



Datum van
inontvangstneming

:

15/04/2016

Zaak C-131/16

Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie

Datum van indiening:

1 maart 2016

Verwijzende rechter:

Krajowa Izba Odwoławcza (Polen)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

19 februari 2016

Verzoekende partij:

Archus sp. z o.o.

Gama Jacek Lipik

Verwerende partij:

Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A.

Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

- 1 Overheidsopdrachten voor diensten. Aanvulling van de inschrijving met nieuwe proeven, zonder een verbod in te stellen op grond waarvan deze de inhoud van de inschrijving niet mogen wijzigen. Uitlegging van het begrip „bepaalde opdracht” in verband met de toelating van rechtsmiddelen en de beoordeling van het belang van de verzoeker bij het verkrijgen van de gunning van een bepaalde opdracht.

Voorwerp en rechtsgrondslag van het prejudiciële verzoek

- 2 Uitlegging van de artikelen 1, lid 2, onder a), en 10 van richtlijn 2004/17 en van artikel 1, leden 1 en 3, van richtlijn 92/13.

Prejudiciële vragen

- 3 Vraag 1: Moet artikel 10 van richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten aldus worden uitgelegd dat de aanbestedende dienst verplicht kan zijn de aanbieders die niet binnen de voorgeschreven termijn (dat wil zeggen de termijn voor indiening van de inschrijvingen) de door de aanbestedende dienst verlangde „verklaringen of documenten” hebben ingediend, die bevestigen dat de aangeboden leveringen, diensten of werken voldoen aan de door de aanbestedende dienst gestelde eisen (waarbij het begrip „verklaringen of documenten” ook proeven van het voorwerp van de opdracht omvat), of die de verlangde „verklaringen of documenten” hebben ingediend terwijl deze fouten bevatten, te verzoeken de ontbrekende respectievelijk verbeterde „verklaringen of documenten” (proeven) binnen een vastgestelde, aanvullende termijn in te dienen zonder dat een verbod wordt ingesteld op grond waarvan de aangevulde „verklaringen of documenten” (proeven) de inhoud van de inschrijving niet mogen wijzigen?

- 4 Vraag 2: Moet artikel 10 van richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten aldus worden uitgelegd dat de aanbestedende dienst de cautie van de aanbieder mag houden wanneer deze, nadat hem door de aanbestedende dienst om aanvulling was verzocht, geen „verklaringen of documenten” (proeven) heeft ingediend die bevestigen dat de aangeboden leveringen, diensten of werken voldoen aan de door de aanbestedende dienst gestelde eisen, indien een dergelijke aanvulling zou leiden tot wijziging van de inhoud van de inschrijving of de aanbieder het niet eens was met de door de aanbestedende dienst aangebrachte verbetering in de inschrijving, met als gevolg dat de inschrijving van de aanbieder niet als gunstigste inschrijving kon worden geselecteerd?

- 5 Vraag 3: Moet artikel 1, lid 3, van richtlijn 92/13/EEG van de Raad van 25 februari 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de communautaire voorschriften inzake de procedures voor het plaatsen van opdrachten door diensten die werkzaam zijn in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie, gewijzigd bij richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 tot wijziging van de richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG van de Raad met betrekking tot de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten, in die zin worden uitgelegd dat onder een „bepaalde opdracht”, waarvan in die bepaling sprake is in het tekstfragment „belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde opdracht”, een „bepaalde procedure die is doorlopen voor de gunning van een overheidsopdracht” (hier: bekendgemaakt bij kennisgeving van 3 juni 2015) moet worden begrepen, of dat daarmee een „bepaald voorwerp van de opdracht” (hier:

de dienst om stukken uit het archief van de aanbestedende dienst te digitaliseren) wordt bedoeld, ongeacht of door rekening te houden met het herzieningsverzoek de aanbestedende dienst verplicht zal zijn de lopende procedure tot gunning van een overheidsopdracht nietig te verklaren en eventueel een nieuwe procedure tot plaatsing van een overheidsopdracht te openen?

Aangevoerde bepalingen van gemeenschapsrecht

- 6 Richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten: artikelen 1, lid 2, onder a), en 10.
- 7 Richtlijn 92/13/EEG van de Raad van 25 februari 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de communautaire voorschriften inzake de procedures voor het plaatsen van opdrachten door diensten die werkzaam zijn in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie, gewijzigd bij richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 tot wijziging van de richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG van de Raad met betrekking tot de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten: artikel 1, leden 1 en 3.

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

- 8 Ustawa Prawo zamówień publicznych (Poolse aanbestedingswet; geconsolideerde versie, Dz. U. 2013, poz. 907, 984, 1047 en 1473, en Dz. U. 2014, poz. 423; hierna: „aangebestedingswet”):

Artikel 2, nr. 13: „Voor de toepassing van deze wet moeten onder [...] overheidsopdrachten worden verstaan overeenkomsten onder bezwarende titel tussen de opdrachtgever en de ondernemer inzake diensten, leveringen of werken.”

Artikel 7, lid 1: „De aanbestedende dienst bereidt de aanbestedingsprocedure voor en voert deze uit op een manier die eerlijke mededinging en gelijke behandeling van aanbieders waarborgt.”

Artikel 25: „1. Tijdens de aanbestedingsprocedure mag de aanbestedende dienst van aanbieders uitsluitend de verklaringen en documenten verlangen die noodzakelijk zijn voor het plaatsvinden van de procedure.

Verklaringen of documenten die bevestigen dat

- 1) de voorwaarden voor deelname aan de aanbestedingsprocedure, en

2) de door de aanbestedende dienst gestelde eisen met betrekking tot de aangeboden leveringen, diensten of werken, worden nagekomen,

dienen door de aanbestedende dienst bij de aankondiging van de overheidsopdracht te worden genoemd in de essentiële voorwaarden van de opdracht of in de uitnodiging tot het indienen van inschrijvingen.

2. De voorzitter van de ministerraad bepaalt door middel van een verordening welke types documenten door de aanbestedende dienst van de aanbieder kunnen worden verlangd en in welke vorm de documenten kunnen worden ingediend. [...]"

Artikel 26, lid 3: „De aanbestedende dienst verzoekt de aanbieders die niet binnen de gestelde termijn de in artikel 25, lid 1, vereiste verklaringen of documenten hebben overgelegd, geen volmachten hebben overgelegd of die de in artikel 25, lid 1, vereiste verklaringen en documenten hebben overgelegd, terwijl die fouten bevatten, om deze binnen een bepaalde termijn alsnog over te leggen, tenzij de inschrijving van de aanbieder desondanks zou worden afgewezen of de procedure nietig zou worden verklaard. De op verzoek van de opdrachtgever overgelegde verklaringen en documenten moeten aantonen dat de ondernemer uiterlijk op de dag waarop de termijn voor de indiening van het verzoek tot deelneming aan de procedure of de termijn voor de indiening van inschrijvingen verstrijkt, voldoet aan de voorwaarden voor deelneming aan de procedure en dat de leveringen, diensten en werken beantwoorden aan de door de opdrachtgever gestelde eisen.”

Artikel 36, lid 1, nrs. 3 en 10: „De specificatie van de essentiële voorwaarden van de opdracht omvat ten minste: [...]

3) de beschrijving van het voorwerp van de opdracht; [...]

10) de beschrijving van de wijze waarop de inschrijving dient te worden ingediend; [...]"

Artikel 82, leden 1 en 3: „1. Elke aanbieder kan slechts één inschrijving indienen. [...]

3. De inschrijving dient inhoudelijk te beantwoorden aan de specificatie van de essentiële voorwaarden van de opdracht.”

Artikel 84, lid 1: „De aanbieder kan tot het einde van de termijn voor indiening van inschrijvingen zijn inschrijving wijzigen of terugtrekken.”

Artikel 87: „1. Tijdens de controle en de beoordeling van de inschrijvingen kunnen de aanbieders door de aanbestedende diensten worden verzocht de inhoud van de inschrijving te verduidelijken. Overleg tussen de aanbestedende dienst en de desbetreffende aanbieder is niet toegestaan; onverminderd de leden 1a en 2 van dit artikel mag de inhoud van de inschrijving niet worden gewijzigd.

1a. In een mededingingsdialoog kan de aanbestedende dienst de aanbieder tijdens de controle en de beoordeling van de inschrijvingen de aanbieders verzoeken om preciseringen met betrekking tot de inhoud van de inschrijving en nadere afstemming van de inhoud van de inschrijving alsook tot het verschaffen van bijkomende informatie; daarbij mag de inhoud van de inschrijving niet wezenlijk worden veranderd, noch mogen er wijzigingen worden aangebracht met betrekking tot de eisen in de specificatie van de essentiële voorwaarden van de opdracht.

2. De aanbestedende dienst verbetert in de inschrijving:

- 1) kennelijke schrijffouten,
- 2) kennelijke rekenfouten, met inachtneming van de rekenkundige gevolgen van de voorgenomen verbeteringen,
- 3) andere fouten waardoor de inschrijving niet klopt met de specificatie van de essentiële voorwaarden van de opdracht, maar die geen wezenlijke veranderingen van de inhoud van de inschrijving tot gevolg hebben. De aanbieder wiens inschrijving wordt verbeterd, dient hiervan onverwijld op de hoogte te worden gesteld.”

Artikel 89, lid 1, nr. 2: „De inschrijving wordt door de aanbestedende dienst afgewezen, indien [...] de inhoud ervan inhoudelijk niet overeenkomt met de specificatie van de essentiële voorwaarden van de opdracht, met uitzondering van de gevallen van artikel 87, lid 2, nr. 3 [...].”

Artikel 93, lid 1: „De aanbestedende dienst verklaart de aanbestedingsprocedure nietig: 1) indien alle binnengekomen inschrijvingen of alle binnengekomen verzoeken van aanbieders tot deelname aan de procedure, behoudens de gevallen van de nummers 2 en 3, dienen te worden afgewezen [...].”

Artikel 179, lid 1: „De in dit lid genoemde rechtsmiddelen staan ter beschikking van aanbieders en mededingers, alsook andere personen, voor zover zij belang hebben of hadden bij de gunning van een bepaalde opdracht en ten gevolge van het feit dat de aanbestedende dienst in strijd met de bepalingen van deze wet heeft gehandeld, schade hebben geleden of kunnen lijden.”

Artikel 180, lid 1: „Met een herzieningsverzoek kan uitsluitend een in het kader van de aanbestedingsprocedure in strijd met de wet gedane of nagelaten handeling van de aanbestedende dienst worden gewraakt.”

§ 6, lid 1, van de verordening van de voorzitter van de ministerraad van 19 februari 2013 over de soorten documenten die de aanbestedende dienst van de aanbieder mag verlangen en de vorm waarin de documenten mogen worden ingediend: „De aanbestedende dienst kan ter bevestiging van het feit dat de aangeboden leveringen, diensten of werken voldoen aan de door de aanbestedende

dienst gestelde eisen in het bijzonder het volgende verlangen: proeven, beschrijvingen of foto's van de te leveren producten [...]"

Artikel 70⁴ § 1 van de Kodeks cywilny (Pools burgerlijk wetboek): „In de veilings- of aanbestedingsvoorwaarden kan deelname aan de veiling of aanbesteding afhankelijk worden gesteld van de betaling van een bepaald bedrag aan de organisator of van een overeenkomstige zekerstelling voor de betaling van dit bedrag (cautie).”

Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure in het hoofdeding

- 9 Voorwerp van de opdracht vormt de dienst om de stukken van het Centraal Geologisch Archief van de aanbestedende dienst Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. (Poolse aardolie- en aardgasproductiemaatschappij, hierna: PGNiG) te digitaliseren en stukken in elektronische vorm op te stellen om deze beschikbaar te maken in het netwerk van de onderneming. De procedure voor het plaatsen van de overheidsopdracht werd vanwege het feit dat de waarde ervan boven de „EU-drempelwaarde” ligt, bekendgemaakt in het Publicatieblad van de Europese Unie onder nummer 2015/S 105-191838. De aanbestedende dienst heeft de inschrijvingen afgewezen van de aanbieders Archus Sp. z o.o. en Jacek Lipik, die onder de naam Gama Jacek Lipik een bedrijf uitoefent (hierna: aanbieder of verzoeker), die gezamenlijk hebben geprobeerd de gunning toegewezen te krijgen.
- 10 In hoofdstuk 4, punt 4.1, van de specificatie van de essentiële voorwaarden van de opdracht (hierna: „SIWZ”) wees de aanbestedende dienst erop welke documenten door de aanbieders samen met de inschrijving dienden te worden ingediend ter bevestiging van het feit dat zij voldoen aan bepaalde vereisten. Het gaat daarbij onder andere om een proef van een 35-mm microfilm met foto's met het resultaat van het werk (dat is verricht volgens de door de aanbestedende dienst verderop in dit punt beschreven richtlijn), die samen met de beschrijving van de methode van het microfilmen en de technische kenmerken wordt onderworpen aan een kwaliteitscontrole in A4-formaat alsook in A0-formaat na (zestien keer) te zijn vergroot. De kwaliteit van dit materiaal dient volgens het beginsel van voldaan/voldaan niet te worden beoordeeld (dat wil zeggen, indien de inschrijving niet aan de eis voldoet, diende zij overeenkomstig artikel 89, lid 1, nr. 2, van de aanbestedingswet te worden afgewezen).
- 11 Elke aanbieder was verplicht een cautie ter hoogte van 20 000 PLN te betalen ter zekerstelling van zijn inschrijving.
- 12 Nadat hij zijn inschrijving had ingediend, wendde verzoeker zich bij schrijven van 15 oktober 2015 tot de aanbestedende dienst met het verzoek een correctie aan te brengen, in die zin dat de proef van een microfilm die bij de inschrijving was bijgevoegd, moest worden omgewisseld krachtens artikel 87, lid 2, nr. 3, van de aanbestedingswet, omdat die proef niet de proef was die hij had willen indienen. Verzoeker beweerde dat deze verwisseling het resultaat was van een

onopzettelijke fout en hij voegde bij het schrijven een nieuwe proef bij. De aanbestedende dienst was van mening dat artikel 87, lid 2, nr. 3, van de aanbestedingswet hier niet van toepassing is en beschouwde deze situatie als een geval van artikel 26, lid 3, van de aanbestedingswet. Bij schrijven van 17 november 2015 deelde hij de aanbieder mee dat de toegezonden microfilm werd beschouwd als een aanvulling van de documenten in de zin van artikel 26, lid 3, van de aanbestedingswet. Tegelijkertijd wees hij erop dat in het schrijven van de aanbieder van 15 oktober de vereiste informatie over de methode van het microfilmen van de proef ontbrak, alsook de technische kenmerken, en verzocht de aanbieder deze informatie nog toe te voegen.

- 13 Overeenkomstig artikel 89, lid 1, nr. 2, van de aanbestedingswet wees de aanbestedende dienst de inschrijving van verzoeker af, met als motivatie dat de inschrijving afweek van de specificatie van de essentiële voorwaarden van de inschrijving, en wel van hoofdstuk 4, punt 4.1., omdat het met behulp van de microfilm van verzoeker niet mogelijk was een minimale resolutie van 200 dpi uit een microfilmafdruk in A0-formaat te behouden. De aanbestedende dienst heeft voorzichtigheidshalve allebei de proeven van verzoeker onderzocht, maar geen van beide voldeed aan de in de SIWZ gestelde eisen.
- 14 De door Digital-Center Sp. z o.o. ingediende inschrijving werd door de aanbestedende dienst als gunstigste inschrijving beoordeeld. In de procedure waren slecht twee inschrijvingen ingediend.

Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdeding

Verzoeker heeft bij de Krajowa Izba Odwoławcza (nationale aanbestedingskamer; hierna: „Aanbestedingskamer”) een herzieningsverzoek ingediend en verzoekt de gunning aan Digital-Center Sp. z o.o. ongedaan te maken en de voorgelegde proeven opnieuw te beoordelen met toepassing van geloofwaardige en bewijsbare technische methoden of op grond van het verzoekers beoordeling, de inschrijving van Digital-Center Sp. z o.o. af te wijzen vanwege het niet-voldoen aan de procedurevoorwaarden, verzoekers inschrijving te aanvaarden als de inschrijving die voldoet aan de procedurevoorwaarden en de gunstigste inschrijving opnieuw te selecteren.

- 15 Verzoeker beweert dat de aanbestedende dienst zich niet heeft gehouden aan de beginselen van eerlijke mededinging, van gelijke behandeling van aanbieders en van het uitvoeren van de procedure op een manier die het mogelijk maakt de regelmatige uitvoering ervan te controleren, onder andere met betrekking tot het beoordelen van de inschrijvingen. Ten eerste heeft de aanbestedende dienst zich niet gehouden aan artikel 89, lid 1, nr. 2, van de aanbestedingswet door de inschrijving van Digital-Center Sp. z o.o. niet af te wijzen, terwijl deze een proefset had ingediend die in strijd was met de SIWZ. Geoordeeld had moeten

worden dat de microfilm van Digital-Center Sp. z o.o. niet voldeed aan de eisen en deze had bijgevolg moeten worden afgewezen.

- 16 Ten tweede is verzoeker het niet eens met de beoordeling door de aanbestedende dienst van de door hem zelf voorgelegde proef. De aanbestedende dienst heeft vastgesteld dat een weergave van de voorgelegde microfilm in een minimale resolutie van 200 dpi niet mogelijk is. Volgens verzoeker is het wel mogelijk de onleesbaar geachte onderdelen te ontcijferen.
- 17 De aanbestedende dienst verzoekt het herzieningsverzoek te verwerpen. Hij wijst erop dat hij de Poolse Vereniging voor Criminalistiek heeft gevraagd na te gaan of de microfilms voldoen aan de SIWZ. Een deskundige heeft de microfilm van Digital-Center Sp. z o.o. alsook de beide microfilms van verzoeker onderzocht (de eerste oorspronkelijk en de tweede als aanvulling in de zin van artikel 26, lid 3, van de aanbestedingswet). In zijn rapport heeft de deskundige erop gewezen dat alleen de negatieven van de firma Digital-Center voldeden aan de door de SIWZ vereiste kwaliteit. De microfilms van Archus konden niet overeenkomstig de richtlijnen van de SIWZ worden weergegeven. De aanbestedende dienst heeft op grond van dit rapport vastgesteld dat de inschrijving van verzoeker niet voldoet aan de SIWZ en heeft de inschrijving afgewezen.
- 18 Ook de aan de zijde van de aanbestedende dienst geïntervenieerde Digital-Center Sp. z o.o. (de geselecteerde aanbieder) verzoekt het herzieningsverzoek te verwerpen. Zij voert aan dat de aanbestedende dienst in strijd met de aanbestedingswet heeft gehandeld, omdat in artikel 26, lid 3, van de aanbestedingswet sprake is van een aanvulling met verklaringen of documenten, uitsluitend na een verzoek daartoe door de aanbestedende dienst. Daarenboven kunnen wijzigingen van de inschrijving uitsluitend worden toegelaten vóór afloop van de termijn voor indiening van de inschrijvingen. Desalniettemin heeft de aanbestedende dienst in deze zaak na afloop van de termijn voor indiening van de inschrijvingen ter beoordeling de proeven toegelaten die verzoeker zonder dat daarom was gevraagd, heeft ingediend.
- 19 Interveniente voert voorts aan dat verzoeker geen belang heeft bij wraking van haar inschrijving, omdat bij inwilliging van het herzieningsverzoek met betrekking tot de klacht over de ongemotiveerde afwijzing van verzoekers inschrijving haar inschrijving automatisch (vanwege de lagere prijs) de gunstigste inschrijving zou worden. In ieder geval zijn verzoekers klachten over de inschrijving van interveniente ongegrond.

Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzing

Eerste en tweede vraag

- 20 De Aanbestedingskamer is tot de conclusie gekomen dat het voor een eerlijke mededinging en de gelijke behandeling van aanbieders zinvol is een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie. De aard van de aangesneden thema's – in het bijzonder het herhaaldelijk en omvangrijk aanvullen van „verklaringen en documenten” overeenkomstig artikel 26, lid 3, van de aanbestedingswet, alsook het grote aantal herzieningsverzoeken – is ook van aanmerkelijke betekenis voor het grensoverschrijdende dienstenverkeer.
- 21 De beginselen van richtlijn 2014/17/EG met betrekking tot de aanbesteding van overheidsopdrachten wijzen er overduidelijk op dat aanbestedende diensten verplicht zijn aanbieders gelijk te behandelen en niet te discrimineren alsook om transparant te handelen, hetgeen wordt bevestigd in de rechtspraak van het Hof van Justitie in het arrest van 13 april 2010 in zaak C-91/08, Wall („De transparantieplichting vloeit rechtstreeks voort uit de artikelen 43 EG en 49 EG, die rechtstreekse werking hebben in de interne rechtsorde van de lidstaten en primeren op elke daarmee strijdige bepaling van nationaal recht”) alsook in artikel 10 van richtlijn 2004/17/EG. In het arrest van 29 maart 2012 in zaak C-599/10, SAG ELV Slovensko e.a. heeft het Hof van Justitie benadrukt dat de aanbestedende overheidsdienst de verschillende aanbieders gelijk en eerlijk moet behandelen, zodat aan het einde van de selectieprocedure en met het oog op de uitkomst van deze procedure niet de indruk kan ontstaan dat de aanbestedende dienst ongerechtvaardigd begunstigd of benadeeld heeft. Dit moet volgens de Aanbestedingskamer des te meer gelden voor het wekken van een dergelijke indruk door de rechtstreeks op wetgeving gebaseerd aanbestedingsprocedure.
- 22 In deze zaak verlangde de aanbestedende dienst, dat samen met de inschrijvingen de volgens de instructie van punt 4.1 SIWZ voorbereide proeven werden overgelegd. Hoewel proeven in principe voorwerpen zijn en geen „documenten”, worden zij op grond van artikel 25, leden 1 en 2, juncto § 6, lid 1, nr. 1, van de verordening van de voorzitter van de ministerraad over het types documenten die de aanbestedende dienst van de aanbieder mag verlangen en de vorm waarin de documenten mogen worden ingediend, als „documenten en verklaringen” beschouwd, aangezien het voorschrift van § 6 van de verordening bepaalt dat de aanbestedende dienst in het bijzonder om proeven, beschrijvingen of foto's van de te leveren producten, kan vragen.
- 23 Naar artikel 25, lid 1, van de aanbestedingswet verwijst ook artikel 26, lid 3, van de aanbestedingswet, dat op de verplichtingen van de aanbestedende dienst ziet om aanbieders te verzoeken ontbrekende of gebrekkige „documenten en verklaringen” (en overeenkomstig de hierboven genoemde bepaling in de verordening ook proeven) aan te vullen. Deze bepaling kent echter geen

voorbehoud op grond waarvan de aanbestedende dienst niet om aanvulling van een inschrijving mag vragen, indien dit zou leiden tot een wijziging van de inschrijving.

- 24 Dit heeft, zoals het geval is in deze zaak, tot gevolg dat de aanbestedende dienst overeenkomstig de formele eisen van de aanbestedingsprocedure, wanneer hij vaststelt dat de voorgelegde proef niet correct is, een aanvulling (wijziging) en correcte proeven – dat wil zeggen proeven die voldoen aan de eisen van de SIWZ – moet verlangen. Daaruit volgt dat de aanbidders proeven met andere parameters, die anders tot stand kwamen dan die welke bij de inschrijving werden ingediend, moeten indienen. Dit betekent een duidelijke en belangrijke wijziging van inschrijvingen, aangezien deze proeven tonen hoe de dienst zal worden verricht.
- 25 Het staat vast dat de proef die de aanbieder samen met de inschrijving heeft ingediend, niet beantwoordde aan de vereisten van de SIWZ. Daarentegen zijn partijen het oneens over de parameters van de proef die met het schrijven van 15 oktober 2015 werd voorgelegd. Ingeval ook deze proef niet voldeed aan de eisen van de aanbestedende dienst, zou de aanbestedende dienst overeenkomstig artikel 26, lid 3, van de aanbestedingswet de aanbieder moeten verzoeken de gebrekkige „verklaringen en documenten” in de vorm van deze proef aan te vullen. In dit geval zou verzoeker het recht hebben de aanbestedende dienst een derde proef voor te leggen. Ongetwijfeld kan dit bij andere aanbidders de indruk wekken dat de aanbestedende dienst deze aanbieder voortrekt.
- 26 Interveniente voert terecht aan dat zonder verzoek daartoe er voor aanbidders formeel gezien geen rechtsgrond bestaat om inschrijvingen aan te vullen. Toch komt het in de praktijk voor dat aanbidders uit eigen initiatief „documenten en verklaringen” aanvullen en het is gebruikelijk dat wanneer zij hierbij correct handelen de aanbestedende dienst deze niet nogmaals hoeft op te vragen, daar dit zou neerkomen op een overdreven formalisme. Ingeval dergelijke door de aanbieder voorgelegde „documenten en verklaringen” daarentegen niet correct zijn, moet de aanbestedende dienst een dergelijke aanvulling als niet-bestaand beschouwen en de aanbieder om een aanvulling vragen.
- 27 Het is vermeldenswaard dat het Hof van Justitie in zaak C-599/10 heeft benadrukt dat de aanbestedende overheidsdienst generlei wijziging van de inschrijving moet verlangen of accepteren. Weliswaar heeft deze beslissing betrekking op de mogelijkheid om opheldering te verzoeken, maar zonder twijfel geldt zij des te meer voor de mogelijkheid een deel van de inschrijving aan te vullen, met wijziging van de inschrijving tot gevolg.
- 28 Weliswaar bevat artikel 87, lid 1, tweede volzin, van de aanbestedingswet een verbod tot wijziging van of overleg over de inhoud van een inschrijving, maar bij het aanvullen van documenten gaat het om een ander rechtsinstituut. Dit blijkt ook uit de systematiek van de wet, waarbij beide voorschriften ver uit elkaar liggen (de artikelen 26 en 87). Daarbij voorzagt artikel 26, lid 3, van de aanbestedingswet,

anders dan artikel 87, lid 1, tweede volzin, uitdrukkelijk in de verplichting voor de aanbestedende dienst tot aanmaning van de aanbieder, welke verplichting los staat van de in artikel 87, lid 1, tweede volzin, van de aanbestedingswet genoemde omstandigheden.

- 29 In theorie zou het mogelijk zijn dat de aanbestedende dienst, ook wanneer deze zich ervan bewust is dat aanvulling van een inschrijving tot wijziging ervan zou leiden, de aanbieder verzoekt om aanvulling van een proef overeenkomstig artikel 26, lid 3, van de aanbestedingswet en daarna op grond van artikel 87, lid 1, tweede volzin, van de aanbestedingswet een dergelijke aanvulling weigert vanwege de wijziging van de inhoud van de inschrijving. Dit zou echter een volstrekt onlogische handelwijze zijn en niet bijdragen aan de transparantie van de aanbestedingsprocedure.
- 30 Anderzijds bestaat de mogelijkheid om een aanbieder die geen nieuwe proef voorlegt en zijn inschrijving niet wijzigt, overeenkomstig artikel 46, lid 4a, van de aanbestedingswet niet de cautie terug te betalen, wanneer hij na daarom verzocht te zijn in de zin van artikel 26, lid 3, van de aanbestedingswet om hem moverende redenen geen in artikel 25, lid 1, genoemde „documenten en verklaringen” (waaronder ook proeven) voorlegt. Des te minder zou het dus opportuun zijn een dergelijk verzoek om aanvulling van de inschrijving te doen.

Derde vraag

- 31 Bij de derde vraag gaat het erom welk belang verzoeker erbij heeft om te klagen over de inschrijving van Digital-Center Sp. z o.o. In de nationale rechtspraak worden de artikelen 179, lid 1, en 180, lid 1, van de aanbestedingswet aldus uitgelegd dat een aanbieder alleen bezwaar kan maken tegen de situatie in een bepaalde procedure tot plaatsing van een overheidsopdracht en zijn belang bij het verkrijgen van de gunning en de mogelijkheid van het lijden van schade daarmee in verband moet brengen. Bijgevolg hebben aanbieders niet het recht een verzoek in te dienen in verband met klachten waarvan de gevolgen buiten deze bepaalde procedure zouden vallen. In deze zienswijze verkrijgt verzoeker de gunning, indien zijn klacht over de beoordeling van zijn eigen inschrijving gegrond blijkt te zijn. Blijkt deze daarentegen ongegrond en blijft de inschrijving afgewezen, dan heeft hij geen belang meer bij het verdere verloop van de aanbestedingsprocedure en het lot van het voorwerp van de opdracht.
- 32 Het is waar dat bij de indiening van meerdere inschrijvingen het voor het belang van de degene die het beroep instelt irrelevant is welke van zijn mededingers de gunning verkrijgt. In deze zaak zou de aanbestedende dienst echter bij afwijzing van de inschrijving van verzoeker en van interveniënte de procedure overeenkomstig artikel 93, lid 1, nr. 1, van de aanbestedingswet nietig moeten verklaren wegens het ontbreken van andere inschrijvingen. Een nader gevolg zou waarschijnlijk het openen van een nieuwe aanbestedingsprocedure zijn, waarin

verzoeker een nieuwe inschrijving zou kunnen indienen en de gunning zou kunnen verkrijgen. Weliswaar beroepen de voorstanders van deze uitlegging zich op het feit dat het mogelijke openen van een nieuwe aanbestedingsprocedure niet kan worden beschouwd als een belang bij het verkrijgen van de gunning in de zin van artikel 179, lid 1, van de aanbestedingswet, omdat niet is te overzien of een dergelijke procedure wordt geopend. Toch is het herhalen van procedures eerder regel dan uitzondering. In casu is het feitelijk zeker dat de aanbestedende dienst een dergelijke procedure zou herhalen, omdat het voor hem onder andere vanwege de toenemende verslechtering van de staat van papieren stukken noodzakelijk is het archief te digitaliseren.

- 33 Daarbij moet worden opgemerkt dat zowel artikel 179, lid 1, van de aanbestedingswet als artikel 1, lid 3, van richtlijn 92/13/EEG het recht om een herzieningsverzoek in te stellen met een „bepaalde opdracht” verbindt. Evenwel heeft de definitie van de opdracht als „overeenkomst onder bezwarende titel” [artikel 2, nr. 13, van de aanbestedingswet en artikel 1, lid 2, onder a), van richtlijn 2004/17/EG] als zodanig geen betrekking op de aanbestedingsprocedure, derhalve een fase die voorafgaat aan het sluiten van de overeenkomst. Bijgevolg kan het in artikel 1, leden 1 en 3, van richtlijn 92/13/EEG genoemde begrip „opdracht” zowel een door een bepaalde bekendmaking geopende aanbestedingsprocedure betekenen als een opdracht, dat wil zeggen een bepaald voorwerp van een opdracht (in dit geval: de dienst om het archief van PGNiG te digitaliseren), ongeacht in het kader van welke procedure (de huidige of de toekomstige) het tot het sluiten van een overeenkomst komt.
- 34 Bijgevolg dient volgens de Aanbestedingskamer te worden verduidelijkt welke betekenis moet worden gegeven aan het begrip „bepaalde opdracht”, aangezien daarvan namelijk afhangt of kan worden vastgesteld of het bezwaar tegen het besluit van de aanbestedende dienst gegrond is vanwege een bestaand belang bij het verkrijgen van de gunning en dus of het verzoek moet worden toe- of afgewezen.