

Advies 34

1. Feiten

Beklaagde heeft op 18 juni 2013 een aankondiging gepubliceerd van een Europese niet-openbare procedure voor de opdracht tot nieuwbouw van een leer- en opleidingscentrum. In de selectieleidraad zijn geschiktheidseisen geformuleerd, waarbij ten aanzien van de verlangde referentiewerken wordt gevraagd om een tevredenheidsverklaring van de opdrachtgever (over het deel van het referentiewerk dat de gegadigde heeft uitgevoerd). Klager heeft zich aangemeld als gegadigde. Klager is niet geselecteerd.

2. Beschrijving klacht

- 2.1 (Klachtonderdeel 1) Klager is van mening ten onrechte niet geselecteerd te zijn. Het gevraagde aantal referentiewerken (twee) is – zonder motivering – hoger dan op basis van de Gids Proportionaliteit voorschrift 3.5G lid 1 geoorloofd is.
- 2.2 (Klachtonderdeel 2) Beklaagde heeft ten onrechte het door klager opgevoerde referentiewerk afgewezen. Klager was als hoofdaannemer verantwoordelijk voor de uitvoering door een onderaannemer van de W- installaties van het referentiewerk en voldeed daarmee aan de gestelde geschiktheidseis.

3. Onderbouwing klacht

- 3.1. (Klachtonderdeel 1)
De Gids Proportionaliteit schrijft voor dat de aanbestedende dienst maximaal één referentie mag vragen; als een aanbestedende dienst meer referenties vraagt, dient zij dit te motiveren in de aanbestedingsstukken.
- 2.2 (Klachtonderdeel 2)
Ten aanzien van de beoordeling van de referentie dient te gelden dat het voor de uitvoering verantwoordelijk zijn als hoofdaannemer voldoende is en aansluit bij de bouwpraktijk waar veel met onderaannemers wordt gewerkt. Daarbij komt dat het antwoord op vraag 31 in de nota van inlichtingen vermeldt: "Ja, de gegadigde of combinanten moet(en) uiteraard wel zelf verantwoordelijk zijn geweest voor de uitvoering conform het gestelde op bladzijde 11 en 12 van de selectieleidraad". Alleen verantwoordelijk zijn (als hoofdaannemer) is dus kennelijk voldoende voor het mogen indienen van een referentieproject

4. Aangedragen suggestie(s) tot verhelpen van de klacht

Alsnog accepteren van de referentie door beklagde en klager toelaten tot de inschrijvingsfase van de aanbesteding.

5. Reactie beklagde

- 5.1. (Klachtonderdeel 1)
Ten aanzien van de proportionaliteit van de referentie-eis geeft beklagde aan dat, zoals beschreven in de selectieleidraad, sprake is van een complexe opdracht en dat het daarom proportioneel is om twee referenties te vragen.

5.2. (Klachtonderdeel 2)

Ten aanzien van de beoordeling van de referentie geeft beklagde aan dat voldoende duidelijk is dat het referentiewerk door de indiener van de referentie zelf uitgevoerd moet zijn. Ter zake van dit referentieproject heeft klager slechts als hoofdaannemer gefungeerd. Het als hoofdaannemer coördineren van werkzaamheden en verantwoordelijk zijn voor de juiste uitvoering van de werkzaamheden, is geheel iets anders dan het zelf uitvoeren van de desbetreffende werkzaamheden. Door verantwoordelijkheid te dragen zonder zelf uit te voeren staat niet vast dat klager over de gevraagde en vereiste ervaring en kennis beschikt. De referentie is terecht afgewezen.

6. Beoordeling

6.1 Klachtonderdeel 1

6.1.1 Op basis van art. 1.10 lid 4 Aanbestedingswet is de aanbesteder verplicht een afwijking van het voorschrift 3.5G lid 1 Gids Proportionaliteit, dat maximaal één referentie per kerncompetentie wordt gevraagd, te motiveren in de aanbestedingsstukken. Verwijzing naar een algemene beschrijving van het aanbestede werk is naar het oordeel van de Commissie niet voldoende om als adequate motivering te kunnen dienen. Beklaagde had bij het formuleren van de geschiktheidseisen de afwijking duidelijker moeten motiveren.

6.1.2 Dat beklagde in strijd heeft gehandeld met voorschrift 3.5G lid 1 en met art. 1.10 lid 4 Aanbestedingswet, had voor klager na kennisneming van de inhoud van de selectieleidraad echter duidelijk moeten zijn. Volgens bestaande (ook nationale) jurisprudentie mag van een gegadigde in dat geval een proactieve houding worden verwacht. Dit houdt in dat een gegadigde in dat geval verplicht is onduidelijkheden of onvolkomenheden in de aanbestedingsdocumenten bij de aanbesteder te signaleren zodra hij die redelijkerwijze behoorde op te merken. De ratio daarvan is dat de aanbesteder daarmee mogelijk in staat wordt gesteld de (gevolgen van de) onvolkomenheid ongedaan te maken in een stadium waarin de nadelige gevolgen daarvan voor alle betrokken partijen zoveel mogelijk beperkt kunnen blijven.

6.1.3 Klager heeft de hiervoor bedoelde verplichting niet nageleefd. Het had op de weg van klager gelegen om zo spoedig mogelijk na kennisneming van de onvoldoende gemotiveerde en van voorschrift 3.5G lid 1 Gids Proportionaliteit afwijkende referentie-eis vragen te stellen over de toelaatbaarheid van die eis.

6.1.4 Dat klager het voorgaande heeft nagelaten, laat weliswaar onverlet dat beklagde haar hierboven genoemde verplichtingen op grond van de Gids Proportionaliteit en de Aanbestedingswet niet heeft nageleefd maar staat er aan in de weg dat klager daar in dit stadium van de aanbestedingsprocedure nog tegen kan opkomen.

6.2 Klachtonderdeel 2

6.2.1 Op beklagde rust de aanbestedingsrechtelijke verplichting om de eisen in het bestek en de overige aanbestedingsdocumenten zodanig te formuleren dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers in staat zijn deze op dezelfde wijze te interpreteren. De te beantwoorden vraag is of beklagde deze verplichting heeft nageleefd met betrekking tot de formulering van de referentie-eis in de selectieleidraad.

6.2.2 De Commissie is van oordeel dat dit niet het geval is. Op blz. 10 van de selectieleidraad is aangegeven dat de gegadigde moet verklaren dat hij minimaal twee qua complexiteit vergelijkbare projecten heeft gerealiseerd. Vergelijkbaar betekent vol-

gens het bepaalde op blz. 11 van de selectieleidraad dat het referentieproject (onder meer) voldoet aan de eis: "Tevredenheidsverklaring van de opdrachtgever (over het deel dat de gegadigde heeft uitgevoerd)". Niet ter discussie staat dat de realisatie – en daarmee ook de uitvoering – van het referentieproject destijds aan klager als hoofdaannemer is opgedragen, doch dat klager de *feitelijke* uitvoering van het litigieuze gedeelte van het project heeft uitbesteed aan een onderaannemer. Dat laatste laat echter onverlet dat van klager kan worden gezegd dat zij in haar contractuele relatie met de toenmalige opdrachtgever het project naar tevredenheid van die opdrachtgever heeft uitgevoerd. Indien beklagde met de formulering van de referentie-eis had willen bewerkstelligen dat alleen referentieprojecten in aanmerking zouden worden genomen die een gegadigde feitelijk *zelf* heeft uitgevoerd – dus zonder tussenkomst van een onderaannemer – dan had zij dat duidelijker dienen te verwoorden in de referentie-eis.

6.2.3 Een aanscherping van de referentie-eis zoals hiervoor bedoeld heeft beklagde echter wel geformuleerd op blz. 12 (voetnoot 1) van de selectieleidraad met betrekking tot het geval dat referentieprojecten worden opgevoerd door gegadigden met de hoedanigheid van een combinatie. Deze aanscherping voor dat specifieke geval sterkt de Commissie enerzijds in haar oordeel dat beklagde haar hiervoor genoemde verplichting niet heeft nageleefd, maar brengt haar anderzijds tot het oordeel dat het feit dat de verplichting niet was nageleefd ook voor klager duidelijk had moeten zijn. Volgens bestaande (ook nationale) jurisprudentie mag van een gegadigde in dat geval een proactieve houding worden verwacht. Dit houdt in dat een gegadigde in dat geval verplicht is onduidelijkheden of onvolkomenheden in de aanbestedingsdocumenten bij de aanbesteder te signaleren zodra hij die redelijkerwijze behoorde op te merken. De ratio daarvan is dat de aanbesteder daarmee mogelijk in staat wordt gesteld de (gevolgen van de) onvolkomenheid ongedaan te maken in een stadium waarin de nadelige gevolgen daarvan voor alle betrokken partijen zoveel mogelijk beperkt kunnen blijven.

6.2.4 Klager heeft de hiervoor bedoelde verplichting niet nageleefd. Het had op de weg van klager gelegen om zo spoedig mogelijk na kennisneming van de onduidelijke referentie-eis daarover vragen te stellen.

6.2.5 Dat klager het voorgaande heeft nagelaten, laat weliswaar onverlet dat beklagde haar hierboven genoemde verplichting niet heeft nageleefd maar staat er aan in de weg dat klager daar in dit stadium van de aanbestedingsprocedure nog tegen kan opkomen.

7 Advies

De Commissie acht beide onderdelen van de klacht **ongegrond**.

Den Haag, 2 oktober 2013

w.g.:
Mr. J.G.J Janssen
Voorzitter

Prof.mr. C.E.C. Jansen
Vicevoorzitter