

Advies 38

1. Feiten

- 1.1. Beklaagde is bezig het ontwerp en de uitvoering van de reconstructie van een weg aan te besteden op basis van een niet-openbare nationale procedure conform het Aanbestedingsreglement Werken 2012. Klager heeft zich als gegadigde voor deze opdracht aangemeld.
- 1.2. Klager heeft in haar aanmelding als gegadigde de door beklagde gevraagde vakkundigheid in het kader van de minimumeisen zoals gesteld in § 4.2 van de selectieleidraad aangetoond door het met behulp van een eigen verklaring indienen van drie referentieprojecten. Klager heeft daarvoor het formulier gebruikt dat als bijlage 2 bij de selectieleidraad is gevoegd ("Opgaaf referentieprojecten").
- 1.3. Zowel in de selectieleidraad zelf (blz. 13) als in de aanhef van het hiervoor bedoelde formulier is bepaald dat de ingediende referentieprojecten voorzien moeten zijn van een eveneens bij de aanmelding te voegen tevredenheidsverklaring van de opdrachtgever.
- 1.4. Klager heeft verzuimd met betrekking tot één van de door haar opgevoerde referentieprojecten de tevredenheidsverklaring bij de eigen verklaring te voegen. Beklaagde heeft om die reden de aanmelding van klager ongeldig verklaard en haar uitgesloten van verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure.

2. Beschrijving klacht

Klager stelt in het kader van haar aanmelding als gegadigde een kleine en eenvoudig voor herstel vatbare fout te hebben begaan. Haar klacht houdt in dat beklagde haar ten onrechte niet in staat heeft gesteld deze fout te herstellen, met als gevolg dat haar aanmelding ongeldig is verklaard en zij is uitgesloten van verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure.

3. Onderbouwing klacht

- 3.1. Klager stelt dat zij op grond van art. 3.14.2 (ARW 2012) kan worden uitgesloten indien een uitsluitingsgrond van toepassing zou zijn of indien zij niet voldoet aan de door beklagde gestelde geschiktheidseisen. Klager bestrijdt dat zij niet zou voldoen aan deze eisen. Zij stelt dat zij door het ondertekenen van de Eigen Verklaring aangeeft dat zij voldoet aan de door de beklagde gestelde eisen conform het gestelde in de selectieleidraad (§ 3.5.1 t/m 3.5.3). Daaruit blijkt dat beklagde genoegen neemt met de ondertekening van de Eigen Verklaring. Door het ondertekenen van de Eigen Verklaring heeft klager ook aangegeven dat zij voldoet aan de gestelde minimumeisen (§ 4.2). Tevens heeft zij daarbij de referentiemodellen ingevuld en de tevredenheidsverklaringen bijgevoegd. In één geval is klager dit echter vergeten (met dien verstande dat de vergeten verklaring wel in haar bezit is).
- 3.2. Klager is van mening dat dit een kleine voor herstel vatbare fout is en dat zij op zijn minst in staat gesteld had moeten worden om die fout te herstellen. Er is nooit van de zijde van beklagde een vraag geweest of het inderdaad correct zou zijn dat er geen tevredenheidsverklaring aanwezig was, zeker gezien het feit dat klager de Eigen Verklaring heeft ondertekend en daarmee heeft aangegeven dat zij wel voldoet aan de gestelde eis.

- 3.3. Klager stelt dat het in de lijn van de lopende procedure ligt dat zij in de gelegenheid wordt gesteld om deze fout te herstellen. Zij stelt dat dit mogelijk moet zijn omdat het een kleine herstelbare fout is en de concurrentiepositie van de overige gegadigden met dat herstel niet aangetast wordt.
- 3.4. Daarnaast is het volgens klager de plicht van een goede aanbestedende dienst om haar die kans te geven. Klager stelt dat het toch zeer onwaarschijnlijk is dat zij zich zou aanmelden als gegadigde, wetende dat zij niet aan de gestelde eisen zou voldoen. Dat zou toch vragen moeten oproepen zeker gezien het feit dat bij de andere referenties de vereiste verklaringen wel zijn bijgevoegd.
- 3.5. Voor de volledigheid verwijst klager ter ondersteuning van haar standpunt nog naar een uitspraak van de Rechtbank Gelderland van 7 mei 2013.

4. Aangedragen suggestie(s) tot verhelpen van de klacht

Klager wenst alsnog toegelaten te worden tot verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure.

5. Reactie beklagde

Beklaagde stelt dat in de jurisprudentie onder omstandigheden wordt aangenomen dat een inschrijver in de gelegenheid moet worden gesteld om een eenvoudig gebrek te herstellen. Die gelegenheid is er volgens beklagde slechts als is voldaan aan de volgende cumulatieve criteria: de gemaakte fout is een gevolg van omstandigheden die in de risicosfeer van de aanbestedende dienst liggen, het moet gaan om een evidente verschrijving of onbedoelde omissie en de fout moet hersteld kunnen worden zonder schending van het gelijkheidsbeginsel. In de onderhavige kwestie was in de referentie-eis in het aanbestedingsdocument duidelijk omschreven dat er een tevredenheidsverklaring overlegd moest worden. De fout is dan ook niet te wijten aan omstandigheden die in de risicosfeer van de aanbestedende dienst liggen. Alleen al om die reden wordt niet voldaan aan de voornoemde criteria. Beklaagde is ook van mening dat wanneer zij klager in de gelegenheid had gesteld om haar aanmelding te herstellen dit toch ook op gespannen voet zou staan met het gelijkheidsbeginsel ten opzichte van de gegadigden die hun aanmelding op het juiste tijdstip zorgvuldig en compleet hebben ingediend.

6. Beoordeling

- 6.1. Tussen klager en beklagde staat niet ter discussie dat klager, in afwijking van de selectieleidraad, heeft verzuimd met betrekking tot één van de door haar opgevoerde referentieprojecten de tevredenheidsverklaring van de opdrachtgever bij haar eigen verklaring te voegen. Wat tussen hen ter discussie staat, is of beklagde verplicht is klager in staat te stellen dit gebrek te herstellen.
- 6.2. Het gaat in deze zaak om een niet-openbare nationale procedure waarop het ARW 2012 van toepassing is. Een van de voorschriften van het ARW 2012 die in het onderhavige geval van toepassing zijn, is art. 3.13.7. Dat voorschrift luidt: 'In het geval van een gebrek in de eigen verklaring of de bewijsmiddelen stelt de aanbesteder de betreffende ondernemer in de gelegenheid om het gebrek te herstellen binnen een termijn van 2 werkdagen, te rekenen vanaf de dag van verzending van een verzoek daartoe. De aanbesteder verzendt dit bericht per fax of elektronisch bericht. Indien de aanbesteder het gevraagde niet binnen de daartoe

gestelde termijn heeft ontvangen of indien het gebrek niet door het antwoord is hersteld, komt de ondernemer niet in aanmerking voor een uitnodiging tot inschrijving'.

- 6.3. Dit voorschrift – dat inhoudelijk afwijkt van het oude art. 3.14.4 ARW 2005 – laat geen ruimte voor de lezing van beklagde dat een gegadigde alleen dan in de gelegenheid moet worden gesteld om een gebrek te herstellen wanneer het een *eenvoudig* te herstellen gebrek betreft, waarvan slechts sprake zou zijn als voldaan is aan de door beklagde genoemde cumulatieve criteria.
- 6.4. De Commissie is van oordeel dat het gebrek in de aanmelding van klager kwalificeert als een gebrek in de zin van art. 3.13.7 ARW 2012 en dat beklagde klager in de gelegenheid had moeten stellen dat gebrek te herstellen met inachtneming van het bepaalde in het genoemde artikel. Door klager die gelegenheid niet te bieden, is beklagde afgeweken van art. 3.13.7 ARW 2012. Daarmee heeft beklagde gehandeld in strijd met art. 1.22 lid 2 Aanbestedingswet 2012 dat bepaalt dat een aanbestedende dienst bij een aanbesteding als de onderhavige de voorschriften die zijn opgenomen in het ARW 2012 moet toepassen, tenzij een afwijking van een of meer van die voorschriften in de aanbestedingsstukken is gemotiveerd.
- 6.5. De Commissie merkt ten overvloede nog op dat beklagde in § 3.3.5 van de selectieleidraad weliswaar is afgeweken van het voorschrift van art. 3.13.7 ARW 2012, maar dat zij die afwijking verder niet in de selectieleidraad heeft gemotiveerd zodat aan die afwijking geen betekenis kan toekomen gelet op het bepaalde in art. 1.22 lid 2 Aanbestedingswet 2012.

7. Advies

De Commissie acht de klacht **gegrond**.

Den Haag, 17 oktober 2013

w.g.:
Mr. J.G.J. Janssen
Voorzitter

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