

Commissie van Aanbestedingsexperts

21 april 2015, Advies 216

JAAN, nr. 97

NOOT

Beperking beroep op een derde, proactiviteit

Dit advies van de Commissie is om twee redenen interessant. De eerste reden betreft de positie van een branche-organisatie als klager bij de Commissie. De tweede reden betreft de toelaatbaarheid van de in dit geval door de aanbesteder gestelde beperkingen aan het beroep op een onderaannemer.

Branche-organisatie als klager en proactiviteit

Het reglement van de Commissie voorziet in art. 7 lid 1 sub b in de mogelijkheid dat branche-organisaties een klacht indienen bij de Commissie. Daarbij moet het gaan om organisaties die optreden namens één of meerdere ondernemers die een opdracht willen verwerven, waarbij zij echter de naam van die inschrijvers niet behoeven te vermelden. In art. 8 lid 3 is een beperking gesteld voor klagers die rechtstreeks betrokken zijn bij de aanbesteding (gegadigden, inschrijvers en onderaannemers). Die beperking houdt in dat die betrokkenen eventuele voorschriften die in de aanbestedingsstukken zijn opgenomen ten aanzien van de indiening van een klacht dienen na te leven. Voor branche-organisaties ontbreekt een dergelijke bepaling en daarmee ook een dergelijke beperking. Een beperking die het reglement wel kent en die vooral voor branche-organisaties relevant zal zijn, is opgenomen in art. 9 sub h Reglement. Die beperking

houdt in dat bij de Commissie niet geklaagd kan worden over het aanbestedingsbeleid van een aanbesteder in het algemeen. Van die beperking kan de Commissie ook niet afwijken, zo blijkt uit het derde lid van hetzelfde artikel (ook niet bij bijzondere omstandigheden). Die beperking zal met name branche-organisaties raken nu dergelijke organisaties doorgaans opkomen voor de algemene belangen van de branche en hun klachten vaker aanbesteding-overstijgend zullen zijn.

In dit concrete geval was door de aanbesteder een beroep gedaan op de beperking dat niet over het algemene aanbestedingsbeleid geklaagd kon worden. De branche-organisatie had haar klacht wel algemeen ingestoken met de stelling dat de door de aanbesteder opgeworpen beperking van de deelname aan de aanbesteding in algemene zin onwenselijk was. Toch achtte de Commissie de klacht ontvankelijk. Waarschijnlijk om dat oordeel in evenwicht te brengen werd de klacht van de branche-organisatie door de Commissie vervolgens volledig gekoppeld aan de positie van de inschrijver die concreet vertegenwoordigd werd. Omdat die volgens de aanbestedingsstukken niet op tijd geklaagd had, werd ook de klacht van de branche-organisatie ongegrond verklaard. Ik acht de vraag gerechtvaardigd of dit in overeenstemming is met het eigen reglement van de Commissie. In het licht van een recente uitspraak van de Voorzieningenrechter Rechtbank Gelderland (22 januari 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:1042) is verder de vraag gerechtvaardigd of de Commissie de Grossmann-leer niet te streng hanteert. In genoemde uitspraak oordeelde de voorzieningenrechter: *Wat er van dit alles ook zij, nu sprake is van een methode van beperking van het aantal gegadigden die in strijd is met art. 2.100 Aanbestedingswet 2012 en daarom tegenover alle gegadigden niet rechtmatig is, is de gemeente gehouden de beslissing zoals op 18 november 2015 geuit ten aanzien van de niet-openbare aanbesteding 'raamovereenkomst asfalt 2016-2019' in te trekken, ongeacht of een gegadigde/inschrijver voor het sluiten van de uiterste aanmeldtermijn zijn bezwaren ten aanzien van de lotingssystematiek aan de orde heeft gesteld. Het beroep op het Grossmann-arrest (HvJEG 12 februari 2004, C-230/02) c.q. rechtsverwerking kan dan ook niet slagen.* Hoewel de Voorzieningenrechter hier

mee leek af te wijken van de geldende leer, lijkt het zeer verdedigbaar dat schendingen van het recht niet onomkeerbaar zouden mogen worden door een enkel tijdsverloop.

De inhoudelijk beperkende eis

Gelet op het voorgaande heeft het er enige schijn van dat de Commissie de kool en de geit trachtte te sparen door na ongegrond bevinding van de klacht toch een inhoudelijk oordeel te geven. Dit oordeel wordt ten overvloede gegeven maar laat weinig twijfel over de vraag of de Commissie de beperking van de mededinging toelaatbaar acht. Het antwoord luidt ontkennend. De beperking die de aanbesteder had opgenomen hield in dat een onderaannemer maar door één inschrijver mocht worden meegenomen. De Commissie vraagt zich af of de wens van de aanbesteder om iedere collusie uit te sluiten deze beperking wel rechtvaardigt en ook of er geen andere middelen zijn die effectiever en proportioneel zijn om hetzelfde doel te bereiken. Daarbij noemt de Commissie met name de K-verklaring (voortvloeiend uit het Aanbestedingsreglement Werken 2012, inhoudende een verklaring van het hoogste management van de inschrijving van concreet geen schending van de mededingsregels heeft plaatsgevonden). De Commissie acht ook van belang dat het aan de onderaannemer in dit geval uit te besteden deel relatief klein was. Bij wijze van overweging ten overvloede oordeelt de Commissie de beperking ontoelaatbaar.

In grote lijnen acht ik dit oordeel juist. Het is aan de orde van de dag dat aannemers bij dezelfde leveranciers prijzen moeten opvragen om in te kunnen schrijven op concrete aanbestedingen. Vaak zijn daarbij de door een aanbesteder gestelde eisen ook nog eens zo gesteld dat de spoeling van potentiële leveranciers al gauw dun wordt. Dat meerdere inschrijvers bij één leverancier prijzen opvragen houdt op zich echter nog geen onaanvaardbare beperking van de mededinging in, zeker niet als die leverancier een ondergeschikt deel van de opdracht levert. De thans voorgeschreven beperking ziet verder op een wettelijk recht om een beroep op een derde te doen om financiële gegoedheid en kennis en kunde aan te tonen. Enige nuancering is naar mijn mening echter wel mogelijk. Anders dan de Commissie lijkt mij de K-verklaring geen ge-

lukkig middel nu die naar mening achterhaald is door de instrumenten die de ACM er sinds de aanpassingen van de Mededingingswet (die zijn doorgevoerd nadat de K-verklaring als reactie op de bouwfraude in het leven werd geroepen), die tot serieuze sancties voor bestuurders van ondernemingen kunnen leiden indien de mededinging geschonden wordt. Ook zonder K-verklaring zou ik menen dat een eerlijke mededinging al (wettelijk) geborgd is. Een andere nuancering is dat er omstandigheden denkbaar kunnen zijn dat de door de aanbesteder gewenste beperking wel verdedigbaar zou kunnen zijn. Dat zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn indien een onderaannemer een doorslaggevende invloed heeft op de prijs en de uitvoering van de door de inschrijver gedane bieding. In die gevallen zal de leverancier die bij meerdere inschrijvers aan tafel zit een invloed kunnen uitoefenen op de uitkomst van een aanbesteding. Ook dan zal echter de bescherming van de Mededingingswet onverkort gelden en zal een inschrijver zelf de afweging moeten maken of hij zich met de inzet van een dergelijke onderaannemer niet op glad ijs zal begeven.

Een laatste opmerking is nog dat er bijna een jaar overheen is gegaan voordat het advies gepubliceerd is. Het reglement van de Commissie gaat er in artikel 12 vanuit dat publicatie in de regel na beëindiging van de aanbestedingsprocedure (geanonimiseerd) zal plaatsvinden. Dat is hier kennelijk niet gebeurd. Gelet op de taak en functie van de Commissie is het jammer te noemen indien adviezen niet of pas zeer laat gepubliceerd worden.

Conclusie en enkele vuistregels voor de praktijk
Branche-organisaties zullen bij hun klachten goed moeten afwegen of zij zich specifiek namens één betrokkene melden of namens meerdere betrokkenen. In het eerste geval kan hun slagkracht beperkt worden omdat zij met een individuele betrokkene vereenzelvigd kunnen worden. In het laatste geval geldt dat zij de beperking in het oog zullen moeten houden dat geen klachten ingediend kunnen worden die het algemene beleid van een aanbesteder betreffen (welk beleid eerder in het vizier zal komen als er een algemene klacht namens meerdere betrokkenen wordt ingediend). Aanbesteders zullen er

op hun beurt op bedacht moeten zijn dat beperkingen van een beroep op onderaannemers niet snel aanvaardbaar zullen zijn.

L.C. van den Berg,
advocaat bij Severijn Hulshof Advocaten