

Advies 569 | Samenvatting

De klacht ziet op een Europese niet-openbare aanbestedingsprocedure voor een overheidsopdracht voor diensten voor onderhoud van wegen, bermen en aanverwante zaken.

Een brancheorganisatie is weliswaar zelf geen (potentiële) gegadigde, maar behartigt de belangen van potentiële gegadigden. In die hoedanigheid kan zij naar aanleiding van een melding van een potentiële gegadigde een klacht indienen bij de Commissie. Voor de brancheorganisatie geldt dan een afgeleide klachtplicht. Naar het oordeel van de Commissie heeft de brancheorganisatie onvoldoende proactief gehandeld doordat zij niet vóór de sluitingsdatum voor het stellen van vragen een vraag heeft gesteld of klacht heeft ingediend zoals was bepaald in de Selectieleidraad en doordat de brancheorganisatie haar bezwaren ruim ná de Nota van Inlichtingen en pas vlak vóór de uiterste datum voor indiening van de verzoeken tot aanmelding kenbaar heeft gemaakt. De Commissie acht de klacht daarom ongegrond.

Ten overvloede gaat de Commissie nog inhoudelijk op de klacht in. De brancheorganisatie klaagt dat twee sub-selectiecriteria strijd opleveren met het beginsel van proportionaliteit en het beginsel van gelijke behandeling. Het betreft een sub-selectie criterium waarvoor 3 punten kunnen worden behaald indien minimaal 3 medewerkers in eigen dienst beschikken over het persoonscertificaat Kleurkeur basis en een sub-selectie criterium waarvoor 3 punten kunnen worden behaald indien minimaal 1 medewerker in eigen dienst beschikt over het persoonscertificaat Kleurkeur gevorderden. In het kader van de selectiecriteria kunnen in totaal 59 punten worden behaald.

Naar het oordeel van de Commissie heeft de aanbesteder voldoende aannemelijk gemaakt dat de gevraagde certificaten Kleurkeur meerwaarde hebben voor aanbesteder en op zich voldoende verband houden met het voorwerp van de opdracht. Dat is ook niet door de brancheorganisatie bestreden. Omdat de certificaten Kleurkeur pas sinds kort te verkrijgen zijn, is het de vraag of het hanteren van de desbetreffende (sub)selectiecriteria in dat kader proportioneel is.

Doordat nog niet alle ondernemingen over de gevraagde certificaten Kleurkeur beschikken, kunnen ondernemingen zich daarop onderscheiden en zijn deze certificaten in beginsel geschikt om in het kader van selectiecriteria mee te wegen. Bij de komst van een nieuw certificaat heeft het vragen van dit certificaat als selectie criterium tot gevolg dat ondernemingen die de nieuwste ontwikkelingen in de markt volgen – de meest innovatieve ondernemingen – in het voordeel zijn. Die ondernemingen beschikken dan daadwerkelijk over meer vaardigheden dan andere ondernemingen.

De aanbesteder heeft de certificaten Kleurkeur niet verplicht voorgeschreven door middel van geschiktheidseisen, maar weegt deze in het kader van selectiecriteria mee. Ook zonder deze certificaten kon een verzoek tot deelneming worden ingediend. Bovendien is het gewicht van deze sub-selectiecriteria beperkt: het betreft maximaal 6 van de in totaal 59 punten die konden worden behaald.

Vervolgens onderzoekt de Commissie of het voor ondernemers in voldoende mate mogelijk was om vóór de uiterste datum voor het indienen van een verzoek tot deelneming de desbetreffende certificaten Kleurkeur te verkrijgen.

Op basis van de beschikbare informatie komt de Commissie tot het oordeel dat ondernemingen voldoende gelegenheid hebben gehad om hun medewerkers het certificaat Kleurkeur basis vóór de uiterste datum van indiening van de verzoeken tot deelneming te laten behalen. Sinds het voorjaar van 2019 is er aandacht voor de nieuwe Kleurkeur-certificaten op de websites van CROW, Groenkeur en de Vlinderstichting. Gegadigden die actief zijn op deze markt konden hiervan op de hoogte zijn. Het certificaat Kleurkeur basis is sinds oktober 2019 te behalen door het volgen van een ééndaagse cursus en het succesvol afleggen van een examen. De Commissie gaat er daarbij van uit dat deze cursus sinds oktober 2019 meerdere keren is aangeboden. Dat het mogelijk was om vóór 21 februari 2020, de uiterste termijn voor het indienen van de verzoeken tot deelneming, het certificaat Kleurkeur basis te behalen, blijkt wel uit het feit dat er vóór die datum zeker 130 certificaten zijn verstrekt, waarvan het merendeel het certificaat Kleurkeur basis zal betreffen. Naar het oordeel van de Commissie is er dan ook geen sprake van strijd met het proportionaliteitsbeginsel. Het is de Commissie ook niet gebleken dat ondernemingen geen gelijke kansen hebben gehad om hun werknemers dit certificaat te laten behalen.

Voor het certificaat Kleurkeur gevorderden ligt dat anders. Dit certificaat kon pas worden behaald als het certificaat Kleurkeur basis was behaald. De cursus voor gevorderden ging pas in februari 2020 van start. Geen van partijen heeft gesteld hoeveel personen vóór 21 februari 2020, de uiterste termijn voor het indienen van de verzoeken tot deelneming, het certificaat Kleurkeur voor gevorderden hebben behaald. De Commissie constateert dat het weliswaar mogelijk was om het certificaat Kleurkeur voor gevorderden vóór de uiterste termijn voor het indienen van de verzoeken tot deelneming te behalen, maar dat die mogelijkheid zeer beperkt was. Naar het oordeel van de Commissie is dan ook sprake van strijd met het proportionaliteitsbeginsel voor zover in een selectie criterium naar het certificaat Kleurkeur gevorderden is gevraagd.

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 569

1. Feiten

- 1.1. Aanbesteder heeft op 20 januari 2020 een Europese niet-openbare aanbestedingsprocedure aangekondigd voor een overheidsopdracht voor diensten voor onderhoud van wegen, bermen en aanverwante zaken.
- 1.2. In de versie van de Selectieleidraad van 6 februari 2020 inclusief de wijzigingen naar aanleiding van de Nota van Inlichtingen (in geel gemarkeerd), is, onder meer, het volgende bepaald:

'Hoofdstuk 1 De aanbesteding in vogelvlucht

(...)

1.5 Planning (indicatief)

Binnen de Selectiefase van deze aanbestedingsprocedure dienen Ondernemers op verschillende momenten tijdig acties te nemen. De Aanbestedende dienst streeft ernaar de volgende planning te realiseren. Zonder expliciet tegenbericht in de vorm van een Nota van inlichtingen, dienen Ondernemers hiervan uit te gaan.

Activiteit	Datum	Tijd (CET)
(...)		
Uiterste datum voor het stellen van vragen	3 februari 2020	12:00
Publicatie Nota van inlichtingen	10 februari 2020	
Sluiting termijn voor het indienen van Aanmelding	21 februari 2020	12:00
(...)		

(...)

Hoofdstuk 2 Over de opdracht

(...)

