

Advies 256

1. Feiten

1.1. Beklaagde heeft op 12 maart 2015 een aankondiging gepubliceerd voor een Europese niet-openbare aanbestedingsprocedure betreffende een opdracht voor bouwkundige en installatietechnische werkzaamheden met betrekking tot de renovatie en nieuwbouw van een school.

1.2. In de selectieleidraad ("Aanbesteding Bouwkundige en Installatietechnische Werken") van 12 maart 2015 is in paragraaf 1.6 ("Correspondentie") het volgende bepaald:

'Mochten voorafgaand aan het indien van de aanmelding geen opmerkingen en/of vragen ten aanzien van deze selectieleidraad en bijlagen van Gegadigde zijn ontvangen, dan verspeelt de (potentiële) Gegadigde daarmee zijn recht om hiertegen in een later stadium nog bezwaar te maken.'

1.3. In de selectieleidraad is in onderdeel 1.4 ("Juridisch kader") het volgende bepaald:

'[Beklaagde] zal deze opdracht door middel van een Europese niet-openbare procedure, conform deel I en hoofdstuk 3 van het Aanbestedingsreglement Werken 2012 (ARW 2012) op de markt brengen. Met de winnende inschrijver zal een aannemingsovereenkomst met toepassing van de Uniforme Administratieve Voorwaarden 2012 (UAV-2012) worden gesloten.

In bijlage 3 is een overzicht te vinden van de motivaties achter de eisen en criteria die gesteld worden in deze aanbestedingsprocedure, alsmede de keuze voor het uitbesteden in één integraal perceel.'

1.4. In paragraaf 4.2.1 ("Financiële en economische draagkracht") van de selectieleidraad is het volgende bepaald:

'G1: (...)

G2: Gegadigde verklaart bereid te zijn voor ondertekening van de aannemingsovereenkomst een bankgarantie of borg in te dienen bij een in één van de lidstaten van de EU gevestigde en te goeder naam en faam bekend staande bank of Borgmaatschappij, volgens door de Aanbesteder te verstrekken specificaties, ter waarde van 10% van de geraamde opdrachtomvang. Aanbestedende Dienst kan als bewijsstuk hiervoor vragen aan (voorlopig) geselecteerde gegadigden om een bankverklaring te overleggen waaruit de bereidheid van de bank blijkt om bij gunning een bankgarantie te overleggen.

G3a: Gegadigde verklaart dat het risico op faillissement van haar organisatie niet groot is naar oordeel van Dun&Bradstreet (www.dnb-nederland.nl), Graydon (www.graydon.nl) of een daar aan gelijkwaardig krediet rating bureau. De Aanbestedende Dienst beschouwt een niet groot risico op faillissement als aangetoond met een krediet rating 3, 2 of 1 (Dun&Bradstreet), of met een krediet rating B, BB, BBB, A, AA of AAA (Graydon), als op gelijkwaardige wijze aangetoond door op een gelijkwaardig krediet niveau van een gelijkwaardig krediet rating bu-

reau. Aanbestedende Dienst kan als bewijsstuk hiervoor vragen aan (voorlopig) geselecteerde gegadigden om een krediet rating van een van de genoemde krediet rating bureaus en van maximaal 1 maand oud te overleggen.

- G3b - Deze geschiktheidseis is alleen van toepassing in het geval dat een combinatie van partijen zich aanmeldt als Gegadigde: alle Combinanten verklaren ieder voor zich dat het risico op faillissement van haar organisatie niet groot is naar oordeel van Dun&Bradstreet (www.dnbnederland.nl), Graydon (www.graydon.nl) of een daar aan gelijkwaardig krediet rating bureau. De Aanbestedende Dienst beschouwt een niet groot risico op faillissement als aangetoond met een krediet rating 3, 2 of 1 (Dun&Bradstreet), of met een krediet rating B, BB, BBB, A, AA of AAA (Graydon), of een gelijkwaardig krediet niveau van een gelijkwaardig krediet rating bureau. Aanbestedende Dienst kan als bewijsstuk hiervoor vragen aan (voorlopig) geselecteerde gegadigden om een krediet rating van een van de genoemde krediet rating bureaus en van maximaal 1 maand oud te overleggen.

- G3c - Deze geschiktheidseis is alleen van toepassing in het geval dat een Gegadigde voor de aanmelding een beroep doet op Derden: alle Derden verklaren ieder voor zich dat het risico op faillissement van haar organisatie niet groot is naar oordeel van Dun&Bradstreet (www.dnbnederland.nl), Graydon (www.graydon.nl) of een daar aan gelijkwaardig krediet rating bureau. De Aanbestedende Dienst beschouwt een niet groot risico op faillissement als aangetoond met een krediet rating 3, 2 of 1 (Dun&Bradstreet), of met een krediet rating B, BB, BBB, A, AA of AAA (Graydon), of een gelijkwaardig krediet niveau van een gelijkwaardig krediet rating bureau. Aanbestedende Dienst kan als bewijsstuk hiervoor vragen aan (voorlopig) geselecteerde gegadigden om een krediet rating van een van de genoemde krediet rating bureaus en van maximaal 1 maand oud te overleggen.

G4: (...).'

- 1.5. In Bijlage 3 ("Motivering uitbestedingsvorm en geschiktheidseisen") van de selectieiraad is het volgende bepaald:

'(...)

Motivaties Geschiktheidseisen

In het volgende overzicht staat, per Geschiktheidseis, omschreven de motivatie voor de gestelde Geschiktheidseisen.

(...)

G2	Afgeven bankgarantie	Deze eis wordt gesteld om het risico van de opdrachtgever voor voorfinanciering en/of achterstallig (maar wel betaald) werk te beperken. In de aannemingsovereenkomst wordt het financiële risico zoveel mogelijk beperkt door middel van bankgaranties en betalingsschema's waarin voorfinanciering wordt voorkomen.
G3	Indicatie faillissement risico	Deze eis wordt gesteld om de kans dat het Project belast wordt met de gevolgen van een faillissement redelijkerwijs te verkleinen.

- 1.6. In de Nota van Inlichtingen (selectiefase), d.d. 31 maart 2015, zijn – voor zover relevant – de volgende vragen met bijbehorende antwoorden opgenomen.

- 1.6.1. Vraag 4: U verlangt na opdrachtverlening een bankgarantie van 10% van de geraamde opdrachtomvang. In de Gids Proportionaliteit wordt aangegeven dat een zekerheidsstelling ten hoogste 5% van de opdrachtwaarde mag bedragen. Wij verzoeken u deze eis aan te passen.

Antwoord: Wij passen deze eis niet aan: De motivatie om de bankgarantie op 10% te stellen, is dat landelijk de financiële positie van aannemers als gevolg van de financiële crisis relatief zwak is. Dat impliceert voor de aanbestedende dienst een verhoogd projectrisico als gevolg van faillissement van de geselecteerde aannemer gedurende het project. Met deze hogere bankgarantie mitigeert de aanbestedende dienst dit verhoogde projectrisico.'

- 1.6.2. Vraag 26: U geeft bij G2 aan dat wij t.z.t. een bankgarantie van 10% van de aanneemsom dienen te verstrekken. Een percentage van 10% is extreem hoog en legt een groot beslag op onze besteedbare ruimte (obligo). Wij willen u dan ook vragen om het percentage van 10% te verlagen naar de in de bouw gebruikelijke 5%.

Antwoord: Wij passen het percentage niet aan. Zie voor een nadere toelichting ons antwoord bij vraag 4.'

- 1.7. Klager is een onafhankelijke stichting die de belangen van bouwbedrijven behartigt. Zij heeft op 10 april 2015 een brief gezonden aan de adviseur van beklagde en aan beklagde zelf. In deze brief is ten aanzien van de geëiste bankgarantie het volgende opgenomen:

'Uw eis dat de bankgarantie 10% dient te zijn is in strijd met voorschrift 3.5.D.2 van de Gidst Proportionaliteit. U mag slechts een zekerheidsstelling van ten hoogste 5 % vragen. Uw eis inzake de bankgarantie wijkt dus af van het voorschrijft 3.5.D.2. Wij verlangen dat u de eis terugbrengt tot de toegestane 5%.'

- 1.8. Beklaagde heeft niet schriftelijk op de brief van klager gereageerd. Naar aanleiding van de brief van klager van 10 april 2015 is er wel telefonisch contact geweest tussen de adviseur van beklagde en klager.

- 1.9. In de selectiefase zijn zes gegadigden geselecteerd, die de inschrijvingsleidraad ("aanbesteding Bouwkundige en Installatietechnische Werken") van mei 2015 en het bestek van 8 mei 2015 hebben ontvangen.

- 1.10. In de inschrijvingsleidraad is in par. 3.3 ("Verklaring omtrent inhoud Contractdocumenten") op pagina 11 onder andere het volgende bepaald:

'Inschrijver dient, door middel van ondertekening van bijlage 3 van deze inschrijvingsleidraad, te verklaren dat zij kennis heeft genomen van en akkoord gaat met de inhoud van de concept opdrachtbrief en contractdocumenten, zoals opgenomen in bijlage 4 respectievelijk bijlage 5 van deze Inschrijvingsleidraad. Vragen of opmerkingen met betrekking tot de verstrekte documenten kunnen conform de in paragraaf 2.1.1 genoemde procedure worden ingediend.'

- 1.11. In par. 00.02.43-91 van het bestek is onder andere bepaald:

'BANKGARANTIE

Paragraaf 43a van de UAV 2012 vervalt en wordt vervangen door de navolgende bepaling:

- De aannemer moet zo spoedig mogelijk nadat het werk aan hem is opgedragen, doch uiterlijk voor het verschijnen van de eerste termijn, een door een bank of verzekeringsmaatschappij afgegeven bankgarantie ten behoeve van de opdrachtgever stellen. De bankgarantie moet worden opgesteld volgens het model dat als bijlage bij dit bestek is opgenomen. De waarde van de bankgarantie bedraagt van de aannemingsom in procenten: tien. (10%) (...).'

1.12. In de 1^e Nota van Inlichtingen (gunningsfase), d.d. 10 juni 2015, zijn – voor zover relevant – met betrekking tot par. 00.02.43-91 van het bestek de volgende vragen met bijbehorende antwoorden opgenomen:

1.12.1. Vraag 18: In deze bepaling verlangt de opdrachtgever een bankgarantie van 10% tot einde werk, hetgeen buitenproportioneel hoog is. Daarmee wijkt het af van de bepaling van de UAV en in voorschrift 3.5D lid 2 van de Gids Proportionaliteit waarin een zekerheidstelling van 5% wordt voorgeschreven: (1) Om welke projectspecifieke redenen is de opdrachtgever van oordeel dat de hogere bankgarantie gerechtvaardigd is? (2) Is de opdrachtgever bereid om een zekerheidstelling te aanvaarden van 5% tot oplevering van het werk?

Antwoord: Wij handhaven de bankgarantie van 10% met de volgende motivatie: Landelijk is de financiële positie van aannemers als gevolg van de financiële crisis relatief zwak. Dat impliceert voor de aanbestedende dienst een verhoogd projectrisico als gevolg van faillissement van de geselecteerde aannemer gedurende het project. Met deze hogere bankgarantie mitigeert de aanbestedende dienst dit verhoogde projectrisico.'

1.12.2. Vraag 102: In dit besteksonderdeel wordt een bankgarantie van 10% gevraagd. Dit is echter zeer hoog en ongebruikelijk. Wij stellen dan ook voor om dit te veranderen in de gebruikelijke 5%. Is dit akkoord?

Antwoord: Dat is niet akkoord. Zie antwoord op vraag 18.'

1.12.3. Vraag 174: Een bankgarantie van 10% is niet gebruikelijk. Is opdrachtgever bereid de bankgarantie naar 5% bij te stellen bv in combinatie met een achtergestelde betaling van 5% tot einde onderhoudstermijn? Daarbij verzoeken we u de einddatum van de bankgarantie vast te stellen.

Antwoord: Zie antwoord op vraag 18.'

1.13. In de 2^e Nota van Inlichtingen (gunningsfase) van 26 juni 2015 zijn – voor zover relevant – de volgende vragen met bijbehorende antwoorden opgenomen.

Vraag 184: Ondanks onze goede financiële positie is beleid van de inschrijver om zonder een goed project gebonden onderbouwing, geen hogere bankgarantie te verstrekken dan 5 % van de aanneemsom. Gezien ook meerdere inschrijvers via de 1e nota van inlichtingen hebben verzocht om de bankgarantie te verlagen van 10 % naar 5 %, willen wij nogmaals Opdrachtgever verzoeken om de bankgarantie naar de proportionele waarde van 5 % aan te passen. Opdrachtgever benoemt in zijn antwoord voor de motivatie, naar zijn stelling een landelijk probleem en geen project specifieke motivatie.

Antwoord: Geen wijziging in reeds verstrekte beantwoording.'

1.14. Op 3 juli 2015 heeft klager opnieuw een brief aan beklagde gestuurd. Daarin heeft zij onder andere het volgende geschreven:

'Naar aanleiding van uw selectieleidraad (...) heeft u op 10 april jl. van ons een brief ontvangen. In deze brief hebben wij aangegeven dat wij (...) moeite hebben met uw eis inzake 10% bankgarantie (...). U heeft hier geen gehoor aan gegeven. Helaas zijn wij genoodzaakt, mede naar aanleiding van geluiden uit de markt, om vervolgstappen te ondernemen.

(...)

Hoewel wij reeds, conform paragraaf 5.5 van uw inschrijvingsleidraad, u in kennis hebben gesteld van onze klacht en u de gelegenheid hebben gegeven hierop te reageren, stellen wij het volgende voor.

Alvorens wij een klacht gaan indienen bij de Commissie van Aanbestedingsexperts, stellen wij u nogmaals in de gelegenheid om de eis met betrekking tot 10% bankgarantie terug te brengen naar 5% (...).'

2. Beschrijving klacht

De geëiste bankgarantie van 10% is in strijd met Voorschrift 3.5D lid 2 van de Gids Proportionaliteit en tevens met par. 43a lid 3 van de UAV 2012.

3. Onderbouwing klacht

- 3.1. De Gids Proportionaliteit koppelt als eerste voorwaarde aan het vragen van een zekerheidsstelling dat deze dient samen te hangen met het afdekken van risico's ten aanzien van de concrete uitvoering van de opdracht. Dat brengt met zich mee dat argumenten, die niet toezien op de concrete situatie van het project, niet kunnen gelden als een rechtvaardiging voor het eisen van een zekerheidsstelling op zichzelf en dus ook niet voor het bedingen van een zekerheid die hoger is dan de proportionele richtsnoer van 5%.
- 3.2. Beklaagde heeft de eis aanvankelijk gemotiveerd met het argument "De motivatie om de bankgarantie op 10% te stellen, is dat landelijk de financiële positie van aannemers als gevolg van de financiële crisis relatief zwak is. Dat impliceert voor de aanbestedende dienst een verhoogd projectrisico als gevolg van faillissement van de geselecteerde aannemer gedurende het project. Met deze hogere bankgarantie mitigeert de aanbestedende dienst dit verhoogde projectrisico".
- 3.3. Dit argument is niet passend omdat de huidige situatie niet slechter is dan de periode waarin de Aanbestedingswet en de Gids Proportionaliteit tot stand zijn gekomen. Het argument is niet projectspecifiek en bovendien heeft de aanbestedende dienst een andere eis gesteld om zich te vergewissen van de financiële draagkracht van de gegadigden in de vorm van een rapportage van Graydon of Dun&Bradstreet. De aanbestedende dienst heeft de 10% bankgarantie niet nodig van bedrijven met een zeer lage kans op faillissement, want dat is in essentie de strekking van de kwalificaties die aan de rapportages van Graydon en Dun&Bradstreet is gekoppeld.
- 3.4. Pas na dreiging met het indienen van een klacht bij de Commissie heeft beklagde nog een argument aan haar motivering toegevoegd, te weten een zeer strakke planning. Overschrijding van de planning kan inderdaad leiden tot extra kosten voor beklagde, maar dat heeft zij reeds afgedekt met een kortingsbepaling per dag tijdoverschrijding. Bovendien heeft beklagde het risico op tijdoverschrijding gemitigeerd middels haar emvi-uitvraag. Dit alles maakt dat de kans op een faillissement tijdens de opdracht gering is. Om die reden kan ook niet gesteld worden dat een zekerheidsstelling van meer dan 5% proportioneel is.

4. Reactie beklagde

- 4.1. In de selectiefase zijn vragen over de bankgarantie gesteld, welke in de Nota van Inlichtingen van 31 maart 2015 zijn beantwoord. Naar aanleiding van de beant-

woording in de Nota van Inlichtingen heeft beklagde van geen enkele gegadigde meer een bezwaar tegen de eis vernomen.

- 4.2. Alle gegadigden hebben in hun aanmelding in de Eigen Verklaring ingestemd met eis G2 van de bankgarantie.
- 4.3. Beklaagde heeft naar aanleiding van de brief van klager van 10 april 2015 (zie 1.7 hiervoor) in de selectiefase telefonisch contact met klager gehad. Klager heeft in die fase geen actie ondernomen. Wanneer klager in de selectiefase bij de Commissie haar klacht had ingediend, had beklagde de eis nog tijdig kunnen bijstellen. De klacht dient derhalve niet ontvankelijk te worden verklaard.
- 4.4. Beklaagde wenst in geval van faillissement van de aannemer over een voldoende grote geldsom te beschikken om de gevolgen van het faillissement op te vangen. Daartoe wordt 5% van de aanneemsom onvoldoende geacht.
- 4.5. Daarnaast is het kunnen verstrekken van een bankgarantie van 10% een bewijs van voldoende financiële draagkracht. Met de rapportages van D&B / Graydon die in de selectiefase gevraagd zijn, wordt die draagkracht onvoldoende gegarandeerd.
- 4.6. Het gaat om de belangen van 600 leerlingen die tijdelijk moeten verhuizen naar een andere locatie. Een verhuizing kan alleen in een grote vakantieperiode plaatsvinden, zodat een vertraging tot na aanvang schooljaar meteen minimaal een half jaar vertraging oplevert. Een vertraging zou grote invloed hebben op de aantrekkelijkheid van de school voor leerlingen en ouders en kan het voortbestaan van de school bedreigen.
- 4.7. Er is sprake van een zeer strakke planning en een direct gevolg in hoge kosten, wanneer er iets mis gaat. Met de kortingsregeling van de UAV 2012 worden de gevolgen van een faillissement niet opgevangen.

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie constateert dat beklagde een Europese niet-openbare aanbestedingsprocedure heeft gehouden. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en 2 Aw 2012; hoofdstuk 3 ARW 2012; Gids Proportionaliteit.
- 5.2. Bij de beoordeling van de klacht stelt de Commissie het volgende voorop. Klager heeft desgevraagd aan de Commissie laten weten dat zij een brancheorganisatie is in de zin van art. 7 lid 1 sub b van het Reglement van de Commissie en dat zij in deze klachtprocedure optreedt namens twee ondernemers. Het betreft meer in het bijzonder twee ondernemers die in de selectiefase van de onderhavige aanbestedingsprocedure door beklagde zijn geselecteerd en tot het doen van een inschrijving zijn uitgenodigd (zie 1.9 hiervoor).
- 5.3. De Commissie zal allereerst ingaan op de stelling van beklagde dat klager haar klacht eerder had moeten indienen (zie 4.3 hiervoor), dat wil zeggen: nadat in de selectiefase duidelijk werd dat beklagde de in paragraaf 4.2.1 ("Financiële en economische draagkracht") van de selectieleidraad opgenomen eis G2 niet zou aanpassen en voordat zij de selectiefase afsloot met een uitnodiging tot inschrijving aan de geselecteerde gegadigden. De Commissie overweegt met betrekking tot deze stelling van beklagde het volgende.

- 5.3.1. Volgens bestaande jurisprudentie mag van een (potentiële) gegadigde of inschrijver een proactieve houding worden verwacht. Dit houdt voor een geval als het onderhavige in dat een onderneming die voornemens is zich als gegadigde aan te melden – mogelijke – onduidelijkheden of onvolkomenheden in de selectieleidraad bij de aanbestedende dienst moet signaleren zodra hij die redelijkerwijze behoorde op te merken. De ratio daarvan is dat de aanbestedende dienst daarmee in staat wordt gesteld (de gevolgen van) een mogelijke inbreuk op het van toepassing zijnde recht ongedaan te maken in een stadium waarin de nadelige gevolgen daarvan voor alle betrokken partijen zoveel mogelijk beperkt kunnen blijven.
- 5.3.2. Vaststaat dat beklagde reeds in de selectiefase door potentiële gegadigden is gewezen op de mogelijke aanbestedingsrechtelijke onrechtmatigheid van geschiktheidseis G2 (zie 1.6 hiervoor). Het staat echter tevens vast dat beklagde via de Nota van Inlichtingen van 31 maart 2015 in reactie op die signalen de potentiële gegadigden heeft laten weten dat zij geschiktheidseis G2 niet zou aanpassen. De Commissie neemt aan dat beklagde die reactie nog eens heeft bevestigd in het telefonisch overleg dat beklagde – al dan niet via de tussenkomst van haar adviseur – met klager heeft gehad naar aanleiding van de brief van klager van 10 april 2015 (zie 1.7, 1.8 en 4.3 hiervoor).
- 5.3.3. Het staat voorts vast dat de ondernemingen namens wie klager in deze klachtprocedure optreedt – niettegenstaande de in 5.3.2 bedoelde reactie van beklagde zoals verwoord in de Nota van Inlichtingen van 31 maart 2015 – zich vervolgens als gegadigde hebben aangemeld en dat zij in dat verband hebben verklaard – door ondertekening van de Eigen Verklaring – aan geschiktheidseis G2 te voldoen. Ook staat vast dat klager na het hiervoor bedoelde telefoongesprek geen verdere actie meer heeft ondernomen tot aan het moment waarop zij op 3 juli 2015 een tweede brief aan beklagde zond.
- 5.3.4. Gegeven de voorgaande stand van de feiten en gelet op de ratio van de in 5.3.1 hiervoor bedoelde verplichting van (potentiële) gegadigden of inschrijvers is de Commissie van oordeel dat de ondernemingen namens wie klager in deze klachtprocedure optreedt een onvoldoende proactieve houding hebben aangenomen door hun bezwaren tegen de contracvoorwaarde in par. 00.02.43-91 van het bestek – die materieel dezelfde strekking heeft als geschiktheidseis G2 – pas weer kenbaar te maken nadat zij een voor hen gunstige selectiebeslissing hadden verkregen. De ondernemingen mochten er na de reactie van beklagde op de eerder geuite bezwaren niet van uitgaan dat beklagde in haar uitnodiging tot inschrijving aan de gelecteerde gegadigden alsnog op die eis zou terugkomen. Voor dat oordeel pleit niet alleen dat de ondernemingen zich zonder verdere bezwaren te uiten akkoord hadden verklaard met geschiktheidseis G2, maar ook dat het beklagde niet is toegestaan om – mede gelet op de belangen van ondernemingen die hebben afgezien van een aanmelding als gegadigde omdat zij niet aan die eis konden voldoen – die eis na de selectiebeslissing in te trekken of te verlichten zonder tot heraanbesteding van de opdracht over te gaan (HvJ EG 29 april 2004, C-496/99 P (Commissie/CAS Succhi di Frutta), r.o. 115-117).
- 5.3.5. Dat de ondernemingen namens wie klager in deze klachtprocedure optreedt een onvoldoende proactieve houding hebben aangenomen, laat weliswaar onverlet dat beklagde – zoals hierna in 5.4 en volgende nog zal blijken – heeft gehandeld in strijd met de Gids Proportionaliteit, maar staat er aan in de weg dat klager daar in dit stadium nog tegen kan opkomen.
- 5.3.6. De klacht moet derhalve ongegrond worden verklaard.

- 5.4. De Commissie zal zich in de hierna volgende overwegingen nog ten overvloede uitlaten over de vraag of beklagde heeft gehandeld in strijd met de Gids Proportionaliteit.
- 5.5. Met betrekking tot het toetsingskader dat bij de beantwoording van die vraag moet worden gehanteerd, overweegt de Commissie het volgende.
- 5.5.1. In artikel 1.10 lid 4 Aw 2012 is bepaald dat een aanbestedende dienst hetzij de voorschriften van de Gids Proportionaliteit moet toepassen, hetzij een afwijking van die voorschriften moet motiveren in de aanbestedingsstukken.
- 5.5.2. Klager stelt allereerst dat geschiktheidseis G2 in strijd is met Voorschrift 3.5D Gids Proportionaliteit, waarin onder andere is bepaald – zie de leden 1 t/m 3 van dat voorschrift – dat een verlangde zekerheidsstelling moet samenhangen met het afdekken van risico's ten aanzien van de uitvoering van de opdracht, dat een verlangde zekerheidsstelling niet hoger mag zijn dan 5% van de opdrachtwaarde en dat een aanbestedende dienst geen dubbele zekerheidsstellingen mag verlangen. In de tweede plaats stelt klager dat beklagde heeft gehandeld in strijd met par. 43a UAV 2012 waarin is bepaald dat de waarde van de zekerheid 5% van de aanneemsom dient te bedragen. De Commissie begrijpt die laatste stelling aldus dat klager daarmee betoogt dat par. 00.02.43-91 van het bestek in strijd is met Voorschrift 3.9C Gids Proportionaliteit waarin is bepaald: 'In gevallen waarin voor een bepaalde soort overeenkomst contractmodellen of algemene voorwaarden bestaan die paritair zijn opgesteld, past de aanbestedende dienst deze integraal toe.' De toelichting op dit voorschrift noemt de UAV 1989 – de voorloper van de (licht gewijzigde) UAV 2012 – als een voorbeeld van paritair opgestelde voorwaarden (zie blz. 53 Gids Proportionaliteit).
- 5.5.3. In een geval als het onderhavige, waarin een aanbestedende dienst een zekerheidsstelling van 10% van de opdrachtwaarde bedingt – zowel in de vorm van een geschiktheidseis als in de vorm van een contractvoorwaarde waarin wordt afgeweken van par. 43a van de op de aanbestede overeenkomst van toepassing verklaarde UAV 2012 – verhouden de Voorschriften 3.5D en 3.9C Gids Proportionaliteit zich naar het oordeel van de Commissie wat hun toepassing betreft als volgt tot elkaar.
- 5.5.4. Uit de toelichting op Voorschrift 3.5D (zie blz. 36-37 Gids Proportionaliteit) kan worden opgemaakt dat het bedingen van een zekerheidsstelling – in de vorm van een geschiktheidseis – slechts raadzaam is indien dat voor de uitvoering van de concrete opdracht "strikt noodzakelijk" is. Is aan deze ingangsvoorwaarde voldaan, dan wordt een waarde van maximaal 5% van de opdrachtwaarde vervolgens als een proportioneel richtsnoer aangemerkt. Slechts in "zeer uitzonderlijke" gevallen kan – mits deugdelijk gemotiveerd – van dit richtsnoer worden afgeweken.
- 5.5.5. Uit (de toelichting op) Voorschrift 3.9C (zie blz. 53 Gids Proportionaliteit) kan impliciet worden afgeleid dat wanneer een aanbestedende dienst de UAV 2012 op de met de aanbesteding beoogde overeenkomst van toepassing verklaart, de vraag of het bedingen van een zekerheidsstelling – in de vorm van een contractvoorwaarde – al dan niet raadzaam is, niet meer aan de orde is: par. 43a UAV 2012 wordt immers als een proportionele contractvoorwaarde beschouwd, nu die bepaling onderdeel vormt van de paritair opgestelde UAV 2012. Alleen wanneer een aanbestedende dienst wil afwijken van par. 43a UAV 2012 – door een zekerheidsstelling te bedingen met waarde van meer dan 5% van de opdrachtwaarde – zal hij deze afwijking moeten kunnen motiveren.

- 5.5.6. Het voorgaande betekent naar het oordeel van de Commissie dat de Gids Proportionaliteit in een geval als het onderhavige verzwaarde eisen stelt aan de motivering om af te wijken van Voorschrift 3.5D, in vergelijking met de eisen die de Gids stelt aan de motivering om af te wijken van Voorschrift 3.9C. Een aanbestedende dienst zal een zekerheidsstelling immers alleen in de vorm van een geschiktheidseis kunnen bedingen indien dat voor de uitvoering van de concrete opdracht "strikt noodzakelijk" is. Slechts in "zeer uitzonderlijke" gevallen kan – mits deugdelijk gemotiveerd – hiervan worden afgeweken. Het voorgaande geldt naar het oordeel van de Commissie ook in het geval dat een aanbestedende dienst, die een zekerheidsstelling in de vorm van een geschiktheidseis wenst te bedingen, die zekerheidsstelling reeds zou mogen bedingen – gelet op het bepaalde in Voorschrift 3.9C – in de vorm van een contractvoorwaarde die is opgenomen in een paritair opgesteld contractmodel of algemene voorwaarden, zoals de UAV 2012. De ratio hiervan is dat de markteffecten van een zekerheidsstelling die is bedongen in de vorm van een geschiktheidseis anders en verstrekkender zijn dan die van een zekerheidsstelling bedongen in de vorm van een contractvoorwaarde. Wanneer een onderneming namelijk wil deelnemen aan meerdere aanbestedingsprocedures, bestaat de reële kans dat zij zich niet in al die procedures als gegadigde zal kunnen kwalificeren wanneer alle aanbestedende diensten zekerheidsstellingen in de vorm van geschiktheidseisen bedingen. Immers, telkens wanneer de huisbank van de betreffende onderneming hetzij een bankgarantie hetzij een bereidstellingsverklaring voor afgifte van een bankgarantie verstrekt, zal die bank het gegarandeerde bedrag in mindering brengen op de kredietfaciliteit van de betreffende onderneming. Dat de bankgarantie in het geval van een bereidstellingsverklaringseis – zoals in de onderhavige aanbesteding – pas daadwerkelijk hoeft te worden overgelegd na gunning van de opdracht, doet aan het voorgaande niet af. Het voorgaande betekent dat de mogelijkheden voor de onderneming om aan meerdere aanbestedingsprocedures deel te nemen beperkt worden, waarbij die onderneming zich bovendien zal moeten realiseren dat zij – statistisch gezien – niet als winnende inschrijver zal eindigen in alle procedures waaraan zij wél kan deelnemen. De voorgaande markteffecten treden niet op wanneer een bankgarantie pas hoeft te worden verstrekt – nadat een onderneming als winnende inschrijver in een aanbestedingsprocedure is geëindigd en met de betreffende aanbestedende dienst de beoogde overeenkomst heeft gesloten – op basis van een in die overeenkomst opgenomen contractvoorwaarde.
- 5.5.7. De Commissie zal gelet op het voorgaande eerst geschiktheidseis G2 toetsen aan Voorschrift 3.5D en vervolgens par. 00.02.43-91 van het bestek toetsen aan Voorschrift 3.9C van de Gids Proportionaliteit.
- 5.6. De Commissie overweegt het volgende met betrekking tot de toetsing van geschiktheidseis G2 aan Voorschrift 3.5D van de Gids Proportionaliteit.
- 5.6.1. In lid 1 van Voorschrift 3.5D is bepaald: "De aanbestedende dienst verlangt geen zekerheidsstelling die niet samenhangt met het afdekken van risico's ten aanzien van de uitvoering van de opdracht." Zoals hiervoor bleek, dient het voorschrift op grond van de Toelichting van de Gids Proportionaliteit aldus te worden begrepen dat een aanbestedende dienst een zekerheidsstelling in de vorm van een geschiktheidseis alleen kan bedingen indien dat voor de uitvoering van de concrete opdracht strikt noodzakelijk is. Een afwijking hiervan is alleen in zeer uitzonderlijke gevallen toegestaan, mits deugdelijk gemotiveerd.
- 5.6.2. Het staat vast dat beklagde de volgende motiveringen heeft gegeven voor het stellen van geschiktheidseis G2:
- (i) In Bijlage 3 van de selectieidraad (zie 1.5 hiervoor) wordt als motivering gegeven: 'Deze eis wordt gesteld om het risico van de opdrachtgever voor

voorfinanciering en/of achterstallig (maar wel betaald) werk te beperken. In de aannemingsovereenkomst wordt het financiële risico zoveel mogelijk beperkt door middel van bankgaranties en betalingschema's waarin voorfinanciering wordt voorkomen';

- (ii) In de Nota van Inlichtingen (selectiefase) heeft beklagde als motivering gegeven (zie 1.6.1 hiervoor): 'De motivatie om de bankgarantie op 10% te stellen, is dat landelijk de financiële positie van aannemers als gevolg van de financiële crisis relatief zwak is. Dat impliceert voor de aanbestedende dienst een verhoogd projectrisico als gevolg van faillissement van de geselecteerde aannemer gedurende het project. Met deze hogere bankgarantie mitigeert de aanbestedende dienst dit verhoogde projectrisico';
- (iii) In haar reactie op de klacht (zie 4.5 hiervoor) luidt de gegeven motivering als volgt: 'Daarnaast is het kunnen verstrekken van een bankgarantie van 10% een bewijs van voldoende financiële draagkracht. Met de rapportages van D&B / Graydon die in de selectiefase gevraagd zijn, wordt die draagkracht onvoldoende gegarandeerd'.

5.6.3. De te beantwoorden vraag is of de door beklagde verstrekte motiveringen haar beslissing om een zekerheidsstelling in de vorm van een geschiktheidseis te bedingen voldoende kan dragen. De Commissie is van oordeel dat dit het geval zal zijn indien uit die motivering – gegeven de doelstellingen die de wetgever met art. 1.10 Aw 2012 en met (Voorschrift 3.5D van) de Gids Proportionaliteit heeft beoogd – een goede afweging van de volgende aspecten blijkt:

- (i) de projectspecifieke belangen van beklagde, verband houdende met het afdekken van risico's ten aanzien van de uitvoering van de opdracht;
- (ii) de eventueel als gevolg van de geschiktheidseis G2 ontstane beperkingen van de kredietfaciliteiten en de daarmee verband houdende mogelijkheden van gegadigden om aan meerdere aanbestedingsprocedures deel te nemen (zie 5.5.6 hiervoor);
- (iii) de mate waarin het voor beklagde mogelijk is (geweest) om haar projectspecifieke belangen te dienen door het treffen van andere en minder vergaande maatregelen dan het stellen van geschiktheidseis G2.

5.6.4. De Commissie is van oordeel dat de door beklagde verstrekte motiveringen (zie 5.6.2 hiervoor) haar beslissing om een zekerheidsstelling te bedingen in de vorm van een geschiktheidseis onvoldoende kunnen dragen. Zij overweegt daartoe het volgende.

5.6.5. Nog afgezien van het feit dat beklagde haar motiveringsplicht in de aanbestedingsstukken moet nakomen en niet pas – zie de motivering in 5.6.2 onder (iii) hiervoor – in de onderhavige klachtprocedure (vergelijk overweging 5.7 van Advies 157 en overweging 5.2.9 van Advies 182) stelt de Commissie vast dat de in 5.6.2 onder (ii) en (iii) bedoelde motiveringen geen steun vinden in de selectieleidraad. Bovendien zijn de drie motiveringen afwijkend van elkaar. Daar komt bij dat op grond van de onder (i) bedoelde motivering gegadigden er juist van uit mochten gaan dat met name geschiktheids G3 – overlegging van een rapportage van D&B of Graydon (zie onder 1.5 hiervoor) – ziet op verkleining van de kans dat "het Project belast wordt met de gevolgen van een faillissement". De Commissie is van oordeel dat de door beklagde verstrekte motiveringen onduidelijk en wisselend van inhoud zijn.

5.6.6. Uit de in de selectieleidraad opgenomen motivering (zie 1.5 hiervoor, herhaald onder (i) in 5.6.2) blijkt dat beklagde met het stellen van de bankgarantie-eis (oorspronkelijk) de bedoeling heeft gehad haar risico voor voorfinanciering en/of achterstallig (maar wel betaald) werk te beperken. Aan die motivering heeft zij toegevoegd dat dit financiële risico in de te sluiten aannemingsovereenkomst zoveel mogelijk wordt beperkt door middel van bankgaranties en betalingschema's

waarin voorfinanciering wordt voorkomen. Door zelf aldus aan te geven dat het in de motivering genoemde financiële risico goed op een andere (en in de bouw zeer gebruikelijke) wijze kan worden beperkt door middel van het stellen van een bankgarantie-eis als contractvoorwaarde en door middel van een betalingsschema (gekoppeld aan een bouwvoortgangsplanning en fiattering van gereedgekomen werk), geeft beklagde er blijk van dat het voor haar mogelijk is om haar projectspecifieke belangen te dienen door het treffen van andere en minder vergaande maatregelen dan het stellen van de bankgarantie-eis als geschiktheidseis. De Commissie zal hierna in 5.7.5 nog ingaan op de vraag of het vervolgens proportioneel is om het risico voor voorfinanciering en/of achterstallig (maar wel betaald) werk in de aannemingsovereenkomst te beperken door zowel een bankgarantie-eis als betalingsschema's te bedingen.

- 5.6.7. Beklaagde stelt in de in 5.6.2 onder (ii) bedoelde motivering van haar beslissing dat de financiële positie van aannemers als gevolg van de financiële crisis landelijk gezien relatief zwak is. Zoals de Commissie echter hiervoor in 5.5.6 heeft aangegeven, behoeft de omstandigheid dat een onderneming niet in staat is een bereidstellingsverklaring van haar bank te overleggen op zichzelf nog geen teken te zijn van een zwakke financiële soliditeit, maar kan die omstandigheid nu juist het gevolg zijn van de (ook) door beklagde gevolgde praktijk om bankgarantie-eisen in de vorm van financiële geschiktheidseisen te gieten.
- 5.6.8. De in 5.6.2 onder (ii) en (iii) bedoelde, motiveringen miskennen voorts het doel en het karakter van een bankgarantie bij de uitvoering van bouwopdrachten. Een bankgarantie is een (extra) verhaalsmogelijkheid voor een opdrachtgever in met name de gevallen waarin verhaal van schade (bijvoorbeeld uit hoofde van wanprestatie of onrechtmatige daad) niet mogelijk is en om dekking te bieden voor disruptiekosten die zullen ontstaan als een opdrachtgever de gefailleerde bouwer moet vervangen door een ander. Naast die verhaalsmogelijkheid heeft de opdrachtgever in een geval van faillissement de beschikking over het nog niet bestede deel van de aanneemsom. Dat dit doel en karakter voor beklagde onvoldoende duidelijk was blijkt ook uit de tekst van de bankgarantie-eis waaruit op geen enkele wijze valt op te maken tot welk doel de bankgarantie als meerdere zekerheid zal strekken (zie 1.4 hiervoor).
- 5.6.9. De Commissie is gelet op het voorgaande dan ook van oordeel dat beklagde heeft gehandeld in strijd met het bepaalde in Voorschrift 3.5D lid 1 Gids Proportionaliteit door een zekerheidsstelling in de vorm van een geschiktheidseis te bedingen zonder die beslissing van een voldoende dragende motivering te voorzien. Daarmee kan een toets van geschiktheidseis G2 aan het bepaalde in lid 2 en lid 3 van Voorschrift 3.5D achterwege blijven.
- 5.7. De Commissie overweegt het volgende met betrekking tot de toetsing van par. 00.02.43-91 van het bestek aan Voorschrift 3.9C Gids Proportionaliteit.
 - 5.7.1. De Commissie neemt tot uitgangspunt dat tussen partijen niet ter discussie staat dat beklagde met par. 00.02.43-91 van het bestek is afgeweken van par. 43a UAV 2012. Daarmee staat vast dat beklagde Voorschrift 3.9C Gids Proportionaliteit niet heeft toegepast.
 - 5.7.2. Het staat eveneens vast dat beklagde haar afwijking van par. 43a UAV 2012 heeft gemotiveerd:
 - (i) In de 1^e Nota van Inlichtingen (gunningsfase) (zie 1.12.1 hiervoor) 'Wij handhaven de bankgarantie van 10% met de volgende motivatie: Landelijk is de financiële positie van aannemers als gevolg van de financiële crisis relatief zwak. Dat impliceert voor de aanbestedende dienst een verhoogd projectrisico als gevolg van faillissement van de geselecteerde aannemer gedu-

rende het project. Met deze hogere bankgarantie mitigeert de aanbestedende dienst dit verhoogde projectrisico.' Deze motivering is identiek aan de motivering die beklagde heeft gegeven in de Nota van Inlichtingen (selectiefase) (zie 1.6.1 hiervoor) met betrekking tot geschiktheidseis G2;

- (ii) In de reactie op de klacht (zie 4.5 hiervoor): 'Daarnaast is het kunnen verstrekken van een bankgarantie van 10% een bewijs van voldoende financiële draagkracht. Met de rapportages van D&B / Graydon die in de selectiefase gevraagd zijn, wordt die draagkracht onvoldoende gegarandeerd'.
- (iii) In de reactie op de klacht (zie 4.6 hiervoor): 'Het gaat om de belangen van 600 leerlingen die tijdelijk moeten verhuizen naar een andere locatie. Een verhuizing kan alleen in een grote vakantieperiode plaatsvinden, zodat een vertraging tot na aanvang schooljaar meteen minimaal een half jaar vertraging oplevert. Een vertraging zou grote invloed hebben op de aantrekkelijkheid van de school voor leerlingen en ouders en kan het voortbestaan van de school bedreigen.'
- (iv) In de reactie op de klacht (zie 4.7 hiervoor): 'Er is sprake van een zeer strakke planning en een direct gevolg in hoge kosten, wanneer er iets mis gaat. Met de kortingsregeling van de UAV 2012 worden de gevolgen van een faillissement niet opgevangen.'

5.7.3. De te beantwoorden vraag is dan of de door beklagde verstrekte motivering voldoende is om haar beslissing tot afwijking van par. 43a UAV 2012 te kunnen dragen, zodat aan het niet toepassen van Voorschrift 3.9C Gids Proportionaliteit geen betekenis meer toekomt. Zoals de Commissie eerder heeft overwogen (zie overweging 5.7.4 Advies 228) zal dit laatste het geval zijn indien uit die motivering een goede afweging van de volgende aspecten blijkt:

- (i) de aard en omvang van de met het voorwerp van de opdracht en de marktsituatie verband houdende projectspecifieke belangen van de aanbestedende dienst, die voor hem de aanleiding zijn geweest om de paritair opgestelde contractmodellen of algemene voorwaarden niet integraal toe te passen;
- (ii) de mate waarin in de paritair opgestelde contractmodellen of algemene voorwaarden niet dan wel onvoldoende rekening is gehouden met de belangen zoals hiervoor bedoeld;
- (iii) de mate waarin de door de aanbestedende van toepassing verklaarde voorwaarden van de overeenkomst – niettegenstaande dat daarmee wordt afgeweken van de paritair opgestelde contractmodellen of algemene voorwaarden – in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht;
- (iv) de mate waarin het voor de aanbestedende dienst mogelijk is (geweest) om de projectspecifieke belangen te dienen door het treffen van andere en minder vergaande maatregelen dan het niet integraal toepassen van de paritair opgestelde contractmodellen of algemene voorwaarden.

5.7.4. Nog afgezien van het feit dat beklagde haar motiveringsplicht in de aanbestedingsstukken moet nakomen en niet pas – zie de motiveringen in 5.7.2 onder (ii) t/m (iv) hiervoor – in de onderhavige klachtprocedure (zie ook overweging 5.6.2 hiervoor *in fine*), is de Commissie van oordeel dat de door beklagde verstrekte motiveringen haar beslissing om een bankgarantie te verlangen van 10% – in plaats van de in par 43a UAV 2012 bepaalde 5% – ook overigens onvoldoende kunnen dragen. De Commissie overweegt daarover het volgende.

5.7.5. Beklagde rechtvaardigt haar beslissing in de in 5.7.2 onder (i) bedoelde motivering met een verwijzing naar het verhoogde projectrisico dat zij zou lopen als gevolg van het feit dat de kans op een faillissement van de winnende inschrijver is toegenomen gelet op de landelijk gezien financiële zwakke positie van aannemers. In het verlengde daarvan wijst zij er in haar in 5.7.2 onder (ii) bedoelde motivering op dat zij belang heeft bij een voldoende financiële draagkracht van de winnende inschrijver die bij een bedongen bankgarantie van 5% onvoldoende

zou zijn gegarandeerd. De Commissie is van oordeel dat deze motivering niet overtuigend is om een afwijking van par. 43a UAV 2012 te rechtvaardigen. Zoals hiervoor is gebleken (zie 1.4 en 1.5 hiervoor) heeft beklagde bij de opzet van de aanbestedingsprocedure (oorspronkelijk) de bedoeling gehad de gevolgen van het door haar bedoelde faillissementsrisico te beperken door het stellen van geschiktheidseis G3. Met het stellen van een bankgarantie-eis in de aannemingsovereenkomst wilde zij vervolgens – in samenhang met betalingsschema's – een ander risico beperken, namelijk: het risico voor voorfinanciering en/of achterstallig (maar wel betaald) werk (zie ook 5.6.5 hiervoor). De Commissie is naar analogie van Voorschrift 3.5D lid 3 van oordeel dat het niet proportioneel is om het risico voor voorfinanciering en/of achterstallig (maar wel betaald) werk in de aannemingsovereenkomst te beperken door zowel betalingsschema's te bedingen als door het stellen van een bankgarantie-eis. Voor zover de Commissie beklagde dan vervolgens al zou kunnen volgen in haar (gewijzigde) bedoeling om met de gestelde bankgarantie-eis – in samenhang met geschiktheidseis G3 – de gevolgen van het faillissementsrisico te beperken, vermag zij niet in te zien waarom daarvoor een bankgarantie-eis van 10% in plaats van de gebruikelijke 5% nodig is. De Commissie wijst in dit verband nog op haar bovenstaande overweging in 5.6.7 waarin is geoordeeld dat beklagde het doel en het karakter van een bankgarantie bij de uitvoering van bouwopdrachten lijkt te miskennen.

- 5.7.6. Met betrekking tot de motiveringen van beklagde zoals hiervoor weergegeven in 5.7.3 (iii) en (iv) is de Commissie van oordeel dat beklagde daarmee miskent dat de kortingsregeling van nature een forfaitaire schadevergoedingsregeling is met betrekking tot schade die het gevolg is van te late oplevering. Het kortingsbedrag kan door de opdrachtgever krachtens par. 42 lid 6 UAV 2012 in mindering worden gebracht op hetgeen de opdrachtgever aan de aannemer verschuldigd is. Beklagde heeft niet aangetoond dat deze verrekeningsmogelijkheid in combinatie met een bankgarantie van 5% onvoldoende zou zijn om de vertragingsschade bij te late oplevering te dekken.
- 5.7.7. De Commissie is gelet op het voorgaande van oordeel dat de door beklagde verstrekte motivering naar de vorm verwarrend en naar de inhoud onvoldoende is om haar beslissing tot afwijking van par. 43a UAV 2012 te kunnen dragen. Dat betekent dat beklagde heeft gehandeld in strijd met Voorschrift 3.9C Gids Proportionaliteit.

6. Advies

Dat de ondernemingen namens wie klager in deze klachtprocedure optreedt een onvoldoende proactieve houding hebben aangenomen, laat weliswaar onverlet dat beklagde heeft gehandeld in strijd met Voorschrift 3.5D lid 1 en Voorschrift 3.9C van de Gids Proportionaliteit, maar staat er aan in de weg dat klager daar in dit stadium nog tegen kan opkomen. De Commissie acht de klacht **ongegrond**.

7. Aanbeveling

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

Den Haag, 12 augustus 2015

w.g.:

Mr. J.G.J. Janssen
Voorzitter

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

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid