

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 181

1. Feiten

- 1.1. Beklaagde is een Europese niet-openbare aanbestedingsprocedure gestart voor een overheidsopdracht met betrekking tot het ontwerp van de nieuwbouw van een bibliotheek. Het ARW 2012 is op de aanbestedingsprocedure van toepassing verklaard.
- 1.2. In paragraaf 3.3 van de Selectieleidraad is het volgende bepaald:

'Inlichtingen

Vragen ter zake van deze selectieleidraad en het project kunnen uitsluitend per e-mail worden gesteld aan:

[Naam adviseur van beklagde]
Geïntegreerde Contracten
t.a.v. de heer [Naam]
e-mail: [e-mailadres]

(...)

Van de tijdig ingediende schriftelijke vragen wordt een nota van inlichtingen aanmeldingsfase opgemaakt. Een kopie van de nota van inlichtingen aanmeldingsfase wordt gepubliceerd op TenderNed. De aanbestedende dienst kan niet verantwoordelijk worden gesteld voor de ontvangst.'

- 1.3. In bijlage I bij de Selectieleidraad ("Format indienen vragen ten behoeve van de nota van inlichtingen aanmeldingsfase") is het volgende bepaald:

'Gegadigde:
Vestigingsplaats:
Contactpersoon:
Telefoonnummer contactpersoon:
E-mailadres contactpersoon:'

- 1.4. In paragraaf 3.4 ("Aanmelding") van de Selectieleidraad is onder andere het volgende bepaald:

'1. **bij aanmelding** dient de gegadigde onderstaande documenten middels TenderNed in te dienen:

- de volledig ingevulde en door rechtsgeldig vertegenwoordiger ondertekende Eigen verklaring (bijlage II). Door aanmelding verklaart de gegadigde akkoord te gaan met het gestelde in deze leidraad en de te volgen procedure;
- de bewijsmiddelen ter onderbouwing van de van toepassing zijnde geschiktheidseisen uit de Eigen Verklaring om de technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid aan te tonen. Gebruik voor het aantonen van het voldoen aan de geschiktheidseisen het format 'Referentielijst projecten' (bijlage IV);

2. **na het daartoe gedane verzoek** door de aanbestedende dienst dient de gegadigde de volgende bewijsmiddelen en verklaringen middels TenderNed in te dienen:

- de eisen en bewijsmiddelen ter onderbouwing van de toepassing zijnde uitsluitingsgronden en (geschiktheids)eisen uit de Eigen verklaring. Zie 'Eisen en bewijsmiddelen bij Eigen verklaring, bijlage III). Alle bewijsmiddelen en verklaringen, dus ook die van eventuele combinanten en/of derden waarop een beroep wordt gedaan om aan van toepassing zijnde uitsluitingsgronden en de gestelde (geschiktheids)eisen te voldoen, dienen uiterlijk 7 kalenderdagen na het daartoe gedane verzoek via TenderNed vrij te zijn gegeven aan de aanbestedende dienst. De gegadigde is verantwoordelijk voor het tijdig uploaden en beschikbaar stellen van de gevraagde documenten.'

1.5. In Bijlage III bij de Selectieleidraad ("Eisen en bewijsmiddelen bij Eigen Verklaring") wordt bij de geschiktheidseisen de volgende eis vermeld:

| 5. Geschiktheidseisen | | | |
|--|---|---|---------------------------------|
| ID - EV | eisen | verlangde bewijsmiddelen | aanleveren bewijsmiddelen |
| (...) | | | |
| eisen met betrekking tot technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid | | | |
| (...) | | | |
| 5.2.g | De gegadigde dient minimaal 2 in het architectenregister geregistreerde architecten in dienst te hebben | als bijlage een kopie/uitdraai van de registratie toevoegen zie in geval van beroep op derde punt 8.2.b. van deze bijlage voor de verlangde bewijsmiddelen | bij aanmelding, zie § 3.4 sub 1 |
| | | | |

1.6. In paragraaf 3.5 ("Aanmeldingsvoorschriften") van de Selectieleidraad is het volgende bepaald:

'4. de aanbestedende dienst heeft het recht om gegadigden om verduidelijking en/of aanvulling van (onderdelen) van de aanmelding te vragen en om de door gegadigde verstrekte informatie bij derden te controleren;'

1.7. Op 10 oktober 2014 heeft beklaagde via TenderNed een bericht naar klager gestuurd, waarin onder meer het volgende is vermeld:

'Naar aanleiding van de door u verstrekte informatie verzoeken wij u een en ander te verduidelijken:

- Om aan te tonen dat uw organisatie voldoet aan eis 5.2.g, dient uw organisatie minimaal 2 in het architectenregister geregistreerde architecten in dienst te hebben. Om dit aan te tonen dient u hiervoor een kopie/uitdraai van de registraties te overleggen. De kopie/uitdraai van deze registraties ontbreekt. Graag ontvangen wij deze alsnog.

Wij verzoeken u vriendelijk om zo spoedig mogelijk, doch uiterlijk woensdag 15 oktober 2014 vóór 08:30 uur (conform 3.13.7 ARW 2012) bovenstaande zaken te verduidelijken en de gevraagde gegevens te uploaden via TenderNed (onder 'berichten').'

- 1.8. Beklaagde heeft de aanmelding van klager ongeldig verklaard, omdat zij van klager niet de informatie heeft ontvangen waar zij op 10 oktober 2014 om heeft gevraagd.
- 1.9. Op 4 november 2014 heeft klager bezwaar gemaakt tegen de afwijzing van haar aanmelding en gesteld dat zij van TenderNed geen bericht heeft ontvangen waarin om aanvullende informatie wordt gevraagd.
- 1.10. Beklaagde heeft op 12 november 2014 aan TenderNed gevraagd of het mogelijk is dat klager geen bericht heeft ontvangen, terwijl beklaagde zelf het bericht in TenderNed bij de verzonden berichten ziet staan.
- 1.11. Eveneens op 12 november 2014 heeft een medewerker van TenderNed aan beklaagde per e-mail een kopie gestuurd van het bericht dat op 10 oktober 2014 door TenderNed aan klager is gestuurd.
- 1.12. Beklaagde heeft op 14 november 2014 het bezwaar van klager ongegrond verklaard.

2. Beschrijving klachten

2.1. Klachtonderdeel 1

Er is overbodige informatie opgevraagd betreffende de eis om ingeschreven te zijn in het architectenregister.

2.2. Klachtonderdeel 2

Het systeem om klager op de hoogte te stellen van het verzoek tot aanvulling van de aanmelding heeft gefaald. In de Selectieleidraad wordt niet vermeld dat dit de enige manier is waarop de aanbestedende dienst zal communiceren met gegadigden.

2.3. Klachtonderdeel 3

Beklaagde heeft zich onvoldoende ingespannen om klager op de hoogte te stellen van het verzoek tot aanvulling van haar aanmelding. Beklaagde had zich kunnen realiseren dat het uitblijven van een antwoord op een zo eenvoudige vraag waarschijnlijk het gevolg was van het niet ontvangen van het verzoek door klager.

3. Onderbouwing klacht

3.1. Klachtonderdeel 1

Beklaagde heeft middels de ingevulde eigen verklaringen reeds de beschikking over de door klager opgegeven registratienummers van architecten. Het architectenregister is openbaar, zodat beklaagde eenvoudig die registraties had kunnen controleren. Het doel van deze eigen verklaringen is ook om in deze fase de hoeveelheid aan te leveren documenten te beperken.

3.2. Klachtonderdeel 2

Beklaagde verwijst naar een e-mailbericht verstuurd door TenderNed waaruit zou blijken dat het aanvullingsverzoek op TenderNed gepubliceerd is. Dit bericht is niet in de inbox van klager te vinden, wat klager merkwaardig vindt omdat zij

wekelijks berichten van TenderNed ontvangt. Klager heeft ook een ontvangstbevestiging gekregen van de indiening van haar aanmelding. De techniek heeft volgens klager dus gefaald. In de door klager ingediende stukken zijn op meerdere plekken postadres, telefoonnummer en e-mail adressen ingevuld waarmee beklagde op andere wijze contact met klager had kunnen opnemen.

3.3. Klachtonderdeel 3

Klager voelt zich buitenproportioneel benadeeld. Beklaagde kan niet leunen op communicatie via TenderNed. Beklaagde had zich van alle beschikbare contactgegevens kunnen bedienen, wat volgens klager bij andere aanbestedingen wel gebeurt.

4. Reactie beklagde

4.1. Klachtonderdeel 1

Er is in de inlichtingenronde geen enkele vraag gesteld door enige gegadigde over eis 5.2.g en het in die eis gevraagde bewijsmiddel. Beklaagde beroept zich om die reden op het arrest Grossmann Air Service. Vanwege de zorgvuldigheid is het niet ongebruikelijk dat in aanbestedingen partijen zelf informatie moeten overleggen, hoewel soms die informatie wel openbaar beschikbaar is of lijkt. Vooral om te voorkomen dat hier fouten in optreden heeft beklagde ervoor gekozen om partijen zelf aan te laten tonen dat ze aan eisen voldoen. Van belang is daarbij de actualiteit en werkelijke beschikbaarheid van de gevraagde bewijsmiddelen. Ook het architectenregister maakt daarin een voorbehoud. In de disclaimer van het architectenregister staat immers:

'Ondanks de constante zorg en aandacht die we besteden aan de site en de daarin opgenomen gegevens kan Bureau Architectenregister niet instaan voor de volledigheid, juistheid en voortdurende actualiteit van de gegevens op de site.

(...)

In het bijzonder willen wij erop wijzen dat ingeschrevenen in het architectenregister zelf kunnen aangeven of zij op de website zichtbaar willen zijn als geregistreerde vanwege privacy- of andere redenen.'

4.2. Klachtonderdeel 2

Beklaagde maakt bij vrijwel al haar aanbestedingen gebruik van het systeem TenderNed. Mede op basis van deze ervaringen, ziet beklagde geen reden om het functioneren van TenderNed in twijfel te trekken. Voor specifiek de onderhavige aanbesteding zeker niet. In totaal is aan zeven partijen verduidelijking gevraagd middels TenderNed en al deze partijen hebben binnen de gestelde termijn gehoor gegeven aan dit verzoek, met uitzondering van klager. Om te verifiëren of het systeem daadwerkelijk heeft gefaald, heeft beklagde contact opgenomen met TenderNed. Een medewerker van de servicedesk van TenderNed heeft bevestigd dat het bericht aan klager op 10 oktober 2014 om 16:26 uur is verzonden. Om te verifiëren of het e-mailadres dat geregistreerd staat binnen TenderNed correct is en of berichtgeving op dit e-mailadres ook daadwerkelijk de ontvanger bereikt, heeft beklagde de reactie op het bezwaar van klager d.d. 4 november 2014 naar 'het vanuit TenderNed gekopieerde e-mailadres' gestuurd. Dit bericht is bij klager aangekomen, want zij heeft daarop geantwoord. Ook heeft klager berichtgeving via TenderNed vóór 10 oktober 2014 via dit e-mailadres ontvangen.

4.3. Klachtonderdeel 3

Beklaagde hecht veel waarde aan gelijke behandeling van gegadigden. Ook voor deze procedure heeft beklagde op basis van dit gelijkheidsbeginsel de aanmeldingen van 23 gegadigden beoordeeld. In dit kader benadrukt beklagde dat de verantwoordelijkheid voor ontvangst van informatie primair bij de gegadigden ligt. Beklaagde wijst de Commissie er op dat in paragraaf 3.5 lid 4 van de Selectieidraad is bepaald dat 'de aanbestedende dienst het recht heeft om gegadigden om verduidelijking en/of aanvulling van (onderdelen) van de aanmelding te vragen en om de door gegadigde verstrekte informatie bij derden te controleren'. Deze bepaling is opgenomen met als doel om gegadigden extra te wijzen op artikel 3.13.7 van het ARW 2012. Beklaagde is van mening dat zij zich voldoende heeft ingespannen. Als aan klager na afloop van de termijn om aanvullende informatie te verstrekken nog gelegenheid was gegeven om de informatie te verstrekken, dan had dat betekend dat klager meer tijd zou krijgen dan andere gegadigden.

5. Beoordeling

5.1. De Commissie stelt voorop dat beklagde een Europese niet-openbare aanbestedingsprocedure uitvoert. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Delen 1 en 2 Aw 2012; Aanbestedingsbesluit; Hoofdstuk 3 ARW 2012; Gids Proportionaliteit.

5.2. Klachtonderdeel 1

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. Door pas op 4 november 2014 – na haar aanmelding als gegadigde – zich bij beklagde te beklagen over het feit dat beklagde overbodige informatie zou hebben opgevraagd betreffende de eis om ingeschreven te zijn in het architectenregister, heeft klager voormelde verplichting niet nageleefd. Met beklagde is de Commissie van oordeel dat klager haar in klachtonderdeel 1 genoemde bezwaar daarmee op een te laat tijdstip naar voren heeft gebracht. De Commissie ziet ook niet in waarom klager dat bezwaar niet eerder naar voren had kunnen brengen.

5.2.3. Deze handelwijze van klager staat er aan in de weg dat zij in dit stadium nog een beroep kan doen op de niet-naleving door beklagde van enige ter zake relevante bepaling van de Aanbestedingswet 2012.

5.2.4. Het eerste klachtonderdeel is derhalve ongegrond.

5.2.5. Het voorgaande laat echter onverlet dat de Commissie ten overvloede nog het volgende overweegt met betrekking tot de vraag of beklagde heeft gehandeld in strijd met de Aanbestedingswet 2012, door in eis 5.2.g van Bijlage I bij de Selectieidraad te verlangen dat gegadigden de in die eis genoemde bewijsmiddelen reeds bij hun aanmelding als gegadigde dienden te overleggen.

5.2.6. De Commissie stelt vast dat eis 5.2.g met betrekking tot het ingeschreven zijn in het architectenregister ziet op de beroepsbevoegdheid zoals geregeld in artikel 2.98 Aw 2012. In de Model Eigen Verklaring die krachtens artikel 2 Aanbestedingsbesluit bij ministeriële regeling is vastgesteld, wordt in punt 5.3 de gegadigden gevraagd te verklaren dat zij voldoen aan de in de aanbestedingsstukken gestelde eisen met betrekking tot beroepsbevoegdheid. Volgens artikel 2.85, tweede lid, Aw 2012 mag de aanbestedende dienst niet verlangen dat een ondernemer bij zijn verzoek tot deelneming gegevens en inlichtingen op andere wijze verstrekt, indien deze gegevens en inlichtingen in de eigen verklaring gevraagd kunnen worden. Volgens lid 3 van dat artikel kan de aanbestedende dienst een ondernemer uitsluitend verzoeken bewijsstukken bij de door hem ingediende eigen verklaring te voegen die geen betrekking hebben op gegevens en inlichtingen die in de eigen verklaring gevraagd kunnen worden, tenzij het bewijsstukken betreft die genoemd zijn in artikel 2.93, eerste lid, onder a of b Aw 2012. Eis 5.2.g valt echter onder artikel 2.93, eerste lid onder c, Aw 2012.

5.2.7. De Commissie is van oordeel dat eis 5.2.g, voor zover daarin wordt geëist dat een gegadigde reeds bij zijn aanmelding tot gegadigde een kopie/uitdraai van de registratie in het architectenregister overlegt, in strijd is met het bepaalde in art. 2.85, leden 2 en 3, Aw 2012.

5.3. Klachtonderdeel 2

5.3.1. De Commissie stelt vast dat tussen partijen ter discussie staat of het systeem van communicatie via TenderNed heeft gefaald. De Commissie is van oordeel dat op basis van de reactie van beklagde en de door beklagde verstrekte kopie van het bericht dat door TenderNed aan klager is gezonden in eerste instantie het sterke vermoeden ontstaat dat het verduidelijkingsverzoek van 10 oktober 2014 van beklagde in ieder geval door TenderNed is verzonden. Klager stelt dat zij dat bericht niet heeft ontvangen. Die stelling is evenwel niet door klager bewezen. Hoewel niet uit te sluiten valt dat het systeem om klager op de hoogte te stellen van het verzoek tot aanvulling van de aanmelding heeft gefaald, is ook dat noch bewezen, noch door klager aannemelijk gemaakt.

5.3.2. Klager heeft zich als gegadigde aangemeld en daarmee heeft zij zich ook akkoord verklaard met het bepaalde in de Selectieleidraad en de te volgen procedure (zie 1.4 hiervoor). Dat betekent dat zij ook akkoord is gegaan met het in paragraaf 3.4.2 van de Selectieleidraad vastgelegde uitgangspunt: "De gegadigde is verantwoordelijk voor het tijdig uploaden en beschikbaar stellen van de gevraagde documenten" (zie hiervoor 1.4 *in fine*). Verder staat vast dat klager door beklagde verzocht is (zie onder 1.7) "bovenstaande zaken te verduidelijken en de gevraagde gegevens te uploaden via TenderNed (onder 'berichten')."

5.3.3. Onder deze omstandigheden en rekening houdend met het feit dat, nu zeven andere partijen wel gereageerd hebben op verzoeken van beklagde om nadere informatie, beklagde geen reden had eraan te moeten twifelen dat haar e-mail van 10 oktober 2014 klager niet had bereikt, kan naar het oordeel van de Commissie in redelijkheid niet van beklagde worden verwacht dat zij naast de berichtgeving via TenderNed de verplichting zou hebben het zelfde bericht ook nog op andere wijze(n) aan klager te zenden. Daaraan doet niet af het feit dat beklagde de mogelijkheid om op andere wijze dan via TenderNed met gegadigden/inschrijvers te communiceren in de Selectieleidraad heeft open gehouden.

5.3.4. Dit klachtonderdeel is derhalve ongegrond.

5.4. Klachtonderdeel 3

5.4.1. Dit klachtonderdeel ligt in het verlengde van klachtonderdeel 2. Voor wat betreft de stelling van klager stelling dat beklagde niet kan "leunen op communicatie via TenderNed", verwijst de Commissie naar haar overwegingen in 5.3.2 en 5.3.3 hiervoor. Voor wat betreft de stelling van klager dat beklagde zich van alle beschikbare contactgegevens had kunnen bedienen, verwijst de Commissie naar het in 5.3.3 overwogene.

5.4.2. Dit klachtonderdeel is derhalve ongegrond.

6. **Advies**

Wat betreft klachtonderdeel 1 heeft beklagde in strijd met artikel 2.85, leden 2 en 3, Aw 2012 gehandeld. Dat klager haar daartegen gerichte bezwaren te laat kenbaar heeft gemaakt, doet geen afbreuk aan die conclusie. Wel heeft klager 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 beklagde. Daarmee acht de Commissie klachtonderdeel 1 **ongegrond**. De Commissie acht ook de klachtonderdelen 2 en 3 **ongegrond**.

7. **Aanbeveling**

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

Den Haag, 28 april 2016

w.g.:

Mr. J.G.J. Janssen
Voorzitter

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

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid