

Advies 669 | Samenvatting

De klacht ziet op een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking van een oproep tot mededinging voor het verwerven en contracteren van één partij voor het verzorgen van binnenlandse postbezorging en bijbehorende dienstverlening.

Klacht

De klacht ziet op het ten onrechte rechtstreeks gunnen van een opdracht (postdiensten) op grond van artikel 2.32 lid 1 sub b, onder 2, Aw 2012 door aanbesteders aan ondernemer X.

Oordeel Commissie

De Commissie oordeelt dat geen van de door aanbesteders aangedragen 'technische redenen' een beroep op artikel 2.32 Aw 2012 rechtvaardigen.

De Commissie overweegt dat de eis om te beschikken over een landelijk postbezorgingsnetwerk, eventueel kan worden gezien als een 'specifiek middel dat maar één ondernemer tot zijn beschikking heeft' en daarmee zou kunnen kwalificeren als een technische reden in de zin van artikel 2.32 Aw 2012. Als daarvan al sprake is, overweegt de Commissie echter dat de technische reden niet noodzakelijk is voor het bereiken van het door aanbesteders gestelde doel. De eis dat minimaal 75% van de opdracht door de ondernemer zelf uitgevoerd moet worden, is niet te beschouwen als technische reden. Het antwoord op de vraag of de gestelde uitvoeringseisen kwalificeren als technische redenen kan echter in het midden gelaten worden wanneer niet voldaan wordt aan lid 3 van artikel 2.32 Aw 2012. Er is geen sprake van het ontbreken van een redelijk alternatief of substituut en de mededinging ontbreekt als gevolg van een kunstmatige beperking van de voorwaarden van de aanbesteding. Dit maakt dat de gunning door aanbesteders van de onderhavige opdracht aan ondernemer X zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht in strijd is met de Aanbestedingswet 2012. De Commissie verklaart de klacht **gegrond**.

Overweging ten overvloede m.b.t. 'zelf-eis'

Aanbesteders hebben op abstracte wijze een beroep op onderaanneming uitgesloten door te bepalen dat ondernemer 75% van de opdracht zelf moet uitvoeren. Aanbesteders hebben, naar het oordeel van de Commissie, onvoldoende concreet onderbouwd waarom in het onderhavige geval een verdergaande 'zelf-eis' dan die aan de orde in het Vitali SpA arrest (zie 4.4.4), zou zijn gerechtvaardigd. In ieder geval is duidelijk dat door deze eis de toegang van ondernemingen in het midden- en kleinbedrijf tot onderhavige opdracht, vergaand wordt beperkt. Aanbesteders hebben onvoldoende concreet onderbouwd waarom onderaanneming tot slechts 25% zou moeten worden beperkt. Daarmee komt de Commissie tot de conclusie dat de 'zelf-eis' ontoelaatbaar is, omdat zij verder gaat dan nodig voor uitvoering van de opdracht.

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 669

1. Feiten

- 1.1. De klacht ziet op het rechtstreeks gunnen van een opdracht voor Sociale en andere specifieke diensten (postdiensten) op grond van artikel 2.32 lid 1 sub b, onder 2, Aw 2012 door aanbesteders aan ondernemer X.
- 1.2. Op 2 december 2021 hebben aanbesteders een aankondiging van een gegunde opdracht geplaatst voor Sociale en ander specifieke diensten (postdiensten) op TenderNed.
- 1.3. In de Aankondiging wordt het volgende meegedeeld:

'V.2.4) Inlichtingen over de waarde van de opdracht/het perceel (exclusief btw)

Aanvankelijk geraamde totale waarde van de opdracht/het perceel:
1 400 000,00

(...)

D1.1) Motivering voor de keuze van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking van een oproep tot mededinging in overeenstemming met artikel 32 van Richtlijn 2014/24/EU

De diensten kunnen om de volgende reden alleen door een specifieke ondernemer worden verleend:

- geen mededinging om technische redenen

D1.3) Verklaring

Verklaar duidelijk en volledig waarom gunning van de opdracht zonder voorafgaande bekendmaking in het Publicatieblad van de Europese Unie wettig is. Geef de relevante feiten en, indien van toepassing, de rechtsbeslissingen in overeenstemming met de betreffende richtlijn:

De opdracht betreft het verwerven en contracteren van één partij voor het verzorgen van de Binnenlandse postbezorging en bijbehorende dienstverlening aan de Opdrachtgever. Opdrachtnemer dient substantieel gedeelte (75%) van de opdracht zelf uit te voeren en opdrachtnemer dient landelijke dekking te garanderen. Marktonderzoek leert dat alleen [ondernemer X] dit momenteel kan.'

- 1.4. Op 7 december 2021 heeft ondernemer inhoudelijke vragen per e-mail gesteld aan aanbesteders over deze opdracht en hoe het in de aankondiging van de gegunde opdracht genoemde marktonderzoek is uitgevoerd waarna aanbesteders hierop op dezelfde dag schriftelijk hebben gereageerd.
- 1.5. Op 16 december 2021 heeft ondernemer een klacht ingediend bij aanbesteders waarbij op grond van artikel 4.15 Aw 2012, vernietigbaarheid van de gegunde opdracht ingeroepen werd.

- 1.6. Op 21 december 2021 hebben aanbesteders hierop per brief gereageerd waarin ingegaan is op (1) de reden waarom een beroep op het ontbreken van mededinging vanwege technische aard gerechtvaardigd was en (2) de reden waarom de reeds gesloten overeenkomst niet meer kan worden vernietigd.
- 1.7. Op 4 januari 2022 heeft ondernemer gevraagd om aanvullende informatie betreffende de datum van sluiten en ondertekening van de overeenkomst.
- 1.8. Op 25 januari 2022 hebben aanbesteders een printscreen overlegd waaruit blijkt dat de overeenkomst tussen aanbesteders en ondernemer X gesloten is op 6 april 2021.
- 1.9. Vervolgens heeft ondernemer op 23 juni 2022 een klacht bij de Commissie ingediend (zie paragrafen 2 en 3 hierna).
- 1.10. Op 27 juni 2022 heeft de Commissie aan aanbesteders gevraagd om een reactie op de ingediende klacht door ondernemer te geven. Op 5 juli 2022 hebben aanbesteders de Commissie bericht dat zij zich op het standpunt stellen dat de Commissie niet ontvankelijk is in het in behandeling nemen van de ingediende klacht omdat de kwestie volgens aanbesteders is afgehandeld door de advocaten van beide partijen.
- 1.11. Op 8 juli 2022 heeft de Commissie aanbesteders bericht dat de klacht reeds in behandeling genomen is en zij aanbesteders verzoekt om te reageren op de ingediende klacht door ondernemer, waarbij de Commissie aanbesteders tevens heeft verzocht om stukken aan te leveren waaruit blijkt dat de klacht naar genoegen van beide partijen is afgehandeld en ondernemer geen klacht zou indienen bij de Commissie.
- 1.12. Op 12 juli 2022 heeft de Commissie aan aanbesteders en aan ondernemer laten weten dat dat aanbesteders geen verdere reactie hebben gegeven op de ingediende klacht en de Commissie de behandeling van de klacht voortzet zonder een verdere reactie van aanbesteders.

2. **Beschrijving klacht en onderbouwing**

- 2.1. Er is door aanbesteders ten onrechte een opdracht voor postdiensten onderhands gegund aan ondernemer X.
 - 2.1.1. Aanbesteders hebben ter rechtvaardiging voor het onderhands gunnen van de opdracht een beroep gedaan op artikel 2.32, lid 1 sub b, onder 2, Aw 2012 (mededinging ontbreekt om technische redenen). Een beroep op voornoemd artikel slaagt niet omdat er (1) een disproportionele uitvoeringseis gesteld is, te weten dat de te contracteren postbezorger minimaal 75% van de te bezorgen post zelf moet kunnen bezorgen en (2) niet vaststaat dat enkel ondernemer X aan deze (disproportionele) uitvoeringseis zou kunnen voldoen.

Disproportionele uitvoeringseis

- 2.2. De eis dat de te contracteren postbezorger minimaal 75% van de te bezorgen post zelf moet kunnen bezorgen is ten eerste disproportioneel omdat aanbesteders geen enkele onderbouwing hebben gegeven hoe ze tot dit percentage gekomen zijn.
 - 2.2.1. Ten tweede blijkt uit de door aanbesteders verstrekte motiveringen voor de procedurekeuze niet dat de gestelde uitvoeringseis proportioneel is omdat er volgens

ondernemer andere, minder uitsluitende manieren bestaan om het geformuleerde doel voor de uitvoeringseis, te weten de mogelijkheid om de opdrachtnemer rechtstreeks juridisch en feitelijk aan te kunnen spreken, vorm te geven. Eventuele onderaannemers kunnen hoofdelijk aansprakelijk gemaakt worden met de hoofdaannemer. Verder geeft ondernemer aan dat een aanbestedende dienst contractueel kan bedingen dat de eventuele onderaannemers ook rechtstreeks moeten communiceren met de opdrachtgever over te bezorgen post. Op die manier zouden meerdere postbezorgers wel in staat zijn om de opdracht voor aanbesteders uit te voeren.

Wel of geen mededinging?

- 2.3. Aanbesteders baseren de aanneme dat enkel ondernemer X voldoet aan de gestelde uitvoeringseis op een niet publiekelijk marktonderzoek/marktconsultatie. Niet gebleken/onderbouwd door aanbesteders is dat aan deze aanneme daadwerkelijk, concreet en steekhoudend onderzoek ten grondslag ligt.
- 2.3.1. Hiernaast wenst ondernemer te benadrukken dat het gaat om een uitvoeringseis waaraan een opdrachtnemer pas hoeft te voldoen op het moment dat deze de opdracht gaat uitvoeren. Het is aannemelijk dat met een additionele investering, ondernemer aan de vereiste uitvoeringseis ten tijde van het sluiten van de onderhavige opdracht (al dan niet na opschaling) had kunnen voldoen. Derhalve zou er wel degelijk sprake kunnen zijn van mededinging en slaagt ook om deze reden een beroep op artikel 2.32, lid 1 sub b, onder 2, Aw 2012 niet.

Strijd met artikel 1.10a Aw 2012

- 2.4. Door het onterecht onderhands gunnen van onderhavige opdracht handelen aanbesteders tevens in strijd met artikel 1.10a Aw 2012 omdat de gestelde (disproportionele) uitvoeringseis ten onrechte ondernemer X bevoordeelt / ten onrechte de andere postbezorgers dan ondernemer X benadeelt.
- 2.4.1. In het onderhavige geval stellen aanbesteders in de opdracht een eis, waarvan ze naar eigen zeggen stellen dat enkel ondernemer X aan deze eis kan voldoen. Ondernemer hecht eraan om te benadrukken dat andere overheidsopdrachtgevers, waaronder veel andere aanbesteders ervoor kiezen om de postbezorging aan te besteden op een manier waarop er wel concurrentie kan plaats vinden.

Ongeoorloofde technische specificatie?

- 2.5. Ten slotte handelen aanbesteders door de opdracht onterecht onderhands te gunnen in strijd met artikel 2.76, lid 3, Aw 2012 omdat er in het onderhavige geval een (disproportionele) niet gerechtvaardigde eis gesteld is die ondernemer X bevoordeelt.

3. Reactie aanbesteder

- 3.1. Aanbesteders hebben ervoor gekozen om geen verdere inhoudelijke reactie te geven op de klacht zoals deze is ingediend bij de Commissie (zie 1.12 hiervoor). Om die reden heeft de Commissie uit de correspondentie tussen partijen onderstaand verweer samengevat.
- 3.1.1. Aanbesteders geven aan dat de gestelde uitvoeringseis waarbij de te contracteren opdrachtnemer de postdiensten grotendeels zelf (minimaal 75%) uitvoert, proportioneel is alsmede voldoende verband houdt met het voorwerp van de opdracht. De rechtvaardiging hiervoor is ten eerste gelegen in het feit dat aanbesteder in het verleden zeer slechte ervaringen met de postdienstverlening heeft

gehad (gebrekkige communicatie, klachtopvolging, bezorgtijd, etc.). De oorzaak daarvan bleek te zijn gelegen in het feit dat destijds aanbestede opdrachtnemer als tussenpersoon fungeerde en de postbezorging feitelijk aan een ander werd uitbesteed. Om herhaling te voorkomen, is het noodzakelijk dat de postbezorger rechtstreeks kan worden aangesproken, zowel juridisch als feitelijk. Onnodige tussenschakels staan in de weg aan een snelle en deugdelijke postbezorging.

- 3.1.2. Ten tweede hechten aanbesteders eraan om te benadrukken dat de aanbestedingsrechtelijke toelaatbaarheid van deze uitvoeringseis temeer geldt omdat er geen sprake is van een reguliere dienst maar van een zogenaamde sociale en andere specifieke ("SAS") dienst waarvoor een verlicht regime geldt.
- 3.1.3. Ten slotte geven aanbesteders aan dat, op basis van een marktconsultatie en getoet op de vorige aanbesteding, ondernemer X de enige marktpartij is die aan deze uitvoeringseis kan voldoen. Nu de mededinging ontbreekt (althans een aanbesteding zinloos zal zijn), hebben aanbesteders besloten om de opdracht op grond van artikel 2.32 Aw 2012 onderhands aan ondernemer X te gunnen. Omdat hieraan een objectieve, proportionele en relevante eis ten grondslag ligt, kan geen sprake zijn van een verboden kunstmatige beperking van de mededinging in de zin van artikel 1.10a Aw 2012.

4. Beoordeling

- 4.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder op 2 december 2021 een aankondiging van een gegunde opdracht op TenderNed heeft geplaatst voor sociale en andere specifieke diensten (postdiensten).

In behandeling nemen klacht

- 4.2. De Commissie verwerpt het verweer van aanbesteders dat de Commissie niet bevoegd is de ingediende klacht in behandeling te nemen. Niet gebleken is immers dat de klacht (naar tevredenheid van beide partijen) is afgehandeld en er door klager afgezien zou worden van het indienen van een klacht bij de Commissie (zie ook 1.12 hiervoor). Derhalve valt de klacht binnen de reikwijdte van het Reglement Commissie van Aanbestedingsexperts en neemt de Commissie de klacht verder in behandeling.

Beknopt oordeel

- 4.2.1. De Commissie oordeelt dat geen van de door aanbesteders aangedragen 'technische redenen' een beroep op artikel 2.32 Aw 2012 rechtvaardigen. De Commissie overweegt dat de eis om te beschikken over een landelijk postbezorgingsnetwerk, eventueel kan worden gezien als een 'specifiek middel dat maar één ondernemer tot zijn beschikking heeft' en daarmee zou kunnen kwalificeren als een technische reden in de zin van artikel 2.32 Aw 2012. Als daarvan al sprake is, overweegt de Commissie echter dat de technische reden niet noodzakelijk is voor het bereiken van het door aanbesteders gestelde doel. De eis dat minimaal 75% van de opdracht door de ondernemer zelf uitgevoerd moet worden, is niet te beschouwen als technische reden. Het antwoord op de vraag of de gestelde uitvoeringseisen kwalificeren als technische redenen kan echter in het midden gelaten worden wanneer nu niet voldaan wordt aan lid 3 van artikel 2.32 Aw 2012. Er is geen sprake van het ontbreken van een redelijk alternatief of substituut en de mededinging ontbreekt als gevolg van een kunstmatige beperking van de voorwaarden van de aanbesteding. Dit maakt dat de gunning door aanbesteder van de onderhavige opdracht aan ondernemer X zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht in strijd is met de Aanbestedingswet 2012. De Commissie verklaart de klacht **gegrond**.

Toelichting

Toetsingskader: SAS-procedure

- 4.3. Ingevolge artikel 2.38 lid 1 Aw 2012 kan de procedure voor sociale en andere specifieke diensten worden toegepast voor overheidsopdrachten voor postdiensten zoals opgenomen in bijlage XIV van Richtlijn 2014/24/EU. In dit geval gaat het om zulke diensten, terwijl tevens vaststaat dat de Europese drempelwaarde van € 750.000 wordt overschreden. In lid 2 van artikel 2.38 Aw 2012 wordt de procedure voor sociale en andere specifieke diensten voor bepaalde diensten verplicht gesteld, tenzij de aanbestedende dienst anders beslist.
- 4.3.1. Toepassing van deze bijzondere procedure is voor postdiensten, die niet vallen onder de in lid 2 van het artikel genoemde diensten, niet verplicht. Aanbesteder kan er ook voor kiezen om postdiensten volgens de gewone regels van deel 2 van de Aanbestedingswet 2012 te gunnen. In casu hebben aanbesteders dit gedaan door de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging met toepassing van artikel 2.32 Aw 2012 uit te voeren. De Commissie zal derhalve toetsen of aanbesteders terecht een beroep hebben gedaan op deze procedure.

Toetsingskader: Onderhandelingsprocedure zonder aankondiging

- 4.4. In artikel 2.32 Aw 2012 is, voor zover van belang, bepaald:

'1. De aanbestedende dienst kan de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging toepassen indien:

(...)

b. de overheidsopdracht slechts door een bepaalde ondernemer kan worden verricht, omdat:

(...)

2° mededinging om technische redenen ontbreekt, of

(...)

3. Het eerste lid, onderdeel b, onder 2° en 3° is uitsluitend van toepassing indien er geen redelijk alternatief of substituut bestaat en het ontbreken van mededinging niet het gevolg is van een kunstmatige beperking van de voorwaarden van de aanbesteding.'

- 4.4.1. In overweging 50 van de considerans van Richtlijn 2014/24/EU (omgezet in artikel 2.32 Aw 2012) geeft de Europese wetgever enkele voorbeelden van 'technische redenen' ter bepaling van het exclusieve karakter van de opdracht:
- het is voor een andere ondernemer technisch onhaalbaar de vereiste prestaties te leveren;
 - er zijn specifieke kennis, instrumenten of middelen nodig die maar één ondernemer tot zijn beschikking heeft;
 - er gelden specifieke interoperabiliteitseisen waaraan moet worden voldaan met het oog op het goed functioneren van de aan te besteden werken, leveringen of diensten.
- 4.4.2. De Memorie van Toelichting (Kamerstukken II, 2009-2010, 32440, nr. 2, p.65) geeft (bij de voorganger van artikel 2.32 Aw 2012) aan dat: 'Uit de jurisprudentie van het Hof over de in deze artikelen genoemde uitzonderingen blijkt dat alle uitzonderingen restrictief geïnterpreteerd moeten worden (HvJEG van 10 maart 1987, Commissie/Italië, zaak C-199/85, Jur. 1987, blz. I-01039). Daarnaast zijn de uitzonderingen limitatief opgesomd (HvJEG van 17 november 1993, Commissie/Spanje, zaak C-71/92, Jur. 1993, blz. I-05923, en HvJEG van 8 april 2008,

Commissie/Italië, zaak C-337/05, Jur. 2008, blz. I-02173). Voorts blijkt uit de jurisprudentie dat de aanbestedende dienst die een beroep doet op één van de uitzonderingssituaties het bestaan van die uitzonderingssituatie moet aantonen.' Dit citaat uit de Memorie van Toelichting is nog steeds van kracht omdat bij de implementatie van de laatste aanbestedingsrichtlijnen artikel 2.32 Aw 2012 op het punt van technische redenen inhoudelijk niet gewijzigd is.

- 4.4.3. Een beroep op artikel 2.32 lid 1 sub b onder 2 Aw 2012 heeft blijkens Europese jurisprudentie slechts in beperkte gevallen kans van slagen. Een aanbestedende dienst moet niet alleen bewijzen dat die technische redenen aanwezig zijn, maar ook dat die technische redenen het 'volstrekt noodzakelijk' maken de opdracht aan een bepaalde onderneming te gunnen (HvJ EG 18 mei 1995, zaak C-57/94 (Commissie/Italië), ECLI:EU:C:1995:150, r.o. 23-28.). In datzelfde arrest overwoog het Europese Hof, in r.o. 27, dat de aanbestedende dienst niet overtuigend had aangetoond dat de problemen die uit die technische samenhang voortvloeiden, onoplosbaar waren geweest indien de opdracht aan een andere onderneming was opgedragen.

Toetsingskader: (beperking van) onderaanneming

- 4.4.4. Uit Europese jurisprudentie blijkt dat abstracte en algemene beperking van de onderaanneming ter bescherming van de openbare orde niet is toegestaan. Het Hof oordeelde in het Wroclaw-arrest (HvJ EU 7 juli 2016, C-406/14, r.o. 35, 37) dat een aanbestedende dienst niet kan bedingen dat de ondernemer aan wie de opdracht wordt gegund, een bepaald percentage van de onder de opdracht vallende werken met eigen middelen moet uitvoeren. Een beding 'dat een beroep op onderaannemers op abstracte wijze beperkt tot een bepaald percentage van de opdracht en dit ongeacht de mogelijkheid de capaciteiten van de eventuele onderaannemers na te gaan en zonder vermelding van de wezenlijke aard van de betrokken taken' is onverenigbaar met Richtlijn 2004/18 (de voorloper van Richtlijn 2014/24/EU). In het Borta-arrest (HvJ EU 5 april 2017, C-298/15, r.o. 48 t/m 51) overweegt het Hof dat het in het belang van de Europese Unie is dat overheidsopdrachten voor een zo ruim mogelijke mededinging worden opengesteld en 'het beroep op onderaanneming, dat de toegang van ondernemingen in het midden- en kleinbedrijf tot overheidsopdrachten kan bevorderen, draagt bij tot de verwezenlijking van deze doelstelling'. Een beperking van onderaanneming kan echter gerechtvaardigd zijn, zo vervolgt het Hof, 'voor zover daarmee een legitiem doel van algemeen belang wordt nagestreefd en zij het evenredigheidsbeginsel eerbiedigt, dat wil zeggen dat zij geschikt is om de verwezenlijking van dat doel te verzekeren en niet verder gaat dan noodzakelijk is om dat doel te bereiken'.
- 4.4.5. Voorts zijn twee Europese arresten van belang, gewezen onder de toepasselijkheid van Richtlijn 2014/18/EU (HvJ EU 26 september 2019, C-63/18, ECLI:EU:C:2019:787, randnummers 21 t/m 45 (Vitali SpA – Autostrade Italia) en HvJ EU 27 november 2019, C-402/18, ECLI:EU:C:2019:1023, randnummers 36 en verder (Tedeschi – Università Roma). In beide arresten stond een nationale regeling centraal, waarin werd bepaald dat het gedeelte van de opdracht dat een inschrijver aan derden in onderaanneming mag geven, beperkt is tot 30%. De Italiaanse regering vond deze beperking gerechtvaardigd vanwege de bijzondere omstandigheden in Italië, waar onderaanneming altijd een van de middelen voor criminele praktijken is geweest. Door de beperking zou deelname aan openbare aanbestedingen minder aantrekkelijk zijn voor criminele organisaties, waardoor wordt vermeden dat de maffia infiltreert in openbare aanbestedingen, waardoor de openbare orde wordt beschermd. Het Hof herhaalt de rechtsregel uit het Borta-arrest, benadrukt dat de door de Italiaanse wetgever nagestreefde doelstelling kan worden bereikt met minder restrictieve maatregelen en oordeelt dat

een dergelijke abstracte beperking inzake onderaanneming, vastgelegd in een nationale wet, niet verenigbaar is met Richtlijn 2014/24/EU. De Richtlijn voorziet in voldoende mogelijkheden om met minder vergaande middelen dan een abstracte en algemene beperking van onderaanneming hetzelfde doel te bereiken.

- 4.4.6. In artikel 63 lid 2 van de Richtlijn 2014/24/EU is vastgelegd dat een aanbestedende dienst uitsluitend kan eisen dat bepaalde "kritieke taken" niet door een onderaannemer, maar door inschrijver zelf moeten worden uitgevoerd. Deze bepaling is geïmplementeerd in artikel 2.95 lid 2 Aw 2012.

Beroep op 2.32 Aw 2012 gerechtvaardigd?

- 4.5. Bij de beoordeling van het beroep van aanbesteders op artikel 2.32 Aw 2012, stelt de Commissie voorop dat een dergelijk beroep de mededinging in ernstige mate beperkt. De procedure wijkt immers af van de regels die de doeltreffendheid van het VWEU op het gebied van overheidsopdrachten beogen te verzekeren. Daarom moeten de voorwaarden voor de toepassing van deze uitzondering ook restrictief worden toegepast. Dat geldt temeer in het onderhavige geval waar aanbesteders pas op 2 december 2021 de aankondiging van de gegunde opdracht hebben geplaatst, terwijl de overeenkomst reeds op 6 april 2021 zou zijn gesloten. Die handelwijze houdt een schending in van artikel 2.134 lid 1 Aw 2012, op grond waarvan de gunning van de opdracht binnen 30 dagen na gunning had moeten worden bekendgemaakt.

- *Technische redenen die beroep op art 2.32 lid 1 onder b rechtvaardigen?*

- 4.5.2. Een onderhandelingsprocedure zonder aankondiging kan worden gevolgd, indien de overheidsopdracht slechts door een bepaalde ondernemer kan worden verricht, omdat – zoals aanbesteder stelt – de mededinging om technische redenen ontbreekt (artikel 2.32 lid 1 sub b onder 2 Aw 2012). De Commissie onderzoekt eerst of er sprake is van 'technische redenen' zoals bedoeld in voornoemd artikel.

- 4.5.3. Zoals uit paragraaf 4.4.1 blijkt, heeft de Europese wetgever enkele voorbeelden van 'technische redenen' gegeven. De Commissie constateert dat de aldaar genoemde voorbeelden telkens voorbeelden betreffen waarin andere ondernemers de betreffende dienst niet kunnen verrichten of producten niet kunnen leveren.

Aanbesteders stellen zich op het standpunt dat er twee omstandigheden zijn, die maken dat er sprake is van 'technische redenen' in de zin van artikel 2.32 lid 1 sub b onder 2 Aw 2012:

- Opdrachtnemer moet minimaal 75% van de opdracht zelf uitvoeren; en
- Opdrachtnemer moet landelijke dekking garanderen.

Voor zover hier relevant karakteriseren aanbesteders deze twee eisen als uitvoeringseisen. Omdat slechts één onderneming zou kunnen voldoen aan die uitvoeringseisen, stellen aanbesteders dat de uitvoeringseisen hebben te gelden als technische redenen die een beroep op de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking rechtvaardigen. De Commissie gaat ervan uit dat het twee cumulatieve eisen betreft.

- 4.5.4. Aanbesteders ervaren kennelijk de noodzaak, op grond van ervaringen uit het verleden, de postbezorger rechtstreeks zowel juridisch als feitelijk te kunnen aanspreken op de dienstverlening. Die ervaren noodzaak dragen aanbesteders aan als rechtvaardiging voor het stellen van de uitvoeringseisen. Vervolgens stellen zij zich

op het standpunt dat die uitvoeringseisen technische redenen inhouden die onderhandse gunning rechtvaardigen aan ondernemer X.

- 4.5.5. De Commissie overweegt dat een landelijk postbezorgingsnetwerk eventueel kan worden gezien als een 'specifiek middel dat maar één ondernemer tot zijn beschikking heeft' en daarmee zou kunnen kwalificeren als een technische reden in de zin van artikel 2.32 Aw 2012. Als daarvan al sprake is, overweegt de Commissie echter dat de technische reden (het beschikken over een landelijk postbezorgingsnetwerk) niet noodzakelijk is voor het bereiken van het door aanbesteders gestelde doel (het rechtstreeks kunnen aanspreken van opdrachtnemer).
- 4.5.6. De eis dat minimaal 75% van de opdracht door de ondernemer zelf uitgevoerd moet worden, draagt bij aan het bereiken van het door aanbesteders gestelde doel (het rechtstreeks kunnen aanspreken van opdrachtnemer), maar is niet te beschouwen als technische reden en lijkt – in het licht van de Europese jurisprudentie over dergelijke abstracte en algemene 'zelf-eisen' niet toegestaan (zie daarover nader 4.9 e.v.). Ook is gesteld noch gebleken dat sprake is van 'kritieke taken' zoals bedoeld in artikel 2.95 lid 2 Aw 2012 (zie 4.4.6), op basis waarvan beperking van onderaanneming onder voorwaarden zou zijn toegestaan.
- 4.5.7. Hoe het ook zij, het antwoord op de vraag of de gestelde uitvoeringseisen kwalificeren als technische redenen kan echter in het midden gelaten worden wanneer er niet voldaan wordt aan lid 3 van artikel 2.32 Aw 2012. Aanbesteders moeten ingevolge lid 3 van artikel 2.32 Aw 2012 namelijk ook kunnen aantonen dat (1) een redelijk alternatief of substituut niet voorhanden is en (2) het ontbreken van mededinging niet het gevolg is van een kunstmatige beperking van de voorwaarden van de aanbesteding.

- *Sprake van een redelijk alternatief of substituut ingevolge artikel 2.32 lid 3 Aw 2012*

- 4.6. Uit Europese jurisprudentie (zie 4.4.3 hiervoor) blijkt dat de technische redenen het volstrekt noodzakelijk moeten maken om de opdracht aan een bepaalde onderneming te gunnen. Aanbesteders voeren aan (zie 3.1.1 hiervoor) dat, vanwege slechte ervaringen in het verleden, het noodzakelijk is dat de postbezorger rechtstreeks kan worden aangesproken, zowel juridisch als feitelijk. Onnodige tussenschakels staan volgens aanbesteders in de weg aan een snelle en deugdelijke postbezorging. De Commissie overweegt dat er geen sprake is van het ontbreken van een redelijk alternatief of substituut voor de gestelde uitvoeringseisen. Er zijn immers alternatieven of substituten denkbaar, zoals adequate inregeling van het contractmanagement of het (mede) hoofdelijk aansprakelijk stellen van een onderaannemer, om het gewenste doel te bereiken.

- *Kunstmatige beperking voorwaarden ingevolge artikel 2.32 lid 3 Aw 2012*

- 4.7. Als het specifieke middel waarover één onderneming beschikt niet volstrekt noodzakelijk is voor uitvoering van de opdracht, dan houdt een beroep op de uitzondering een kunstmatige beperking in. De opdracht kan immers ook zonder dat middel worden uitgevoerd. De Commissie overweegt dat aanbesteders niet overtuigend hebben aangetoond dat de gestelde uitvoeringseisen noodzakelijk zijn voor uitvoering van de opdracht. Zoals hiervoor in 4.6 reeds is overwogen, kan de door aanbesteders nagestreefde doelstelling worden bereikt met minder restrictieve maatregelen en is er daarmee ook sprake van kunstmatige beperking van de mededinging door de eis dat een ondernemer 75% van de opdracht zelf dient uit te voeren. Dit geldt ook voor de eis dat ondernemer landelijke dekking moet garanderen. In ieder geval hebben aanbesteders onvoldoende onderbouwd waarom de eis van

landelijke dekking, gekoppeld aan een algemene en abstracte 'zelf-eis' volstrekt noodzakelijk is voor de uitvoering van de opdracht en concludeert de Commissie dan ook dat het ontbreken van de mededinging het gevolg is van een kunstmatige beperking in de voorwaarden van de opdracht.

- 4.8. De Commissie komt tot de conclusie dat geen van de door aanbesteders aangedragen 'technische redenen' een beroep op artikel 2.32 Aw 2012 kunnen rechtvaardigen. De Commissie verklaart de klacht daarom **gegrond**.

Overweging ten overvloede m.b.t. de eis dat ondernemer 75% van de opdracht zelf uit moet voeren

- 4.9. Aanbesteders hebben op abstracte wijze een beroep op onderaanneming uitgesloten door te bepalen dat slechts voor 25% van de opdracht een beroep op onderaanneming is toegestaan. Het Europese hof achtte in het Vitali SpA arrest een maatregel die een beroep op onderaanneming beperkte tot 30% niet verenigbaar met de richtlijn 2014/24/EU, terwijl die maatregel was gebaseerd op de legitieme doelstelling van de bestrijding van het verschijnsel van infiltratie van de georganiseerde misdaad op het gebied van overheidsopdrachten (zie 4.4.5 hiervoor).

- 4.9.1. Aanbesteders hebben, naar het oordeel van de Commissie, onvoldoende concreet onderbouwd waarom in het onderhavige geval een verdergaande 'zelf-eis' dan die aan de orde in het Vitali SpA-arrest (zie 4.4.4), zou zijn gerechtvaardigd. In ieder geval is duidelijk dat door deze eis de toegang van ondernemingen in het midden- en kleinbedrijf tot onderhavige opdracht, vergaand wordt beperkt. Uit Europese jurisprudentie (Borta-arrest zie 4.4.4) blijkt dat 'een beperking van de onderaanneming gerechtvaardigd kan zijn voor zover daarmee een legitiem doel van algemeen belang wordt nagestreefd en het evenredigheidsbeginsel wordt geëerbiedigd, dat wil zeggen dat de beperking geschikt is om de verwezenlijking van dat doel te verzekeren en niet verder gaat dan noodzakelijk is om dat doel te bereiken'. De Commissie vraagt zich in dat opzicht in ieder geval af of de behoefte de opdrachtnemer rechtstreeks te kunnen aanspreken, zowel feitelijk als juridisch, kan worden gezien als legitieme doelstelling die ten grondslag kan liggen aan het stellen van de betreffende 'zelf-eis'. Het antwoord op die vraag kan achterwege blijven, omdat aanbesteders onvoldoende concreet hebben onderbouwd waarom onderaanneming tot slechts 25% zou moeten worden beperkt. Daarmee komt de Commissie tot de conclusie dat de 'zelf-eis' ontoelaatbaar is, omdat zij verder gaat dan nodig voor uitvoering van de opdracht.

5. Advies

De Commissie acht de klacht **gegrond**.

Den Haag, 28 oktober 2022

Mr. G.R. Werkman-Bouwkamp

Voorzitter

Mr. M.C. Pinto

Vicevoorzitter

Mr. drs. T.H. Chen

Commissielid