2.2 Aanleiding voor de aanbesteding

[Aanbesteder] heeft circa 300 km hoofdrijbaan, 80 km parallelweg en 230 km fietspad met bijbehorende bermen in beheer en onderhoud. Om deze wegen te beheren dient er goed (veilig, efficiënt en duurzaam) onderhoud uitgevoerd te worden. (...)

2.3 Doelstelling van de aanbesteding

Met deze aanbesteding beoogt de Aanbestedende dienst de volgende doelstellingen te bereiken:

Hoofddoelstelling

1. Het waarborgen van een optimale veilige doorstroming, waarbij de gevraagde (beeld)kwaliteit gewaarborgd is en de opdrachtgever maximaal ontzorgd is.

Subdoelstelling

- 1.1. Behouden en zo mogelijk verhogen van de ecologische waarde van de wegbermen.
- 1.2. Duurzame verwerking van de vrijkomende materialen bij groenonderhoud (beperken CO₂).
- 1.3. Minimaliseren van verkeershinder tijdens werkzaamheden.
- 1.4. Maximaal hergebruiken van materialen (circulariteit).
- 1.5. De werkzaamheden uitvoeren met minimale CO₂-belasting (gebruik materieel, beperken brandstof en dergelijke).

Resultaat

- 1a. Het areaal verkeert continu in de gevraagde beeldkwaliteit.
- 1b. Bermen met een hoge biodiversiteitswaarde (ecologisch bermonderhoud).
- 1c. Meldingen van de wegininspecteurs die gegrond afwijken van de beeldkwaliteit komen niet meer voor.
- 1d. De wegen zijn veilig in gebruik voor de weggebruiker op alle onderdelen binnen dit contract.
- 1e. Er is een tevreden gebruikersgroep, zowel bij de wegininspecteurs als bij het projectteam, doordat de samenwerking met de aannemer optimaal is en de eisen goed worden ingevuld en uitgevoerd.
2. Met de uitvoering van het contract is vorm gegeven aan de duurzaamheidsdoelstellingen van [Aanbesteder].
3. De opdrachtnemer en opdrachtgever werken als 1 team aan het behalen van de (sub) doelstellingen.

Deze doelstellingen zijn door de Aanbestedende dienst vertaald naar de afbakening van de Opdracht, de eisen die aan de uitvoering ervan gesteld worden, de eisen die aan Ondernemers worden gesteld om voor de Opdracht in aanmerking te komen, de wijze waarop Gegadigden geselecteerd worden en uiteindelijk de economisch meest voordelige Inschrijving gekozen wordt.

(...)

2.5 Aard van de Opdracht

Binnen de Opdracht zijn de volgende assets:

- a) Verhardingen en HWA's; hieronder vallen bestratingen, noodreparaties asfalt, kolken reinigen en werkzaamheden aan kolken.
- b) Kunstwerken; hieronder vallen vaste kunstwerken, beweegbare kunstwerken, geleiderails, hekwerken, faunapassages, grondkerende constructies, geluidsschermen en duikers.
- c) Wegmeubilair; hieronder vallen fietsoverkappingen zonderabri's, houten hekwerken, prullenbakken, bankjes, verkeersborden en dergelijke.
- d) Groen en water; hieronder vallen; grasbermen en taluds, bermsloten (uitmaaien), hagen en bladruimen.

(...)

Hoofdstuk 3 Procedurele aspecten en voorschriften

(...)

3.3 Voorschriften voor het stellen van vragen

De Aanbestedende dienst nodigt Ondernemers uit vragen te stellen, waaronder ook wordt begrepen het doen van tekstvoorstellen, plaatsen van opmerkingen et cetera. Hierbij dienen de volgende voorschriften in acht te worden genomen:

1. De Aanbestedingsstukken zijn met zorg vastgesteld. In geval van kennelijke of gepercipieerde fouten of omissies in de Aanbestedingsstukken, tegenstrijdigheden daaronder begrepen, zijn de Ondernemers gehouden de Aanbestedende dienst uiterlijk voor de laatste sluitingsdatum voor het stellen van vragen zoals opgenomen in de planning ter zake te waarschuwen dan wel om opheldering te vragen. Het moment van ontvangst van de vragen is maatgevend. Op vragen die na de termijn zijn ontvangen is de Aanbestedende dienst niet verplicht te antwoorden.

2. Indien een Ondernemer verzuimt de Aanbestedende dienst tijdig te waarschuwen voor kennelijke of gepercipieerde fouten of omissies in de Aanbestedingsstukken dan wel om opheldering te vragen, verwerkt hij zijn rechten dienaangaande en zijn de mogelijke gevolgen voor rekening en risico van de Ondernemer. In dat geval kan een Ondernemer op een later moment tijdens of na de aanbesteding dus niet meer met succes klagen, zowel bij de Aanbestedende dienst als in rechte, over deze onderwerpen.

(...)

3.3.2 Klachtenregeling

1. Klachten over deze aanbesteding dienen door Ondernemers in eerste instantie te worden geuit door het tijdig stellen van vragen. Indien de klacht in de Nota('s) van inlichtingen niet afdoende wordt behandeld, kan een klacht worden ingediend via [e-mailadres klachtenmeldpunt Aanbesteder]. Voor de procedure bij eventuele klachten verwijst de Aanbestedende dienst u naar de bijlage Klachtenprocedure aanbesteding [Aanbesteder] 2014

(...)

3.4 Voorschriften voor het indienen van Aanmelding

(...)

14. De Aanbestedingsstukken zijn met zorg vastgesteld. In geval van kennelijke of gepercipieerde fouten of omissies in de Aanbestedingsstukken, tegenstrijdigheden daaronder begrepen, zijn Ondernemers gehouden de Aanbestedende dienst **uiterlijk voor de laatste sluitingsdatum voor het stellen van vragen zoals opgenomen in de planning** ter zake te waarschuwen dan wel om opheldering te vragen. Indien een Ondernemer verzuimt de Aanbestedende dienst voorafgaand aan de sluitingsdatum voor het indienen van een Aanmelding te waarschuwen voor kennelijke of gepercipieerde fouten of omissies in de Aanbestedingsstukken dan wel om opheldering te vragen, zijn de gevolgen voor rekening en risico van de Ondernemer.

(...)

Hoofdstuk 4 Selectieprocedure

(...)

4.3 Stap 3: Toetsen of aan de geschiktheidseisen is voldaan

(...)

4.3.2 Technische en beroepsbekwaamheid

Het is voor de Aanbestedende dienst van belang dat de uiteindelijke Opdrachtnemer qua technische en beroepsbekwaamheid geschikt is om de Opdracht uit te voeren. Daarom worden de volgende geschiktheidseisen gesteld:

4.3.2.1 Kerncompetenties

De Aanbestedende dienst heeft kerncompetenties geïdentificeerd waarover de Gegadigde naar haar oordeel moet beschikken om de Opdracht succesvol uit te kunnen voeren. Het betreft de volgende kerncompetenties waarover Gegadigde moet beschikken, en waartoe hij één of zoveel referenties als noodzakelijk, met als maximum het aantal gevraagde kerncompetenties, moet overleggen:

Kerncompetentie 1

Aantoonbare kennis en ervaring met betrekking tot het dagelijks onderhoud van verhardingen, waaronder het vegen van asfaltverhardingen, onkruidvrij maken van elementen verhardingen en herstel van kleine schades zoals kleine schades aan verhardingen en bermherstelwerkzaamheden. Minimale relevante jaaromzet van € 150.000,00 exclusief btw.

Kerncompetentie 2

Aantoonbare kennis en ervaring met betrekking tot het dagelijks onderhoud van wegmeubilair, waaronder het reinigen van beheerobjecten, het recht zetten van beheerobjecten, het vervangen van beheerobjecten, ledigen van prullenbakken, herstel aan hekken. Minimale relevante jaaromzet van € 75.000,00 exclusief btw.

Kerncompetentie 3

Aantoonbare kennis en ervaring met betrekking tot het dagelijks onderhoud van kunstwerken, waaronder het reinigen van oppervlakken (rijbaan, wanden, plafonds), voegen, goten en kolken, pompkelders), het doorspuiten van kolkaansluitleidingen en graffiti bestrijding. Minimale relevante jaaromzet van € 75.000,00 exclusief btw.

Kerncompetentie 4

Aantoonbare kennis en ervaring met groenbeheer, waaronder het maaien van grasvlakken en sloten, haagknippen, snoeien en ruimen van blad en zwerfvuil. Minimale relevante jaaromzet van € 250.000,00 exclusief btw.

Kerncompetentie 5

Aantoonbare ervaring met incidentmanagement waaronder het ondersteunen van een opdrachtgever met materieel en mankracht bij incidenten. Minimale relevante jaaromzet van € 50.000,00 exclusief btw.

Behalve het invullen van het Uniform Europees Aanbestedingsdocument (deel IV) dient Inschrijver één referentie per kerncompetentie te overleggen waaruit blijkt dat de gevraagde werkzaamheden tot tevredenheid van de referentie-organisatie zijn uitgevoerd. Het gaat dus om maximaal 5 referenties – het overleggen van meer referenties dan noodzakelijk om aan te tonen dat aan het geëiste is voldaan voegt niets toe.

(...)

4.4 Stap 4: Rangschikking van de aanmeldingen op basis van de selectiecriteria

Indien er meer dan 5 Aanmeldingen de toets zoals beschreven in de stappen 1 tot en met 3 succesvol doorstaan, worden de Aanmeldingen gerangschikt op basis van de selectiecriteria. Dit zijn geen minimumeisen, maar aspecten waaraan punten worden toegekend. Indien er minder Aanmeldingen resteren, worden alle Gegadigden die een Aanmelding hebben ingediend die aan de minimumeisen voldoen geselecteerd voor de Gunningsfase.

NR	Omschrijving	Waardering	Max aantal punten
1	<p>Beschikt u over ervaring met het werken aan en langs dubbelbaans wegen (2x2) met minimaal Vmax 80 km/h waarbij verkeersmaatregelen conform CROW-publicatie 96b zijn toegepast. 1a. Stationaire afzetting bij werkzaamheden in berm en/of een gedeeltelijk van de hoofdrijbaan.</p> <p>1b. Stationaire afzetting bij werkzaamheden op de volledige hoofdrijbaan.</p> <p>1c. Dynamische afzetting bij werken op de hoofdrijbaan.</p> <p>1d. Wegwerkzaamheden tijdens nachturen op de hoofdrijbaan (22:00 - 6:00). Aantonen middels referenties en referent.</p>	Per subcriteria welke voldoet 3 punten.	12
2	<p>Bent u in staat om in geval van een incident binnen 1 uur na melding materieel, met name een ZOAB reiniger, op een locatie in [het gebied van Aanbesteder] ter plaatse te hebben? Als bewijs voor het voldoen aan deze criteria dient aangetoond te worden hoe verwacht wordt tijdig op locatie aanwezig te zijn middels een toelichting (kort schrijven). Hierbij dient onderscheid gemaakt te worden tussen reactietijd (verzamen werknemers en gereed maken materieel) en reistijd (het overbruggen van de afstand tussen standplaats materieel en de locatie van het incident). Ter informatie: in het contract worden kortingen opgenomen, waaronder voor het niet tijdig aanwezig zijn op locatie.</p>	Ja = 10 punten Nee = 0 punten	10
3	<p>Referentieopdrachten van kerncompetentie 1, 2, 3, 4 die voor meer dan 60% van de relevante opdrachtwaarden van de desbetreffende kerncompetentie uitgevoerd zijn onder de contractvorm RAW beeldkwaliteit.</p> <p>Wordt beoordeeld op basis van de ingediende referenties bij kerncompetentie 1, 2, 3, 4, aanvullende referenties mogen voor deze criteria niet ingediend worden.</p>	Per kerncompetentie welke voldoet 3 punten.	12
4	<p>Beschikt u over kennis en ervaring met ecologisch bermbeheer waarbij biodiversiteit wordt vergroot.</p> <p>4a. Groenkeur gecertificeerd bedrijf. Aantonen middels indienen certificaat.</p> <p>4b. Minimaal 3 medewerkers in eigen dienst welke beschikken over het persoonscertificaat Kleurkeur basis. Aantonen middels persoonscertificaten en contactgegevens van de desbetreffende person(en).</p>	Per subcriteria welke voldoet 3 punten.	15

	<p>4c. Minimaal 1 medewerkers in eigen dienst welke beschikken over het persoonscertificaat Kleurkeur gevorderden. Aantonen middels persoonscertificaten en contactgegevens van de desbetreffende person(en).</p> <p>4c. Aantoonbaar maken dat de onderneming zelf een werkplan ecologisch bermbeheer heeft opgesteld met een gediplomeerde ecooloog. Aantonen middels referentie en referent.</p> <p>4d. Aanleveren van een referentieproject waarbij biodiversiteit in de berm is vergroot. Aantonen middels referentie en referent.</p>		
5	CO2-prestatieladder is hoger dan minimum niveau 3.	5 punten per hogere trede. Dus bij niveau 4 = 5, bij niveau 5 = 10 punten.	10

De maximum te behalen score is 59 punten. De onderliggende bewijsstukken waarmee de behaalde scores worden aangetoond dienen uiterlijk 5 werkdagen na verzoek van [Aanbesteder] te worden ingediend. Bij het indienen van uw aanmelding dient u Bijlage 4 – Invulblad selectiewensen volledig in te vullen.

Als er meerdere Aanmeldingen gelijk gerangschikt worden, waardoor het voor de Aanbestedende dienst onmogelijk is een Selectiebeslissing te nemen, wordt geloot.

(...)

BIJLAGE 3 – GEMEENSCHAPPELIJK REGLEMENT KLACHTAFHANDELING [AANBESTEDER EN ANDERE AANBESTEDENDE DIENSTEN]

(...)

Artikel 2: Reikwijdte procedure

1. Een belanghebbende heeft het recht om bij het klachtenmeldpunt een klacht in te dienen over een door de aanbestedende dienst gestarte aanbesteding of een onderdeel ervan.
2. De klachtenprocedure aanbestedingen is beperkt tot klachten die:
 - (...)
 - d. voorafgaand aan het indienen van de klacht eerst als vraag of bezwaar zijn ingediend voor (een van) de Nota van Inlichtingen, tenzij de klacht handelingen en documenten betreft die zijn gedateerd na de laatste Nota van Inlichtingen of gaan over de laatste Nota van Inlichtingen zelf of naar de aard van het bezwaar niet in de Nota van Inlichtingen had kunnen worden geuit.
 - (...)

BIJLAGE 4 – INVULBLAD SELECTIEWENSEN

NR	Omschrijving	Waardering	Max aantal punten	Antwoord Gegadigde
----	--------------	------------	-------------------	--------------------

(...)				
4	<p>Beschikt u over kennis en ervaring met ecologisch bermbeheer waarbij biodiversiteit wordt vergroot.</p> <p>4a. Groenkeur gecertificeerd bedrijf. Aantonen middels indienen certificaat.</p> <p>4b. Minimaal 3 medewerkers in eigen dienst welke beschikken over het persoonscertificaat Kleurkeur basis. Aantonen middels persoonscertificaten en contactgegevens van de desbetreffende person(en).</p> <p>4c. Minimaal 1 medewerkers in eigen dienst welke beschikken over het persoonscertificaat Kleurkeur gevorderden. Aantonen middels persoonscertificaten en contactgegevens van de desbetreffende person(en).</p> <p>4c. Aantoonbaar maken dat de onderneming zelf een werkplan ecologisch bermbeheer heeft opgesteld met een gediplomeerde ecooloog. Aantonen middels referentie en referent.</p> <p>4d. Aanleveren van een referentieproject waarbij biodiversiteit in de berm is vergroot. Aantonen middels referentie en referent.</p>	Per subcriteria welke voldoet 3 punten.	15	<p>SC4a: Ja / Nee</p> <p>SC4b: Ja / Nee</p> <p>SC4c: Ja / Nee</p> <p>SC4d: Ja / Nee</p>
(...)				

(...)'

- 1.3. Op 20 februari 2020 om 16:17 uur heeft de brancheorganisatie de onderstaande klacht ingediend bij het klachtenmeldpunt van aanbesteder.

'Tot [de Brancheorganisatie], een onafhankelijk adviesorgaan op het gebied van aanbestedingen voor het GWG bedrijf, heeft zich een onderneming gewend die vragen en bezwaren heeft ten aanzien van de door [Aanbesteder] georganiseerde Europese niet-openbare nationale aanbesteding van de opdracht "Meerjarenbestek dagelijks onderhoud 2020-2024".

De vragen en bezwaren van deze ondernemer zijn naar de mening van [de Brancheorganisatie] terecht en om die reden wendt [zij] zich tot de aanbestedende dienst teneinde de vragen en bezwaren kenbaar te maken, met het dringende verzoek de aanbestedingsprocedure alsnog in overeenstemming te brengen met de aanbestedingsregelgeving.

1. Eis tot kleurencertificaat disproportioneel

Als selectie criterium 4 wordt gesteld dat 3 medewerkers dienen te beschikken over persoonscertificaat Kleurkeur basis en dat 1 medewerker over het persoonscertificaat Kleurkeur gevorderden dient te beschikken. De selectieleidraad bepaalt:

[citaat selectiecriterium 4 uit paragraaf 4.4 van de Selectieleidraad, zie 1.2 hiervoor, Commissie]

Dit selectiecriterium is in strijd met het proportionaliteitsbeginsel (vergelijk artikel 1.10 Aanbestedingswet). Wij lichten dat toe.

De cursus voor het persoonscertificaat "Kleurkeur basis" is pas sinds oktober 2019 beschikbaar. De cursus voor het persoonscertificaat "Kleurkeur gevorderden" is pas te volgen sinds februari 2020. Dit brengt met zich mee dat beide persoonscertificaten Kleurkeur erg nieuw zijn. Niet veel medewerkers zijn dus in de gelegenheid geweest om het persoonscertificaat Kleurkeur te kunnen behalen. Ondernemers hebben dus nog niet of onvoldoende kunnen inspelen op dit selectiecriterium.

Navraag heeft geleerd dat tot nu pas 15 personen in Nederland de cursus met goed gevolg hebben afgerond.

De keuze voor een certificaat Kleurkeur als sub- selectiecriteria staat dan ook niet in redelijke verhouding tot de aard en omvang van de aan te besteden opdracht, hetgeen betekent dat deze eis in strijd is met het proportionaliteitsbeginsel.

Vergelijk ook de website Pianoo (een website van de Overheid over alles wat met aanbesteden te maken heeft) alwaar beschreven staat dat het onnodig stellen van eisen er toe leidt dat geschikte partijen worden uitgesloten [Noot 1: <https://www.pianoo.nl/nl/inkoopproces/fase-1-voorbereiden/opstellen-selectiecriteria>, Commissie]

Proportionaliteit

Denk van tevoren goed na over de noodzaak en de omvang van de minimumeisen die u stelt. Soms worden eisen klakkeloos gesteld uit automatische of omdat bij een andere aanbesteding een dergelijke eis ook werd gesteld. Er moet een duidelijke relatie zijn tussen de eis die u stelt en de onzekerheid die u met het stellen van de eis wil tegengaan. De eis moet ook proportioneel zijn en voldoende verband houden met het voorwerp van de opdracht. De Aanbestedingswet 2012 bepaalt dat u uitsluitend geschiktheidseisen dient te stellen die kunnen garanderen dat een gegadigde of inschrijver over de juridische capaciteiten en financiële middelen en de technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid beschikt om de overheidsopdracht uit te voeren.

Door het onnodig stellen van eisen sluit u mogelijk juist geschikte (MKB)-bedrijven onbedoeld uit van deelname aan de procedure. Ook moet u goed nadenken over de lasten voor bedrijven die moeten aantonen aan de minimumeisen te voldoen. Daardoor kan een bepaalde categorie bedrijven afhaken, waardoor u mogelijk met uw uitvraag niet de beste aanbieding uit de markt haalt.

Daarnaast is er sprake van strijd met het gelijkheidsbeginsel. Alleen die inschrijvers die toevalligerwijs gekozen hebben direct deze cursus te volgen kunnen inschrijven, met uitsluiting van alle overige gegadigden.

Conclusie: de Kleurkeur eis is disproportioneel.

II. Verzoek

Gelet op het voorgaande verzoekt [de Brancheorganisatie] [Aanbesteder] de gestelde selectiecriteria die zien op referenties te herzien zodat voldaan wordt aan de voorschriften uit de Gids Proportionaliteit en overige aanbestedingsregelgeving.

(...)'

- 1.4. Op 20 februari 2020 heeft het klachtenmeldpunt van Aanbesteder per e-mail aan de brancheorganisatie bericht dat de klacht niet ontvankelijk is omdat de klacht niet overeenkomstig de toepasselijke klachtenregeling eerst als vraag of bezwaar is ingediend voor een Nota van Inlichtingen. Tevens merkt het klachtenmeldpunt op dat de klacht zeer laat is ingediend (om 16:17 uur, terwijl de volgende dag de termijn voor het indienen van de aanmeldingen afliep). Daarbij wijst het klachtenmeldpunt op de verplichting om een klacht tijdig kenbaar te maken.

