

Advies 567 | Samenvatting

De klacht ziet op een Europese niet-openbare aanbesteding van een overheidsopdracht voor ontwerp- en adviesdiensten met betrekking tot de bouw van installaties ten behoeve van de renovatie en restauratie van een museum.

Inschrijvers dienden in het inschrijfformulier een honorariumpercentage op te geven uitgaande van een taakstellend installatiebudget van ca. 35 miljoen euro. Bij de vierde Nota van Inlichtingen heeft de aanbesteder het budget waarvan bij de opgave van het honorariumpercentage moest worden uitgegaan gewijzigd naar ca. 25 miljoen euro.

De ondernemer heeft ingeschreven met een honorariumpercentage van 4,43% en daarbij tevens een bedrag van ruim 1,5 miljoen euro op het inschrijfformulier vermeld. Ondernemer erkent dat dit bedrag is gebaseerd op het oorspronkelijke taakstellend budget omdat hij bij zijn inschrijving geen rekening heeft gehouden met de hiervoor genoemde wijziging in de vierde Nota van Inlichtingen.

Omdat het door de ondernemer aangeboden percentage, berekend over het bedrag van het gewijzigde budget, in een ander bedrag resulteerde dan het bedrag dat ondernemer op het inschrijfformulier had vermeld, heeft de aanbesteder aan ondernemer om een toelichting gevraagd. De ondernemer heeft daarop meegedeeld dat hij heeft willen inschrijven voor het in het inschrijfformulier genoemde bedrag en aanbesteder verzocht om het bijbehorende honorariumpercentage te mogen wijzigen van 4,43% in 6,18%. Berekening van dat laatste percentage over het bedrag van het gewijzigde budget zou namelijk wel resulteren in het bedrag dat ondernemer op het inschrijfformulier had vermeld. Aanbesteder heeft dit verzoek van ondernemer echter geweigerd.

De ondernemer stelt in zijn klacht dat aanbesteder hem had moeten toestaan om het honorariumpercentage te wijzigen in 6,18%.

De Commissie is op grond van de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU van oordeel dat in dit geval geen sprake is van een kennelijke materiële fout die zich leent voor herstel en dat de door de ondernemer beoogde wijziging van het honorariumpercentage ook overigens zou leiden tot een ontoelaatbare wijziging van de inschrijving en verklaart de klacht ongegrond.

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 567

1. Feiten

- 1.1. Aanbesteder heeft op 1 augustus 2019 een Europese niet-openbare aanbesteding aangekondigd voor een overheidsopdracht voor ontwerp- en adviesdiensten met betrekking tot de bouw van installaties ten behoeve van de renovatie en restauratie van Museum [X].
- 1.2. In de Gunningsleidraad van 7 november 2019 is, onder meer, het volgende bepaald:

2.1. Beschrijving van de Opdracht

2.1.1. Doelstelling van de Opdracht

De onderhavige Opdracht heeft betrekking op het adviseren over en ontwerpen van de installaties in de diverse stadia van het bouwproces. Deze Opdracht moet leiden tot een uitvoeringsgereed ontwerp van de installaties van de renovatie en restauratie van het Museum [X]. De Aanbestedende Dienst beoogt derhalve met deze Opdracht om:

- Een adviesbureau technische installaties te contracteren die in staat is gezamenlijk met het ontwerpteam een project te realiseren binnen de opgegeven kaders.
- Een adviesbureau technische installaties te contracteren waarmee een inspirerend en creatief proces wordt ingegaan, om samen met de overige leden van het ontwerpteam een goed en financieel haalbaar ontwerp op te stellen.
- Een adviesbureau technische installaties te contracteren die zorgt voor installatie ontwerpen en detailleringen die geen directe schade opleveren aan het gebouw (verlies van monumentale waarden) en zorgt voor een stabiel en betrouwbaar klimaat. Het ontwerp resulteert in een duurzaam en toekomstbestendig museum.

(...)

2.1.3. Scope van de Opdracht

De Opdracht van het adviesbureau technische installaties omvat:

- Tezamen met de stakeholders, architect en overige technische adviseurs een review geven op het Programma van Eisen (zie bijlage 9 tot en met 12) waarna dit stuk door de opdrachtgever definitief kan worden vastgesteld ten behoeve van de besluitvorming in maart 2020.
- Het opstellen van een voorontwerp, een definitief ontwerp en technisch ontwerp inclusief een kostenraming van de technische installatie(s) per fase.
- Het deelnemen aan het ontwerpteam met de architect en de overige technische adviseurs (waaronder bouwfysicus, bouwkostendeskundige, museale verlichtingsadviseur, brandveiligheidsadviseur, adviseur constructies).
- In de uitvoeringsfase controleert de installatieadviseur de werktekeningen en uitvoeringsberekeningen van de aannemer in overleg met de directie.

Door de Opdrachtgever worden de volgende fases gedefinieerd (op basis van de DNR-STB 2014):

1. Review op het Programma van Eisen (zie bijlage 9 tot en met 12);
2. Voorontwerp (VO);
3. Definitief ontwerp (DO);
4. Technisch Ontwerp (TO)/ Bestek;
5. Prijs – en contractvorming;
6. Uitvoeringsgereed ontwerp (werktekeningen);
7. Uitvoering, oplevering en nazorg – Esthetisch toezicht.

In alle fases heeft het adviesbureau technische installaties een adviserende en uitvoerende functie. Het adviesbureau technische installaties is verantwoordelijk voor het ontwerp van de volgende onderdelen:

- Werktuigbouwkundige installaties;
- Elektrotechnische installaties;
- Transportinstallaties;
- NUTS-voorzieningen;
- Brandmeldinstallaties.

Ter verduidelijking; de architect en adviseurs zijn verantwoordelijk voor het maken van het VO, DO en TO + bestek. De integrale coördinatie van de verschillende ontwerp- en advieswerkzaamheden maakt onderdeel uit van de ontwerpopdracht van de architect.

Bouwkostenbeheersing is tevens de verantwoordelijkheid van de architect/ en de leden van het ontwerpteam.

De scope van de Opdracht wordt weergegeven in bijlage 1 Concept Overeenkomst. Hierin vindt u een gedetailleerde omschrijving van de uit te voeren werkzaamheden.

(...)

2.1.5. Waarde van de Opdracht

Het bouwbudget betreft voor de bouwkosten € 107.000.000,- excl. btw en inclusief de vaste inrichting, prijspeil 1-4-2020. De bouwkosten zijn exclusief asbestsanering, risico's etc. Inschrijvers kunnen aan deze getallen geen rechten ontleen.

De kosten voor de technische installaties in het kader van deze Opdracht zijn vastgesteld op € 35.000.000,- exclusief btw, In bijlage 4 en 5 van de Concept Overeenkomst (bijlage 1) wordt de verdere onderbouwing weergegeven van de bouwsom en installatiekosten van het ambitie scenario en basisplussenario.

(...)

4. Beoordeling Inschrijvingen

4.1 Gunning

4.1.1. Gunningscriterium

In deze aanbestedingsprocedure wordt als overkoepelend gunningscriterium dat van de economisch meest voordelige inschrijving gehanteerd op basis van de beste prijs- kwaliteitverhouding. Het is de Inschrijver niet toegestaan varianten voor te stellen.

Er wordt onderscheid gemaakt tussen kwalitatieve aspecten van de Inschrijving en financiële aspecten van de Inschrijving. Deze worden apart beoordeeld en voorzien

van een score. De som hiervan bepaalt de eindscore van de Inschrijving. De Inschrijving met de hoogste score zal de Opdracht gegund krijgen.

De Aanbestedende Dienst hanteert als beoordelingsmethodiek de gewogen factor methode. Dat wil zeggen dat de scores op de verschillende subgunningscriterium worden vermenigvuldigd met een weging om te komen tot een gewogen totaalscore. In onderstaande tabel is de puntentoekenning en de weging weergegeven:

Onderdeel	Subgunningscriterium	Max. Punten toekenning	Weging
Kwaliteit	K1: Plan van aanpak & Presentatie	85	85%
Prijs	P1: Honorariumpercentage	15	15%
Totaal		100	100%

(...)

4.1.5. Financiële aspecten van de Inschrijving

Inschrijver dient het percentage van het honorarium op te geven conform het Inschrijfformulier (Bijlage 2). Bij het invullen dient de Inschrijver navolgende instructie te volgen:

1. De inschrijfprijs dient te worden opgegeven als percentage van het honorarium van het adviesbureau technische adviesbureau;
2. (...)
3. (...)
4. Over het ingediende percentage van het honorarium wordt door de Aanbestedende Dienst niet onderhandeld.

Deze instructies is bindend. Indien wordt afgeweken van de instructie wordt de inschrijving terzijde gelegd en komt Inschrijver niet voor gunning in aanmerking.

(...)

4.1.6. Beoordeling financiële aspecten van de Inschrijving

Het financiële aspect van de Inschrijving wordt pas beoordeeld nadat de kwalitatieve beoordeling is afgerond.

Op basis van onderstaande grafiek worden punten toegekend aan het percentage van het honorarium van het adviesbureau technische adviesbureau. Let op: onderstaande grafiek is niet op schaal.

(...)

Het maximaal te behalen punten voor subgunningscriterium P-1 is 15 punten.

De punten worden als volgt toegekend:

- Bij een percentage van het honorarium tussen 0% en 4,23% worden 15 punten toegekend.
- Bij een percentage van het honorarium tussen 4,23 en 4,82% worden punten toegekend op basis van de onderstaande formule:

$$\text{Aantal punten} = 15 \times \left(\frac{P_{\max} - \text{honorariumpercentage}}{P_{\max} - P_{\min}} \right)$$

- Bij een percentage van het honorarium tussen 4,82% en 4,92% worden 0 punten toegekend.
- Bij een percentage van het honorarium van de bouwsom boven 4,92% is de Inschrijving ongeldig en komt deze niet in aanmerking voor gunning.

Fictief rekenvoorbeeld:

Inschrijver A heeft een honorariumpercentage van 4,7 % ingediend. Hiervoor behaalt hij de volgende punten:

$$\text{Aantal punten} = 15 \times (4,82 - 4,7) / (4,82 - 4,23) = 3 \text{ punten}$$

De punten worden afgerond op hele cijfers.

(...)'

- 1.3. Bijlage 2 (Inschrijfformulier) van de Gunningsleidraad bevat het inschrijfformulier. Daarin is onder andere de volgende tekst opgenomen:

'Honorarium adviesbureau technische installatie:

HONORARIUMPERCENTAGE% zegge:

(...)'

- 1.4. In de Nota van Inlichtingen 2 Gunningsfase van 23 december 2019 zijn, onder meer, de volgende vraag en antwoord opgenomen:

Vraag 2: 'De bedoeling van DNR STB is dat u een keuze maakt tussen taak 070 (functioneel bestek) of 010 + 080 (volledig bestek). Conform 010 moeten volledige berekeningen worden gemaakt, waarop een volledige dimensionering en apparatuurselectie worden gebaseerd, die worden beschreven in bestek conform 070. Het is niet duidelijk, waarop uw antwoord, dat de uitvraag het meest overeen komt met een functioneel advies is gebaseerd. De door u gehanteerde berekening van het honorarium (voor een functioneel advies) en de beschikbare bandbreedte tot een ongeldige aanbidding staan daardoor op gespannen voet met de omvang van de opdracht. Kunt u een nuancering geven ten aanzien van de achterliggende omschrijving van de taken 010 en 080.'

Antwoord: 'Taak 06.09.010/080 zitten in de opdracht van de adviseur installaties. Het bestek dient de functionele eigenschappen te bevatten, inclusief de technische uitwerking. Het taakstellende installatie budget is voldoende in combinatie met de bandbreedte van het honorariumpercentage om aan de opdracht te voldoen.'

- 1.5. In de Nota van Inlichtingen 3 Gunningsfase van 3 januari 2020 zijn onder meer, de volgende vraag en antwoord opgenomen:

Vraag 1: 'Wij zijn verrast door het antwoord op vraag 2 in de nota van inlichtingen 2. Wij begrijpen hieruit uit te moeten gaan van een volledig advies terwijl wij tot de ontvangst van NvI 2 begrepen uit te kunnen gaan van een functioneel advies (...).

De nominale vergoeding voor een functioneel advies bedraagt, zoals u berekent 4,70%, gegeven de omvang en het karakter van het project. De nominale vergoeding voor een volledig advies volgens dezelfde rekenmethodiek bedraagt ca. 7,7%. Uit uw antwoord op vraag 2 in de nota van inlichtingen 2 maken wij op dat u een volledig advies wilt laten uitvoeren en dat u de vergoeding hiervoor conform RVOI 2001 berekent op basis van een functioneel advies. Dit levert een grote spanning op (oplopend tot € 1.050.000,--) tussen takenpakket en vergoeding die -ook in het belang van het project- ons inziens niet op het conto van de adviseur kan worden afgewenteld. Bent u bereid het honorariumpercentage in dit licht aan te passen of uit te gaan van een functioneel advies?'

Antwoord: 'De Opdrachtgever verwacht dat de Inschrijver aan de opdracht kan voldoen aan de voorgestelde bandbreedte van het honorariumpercentage op basis van de kruisjeslijst volgens de DNR en gaat niet uit van een functioneel advies.'

- 1.6. In de Nota van Inlichtingen 4 Gunningsfase van 10 januari 2020 zijn, onder meer, het onderstaande meegedeeld aan de inschrijvers:

'Geachte lezer,

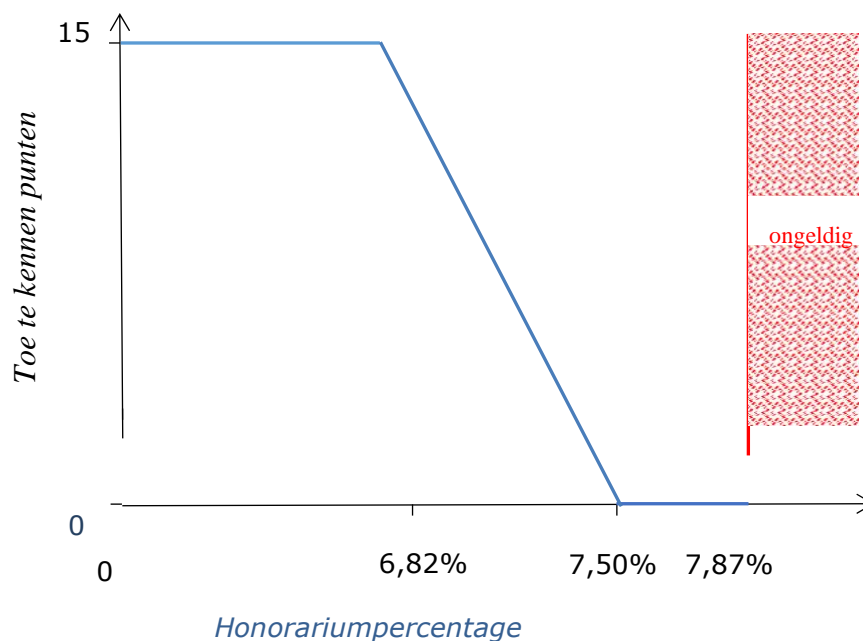
Deze informatie ontvangt u naar aanleiding van de Nota van Inlichtingen 3 van de aanbesteding Adviesbureau technische installaties voor de renovatie van het Museum [X], (...).

[Aanbesteder] wil het gegeven antwoord op de gestelde vraag in Nota van Inlichtingen 3 herzien. Zij heeft het volgende aangepaste taakstellende installatiebudget vastgesteld.

**Taakstellend Installatiekosten budget Ambitiescenario
(bedragen in EUR)**

Renovatie	17.156.289,-	
Bouwkundige installatiekosten	1.669.820,-	
Ambitiescenario	<u>4.202.149,-</u>	
	23.028.258,-	
Indexering prijspeil 1 april 2020	2.072.543,-	
TOTAAL installatiekosten	25.100.801,-	Excl. BTW

Het honorariumpercentage is gebaseerd op de werkzaamheden zoals deze zijn opgenomen in het Beschrijvend Document en kruisjeslijst gebaseerd op de DNR.



Uitgangspunt voor de inschrijving is een honorariumpercentage van 7,50%

Bij de bandbreedte wordt de volgende puntenverdeling gehanteerd:

- Bij een percentage van het honorarium tussen 0% en 6,82% worden 15 punten toegekend.
- Bij een percentage van het honorarium tussen 6,83% en 7,50 % worden punten toegekend op basis van onderstaande formule:

$$\text{Aantal punten} = 15 \times \left(\frac{\text{Pmax} - \text{honorariumpercentage}}{\text{Pmax} - \text{Pmin}} \right)$$

- Bij een percentage van het honorarium tussen 7,51 % en 7,87% worden 0 punten toegekend.
- Bij een percentage van het honorarium van de bouwsom boven 7,87% is de Inschrijving ongeldig en komt deze niet in aanmerking voor gunning.

Voor de volledigheid melden wij dat het gaat om een volledig advies, zoals opgenomen in de DNR 2011, versie juli 2013 + addendum

(...)'

- 1.7. Ondernemer heeft in het op 10 januari 2020 gedateerde Inschrijfformulier de onderstaande gegevens ingevuld:

'HONORARIUMPERCENTAGE : 4,43 % (1.550.500,- €)

zegge: een miljoen vijfhonderdvijftigduizend vijfhonderd euro'

- 1.8. Op 21 januari 2020 heeft aanbesteder met de berichtenmodule van Negometrix aan ondernemer de onderstaande vraag gesteld:

'Geachte heer [naam],

Wij zien een discrepantie tussen bedrag en honorarium zoals u dat heeft ingediend bij de aanbesteding Adviseur Technisch installaties (...). Aangezien het honorarium

leidend is, gaan wij ervan uit dat [Ondernemer] heeft ingeschreven met dat percentage (4,43%) en dat het bedrag dus 1.111.965,- moest zijn. Klopt dit?

Uw reactie zie ik graag uiterlijk 22 januari 2020 12:00 uur tegemoet.

Met vriendelijke groeten,
[naam]'

- 1.9. Op 22 januari 2020 heeft ondernemer op die vraag het onderstaande antwoord gegeven met een bericht in Negometrix:

'Geachte mevrouw [naam],

Met betrekking tot uw vraag d.d. 21 januari 13:36 uur, met betrekking tot bovenstaande tender, waarin u ons vraagt onze inschrijving te verduidelijken, berichten wij u als volgt.

Zoals te zien is in ons inschrijfformulier, en gezien het indieningstijdstip op Tendered, hebben wij het PVA inclusief de inschrijving geüpload op basis van de tot NvI 3 bekende gegevens. In verband met de oorspronkelijke, tot NvI 3 geldende deadline voor de inschrijvingen, t.w. 14 januari jl., en onze interne planning in verband met de aanwezigheid van medewerkers in het inschrijftraject was onze inschrijving gereed vóór deze deadline en was de strikte instructie gegeven deze tijdig te uploaden. Dit is derhalve gebeurd op 14 januari jl. om 09:18 uur. Door het tijdstip van verstrekken van NvI 4 (vrijdag 11 januari 17:20 uur) is er voor ons, hoewel de inschrijvingstermijn opeens werd verlengd, onvoldoende tijd geweest om kennis te nemen van de wijziging en vóór het intern al geplande moment van Inschrijving. Wij nemen niettemin de verantwoordelijkheid voor het feit dat wij in de dag die ons restte onvoldoende acht hebben geslagen op de inhoud van NvI 4, echter niet zo ver gaand als u (...) lijkt te veronderstellen.

Op het inschrijfformulier vraagt u naar een "inschrijfsom op basis van de ingevulde prijzen per eenheid exclusief BTW". Wij hebben daarin aangegeven in te schrijven voor 1.550.500,= euro, zijnde 4,43% van de tot aan NvI 3 bekende installatiekosten van 35.000.000,= euro. Ten opzichte van de nieuwe installatiekosten van 25.100.801,= euro komt de inschrijfsom van 1.550.500,= euro uit op 6,18% van deze kosten. Gesteld zou kunnen worden dat wij onszelf op basis van het maximaal te verkrijgen aantal punten op de nieuwe installatiekosten ruim 150.000,= euro tekort doen. De gemeente heeft immers aangegeven dat voor elke inschrijfsom tussen 0,= euro en 1.711.875,= euro (6,82%) het maximale aantal (15) punten wordt toegekend. Het tekort is de prijs die wij betalen voor het niet meenemen van NvI 4 (niet qua inschrijfsom en niet qua indieningsdatum).

U vraagt (...) of wij kunnen bevestigen dat het honorarium leidend is. Dat kunnen wij; wij schrijven met een bedrag groot 1.550.500,= in. Dit is 6,18% van de nieuw gedefinieerde installatiekosten en in lijn met onze inschrijving. Mede door onze werkwijze (zie het PvA) zijn wij ervan overtuigd dat wij met 1.550.500,= euro een kwalitatief goed product kunnen leveren en een reële inschrijving te doen. Het is ook een inschrijving die ons inziens juridisch stand houdt, richting u en richting andere inschrijvers, aangezien het maximale percentage dat het maximale aantal punten oplevert aanzienlijk door u is verhoogd, en het qua puntenaantal dus geen verschil maakt of 4,43% van de nieuwe installatiekosten of ons inschrijfbedrag van 1.550.500,= wordt aangehouden. Enig concurrentienadeel ontstaat daardoor niet.

We kunnen dus niet bevestigen dat we met eenzelfde percentage over veel lagere installatiekosten inschrijven, dat is niet in lijn met de bedoeling van onze inschrijving. Dat zou ook leiden tot een irreële inschrijfsom. Voor zover ons bekend heeft

[Aanbesteder] juist naar aanleiding van vragen van andere inschrijvers het honorarium waarmee voor de inschrijving gerekend kan worden verhoogd. Gezien deze wijziging en de bovengeschetste omstandigheden achten wij het redelijk dat uit wordt gegaan van onze inschrijving ten bedrage van 1.550.500,= euro en dat onze inschrijving wordt aangemerkt als een aanbieding met een inschrijfsom van 6,18 % van de installatiekosten.

Desgewenst kunt u dit bericht opvatten als een verbetering van de inschrijving waarbij het honorarium hetzelfde blijft, zijnde 1.550.500,= euro, maar door de gewijzigde installatiekosten het honorariumpercentage wordt gewijzigd in 6,18%.

Graag ontvangen wij voor donderdag 23 januari 12:00 uur uw bevestiging dat de inschrijving van [Ondernemer] wordt meegenomen voor 1.550.500 ,= euro, zijnde 6,18% van de gewijzigde installatiekosten van 25.100. 801,= euro.

Met vriendelijke groet,

[naam]'

- 1.10. Op 22 januari heeft aanbesteder met een bericht in Negometrix het onderstaande meegedeeld aan ondernemer:

'Geachte heer [naam],

Met betrekking tot uw bericht van 22 januari 2020 om 10:17 berichten wij u het volgende:

Het is aanbestedingsrechtelijk niet toegestaan om een Inschrijving te wijzigen na het sluiten van de inschrijfperiode. Wij kunnen en mogen daarom geen wijzigingen doorvoeren met betrekking tot uw inschrijving.

Conform paragraaf 4.1.6. van de Gunningsleidraad moest u het honorariumpercentage opgeven. U heeft daarbij kennis kunnen nemen dat er in de Nota van Inlichtingen wijzigingen zijn aangebracht in het taakstellende installatiebudget. Het feit dat u dit niet heeft gedaan, komt helaas voor rekening en risico van de inschrijver.

Concluderend moet de Aanbestedende Dienst u daarom ook melden dat een wijziging van het percentage (of het daarmee corresponderende inschrijfbedrag) niet is toegestaan.

Graag vragen wij u voor donderdag 23 januari 15:00 uur, aan te geven of u het honorariumpercentage van 4,43 (dat u heeft aangegeven) gestand wil blijven doen of dat u uw inschrijving wenst in te trekken. Uw aanbieding is na deze datum dan ook onherroepelijk.

Met vriendelijke groeten,
[naam]'

- 1.11. Op 23 januari 2020 heeft ondernemer bij een bericht in Negometrix het onderstaande memo van zijn juridisch adviseur geüpload [*in de originele tekst zijn voetnoten aangebracht die in het onderstaande niet zijn overgenomen, Commissie*]:

'Inleiding

1. Op 10 januari 2020 heeft [Ondernemer] ingeschreven op een aanbesteding van [Aanbesteder], te weten: Adviesbureau technische installaties renovatie [kenmerk].

2. Blijkens de leidraad diende er ingeschreven te worden op met een honorariumpercentage. [Ondernemer] heeft middels haar inschrijfformulier de volgende inschrijving ingediend:

Honorarium adviesbureau technische installatie:

HONORARIUMPERCENTAGE : 4,43 % (1.550.500,- €)

zegge: een miljoen vijfhonderdvijftigduizend vijfhonderd euro

(...)

3. [Ondernemer] heeft derhalve ingeschreven met een percentage terwijl zij tevens ter verduidelijking heeft opgenomen voor welk bedrag in euro's zijn wenste in te schrijven, namelijk € 1.550.500,-.

4. [Ondernemer] heeft bij haar inschrijving echter geen rekening gehouden met de 4e nota van inlichtingen waarin de installatiesom zijdens [Aanbesteder] met circa 10 miljoen is verlaagd. Door deze verlaging had [Ondernemer] met een percentage van 6,18% moeten inschrijven om op een bedrag van € 1.550.500,- uit te komen.

5. [Aanbesteder] heeft daarop om een verduidelijking gevraagd. [Ondernemer] heeft desgewenst aangegeven dat zij heeft bedoeld in te schrijven voor € 1.550.500,- en dus niet voor 4,43% (€ 1.111.965,48) van de herziene installatiesom.

6. [Aanbesteder] heeft hierop aangegeven voornemens te zijn [Ondernemer] uit te sluiten van verdere deelname nu het percentage in haar ogen leidend is en de verduidelijking zijdens [Ondernemer] zou leiden tot een wijziging van de inschrijving hetgeen aanbestedingsrechtelijk niet is toegestaan.

Vraagstelling

7. De vraag is of [Aanbesteder] over kan gaan tot uitsluiting van [Ondernemer] op de door haar genoemde grond. In dit kader is relevant om te beoordelen of we te maken hebben met een wijziging van de inschrijving of slechts met het herstel van een materiële fout. Dit laatste is namelijk wel toegestaan onder het aanbestedingsrecht.

Wettelijk kader

8. Op grond van vaste rechtspraak is toegestaan om de gegevens van een inschrijving aan te vullen of te verbeteren ingeval deze slechts een eenvoudige precisering behoeven of het om een kennelijk materiële fout gaat die rechtgezet moet worden.

9. Het voorgaande is slechts anders indien deze precisering of dit herstel leidt tot een nieuwe inschrijving of indien en voor zover de fout zijdens de inschrijver op basis van de aanbestedingsstukken uitsluiting tot gevolg heeft.

10. Overigens kan van het voorgaande worden afgeweken indien uitsluiting disproportioneel zou zijn ten opzichte van de fout zijdens de inschrijver. Er moet

derhalve steeds acht worden geslagen op de beginselen van het aanbestedingsrecht waaronder in ieder geval het proportionaliteitsbeginsel.

11. De Commissie van Aanbestedingsexperts heeft in een van haar adviezen als volgt geoordeeld over een soortgelijke zaak:

“De Commissie is van oordeel dat het hier gaat om een kennelijke materiële fout. Ondanks de vermelding van twee verschillende bedragen in het inschrijvingsbiljet en de inschrijvingsbegroting, kan naar het oordeel van de Commissie uit de inschrijving van klager objectief worden afgeleid dat zij beoogde in te schrijven met een bedrag van € 59.500.”

En

“Een eventuele aanpassing van het bedrag op de inschrijvingsbiljet van € 59.000 naar € 59.500, zou er dan ook niet toe leiden dat er in werkelijkheid een nieuwe inschrijving wordt gedaan ten opzichte van de oorspronkelijke inschrijving van klager.”

Toepassing wettelijke kader

12. Gelet op het voorgaande is het oordeel van [Aanbesteder] dat er sprake is van een gewijzigde inschrijving niet overtuigend. Ter toelichting dient het volgende.

13. Allereerst dient te worden vastgesteld dat de inschrijving van [Ondernemer] voldoet aan alle vereisten zoals die zijn opgenomen in de aanbestedingsstukken. Het enige probleem met de inschrijving van [Ondernemer] is dat het opgegeven honorariumpercentage niet overeenkomt met het inschrijvingsbedrag.

14. Blijkens vaste rechtspraak dient een dergelijke fout te worden gekwalificeerd als een materiële fout die voor herstel in aanmerking komt. Immers uit de inschrijving van [Ondernemer] kon - in de woorden van de commissie van aanbestedingsexperts - objectief worden afgeleid dat zij beoogde in te schrijven met een bieding van € 1.550.500,-. Zou [Ondernemer] het bedrag van € 1.550.500,- niet in haar inschrijving hebben opgenomen dan zou dit waarschijnlijk anders zijn. Immers in voorkomend geval zouden de wil en verklaring zijdens [Ondernemer] niet overeenkomen met de inhoud van de inschrijving en zou het toelaten van een dergelijke aanvulling/wijziging door [Ondernemer] zijn te kwalificeren als een nieuwe inschrijving. Hier is in casu echter geen sprake van.

15. In aanvulling hierop moet nog worden opgemerkt dat het toelaten van de inschrijving van [Ondernemer] op basis van € 1.550.500,- ook geen inbreuk maakt op de belangen van de overige inschrijvers. Immers of er nu ingeschreven zou worden op basis van € 1.550.500,- of € 1.111.965,48 is niet van invloed op de totaalscore die [Ondernemer] zal behalen zou haar inschrijving worden toegelaten. Ook in dit kader valt niet in te zien op basis waarvan [Aanbesteder], zelfs als het herstel van deze materiële fout zou zijn uitgesloten op grond van de leidraad, voornemens is tot uitsluiting over te gaan. Immers een dergelijke maatregel is in voorkomend geval disproportioneel.

Conclusie

16. Op basis van deze eerste summiere analyse lijkt uitsluiting ongegrond en bovendien disproportioneel.’

1.12. Op 23 januari 2020 heeft aanbesteder met een bericht in Negometrix de onderstaande reactie op dit memo gegeven:

'Geachte heer [naam],

Naar aanleiding van ons telefoongesprek van vanmiddag berichten wij u als volgt: Het is vaste jurisprudentie dat slechts in uitzonderlijke gevallen inschrijvingen op aanbestedingen kunnen worden verbeterd of aangevuld. Het moet dan gaan om gebreken in de inschrijving die 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. Het gaat daarbij overigens om een bevoegdheid en geen verplichting om herstel toe te laten.

Het advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts dat wordt aangehaald, gaat over optelling van bedragen uit inschrijvingsbiljet en inschrijvingsbegroting en valt totaal niet te vergelijken met de kwestie van [Ondernemer]. Er is geen sprake van een materiële fout die zich leent voor herstel. [Ondernemer] vraagt namelijk aan [Aanbesteder] om haar inschrijving te wijzigen door aanpassing van het percentage en door aanpassing van haar inschrijving in de zin dat er verhoudingsgewijs een bedrijfseconomisch verschil ontstaat ten opzichte van haar oorspronkelijke inschrijving. Immers voor het bedrag van € 1.550.500,- zal [Ondernemer] bij het verlaagde taakstellend budget van € 25 mln. een hogere omzet behalen dan bij het aanvankelijk gestelde taakstellend budget van € 35 mln. Als dit zou worden toegestaan dan zou [Ondernemer] in werkelijkheid een nieuwe inschrijving doen ten opzichte van haar oorspronkelijke inschrijving en dat is niet toegestaan. Dat zou in strijd met de beginselen van gelijke behandeling en transparantie zijn. Daar komt nog bij dat de rechter vaak op een andere lijn zit dan de Commissie van Aanbestedingsexperts en de rechter ook niets hoeft aan te trekken van adviezen van de Commissie van Aanbestedingsexperts.

Dat er qua puntenaantal niets verandert, is verder niet van belang voor de vraag of herstel van de inschrijving is toegestaan. Ook een eventuele verwachting dat er geen inschrijver achter zal komen dat er een herstelgelegenheid is geboden, mag geen rol spelen bij de vraag of herstel moet worden toegestaan. [Aanbesteder] moet zich als aanbestedende dienst immers houden aan de aanbestedingsrechtelijke beginselen.

Het is dan ook niet toegestaan om [Ondernemer] haar inschrijving te laten aanpassen.

Graag vernemen wij voor 24 januari 12:00 uur of u het honorariumpercentage van 4,43 (dat u heeft aangegeven) gestand wil blijven doen of dat u uw inschrijving wenst in te trekken. Uw aanbieding is na deze datum dan ook onherroepelijk.

Met vriendelijke groeten,
[naam]'

- 1.13. Op 24 januari 2020 heeft ondernemer bij het klachtenmeldpunt van aanbesteder de onderstaande klacht (opgesteld door zijn juridisch adviseur) ingediend:

'Geachte mevrouw [naam],

Naar aanleiding van ons telefonisch overleg van gisterenmiddag alsmede uw e-mail van vanochtend bericht ik u als volgt namens [Ondernemer]. [Ondernemer] begrijpt het standpunt van [Aanbesteder] als volgt. [Aanbesteder] zou best bereid zijn [Ondernemer] een mogelijkheid tot herstel te bieden maar zij ziet daar juridisch gezien geen mogelijkheid toe. Gelet op deze omstandigheid heeft [Aanbesteder] [Ondernemer] voor een ultimatum gesteld, namelijk haar

inschrijving intrekken of haar inschrijving, zoals [Aanbesteder] die interpreteert, gestand doen.

Het moge duidelijk zijn dat [Ondernemer] de interpretatie van [Aanbesteder] niet deelt, [Ondernemer] heeft nimmer een inschrijving beoogd te doen ter hoogte van 4,43% over een installatiesom van € 25.100.801,-. Dat niet alleen een dergelijke inschrijving is ook irreal en economisch niet haalbaar. [Ondernemer] heeft ingeschreven voor een bedrag van € 1.550.500,- te weten 6,18% van de installatiesom. Dit is ook objectief vast te stellen aan de hand van de inschrijving. [Ondernemer] zal de inschrijving, zoals door [Aanbesteder] geïnterpreteerd, dan ook geen gestand doen.

[Aanbesteder] ziet kennelijk geen aanknopingspunten om de rechtsgeldig en conform de aanbestedingsstukken door [Ondernemer] gedane inschrijving van € 1.550.500,- (6,18%) in overweging te nemen voor de gunning van opdracht Adviesbureau technische installaties renovatie [kenmerk]. [Ondernemer] betreurt dit besluit, althans het voornemen daartoe, ten zeerste en is het hier op de u bekende juridische gronden niet mee eens. Voor de volledigheid verwijs ik naar de memo die u reeds gisteren is doorgestuurd maar tevens als bijlage aan dit bericht zal worden gehecht.

Nu [Aanbesteder] een ultimatum heeft gesteld, althans vasthoudt aan haar voornemen om [Ondernemer] uit te sluiten ziet [Ondernemer] zich gedwongen om langs juridische weg uitsluitel te krijgen over voorliggend meningsverschil. Het verdient de voorkeur van [Ondernemer], en hopelijk ook van [Aanbesteder], om dit op een wijze te doen die de minste hinder veroorzaakt voor alle betrokken partijen. [Ondernemer] stelt daarom het navolgende voor.

Commissie van aanbestedingsexperts

[Ondernemer] is bereid om, onder opschorting van de (voorlopige) gunningsbeslissing, met instemming van [Aanbesteder] deze kwestie voor te leggen aan de commissie van aanbestedingsexperts, hierbij merkt [Ondernemer] op dat er ook nadrukkelijk om mediation kan worden gevraagd bij de commissie. Of er nu voor een advies of voor mediation wordt gekozen [Ondernemer] stelt voor dat indien de uitkomst is dat [Ondernemer] voor 4,43% moet inschrijven op een grondslag van 25.000.000,- zij zich vrijwillig en met vooraf verleende goedkeuring van [Aanbesteder] terugtrekt. Indien blijkt dat de commissie van oordeel is dat [Ondernemer] zich voor € 1.550.500 (6,18%) mag inschrijven blijft [Ondernemer] meedingen naar de opdracht voor € 1.550.500,-. [Ondernemer] stelt in dit kader voor dat hangende de behandeling zij verder deel zal uitmaken van de aanbestedingsprocedure om zo geen, althans zo min mogelijk, vertraging te veroorzaken.

Desgewenst kan deze kwestie reeds begin volgende week aan de commissie van aanbestedingsexperts worden voorgelegd.

Indien en voor zover [Aanbesteder] hier niet mee kan instemmen ziet [Ondernemer] zich gedwongen om, zonder medewerking van [Aanbesteder] een kortgedingprocedure bij de civiele rechter aanhangig maakt of zich op eigen initiatief tot de commissie van aanbestedingsexperts te wenden. Deze route verdient niet de voorkeur van [Ondernemer] omdat dit mogelijk voor onnodige vertraging zorgt. [Ondernemer] meent in haar recht te staan maar geeft er de voorkeur aan haar standpunt met zo min mogelijk hinder voor alle betrokken partijen te doen toetsen. Indien [Aanbesteder] echter niet kan instemmen het gedane voorstel dan ziet [Ondernemer] geen andere mogelijkheden. In voorkomend geval verzoek ik u uw verhandeldata over de komende 3 weken op te geven.

Graag verneem ik uiterlijk vandaag 16:00 uur van u of u kunt instemmen met ons voorstel en zo niet wat uw verhinderdata zijn. Overigens is elk alternatief in lijn met het door [Ondernemer] gedane voorstel bespreekbaar, zo lang geen onomkeerbare beslissingen worden genomen. In dit kader merk ik op dat opschorting van de (voorlopige) gunningsbeslissing dan wel een voorwaarde is voor [Ondernemer] om een alternatief traject in te zetten.

Met vriendelijke groet,

[naam advocaat]'

- 1.14. Op 28 januari 2020 heeft het klachtenmeldpunt van aanbesteder onderstaande reactie op de klacht aan ondernemer gezonden:

'Geachte heer [naam],

Uw e-mail van 24 januari jl. 6 december 2019 betreffende een klacht over de weigering tot het bieden van een herstelmogelijkheid m.b.t. uw inschrijving op de aanbesteding met nummer [kenmerk] (Adviesbureau technische installaties) ontvingen wij in goede orde. Hieronder vindt u de beoordeling van de klacht namens het Klachtenmeldpunt Aanbestedingen van [Aanbesteder].

Inschrijvingen op aanbestedingen kunnen volgens vaste jurisprudentie slechts in uitzonderlijke gevallen worden verbeterd of aangevuld. Alleen als het gaat om gebreken in de inschrijving die klaarblijkelijk een eenvoudige precisering behoeven of om kennelijke materiële fouten is dit toegestaan. Daarnaast mag een dergelijke wijziging er niet toe leiden dat in werkelijkheid een nieuwe inschrijving wordt voorgesteld.

Het advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts dat in de brief van dhr. [naam advocaat] wordt aangehaald, heeft betrekking op optelling van bedragen uit inschrijvingsbiljet en inschrijvingsbegroting en is niet vergelijkbaar met de zaak die nu voorligt. Het betreft hier naar de mening van het Meldpunt geen materiële fout die zich leent voor herstel. U verzoekt om aanpassing van het percentage en aanpassing van uw inschrijving in de zin dat er verhoudingsgewijs een bedrijfseconomisch verschil ontstaat ten opzichte van uw oorspronkelijke inschrijving. Dit komt feitelijk neer op het doen van een nieuwe inschrijving, hetgeen niet is toegestaan omdat [Aanbesteder] daarmee in strijd met de beginselen van gelijke behandeling en transparantie zou handelen.

Het Klachtenmeldpunt onderschrijft het standpunt van [Aanbesteder] en oordeelt de klacht daarmee als ongegrond. Opschorting van de aanbestedingsprocedure is dan ook niet aan de orde.

In het vertrouwen u hiermee naar behoren te hebben geïnformeerd,

Hoogachtend,

[naam]'

- 1.15. Vervolgens heeft ondernemer op 29 januari 2020 bij de Commissie de onderhavige klacht ingediend.

- 1.16. Op 31 januari 2020 heeft aanbesteder de onderstaande mededeling van de gunningsbeslissing aan ondernemer gestuurd:

'Geachte heer [naam],

In de afgelopen periode zijn de inschrijvingen beoordeeld die [Aanbesteder] heeft ontvangen in het kader van de Europese niet-openbare aanbestedingsprocedure Adviseur Technische installaties t.b.v. renovatie Museum [naam], met publicatienummer [nummer] van 1 augustus 2019. [Aanbesteder] heeft vijf (5) inschrijvingen ontvangen. [Aanbesteder] is voornemens de opdracht te gunnen aan [naam].

Uw organisatie komt niet voor gunning in aanmerking. Op 21 januari j.l. hebben wij u een verduidelijkingsvraag gesteld omtrent uw inschrijving. Er is een discrepantie tussen het honorariumpercentage (4,43%) en het bedrag (€ 1.550.500,-). U heeft aangegeven dat u de Nota van Inlichtingen 4 gemist heeft – terwijl u deze wel ontvangen heeft – waardoor u het honorariumpercentage gebaseerd heeft op het oude taakstellende budget. In uw brief van 24 januari j.l. heeft u aangegeven dat een percentage van 4,43 over het nieuwe taakstellende budget, zoals deze in de vierde Nota van Inlichtingen is beschreven, niet reëel is en niet economisch haalbaar is.

Zoals reeds door [Aanbesteder] aangegeven is het aanbestedingsrechtelijk niet toegestaan om een Inschrijving te wijzigen na het sluiten van de inschrijfperiode. Zodoende mogen wij uw voorgestelde wijziging zijnde een honorariumpercentage van 6,18% niet doorvoeren.

In de gunningsleidraad is onder paragraaf 4.1.5 vermeld dat het opgegeven percentage van het honorarium reëel dient te zijn. Aangezien u zelf aangeeft dat een percentage van 4,43 niet reëel is, dienen wij uw Inschrijving terzijde te leggen conform paragraaf 4.1.2. onder b en komt u niet voor gunning in aanmerking.

Indien u zich niet kunt verenigen met dit gunningsvoornemen, dient u dit kenbaar te maken door binnen 20 kalenderdagen na dagtekening van dit gunningsvoornemen een kort geding aanhangig te maken bij de Voorzieningenrechter van de rechtbank te Rotterdam, Deze termijn geldt als vervalt termijn.

(...)

Met vriendelijke groet,

[naam]'

2. Beschrijving klacht

Aanbesteder heeft ten onrechte ondernemer niet in de gelegenheid gesteld om een fout in zijn inschrijving te verbeteren.

3. Onderbouwing klacht

- 3.1. Ondernemer meent dat er, in tegenstelling tot hetgeen aanbesteder stelt, sprake is van een materiële fout die zich leent voor herstel. Ondernemer stelt zich op het standpunt dat objectief kenbaar was uit zijn inschrijving dat hij voor een bedrag van EUR 1.550.500,- wenste in te schrijven. Dit blijkt niet alleen uit de tekst van de inschrijving maar ook uit het feit dat een inschrijving t.w.v. EUR 1.111.965,48 (zoals aanbesteder de inschrijving interpreteert) circa EUR 600.000,- onder de prijs zit waarmee het maximaal aantal punten op prijs kon worden behaald. Nog daargelaten dat een dergelijke prijsstelling volgens ondernemer zonder meer irreëel is.

- 3.2. Volgens de initiële planning zouden de inschrijvers hun inschrijving uiterlijk 7 januari 2020 te 10:00 uur via Negometrix moeten indienen. Deze deadline is in de derde Nota van Inlichtingen verlengd tot 14 januari 2020 te 10:00 uur.
- 3.3. Ondernemer had zijn inschrijving reeds gereed vóór het verstrijken van voornoemde deadline en heeft zijn inschrijving op 14 januari om 09:18 uur ingediend via Negometrix.
- 3.4. Na indiening van zijn inschrijving kwam ondernemer erachter dat aanbesteder, middels de vierde Nota van Inlichtingen van 11 januari 17:20 uur, de inschrijftermijn had verlengd tot 20 januari 2020 10:00 uur alsmede dat deze het totale taakstellend installatiekostenbudget van de opdracht had verlaagd van € 35.000.000,- naar € 25.100.801,-.
- 3.5. De reductie van het installatiekostenbudget wordt veroorzaakt door een andere berekeningsmethodiek hiervan. Was deze tot en met de derde Nota van Inlichtingen gebaseerd op het totaal van de "directe" en "indirecte" installatiekosten; in de vierde Nota van Inlichtingen is dit gewijzigd naar een basering op alleen de directe installatiekosten. Een vergelijking van de vierde Nota van Inlichtingen met bijlage vier bij de Gunningsleidraad laat volgens ondernemer het volgende beeld zien:

Taakstellend installatiekostenbudget ambitiescenario (excl. BTW)		
Direct installatiekostenbudget		
Renovatie	€ 17.156.289	
Bouwkundige installatiekosten	€ 1.669.820	
Ambitiescenario	€ 4.202.149	
Subtotaal directe installatiekosten	€ 23.028.258	
Indexering	€ 2.072.543	
Totaal directe installatiekosten	€ 25.100.801	installatiekostenbudget nota 4
Indirect installatiekostenbudget		
ABK	€ 3.203.766	
Algemene kosten	€ 1.964.976	
Winst en risico	€ 1.326.359	
Nadere planuitwerking	€ 2.785.354	
Subtotaal indirecte installatiekosten	€ 9.280.455	
Indexering	€ 684.957	
Totaal indirecte installatiekosten	€ 9.965.412	
Totaal direct en indirecte installatiekosten	€ 35.036.213	
Afgerond	€ 35.000.000	Installatiekostenbudget tot en met nota 3

- 3.6. Noch het programma van eisen, noch de planning, noch de omvang van de door de adviseur uit te voeren werkzaamheden zijn gewijzigd. De totale scope waarop het honorarium betrekking heeft is dus ongewijzigd, en daarmee de te leveren inspanning door het adviesbureau.
- 3.7. De vermoedelijke reden voor de wijziging van het taakstellend installatiekostenbudget is volgens ondernemer gelegen in de vraag van een van de inschrijvers bij de derde Nota van Inlichtingen waarin werd aangegeven dat er een verschil is tussen een functioneel advies (zoals oorspronkelijk uitgevraagd) en een volledig advies (wat aanbesteder bij de tweede Nota van Inlichtingen lijkt uit te vragen). Dit verschil zou ook tot uitdrukking moeten komen in een verhoging van de nominale vergoeding.
- 3.8. Aanbesteder heeft in eerste instantie negatief geantwoord maar middels de vierde Nota van Inlichtingen op de valreep alsnog een verhoging van de nominale vergoeding mogelijk gemaakt. Dit heeft aanbesteder gedaan door het taakstellend

installatiekostenbudget te verlagen en het maximum honorariumpercentage te verhogen.

- 3.9. Blijkens paragraaf 4.1.5. van de Gunningsleidraad diende het honorarium waarmee werd ingeschreven als percentage van de totaal door de aanbestedende dienst beschikbaar gestelde taakstellende installatiekostenbudget te worden opgenomen in het inschrijfformulier.
- 3.10. Effectief resulteerde de vierde Nota van Inlichtingen er volgens ondernemer derhalve in dat inschrijvers een hoger honorarium konden opgeven zonder er qua score op achteruit te gaan. Ondernemer heeft, gelet op het voorgaande, geen gebruik kunnen maken van deze mogelijkheid.
- 3.11. Ondernemer heeft met zijn inschrijfformulier de volgende inschrijving ingediend:

Honorarium adviesbureau technische installatie:

HONORARIUMPERCENTAGE: 4,43 % (1.550.500,- €)

zegge: een miljoen vijfhonderdvijftigduizend vijfhonderd euro

(in voorkomend geval)

- 3.12. Ondernemer heeft derhalve ingeschreven voor een bedrag van € 1.550.500,- te weten 4,43% van het oorspronkelijke taakstellend budget of 6,18% van het herziene taakstellend budget. Dit blijkt volgens ondernemer ook duidelijk uit zijn inschrijving nu hij het bedrag van € 1.550.500,- zowel in woord als getal heeft opgenomen op het inschrijfformulier.
- 3.13. Wellicht ten overvloede wordt opgemerkt het woord "zegge" reeds door aanbesteder was opgenomen op het blanco inschrijfformulier. Ondernemer heeft hieruit afgeleid dat hij tevens het bedrag in euro's diende te noteren en voluit uit te schrijven.
- 3.14. Nadat aanbesteder kennis had genomen van de inschrijfformulieren is er contact geweest met ondernemer naar aanleiding van zijn inschrijving. Aanbesteder meende een discrepantie te constateren in de inschrijving nu het opgegeven honorariumpercentage (4,43%) niet overeenkwam met het genoteerde bedrag van € 1.550.500,-.
- 3.15. Ondernemer heeft deze discrepantie als volgt toegelicht. Doordat hij niet tijdig kennis heeft kunnen nemen van de vierde Nota van Inlichtingen heeft hij het door hem ingevulde percentage gebaseerd op een taakstellend installatiekostenbudget van € 35.000.000,- in plaats van het middels de vierde Nota van Inlichtingen gewijzigde taakstellend installatiekostenbudget ad € 25.100.801,-. Ondernemer heeft verder aangegeven zijn inschrijving van € 1.550.500,- (6,18% van het gewijzigde taakstellend installatiekostenbudget) gestand te doen omdat hij met dit bedrag wilde inschrijven, ongeacht het taakstellend installatiekostenbudget. Ondernemer heeft in dit kader tevens gesteld dat het feit dat hij zijn prijs naar aanleiding van de vierde Nota van Inlichtingen had kunnen verhogen tot € 1.711.875,- zonder er in score op achteruit te gaan voor eigen rekening en risico acht.
- 3.16. Samengevat ontstaat volgens ondernemer onderstaand beeld:

Totaal direct en indirecte installatiekosten		€ 35.000.000	Installatiekostenbudget tot en met nota 3
Percentage en honorarium bij maximale punten	4,23%	€ 1.480.500	Minimaal honorarium bij maximale punten
Percentage en honorarium bij nul punten	4,92%	€ 1.722.000	Maximaal toegestaan honorarium
Ingediend ondernemer	4,43%	€ 1.550.500	
Totaal directe installatiekosten		€ 25.100.801	installatiekostenbudget nota 4
Percentage en honorarium bij maximale punten	6,82%	€ 1.711.875	Minimaal honorarium bij maximale punten
Percentage en honorarium bij nul punten	7,87%	€ 1.975.433	Maximaal toegestaan honorarium
Verbetering inschrijving ondernemer	6,18%	€ 1.550.500	Gestand doen honorarium

- 3.17. Ondernemer heeft in zijn verdere onderbouwing van de klacht de correspondentie samengevat zoals die tussen hem en aanbesteder heeft plaatsgevonden in de periode van 21 januari 2020 tot aan de indiening van de klacht bij de Commissie (zie 1.8 t/m 1.14 hiervoor). In dat kader heeft ondernemer opnieuw een beroep gedaan op het juridisch kader dat hij aanvoerde in zijn memo van 23 januari 2020 (zie 1.11 hiervoor) ter onderbouwing van zijn stelling dat aanbesteder hem had moeten toelaten tot herstel.
- 3.18. In dat kader heeft ondernemer nog opgemerkt dat het hem bevreemdt dat aanbesteder kennelijk voldoende aanknopingspunten ziet om de inschrijving dusdanig te wijzigen dat deze komt te luiden: 4,43% (€ 1.111.965,48), zegge: een miljoen honderdelfduizend negenhonderdvijfenzestig euro en achtenveertig eurocent, terwijl aanbesteder de wijziging: 6,18% (€ 1.550.500,-), zegge een miljoen vijfhonderdvijftigduizend vijfhonderd euro, kennelijk ontoelaatbaar acht.
- 3.19. Aanbesteder lijkt hiermee volgens ondernemer te zeggen dat herstel in beginsel mogelijk is en dat aanbesteder hier ook bereid is aan mee te werken maar alleen indien dit op een voor aanbesteder gunstige wijze plaatsvindt.
- 3.20. Gelet op al het voorgaande is ondernemer van mening dat aanbesteder, nu herstel niet is uitgesloten in de aanbestedingsstukken, gehouden is hem in de gelegenheid te stellen over te gaan tot herstel van zijn inschrijving zodat het opgegeven percentage in lijn wordt gebracht met het geoffreerde bedrag van € 1.550.500,-.
- 3.21. Ondernemer merkt tot slot nog op dat hij meent dat een verplichting om dat te doen in voorliggend geval bestaat nu het ultimatum van aanbesteder (namelijk: intrekken inschrijving of irreële inschrijfprijs) gelijk dient te worden gesteld aan uitsluiting. Dit terwijl de fout in de inschrijving objectief bepaalbaar is en de belangen van derden niet worden geschonden indien herstel zou zijn toegestaan. Tegelijkertijd heeft aanbesteder ook geen belang bij het niet meedingen van ondernemer naar de opdracht nu de mededinging door het meedingen van ondernemer niet zou kunnen worden geschaad. Dit geldt temeer nu ondernemer heeft ingeschreven met een dusdanig lage inschrijfsom dat aanbesteder ook door herstel niet in zijn belangen wordt geschaad. Ondernemer bedoelt daarmee dat hij, gelet op de wijzigingen bij de vierde Nota van Inlichtingen, zeer waarschijnlijk de laagste inschrijfsom zal hebben van alle inschrijvers.

4. Reactie aanbesteder

- 4.1. Inschrijvers dienden op het inschrijfformulier het honorarium op te geven in een percentage van het door aanbesteder beschikbaar gestelde taakstellende installatiekostenbudget. Dat budget was aanvankelijk vastgesteld op € 35.036.213,- (afgerond op € 35.000.000,-). Naar aanleiding van een vraag in de 3e Nota van Inlichtingen heeft aanbesteder in de 4e Nota van Inlichtingen het taakstellende installatiekostenbudget verlaagd naar € 25.100.801,-. De inschrijftermijn is daarbij verlengd tot 20 januari 2020. Overigens is altijd (bij het aanvankelijke taakstellende installatiekostenbudget en ook bij het verlaagde taakstellende installatiekostenbudget) uitgegaan van een vergoeding voor een volledig advies en niet een functioneel advies.
- 4.2. Ondernemer heeft aangegeven dat hij de 4e Nota van Inlichtingen heeft ontvangen, maar over het hoofd heeft gezien. Het staat in ieder geval vast dat ondernemer kennis heeft genomen c.q. had kunnen nemen van de inhoud van de 4e Nota van Inlichtingen. Voor een behoorlijk geïnformeerd en normaal oplettende professionele inschrijver was het volstrekt duidelijk dat het honorarium als percentage van het aangepaste taakstellende installatiekostenbudget van € 25.100.801,- op het inschrijfformulier moest worden ingevuld.
- 4.3. Het was daarbij volgens aanbesteder overigens niet de bedoeling dat er een bedrag zou worden vermeld. Dat werd ook niet gevraagd. Enkel werd gevraagd om een percentage in te vullen en dit percentage daaronder uit te schrijven in tekst. Aanbesteder verwijst in dit kader naar bijlage 2 van de Gunningsleidraad (zie 1.3 hiervoor).
- 4.4. Aanbesteder wijst er op dat ondernemer op zijn inschrijfformulier zelf een bedrag tussen haakjes heeft toegevoegd en een bedrag - in plaats van het percentage - in tekst heeft uitgeschreven (zie 3.11 hiervoor). Dat was volgens aanbesteder dus niet de bedoeling. De overige inschrijvers hebben het inschrijfformulier wel op de juiste wijze ingevuld.
- 4.5. Ondernemer heeft volgens aanbesteder aangegeven dat hij zelf een fout heeft gemaakt door onvoldoende acht te slaan op de inhoud van 4e Nota van Inlichtingen. Ondernemer heeft vervolgens aanbesteder verzocht om het ingevulde percentage op zijn inschrijfformulier na de indieningsdatum van de inschrijvingen te mogen wijzigen. Hij stelt dat het zijn bedoeling was om met het bedrag van € 1.550.500,- (wat overeenkomt met 4,43% van € 35.000.000,-) in te schrijven kennelijk ongeacht het taakstellende installatiekostenbudget.
- 4.6. Als uitgangspunt geldt volgens aanbesteder dat een aanbestedende dienst bij de beoordeling van inschrijvingen moet uitgaan van de inschrijvingen zoals deze bij het sluiten van de inschrijvingstermijn zijn ontvangen. Het gelijkheids- en transparantiebeginsel verzetten zich tegen elke onderhandeling tussen de aanbestedende dienst en een inschrijver in het kader van een procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten, hetgeen betekent dat een inschrijving na de indiening ervan in beginsel niet mag worden aangepast op initiatief van de aanbestedende dienst of van de inschrijver.
- 4.7. Slechts in uitzonderlijke gevallen kunnen inschrijvingen op aanbestedingen worden verbeterd of aangevuld. Het moet dan gaan om gebreken in de inschrijving die 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, nr. C-599/10, SAG-arrest).

- 4.8. In het onderhavige geval is volgens aanbesteder echter geen sprake van een materiële fout die zich leent voor herstel. Ondernemer vraagt namelijk aan de aanbesteder om zijn inschrijving te wijzigen door aanpassing van het percentage en door aanpassing van zijn inschrijving in de zin dat er verhoudingsgewijs een bedrijfseconomisch verschil ontstaat ten opzichte van zijn oorspronkelijke inschrijving. Immers voor het bedrag van € 1.550.500,- zal ondernemer bij het verlaagde taakstellende installatiekostenbudget van € 25.100.801,- een hogere omzet behalen, althans een hogere vergoeding ontvangen voor dezelfde werkzaamheden dan bij het aanvankelijk gestelde taakstellende installatiekostenbudget van € 35.000.000,-.
- 4.9. Dat ondernemer evenwel bereid is voor hetzelfde bedrag van € 1.550.500,- bij een taakstellend installatiekostenbudget van € 25.100.801,- in te schrijven is volgens aanbesteder begrijpelijk, want dat zou voor ondernemer in bedrijfseconomisch opzicht gunstiger zijn. Echter daarmee zou hij in werkelijkheid een nieuwe inschrijving doen ten opzichte van zijn oorspronkelijke inschrijving en dat is niet toegestaan. Dat zou in strijd met de beginselen van gelijke behandeling en transparantie zijn. Ondernemer heeft volgens aanbesteder op basis van een taakstellend installatiekostenbudget van € 35.036.213,- een inschatting gemaakt voor zijn inschrijving en niet op basis van een taakstellend installatiekostenbudget van € 25.100.801,-. Er valt niet objectief vast te stellen dat [Ondernemer] daadwerkelijk met een honorariumpercentage van 6,18% zou hebben ingeschreven als hij bij zijn inschrijving wel zou zijn uitgegaan van het taakstellende installatiekostenbudget van € 25.100.801,-.
- 4.10. Aanbesteder zal bij het aangepaste honorarium verhoudingsgewijs meer betalen dan bij het aanvankelijke honorarium waarmee ondernemer heeft ingeschreven. Ook in dat opzicht zal dus sprake zijn van een in werkelijkheid nieuwe inschrijving van ondernemer.
- 4.11. Door ondernemer is nog gesteld dat er bij aanpassing van het honorariumpercentage geen sprake is van een bedrijfseconomisch andere inschrijving, omdat de uitvraag ongewijzigd is gebleven. Volgens aanbesteder is dat in dit geval niet relevant. Het gaat er juist om dat ondernemer een hogere vergoeding ontvangt voor dezelfde werkzaamheden.
- 4.12. Dat er in de beoordeling qua puntenaantal niets verandert bij aanpassing van 4,43% naar 6,18% is volgens aanbesteder verder niet van belang voor de vraag of herstel van de inschrijving is toegestaan.
- 4.13. Aanbesteder blijft dan ook bij het standpunt dat aan ondernemer geen herstelgelegenheid mag worden geboden.

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder op 1 augustus 2019 een Europese niet-openbare aanbesteding heeft aangekondigd voor een overheidsopdracht voor ontwerp- en adviesdiensten met betrekking tot de bouw van installaties ten behoeve van de renovatie en restauratie van Museum [X]. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Delen 1 en 2 van de Aw 2012.
- 5.2. In artikel 2.55 Aw 2012 is het volgende bepaald:

“Een aanbestedende dienst kan een ondernemer vragen om zijn inschrijving of verzoek om deelneming nader toe te lichten of aan te vullen, met inachtneming van de artikelen 2.84, 2.85 en 2.102.”

- 5.3. De Commissie stelt vast dat aanbesteder toepassing aan dit wetsartikel heeft gegeven.
- 5.4. De Commissie stelt verder vast dat tussen partijen niet in geschil is dat ondernemer in zijn inschrijving een honorariumpercentage van 4,43 heeft aangeboden uitgaande van een taakstellend installatiekostenbudget van ca. 35 miljoen euro, terwijl dat budget bij de vierde Nota van Inlichtingen is gewijzigd naar ca. 25 miljoen euro (zie 3.4 en 4.1 hiervoor). Ondernemer neemt het standpunt in dat daarmee sprake is van een materiële fout in zijn inschrijving (zie 3.1 hiervoor).
- 5.5. De te beantwoorden vraag is of deze fout zich leent voor herstel op de wijze zoals ondernemer dat voor ogen heeft. Bij de beantwoording van die vraag zal de Commissie – evenals in haar eerdere Advies 501 – voor de uitleg van artikel 2.55 Aw 2012 aansluiten bij het hiernavolgende toetsingskader zoals verwoord in het arrest HvJ EU 29 maart 2012, ECLI:EU:C:2012:191, zaak C-599/10 (SAG), r.o. 40, HvJ EU 10 oktober 2013, ECLI:EU:C:2013:647, zaak C-336/12 (Manova), r.o. 31 – 40 en onder meer Advies 465, overweging 5.4.12 en Advies 388, overweging 5.3.7.
- 5.5.1. De hiervoor bedoelde jurisprudentie komt er – kort gezegd – op neer dat wanneer een inschrijver zijn inschrijving heeft ingediend, die inschrijving in beginsel niet meer mag worden aangepast op initiatief van de aanbestedende dienst of van de inschrijver zelf. De verplichting van een aanbestedende dienst om de inschrijvers op gelijke en niet-discriminerende wijze te behandelen en de hieruit voortvloeiende transparantieplichting 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), r.o. 40 en HvJ EU 10 oktober 2013, zaak C-336/12 (Manova), r.o. 31-39). Het maken van een dergelijke uitzondering is echter uitgesloten ingeval van ontbrekende informatie die op straffe van uitsluiting moet worden verstrekt (HvJ EU 10 oktober 2013, zaak C-336/12 (Manova) r.o. 40). Zie meer recent een arrest betreffende Richtlijn 2014/17: HvJ EU 11 mei 2017, zaak C-131/16, ECLI:EU:C:2017:358 (Archus en Gama).
- 5.5.2. Indien een aanbestedende dienst op basis van voormelde jurisprudentie een inschrijver in de gelegenheid mag stellen om zijn fout in zijn inschrijving te herstellen, acht de Commissie het disproportioneel als de aanbestedende dienst de inschrijver deze mogelijkheid niet biedt (zie Advies 533, overweging 5.2.4 en Advies 460, overweging 5.3.4 en de daar aangehaalde jurisprudentie).
- 5.5.3. In een aantal adviezen heeft de Commissie overwogen dat een dergelijke gelegenheid tot herstel niet mag worden geboden omdat het daarbij de facto zou gaan om een wijziging van de inschrijving: zie Advies 462, overweging 5.13 (nieuw uurtarief); Advies 437, overweging 5.12 (wijziging deelprijzen); Advies 394, overweging 5.3 (nieuwe prijslijsten).
- 5.6. Daarmee komt de Commissie toe aan de beantwoording van de in 5.5 hiervoor gestelde vraag.
- 5.6.1. De Commissie overweegt in dat kader allereerst dat uit de aanbestedingsstukken objectief duidelijk blijkt dat voor de berekening van de door een inschrijver voor het prijs criterium P1 behaalde puntenscore enkel relevantie kan toekomen aan het door die inschrijver in zijn inschrijfformulier aangeboden honorariumpercentage. De Commissie wijst in dit verband op paragraaf 4.1.5 (onder punt 1) en paragraaf

4.1.6 van de Gunningsleidraad (zie 1.2 hiervoor) en op het inschrijfformulier dat is opgenomen in Bijlage 2 van de Gunningsleidraad (zie 1.3 hiervoor).

- 5.6.2. Ondernemer heeft ingeschreven met een honorariumpercentage van 4,43%. De Commissie begrijpt de stellingen van ondernemer aldus dat hij zich op het standpunt stelt dat – nu aanbesteder uit de verdere inhoud van zijn inschrijfformulier kon afleiden dat ondernemer beoogde in te schrijven met een honorariumpercentage van 6,18% – sprake is van een kennelijke materiële fout die mag worden hersteld (vergelijk ook Rb. Den Haag (vzr.) 25 juli 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:7599, rov. 5.9). De Commissie kan ondernemer in dat standpunt niet volgen.
- 5.6.3. In het standpunt van ondernemer ligt namelijk besloten dat wanneer een aanbestedende dienst in een geval als het onderhavige constateert dat in een inschrijfformulier zowel een percentage als een bedrag worden genoemd, en de uitkomst van de berekening van dat percentage over het door de aanbestedende dienst bekendgemaakte budget niet overeenstemt met het in het formulier genoemde bedrag, de aanbestedende dienst daaruit enkel en alleen de conclusie zal kunnen trekken dat de inschrijver wel beoogde in te schrijven met het in het formulier genoemde bedrag, doch niet met het daarin genoemde percentage. Er bestaat naar het oordeel van de Commissie echter ook nog een andere mogelijkheid en die is dat de inschrijver wel degelijk beoogde in te schrijven met het in het inschrijfformulier genoemde percentage, doch niet met het daarin genoemde bedrag. De aanbestedingsdocumenten sluiten die tweede mogelijkheid in dit geval immers niet uit, aangezien ondernemer met een honorariumpercentage van 4,43% een geldige inschrijving zou doen en een maximumscore van 15 punten zou behalen voor het prijscriterium P1 (zie 1.6 hiervoor). Dat ondernemer zelf van mening is dat hij met een percentage van 4,43% een irreële inschrijving zou doen, doet aan het voorgaande niet af. Een en ander betekent dat in dit geval geen sprake is van een kennelijke materiële fout die zich leent voor herstel.
- 5.6.4. Zelfs wanneer de Commissie er veronderstellenderwijs van zou uitgaan dat in dit geval wel sprake is van een kennelijke materiële fout, geldt nog het volgende. Zoals uit het voorgaande is gebleken, bevat het inschrijfformulier van ondernemer naast het honorariumpercentage van 4,43% een vermelding (zowel in cijfers als in letters) van het bedrag van € 1.550.500. Dat is niet exact het bedrag dat zou resulteren wanneer – zoals door ondernemer is voorgesteld – het percentage van 6,18 zou worden berekend over het bedrag van € 25.100.801,- (het in de vierde Nota van Inlichtingen bijgestelde budget): 6,18% van € 25.100.801,- bedraagt immers € 1.551.229,50. Dat betekent dat zelfs wanneer ondernemer zou worden gevolgd in zijn stelling dat sprake is van een kennelijke materiële fout, hij een nieuwe – met het bedrag van € 729,50 verhoogde – inschrijving voorstelt. Ook dat is in strijd met de bovengenoemde jurisprudentie van het Hof van Justitie EU.
- 5.6.5. Het voorgaande betekent dat aanbesteder correct heeft gehandeld door ondernemer geen herstelmogelijkheid te bieden.
- 5.7. De klacht is derhalve ongegrond.

6. Advies

De Commissie acht de klacht **ongegrond**.

Den Haag, 19 februari 2020

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

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

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid