

COLOFON

Redactie:

mr. I.A.H. Dolmans-Budé
Dolmans-Budé Legal B.V.

drs. S. de Jong
Tender Services Group, Den Haag

prof. mr. G.W.A. van de Meent
Loyens & Loeff advocaten, Amsterdam

mr. L.J.W. Sueters
Bartels Sueters Aanbestedingsadvocatuur BV,
's-Hertogenbosch

ir. H.L.J.M. Wijnen
PIANOo, Den Haag

mr. A.W. van Wijngaarden
International Tender Services BV, Raalte

Eindredactie: Marit Hazeleger
E-mail: marit@redactioneleproducties.nl

Uitgever: Virginie Wagenaar
Tel.: (020) 515 93 95
E-mail: Virginie.Wagenaar@reedbusiness.nl

Abonnementen:

Abonnementen: € 216,00 p.j. (incl. BTW)
Losse nummers: € 30,50 (incl. BTW)
Bij betaling via acceptgiro zullen wij een bedrag van € 2,50 (incl. BTW) aan kosten in rekening brengen. Abonnementen lopen automatisch door, tenzij uiterlijk 30 dagen voor de vervaldatum bij onze klantenservice wordt opgezegd via telefoonnummer (0314) 35 83 58.

Aanvraag abonnementen/wijzigingen:
Klantenservice: (0314) 35 83 58
E-mail: klantenservice@reedbusiness.nl

www.xpertinkoopenaanbesteding.nl
De artikelen in de Tender Nieuwsbrief worden gearchiveerd in de kennisbank Xpert Inkoop en Aanbesteding van Reed Business bv.

De Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht fungeert als forum voor vraagstukken op het gebied van het nationale, Europese en internationale aanbestedingsrecht.

International Tender Services BV adviseert, begeleidt en traint overheden en nutsbedrijven ter optimalisering van hun inkoopprocessen en aanschaffingen in het kader van de implementatie van wettelijke EG-aanbestedingsvoorschriften.

Aan de totstandkoming van deze uitgave is de uiterste zorg besteed. Voor informatie die nochtans onvolledig of onjuist is opgenomen, aanvaardt de redactie en uitgever geen aansprakelijkheid. Voor eventuele verbeteringen van de opgenomen gegevens houden zij zich gaarne aanbevolen.

Niets uit deze uitgave mag worden overgenomen of vermenigvuldigd zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Uw opgegeven gegevens kunnen worden gebruikt voor het toezenden van informatie en/of speciale aanbiedingen door Reed Business bv en speciaal geselecteerde bedrijven. Indien u hiertegen bezwaar heeft, stuurt u een briefje naar Reed Business bv, t.a.v. Adresregistratie, Postbus 808 7000 AV Doetinchem.

Uitgeversverband
Groep uitgevers voor
vak en watchdog

Tender Nieuwsbrief is een uitgave van
Reed Business bv, Amsterdam
© 2016
ISSN: 1384-2838

DE ZAAK

Voorschrijven maximum percentage onderaannemers niet toegestaan

Zo nu en dan schrijven aanbestedende diensten in de aanbestedingsdocumentatie voor dat de onderneming die in aanmerking komt voor de opdracht slechts een bepaald percentage van de opdracht door onderaannemers mag laten uitvoeren. Uit het Wroclaw-arrest¹ van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) blijkt dat het hanteren van dergelijke voorschriften in Europese aanbestedingsprocedures niet is toegestaan. Sterker nog, het Wroclaw-arrest toont aan dat alle verboden of beperkingen op het inschakelen van onderaannemers een kritische blik verdienen.

Achtergrond

In het arrest gaat het om een Europese niet-openbare procedure uit 2007 voor de aanleg van een gedeelte van een ringweg in Wroclaw (Polen). Dit project kwam tot stand met behulp van financiële steun van de Europese Unie. In het bestek van de aanbesteding had de aanbestedende dienst het volgende voorgeschreven: 'De ondernemer is gehouden minimaal 25% van de onder de opdracht vallende werken met eigen middelen uit te voeren.'

Na afloop van de uitvoering van de opdracht is een administratieve procedure opgestart door de nationale Poolse autoriteiten die belast zijn met het toezicht op de regelmatigheid van de Europese financiële steun. Deze autoriteiten pasten een fikse financiële correctie van 5% van de uit openbare middelen gefinancierde kosten toe, onder andere omdat de aanbestedingsprocedure vanwege het voornoemde voorschrift in strijd zou zijn met artikel 25 van Richtlijn 2004/18/EG. Dit artikel bepaalt dat de aanbestedende dienst de inschrijver kan verzoeken om in zijn inschrijving aan te geven welk gedeelte van de opdracht hij voornemens is aan derden in onderaanneming te geven en welke onderaannemers hij voorstelt.

