

Advies 217

1. Feiten

- 1.1. Beklaagde heeft een nationale aanbesteding gehouden volgens de procedure van de concurrentiegerichte dialoog. Zij wordt in deze aanbestedingsprocedure vertegenwoordigd door een adviesbureau.
- 1.2. Op de overeenkomst die het onderwerp is van de aanbestedingsprocedure wordt de UAV-GC 2005 van toepassing verklaard.
- 1.3. In de Prekwalificatieleidraad van 23 februari 2015 is in paragraaf 3 ("Opgave") het volgende bepaald:

'Er is sprake van een zogenaamde DBFM ontwikkeling (Design, Build, Finance & Maintain). De componenten D&B, F en M worden gescheiden in de markt gebracht. De onderhavige aanbesteding betreft alleen de D&B componenten. Van de gezochte marktpartij worden derhalve geen activiteiten en/of aanbiedingen verwacht op het vlak van de financiering en het onderhoud verwacht.'

- 1.4. In de Prekwalificatieleidraad is in paragraaf 12.8 ("Financiële draagkracht en continuïteitsvooruitzichten") het volgende bepaald:

'Dit aspect zal – gelet op de huidige marktomstandigheden – van doorslaggevende betekenis zijn.

U dient ons ervan te overtuigen dat uw onderneming de komende jaren zal overleven en de onderhavige opgave in financiële zin gemakkelijk aan kan.

Indien uw bedrijf een combinatie vormt met een ander bedrijf, dan dient deze combinatie de vorm aan te nemen van een vennootschap onder firma en worden de eisen aan iedere vennoot afzonderlijk gesteld.

Conform de Ontwikkeling- en Realisatie Overeenkomst wordt een bankgarantie ten gunste van opdrachtgever in de omvang van 10% gesteld, berekend over de totale aanneemsom exclusief BTW. De bankgarantie blijft van kracht tot het einde van de onderhoudsperiode. De bankgarantie wordt verleend door een in Nederland gevestigde algemene bank met een minimale kredietwaardigheidstatus A (conform de meest recente beoordelingen van Moody's of Standard & Poor's).

Om te kunnen deelnemen aan de aanbesteding verlangen wij een ondertekende brief van uw huisbank, waarin ons wordt medegedeeld dat een dergelijke bankgarantie voor uw bedrijf in relatie tot het project op verzoek zal worden verleend (bereidverklaring). De brief vermeldt het door u ingeschatte maximum bedrag.

Deze bereidverklaring wordt als **BIJLAGE 1** bij uw brief met het verzoek om te mogen deelnemen aan de aanbesteding opgenomen. Zonder deze bereidverklaring wordt uw aanmelding niet in verdere behandeling genomen.

Als **BIJLAGE 2** neemt u een tweede brief op van uw huisbank, waarin uw huisbank een continuïteitsoordeel verstrekt over uw bedrijf.

In deze brief van uw huisbank spreekt uw huisbank zich uit over: uw orderpositie, uw vermogenspositie, uw liquiditeit, het management en het gevoerde beleid.

In deze brief verlangen wij expliciet de volgende uitspraak van uw huisbank: *"Wij spreken ons volle vertrouwen uit in de continuïteit van (naam onderneming) gedurende de jaren 2015 en 2016"*.

Indien uw huisbank deze zinsnede niet ongeclausuleerd kan opnemen in een brief, dan kan uw huisbank ook de omstandigheden en/of condities beschrijven, waaronder wel het verlangde continuïteitsoordeel kan worden uitgesproken.

Aanmeldingen met een ongeclausuleerde brief kwalificeren zich; meldingen met clausules worden beoordeeld door de aanbestedende dienst. Bij twijfel zal uw melding niet in verdere behandeling worden genomen.'

1.5. Per mail van 3 maart 2015 zijn door klager de volgende vragen gesteld:

- '- Komt van deze selectie een Nota van Inlichtingen, waarin alle door gegadigde vragen worden vermeld en voor zover mogelijk beantwoord?
- Ten aanzien van de bankgarantie: Een bereidverklaring bankgarantie verlangen van 10% van de totale aanneemsom ex BTW is niet meer van deze tijd, en legt een belasting op aan het investeringsvermogen van bouwbedrijven. Wij verzoeken u derhalve deze te verlagen naar maximaal 5% van de totale aanneemsom ex BTW, zonder hierbij het maximum bedrag te vermelden.
- Ten aanzien van het continuïteitsoordeel van de bank: Wij hebben overleg gehad met onze huisbank, die aangegeven heeft ongeacht de positieve of negatieve financiële situatie van een gegadigde, deze verklaring niet af te geven, aan geen enkele gegadigde of partij. De uitleg hierbij is dat er geen zicht is op de toekomstige situatie van een partij enerzijds, als de macro-economische omstandigheden anderzijds. Dit maakt een continuïteitsverklaring dan ook waardeloos. De keuze van een huisbank kan dan bepalend zijn voor de doorselectie naar de volgende ronde, en dat kan uw bedoeling toch niet zijn. Hierbij verzoeken wij u dan ook deze eis te schrappen. Volgens ons geeft de financiële situatie die u vraagt in bijlage 3 (eventueel aangevuld met een harde orderpositie voor 2016) een juist beeld ten aanzien van de individuele financiële situatie.'

1.6. Beklaagde heeft per mail van 3 maart 2015 als volgt geantwoord op de door klager gestelde vragen:

'Afhankelijk van het aantal en soort vragen kan een Nota van Inlichtingen worden opgesteld, als daar aanleiding toe bestaat.

Vragen en antwoorden, die voor andere potentiële gegadigden van belang zijn, zullen wij publiceren op TenderNed.

Wij beseffen ons terdege dat een bankgarantie van 10% aan de stevige kant is. Evenwel geeft de marktsituatie nog steeds aanleiding tot het verlangen van grotere dan gebruikelijke zekerheden. De verlangde bereidverklaring, gekoppeld aan de continuïteitsverklaring, geeft meer zekerheid dan welke opgave van financiële cijfers dan ook. Teveel hebben wij moeten constateren dat bedrijven, die op het oog gezond waren, toch plotseling failliet gingen. Gelet op de complexiteit van de ontwikkeling kunnen wij ons geen enkele risico in dit opzicht permitteren en doen wij alleen zaken met financieel zeer sterke bedrijven. Bijlage 3 onderbouwt de in de verlangde documenten geschetste situatie van het bedrijf.

Bij eerdere (ook recente) aanbestedingen hebben wij eveneens commentaar ontvangen op deze aanpak, maar uiteindelijk bleek toch steeds een zeer ruim aantal

bedrijven in staat om de gewenste documenten te overhandigen. En steevast hebben wij met deze aanpak bereikt dat uiteindelijk zeer solvabele en liquide partijen deelnamen aan eerdere dialoofasen.

U begrijpt in het licht van bovenstaande, dat wij geen aanleiding zien om ons eisenpakket te wijzigen.'

- 1.7. Klager heeft vervolgens per mail van 17 maart 2015 het volgende aan beklagde voorgelegd:

'Bij deze dienen wij bij u een klacht in aangaande de aanbestedingsprocedure en de voorwaarden die gesteld worden aan gegadigden binnen de aanbestedingsprocedure.

1. Binnen een voorselectie ten behoeve van een overheidsopdracht dient te allen tijde een Nota van Inlichtingen te worden gepubliceerd waarin alle vragen (eventueel geanonimiseerd) beantwoord dienen te worden. Dit is niet als zodanig door u gepubliceerd. Binnen de vragen die wij aan u hebben gesteld zitten nuanceringen die ook voor andere gegadigden van belang zouden kunnen zijn. Bij deze verzoeken wij u per ommekeer een Nota van Inlichtingen te publiceren waarbij alle gestelde vragen door de verschillende partijen beantwoord worden.
2. Zoals reeds aangegeven sluit u op oneigenlijke voorwaarden partijen uit. Wij hebben overleg gehad met onze huisbank, die aangegeven heeft ongeacht de positieve of negatieve financiële situatie van een gegadigde, deze verklaring niet af te geven, aan geen enkele gegadigde of partij. De uitleg hierbij is dat er geen zicht is op de toekomstige situatie van een partij enerzijds, als de macro-economische omstandigheden anderzijds. De keuze van een huisbank kan dan bepalend zijn voor de doorselectie naar de volgende ronde, en niet het feit of een partij solvabel en/of liquide is. Wij verzoeken u deze eis te heroverwegen.'

- 1.8. Beklagde heeft per mail van 17 maart 2015 als volgt geantwoord op voorgaande e-mail van klager:

'Indien u de website van TenderNed bezoekt en de aanbesteding bekijkt, dan ziet u dat er vragen en antwoorden gepubliceerd zijn.

Een Nota van Inlichtingen wordt niet separaat gepubliceerd, daar deze nota de vragen en antwoorden alleen maar nogmaals zou publiceren.

Deze voegt niets toe. Wellicht bedient u zich van een ander publicatiemedium of informatiedienst. In onze leidraad is beschreven dat wij slechts TenderNed gebruiken, zoals de Aanbestedingswet voorschrijft.

Uw opmerking inzake de continuïteitsverklaring verbaast ons en vatten wij ernstig op. Tot op heden hebben wij bij aanbestedingen geen problemen ondervonden bij het verkrijgen van deze verklaringen. Natuurlijk is het zo dat een dergelijke verklaring door de bank voor een bedrijf geweigerd kan worden. In dat geval is deelname niet aan de orde, daar de kans dat de solvabiliteit en liquiditeit dan niet op orde zijn, groter is dan gebruikelijk. Uiteraard hoeft dit niet in alle gevallen daadwerkelijk zo te zijn, maar een boekenonderzoek bij een aanbesteding lijkt ons toch niet op zijn plaats. Wij vernemen met enige regelmaat van bedrijven, die moeite hebben om een dergelijke verklaring te verkrijgen, maar even goed zien wij reeksen van bedrijven, die zonder enige moeite de gewenste verklaring kunnen overleggen.

Het is misschien even wennen dat wij een oordeel van een ander verlangen in plaats van een eigen verklaring. Maar dat is zeker niet oneigenlijk of onrechtmatig.

Uw mailbericht nemen we dan ook hoog op.'

2. Beschrijving klacht

2.1. Klachtonderdeel 1

Binnen een voorselectie ten behoeve van een overheidsopdracht dient te allen tijde een Nota van Inlichtingen te worden gepubliceerd waarin alle vragen (eventueel geanonimiseerd) beantwoord dienen te worden. Dit is niet als zodanig gepubliceerd.

2.2. Klachtonderdeel 2

In paragraaf 12.8 van de Prekwalificatieleidraad is bepaald dat een brief van de huisbank moet worden ingediend waarin een continuïteitsoordeel wordt verstrekt, met hierin expliciet de volgende uitspraak: "Wij spreken ons volle vertrouwen uit in de continuïteit van ... (naam onderneming) gedurende de jaren 2015 en 2016". Deze eis is niet proportioneel.

3. Onderbouwing klacht

3.1. Klachtonderdeel 1

Binnen de vragen die klager heeft gesteld zitten nuanceringen die ook voor andere gegadigden van belang zouden kunnen zijn.

3.2. Klachtonderdeel 2

3.2.1. Klager heeft overleg gehad met de huisbank [X], die aangegeven heeft (ook na overleg met het hoofdkantoor), ongeacht de positieve of negatieve financiële situatie van een gegadigde, deze verklaring niet af te geven, aan geen enkele gegadigde of partij. De uitleg hierbij is dat er geen zicht is op de toekomstige situatie van een partij enerzijds, als de macro-economische omstandigheden anderzijds. De keuze van de huisbank is dan bepalend voor de doorselectie naar de volgende ronde.

3.2.2. Er wordt geselecteerd op het wel of niet overleggen van een continuïteitsverklaring van de huisbank. Hierbij wordt geen uitzondering gemaakt voor partijen die aangesloten zijn bij een huisbank die deze verklaring onder geen beding afgeeft, ongeacht de financiële positie van die gegadigde.

4. Reactie beklagde

4.1. Klachtonderdeel 1

4.1.1. Alle vragen van iedere potentiële gegadigde zijn direct na binnenkomst door beklagde beantwoord. Voor zover vragen en antwoorden relevant waren voor andere potentiële gegadigden zijn deze direct na sluiting van de termijn waarbinnen vragen konden worden gesteld (13 maart 2015) op TenderNed gepubliceerd. Hierbij is gebruik gemaakt van de mogelijkheid van TenderNed om de vragen en

antwoorden direct te publiceren in plaats van deze te verzamelen in een afzonderlijk Nota van Inlichtingen. Alle vragen en de daarop gegeven antwoorden waren direct na publicatie voor iedereen zichtbaar, ook zonder in te loggen op TenderNed. Een nota, geproduceerd via TenderNed, zou volgens beklagde een herhaling van zetten opleveren. Er zijn geen nadere inlichtingen verstrekt, die als een afwijking van de Prekwalificatieleidraad kunnen worden opgevat.

- 4.1.2. Nadat de Commissie bij beklagde heeft geïnformeerd of alle vragen die door potentiële gegadigden zijn gesteld in TenderNed zijn opgenomen en beantwoord, heeft beklagde bij monde van haar adviseur (zie 1.1 hiervoor) onder meer het volgende geantwoord:

‘Er zijn verschillende vragen gesteld meer in de informerende zin zoals “wie wij zijn en hoe wij werken”. Dat zijn vragen, die wij niet hebben gepubliceerd op TenderNed, daar deze vragen geen betrekking hebben op de aanbesteding. Onze website verstrekt meer dan voldoende informatie en naar die website is ook verwezen.

Enkele adviesbedrijven (geen aannemers) hebben ons gevraagd waarom wij geen traditionele contracteringswijze hebben aangehouden en waarom wij geen andere aanbestedingsprocedure hebben gekozen. Deze vragen zijn individueel beantwoord, maar zijn ook niet gepubliceerd, want wij discussiëren niet met ongevraagde adviseurs over ons beleid.

Daarnaast benaderden verschillende architecten ons met de vraag bij ze zich het beste konden aansluiten. Die vragen hebben wij niet beantwoord.

De persoonlijke verzoeken door [klager] om hulp bij de aanvraag van de bankverklaringen hebben wij eveneens niet gepubliceerd, daar wij dit ongepast vonden.

De tekst van de prekwalficatieleidraad was duidelijk genoeg en er zijn geen vragen gesteld door [klager], die in het belang van andere potentiële gegadigden zouden zijn. Er hebben verschillende, langere telefonische gesprekken plaatsgevonden met de klager. Wij hebben de klacht en een samenvatting van deze gesprekken niet gepubliceerd, daar een afzonderlijke klachtenprocedure bestaat. Daarvoor is TenderNed niet bedoeld.

Er zijn verder niet veel vragen gesteld en de vragen, die wel gesteld zijn over de aanbesteding en voor andere potentiële gegadigden van belang zouden kunnen zijn, zijn allen gepubliceerd. Vragen van verschillende partijen, die overeenkwamen, zijn gebundeld beantwoord.’

4.2. Klachtonderdeel 2

- 4.2.1. De situatie van de leden van Bouwend Nederland is volgens beklagde in het algemeen nog steeds belabberd. Artikelen in Het Financieel Dagblad van januari en maart 2015 over de positie van enkele grote bouwbedrijven en de verwachting dat het komende jaar zo’n 600 bedrijven zullen failleren, noodzaken beklagde tot het stellen van grote zekerheden.
- 4.2.2. Gelet op de hierboven beschreven complexiteit, de eisen, die banken aan beklagde stellen in het licht van de CRR/CRD IV regulering [*beklaagde wordt ondersteund door een adviseur die aanspraak kan maken op een CRR/CRD status, Commissie*], en de situatie op de Nederlandse markt, wenst beklagde slechts te werken met middelgrote of kleinere partijen, die bekend zijn met deze tak van sport en in financieel opzicht zeer robuust zijn. Beklaagde kan zich geen risico’s

permitteren, die de implementatie van haar innovaties in gevaar kunnen brengen. Zoals bekend viel voor een bekend groot concern de solvabiliteit niet te beoordelen. Het oordeel werd pas bekend na publicatie van het geruchtmakende artikel in Het Financieel dagblad op 5 maart 2015, waarin bekend werd dat de huisbank haar pandrecht had uitgeoefend.

- 4.2.3. Het mag volgens beklagde duidelijk zijn dat de huisbank, die het betalingsverkeer kan beoordelen, een redelijk inzicht kan verstrekken over de financiële positie van een gegadigde. Geen externe is in staat een balans van een bouwbedrijf volledig te doorgronden, laat staan dat die balans een actueel beeld verstrekt.
- 4.2.4. Om die reden vraagt beklagde dan ook een continuïteitsverklaring van de huisbank.
- 4.2.5. De aanbestedingspraktijk van beklagde leert dat dergelijke verklaringen gewoon worden afgegeven door de banken. Ook in de onderhavige aanbesteding is dat het geval. Beklagde heeft een mooie reeks aanmeldingen ontvangen met verklaringen volledig conform de door haar gewenste tekst. Ook heeft zij verklaringen ontvangen, die één of meer clausules en/of voorbehouden bevatten. Er zijn dus sterke en minder sterke verklaringen te zien. De stelling van klager houdt op enkele manier geen stand. Dat geldt ook voor de bewering "De keuze van de huisbank is dan bepalend voor de doorselectie naar de volgende ronde".
- 4.2.6. De conclusie zou derhalve kunnen zijn dat er twijfels zijn gerezen bij de huisbank over de financiële continuïteit. En dat zou voor beklagde een reden kunnen zijn voor een negatief oordeel.
- 4.2.7. Klager heeft hierover op 18 maart 2015 ook telefonisch contact gezocht. De mededeling was toen dat de "controller geen gehoor bij de bank kreeg". Er zijn in dat gesprek door beklagde suggesties gedaan voor juridische formuleringen en zij heeft geadviseerd in gesprek te treden met de juridische dienst van de bank in kwestie ten einde tot een tekst te komen, die voor de bank acceptabel zou kunnen zijn en voor beklagde te beoordelen. Dit heeft kennelijk niet mogen baten.
- 4.2.8. Inmiddels is de eerste fase van de voorselectie afgerond. Beklagde mag zich verheugen in een mooie reeks financieel sterke middelgrote en kleinere gegadigden met voldoende ervaring op het gebied van de onderwijshuisvesting en de ontwikkeling van maatschappelijke utiliteitsbouw.

5. Beoordeling

5.1. De Commissie stelt voorop dat beklagde een nationale procedure heeft gehouden op basis van de concurrentiegerichte dialoog. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 (afdeling 1.2.3) Aw 2012; Hoofdstuk 4 ARW 2012 en de Gids Proportionaliteit.

5.2. Klachtonderdeel 1

5.2.1. In art. 4.12 ARW 2012 is, voor zover relevant, met betrekking tot de (nationale) procedure van de concurrentiegerichte dialoog het volgende bepaald:

4.12.1 Nadere inlichtingen over de aankondiging en de voor de aanmelding relevante stukken worden, mits tijdig aangevraagd, uiterlijk 6 dagen voor de uiterste datum voor de ontvangst van de verzoeken tot deelneming door de aanbesteders verstrekt.

4.12.2 De aanbestedder maakt een nota op van de nadere inlichtingen die dienen tot verduidelijking, aanvulling of wijziging van de aankondiging en de voor de aanmelding relevante stukken. Deze nota wordt aangeduid als 'nota van inlichtingen aanmeldingsfase'.

(...)

4.12.5 Alle nadere inlichtingen zijn, voor zover die nadere inlichtingen zijn opgenomen in de nota van inlichtingen aanmeldingsfase en in het proces-verbaal van aanwijzing aanmeldingsfase, voor elke gegadigde bindend.'

5.2.2. De Commissie is van oordeel dat een aanbestedende dienst de in art. 4.12 ARW 2012 genoemde verplichtingen in het geval van een nationale procedure dient na te leven met inachtneming van de beginselen van aanbestedingsrecht zoals bepaald in afdeling 1.2.3 Aw 2012. Dat betekent dat een aanbestedende dienst – analoog aan het bepaalde in art. 2.53 lid 1 Aw 2012 – de door een ondernemer gestelde vragen in een Nota van Inlichtingen moet beantwoorden en die aan alle gegadigden moet verzenden. Wanneer een ondernemer de aanbestedende dienst heeft verzocht om bepaalde informatie niet in de Nota van Inlichtingen op te nemen, kan de aanbestedende dienst – analoog aan het bepaalde in art. 2.53 lid 3 Aw 2012 – dat verzoek honoreren indien openbaarmaking van deze informatie schade zou toebrengen aan de gerechtvaardigde economische belangen van de onderneming.

5.2.3. In paragraaf 4.1 Gids Proportionaliteit is ten aanzien van de mogelijkheid tot het gebruik van een zogenoemde dynamische Nota van Inlichtingen het volgende bepaald:

'Vragen worden normaliter beantwoord in één of meer nota's van inlichtingen die aan alle potentiële inschrijvers ter beschikking worden gesteld (bij voorkeur digitaal). Een dynamische Nota van Inlichtingen is een on-line real time nota van inlichtingen, waarvan voorbeelden soms al jaren in gebruik zijn. Vragen die binnenkomen worden meteen gepubliceerd en zodra het antwoord beschikbaar is, wordt dit eraan toegevoegd. Deze manier van het verstrekken van inlichtingen heeft als voordelen een snelle respons van de aanbestedende dienst op vragen van inschrijvers en het voorkomen van dublures in de vragen. Dit laat onverlet, dat voor de eenduidigheid de definitieve Nota van Inlichtingen met alle gebundelde vragen en antwoorden uiterlijk 6 dagen voor aanmelding/inschrijving wordt gepubliceerd.'

5.2.4. Vaststaat dat beklagde in TenderNed heeft geopteerd voor de in paragraaf 4.1 van de Gids Proportionaliteit genoemde mogelijkheid tot gebruik van een dynamische Nota van Inlichtingen. Deze keuze van beklagde laat naar het oordeel van de Commissie onverlet – mede gelet op de hiervoor geciteerde passage uit de Gids Proportionaliteit – dat beklagde haar verplichtingen genoemd in 5.2.1 diende na te komen. Dat betekent dat zij een compilatie van vragen en antwoorden in de vorm van een definitieve Nota van Inlichtingen had moeten publiceren. Door dat laatste niet te doen, heeft beklagde gehandeld in strijd met die verplichtingen.

5.2.5. Uit het in 4.1.2 weergegeven antwoord van beklagde blijkt bovendien dat beklagde heeft gehandeld in strijd met haar in 5.2.2 hiervoor genoemde verplichting door niet alle gestelde vragen en gegeven antwoorden via een Nota van Inlichtingen aan alle gegadigden mede te delen. Hoewel een aantal van de door klager gestelde vragen mogelijk niet relevant waren, doet dat er niet aan af dat beklagde ook de door haar niet relevant geachte vragen en gegeven antwoorden had moeten publiceren (behoudens het geval dat zij een verzoek van een

ondernemer honoreert om bepaalde informatie niet in de nota van inlichtingen op te nemen, zie 5.2.2 *in fine* hiervoor). Beklaagde had in het antwoord kunnen aangeven dat zij die vragen niet relevant achtte. Overigens tekent de Commissie daarbij aan dat beklagde niet in alle gevallen zonder twijfel kan vaststellen of een vraag/antwoord wel of niet relevant is voor een andere inschrijver.

5.2.6. Het voorgaande betekent dat het eerste klachtonderdeel gegrond is.

5.3. Klachtonderdeel 2

5.3.1. In artikel 1.13 lid 1 Aw 2012 is bepaald dat een aanbestedende dienst bij de voorbereiding en het tot stand brengen van een overeenkomst uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijvers mag stellen die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.

5.3.2. De Commissie is van oordeel dat deze verplichting zich niet alleen uitstrekt tot de eisen zelf, maar ook tot de in de aanbestedingsstukken voorgeschreven bewijsmiddelen waarmee een gegadigde moet aantonen dat aan die eisen wordt voldaan.

5.3.3. In paragraaf 12.8 van de Prekwalificatieleidraad (zie hiervoor onder 1.4) wordt de gegadigde gevraagd om een continuïteitsverklaring in te dienen van de huisbank, waarin deze zich uitlaat over orderpositie, vermogenspositie, liquiditeit, management en het gevoerde beleid van de gegadigde. De Commissie is van oordeel dat een huisbank – zeker in het geval dat een gegadigde daar alleen een betaalrekening aanhoudt zonder kredietfaciliteit – niet in alle gevallen voldoende en actueel inzicht zal hebben in de genoemde aspecten van de onderneming van de gegadigde. Alleen wanneer de gegadigde zijn huisbank gebruikt voor bancaire diensten (zoals financiering, aantrekken van vermogen etc.), zal de huisbank aanleiding hebben om de in de Prekwalificatieleidraad genoemde aspecten van de onderneming te (laten) onderzoeken en zal de onderneming gehouden zijn om aan een dergelijk onderzoek mee te werken. De Commissie deelt niet het standpunt van beklagde dat de huisbank die het betalingsverkeer van de gegadigde kan beoordelen, daarom in de positie zou zijn “een redelijk inzicht [te] verstrekken over de financiële positie van een gegadigde” en ten aanzien van de in de continuïteitsverklaring genoemde aspecten. Door een dergelijke continuïteitsverklaring te vragen, heeft beklagde derhalve gehandeld in strijd met haar in 5.3.1 en 5.3.2 genoemde verplichtingen.

5.3.4. Het voorgaande betekent dat ook het tweede klachtonderdeel gegrond is.

5.3.5. De Commissie overweegt ten overvloede nog het volgende. Hoewel klager daar niet over klaagt, komt het de Commissie voor dat de strekking van de door beklagde geëiste bankverklaring tekstueel zeer ver gaat en geen enkel voorbehoud kent. Kennelijk ziet beklagde dit zelf ook en houdt zij rekening met de mogelijkheid dat door de huisbank een geclausuleerde verklaring (met voorbehouden) wordt afgegeven. De Commissie is van oordeel dat de wijze waarop die voorbehouden worden beoordeeld, zoals beschreven in de Prekwalificatieleidraad, onvoldoende transparant is en een risico op willekeur met zich brengt, temeer daar immers in voorkomend geval verklaringen van verschillende banken (met waarschijnlijk verschillende voorbehouden), die niet gebaseerd zijn op een door beklagde vastgesteld objectief normenkader, met elkaar moeten worden vergeleken. Het voorgaande betekent dat beklagde met de gestelde eis tevens in strijd handelt met het bepaalde in art. 1.12 lid 2 Aw 2012.

5.3.6. De Commissie overweegt tot slot nog het volgende. In Nederland zijn enkele honderden banken actief. De Commissie acht het zeer aannemelijk dat die ban-

ken niet allemaal hetzelfde beleid zullen hanteren ten aanzien van het verstrekken van bankverklaringen. Verder heeft de Commissie geen redenen om te twijfelen aan de juistheid van de stelling van klager dat haar huisbank (een van de grootste banken van Nederland) categorisch weigert een continuïteitsverklaring af te geven.

6. Advies

De Commissie is van oordeel dat beide onderdelen van de klacht **gegrond** zijn.

7. Aanbeveling

De Commissie ziet geen kans tot het doen van een aanbeveling.

Den Haag, 31 juli 2015

w.g.:

Mr. J.G.J. Janssen
Voorzitter

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

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid