

## Advies 36

### 1. Feiten

- 1.1. Beklaagde heeft een openbare aanbestedingsprocedure uitgeschreven met betrekking tot een overheidsopdracht voor de reiniging van metrovoertuigen.
- 1.2. Tot de aanbestedingsdocumenten behoort onder andere het zogenoemde "Beschrijvend document". Op blz. 30 van dat document is bepaald dat een inschrijver zijn technische bekwaamheid kan bewijzen door drie referentieopdrachten van verschillende Opdrachtgevers te overleggen. Daarnaast is het volgende bepaald:

'Een relevante referentie is een referentie die naar aard en omvang vergelijkbaar is met de onderhavige Opdracht. Als gelijkwaardig beschouwen wij minimaal een omzet van € 600.000,- per referentie. De referenties moeten minimaal voldoen aan de volgende voorwaarden: • De drie referenties dienen te zijn/worden uitgevoerd tussen 2009-2012; • Inschrijver heeft de opdracht naar tevredenheid van de referent uitgevoerd; • Een (1) referentie betreft de schoonmaak van OV-voertuigen (bus, tram, metro of trein); • Een (1) referentie betreft het schoonmaken in de avond- en nachturen; • Een (1) referentie betreft het uitvoeren van controles op basis van de normering NEN 2075.'

- 1.3. Klager heeft een inschrijving ingediend, maar deze inschrijving is door beklagde niet in beoordeling genomen. De reden die beklagde daarvoor heeft aangevoerd, is dat een van de door klager overlegde referenties niet voldoet aan de omzet-eis van € 600.000,- PER JAAR.

### 2. Beschrijving klacht

- 2.1. (Klachtonderdeel 1) De gestelde referentie-eis is onduidelijk.
- 2.2. (Klachtonderdeel 2) De gestelde referentie-eis is in strijd met Voorschrift 3.5 G van de Gids Proportionaliteit en met art. 1.10 lid 4 Aanbestedingswet.
- 2.3. (Klachtonderdeel 3) De gestelde referentie-eis is in strijd met Voorschrift 3.5 F van de Gids Proportionaliteit.

### 3. Onderbouwing klacht

- 3.1. (Klachtonderdeel 1) De referentie-eis wordt zowel op blz. 30 van het Beschrijvend document als in de daarbij behorende bijlage (Bijlage Referenties) vermeld. Er staat nergens dat het moet gaan om een referentiewaarde berekend PER JAAR. Op blz. 30 van het Beschrijvend document wordt tevens opgemerkt 'Alleen het daadwerkelijk uitgevoerde deel van de referentieopdracht mag als zodanig worden gebruikt'. Dit impliceert dat de in de bijlage gevraagde contractwaarde tot heden minimaal € 600.000,00 dient te zijn. Voor wat betreft de door klager opgevoerde en door beklagde afgewezen referentie is dat ruim € 720.000,- waardoor klager van mening is ruimschoots aan de referentie-eis te voldoen.
- 3.2. (Klachtonderdeel 2) Beklaagde heeft geen onderbouwing/motivatie gegeven waarom zij de waarde van de referenties uitvraagt. Volgens Voorschrift 3.5 G van de Gids Proportionaliteit is een deugdelijke motivering benodigd. Nu blijkt dat klager zelfs de maximale 60% van de omzet per referent uitvraagt, is de noodzaak van motivatie des te groter. Echter, nu geen

motivatie is gegeven viel ook hier niet uit op te maken dat het om € 600.000,00 per referentie per jaar zou gaan. Ook overigens ontbreekt volgens klager überhaupt de relevantie om naar omzet te vragen. Immers, het gaat hier om de ervaring met het type werk en niet met het volume.

- 3.3. (Klachtonderdeel 3) In Voorschrift 3.5 F van de Gids Proportionaliteit staat dat het 'stapelen' van eisen aan referenties niet is toegestaan. Beklaagde vraagt echter om referenties die zijn uitgevoerd tussen 2009 – 2012, minimaal een omzet hebben van € 600.000,- per referentie en voldoen aan één van de drie genoemde kerncompetenties: Een (1) referentie betreft de schoonmaak van OV-voertuigen (bus, tram, metro of trein). Een (1) referentie betreft het schoonmaken in de avond- en nachturen. Een (1) referentie betreft het uitvoeren van controles op basis van de normering NEN 2075. Er is hier dus sprake van 'stapelen' in de zin als hiervoor omschreven, hetgeen in strijd is met de Gids Proportionaliteit.