De Poolse bestuursrechter stelt in eerste aanleg twee prejudiciële vragen aan het HvJ EU. De eerste vraag komt er op neer of het aanbestedende diensten in het licht van artikel 25 van richtlijn 2004/18/EG is toegestaan te bepalen dat de ondernemer aan wie de opdracht wordt gegund een bepaald percentage van de opdracht met eigen middelen moet uitvoeren. Indien deze vraag ontkennend wordt beantwoord, luidt de

tweede vraag of toepassing van dit vereiste een schending van het recht van de Europese Unie vormt die een financiële correctie in de zin van artikel 98 van verordening nr. 1083/2006 rechtvaardigt. Wij richten ons op de eerste vraag.

Beoordeling HvJ EU

In het arrest oordeelt het HvJ EU dat een dergelijk voorschrift niet is toegestaan. Onder verwijzing naar eerdere jurisprudentie² verduidelijkt het HvJ EU dat in artikel 25 Richtlijn 2004/18/EG sprake is van een beroep op onderaannemers 'zonder dat daarop enige beperking wordt aangebracht.' Het HvJEU verwijst in het arrest eveneens naar artikel 48 lid 3 Richtlijn 2004/18/EG, waaruit blijkt dat inschrijvers – in beginsel – zonder beperking een beroep op derden kunnen doen om te voldoen aan geschiktheidseisen. Voor zover inschrijvers kunnen aantonen dat zij daadwerkelijk kunnen beschikken over de voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijk middelen, is een beroep op onderaannemers mogelijk. Alleen ingeval de aanbestedende dienst bij het onderzoek van de offertes en de selectie van de opdrachtnemer aan wie de opdracht wordt gegund niet de capaciteiten van de in te schakelen onderaannemers heeft kunnen nagaan, mag de aanbestedende dienst verbieden dat die onderaannemers worden ingeschakeld voor 'wezenlijke onderdelen' van de opdracht, aldus het HvJ EU.³ Dat is echter in deze procedure niet aan de orde, nu het beroep op onderaannemers in deze opdracht op abstracte wijze wordt beperkt tot een bepaald percentage van de opdracht en dit ongeacht de mogelijkheid de capaciteiten van

de eventuele onderaannemers na te gaan en zonder vermelding van de wezenlijke aard van de betrokken taken. Het beding wordt daarom in strijd geacht met Richtlijn 2004/18/EG.

Het HvJ EU oordeelt voorts dat, gesteld dat het beding een bijzondere uitvoeringsvoorwaarde vormt in de zin van artikel 26 van Richtlijn 2004/18/EG, een dergelijk beding ook uit hoofde van dit artikel niet toelaatbaar is, omdat het strijdig is met artikel 48 lid 3 van deze richtlijnen en daarmee dus met het recht van de Europese Unie.

Commentaar

Hoewel relatief weinig aanbestedende diensten in Nederland voorschrijven dat de ondernemer aan wie de opdracht wordt gegund een bepaald percentage van de opdracht met eigen middelen moet uitvoeren, zien wij toch af en toe opdrachten⁴ opduiken waarin dergelijke of vergelijkbare voorschriften wel worden gehanteerd. Het arrest van het HvJ EU maakt duidelijk dat aanbesteders dergelijke voorschriften beter achterwege kunnen laten. Sterker nog, *alle* verboden of beperkingen op het inschakelen van onderaannemers verdienen een kritische blik.

Advocaat-Generaal Sharpston wijst er in de conclusie bij het arrest op dat overweging 32 van Richtlijn 2004/18/EG verklaart dat de mogelijkheid van onderaanneming MKB-ondernemingen kan aanmoedigen om mee te dingen naar overheidsopdrachten. In dat kader stelt hij dat onderaanneming ertoe bijdraagt dat de doelstellingen van de richtlijnen worden verwezenlijkt door het aantal potentiële kandidaten voor overheidsopdrachten te vergroten. Deze doelstellingen mogen niet worden doorkruist door verboden of beperkingen op het inschakelen van onderaannemers.⁵ De doelstelling om de deelneming van het MKB aan overheidsopdrachten te bevorderen is in de nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijnen niet anders. De Aanbestedingswet 2012 streeft dit doel bovendien na voor boven- én onderdrempelige opdrachten. Ook bij (onderdrempelige) opdrachten waarop de Europese aanbestedingsrichtlijnen niet, of beperkt, van toepassing zijn, raden wij gelet op deze doelstellingen af om het inschakelen van onderaannemers te beperken of te verbieden. Een dergelijk handelen kan mogelijk in strijd worden geacht met de doelstellingen van de Aanbestedingswet 2012.

Wat mogen aanbestedende diensten dan wel? In het arrest Swm Costruzioni 2 en Mannocchi

Luigino heeft het HvJ EU geoordeeld dat het niet is uitgesloten dat werkzaamheden bijzonderheden vertonen die een bepaalde draagkracht en bepaalde bekwaamheden vereisen die niet kunnen worden verkregen door de kleinere draagkracht en bekwaamheden van meerdere ondernemingen bij elkaar te brengen.⁶

In die omstandigheden mogen aanbestedende diensten verlangen dat één ondernemer het minimumniveau van de betrokken draagkracht heeft of, in voorkomend geval dat de draagkracht door een beperkt aantal ondernemers wordt geleverd. Een dergelijk vereiste moet dan echter wel verband houden met en in verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht. Dat een dergelijk vereiste onder omstandigheden is toegestaan, betekent volgens de Advocaat-Generaal niet dat de aanbestedende dienst onderaanneming als zodanig mag verbieden of beperken. Niets belet namelijk dat 'één ondernemer' of 'een beperkt aantal ondernemers' de onderaannemer is of onderaannemers zijn van de inschrijver(s) aan wie de opdracht wordt gegund.

Verder verduidelijkt het arrest dat Richtlijn 2004/18/EG niet vergt dat een aanbestedende dienst aanvaardt dat de uitvoering van wezenlijke onderdelen van de opdracht wordt overgelaten aan entiteiten waarvan de aanbestedende dienst niet de capaciteiten heeft kunnen nagaan. Als een aanbestedende dienst deze capaciteiten niet heeft kunnen nagaan, mag de aanbestedende dienst het inschakelen van die entiteiten (onderaannemers) dus verbieden. Een dergelijk verbod of dergelijke beperking wordt gerechtvaardigd door het rechtmatige belang van een aanbestedende dienst om te verzekeren dat de overheidsopdracht efficiënt en naar behoren wordt uitgevoerd. Andere verboden of beperkingen zijn in het licht van Richtlijn 2004/18/EG ontoelaatbaar. De Advocaat-Generaal merkt wat dit betreft op dat het interessant is dat dezelfde ratio naar voren komt in artikel 63, lid 2, van richtlijn 2014/24/EU.⁷ Volgens die bepaling kunnen aanbestedende diensten eisen dat bepaalde kritieke taken rechtstreeks door de inschrijver zelf worden verricht. Hoewel die bepaling nu uitdrukkelijk beperkingen op onderaanneming tijdens de fase van het onderzoek en de selectie toestaat, zijn dergelijke beperkingen volgens de Advocaat-Generaal 'enkel aanvaardbaar voor zover zij betrekking hebben op welomschreven taken die worden gezien als "kritiek" voor de uitvoering

van de opdracht.' Ook voor aanbestedingsprocedures onder de nieuwe richtlijn zijn de mogelijkheden voor beperking van onderaanneming dus gering. Aanbestedende diensten zijn wat dat betreft gewaarschuwd.

Minder duidelijk tot slot is hoe dit arrest zich precies verhoudt tot artikel 48 lid 2 sub i en artikel 60 lid 4 van Richtlijn 2004/18/EG respectievelijk Richtlijn 2014/24/EU. In deze bepalingen staat dat de technische bekwaamheid van ondernemers mede kan worden aangetoond aan de hand van 'een omschrijving van het gedeelte van de opdracht dat de ondernemer eventueel in onderaanneming wil geven'.⁸ Gelet op de jurisprudentie die in dit artikel aan de orde is gekomen, begrijpen wij niet op welke wijze deze bepaling toegepast zou mogen worden. Immers, wij maken uit voornoemde jurisprudentie op dat het bepalen van de geschiktheid van een inschrijver aan de hand van het gedeelte dat hij in onderaanneming geeft een ontoelaatbare beperking zou zijn en in strijd moet worden geacht met de Europese aanbestedingsrichtlijnen.

mr. M.S. Sprik en mr. A.B.B. Gelderman
KienhuisHoving advocaten & notarissen

Noten

1. HvJ EU 14 juli 2016, zaak C-406/14 (Wroclaw).
2. HvJ EU 10 oktober 2013, zaak C-94/12 (Swm Costruzioni 2 en Mannocchi Luigino), punt 31.
3. HvJ EU 18 maart 2004, zaak C-314/01 (Siemens en ARGE Telekom), punt 45.
4. Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 8 april 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1583. Een ander voorbeeld betreft de 'Standaard Bestuursverklaring' van Zorgverzekeraars Nederland die zorgkantoren hanteren in het kader van de inkoop van zorg die valt onder de Wet langdurige zorg.
5. De A-G spreekt zelfs over de 'essentiële rol van onderaanneming bij de bevordering van de doelstellingen van de richtlijn', zie punt 34.
6. HvJ EU 10 oktober 2013, zaak C-94/12 (Swm Costruzioni 2 en Mannocchi Luigino).
7. Zie artikel 2.95 lid 2 Aanbestedingswet 2012.
8. In Richtlijn 2004/18/EG wordt overigens slechts gesproken over 'de dienstverlener', waaruit kan worden afgeleid dat de technische bekwaamheid alleen bij overheidsopdrachten voor diensten op deze wijze kon worden aangetoond. In Richtlijn 2014/24/EU is dit aangepast en wordt gesproken over 'de ondernemer'.