

Advies 28

1. Feiten

- 1.1 Beklaagde is een Europese niet-openbare aanbesteding gestart voor een opdracht met betrekking tot IT-dienstverlening en draadloze netwerkinfrastructuur bestaande (ondermeer) uit het als dienst aanbieden, onderhouden en beheren van (i) een onderwijswerkplekconcept inclusief alle benodigde centrale faciliteiten en applicaties; van (ii) een draadloos netwerk (WLAN) voor vrijwel iedere school en het geven van instructie voor het gebruik van het aangeboden werkplekconcept.
- 1.2 Klager was van plan in te schrijven, maar heeft, gezien de gestelde geschiktheidseisen, van aanmelding in het kader van de selectie afgezien.

2. Beschrijving klacht

- 2.1 Klager heeft in haar email van 1 augustus 2013 aangegeven dat zij "in het uiterste geval" bij het klachtenmeldpunt van beklaagde respectievelijk bij de Commissie een klacht zou indienen met betrekking tot het feit dat beklaagde niet bereid is de Selectieleidraad op 3 onderdelen aan te passen. Beklaagde beschikt niet over een dergelijk meldpunt en klager heeft zich dus met haar klacht tot de Commissie gewend.
- 2.2 De door klager gewenste (en niet verkregen) aanpassingen betreffen:
 - 2.2.1 (Klachtonderdeel 1) Verruiming van de door beklaagde als minimumeis gestelde geschiktheidseis: het leveren, onderhouden en beheren van een onderwijs-werkplekconcept vergelijkbaar met het door beklaagde gevraagde, (...) in het onderwijs i.p.v. in het primaire onderwijs.
 - 2.2.2 (Klachtonderdeel 2) Aanpassing van het gevraagde aantal referentiewerken aldus: drie meest relevante, uitgevoerde werken in de laatste drie jaren verlagen naar 1 referentiewerk per minimumeis.
 - 2.2.3 (Klachtonderdeel 3) Aanpassing van paragraaf 1.5 "Onvolkomenheden en onjuistheden" van de Selectieleidraad.

3. Onderbouwing klacht

- 3.1 (Klachtonderdeel 1) De geschiktheidseis is te specifiek nu de gevraagde referenties alleen betrekking mogen hebben op dienstverlening in het primaire onderwijs. Naar de mening van klager zou vragen naar ervaring met het leveren, onderhouden en beheren van een onderwijswerkplekconcept, vergelijkbaar met het door beklaagde gevraagde, aan onderwijsinstellingen voldoende moeten zijn en heeft beklaagde, door deze aanpassing niet toe te staan, de markt beperkt.
- 3.2 (Klachtonderdeel 2) De Gids Proportionaliteit (Gids) schrijft voor dat de aanbestedende dienst maximaal één referentie per benoemde kerncompetentie mag vragen; als een aanbestedende dienst meer referenties vraagt, dient zij dit te motiveren in de aanbestedingsstukken. Dat is niet gebeurd.

- 3.3 (Klachtonderdeel 3) Het stellen van een bepaalde termijn waarbinnen een gegadigde melding kan maken van onvolkomenheden en onjuistheden, kan per definitie niet leiden tot verlies van alle rechten van de gegadigde jegens de aanbestedende dienst indien die termijn wordt overschreden.

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

Zie de hierboven beschreven 3 door klager gewenste (en niet verkregen) aanpassingen van de Selectieleidraad.

5. Reactie beklagde

Ten aanzien van het door de Commissie in behandeling nemen van de klacht:

- 5.1 Klager is niet ontvankelijk, want (i) door de mededeling van klager dat zij niet voornemens is een kort geding procedure aanhangig te maken en (ii) door als motivering voor het indienen van een klacht bij de Commissie te gebruiken het argument dat het oordeel van de Commissie van belang is voor toekomstige aanbestedingen in de onderwijskolom, heeft de klacht betrekking op het gevoerde aanbestedingsbeleid van beklagde en andere, nu nog niet bekende aanbestedende diensten. Artikel 8 lid 4 van het Reglement van de Commissie bepaalt dat klachten niet kunnen gaan over het door een aanbestedende dienst gevoerde aanbestedingsbeleid.
- 5.2 De klacht is niet voldoende gemotiveerd.
- 5.3 Het niet voldoen aan een of meer voorschriften van de Gids is geen handeling die binnen de werking van de Aanbestedingswet 2012 valt en daarmee is niet voldaan aan de definitie van een klacht in artikel 1.c van het Reglement van de Commissie.

Ten aanzien van de klacht:

- 5.4 (Klachtonderdeel 1) Beklaagde heeft de gevraagde ervaring in het *primaire onderwijs* in de referentie-eis opgenomen, omdat scholen voor primair onderwijs vaak niet over een IT-afdeling beschikken, respectievelijk, als dat wel het geval is, de organisatiegraad en de mate van professionalisering van een IT-afdeling in het primaire onderwijs lager is ten opzichte van hogere onderwijsinstellingen. Dit vraagt een andere benadering dan de omgang en communicatie met een professionele IT afdeling in het voortgezet onderwijs. De verwevenheid tussen de in het primair onderwijs gebruikte en aan specifieke methoden verbonden onderwijsapplicaties en het door beklagde gevraagde onderwijswerkplekconcept is een essentiële succesfactor voor een succesvolle inzet van ICT.
- 5.5 (Klachtonderdeel 2) In het kader van de maximale toegang tot de relevante markt voor deze opdracht is door beklagde ervoor gekozen ervaring te vragen met drie referentieprojecten, waarbij ook ervaring met veel kleinere projecten relevant wordt geacht. De gevraagde minimumervaring is noodzakelijk om te waarborgen dat de aanbestedende dienst voor een opdracht met deze grootte met een bekwame partij in zee gaat. Er zijn veel marktpartijen die aan deze eisen kunnen voldoen.
- 5.6 (Klachtonderdeel 3) De klacht is onduidelijk.

6. Beoordeling

Ten aanzien van de reactie van beklagde met betrekking tot het door de Commissie in behandeling nemen van de klacht:

- 6.1 Niet valt in te zien waarom, door de mededeling van klager dat zij niet voornemens is een kort geding procedure aanhangig te maken en door als motivering voor het indienen van een klacht bij de Commissie (mede) te gebruiken het argument dat het oordeel van de Commissie van belang kan zijn voor toekomstige aanbestedingen in de onderwijskolom, geen sprake meer zou zijn van een klacht over een concrete aanbesteding. Noch het (niet) vorderen van een voorlopige voorziening, noch het feit dat klager met de concrete klacht in dit concrete geval er op hoopt dat het advies van de Commissie effect zal sorteren bij volgende aanbestedingen in de onderwijskolom, zijn maatgevende argumenten om te concluderen dat sprake zou zijn van een klacht over het door beklagde gevoerde aanbestedingsbeleid.
- 6.2 Het is een van de doelen van de Commissie om, door middel van haar adviezen, de professionaliteit van de aanbestedingspraktijk verder te verbeteren en een leereffect teweeg te brengen bij ondernemingen en aanbestedende diensten. Een van de middelen daartoe is het geven van een advies met betrekking tot het concrete handelen van een aanbestedende dienst, ook in gevallen waarin dat handelen zich al eerder heeft voorgedaan of zich (naar verwachting) zal herhalen bij andere aanbestedingen van die aanbestedende dienst of bij andere aanbestedende diensten.
- 6.3 Voor de motivering van de klacht verwijst klager naar haar e-mail van 1 augustus 2013. De Commissie is van oordeel dat de klacht ten aanzien van de door klager gewenste en niet verkregen aanpassingen die zijn genoemd in de onderdelen 1 en 2 van de klacht in voldoende mate zijn gemotiveerd. Voor wat betreft onderdeel 3 van de klacht verwijst de Commissie naar haar oordeel over dat onderdeel hieronder.
- 6.4 De stelling van beklagde dat het handelen in afwijking van een of meer voorschriften uit de Gids geen handeling is van een aanbestedende dienst die binnen de werking van de Aanbestedingswet 2012 (AW) valt, kan niet worden gevolgd. Op een aanbestedingsprocedure als de onderhavige zijn lid 3 en lid 4 van art. 1.10 Aanbestedingswet 2012 van toepassing. Uit die bepalingen blijkt dat een aanbestedende dienst zoals beklagde verplicht is de voorschriften uit het in lid 3 genoemd richtsnoer (de Gids) toe te passen. Een aanbestedende dienst die dat niet doet, handelt mogelijk in strijd met de genoemde wettelijke bepalingen. Daarmee is sprake van handelen binnen de werkingssfeer van de Aanbestedingswet waarover bij de Commissie geklaagd kan worden.

Ten aanzien van de klacht

6.5 Klachtonderdeel 1

- 6.5.1 Vooropgesteld moet worden dat een aanbestedende dienst op grond van voorschrift 3.5 F van de Gids voor het toetsen van technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid kerncompetenties dient vast te stellen die overeenkomen met de gewenste ervaring op essentiële punten van de opdracht. In de toelichting op dit voorschrift merkt de Gids op dat het bij het stellen van geschiktheidseisen van belang is 'te zoeken naar een formulering die aansluit bij de kerncompetenties die voor een specifieke opdracht relevant zijn. Daarbij is het kritisch formuleren van kerncompetenties essentieel. (...) Het beperken tot het benoemen van de meest essentiële kerncompetenties is soms lastig, maar is wel nodig om een zo goed mogelijke marktwerking te krijgen.'

- 6.5.2 Klager stelt dat de geschiktheidseis waarin wordt gevraagd naar ervaring in het "primaire onderwijs" te specifiek is geformuleerd: beklagde had naar het oordeel van klager kunnen volstaan met het vragen naar ervaring met het leveren, onderhouden en beheren van een onderwijswerkplekconcept aan "onderwijsinstellingen". Beklaagde heeft in haar reactie gesteld dat scholen voor primair onderwijs vaak niet over een IT-afdeling beschikken, respectievelijk, als dat wel het geval is, de organisatiegraad en de mate van professionalisering van een IT-afdeling in het primaire onderwijs lager is ten opzichte van hogere onderwijsinstellingen. Dit vraagt volgens klager om een andere benadering dan de omgang en communicatie met een professionele IT afdeling in het voortgezet onderwijs. De verwevenheid tussen de in het primair onderwijs gebruikte en aan specifieke methoden verbonden onderwijsapplicaties en het door beklagde gevraagde onderwijswerkplekconcept is een essentiële succesfactor voor een succesvolle inzet van ICT.
- 6.5.3 De Commissie leidt uit de reactie van beklagde af dat ervaring van de beoogde IT-dienstverlener met het omgaan met een schoolorganisatie zonder een IT afdeling respectievelijk met een niet-professionele IT afdeling voor haar een essentieel punt van de opdracht is, zoals bedoeld in voorschrift 3.5 F van de Gids. Tussen partijen staat niet ter discussie dat beklagde op grond van dat voorschrift naar deze kerncompetentie mocht vragen: wat tussen hen ter discussie staat, is of beklagde dat mocht doen op de (versluisde) wijze waarop zij dat heeft gedaan in de litigieuze geschiktheidseis.
- 6.5.4 Voor de beantwoording van deze vraag acht de Commissie de hierboven geciteerde toelichting op voorschrift 3.5 F van de Gids relevant. De Commissie is van oordeel dat beklagde in haar geschiktheidseis geen kerncompetentie heeft geformuleerd, maar heeft volstaan met te vragen naar specifieke referentieprojecten. Zij heeft dat kennelijk gedaan in de veronderstelling dat het bezit van de – naar thans blijkt – door haar gewenste kerncompetenties voor de uitvoering van de aanbestede opdracht blijkt uit de aard van die verlangde referentieprojecten. Naar het oordeel van de Commissie bestaat echter met deze wijze van (versluisd) formuleren van de geschiktheidseis enerzijds de kans dat gegadigden referentieprojecten kunnen opvoeren die weliswaar aan die geschiktheidseis beantwoorden, zonder dat in de betreffende projecten feitelijk ervaring is opgedaan met de thans door beklagde gewenste kerncompetentie, terwijl anderzijds de kans bestaat dat gegadigden die wel over de gewenste kerncompetentie beschikken niet in staat zijn zich te kwalificeren, omdat zij het bewijs dat zij over die competentie beschikken alleen kunnen leveren door het aanvoeren van referentieprojecten die niet beantwoorden aan de formulering van de door beklagde gestelde geschiktheidseis.
- 6.5.5 De Commissie is van oordeel dat beklagde met de door haar gekozen formulering van de geschiktheidseis in strijd met voorschrift 3.5 F van de Gids en art. 1.10 lid 4 Aanbestedingswet heeft gehandeld.
- 6.5.6 Beklaagde heeft zich in haar reactie op de klacht op het standpunt gesteld dat de klacht alleen betrekking heeft op de door klager gewenste aanpassing zoals verwoord in onderdeel 1 van de klacht en niet op de aanpassing verwoord in onderdeel 2 van de klacht. In haar beantwoording van de email van klager van 1 augustus 2013 (bij brief van 6 augustus 2013) heeft beklagde echter ook een standpunt ingenomen met betrekking tot onderdeel 2 van de klacht. Dat standpunt is hierboven verwoord en wordt door de Commissie bij de beoordeling van onderdeel 2 van de klacht betrokken.
- 6.6 Klachtonderdeel 2
- 6.6.1 Vooropgesteld moet worden dat artikel 2.93 lid 1 onder b van de Aanbestedingswet bepaalt dat een ondernemer zijn technische bekwaamheid kan aantonen door middel van een lijst van voornaamste diensten die gedurende de afgelopen drie jaar werden verricht. Op blz. 84 van de Memorie van Toelichting bij de Aanbestedingswet wordt vermeld dat veel aanbestedende diensten uit een oogpunt van proportionaliteit volstaan met het vragen van een aantal

referentieprojecten in plaats van een volledige lijst. In het algemeen zal het vragen van drie referentieprojecten volgens de wetgever als proportioneel kunnen worden beschouwd.

6.6.2 Voor wat betreft het aantal referentieprojecten dat een aanbestedende dienst mag vragen ten bewijze dat een gegadigde aan een geschiktheidseis voldoet, in de zin dat hij over een door de aanbestedende dienst gewenste *kerncompetentie* beschikt, is art. 2.93 lid 1 onder b van de Aanbestedingswet nader uitgewerkt in voorschrift 3.5 G van de Gids. Dat voorschrift bepaalt dat de aanbestedende dienst maximaal één referentie per benoemde kerncompetentie vraagt.

6.6.3 De Commissie is van oordeel dat beklagde met het in de selectieleidraad vragen naar "drie meest relevante referenties" in de afgelopen drie jaar – zonder deze afwijking van voorschrift 3.5 G van de Gids in de aanbestedingsstukken te motiveren – in strijd met het genoemde voorschrift en art. 1.10 lid 4 Aanbestedingswet heeft gehandeld.

6.7 Klachtonderdeel 3

De Commissie heeft hierboven al geoordeeld dat de klacht ten aanzien van de door klager gewenste en niet verkregen aanpassingen die zijn genoemd in de onderdelen 1 en 2 van de klacht in voldoende mate zijn gemotiveerd. Daarmee zijn deze onderdelen van de klacht naar het oordeel van de Commissie – anders dan beklagde betoogt – voldoende duidelijk. Klager neemt in het derde onderdeel van haar klacht echter een aantal stellingen in zonder dat duidelijk wordt op welke wijze beklagde een aanpassing van deze paragraaf zou moeten doorvoeren om, naar klagers mening, deze in overeenstemming te brengen met de Aanbestedingswet. De Commissie is met beklagde van oordeel dat onderdeel 3 van de klacht onvoldoende duidelijk is en dat de klacht op dit onderdeel dan ook als ongegrond moet worden aangemerkt.

7. **Advies**

De Commissie acht onderdelen 1 en 2 van de klacht **gegrond** en acht onderdeel 3 van de klacht **ongegrond**.

Den Haag, 25 oktober 2013

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

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