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

Alsnog beoordelen van de inschrijving van klager, uitgaande van de eis van een GEREALISEERDE omzet van € 600.000,00 per referent.

#### **5. Reactie beklagde**

De Commissie heeft beklagde in de gelegenheid gesteld om een reactie op de klacht te geven. Beklaagde heeft van die gelegenheid geen gebruik gemaakt.

#### **6. Beoordeling**

- 6.1. Alvorens tot een beoordeling van de klacht over te gaan, merkt de Commissie het volgende op. Klager heeft zich op het standpunt gesteld dat de referentie-eis die in deze zaak ter discussie staat in strijd is met Voorschriften die zijn opgenomen in de Gids Proportionaliteit. Aangezien beklagde een speciale sectorbedrijf is, is zij formeel niet verplicht die Voorschriften toe te passen. De Commissie is echter van oordeel – mede gelet op de Mededeling van de Minister van Economische Zaken d.d. 21 maart 2013, Stcrt. 2013, Nr. 8127 – dat bedoelde Voorschriften een breed gedragen invulling geven aan het in de Aanbestedingswet 2012 vastgelegde en ook voor speciale sectorbedrijven geldende proportionaliteitsbeginsel. Het uitgangspunt dat de Commissie bij de beoordeling van de klacht dan ook zal hanteren, is dat aan de inhoud van de Voorschriften van de Gids Proportionaliteit belangrijke reflexwerking toekomt bij de beantwoording van de vraag of een speciale sectorbedrijf heeft gehandeld overeenkomstig het in de Aanbestedingswet 2012 vastgelegde proportionaliteitsbeginsel.
- 6.2. Klachtonderdeel 1
- 6.2.1. Met betrekking tot het eerste onderdeel van de klacht stelt de Commissie voorop dat beklagde de aanbestedingsrechtelijke verplichting heeft om de eisen en criteria, alsook de wijze waarop deze gedurende de aanbestedingsprocedure zullen worden toegepast, zodanig in de aanbestedingsdocumenten te formuleren dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers in staat zijn deze op dezelfde wijze te interpreteren.
- 6.2.2. Bij de beantwoording van de vraag of beklagde aan deze verplichting heeft voldaan, moet naar het oordeel van de Commissie de in de referentie-eis opgenomen zinsnede 'Als gelijkwaardig beschouwen wij minimaal een omzet van € 600.000,- per referentie' in nauwe samenhang worden gelezen met hetgeen is bepaald op blz. 11 *in fine* en op blz. 13 van het Beschrijvend document: 'De basisduur van de Overeenkomst is 3 jaar. [Beklaagde] heeft het

recht deze basisduur van de Overeenkomst 3 maal te verlengen met een periode van 1 jaar. De totale duur van de Overeenkomst zal niet meer dan 6 jaren bedragen en eindigt aan het einde van de looptijd van rechtswege. (...) De totale opdrachtwaarde bedraagt voor de reguliere schoonmaak ca. 1 miljoen Euro per jaar.' Uit deze bepaling blijkt dat de totale omzetwaarde van de onderhavige opdracht – gegeven haar maximaal mogelijke duur van 6 jaren – € 6 mln. bedraagt. In die context ligt het naar objectieve maatstaven gemeten voor de hand te veronderstellen dat de referentie-eis van € 600.000,- per referentie per jaar geldt, in plaats van dat zij gerelateerd zou zijn aan de maximaal mogelijke duur van de onderhavige opdracht. Het is weliswaar zo dat beide interpretaties van de referentie-eis passen binnen de kaders die Voorschrift 3.5 G, lid 2, Gids Proportionaliteit stelt en dat beklagde met de eerstgenoemde interpretatie de in dat Voorschrift genoemde grens van 60% heeft opgezocht, maar in de tweede interpretatie zou een referentieproject slechts 10% van de omzetwaarde van de onderhavige opdracht behoeven te bedragen. Daarmee sluit die tweede interpretatie vervolgens niet goed aan bij de eveneens in de referentie-eis opgenomen zinsnede 'Een relevante referentie is een referentie die naar aard en omvang vergelijkbaar is met de onderhavige Opdracht'. Ook hecht de Commissie betekenis aan de omstandigheid dat blijkens de Nota van Inlichtingen tijdens de inlichtingenronde een vraag is gesteld waarin gewag wordt gemaakt van '(D)e referentie-eis om minimaal 1 referentie op te geven op het gebied van het reinigen van OV-voertuigen met een minimale omzetwaarde van 600.000 euro per jaar (...) ' en dat beklagde in haar antwoord op die vraag niet heeft ontkend dat de referentie-eis aldus dient te worden begrepen.

6.2.3. Naar het oordeel van de Commissie heeft beklagde dan ook voldaan aan haar hierboven genoemde verplichting: alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers zullen de zinsnede in de referentie-eis op dezelfde wijze interpreteren. Die interpretatie houdt in: Een relevante referentie is een referentie die naar aard en omvang vergelijkbaar is met de onderhavige Opdracht. Als gelijkwaardig beschouwen wij minimaal een omzet van € 600.000,- per referentie per jaar".

### 6.3. Klachtonderdeel 2

De Commissie begrijpt het tweede onderdeel van de klacht aldus dat beklagde met de referentie-eis zou zijn afgeweken van Voorschrift 3.5 G, lid 2, Gids Proportionaliteit, zonder die afwijking deugdelijk te hebben gemotiveerd in de aanbestedingsstukken zoals voorgeschreven in art. 1.10 lid 4 Aanbestedingswet. Dit onderdeel van de klacht gaat echter uit van een andere interpretatie van de referentie-eis dan die welke naar objectieve maatstaven daaraan dient te worden gegeven. Korthedshalve verwijst de Commissie naar hetgeen zij daarover heeft geoordeeld in het kader van het eerste onderdeel van de klacht. Gegeven de aldaar weergegeven interpretatie die aan de eis dient te worden gegeven, oordeelt de Commissie dat de referentie-eis geen afwijking inhoudt van de bedoeling van Voorschrift 3.5 G, lid 2, Gids Proportionaliteit. Daarmee is een eventuele (schending van een) motiveringsplicht van beklagde zoals bedoeld in art. 1.10 lid 4 Aanbestedingswet evenmin aan de orde.

### 6.4. Klachtonderdeel 3

6.4.1. Met het derde onderdeel van de klacht verwijt klager dat beklagde met de in de referentie-eis geformuleerde nadere voorwaarden zou zijn afgeweken van Voorschrift 3.5 F Gids Proportionaliteit. Het concrete verwijt dat klager aan beklagde maakt, is dat haar referentie-eis *de facto* neerkomt op het 'stapelen' van de aan de referenties te stellen eisen en dat Voorschrift 3.5 F Gids Proportionaliteit dat verbiedt.

6.4.2. Bij de beoordeling van dit onderdeel van de klacht stelt de Commissie voorop dat beklagde heeft gehandeld naar de letter van Voorschrift 3.5 F, in die zin dat zij een drietal kerncompetenties heeft vastgesteld die overeenkomen met de gewenste ervaring op essentiële punten van de opdracht. Voorts is het zo dat beklagde met de gekozen

formulering van de referentie-eis heeft gehandeld overeenkomstig de bedoeling van Voorschrift 3.G, lid 1, Gids Proportionaliteit, in die zin dat zij om niet meer dan één referentie per benoemde kerncompetentie heeft gevraagd.

- 6.4.3. Naar het oordeel van de Commissie heeft beklagde echter in strijd met de bedoeling van Voorschrift 3.5 F Gids Proportionaliteit gehandeld door per gevraagde kerncompetentie te eisen dat één afzonderlijke op die kerncompetentie toegesneden referentieopdracht wordt overlegd. Daarmee heeft beklagde het voor inschrijvers onmogelijk gemaakt om aan te tonen dat zij over alle drie de gevraagde kerncompetenties beschikken door het overleggen van slechts één of twee referentieprojecten. Dat deze wijze van handelen in strijd is met de bedoeling van Voorschrift 3.5 F, blijkt volgens de Commissie afdoende uit hetgeen is vermeld in de toelichting op dat Voorschrift op blz. 39 van de Gids Proportionaliteit: 'Teveel en te specifieke kerncompetenties definiëren én daarbij vragen naar referenties per kerncompetentie zou wel eens zoeken naar een schaap met vijf poten kunnen worden. Daardoor wordt de markt sterk verengd, hetgeen noch in het belang van aanbestedende diensten noch in het belang van potentiële inschrijvers is.'

## 7. Advies

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

Den Haag, 5 december 2013

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

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