

## Advies 308

### 1. Feiten

- 1.1. Beklaagde heeft op 8 oktober 2015 een aankondiging geplaatst voor een nationale openbare aanbesteding voor de infrastructurele reconstructie van een weg.
- 1.2. In onderdeel 0 ("Totstandkoming van de overeenkomst") in het bestek "Reconstructie [naam weg] Fase II, [plaats]" (hierna: "Bestek") is voor zover relevant bepaald:

#### '0.04 Inschrijving

(...)

2. Bij de inschrijving dient de volledig ingevulde en ondertekende Eigen verklaring te worden gevoegd. De formele bewijsstukken genoemd in de Eigen verklaring dienen te worden overlegd na een schriftelijk verzoek van de aanbesteder daartoe, binnen 5 werkdagen. Het niet of niet tijdig verstrekken van deze bewijsstukken, kan tot gevolg hebben dat de inschrijver wordt uitgesloten van opdrachtverlening.

De te verstrekken gegevens worden getoetst aan de volgende criteria:

(...)

c) met betrekking tot de technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid:

- 1) Kerncompetentie 1: aanbrengen van hoofdriolering: min. 350 m<sup>1</sup>;  
Kerncompetentie 2: aanbrengen van asfaltverhardingen: min. 2.800 ton;  
Kerncompetentie 3: aanbrengen van straatwerk: min. 2.500 m<sup>2</sup>;  
Kerncompetentie 4: aanbrengen van kantopsluitingen: min. 4.500 m<sup>1</sup>;  
Kerncompetentie 5: aanbrengen en bedrijfsklaar opleveren van een nieuwe voertuigafhankelijke verkeersregelininstallatie: min. 1st.  
Bewijsstukken (bij inschrijving aanleveren):
  - Per kerncompetentie één unieke referentie welke voldoet aan de volgende voorwaarden:
    - I. vermelding van de relevante projectomvang;
    - II. indien gebruik gemaakt wordt van een nog niet (geheel) afgeronde opdracht mogen uitsluitend de werkelijk behaalde resultaten van het lopende contract worden opgegeven en kan niet worden volstaan met een prognose van de resultaten;
    - III. bij afgeronde en (nog) niet afgeronde projecten dient een (na een verzoek daartoe binnen 5 werkdagen aan te leveren) tevredenheidsverklaring te worden afgegeven van de tot dan toe uitgevoerde werken;
    - IV. referentie dient niet ouder te zijn dan 5 jaar. D.w.z.: de beschreven werkzaamheden dienen te zijn afgerond of lopend na 6 november 2010;
    - V. de referentie vermeldt tenminste:
      - a. korte omschrijving van de opdracht;

- b. naam opdrachtgever eventueel met vermelding van de (regionale) directie;
  - c. looptijd van de opdracht: begin- en einddatum;
  - d. omvang van de opdracht: totaalbedrag per jaar of totaalbedrag gehele opdracht;
  - e. aard van de opdracht: duidelijke beschrijving van de werken, diensten en leveringen;
  - f. door de opdrachtgever getekende tevredenheidsverklaring, zodanig dat de benoemde kerncompetentie(s) bevestigd worden door de toenmalige opdrachtgever (na een verzoek daartoe binnen 5 werkdagen aanleveren).
- VI. Indien meer dan 5 referenties worden opgegeven, zullen slechts de eerste vijf opgegeven referenties worden beoordeeld.'

1.3. In de Nota van Inlichtingen I van 30 oktober 2015 is voor zo ver relevant het volgende bepaald:

Vraag 2: U vraagt per kerncompetentie één unieke referentie. Is het toegestaan om een of meerdere van de 5 gevraagde kerncompetenties in één referentie onder te brengen?

Antwoord: Nee. De inschrijver (of het samenwerkingsverband) dient per kerncompetentie één unieke referentie aan te leveren.'

## **2. Beschrijving klacht**

### 2.1. Klachtonderdeel 1

Beklaagde beschrijft vijf kerncompetenties en verlangt voor iedere kerncompetentie een uniek referentiewerk. Beklaagde staat niet toe dat met één referentiewerk meerdere kerncompetenties worden aangetoond.

### 2.2. Klachtonderdeel 2

Beklaagde vraagt voor iedere kerncompetentie een minimumhoeveelheid die hoger is dan 60% van de hoeveelheid die in de opdracht voorkomt. Voor één kerncompetentie wordt zelfs 125% gevraagd van de hoeveelheid die in de opdracht is opgenomen.

## **3. Onderbouwing klacht**

### 3.1. Klachtonderdeel 1

Voorschrift 3.5 F van de Gids Proportionaliteit sluit af met de instructie: 'Waar het om gaat, is te zoeken naar al die ondernemingen die, al dan niet in meerdere verschillende projecten, de benodigde ervaring hebben opgedaan'. In het "al dan niet" is vastgelegd dat het aantonen van meerdere competenties middels één referentiewerk moet worden toegestaan en niet mag worden afgewezen.

### 3.2. Klachtonderdeel 2

Voorschrift 3.5 G onderdeel 2 van de Gids Proportionaliteit stelt dat de aanbestedende dienst maximaal 60% van de omvang van de opdracht mag vragen. Dit Voorschrift staat in de context van het gebod niet meer dan één referentie per benoemde kerncompetentie te vragen. Als de kerncompetentie toeziet op een

deel van de opdracht, dan vloeit daar logischerwijs uit voort dat de 60% norm toeziet op het specifieke deel van de opdracht waar de kerncompetentie zich op toespitst. Klacht 2 staat in direct verband met klacht 1. De hoge minimumhoeveelheden verkleinen het bestand aan "unieke" referentiewerken.

#### **4. Reactie beklagde**

##### **4.1. Klachtonderdeel 1**

4.1.1. Voorschrift 3.5. F van de Gids Proportionaliteit luidt: "De aanbestedende dienst stelt voor het toetsen van technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid kerncompetenties vast die overeenkomen met de gewenste ervaring op essentiële punten van de opdracht". De passage waaraan wordt gerefereerd: "(...), al dan niet in meerdere verschillende projecten, (...)" slaat op hetgeen de aanbestedende dienst heeft vastgesteld (namelijk vijf kerncompetenties met vijf unieke referentieprojecten). Het vragen van vijf unieke projecten (één per kerncompetentie) is essentieel voor het gewenste ervaringsniveau van de potentiële opdrachtnemer en is derhalve onontbeerlijk voor een goede uitvoering van de onderhavige opdracht. Mede gezien de aard van de gevraagde kerncompetenties (zeer gangbare werkzaamheden in de branche) is de aanbestedende dienst van mening dat het gevraagde proportioneel is en juist ten uitvoer wordt gebracht in relatie tot eerder genoemd Voorschrift van de Gids Proportionaliteit en de beantwoording in de Nota van Inlichtingen zoals deze 30 november 2015 gepubliceerd is.

4.1.2. Ter aanvulling merkt beklagde op dat de door klager aangehaalde passage in de Gids Proportionaliteit geen onderdeel uitmaakt van het Voorschrift 3.5 F.

##### **4.2. Klachtonderdeel 2**

4.2.1. Voorschrift 3.5 G onderdeel 2 van de Gids Proportionaliteit is op een correcte wijze ten uitvoer gebracht. Immers wordt überhaupt geen waarde-eis gegeven ten aanzien van de referentieprojecten echter dienen de referentieprojecten op het gevraagde onderdeel te voldoen aan het gestelde in de betreffende kerncompetentie. Het gestelde in de kerncompetentie is weliswaar sec als onderdeel > 60% in omvang ten opzichte van hetzelfde onderdeel in het bestek maar is < 60% in waarde (en dus de raming) ten opzichte van de gehele onderhavige opdracht. Daarmee wordt voldaan aan eerdergenoemde Voorschrift van de Gids Proportionaliteit.

4.2.2. Gezien de complexiteit van onderhavige opdracht achten wij het legitiem voor de diverse onderdelen een referentie te vragen welke overeenkomt met onderhavige opdracht. De minimale omvang van deze onderdelen (kerncompetenties) komen overeen met de omvang (hoeveelheden) van het bestek van onderhavige opdracht.

4.2.3. De Gids Proportionaliteit zegt in de toelichting op Voorschrift 3.5 G lid 2 dat de waarde van de referentie moet liggen tussen 0 en 60% van de onderhavige opdracht, derhalve de waarde van de totale opdracht. Ook op dit punt bestaat derhalve geen strijd met de Gids Proportionaliteit.

#### **5. Beoordeling**

5.1. De Commissie stelt voorop dat beklagde een nationale openbare procedure heeft gehouden. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende

bepalingen van toepassing: Deel 1 Aw 2012; Hoofdstuk 2 ARW 2012; Voorschriften 3.5 F en 3.5 G Gids Proportionaliteit.

## 5.2. Klachtonderdeel 1

- 5.2.1. Klager stelt met dit klachtonderdeel dat beklagde met de in paragraaf 0.04 lid 2 sub c) sub 1) van het Bestek opgenomen referentie-eis (zie 1.2 hiervoor) is afgewezen 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.
- 5.2.2. De Commissie beoordeelt het klachtonderdeel – met verwijzing naar haar eerdere Advies 36 (overweging 6.4) met betrekking tot een vergelijkbare klacht – als volgt.
- 5.2.3. Vooropgesteld kan worden dat beklagde heeft gehandeld naar de letter van Voorschrift 3.5 F van de Gids Proportionaliteit, in die zin dat zij een vijftal 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 3.5 G, lid 1, Gids Proportionaliteit, in die zin dat zij om niet meer dan één referentie per benoemde kerncompetentie heeft gevraagd.
- 5.2.4. 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 overgelegd. Daarmee heeft beklagde het voor inschrijvers onmogelijk gemaakt om aan te tonen dat zij over alle vijf de gevraagde kerncompetenties beschikken door het overleggen van slechts één, twee, drie of vier 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.'
- 5.2.5. Het eerste klachtonderdeel is derhalve gegrond.

## 5.3. Klachtonderdeel 2

- 5.3.1. In Voorschrift 3.5 G, tweede lid, Gids Proportionaliteit is het volgende bepaald: 'De aanbestedende dienst vraagt niet dat referentieprojecten een waarde hebben van meer dan 60% van de raming van de onderhavige opdracht.'
- 5.3.2. De Commissie stelt vast dat dit Voorschrift ziet op de omvang van de referentieopdracht uitgedrukt in euro's en niet op de omvang van de referentieopdracht uitgedrukt in hoeveelheden. Van belang is immers dat de inschrijver beschikt over ervaring met de uitvoering van opdrachten met een zekere omvang, waarbij niet zelden sprake zal zijn van meerdere van elkaar te onderscheiden onderdelen van die opdracht. Zo is goed denkbaar dat een referentiewerk de onderdelen "aanbrengen van riolering" en "aanbrengen van straatwerk" omvat. Wanneer de totale waarde van dat referentiewerk 60% of meer van de geraamde waarde van de aanbestede opdracht bedraagt, dan is dat referentiewerk in ieder geval afdoende om de kerncompetenties "aanbrengen van riolering" en "aanbrengen van

straatwerk" aan te tonen, ongeacht de verdeling van de waarden van beide afzonderlijke onderdelen. De ratio van deze, niet expliciet in de Gids Proportionaliteit genoemde, regel is dat het niet in alle gevallen mogelijk zal zijn om de waarden van de afzonderlijke onderdelen van de referentieopdracht aan te tonen, bijvoorbeeld omdat er geen inschrijfstaat is waarin die onderdelen afzonderlijk zijn geprijsd.

- 5.3.3. Het voorgaande laat naar het oordeel van de Commissie onverlet dat Voorschrift 3.5 G, tweede lid – noch enig ander Voorschrift in de Gids Proportionaliteit – het verbiedt om een referentie-eis te stellen die betrekking heeft op de minimale omvang van (een onderdeel van) een referentieopdracht uitgedrukt in hoeveelheden.
- 5.3.4. De Commissie is van oordeel dat wanneer een aanbestedende dienst ervoor kiest om een referentie-eis te stellen op de in 5.3.3 hiervoor bedoelde wijze – zoals ook beklagde dat in het onderhavige geval heeft gedaan – Voorschrift 3.5 G Gids Proportionaliteit met het oog op haar toepassing aldus dient te worden uitgelegd dat per gevraagde kerncompetentie de minimumeis met betrekking tot de hoeveelheid niet hoger mag zijn dan 60% van de hoeveelheid in de opdracht die wordt aanbesteed.
- 5.3.5. De Commissie stelt vast dat beklagde in haar reactie op de klacht (zie 4.2.1 hiervoor) heeft erkend dat "het gestelde in de kerncompetentie (...) als onderdeel > 60% in omvang [is] ten opzichte van hetzelfde onderdeel in het bestek". Daarmee is beklagde afgeweken van Voorschrift 3.5 G, tweede lid, Gids Proportionaliteit.
- 5.3.6. Beklagde heeft die afwijking in algemene termen gemotiveerd met een verwijzing naar "de complexiteit van onderhavige opdracht" (zie 4.2.2 hiervoor). Een dergelijke 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 (zie Advies 34, overweging 6.1).
- 5.3.7. Het tweede klachtonderdeel is derhalve gegrond.

## 6. Advies

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

## 7. Aanbeveling

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

Den Haag, 11 december 2015

w.g.:

Mr. J.G.J. Janssen  
Voorzitter

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

Mr. drs. T.H. Chen  
Commissielid