2. Beschrijving klacht

Selectiecriteria 4 is in strijd met het proportionaliteitsbeginsel van artikel 1.10 Aw 2012 voor zover 3 medewerkers dienen te beschikken over een persoonscertificaat Kleurkeur basis en 1 medewerker over het persoonscertificaat Kleurkeur gevorderden. Tevens is dit selectiecriteria in strijd met het gelijkheidsbeginsel omdat alleen die inschrijvers die toevalligerwijs gekozen hebben direct deze cursus te volgen kunnen inschrijven, met uitsluiting van alle overige gegadigden.

3. Onderbouwing klacht

De brancheorganisatie herhaalt de argumenten uit haar klachtbrief van 20 februari 2020 (zie 1.3 hiervoor).

4. Reactie aanbesteder

- 4.1. Aanbesteder is om de volgende redenen van opvatting, dat hij met het uitvragen – en meewegen – van de Kleurkeur-certificaten in selectiecriteria 4 geen disproportioneel criterium heeft toegepast.
- 4.2. Zoals in paragraaf 2.2 van de Selectieleidraad is beschreven heeft aanbesteder circa 300 km hoofdrijbaan, 80 km parallelweg en 230 km fietspad met bijbehorende bermen in beheer en onderhoud. Om deze wegen te beheren dient er goed (veilig, efficiënt en duurzaam) onderhoud uitgevoerd te worden (zie 1.2 hiervoor). Hoofddoelstelling van de aanbestede opdracht is het waarborgen van een optimale veilige doorstroming op dit wegennet, waarbij de gevraagde (beeld)kwaliteit gewaarborgd is en de opdrachtgever maximaal ontzorgd is.
- 4.3. Het Kleurkeur-certificaat staat sinds voorjaar 2019 in de media in de aandacht. Genoemd kan worden, dat de websites van CROW, Groenkeur en de Vlinderstichting het afgelopen jaar actief aandacht hebben besteed aan dit initiatief. Waar gegadigde actief is in deze markt, moet hem dus sinds voorjaar 2019 zijn opgevallen, dat sommige opdrachtgevers belang hechten aan duurzaam landschapsbeheer en aan de bevordering van biodiversiteit. De gevraagde certificaten geven daar invulling aan.
- 4.4. Vanuit kenbare beleidsdoelstellingen, in het provinciale coalitieakkoord en daar waar aanbesteder dat kan, spant hij zich in om duurzaamheid van landschapsbeheer en biodiversiteit binnen zijn gebied te beschermen en te bevorderen. Hiervoor kan onder andere verwezen worden naar de in de paragraaf 2.3 van de Selectieleidraad benoemde subdoelstellingen en het met de aanbesteding beoogde resultaat (zie 1.2 hiervoor). De gevraagde certificaten staan daardoor in directe relatie tot het voorwerp en de (sub)doelstellingen van de te gunnen opdracht.
- 4.5. Met de beoogd opdrachtnemer wordt een raamovereenkomst gesloten voor een periode van minimaal drie en maximaal 5 jaar. Het nu niet meenemen van het Kleurkeur-certificaat zou hebben betekend, dat duurzaam beheer en biodiversiteit gedurende deze periode niet de aandacht zouden hebben gekregen, die zij beleidsmatig wel verdienen. Aanbesteder is dan ook van oordeel dat dit selectiecriteria direct verband houdt met het voorwerp van de opdracht.
- 4.6. Verder merkt aanbesteder op dat het relatieve gewicht van de certificaten in de selectiesystematiek beperkt is. In dat kader wijst aanbesteder er op dat het onderdeel Kleurkeur-certificaat in de Selectieleidraad niet is opgenomen als

minimumeis, maar slechts als selectie criterium. De klacht is op dit punt onjuist geformuleerd. Verder voert aanbesteder aan dat de certificaten in de rangschikking slechts een relatief gewicht van 10% van de maximaal haalbare puntenscore hadden. Feitelijk is gebleken, dat ook een gegadigde zonder alle gevraagde Kleurkeur-certificaten tot de loting voor deelname aan de vervolgpcedure heeft kunnen doordringen.

- 4.7. Aanbesteder meent dat van opdrachtnemers die over Kleurkeur-certificaten beschikken in het kader van de te gunnen opdracht daadwerkelijk meer toegevoegde waarde mag worden verwacht dan van opdrachtnemers die niet over dergelijke certificaten beschikken.
- 4.8. Anderzijds meent aanbesteder dat de door de gegadigden voor de certificaten te leveren inspanning beperkt is. In dat kader voert aanbesteder aan dat de investering die voor het beschikken over deze certificaten van de gegadigde wordt gevraagd, in financiële waarde, in benodigde tijd en in daarvoor te verrichten inspanningen slechts een fractie van de financiële waarde van de opdracht bedraagt. Bovendien rendeert de investering niet alleen ten opzichte van de opdracht van aanbesteder, maar deze heeft waarde voor alle overheidsopdrachten op dit terrein.
- 4.9. Aanbesteder stelt dat ten tijde van de reactie op de bij de Commissie ingediende klacht op 10 maart 2020 circa 130 personen in staat gebleken het Kleurkeur basis-certificaat te verwerven.
- 4.10. Aanbesteder merkt op dat gegadigden sinds najaar 2019 de gelegenheid hebben gehad om zich als aanbieder op deze markt te onderscheiden door het verwerven van deze certificaten. Ook stelt aanbesteder dat gegadigden in de planning van de aanbesteding, afgezet tegen de mogelijkheden om de certificaten te verkrijgen, in de maanden januari en februari 2020 nog in voldoende mate de gelegenheid hebben gehad om hun medewerkers op cursus te sturen en tijdig de bewuste certificaten te verwerven. Aanbesteder voert in dat kader aan dat andere gegadigden wel in staat zijn geweest om de betreffende certificaten tijdig te verwerven.
- 4.11. Tussen de aankondiging van deze Europese niet-openbare aanbestedingsprocedure op 20 januari 2020 en de sluitingsdatum voor indiening van aanmeldingen op 21 februari 2020 hebben de gegadigden nog circa 25 werkdagen de tijd gehad om hun medewerkers de basiscursus te laten volgen. Niet alleen tijdens de gepubliceerde cursusedagen, maar ook door middel van in-company trainingen.
- 4.12. Ten slotte merkt aanbesteder in dit kader op dat de op 19 februari 2020 door Groenkeur georganiseerde gevorderdencursus niet volgeboekt was.
- 4.13. Verder is aanbesteder van mening dat zijn handelwijze niet heeft geleid tot strijd met het beginsel van gelijke behandeling. Aanbesteder meent dat de brancheorganisatie de vermeende strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel wel heeft gesteld, maar dat maar zeer beknopt heeft onderbouwd. De onderbouwing luidt: "Alleen die inschrijvers die toevalligerwijs gekozen hebben direct deze cursus te volgen kunnen inschrijven, met uitsluiting van alle overige gegadigden." Welke argumenten daar verder bij horen, en waaruit die door aanbesteder vermeend veroorzaakte strijdigheid precies bestaat, blijft grotendeels onbenoemd. Aanbesteder neemt aan dat de brancheorganisatie met "inschrijvers" en "inschrijven" bedoeld heeft te verwijzen naar "gegadigden" en "zich aan kunnen melden voor deelname".
- 4.14. Aanbesteder geeft aan voor deze selectiesystematiek in alle oprechtheid gezocht te hebben naar elementen, die daadwerkelijk en objectief onderscheidend vermogen aanbrengen op de kern van de gevraagde dienstverlening. Het volstaan met vragen naar zaken waar iedere gegadigde aan kan voldoen, leidt tot

onvoldoende onderscheidend vermogen en zou leiden tot meer procedures waarin enkel nog geloot wordt. Dit zou geen recht doen aan juist die partijen die meerwaarde bieden ten opzichte van hun concurrenten.

- 4.15. Waar een aantal gegadigden in deze aanbestedingsprocedure wel in staat zijn geweest de gevraagde certificaten te verwerven, heeft de ondernemer waarvoor de brancheorganisatie deze klacht heeft ingediend in zijn eigen bedrijfsvoering en werkzaamheden kennelijk andere keuzes gemaakt in de bij- en/of nascholing van zijn medewerkers. Naar de mening van aanbesteder moeten de door deze gegadigde gemaakte keuzes dan ook voor rekening en risico van hemzelf blijven.
- 4.16. Aanbesteder heeft ten aanzien van selectie criterium 4 tussen de gegadigden geen enkel verschil van behandeling toegepast.
- 4.17. Aanbesteder stelt dat het in de procedure feitelijk behaalde selectieresultaat ook de onjuistheid van de stelling van de brancheorganisatie aantoont: de selectie heeft aantoonbaar niet geleid tot uitsluiting van alle gegadigden zonder certificaat.
- 4.18. Ten slotte merkt aanbesteder op dat van een proactieve en redelijk geïnformeerde gegadigde mag verwacht worden dat hij zich op de hoogte stelt van de eigenschappen en kenmerken van de aanbestedingsprocedure zoals die in deze zaak door de aanbesteder is opgezet en uitgevoerd. Het had op de weg van de gegadigde voor wie de brancheorganisatie optreedt gelegen om vragen over het door aanbesteder in de selectiesystematiek gehanteerde sub-gunningscriterium Kleurkeur-certificaat te stellen binnen de daarvoor bestemde termijn, zodat die vragen in de Nota van Inlichtingen regulier en tijdig hadden kunnen worden beantwoord. Met de nu door gegadigde gevolgde passieve werkwijze heeft hij naar de mening van aanbesteder het gerechtvaardigd belang van aanbesteder en van andere gegadigden in deze procedure verwijtbaar uit het oog verloren.

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder op 20 januari 2020 een Europese niet-openbare aanbestedingsprocedure heeft aangekondigd voor een overheidsopdracht voor diensten voor onderhoud van wegen, berm en aanverwante zaken. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Delen 1 en 2 van de Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit.
- 5.2. De Commissie zal allereerst onderzoeken of de brancheorganisatie de klacht tijdig bij aanbesteder onder de aandacht heeft gebracht.
 - 5.2.1. Volgens bestaande jurisprudentie mag van een (potentiële) gegadigde of inschrijver een proactieve houding worden verwacht. Dit houdt in dat een gegadigde – mogelijke – inbreuken op het op de aanbestedingsprocedure van toepassing zijnde recht bij de aanbesteder dient te signaleren zodra hij die redelijkerwijze behoorde op te merken. De ratio daarvan is dat de aanbesteder daarmee mogelijk in staat wordt gesteld (de gevolgen van) die inbreuk ongedaan te maken in een stadium waarin de nadelige gevolgen daarvan voor alle betrokken partijen zoveel mogelijk beperkt kunnen blijven.
 - 5.2.2. Aanbesteder heeft de hiervoor bedoelde verplichting nader uitgewerkt in paragraaf 3.3 en 3.4 van de Selectieleidraad (zie 1.2 hiervoor). Hierin is de verplichting voor gegadigden opgenomen aanbesteder uiterlijk vóór de laatste sluitingsdatum voor het stellen van vragen te waarschuwen of om opheldering te vragen omtrent kennelijke of gepercipieerde fouten, waaronder tegenstrijdigheden, of omissies in de aanbestedingsstukken. Tevens is bepaald dat een gegadigde zijn rechten verwerkt

indien hij verzuimt aanbestedder hierover tijdig te waarschuwen en dat hij niet op een later moment tijdens of na de aanbesteding met succes kan klagen.

- 5.2.3. De brancheorganisatie is weliswaar zelf geen (potentiële) gegadigde, maar behartigt de belangen van potentiële gegadigden. In die hoedanigheid kan zij naar aanleiding van een melding van een potentiële gegadigde een klacht indienen bij de Commissie. Voor de brancheorganisatie geldt dan een afgeleide klachtplicht (zie Advies 444, overweging 5.4.5).
- 5.2.4. Naar het oordeel van de Commissie heeft de brancheorganisatie voormelde verplichting niet nageleefd door pas op 20 februari 2020 om 16:17 uur bij aanbestedder een klacht in te dienen (zie 1.3 hiervoor). Niet alleen heeft de brancheorganisatie daarmee niet vóór de sluitingsdatum voor het stellen van vragen een vraag gesteld of klacht ingediend zoals was bepaald in de Selectieleidraad, ook heeft de brancheorganisatie daarmee haar bezwaren ruim ná de Nota van Inlichtingen en pas vlak vóór de uiterste datum voor indiening van de verzoeken tot aanmelding op 21 februari 2020 12:00 uur (zie paragraaf 1.5 van de Selectieleidraad in 1.2 hiervoor) kenbaar gemaakt (vgl. Advies 487, overweging 6.3.5). Met aanbestedder is de Commissie van oordeel dat de brancheorganisatie haar bezwaren daarmee op een te laat tijdstip naar voren heeft gebracht. De Commissie ziet ook niet in waarom de brancheorganisatie die bezwaren niet eerder naar voren had kunnen brengen.
- 5.2.5. Deze handelwijze van de brancheorganisatie staat er aan in de weg dat zij in dit stadium nog een beroep kan doen op strijd met de beginselen van proportionaliteit en gelijke behandeling.
- 5.2.6. De klacht is derhalve ongegrond.
- 5.3. Ten overvloede gaat de Commissie hierna nog inhoudelijk op de klacht in.
- 5.4. Alvorens – ten overvloede – over te gaan tot inhoudelijke behandeling van de klacht, geeft de Commissie eerst het toetsingskader weer.
 - 5.4.1. Op grond van artikel 1.8 Aw 2012 dient een aanbestedende dienst ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze te behandelen.
 - 5.4.2. Artikel 1.10, lid 1 en 2, Aw 2012 luidt, voor zover relevant, als volgt:

‘1. Een aanbestedende dienst (...) stelt bij de voorbereiding van het tot stand brengen van een overheidsopdracht (...) uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijvers en de inschrijvingen die in redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.

2. Bij de toepassing van het eerste lid slaat de aanbestedende dienst (...), voor zover van toepassing, in ieder geval acht op:

(...)

c. de inhoud van de geschiktheidseisen;

(...)
 - 5.4.3. Krachtens het vierde lid van artikel 1.10 Aw 2012 moeten aanbestedende diensten de voorschriften in de Gids Proportionaliteit toepassen of afwijking daarvan motiveren in de aanbestedingsstukken.
 - 5.4.4. Paragraaf 2.3.6.3 Aw 2012 (bestaande uit de artikelen 2.99 en 2.100) ziet op de selectie. Op grond van artikel 2.99, eerste lid, Aw 2012 kan de aanbestedende dienst bij toepassing van de niet-openbare procedure het aantal gegadigden dat hij zal uitnodigen tot inschrijving beperken. In artikel 2.100 Aw 2012 is in dat kader bepaald:

'Bij de toepassing van artikel 2.99, eerste lid, beperkt de aanbestedende dienst het aantal gegadigden op een objectieve en niet-discriminerende wijze, met behulp van in de aankondiging vermelde regels of selectiecriteria en weging.'

5.4.5. In Voorschrift 3.5 B Gids Proportionaliteit is bepaald:

'Indien de aanbestedende dienst geschiktheidseisen stelt, stelt hij alleen geschiktheidseisen die verband houden met daadwerkelijke risico's die de opdracht meebrengt, of terug te voeren zijn op de gewenste competentie(s).'

5.4.6. In Voorschrift 3.5 F Gids Proportionaliteit is bepaald:

'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.'

5.4.7. In de bij dit Voorschrift gegeven toelichting vermeldt de Gids onder meer het volgende:

'(...) Teveel en te specifieke kerncompetenties definiëren én daarbij vragen naar referenties per kerncompetentie zou weleens 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. (...)'

5.4.8. De Commissie is van oordeel dat, hoewel de opsomming van artikel 1.10, lid 2, Aw 2012 geen melding maakt van selectiecriteria, de Voorschriften 3.5 B en 3.5 F van de Gids Proportionaliteit ook van toepassing zijn op de met inachtneming van artikel 2.100 Aw 2012 toe te passen selectiecriteria (vgl. onder meer Advies 480, overweging 5.5.9). In de eerste plaats is het immers zo dat artikel 1.10, lid 2, Aw 2012 geen limitatieve opsomming behelst en in ieder geval in lid 2 sub c en sub d een verwijzing naar geschiktheidseisen bevat. In het verlengde daarvan volgt uit de inhoud van paragraaf 3.5.3 van de Gids ("Selectiecriteria") dat de Gids ook van toepassing is op selectiecriteria. Op p. 50 van de Gids is immers bepaald:

'De selectiecriteria kunnen inhoudelijk in beginsel vergelijkbaar zijn met de geschiktheidseisen zoals deze bij een openbare procedure worden gesteld. Op de diverse mogelijkheden voor het stellen van geschiktheidseisen is ingegaan in §3.5.2.'

5.4.9. De laatstgenoemde paragraaf bevat de (toelichting op de) Voorschriften 3.5 B en 3.5 F.

5.4.10. Paragraaf 3.5.3 Gids Proportionaliteit ("Selectiecriteria") vermeldt op p. 51 nog het volgende:

'Evenals bij het stellen van geschiktheidseisen is het niet verplicht om selectiecriteria toe te passen. Een aanbestedende dienst zal vooraf moeten bepalen of er een reden is om het aantal inschrijvingen tot een bepaald maximum te beperken. Bedacht dient te worden, dat alle ondernemingen die in de eerste fase aan de geschiktheidseisen hebben voldaan, in principe geschikt zijn om de opdracht uit te voeren. Het is dan ook van groot belang, om het stellen van selectiecriteria goed en zorgvuldig te overwegen. (...)'

5.4.11. Indien een aanbestedende dienst kiest voor een niet-openbare procedure of een procedure van de concurrentiegerichte dialoog, ziet de Commissie mogelijkheden

voor het hanteren van selectiecriteria die zien op competenties die geen kerncompetenties zijn. Het betreft wensen die niet noodzakelijk zijn voor de uitvoering van de opdracht, maar wel meerwaarde bieden voor de aanbestedende dienst (vgl. onder meer Advies 480, overweging 5.5.13).

- 5.5. De Commissie zal hierna – nogmaals: enkel ten overvloede – overgaan tot beoordeling van de klacht in het kader van het hiervoor uiteengezette toetsingskader.
 - 5.5.1. De brancheorganisatie klaagt dat twee van de vijf onderdelen van selectie criterium 4 strijd opleveren met het beginsel van proportionaliteit en het beginsel van gelijke behandeling (zie paragraaf 4.4 van de Selectie leidraad in 1.2 hiervoor). Het betreft onderdeel 4b waarvoor 3 punten kunnen worden behaald indien minimaal 3 medewerkers in eigen dienst beschikken over het persoonscertificaat Kleurkeur basis en (het eerste) onderdeel 4c waarvoor 3 punten kunnen worden behaald indien minimaal 1 medewerker in eigen dienst beschikt over het persoonscertificaat Kleurkeur gevorderden. In het kader van de selectiecriteria kunnen in totaal 59 punten worden behaald.
 - 5.5.2. De brancheorganisatie acht deze selectiecriteria disproportioneel omdat nog niet veel medewerkers in de gelegenheid zijn geweest om deze certificaten te behalen.
 - 5.5.3. Naar het oordeel van de Commissie heeft aanbesteder voldoende aannemelijk gemaakt dat de gevraagde certificaten Kleurkeur meerwaarde hebben voor aanbesteder en op zich voldoende verband houden met het voorwerp van de opdracht. Dat is ook niet door de brancheorganisatie bestreden. Omdat de certificaten Kleurkeur pas sinds kort te verkrijgen zijn, is het de vraag of het hanteren van de desbetreffende (sub)selectiecriteria in dat kader proportioneel is.
 - 5.5.4. Doordat nog niet alle ondernemingen over de gevraagde certificaten Kleurkeur beschikken, kunnen ondernemingen zich daarop onderscheiden en zijn deze certificaten in beginsel geschikt om in het kader van selectiecriteria mee te wegen. Bij de komst van een nieuw certificaat heeft het vragen van dit certificaat als selectie criterium tot gevolg dat ondernemingen die de nieuwste ontwikkelingen in de markt volgen – de meest innovatieve ondernemingen – in het voordeel zijn. Die ondernemingen beschikken dan daadwerkelijk over meer vaardigheden dan andere ondernemingen.
 - 5.5.5. Aanbesteder heeft de certificaten Kleurkeur niet verplicht voorgeschreven door middel van geschiktheidseisen, maar weegt deze in het kader van selectiecriteria mee. Ook zonder deze certificaten kon een verzoek tot deelneming worden ingediend. Bovendien is het gewicht van deze sub-selectiecriteria beperkt: het betreft maximaal 6 van de in totaal 59 punten die konden worden behaald.
 - 5.5.6. Vervolgens is het de vraag of het voor ondernemers in voldoende mate mogelijk was om vóór de uiterste datum voor het indienen van een verzoek tot deelneming de desbetreffende certificaten Kleurkeur te verkrijgen.
 - 5.5.7. De Commissie is op de website van de Vlinderstichting nagegaan hoe een persoonscertificaat Kleurkeur basis en een persoonscertificaat Kleurkeur gevorderden kan worden behaald. Voor beide geldt dat daartoe een ééndaagse cursus moet worden gevolgd en een examen succesvol moet worden afgelegd. Niet duidelijk is wanneer en op welke wijze het examen wordt afgenomen. Voor deelname aan de cursus Kleurkeur gevorderden is een geldig certificaat Kleurkeur basis verplicht.
 - 5.5.8. Aanbesteder heeft aangegeven dat het Kleurkeur-certificaat sinds voorjaar 2019 in de media in de aandacht is geweest. De websites van CROW, Groenkeur en de

Vlinderstichting hebben het afgelopen jaar actief aandacht besteed aan dit initiatief (zie 4.3 hiervoor).

- 5.5.9. Ten aanzien van de cursus voor het persoonscertificaat "Kleurkeur basis" heeft de brancheorganisatie aangevoerd dat deze sinds oktober 2019 beschikbaar is (zie de klachtbrief van 20 februari 2020 in 1.3 hiervoor).
- 5.5.10. In het kader van de cursus voor het persoonscertificaat Kleurkeur gevorderden heeft de brancheorganisatie aangevoerd dat deze pas te volgen is sinds februari 2020 (zie de klachtbrief van 20 februari 2020 in 1.3 hiervoor). Aanbesteder heeft aangevoerd dat de op 19 februari 2020 door Groenkeur georganiseerde gevorderdencursus niet volgeboekt was (zie 4.12 hiervoor).
- 5.5.11. Ook heeft aanbesteder gewezen op de mogelijkheid van in company trainingen (zie 4.11 hiervoor).
- 5.5.12. Aanbesteder merkt op dat gegadigden sinds het najaar van 2019 de gelegenheid hebben gehad om zich als aanbieder op deze markt te onderscheiden door het verwerven van deze certificaten. Ook stelt aanbesteder dat gegadigden in de planning van de aanbesteding, afgezet tegen de mogelijkheden om de certificaten te verkrijgen, tussen de aankondiging op 20 januari 2020 en de sluitingsdatum voor indiening van aanmeldingen op 21 februari 2020 nog in voldoende mate de gelegenheid hebben gehad om hun medewerkers op cursus te sturen en tijdig de bewuste certificaten te verwerven. Aanbesteder voert in dat kader aan dat andere gegadigden wel in staat zijn geweest om de betreffende certificaten tijdig te verwerven (zie 4.10 en 4.11 hiervoor).
- 5.5.13. Vóór het indienen van de klacht bij de Commissie op 21 februari 2020 heeft de brancheorganisatie navraag gedaan hoeveel personen in Nederland 'de cursus' met goed gevolg hebben afgerond. Dat waren er op dat moment 15. Niet duidelijk is op welke cursus de brancheorganisatie daarmee doelt. De Commissie neemt aan dat het om de basiscursus gaat (zie de bij aanbesteder ingediende klachtbrief van 20 februari 2020 in 1.3 hiervoor). Aanbesteder stelt dat ten tijde van zijn reactie van 10 maart 2020 op de bij de Commissie ingediende klacht circa 130 personen in staat zijn gebleken het Kleurkeur basis-certificaat te verwerven (zie 4.9 hiervoor). Op de website van Groenkeur staat vermeld (<https://groenkeur.nl/vakmens/welke-certificaten-kan-ik-halen-2/cursus-kleurkeur/>):

'Op 17 februari 2020 zijn er al 130 certificaten door de Vlinderstichting afgegeven aan medewerkers die de cursus Kleurkeur basis en deels gevorderd hebben gevolgd.'

- 5.5.14. Op basis van de beschikbare informatie komt de Commissie tot het oordeel dat ondernemingen voldoende gelegenheid hebben gehad om hun medewerkers het certificaat Kleurkeur basis vóór 21 februari 2020 te laten behalen. Sinds het voorjaar van 2019 is er aandacht voor de nieuwe Kleurkeur-certificaten op de websites van CROW, Groenkeur en de Vlinderstichting. Gegadigden die actief zijn op deze markt konden hiervan op de hoogte zijn. Het certificaat Kleurkeur basis is sinds oktober 2019 te behalen door het volgen van een ééndaagse cursus en het succesvol afleggen van een examen. De Commissie gaat er daarbij van uit dat deze cursus sinds oktober 2019 meerdere keren is aangeboden. Dat het mogelijk was om vóór 21 februari 2020, de uiterste termijn voor het indienen van de verzoeken tot deelneming, het certificaat Kleurkeur basis te behalen, blijkt wel uit het feit dat er vóór die datum zeker 130 certificaten zijn verstrekt, waarvan het merendeel het certificaat Kleurkeur basis zal betreffen. Naar het oordeel van de Commissie is er dan ook geen sprake van strijd met het proportionaliteitsbeginsel. Het is de Commissie ook niet gebleken dat ondernemingen geen gelijke kansen hebben gehad

om hun werknemers dit certificaat te laten behalen. Van strijd met het beginsel van gelijke behandeling is naar het oordeel van de Commissie dan ook evenmin sprake.

- 5.5.15. Voor het certificaat Kleurkeur gevorderden ligt dat anders. Dit certificaat kon pas worden behaald als het certificaat Kleurkeur basis was behaald. De cursus voor gevorderden ging pas in februari 2020 van start. Geen van partijen heeft gesteld hoeveel personen vóór 21 februari 2020 het certificaat Kleurkeur voor gevorderden hebben behaald. De Commissie constateert dat het weliswaar mogelijk was om het certificaat Kleurkeur voor gevorderden vóór 21 februari 2020 te behalen, maar dat die mogelijkheid zeer beperkt was. Naar het oordeel van de Commissie is dan ook sprake van strijd met het proportionaliteitsbeginsel voor zover in een selectie criterium naar het certificaat Kleurkeur gevorderden is gevraagd.

6. Advies

Naar het oordeel van de Commissie heeft aanbesteder wat betreft het selectie criterium dat ziet op het certificaat Kleurkeur voor gevorderden in strijd gehandeld met het proportionaliteitsbeginsel. Dat de brancheorganisatie zijn daartegen gerichte bezwaren te laat kenbaar heeft gemaakt, doet geen afbreuk aan die conclusie. Wel heeft de brancheorganisatie daarmee een onvoldoende proactieve houding aangenomen en dat staat er aan in de weg dat zij in dit stadium nog kan opkomen tegen het handelen van aanbesteder. Daarmee acht de Commissie de klacht **on-gegrond**.

Den Haag, 7 april 2020

Prof.mr. C.E.C. Jansen
Voorzitter

Mr. A.C.M Fischer-Braams
Vice-voorzitter

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid