

advocaten mrs. J.J.M. Sluijs te 's-Gravenhage, W.M. Ritsema van Eck te Leiden en W.G.B. van de Ven te Rotterdam,

tegen

1. de publiekrechtelijke rechtspersoon
GEMEENTE CULEMBORG,

zetelend te Culemborg,

2. de publiekrechtelijke rechtspersoon

GEMEENTE MAASDRIEL,

zetelend te Maasdriel,

3. de publiekrechtelijke rechtspersoon

GEMEENTE NEDER-BETUWE,

zetelend te Neder-Betuwe,

4. de publiekrechtelijke rechtspersoon

GEMEENTE TIEL,

zetelend te Tiel,

5. de publiekrechtelijke rechtspersoon

GEMEENTE WEST-BETUWE,

zetelend te West-Betuwe,

6. de publiekrechtelijke rechtspersoon

GEMEENTE WEST MAAS EN WAAL,

zetelend te West Maas en Waal,

7. de publiekrechtelijke rechtspersoon

GEMEENTE ZALTBOMMEL,

zetelend te Zaltbommel,

8. het openbaar lichaam

REGIO RIVIERENLAND,

zetelend te Tiel,

9. het openbaar lichaam (in oprichting)

UITVOERINGSORGAAN BREEDBANDNET-

WERK RIVIERENLAND i.o.,

gedaagden

advocaten mrs. G. Verberne en M.J. de Meij te Amsterdam.

De volledige uitspraak is te raadplegen op opmaat.sdu.nl.

35

Proportionaliteit clustering en beperking mededinging

Voorzieningenrechter Rechtbank Midden-Nederland

4 december 2019, nr. C/16/489232/KG ZA
19-644, ECLI:NL:RBMNE:2019:5901

(mr. M.J. Slootweg)

Noot mr. G.E. van den Beuken

Samenvoegen opdrachten. Proportionaliteitsbeginsel. Gebrek aan mededinging. Clustering. Samenhang. Beoordelingsmethode. Gelijkheidsbeginsel. Transparantiebeginsel.

[Aw 2012 art. 1.5, art. 1.10, art. 1.10a, art. 2.51, art. 2.94]

Gemeenschappelijke regeling afval verwijdering Utrecht (hierna: AVU), een samenwerkingsverband van 26 Utrechtse gemeenten die hun taken op het gebied van overslag, het transport en de verwerking van het door de gemeenten ingezamelde restafval en GFT overgedragen hebben aan AVU, heeft een Europese aanbestedingsprocedure uitgeschreven voor "Verwerken GFT en restafval + overslag en transport afval regio Utrecht". De opdracht is onderverdeeld in meerdere percelen.

EEW Energy From Waste Delfzijl B.V. (hierna: EEW) heeft bezwaar tegen de voorwaarden van de opdracht. Zij stelt dat alleen partijen die ervaring hebben met nascheiding van afval en over een nascheidingsinstallatie beschikken en die bovendien de beschikking hebben over een extreem grote capaciteit voor huishoudelijk afvalverwerking, kunnen inschrijven op perceel 2 van de aanbesteding. Hierdoor wordt de mededinging verandert beperkt en wordt de zittende dienstverlener AVR zwaar bevoordeeld ten opzichte van de rest van de markt. Door de onnodige samenvoeging van alle huishoudelijke afvalsoorten voor in totaal 26 gemeenten in één perceel, beperkt AVU de mededinging op kunstmatige wijze (art. 1.10a Aw 2012) en handelt zij in strijd met het proportionali-

teitsbeginsel (art. 1.10 Aw 2012) en het clusterverbod/perceelsopdelingsgebod (art. 1.5 Aw 2012).

Bezwaar tegen clustering van de opdracht in perceel 2

De voorzieningenrechter is van oordeel dat AVU haar belang om de opdracht in perceel 2 te clusteren voldoende heeft onderbouwd. EEW wijst er terecht op dat AVU, die een marktverkenning heeft gehouden, de uitkomsten van deze marktverkenning niet openbaar heeft gemaakt zodat deze niet controleerbaar zijn, maar EEW heeft aan de andere kant de stelling van AVU dat er een krapte op de afvalverwerkingsmarkt is omdat de vrij beschikbare capaciteit beperkt is en partijen bij een groot contract bereid zijn om capaciteit beschikbaar te maken, niet betwist.

EEW kan geen beroep doen op art. 1.5 Aw 2012, zij is geen MKB-bedrijf. EEW kan echter wel een beroep doen op art. 1.10 lid 2 onder a Aw en art. 1.10a Aw. Uit deze artikelen volgt dat bij de keuze van een aanbestedende dienst om opdrachten al dan niet samen te voegen het proportionaliteitsbeginsel in acht moet worden genomen en dat de opdracht niet zo mag worden ontworpen dat de mededinging hierdoor op kunstmatige wijze wordt beperkt. De voorzieningenrechter zal daarom beoordelen of als gevolg van de clustering op perceel 2 voldoende concurrentie is overgebleven.

EEW stelt dat gelet op de omvang van de opdracht alleen AVR en Attero in staat zullen zijn om op de opdracht in te schrijven. Dit is door AVU gemotiveerd betwist. AVU stelt dat de capaciteit van de verschillende afvalwerkingsinstallaties groter is dan de opdracht en dat ook de capaciteit van de afvalverwerkingsinstallatie van EEW twee keer zo groot is als de opdracht. Het is bovendien mogelijk om in combinatie of in hoofd-/onderaanneming in te schrijven. EEW heeft niet verder toegelicht waarom het onder deze omstandigheden voor andere marktpartijen dan AVR of Attero niet mogelijk zal zijn om een kans te maken op de opdracht. Daarom is onvoldoende aannemelijk geworden dat het volume van de opdracht tot een onevenredige beperking van de mededinging leidt.

EEW stelt verder dat als gevolg van de clustering van de opdracht voor NRA met de opdrachten voor HRA en GHA alleen bedrijven met een nascheidingsinstallatie op perceel 2 kunnen inschrijven. Dit zijn volgens EEW alleen AVR en Attero.

AVU merkt hierover op dat er al langer tijd binnen Nederland een tendens gaande is om over te gaan op nascheiding in plaats van, of naast, bronnscheiding. EEW, die voorheen vooral gericht was op de Britse markt, heeft niet op deze tendens ingespeeld en heeft niet in een nascheidingsinstallatie geïnvesteerd. Als gevolg van importheffingen op buitenlands afval is zij nu wel geïnteresseerd in de Nederlandse afvalmarkt, maar loopt zij tegen de beperking op dat zij geen nascheidingsinstallatie heeft. Dit is echter haar eigen keuze geweest en dit betekent niet dat AVU haar wensen op de mogelijkheden van EEW zou moeten afstemmen.

Anders dan EEW stelt, brengt het proportionaliteitsbeginsel niet mee dat AVU haar opdracht zo moet formuleren dat EEW hiermee in staat wordt gesteld zelfstandig, dus niet in combinatie of in hoofd-/onderaanneming, in te schrijven.

De conclusie luidt daarom dat AVU voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat zij een redelijk belang heeft bij clustering van de opdracht en dat het besluit tot clustering de mededinging niet onevenredig beperkt. Van strijd met art. 1.10 lid 2 onder a Aw en art. 1.10a Aw is niet gebleken. De primaire vorderingen onder I en II om perceel 2 op te splitsen, zullen daarom worden afgewezen.

Ervaringseisen

De voorzieningenrechter is van oordeel dat AVU met een beroep op art. 2.94 lid 2 Aw terecht heeft gesteld dat als ten aanzien van ervaringseisen een beroep op een derde wordt gedaan, die derde dan altijd zal moeten worden ingezet in het kader van de opdracht. Voor zover EEW heeft bedoeld te stellen dat gelet op de lange looptijd van de opdracht en de eisen van proportionaliteit de aanbesteding de mogelijkheid moet kennen om slechts voor een deel van de looptijd uit te gaan van de bekwaamheid van derden tot het moment dat de inschrijver die bekwaamheid zelf heeft verworven, wordt deze stelling verworpen. Het systeem van het aanbestedingsrecht brengt immers mee dat ten tijde van de inschrijving alle inschrijvers op gelijke wijze beoordeeld moeten worden op basis van dezelfde eisen. Daarin past niet het inbouwen van de mogelijkheid van een toekomstige beoordeling, dat zou ook neerkomen op een wijziging van de inschrijving. Nog daargelaten dat EEW in het geheel niet concreet heeft gemaakt dat een dergelijke optie al bestaat, kan dit niet

leiden tot toewijzing van de gevraagde voorzieningen.

Varianten-systematiek

Er is ook de mogelijkheid geboden om naast een "bestekconforme" inschrijving in te schrijven met een varianteninschrijving. In dat geval moet een inschrijver ook een bestekconforme en een variantinschrijving op perceel 3 doen.

De voorzieningenrechter acht het op basis van de toelichting die AVU heeft gegeven niet aannemelijk dat deze beoordelingssystematiek de concurrentie onevenredig beperkt en een dermate groot risico van manipulatie met zich brengt dat op basis daarvan geconcludeerd zou moeten worden dat de beoordelingssystematiek onvoldoende transparant of in strijd met het gelijkheidsbeginsel is. De primaire vordering onder III zal daarom worden afgewezen.

Kennisvoorsprong

EEW heeft aangenomen dat AVU een marktconsultatie heeft gehouden en de gegevens daarvan niet prijs heeft gegeven, waardoor AVR een kennisvoorsprong zou hebben gehad. AVU stelt dat er enkel een marktverkenning heeft plaatsgevonden, waarbij er geen gegadigden zijn betrokken bij de voorbereiding van de aanbestedingsprocedure, ex. art. 2.51 Aw 2012. De vordering wordt afgewezen nu AVU de stelling heeft betwist en EEW deze stelling niet nader heeft onderbouwd. Ook is niet gebleken dat AVR en Attero een voorsprong hebben. De vordering wordt afgewezen.

Slotsom

De voorzieningenrechter ziet in hetgeen EEW heeft aangevoerd geen aanleiding om andere maatregelen te treffen dan door EEW zijn gevorderd. Er zijn ook verder geen omstandigheden die maken dat deze aanbesteding gestaakt zou moeten worden. Deze vorderingen zullen daarom worden afgewezen.

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

EEW ENERGY FROM WASTE DELFTZIJL B.V., gevestigd te Delftzijl en kantoorhoudende te Farnsum,

eiseres in de hoofdzaak,

verweerster in het incident tot voeging, advocaat mr. S.S. Schouten te Deventer, tegen

de publiekrechtelijke rechtspersoon GEMEENSCHAPPELIJKE REGELING AFVAL VERWIJDERING UTRECHT,

zetelend te Soest,

gedaagde in de hoofdzaak,

verweerster in het incident tot voeging,

advocaat mr. E.E. Zeelenberg te Nijmegen, en

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

ATTERO B.V.,

gevestigd te Wijster,

verzoekster in het incident tot voeging,

advocaat mr. A.L. Appelman te Zwolle.

Partijen zullen hierna EEW, AVU en Attero genoemd worden.

1. De procedure

1.1. EEW heeft op 10 oktober 2019 een dagvaarding aan AVU laten betekenen en aan de rechtbank toegestuurd. Zij heeft de voorzieningenrechter bij brief van 6 november 2019 verzocht de mondelinge behandeling achter gesloten deuren te laten plaatsvinden. AVU heeft zich bij brief van 7 november 2019 tegen dit verzoek verzet. EEW heeft daar op haar beurt bij brief van 7 november 2019 op gereageerd. De rechtbank heeft partijen vervolgens bij e-mailbericht van 8 november 2019 meegedeeld dat ter zitting op het verzoek van EEW zou worden beslist.

1.2. EEW heeft op 13 november 2019 een nadere akte met producties ingediend en heeft ook bij akte van 15 november 2019 en bij een drietal faxberichten van 19 november 2019 nadere producties ingediend.

1.3. AVU heeft op 15 november 2019 een conclusie van antwoord met producties ingediend en op 18 november 2019 nog nadere producties.

1.4. Attero heeft op 19 november 2019 een incidentele vordering tot voeging en nadere producties ingediend.

1.5. EEW heeft haar eis bij akte van 19 november 2019 gewijzigd.

1.6. Op 20 november 2019 heeft een mondelinge behandeling plaatsgevonden, waar EEW haar eis nogmaals heeft gewijzigd. Partijen hebben hun standpunten aan de hand van pleitnota's nader toegelicht. De voorzieningenrechter heeft het verzoek van EEW tot behandeling achter gesloten deuren afgewezen en het verzoek van Attero om zich in deze procedure te mogen voegen aan de

zijde van AVU toegewezen. Deze beslissing zal in paragraaf 2 en 3 worden toegelicht. De voorzieningenrechter heeft ook het bezwaar van Attero tegen de toelating van de vordering tot heraanbesteding en het bezwaar van AVU tegen het toelaten van de nieuwe subsidiaire vorderingen onder III en IV en productie 39 afgewezen, omdat niet is gebleken dat Attero en AVU hierdoor in hun procesuele belangen zijn geschaad. Na afloop van de mondelinge behandeling heeft de voorzieningenrechter bepaald dat op 4 december 2019 vonnis zal worden gewezen.

2. Het verzoek tot behandeling achter gesloten deuren

2.1. EEW stelt ter onderbouwing van dit verzoek dat haar standpunt in deze procedure is dat de huidige opzet van de aanbesteding de mededinging kunstmatig beperkt. Om dit standpunt te kunnen onderbouwen, zal zij moeten toelichten hoe zij vanuit haar (markt)positie tegen deze aanbesteding aankijkt, zowel qua inschrijfmogelijkheden, geschiktheidseisen als gunningscriteria. Het is dan onvermijdelijk dat zij concurrentiegevoelige, bedrijfsvertrouwelijke informatie zal (moeten) gebruiken en een deel van haar marktstrategie zal (moeten) prijsgeven. De aanwezigheid van concurrenten bij de mondelinge behandeling zou haar recht om haar zaak vrijuit te bepleiten en op te komen voor haar belangen te zeer beperken.

2.2. De voorzieningenrechter heeft het verzoek afgewezen, omdat het uitgangspunt dat een mondelinge behandeling in beginsel in het openbaar plaatsvindt zwaar weegt en, zoals ook door AVU is gesteld, het juist van belang is dat de discussie over de opzet van de aanbesteding in het openbaar wordt gevoerd, zodat niet alleen EEW maar ook andere (potentiële) inschrijvers van deze discussie kennis kunnen nemen. De suggestie van EEW om hen nadien een korte samenvatting van het verhandelde op de zitting te doen toekomen, acht de voorzieningenrechter onvoldoende om tegemoet te komen aan het gebrek aan transparantie waartoe een behandeling achter gesloten deuren zou leiden. EEW heeft daarnaast onvoldoende duidelijk gemaakt waarom zij haar standpunt dat de opzet van de aanbesteding niet deugt niet in algemene bewoordingen kan onderbouwen en waarom het voor haar nodig is hiervoor concurrentiegevoelige en bedrijfsvertrouwelijke informatie prijs te geven. De voorzieningenrech-

ter heeft EEW de mogelijkheid geboden om tijdens haar mondelinge toelichting alsnog concreet aan te geven als zij volgens haar bedrijfsvertrouwelijke informatie denkt te moeten gebruiken om haar standpunt te onderbouwen. De voorzieningenrechter heeft in het vooruitzicht gesteld dat dan mogelijk de deuren worden gesloten voor wat uitsluitend dat onderdeel betreft. EEW heeft van die mogelijkheid geen gebruik gemaakt. Dat bij een openbare behandeling strijd met het mededingingsrecht zal ontstaan, acht de voorzieningenrechter tot slot niet aannemelijk.

3. Het incident

3.1. Attero vordert haar toe te staan zich te voegen aan de zijde van AVU in dit kort geding tussen EEW en AVU, met veroordeling van EEW in de kosten van dit incident, vermeerderd met de wettelijke rente.

3.2. AVU heeft aangegeven dat zij geen bezwaar heeft tegen de verzochte voeging. EEW heeft hier tegen echter wel bezwaar gemaakt. Haar bezwaar ziet in de eerste plaats op de mogelijke kennisname door Attero van concurrentiegevoelige informatie. Dit bezwaar ligt in het verlengde van haar verzoek om de behandeling achter gesloten deuren te laten plaatsvinden en zal om dezelfde redenen worden afgewezen.

3.3. EEW stelt verder dat Attero haar verzoek tot voeging te laat heeft ingediend en dat zij onvoldoende de gelegenheid heeft gehad zich hierop voor te bereiden. Ook dit bezwaar wordt verworpen. De vordering van Attero tot voeging is op de wet gegrond en zij heeft haar verzoek tijdig, binnen de termijn die hiervoor in het Procesreglement staat, ingediend. Attero heeft ter onderbouwing van haar verzoek gesteld dat zij erg tevreden is over de wijze waarop AVU de aanbesteding in de markt heeft gezet en dat zij op de aanbesteding wil inschrijven. Haar belang om in deze procedure te voegen aan de zijde van AVU is daarom evident. De vordering tot voeging is daarom toegewezen.

3.4. EEW zal als de ongelijk gestelde partij in de proceskosten van Attero in het incident worden veroordeeld. Deze kosten worden begroot op € 543,00 voor salaris advocaat. De proceskosten tussen AVU en Attero zullen worden gecompenseerd, in die zin dat elke partij de eigen kosten draagt.

4. Het geschil in de hoofdzaak en de beoordeling daarvan

Inleiding

4.1. Deze zaak gaat over een Europese aanbestedingsprocedure van AVU voor “Verwerken GFT en restafval + overslag en transport afval regio Utrecht”. AVU is een samenwerkingsverband van 26 Utrechtse gemeenten. Deze gemeenten hebben hun taken op het gebied van overslag, het transport en de verwerking van het door de gemeenten ingezamelde huishoudelijk restafval en GFT overgedragen aan AVU.

4.2. De opdracht heeft betrekking op de volgende afvalstromen:

- Groente, Fruit- en Tuinafval (GFT);
 - (fijn) Huishoudelijk Restafval (HRA);
 - Grof Huishoudelijk Restafval (GHA);
 - Na te scheiden Huishoudelijk Restafval (NRA).
- Voor nascheiding geldt dat dit zowel in de plaats van als in aanvulling op brongescheiden afvalinzameling plaatsvindt. Hiervoor is een nascheidingsinstallatie nodig.

4.3. De opdracht is onderverdeeld in de volgende percelen:

perceel 1: verwerking GFT

1A: regio Utrecht

1B: regio Amersfoort

1C: regio Veenendaal

perceel 2: verwerking restafval (NRA, HRA en GHA)

perceel 3: overslag en transport regio Utrecht (GFT, NRA, HRA en GHA).

De ingangsdatum van de opdracht is 1 januari 2021 en de looptijd is 6 tot 10 jaar.

De vorderingen van EEW

4.4. EEW heeft bezwaar tegen de voorwaarden van de opdracht. Zij is van mening dat de huidige opzet van de aanbesteding de mededinging kunstmatig beperkt en dat alleen de zittende opdrachtnemer AVR aan deze voorwaarden kan voldoen. EEW heeft daarom dit kort geding ahangig gemaakt en vordert, na wijziging van haar eis:

primair:

I. AVU te gebieden om, indien zij de opdracht aan enige partij wenst te gunnen, perceel 2 van de opdracht op te splitsen, waarbij de afvalstroom NRA als perceel wordt gesepareerd, en ook overigens de daadwerkelijke mededinging wordt gewaarborgd;

II. AVU te gebieden om, indien zij de opdracht aan enige partij wenst te gunnen, perceel 2 van de opdracht op te splitsen, waarbij de afvalstroom HRA wordt opgesplitst in proportionele percelen, en ook overigens de daadwerkelijke mededinging wordt gewaarborgd;

III. AVU te verbieden een gunnings- en beoordelingssystematiek (inclusief de gekozen variantensystematiek als bedoeld in paragrafen 3.2.1 en 4.3 en Bijlage L van de Aanbestedingsleidraad) te handhaven;

IV. AVU te gebieden de kennisvoorsprong van de zittende dienstverlener weg te nemen en verslaglegging van de marktconsultatie te delen met alle potentiële gegadigden, ook die niet door AVU in de marktconsultatie zijn betrokken;

subsidiair, indien het primair onder I gevorderde niet wordt toegewezen:

I. AVU te verbieden de huidige referentie-eis ten aanzien van NRA te handhaven;

II. AVU te gebieden, indien zij een referentie-eis ten aanzien van NRA wenst te stellen, deze zo te stellen dat daarmee (conform artikel 2.93 lid 3 Aw) enkel naar ervaring wordt gevraagd die naar aard, hoeveelheid en/of omvang vergelijkbaar is (niet: gelijk) aan “Nascheiding” in de definitie die AVU binnen de opdracht hanteert;

III. AVU te verbieden voor te schrijven hoe de inschrijver tijdens de uitvoering van de opdracht daadwerkelijk invulling geeft aan de inzet van een derde op wiens bekwaamheid een beroep is gedaan, en haar te gebieden (conform artikel 2.94 Aw) genoeg te nemen met het bewijs dat de inschrijver kan beschikken over de voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijke middelen van die derde;

IV. AVU te verbieden de eis te stellen dat reeds bij aanvang van het contract de infrastructuur voor de werkzaamheden waar inschrijver op inschrijft volledig operationeel is en inschrijver over de benodigde vergunningen beschikt, en AVU te gebieden het mogelijk te maken dat een inschrijver de opdracht tijdelijk kan uitvoeren vanuit een reeds bestaand deel van de noodzakelijke infrastructuur (zoals een installatie, al dan niet van een derde), in de periode dat een ander deel van die infrastructuur (zoals een nieuwe installatie) nog wordt gerealiseerd;

meer subsidiair:

I. AVU te gebieden de maatregelen te treffen die de voorzieningenrechter noodzakelijk c.q. geschikt acht;

primair, subsidiair en meer subsidiair:

I. AVU te gebieden de huidige aanbesteding te staken en gestaakt te houden en, voor zover AVU de opdracht aan enige marktpartij wenst te gunnen, over te gaan tot heraanbesteding;

II. alles met inachtneming van dit vonnis;

III. alles op straffe van een dwangsom en met veroordeling van AVU in de proceskosten en de nakosten, vermeerderd met wettelijke rente.

Spoedeisendheid

4.5. De spoedeisendheid van de zaak is uit het gestelde en gevorderde voldoende aannemelijk geworden.

Het bezwaar tegen clustering van de opdracht in perceel 2

4.6. EEW stelt zich op het standpunt dat alleen partijen die ervaring hebben met nascheiding van afval en over een nascheidingsinstallatie beschikken én die bovendien de beschikking hebben over een extreem grote capaciteit voor huishoudelijk afvalverwerking, kunnen inschrijven op perceel 2 van de aanbesteding. Hierdoor wordt de mededinging vergaand beperkt en wordt de zittende dienstverlener AVR zwaar bevoordeeld ten opzichte van de rest van de markt. Door de onnodige samenvoeging van alle huishoudelijke afvalsoorten (GHA, HRA en NRA) voor in totaal 26 gemeenten in één perceel, beperkt AVU de mededinging op kunstmatige wijze (artikel 1.10a Aw) en handelt zij in strijd met het proportionaliteitsbeginsel (artikel 1.10 Aw) en het clusterverbod/perceelopdelingsgebod (artikel 1.5 Aw).

4.7. De voorzieningenrechter stelt voorop dat AVU in beginsel de vrijheid heeft om een opdracht in de markt te zetten die is afgestemd op haar inkoopbehoefte. AVU heeft toegelicht dat de afvalverwerkingsmarkt een krappe markt is, waardoor het voordelig is om qua aantal deelnemende gemeenten en qua afvalstromen een grote opdracht op de markt te zetten om er zeker van te zijn dat voor alle bij AVU aangesloten gemeenten en voor alle afvalstromen een contract met een afvalverwerker kan worden gesloten. Voor alle afvalstromen geldt, dat deze uiteindelijk geheel dan wel grotendeels in een verbrandingsinstallatie worden verbrand en dat zij dus met elkaar samenhangen. AVU stelt dat afvalverwerkers bij een groot contract bereid zijn capaciteit vrij te maken en vreest dat bij opdeling van de gemeenten en de afvalstromen in verschillende percelen, er perce-

len zullen zijn waar niemand op inschrijft of alleen tegen zeer hoge tarieven. AVU baseert zich daarbij op een marktverkenning die zij heeft gehouden. Hieruit kwam volgens AVU naar voren dat de partijen alleen geïnteresseerd zijn in opdrachten met een behoorlijke omvang en een lange looptijd, omdat dergelijke opdrachten het interessant maken om in combinatie of in hoofd-/onderaanneming in te schrijven, te investeren in verbetering van de huidige installaties of in uitbreiding van de bestaande capaciteit. Een bijkomende reden voor de keuze om NRA in hetzelfde perceel als HRA en GHA te plaatsen, is dat zeven gemeenten (mogelijk) interesse hebben om tijdens de looptijd van het contract over te gaan van bronscheiding naar nascheiding. Dit zal leiden tot een afname van het HRA. Dit levert geen probleem op als NRA en HRA in hetzelfde perceel zitten (per saldo blijft het dan immers gaan om eenzelfde omvang van de te verwerken afvalstroom), maar wel als zij in verschillende percelen zouden zitten met verschillende afvalverwerkers (waarbij het risico bestaat dat een deel van de afvalstroom overgaat naar een andere afvalverwerker). Het zou dan moeilijk zijn om een inschrijver voor het HRA te vinden, of er wordt alleen ingeschreven tegen hoge tarieven.

4.8. De voorzieningenrechter is van oordeel dat AVU haar belang om de opdracht in perceel 2 te clusteren voldoende heeft onderbouwd. EEW wijst er terecht op dat AVU de uitkomsten van de marktverkenning niet openbaar heeft gemaakt zodat deze niet controleerbaar zijn, maar EEW heeft aan de andere kant de stelling van AVU dat er een krapte op de afvalverwerkingsmarkt is omdat de vrij beschikbare capaciteit beperkt is en partijen bij een groot contract bereid zijn om capaciteit beschikbaar te maken, niet betwist. De voorzieningenrechter gaat er gelet hierop van uit dat het in de markt zetten van een groot contract AVU meer zekerheid biedt om voor alle deelnemende gemeenten en alle afvalstromen tegen een aanvaardbaar tarief te kunnen contracteren en dat die zekerheid veel minder wordt als zij de opdracht in kleinere percelen in de markt zou zetten.

4.9. De stelling van EEW dat AVU hiermee in strijd handelt met de artikelen 1.5 Aw, kan niet slagen. Dit artikel strekt tot bescherming van het MKB en omdat EEW geen MKB-bedrijf is, kan zij op dat artikel geen beroep doen. EEW kan echter wel een beroep doen op artikel 1.10 lid 2 onder a Aw en artikel 1.10a Aw. Uit deze artikelen volgt

dat bij de keuze van een aanbestedende dienst om opdrachten al dan niet samen te voegen het proportionaliteitsbeginsel in acht moet worden genomen en dat de opdracht niet zo mag worden ontworpen dat de mededinging hierdoor op kunstmatige wijze wordt beperkt. De voorzieningenrechter zal daarom beoordelen of als gevolg van de clustering op perceel 2 voldoende concurrentie is overgebleven.

4.10. EEW stelt dat gelet op de omvang van de opdracht alleen AVR en Attero in staat zullen zijn om op de opdracht in te schrijven. Dit is door AVU gemotiveerd betwist. AVU stelt dat de capaciteit van de verschillende afvalwerkingsinstallaties groter is dan de opdracht en dat ook de capaciteit van de afvalverwerkingsinstallatie van EEW twee keer zo groot is als de opdracht. Het is bovendien mogelijk om in combinatie of in hoofd-/onderaanneming in te schrijven. EEW heeft niet verder toegelicht waarom het onder deze omstandigheden voor andere marktpartijen dan AVR of Attero niet mogelijk zal zijn om een kans te maken op de opdracht. Daarom is onvoldoende aannemelijk geworden dat het volume van de opdracht tot een onevenredige beperking van de mededinging leidt.

4.11. EEW stelt verder dat als gevolg van de clustering van de opdracht voor NRA met de opdrachten voor HRA en GHA alleen bedrijven met een nascheidingsinstallatie op perceel 2 kunnen inschrijven. Dit zijn volgens EEW alleen AVR en Attero.

4.12. AVU merkt hierover op dat er al langer tijd binnen Nederland een tendens gaande is om over te gaan op nascheiding in plaats van, of naast, bronscheiding. EEW, die voorheen vooral gericht was op de Britse markt, heeft niet op deze tendens ingespeeld en heeft niet in een nascheidingsinstallatie geïnvesteerd. Als gevolg van importheffingen op buitenlands afval is zij nu wel geïnteresseerd in de Nederlandse afvalmarkt, maar loopt zij tegen de beperking op dat zij geen nascheidingsinstallatie heeft. Dit is echter haar eigen keuze geweest en dit betekent niet dat AVU haar wensen op de mogelijkheden van EEW zou moeten afstemmen.

4.13. AVU stelt verder dat er voor partijen zonder een nascheidingsinstallatie mogelijkheden zijn om in te schrijven in hoofd-/onderaanneming met een partij die wel over een nascheidingsinstallatie beschikt. Volgens AVU hebben de publieke afvalverwerkingsbedrijven AEB en HVC, die

over een nascheidingsinstallatie beschikken en deels op de private markt opereren, zich tegenover haar bereid verklaard om in onderaanneming aan de opdracht deel te nemen. Volgens AVU sluit het mededingingsrecht en meer in bijzonder het verbod op staatssteun een beperkte deelname van publieke bedrijven op de private markt niet uit. EEW heeft dit betwist, maar heeft niet concreet onderbouwd dat het voor AEB en HVC niet mogelijk is aan deze aanbesteding deel te nemen. Gelet hierop staat onvoldoende vast dat er als gevolg van de clustering van de afvalstromen NRA, HRA en GHA onvoldoende mededinging overblijft. Anders dan EEW stelt, brengt het proportionaliteitsbeginsel niet mee dat AVU haar opdracht zo moet formuleren dat EEW hiermee in staat wordt gesteld zelfstandig, dus niet in combinatie of in hoofd-/onderaanneming, in te schrijven.

4.14. De conclusie luidt daarom dat AVU voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat zij een redelijk belang heeft bij clustering van de opdracht en dat het besluit tot clustering de mededinging niet onevenredig beperkt. Van strijd met artikel 1.10 lid 2 onder a Aw en artikel 1.10a Aw is niet gebleken. De primaire vorderingen onder I en II om perceel 2 op te splitsen, zullen daarom worden afgewezen.

Bezwaar tegen de referentie-eis technische- en beroepsbekwaamheid

4.15. EEW maakt bezwaar tegen de in hoofdstuk 4 onder E van de Aanbestedingsleidraad opgenomen referentie-eis voor technische- en beroepsbekwaamheid. Deze eis houdt in dat per kerncompetentie ten minste één referentieopdracht wordt ingediend die is afgerond of nog loopt, uitgevoerd in de afgelopen drie jaren, waarin gedurende minimaal 1 jaar de werkzaamheden met betrekking tot de kerncompetenties zijn uitgevoerd. Het afvalgewicht van de referentieopdrachten dient ten minste 50% te zijn van de omvang van de opdracht waarop wordt ingeschreven. Voor perceel 2 worden referenties gevraagd voor de volgende kerncompetenties:

NRA: min. 32,5 kton

HRA: min. 86 kton

GHA: min. 17 kton

4.16. EEW stelt dat deze referentie-eis disproportioneel is omdat deze de toegang tot de opdracht zodanig beperkt dat hooguit twee partijen aan de aanbesteding zullen kunnen deelnemen. Dit

wordt enerzijds veroorzaakt door de enorme omvang van de opdracht in combinatie met de eerste referentieomvang van 50% en anderzijds door de gevraagde specifieke ervaring met NRA. Volgens EEW is specifieke ervaring met nascheiden van afval niet nodig om de opdracht te kunnen uitvoeren en is ervaring met afvalverwerking of het verwerken van huishoudelijk afval in het algemeen ruim voldoende om de risico's voor AVU af te dekken. Ook ervaring in de gestelde omvang is niet nodig om de technische geschiktheid aan te tonen. EEW stelt dat AVU handelt in strijd met artikel 2.93 lid 3 Aw door ervaring met gelijke opdrachten te vragen en niet met vergelijkbare.

4.17. AVU wijst erop dat in de Gids Proportionaliteit als richtsnoer ten aanzien van de omvang van referentie-eisen is aangegeven dat deze dient te liggen tussen 0-60% van de omvang van de aan te besteden opdracht. Door per kerncompetentie een referentieomvang van 50% van de betreffende onderdelen van perceel 2 te vragen, blijft zij binnen de toegestane bandbreedte. AVU wijst er verder op dat alle Nederlandse afvalverwerkingsinstallaties, zoals die van EEW, meer vergunde capaciteit hebben dan de omvang van de opdracht. Dit is door EEW niet betwist. Gelet hierop stelt AVU zich terecht op het standpunt dat ten aanzien van de referentieomvang van 50% geen sprake is van een disproportionele eis.

4.18. AVU stelt dat de drie nascheidingsinstallaties die de afgelopen jaren zijn geopend alle de nodige opstartproblemen kenden. Nu de opdracht inhoudt dat direct vanaf de startdatum 1 januari 2021 nascheiding plaatsvindt met een omvang van 65 ton, is ervaring met NRA een heel belangrijke, noodzakelijke kerncompetentie voor perceel 2. Het vragen van een referentie voor NRA is volgens AVU niet te specifiek, omdat nascheiding een trend is die zich al enige jaren heeft ingezet, er inmiddels vele gemeenten zijn die aan nascheiding doen en er meerdere afvalverwerkingspartijen zijn die nascheiding aanbieden.

4.19. EEW heeft de stelling van AVU dat ervaring met NRA voor de opdracht van belang is omdat er per 1 januari 2011 een goed werkende nascheidingsinstallatie moet zijn, niet gemotiveerd betwist. De voorzieningenrechter is van oordeel dat AVU gelet hierop op goede gronden ervaring met NRA als referentie-eis heeft kunnen stellen en dat algemene ervaring met verwerking van (huishoudelijk) afval voor een goede uitvoering van de

opdracht in perceel 2 onvoldoende is. De voorzieningenrechter wijst in dit verband ook nog op de vaststelling in rechtsoverweging 4.10 dat er een mogelijkheid is tot inschrijving in combinatie of in hoofd-/onderaanneming. Deze referentie-eis is dus proportioneel. De subsidiaire vorderingen onder I en II zullen daarom worden afgewezen.

4.20. EEW heeft ter onderbouwing van de subsidiaire vorderingen onder III en IV gesteld dat het onduidelijk is of de aanbestedingsstukken het toelaten dat een inschrijver gedurende de eerste periode van uitvoering werkt met een installatie van een (ervaren) derde om vervolgens – nadat zijn eigen nascheidingsinstallatie is gerealiseerd – deze eigen nieuwe installatie in te kunnen zetten voor de uitvoering van de opdracht, zonder dat de derde in die tweede periode zelf de betreffende nascheidingsopdracht uitvoert.

4.21. AVU heeft met een beroep op artikel 2.94 lid 2 Aw terecht gesteld dat als ten aanzien van ervaringseisen een beroep op een derde wordt gedaan, die derde dan altijd zal moeten worden ingezet in het kader van de opdracht. Voor zover EEW heeft bedoeld te stellen dat gelet op de lange looptijd van de opdracht en de eisen van proportionaliteit de aanbesteding de mogelijkheid moet kennen om slechts voor een deel van de looptijd uit te gaan van de bekwaamheid van derden tot het moment dat de inschrijver die bekwaamheid zelf heeft verworven, wordt deze stelling verworpen. Het systeem van het aanbestedingsrecht brengt immers mee dat ten tijde van de inschrijving alle inschrijvers op gelijke wijze beoordeeld moeten worden op basis van dezelfde eisen. Daarin past niet het inbouwen van de mogelijkheid van een toekomstige beoordeling, dat zou ook neerkomen op een wijziging van de inschrijving. Nog daargelaten dat EEW in het geheel niet concreet heeft gemaakt dat een dergelijke optie al bestaat, kan dit niet leiden tot toewijzing van de gevraagde voorzieningen.

Bezwaar tegen de varianten-systematiek

4.22. Op grond van paragraaf 3.2.1. van de Aanbestedingsleidraad is het op perceel 2 toegestaan om naast een “bestekconforme” inschrijving (uitgaande van transport over de weg) in te schrijven met een varianteninschrijving (uitgaande van transport over water). In dat geval moet een inschrijver echter ook een bestekconforme inschrijving en een variantinschrijving op perceel 3 doen.

4.23. Als er variantinschrijvingen zijn gedaan, dan vindt de beoordeling volgens paragraaf 4.3 van de Aanbestedingsleidraad als volgt plaats:

- voor perceel 2 en 3 worden de best scorende variantinschrijvingen bepaald, deze worden gecombineerd tot een combinatievariant;
- de best scorende bestekconforme inschrijvingen op perceel 2 en 3 worden bepaald, deze worden gecombineerd tot een bestekconforme variant;
- vervolgens wordt bepaald welke beschrijving op beide percelen het best scoort: de bestekconforme inschrijving of de combinatievariant;
- de opdracht voor perceel 2 en 3 wordt uiteindelijk gegund aan de inschrijvers die onderdeel uitmaken van de combinatie die bovenaan staan in deze ranking.

4.24. EEW stelt dat deze systematiek niet transparant en in strijd met het gelijkheidsbeginsel is. Zij licht in dit verband toe dat voor de uitvoering van perceel 3 gebruik moet worden gemaakt van een overslaglocatie binnen een bepaald gebied (ook genoemd: een kwadrant) dat AVU heeft vastgesteld. Binnen dit kwadrant bevinden zich 3 overslaglocaties, waarover alleen AVR de beschikking heeft. De mogelijkheid om vóór aanvang van het contract binnen het kwadrant nog een nieuwe overslaglocatie vergund en gerealiseerd te krijgen, is niet reëel. Alleen AVR kan dus op perceel 3 inschrijven, waardoor het level playing field ontbreekt en de mededinging wordt beperkt. Deze systematiek biedt AVR bovendien de mogelijkheid om manipulatief op perceel 3 in te schrijven, namelijk met een hoog tarief op de bestekconforme inschrijving en een laag tarief op de variantinschrijving. Zij kan er hierdoor voor zorgen dat haar variantinschrijving op de percelen 2 en 3 als winnende combinatie-inschrijving uit de bus komt.

4.25. AVU heeft uitgelegd dat de reden waarom als eis wordt gesteld dat bij een variantinschrijving op perceel 2 ook een variantinschrijving op perceel 3 moet worden gedaan, erin is gelegen dat zij ervan verzekerd wil zijn dat als op perceel 2 wordt ingeschreven met transport over water, dat transport over water ook daadwerkelijk gerealiseerd wordt. Daarnaast wil zij ten aanzien van de bestekconforme inschrijvingen en de variantinschrijvingen de hele keten op basis van Total Costs of Ownership vergelijken. Hierbij is van belang dat bij een inschrijving op perceel 2 wordt gerekend met fictieve transportkosten en emissie. De daadwerkelijke transportkosten en transpor-

temissie van het vervoer zijn echter opgenomen in de inschrijving op perceel 3. Deze worden bij het vaststellen van een combinatie-inschrijving in de plaats gesteld van de fictieve toerekening van deze kosten en emissie in perceel 2.

4.26. AVU acht het niet waarschijnlijk dat bij deze systematiek manipulatie door AVR zal plaatsvinden, onder meer omdat er volgens AVU meerdere partijen zijn die over een overslaglocatie binnen het kwadrant kunnen beschikken en dus op perceel 3 kunnen inschrijven. Dit zijn, naast AVR (Isotopenweg 3 in Utrecht): Suez (Isotopenweg 15 in Utrecht), [bedrijf 1] ([adres] in [vestigingsplaats]) en [bedrijf 2] ([adres] in [vestigingsplaats]). Volgens AVU beschikt alleen [bedrijf 2] niet over de benodigde vergunningen, maar heeft zij bij een voorgaande aanbesteding als onderaannemer ingeschreven, zodat ook [bedrijf 2] interesse in deze aanbesteding zou kunnen hebben. Ook EEW zou een samenwerking met een van deze partijen kunnen aangaan.

4.27. EEW betwist dat Suez over de benodigde vergunningen beschikt en stelt dat zij dit van de heer [A] van [bedrijf 2] heeft vernomen. Zij heeft deze stelling echter niet verder concreet onderbouwd. EEW heeft verder gesuggereerd dat Renewi alleen zaken zal willen doen met AVR, omdat zij beide voortkomen uit hetzelfde concern (de [bedrijf 3]). Vast staat echter, dat Renewi op dit moment een zelfstandige entiteit is. Het lag op de weg van EEW om haar stelling dat Renewi geen samenwerkingsverbanden met andere partijen dan AVR wil aangaan, concreet te onderbouwen. EEW heeft dit echter nagelaten. Gelet hierop is onvoldoende komen vast te staan dat de mogelijkheid om op perceel 3 in te schrijven alleen aan AVR is voorbehouden.

4.28. AVU stelt daarnaast dat zij het risico van manipulatieve inschrijvingen heeft ondervangen door in de Aanbestedingsleidraad de mogelijkheid op te nemen om schijnbaar onuitvoerbare, manipulatieve en/of irreële inschrijvingen terzijde te leggen, waarbij ook is bepaald dat de aangeboden prijzen reëel en transparant moeten zijn en te verantwoorden vanuit kostenperspectief. Zij meent in staat te zijn te beoordelen of een aanbidding irreëel of manipulatief is, omdat zij de huidige markttarieven kent uit een eerdere aanbesteding voor transport en overslag en zij bovendien in Amersfoort en Veenendaal eigen transport en overslag verzorgt en de tarieven daarvan kent.

4.29. De voorzieningenrechter acht het op basis van de toelichting die AVU heeft gegeven niet aannemelijk dat deze beoordelingsystematiek de concurrentie onevenredig beperkt en een dermate groot risico van manipulatie met zich brengt dat op basis daarvan geconcludeerd zou moeten worden dat de beoordelingsystematiek onvoldoende transparant of in strijd met het gelijkheidsbeginsel is. De primaire vordering onder III zal daarom worden afgewezen.

Kennisvoorsprong AVR

4.30. De primaire vordering onder IV om AVU te gebieden de kennisvoorsprong van AVR weg te nemen en verslaglegging van de marktconsultatie te delen met alle potentiële gegadigden, is gebaseerd op de aanneming van EEW dat AVU voorafgaand aan de aankondiging van deze opdracht een marktconsultatie heeft gehouden. AVU heeft dit echter betwist en stelt dat zij alleen een marktverkenning heeft laten uitvoeren. Er zijn volgens AVU geen gegadigden betrokken geweest bij de voorbereiding van de aanbestedingsprocedure zoals bedoeld in artikel 2.51 Aw. Attero heeft ter zitting verklaard dat zij in het kader van deze marktverkenning is geïnterviewd, maar dat de uitkomsten van deze marktverkenning niet met haar zijn gedeeld. Nu AVU heeft betwist dat een marktconsultatie heeft plaatsgevonden en EEW haar stelling op dit punt niet nader heeft onderbouwd, kan de vordering niet worden toegewezen. Niet is gebleken dat AVR en Attero op dit gebied een kennisvoorsprong hebben. De vordering onder IV wordt daarom afgewezen.

De vordering tot het treffen van noodzakelijke/geschikte maatregelen en de vordering tot staking van de aanbesteding

4.31. De voorzieningenrechter ziet in hetgeen EEW heeft aangevoerd geen aanleiding om andere maatregelen te treffen dan door EEW zijn gevorderd. Er zijn ook verder geen omstandigheden die maken dat deze aanbesteding gestaakt zou moeten worden. Deze vorderingen zullen daarom worden afgewezen.

Kosten

4.32. EEW zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten van AVU en Attero worden veroordeeld. De kosten worden voor elk van deze partijen begroot op:
– griffierecht € 639,00

– salaris advocaat 980,00

Totaal € 1.619,00

4.33. AVU heeft vergoeding van de nakosten en de wettelijke rente over de proceskosten gevorderd. Deze zullen worden toegewezen zoals in de beslissing is bepaald.

5. De beslissing

De voorzieningenrechter in het incident

5.1. wijst de vordering tot voeging toe;

5.2. veroordeelt EEW in de proceskosten van Attero in het incident, die tot op heden worden begroot op € 543,00, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 van het Burgerlijk Wetboek (BW) over dit bedrag met ingang van de vijftiende dag na de datum van dit vonnis tot de dag van betaling;

5.3. compenseert de proceskosten tussen AVU en Attero, in die zin dat elke partij de eigen kosten draagt;

5.4. verklaart dit vonnis wat betreft de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad;
in de hoofdzak

5.5. wijst de vorderingen af;

5.6. veroordeelt EEW in de proceskosten van AVU en Attero, die voor elk van hen tot op heden begroot op € 1.619,00, voor AVU te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW over dit bedrag met ingang van de vijftiende dag na de datum van dit vonnis tot de dag van volledige betaling;

5.7. veroordeelt EEW, onder de voorwaarde dat zij niet binnen 14 dagen na aanschrijving door AVU volledig aan dit vonnis voldoet, in de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op:

– € 157,00 aan salaris advocaat, vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW met ingang van de vijftiende dag na aanschrijving,
– te vermeerderen, indien betekening van het vonnis heeft plaatsgevonden, met een bedrag van € 82,00 aan salaris advocaat en de exploitkosten van betekening van het vonnis;

5.8. verklaart dit vonnis wat betreft de kostenveroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

Beroep op een derde, wat is er mogelijk?

In deze uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland was sprake van een Europese aanbestedingsprocedure van AVU – een samenwerkingsverband van 26 Utrechtse gemeenten – voor het “Verwerken GFT en restafval + overslag en transport afval regio Utrecht”. Eén van de afvalsoorten waarop de opdracht betrekking had betrof “na te scheiden huishoudelijk restafval” (NRA), waarvoor onder meer een nascheidingsinstallatie nodig zou zijn. EEW (eiseres in onderhavige procedure) was een van de gegadigden voor de opdracht en had verschillende bezwaren tegen (de opzet van) de aanbesteding. Om die reden betrok EEW AVU op 10 oktober 2019 in kort geding. Eén van de bezwaren die EEW in de kortgedingprocedure naar voren bracht was gericht tegen de in de aanbestedingsstukken opgenomen referentie-eis voor technische en beroepskwaamheid. Deze eis hield kort gezegd in dat per kton huishoudelijke afvalsoort ten minste één referentieopdracht moest worden ingediend die was uitgevoerd in de afgelopen drie jaren, waarbij de werkzaamheden met betrekking tot de kerncomponenties (waaronder nascheiding) minimaal 1 jaar waren uitgevoerd. Het afvalgewicht van de referentieopdrachten diende ten minste 50% te zijn van de omvang van de huidige opdracht.

Volgens EEW was de referentie-eis om meerdere redenen in strijd met het proportionaliteitsbeginsel. Daarnaast was het EEW niet duidelijk of het in verband met de referentie-eis al dan niet zou zijn toegestaan gedurende de eerste periode van uitvoering van de overeenkomst een beroep te doen op een derde voor haar ervaring met en gebruik van haar nascheidingsinstallatie, om in een later stadium van de overeenkomst – wanneer EEW een eigen nascheidingsinstallatie zou hebben gerealiseerd en de derde daarvoor niet meer nodig zou hebben – de nascheidingswerkzaamheden zelf uit te voeren met haar eigen installatie.

Derde daadwerkelijk inzetten

Naar het oordeel van de voorzieningenrechter beriep AVU zich ten aanzien van dit laatste te-

recht op art. 2.94 Aw 2012.¹ In lid 1 van dat artikel is expliciet bepaald dat ondernemers zich in het kader van overheidsopdrachten mogen beroepen op de technische en/of beroepskwaamheid van derden, mits zij aantonen dat zij kunnen beschikken over de voor de uitvoering van de overheidsopdracht noodzakelijke middelen. Lid 2 voegt daaraan toe dat, indien de eisen onderwijs- en beroepskwalificaties betreffen of betrekking hebben op relevante beroepservaring, een ondernemer zich slechts mag beroepen op de bekwaamheid van een derde als deze partij de werken of diensten waarvoor die bekwaamheid is vereist ook daadwerkelijk zal verrichten. Een ondernemer mag zich dus niet beroepen op een derde om alleen formeel te voldoen aan de door de aanbestedende dienst gestelde eisen.²

Dat een derde waarop in het kader van de geschiktheidseisen een beroep wordt gedaan daadwerkelijk bij de uitvoering van de overeenkomst moet worden betrokken is niet nieuw. Ook voordat deze verplichting in de Aanbestedingswet 2012 werd verankerd oordeelde een nationale rechtbank dat een inschrijver niet alleen moet kunnen beschikken over de middelen van de derde, maar van die middelen ook feitelijk gebruik moet maken wil de inschrijver zich op de bekwaamheden van die derden kunnen beroepen.³ Het HvJ EU leek in 2016 een andere toepassing van bedoelde verplichting te hanteren; indien de vereiste bekwaamheden niet overdraagbaar zijn is inzet van die derde bij de uitvoering verplicht: “Voorts is het niet uitgesloten dat de voor de uitvoering van een bepaalde opdracht noodzakelijke bekwaamheden waarover een derde entiteit beschikt, gelet op de aard en de doelstellingen

1 Gebaseerd op: HvJ EU 14 april 1994, ECLI:EU:C:1994:133, «JAAN» 2007/210 (Ballast Nedam I); HvJ EU 18 december 1997, ECLI:EU:C:1997:636, «JAAN» 2997/166 (Ballast Nedam II); HvJ EU 2 december 1999, ECLI:EU:C:1999:593 «JAAN» 2007/183 (Holst Italia) en HvJ EU 18 maart 2004, ECLI:EU:C:2004:159, «JAAN» 2007/5070 (Siemens Österreich).

2 Vgl. HvJ EU 7 april 2016, ECLI:EU:C:2016:214, «JAAN» 2016/109, m.nt. mr. dr. A.J. van Heeswijck (Partner Apelski) en Rb. Rotterdam 28 november 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:10104, «JAAN» 2017/54.

3 Rb. Arnhem 14 oktober 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BK2680, «JAAN» 2009/141.

van een bepaalde opdracht, in bijzondere omstandigheden niet kunnen worden overgedragen aan de inschrijver. In dergelijke omstandigheden kan de inschrijver zich derhalve slechts op die bekwaamheden beroepen indien de derde entiteit rechtstreeks en persoonlijk deelneemt aan de uitvoering van de betrokken opdracht.⁴ Met de introductie van artikel 2.94 lid 2 Aw 2012 is de betreffende overweging van het HvJ EU ten aanzien van de overdraagbaarheid van bekwaamheden – voor zover het een beroep op de relevante beroepservaring van een derde betreft – voor de praktijk niet meer relevant.

Geen plaats voor beoordeling toekomstige scenario's

De verplichting om een derde waarop in het kader van ervaringseisen een beroep wordt gedaan ook daadwerkelijk in te zetten bij de uitvoering van de overeenkomst geldt sinds de invoering van art. 2.94 lid 2 Aw 2012 onverkort. Het oordeel van de voorzieningenrechter is strikt genomen dan ook in lijn met dat artikel. In art. 2.94 lid 2 Aw 2012 is immers geen uitzondering gemaakt voor de situatie dat een inschrijver na aanbesteding eventueel zelfstandig aan een geschiktheidseis zou kunnen voldoen. Dat is ook logisch, omdat het inherent is aan het aanbestedingsrecht dat een inschrijver met zijn inschrijving aantoont dat hij (al dan niet middels een beroep op een derde) op het moment van inschrijving aan de in de aanbestedingsstukken gestelde voorwaarden voldoet. Daarbij is, zoals de voorzieningenrechter terecht oordeelt, geen plaats voor de beoordeling van eventuele gewijzigde omstandigheden in de toekomst. Daarbij merk ik op dat het enkele feit dat EEW op een later moment wel over een nascheidingsinstallatie zou kunnen komen te beschikken nog niet meebrengt dat zij op dat moment tevens aan de in het kader van de aanbestedingsprocedure gestelde ervaringseis heeft voldaan.

Vervanging derde

Hoewel ik de redenering van de voorzieningenrechter naar de letter van art. 2.94 lid 2 Aw 2012 dus wel kan volgen, rijst de vraag of er geen andere mogelijkheden denkbaar zijn. Onder bepaal-

de omstandigheden zou er gedurende de uitvoering van de overeenkomst denk ik wel ruimte kunnen ontstaan voor EEW om de opdracht zelf uit te gaan voeren. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de mogelijkheid om onderaannemers in een later stadium te vervangen, tenzij de aanbestedingsstukken dat bijvoorbeeld niet toestaan of dat voor EEW een ongerechtvaardigd concurrentievoordeel zou meebrengen.⁵ Niet valt in te zien waarom de derde in die situatie niet zou mogen worden vervangen door opdrachtneer zelf, mits zij op dat moment zelfstandig aan de geschiktheidseisen voldoet en dus zelf inmiddels de nodige ervaring heeft opgedaan. Een dergelijke uitleg strookt mijns inziens ook met de ratio achter het stellen van ervaringseisen – het verkrijgen van zekerheid dat een partij over de voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijke ervaring beschikt – en lijkt ook redelijk in verband met de lange looptijd van de overeenkomst. Zou een dergelijke vervanging onder geen enkele omstandigheid mogelijk zijn, dan zouden de bedrijfsuitbreidings- en innovatiemogelijkheden van EEW daarmee ernstig worden beperkt.

Geschiktheidseis vs. uitvoeringseis

De situatie had er overigens ook anders uit kunnen zien als de betreffende eis een uitvoeringseis was geweest en geen betrekking had gehad op een geschiktheidseis met betrekking tot relevante beroepservaring. Inschrijvers zijn in beginsel namelijk niet verplicht aan te geven welk gedeelte van de overheidsopdracht zij voornemens zijn aan derden in onderaanneming te geven en welke onderaannemers zij daarvoor op het oog hebben, tenzij in de aanbestedingsstukken op grond van art. 2.79 Aw 2012 anders is bepaald.⁶ EEW had het werk in die situatie aanvankelijk kunnen uitbesteden en vervolgens zelf kunnen uitvoeren op het moment dat zij zelf over een nascheidingsinstallatie zou komen te beschikken.

Uitzonderingen

In de praktijk vinden aanbestedende diensten het niet altijd prettig als een inschrijver bepaalde on-

4 HvJ EU 7 april 2016, ECLI:EU:C:2016:214, «JAAN» 2016/109, m.nt. mr. dr. A.J. van Heeswijck (Partner Apelski).

5 Vgl. HvJ EU 13 april 2010, ECLI:EU:C:2010:182 (Wall AG).

6 Vgl. Rb. Rotterdam 3 maart 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2189, «JAAN» 2014/102, m.nt. mr. W.M. Ritsema van Eck.

derdelen van het werk laat uitvoeren door een derde. De aanbestedende dienst heeft met deze partij immers geen contractuele verhouding en kan hem dus niet rechtstreeks aanspreken en sturen. Situaties waarin aanbestedende diensten hebben geprobeerd het recht van de inschrijver in dit opzicht te beperken zijn meermaals onderwerp geweest van gerechtelijke procedures. Zo oordeelde het HvJ EU dat door een aanbestedende dienst niet mag worden geëist dat een inschrijver minimaal 25% van de onder de opdracht vallende werken met eigen middelen moet uitvoeren.⁷ Ook is het niet toegestaan een beoordelingssystematiek te hanteren waarbij een inschrijver in wezen wordt gestraft doordat in het kader van een selectie criterium minder punten worden toegekend indien beroep wordt gedaan op de bekwaamheden van een derde dan wanneer de opdracht volledig zelf wordt uitgevoerd, terwijl de gegadigde wel aantoont dat hij kan beschikken over de voor de uitvoering van de overheidsopdracht noodzakelijke middelen.⁸ Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch oordeelde dat een eis waarin inschrijver zelf over de nodige ervaring moest beschikken niet mag worden gesteld, althans niet tot gevolg heeft dat (uitsluitend) de inschrijver zelf aan de gestelde ervaringseisen zou moeten voldoen.⁹ Een gezagsverhouding tussen de inschrijver en de derde is niet vereist.¹⁰

Het recht van een ondernemer om zich te beroepen op een derde kan in uitzonderlijke gevallen wel worden beperkt. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de situatie dat de werkzaamheden bijzonderheden vertonen die een bepaalde draagkracht vereisen die niet kan worden verkregen door de kleinere draagkracht van

meerdere ondernemingen bij elkaar te brengen.¹¹ Ook art. 2.95 Aw¹² biedt een haakje om het recht van gegadigden zich te beroepen op een derde te beperken. Blijkens dit artikel kan de aanbestedende dienst bij overheidsopdrachten met betrekking tot plaatsings- of installatiewerkzaamheden eisen dat bepaalde kritieke taken door de gegadigde zelf worden verricht. De achterliggende gedachte is dat een aanbestedende dienst de geschiktheid van ondernemers in geval van kritieke taken moet kunnen beoordelen op grond van hun praktische vaardigheden, technische kennis, efficiëntie, ervaring en betrouwbaarheid, zonder daarbij het risico te lopen dat deze taken alsnog door een onderaannemer worden uitgevoerd die niet op deze gronden is beoordeeld.¹³

Conclusie en enkele vuistregels voor de praktijk

Inschrijvers hebben het recht zich in het kader van een geschiktheidseis te beroepen op de bekwaamheid van een derde, mits zij aantonen dat zij kunnen beschikken over de voor de uitvoering van de overheidsopdracht noodzakelijke middelen en deze derde voor de uitvoering van de opdracht ook daadwerkelijk inzetten. Inschrijvers mogen geen beroep doen op een derde om alleen formeel te voldoen aan de door de aanbestedende dienst gestelde eisen. Ook niet als zij denken in een later stadium zelf aan de eisen te kunnen voldoen. Wat mij betreft zou de inschrijver de derde onder bepaalde omstandigheden in een later stadium wel kunnen vervangen door een andere derde of zichzelf, mits die derde of inschrijver op dat moment wel zelfstandig aan de geschiktheidseisen voldoet. Deze mogelijkheid geldt echter niet onverkort.

mr. G.E. van den Beuken
advocaat aanbestedingsrecht en bouwrecht bij
Croon advocaten

7 HvJ EU 14 juli 2016, ECLI:EU:C:2016:562 (Wroclaw). Vergelijk met betrekking tot beperking van onderaanneming: HvJ EU 26 september 2019, ECLI:EU:C:2019:787, «JAAN» 2019/178, m.nt. G.L. Weerheim en HvJ EU 27 november 2019, ECLI:EU:C:2019:1023, «JAAN» 2020/1.

8 CvAE 13 maart 2018, advies 418, «JAAN» 2018/87.

9 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 1 april 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:939, «JAAN» 2014/87, m.nt. mr. B.J.H. Blaisse-Verkooyen en mr. J.R. Gal.

10 HvJ EU 14 januari 2016, ECLI:EU:C:2016:6 (Ostas celtnieks).

11 HvJ EU 10 oktober 2013, ECLI:EU:C:2013:646, «JAAN» 2014/2, m.nt. J.W.A. Meesters (Swm Costruzioni 2 SpA).

12 Implementatie van art. 63 lid 2 Richtlijn 2014/24/EU.

13 Kamerstukken II 2015/16, 34 329, nr. 3, p. 74-75.

36

Voldaan aan knock-out eisen?

Voorzieningenrechter Rechtbank Midden-Nederland
11 december 2019, nr. C/16/490644/KG ZA 19-676, ECLI:NL:RBMNE:2019:6028 (mr. M.J. Slootweg)

Knock-out criteria. Beoordelingsmethodiek. Programma van Eisen. Vraagspecificatie. Scope van de opdracht. (On-)geldigheid inschrijving.

ProRail B.V. (hierna: ProRail) heeft een aanbestedingsprocedure uitgeschreven voor de "Ontwikkeling, aanpassing en levering van Voelbare Plattegronden". Deze voelbare plattegronden zijn bestemd voor reizigers met een visuele beperking, zodat zij met behulp van de zogenoemde thuisversie van de plattegrond een bezoek aan het station kunnen voorbereiden. Daarnaast is in de OV-servicewinkels van de stations een (grote-) plattegrond aanwezig.

Procesdeelnemer I heeft een aantal jaren geleden in opdracht van ProRail een voelbare plattegrond ontwikkeld voor de stations Amsterdam Centraal, Rotterdam Centraal, Den Haag Centraal en Utrecht Centraal. Volgens de Vraagspecificatie die ProRail heeft uitgebracht, is het doel van deze aanbesteding om de voelbare plattegrond te optimaliseren, voor 6 stations nieuwe plattegronden te ontwikkelen, voor 4 stations de bestaande plattegronden te updaten en het voorraadbeheer en verzending te beleggen vanaf 1 oktober 2019. De gegadigden voor deze aanbesteding kregen na aanmelding de huidige, door Procesdeelnemer I ontwikkelde, thuisversie van de voelbare plattegrond (hierna: de thuisversie) toegestuurd en moesten bij hun inschrijving een eigen voorbeeldplattegrond indienen.

Procesdeelnemer I en Procesdeelnemer III hebben op deze aanbesteding ingeschreven en hebben in dat kader een voorbeeldplattegrond ingediend. ProRail heeft Procesdeelnemer I op 25 september 2019 laten weten dat zij voornemens is de opdracht aan Procesdeelnemer III te gunnen.

Het geschil tussen partijen spitst zich toe op de vraag of de inschrijving van Procesdeelnemer III voldoet aan eisen die in de Vraagspecificatie zijn opgenomen. Partijen zijn het erover eens dat dit knock-out eisen zijn.

Beoordeling van het geschil

Procesdeelnemer I stelt zich op het standpunt dat uit de bewoordingen van de Vraagspecificatie (een voorbeeld is: "De huidige thuisversie wordt als voorbeeld verstrekt, inclusief legenda. Deze moet conform de scope en de eisen uit deze paragraaf worden geoptimaliseerd") volgt dat de huidige thuisversie als uitgangspunt voor de optimalisatie als uitgangspunt had moeten worden genomen.

Procesdeelnemer I stelt dat Procesdeelnemer III de huidige thuisversie niet als uitgangspunt voor de optimalisatie heeft genomen, omdat haar voorbeeldplattegrond van ander materiaal is gemaakt dan de thuisversie en, anders dan de thuisversie, ook geen meervoudig reliëf bevat.

ProRail en Procesdeelnemer III stellen zich op het standpunt dat uit een objectieve lezing van de Vraagspecificatie volgt dat de voorbeeldplattegrond mag afwijken van de thuisversie. Volgens hen voldoet de inschrijving van Procesdeelnemer III wél aan de knock-out eisen van de Vraagspecificatie en was er geen aanleiding om de inschrijving van Procesdeelnemer III terzijde te leggen.

De voorzieningenrechter stelt vast dat in de Vraagspecificatie is bepaald dat de thuisversie moet worden geoptimaliseerd conform de scope van de opdracht en de eisen uit paragraaf 3.5. In de Vraagspecificatie wordt onder meer het volgende vermeld:

"Vergroten verschillen in symbolen en belijning ten opzichte van de huidige plattegronden.

Alle plattegronden worden eenduidig uitgevoerd en maken gebruik van dezelfde legenda.

Geschreven en gesproken toelichting/handleiding ontwikkelen.

Steviger materiaal thuisversie dan de huidige versie (...)."

Naar het oordeel van de voorzieningenrechter had het Procesdeelnemer I, gelet op de eis dat de voorbeeldplattegrond van steviger materiaal moet zijn dan de thuisversie, als behoorlijk geïntegreerde en normaal oplettende inschrijver redelijkerwijs duidelijk moeten zijn dat het is toegestaan om daarvoor ander materiaal dan de thuisversie te gebruiken.