

Advies 835

1. Waar gaat dit advies over?

Dit advies gaat over een inhuuropdracht. Ondernemer klaagt dat aanbesteder in deze opdracht in strijd met het proportionaliteitsbeginsel zzp'ers categorisch uitsluit.

2. Hoe luidt dit advies?

De Commissie is van oordeel dat aanbesteder in strijd is met het proportionaliteitsbeginsel zzp'ers categorisch uitsluit. Aanbesteder heeft een onweerlegbaar vermoeden gekoppeld aan de uitvoeringsvoorwaarde dat met het verstrekken van de opdracht geen arbeidsrelatie tot stand komt. Op grond van dit onweerlegbare vermoeden kunnen zzp'ers zich als zodanig niet inschrijven en worden derhalve op voorhand uitgesloten van de opdracht. Aanbesteder heeft onvoldoende onderbouwd dat sprake is van een (dreigende) arbeidsrelatie die dit rechtvaardigt. In zijn motivering heeft aanbesteder uitsluitend omstandigheden aan de zijde van aanbesteder zelf betrokken, zonder de omstandigheden aan de zijde van de specifieke opdrachtnemer mee te wegen. Daarnaast heeft aanbesteder onvoldoende gemotiveerd waarom, van de beschikbare maatregelen, juist deze maatregel noodzakelijk was en waarom niet met een minder vergaand middel kon worden volstaan. De Commissie acht de klacht **gegrond**.

3. Wat is de achtergrond?

- 3.1. Aanbesteder, een provincie, heeft via een dynamisch aankoopstelsel (DAS) een inhuuropdracht voor een 'Deelprojectleider Netcongestie' gepubliceerd. De opdracht heeft een omvang van ongeveer 24 uur per week en een initiële looptijd van zes maanden, die driemaal met zes maanden kan worden verlengd. In de uitvraag staat de uitvoeringsvoorwaarde dat de opdracht, gelet op de Wet Deregulering Beoordeling Arbeidsrelaties (Wet DBA), niet kan worden uitgevoerd door een zzp'er. Ondernemer, zelfstandig adviseur energietransitie, is het hier niet mee eens en heeft in het kader van de nota van inlichtingen een vraag gesteld. Aanbesteder heeft daarop geantwoord dat de uitvoeringsvoorwaarde wordt gehandhaafd.
- 3.2. Ondernemer heeft op 9 april 2026 een klacht ingediend bij het klachtenmeldpunt van aanbesteder.
- 3.3. Op 13 april 2026 heeft ondernemer, ondanks de uitvoeringsvoorwaarde, een inschrijving ingediend.
- 3.4. Op 22 april 2026 heeft het klachtenmeldpunt aanbesteder geadviseerd de klacht ongegrond te verklaren. Aanbesteder heeft dit advies op 23 april 2026 overgenomen.
- 3.5. Aanbesteder heeft op 24 april 2026 ondernemer bericht dat zijn inschrijving wegens de uitvoeringsvoorwaarde is afgewezen.

- 3.6. Ondernemer heeft op 29 april 2026 een klacht bij de Commissie ingediend.
- 3.7. Aanbesteder heeft op 4 juni 2026 op de door ondernemer bij de Commissie ingediende klacht gereageerd.
- 3.8. De Commissie heeft de klacht als 'nakaartklacht' in behandeling genomen.

4. Wat zijn de standpunten van partijen?

Ondernemer

- 4.1. Ondernemer is van mening dat de uitvoeringsvoorwaarde dat de opdracht niet door een zzp'er kan worden uitgevoerd, in strijd is met het aanbestedingsrecht. De categorische uitsluiting van zzp'ers in deze opdracht is disproportioneel en in strijd met de Gids Proportionaliteit.

Aanbesteder

- 4.2. Aanbesteder stelt dat de klacht van ondernemer ongegrond is.
- 4.3. De verschillende door ondernemer en aanbesteder ingenomen standpunten en argumenten in deze klacht heeft de Commissie samengevat en zullen hieronder worden besproken.

5. Hoe beoordeelt de Commissie deze klacht?

Klacht: Uitvoeringsvoorwaarde disproportioneel?

- 5.1. Het gaat in dit advies over de volgende uitvoeringsvoorwaarde in de uitvraag 'Deelprojectleider Netcongestie'.

'[...]

Uitvoeringsvoorwaarde

Met het verstrekken van de opdracht (aan de ondernemer die inschrijft op de onderhavige opdracht en voor gunning in aanmerking komt) mag géén arbeidsrelatie/dienstbetrekking tot stand komen. De inschrijver dient dit te waarborgen. Bij het inschrijven op de onderhavige opdracht moet in dit kader rekening worden gehouden dat de uitvoering van de werkzaamheden plaatsvindt onder direct leiding en toezicht van de [aanbesteder]. Dit betekent dat niet wordt voldaan aan de criteria voor zelfstandigheid zoals vereist onder de Wet Deregulering Beoordeling Arbeidsrelaties (Wet DBA). [Aanbesteder] merkt hierbij op dat aan de voornoemde uitvoeringsvoorwaarde niet wordt voldaan als de inschrijver een ZZP'er is (ongeacht of dit een eenmanszaak of een BV is).

[...]

- 5.2. In de uitvraag staat verder:

'[...]

Opdracht

[Aanbesteder] heeft te maken met ernstige netcongestie, vanwege de congestie op het TenneT netwerk in de [...] regio [...]. Sinds 2022 belanden aanvragen voor grootverbruik in een wachtrij, inmiddels staan daar ~3800 aanvragen op. Samen met netbeheerders werken we hard aan het oplossen van de congestie, maar de essentiële netuitbreidingen worden pas tussen 2029-2033 gerealiseerd. Tot die tijd moet er ruimte op het net worden vrijgemaakt en daarvoor werken we samen met netbeheerders aan maatregelen uit het actieplan netcongestie [...]. In februari jl. bleek echter dat de netcongestie erger is dan eerder gedacht. TenneT heeft aangekondigd dat er een algehele aansluitstop dreigt vanaf de zomer 2026. Samen met de [...] partners werken we nu aan een crisisaanpak met een intensivering van maatregelen en aanvullende inzet om een aansluitstop te voorkomen. Onderdeel hiervan is [...] aanvullende inzet op: 1. Versnellen netuitbreidingen; 2. flexibiliteit contracteren; 3. regio-specifieke maatregelen; 4. Regionale communicatie.

Belangrijkste is het inventariseren waar flexibel vermogen beschikbaar is en moet worden bijgeplaatst. Dat betreft zowel (tijdelijke) bestaande en nieuwe gasgestookte installaties en nieuwe batterijopslag. Het contracteren is aan netbeheerders. Ook inventariseren we in [...] warmtenetten die kunnen worden versneld om natuurlijke groei achter bestaande aansluitingen te remmen als gevolg van warmtepompen.

Voor deze onderdelen zoeken we een deelprojectleider die samen met netbeheerders overzicht houdt over de lijst met locaties voor flexibel vermogen, tijdige realisatie najaagt, knelpunten in beeld brengt en oplossingen zoekt om deze vlot te trekken. Je werkt hierin nauw samen met de projectleider netcongestie die overzicht houdt over het geheel en deelneemt aan de FGU-overleggen.

Je komt hierbij te werken binnen het themateam Energietransitie aan het programma [...]. Het team Energietransitie bestaat uit ongeveer 30 gezellige en betrokken collega's die zich dagelijks inzetten voor een duurzaam [...]. Binnen het programma [...] werken we met gemeenten en netbeheerders aan 3 sporen: het zo snel mogelijk realiseren van de benodigde energie-infrastructuur, het energiesysteem van de toekomst en het actieplan netcongestie. Je komt te werken in het kernteam van het programma dat bestaat uit een projectleider voor ieder spoor en een programmamanager.

De taken en verantwoordelijkheden bestaan met name uit:

- Voortgang bewaken voor inventariseren en contracteren door netbeheerders van flexibel vermogen en warmtenetten die kunnen worden versneld. Rapporteren aan crisisteam het [...].
- Je brengt samen met netbeheerders, medeoverheden in kaart waar de knelpunten zitten en vertaalt deze naar oplossingen.
- Je bereid concrete adviezen voor. Voor interne en externe knelpunten bereid je bestuurlijke adviezen en besluiten voor. Je stemt af met en adviseert de projectleider netcongestie en programmamanager [...].
- Samen bepaal je de beste strategie om tot resultaat te komen op de verschillende overlegtafels.
- Je sluit aan bij de maandelijkse werkgroep netcongestie waarin we met regio's, netbeheerders, samenwerken aan het Actieplan Netcongestie.
- Vervangen projectleider netcongestie tijdens verlof in mei/juni.

Vanwege de crisisaanpak en onzekerheid over aanvullende inzet vragen we flexibiliteit om in overleg taken en verantwoordelijkheden te wijzigen.

Het betreft tijdelijke invulling van een reguliere functie bij [aanbesteder]. De opdracht leent zich daarom niet voor invulling met een ZZP-er.

Eventueel geïnteresseerde ZZP-ers kunnen zich op detachingsbasis (= met loonuitbetaling) laten aanbieden door een bureau. Doorleenconstructies zijn nadrukkelijk niet toegestaan. Vereisten / knock-outcriteria

Eis 1 Beschikbaarheids

Kandidaat is inzetbaar vanaf 6 mei 2026 tot en met 31 oktober 2026 voor gemiddeld 24 uur per week. De inhuuropdracht kan optioneel worden verlengd met 3 maal een periode van 6 maanden. Je werkt voornamelijk op [...], maar ook met externe partners buiten "waar het immers allemaal moet gebeuren". In overleg is beperkt thuiswerken mogelijk.

Afhankelijk van de beschikbaarheid van kandidaat, is een gefaseerde start en/of latere startdatum mogelijk, mits kandidaat uiterlijk 1 juni 2026 inzetbaar is voor gemiddeld 24 uur per week.

De startdatum is onder voorbehoud van een tijdige afronding van de offerteprocedure. Dit kan ook betekenen dat de startdatum van de opdracht zal moeten worden opgeschoven. Aan de vermelde startdatum in de offerteaanvraag kunnen zodoende geen rechten worden ontleend.

[...]

Eis 7

Inschrijver voldoet aan de gestelde uitvoeringsvoorwaarde zoals bovenaan benoemd in de uitvraag.

[...]

- 5.3. Ondernemer stelt dat de uitvoeringsvoorwaarde dat de opdracht niet door een zzp'er kan worden uitgevoerd, in strijd is met het aanbestedingsrecht. De categorische uitsluiting van zzp'ers in deze opdracht is disproportioneel en in strijd met de Gids Proportionaliteit, aldus ondernemer. Volgens ondernemer heeft aanbestedder onvoldoende onderbouwd dat sprake is van een (dreigende) arbeidsrelatie die rechtvaardigt dat zzp'ers worden uitgesloten van de opdracht.
- 5.4. Ondernemer onderbouwt zijn klacht als volgt.
 - 5.4.1. Allereerst verwijst ondernemer naar het 'Deliveroo-arrest' (HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443, r.o. 3.2.5). Daarin overweegt de Hoge Raad dat de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst afhangt van alle omstandigheden van het geval, bezien in onderling verband. Volgens de Hoge Raad kunnen daarbij onder meer de volgende omstandigheden van belang zijn:
 - i. aard en duur van de werkzaamheden;
 - ii. wijze waarop de werkzaamheden en de werktijden worden bepaald;
 - iii. inbedding van het werk in de organisatie;
 - iv. verplichting tot persoonlijke uitvoering;
 - v. wijze waarop de contracten tot stand zijn gekomen;
 - vi. beloning en wijze van betaling;
 - vii. de hoogte van deze beloningen;
 - viii. commercieel risico;
 - ix. ondernemerschap.
 - 5.4.2. Volgens ondernemer heeft aanbestedder de op grond van dit arrest vereiste 'holistische toets' niet verricht. Aanbestedder heeft slechts drie van de negen criteria beoordeeld, en de overige zes buiten beschouwing gelaten. Juist deze niet

beoordeelde criteria wijzen volgens ondernemer op zelfstandigheid. Ondernemer verwoordt het zo:

'[...]

- **Totstandkoming afspraken (5).** De opdracht komt tot stand via een openbare marktvraag met offerte en selectieprocedure - het tegenovergestelde van een arbeidsovereenkomst.
- **Beloning (6).** Het tarief (€ 100-120/uur excl. BTW) wordt bepaald via offerte, gefactureerd door de opdrachtnemer, zonder doorbetaling bij ziekte of vakantie.
- **Hoogte beloning (7).** Het tarief ligt substantieel boven het cao-equivalent (schaal 11 provinciale CAO incl. werkgeverslasten). Het verschil weerspiegelt het ondernemersrisico.
- **Commercieel risico (8).** De opdrachtnemer draagt het risico van leegloop, acquisitiekosten, ziekte zonder doorbetaling en aansprakelijkheid.
- **Ondernemersgedrag (9).** Sinds 2012 zelfstandig adviseur, eigen bedrijf, professionele website, meerdere gelijktijdige opdrachtgevers, investering in acquisitie. Daarvoor ruim 15 jaar werkervaring in het vakgebied bij onder meer [naam organisatie] en diverse ministeries. De Hoge Raad noemt dit gezichtspunt expliciet in de Deliveroo-formulering, met als voorbeelden: verwerven reputatie, acquisitie, fiscale behandeling, aantal opdrachtgevers.

[...]'

- 5.4.3. Ondernemer verwijst verder naar de 'Webmodule Beoordeling Arbeidsrelatie', een instrument van het ministerie van SZW waarmee per opdracht kan worden beoordeeld of deze buiten dienstbetrekking kan worden uitgevoerd. Volgens ondernemer wijst de uitkomst van de ingevulde vragenlijst uit dat zzp'ers niet van de opdracht hoeven te worden uitgesloten. Ondernemer verwoordt het zo:

'[...]

'Ik heb de webmodule ingevuld voor deze opdracht, vanuit het perspectief van de opdrachtgever [...]. De uitkomst is 31 punten (schaal: 0-44 = buiten dienstbetrekking, 45-69 = geen oordeel, 70+ = indicatie dienstbetrekking). De conclusie: "*Op basis van de door u gegeven antwoorden lijkt het erop dat u de klus buiten dienstbetrekking kunt laten uitvoeren.*"

[...]'

- 5.4.4. Ondernemer voert verder aan dat aanbesteder met een beroep op het beginsel 'wezen gaat voor schijn' heeft gesteld dat de modelovereenkomst van de Belastingdienst niet zou aansluiten bij de feitelijke uitvoering. Dat beginsel werkt volgens ondernemer echter twee kanten op. Als de Webmodule Beoordeling Arbeidsrelatie concludeert dat de opdracht buiten dienstbetrekking kan worden uitgevoerd, dan is het de uitsluitingsclausule die een papieren werkelijkheid creëert, niet de modelovereenkomst. Ondernemer stelt:

'[...]

De proportionaliteitsvraag is dan niet of de huidige werkwijze van de provincie past bij deze modelovereenkomst. De proportionaliteitsvraag is of het gerechtvaardigd is om een hele beroepsgroep uit te sluiten van deelname aan deze opdracht,

wanneer (a) het overheids-eigen toetsingsinstrument concludeert dat de opdracht buiten dienstbetrekking kan worden uitgevoerd, (b) er een door de Belastingdienst goedgekeurde contractvorm voor directe inhuur beschikbaar is, en (c) [aanbesteder] niet onderbouwt waarom zij de opdracht niet zo kan formuleren dat die contractvorm toepasbaar is. Bij de concrete taken in deze opdracht – inventarisaties, knelpuntenanalyses, bestuurlijke adviezen – is een resultaatgerichte formulering immers volstrekt mogelijk.

[...]

- 5.4.5. Ondernemer stelt dat uit het proportionaliteitsbeginsel volgt dat eisen dienen om een nagestreefd doel te bereiken en niet verder gaan dan nodig. De uitsluiting van zzp'ers voldoet daar niet aan. Het doel is bereikbaar met minder ingrijpende middelen, zoals de modelovereenkomst van de Belastingdienst, de Webmodule Beoordeling Arbeidsrelatie, een resultaatgerichte opdrachtformulering en vooroverleg met de Belastingdienst. Aanbesteder heeft niet onderbouwd waarom deze middelen niet volstaan. Verder is verplichte detachering de zwaarste maatregel. Hoewel detachering het risico wegneemt dat de opdrachtrelatie achteraf als arbeidsovereenkomst wordt gekwalificeerd en daarmee een legitiem belang van aanbesteder dient, bieden minder ingrijpende alternatieven eveneens zekerheid, zonder dat de zzp'er zijn ondernemersstatus hoeft op te geven. Daarnaast gaat de maatregel verder dan nodig, omdat een zzp'er zijn bedrijfsvoering tijdelijk moet opgeven, met verlies van onder meer zelfstandigenaftrek, btw-structuur, pensioenopbouw als ondernemer en de mogelijkheid andere opdrachtgevers te bedienen, terwijl uit de Webmodule Beoordeling Arbeidsrelatie volgt dat de opdracht buiten dienstbetrekking kan worden uitgevoerd.
- 5.4.6. Verder gaat aanbesteder uit van een aantal feitelijke onjuistheden. Zo stelt aanbesteder dat geen specialistische expertise nodig is, terwijl externe inhuur en de uitvraag (netcongestie, FGU-crisisaanpak, flexibel vermogen, warmtenetten) juist schaarse specialismen vereisen. Ook is onjuist dat opdrachtnemer niet bepaalt hoe, waar en wanneer wordt gewerkt, nu beperkt thuiswerken mogelijk is en bij specialistisch advieswerk opdrachtgever kaders stelt (het 'wat'), terwijl de specialist de werkwijze bepaalt (het 'hoe'). Daarnaast is het ontbreken van een resultaatverplichting een keuze van aanbesteder en niet inherent aan het werk, aangezien inventarisaties, knelpuntenanalyses en bestuurlijke adviezen als concrete resultaten kunnen worden geformuleerd. Verder wordt door aanbesteder zonder onderbouwing gesteld dat de Webmodule Beoordeling Arbeidsrelatie onjuiste antwoorden bevat. Tot slot is de inschrijving van ondernemer terzijde gelegd zonder inhoudelijke beoordeling zodat van een individuele toets op schijnzelfstandigheid geen sprake is geweest. Het gaat daarmee om een categorische uitsluiting. Op de website van PIANOo staat hierover: 'Let op dat het categorisch uitsluiten van de ZZP-ers voor inhuuropdrachten, waarbij geen sprake is van een (verkapte) arbeidsrelatie, op grond van het gelijkheidsbeginsel niet is toegestaan'. Ook door het kabinet (Kamerbrief van 9 april 2026) en aanbesteder zelf wordt het categorisch uitsluiten van zzp'ers als ontoelaatbaar aangemerkt, aldus ondernemer.
- 5.5. Volgens aanbesteder is de uitvoeringsvoorwaarde niet in strijd met het aanbestedingsrecht, omdat hij voldoende heeft onderbouwd dat sprake is van een (drievoudige) arbeidsrelatie en omdat geen sprake is van een categorische uitsluiting van zzp'ers in deze opdracht. Zijn reactie is, voor zover relevant, als volgt.
 - 5.5.1. Aanbesteder stelt dat onderhavige opdracht op voorhand al voldoet aan minimaal drie Deliveroo-criteria die duiden op een arbeidsrelatie: (i) de aard en duur van de werkzaamheden, (ii) de wijze waarop de werkzaamheden en werktijden worden bepaald, en (iii) de inbedding van het werk in de organisatie. Aanbesteder hanteert de werkwijze dat, als drie van de negen criteria op voorhand als risicovol zijn te

kwalificeren, de opdracht niet geschikt is om door een zzp'er te worden uitgevoerd. De praktijk leert namelijk dat zodra de opdrachtnemer bekend is, doorgaans ook een vierde of vijfde criterium negatief scoort. Deze werkwijze is afgestemd met en akkoord bevonden door de loonheffing inspecteur van de Belastingdienst, met wie aanbestede een horizontaal toezichtconvenant heeft gesloten. Ten aanzien van de door ondernemer aangehaalde criteria merkt aanbestede het volgende op:

'[...]

Ter reactie op hetgeen klager meldt in paragraaf 4.2. en paragraaf 8 het volgende:

- Klager laat criterium iv. onbesproken, zijnde: de verplichting om het werk persoonlijk uit te voeren. Gelet op de beschrijving van de opdracht in de uitvraag wijst dit criterium eerder naar een arbeidsovereenkomst dan een opdrachtnemer.
- Klager legt criterium v. onjuist uit: bij een arbeidsovereenkomst is (ook) sprake van een (openbare) vacature en selectieprocedure. Bij dit criterium is van belang om vast te stellen wie de overeenkomst heeft opgesteld en in hoeverre ruimte is voor onderhandeling. Onze overeenkomsten zijn daarbij leidend, met beperkte ruimte voor onderhandeling.
- Klager is onvolledig ten aanzien van criterium viii: het gaat bij dit criterium ook om de mate waarin de opdrachtnemer verantwoordelijk is voor de tijdigheid en kwaliteit van het resultaat. Wanneer de opdrachtnemer bijvoorbeeld in eigen tijd of voor eigen rekening het resultaat moet verbeteren, wijst dat op een opdracht/zzp'er. In onderhavig geval is daar geen sprake van, ligt het risico bij de provincie en zal de opdracht verlengd worden als het resultaat nog niet bereikt is. Kortom, een indicatie van een arbeidsovereenkomst.
- Klager benoemt diverse zaken ten aanzien van criterium ix., die bij het uitzetten van de DAS-aanbesteding bij de provincie niet bekend (kunnen) zijn. Derhalve kan bij de beoordeling op voorhand geen volledige inschatting worden gemaakt van dit criterium. In dit geval was wel vooraf bekend dat voor ongeveer twee jaar, voor gemiddeld 24 uur per week, een persoon ingehuurd zal worden. Daarmee blijft naar onze mening voldoende gelegenheid over voor ondernemerschap. Echter, uit onze besprekingen met de Belastingdienst ervaren wij dat de inspecteur dit ter discussie kan stellen.
- Klager meent in paragraaf 8 dat diverse zaken als feitelijke onjuistheden zijn gepresenteerd.
 - o Ten aanzien van de specialistische expertise die niet of onvoldoende in de organisatie aanwezig is, merken wij op dat eigen medewerkers hetzelfde werk uitvoeren. Er is zelfs een specifiek team op netcongestie.
 - o Ten aanzien van de vraag hoe, waar en wanneer het werk wordt uitgevoerd merken wij op dat in een DAS-aanbesteding dergelijke details nooit volledig worden uitgeschreven.

[...]

- 5.5.2. De Hoge Raad heeft in het Deliveroo-arrest geoordeeld dat het gewicht van een contractuele bepaling afhankelijk is van de betekenis in de praktijk; een bepaling die in de praktijk weinig waarde heeft, telt ook weinig mee bij de beoordeling of sprake is van een arbeidsovereenkomst ('wezen gaat voor schijn'). Dit betekent dat een waterdicht contract of modelovereenkomst geen oplossing is voor mogelijke schijnzelfstandigheid. Aanbestede hanteert om die reden een eigen (model)overeenkomst en maakt geen gebruik van de modelovereenkomst van de Belastingdienst, vanuit haar contractvrijheid. In dit geval zou gebruik van de modelovereenkomst van de Belastingdienst leiden tot een onjuiste weergave van de beoogde opdracht, omdat aanbestede een reguliere functie wil invullen en geen

opdracht zonder werkgeversgezag of resultaatverplichting. De voorgestelde modelovereenkomst voorkomt dus geen schijnzelfstandigheid en past niet bij deze situatie, terwijl aanbesteder in passende gevallen wel met resultaatopdrachten en inzet van zzp'ers werkt.

- 5.5.3. De Webmodule Beoordeling Arbeidsrelatie is ontwikkeld als hulpmiddel bij de beoordeling van de Deliveroo-criteria, maar kan niet alle feiten en omstandigheden van het individuele geval meenemen en geeft slechts een aanwijzing, geen juridische beslissing. Aanbesteder past daarom een eigen, praktischer model toe, mede vanwege de administratieve last van de webmodule, en heeft dit afgestemd met zijn loonheffing inspecteur. Ondernemer presenteert de door hem ingevulde webmodule als conclusie dat inhuur mogelijk is, maar gaat voorbij aan de gemaakte aannames en geeft op onderdelen een onjuiste weergave van de beoogde opdracht. Aan die uitkomst hecht aanbesteder dan ook geen belang.
- 5.5.4. Aanbesteder stelt dat uitvoering van de functie op zzp-basis een groot risico op schijnzelfstandigheid en daarmee aanzienlijke arbeidsrechtelijke en fiscale risico's met zich meebrengt, die bij aanbesteder liggen en niet contractueel kunnen worden afgewenteld. Aanbesteder stelt dat hij niet wil balanceren op een fiscale grens en om die reden kiest voor een enigszins risicomijdende werkwijze. Dit betekent dat het aan hem als opdrachtgever is om dit risico te mitigeren, wat hij doet door het stellen van de uitvoeringsvoorwaarde, nu de voorgestelde alternatieven dit risico niet wegnemen. Aanbesteder erkent dat het categorisch uitsluiten van zzp'ers voor inhuuropdrachten, waarbij géén sprake is van een (verkapte) arbeidsrelatie, spanning oplevert met het gelijkheidsbeginsel en het proportionaliteitsbeginsel. Van categorisch uitsluiten is echter geen sprake. Aanbesteder beoordeelt immers van geval tot geval of de opdracht geschikt is om te worden uitgevoerd op zzp-basis. Een zzp'er kan inschrijven, maar moet bereid zijn zich op detacheringbasis te laten aanbieden; ontbreekt die bereidheid, dan wordt niet voldaan aan de uitvoeringsvoorwaarde en wordt de inschrijving als niet besteksconform terzijde gelegd. Ondernemer miskent dat het aan aanbesteder als aanbestedende dienst is om de inkoop- of inhuurbehoefte te bepalen. Het proportionaliteitsbeginsel strekt er niet toe dat deze behoefte wordt aangepast aan de kenmerken van de markt, zodat aanpassing naar een resultaatopdracht niet aan de orde is.
- 5.6. De Commissie acht de klacht van ondernemer **gegrond**. Zij is van oordeel dat aanbesteder in strijd met het proportionaliteitsbeginsel zzp'ers categorisch heeft uitgesloten. Zij baseert haar oordeel op het volgende.

