

Advies 479 | Samenvatting

De klacht betreft een Europese niet-openbare procedure voor een overheidsopdracht voor diensten voor advieswerkzaamheden die zien op de herinrichting van een kantoor van de aanbesteder.

De aanbesteder heeft de inschrijvingen van twee inschrijvers ongeldig verklaard omdat zij een inschrijving onder voorwaarden zouden hebben ingediend door in de inschrijvingsbegroting de DNR 2011 van toepassing te verklaren.

Een brancheorganisatie heeft een klacht ingediend waarin zij klaagt dat deze twee inschrijvingen ten onrechte als ongeldig terzijde zijn gelegd en de inschrijvers ten onrechte niet in de gelegenheid zijn gesteld om de fout in hun inschrijvingen te herstellen. Omdat de inschrijvingsbegroting geen deel uitmaakt van de te sluiten overeenkomst, is er volgens de brancheorganisatie geen inschrijving onder voorwaarden ingediend en is de door de aanbesteder in de aanbestedingsstukken voorgeschreven AABA DNR 2005 van toepassing. De inschrijvers hebben namelijk in het inschrijvingsbiljet ingestemd met de voorwaarden van de aanbesteding.

Volgens de aanbesteder hebben de twee inschrijvers allebei een inschrijving onder voorwaarden gedaan en was het juridisch niet toegestaan om deze fout te laten herstellen.

Naar het oordeel van de Commissie hebben de twee inschrijvers inschrijvingen onder voorwaarden ingediend door in de inschrijvingsbegrotingen de DNR 2011 van toepassing te verklaren. Dat zij in hun inschrijvingsbiljetten hebben ingestemd met de voorwaarden van de aanbesteding, doet daar niet aan af. De Commissie oordeelt vervolgens dat de aanbesteder in dit geval geen mogelijkheid tot herstel mocht geven. Naar het oordeel van de Commissie kan het alsnog schrappen van het van toepassing verklaren van de DNR 2011 niet worden aangemerkt als een klaarblijkelijk eenvoudige precisering of het rechtzetten van een kennelijke materiële fout. De aanbesteder heeft de inschrijvingen terecht als ongeldig terzijde gelegd.

De Commissie oordeelt dat de klacht ongegrond is.

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 479

1. Feiten

1.1. Aanbesteder heeft op 31 januari 2018 een Europese niet-openbare procedure aangekondigd voor een overheidsopdracht voor diensten voor advieswerkzaamheden die zien op de herinrichting van een kantoor van aanbesteder. Aanbesteder heeft het ARW 2016 op deze aanbestedingsprocedure van toepassing verklaard.

1.2. In de 'Aanbestedingsleidraad aanmeldingsfase' van 31 januari 2018 is, onder meer, het volgende bepaald:

'2 Beschrijving project en opdracht

2.1 Algemene kenmerken

(...)

2.2 Hoeveelheid of omvang van de opdracht

De ontwerpwerkzaamheden die door het multidisciplinair ontwerpteam moeten worden verzorgd, zullen worden beschreven als in de Standaard Taak Beschrijving (STB) in de bijlage van de ABAA-DNR 2005.

(...)

2.3 Algemene voorwaarden

De overeenkomst wordt gesloten op basis van de DNR 2005 met de AABA DNR 2005 (inclusief bijlage 1)

1.3. In de 'Aanbestedingsleidraad inschrijvingsfase' van 31 januari 2018 is, onder meer, het volgende bepaald:

'1 Inleiding

1.1 Algemeen

(...)

1.2 Bijlagen

Bij deze aanbestedingsleidraad inschrijvingsfase horen de volgende stukken:

– Inschrijvingsbiljet

Overige aanbestedingsdocumenten inschrijvingsfase:

– (...)

– ABAA DNR aanvraag Arch-Adv diensten aug17

– (...)

2 Aanbestedingsprocedure

2.1 Procedure

Aan de hand van de procedure zoals beschreven in de aanbestedingsleidraad aanmeldingsfase heeft het Rijksvastgoedbedrijf **5** gegadigden geselecteerd en deze uitgenodigd tot deelneming aan de inschrijvingsfase.

(...)

4 Inschrijving

4.1 Algemeen

Gegadigden die in aanmerking willen komen voor gunning van de opdracht moeten een tijdige, volledige en correcte inschrijving indienen via het dashboard van deze aanbesteding via TenderNed.

Inschrijvingen dienen te voldoen aan alle bepalingen uit deze leidraad en gesteld in TenderNed. Een inschrijving waaraan voorwaarden zijn verbonden, wordt terzijde gelegd en niet in beschouwing worden genomen.

4.1.1 Documenten in te dienen bij inschrijving

Bij de inschrijving dienen de volgende documenten via TenderNed te worden ingediend:

Financiële documenten

1. Inschrijvingsbiljet
2. Inschrijvingsbegroting

Kwalitatieve documenten

3. Plan van aanpak

Voor de eisen aan de documenten wordt verwezen naar onderstaande paragrafen van deze leidraad en het dashboard van TenderNed. Bij tegenstrijdigheden prevaleren de eisen op het dashboard op TenderNed.

(...)

4.4 Inschrijvingsbegroting

De inschrijvingsbegroting dient te zijn gespecificeerd en opgesteld in een algemeen gangbaar bestandsformaat, bij voorkeur als rekenblad/spreadsheet en anders in pdf.

De inschrijvingsbegroting zal geen deel uitmaken van de overeenkomst. Eventuele offertes van derden moeten op aanvraag beschikbaar zijn en de bedragen van de derden onderbouwen. Eventuele afwijkende bedragen en fouten in de inschrijvingsbegroting vormen geen grond voor aanpassing van de werkzaamheden of de opdrachtsom.

(...)

6 Slotbepalingen

6.1 Verificatie gegevens

[Aanbesteder] behoudt zich het recht voor om:

(...)

- na ontvangst en een eerste evaluatie van de inschrijvingen een nadere verduidelijking c.q. toelichting te verlangen.'

- 1.4. In Bijlage 1 ("Projectinformatie, kaders en aanvullingen") van 25 januari 2018 is onder meer opgenomen:

2 PROJECT EN OPDRACHT

(...)

2.5 Fasering

Het project wordt conform DNR 2005 (STB) en ABAA DNR 2005 als volgt gefaseerd uitgevoerd:

(...)

10 AANVULLINGEN OP BIJLAGEN AABA DNR 2005

(...)

11 AANVULLINGEN OP DNR 2005 STB TAAKVERDELINGSOVERZICHT

(...)

12 BIJLAGEN

BIJLAGE 2 DNR 2005 STB Rgd Taakverdelingsoverzicht ('kruisjeslijst').'

- 1.5. In het Inschrijvingsbiljet is onder meer het volgende bepaald:

'De inschrijver verklaart deze inschrijving te doen overeenkomstig de bepalingen van het Aanbestedingsreglement Werken 2016 en met inachtneming van de bepalingen en de gegevens zoals deze zijn omschreven in de aanbestedingsstukken.'

- 1.6. In de Nota van Inlichtingen van 23 februari 2018 zijn, onder meer, de volgende vraag en het volgende antwoord opgenomen:

Vraag 93: 'Wat wordt precies bedoeld met inschrijvingsbegroting. Is er een bepaald format waaraan de inschrijvingsbegroting moet voldoen? Hoe gedetailleerd moet dit zijn?'

Antwoord: 'De inschrijvingsbegroting dient inzicht te geven over hoe het inschrijvingsbedrag is opgebouwd.'

- 1.7. A en B hebben een inschrijving ingediend.

- 1.8. In de inschrijvingsbegroting van A staat onder meer:

'voorwaarden

De Nieuwe Regeling 2011 Rechtsverhouding opdrachtgever – architect, ingenieur en adviseur (DNR 2011) is van toepassing op deze opdracht. Bij aanvaarding en ondertekening van deze aanbieding bevestigt u gelijktijdig dat u op de hoogte bent van, en bekend bent met, deze regeling. Kopie van DNR 2011 is te downloaden via (...).'

- 1.9. In de inschrijvingsbegroting van B staat onder meer:

'DNR 2011 is van toepassing.'

- 1.10. Aanbesteder heeft op 10 juli 2018 de mededeling van de gunningsbeslissing aan A en B verzonden. In die mededeling heeft aanbesteder A en B onder andere la-

ten weten dat hun inschrijvingen op basis van artikel 3.35.2 ARW 2016 als on-
geldig terzijde zijn gelegd omdat er voorwaarden aan waren verbonden.

- 1.11. Op 5 juni 2018 heeft A via TenderNed het volgende bericht aan aanbestedder ver-
zonden:

'We hebben begrepen dat onze inschrijving opzij wordt gelegd. We zouden een
inschrijving met voorwaarden hebben gedaan, wat (ons inziens) niet het geval is
zeker niet onze intentie.

Zoals wij begrijpen heeft u op een onderliggend document (de gevraagde in-
schrijvingsbegroting in een Excel-sheet) de omschrijving "DNR 2011 van toepas-
sing" aangetroffen. Bij deze vragen we u ons in de gelegenheid te stellen deze
regel te vervangen door "DNR 2005 van toepassing". Wij zien dit als het herstel-
len van een klein gebrek, waartoe de ARW terecht de mogelijkheid biedt.

Zeker wanneer een bepaalde vergissing door meerdere inschrijvende partijen
wordt gemaakt zou deze als 'voor de hand liggend' bestempeld mogen worden.

Ons inziens is het daarom gerechtvaardigd deze kleine fout te (laten) herstellen,
en wel om de volgende redenen:

) Het formele inschrijfformulier is correct ingevuld en ondertekend door een daar-
toe binnen ons bureau gemachtigd persoon. Daarmee worden formeel alle in-
schrijfvoorwaarden onderschreven.

b) In uw leidraad, pagina 11, 4.4. staat in paragraaf twee "de inschrijvingsbegro-
ting zal geen deel uitmaken van de overeenkomst." Het gaat om een vormvrije
onderbouwing van het geoffreerde bedrag.

c) "DNR 2011 van toepassing" betreft een standaardzin, die in het Excel-format
van onze urenonderbouwing is opgenomen. Het gaat om een eenvoudige, corri-
geerbare fout op een bijlage, die enkel ter uwer oriëntatie dient.

We menen dat dit zowel juridisch als moreel de juiste handelwijze is, als het
maatschappelijk belang gediend moet worden. Vanzelfsprekend bieden wij onze
excuses aan voor de verwarring, maar we hopen op uw medewerking te mogen
rekenen.'

- 1.12. Op 13 juni 2018 heeft B de volgende e-mail aan de brancheorganisatie verzon-
den:

'Zie onderstaand onze brief, zoals zojuist besproken aan de telefoon.

Geachte ,

Met dit schrijven maken wij bezwaar tegen de terzijdelegging van onze inschrij-
ving op de aanbesteding "Advieswerkzaamheden en Directievoering en Toezicht –
Herinrichting kantoor (...)".

De terzijdelegging is erop gebaseerd dat onze inschrijving onder voorwaarden
zou zijn: ons document "inschrijvingsbegroting" verwijst niet alleen naar de DNR
2005 zoals die bij deze aanbesteding van toepassing is, maar ook naar de meer
actuele DNR 2011.

De verwijzing naar de DNR 2011 is een vergissing voortkomend uit het gebruik van een momenteel gangbaar template; de DNR 2005 wordt in de branche nauwelijks nog gebruikt.

Het was zeker niet onze intentie andere voorwaarden te stellen.

Zowel de aanbestedingswet 2012 als de slotbepalingen van de aanbestedingsleidraad als weergegeven in paragraaf 6.1 laten de aanbestedende dienst expliciet de mogelijkheid inschrijvingen op inhoudelijke juistheid en consistentie te (laten) controleren en na ontvangst en een eerste evaluatie nadere verduidelijking c.q. toelichting te verlangen. Zij heeft van deze mogelijkheid geen gebruik gemaakt, terwijl de inschrijvingsbegroting verwijst naar zowel de DNR 2005 als de DNR 2011 en zo toch al een vergissing doet vermoeden.

De aanbestedingsleidraad geeft in paragraaf 4.4 bovendien aan dat de inschrijvingsbegroting geen onderdeel uitmaakt van de overeenkomst. Conform paragraaf 3.5 maakt de inschrijvingsbegroting ook geen deel uit van de beoordelingsmethodiek, maar telt in de weging naast kwaliteit alleen het bedrag dat is ingevuld op het inschrijvingsbiljet.

Uw antwoord op vraag 93 in de nota van inlichtingen geeft te kennen dat de inschrijvingsbegroting inzicht moet geven in de opbouw van het inschrijvingsbedrag, wat het ook doet. Het inschrijfbedrag zelf is weergegeven op het formele inschrijvingsbiljet, waarop wij ondertekend te kennen geven de inschrijving te doen overeenkomstig de bepalingen als omschreven in de aanbestedingsstukken.

Zoals weergegeven in paragraaf 4.6 van de aanbestedingsleidraad, maakt [Aanbesteder] gebruik van Past Performance bij de beoordeling van partijen en geleverde prestaties. Daarnaast is de vigerende Marktvisie van [Aanbesteder] mede expliciet gericht op meer samenwerking tussen opdrachtgever en opdrachtnemer en daarmee een betere verhouding tussen partijen. Uw beslissing tot terzijdelegging doet recht aan noch ons Past Performance-profiel, noch aan uw eigen Marktvisie.

[Aanbesteder] en [A] hebben over de afgelopen jaren nauw samengewerkt aan uiteenlopende projecten, waarbij wij ons altijd een betrouwbare partij hebben getoond die zich met een open houding constructief inzet om de doelen van [Aanbesteder] te verwezenlijken.

Ook voor het project [X] hebben wij ons ingezet om optimale oplossingen voor [Aanbesteder] en zijn gebruikers te genereren. Daarin hebben wij veel tijd en kosten geïnvesteerd. Een terzijdelegging zoals die zich nu voordoet, met stroeve communicatie en zonder mogelijkheid tot herstel van een kleine administratieve onvolkomenheid, achten wij alles overwegend een oneigenlijke en vergaand disproportionele maatregel.'

- 1.13. Op 14 juni 2018 heeft de brancheorganisatie een klachtbrief aan het klachtenmeldpunt van aanbesteder verzonden. Deze is nagenoeg gelijk aan de onderbouwing van haar klacht bij de Commissie (zie 3.1 – 3.11 hierna).
- 1.14. Op 18 juni 2018 hebben A en aanbesteder hun standpunt mondeling toegelicht aan het beoordelingsteam van het klachtenmeldpunt van aanbesteder.
- 1.15. Op 25 juni 2018 hebben de brancheorganisatie en aanbesteder hun standpunt mondeling toegelicht aan het beoordelingsteam van het klachtenmeldpunt van aanbesteder.

- 1.16. Op 6 juli 2018 heeft het klachtenmeldpunt van aanbesteder de volgende brief aan de brancheorganisatie verzonden:

'De klacht

[Brancheorganisatie] klaagt er over dat de inschrijving van twee van haar leden (hierna: "inschrijvers") ten onrechte ter zijde is gelegd. De onderbouwing van de klacht is als volgt:

1. Klein gebrek
 - a. [Brancheorganisatie] stelt dat er sprake is van een kennelijke vergissing die eenvoudig hersteld kan worden. De inschrijvers hebben gebruik gemaakt van eigen templates waarbij inschrijvers over het hoofd hebben gezien dat deze templates een verwijzing bevatten naar de DNR2011.
 - b. [Brancheorganisatie] stelt dat de inschrijvers niet de intentie hadden om voorwaardelijk in te schrijven nu de inschrijvers met de ondertekening van het formele inschrijvingsbiljet te kennen hebben gegeven dat zij de inschrijving doen overeenkomstig de bepalingen als omschreven in de aanbestedingsstukken.
 - c. [Brancheorganisatie] stelt vervolgens dat geen sprake kan zijn van een inschrijving onder voorwaarden nu de inschrijvingsbegroting geen deel uitmaakt van de "in de inschrijving vervatte aanbidding". De inschrijvingsbegroting is slechts een bewijsmiddel ter onderbouwing van de in het inschrijfbiljet vermelde inschrijfsom.
 - d. Toepassen van de proportionaliteitstoets naar analogie van art. 3.22.6 ARW; het had op de weg van de aanbestedende dienst gelegen om de inschrijvers in de gelegenheid te stellen de kennelijke fout te laten herstellen.
2. Geen voorwaardelijke inschrijving
 - a. Uit de aanbestedingsleidraad volgt dat de inschrijvingsbegroting geen onderdeel van de te sluiten overeenkomst wordt.
 - b. [Brancheorganisatie] stelt dat de inschrijvers middels ondertekening van het inschrijfbiljet zich onvoorwaardelijk akkoord verklaard hebben met de voorwaarden van de aanbestedende dienst.
 - c. [Brancheorganisatie] stelt dat de inschrijvers in de gelegenheid gesteld hadden kunnen worden om de verwijzing naar de DNR 2011 te vervangen door verwijzing naar de ABAA DNR 2005.

Beoordeling klacht

1. Klein gebrek

Het eerste onderdeel van de klacht heeft betrekking op de vraag of er sprake is van een kennelijke vergissing die eenvoudig hersteld kan worden, ofwel; had de aanbestedende dienst, na constatering van de onjuiste verwijzing naar algemene voorwaarden de mogelijkheid moeten bieden aan de inschrijvers tot verduidelijking dan wel herstel van haar inschrijving.

a. Kennelijke vergissing

In paragraaf 2.3 van de Aanbestedingsleidraad aanmeldingsfase niet-openbare procedure d.d. 31 januari 2018 is opgenomen:

"De overeenkomst wordt gesloten op basis van de DNR 2005 met de ABAA DNR 2005."

De inschrijvers hebben hun inschrijving, bestaande uit het inschrijvingsbiljet, de inschrijfbegroting en het plan van aanpak, op 29 mei 2018 ingediend. In beide inschrijfbegrotingen wordt expliciet verwezen naar de toepasselijke voorwaarden, te weten de DNR 2011.

De inschrijvers hebben mogelijk gebruik gemaakt van eigen templates, echter de verwijzing naar de DNR 2011 die is opgenomen in beide inschrijfbegrotingen betreft geen standaardbriefpapier met daarop voorgedrukt een verwijzing naar de eigen algemene voorwaarden. Het betreft in beide gevallen een document met daarop een door de inschrijver zelf ingevoerde verwijzing naar de DNR 2011.

De commissie is van opvatting dat deze zinsneden in de inschrijfbegrotingen niet anders kunnen worden begrepen dan dat de inschrijvers zich voorwaardelijk hebben gecommitteerd aan de door hen gedane inschrijvingen. Door op deze wijze de DNR 2011 aan de inschrijving te verbinden hebben inschrijvers de inschrijving afhankelijk gemaakt van een bepaalde omstandigheid, namelijk de toepasselijkheid van de DNR 2011 in plaats van de door de aanbestedende dienst op deze opdracht van toepassing verklaarde –en op onderdelen inhoudelijk afwijkende– DNR 2005. Dit betekent, naar mening van de commissie, dat de bewuste zinsneden de gedane inschrijvingen voorwaardelijk maken en dat er geen sprake is van een kennelijke fout of vergissing die zich eenvoudig laat herstellen.

b. Ondertekening inschrijfbiljet

Op de vraag of inschrijvers de intentie hebben gehad om de eigen voorwaarden te laten prevaleren nu de inschrijvers het inschrijfbiljet hebben ondertekend waarbij op het bij deze aanbesteding gehanteerde inschrijvingsbiljet, voor de ruimte voor de handtekening van de inschrijver, volgende zin is opgenomen:

"De inschrijver verklaart deze inschrijving te doen overeenkomstig de bepalingen van het Aanbestedingsreglement Werken 2016 en met inachtneming van de bepalingen en de gegevens zoals deze zijn omschreven in de aanbestedingsstukken."

overweegt de commissie, eveneens onder verwijzing naar recente jurisprudentie, dat een aanbestedende dienst heeft bepaald dat hij geen voorwaardelijke inschrijving accepteert zekerheid moet hebben dat inschrijvingen daadwerkelijk onvoorwaardelijk en zonder voorbehoud zijn gedaan. Alleen in dat geval immers zijn de verschillende inschrijvingen met elkaar te vergelijken. De inschrijvers hebben door het inschrijvingsbiljet te ondertekenen de voorgedrukte en hierboven aangehaalde verklaring afgelegd, maar hebben tevens in de inschrijfbegroting verwezen naar de toepasselijkheid van de DNR 2011 en daarmee verwezen naar afwijkende voorwaarden, want naar andere voorwaarden dan die door de aanbestedende dienst op de onderhavige opdracht van toepassing zijn verklaard. De commissie is van oordeel dat de inschrijvers hiermee zelf de situatie hebben gecreëerd waarin niet van de aanbestedende dienst mocht worden verwacht dat deze het inschrijfbiljet los zou zien van de in de inschrijfbegroting geformuleerde voorwaarden. De commissie is hiermee tevens van oordeel dat ook met het ondertekenen van het inschrijfbiljet, en daarmee de verklaring dat zij de inschrijving doen overeenkomstig de bepalingen als omschreven in de aanbestedingsstukken, inschrijvers geen onvoorwaardelijke bieding hebben gedaan en de inschrijving om die reden terecht ongeldig is bevonden.

c. Inschrijvingsbegroting deel van de inschrijving

De commissie is van mening dat het in dit verband niet van belang is of de inschrijvingsbegroting deel uitmaakt van de overeenkomst en/of de beoordelingsmethodiek. Van belang is of de inschrijvingsbegroting onderdeel uitmaakt van de inschrijving. Het antwoord op deze vraag is op te maken uit paragraaf 4.1.1 van

de Aanbestedingsleidraad inschrijvingsfase niet-openbare procedure van 31 januari 2018, waar de volgende tekst is opgenomen:

*"Documenten in te dienen bij inschrijving
Bij de inschrijving dienen de volgende documenten via TenderNed te worden ingediend:*

Financiële documenten

1. Inschrijvingsbiljet
2. Inschrijvingsbegroting

Kwalitatieve documenten

3. Plan van aanpak."

Hieruit volgt volgens de commissie dat de inschrijfbegroting onmiskenbaar onderdeel uitmaakt van de inschrijving en ook eventuele gebreken in de inschrijfbegroting gevolgen kunnen hebben voor de geldigheid van de inschrijving.

d. Proportionaliteitstoets: gelegenheid tot herstel

De commissie overweegt dat als algemeen uitgangspunt in het aanbestedingsrecht geldt dat een aanbestedende dienst moet uitgaan van de inschrijvingen zoals die bij het sluiten van de inschrijvingstermijn zijn ontvangen. Volgens vaste rechtspraak kan in uitzonderlijke gevallen een uitzondering worden gemaakt. Inschrijvingen kunnen gericht 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 gedaan. Het maken van een dergelijke uitzondering is evenwel uitgesloten ingeval van gebreken die gesanctioneerd zijn met ongeldigheid.

Nu de Aanbestedingsleidraad inschrijvingsfase niet-openbare procedure van 31 januari 2018 in de aanhef van paragraaf 4.1 en het ARW 2016 in paragraaf 3.35.2 uitdrukkelijk bepalen dat een inschrijving waaraan voorwaarden zijn verbonden terzijde moet worden gelegd, was herstel niet toegestaan. De beginselen van gelijke behandeling en transparantie verplichten de aanbestedende dienst er toe de door hemzelf vastgestelde regels nauwgezet in acht te nemen.

De commissie overweegt voorts dat een andere uitkomst ook niet denkbaar is gelet op de gerechtvaardigde belangen van de overige inschrijvers, die er geheel gerechtvaardigd op moeten kunnen rekenen dat de aanbestedende dienst de door hemzelf vastgestelde regels nauwgezet in acht neemt. Het vragen om verduidelijking zou, nog afgezien van het gegeven dat er geen verplichting bestaat voor een aanbestedende dienst om in contact te treden met een inschrijver over onduidelijkheden in een inschrijving, zinledig zijn nu een wijziging in de inschrijving onder de gegeven omstandigheden ondenkbaar is. Het na inschrijving bevestigen dat de opdracht zonder "aanvullende voorwaarden" wordt nagekomen zou immers leiden tot een ongeoorloofde wijziging van de inschrijving.

Voor zover [de Brancheorganisatie] stelt dat de inschrijvers het recht hadden om de voorwaarden alsnog te laten vervallen en/of het gebrek te herstellen om de inschrijving als geldig aan te merken, is dit niet juist. Het staat een aanbestedende dienst niet vrij om een inschrijver een dergelijke mogelijkheid te bieden nu dat in strijd komt met de algemene beginselen van aanbestedingsrecht. Dit onderdeel van de klacht is derhalve ongegrond.

Het bovenstaande maakt dat het eerste onderdeel van de klacht ongegrond wordt bevonden.

2. Geen voorwaardelijke inschrijving

Het tweede deel van de klacht heeft betrekking op de vraag of de aanbestedende dienst de inschrijvingen van de inschrijvers terecht als inschrijving onder voorwaarden heeft gekwalificeerd. Ten overvloede zij vermeld dat uit de beoordeling van de klacht terzake onderdeel 1 a reeds volgt dat de commissie van oordeel is dat er geen sprake is van een kennelijke vergissing of fout. Hieronder worden de in het tweede onderdeel van de klacht aangehaalde punten behandeld.

a. Inschrijvingsbegroting deel van de inschrijving

In onderdeel 1 c is reeds uiteengezet waarom de commissie van mening is dat het in dit verband niet van belang is of de inschrijvingsbegroting deel uitmaakt van de overeenkomst en/of de beoordelingsmethodiek

De commissie is van oordeel dat de inschrijfbegroting onmiskenbaar onderdeel uitmaakt van de inschrijving en ook eventuele gebreken in de inschrijfbegroting gevolgen kunnen hebben voor de geldigheid van de inschrijving.

b. Akkoord door ondertekening inschrijfbiljet

In onderdeel 1 b is reeds uiteengezet waarom de commissie van oordeel is dat ook met het ondertekenen van het inschrijfbiljet, en daarmee de verklaring dat de inschrijvers de inschrijving doen overeenkomstig de bepalingen als omschreven in de aanbestedingsstukken, inschrijvers geen onvoorwaardelijke bieding hebben gedaan en de inschrijving om die reden terecht ongeldig is bevonden.

c. Gelegenheid tot herstel

In onderdeel 1 d is reeds uiteengezet waarom de commissie van oordeel is dat herstel onder de omstandigheden niet is toegestaan.

Het oordeel van de commissie is dat het tweede onderdeel van de klacht eveneens ongegrond is.'

2. Beschrijving klacht

Aanbesteder heeft de inschrijving van twee inschrijvers ten onrechte als ongeldig terzijde gelegd en die inschrijvers ten onrechte niet in de gelegenheid gesteld om de fout in hun inschrijvingen te herstellen.

3. Onderbouwing klacht

- 3.1. Volgens de brancheorganisatie is er overduidelijk sprake van een kennelijke vergissing die eenvoudig verduidelijkt kan worden. Ter onderbouwing van haar standpunt voert de brancheorganisatie het volgende aan.
- 3.2. A en B hebben bij hun inschrijving gebruik gemaakt van een eigen template voor de inschrijvingsbegroting, aangezien de aanbestedende dienst dit expliciet heeft toegestaan. De brancheorganisatie wijst ter onderbouwing hiervan op het antwoord op vraag 93 in de Nota van Inlichtingen (zie 1.6 hiervoor). A en B hebben bij het indienen van hun inschrijvingsbegroting echter over het hoofd gezien dat hun eigen template een verwijzing naar de meest recente versie van de branchespecifieke leveringsvoorwaarden DNR 2011 bevat.
- 3.3. Het oordeel van het klachtenmeldpunt van aanbesteder dat dit geen klein gebrek is omdat het geen eigen briefpapier betreft maar een zelf ingevoerde tekst, kan de brancheorganisatie niet volgen. Zij stelt dat in de nieuwe realiteit van het digi-

tale aanbesteden eigen templates dan wel formats voor digitale bestanden hebben te gelden als het nieuwe briefpapier.

- 3.4. Uit het feit dat de inschrijvers zich middels ondertekening van het inschrijvingsbiljet onvoorwaardelijk akkoord hebben verklaard met de aanbestedingsdocumenten van aanbesteder, inclusief de verkoopvoorwaarden ABAA DNR 2005, blijkt duidelijk dat de inschrijvers niet de intentie hadden om hun eigen leveringsvoorwaarden te laten prevaleren.
- 3.5. De inschrijvingsbegroting is volgens de brancheorganisatie nadrukkelijk geen onderdeel van de in de inschrijving vervatte aanbieding maar is 'slechts' een bewijsmiddel ter onderbouwing van de in het inschrijvingsbiljet vermelde inschrijvingssom. Gezien de bijzondere status van de inschrijvingsbegroting als onderliggend bewijsmiddel (zie 1.3 hiervoor), ligt het volgens de brancheorganisatie voor de hand om de uitgesloten inschrijvers analoog aan artikel 3.22.6 ARW en de in de jurisprudentie toegepaste 'proportionaliteitstoets' (de brancheorganisatie verwijst daarbij onder andere naar de uitspraak van het Hof Den Haag 23 juni 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1588, JAAN 2015/138 m.nt. C.G. van Blaaderen en R.S. Damsma) in de gelegenheid te stellen om de ogenschijnlijke vergissing in de inschrijvingsbegroting te repareren (lees: te verduidelijken dat zij zich conform het inschrijvingsbiljet onvoorwaardelijk conformeren aan toepasselijkheid van de ABAA DNR 2005).
- 3.6. Het enige mogelijke beletsel wordt volgens de brancheorganisatie mogelijk gevormd door de recente strikte jurisprudentie van het Europees Hof van Justitie inzake voorwaardelijke inschrijvingen (de brancheorganisatie doelt daarmee op HvJ EU 29 maart 2012, ECLI:EU:C:2012:191, zaak C-599/10, SAG en HvJ EU 10 oktober 2013, ECLI:EU:C:2013:647, zaak C-336/12, Manova ook 3.11 hierna)). Deze jurisprudentie brengt naar de mening van de brancheorganisatie echter niet met zich mee dat in onderhavig geval uitsluiting wegens voorwaardelijke inschrijving onoverkomelijk is.
- 3.7. Volgens de brancheorganisatie is het namelijk maar zeer de vraag of er daadwerkelijk sprake is van een voorwaardelijke inschrijving. De strikte jurisprudentie die ziet op voorwaardelijke inschrijvingen dient naar haar mening om het transparantie- en gelijkheidsbeginsel te borgen en niet om vormvereisten als absolute norm te verheffen.
- 3.8. Volgens de brancheorganisatie bedient aanbesteder zich van een formalistische benadering, te weten: één van de in te dienen documenten bevat een verwijzing naar de DNR 2011, dus is er sprake van een voorwaardelijke inschrijving. Volgens de brancheorganisatie staat dit haaks op de marktvisie van aanbesteder. Deze benadering is veel te kort door de bocht en doet geen recht aan de feitelijke context, met name met het oog op de bijzondere status van de inschrijvingsbegroting. Volgens de brancheorganisatie dient te worden gekeken of er daadwerkelijk sprake is van voorbehouden die het gelijkheids- en transparantiebeginsel schenden.
- 3.9. De Aanbestedingsleidraad stelt volgens de brancheorganisatie expliciet dat de inschrijvingsbegroting geen onderdeel van de te sluiten overeenkomst wordt. Ook wordt gesteld dat afwijkingen in de begroting ten opzichte van de opgegeven bedragen in het inschrijfbiljet geen grond zijn om de bedragen in het biljet aan te passen. Het is daarom naar de mening van de brancheorganisatie voor iedere wel geïnformeerde lezer klip en klaar dat een verwijzing naar de DNR 2011 in de inschrijvingsbegroting geen enkel gevolg heeft voor de te sluiten overeenkomst. Van een schending van het transparantie- en gelijkheidsbeginsel is volgens on-

dernemer dan ook geen sprake indien aanbesteder inschrijvingen van de uitgesloten inschrijvers wel zou beoordelen.

- 3.10. Ten overvloede wil de brancheorganisatie er nogmaals op wijzen dat de uitgesloten inschrijvers door middel van ondertekening van het inschrijvingsbiljet zich ook onvoorwaardelijk akkoord hebben verklaard met de voorwaarden ABAA DNR 2005 van aanbesteder (zie 3.4 hiervoor).
- 3.11. Kortom, aanbesteder had de inschrijvingen van de uitgesloten inschrijvers niet als voorwaardelijke inschrijving terzijde mogen leggen aangezien de verwijzing naar de DNR 2011 geen enkel effect heeft. Mocht aanbesteder desondanks aanstoot nemen aan de verwijzing naar de DNR 2011 als vermeende vormfout, dan kan zij binnen de strikte kaders van de jurisprudentie van het HvJ EU (de zaken SAG en Manova, zie 3.6 hiervoor) de betreffende inschrijvers in de gelegenheid stellen om die verwijzing naar de DNR 2011 te vervangen door een verwijzing naar de ABAA DNR 2005. Dat is volgens de brancheorganisatie eerder een verduidelijking dan een aanpassing van de aanbieding. De brancheorganisatie stelt zich echter op het standpunt dat een dergelijke aanpassing niet vereist is om te kunnen spreken van een geldige inschrijving.

4. Reactie aanbesteder

- 4.1. In het advies van het klachtenmeldpunt van aanbesteder van 6 juli 2018 wordt gemotiveerd waarom de bewuste inschrijvingen ongeldig zijn verklaard (zie 1.16 hiervoor).
- 4.2. Aangezien de klacht die de brancheorganisatie bij de Commissie heeft ingediend identiek is aan de eerdere bij hem ingediende klacht(en), verwijst aanbesteder voor haar inhoudelijke reactie naar het advies van het klachtenmeldpunt van aanbesteder van 6 juli 2018.

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder op 31 januari 2018 een Europese niet-openbare procedure heeft aangekondigd voor een overheidsopdracht voor diensten voor advieswerkzaamheden die zien op de herinrichting van een kantoor van aanbesteder. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en 2 van de Aw 2012, hoofdstuk 3 van het ARW 2016 en de Gids Proportionaliteit.
- 5.2. Bij de beoordeling van de klacht moet worden vooropgesteld dat een aanbestedende dienst op grond van artikel 1.9, eerste lid, Aw 2012 transparant dient te handelen.
- 5.3. De Commissie zal zich eerst uitlaten over de vraag of aanbesteder aan zijn hiervoor bedoelde verplichting heeft voldaan, in die zin dat hij de voorwaarden voor inschrijving in paragraaf 4.1 van de Aanbestedingsleidraad inschrijvingsfase zodanig heeft geformuleerd dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers deze op dezelfde wijze zullen uitleggen (zie 1.3 hiervoor). In het geval dat deze vraag bevestigend kan worden beantwoord, komt vervolgens de vraag aan de orde welke uitleg aan de omschrijving van deze voorwaarden moet worden gegeven. Bij de beantwoording van deze onderling met elkaar verband houdende vragen geldt als uitgangspunt dat voor de uitleg van de aanbestedingsdocumenten de bewoordingen van de bepalingen, gelezen in het licht van de gehele tekst van die stukken, in beginsel van doorslaggevende betekenis zijn.

Daarbij komt het aan op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin de stukken zijn gesteld.

- 5.3.1. In hoofdstuk 4 ("Inschrijving"), paragraaf 4.1 ("Algemeen"), Aanbestedingsleidraad inschrijvingsfase (zie 1.3 hiervoor) is bepaald dat ondernemingen die in aanmerking willen komen voor gunning van de opdracht een tijdige, volledige en correcte inschrijving moeten indienen via het dashboard van deze aanbesteding. Vervolgens is bepaald dat alle inschrijvingen dienen te voldoen aan alle bepalingen uit de Aanbestedingsleidraad en TenderNed. Ten slotte is bepaald dat een inschrijving waaraan voorwaarden zijn verbonden, terzijde wordt gelegd en niet in beschouwing wordt genomen.
- 5.3.2. Vervolgens is in paragraaf 4.1.1 ("Documenten in te dienen bij inschrijving") van de Aanbestedingsleidraad inschrijvingsfase (zie 1.3 hiervoor) bepaald dat een inschrijvingsbiljet, een inschrijvingsbegroting en een plan van aanpak bij de inschrijving moeten worden ingediend.
- 5.3.3. De Commissie is gelet op het voorgaande van oordeel dat alle redelijk geïnformeerde, normaal zorgvuldige inschrijvers paragraaf 4.1 van de Aanbestedingsleidraad inschrijvingsfase op dezelfde wijze zullen uitleggen in die zin dat de inschrijvingsbegroting deel uitmaakt van de inschrijving en dat daarin geen voorwaarden mochten worden opgenomen.
- 5.4. De Commissie volgt de brancheorganisatie vervolgens niet in haar stelling dat de verwijzing naar de DNR 2011 door A en B geen enkel rechtsgevolg heeft. Niet alleen is van belang dat aanbesteder de zekerheid heeft dat een inschrijver instemt met de toepasselijkheid van de door aanbesteder gehanteerde voorwaarden, in dit geval de ABAA DNR 2005 (inclusief bijlage 1). Ook indien een inschrijver daarmee instemt in het inschrijvingsbiljet en de inschrijvingsbegroting geen deel zal uitmaken van de overeenkomst, ontbreekt die zekerheid als een inschrijver in de inschrijvingsbegroting andere algemene voorwaarden van toepassing verklaart. Bovendien zijn de inschrijvingen niet vergelijkbaar als zij naar verschillende voorwaarden verwijzen.
- 5.5. Nu zowel A als B een inschrijving onder voorwaarden hebben gedaan, is er naar het oordeel van de Commissie sprake van een gebrek in de inschrijvingen. Daarmee komt de Commissie toe aan de vraag of dit gebrek zich leent voor herstel. Bij beantwoording van die vraag zal de Commissie voor de uitleg van artikel 2.55 Aw 2012 en artikel 3.36.1 ARW 2016 aansluiten bij het toetsingskader zoals verwoord in het arrest HvJ EU 29 maart 2012, ECLI:EU:C:2012:191, zaak C-599/10 (SAG), rov. 40 en in Advies 462 (overwegingen 5.11.1-5.11.4), Advies 437 (overwegingen 5.11.6 en 5.11.7), Advies 427 (overwegingen 5.3.7 en 5.3.8) en Advies 257 (overwegingen 5.3.3 en 5.3.4).
- 5.6. Naar het oordeel van de Commissie kan het alsnog schrappen van het van toepassing verklaren van de DNR 2011 niet worden aangemerkt als een klaarblijkelijk eenvoudige precisering of het rechtzetten van een kennelijke materiële fout. Aanbesteder heeft in dit geval haar eigen aanpassing van de DNR 2005 van toepassing verklaard, te weten de ABAA DNR 2005 en de aanvullingen in bijlage 1 (zie 1.4 hiervoor). Doordat de ABAA DNR 2005 (inclusief bijlage 1) en de DNR 2011 inhoudelijk wezenlijk van elkaar verschillen, zou er door de wijziging van de inschrijvingsbegroting in werkelijkheid een nieuwe inschrijving worden ingediend.
- 5.7. Het voorgaande betekent dat aanbesteder de inschrijvingen van A en B terecht als ongeldig terzijde heeft gelegd.
- 5.8. Daarmee acht de Commissie de klacht ongegrond.

6. Advies

De Commissie acht de klacht **ongegrond**.

Den Haag, 1 oktober 2018

w.g.:
Prof.mr. C.E.C. Jansen
Voorzitter

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