

Advies 229

1. Feiten

- 1.1. Beklaagde houdt een Europese openbare procedure voor de uitbesteding van werkzaamheden inzake gladheidsbestrijding.
- 1.2. Beklaagde hanteert daarbij de zogenaamde Best Value Procurement methodiek, ook wel Prestatieinkoop genaamd (hierna: BVP).
- 1.3. In Hoofdstuk III, onderdeel C, paragraaf 3 ("Randvoorwaarden gladheidsbestrijding") van het Aanbestedingsdocument Europese openbare procedure "Uitbesteding van de uitvoeringswerkzaamheden van de gladheidsbestrijding" van 13 maart 2015 (hierna: het Aanbestedingdocument) is het volgende bepaald:

'(...) Voor de uitvoering dient de opdrachtgever het huidige winterdienstmaterieel, incl. Winterlogic en Autologic (zie bijlage R) over te nemen van de opdrachtgever voor de genoemde overname prijs. Voor de uitvoering van de gladheidsbestrijding dient de opdrachtnemer in het benodigde winterdienstmaterieel te voorzien, waarbij onder andere gebruik gemaakt kan worden van het over te nemen winterdienstmaterieel. Tevens dient de opdrachtnemer te borgen dat bij welke onvoorziene omstandigheid dan ook in de bedrijfsvoering (zoals bv een faillissement), de opdrachtgever kan beschikken over het winterdienstmaterieel en zout voor de uitvoering van de gladheidsbestrijding, zonder dat de opdrachtgever daarvoor zich verbindt middels een drie-partijen overeenkomst.

(...)

De benodigde dooi- en/of strooimiddelen (zout, pek, zand en grind) wordt nu nog verzorgd door [beklaagde]. De opdrachtnemer dient te zorgen voor de benodigde dooi- en/of strooimiddelen. Voor het seizoen 2015-2016 (en eventueel 2016-2017) kan nog gebruik gemaakt worden van de bestaande opslaglocatie van [beklaagde], daarna dient de opdrachtnemer hier zelf in te voorzien. Tevens kan de inschrijver de stallingslocatie en -faciliteiten nog gebruiken. Voor het gebruik van deze faciliteiten gelden de onderstaande vergoedingen, excl. BTW.

Indien inschrijver in het seizoen 2015-2016 de zoutopslagloods gebruikt van opdrachtgever	€ 2.000,00
Indien inschrijver in het seizoen 2016-2017 de zoutopslagloods gebruikt van opdrachtgever	€ 3.000,00
Indien inschrijver in het seizoen 2015-2016 de faciliteiten (stalling en uitvalsbasis) gebruikt van opdrachtgever	€ 9.000,00
Indien inschrijver in het seizoen 2016-2017 de faciliteiten (stalling en uitvalsbasis) gebruikt van opdrachtgever	€ 12.500,00

- 1.4. In Hoofdstuk V, onderdeel F ("Randvoorwaarden/Minimumeisen") van het Aanbestedingsdocument is het volgende, voor zover relevant, bepaald:

'De randvoorwaarden voor uitvoering van de opdracht zijn weergegeven in hoofdstuk III. C. De randvoorwaarden hebben een knock-out karakter: het niet voldoen aan één of meerdere randvoorwaarden leidt tot uitsluiting.'

- 1.5. In Bijlage E ("Akkoordverklaring randvoorwaarden") van het Aanbestedingsdocument is het volgende, voor zover relevant, bepaald:

'Verklaring door inschrijver over te nemen en op uw eigen briefpapier uit te printen en te laten ondertekenen door een daartoe bevoegde functionaris.

Ondergetekende verklaart dat (naam inschrijver) zich volledig, zonder enig voorbehoud, akkoord verklaart met en volledig en onvoorwaardelijk zal voldoen aan de randvoorwaarden uit hoofdstuk III C van de Europese openbare aanbesteding Uitbesteding van de uitvoeringswerkzaamheden van de gladheidsbestrijding van [Beklaagde] met publicatiedatum 13 maart 2015.

De randvoorwaarden hebben een knock-out karakter: het niet voldoen aan één of meerdere van deze randvoorwaarden leidt automatisch tot uitsluiting.

Inschrijver dient deze verklaring in de inschrijving bij te voegen (...).'

- 1.6. In Bijlage R ("Over te nemen winterdienstmaterieel") van het Aanbestedingsdocument worden onder andere de volgende producten genoemd en informatie verstrekt:

'Nido Stratos B40-36 PCLN -490 Opzetstrooier groot, datum in gebruikname 23-12-2011, aanschafprijs EUR 39.651,00;

Nido Stratos B17KR-21 AWCLN-350 Aanhangwagstrooier, datum in gebruikname 23-12-2011, aanschafprijs EUR 32.628,00;

Nido SNK180 R VPZ.-S 12 V Sneeuwplough klein, datum in gebruikname 1-3-1992, aanschafprijs onbekend;

Vrachtwagen, Daf AE 65NC met haakarm en kraan, kenteken BH-LF-98, bjr. 12-19991, datum in gebruikname 1-12-1999, aanschafprijs onbekend.

(...)

Vaste overname prijs ex BTW EUR 162.500,00'

- 1.7. Beklaagde heeft op 7 april 2015 de volgende mededeling gepubliceerd:

Mededeling van de aanbestedende dienst

In het aanbestedingsdocument wordt een wijziging doorgevoerd. De onderstaande tekst (zie het aanbestedingsdocument, pagina 11, 3e alinea) vervalt:

"Tevens dient de opdrachtnemer te borgen dat bij welke onvoorziene omstandigheid dan ook in de bedrijfsvoering (zoals bv een faillissement), de opdrachtgever kan beschikken over het winterdienstmaterieel en zout voor de uitvoering van de gladheidsbestrijding, zonder dat de opdrachtgever daarvoor zich verbindt middels een drie-partijen overeenkomst." De overige tekst in het aanbestedingsdocument blijft ongewijzigd gehandhaafd.

Als gevolg van het vervallen van de bovenstaande voorwaarde, verwacht [Beklaagde] dat inschrijvers, in hun inschrijving, hier naar eigen inzicht invulling aan zullen geven.'

2. Beschrijving klacht

2.1. Klachtonderdeel 1

- 2.1.1. Een verplichte overname van het winterdienstmaterieel van beklagde is een disproportionele contractvoorwaarde.

2.1.2. De verplichte overname is tevens niet in overeenstemming met de in de aanbesteding toegepast BVP-methodiek.

2.2. Klachtonderdeel 2

2.2.1. De eis die betrekking heeft op de beschikbaarheid van wintermaterieel en zout bij welke onvoorziene omstandigheid dan ook is – ook na wijziging daarvan [*zie 1.7 hiervoor, Commissie*] – onduidelijk en voor meerdere interpretaties vatbaar.

2.2.2. De eis is tevens disproportioneel.

3. **Onderbouwing klacht**

3.1. Klager is een onafhankelijke stichting. Zij heeft de klacht ingediend namens een ondernemer die werkzaam is in de branche waarvan klager de belangen behartigt.

3.2. Klachtonderdeel 1

3.2.1. De verkoop van wintermaterieel door beklagde aan opdrachtnemer dient een wezenlijk ander doel dan het onderwerp van de dienstenopdracht, te weten het afnemen van strooidiensten. Voor contractvoorwaarden in zijn algemeenheid geldt dat er een duidelijk verband met het voorwerp van de opdracht moet zijn. Uiteraard bestaat er in dit geval voor beklagde wel een verband tussen deze twee zaken, maar voor inschrijvers kan dat heel anders liggen. Voor inschrijvers bestaat de opdracht uit het aanbieden van een dienst. Hoe zij deze dienst wensen aan te bieden, welk materieel zij daarbij nodig hebben en welk materieel zij daartoe eventueel zouden moeten aanschaffen, moet elke inschrijver vrijstaan en is voor elke inschrijver anders. Deze 'koppelverkoop' zal voor de meeste inschrijvers niet bijdragen aan het invullen van de opdracht. Om die reden ontbreekt hier het verband met het voorwerp van de opdracht.

3.2.2. Het feit dat dergelijke 'koppelverkoop' in de markt vaker voorkomt, doet aan de disproportionaliteit ervan niet af. Daar komt bij dat in de markt vaker de mogelijkheid geboden wordt om materieel over te nemen, maar dat dat zelden als een verplichting tegen een vaste prijs wordt opgenomen.

3.2.3. Voor BVP-aanbestedingen wordt van de inschrijvers verwacht dat zij, vanuit hun expertise, de opdrachtgever 'bij de hand' nemen en hem voorzien van de best mogelijke oplossing. De voorwaarde dat het materieel overgenomen moet worden door de opdrachtnemer en die maar moet zien of hij er gebruikt van maakt of niet betekent dat de uitgangspunten van de BVP-systematiek te niet worden gedaan.

3.2.4. Het feit dat de opdrachtnemer – in de ogen van beklagde – zelf kan bepalen of hij het overgenomen materieel inzet bij de uitvoering van de opdracht is in feite een bevestiging van het punt dat ook in ogen van beklagde de verkoop van materieel geen, althans niet voldoende, relatie heeft met de opdracht.

3.3. Klachtonderdeel 2

3.3.1. In het Aanbestedingsdocument staat:

'Tevens dient de opdrachtnemer te borgen dat bij welke onvoorziene omstandigheid dan ook in de bedrijfsvoering (zoals bv een faillissement), de opdrachtgever kan beschikken over het winterdienstmaterieel en zout voor de uitvoering van de

gladheidsbestrijding, zonder dat de opdrachtgever daarvoor zich verbindt middels een drie-partijen overeenkomst.'

Deze tekst is naar aanleiding van een klacht komen te vervallen met de volgende mededeling:

'Als gevolg van het vervallen van de bovenstaande voorwaarde, verwacht [beklaagde] dat inschrijvers, in hun inschrijving, hier naar eigen inzicht invulling aan zullen geven'.

Met deze mededeling lijkt materieel dezelfde eis gehandhaafd te zijn, tevens is het op basis van deze bepaling eigenlijk niet duidelijk wat de opdrachtgever verwacht van de inschrijvers.

- 3.3.2. Ook na de bovenstaande wijziging van de tekst is sprake van een disproportionele voorwaarde. Het betreft hier immers de volledige kern van de overeenkomst, die door de ondernemer veiliggesteld moet worden, zelfs in geval van zijn eigen faillissement. Het kenmerk van een faillissement is juist dat de gefailleerde ondernemer niet langer bevoegd is over zijn materieel en materialen te beschikken. Op dat moment neemt de curator de zaken waar en dient er ingevolge de Faillissementswet alleen nog gehandeld te worden in het belang van de boedel.
- 3.3.3. Het faillissementsrecht kent verschillende vormen van preferentie en kent een stelsel van zakelijke rechten die gevestigd kunnen worden, maar deze zijn allen opgetuigd om schuldeisers van de (toekomstige) gefailleerde extra zekerheid te bieden. Deze relatie ontstaat evenwel niet tussen opdrachtgever en de ondernemer. De ondernemer is immers de partij die een dienst gaat leveren en schuldeiser wordt. Beklaagde vraagt de ondernemer reeds nu om in geval van faillissement zijn schuldenaar in een bevoorrechte positie te plaatsen. Niet alleen lijkt dat een haast onmogelijke opdracht, de ondernemer loopt daarnaast ook het risico paulianeus, want willens en wetens niet in het belang van de boedel, te handelen.
- 3.3.4. De Gids Proportionaliteit geeft voorschriften omtrent zekerheidsstellingen in Voorschrift 3.5D. De wens van de opdrachtgever in de onderhavige aanbesteding moet uitgelegd worden als een zekerheidsstelling, die volgens de Gids Proportionaliteit niet meer mag bedragen dan 5% van de opdrachtwaarde. De zekerheid die de opdrachtgever verlangt stijgt ver boven dit percentage uit.

4. Reactie beklagde

- 4.1. Beklaagde heeft een reactie op de klacht gegeven. Kort samengevat komt deze op het volgende neer.
- 4.2. Klachtonderdeel 1
 - 4.2.1. De overname van het huidige winterdienstmaterieel van beklagde is niet disproportioneel omdat de onderhavige aanbesteding de uitbesteding (vergelijk outsourcing) van een openbare taak betreft. Een van de doelstellingen binnen de scope van de onderhavige aanbesteding betreft de overname van het huidige winterdienstmaterieel. De overname van het winterdienstmaterieel past daarmee tevens binnen de gekozen BVP-systematiek.
 - 4.2.2. Ten tweede schrijft beklagde niet voor dat het huidige winterdienstmaterieel ingezet dient te worden bij de uitvoering van de onderhavige opdracht. Dit is ge-

heel ter keuze van de inschrijver. Ook dit is geheel in lijn met de gekozen BVP-systematiek.

- 4.2.3. Ten derde garandeert de gekozen wijze van verplichte overname van het winterdienstmaterieel (vaste overnameprijs en schouwmoment van het winterdienstmaterieel) volledige transparantie en een level-playing field voor alle potentiële inschrijvers. De vaste overnameprijs is gebaseerd op de getaxeerde marktwaarde (het winterdienstmaterieel is gemiddeld slechts 3 jaar oud en de vaste overnameprijs bedraagt circa 50% van de nieuwwaarde waarin de waarde van de vier oudere tractie voertuigen niet is meegenomen). Derhalve beschouwt beklagde op basis van deze condities de overname van het winterdienstmaterieel dan ook niet als disproportioneel.
- 4.2.4. Als laatste wordt verwezen naar de Nota van Inlichtingen. Door geen van de marktpartijen is over dit onderwerp een vraag gesteld in de Nota van Inlichtingen. Klaarblijkelijk roept deze overname van het huidige winterdienstmaterieel geen vragen op bij andere marktpartijen.

4.3. Klachtonderdeel 2

- 4.3.1. De bepaling: 'als gevolg van het vervallen van de bovenstaande voorwaarde, verwacht [beklaagde] dat inschrijvers, in hun inschrijving, hier naar eigen inzicht invulling aan zullen geven', is geheel in overeenstemming met de BVP-systematiek. Een inschrijver die een praktisch toepasbare oplossing aandraagt (de expert), kan hiermee "bewijzen" boven het maaiveld uit te steken (hetgeen de essentie is van de gekozen BVP-systematiek).
- 4.3.2. Gezien voorgaande is de bepaling niet disproportioneel noch in strijd met de BVP-systematiek. Overigens betreft de BVP-systematiek een methode en geen wettelijk voorschrift. Beklaagde is vrij om invulling te geven aan deze systematiek, op voorwaarde dat de gestelde voorwaarden niet strijdig zijn met de Aanbestedingswet 2012.

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt voorop dat beklagde een Europese openbare aanbesteding heeft gehouden. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en 2 Aanbestedingswet 2012 en de Gids Proportionaliteit.
- 5.2. Klachtonderdeel 1
 - 5.2.1. Vooropgesteld wordt dat de door beklagde aanbestede opdracht kan worden gekwalificeerd als outsourcing met verplichte overname van productiemiddelen. De Commissie is van oordeel dat het in beginsel weliswaar is toegestaan een dergelijke voorwaarde te stellen, maar dat die voorwaarde niet in strijd zal mogen zijn met het proportionaliteitsbeginsel.
 - 5.2.2. De in dit klachtonderdeel te beantwoorden vraag is dan of bij een aanbesteding als de onderhavige de door beklagde gestelde voorwaarde dat de winnende inschrijver verplicht is het winterdienstmaterieel over te nemen tegen een vaste prijs een voorwaarde is die – gelet op het bepaalde in art. 1.10 lid 1 *jo.* lid 2 sub h Aw 2012 – in een redelijke verhouding staat tot het voorwerp van de opdracht.
 - 5.2.3. Bij de beantwoording van deze vraag komt het aan op een waardering van alle relevante feiten en omstandigheden van het geval. In het kader van die waarde-

ring zijn onder andere de volgende gezichtspunten – in onderling verband beschouwd – van belang:

- a. de mate waarin de productiemiddelen die moeten worden overgenomen als courant kunnen worden beschouwd;
- b. de vraag of en in hoeverre de productiemiddelen die moeten worden overgenomen noodzakelijk zijn voor de uitvoering van de opdracht die wordt aanbesteed;
- c. de vraag of en in hoeverre – gelet op de aard van de opdracht – redelijkerwijze mag worden verwacht dat de over te nemen productiemiddelen ook voor de uitvoering van andere, vergelijkbare opdrachten kunnen worden ingezet;
- d. de mate waarin de door de aanbestedende dienst gevraagde vaste prijs voor de over te nemen productiemiddelen de economische waarde van die middelen overstijgt;
- e. de vraag of de productiemiddelen dermate incourant en/of verouderd zijn dat redelijkerwijs niet verwacht mag worden dat de opdrachtnemer ze op de tweedehands markt van de hand kan doen;
- f. de vraag of en in hoeverre de opdrachtnemer een garantie heeft op voldoende omzet in verhouding tot de als gevolg van de aanschaf van de productiemiddelen gedane investering.

5.2.4. De Commissie heeft de feiten en omstandigheden van het geval, zoals die haar zijn gebleken op basis van de door partijen overgelegde informatie, gewaardeerd aan de hand van de hiervoor genoemde gezichtspunten. Het is de Commissie in dat verband gebleken dat de door beklagde gestelde voorwaarde betrekking heeft op de overname van courante productiemiddelen. Die productiemiddelen – winterdienstmaterieel – zijn noodzakelijk voor de uitvoering van een naar haar aard beschouwd veelvuldig voorkomende opdracht, namelijk gladheidsbestrijding. Beklagde heeft – rekening houdend met de leeftijd van het materieel – de overnameprijs bepaald op een prijs die ongeveer gelijk is aan de economische waarde daarvan. Het voorgaande betekent dat een inschrijver die reeds de beschikking heeft over het bij de uitvoering van de opdracht benodigde winterdienstmaterieel desgewenst kan besluiten het gedwongen aangekochte, voor hem overtollige, materieel elders aan te wenden of op de tweedehands markt te verkopen, zonder bijzondere risico's te lopen. De Commissie is dan ook van oordeel dat de door beklagde gestelde voorwaarde in een redelijke verhouding staat tot het voorwerp van de opdracht.

5.2.5. Het eerste klachtonderdeel is derhalve ongegrond.

5.2.6. De Commissie overweegt ten overvloede nog het volgende. De Commissie zal niet onderzoeken of en in hoeverre de door beklagde gestelde voorwaarde in strijd is met de methode van Best Value Procurement (BVP). Zij is van oordeel dat een aanbestedende dienst naar eigen inzicht mag bepalen hoe hij in het kader van de voorbereiding en uitvoering van een aanbestedingsprocedure invulling geeft aan die methode, met dien verstande dat een aanbestedende dienst daarbij uiteraard de Aw 2012 in acht zal moeten nemen. Voor zover klager met het klachtonderdeel heeft willen betogen dat beklagde, gelet op de wijze waarop zij invulling heeft gegeven aan de methode van BVP, heeft gehandeld in strijd met haar zorgplicht van art. 1.4 lid 2 Aw 2012, heeft klager dat betoog onvoldoende onderbouwd. De Commissie wijst in dit verband op hetgeen zij eerder heeft overwogen ten aanzien van de stelplicht van een klager die haar klacht baseert op een vermeende inbreuk op art. 1.4 lid 2 Aw 2012 (zie Advies 48, overweging 6.2.5).

5.3. Klachtonderdeel 2

- 5.3.1. Bij de beoordeling van dit klachtonderdeel stelt de Commissie het volgende voorop. Op beklagde rust de aanbestedingsrechtelijke verplichting om de eisen en criteria alsook de wijze waarop deze gedurende de aanbestedingsprocedure zullen worden toegepast zodanig in de aanbestedingsdocumenten te formuleren dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers in staat zijn deze op dezelfde wijze te interpreteren.
- 5.3.2. De Commissie stelt vast – zie 1.7 hiervoor – dat beklagde op 7 april 2015 een mededeling heeft gepubliceerd waarmee zij heeft bewerkstelligd dat een gedeelte van de tekst van de voorwaarde die zij heeft gesteld – in de derde alinea op blz. 11 van het Aanbestedingsdocument – is komen te vervallen. Het betreft hier de voorwaarde dat de opdrachtnemer dient te borgen dat de opdrachtgever bij een onvoorziene omstandigheid in de bedrijfsvoering (zoals een faillissement) kan beschikken over het winterdienstmaterieel en zout voor de uitvoering van de gladheidsbestrijding, zonder dat de opdrachtgever zich daarvoor verbindt middels een drie-partijen overeenkomst. Tegelijkertijd heeft beklagde in de hiervoor bedoelde mededeling aangegeven dat zij
- ‘(A)ls gevolg van het vervallen van de bovenstaande voorwaarde, verwacht (...) dat inschrijvers, in hun inschrijving, hier naar eigen inzicht invulling aan zullen geven.’
- 5.3.3. Nu vaststaat dat beklagde de in 5.3.2 bedoelde voorwaarde op 7 april 2015 heeft ingetrokken, is de Commissie van oordeel dat beklagde met de zojuist geciteerde mededeling zodanig in het midden heeft gelaten waar de inschrijvers nu precies “naar eigen inzicht invulling aan zullen moeten geven”, dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers niet in staat zullen zijn deze mededeling op dezelfde wijze te interpreteren. Daarmee heeft beklagde gehandeld in strijd met haar in 5.2.1 bedoelde verplichting.
- 5.3.4. Het tweede klachtonderdeel is derhalve gegrond.

6. **Advies**

De Commissie acht onderdeel 1 van de klacht **ongegrond** en onderdeel 2 van de klacht **gegrond**.

7. **Aanbeveling**

De Commissie ziet geen kans tot het doen van een aanbeveling.

Den Haag, 7 mei 2015

w.g.:

Mr. J.G.J. Janssen
Voorzitter

Prof.mr. C.E.C. Jansen
Vicevoorzitter

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid