

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

NOOT

Toepassing onderhandelingsprocedure zonder aankondiging wegens ontbreken van mededinging om 'technische redenen'

Dit advies gaat over de gunning van een opdracht voor postdiensten. Postdiensten vallen onder 'sociale en andere specifieke diensten', waarvoor de aanbestedende dienst de in artikel 2.39 Aw 2012 geregelde vereenvoudigde procedure kan toepassen (ook wel bekend als de 'SAS-procedure'). In deze kwestie hadden de aanbestedende diensten gekozen voor toepassing van de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging als bedoeld in artikel 2.37 Aw 2012. Zij deden een beroep artikel 2.32 lid 1, onderdeel b, onder 2° Aw 2012, stellende dat de opdracht maar door een bepaalde ondernemer kon worden verricht, omdat de mededinging om 'technische redenen' zou ontbreken. 'Technische redenen' is geen scherp omlijnd begrip. In overweging 50 van de considerans van Richtlijn 2014/24/EU is enkel een aantal voorbeelden te vinden van omstandigheden waaronder de aanwezigheid van technische redenen kan worden aangenomen:

- 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.

In overweging 50 van de considerans van Richtlijn 2014/24/EU wordt benadrukt dat de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging 'gelet op de concurrentieschade' die zij aanricht 'alleen in zeer uitzonderlijke omstandigheden' kan worden gebruikt. Voor een extensieve interpretatie van het begrip 'technische redenen' is dan ook geen plaats. De voorzieningenrechter van de rechtbank Noord-Nederland oordeelde al eens dat juridische beletsels niet als 'technische rede-

nen' zijn te beschouwen.¹ En volgens de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam zijn hoge transitiekosten "(louter) een financiële kwestie", die een beroep op artikel 2.32 lid 1, onderdeel b, onder 2° Aw 2012 niet kunnen rechtvaardigen.² Het gerechtshof Amsterdam zag in hoger beroep wel ruimte om hoge transitiekosten in beschouwing te nemen bij de beoordeling van 'technische redenen', ook als uitvoering van de opdracht door een andere dan de beoogde ondernemer is uit te voeren.³

Dat een beroep op 'technische redenen' als grond voor toepassing van de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging niet snel wordt aanvaard, wordt bevestigd in de rechtspraak van onder andere het HvJ EU. De CvAE memoreert in haar advies aan deze rechtspraak (punt 4.4.3). De gronden voor toepassing van de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging moeten als uitzonderingen op de aanbestedingsplicht worden beschouwd en restrictief worden geïnterpreteerd. Het is bovendien aan de aanbestedende dienst die een beroep doet op één van de uitzonderingsgronden om het bestaan daarvan aan te tonen. Bij een beroep op artikel 2.32 lid 1, onderdeel b 2° Aw 2012 moet aanbestedende dienst niet alleen bewijzen dat technische redenen aanwezig zijn, maar ook dat die technische redenen het 'volstrekt noodzakelijk' maken de opdracht aan een bepaalde onderneming te gunnen.⁴ In 2016 is ter gelegenheid van de herziening van de Aw 2012 in verband met de implementatie van de aanbestedingsrichtlijnen uit 2014 aan artikel 2.32 Aw 2012 een derde lid toegevoegd ter implementatie van artikel 32 lid 2, laatste alinea, van Richtlijn 2014/24/EU. Hierin is bepaald dat het

1 V.zr. Rb. Noord-Nederland 16 december 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:4445, «JAAN» 2021/80, m.nt. Klijn & Hamelink, r.o. 4.19.

2 V.zr. Rb. Amsterdam 27 september 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:7380, «JAAN» 2019/14, m.nt. Van Wijk & Docter, r.o. 4.6.

3 Hof Amsterdam 16 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1332, «JAAN» 2019/104, m.nt. Versteeg, r.o. 3.6-3.7. Een beroep op de uitzonderingsgrond faalde overigens, omdat een transparante berekening waaruit de juistheid, redelijkheid en marktconformiteit van de transitiekosten overtuigend blijkt, volgens het hof ontbrak.

4 HvJ EG 18 mei 1995, zaak C-57/94, ECLI:EU:C:1995:150 (Commissie/Italië), r.o. 23-24;

eerste lid, onderdeel b, onder 2° (en 3°) uitsluitend van toepassing is, indien er geen redelijk alternatief of substituuut bestaat en het ontbreken van mededinging niet het gevolg is van een kunstmatige beperking van de voorwaarden van de aanbesteding. Met deze toevoeging lijkt geen inhoudelijke wijziging te zijn beoogd. De toevoeging is als een verduidelijking te beschouwen en sluit bovendien aan op andere aanbestedingsregels.⁵ Zo zou het weigeren van een redelijk alternatief of substituuut gemakkelijk in strijd kunnen komen met de regels over technische specificaties. Technische specificaties moeten immers op grond van artikel 2.75 lid 6 Aw 2012 inschrijvers gelijke toegang bieden en mogen niet leiden tot ongerechtvaardigde belemmeringen in de openstelling van overheidsopdrachten voor mededinging. Kunstmatige beperking van de voorwaarden van de aanbesteding is op grond van artikel 1.10a Aw 2012 ongeoorloofd.

In de aan de CvAE voorgelegde casus zou de mededinging ontbreken door twee door de aanbestedende diensten gestelde (uitvoerings)eisen. Ten eerste moest de opdrachtnemer minimaal 75% van de opdracht zelf uitvoeren. Ten tweede moest hij een landelijke dekking kunnen garanderen. De eisen kwamen voort uit negatieve ervaringen van de aanbestedende diensten met postdienstverlening.

De eerste eis, opdrachtnemer moet minimaal 75% van de opdracht zelf uitvoeren, is volgens de CvAE niet als een 'technische reden' te beschouwen (punt 4.5.6). Dit oordeel kan ik goed volgen. Om van een 'technische reden' te kunnen spreken had de aanbestedende dienst ook moeten onderbouwen welke middelen nodig zijn om aan de betreffende zelf-eis te voldoen. Maar dan nog had een beroep op artikel 2.32 lid 1 aanhef en onderdeel b 2° Aw 2012 geen kans van slagen. Zoals de CvAE opmerkt, lijkt de eis in strijd met rechtspraak van het HvJ EU over voorschriften die onderaanneming op abstracte wijze beperken (punt 4.5.6 en 4.9). De CvAE wijst ook op artikel

2.95 lid 2 Aw 2012, op grond waarvan de aanbestedende dienst kan eisen dat 'bepaalde kritieke taken' door de inschrijver zelf worden verricht. Deze bepaling is gelet op het bepaalde in artikel 2.39 lid 2 Aw 2012 niet van toepassing op sociale en andere specifieke diensten,⁶ maar met behulp van het proportionaliteitsbeginsel is naar mijn mening mogelijk hetzelfde resultaat te bereiken. Het proportionaliteitsbeginsel strekt zich blijkens artikel 1.10 lid 2 onderdeel h Aw 2012 mede uit tot de voorwaarden van de overeenkomst. Op grond van het proportionaliteitsbeginsel moeten de voorwaarden in een redelijke verhouding staan tot de aard en de omvang van de opdracht. Als een contractuele beperking van onderaanneming geen legitiem doel dient, is die beperking strijdig met het proportionaliteitsbeginsel. De tweede eis, het kunnen garanderen van een landelijke dekking, door de CvAE vertaald als (het beschikken over) een landelijk bezorgingsnetwerk, is volgens de CvAE eventueel wel als een 'technische reden' te beschouwen. De CvAE is voorzichtig in haar bewoordingen. Dat heeft te maken met de nadruk die de CvAE legt op toetsing aan artikel 2.32 lid 3 Aw 2012. De CvAE overweegt dat het antwoord op de vraag of de gestelde uitvoeringseisen kwalificeren als 'technische redenen' in het midden gelaten kan worden, wanneer er niet voldaan wordt aan deze bepaling. De aanbestedende dienst moet op grond artikel 2.32 lid 3 Aw 2012 namelijk ook kunnen aantonen dat (1) een redelijk alternatief of substituuut niet voorhanden is en (2) het ontbreken van mededinging niet het gevolg is van een kunstmatige beperking van de voorwaarden van de aanbesteding (punt 4.5.7). Artikel 2.32 lid 1 aanhef en onderdeel b 2° en lid 3 Aw 2012 bevatten dus cumulatieve voorwaarden. De opdracht moet om 'technische redenen' maar door een bepaalde ondernemer kunnen worden verricht endaar-naast mag er geen redelijk alternatief of substituuut voorhanden zijn en mag het ontbreken van mededinging niet het gevolg zijn van een kunstmatige beperking van de voorwaarden van de aanbesteding.⁷ Op dit punt wijkt het advies van de CvAE af van een uitspraak van het gerechtshof

5 Zie ook S. Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement: regulation in the EU and UK*. Volume 1, London: Sweet & Maxwell 2014, p. 1072. Anders Van Wijk & Docter in hun noot onder V.zr. Rb. Amsterdam 27 september 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:7380, «JAAN» 2019/14, die menen dat het derde lid van art. 2.32 Aw 2012 het vereiste van 'volstreekte noodzakelijkheid' vervangt.

6 Art. 2.39 Aw 2012.

7 Zie ook V.zr. Rb. Midden-Nederland 17 juni 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:2212, «JAAN» 2020/107, m.nt. Lombert.



hof Amsterdam over een opdracht voor archief-diensten. Het gerechtshof Amsterdam betrok namelijk bij de beoordeling of de opdracht om 'technische redenen' maar door een bepaalde ondernemer kan worden verricht of er sprake is van een redelijk substituu of alternatief.⁸ Gelet op de geboden restrictieve uitleg van de betreffende uitzonderingsgrond meen ik dat de rechtsopvatting van de CvAE de juiste is.

Op de in artikel 2.32 lid 3 Aw 2012 genoemde voorwaarden gaat het volgens de CvAE in de aan haar voorgelegde casus in elk geval mis. 'Technische redenen' moeten het volstrekt noodzakelijk maken de opdracht aan een bepaalde ondernemer te gunnen, zo overweegt de CvAE. Dat is hier niet aan de orde. De uitvoeringseisen waren, zoals gezegd, ingegeven door slechte ervaringen in het verleden, die het noodzakelijk zouden maken dat de postbezorger rechtstreeks kan worden aangesproken, zowel juridisch als feitelijk. De CvAE acht echter wel degelijk alternatieven of substituten denkbaar om het gewenste doel te bereiken, zoals adequate inregeling van het contractmanagement of het (mede) hoofdelijk aansprakelijk stellen van een onderaannemer (punt 4.6), suggesties die overigens uit de koker van klager kwamen. Doordat de nagestreefde doelstelling met minder restrictieve maatregelen is te bereiken, is bovendien sprake van een kunstmatige beperking van de voorwaarden van de opdracht. De aanbestedende diensten hebben naar het oordeel van de CvAE in elk geval onvoldoende onderbouwd waarom de gestelde uitvoeringseisen volstrekt noodzakelijk zijn voor de uitvoering van de opdracht (punt 4.7).

Conclusie en enkele vuistregels voor de praktijk

De onderhandelingsprocedure zonder aankondiging mag alleen in uitzonderlijke omstandigheden worden toegepast. Het onderhavige advies onderstreept dit. Als de aanbestedende dienst meent dat de opdracht om 'technische redenen' maar door een bepaalde ondernemer kan worden uitgevoerd, moet hij deugdelijk onderbouwen welke 'technische redenen' aanwezig zijn en voorts dat die technische redenen het strikt noodzakelijk maken de opdracht aan die bepaalde on-

dernemer te gunnen en er dus geen redelijk alternatief of substituu voorhanden is en de mededinging niet kunstmatig is beperkt. De in artikel 2.32 lid 1 aanhef en onderdeel b 2° en lid 3 Aw 2012 genoemde voorwaarden zijn cumulatief.

mr. dr. A.J. van Heeswijck
advocaat bij Van Heeswijck Aanbestedingsadvocaat

Onbeantwoorde vragen en wijziging van het Programma van Eisen

Commissie van Aanbestedingsexperts
14 december 2022, Advies 684

Commissie van Aanbestedingsexperts. Nota van Inlichtingen. Nadere toelichting of aanvulling. Programma van Eisen. Wezenlijke wijziging. Wijziging Eis.

Tijdens een aanbestedingsprocedure voor de levering en onderhoud van sneeuwplougen voor militaire luchthavens heeft aanbesteder volgens ondernemer ten onrechte geen vragen meer beantwoord die ingediend zijn na de uiterste datum om vragen te stellen. Daarnaast heeft aanbesteder de functionele eisen voor de betreffende sneeuwplougen gewijzigd. Ondernemer klaagt dat aanbesteder een aanzienlijke wijziging in het Programma van Eisen heeft doorgevoerd.

Beoordeling

Aanbesteder stelt zich op het standpunt dat ondernemer onvoldoende proactief heeft gehandeld door negen dagen na publicatie van de nota van inlichtingen nog vragen te stellen. De Commissie leest in die stelling dat aanbesteder meent dat de vragen eerder hadden kunnen en moeten worden gesteld en dat hij vragen die zijn gesteld na publicatie van de nota van inlichtingen niet behoefde te beantwoorden. In de Aanbestedingsleidraad is bepaald dat vragen over de aanbestedingsstukken uiterlijk voor 12 augustus 2022 moeten worden gesteld. In beginsel acht de Commissie het gerechtvaardigd dat aanbesteder vragen onbeantwoord laat die voordien konden worden gesteld, maar pas nadien zijn gesteld (zie ook para-

8 Hof Amsterdam 16 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1332, «JAAN» 2019/104, m.nt. Versteeg, r.o. 3.7.