

JAAN 2015/226

JAAN 2015/226, Commissie van Aanbestedingsexperts, 11-12-2014, 180 (annotatie)

**Proportionaliteit en transparantie geschiktheidseisen,
(Maximum) aantal referentie-opdrachten, Toelaatbaarheid
gunningscriterium**

GEGEVENS

Instantie	Commissie van Aanbestedingsexperts
Datum uitspraak	11-12-2014
Publicatie	JAAN 2015/226 (Sdu Jurisprudentie Aanbestedingsrecht), aflevering 7, 2015
Annotator	mr. M.M. Fimerius
Zaaknummer	180
Rechtsgebied	Aanbestedingsrecht
Rubriek	Commissie van Aanbestedingsexperts
Rechtters	mr. Janssen mr. Jansen
Partijen	
Regelgeving	Aanbestedingswet 2012 - 1.10 lid 1 jo. lid 2 sub c

SAMENVATTING

Beklaagde start een Europese openbare aanbesteding voor postdiensten in vijf percelen. Het gaat om een heraanbesteding van een eerdere opdracht waarover de Commissie een advies heeft gegeven (Advies 56). De Commissie heeft in dat advies de door klager ingediende klacht ten aanzien van de eis dat de gevraagde referentie-opdrachten bij één opdrachtgever moeten zijn uitgevoerd, gegrond verklaard. Zowel bij de eerste aanbesteding als bij de heraanbesteding is perceel 3 (postbezorging binnen 24 uur na opdracht binnen Nederland) voorwerp van de klacht. De klacht van klager in onderhavig advies valt uiteen in vier onderdelen.

Klachtonderdeel 1

De Commissie neemt bij de beoordeling van dit klachtonderdeel tot uitgangspunt dat beklagde met het stellen van de referentie-eis op zoek is naar een opdrachtnemer die in staat is om binnen 24 uur na het plaatsen van een order ten minste 50.000 poststukken te verwerken. Om aan te tonen dat zij eerder ten minste het genoemde aantal binnen de genoemde tijdspanne in goede orde heeft bezorgd, dient een inschrijver referentie-opdrachten te overleggen, waarbij beklagde geen concreet maximum aan het aantal referentieopdrachten heeft gesteld.

Klager stelt met klachtonderdeel 1 de referentie-eis op twee manieren ter discussie. In de eerste plaats stelt zij dat deze eis disproportioneel is. Daarnaast stelt zij dat de eis ten aanzien van het aantal referentie-opdrachten onvoldoende transparant is.

Met betrekking tot het eerstgenoemde aspect overweegt de Commissie dat beklagde de afgelopen jaren in het 24-uurssegment bulkzendingen heeft aangeboden van honderdduizenden stuks poststukken, en in de afgelopen 6 maanden bulkzendingen heeft aangeboden van 80.000 stuks tot meer dan 100.000 stuks poststukken. Daarom is de referentie-eis naar het oordeel van de Commissie niet in strijd met art. 1.10 lid 1 jo. lid 2 sub c Aanbestedingswet 2012. De Commissie overweegt ten overvloede dat de eis het mogelijk maakt dat een inschrijver met bijvoorbeeld drie referentie-opdrachten van ieder 20.000 poststukken kan aantonen aan de eis te voldoen. De Commissie is van oordeel dat het eerste aspect van klachtonderdeel 1 ongegrond is.

Met betrekking tot het tweede aspect overweegt de Commissie dat beklagde geen duidelijkheid heeft gegeven omtrent het aantal in te dienen referenties. Art. 1.10 lid 1 Aanbestedingswet 2012 strekt zich niet alleen uit tot de in lid 2 van dat artikel genoemde aspecten (eisen, voorwaarden en criteria van de aanbesteding), maar ook tot de inspanningen die van inschrijvers verwacht worden bij het opstellen van hun inschrijving. Het stellen van een eis die er de facto op neerkomt dat van klager verlangd wordt een mogelijk groot en niet concreet gemaximeerd aantal referenties in te dienen, is niet proportioneel. Door een concreet maximum (bijvoorbeeld vijf referenties) te eisen, zou voor klager eerder dan nu het geval was duidelijk zijn geweest of zij daar aan zou kunnen voldoen. De Commissie is van oordeel dat het tweede aspect van klachtonderdeel 1 gegrond is.

Klachtonderdeel 2

Beklaagde wil gebruik maken van een webapplicatie. Het inzetten van een applicatie is volgens klager voor MKB-postbedrijven ongebruikelijk en dit is voor haar dienstverlening ook niet noodzakelijk. Op het gebied van 24-uurs post is X het enige postbedrijf dat een webapplicatie bezit zoals omschreven door beklagde. Klager is van mening dat de wensen van beklagde op dit punt discriminatoir zijn en toegeschreven zijn op X en dat het MKB hierdoor geen eerlijk kans heeft bij onderhavige aanbesteding.

Bij de beoordeling van dit klachtonderdeel stelt de Commissie voorop dat het in toenemende mate gebruikelijk is dat opdrachtgevers van opdrachtnemers verwachten dat zij de bedrijfsprocessen van de opdrachtgever faciliteren met behulp van een ICT-applicatie. Beklaagde heeft dit verlangen in het kader van de door haar gehanteerde gunnings- en beoordelingssystematiek vertaald in een wens en niet in een eis. De Commissie overweegt dat inschrijver de vrijheid heeft om in plaats van een webapplicatie een andersoortige applicatie aan te bieden. Daarmee wordt inschrijvers voldoende ruimte geboden om aan de wens invulling te geven. De Commissie is van oordeel dat klachtonderdeel 2 ongegrond is.

De Commissie acht klachtonderdelen 3 en 4 ongegrond.

Aanbevelingen

De Commissie doet de volgende aanbevelingen. Om teleurstellingen bij potentiële inschrijvers, in het bijzonder bij MKB-ondernemers, te voorkomen, verdient het aanbeveling om de eisen in de aanbestedingsstukken ten aanzien van het aantal referentie-opdrachten in de toekomst op een zodanig wijze te formuleren dat voor inschrijvers eerder dan nu het geval was, duidelijk is of zij aan die eisen kunnen voldoen. Ten behoeve van volgende aanbestedingen zou klager kunnen onderzoeken of zij voor het ontwikkelen van een ICT-applicatie een beroep kan doen op art. 2 van de Kaderwet EZ-subsidies, dat ziet op het verstrekken van subsidies ten behoeve van activiteiten die passen in het beleid inzake (onder meer) post.

UITSPRAAK

Het volledige advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts is te raadplegen op www.commissievanaanbestedingsexperts.nl.

NOOT

Referentie-eis: voldoende transparant en proportioneel

Dit advies heeft (onder meer) betrekking op een geschiktheidseis met betrekking tot de technische bekwaamheid (referentie-eis). De referentie-eis was gesteld in het kader van een Europese openbare procedure voor 'perceel 3: postbezorging binnen 1 dag na opdracht binnen Nederland'.

De referentie-eis¹ luidt (na wijziging in een tweede nota van inlichtingen – als gevolg waarvan de aanbestedingsleidraad opnieuw is gepubliceerd):

'1. In één jaar tenminste 1.000.000 stuks poststukken als bedoeld in perceel 3 bezorgd heeft, welke vallen binnen het tijds kader van perceel 3;

2. in één jaar tenminste één maal een zending van meer dan 50.000 stuks poststukken als bedoeld in perceel 3 bezorgd heeft, welke valt binnen het tijds kader van perceel 3.'

Het tijds kader van perceel 3 betreft 24-uursbezorging.

In de aanbestedingsleidraad is bij deze referentie-eis vermeld dat de aanbestedende dienst geen concreet maximum stelt aan het aantal in te dienen referentieopdrachten, maar dat het aantal referentieopdrachten niet dermate groot mag zijn dat het voor de aanbestedende dienst redelijkerwijs niet mogelijk/werkbaar is om de vakbekwaamheid te toetsen.

De klacht van klager (in klachtonderdeel 1) komt voort uit het feit dat er slechts enkele organisaties zijn die zendingen van 50.000 stuks of meer in één keer bij een postbedrijf aanbieden. Deze organisaties maken naar de stelling van klager allemaal gebruik van haar concurrent [X]. Klager stelt dat zij zeer zeker in staat is om meer dan 50.000 stuks op een dag te verwerken, maar dat het daarbij gaat om de post van een groot aantal klanten gezamenlijk. Het is niet alleen bezwaarlijk, maar ook bijna onmogelijk om voor al deze klanten een referentieformulier in te vullen, waardoor de gestelde referentie-eis naar de mening van klager niet proportioneel is. Klager stelt zich op het standpunt dat de aanbestedende dienst ook ander bewijs had moeten accepteren, zoals een accountantsverklaring, waarin wordt verklaard dat aan de gestelde eis is voldaan.

De aanbestedende dienst heeft de referentie-eis niet aangepast naar aanleiding van deze klacht. Zij stelt zich op het standpunt dat zij er zeker van moet zijn dat opdrachtnemer in staat is om partijen van 50.000 stuks binnen 24 uur te bezorgen.

Klager heeft geen inschrijving ingediend.

De CvAE stelt de klager in het gelijk ten aanzien van het tweede aspect van haar klacht dat de referentie-eis met betrekking tot het aantal referentieformulieren niet transparant is. De CvAE overweegt:

‘Art. 1.10 lid 1 Aw 2012 strekt zich niet alleen uit tot de in lid 2 van dat artikel genoemde aspecten (eisen, voorwaarden en criteria van de aanbesteding), maar ook tot de inspanningen die van inschrijvers verwacht worden bij het opstellen van hun inschrijving.

Het stellen van een eis die er de facto op neerkomt dat van klager verlangd wordt een mogelijk groot en niet concreet gemaximeerd aantal referenties in te dienen, is niet proportioneel. Door een concreet maximum (bijvoorbeeld vijf referenties) te eisen, zou voor klager eerder dan nu het geval was duidelijk zijn geweest of zij daar aan zou kunnen voldoen.’

De klager wordt derhalve op dit punt in het gelijk gesteld, maar zal daarbij waarschijnlijk geen baat hebben. Indien de aanbestedende dienst het aantal referentieopdrachten zou maximeren naar vijf, kan klager mogelijk niet inschrijven omdat zij alsdan niet aan die eis kan voldoen.

Ik deel de conclusie van de CvAE ten aanzien van het tweede aspect van klacht dat de gestelde referentie-eis niet transparant is. In de door de CvAE voorgestelde oplossing kan ik mij echter niet vinden. De door de CvAE voorgestelde oplossing om te komen tot een transparante referentie-eis, heeft echter als gevolg dat de proportionaliteit van de eis ter discussie komt te staan.

Op grond van voorschrift 3.5B van de Gids Proportionaliteit dient een aanbestedende dienst enkel geschiktheidseisen te stellen die verband houden met daadwerkelijke risico's die de opdracht meebrengt, of die terug te voeren zijn op de gewenste competenties. Als toelichting is daarbij opgenomen dat aanbestedende diensten er alert op moeten zijn, niet meer eisen te stellen dan strikt noodzakelijk.

Indien de aanbestedende dienst in het voorliggende geval ervoor zou kiezen het aantal referentieopdrachten te maximeren, wordt de gestelde eis in feite verzaamd. De 50.000 stuks moeten (als we het advies van de CvAE zouden volgen) voor maximaal 5 opdrachtgevers zijn bezorgd. Uit de feitenweergave van het advies, begrijp ik echter dat het de aanbestedende dienst er enkel om te doen is, dat de inschrijver

aantoont dat zij in staat is 50.000 stuks op 1 dag binnen 24 uur te bezorgen. Uit de stellingen van de aanbestedende dienst maak ik niet op dat het haar er tevens om gaat dat deze 50.000 stuks zijn bezorgd in opdracht van slechts enkele opdrachtgevers. Vergelijk in dit kader ook advies 56 van de CvAE waarin de CvAE met betrekking tot de onderhavige aanbestedingsprocedure overwoog dat het bij de gestelde referentie-eis niet van belang is dat de behandelde poststukken voor slechts één opdrachtgever zijn verwerkt. Als de aanbestedende dienst er alsdan voor kiest om een eis te stellen ten aanzien van het maximale aantal opdrachtgevers (terwijl dit voor de juiste uitvoering van de opdracht niet relevant is), zal mijns inziens sprake zijn van een niet proportionele geschiktheidseis. Er worden dan immers meer eisen gesteld dan strikt noodzakelijk voor de uitvoering van de opdracht.

Een betere oplossing zou mijns inziens zijn geweest dat de aanbestedende dienst wordt aanbevolen om ook ander bewijs te accepteren waaruit blijkt dat een inschrijver in staat is om meer dan 50.000 stuks post op 1 dag binnen 24 uur te bezorgen, zoals bijvoorbeeld een accountantsverklaring .

Het maximum van 5 in te dienen referenties, zoals door de CvAE genoemd, lijkt overigens door de CvAE niet bedoeld als een algemene regel. Een aanbestedende dienst zal per opdracht moeten bezien of het stellen van een maximum aan het aantal in te dienen referenties proportioneel is, en zo ja, welk maximaal aantal referenties proportioneel is. Als de aanbestedende dienst een maximum aan het aantal in te dienen referenties stelt, zal zij wel moeten kunnen onderbouwen waarom het essentieel is dat de referentie-eis voor maximaal dit aantal opdrachtgevers is uitgevoerd.

Conclusie en enkele vuistregels voor de praktijk

Vaak zal uit de formulering van een referentie-eis al blijken of aan die referentie-eis met één of meerdere referentieopdrachten mag worden voldaan. Indien dat niet duidelijk is (zoals in het onderhavige geval), dan is het vanuit het oogpunt van transparantie aan te bevelen dat de aanbestedende dienst daar vooraf duidelijkheid over verschaft. Bij het stellen van een maximum aan het aantal in te dienen referentieopdrachten, dient een aanbestedende dienst wel acht te slaan op het proportionaliteitsbeginsel.

mr. M.M. Fimerius, Advocaat bij AKD

VOETNOTEN

-
- 1 De referentie-eis was eerder al onderwerp van een klacht bij de Commissie van Aanbestedingsexperts. De

oorspronkelijke referentie-eis luidde: 'Het voor één opdrachtgever gedurende tenminste één jaar bezorgen van poststukken met een volume van meer dan 1.000.000 poststukken per jaar en waarbij tenminste twee maal een zending van meer dan 90.000 stuks uitgevoerd werd binnen deze referentieopdracht.' De Commissie van Aanbestedingsexperts heeft in haar advies 56 geoordeeld 'Waar het om gaat is dat de

inschrijver moet aantonen over een organisatie te beschikken die in staat is in aan de bekwaamheidseisen te voldoen. Daarbij is niet van belang dat de behandelde poststukken voor slechts één opdrachtgever zijn verwerkt.' De Commissie van Aanbestedingsexperts heeft de beklagde aanbevolen een andere geschiktheidseis te formuleren.

Copyright 2022 - Sdu - Alle rechten voorbehouden.