijd zelfstandig kan uitvoeren. De voorwaarde kan daarom geen belemmering vormen voor deelname van het MKB.
- 3.1.3. Aanbesteder wil werken met bedrijven die bouwprojecten van een dergelijke omvang ook organisatorisch aankunnen, wat volgens aanbesteder vrijwel automatisch betekent dat zij ook financieel zelfstandig een dergelijk project moeten kunnen dragen en een combinatie dus niet nodig moet zijn.
- 3.2. Op grond van de argumenten bovenstaand genoemd onder 3.1 heeft aanbesteder de regel opgenomen geen combinaties te laten inschrijven. Het wel toestaan betekent, volgens aanbesteder, dat er meer kennis moet zijn over wat het verstrekken van een opdracht aan een combinatie inhoudt en welke zaken dan een belangrijke rol spelen en dus geregeld moeten zijn. Het betekent ook dat er in het uitvoeringsproces kennis moet zijn van de wijze waarop aanbesteder moet omgaan met een combinatie als zich problemen voordoen bij de uitvoering. Bij problemen in het bouwproces verwacht aanbesteder extra kosten voor het schoolbestuur, maar ook vertragingen in de uitvoering als opdrachtnemer een combinatie is. De wens onnodige financiële- als vertragingsrisico's te vermijden, acht aanbesteder voldoende motivering voor het niet toestaan van combinaties.
- 3.3. Tot slot merkt aanbesteder op dat er in de 13 jaar dat hij het inschrijven als combinatie heeft uitgesloten, nog nooit een klacht over die voorwaarde is geweest. Daarom betwijfelt aanbesteder of de markt deze voorwaarde echt als een probleem ziet. Het verplicht toelaten van combinaties ziet aanbesteder als een disproportioneel zware eis in relatie tot de omvang van onderdrempelige opdrachten.

4. Beoordeling

- 4.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder een nationale niet-openbare aanbesteding heeft georganiseerd voor het realiseren van een basisschool. Op de procedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 van de Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit (omdat deze aanbesteding is gepubliceerd voor 1 januari 2022, is daarop nog van toepassing de tweede herziene versie die op 1 juli 2020 in werking is getreden). Daarnaast is (hoofdstuk 3 van) het ARW 2016 op de aanbesteding van toepassing.
- 4.2. De brancheorganisatie klaagt dat de motivering die aanbesteder geeft voor het niet toestaan van combinaties niet toereikend is.

Beknopt oordeel

- 4.3. De Commissie is van oordeel dat de het uitsluiten van combinaties in het onderhavige geval niet deugdelijk is gemotiveerd. Hoewel aanbesteder een legitiem doel nastreeft, namelijk beperking van financiële- en vertragingsrisico's, blijkt niet uit de motivering dat het weigeren van combinaties geschikt is voor het verwezenlijken van dat doel. De Commissie verklaart de klacht **gegrond**.

Toelichting

- 4.3.1. Uit artikel 1.13, 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. Op grond van datzelfde artikel 1.13 Aw 2012 is de Gids Proportionaliteit van toepassing op deze aanbesteding.
- 4.3.2. Met de brancheorganisatie is de Commissie van oordeel dat bepaling 13, die het combinaties onmogelijk maakt in te schrijven, op één lijn moet worden gesteld met een zwaardere eis aan combinaties dan aan enkelvoudige inschrijvers. Bepaling 13 is daarom in strijd met Voorschrift 3.5H. Dit kan evenwel toelaatbaar zijn indien aanbesteder daarvoor een deugdelijke motivering heeft aangedragen.

Toelaatbaarheid beperkende voorwaarde / eisen aan motivering

- 4.3.3. De Commissie neemt, analoog aan hetgeen zij heeft overwogen in Advies 384 (ov. 5.6.1 t/m 5.6.4) en in het verlengde van het bepaalde in artikel 1.13 Aw 2012 en de laatste zinsnede van artikel 3.16.11 ARW 2016, tot uitgangspunt dat een beperkende eis als de onderhavige onder omstandigheden toelaatbaar kan zijn. Een dergelijke eis is toelaatbaar wanneer een aanbestedende dienst (i) met die eis een legitiem doel van algemeen belang nastreeft, (ii) die eis geschikt is om dat doel te verzekeren en (iii) die eis niet verder gaat dan noodzakelijk is om dat doel te bereiken (vgl. ook HvJ EU 10 juli 2014, zaak C-358/12, r.o. 31 en Advies 216, overweging 5.4.3). Aan voornoemde drie voorwaarden moet cumulatief zijn voldaan. In het onderhavige geval moeten zowel het nagestreefde doel, als de geschiktheid en proportionaliteit van de eis voor het bereiken van dat doel, blijken uit de door aanbesteder gegeven motivering.

(i) Legitiem doel van algemeen belang

- 4.3.4. De Commissie begrijpt dat aanbesteder met bepaling 13 het voorkomen van financiële- en vertragingrisico's nastreeft (zie 3.2 bovenstaand). De Commissie overweegt dat het zorgvuldig omgaan met publieke middelen, bijvoorbeeld door onnodige risico's bij de realisatie van een schoolgebouw te vermijden, kan worden gezien als het nastreven van een legitiem doel van algemeen belang.

(ii) Voorwaarde niet geschikt voor verwezenlijking doel

- 4.3.5. Het komt de Commissie echter voor dat de door aanbesteder gestelde voorwaarde niet geschikt is voor de verwezenlijking van het gestelde doel. De Commissie begrijpt uit de de door aanbesteder gegeven motivering en reactie dat hij een financieel risico ziet in de verantwoordelijkheid van twee of meer ondernemingen voor de uitvoering van de opdracht. Daaruit spreekt de vrees voor een scenario waarin de combinanten een deel van hun aansprakelijkheid zouden kunnen ontlopen door naar elkaar te wijzen. Op grond van artikel 3.29.2 ARW 2016 zijn twee of meer ondernemers die gezamenlijk inschrijven echter hoofdelijk aansprakelijk voor de nakoming van alle uit de overeenkomst voortvloeiende verplichtingen, tenzij de aanbesteder in de aankondiging anders bepaalt. De Commissie acht de vrees van aanbesteder dan ook ongegrond. Als aanbesteder geen nadere bepaling opneemt in de aanbestedingsstukken die afbreuk doet aan het bepaalde in artikel 3.29.2 ARW 2016, dan zijn de combinanten hoofdelijk aansprakelijk voor de nakoming van de verplichtingen uit de overeenkomst en heeft aanbesteder juist meer verhaalsmogelijkheden: hij kan immers alle combinanten aanspreken voor het geheel en loopt derhalve minder risico's.

- 4.3.6. Ook het argument van vertraging kan de Commissie niet overtuigen. Uit de motivering van aanbesteder blijkt in ieder geval niet waarom het risico op vertraging in geval van een combinatie groter zou zijn dan bij andere – wel toegestane – samenwerkingsvormen, zoals een samenwerking tussen een hoofd- en onderaannemer. Daarbij wijst de Commissie erop dat aanbestedende diensten, ook bij inschrijving en uitvoering door een combinatie, kunnen bepalen dat geen sprake mag zijn van verschillende aanspreekpunten. Partijen kunnen overeenkomen dat de communicatie met het samenwerkingsverband uitsluitend via de penvoerder verloopt, waardoor de aanbestedende dienst beschikt over één aanspreekpunt. Een dergelijke afspraak over de communicatie laat de hoofdelijke aansprakelijkheid van de combinanten overigens onverlet.
- 4.3.7. Samenvattend kan de Commissie uit de door aanbesteder gegeven motivering niet afleiden waarom hij een principieel onderscheid maakt tussen een samenwerking bestaande uit een hoofd- en onderaannemer en een beroep op een derde enerzijds en een samenwerking in de vorm van een combinatie anderzijds. De gegeven motivering maakt niet duidelijk waarom de financiële- en vertragingsrisico's bij combinaties groter zouden zijn dan bij andere, wel toegestane, samenwerkingsvormen. Bij gebreke van een deugdelijke motivering, acht de Commissie het op voorhand uitsluiten van deelname van combinaties aan de aanbesteding daarom niet geschikt voor verwezenlijking van het gestelde doel.

(iii) Disproportionele voorwaarde

- 4.3.8. De Commissie volgt aanbesteder overigens niet in de redenering dat de voorwaarde hoe dan ook proportioneel is, omdat sprake is van een onderdrempelige opdracht (zie 3.1.2 bovenstaand). Naar het oordeel van de Commissie is voorstelbaar dat bedrijven, onder omstandigheden, behoefte hebben aan combinatievorming, ook al betreft het een onderdrempelige opdracht (dus met een waarde beneden de huidige drempelwaarde van € 5.382.000). Verder komt de Commissie niet toe aan een oordeel over de proportionaliteit van de voorwaarde, aangezien zij bovenstaand reeds heeft overwogen dat de voorwaarde niet geschikt is voor het verwezenlijken van het gestelde doel.

Conclusie toelaatbaarheid voorwaarde

- 4.3.9. Omdat de geschiktheid van bepaling 13 voor het bereiken van het gestelde doel, namelijk het vermijden van onnodige risico's, niet blijkt uit de door aanbesteder gegeven motivering, verklaart de Commissie de klacht **gegrond**.

Ten overvloede: Handleiding Combinatieovereenkomsten

- 4.3.10. Ten overvloede wijst de Commissie op de toelichting op Voorschrift 3.5H Gids Proportionaliteit. Zoals daarin is beschreven, mag slechts onder bepaalde omstandigheden worden samengewerkt. Samenwerkende partijen moeten, ongeacht de samenwerkingsvorm, zelf toetsen of hun samenwerking voldoet aan de Beleidsregels combinatieovereenkomsten 2013 (zie ook de Handleiding Combinatieovereenkomsten 2015).

5. Advies

De Commissie verklaart de klacht **gegrond**.

Den Haag, 23 maart 2022

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

Voorzitter

Vicevoorzitter

Commissielid