

Advies 184

1. Feiten

- 1.1. Beklaagde houdt een Europese niet-openbare aanbestedingsprocedure voor de selectie van de architect en constructeur voor een ten behoeve van de beklaagde te realiseren aanbouw aan een bestaand gebouw.
- 1.2. In de Selectieleidraad van 10 oktober 2014 is op pagina 14 en volgende bepaald:

'5.8. Referentieprojecten

5.8.1. In te dienen referentieprojecten

De Gegadigde wordt gevraagd vier referentieprojecten in te dienen. Deze moeten bij indiening worden genummerd als A, B, C en D.

5.8.2. Eisen gesteld aan referentieprojecten

(...)

Toegestane ouderdom referentieprojecten waarvan indiening een geschiktheids-eis is

- De datum van goedkeuring door de opdrachtgever van het Definitief Ontwerp voor de referentieprojecten A, B, C en D moet liggen tussen de datum waarop de aanmeldingstermijn sluit en drie jaar daarvóór. Indien voor een bepaald referentieproject niet aan deze eis is voldaan, geldt dat referentieproject als niet ingediend.

Overig

(...)

- Het niet indienen van een referentieproject waarvan indiening een geschiktheidseis is, leidt tot ongeldigheid van de gehele aanmelding.

(...).'

- 1.3. De sluitingsdatum voor de aanmelding was 12 november 2014, 12.00 uur. Klager heeft zich aangemeld.
- 1.4. Klager heeft vier referentieprojecten (A, B, C en D) ingediend. Klager heeft abusievelijk ten aanzien van de datum van goedkeuring voor de opdracht van het definitief ontwerp van referentieproject C (25 november 2011) de datum aangegeven waarop zij de architectenselectie voor het betreffende project heeft gewonnen (22 april 2008).
- 1.5. Beklaagde heeft de aanmelding van klager ongeldig verklaard omdat niet zou zijn voldaan aan de in par. 5.8.2 van de Selectieleidraad gestelde eis dat de datum van goedkeuring door de opdrachtgever van het Definitief Ontwerp voor referentieproject C moet liggen tussen de datum waarop de aanmeldingstermijn sluit en drie jaar daarvóór.

2. Beschrijving klacht

Klager is ten onrechte geen kans tot herstel geboden. Er is sprake van een eenvoudig te herstellen gebrek.

3. Onderbouwing klacht

De aanvangsdatum realisatie van het project is gesteld op 1 augustus 2012. De foutieve datum van goedkeuring stond gesteld op 22 april 2008. Logischerwijs kunnen er niet meer dan vier jaar tussen datum goedkeuring DO (Definitief Ontwerp) en de aanvangsdatum van het project liggen. Voor de aanbestedende dienst had dit duidelijk moeten zijn dat hier sprake was van een vergissing. Uit jurisprudentie vloeit voort dat indien er sprake is van een eenvoudig te herstellen gebrek, een kennelijke omissie mag worden hersteld, ook wanneer de leidraad geen reparatiemogelijkheid benoemt, mits de concurrentiepositie van de overige deelnemers aan de aanbesteding niet geschaad wordt (zie Rb. Arnhem (vzr.) 22 maart 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BL9279).

4. Reactie beklaagde

4.1. Beklaagde stelt dat de aanbestedende dienst er in beginsel van mag uitgaan dat alle door gegadigden/inschrijvers overgelegde informatie correct is. Zelfs indien aangenomen moet worden dat de aanbestedende dienst actief moet speuren naar inconsequenties in aanmeldingen of inschrijvingen (wat volgens beklaagde niet zo is en ook niet zo kan zijn omdat dit een onmogelijke opgave is), dan nog betekent dat in dit geval niet dat de aanbestedende dienst had moeten weten dat de ingevulde datum niet kon kloppen en dus onjuist was, omdat een project ook stil kan liggen. Zeker de laatste jaren is het niet ongebruikelijk dat vastgoedontwikkelings-/bouwprojecten opgeschort worden. Het feit dat de datum van afronding van het DO en de datum van oplevering ver uit elkaar lagen, heeft bij de aanbestedende dienst daarom niet tot nader onderzoek behoeven te leiden.

4.2. In lijn met bovenstaande heeft beklaagde een en ander dan ook niet als een eenvoudig te herstellen gebrek beoordeeld, maar als een ongeldig referentieproject. Dat heeft geleid tot het ongeldig verklaren van de aanmelding. Eén en ander in overweging nemende handhaaft beklaagde haar voorlopige selectiebeslissing.

5. Beoordeling

5.1. De Commissie stelt voorop dat beklaagde een Europese niet-openbare procedure uitvoert. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en 2 Aw 2012.

5.2. Tussen partijen staat niet ter discussie dat sprake is van een gebrek in de aanmelding van klager, nu klager met betrekking tot referentieproject C een datum van goedkeuring Definitief Ontwerp in het overzicht referentieprojecten heeft opgenomen die niet ligt tussen de datum waarop de aanmeldingstermijn sluit en drie jaar daarvóór.

- 5.3. Klager en beklagde verschillen van mening over de vraag of beklagde aan klager de gelegenheid mag – en zo ja: moet – bieden om het gebrek te herstellen door de onjuiste datum (22 april 2008) te vervangen door de juiste datum (25 november 2011).
- 5.4. De vraag of beklagde aan klager de gelegenheid mag bieden het gebrek te herstellen, moet naar het oordeel van de Commissie als volgt worden beantwoord.
- 5.4.1. Wanneer een inschrijver zijn inschrijving heeft ingediend, mag deze inschrijving in beginsel niet meer worden aangepast op initiatief van de aanbestedende dienst of van de inschrijver zelf. De verplichting van een aanbestedende dienst om inschrijvers op gelijke en niet-discriminerende wijze te behandelen (zie ook art. 1.8 Aw 2012) en de hieruit voortvloeiende transparantieplichting (zie art. 1.9, eerste lid, Aw 2012) 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), rov. 40).
- 5.4.2. Het Hof van Justitie heeft in een later arrest geoordeeld dat de in 5.4.1 weergegeven regel ook kan worden toegepast op de aanmelding als gegadigde die wordt ingediend in de fase van voorafgaande selectie van gegadigden in een niet-openbare procedure (HvJ EU 10 oktober 2013, C-336/12 (Manova), rov. 38). In dat verband overwoog het Hof:
- ‘Derhalve kan de aanbestedende dienst verzoeken de gegevens van een dergelijk dossier gericht te verbeteren of aan te vullen, voor zover dat verzoek betrekking heeft op gegevens, zoals de gepubliceerde balans, waarvan objectief kan worden vastgesteld dat zij dateren van voor het einde van de inschrijvingstermijn om deel te nemen aan een aanbestedingsprocedure. Evenwel moet worden gepreciseerd dat dit anders zou zijn indien volgens de aanbestedingsstukken het ontbrekende stuk of de ontbrekende informatie op straffe van uitsluiting moet worden verstrekt. Een aanbestedende dienst dient immers nauwgezet de door hemzelf vastgestelde criteria in acht te nemen.’ (rov. 39 en 40).
- 5.4.3. De Commissie stelt allereerst vast dat in het onderhavige geval sprake is van een kennelijke materiële fout in de aanmelding van klager. De in de aanmelding van klager vermelde datum van goedkeuring Definitief Ontwerp met betrekking tot referentieproject C is niet – zoals in het overzicht referentieprojecten staat vermeld – 22 april 2008, maar 25 november 2011. Dat dit laatste zo is, kan objectief worden vastgesteld aan de hand van gegevens die dateren van vóór de sluiting van de aanmeldingstermijn.
- 5.4.4. De Commissie stelt daarnaast vast dat de Selectieleidraad geen bepaling bevat waaruit kan worden afgeleid dat wanneer een gegadigde in zijn aanmelding een datum van goedkeuring Definitief Ontwerp met betrekking tot een referentieproject vermeldt die afwijkt van de werkelijke datum van goedkeuring, die gegadigde van verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure dient te worden uitgesloten. Par. 5.8.2 van de Selectieleidraad bepaalt immers dat de datum van goedkeuring van het Definitief Ontwerp voor een referentieproject moet liggen tussen de datum waarop de aanmeldingstermijn sluit en drie jaar daarvóór. Zoals de Commissie in 5.4.3 heeft vastgesteld, staat vast dat het door

klager ingediende referentieproject C aan deze eis voldoet. Dat betekent naar het oordeel van de Commissie dat de eveneens in par. 5.8.2 van de Selectieleidraad opgenomen bepaling dat “[I]ndien voor een bepaald referentieproject niet aan deze eis is voldaan, (...) dat referentieproject als niet ingediend [geldt]” in het onderhavige geval toepassing mist.

- 5.4.5. Voor de beantwoording van de vraag of beklagde aan klager de gelegenheid mag bieden het gebrek te herstellen is naar het oordeel van de Commissie niet relevant – anders dan beklagde in haar reactie op de klacht lijkt te veronderstellen – of beklagde na kennisneming van de aanmelding van gegadigde wist of behoorde te weten dat de door klager daarin vermelde datum van goedkeuring van het Definitief Ontwerp voor referentieproject C niet de juiste datum was. Waar het voor de beantwoording van de vraag in de kern om gaat, is dat achteraf niet alleen is komen vast te staan dat de door klager vermelde datum onjuist is, maar ook dat aan de hand van gegevens die dateren van vóór de sluiting van de aanmeldingstermijn objectief kan worden vastgesteld welke datum de juiste datum van goedkeuring is.
- 5.4.6. Het voorgaande betekent naar het oordeel van de Commissie dat beklagde aan klager de gelegenheid mag bieden om het gebrek in de aanmelding van klager te herstellen door de onjuiste datum (22 april 2008) te vervangen door de juiste datum (25 november 2011).
- 5.5. Nu beklagde naar het oordeel van de Commissie klager de gelegenheid mag bieden het gebrek in de aanmelding te herstellen, moet de vraag worden beantwoord of beklagde vervolgens ook verplicht is klager die gelegenheid te bieden. Die vraag moet naar het oordeel van de Commissie als volgt worden beantwoord.
 - 5.5.1. De Commissie stelt allereerst vast dat sprake is van een leemte. Noch de Aw 2012, noch de Selectieleidraad van beklagde voor het onderhavige geval voorzien in een verplichting zoals hiervoor bedoeld.
 - 5.5.2. Voorts stelt de Commissie vast dat de beginselen van aanbestedingsrecht zelf in de weg staan aan de uitoefening door een aanbestedende dienst van een discretionaire bevoegdheid, die er op zou neerkomen dat een aanbestedende dienst willekeurig zou kunnen bepalen in welke gevallen zij een gegadigde de gelegenheid zal bieden om een gebrek in een aanmelding te herstellen.
 - 5.5.3. De Commissie is – met verwijzing naar haar Advies 67 (onder 6.1.8) – van oordeel dat de in 5.5.1 bedoelde leemte, mede gelet op de aard van de tussen partijen bestaande rechtsverhouding en de daarbij betrokken belangen, op grond van de redelijkheid en billijkheid kan worden aangevuld met een verplichting van beklagde om klager in de gelegenheid te stellen haar fout in een geval als het onderhavige te herstellen. Het belang dat klager bij die verplichting heeft, behoeft geen toelichting. Dat belang vindt zijn begrenzing in de gerechtvaardigde belangen van beklagde en van de overige gegadigden. Dat de belangen van de overige gegadigden zich niet tegen een verplichting van beklagde zoals hiervoor bedoeld verzetten, vloeit reeds voort uit het hiervoor in 5.4 weergegeven oordeel dat het aanbestedingsrecht zich er in het onderhavige geval niet tegen verzet dat beklagde aan klager de gelegenheid biedt het gebrek in de aanmelding te herstellen. Op basis van de Commissie ter beschikking staande gegevens en gegeven de stand waarin de aanbestedingsprocedure zich bevindt, kan de Commissie niet inzien hoe in het onderhavige geval het belang van beklagde in

het geding zou komen wanneer zij klager in de gelegenheid zou stellen haar fout te herstellen.

- 5.5.4. Het voorgaande betekent naar het oordeel van de Commissie dat beklaagde aan klager de gelegenheid moet bieden om het gebrek in de aanmelding van klager te herstellen door de onjuiste datum (22 april 2008) te vervangen door de juiste datum (25 november 2011).

6. Advies

De Commissie acht de klacht **gegrond**.

7. Aanbeveling

De Commissie beveelt beklaagde aan om klager de gelegenheid te bieden het gebrek in haar aanmelding met betrekking tot de datum van goedkeuring Definitief Ontwerp voor wat betreft referentieproject C te herstellen, door de onjuiste datum (22 april 2008) te vervangen door de juiste datum (25 november 2011) en de aanmelding van klager vervolgens opnieuw te beoordelen in het kader van de selectieprocedure.

Den Haag, 19 december 2014

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

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