

Advies 31

1. Feiten

- 1.1 Beklaagde heeft op 26 februari drie ondernemingen uitgenodigd om deel te nemen aan een marktconsultatie in het kader van de voorbereiding van de aanbesteding van een opdracht voor de uitvoering van brandweertrainingen. Klager is voor deze marktconsultatie niet uitgenodigd. De marktconsultatie heeft op 20 maart 2013 plaatsgevonden.
- 1.2 Vervolgens heeft beklagde een meervoudig onderhandse procedure uitgevoerd voor de aanbesteding van de hiervoor genoemde opdracht. Voor deze procedure heeft beklagde op 24 mei 2013 vijf ondernemingen tot het doen van een inschrijving uitgenodigd. Klager behoorde niet tot de voor inschrijving uitgenodigde ondernemingen. Drie van de uitgenodigde ondernemingen hebben een inschrijving ingediend. Beklaagde heeft de opdracht omstreeks 18 juli 2013 vervolgens gegund aan inschrijver X. Beklaagde heeft op 30 augustus 2013 de inschrijving van X aanvaard. Op 2 oktober 2013 heeft ondertekening van de overeenkomst plaatsgevonden.

2. Beschrijving klacht

Beklaagde heeft in strijd gehandeld met de haar rustende verplichtingen voortvloeiende uit de fundamentele regels van het Verdrag betreffende Werking van de Europese Unie alsmede de Aanbestedingswet 2012, waaronder paragraaf 2.2.2.4, artikel 2.39 lid 3, door de onderhavige opdracht meervoudig onderhands aan te besteden en ter zake geen passende mate van bekendmaking in acht te nemen.

3. Onderbouwing klacht

- 3.1 Uit de Aanbestedingswet 2012, par. 2.2.2.4 volgt naar het oordeel van klager dat, wanneer een B-dienst een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft, de aanbestedende dienst een passende mate van openbaarheid in acht moet nemen.
- 3.2 Dit betekent dat een aanbestedende dienst op voorhand met betrekking tot een B-dienst dient vast te stellen of er wel/geen sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang en er niet vanuit kan worden gegaan dat dit 'a priori' niet het geval is. De aanbestedende dienst zal in dit verband dan ook een zorgvuldig marktonderzoek moeten doen. Dit volgt onder meer ook uit artikel 1.4 Aanbestedingswet 2012 en paragraaf 3.4 en voorschrift 3.4A Gids Proportionaliteit.
- 3.3 Indien de opdracht op passende wijze door beklagde bekend zou zijn gemaakt, zou klager hier zeker (al dan niet in combinatie en/of met gebruikmaking van onderaannemers) op hebben ingeschreven, dit gelet op de aard, omvang en waarde (ruimschoots boven het Europese drempelbedrag) van de opdracht. Het betreft een voor het bedrijf van klager zeer interessante opdracht. Klager voert verder nog het volgende aan ter onderbouwing van haar klacht.
- 3.4 Klager, gevestigd in Duitsland, is, zoals in het algemeen bij Nederlandse Veiligheidsregio's bekend, zeer goed in staat om de werkzaamheden/diensten zoals thans door beklagde zijn aanbesteed uit te voeren. De werkzaamheden/diensten die thans door beklagde onderhands zijn aanbesteed worden bovendien met regelmaat door andere Veiligheidsregio's in Nederland

Europees althans op een passende wijze bekendgemaakt, zodat klager hiervan tijdig op de hoogte is om ter zake een passende inschrijving te doen.

- 3.5 Klager heeft de afgelopen jaren in Nederland op meerdere soortgelijke opdrachten als de opdracht van beklagde ingeschreven. Recent is ingeschreven op een (Europese) aanbestedingen van de Veiligheidsregio Gelderland-Zuid, Utrecht, Hollands Midden en Limburg-Noord, waarbij soortgelijke werkzaamheden/diensten zijn aanbesteed zoals thans door beklagde het geval is geweest.
- 3.6 In dit verband is voorts van belang dat beklagde vóór aanvang van de aanbestedingsprocedure reeds op de hoogte was (althans hiervan op de hoogte had behoren te zijn) van het bestaan van klager, alsmede van haar activiteiten, die onmiskenbaar zien op de activiteiten die thans door haar zijn aanbesteed. Bij beklagde was dan ook bekend (althans dit had haar bekend behoren te zijn), dat de opdracht zoals zij die onderhands heeft aanbesteed een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft. Dit volgt onder meer uit het navolgende:
- Diverse medewerkers van beklagde hebben in april 2012 van klager uitnodigingen ontvangen om aanwezig te zijn bij een zogenoemd "Launch Event" van klager op 20 mei 2012 te Y. in Duitsland;
 - De afdeling Sales van klager is in november 2012 op gesprek geweest bij een brandweerdistrict behorende tot het samenwerkingsverband van beklagde, nota bene op verzoek van een (ander) brandweerdistrict behorende tot het samenwerkingsverband, om de mogelijkheden van klager nader toe te lichten. Bij deze presentatie waren vertegenwoordigers van meerdere brandweerdistricten behorende tot het samenwerkingsverband van beklagde aanwezig en zijn de trainings- en opleidingsmogelijkheden bij klager uitgebreid toegelicht, onder meer het feit dat zij beschikt over één van de grootste trainingsfaciliteiten in West-Europa;
 - Klager heeft in 2012 en 2013 in diverse Nederlandse en internationale brandweervakbladen geadverteerd en interviews gegeven over onder meer haar faciliteiten;
 - Ook de politie Noord-Holland Noord, eveneens partner binnen het samenwerkingsverband van beklagde, is bekend met de mogelijkheden van klager.

Voor zover al zou moeten worden aangenomen dat beklagde niet op de hoogte was, althans op de hoogte had behoren te zijn, van het feit dat klager grote interesse zou hebben in onderhavige opdracht, quod non, dan heeft voorts te gelden dat door beklagde geen zorgvuldig en degelijk uitgevoerd marktonderzoek heeft plaatsgevonden. Indien namelijk daadwerkelijk zorgvuldig en degelijk marktonderzoek zou hebben plaatsgevonden, dan had beklagde zonder meer moeten vaststellen dat klager heeft ingeschreven op aanbestedingen van voornoemde Veiligheidsregio's. In dit verband is dan ook onbegrijpelijk de stelling van beklagde dat uit contacten met de Veiligheidsregio Limburg-Noord zou zijn gebleken dat deze Veiligheidsregio geen ervaring met buitenlandse marktpartijen zou hebben bij aanbestedingen van soortgelijke opdrachten, nu klager recent een opdracht van Veiligheidsregio Limburg-Noord naar aanleiding van een aanbesteding heeft gewonnen.

Gelet op het bovenstaande had beklagde dan ook een passende mate van bekendmaking moeten betrachten bij de aanbesteding van onderhavige opdracht. Klager zou een goede, concurrerende offerte voor de opdracht van beklagde hebben kunnen indienen indien zij hiervan op de hoogte zou zijn geweest. Die kans is haar nu door beklagde ontnomen.

Een meer uitgebreide onderbouwing van de klacht is door de general manager van klager uiteengezet in diens brieven aan beklagde van 5 en 13 augustus 2013.

4. Aangedragen suggestie(s) tot verhelpen van de klacht

Het is allereerst van belang dat beklagde bereid is in afwachting van het advies van de Commissie nog niet tot definitieve gunning over te gaan, ervan uitgaande dat deze nog niet heeft plaatsgevonden. Een advies waarin de Commissie haar standpunt bepaalt ten aanzien van de oplossing van de bezwaren zou tot een oplossing van de klacht kunnen leiden, bijvoorbeeld omdat beklagde op basis van het advies alsnog besluit, zonder dat rechterlijk ingrijpen noodzakelijk is, tot heraanbesteding van de opdracht met een passende mate van bekendmaking over te gaan. Het advies van de Commissie kan voorts mogelijk voorkomen dat nadere juridische stappen zullen worden gezet.

5. Reactie beklagde

- 5.1 Beklaagde stelt dat zij ervan is uitgegaan en er ook redelijkerwijze van mocht uitgaan dat voor de onderhavige opdracht geen duidelijk grensoverschrijdend belang bestond. Brandweertrainingen zijn aan te merken als een B-dienst waarvan (dus) wordt vermoed dat deze geen grensoverschrijdend belang kennen. Beklaagde heeft vervolgens actief onderzocht of sprake was van een concreet en duidelijk grensoverschrijdend belang voor deze dienst. Echter, noch uit de door haar gehouden marktconsultatie noch uit de contacten met Veiligheidsregio Limburg-Noord is haar gebleken van concrete belangstelling van klager.
- 5.2 Beklaagde stelt dat dit vermoedelijk verband houdt met het korte bestaan van klager als zelfstandige onderneming. Deze bestaat pas sinds juni 2012 en was dus ten tijde van de voorbereiding van de onderhavige aanbesteding nog geen jaar actief. Enkele gemeentelijke inkopers hebben in april 2012 weliswaar een uitnodiging ontvangen voor het zogenoemde "Launch Event" van klager, maar van een concrete ervaring met dit bedrijf was geen sprake. Geen van de inkopers heeft van de uitnodiging gebruik gemaakt en voor het overige zijn er geen contacten geweest tussen beklagde en klager.
- 5.3 Beklaagde stelt dat zij de aanbesteding derhalve zorgvuldig heeft voorbereid en op goede gronden mocht concluderen dat er geen duidelijke belangstelling voor de opdracht bestond vanuit andere lidstaten. Bij dit alles komt volgens beklagde dat de ervaringen van enkele binnen haar regio ressorterende gemeentelijke brandweerkorpsen met de rechtsvoorganger van klager bepaald negatief zijn geweest. Niet alleen is er een financiële strop geleden door het faillissement van de rechtsvoorganger van klager, ook opereerde die rechtsvoorganger vanuit een vervallen trainingslocatie waar nog veel aan moest gebeuren voordat het een realistisch oefencentrum was. De gebouwen waren in een zeer slechte staat en het onkruid stond ruim een meter hoog.

6. Beoordeling

- 6.1 Tussen klager en beklagde staat niet ter discussie dat het in casu gaat om de aanbesteding van een zogenoemde II-B dienst waarop het bepaalde in art. 2.39 Aanbestedingswet 2012 van toepassing is. Evenmin staat tussen hen ter discussie dat het in deze zaak in de kern gaat om de beantwoording van de vraag of de onderhavige opdracht een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft en beklagde zich daarvan bewust is geweest althans bewust had moeten zijn. Indien die vraag bevestigend kan worden beantwoord, komt vast te staan dat beklagde – gelet op haar beslissing de opdracht meervoudig onderhands aan te besteden – is tekortgeschoten in haar verplichting tot het betrachten van een passende mate van openbaarheid van de aankondiging van haar voornemen tot het plaatsen van de opdracht op grond van het bepaalde in art. 2.29 lid 3 *jo.* art. 1.18 Aanbestedingswet 2012.
- 6.2 Volgens vaste rechtspraak is het in beginsel aan de aanbestedende dienst om het eventuele grensoverschrijdende belang van een opdracht met betrekking tot een II-B dienst te beoordelen.

- 6.3 Tussen partijen staat niet ter discussie dat beklagde voorafgaande aan haar beslissing tot het uitvoeren van een meervoudige onderhandse procedure een onderzoek heeft uitgevoerd ter beantwoording van de hiervoor bedoelde vraag. Wat tussen hen ter discussie staat, is of dat onderzoek voldoende is geweest en of beklagde op basis van het onderzoek dat zij heeft uitgevoerd redelijkerwijze tot de conclusie kon komen dat aan de onderhavige opdracht geen duidelijk grensoverschrijdend belang kleeft.
- 6.4 Volgens vaste rechtspraak kan de toepassing van objectieve criteria wijzen op het bestaan van een duidelijk grensoverschrijdend belang.
- 6.5 Daarbij moet eerst en vooral worden gedacht aan de financiële waarde van de betrokken opdracht. Wanneer die in een concreet geval aanzienlijk is te noemen, is dat een belangrijke indicatie dat de opdracht een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft.
- 6.6 De Commissie heeft geconstateerd dat de inschrijfsommen die zijn ingediend in het kader van de door beklagde uitgevoerde meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure variëren tussen € 1.776.380,- en € 3.440.000,-.
- 6.7 Uit de door beklagde overgelegde informatie is de Commissie niet gebleken dat beklagde een door haarzelf uitgevoerde schatting van de financiële waarde van de opdracht heeft betrokken in haar onderzoek ter beantwoording van de vraag of de onderhavige opdracht al dan niet een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft. De Commissie acht het, gezien de omvang van de opdracht, zeer waarschijnlijk dat beklagde een dergelijke schatting vooraf zal hebben uitgevoerd.
- 6.8 De Commissie is van oordeel dat zelfs wanneer de uitkomst daarvan zou hebben geresulteerd in een bedrag dat beduidend lager is dan de laagste inschrijfsom die uiteindelijk in het kader van de meervoudig onderhandse procedure is ingediend, de geschatte financiële waarde van de onderhavige opdracht aanzienlijk is te noemen. De Commissie ontleent voor dit oordeel een steunargument aan het bepaalde in de uiteindelijke tekst van art. 4(d), art. 74, art. 75 lid 1 en Annex XVI van de (concept) nieuwe Algemene Richtlijn, waarover in juli 2013 overeenstemming is bereikt door het comité van Permanente Vertegenwoordigers, het voorportaal van de Europese Raad van ministers. Op basis van deze bepalingen zullen aanbestedende diensten zoals beklagde in de nabije toekomst verplicht zijn opdrachten als de onderhavige algemeen aan te kondigen vanaf een waarde van € 750.000,-.
- 6.9 Een tweede objectief criterium waarvan de toepassing naar huidig recht kan wijzen op het al dan niet bestaan van een duidelijk grensoverschrijdend belang – in combinatie met het hierboven besproken criterium van de financiële waarde van de opdracht – betreft de plaats van uitvoering van de dienst. Ook wat dit criterium betreft, is voor de Commissie uit de door beklagde overgelegde informatie niet gebleken dat zij de toepassing daarvan heeft betrokken in haar onderzoek ter beantwoording van de vraag of de onderhavige opdracht al dan niet een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft.
- 6.10 De Commissie komt op basis van een toepassing van het criterium tot de volgende overwegingen. Beklagde is een samenwerkingsverband van een aantal gemeenten gelegen in de kop van Noord-Holland. De aard van de aanbestede opdracht brengt mee dat de te verrichten diensten moeten plaatsvinden op de trainingslocatie van de (gecontracteerde) dienstverlener. De logische consequentie daarvan is dat het in opdracht van beklagde te trainen personeel naar die locatie zal moeten worden vervoerd. Van beklagde zal niet kunnen worden verwacht dat zij dat personeel dan tot aan de verste buitengrenzen van de Europese Unie moet vervoeren. Beklagde zal de door haar personeel af te leggen reisafstand dan ook kunnen begrenzen door in de specificatie van de opdracht objectieve en proportionele beperkingen te stellen aan de maximaal af te leggen reisafstand.

- 6.11 De Commissie heeft geconstateerd dat beklaagde in haar Aanbestedingsdocument niet de eis heeft opgenomen dat die locatie zich moet bevinden in de (directe) nabijheid van de tot haar samenwerkingsverband behorende gemeenten. In de op blz. 12 van het document opgenomen eis 8.3.1 is namelijk bepaald: "De trainingslocatie bevindt zich in Nederland". Daaruit maakt de Commissie op dat beklaagde een reisafstand van maximaal 200 km – berekend vanuit het geografische centrum van het samenwerkingsverband van beklaagde – zelf als proportioneel beschouwd. Ook overigens is het zo dat een aantal van de trainingslocaties van de vijf ondernemingen die beklaagde heeft uitgenodigd tot het doen van een inschrijving, zich op een reisafstand bevinden van ongeveer 200 km. In het veronderstellende geval dat het hier om een proportionele beperking van de maximaal door het personeel van beklaagde af te leggen reisafstand gaat, kan de in eis 8.3.1 opgenomen beperking dat de trainingslocatie zich in Nederland dient te bevinden niet als een objectieve beperking worden gekwalificeerd. Deze beperking sluit namelijk trainingslocaties uit die zich weliswaar op een reisafstand van ongeveer 200 km van beklaagde bevinden, maar die op Duits dan wel Belgisch grondgebied zijn gevestigd. Een dergelijke locatie is bijvoorbeeld die welke wordt geëxploiteerd door klager.
- 6.12 Gelet op het voorgaande is de Commissie dan ook van oordeel dat wanneer beklaagde, voorafgaande aan haar beslissing tot het uitvoeren van een meervoudig onderhandse procedure, in haar onderzoek naar het eventuele duidelijke grensoverschrijdend belang van de onderhavige opdracht de hierboven genoemde objectieve criteria zou hebben toegepast, zij tot de conclusie had moeten komen dat die opdracht een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft.
- 6.13 De Commissie is ook overigens van oordeel dat beklaagde des te meer tot die conclusie had moeten komen op basis van de subjectieve kennis die zij bezat ten aanzien van de belangstelling van klager voor opdrachten zoals de onderhavige. De Commissie overweegt in dat verband het volgende.
- 6.14 Beklaagde heeft niet weersproken dat zij al voorafgaande aan haar beslissing tot het uitvoeren van een meervoudig onderhandse procedure kennis droeg van het bestaan van klager. De in reactie op de klacht aan de Commissie gerichte brief van beklaagde d.d. 3 oktober 2013, onder 1.10, laat naar het oordeel van de Commissie wat dat betreft niets aan duidelijkheid te wensen over: beklaagde was op de hoogte van het bestaan van klager, maar heeft klager niet tot de meervoudig onderhandse procedure uitgenodigd omdat uit haar marktonderzoeken en de verschillende aan haar uitgebrachte adviezen niet is gebleken van concrete, duidelijke belangstelling van klager. Beklaagde wijst in dat verband allereerst op de door haar uitgevoerde marktconsultatie.
- 6.15 De Commissie kan echter niet inzien hoe de belangstelling van klager voor de onderhavige opdracht kan blijken uit een marktconsultatie waarvoor klager zelf niet is uitgenodigd. Evenmin valt te verwachten dat de voor die marktconsultatie uitgenodigde concurrenten van klager beklaagde op het spoor van het bestaan van klager zullen zetten. De Commissie kan ook niet inzien waarom klager – zoals beklaagde in haar hiervoor genoemde brief suggereert – van haar belangstelling voor de onderhavige opdracht blijk had moeten geven via tussenkomst van de Veiligheidsregio Limburg-Noord, nog afgezien van het feit dat beklaagde onweersproken heeft gelaten dat klager in januari 2013 een door die Veiligheidsregio uitgevoerde aanbestedingsprocedure met betrekking tot een vergelijkbare opdracht heeft gewonnen.
- 6.16 Waar het naar het oordeel van de Commissie in de kern om gaat, is dat klager zich sinds het voorjaar van 2012 actief profileert bij in Nederland gevestigde (vertegenwoordigers van) potentiële opdrachtgevers, waaronder beklaagde zelf, met het oog op het verwerven van mogelijke opdrachten. Ook dat laat beklaagde onweersproken: op onderdelen erkent zij een en ander zelfs.

- 6.17 Voor zover beklagde – zoals zij in haar hiervoor genoemde brief suggereert – zich bij haar beslissing om klager niet tot de meervoudig onderhandse procedure uit te nodigen mede heeft laten leiden door aan haar uitgebrachte adviezen die betrekking hebben op de geringe ervaringsjaren van klager en de slechte financiële reputatie van haar rechtsvoorganger, is de Commissie van oordeel dat aan deze omstandigheden geen argument kan worden ontleend ter onderbouwing van de conclusie dat de onderhavige opdracht geen duidelijk grensoverschrijdend belang heeft. Wanneer beklagde de ervaring en financiële reputatie van haar potentiële dienstverleners – terecht – van belang acht, biedt ook een algemeen bekend gemaakte aanbestedingsprocedure voldoende mogelijkheden om met die omstandigheden rekening te houden.
- 6.18 De Commissie is alles overwegende van oordeel dat de onderhavige opdracht een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft en beklagde zich daarvan bewust is geweest althans bewust had moeten zijn. Beklagde is met haar beslissing de opdracht meervoudig onderhands aan te besteden tekortgeschoten in haar verplichting tot het betrachten van een passende mate van openbaarheid van de aankondiging van haar voornemen tot het plaatsen van de opdracht op grond van het bepaalde in art. 2.29 lid 3 *jo.* art. 1.18 Aanbestedingswet 2012.

7. Advies

De Commissie acht de klacht **gegrond**.

Den Haag, 15 oktober 2013

w.g.:
Prof.mr. C.E.C. Jansen
Vicevoorzitter