Toetsingskader

- 5.7. Uitgangspunt is dat een aanbestedende dienst de vrijheid toekomt om de uitvraag in een aanbesteding en de voorwaarden van die aanbesteding te bepalen.
- 5.8. De grenzen van die vrijheid worden bepaald door de Aanbestedingswet 2012, de Gids Proportionaliteit en de fundamentele beginselen van aanbestedingsrecht voor zover die daarin niet zijn opgenomen (zie voorzieningenrechter Rechtbank Noord-Holland, 14 april 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:3274, ro. 5.1).
- 5.9. In artikel 1.8 Aw 2012 is bepaald dat een aanbestedende dienst ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze behandelt. In artikel 1.9 lid 1 Aw 2012 is bepaald dat een aanbestedende dienst transparant handelt.
- 5.10. Op grond van artikel 1.10 Aw 2012 moet een aanbestedende dienst proportionele eisen, voorwaarden en criteria stellen. Het eerste en tweede lid van dit artikel luiden als volgt.

1. Een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf stelt bij de voorbereiding van en het tot stand brengen van een overheidsopdracht, een speciale-sectoropdracht of een concessieopdracht of het uitschrijven van een prijsvraag uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijvers en de inschrijvingen die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.
2. Bij de toepassing van het eerste lid slaat de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf, voor zover van toepassing, in ieder geval acht op:
 - a. het al of niet samenvoegen van opdrachten;
 - b. de uitsluitingsgronden;
 - c. de inhoud van de geschiktheidseisen;
 - d. het aantal te stellen geschiktheidseisen;
 - e. de te stellen termijnen;
 - f. de gunningscriteria;
 - g. een vergoeding voor hoge kosten van een inschrijving;
 - h. de voorwaarden van de overeenkomst.

5.11. In de Memorie van Toelichting bij artikel 1.10 Aw 2012 (zie MvT, Kamerstukken II, 2009/10, 32440, nr. 3, p. 52-53) staat onder meer het volgende:

‘[...]

[...] Het Europese proportionaliteitsbeginsel in enge zin houdt in dat een afweging moet plaatsvinden van de gevolgen die een bepaalde maatregel veroorzaakt en de daartegenover staande voordelen. Daarbij moet worden bekeken in hoeverre de gekozen maatregel evenredig is aan het te bereiken doel.

[...]

Kern van het beginsel is dat bij het voorbereiden en tot stand brengen van een overeenkomst in het kader van een overheidsopdracht of speciale-sectoropdracht, een concessieovereenkomst voor openbare werken of diensten of het uitschrijven van een aanbestedingsprijsvraag uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria worden gesteld aan inschrijvers en inschrijvingen die in redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht. Dit is een objectief criterium, dat door de rechter getoetst kan worden. Indien een ondernemer van oordeel is dat dit criterium niet is nageleefd, kan hij in een civiele procedure aanvoeren dat en waarom daarvan naar zijn mening sprake is. De rechter zal dan in de regel aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf vragen aan te tonen dat dit wel het geval is.

Het tweede lid maakt duidelijk waar de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf met het oog op de naleving van het eerste lid in ieder geval acht moet slaan. Maar ook ten aanzien van andere aspecten dan genoemd in het tweede lid kan een ondernemer, uiteraard gemotiveerd, aanvoeren dat een eis, voorwaarde of criterium niet in redelijke verhouding staat tot het voorwerp van de opdracht en zal de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf het tegendeel moeten aantonen. [...]

[...]’

5.12. De Gids Proportionaliteit zegt onder meer het volgende over het proportionaliteitsbeginsel:

‘De wet beschouwt het proportionaliteitsbeginsel als een van de dragende beginselen van aanbestedingsrecht. Het proportionaliteitsbeginsel houdt in dat de keuzes die een aanbestedende dienst maakt en de eisen en voorwaarden die hij stelt

bij een aanbesteding, in redelijke verhouding dienen te staan tot de aard en omvang van de aan te besteden opdracht.'

- 5.13. Op grond van artikel 2.80 lid 1 Aw 2012 kan een aanbestedende dienst bijzondere voorwaarden verbinden aan de uitvoering van een overheidsopdracht, mits dergelijke voorwaarden verband houden met het voorwerp van de opdracht en in de aankondiging of de aanbestedingsstukken vermeld zijn. De voorwaarden waaronder de overheidsopdracht wordt uitgevoerd, kunnen verband houden met economische, innovatiegerelateerde, arbeidsgerelateerde, sociale of milieuoverwegingen.
- 5.14. De Commissie moet in deze klacht de vraag beantwoorden of de door aanbesteder in de uitvraag 'Deelprojectleider Netcongestie' gestelde uitvoeringsvoorwaarde in strijd is met het aanbestedingsrecht.
- 5.15. De uitvoeringsvoorwaarde komt er kort gezegd op neer dat aanbesteder met het verstrekken van de opdracht wil voorkomen dat een arbeidsrelatie tot stand komt. Aanbesteder heeft in zijn reactie op de bij de Commissie ingediende klacht gemotiveerd waarom hij dit wil voorkomen. Volgens aanbesteder brengt de uitvoering van de functie op zzp-basis een aanzienlijk risico op schijnzelfstandigheid met zich mee, met mogelijk verstrekkende arbeidsrechtelijke en fiscale gevolgen. Aanbesteder heeft dit nader toegelicht: indien hij de opdracht zou gunnen aan een zzp'er, kan de Belastingdienst achteraf alsnog stellen dat sprake is van een arbeidsrelatie, met alle gevolgen van dien voor opdrachtgever en opdrachtnemer. De gevolgen van een verkeerde kwalificatie van de arbeidsrelatie kunnen namelijk groot zijn: voor de omzetbelasting (ten onrechte afdragen en terugvragen van btw), maar ook voor de loonheffingen (loonbelasting, premies zorgverzekeringswet en premies sociale zekerheid). Sinds per 1 januari 2025 op grond van de Wet DBA het handhavingmoratorium is vervallen, kan de Belastingdienst weer een naheffing opleggen voor ten onrechte niet afgedragen loonheffingen. Gemeenten en provincies zijn daarbij bestempeld als partijen met een voorbeeldfunctie. Daarnaast kunnen pensioenuitvoerders vorderingen indienen voor ten onrechte niet afgedragen pensioenpremies, die snel hoog kunnen oplopen, en kan de schijnzelfstandige zelf een beroep doen op het arbeidsrecht.
- 5.16. Tussen partijen staat – zoals de Commissie begrijpt – niet ter discussie dat in deze opdracht mogelijk een risico bestaat op het ontstaan van een arbeidsrelatie. De Commissie overweegt dat aanbesteder een legitiem belang heeft om dat te voorkomen. Tot zover komt de uitvoeringsvoorwaarde de Commissie dan ook niet onredelijk voor.
- 5.17. Het gaat in deze klacht echter om een onweerlegbaar vermoeden dat is weergegeven in de laatste zin van de uitvoeringsvoorwaarde:
- '[Aanbesteder] merkt hierbij op dat aan de voornoemde uitvoeringsvoorwaarde niet wordt voldaan als de inschrijver een ZZP'er is (ongeacht of dit een eenmanszaak of een BV is).'
- 5.18. Op grond van dit onweerlegbare vermoeden kunnen zzp'ers zich als zodanig niet inschrijven en worden derhalve op voorhand uitgesloten van de opdracht.
- 5.19. Aanbesteder erkent dat het categorisch uitsluiten van zzp'ers voor inhuuropdrachten, waarbij géén sprake is van een (verkapte) arbeidsrelatie, spanning oplevert met het gelijkheidsbeginsel en het proportionaliteitsbeginsel. Volgens aanbesteder is echter geen sprake van categorisch uitsluiten, omdat per opdracht wordt beoordeeld of de opdracht geschikt is om op zzp-basis te worden uitgevoerd. Hij stelt daarnaast dat een zzp'er wel degelijk kan inschrijven, maar dat deze bereid moet

zijn zich op detacheringsbasis te laten aanbieden. Ontbreekt die bereidheid, dan wordt niet voldaan aan de uitvoeringsvoorwaarde en wordt de inschrijving als niet besteksconform terzijde gelegd, aldus aanbesteder.

Sluit de uitvoeringsvoorwaarde zzp'ers categorisch uit?

- 5.20. De Commissie stelt voorop dat het onweerlegbare vermoeden dat aanbesteder heeft gekoppeld aan de uitvoeringsvoorwaarde zzp'ers onmogelijk maakt naar de opdracht mee te dingen.
- 5.21. De Commissie overweegt dat aan een uitvoeringsvoorwaarde in beginsel pas tijdens de uitvoering van de opdracht hoeft te worden voldaan. Dat is slechts anders indien reeds bij inschrijving vaststaat dat de ondernemer niet aan die voorwaarde zal kunnen of willen voldoen. Indien op voorhand duidelijk is dat een inschrijver tijdens de uitvoering niet zal kunnen of willen voldoen aan een gestelde uitvoeringsvoorwaarde, mag de aanbestedende dienst hem uitsluiten. In beginsel mag een aanbestedende dienst echter afgaan op de juistheid van de verklaring van een inschrijver dat hij tijdens de uitvoering aan een bepaalde eis zal voldoen (vgl. Advies 495 ov. 5.10.10).
- 5.22. Het betoog van aanbesteder dat geen sprake is van categorische uitsluiting, omdat per opdracht wordt beoordeeld of de opdracht geschikt is om op zzp-basis te worden uitgevoerd, overtuigt de Commissie niet. Het onweerlegbaar vermoeden dat in deze opdracht aan de uitvoeringsvoorwaarde is gekoppeld, maakt het voor een zzp'er immers onmogelijk om naar de opdracht mee te dingen. Dat aanbesteder bij andere inhuuropdrachten wél zzp'ers toelaat doet hier niet aan af. Voor de toetsing van de proportionaliteit van de uitvoeringsvoorwaarde doen de voorwaarden die aanbesteder bij andere inhuuropdrachten stelt niet ter zake. Verder overweegt de Commissie dat de suggestie van aanbesteder om zich op detacheringsbasis aan te laten bieden voorbijgaat aan de kern van de klacht. De kern van de klacht is niet dat een persoon die zzp'er is nooit feitelijk bij de opdracht betrokken kan zijn, maar dat een marktpartij niet als zelfstandige ondernemer op de opdracht kan inschrijven.

Is deze categorische uitsluiting toelaatbaar?

- 5.23. Uit het bovenstaande blijkt dat naar het oordeel van de Commissie in onderhavige opdracht derhalve sprake is van het categorisch uitsluiten van zzp'ers. Uit Europese jurisprudentie (vgl. bijv. HvJ EU 19 mei 2009, C-538/07, r.o. 28, Assitur, HvJ EU 7 juli 2016, C-406/14, r.o. 34 en 35, Wrocław; HvJ EU 5 april 2017, C-298/15, r.o. 54 en 55, Borta; HvJ EU 26 september 2019, C-63/18, r.o. 21 t/m 45, Vitali SpA - Autostrade Italia; HvJ EU 27 november 2019, C-402/18, r.o. 36 e.v. Tedeschi - Università Roma) volgt dat een dergelijke categorische, algemene en abstracte uitsluiting niet is toegestaan tenzij sprake is van een legitiem doel én de maatregel niet verder gaat dan noodzakelijk is om dat doel te bereiken.
- 5.24. Hoewel, zoals de Commissie hierboven onder 5.15 heeft overwogen, het voorkomen van een arbeidsrelatie op zichzelf een legitiem doel is, zal aanbesteder moeten motiveren waarom van alle maatregelen die hij kan nemen, juist deze maatregel noodzakelijk is en waarom hij niet met een minder vergaand middel kan volstaan.
- 5.25. De Commissie overweegt dat aanbesteder er kennelijk van uitgaat dat duidelijk is dat een ondernemer die zich als zzp'er op deze opdracht wil inschrijven, op voorhand niet kan voldoen aan het – op zichzelf legitieme – doel dat geen arbeidsrelatie tot stand komt. Aanbesteder heeft dit onderbouwd met een verwijzing naar de criteria uit het Deliveroo-arrest en naar afspraken met de Belastingdienst. Aanbesteder hanteert als uitgangspunt dat een opdracht niet geschikt is voor uitvoering

door een zzp'er wanneer vooraf drie criteria als risicovol worden aangemerkt. Volgens aanbesteder blijkt in de praktijk dat na het bekend worden van de opdrachtnemer vaak nog andere criteria negatief scoren. Deze werkwijze is afgestemd met en goedgekeurd door de Belastingdienst. De Commissie begrijpt dat de door aanbesteder gevolgde werkwijze erop kan wijzen dat bij de uitvoering van de opdracht sprake is van een arbeidsrelatie. Dat betekent echter niet dat dit op voorhand vaststaat.

- 5.26. Zonder dat de Commissie alle criteria van het Deliveroo-arrest inhoudelijk kan beoordelen, overweegt zij dat de Hoge Raad in dit arrest uitgaat van een 'holistische' beoordeling. Deze toets houdt in dat de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst afhangt van alle omstandigheden van het geval, bezien in onderling verband. Een beoordeling waarbij uitsluitend omstandigheden aan de zijde van opdrachtgever worden betrokken, zonder de omstandigheden aan de zijde van de specifieke opdrachtnemer, lijkt naar het oordeel van de Commissie niet aan deze toets te voldoen. In die zin heeft aanbesteder naar het oordeel van de Commissie onvoldoende onderbouwd dat sprake is van een (dreigende) arbeidsrelatie die rechtvaardigt dat zzp'ers worden uitgesloten van de opdracht.
- 5.27. De Commissie overweegt dat bij een holistische toets zoals de Hoge Raad die voorstaat een ondernemer die als zzp'er inschrijft op een inhuuropdracht, in de gelegenheid moet worden gesteld toe te lichten op welke wijze hij de opdracht zal uitvoeren, zodat hij zo nodig tegenbewijs kan aandragen dat geen sprake zal zijn van schijnzelfstandigheid of een arbeidsrelatie. Daarmee kan aanbesteder de door het Deliveroo-arrest vereiste holistische toets daadwerkelijk uitvoeren. In onderhavige opdracht wordt zzp'ers deze mogelijkheid op voorhand onthouden, nu zij zich op grond van een onweerlegbaar vermoeden niet op de opdracht kunnen inschrijven.
- 5.28. De Commissie overweegt voorts dat aanbesteder heeft toegelicht waarom hij de door ondernemer aangedragen alternatieven niet heeft toegepast, maar dat daarmee niet is gegeven dat hij ook heeft onderzocht of een ander, minder vergaand middel – zoals de mogelijkheid het vermoeden van een arbeidsrelatie te weerleggen, of een andere minder vergaande maatregel – volstond. Het afwijzen van voorgestelde alternatieven is niet gelijk te stellen aan het motiveren waarom de verstrekkende voorwaarde – dat zzp'ers zich als zodanig niet kunnen inschrijven en derhalve worden uitgesloten van de opdracht – de enige optie was.
- 5.29. De Commissie komt op grond van het voorgaande tot de slotsom dat het door aanbesteder geformuleerde onweerlegbare vermoeden neerkomt op een categorische uitsluiting van zzp'ers. Die categorische uitsluiting is in strijd met het proportionaliteitsbeginsel. Naar het oordeel van de Commissie heeft aanbesteder onvoldoende onderbouwd dat sprake is van een (dreigende) arbeidsrelatie die rechtvaardigt dat zzp'ers als categorie op voorhand van de opdracht worden uitgesloten. In zijn motivering heeft aanbesteder uitsluitend omstandigheden aan de zijde van aanbesteder zelf betrokken, zonder de omstandigheden aan de zijde van de specifieke opdrachtnemer mee te wegen. Daarnaast heeft aanbesteder onvoldoende gemotiveerd waarom, van de beschikbare maatregelen, juist deze maatregel noodzakelijk was en waarom niet met een minder vergaand middel kon worden volstaan. De klacht is daarom **gegrond**.

6. Advies

De Commissie acht de klacht **gegrond**.

Den Haag, 30 juni 2026

Mr. G.R. Werkman-Bouwkamp Mr. M.C. Pinto Mr. dr. A.J. van Heeswijck

Voorzitter

Vicevoorzitter

Commissielid