

len gaan worden. De gegeven antwoorden zijn voor de betreffende partij kennelijk onvoldoende duidelijk, zodat zij nadere vragen stelt. De aanbestedende dienst is evenwel van mening dat het geen 'nieuwe' vragen zijn, maar vragen die ook al in eerste instantie gesteld hadden kunnen worden; de betreffende vragen worden dan ook niet beantwoord.

De klacht hierover wordt door de CvAE ongegrond verklaard.

In haar motivering verwijst de CvAE naar het eerder besproken advies 99. Het valt ons op dat de CvAE in haar meer recente advies weliswaar de bewoordingen uit haar eerdere advies bijna letterlijk herhaalt, maar aangeeft dat wanneer een aanbestedende dienst vragen zou beantwoorden die ná de gestelde termijn zijn ingediend, hij daarmee in strijd zou handelen met het beginsel van gelijke behandeling van inschrijvers. Het transparantiebeginsel blijft dit keer onvermeld. Terecht, lijkt ons, want vragen onbeantwoord laten draagt niet bij aan doorzichtigheid van de aanbestedingsprocedure.

In advies 243 lijkt de CvAE te zoeken naar mogelijkheden om na het verstrijken van een eenzijdig door de aanbestedende dienst gestelde termijn voor het stellen van vragen meer duidelijkheid te verzoeken en te geven. In een *obiter dictum* wijst de CvAE op een besteksbeperking die in de litigieuze aanbestedingsprocedure van toepassing was (en die tegenwoordig in tal van aanbestedingen terug te vinden is) en die erop neer komt dat een inschrijver op straffe van rechtsverwerking eventuele tegenstrijdigheden, onjuistheden, onrechtmatigheden en/of onvolkomenheden die in het aanbestedingsdocument voorkomen, schriftelijk en per omgaande, in ieder geval voor de uiterste datum van inschrijving, kenbaar dient te maken.

De CvAE merkt op dat op grond van een dergelijke bepaling inschrijvers tot aan het uiterste moment van indienen van de inschrijving vragen, klachten en opmerkingen bij de aanbestedende dienst kunnen indienen.

De aanbestedende dienst kan zich door kritische vragen van inschrijvers eventueel 'op het spoor laten zetten om de opzet van de aanbestedingsprocedure nog eens kritisch tegen het licht te houden'. Dat onderzoek zou er, zo stelt de CvAE,

toe kunnen leiden dat de aanbestedende dienst aanpassingen in de procedure doorvoert, die bijvoorbeeld in een nota van inlichtingen worden gepubliceerd.

Conclusie en enkele vuistregels voor de praktijk
Advies nummer 243 laat ons met een licht onbevredigd gevoel achter. De CvAE predikt een strikte lijn ('te laat is te laat'), terwijl zij aan de andere kant nadrukkelijk wijst op de mogelijkheid voor inschrijvers om tot aan het indienen van de inschrijving vragen te stellen. Dergelijke vragen zouden volgens de CvAE voor de aanbestedende dienst onder omstandigheden zelfs aanleiding *moeten* zijn een nader onderzoek in te stellen, zeker wanneer de vragen zien op informatie die pas in een latere fase van de aanbestedingsprocedure bekend geworden is, bijvoorbeeld omdat zij in een nota van inlichtingen is opgenomen. Maar waarom een aanbestedende dienst dit zou 'moeten', wordt door de CvAE helaas niet onderbouwd. Volgt dat uit de aanbestedingsrechtelijke beginselen? Of is het eerder een kwestie van gezond verstand?

G. Verberne,
advocaat bij Van Doorne

M.J. de Meij,
Advocaat bij Van Doorne

175

Commissie van Aanbestedingsexperts
20 juli 2015, Advies 234
(mr. Janssen, mr. Jansen, mr. Chen)
Noot mr. J.S.O. den Houting

Social return. Proportionaliteit. Voorschrijven onderaannemer. Quasi inbesteding.

[Aanbestedingswet 2012; Richtlijn 2004/18/EG]

Beklaagde (een gemeente die deze aanbesteding mede houdt ten behoeve van een aantal andere gemeenten in dezelfde regio) heeft een Europese openbare procedure gehouden met betrekking tot een raamovereenkomst voor de distributie en verzorging van poststukken en pakketjes in Nederland en het buitenland.

De klacht richt zich tegen de door beklagde in de aanbestedingsstukken gestelde voorwaarde:

'Social Return

Aanbestedende dienst schrijft voor dit perceel voor om personeel van [X.] in te zetten. In Bijlage 9 zijn de detachingsvoorwaarden, -tarieven en aanvullende eisen van [X.] opgenomen.'

De Commissie is van oordeel dat deze voorwaarde niet kwalificeert als een reguliere SROI-voorwaarde ten aanzien waarvan de vraag moet worden gesteld of die al niet in strijd is met het proportionaliteitsbeginsel (vergelijk de Adviezen 98 en 166 van de Commissie), maar als een voorwaarde die de inschrijvers verplicht om voor de uitvoering van een substantieel deel van de onderhavige opdracht een door beklagde voorgeschreven onderaannemer – te weten [X.] – in te schakelen. De te beantwoorden vraag is vervolgens of een dergelijke voorwaarde aanbestedingsrechtelijk is toegestaan. Het gereuleerde aanbestedingsrecht verbiedt naar het oordeel van de Commissie in zijn algemeenheid niet dat een aanbestedende dienst de keuzevrijheid beperkt van een inschrijver met betrekking tot de onderaannemers, leveranciers of dienstverleners (hierna: onderaannemers) die deze ten behoeve van de uitvoering van de opdracht wil inschakelen. Dit laat echter onverlet dat een dergelijke beperking niet mag resulteren in een inbreuk op het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie en het gereuleerde aanbestedingsrecht.

Op basis van de door partijen overgelegde informatie gaat de Commissie er van uit dat het gedeelte van de onderhavige opdracht dat betrekking heeft op het ter beschikking stellen van uitvoerend personeel, gelet op de aard en de financiële omvang daarvan, op zichzelf als een Europees aanbestedingsplichtige opdracht in de zin van Richtlijn 2004/18/EG en Deel 2 van de Aw 2012 moet worden beschouwd. Dat betekent naar het oordeel van de Commissie dat beklagde dat gedeelte van de opdracht in beginsel noch direct noch indirect zonder voorafgaande oproep tot mededinging aan [X.] mag gunnen. Dat is alleen anders wanneer beklagde zich kan beroepen op een in de geldende regulering voorziene uitzondering op het zojuist genoemde verbod.

De Commissie is van oordeel dat een dergelijke uitzondering zich hier voordoet. Daartoe overweegt de Commissie dat tussen partijen kennelijk niet ter discussie lijkt te staan dat beklagde het gedeelte van de onderhavige opdracht dat betrekking heeft op het ter beschikking stellen van uitvoerend personeel rechtstreeks aan [X.] had kunnen opdragen op grond van quasi-inbesteding, aangezien is voldaan aan de zogenoemde Teckalcriteria (zie HvJ

EU 18 november 1999, zaak C-107/98 (Teckal)). Dat zo zijnde, is de Commissie van oordeel dat het beklagde eveneens is toegestaan om in de aanbestedingsstukken te bepalen dat de winnende inschrijver verplicht is voor de uitvoering van het gedeelte van de opdracht dat betrekking heeft op het ter beschikking stellen van uitvoerend personeel met [X.] te contracteren.

Advies

De Commissie acht de klacht ongegrond.

Het volledige advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts is te raadplegen op www.commissievanaanbestedingsexperts.nl

NOOT

De voorgeschreven onderaannemer in het aanbestedingsrecht

Een aanbestedende dienst mag op grond van art. 2.76 lid 5 Aanbestedingswet 2012 (hierna: 'Aw 2012') en art. 42 lid 4 Richtlijn 2014/24/EU (hierna: de 'richtlijn') onder meer geen specifieke fabricaten, of merken voorschrijven. Die restrictie geldt echter niet voor het voorschrijven van een onderaannemer, leverancier of andere dienstverlener (gemakshalve hierna afgekort als: de 'onderaannemer'). Daar regelt de wet noch de richtlijn iets over. Dat laat onverlet dat dit mogelijk wel in strijd kan zijn met de regels van het aanbestedingsrecht en/of het EU-Werkingsverdrag (hierna: het 'VWEU').

De Commissie heeft zich hier in dit advies uit juli 2015 – naar aanleiding van een Europese openbare aanbesteding van een raamovereenkomst voor de distributie en bezorging van post in binnen- en buitenland – (voor het eerst) over uitgelaten. De aanbestedende dienst had namelijk inschrijvers verplicht personeel in te zetten van een specifieke (eigen) sociale werkplaats. Ik merk daarbij overigens op dat het bezwaar van Klager zich niet zozeer richtte tegen het verplicht inzetten van uitvoerend personeel van een derde organisatie, maar tegen het volgens haar disproporionele aantal in te zetten arbeidskrachten met afstand tot de werkvloer in verhouding tot de waarde van de opdracht. Desondanks gaat

de Commissie in haar advies met name in op de toelaatbaarheid van het voorschrijven van een onderaannemer.

De Commissie stelt dan vast dat het aanbestedingsrecht in 'zijn algemeenheid niet verbiedt dat een aanbestedende dienst de keuzevrijheid van een inschrijver beperkt door de inzet van een specifieke onderaannemer voor te schrijven. Zij ziet zich daarin gesteund door Arrowsmith,¹ maar wijst erop dat Pijnacker Hordijk daar anders over denkt.² Een dergelijke beperking mag echter volgens de Commissie niet leiden tot strijdigheid met het VWEU, of het gereguleerde aanbestedingsrecht; bijvoorbeeld door het voorschrift dat alleen nationale onderaannemers moeten worden ingeschakeld,³ of door bij de keuze voor de onderaannemer de aanbestedingsregels te schenden.⁴ De Commissie meent dat hier in deze kwestie geen sprake van was, nu Beklaagde met recht een beroep kon doen op 'quasi-inbesteding',⁵ omdat de sociale werkplaats onderdeel uitmaakte van haar organisatie.

Conclusie

Naar mijn weten heeft de nationale rechter, noch het Europese Hof ooit geoordeeld over de vraag of het voorschrijven van een specifieke onderaannemer is toegestaan. Het is daarom interessant dat de Commissie in dit advies daar een oordeel over geeft, hoewel zij in mijn optiek daarmee buiten de reikwijdte van de klacht is getreden. Klager maakte namelijk geen bezwaar tegen deze beperking, maar achtte enkel de hoeveelheid in te zetten personeel met afstand tot de werkvloer disproportioneel.

Ik deel het oordeel van de Commissie dat het voorschrijven van een specifieke onderaannemer in beginsel toelaatbaar is echter niet. Hoewel wet en richtlijn hier – in tegenstelling tot de hiervoor genoemde regeling over het voorschrijven van onder meer fabricaten en merken – niets over bepalen, ben ik het eens met Pijnacker Hordijk dat een dergelijke beperking op gespannen voet staat met art. 56 VWEU ('vrij verkeer van diensten'). Ik acht het voorschrijven van een specifieke onderaannemer slechts dan toelaatbaar, indien een aanbestedende dienst objectieve gronden kan aanvoeren waarom dit noodzakelijk zou zijn. Ik denk daarbij bijvoorbeeld aan een technische of juridische noodzaak,⁶ maar kan mij ook redenen van 'social return' voorstellen, zoals in deze kwestie aan de orde was (mits uiteraard proportioneel). Deze beperking mag dan natuurlijk niet leiden tot strijdigheid met de aanbestedingsregels. Bovendien dienen de voorwaarden en tarieven op basis waarvan de winnende inschrijver met de bewuste onderaannemer moet contracteren uiteraard wel transparant en proportioneel te zijn, zoals de Commissie terecht opmerkt in dit advies.

J.S.O. den Houting,
partner bij Rozemond Advocaten

1 S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, Volume I, 3rd edition 2014, nr. 6-265, p. 576.

2 E.H. Pijnacker Hordijk e.a., *Aanbestedingsrecht. Handboek van het Europese en het Nederlandse Aanbestedingsrecht*, Den Haag: Sdu uitgevers 2009, p. 357.

3 HvJ EG 22 juni 1993, C-243/89 (*Commissie/Denemarken*), r.o. 45.

4 De Commissie verwijst hiervoor wederom naar S. Arrowsmith, a.w., p. 576.

5 De Commissie verwijst hiervoor naar HvJ EG 18 november 1999, C-107/98 (*Teckaf*).

6 Wellicht kan daarbij worden aangesloten bij de criteria als genoemd in art. 2.32 sub b en art. 2.33 sub a Aw 2012.