

## Advies 56

### 1. Feiten

Beklaagde is een Europese openbare procedure gestart met betrekking tot een opdracht voor het uitvoeren van postdienstverlening. Beklaagde heeft de aanbesteding ingedeeld in vier verschillende percelen. Beklaagde stelt inzake perceel 3 de volgende referentie-eis:

'Het voor één opdrachtgever gedurende tenminste één jaar bezorgen van poststukken met een volume van meer dan 1.000.000 poststukken per jaar en waarbij tenminste twee maal een zending van meer dan 90.000 stuks uitgevoerd werd binnen deze referentieopdracht.'

### 2. Beschrijving klacht

Klager kan niet voldoen aan de gestelde referentie-eis. Klager is van mening dat de referentie-eis in strijd is met artikel 1.8 van de Aanbestedingswet: 'Een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf behandelt ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze.'

### 3. Onderbouwing klacht

Klager is van mening dat gezien de aard van de postmarkt bovengenoemde referentie-eis discriminatoir is. Er is slecht één partij die kan voldoen aan deze uiterst hoge eis.

Klager is van mening dat beklagde voorbij gaat aan de daadwerkelijke situatie op de postmarkt. Beklaagde dient te beseffen dat de postmarkt pas sinds 2009 geliberaliseerd is. Concurrentie op het gebied van dagelijkse (24 uurs-) post was hiervoor niet mogelijk. Klager concludeert dat de postmarkt vanwege deze liberalisatie aangemerkt kan worden als een "nieuwe markt". Klager citeert uit de gids Proportionaliteit:

'Om diezelfde reden is het verstandig om op nieuwe markten (producten en diensten die nog vrij nieuw zijn, en waar nog geen of slechts een zeer beperkt aantal aanbieders ervaring mee heeft opgedaan) terughoudend te zijn met het stellen van te veel eisen en/of referenties.'

Verder stelt klager: 'Het is voor de concurrentie van PostNL zo goed als onmogelijk om binnen een dergelijke korte tijd voor één opdrachtgever minimaal 1.000.000 poststukken per jaar te bezorgen. Er zijn immers maar enkele opdrachtgevers die jaarlijks zo veel poststukken versturen. Daarnaast zijn zo goed als alle opdrachtgevers die wél meer dan 1.000.000 poststukken versturen klant bij PostNL. Dit vooral vanwege de monopoliepositie van PostNL, welke gedurende de eerste jaren van de liberalisatie nog aanwezig was. Het feit dat alleen PostNL kan voldoen aan de gestelde referentie-eis, is voor ons een teken dat er sprake is van discriminatie en een oneerlijke mededinging. Wij begrijpen dan ook niet waarom beklagde de gestelde eis blijft handhaven terwijl wij daadwerkelijk hebben aangetoond dat mededinging binnen dit perceel onmogelijk is.

Ten opzichte van andere opdrachtgevers, die jaarlijks minimaal 1.000.000 poststukken versturen, is het bij deze aanbesteding belangrijk om te benadrukken dat het om een gemeente gaat. De aard van de opdracht, zijnde postbezorging voor een gemeente, brengt met zich mee dat circa 80% van de post binnen het gebied van de gemeente Den Haag bezorgd zal worden. Deze aanbesteding c.q. opdracht is voor kleinere postbedrijven bij uitstek geschikt om een eigen netwerk op te zetten.

Als postbedrijf bezorgen wij jaarlijks ruim 10 miljoen poststukken. Deze hoeveelheid geeft in onze ogen aan dat wij voldoende competent zijn om dergelijk grote opdrachten uit te voeren. Of wij minimaal 1.000.000 poststukken voor één opdrachtgever hebben bezorgd is daarbij in onze ogen irrelevant. De daadwerkelijke capaciteit van een inschrijver is van veel groter belang. Het argument dat er onevenredige risico's zijn begrijpen wij niet. De gemeente Den Haag heeft niet gemotiveerd om welke risico's het gaat.'

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

Klager wil dat beklaagde de omvang van de referentie-eis van perceel 3 wijzigt c.q. bijstelt zodat voldoende postbedrijven, naast PostNL, kunnen meedingen naar de opdracht. Daarnaast zou de klacht opgelost kunnen worden door inschrijvers de mogelijkheid te bieden om meerdere referenties aan te dragen. Klager acht het raadzaam om de Autoriteit Consument en Markt (ACM), gezien haar toezichthoudende rol, te betrekken als adviserend orgaan.

#### 5. Reactie beklaagde

Beklaagde heeft als volgt op de klacht gereageerd: 'Beklaagde is van mening dat met betrekking tot haar gehele aanbesteding Postdiensten zowel qua referentieopdrachten als qua perceelindeling op proportionele wijze en overeenkomstig de Gids Proportionaliteit (hierna: Gids) is gehandeld en wel om de volgende redenen:

1. Teneinde meer en kleinere spelers de kans te geven is de aanbesteding opgedeeld in vier percelen, elk samenhangend met de in de markt beschikbare expertises: lokaal ongeadresseerd (P4), landelijk 24-uurs (P3), landelijk 72-uurs (P2) en landelijk 1 weeksbezorging (P1).
2. Het aantal inhoudelijke eisen dat gesteld is, is klein.
3. De selectie-eisen zijn in elk perceel niet meer of minder dan dat inschrijvers per perceel over één referentie-opdracht met betrekking tot slechts één jaar en ten bewijze van één kerncompetentie dienen te beschikken (de kerncompetentie "bezorgen van post"), dit gekoppeld aan een volume -zie ad 3-.
4. Er zijn verder geen andere eisen (anders dan inhoudelijke eisen) gesteld dan dat:
5. De financiële draagkracht van inschrijvers zodanig is dat de opdracht tot een goed einde kan worden gebracht zoals bedoeld in de Uniforme Eigen Verklaring en Inschrijvers verzekerd dienen te zijn tegen WA in de vorm van een polis die algemeen gangbaar is.
6. Gehandeld is in proportionele verhouding tot de waarde van de opdracht blijkens de Gids.
7. Gehandeld is met in achtneming van het inkooprisico dat GDH loopt.
8. Te verwachten is dat bij een andere insteek van de aanbesteding / een andere perceelindeling er forse negatieve kwalitatieve/inhoudelijke en forse negatieve financiële gevolgen zullen zijn voor GDH -zie ad 6-.
9. Het betreft een vrij recent geliberaliseerde markt, waarbij het aantal spelers beperkt is.

Daarmee zijn letterlijk alle redenen die de Gids beschrijft als mogelijke redenen om een – geclusterde - opdracht op te delen in percelen actueel en is in overeenstemming daarmee opgedeeld.

De stelling van klager dat het stellen van een ervaringseis waar slechts één partij aan kan voldoen automatisch discriminatoir of in strijd met de Gids zou zijn, wordt door beklaagde verworpen.

Klager geeft er volgens beklaagde tenslotte nog blijk van dat deze niet inziet hoe er mededinging kan ontstaan op de postmarkt waar het gaat om P3. Wanneer de grote aanbestedende diensten zich maximaal inspinnen om hun opdrachten zo veel mogelijk MKB-vriendelijk in te richten binnen de mogelijkheden die er zijn, kan het nog steeds zo zijn dat de opdracht simpelweg te groot is voor kleine(re) bedrijven.

De suggestie van de zijde van beklaagde zou dan ook zijn dat klager eerst een opdracht wint van bijvoorbeeld een middelgrote aanbestedende dienst. Op basis daarvan verdient deze dan een referentie-opdracht waar hij zich op kan beroepen bij een aanbesteding van één van de grootste aanbestedende diensten. Er zijn immers ruim voldoende aanbestedende diensten die kleinere opdrachten in de markt zetten en waarbij wel ruimere mededinging (nadrukkelijk ook met betrekking tot de dienstverlening gelijk aan die in P3) mogelijk is en plaatsvindt.

Ad 3) In de aanbestedingspraktijk is het volgens beklaagde algemeen geaccepteerd dat de geschiktheid/bekwaamheid van een inschrijver deels af te lezen valt aan de (omvang van de) eerder

opgedane ervaring van inschrijvers. De aanbestedende dienst moet er immers op kunnen vertrouwen dat de potentiële opdrachtnemer in staat moet worden geacht de opdracht op deugdelijke wijze te vervullen. Het staat beklagde daarbij - mits redelijk en proportioneel- vrij om de omvang en het karakter van de referentieopdracht zelf vast te stellen.

Post van beklagde kan politiek zeer gevoelig zijn en al snel onder een vergrootglas liggen. Denk daarbij bijvoorbeeld aan het secuur en snel verspreiden van stempassen bij verkiezingen, maar ook aan gevoelige informatie welke verstuurd wordt, zoals belastingpost of informatie over uitkeringen, termijnen die ingaan op moment van verzending & ontvangst van ambtelijke stukken etc. etc. etc. Bij verzending hiervan moet beklagde absoluut kunnen rekenen op een solide organisatie die continue in kan staan voor goede uitvoering hiervan en - bij een zeer beperkt aantal eventuele omissies - in staat is een en ander zo spoedig mogelijk te herstellen. Daarnaast zijn er in perceel 3 regelmatig ongeplande en grote partijen (meermalen oplopend tot 100.000-en stuks) die ineens en in goede orde binnen het gekozen servicekader verspreid moeten worden.

Gezien het cruciale belang van een goede uitvoering van de opdracht - beklagde is immers een organisatie waarbij als sluitstuk van vrij veel processen schriftelijk gecommuniceerd wordt en waarbij garanties van overkomst van poststukken en de tijdigheid daarvan uiterst belangrijk zijn - heeft het aanbestedingsteam zich genoodzaakt gezien een minimale omvang van de referentieopdracht te moeten definiëren.

In het licht van de Gids is evenwel zeer terughoudend omgesprongen met de omvang: de (typefout met betrekking tot de) omvang van de referentie-eis voor P1 is gecorrigeerd tot minder dan een derde van de daadwerkelijke opdracht, en voorts is de omvang steeds beperkt tot: minder dan de helft in het geval van P2, tot minder dan een derde in het geval van P3 en tot een kwart in het geval van P4.

Andersom geredeneerd heeft beklagde nu voor P3 een referentie-eis gesteld die op 32% van de opdrachtwaarde neerkomt. Dat betekent dat een potentiële opdrachtnemer nu een opdracht aan zou kunnen nemen die circa drie keer groter is dan zijn huidige grootste opdracht en dat vindt beklagde gezien het karakter van onderhavige opdracht net aan aanvaardbaar. Zou beklagde de referentie-eis versoepelen tot bijvoorbeeld 310.000 stuks, dan wordt dat al tien keer groter.

Daarnaast komt het jaarlijks voor dat partijen post in één partij worden aangeboden ter verzending die zich verhouden tot deze 310.000 stuks. Een inschrijver kan dan voldoen aan de referentie-eis -in staat gebleken een dergelijk volume in een jaar te kunnen verwerken -, maar het is vervolgens hoogst twijfelachtig of zo'n inschrijver redelijkerwijs in staat is om hetzelfde volume binnen 24 uur te verwerken. Kortom, de kans dat inschrijvers hun eigen bedrijfsvoering vervolgens in korte tijd zodanig moeten gaan opschalen dat er problemen ontstaan met betrekking tot de uitvoering van de opdracht wordt daarmee te groot gegeven het cruciale belang van adequate postverzending voor beklagde.

Ook het uitvragen van meerdere opdrachten die tezamen optellen tot de gestelde 1.000.000 poststukken is onwerkbaar. Nog los van de vraag uit hoeveel referentieopdrachten dat volume zou mogen worden samengesteld en nog los van de vraag of dat een potentiële opdrachtnemer in staat is, c.q. heeft bewezen een dergelijke opdracht als die van beklagde aan te kunnen, speelt dan ook een meer aanbestedingsrechtelijk issue.

De referentie-eis verwordt dan tot een verkapte omzet-eis. Inschrijvers kunnen daarmee immers (al) hun diverse opdrachten bij elkaar optellen om te komen tot het geëiste volume. Iets dat, ondanks de verwijzing die klager maakt naar zijn jaarlijkse 10.000.000 poststukken (in feite ook een verkapte omzet), in principe niet langer is toegestaan volgens de nieuwe Aanbestedingswet.

Het is - in tegenstelling tot wat klager schrijft - niet de referentie-eis die irrelevant is, het is de omzet die irrelevant is volgens de Gids.

Ad 6) Buiten de aanbestedingsrechtelijke aspecten mogen de inhoudelijke aspecten -en daar gaat het tenslotte om bij inkopen- niet onbenoemd blijven.

Bij meer percelen en dus – waarschijnlijk - meer opdrachtnemers wordt de postafhandeling van GDH logistiek gezien (bewerkelijkheid, foutkansen, beheers- en stuurbaarheid, aantallen handelingen, opslagfaciliteiten, ruimtebeslag etc.) maar ook qua interne kosten veel onaantrekkelijker zo niet praktisch onmogelijk.

Het verdelen van de poststroom vraagt immers ook om werkprocessen die daaraan kunnen voldoen. Binnen de mogelijkheden hiervan is dan ook gezocht naar een perceelindeling, die zodanig is dat dit geen onoverkomelijke operationele problemen oplevert en toch zo veel mogelijk ruimte geeft aan MKB-ondernemingen. Vanwege het - voor een groot deel van de poststroom - urgente en cruciale karakter moet het belang van het postproces an sich evenwel prevaleren.

Beklaagde heeft desondanks naar mogelijkheid een omvangrijke hoeveelheid "opdracht" "losgeweekt" van de huidige opdracht/overeenkomst (deze was niet verdeeld in percelen) en heeft deze volumes als aparte percelen opgenomen om toch zoveel mogelijk concurrentie te bewerkstelligen binnen de kaders die nodig zijn om de opdracht deugdelijk te kunnen vervullen. Hiermee is opgeknipt per expertise, of overkomst-tijd.

Daarbij komt dat door verder opknippen in percelen, bepaalde delen van het onderhavige werk niet langer economisch verantwoord in de markt uitgezet kunnen worden.

Overwogen is bijvoorbeeld om op te knippen per regio. Nadeel daarvan is dat er a) geen landelijke dekking behaald wordt zonder dat er een perceel overblijft met één of meer onrendabele, onaantrekkelijke regio's die dan "overblijven voor de monopolist". De "monopolist" die immers de plicht heeft daar te bezorgen. Daarmee is beklagde voor de onrendabele regio's stukken duurder uit, zo er al concurrerend aangeboden wordt. Tevens neemt b) het aantal contractanten zeer sterk toe, zonder dat er als gezegd een landelijke dekking wordt bereikt.

Ook de interne kosten stijgen fors met het toenemen van het aantal dienstverleners en de daarmee samengaande handelingen en begeleiding, de aanschaf c.q. huur van materialen, instructie in het gebruik daarvan en van de (aan te schaffen) software etc. etc . etc.

In de behandeling van de klachtencommissie GDH is ook al behandeld dat het opknippen van P3 per bezorgdag onderzocht is, maar niet mogelijk is gebleken omdat dan niet langer te traceren is welk poststuk met welke dienstverlener is verzonden zonder een uitputtende en zeer kostbare registratie vooraf van alle poststukken per verzenddag. Met alle gevolgen van dien.

Samenvattend: verder opknippen in meer percelen is praktisch inhoudelijk onmogelijk en economisch gezien onverantwoord.

Niet onbelangrijk is daarbij dat een groot gedeelte van de post vallend onder perceel 3 binnen de gemeentegrenzen dient te worden bezorgd. Perceel 3 splitsen in "binnen" en "buiten" de gemeentegrenzen heeft derhalve bepaald geen significant effect op de omvang van de opdracht en daarmee ook niet op de omvang van enige referentie-eis.'

## 6. Beoordeling

Op grond van artikel 1.10 lid 1 jo. lid 2 sub c en de artikelen 2.90 lid 5 jo 2.93 lid 1 sub b Aw 2012 stelt een aanbestedende dienst geschiktheidseisen die proportioneel zijn ten opzichte van het voorwerp van de opdracht. Deze verplichting is onder andere uitgewerkt in Voorschrift 3.5F van de Gids Proportionaliteit. Daarin is bepaald dat de aanbestedende dienst voor het toetsen van technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid kerncompetenties vaststelt die overeenkomen met de gewenste ervaring op essentiële punten van de opdracht.

Gelet op de formulering van de referentie-eis met betrekking tot perceel P3, merkt de Commissie op dat deze eis de vertaling is van een drietal door beklagde vastgestelde kerncompetenties. De ervaring die voor gedaagde blijkbaar van essentieel belang is, is (i) dat de opdrachtnemer in staat is 1.000.000 poststukken per jaar te verwerken; (ii) dat de opdrachtnemer als onderdeel van die verwerking tenminste twee maal een zending van meer dan 90.000 stuks kan verwerken; en (iii) dat de opdrachtnemer in staat is het voorgaande – zie (i) en (ii) – uit te voeren in opdracht van één opdrachtgever.

De Commissie is van oordeel dat beklagde met het vaststellen van de onder (iii) genoemde kerncompetentie – en met het vertalen daarvan in de gestelde referentie-eis – in strijd heeft gehandeld met Voorschrift 3.5F van de Gids Proportionaliteit. Het moge zo zijn dat kerncompetentie (iii) overeenkomt met de subjectief door beklagde gewenste ervaring, zij is daarmee objectief bezien niet op zoek gegaan naar "ervaring op essentiële punten van de opdracht". Dat dit laatste de strekking is van Voorschrift 3.5F, blijkt duidelijk uit de toelichting op blz. 39 van de Gids Proportionaliteit: 'Bij het stellen van die eisen is het van belang te zoeken naar een formulering die aansluit bij de kerncompetenties die voor een specifieke opdracht relevant zijn. Daarbij is het kritisch formuleren van kerncompetenties essentieel; er moet worden gezocht naar ervaring op punten die van essentieel belang zijn (kerncompetenties). Het beperken tot het benoemen van de meest essentiële kerncompetenties is soms lastig, maar is wel nodig om een zo goed mogelijke marktwerking te krijgen. (...). Teveel en te specifieke kerncompetenties definiëren (...) zou wel eens zoeken naar een schaap met vijf poten kunnen worden. Daardoor wordt de markt sterk verengd, hetgeen noch in het belang van aanbestedende diensten noch in het belang van potentiële inschrijvers is. Om diezelfde reden is het verstandig om op nieuwe markten (producten en diensten die nog vrij nieuw zijn, en waar nog geen of slechts een zeer beperkt aantal aanbieders ervaring mee heeft opgedaan) terughoudend te zijn met het stellen van te veel eisen en/of referenties.'

De hiervoor genoemde kerncompetenties (i) en (ii), zoals die zijn vertaald in de referentie-eis, houden naar het oordeel van de Commissie verband met essentiële punten van de opdracht. Voor de opdracht is vervolgens niet essentieel dat de in de referentie-eis omschreven stukken allemaal voor één opdrachtgever zijn bezorgd. Door die beperking aan te brengen wordt het bereiken van een goede marktwerking belemmerd, hetgeen ongewenst is zeker wanneer in ogenschouw wordt genomen dat de postbezorgingsmarkt een relatief nieuwe markt is.

De Commissie volgt beklagde niet in haar standpunt dat het optellen van meerdere opdrachten van meerdere opdrachtgevers in casu zou leiden tot het stellen van een verkapte omzeteis. Waar het om gaat is dat de inschrijver moet aantonen over een organisatie te beschikken die in staat is in aan de bekwaamheidseisen te voldoen. Daarbij is niet van belang dat de behandelde poststukken voor slechts één opdrachtgever zijn verwerkt.

## **7. Advies**

De Commissie komt tot de conclusie dat de klacht gegrond is. Zij adviseert beklagde om voor perceel 3 een andere geschiktheidseis te formuleren en de opdracht voor dat perceel opnieuw door middel van een aanbestedingsprocedure in de markt te zetten.

Den Haag, 20 januari 2014

w.g.:  
Joop Janssen  
Voorzitter

Chris Jansen  
Vicevoorzitter