

Aanbesteding



Mr. L.C. van den Berg
Severijn Hulshof Advocaten



Mr. L. Knoups
Severijn Hulshof Advocaten

Tevredenheidsverklaringen

Aanbestedende diensten stellen in de praktijk haast standaard de eis dat de inschrijver bij de door hem ingediende referentiewerken ook een tevredenheidsverklaring van de opdrachtgever dient te voegen. Het indienen van dit bewijsstuk lijkt echter niet zelden tot (praktische) problemen voor de inschrijver. Niet alleen stellen aanbestedende diensten vaak inhoudelijke eisen aan dergelijke tevredenheidsverklaringen, die afwijken van de omschrijving uit het BAO en/of het ARW 2005. Bovendien weigeren opdrachtgevers regelmatig (zonder gegronde redenen) om dergelijke tevredenheidsverklaringen af te geven, waardoor de inschrijver zijn kansen op gunning van het werk kan verspeelen.

Bepalingen in het BAO

In artikel 49 lid 2 BAO¹ is bepaald welke bewijsstukken een aanbestedende dienst mag vragen om de technische bekwaamheid van de inschrijver te toetsen. Het betreft hier een gesloten systeem. Dat betekent dat de aanbestedende dienst niet van deze bepalingen in het BAO mag afwijken.

Anders gezegd: hij mag geen andere bewijsstukken vragen dan genoemd in artikel 49 lid 2 BAO. Uit artikel 49 lid 2 onder a BAO volgt dat de aanbestedende dienst niet alleen kan vragen om een lijst van referentiewerken, maar ook om *certificaten* die bewijzen dat de belangrijkste werken naar behoren zijn uitgevoerd en waarin het bedrag van de werken, de plaats en het tijdstip waarop ze zijn uitgevoerd vermeld wordt, en waarin wordt aangegeven of de werken volgens de regels der kunst zijn uitgevoerd en tot een goed einde zijn gebracht. Regelmatig worden door aanbestedende diensten nadere, inhoudelijke eisen gesteld aan dergelijke certificaten c.q. tevredenheidsverklaringen qua formulering. Zulks is niet alleen strijdig met het gesloten systeem van het BAO, maar kan tevens afbreuk doen aan de objectiviteit van de aanbestedingsprocedure.

Vakkundig, tijdig en op regelmatige wijze

In de praktijk wordt door de aanbestedende dienst in de meeste gevallen gevraagd om een tevredenheidsverklaring van de opdrachtgever waaruit blijkt dat de inschrijver de werkzaamheden 'vakkundig, tijdig en op regelmatige wijze' heeft opgeleverd. Uit een recent arrest van het Gerechtshof Leeuwarden² kan worden afgeleid dat een dergelijke eis niet strookt met het bepaalde in het BAO (en derhalve in beginsel niet op deze manier gesteld zou mogen worden). In deze kwestie had de aanbestedende dienst de inschrijvers gevraagd om bewijsstukken waaruit bleek dat de door haar ingediende referentiewerken 'succesvol' waren uitgevoerd. De Voorzieningenrechter van de Rechtbank Assen³ oordeelde aanvankelijk dat 'succesvol' vertaald diende te worden als 'vakkundig, tijdig, op regelmatige wijze en naar tevredenheid'. De door de betreffende inschrijver ingediende werken voldeden volgens de voorzieningenrechter niet aan deze omschrijving. De gedupeerde inschrijver heeft hoger beroep aangetekend tegen dit vonnis. Het Hof Leeuwarden erkent in zijn arrest dat de vertaling van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Assen niet aansluit bij de omschrijving in het ARW 2005 (en dus

ook niet bij het gelijkkluidende BAO). Met name het door de voorzieningenrechter ingebrachte element van 'tijdigheid' volgt volgens het Hof noch uit de betreffende aanbestedingsleidraad noch uit het ARW 2005. Het Hof voegt daar nog aan toe dat een enkele overschrijding van de oplevertermijn in dit geval niet kan leiden tot een afwijzing van het referentiewerk. Echter, de overige door de voorzieningenrechter gehanteerde begrippen (vakkundig, op regelmatige wijze en naar tevredenheid) vallen naar het oordeel van het Hof goeddeels samen met het naar behoren, volgens de regels der kunst uitvoeren en tot een goed einde brengen van een werk zoals beschreven in artikel 2.9.1 onder a ARW 2005. Overigens kan men zich afvragen of de Rechtbank Assen (en het Hof Leeuwarden) in deze zaak had(den) mogen teruggrijpen naar de tekst uit het ARW 2005. Immers, de aanbestedende dienst was in dit geval kennelijk uitdrukkelijk afgewezen van het ARW 2005 (hetgeen bij het ARW 2005 wel is toegestaan) en heeft uitdrukkelijk gevraagd om referentiewerken die 'succesvol' waren uitgevoerd. Men kan zich vervolgens afvragen of 'succesvol' de betekenis toekomt zoals voorgestaan door de rechtbank (en het hof). Eerder lijkt hiermee de door de aanbestedende dienst gestelde eis achteraf te worden gewijzigd.

Afgifte tevredenheidsverklaringen verplicht?

In de hiervoor besproken kwestie kon de inschrijver overigens nog volstaan met het indienen van een eigen verklaring in plaats van een tevredenheidsverklaring, maar bij de meeste aanbestedingsprocedures dient een verklaring van de (eerdere) opdrachtgever te worden overgelegd. Maar wat gebeurt er nu wanneer een opdrachtgever weigert een tevredenheidsverklaring af te geven? Kan een inschrijver in zo'n geval een opdrachtgever dwingen de desbetreffende verklaring af te geven? Volgens vaste jurisprudentie van de Raad van Arbitrage voor de Bouw⁴ is dit niet het geval. Er bestaat volgens de Raad van Arbitrage in het algemeen geen verplichting voor een opdrachtgever om een dergelijke verklaring af te geven.

Dit leidt aldus tot het onwenselijke gevolg dat een inschrijver door de weigering van een opdrachtgever zich in zo'n geval diskwalificeert voor de gunning van het werk, omdat hij daardoor niet aan de gestelde geschiktheidseis kan voldoen. Immers, zowel de Rechtbank Haarlem (31 maart 2011, *LJN* BM0516) als de Rechtbank Roermond (5 maart 2009, *LJN* BH4793) oordeelde dat het overleggen van een proces-verbaal van oplevering niet gelijkgesteld kan worden aan een tevredenheidsverklaring van de opdrachtgever. De vraag is of artikel 49 lid 2 onder a BAO zo bedoeld is. Immers, de inschrijvers – die volledig aan de gestelde ervaringseisen voldoen – hebben hierdoor niet meer zelf in de hand of zij zich kwalifice-

ren voor een opdracht, maar zijn volkomen afhankelijk van hun voormalige opdrachtgevers. Het zou meer recht doen aan de eerlijke kansen van een inschrijver wanneer hij zijn geschiktheid ook zou kunnen aantonen aan de hand van gelijkwaardige bescheiden.

Tot slot

De aanbestedende dienst kan de geschiktheid van inschrijvers beoordelen aan de hand van de bewijsstukken zoals genoemd in onder andere artikel 49 lid 2 BAO. Bij het vragen naar een tevredenheidsverklaring mag in beginsel niet worden afgeweken van de omschrijving uit het BAO. Zoals hierboven is verwoord, bestaat er geen plicht voor opdrachtgevers om

een dergelijke verklaring te verschaffen. In dit licht zou een aanbestedende dienst naar mijn mening verplicht zijn om een inschrijver toe te staan zijn geschiktheid op een andere, gelijkwaardige manier aan te tonen, wanneer hij door de weigering van de opdrachtgever (buiten zijn schuld) niet in staat is een tevredenheidsverklaring overleggen.

-
1. Alsmede artikel 2.9.1 ARW 2005.
 2. Hof Leeuwarden 31 mei 2011, *LJN* BQ7389.
 3. Rb. Assen 23 december 2010, *LJN* BP0116.
 4. Zie onder meer Raad van Arbitrage voor de Bouw 14 december 2009, nr. 29.107.