

Advies 237

1. Feiten

1.1. Beklaagde heeft op 17 maart 2015 een Europese niet-openbare aanbestedingsprocedure met betrekking tot een overheidsopdracht voor diensten aangekondigd. Voorwerp van de opdracht is de realisatie en exploitatie van een energievoorziening gebaseerd op warmtelevering vanuit een houtsnipperketel voor een sportcomplex en een schoolgebouw.

1.2. In het Programma van Eisen voor de preselectie is in paragraaf 2.2 ("Huidige situatie warmte-installatie") het volgende bepaald:

'[Beklaagde] geeft aan dat het jaarlijkse aardgas verbruik voor verwarming van zowel de [Sportcomplex] als [Schoolgebouw] nu circa 180.000 m³ bedraagt. Met een nieuw te installeren systeem voor luchtbehandeling in het zwembad wordt dit naar verwachting teruggebracht tot 160.000 m³ per jaar. Deze hoeveelheid is een indicatie voor de warmtevraag. Afhankelijk van het rendement van de vernieuwde luchtbehandeling en de seizoensinvloeden dient er gerekend te worden met een bandbreedte tussen de 130.000 en 170.000 m³ verbruik per jaar.'

1.3. In het Programma van Eisen is in paragraaf 2.3 ("Nieuwe installatie") het volgende bepaald:

'Op basis van het indicatieve gasverbruik is een ketel benodigd met een vermogen van circa 265 kWth (bandbreedte vermogen +/-10%). Met deze houtgestookte ketel kan een groot deel van de warmtevraag van het complex geleverd worden. De bestaande HR-ketels uit 2013 kunnen worden gebruikt om de piekvraag van het complex af te dekken en kunnen worden ingezet als backup.'

1.4. In het Programma van Eisen is in paragraaf 3.1 ("Inschrijving") het volgende bepaald:

'U heeft de gelegenheid tot het stellen van procedurele vragen uiterlijk tot dinsdag 31 maart 12.00 uur per email naar [emailadressen] o.v.v. 'Houtgestookte warmtelevering [Naam]''.'

1.5. In het Programma van Eisen is in paragraaf 4.2 ("Minimumeisen") het volgende bepaald:

'Minimum eisen waaraan voldaan moet worden zijn de aan te leveren volledig ingevulde en ondertekende verklaringen conform bijgaande modellen:

(...)

4. Verklaring financiële informatie (omzet en solvabiliteit)

(...)'

1.6. In Bijlage 4 ("Financiële informatie") van het Programma van Eisen is het volgende bepaald:

'Minimale jaaromzet van gegadigde (of combinatie van gegadigden) in werken laatste twee jaar: minimaal € 2.000.000,--.'

- 1.7. In de Derde Nota van Inlichtingen van 20 april 2015 is het volgende bepaald:

Wijziging 1

In bijlage 4 Financiële informatie op pagina 19/22 in het PvE voor de preselectie warmtelevering Sportcomplex [Naam]/CSG [Naam] van 17-3-2015 dient de volgende tekst "*Minimale jaaromzet van gegadigde (of combinatie van gegadigden) in werken laatste twee jaar: minimaal € 2.000.000,--.*" Vervangen worden door

De opdrachtgever wil zicht hebben/vertrouwen hebben dat de partij die de opdracht verkrijgt, een project met een dergelijke omvang aan kan. Een van de indicatoren ligt daarvoor in de omzet.

Ingestoken vanuit het proportionaliteitsbeginsel moet de minimale jaaromzet van gegadigde (of combinatie van gegadigden) in werken laatste twee jaar gemiddeld bedragen: € 1.000.000,--.'

- 1.8. Klager heeft op 15 april 2015 in een email aan de contactpersoon van beklagde meegedeeld dat zij in het klachtenformulier van beklagde op internet op die dag een klacht heeft ingediend.

2. Beschrijving klacht

Klager maakt bezwaar tegen de (gewijzigde) omzeteis.

3. Onderbouwing klacht

- 3.1. Volgens klager komt de (gewijzigde) omzeteis neer op 12 x de te verwachten jaaromzet van het aan te besteden werk. Klager wijst er op dat het stellen van een omzeteis in beginsel verboden is en dat wanneer een dergelijke eis wordt gesteld, dit in de aanbestedingsstukken moet worden gemotiveerd. Daarbij verwijst klager naar art. 2.90 Aw 2012, paragraaf 3.5.2 Gids Proportionaliteit en art. 3.3.21 ARW 2012.
- 3.2. Ook dienen volgens klager omzeteisen in een redelijke verhouding te staan tot het voorwerp van de opdracht (60%).
- 3.3. De jaaromzet van de opdracht wordt door klager geschat op een bedrag van maximaal € 85.000, uitgaande van levering van maximaal 170.000 m³ aardgas per jaar.

4. Reactie beklagde

- 4.1. Beklaagde wijst er op dat klager voor de in 1.4 genoemde uiterste datum geen vragen heeft gesteld en pas twee weken later bezwaar heeft gemaakt tegen de omzeteis. Niettemin is beklagde aan het bezwaar tegemoet gekomen door de omzeteis in de 3^e Nota van Inlichtingen te verlagen en de datum van aanmelding te verschuiven. Verder wijst beklagde er op dat de omzet van een referentie niet meeweegt in de puntentoekenning.
- 4.2. Beklaagde stelt dat het motiveren van de omzeteis in de 3^e Nota van Inlichtingen de omissie van het ontbreken van een motivering in de aanbestedingsstukken herstelt.
- 4.3. Beklaagde wijst er op dat de jaaromzet van de exploitatie weliswaar lager is dan € 100.000, maar dat ook de prijs van de realisatie is meegenomen voor de om-

zeteis. De geraamde investering + exploitatie is vermenigvuldigd met een factor 3 en staat daarmee volgens beklagde in een redelijke verhouding tot de opdracht.

5. Inlichtingen

- 5.1. Naar aanleiding van de stelling van beklagde met betrekking tot de geraamde waarde van de investering heeft de Commissie aan klager gevraagd een indicatie te geven van de geraamde investering ten behoeve van de opdracht.
- 5.2. Klager heeft op de vraag van de Commissie geantwoord dat uitgaande van een jaaronzet van € 80.000,- er ca. € 40.000,- per jaar beschikbaar is voor rente en aflossing, wat zou inhouden dat een bedrag van ongeveer € 200.000,- à € 250.000,- gefinancierd kan worden.

6. Beoordeling

- 6.1. De Commissie stelt voorop dat beklagde een Europese niet-openbare aanbestedingsprocedure houdt. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en 2 Aw 2012; Gids Proportionaliteit.
- 6.2. In art. 2.90 lid 3 Aw 2102 is bepaald dat een aanbestedende dienst geen eisen mag stellen met betrekking tot de hoogte van de totale omzet en de omzet van de bedrijfsactiviteit die het voorwerp is van de overheidsopdracht, tenzij hij dit met zwaarwegende argumenten motiveert in de aanbestedingsstukken.
- 6.3. De Commissie heeft bij eerdere gelegenheid met betrekking tot de motiveringsplicht van art. 1.5 lid 3 Aw 2012 overwogen dat een Nota van Inlichtingen blijkens de definitie van het begrip "aanbestedingsstukken" in art. 1.1 Aw 2012 weliswaar geen deel uitmaakt van de aanbestedingsstukken (zie overweging 6.12 van Advies 53), maar dat uit de wetsgeschiedenis van die bepaling niet blijkt dat de wetgever de mogelijkheid voor een aanbestedende dienst tot naleving van die motiveringsplicht heeft willen beperken tot de aanbestedingsstukken en voorts dat niet duidelijk is waarom het een aanbestedende dienst niet tevens zou zijn toegestaan die motiveringsplicht op een later tijdstip in de aanbestedingsprocedure, via een Nota van Inlichtingen, na te komen. De Commissie heeft voor dat geval vervolgens overwogen (zie overwegingen 6.13 en 6.14 van Advies 53) dat het verstrekken van een motivering in de Nota van Inlichtingen niet tot een inbreuk op het non-discriminatiebeginsel van artikel 1.8 Aw 2012 zal leiden. De Commissie is van oordeel dat dit risico in een geval als het onderhavige – waarin evenmin uit de wetsgeschiedenis blijkt waarom de wetgever de mogelijkheid tot naleving van de motiveringsplicht van art. 2.90 lid 3 Aw 2012 heeft willen beperken tot de aanbestedingsstukken – zich eveneens niet zal voordoen wanneer de aanbestedende dienst die verplichting pas via de 3^e Nota van Inlichtingen nakomt. De Commissie acht het dan ook toelaatbaar dat een aanbestedende dienst die motiveringsplicht pas in de Nota van Inlichtingen nakomt.
- 6.4. Daarmee komt de Commissie bij de beantwoording van de vraag of de motivering die beklagde in de 3^e Nota van Inlichtingen heeft verstrekt (zie 1.7 hiervoor), voldoende zwaarwegend is in de zin van art. 2.90 lid 3 Aw 2012. Relevant in dit verband is dat op blz. 35 van de Gids Proportionaliteit het volgende is bepaald:

'Het stellen van een omzeteis kan aan de orde zijn wanneer er daadwerkelijke risico's zijn voor wat betreft de beschikbare capaciteit aan personeel en materieel

ten behoeve van de tijdige, correcte oplevering van de opdracht door de uiteindelijk contractant.'

6.5. De Commissie stelt vast dat beklagde in haar motivering in de 3^e Nota van Inlichtingen enkel heeft vermeld dat zij er zicht op wil hebben en het vertrouwen wil hebben dat de partij die de opdracht verkrijgt, een project met een dergelijke omvang aan kan en dat een indicatie daarvoor in de omzet ligt. De Commissie is van oordeel dat beklagde met deze mededeling niet heeft voldaan aan haar verplichting om het stellen van een omzeteis met voldoende zwaarwegende argumenten te motiveren. Daarvoor is de mededeling van beklagde immers te generiek van aard, in die zin dat zij een wens tot uitdrukking brengt die bij iedere aanbestedende dienst bij elke aanbesteding zal leven.

6.6. Gelet op het voorgaande is de klacht reeds gegrond. De Commissie overweegt ten overvloede echter nog het volgende.

6.6.1. In artikel 2.90 lid 4 Aw 2012 is bepaald dat wanneer een aanbestedende dienst een omzeteis stelt, die eis niet hoger mag zijn dan 3 maal de geraamde waarde van de opdracht. In de Gids Proportionaliteit is op blz. 36 hieromtrent het volgende bepaald:

'Voor wat betreft de hoogte van de omzeteis is het goed uit te gaan van een glijdende schaal. Per opdracht gaat het erom nut en noodzaak van een omzeteis te beschouwen. Bij een eenvoudige opdracht zal het belang van een omzeteis aan de onderkant van de schaal liggen. Naarmate het werk ingewikkelder wordt, kan een omzeteis van enige omvang wenselijk zijn, bijvoorbeeld 50%, 100% of 150% van de raming. Bij zeer complexe, risicovolle projecten kan (mits deugdelijk gemotiveerd) een omzeteis worden gevraagd tot 300%. Alles boven de 300% komt niet alleen disproportioneel voor, maar is ook volgens de wet niet toegestaan. Uiteraard kan in die uitzonderingsgevallen ook naar 200 en 250%, of alles daartussenin, worden gevraagd.

(...)

Bij een opdracht met een uitvoeringsduur korter dan een jaar, is het niet altijd proportioneel de omzeteis naar een jaar om te rekenen. Ditzelfde geldt overigens voor opdrachten langer dan een jaar. Het is van belang per opdracht kritisch na te denken over de relatie tussen de omzet en de tijdsperiode die de opdracht in beslag neemt.'

6.6.2. Gelet op de zeer lange looptijd van de opdracht, is de Commissie van oordeel dat beklagde een omzeteis van 300% zou mogen stellen. Daarbij gaat de Commissie er dan overigens van uit dat de hierboven weergegeven zinsnede in de Gids Proportionaliteit – namelijk: 'Ditzelfde geldt overigens voor opdrachten langer dan een jaar' – op een vergissing berust. Hoogstwaarschijnlijk bedoelt de Gids hiermee te zeggen dat het juist wel proportioneel is om bij opdrachten die langer dan een jaar in beslag nemen, de waarde van één jaar als uitgangspunt van de berekening van de omzeteis te nemen (en dat het dus disproportioneel kan zijn om uit te gaan van de volledige looptijd). Dat laatste zou in het onderhavige geval – met een extreem lange looptijd van 15 jaar – zeker het geval zijn geweest.

6.6.3. De vraag is echter of de waarde van de investering mag worden meegenomen ten behoeve van de bepaling van de omzeteis. Weliswaar omvat de opdracht niet alleen het leveren van warmte maar ook de bouw van een installatie, maar de betaling door beklagde van die te bouwen installatie zal over een periode van 15 jaar worden uitgesmeerd. Beklagde heeft in zoverre een juiste aanname gedaan dat relevant is of een gegadigde in staat zal zijn die bouw te voorfinancieren,

waarbij vervolgens rente en aflossing gedurende 15 jaar uit de opbrengsten van de warmtelevering worden betaald.

- 6.6.4. Voor het antwoord op de vraag of een gegadigde in staat zal zijn tot een dergelijke voorfinanciering is de balans echter belangrijker dan de resultatenrekening. De hoogte van de omzet zegt immers weinig over de solvabiliteit van een onderneming en daarmee de mogelijkheden voor een onderneming om een bepaalde investering te kunnen doen en daarvoor langlopende financiering aan te trekken.

7. Advies

De Commissie acht de klacht **gegrond**.

8. Aanbeveling

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

Den Haag, 9 juni 2015

w.g.:

Mr. J.G.J. Janssen
Voorzitter

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

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid