

Advies Geschillencommissie HTM in de klacht van X B.V. tegen HTM.

1. HTM is een Europese niet-openbare aanbestedingsprocedure gestart voor de inkoop van bedrijfskleding.
2. In de selectieleidraad is in artikel 17.2.2 en 17.2.3 het volgende opgenomen:
  - “17.2.2 Wanneer geconstateerd wordt dat er bij een Aanmelding sprake is van een voor een ieder duidelijk kenbare omissie die eenvoudig hersteld kan worden zonder de eerlijke mededinging nadelig te beïnvloeden, dan kan aan de desbetreffende Gegadigde de gelegenheid geboden worden om die omissie te herstellen. Het betreft hier een discretionaire bevoegdheid van HTM waaraan de Gegadigde geen rechten kan ontlenen.
  - 17.2.3 Leent een geconstateerd gebrek zich niet voor herstel, dan wordt de Aanmelding terzijde gelegd en de desbetreffende Gegadigde uitgesloten van verdere deelname aan de procedure.”
3. X BV heeft zich aangemeld voor deze procedure.
4. HTM heeft de aanmelding van X B.V. ongeldig verklaard om drie redenen:
  - a. Het ingediende ISO-9001 certificaat staat op naam van X Sportswear en niet op naam van X B.V.
  - b. Het ISO 14001 certificaat staat op naam van Y Group en niet op naam van X B.V.
  - c. De referenties zijn tweemaal ingediend en bovendien verschillend, waardoor HTM deze niet heeft kunnen beoordelen.
5. X B.V. heeft op 4 oktober 2016 een klacht ingediend. X B.V. is van mening dat haar aanmelding ten onrechte ongeldig is verklaard op grond van de navolgende redenen.
  - a. X B.V. heeft per ongeluk het foute ISO-9001 certificaat toegevoegd ipv haar eigen. Er is sprake van een kennelijke fout. HTM had X B.V. mogelijkheid tot herstel moeten bieden.
  - b. Het ISO 14001 certificaat is ook van toepassing op X B.V., dit staat ook in het document
  - c. X B.V. heeft naast de verplichte referenties, die X B.V. op de voorgeschreven wijze in Annex 4 heeft ingediend, in bijlage 3 nog meer referenties opgenomen bij wijze van extra achtergrond. Dit was op basis van de selectieleidraad mogelijk.
6. X B.V. is uitgenodigd voor een hoorzitting voor de geschillencommissie Aanbesteding op 21 oktober 2016.
7. In de correspondentie tussen de aanbestedingsjurist van HTM en X B.V. in de periode tussen het indienen van de klacht en de mondelinge behandeling is naar voren gekomen dat X B.V. Annex 4 twee keer had geupload, 1x bij “overige documenten” en 1x bij vraag G1 (de juiste plek binnen CTM voor Annex 4) en dat dit de reden voor ongeldigheid was, niet de extra aangevoerde referenties in bijlage 3.
8. Bij de hoorzitting is het standpunt van X B.V. nogmaals uiteengezet door de heer A, onder verwijzing naar de toepasselijke jurisprudentie. De heer A licht zijn pleidooi toe en bespreekt in hoofdzaak de volgende onderwerpen:
  - a. De feiten: onder meer wijst de heer A op het door X B.V. ingediende Uniform Europees Aanbestedingsdocument (“UEA”). In dat UEA heeft X B.V. verklaard dat zij aan alle selectiecriteria (waarmee wordt bedoeld: geschiktheidseisen) voldoet en de certificaten en andere bewijsstukken te kunnen verstrekken.

- b. Het juridisch kader: onder meer wijst de heer A op artikel 2.55 jo. 3.50 Aw 2012, dat de aanbestedende dienst de bevoegdheid geeft om een verzoek tot deelneming te laten toelichten of aanvullen. Daarnaast wijst de heer A op het in punt 2 geciteerde artikel uit de selectieleidraad van HTM. Ook wijst hij op het proportionaliteitsbeginsel en noemt hij diverse uitspraken uit de jurisprudentie (Gerecht EU T-211/02, Tideland, HvJ EU C-599/10, SAG, HvJ EU C-336/12, Manova en Vزر. Rb. Midden-Nederland 30 juli 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:3251, Dura Vermeer).
  - c. Het ISO 9001-certificaat: uit de appendix van het certificaat die X B.V. naar HTM heeft gestuurd, blijkt dat het ingediende certificaat ook betrekking heeft op X B.V.. Voor zover er sprake zou zijn van een gebrek, gaat het om een voor een ieder duidelijk kenbare omissie die eenvoudig hersteld kan worden zonder de eerlijke mededinging te beïnvloeden.
  - d. Het ISO 14001-certificaat: dit certificaat vermeldt dat het ook betrekking heeft op X B.V..
  - e. De twee maal ingediende Annex 4: X B.V. had in eerste instantie de referenties zo ingedeeld dat in de kolom naast de kerncompetenties was ingevuld op welke wijze aan die competentie werd voldaan. In de tweede Nota van Inlichtingen echter werd meegedeeld dat in die velden alleen Ja of Nee ingevuld moet worden. Daarop heeft X B.V. Annex 4 aangepast en de omschrijving van de kerncompetentie alsnog opgenomen onder de omschrijving van de opdracht. Inhoudelijk zijn beide annexen gelijk gebleven.
  - f. Uit het logboek blijkt dat X B.V. heeft geprobeerd een Annex 4 te verwijderen en ervan uitgegaan was dat dat gelukt was.
  - g. X B.V. vindt dat wanneer er onduidelijkheid over de annexen was geweest, HTM op dit punt om verduidelijking had moeten vragen.
  - h. Behalve op de in de pleitnota genoemde uitspraken, wijst de heer A ook op Advies 184 van de Commissie van Aanbestedingsexperts en op een arrest van het Hof Den Haag van 23 juni 2016 (ECLI:NL:GHDHA:2015:1588).
9. Het standpunt van HTM zoals nader uiteengezet op de hoorzitting luidt als volgt
10. De heer B wijst er op dat er heel veel jurisprudentie is (vooral van de Nederlandse rechter) over het al dan niet mogen herstellen van gebreken in een inschrijving of aanmelding. De Nederlandse rechter is doorgaans streng en vindt niet snel dat een fout mag worden hersteld.
11. Wat betreft het ISO-14001 certificaat heeft HTM over het hoofd gezien dat het certificaat vermeldt dat het ook betrekking heeft op X B.V., zodat dit onderdeel van het bezwaar terecht is.
12. Bij het ISO-9001 certificaat merkt de heer B op dat dit op naam staat van een failliete B.V. en dat dat ook een rol gespeeld heeft bij de beslissing om X B.V. uit te sluiten.
13. De heer B laat aan de hand van een uitdraai van een gedeelte van het logboek zien wat X B.V. op 16 september 2016 heeft gedaan met Annex 4:
- a. Om 08:51 uur heeft mev. C Annex 4 geupload bij de "Overige documenten" (hierna: "eerste versie").
- .....

- b. Om 08:54 uur heeft zij een document geupload bij vraag G1.
  - c. Om 08:54 uur heeft zij een document geupload bij vraag G1.
  - d. Om 08:54 uur heeft zij een document verwijderd bij vraag G1.
  - e. Om 10:10 uur heeft zij een document verwijderd bij vraag G1.
  - f. Om 10:10 heeft zij een document (Annex 4) geupload bij vraag G1 (hierna "tweede versie").
14. Mevr. C deelt mee dat zij de om 08:51 uur geuploade eerste versie van Annex 4 over het hoofd gezien heeft toen zij om 10:10 uur de tweede versie van Annex 4 heeft geupload. Die tweede versie is wat X B.V. heeft willen indienen.
15. De heer B laat aan de Commissie zien welke versie om 10:10 uur is geupload: het is de versie waarin bij de vijf kerncompetenties vijf keer "Ja" is geantwoord. Het was de bedoeling dat Annex 4 alleen zou worden geupload bij vraag G1 en niet ook nog eens bij de Overige documenten.
16. De heer B merkt verder op dat de handtekeningen op beide versies van Annex 4 identiek zijn, zodat HTM niet kan waarnemen welke versie door de opdrachtgever ondertekend is. Mevr. C deelt mee dat de handtekening op de eerste versie is gezet en later door haar is gekopieerd naar de tweede versie van Annex 4.
17. De heer B wijst er op dat de eerste versie van Annex 4 de maximale omvang van drie pagina's overschrijdt en tevens een uitgebreide opdrachtomschrijving bevat die ontbreekt in de tweede versie.
18. Mevr. D merkt op dat Annex 4 van X B.V. niet is beoordeeld, omdat niet bekend was welke van de twee versies zouden moeten worden beoordeeld.
19. Bij de hoorzitting is duidelijk geworden dat het klachtonderdeel b mbt het ISO 14001 certificaat komt te vervallen. Het certificaat wordt door HTM geaccepteerd.
20. Ten aanzien van de klachtonderdelen a en c oordeelt de geschillencommissie als volgt.

## **Klachtonderdeel a**

21. Hoewel het ingediende certificaat weliswaar op naam van X Sportswear stond, was er naar de mening van de geschillencommissie sprake van een voor een ieder duidelijk kenbare omissie die eenvoudig hersteld kan worden zonder de eerlijke mededinging nadelig te beïnvloeden. De geschillencommissie is van mening dat het op weg van de HTM had gelegen om aan X B.V. de kans te bieden deze omissie te herstellen. De klacht is ten aanzien van dit onderdeel gegrond.

## **Klachtonderdeel c**

22. Ook voor dit onderdeel geldt dat er naar de mening van de geschillencommissie sprake is van een voor ieder duidelijk kenbare omissie. HTM had X B.V. kunnen melden dat zij alleen het document horende bij vraag G1 zou beoordelen en dat zij het document toegevoegd aan 'overige documenten' zou negeren.

## **Overweging ten overvloede**



Het moet de geschillencommissie van het hart dat de brief waarin de aanmelding van X B.V. ongeldig is verklaard niet uitblinkt in helderheid. Dit bleek ook uit de wijze waarop X B.V. haar klacht in eerste instantie had ingericht. De geschillencommissie adviseert HTM om dergelijke brieven voortaan iets duidelijker, voorzien van meer onderbouwing, vorm te geven, opdat voor een afgeschreven bedrijf helder is op welke punten en waarom de aanmelding ongeldig was.

