

Klager heeft de problemen rechtstreeks met een medewerker van het inkoopbureau van beklaagde besproken en niet met de helpdesk zodat de aanbidding bij de juiste persoon is terecht gekomen. Omdat klager geen bericht meer ontvangen heeft voor 11.00 uur (tijd van aanbesteden) is zij ervan uitgegaan dat de inschrijving correct is ontvangen omdat het via de officiële weg niet mogelijk is geweest.

Beklaagde heeft in haar reactie aangegeven dat de inschrijving via Negometrix moest worden ingediend en dat dit ook in het telefoongesprek met klager is gemeld. Negometrix heeft bevestigd dat er geen storing is geweest. Beklaagde zou in strijd met het gelijkheidsbeginsel handelen, wanneer zij de niet correct ingediende inschrijving van klager in behandeling zou nemen.

Beoordeling

Uit het Aanbestedingsdocument blijkt dat beklaagde er geen enkel misverstand over heeft laten bestaan dat de aanbesteding volledig digitaal via Negometrix wordt uitgevoerd, nadrukkelijk met inbegrip van het indienen van de inschrijving door deze op de juiste wijze te uploaden in Negometrix. Beklaagde heeft daarbij rekening gehouden met de onbekendheid met dat systeem bij potentiële inschrijvers en hen er op gewezen dat zij in geval van problemen contact moesten zoeken met de helpdesk van Negometrix. Ook nadat klager aan beklaagde had gemeld problemen te ondervinden met het uploaden van bestanden in Negometrix heeft beklaagde klager er op gewezen dat zij contact moest opnemen met de helpdesk van Negometrix. Klager heeft ook toen nagelaten om hulp te vragen aan die helpdesk.

De Commissie is van oordeel dat onder die omstandigheden beklaagde geen verwijt treft met betrekking tot de door klager gestelde onmogelijkheid om bestanden te uploaden. Aangezien vier andere inschrijvers kennelijk wel in staat zijn gebleken om een inschrijving op de voorgeschreven wijze in te dienen, acht de Commissie het zeer aannemelijk dat de problemen die klager heeft ondervonden veroorzaakt zijn door haar onervarenheid en derhalve voor haar rekening komen.

Beklaagde heeft zich strikt gehouden aan haar eigen regels met betrekking tot het indienen van inschrijvingen. Daaruit blijkt dat beklaagde zich gehouden heeft aan haar verplichting tot gelijke behandeling jegens de overige inschrijvers die er immers op mogen vertrouwen dat voor alle inschrijvers dezelfde procedure voor het indienen van de inschrijvingen zal worden gevolgd.

De klacht is derhalve ongegrond.

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

99

Commissie van Aanbestedingsexperts
30 april 2015, Advies 207
(mr. Janssen, mr. Jansen, mr. Chen)
Noot mr. A. Stellingwerff Beintema

Toelaatbaarheid geschiktheidseisen. Proportionaliteit.

[Aanbestedingswet 2012 art. 1.5 lid 2, 2.93 lid 3; Gids Proportionaliteit Voorschrift 3.5F]

Beklaagde heeft op 23 januari 2015 de aankondiging gepubliceerd van een Europese openbare aanbestedingsprocedure voor het sluiten van raamovereenkomsten voor het vervoer van leerlingen. In klachtonderdeel 1 stelt klager dat beklaagde voor één groep te vervoeren leerlingen twee kerncompetenties vraagt, die telkens maar betrekking hebben op één individueel/afzonderlijk deel van die groep leerlingen, zonder dat van enige overlapping sprake is. In klachtonderdeel 2 stelt klager dat beklaagde de kerncompetenties zodanig heeft ingericht dat deze niet in overeenstemming zijn met art. 2.93 lid 3 Aw 2012.

Stellen meerdere kerncompetenties per referentie toegestaan?

Klager gaat in het klachtonderdeel allereerst uit van de veronderstelling dat in het onderhavige geval sprake is van een samenvoeging – per perceel – van twee gelijksoortige opdrachten. Gegeven die veronderstelde gelijksoortigheid gaat klager in de tweede plaats uit van de veronderstelling dat beklaagde een en dezelfde gelijke kerncompetentie voor de gehele (samengevoegde) opdracht had moeten stellen. De Commissie is van oordeel dat beide veronderstellingen van klager op onjuiste aannames zijn gebaseerd.

Klager baseert haar eerste veronderstelling op het Advies 182 van de Commissie. Zij meent dat – nu de Commissie in dat advies zou hebben geoordeeld dat het samenvoegen van twee ongelijksoortige vervoersopdrachten in één opdracht niet zou zijn toegestaan – de enige logische conclusie kan zijn

dat beklaagde in het onderhavige geval twee gelijksoortige vervoersopdrachten (per perceel) heeft samengevoegd. Nog afgezien van het feit dat de Commissie de logica van die conclusie niet kan volgen, heeft zij in haar Advies 182 ook overigens niet geoordeeld dat het samenvoegen van twee ongelijksoortige vervoersopdrachten verboden zou zijn. Wat de Commissie in dat advies heeft geoordeeld, is dat de betreffende beklaagde haar motiveringsplicht van art. 1.5 lid 2 Aw 2012 onvoldoende had nageleefd, waardoor niet kon worden aangetoond dat samenvoeging van de ongelijksoortige opdrachten niet onnodig was.

Klager lijkt haar tweede veronderstelling te baseren op de gedachte dat wanneer sprake is van een opdracht – ongeacht of die het resultaat is van de samenvoeging van twee of meer opdrachten – die het verrichten van twee of meer gelijksoortige prestaties omvat (in het onderhavige geval: leerlingenvoer) de aanbestedende dienst slechts één met de uitvoering van die prestaties verband houdende kerncompetentie zou mogen stellen. Daarmee lijkt klager er naar het oordeel van de Commissie aan voorbij te gaan dat binnen elk van de door beklaagde vastgestelde percelen van de opdracht generiek weliswaar gelijksoortige prestaties worden uitgevraagd – te weten: leerlingenvoer – maar dat binnen elk perceel tussen de te vervoeren groepen leerlingen aanzienlijke verschillen (kunnen) bestaan. Gesteld dat dit laatste inderdaad het geval is en gesteld dat die verschillen tussen de te vervoeren groepen leerlingen door beklaagde in de opdracht zijn vertaald in specifieke eisen die behoren tot de essentialia van de opdracht, kan het stellen van nadere kerncompetenties die overeenkomen met de door beklaagde gewenste ervaring met betrekking tot die essentialia naar het oordeel van de Commissie – anders dan klager stelt – wel degelijk zijn toegestaan, gelet op het bepaalde in Voorschrift 3.5F Gids Proportionaliteit. Klachtonderdeel 1 is derhalve ongegrond.

Strijd met art. 2.93 lid 3 Aw 2012?

De te beantwoorden vraag is of beklaagde heeft gehandeld in strijd met art. 2.93 lid 3 Aw 2012, in die zin dat beklaagde eist dat een inschrijver referentieopdrachten overlegt die – gelet op de aard, de hoeveelheid of omvang en het doel van de in het kader van die opdrachten verrichte prestaties – op onderdelen gelijk zijn aan de (in het kader van de) onderhavige opdracht (te verrichten prestaties). Beklaagde mag zich niet beperken tot het vragen om referentieopdrachten die gelijk zijn aan de aanbestede opdracht, maar zal in plaats daarvan op een hoger abstractieniveau zal moeten vragen

om referentieopdrachten waarvan mag worden verondersteld dat voor de uitvoering daarvan dezelfde competenties noodzakelijk zijn als die welke zijn vastgesteld voor de opdracht die het onderwerp vormt van de aanbesteding.

Wanneer de aard, hoeveelheid/omvang en het doel van de aanbestede opdracht vervolgens wordt vergeleken met de vereiste aard, hoeveelheid/omvang en het doel van de te overleggen referentieopdracht(en), moet worden vastgesteld dat de te overleggen referentieopdracht(en) op onderdelen gelijk zijn aan de aanbestede opdracht. Dit geldt zowel voor de generieke aard van de opdracht als de specifieke aard van de opdracht. Klachtonderdeel 2 wordt derhalve als gegrond beoordeeld.

Kerncompetenties

Ten overvloede oordeelt de Commissie dat beklaagde met de door haar vastgestelde competenties, zich niet heeft beperkt tot het vaststellen van kerncompetenties die overeenkomen met de gewenste ervaring op essentiële punten van de opdracht. Van een onderneming die inschrijft op een opdracht als de onderhavige mag worden verwacht dat deze primair in staat is personenvervoer in het algemeen en het vervoer van personen met lichamelijke en verstandelijke beperkingen in het bijzonder te organiseren en uit te voeren. Daartoe is nodig dat die onderneming de beschikking heeft over voldoende chauffeurs die de bekwaamheid hebben dergelijk vervoer op een adequate en veilige manier uit te voeren. Beklaagde vraagt met de gedetailleerde wijze waarop zij de competenties heeft geformuleerd om competenties die in het licht van het voorafgaande beschouwd niet alle als kerncompetenties kunnen worden aangemerkt. Dat geldt in het bijzonder voor de competentie om leerlingen te vervoeren naar en van een bepaald type school waar een bepaald type onderwijs wordt verzorgd. Het voorgaande houdt in dat beklaagde naar het oordeel van de Commissie heeft gehandeld in strijd met het bepaalde in Voorschrift 3.5F Gids Proportionaliteit.

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

NOOT

Hoe specifiek mag een ervaringseis zijn?

Beklaagde, een gemeente, is een Europese aanbesteding gestart voor leerlingenvervoer. Deze leerlingen zijn onderverdeeld in vier typen leerlingen, cluster 1 tot en met cluster 4. Het vervoer is onderverdeeld in vier percelen. Elk perceel bevat het vervoer van twee typen leerlingen.

De gemeente heeft per perceel twee kerncompetenties geformuleerd (per type leerling één kerncompetentie) waarvoor een referentie moest worden opgegeven.

Alhoewel de klacht ook had kunnen zien op de vraag of het mixen van twee typen leerlingen in één perceel in strijd is met art. 1.5 lid 1 Aw 2012 (het zogenaamde clusterverbod) stelt de klager dit niet aan de orde. Integendeel, klager gebruikt het clusterverbod als onderbouwing voor haar standpunt dat de ervaringseis in strijd is met het aanbestedingsrecht.

Meerdere kerncompetenties per opdracht/perceel is toegestaan

Ik moet eerlijkheidshalve bekennen dat ik klachtonderdeel 1 en de onderbouwing daarvan enkele malen heb gelezen om de redenering van de klager te begrijpen. Uit de beoordeling van de Commissie leid ik af dat ook zij daarmee heeft geworsteld.

Als ik het goed begrijp stelt de klager in feite dat er slechts één kerncompetentie per opdracht mag worden vereist. Nu clusteren niet mag, bevat elk perceel dus één opdracht (tot het verichten van gelijksoortig vervoer), en kan er dus slechts één kerncompetentie worden vereist die ziet op de gehele opdracht (en dus automatisch minder specifiek is dan de gemeente heeft vereist).

De Commissie oordeelt dat het wel degelijk mogelijk is om meerdere kerncompetenties per opdracht (en dus per perceel) te vereisen. Ik ben het hier mee eens. Er ontbrak mijn inziens nog wel een verwijzing naar art. 2.93 lid 3 Aw 2012,

waar dit eveneens uit volgt: 'Een aanbestedende dienst vraagt op onderdelen van de opdracht naar eerder verrichte vergelijkbare opdrachten.'

Ervaringseis is in strijd met art. 2.93 lid 3 Aw 2012

In klachtonderdeel 2 stelt klager zich op het standpunt, dat de kerncompetenties te specifiek zijn geformuleerd. Klager stelt dat de gemeente eerder verrichte opdrachten heeft vereist, die gelet op de aard en het doel van de opdracht gelijk zijn, en niet 'vergelijkbaar' zoals art. 2.93 lid 3 Aw 2012 voorschrijft.

De Commissie beoordeelt de klacht als gegrond. Ik kan de overwegingen goed volgen. Echter, ik kan me niet geheel vinden in de toepassing daarvan.

Art. 2.93 lid 3 Aw 2012 luidt: 'Een aanbestedende dienst die als geschiktheidseis stelt dat de gegaadigde eerdere opdrachten heeft verricht vraagt op onderdelen van de opdracht naar eerder verrichte vergelijkbare opdrachten en niet naar eerder verrichte opdrachten die gelet op de aard, de hoeveelheid of omvang en het doel van de opdracht gelijk zijn.' [cursivering ASB]

Dit artikel kent twee verplichtingen.

De eerste verplichting is dat een aanbestedende dienst moet kijken naar de onderliggende onderdelen waar de opdracht uit bestaat. Per onderdeel mogen één of meer referenties worden vereist. Dit in tegenstelling tot het vereisen van één of meer referenties die gelijk zijn aan de uitgevraagde opdracht (en dus alle onderdelen bevat(ten)).

De tweede verplichting is dat (per onderdeel) naar vergelijkbare referenties moet worden gevraagd. Hiermee heeft de wetgever bedoeld aan te geven dat ervaring moet worden getoetst op basis van competenties waarover een onderneming beschikt. Dit in tegenstelling tot het vereisen van een soortgelijke referentie. Het gaat de wetgever erom dat de ondernemer de competentie heeft om een opdracht uit te voeren. Het gaat er niet om dat hij exact dezelfde/gelijke opdracht in het verleden heeft uitgevoerd. De wetgever noemt twee voorbeelden. Voorbeeld 1: dat een ondernemer die een viaduct heeft gebouwd in het algemeen ook in staat is een

brug te bouwen. Voorbeeld 2: ervaring met het bouwen van een gebouw, in plaats van ervaring met het bouwen van een school.¹

De wetgever heeft met dit lid beoogd om de toegang van (innovatieve) ondernemers (behorende tot het MKB) tot opdrachten en de groeimogelijkheden van ondernemers te verbeteren.²

De Commissie leidt uit de wetsgeschiedenis af, dat de aanbestedende dienst geen referenties mag vragen die gelijk zijn aan de aanbestede opdracht, maar dat zij in plaats daarvan op een hoger abstractieniveau zal moeten vragen om referenties waarvan mag worden verondersteld dat voor de uitvoering daarvan dezelfde competenties noodzakelijk zijn als die welke zijn vastgesteld voor de opdracht die het onderwerp vormt van de aanbesteding. Alleen in dat geval zal volgens de Commissie sprake zijn van het vragen om referenties die op onderdelen 'vergelijkbaar' zijn met de opdracht die onderwerp is van de aanbesteding.

Ik kan me vinden in dit standpunt van de Commissie. Echter, dit neemt niet weg, dat de benodigde competenties in sommige gevallen dusdanig specifiek zijn dat een hoger abstractieniveau niet mogelijk is, althans dat een hoger abstractieniveau kan leiden tot onvergelijkbare referenties en daarmee tot gunning aan een ongeschikte onderneming.

De toepassing van dit standpunt door de Commissie acht ik in deze gedeeltelijk onjuist. In haar voorbeeld 'generiek vervoer van personen met lichamelijke en verstandelijke beperkingen in plaats van vervoer van leerlingen met lichamelijke en verstandelijke beperkingen' in randnummer 5.3.5 en de toepassing hiervan in randnummer 5.3.9 gaat de Commissie er naar mijn mening ten onrechte aan voorbij dat het vervoer van leerlingen specifieke vaardigheden vergt ten opzichte van generiek vervoer, hetgeen in de aanbestedingsjurisprudentie reeds is onder-

kend.³ Referenties die zien op generiek vervoer zijn daarmee naar mijn mening geen 'vergelijkbare opdrachten' meer te noemen.

In hoeverre dit ook geldt voor de nadere specificatie naar type leerling waaraan onderwijs wordt gegeven kan ik niet goed beoordelen. Zo op het eerste gezicht kan ik mij voorstellen dat het wel degelijk uitmaakt welk type leerling er vervoerd moet worden. Niet voor niets wordt er in de Nota van Inlichtingen gesproken over een mix van 'makkelijke' en 'moeilijke' leerlingen. Echter, naar mijn mening is in dat geval slechts toespitsing van de ervaringseis op vervoer van het moeilijke type leerling verdedigbaar. Immers, als je een moeilijke leerling kan vervoeren, kun je ook een makkelijke leerling vervoeren.

Ervaringseis is in strijd met Voorschrift 3.5 Gids Proportionaliteit

In de onderbouwing van klachtonderdeel 2 stelt klager zich tevens op het standpunt, dat de ervaringseis in strijd is met voorschrift 3.5B.

Voorschrift 3.5B luidt als volgt: 'Indien de aanbestedende dienst eisen stelt, stelt hij alleen geschiktheidseisen die verband houden met daadwerkelijke risico's die de opdracht meebrengen, of terug te voeren zijn op de gewenste competentie(s)'. In de toelichting onder het voorschrift staat dat de eis in redelijke verhouding moet staan tot het af te dekken risico en de aard en omvang van de opdracht. Belangrijk is dat de geschiktheidseisen die aan een onderneming en eventuele onderaannemer worden gesteld, direct terug te voeren zijn op de betreffende opdracht, en inspelen op competenties die concreet nodig zijn om de betreffende opdracht goed te kunnen uitvoeren.

De Commissie is niet op dit standpunt ingegaan. Zou zij dit wel hebben gedaan, dan zou zij – gelet op voorgaande – ongetwijfeld tot het oordeel zijn gekomen dat de vereiste competenties verder gaan dan nodig is om de betreffende opdracht goed te kunnen uitvoeren, nu volgens de Commissie ervaring met generiek vervoer van

1 TK 2010-2011, 32440, nr. 10, p. 15, 16; en 32; TK 2010-2011, 32440, nr. 11, p.11 en 20.

2 TK 2010-2011, 32440, nr. 10, p. 15 en 16; TK 2010-2011, 32440, nr. 11, p.11 en 20.

3 Gerechtshof Den Bosch, 20 april 2004, ECLI:NL:GHSHE:2004:AO9430, «JAAN» 2007/5089, ro. 4.9.2.

personen met lichamelijke en verstandelijke beperkingen voldoende is om de betreffende opdracht goed te kunnen uitvoeren.

De Commissie heeft zonder dat de klager daarover heeft geklaagd getoetst of de ervaringseis in strijd is met voorschrift 3.5F.

Voorschrift 3.5F luidt als volgt: 'De aanbestedende dienst stelt voor het toetsen van technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid kerncompetenties vast die overeenkomen met de gewenste ervaring op essentiële punten van de opdracht.'

De Commissie oordeelt, dat de aanbestedende dienst zich hier niet toe heeft beperkt, en derhalve in strijd met dit voorschrift heeft gehandeld. De Commissie komt tot dit oordeel, nu zij – mijn inziens ten onrechte – van mening is dat volstaan zou kunnen worden met het vereisen van ervaring met personenvervoer in het algemeen en het vervoer van personen met lichamelijke en verstandelijke beperkingen in het bijzonder. De competentie om leerlingen te vervoeren naar en van een bepaald type school waar een bepaald type onderwijs wordt verzorgd is volgens de Commissie geen kerncompetentie.

Onduidelijk is mij wat de Commissie heeft bedoeld met de zin, dat het nodig is dat die onderneming de beschikking heeft over voldoende chauffeurs die de bekwaamheid hebben dergelijk (generiek) vervoer op een adequate en veilige manier uit te voeren. Bedoelt de Commissie hiermee dat de gemeente in het geheel geen ervaringseis (art. 2.93 lid 1 sub b Aw 2012) aan de onderneming had mogen stellen, maar slechts eisen aan het personeel van de onderneming (art. 2.93 lid 1 sub f en sub h Aw 2012)? Of bedoelt de Commissie hier niets bijzonders mee? Ik ga uit van dit laatste.

Conclusie en enkele vuistregels voor de praktijk
Al met al kan uit dit advies worden geconcludeerd, dat de ervaringseis op meerdere kerncompetenties ziet. Echter, deze mogen enkel zien op de kerncompetenties die noodzakelijk zijn om de opdracht uit te voeren. Het vereisen van competenties die specifiek zijn geformuleerd

dan noodzakelijk is om de opdracht uit te voeren is in strijd met art. 2.93 lid 3 Aw 2012 en het proportionaliteitsbeginsel.

Als vuistregel kan worden gehanteerd: kijk goed welke kerncompetenties daadwerkelijk noodzakelijk zijn om de opdracht uit te voeren, en formuleer deze op een zodanige wijze dat een hoger abstractieniveau niet mogelijk is.

A. Stellingwerff Beintema,
Partner Maasdam Broers Fischer advocaten

100

Commissie van Aanbestedingsexperts
4 juni 2015, nr. 228
(mr. Janssen, mr. Jansen, mr. Chen)
Noot mr. J.C. Langeveld

Proportionaliteit. Motiveringsverplichting. Afwijking paritaire voorwaarden.

[Gids Proportionaliteit Voorschrift 3.9B, Voorschrift 3.9C; Aanbestedingswet 2012 art. 1.10 lid 4]

Beklaagde houdt een Europese niet-openbare aanbestedingsprocedure voor vervangende nieuwbouw van een school (engineering en build) onder toepassing van het ARW 2012. In de Gunningleidraad is de UAV-GC 2005 van toepassing verklaard, maar is ook een groot aantal aanvullingen en wijzigingen op de UAV-GC 2005 opgenomen. Klager heeft bij beklagde een klacht ingediend, die er op neerkomt dat beklagde met het geheel aan clausules en bepalingen in de door haar ingevulde, aangevulde en gewijzigde Basisovereenkomst en UAVGC 2005 heeft gehandeld in strijd met een aantal voorschriften opgenomen in hoofdstuk 3.9 Gids Proportionaliteit en heeft onder meer gevraagd of beklagde bereid is de contractvoorwaarden die afwijken van de UAV-GC 2005 te schrappen en de voorwaarden in lijn te brengen met de bepalingen van de Gids. Beklaagde heeft in antwoord op die laatste vraag (nr.20 in de samengevoegde 1e en 2e Nota van inlichtingen Inschrijvingsfase Deel A) de volgende generieke reden opgegeven voor de afwijkingen: