

Advies 89

1. Feiten

- 1.1 De gemeente X. heeft op 2 maart 2014 een aanvraag met referentienummer [nummer] aangekondigd via een marktplaats welke beheerd wordt door beklagde. De opdracht bestond uit het werven van een tijdelijke Projectleider Warmtenet HS voor 16 uur per week voor de duur van vier maanden met een optie van verlenging van drie maanden.
- 1.2 De geraamde waarde van de opdracht bedraagt volgens klager € 34.000.
- 1.3 Op pagina drie van de aanvraag met referentienummer [nummer] onder aanvraag gunningscriteria worden de volgende gunningscriteria gesteld:

Aanvraag [nummer]: gunningscriteria

Omschrijving	Belang (1= minst, 10 = meest), knock-out indien vermeld*
Minimaal afgeronde hbo opleiding. Met aanvullende energie gerelateerde vakopleidingen	8
Minimaal 5 jaar aantoonbare ervaring in het initiëren/opzetten van warmtenetten en de daarbij behorende contractvorming. Dit dient duidelijk in het cv naar voren te komen.	8
Minimaal 5 jaar recente (niet ouder dan een jaar) werkervaring als projectmanager/programmamanager in dergelijke complexe energiegerelateerde trajecten	*Knock-out criterium
Er dienen in het cv 2 referenties toegevoegd te worden.	*Knock-out criterium
Kandidaat woont binnen een straal van 80 km, woonplaats dient in het cv vermeld te worden.	6

- 1.4 Klager is een ZZP'er die een aanbieding heeft gedaan voor het verstrijken van de door beklagde gestelde deadline op vrijdag 7 maart 2014 om 14.00 uur. Klager heeft in het bij haar aanbieding gevoegde cv geen referenties toegevoegd. Beklaagde heeft klager op 10 maart 2014 om 10.00 uur een afwijzing gezonden, waarbij klager op de hoogte is gesteld dat haar aanbieding niet verder in behandeling is genomen vanwege het ontbreken van twee referenties.
- 1.5 Klager heeft op 10 maart 2014 om 12.35 uur aan beklagde een email gestuurd met de gevraagde referenties als bijlage.
- 1.6 Op 10 maart 2014 om 15.43 uur heeft klager een klacht ingediend bij beklagde.
- 1.7 Beklaagde heeft per email van 11 maart 2014 om 11.56 uur geweigerd om het aangevulde cv door te sturen naar de gemeente X. In die email heeft beklagde onder meer het volgende gesteld:

'Na sluitingsdatum van de aanvraag mogen wij conform de aanbestedingswet incomplete aanbiedingen niet aanbieden aan de opdrachtgever. Daarmee zouden

wij andere leveranciers benadelen die om voor hun gemotiveerde redenen geen aanbiedingen hebben ingediend.'

- 1.8 Op 11 maart 2014 om 17.32 uur heeft beklagde per email de klacht afgewezen. In die email heeft zij onder meer het volgende gesteld:

'Wij zijn procespartner voor de opdrachtgever en voeren dat proces ook punctueel uit, daarnaast hebben wij te maken met aanbestedingsregels waardoor het als leverancier niet mogelijk is om na het sluiten van een aanvraag nog aanvullende referenties te sturen.'

2. Beschrijving klacht

Klager stelt dat zij er van uitging dat de eis om 2 referenties aan te leveren betrekking had op geleverde werkzaamheden. Deze werkzaamheden zouden afdoende blijken uit haar cv. Klager stelt zich op het standpunt dat beklagde de door klager vrijwel direct na de afwijzing van haar aanbieding ingediende (persoons)referenties had moeten accepteren.

3. Onderbouwing klacht

- 3.1 Klager verwijst ter onderbouwing van haar klacht naar Voorschrift 4.2 Gids Proportionaliteit waarin is bepaald: 'De aanbestedende dienst verlangt van een inschrijver geen andere vormvereisten dan welke tot doel hebben te komen tot een objectieve vergelijking van de inschrijvingen.' In de Toelichting op dat voorschrift is bepaald dat men terughoudend moet zijn met het stellen van vormvereisten aan referenties omdat de bij de concrete opdrachten betrokken personen mogelijk niet meer werkzaam zijn bij de betreffende organisaties.
- 3.2 Gelet op het voorgaande kan het ontbreken van referenties, en zeker wanneer het persoonsreferenties betreft, geen grond zijn voor de afwijzing van klager zeker niet wanneer deze vrijwillig door klager direct daarna toch beschikbaar worden gesteld. Klager voert in dat verband nog het volgende aan.
- 3.2.1 Referenties geef je niet zomaar. Pas in een verder gevorderd stadium geef je referenties en stel je hen op de hoogte dat zij kunnen worden gebeld.
- 3.2.2 Bij de beoordeling van een aanbieding wordt geen referentie nagetrokken dus is dat ook niet van belang bij de beoordeling van een passende kandidaat. Een halve werkdag later aanleveren van de referenties is voldoende om nog mee te kunnen nemen in de procedure.
- 3.2.3 Conform de Aw 2012 is er ook een mogelijkheid om nog informatie aan te leveren. Zeker als dit informatie betreft die geen wijziging geeft van de aanbieding en ook niet andere aanbidders negatief zou beïnvloeden. Op de website van PIANOo wordt daarover het volgende vermeld:

'In beginsel mag een aanbestedende dienst een onvolledige of onduidelijke inschrijving niet in behandeling nemen. Heeft een inschrijver een kleine fout in zijn inschrijving gemaakt, die niet leidt tot vervalsing van de mededinging, dan mag deze hersteld worden. Bijvoorbeeld het ontbreken van bepaalde standaardformulieren. Zeker bij een fout die binnen de invloedssfeer van de aanbestedende dienst ligt (onduidelijk aanbestedingsdocument) kan PIANOo zich voorstellen dat gelegenheid wordt geboden de fout te herstellen.'

Naar de mening van klager is dat laatste in de onderhavige aanbesteding het geval: met het aanleveren van twee namen en telefoonnummers van de al genoemde referenties is haar kleine fout hersteld.

4. Reactie beklagde

- 4.1 Beklaagde stelt dat zij de juiste procedure heeft gevolgd inzake de afwijzing van de aanbieding van klager. Klager heeft niet voldaan aan één van de twee aangegeven knock-out eisen van de aanvraag, namelijk het in het cv toevoegen van 2 referenties (inclusief naam en contactgegevens). Doordat beklagde de aanbiedingen pas na sluiting van de aanvraag beoordeelt, kon geen gelegenheid tot herstel worden geboden en is de aanbieding van klager afgewezen.
- 4.2 De top 5 van aanbiedingen die volledig voldeden aan de gestelde eisen, zijn doorgezet naar de gemeente X. De opdrachtgever heeft na de intakes met twee kandidaten de opdracht aan de best passende kandidaat gegund.
- 4.3 Omdat de aanvraag reeds gegund is, het om een (enkele) inhuuropdracht gaat en de kandidaat op korte termijn moet beginnen met de werkzaamheden, wordt de gunning niet uitgesteld of ingetrokken.

5. Beoordeling

- 5.1 De Commissie zal zich allereerst uitlaten over de vraag of in het onderhavige geval sprake is van een klacht in de zin van art. 1 sub c van het Reglement van de Commissie.
 - 5.1.1 In art. 1 sub c van het Reglement van de Commissie is het begrip "klacht" gedefinieerd als: 'een uiting van ongenoegen van een partij over het handelen of nalaten van een andere partij voor zover dat handelen of nalaten binnen de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012 valt.'
 - 5.1.2 Van "handelen of nalaten" dat "binnen de werkingssfeer van de Aanbestedingswet valt" is naar het oordeel van de Commissie allereerst sprake wanneer het handelen of nalaten betreft van een entiteit die rechtstreeks normadressaat is in de zin van de Aw 2012, zoals bijvoorbeeld een "aanbestedende dienst" of een "speciale-sectorbedrijf". In de tweede plaats is van het voorgaande sprake wanneer het handelen of nalaten betreft van een entiteit die heeft verklaard zichzelf gebonden te achten aan een of meer bepalingen van de Aw 2012 (zie ook Advies 147, overweging 7.1.2).
 - 5.1.3 Anders dan de gemeente X. is beklagde zelf geen aanbestedende dienst in de zin van de Aw 2012. Uit haar reactie op de klacht (zie 1.7 en 1.8 hiervoor) kan echter worden afgeleid dat beklagde zich gebonden acht aan de regels van de Aw 2012.
 - 5.1.4 Beklaagde heeft in opdracht van de gemeente X. een opdracht met betrekking tot de tijdelijke inhuur van personen aanbesteed. Die opdracht heeft een waarde die beneden de drempelwaarde voor overheidsopdrachten van diensten ligt. De door beklagde toegepaste aanbestedingsprocedure moet naar het oordeel van de Commissie als een meervoudig onderhandse procedure worden gekwalificeerd, aangezien de marktplaats van beklagde alleen de bij die marktplaats aangesloten bemiddelingsbureaus en ZZP'ers op de hoogte stelt van de uitvraag.

- 5.1.5 Het voorgaande betekent dat de bepalingen van afdeling 1.2.4 Aw 2012 op de onderhavige procedure van toepassing zijn en dat klager klaagt over de wijze waarop beklagde uitvoering heeft gegeven aan haar uit die afdeling voortvloeiende verplichtingen. Daarmee is gelet op het bepaalde in art. 1 sub c van het Reglement van de Commissie sprake van een klacht die de Commissie in behandeling kan nemen.
- 5.2 De klacht komt in de kern genomen op het volgende neer. Vast staat dat de inschrijving van klager niet voldoet aan een knock-out eis (zie 1.3 hiervoor). De te beantwoorden vraag is dan of beklagde aan klager de gelegenheid had moeten bieden om het gebrek in haar aanbieding te herstellen. De Commissie overweegt daartoe het volgende.
- 5.2.1 Afdeling 1.2.4 Aw 2012 kent geen regeling met betrekking tot de voorwaarden waaronder gebreken in een inschrijving, die in het kader van een meervoudig onderhandse procedure is ingediend, mogen worden hersteld. Art. 1.15 lid 1 Aw 2012 bepaalt daarentegen wel dat een aanbestedende dienst de inschrijvers op gelijke wijze dient te behandelen.
- 5.2.2 Bij de beantwoording van de in 5.2 hiervoor gestelde vraag sluit de Commissie voor wat betreft de uitleg van het bepaalde in art. 1.15 lid 1 Aw 2012 aan bij de uitleg die het HvJ EU heeft gegeven aan het gelijkheidsbeginsel van art. 2 Richtlijn 2004/18/EG (vergelijk ook Hof Arnhem 11 november 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:8646, r.o. 5.11 e.v.; Hof Den Bosch 24 februari 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:618, r.o. 3.1 sub a *jo.* 3.7 e.v.; Rb. Den Haag (vzr.) 18 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:5996, r.o. 2.1 *jo.* 4.7; Rb. Rotterdam (vzr.) 30 april 2015, ECLI:NL:RBROT:2015: 3342, r.o. 2.1 *jo.* 4.2; Rb. Oost-Brabant (vzr.) 28 juli 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:4570, r.o. 2.1 *jo.* 4.2).
- 5.2.3 De hiervoor bedoelde jurisprudentie komt er – kort gezegd – op neer dat wanneer een inschrijver zijn inschrijving heeft ingediend, hij deze inschrijving in beginsel niet meer mag aanpassen op initiatief van de aanbesteder of van de inschrijver zelf. De verplichting van een aanbesteder om de inschrijvers op gelijke en niet-discriminerende wijze te behandelen en de hieruit voortvloeiende transparantie-verplichting verzetten zich daartegen. Deze verplichtingen staan er echter niet aan in de weg dat, in uitzonderlijke gevallen, de inschrijvingen gericht kunnen worden verbeterd of aangevuld, met name omdat deze klaarblijkelijk een eenvoudige precisering behoeven, of om kennelijke materiële fouten recht te zetten, mits deze wijziging er niet toe leidt dat in werkelijkheid een nieuwe inschrijving wordt voorgesteld (HvJ EU 29 maart 2012, zaak C-599/10 (SAG), r.o. 40). Het maken van een dergelijke uitzondering is echter uitgesloten ingeval van ontbrekende informatie die op straffe van uitsluiting moet worden verstrekt (HvJ EU 10 oktober 2013, zaak C-336/12 (Manova) r.o. 40).
- 5.2.4 Nu vast staat dat de eis waaraan de inschrijving van klager niet voldoet het karakter heeft van een knock-out eis (zie 1.3 *jo.* 5.2.1 hiervoor), moet er naar het oordeel van de Commissie van worden uitgegaan dat die inschrijving van verdere beoordeling diende te worden uitgesloten en dat – gelet op hetgeen hiervoor is opgemerkt – voor beklagde de mogelijkheid was afgesneden om klager haar inschrijving te laten herstellen door haar de gelegenheid te bieden de ontbrekende gegevens aan te vullen.
- 5.2.5 De klacht is derhalve ongegrond.

6. Advies

De Commissie acht de klacht **ongegrond**

7. Aanbeveling

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

Den Haag, 10 augustus 2015

w.g.:

Mr. J.G.J. Janssen
Voorzitter

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

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid