

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 388

1. Feiten

- 1.1. Beklaagde, een speciale-sectorbedrijf, heeft op 8 juli 2016 een aankondiging gepubliceerd voor een Europese onderhandelingsprocedure met aankondiging voor een raamovereenkomst voor ingenieursdiensten. De speciale-sectoropdracht is verdeeld in drie percelen waarbij wordt beoogd per perceel een raamovereenkomst met meerdere ondernemingen te sluiten.
- 1.2. In de Selectieleidraad van 16 juni 2016 is bepaald:

4 Aanbestedingsprocedure

(...) [Beklaagde] heeft voor genoemde procedure gekozen, omdat er op grond van de veelheid aan concurrentie op het gebied van de opdracht veel Gegadigden worden verwacht.

De Aanbestedingsprocedure bestaat uit een selectiefase, een verificatiefase en een gunningsfase.

Selectiefase

In de selectiefase dienen de Gegadigden hun Aanmelding in, op basis waarvan [Beklaagde] de geschiktheid van de Gegadigden beoordeelt. Deze beoordeling vindt plaats op grond van de Uitsluitingsgronden en de Geschiktheidseisen. Van de op basis van de informatie in de Aanmeldingen niet-uitgesloten, geschikte Gegadigden selecteert [Beklaagde] vervolgens een aantal gegadigden per perceel, zie tabel hieronder, die op grond van de Selectiecriteria het hoogst hebben gescoord.

(...)

Verificatiefase

In de verificatiefase ontvangen de geselecteerde Gegadigden – tegelijk met de mededeling van het selectiebesluit – een voorlopige uitnodiging tot Inschrijving, alsmede een verzoek tot het overleggen van bewijsstukken (voor de termijn zie paragraaf 4.1.1) door middel waarvan de Gegadigden aantonen dat zij voldoen aan het gestelde in de Eigen Verklaring.

[Beklaagde] toetst in eerste instantie de tijdigheid van de indiening van de bewijsstukken. Daarnaast toetst zij de compleetheid van de ingediende bewijsstukken en of de Gegadigde door middel van de ingediende bewijsstukken voldoet aan hetgeen hij heeft verklaard door ondertekening van de Eigen Verklaring.

Indien uit de beoordeling van de bewijsstukken blijkt dat op een Gegadigde dan wel – indien van toepassing – op (een) afzonderlijke combinant(en) een of meer Uitsluitingsgrond(en) van toepassing is/zijn, dan wel een Gegadigde niet voldoet aan de Geschiktheidseisen, dan wordt de betreffende Gegadigde alsnog van deelname van de Aanbestedingsprocedure uitgesloten. [Beklaagde] trekt in dat geval haar eerdere selectiebesluit in en deelt – indien en voor zover [Beklaagde] de Aanbestedingsprocedure alsnog voortzet – de (overgebleven) Gegadigden haar hernieuwde selectiebesluit mede.

Gunningsfase

De geselecteerde Gegadigden ontvangen een bevestiging van de uitnodiging voor het indienen van een Inschrijving in de gunningsfase, alsmede de Gunningsleidraad op grond waarvan de Inschrijving dient te worden opgesteld en ingediend. (...)

4.1 Planning van de Aanbestedingsprocedure

De plannings (selectiefase en gunningsfase) zijn indicatief en kan eenzijdig door [Beklaagde] (tussentijds) gewijzigd worden met uitzondering van de wettelijke verplichte minimum termijnen.

4.1.1 Selectiefase

Nr.	Omschrijving:	Datum	Tijd
1.	Publicatie Aankondiging opdracht (op www.tenderned.nl)	Vrijdag 8 juli 2016	
2.	Termijn indiening van vragen door Gegadigden	Woensdag 20 juli 2016	12:00 uur
3.	Publicatie Nota van Inlichtingen	Woensdag 27 juli 2016	
4.	Uiterste datum en tijdstip indienen Aanmeldingen	Maandag 5 september 2016	12:00 uur
5.	Mededeling selectiebeslissing	Maandag 19 september 2016	
6.	Uiterste datum voor het indienen van bewijsstukken door Gegadigden	Woensdag 28 september 2016	12:00 uur
7.	Uiterste bezwaardatum (afloop vervaltermijn)	Maandag 10 oktober 2016	12:00 uur
8.	Definitieve selectiebeslissing en uitnodiging tot gunningsfase	Dinsdag 11 oktober 2016	

4.2 Aanbestedingsvoorwaarden

(...)

c. Gebruik Uniform Europees Aanbestedingsdocument

Gegadigde dient bij de Aanmelding een Eigen verklaring conform format Uniform Europees Aanbestedingsdocument in te dienen. **N.B. Het Uniform Europees Aanbestedingsdocument vervangt het Nederlandse model Eigen Verklaring.**

(...)

d. Rangorde Aanbestedingsstukken

Bij strijdigheid tussen de inhoud van de verschillende Aanbestedingsstukken geldt de volgende rangorde:

- 1) Nota's van Inlichtingen gunningsfase op volgorde van meest recent naar minst recent;
- 2) Gunningsleidraad met Bijlagen;
- 3) Nota's van Inlichtingen selectiefase op volgorde van meest recent naar minst recent;
- 4) Selectieleidraad met Bijlagen;
- 5) Aankondiging.

(...)

h. Onderaanneming

(...)

Indien de Gegadigde zich beroept op de financiële en economische draagkracht en/of technische bekwaamheid van een onderaannemer, is die onderaannemer (tevens) aan te merken als Derde. In dat geval dient de Gegadigde, de instructies op te volgen zoals beschreven onder k ten aanzien van het beroep op de middelen van (een) Derde(n).

i. Combinatie

Een Combinatie van ondernemingen kan zich gezamenlijk als één Gegadigde aanmelden. In dat geval dient in de Eigen Verklaring te worden aangegeven welke ondernemingen deel uitmaken van de Combinatie. De ondernemingen die deelnemen in de Combinatie dienen bovendien ieder afzonderlijk de Eigen Verklaring in te vullen en in te dienen.

(...)

k. Beroep op middelen Derde

De Gegadigde kan zich beroepen op de financiële en economische draagkracht en/of technische bekwaamheid van (een) Derde(n). In dat geval dient de Gegadigde in de Eigen Verklaring in te vullen:

1. ten aanzien van welke Geschiktheidseisen hij een beroep doet op de Derde(n) en
2. op welke Derde(n) hij een beroep doet ten aanzien van die betreffende Geschiktheidseisen

Indien en voor zover de Gegadigde zich beroept op de technische bekwaamheid van (een) Derde(n), dient de Gegadigde naast de eventueel door hemzelf bij Aanmelding in te dienen lijst van eigen referentieprojecten zie het in het Aanbestedingsplatform opgenomen format referentieprojecten, te overleggen een (lijst van) referentieproject(en) van die Derde(n) op wiens/wier technische bekwaamheid de Gegadigde zich beroept. Indien en voor zover de Gegadigde referentieprojecten van (een) Derde(n) overlegt dient hij daartoe eveneens gebruik te maken van het format referentieprojecten

De Gegadigde die [Beklaagde] op grond van de selectiebeslissing beoogt uit te nodigen voor het doen van een Inschrijving en die een beroep doet op de financiële en economische draagkracht en/of technische bekwaamheid van (een) Derde(n), dient op verzoek van [Beklaagde] binnen de in paragraaf 4.1.1 van de Selectieleidraad gestelde termijn, in te dienen:

1. Een verklaring van die Derde(n) waaruit blijkt dat de Gegadigde daadwerkelijk kan beschikken over de middelen van de Derde(n) waarop hij zich beroept, overeenkomstig het in de Bijlage(n) opgenomen format;

De Gegadigde die [Beklaagde] op grond van de selectiebeslissing beoogt uit te nodigen voor het doen van een Inschrijving en die een beroep doet op de financiële en economische draagkracht van (een) Derde(n), dient op verzoek van [Beklaagde] binnen de in paragraaf 4.1.1 van de Selectieleidraad gestelde termijn, - naast de hiervoor onder 1 genoemde derdenverklaring - in te dienen:

1. de stukken die in de plaats komen van hetgeen de Gegadigde moet indienen ten bewijze dat hij voldoet aan de Geschiktheidseisen ter zake van financiële en economische draagkracht. Indien de Gegadigde zich in het

kader van de financiële en economische draagkracht bijvoorbeeld beroept op de omzet van een Derde, dienen de gevraagde bescheiden ter zake van de financiële en economische draagkracht van die Derde te worden ingediend.

I. Voorbehouden [Beklaagde]

(...)

3. [Beklaagde] behoudt zich het recht voor te allen tijde de door Gegadigden verstrekte gegevens en verklaringen aan een nader onderzoek te onderwerpen en op juistheid te controleren, evenals de opgegeven referenties te benaderen. (...)

4.6 Indienen van de Aanmelding

(...)

De Gegadigde dient minimaal alle verplichte vragen in het Aanbestedingsplatform beantwoord te hebben en alle voorgeschreven documenten in te vullen, rechtsgeldig te ondertekenen en te uploaden in het Aanbestedingsplatform.

(...)

5 Beoordeling van de Aanmeldingen

In de paragrafen hierna zijn de voorschriften geformuleerd, waaraan een Gegadigde in ieder geval moet voldoen om in aanmerking te kunnen komen voor toelating tot de Aanbestedingsprocedure. Het voldoen aan één of meer van de Uitsluitingsgronden en/of het niet voldoen aan één of meer van de Geschiktheidseisen leidt onherroepelijk tot uitsluiting van verdere deelname aan de Aanbestedingsprocedure.

(...)

5.4 Beoordelingsprocedure

De beoordeling van de Aanmeldingen zal plaatsvinden in de onderstaande, chronologische stappen:

Stap 1. Toets op tijdige indiening, compleetheid en conformiteit

De door de Gegadigden ingediende Aanmeldingen worden eerst getoetst op tijdige indiening, compleetheid van documenten en vervolgens op de vormvereisten en aanbestedingsvoorwaarden die gelden in de selectiefase van de Aanbestedingsprocedure. [Beklaagde] is bevoegd – en niet verplicht – om één of meerdere Gegadigden de mogelijkheid te bieden om de gegevens en antwoorden in hun Aanmelding te verduidelijken of aan te vullen. Indien een Gegadigde of diens Aanmelding niet of niet volledig kan voldoen aan één of meerdere toetsingscriteria – ook nadat eventueel een mogelijkheid tot verduidelijking of aanvulling is geboden – leidt dit tot uitsluiting van de Inschrijving van de verdere Aanbestedingsprocedure. [Beklaagde] deelt de uitsluiting van een betreffende Inschrijver mede op het moment van bekendmaking van de selectiebeslissing.

Stap 2. Toets aan Geschiktheidseisen

Vervolgens vindt een toets plaats op de Uitsluitingsgronden en Geschiktheidseisen, zoals beschreven in paragraaf 6.3 en 6.4. Indien een of meer van de Uitsluitingsgronden van toepassing zijn, wordt de Gegadigde van deelneming aan de Aanbestedingsprocedure uitgesloten. Een Gegadigde die niet kan aantonen – al dan niet met een beroep op een Derde – te voldoen aan de gestelde Geschiktheidseisen, zal ertoe leiden dat Gegadigde wordt uitgesloten van verdere deelname aan de Aanbestedingsprocedure.

In het geval een Gegadigde wordt uitgesloten van de Aanbestedingsprocedure zal de Aanbestedingsprocedure worden voortgezet met de Gegadigde die in rangorde op de volgende plaats is geëindigd. Valt er nog een Gegadigde uit, dan zal de daarop volgende Gegadigde worden uitgenodigd, enzovoorts.

Stap 3. Verificatie en selectiebeslissing

De Gegadigde die [Beklaagde] beoogt uit te nodigen voor het indienen van een Inschrijving, dient binnen tien (10) kalenderdagen na het verzoek daartoe van [Beklaagde] de bewijsstukken inzake de Eigen Verklaring in te dienen, alsmede eventuele andere documenten en/of gegevens. Indien blijkt dat Gegadigde geen bewijsstukken kan overleggen of onjuiste informatie heeft verstrekt, zal dit ertoe leiden dat Gegadigde alsnog wordt uitgesloten van verdere deelname aan de Aanbestedingsprocedure. In dat geval zal de Aanbestedingsprocedure worden voortgezet met de Gegadigde die in rangorde op de volgende plaats is geëindigd. Valt er nog een Gegadigde uit, dan zal de daarop volgende Gegadigde worden uitgenodigd, enzovoorts.

[Beklaagde] streeft ernaar om de Gegadigden na verificatie op de eerder vermelde datum (conform paragraaf 4.1.1) in kennis te stellen van de selectiebeslissing. Er wordt met klem op gewezen dat Aanmeldingen, die (al dan niet na verificatie) onjuistheden blijken te bevatten of toezeggingen die niet (kunnen) worden waargemaakt, uitgesloten worden van de Aanbestedingsprocedure. Gegadigden dienen de Aanmeldingen dan ook zeer zorgvuldig en naar waarheid in te vullen.

6 Uitsluitingsgronden en Geschiktheidseisen

(...)

6.2 Eigen Verklaring

[Beklaagde] maakt voor de Eigen Verklaring gebruik van het format Uniform Europees Aanbestedingsdocument. De ondertekende Eigen Verklaring vormt een onderdeel van de Aanmelding. Gegadigde dient de Eigen Verklaring ingevuld en rechtsgeldig ondertekend bij de Aanmelding in te dienen. (...)

6.3 Uitsluitingsgronden

Alle Uitsluitingsgronden die in het kader van de deze Aanbestedingsprocedure worden gehanteerd, zijn opgenomen in het model Uniform Europees Aanbestedingsdocument.

Hiertoe zijn in het model van het Uniform Europees Aanbestedingsdocument de Uitsluitingsgronden aangekruist.

1. Indien Aanmelding c.q. Inschrijving geschiedt door een samenwerkingsverband van ondernemers (Combinatie), al dan niet als vennootschap onder firma, kan het samenwerkingsverband worden uitgesloten van deelneming aan de Opdracht wanneer op één of meer van de ondernemers één of meer van Uitsluitingsgronden van toepassing zijn.

2. Indien mocht blijken dat op een natuurlijke of rechtspersoon, met wie de ondernemer beoogt te voldoen aan de Geschiktheidseisen genoemd in paragraaf 6.4 van deze Selectieleidraad, één of meer van de Uitsluitingsgronden van toepassing zijn, zal deze natuurlijke of rechtspersoon door [Beklaagde] niet worden geaccepteerd en kan de ondernemer worden uitgesloten van deelneming aan de Opdracht.

3. Het onder punt 2 bepaalde geldt mutatis mutandis voor natuurlijke of rechtspersonen bedoeld onder punt 1.

(...)

6.5 Nadere bepalingen ten aanzien van de Geschiktheidseisen

Ten aanzien van de hierboven genoemde Geschiktheidseisen geldt het volgende:

(...)

- Indien een Gegadigde ten behoeve van het voldoen aan een Geschiktheidseis met betrekking tot de technische bekwaamheid een beroep doet op de kwalificaties van een (of meerdere) Derde, dan dient(dienen) deze Derde ook daadwerkelijk bij de uitvoering van de opdracht te worden ingezet.'

Op verzoek van [Beklaagde] levert de Gegadigde binnen de in paragraaf 4.1.1 van de Selectieleidraad gestelde termijn, het bewijs hiervan aan.

7 Bewijsstukken

7.1 Bewijsstukken m.b.t. Uitsluitingsgronden

De Gegadigde moet binnen een termijn van tien (10) kalenderdagen na een daartoe strekkend verzoek van [Beklaagde] de volgende bewijsstukken overleggen:

(...)

7.2 Bewijsstukken m.b.t. Geschiktheidseisen

7.2.1 Bij Aanmelding in te dienen bewijzen

De Gegadigde dient bij de Aanmelding de volgende bewijsstukken bij te voegen:

a) Met betrekking tot de Geschiktheidseisen "technische bekwaamheid" als genoemd in paragraaf 6.4.3: een opgave van referentiewerken waaruit blijkt dat de onderneming voldoet aan de gestelde eisen.

Een opgave van een referentiewerk dient te zijn opgesteld overeenkomstig het bijgevoegde model 'Format referentieverklaring' (zie Aanbestedingsplatform).

b) Met betrekking tot de Geschiktheidseis "technische bekwaamheid": Door de Opdrachtgever ondertekende verklaring, betreffende de goede uitvoering en tijdige oplevering van het werk van de ingediende referentiewerken.

Een opgave van een tevredenheidsverklaring dient te zijn opgesteld overeenkomstig het bijgevoegde model 'Format referentieverklaring' (zie Aanbestedingsplatform).

7.3 Na verzoek van [Beklaagde] in te dienen bewijzen

De Gegadigde moet binnen een termijn van tien (10) kalenderdagen na een daartoe strekkend verzoek van [Beklaagde] één of meerdere van de volgende bewijsstukken overleggen:

(...)

d) In het geval een Gegadigde om te voldoen aan de Geschiktheidseisen een beroep doet op een Derde:

Een bewijs van de samenwerking tussen hoofd- en onderaannemer.

(...)

7.3.1 Overige bepalingen m.b.t. bovenstaande bewijsstukken

(...)

3. In geval van Combinatie dienen de in paragraaf 7.1.sub a tot en met c genoemde bewijsstukken door ieder van de Combinanten ingediend te worden.

7.4 Overzicht bewijsstukken

Voor de duidelijkheid is in onderstaande tabel aangegeven welke documenten door [Beklaagde] kunnen worden gebruikt om uw Aanmelding te toetsen. Tevens is aangegeven wanneer deze dienen te worden aangeleverd.

Tevens is aangegeven hoe er met de documenten dient te worden omgegaan indien wordt ingeschreven als Combinatie.

Omschrijving	Bij Combinaties	Bij Aanmelding	Na verzoek [Beklaagde]
Uitsluitingsgronden			
Eigen Verklaring ²	Door alle Combinanten	X	
Uittreksel handelsregister	Door alle Combinanten		X
Gedragsverklaring Aanbesteden	Door alle Combinanten		X
Verklaring belasting en sociale premies	Door alle Combinanten		X
Minimumeisen			
Financiële en economische draagkracht			
Verzekering	Door alle Combinanten		X
Technische bekwaamheid			
Referentie "A+B" §5.4.3	Gezamenlijk	X	
Referentie "C+D" § 5.4.3	Gezamenlijk	X	
Referentie "E+F" § 5.4.3	Gezamenlijk	X	
Getekende tevredenheidsverklaring behorende bij referentie(s)	Gezamenlijk		X
Organisatorische bekwaamheid			
ISO 9001-certificaat	Door alle Combinanten		X
VCA*-certificaat	Door alle uitvoerende Combinanten		X
Bewijs van samenwerking tussen hoofd- en onderaannemer	Gezamenlijk		X
Selectiecriteria			
ISO 14001-certificaat	Gezamenlijk		X

² Indien een beroep op een Derde wordt gedaan, dient tevens een Eigen Verklaring van de Derde te worden ingediend bij de Aanmelding.'

1.3. Bij de aanmelding door middel van Commerce-hub is bepaald:

'III Uitsluitingsgronden

Eigen Verklaring

24. Voeg hier toe bovenstaande bijlage Uniform Europees Aanbestedingsdocument (ingevuld en ondertekend):

* Uitsluitingscriterium *

- dien een getekend document Uniform Europees Aanbestedingsdocument zoals hierboven ontbreekt of onvolledige en/of niet actuele gegevens bevat.
- bij een combinatie dienen beide combinanten de verklaring in te vullen.'

1.4. In de Nota van Inlichtingen zijn onder meer de volgende vragen en antwoorden van 27 juli 2016 opgenomen:

1.4.1. Vraag 10: 'Selectiecriteria Referenties: om aan de geschiktheidseisen te voldoen mag je gebruik maken van een onderaannemer / derde.

1. Als je dit doet, hoe dien je dan het referentief formulier in te vullen, bijvoorbeeld bij punt 5.

(...)'

Antwoord: '1. Indien voor de referentie gebruik is gemaakt van een Derde, dient dit aangegeven te worden in de referentieverklaring in kolom E middels de tekst "Ja, Gen. Derde". Indien deze Derde invulling gaat geven aan de te sluiten Overeenkomst, dan dient deze Derde ook een UEA in te dienen.

(...)'

1.4.2. Vraag 9: 'Ook de onderaannemer moet volgens de nieuwe aanbestedingswet een UEA invullen en indienen. Verwacht u dan dat een onderaannemer ook dezelfde bewijsstukken inlevert als de gegadigde? Of moet alleen de gegadigde de bewijsstukken inleveren?'

Antwoord: 'Onderaannemers dienen inderdaad ook een UEA in te vullen en door u ingediend te worden. Als u geselecteerd wordt zullen wij in de verificatiefase de bewijsstukken opvragen. Indien u voor een geschiktheidseis/selectiecriteria een beroep doet op een onderaannemer, dan dient u deze voor die specifieke eis de bewijsstukken te overhandigen van de onderaannemer.'

1.5. Bij brief van 7 oktober 2016 heeft beklagde de aanmelding van klager ongeldig verklaard:

'Geachte (...)

[Beklaagde] heeft de aanmeldingen eerst getoetst op procedurele vereisten, uitsluitingsgronden en de gestelde selectie eisen. Bij de beoordeling van uw aanmelding is gebleken dat uw aanmelding niet voldoet aan de volgende eis:

1. Uw aanmelding voldoet niet aan de eisen van de Eigen Verklaring.

De eis luidt:

[Beklaagde] maakt voor de Eigen Verklaring gebruik van het format Uniform Europees Aanbestedingsdocument. De ondertekende Eigen Verklaring vormt een onderdeel van de Aanmelding. Gegadigde dient de Eigen Verklaring ingevuld en rechtsgeldig ondertekend bij de Aanmelding in te dienen. Inschrijver dient de Eigen Verklaring alleen te gebruiken met het programma Adobe Reader, dit om afwijkingen te voorkomen.

In het Uniform Europees Aanbestedingsdocument staat:

Deel III: C, Informatie over beroep op draagkracht van andere entiteiten

Doet de ondernemer beroep op de draagkracht van andere entiteiten om te voldoen aan de selectiecriteria van deel IV en de (eventuele) criteria en regels van onderstaande afdeling V?

Zo ja, verstrek voor elk van de betrokken entiteiten een afzonderlijk UEA-formulier met de informatie die wordt gevraagd in de afdelingen A en B van dit deel III.

Toelichting: U doet een beroep op de draagkracht van [X] om te voldoen aan selectie criteria 1. Indien er beroep wordt gedaan op de draagkracht van andere entiteiten dient elk van de betrokken entiteiten een afzonderlijk UEA-formulier te verstrekken. U heeft geen ingevuld UEA-formulier ingediend van [X]. Derhalve voldoet u niet aan de eis met betrekking tot de Eigen Verklaring.

Deze constatering op de minimale vereisten heeft [Beklaagde] doen besluiten om uw aanmelding als ongeldig terzijde te leggen en niet verder te beoordelen.

(...)'

- 1.6. Naar aanleiding van een klacht van klager heeft de interne klachtencommissie van beklagde op 4 november 2016 beklagde als volgt geadviseerd:

'Eerste beklag

[Klager] stelt in haar eerste beklag dat in de aanbestedingsdocumenten niet duidelijk wordt wat er exact van inschrijvers mag worden verwacht als het gaat om het uploaden van het UEA voor onderaannemers. In de digitale omgeving van commerce hub staat dat bij combinatie beide combinanten de verklaring (UEA) dienen in te vullen. [Klager] stelt dat zij [X] als onderaannemer opvoert en daarom niet het UAE voor [X] heeft toegevoegd aan haar aanmelding.

Alvorens in te gaan op het beslag volgt hieronder kort de verschillende samenwerkingsverbanden. In het geval een gegadigde of inschrijver zelf niet over de benodigde financiële draagkracht of technische of beroepsbekwaamheid beschikt, kan hij een beroep doen op de financiële draagkracht of technische of beroepsbekwaamheid van derden. In dat geval zal hij moeten samenwerken. Bij aanbestedingen kunnen twee vormen van samenwerking tussen ondernemers bij aanbestedingen worden onderscheiden, te weten combinatievorming en onderaanneming.

Combinatievorming: Ondernemers werken op gelijk niveau met elkaar samen. Ze zijn samen of vaak zelfs ieder voor het geheel (hoofdelijk) verantwoordelijk voor de uitvoering van de opdracht. Partijen sluiten dan een combinatieovereenkomst. In casu dient dan volgens Selectieleidraad Ingenieursdiensten en commerce hub het UEA door beide combinanten worden ingevuld en worden toegevoegd aan de aanmelding.

Bij onderaanneming schakelt de hoofdaannemer, i.c. [Klager], een onderaannemer in, i.c. [X], voor bepaalde delen van het werk. De hoofdaannemer is in dat geval naar de aanbestedende dienst toe verantwoordelijk voor de uitvoering van de gehele opdracht. Voor dergelijke samenwerkingsvormen gelden ook bepaalde mededingingsregels, die zijn neergelegd in de Beleidsregels Combinatieovereenkomsten van 31 maart 2013. Kort samengevat is samenwerking tussen ondernemingen toegestaan indien a) ondernemingen geen concurrent van elkaar zijn, b) ondernemingen die wel concurrent van elkaar zijn, maar die de desbetreffende opdracht niet zelfstandig kunnen uitvoeren en c) ondernemingen die tot hetzelfde concern behoren. (Stcrt. 5 april 2013 nr. 9223)

Gelet het bovenstaande kan gesteld worden dat [X] door [Klager] als onderaannemer zal worden ingezet en dat er geen combinatie wordt gevormd.

In de selectieleidraad wordt in paragraaf 4.2.h gesteld dat een samenwerking in de vorm van hoofd- en onderaanneming zich kan aanmelden als één gegadigde. Hoe dit dient te gebeuren wordt in 4.2.k beschreven. Voor een combinatie wordt in de selectieleidraad meerdere malen melding gemaakt dat beide combinanten het UAE ingevuld bij de aanmelding dienen over te leggen. Verwarring kan ontstaan door de aanmelding van één gegadigde en wanneer het UAE door de on-

deraannemer ingediend moet worden. Het antwoord in de Nota van Inlichtingen maakt het geheel er niet duidelijker op. Het ingevulde UAE van de derde c.q. onderaannemer moet worden ingediend, maar of dit bij de aanmelding is of bij gunning kan verwarring opleveren.

Overigens wordt in paragraaf 7.4 'Overzicht bewijsstukken' onder uitsluitingsgronden Eigen Verklaring in de voettekst beschreven dat 'indien een beroep op een Derde wordt gedaan, dient tevens een eigen verklaring van deze Derde te worden ingediend bij de Aanmelding.'

Zoals eerder gemeld wordt in commerce hub duidelijk vermeld dat alleen voor een combinatie het UAE dient te worden bijgevoegd door combinanten, niet voor een onderaanneming. [Klager] stelt dat het niet volgen van deze instructie een mogelijk onjuiste aanmelding zou kunnen opleveren met uitsluiting tot gevolg. [Klager] was inmiddels in bezit van het UAE van [X].

Het Klachtenmeldpunt kan zich dan ook vinden in het eerste beklag.

Tweede beklag

[Klager] stelt dat [Beklaagde] gelegenheid had moeten geven om, zoals zij omschrijft, de tekortkoming op korte termijn te herstellen. Bij het verweer tegen de uitsluiting is het UAE meegestuurd.

Indien tijdens de evaluatie van aanmeldingen c.q. offertes onduidelijkheden bevatten of niet geheel volledig zijn kan men binnen bepaalde grenzen dergelijke omissies rechtekken door het opvragen van aanvullende informatie. Dit is toegestaan zolang dit niet leidt tot een aanpassing van de aanmelding dan wel offerte. Gezien de ontstane verwarring tussen selectieleidraad, Nota van Inlichtingen en commerce hub was het rechtekken van deze omissie gerechtvaardigd. Voorwaarde voor het vragen van aanvullende informatie of verduidelijkingen is, dat de aanbestedende dienst het beginsel van gelijkheid in acht neemt.

Indien het een fout zou zijn van [Klager] dan dient men onderscheid maken tussen een opzettelijke en een onopzettelijke fout. [Beklaagde] zal zich de vraag moeten stellen of de aanbestedingsdocumenten wel voldoende duidelijk waren en hoe ernstig de fout is. In casu mag men er vanuit gaan dat het hier om een onopzettelijke fout gaat. [Klager] had immers al het UAE van [X] maar besloot bij uploaden toch de omschrijving op commerce hub te volgen. De GPA biedt de mogelijkheid een onbedoelde fout recht te zetten. Hier geldt de voorwaarde dat dit niet tot oneerlijke concurrentie mag leiden. In zijn algemeenheid kun je stellen dat kleine fouten kunnen worden hersteld, zolang het beginsel van gelijkheid wordt gerespecteerd.

Derde beklag

[Klager] stelt [Beklaagde] door het opnemen van 'voor de duidelijkheid is in onderstaande tabel aangegeven welke documenten door [Beklaagde] kunnen worden gebruikt om uw aanmelding te toetsen' een zekere vrijheid neemt door soepler om te gaan met het terzijde leggen.

Hier kan het Klachtenmeldpunt [Klager] niet in meegaan. Een aanbestedende dienst stelt geen selectieleidraad op om verwarring te scheppen en vrijheid te creëren in de beoordelingen.

Vierde beklag

Het argument van [Klager] inzake de mogelijke onjuiste instructie op commerce hub is al eerder in dit advies verwerkt.

Vijfde beklag

Dit beklag gaat voornamelijk over het feit dat je derde moet toetsen op uitsluitingsgronden en wanneer dit zou moeten, in de selectie- of in gunningfase. Hier verder op ingaan maakt het advies niet anders.

Advies

Gezien het bovenstaande kan worden geconcludeerd dat [Klager] een punt heeft en dat [Beklaagde] de omissie van het UAE van [X] had kunnen laten herstellen zonder hierbij van de wet- en regelgeving af te wijken. Het advies in deze is dan ook om [Klager] alsnog de kans te geven om het UAE formulier van [X] in te dienen. Indien er een volledig en juist ingediend UAE formulier wordt aangeleverd, dient [Klager] alsnog te worden beoordeeld. Mocht de score van [Klager] zodanig zijn dat zij daardoor geselecteerd wordt dient zij alsnog te worden toegelaten tot de Inschrijvingsfase.'

2. Beschrijving klacht

2.1. Klachtonderdeel 1

De aanbestedingsstukken zijn niet transparant over de vraag of bij de aanmelding door een gegadigde ook een Uniform Europees Aanbestedingsdocument van een door die gegadigde ten behoeve van de uitvoering van de opdracht beoogde onderaannemer moest worden gevoegd.

2.2. Klachtonderdeel 2

Ten onrechte heeft beklagde de aanmelding van klager ongeldig verklaard. Op basis van de aanbestedingsstukken hoefde klager bij de aanmelding geen Uniform Europees Aanbestedingsdocument van haar onderaannemer in te dienen.

2.3. Klachtonderdeel 3

Beklaagde heeft klager ten onrechte niet in de gelegenheid gesteld alsnog een Uniform Europees Aanbestedingsdocument van haar onderaannemer in te dienen, althans ten onrechte geen acht geslagen op het nagezonden Uniform Europees Aanbestedingsdocument.

2.4. Klachtonderdeel 4

2.4.1. Beklaagde heeft ten onrechte niet inhoudelijk gereageerd op de bezwaren van klager die de eerste twee klachtonderdelen betreffen. Beklaagde heeft haar beslissingen om de aanmelding van klager ongeldig te verklaren en het bezwaar tegen deze beslissing af te wijzen, onvoldoende inzichtelijk gemotiveerd, zodat het voor klager niet mogelijk was de wijze waarop de beoordeling door klager heeft plaatsgevonden te kunnen toetsen.

2.4.2. De klachtencommissie van beklagde heeft de klacht van klager niet voortvarend behandeld.

3. Onderbouwing klacht

3.1. Klachtonderdelen 1 en 2

3.1.1. Klager voert aan dat in de aanbestedingsdocumenten niet duidelijk wordt gemaakt wat van de gegadigden wordt verwacht, als het gaat om het uploaden van het Uniform Europees Aanbestedingsdocument voor onderaannemers als X, waarop een beroep wordt gedaan voor de technische bekwaamheid. Zij stelt dat die duidelijkheid er op het moment van openstellen van de aanbesteding via Commerce-hub (of in ieder geval vóór de aanmelding) had moeten zijn. In Commerce-hub had moeten worden aangegeven dat niet alleen van een combinant

het Uniform Europees Aanbestedingsdocument moest worden ge-upload, maar ook van een onderaannemer als X waarop een beroep wordt gedaan voor de technische bekwaamheid. Klager voert aan dat de tekst bij nr. 24 van Commerce-hub (zie 1.3 hiervoor) op zichzelf, in het licht van de gehele tekst op Commerce-hub en in samenhang met de andere aanbestedingsdocumenten onvoldoende transparant is. Daarmee heeft beklagde niet voldaan aan haar uit artikel 1.9, eerste lid, Aw 2012 voortvloeiende verplichting om haar eisen in de aanbestedingsstukken zodanig te formuleren dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers de eisen op dezelfde manier uitleggen.

- 3.1.2. In de selectieleidraad wordt in paragraaf 4.2 ("Aanbestedingsvoorwaarden", zie 1.2 hiervoor) onder i ("Combinatie") expliciet bepaald:

'De ondernemingen die deelnemen in de Combinatie dienen bovendien ieder afzonderlijk de Eigen Verklaring in te vullen en in te dienen.'

- 3.1.3. Deze mededeling ontbreekt onder h ("Onderaanneming"). Hierin is juist bepaald:

'Een samenwerking in de vorm van hoofd- en onderaanneming kan zich aanmelden als één Gegadigde'.

- 3.1.4. Ook onder k ("Beroep op middelen Derde") is bepaald dat Gegadigde een Eigen Verklaring moet invullen en de onderaannemer een Verklaring Derde(n) op een later tijdstip moet overhandigen. Ook hier is niet bepaald dat de onderaannemer waarop een beroep wordt gedaan voor technische bekwaamheid, een eigen verklaring moet invullen en wanneer deze ingediend moet worden.

- 3.1.5. In paragraaf 6.2 van de selectieleidraad is bepaald:

'De ondertekende Eigen Verklaring vormt een onderdeel van de Aanmelding. Gegadigde dient de Eigen Verklaring ingevuld en rechtsgeldig ondertekend bij de Aanmelding in te dienen.'

Aangezien in paragraaf 4.2 onder h wordt gesteld dat er in geval van onderaanneming maar sprake is van één gegadigde, lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat er in eerste instantie maar één eigen verklaring moet worden geupload.

- 3.1.6. Klager vindt het veelzeggend dat de vraag en het antwoord in de Nota van Inlichtingen klaarblijkelijk nodig waren om de selectieleidraad op dit onderdeel te verduidelijken.

- 3.1.7. Klager meent echter dat de verduidelijking in de Nota van Inlichtingen (achteraf gezien) opnieuw onvolledig was. Het antwoord op vraag 10 in de Nota van Inlichtingen (zie 1.4.1 hiervoor) heeft in het midden gelaten wanneer, hoe en op wiens initiatief dit overleggen dient te geschieden. Indien in het kader van de referentie een beroep is gedaan op een derde, dient dit aangegeven te worden in de referentieverklaring in kolom E middels de tekst "Ja, Gen. Derde". Indien deze derde invulling gaat geven aan de te sluiten overeenkomst, dient deze derde ook een Uniform Europees Aanbestedingsdocument in te dienen. In de Nota van Inlichtingen is dus wel aangegeven dat gegadigden van onderaannemers een Uniform Europees Aanbestedingsdocument moeten indienen, maar niet eenduidig dat dit bij aanmelding diende te gebeuren. Aangezien de Selectieleidraad ruimte liet om stukken op een later moment in te dienen (zie ook de planning in nr. 4.1.1), kon de UEA dus op een later moment ingediend worden. In dat kader wijst klager ook op de planning in paragraaf 4.1.1 ("Selectiefase", zie 1.2 hiervoor).

- 3.1.8. Gelet op de (wel) ondubbelzinnige instructie in Commerce-hub, dat uitsluitend een Uniform Europees Aanbestedingsdocument van een combinant dient te worden geüpload, was het voor klager duidelijk dat het overleggen op een later moment moest plaatsvinden, ook gelet op het gestelde in de andere aanbestedingsstukken. Dit sluit bovendien aan op de aanbestedingspraktijk dat ondernemers zo min mogelijk administratieve lasten hebben in eerste fasen van de aanbesteding. Omdat er voor klager geen onduidelijkheid was, heeft klager hierover geen vraag gesteld. Zij hoefde dat ook niet te doen. Pas op het moment dat haar aanmelding ongeldig werd verklaard, bleek dat beklagde een andere uitleg aan de aanbestedingsstukken geeft.
- 3.1.9. Het niet volgen van zo'n duidelijke instructie in Commerce-hub (nl. alleen het Uniform Europees Aanbestedingsdocument bijvoegen voor gegadigde of combinanten, maar niet voor de onderaannemer) was voor klager geen optie, mede gelet op de mogelijke gevolgen van een onvolledige of onjuiste inschrijving: namelijk dat klager dan zou worden uitgesloten.
- 3.1.10. Tenslotte merkt klager op dat Commerce-hub een communicatiemiddel is dat onder verantwoordelijkheid van de aanbesteder wordt ingezet. Belangrijke instructies die terzijdelegging tot gevolg hebben, behoren te worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze, opdat alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier interpreteren. Indien de onderhavige instructie (achteraf gezien) voor meerdere uitleg vatbaar is en Commerce-hub in dit geval als communicatiemiddel gebrekkig blijkt, dient dit niet voor rekening van de gegadigde te komen.
- 3.1.11. Door de ondubbelzinnige instructie op Commerce-hub en het ontbreken van een ondubbelzinnige instructie hieromtrent in de desbetreffende hoofdstukken van de selectieleidraad, mocht klager ervan uitgaan dat de verplichting het Uniform Europees Aanbestedingsdocument op het moment van aanmelding in te dienen alleen zou gelden voor de gegadigde en eventuele combinanten. Daardoor heeft klager het Uniform Europees Aanbestedingsdocument van onderaannemer X bewust niet geüpload, ondanks dat deze op dat moment reeds was opgesteld en in het bezit van klager was. In dat kader heeft klager een mailwisseling met X bijgevoegd waaruit blijkt dat X haar Uniform Europees Aanbestedingsdocument op 8 september 2016 aan klager heeft toegezonden.
- 3.1.12. Beklaagde heeft gesteld dat uit de artikelen 3.65a jo. 1.19 Aw 2012 volgt dat bij een beroep op een derde, deze derde wordt getoetst aan de uitsluitingsgronden. Klager brengt hiertegen in dat in artikel 3.65a Aw 2012 niet staat vermeld wanneer de aanbestedende dienst dit toetst en niet is vermeld dat een gegadigde reeds bij aanmelding een Uniform Europees Aanbestedingsdocument moet indienen van de onderneming waarop de gegadigde een beroep doet in verband met de technische bekwaamheid. Aangezien dit Uniform Europees Aanbestedingsdocument ook op een later moment kan worden ingediend, en inmiddels feitelijk door klager aan beklagde is toegezonden, is beklagde in staat om een en ander te toetsen.
- 3.1.13. Klager voert ten slotte aan dat het speciale-sectorbedrijf op grond van art. 2.79 lid 5 sub c jo. 3.63 Aw 2012 kan verlangen dat de eigen verklaring van de onderaannemer (pas) voor gunning (dus niet al bij de aanmelding) aan de opdrachtgever moet worden verstrekt. Beklaagde is derhalve niet op grond van de wet verplicht een dergelijke eigen verklaring van de onderaannemer al bij aanmelding te eisen.

3.2. Klachtonderdeel 3

- 3.2.1. Indien van de onderaannemers waarop een beroep wordt gedaan voor de technische bekwaamheid een Uniform Europees Aanbestedingsdocument moet worden ingediend bij aanmelding en dit niet is gedaan, is dit naar de mening van klager een fout die zich voor eenvoudig herstel van klager leent, zeker indien het Uniform Europees Aanbestedingsdocument reeds vóór aanmelding is getekend. Beklaagde heeft klager dan ook ten onrechte niet in de gelegenheid gesteld alsnog een Uniform Europees Aanbestedingsdocument van haar onderaannemer in te dienen. Beklaagde was niet verplicht om de aanmelding van klager ongeldig te verklaren.
- 3.2.2. Klager stelt dat het door X ondertekende Uniform Europees Aanbestedingsdocument juist was op de datum van de ondertekening, dat deze nog steeds gold op de datum van de aanmelding en dat deze nog steeds juist is. De verklaring was aanwezig en het heeft geen gevolgen voor de concurrenten om deze reeds aanwezige verklaring alsnog te accepteren en aan het dossier van klager toe te voegen. Gezien de omstandigheden van het geval dient beklagde de aanmelding van klager niet ongeldig te verklaren.
- 3.2.3. Door het inmiddels door beklagde ontvangen Uniform Europees Aanbestedingsdocument van X niet alsnog te accepteren en klager niet toe te laten tot de verdere aanbestedingsprocedure handelt beklagde volgens klager in strijd met het evenredigheids- en proportionaliteitsbeginsel.
- 3.2.4. Beklaagde heeft een zekere vrijheid, nu ze in paragraaf 7.4 van de Selectieleidraad heeft bepaald:

'Voor de duidelijkheid is in onderstaande tabel aangegeven welke documenten door [Beklaagde] kunnen worden gebruikt om uw Aanmelding te toetsen.'
- 3.2.5. Hieruit leidt klager af dat er voor beklagde geen plicht bestaat de aanmelding van klager ongeldig te verklaren op grond van het ontbreken van het Uniform Europees Aanbestedingsdocument van X bij de aanmelding.
- 3.2.6. Volgens klager is er sprake van een leemte. Voor het geval het UEA-formulier van een partij als [X] niet wordt overgelegd bij de aanmelding, voorziet de Aanbestedingswet noch de Selectieleidraad in uitsluiting of een ander gevolg.
- 3.2.7. In de aanbestedingsstukken is ook niet bepaald dat beklagde verplicht is klager alsnog gelegenheid te bieden het gebrek te herstellen en haar alsnog toe te laten tot de procedure, als de Commissie in die zin zou oordelen. Die leemte zou in dit geval aangevuld moeten worden met de redelijkheid en billijkheid, mede gelet op de eerdere klachtonderdelen en het (spoedeisende) belang van klager. Dat de belangen van de overige gegadigden zich niet tegen een dergelijke toelating verzetten, vloeit volgens klager voort uit het feit dat het aanbestedingsrecht zich er niet tegen verzet dat beklagde klager gelegenheid biedt het gebrek in de aanmelding te herstellen. Klager verzoekt de Commissie, beklagde te adviseren klager alsnog toe te laten tot de aanbestedingsprocedure.

3.3. Klachtonderdeel 4

- 3.3.1. In het vierde klachtonderdeel klaagt klager dat beklagde ten onrechte niet inhoudelijk heeft gereageerd op bepaalde bezwaren van klager die de eerste twee klachtonderdelen betreffen. Zo is niet gereageerd op de onjuiste instructie in Commerce-hub en de daarmee gepaard gaande gebrekkige transparantie. Klager leidt hieruit af dat aan haar verweer weinig tot geen gewicht is toegekend.

- 3.3.2. Beklaagde heeft haar beslissing de aanmelding van klager ongeldig te verklaren en het bezwaar daartegen af te wijzen onvoldoende inzichtelijk gemotiveerd, zodat het voor klager niet mogelijk was de wijze waarop de beoordeling door beklagde heeft plaatsgevonden te kunnen toetsen.
- 3.3.3. Klager verzoekt de Commissie beklagde te adviseren haar beslissing alsnog transparant en deugdelijk te motiveren, als het gaat om de ongeldigverklaring van de aanmelding van klager en de afwijzing van het bezwaar daartegen van klager.
- 3.3.4. Ten slotte vindt klager dat de klachtencommissie van beklagde haar klacht niet voortvarend heeft behandeld. Klager voert aan de klachtencommissie, gelet op de termijnen in de aanbestedingsprocedure, een redelijke termijn voor afhandeling te hebben gesteld. De klachtencommissie heeft niet binnen deze termijn gereageerd, anders dan de meldingen dat een klachtencommissie wordt geformeerd die de klacht in behandeling gaat nemen en dat betwijfeld wordt of klager binnen de gestelde termijn een antwoord zal ontvangen op haar klacht. Ook het stellen van een nieuwe termijn heeft niet tot het gewenste resultaat geleid. Daarmee is klager tot op het moment van het indienen van de onderhavige klacht bij de Commissie in het ongewisse over de planning en voortgang, wat zich niet verhoudt tot het spoedeisende belang van klager alsnog toegelaten te worden tot de aanbestedingsprocedure. Klager verzoekt de Commissie de klachtencommissie te adviseren haar klacht met bekwame spoed af te handelen.

4. Reactie beklagde

- 4.1. Beklaagde ziet in het advies van haar klachtencommissie onvoldoende grond voor het kunnen of moeten laten herstellen van de omissie van klager. Om deze reden volgt beklagde dit advies nog niet op, maar wacht zij het deskundig advies van de Commissie af. Op basis daarvan zal beklagde beoordelen of zij de selectiebeslissing herziet.
- 4.2. Klachtonderdelen 1 en 2
 - 4.2.1. Beklaagde wijst op meerdere plekken in de aanbestedingsdocumenten waarin is aangegeven dat ook een Uniform Europees Aanbestedingsdocument van 'Derden' (als gedefinieerd in de selectieleidraad) waarop een beroep wordt gedaan bij aanmelding dient te worden ingediend:
 - a. In paragraaf 7.4 van de selectieleidraad heeft beklagde voor de duidelijkheid in een tabel aangegeven welke documenten wanneer dienen te worden aangeleverd. Daaruit volgt dat bij aanmelding dienen te worden aangeleverd de eigen verklaring en de referenties, en dat na verzoek van beklagde de bijbehorende bewijsstukken aangeleverd dienen te worden. Als opmerking bij de eigen verklaring is onder de tabel duidelijk vermeld (vetgedrukt, beklagde):

'Indien een beroep op een Derde wordt gedaan, dient tevens een Eigen Verklaring van deze Derde te worden ingediend bij de Aanmelding.'
 - b. Dit volgt ook uit de opzet/volgordelijkheid van het aanleveren van stukken in de paragrafen 4 en 7: eerst eigen verklaring(en) bij de aanmelding, en daarna op verzoek de bewijsstukken in de verificatiefase. Als het Uniform Europees Aanbestedingsdocument op een later moment ingediend moesten worden, was deze eigen verklaring wel vermeld in de opsomming van (be-

wijs)stukken in paragraaf 7, en had daarna nog een extra (verificatie)fase ingepland moeten worden om de bewijsstukken van de eigen verklaring van derden te controleren.

- c. In de nota van inlichtingen wordt in de antwoorden op vraag 10 en 11 (*bedoeld zal zijn vraag 9, Commissie*) de indiening van een eigen verklaring van een derde en de bijbehorende bewijsstukken nadien eveneens toegelicht (vetgedrukt, beklagde):

Antwoord vraag 10: 'Indien voor de referentie gebruik is gemaakt van een Derde, dient dit aangegeven te worden in de referentieverklaring in kolom E middels de tekst "Ja, Gen. Derde". Indien deze Derde invulling gaat geven aan de te sluiten Overeenkomst, **dan dient deze Derde ook een UEA in te dienen.**'

Vraag 11 (*bedoeld zal zijn vraag 9, Commissie*): '**Ook de onderaannemer moet volgens de nieuwe aanbestedingswet een UEA invullen en indienen.** Verwacht u dan dat een onderaannemer ook dezelfde bewijsstukken inlevert als de gegadigde? Of moet alleen de gegadigde de bewijsstukken inleveren?'

Antwoord: '**Onderaannemers dienen inderdaad ook een UEA in te vullen en door u ingediend te worden. Als u geselecteerd wordt zullen wij in de verificatiefase de bewijsstukken opvragen.** Indien u voor een geschiktheidseis/selectiecriteria een beroep doet op een onderaannemer, dan dient u deze voor die specifieke eis de bewijsstukken te overhandigen van de onderaannemer.'

- d. Verder volgt uit (de systematiek van) artikel 79 lid 1 Richtlijn 2014/25/EU en de artikelen 2.92, en 3.65a jo. 1.19 Aanbestedingswet 2012 dat een derde waarop een beroep wordt gedaan, moet worden getoetst op de uitsluitingsgronden en daartoe een eigen verklaring bij het verzoek tot deelneming moet worden ingediend.
- e. Ook het UEA-formulier zelf wijst erop dat een derde een afzonderlijk UEA-formulier moet indienen (Deel IIC):

'Doet de ondernemer beroep op de draagkracht van andere entiteiten om te voldoen aan de selectiecriteria van deel IV en de (eventuele) criteria en regels van onderstaande afdeling V?

Zo ja, verstrek voor **elk** van de betrokken entiteiten een afzonderlijk UEA-formulier met de informatie die wordt gevraagd in **de afdelingen A en B van dit deel en deel III**. Dit formulier moet door de betrokken entiteiten naar behoren worden ingevuld en ondertekend.'

- f. Op het platform Commerce-hub is opgenomen dat een ingevuld en ondertekend Uniform Europees Aanbestedingsdocument dient te worden ge-upload. Ten overvloede is toegelicht dat ingeval van een combinatie beide combinanten de verklaring dienen in te vullen, om te voorkomen dat combinanten gezamenlijk één Uniform Europees Aanbestedingsdocument invullen en ondertekenen. Uit deze toelichting kan niet worden afgeleid dat de eigen verklaring van een derde niet bij aanmelding maar later moet worden ingediend. Daarbij wijst beklagde erop dat de NvI en selectieleidraad in rangorde voorgaan (paragraaf 4.2 sub d selectieleidraad) en dat hierover in de inlichtingenfase geen vragen zijn gesteld.

- 4.2.2. Beklaagde vindt het opmerkelijk dat klager in haar (als bijlage bij de klacht gevoegde) mail aan X van 29 augustus 2016 onder verwijzing naar het overzicht van paragraaf 7.4 leidraad, het UEA-formulier vermeldt als één van de documenten die bij aanmelding moet worden ingediend en X daarom verzoekt dit UEA-formulier aan te leveren. Blijkbaar had klager dus begrepen dat het Uniform Europees Aanbestedingsdocument van X bij aanmelding moest worden ingediend en daarom meteen opgevraagd.
- 4.2.3. Beklaagde merkt nog op dat de door klager aangehaalde artikelen 2.79, lid 5, sub c, jo 3.63 Aw 2012 betrekking hebben op in te schakelen onderaannemers, hetgeen niet hetzelfde is al derden waarop een beroep wordt gedaan.

4.3. Klachtonderdeel 3

- 4.3.1. Het derde klachtonderdeel van klager klaagt erover dat beklagde klager geen gelegenheid heeft gegeven het gebrek in de aanmelding te herstellen, door het bij de klacht toegezonden Uniform Europees Aanbestedingsdocument van X alsnog te accepteren en de klager toe te laten tot de verdere aanbestedingsprocedure.
- 4.3.2. In dit kader merkt beklagde op dat uit de paragrafen 4.6 en 5.4 van de selectieleidraad volgt dat de aanmelding compleet dient te zijn, en dat beklagde bevoegd is – maar niet verplicht – om een gegadigde de mogelijkheid te bieden om de gegevens en antwoorden in zijn aanmelding te verduidelijken of aan te vullen. Bij de vraag of beklagde herstel biedt zal zij onder meer in overweging nemen de aard van het gebrek en in hoeverre het bieden van een herstelmogelijkheid het gelijkheidsbeginsel schendt.
- 4.3.3. In casu gaat het niet om het ontbreken van enkele gegevens in het Uniform Europees Aanbestedingsdocument, maar het ontbreken van een compleet Uniform Europees Aanbestedingsdocument van een derde waarop een beroep wordt gedaan en die nodig is om de opdracht te kunnen uitvoeren. Het document is derhalve belangrijk om te kunnen toetsen of klager de opdracht kan en mag uitvoeren.
- 4.3.4. Het alsnog accepteren van het Uniform Europees Aanbestedingsdocument van X kan, na succesvolle verificatie, tot gevolg hebben dat een andere gegadigde niet meer geselecteerd is/wordt en alsnog afvalt, zodat rekening dient te worden gehouden met het gelijkheidsbeginsel jegens die benadeelde gegadigde.
- 4.3.5. In dit verband heeft beklagde bij haar afweging mede in overweging genomen het vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam (waaronder ook beklagde valt) van 13 mei 2013 (ECLI:NL:RBROT:2013:CA2794). De voorzieningenrechter overweegt daarin dat het gelijkheidsbeginsel geen ruimte biedt om het ontbreken van eigen verklaringen van in te schakelen onderaannemers te laten herstellen:

4.9.2. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter was er ook geen ruimte voor [eiser] om na inschrijving alsnog Eigen Verklaringen van de door haar in te schakelen onderaannemers te overleggen. Voor aanvulling van gegevens na het tijdstip van aanbesteding is immers slechts ruimte indien er sprake is van een kennelijke omissie of kennelijk geringe fout in de reeds aan de aanbestedende dienst verstrekte gegevens. Het ontbreken van de Eigen Verklaringen van de onderaannemers kan niet als zodanig worden aangemerkt. Het gaat daarbij namelijk niet om kleine tekortkomingen in reeds verstrekte gegevens, maar om het niet voldoen aan inhoudelijke eisen van het bestek: er ontbreken relevante gegevens die bij de inschrijving hadden moeten worden verstrekt. Het gelijkheidsbe-

ginsel verplicht de gemeenten om alle inschrijvers te houden aan de in het bestek gestelde inhoudelijke eisen. Hieruit volgt dat het de gemeenten niet is toegestaan om een inschrijver na het tijdstip van aanbesteding nog in de gelegenheid te stellen om inhoudelijke stukken als Eigen Verklaringen van onderaannemers te overleggen.'

- 4.3.6. Beklaagde verzoekt de Commissie in haar advies te betrekken in hoeverre sprake is van een recht, dan wel een plicht om hier herstel te bieden. Voor zover de Commissie zou adviseren dat beklagde verplicht is klager alsnog herstel te bieden en het nadien ingediende Uniform Europees Aanbestedingsdocument van X te accepteren, dan verzoekt beklagde de Commissie tevens te adviseren over de herstelbaarheid van de volgende constatering in het Uniform Europees Aanbestedingsdocument van X.
- 4.3.7. X heeft bij de in deel III.A en deel III.B van het Uniform Europees Aanbestedingsdocument genoemde verplichte uitsluitingsgronden in verband met strafrechtelijke veroordelingen respectievelijk betaling van belastingen en sociale premies niet aangekruist of deze van toepassing zijn. Dit gebrek lijkt minder ernstig van aard dan het ontbreken van een complete uniforme eigen verklaring, zodat beklagde zich kan voorstellen dat een eventueel (verplicht) herstel van dit gebrek aan de orde is als dat ook bij het ontbreken van het Uniform Europees Aanbestedingsdocument het geval is. De rechtspraak is over het algemeen ook minder strikt ingeval van het ontbreken van enkele gegevens in (eigen) verklaringen.
- 4.3.8. In reactie op het verzoek van de klager te adviseren om de klager alsnog toe te laten tot de aanbestedingsprocedure, merkt beklagde op dat eerst nog verificatie van de bewijsstukken van klager dient plaats te vinden alvorens klager in aanmerking zou kunnen komen voor selectie.

4.4. Klachtonderdeel 4

- 4.4.1. Het vierde klachtonderdeel stelt onder meer dat de klachtencommissie van beklagde de klacht niet voorspoedig genoeg heeft behandeld. Nadat klager op 26 oktober 2016 een klacht heeft ingediend, heeft de klachtencommissie op 4 november 2016 geadviseerd over de klacht.
- 4.4.2. Beklaagde merkt op dat de aanbesteding primair voorziet in rechtsbescherming door een kort geding bij de rechtbank. Klager heeft ervoor gekozen daarvan geen gebruik te maken. Duidelijk is aangegeven dat het indienen van een klacht bij de klachtencommissie de aanbestedingsprocedure niet opschort (zie paragraaf 4.4 leidraad). Nu de klachtencommissie inmiddels over de klacht heeft geadviseerd, is het verzoek van klager om de klachtencommissie te adviseren de klacht met bekwame spoed af te handelen achterhaald.

5. **Beoordeling**

- 5.1. De Commissie stelt vast dat beklagde, een speciale-sectorbedrijf, op 8 juli 2016 een aankondiging heeft gepubliceerd voor een Europese onderhandelingsprocedure met aankondiging voor een raamovereenkomst voor ingenieursdiensten. De opdracht is verdeeld in drie percelen waarbij wordt beoogd per perceel een raamovereenkomst met meerdere ondernemingen te sluiten. Op deze onderhandelingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Delen 1 en 3 van de ten tijde van de aankondiging van de onderhandelingsprocedure geldende Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit.

5.2. Klachtonderdelen 1 en 2

5.2.1. In het eerste klachtonderdeel wordt de vraag aan de orde gesteld of de aanbestedingsdocumenten voldoende transparant zijn over het moment waarop een gegadigde tijdens de onderhandelingsprocedure het Uniform Europees Aanbestedingsdocument moet indienen van een onderaannemer die hij voornemens is in te schakelen in het kader van de uitvoering van de opdracht. Vervolgens wordt in het tweede klachtonderdeel de uitleg van de aanbestedingsstukken door beklagde bestreden dat voornoemd Uniform Europees Aanbestedingsdocument ten tijde van de aanmelding als gegadigde moest worden ingediend. Alvorens deze vragen te beantwoorden, schetst de Commissie het daarvoor relevante toetsingskader.

5.2.2. Artikel 1.19, lid 1, Aw 2012 bepaalt:

'Aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven die uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen stellen, verlangen van een ondernemer dat hij bij zijn verzoek tot deelneming of zijn inschrijving met gebruikmaking van het daartoe vastgestelde model een eigen verklaring indient en geven daarbij aan welke gegevens en inlichtingen in de eigen verklaring moeten worden verstrekt.'

5.2.3. In afdelingen 3.3.3 en 3.3.4 Aw 2012, die van toepassing zijn op speciale-sectoropdrachten, is onder meer het volgende bepaald:

'Afdeling 3.3.3. Bestek

§ 3.3.3.1. Technische specificaties

(...)

§ 3.3.3.2. Onderaanneming, bijzondere voorwaarden, voorbehouden opdracht en varianten

Artikel 3.63

De paragrafen 2.3.3.2 tot en met 2.3.3.5 zijn van overeenkomstige toepassing op speciale-sectoropdrachten (...).

Afdeling 3.3.4 Eigen verklaring

Artikel 3.64

Afdeling 2.3.4 is van overeenkomstige toepassing op speciale-sectoropdrachten.

Afdeling 3.3.5 Uitsluiting en selectie

(...)

Artikel 3.65a

1. Een ondernemer kan zich in het geval dat een speciale-sectorbedrijf eisen stelt aan zijn economische en financiële draagkracht of aan zijn technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid, voor een bepaalde opdracht beroepen op de draagkracht van andere natuurlijke personen of rechtspersonen ongeacht de juridische aard van zijn banden met die natuurlijke personen of rechtspersonen.

(...)

6. Het speciale-sectorbedrijf toetst of de draagkracht of bekwaamheid van een natuurlijke persoon of rechtspersoon waarop een ondernemer zich beroept, valt

onder een door het speciale-sectorbedrijf gestelde uitsluitingsgrond en of deze natuurlijke persoon of rechtspersoon voldoet aan de door het speciale-sectorbedrijf gestelde geschiktheidseisen met betrekking tot de financiële en economische draagkracht of de technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid.

7. De artikelen 2.92, vijfde en zesde lid, en 2.95, tweede lid, zijn van overeenkomstige toepassing.'

- 5.2.4. In § 2.3.3.2 (Onderaanneming) Aw 2012 is in artikel 2.79, aanhef en lid 5, onder c bepaald:

'Indien een aanbestedende dienst wil controleren of een grond voor uitsluiting als bedoeld in de artikelen 2.86 of 2.87 van een onderaannemer bestaat:

(...)

c. kan de aanbestedende dienst voorafgaand aan de gunning van de overheidsopdracht verlangen dat de hoofdaannemer een eigen verklaring overlegt van de onderaannemers die hij voornemens is bij de uitvoering van de overheidsopdracht te betrekken;'

- 5.2.5. Artikel 2.84 Aw 2012 van afdeling 2.3.4 ziet op de eigen verklaring. In de Regeling modellen eigen verklaring wordt het Uniform Europees Aanbestedingsdocument aangewezen als model voor de eigen verklaring als bedoeld in artikel 2.84 Aw 2012.

- 5.2.6. Indien een speciale-sectorbedrijf uitsluitingsgronden en selectiecriteria als bedoeld in Richtlijn 2014/24/EU gebruikt, zijn de bepalingen over het Uniform Europees Aanbestedingsdocument van artikelen 59 tot en met 61 Richtlijn 2014/24/EU van overeenkomstig toepassing. Zie het bepaalde in artikel 80 Richtlijn 2014/25/EU:

'Artikel 80

Gebruik van uitsluitingsgronden en selectiecriteria als bedoeld in Richtlijn 2014/24/EU

1. De objectieve regels en criteria voor uitsluiting en selectie van ondernemers die erkenning in een erkenningsregeling aanvragen, en de objectieve regels en criteria voor uitsluiting en selectie van gegadigden en inschrijvers in openbare of niet- openbare procedures, onderhandelingsprocedures, concurrentiegerichte dialogen of innovatiepartnerschappen kunnen de in artikel 57 van Richtlijn 2014/24/EU bedoelde uitsluitingsgronden inhouden volgens de daarin bepaalde voorwaarden.

Wanneer de aanbestedende instantie een aanbestedende dienst is, omvatten deze regels en criteria de in artikel 57, leden 1 en 2, van Richtlijn 2014/24/EU bedoelde uitsluitingsgronden volgens de in dat artikel bedoelde voorwaarden.

Op verzoek van de lidstaten, omvatten deze regels en criteria de in artikel 57, lid 4, van Richtlijn 2014/24/EU bedoelde uitsluitingsgronden volgens de in dat artikel bedoelde voorwaarden.

2. De in lid 1 van dit artikel bedoelde regels en criteria kunnen de in artikel 58 van Richtlijn 2014/24/EU bedoelde gunningscriteria inhouden volgens de daarin bepaalde voorwaarden, met name met betrekking tot de beperkingen inzake voorschriften over jaaromzet, als bedoeld in lid 3, tweede alinea, van dat artikel.

3. Voor de toepassing van de leden 1 en 2 van dit artikel zijn de artikelen 59 tot en met 61 van Richtlijn 2014/24/EU van toepassing.'

5.2.7. Artikel 59, lid 1, Richtlijn 2014/24/EU bepaalt, onder meer:

'Artikel 59

Uniform Europees Aanbestedingsdocument

1. Op het ogenblik van de indiening van de verzoeken tot deelname of de inschrijvingen, aanvaarden de aanbestedende diensten — als voorlopig bewijs ter vervanging van door overheidsinstanties of derden afgegeven certificaten die bevestigen dat de betrokken ondernemer aan alle volgende voorwaarden voldoet — het Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA), bestaande uit een bijgewerkte eigen verklaring:

- a) hij bevindt zich niet in een van de situaties als bedoeld in artikel 57, waardoor ondernemers kunnen of moeten worden uitgesloten;
- b) hij voldoet aan de toepasselijke selectiecriteria als vastgesteld overeenkomstig artikel 58;
- c) hij voldoet, indien van toepassing, aan de objectieve regels en criteria als vastgesteld overeenkomstig artikel 65.

Indien de ondernemer overeenkomstig artikel 63 een beroep doet op de draagkracht van andere entiteiten bevat het UEA ook de in de eerste alinea van dit lid genoemde gegevens ten aanzien van die entiteiten.

(...)'

5.2.8. In Bijlage 2 bij Uitvoeringsverordening (EU) 2016/7 van de Commissie van 5 januari 2016 is een model van het Uniform Europees Aanbestedingsdocument opgenomen. In Deel II ('Gegevens met betrekking tot de ondernemer') onder C ('Informatie over beroep op draagkracht van andere entiteiten') is bepaald:

Beroep:	Antwoord:
Doet de ondernemer beroep op de draagkracht van andere entiteiten om te voldoen aan de selectiecriteria van deel IV en de (eventuele) criteria en regels van onderstaande afdeling V?	<input type="checkbox"/> ja <input type="checkbox"/> neen

Zo ja, verstrek **voor elk** van de betrokken entiteiten een afzonderlijk UEA-formulier met de informatie die wordt gevraagd in de **afdelingen A en B van dit deel en deel III**. Dit formulier moet door de betrokken entiteiten naar behoren worden ingevuld en ondertekend.

(...)

5.2.9. In Bijlage 1 ('Gebruiksaanwijzing') bij Uitvoeringsverordening (EU) 2016/7 is, onder meer, bepaald:

'Een ondernemer die zelfstandig deelneemt, maar zich beroept op de draagkracht van één of meer andere entiteiten, moet ervoor zorgen dat de aanbestedende dienst of aanbestedende entiteit zijn eigen UEA samen met een **afzonderlijk UEA** met de relevante informatie (*noot 14, niet opgenomen, Commissie*) voor **elk van de entiteiten waarop hij steunt**, ontvangt.'

5.2.10. In Bijlage 1 bij Uitvoeringsverordening (EU) 2016/7 is dus bepaald dat een ondernemer ervoor moet zorgen dat de aanbestedende dienst zijn eigen Uniform Europees Aanbestedingsdocument ontvangt samen met een afzonderlijk Uniform Europees Aanbestedingsdocument voor elke onderneming op wiens draagkracht hij een beroep doet. Hieruit leidt de Commissie af dat de Europese wetgever voorschrijft dat het Uniform Europees Aanbestedingsdocument van een onder-

nemer op wiens draagkracht een gegadigde een beroep doet, tegelijk met het Uniform Europees Aanbestedingsdocument van de gegadigde moet worden ingediend.

- 5.2.11. Daarmee komt de Commissie toe aan de beantwoording van de in 5.2.1 gestelde vragen. Daarbij moet worden vooropgesteld dat een speciale-sectorbedrijf op grond van artikel 1.9, eerste lid, Aw 2012 transparant dient te handelen.
- 5.2.12. De te beantwoorden vraag is of beklagde aan haar hiervoor bedoelde verplichting heeft voldaan, in die zin dat zij het moment waarop een gegadigde het Uniform Europees Aanbestedingsdocument van een onderaannemer moet indienen in de aanbestedingsstukken zodanig heeft geformuleerd dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers dit op dezelfde wijze zullen uitlegen. In het geval dat deze vraag bevestigend kan worden beantwoord, komt vervolgens de vraag aan de orde welke uitleg aan de omschrijving van deze beperkende eis 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.
- 5.2.13. De Commissie zal onderzoeken of de aanbestedingsstukken op dit punt voldoende transparant waren. Om te beginnen merkt de Commissie op dat de Selectieleidraad niet uitblinkt in transparantie over de vraag of ook een Uniform Europees Aanbestedingsdocument moest worden ingediend van een ondernemer op wiens draagkracht een gegadigde een beroep doet. Pas in paragraaf 7.4 waarin 'voor de duidelijkheid' een tabel is opgenomen waarin is aangegeven welke documenten op welk moment moeten worden ingediend, is in een voetnoot bepaald dat een Uniform Europees Aanbestedingsdocument van een derde waarop een beroep wordt gedaan, moet worden ingediend.
- 5.2.14. Met de beantwoording van vragen 9 en 10 in de Nota van Inlichtingen heeft beklagde vervolgens duidelijk gemaakt dat een Uniform Europees Aanbestedingsdocument van een derde waarop een beroep wordt gedaan, moet worden ingediend. Dat een Uniform Europees Aanbestedingsdocument van een derde waarop een beroep wordt gedaan, moet worden ingediend, staat ook niet ter discussie tussen partijen.
- 5.2.15. Ter discussie staat of op basis van de aanbestedingsstukken voldoende transparant was op welk moment dat Uniform Europees Aanbestedingsdocument van een derde, waarop een beroep wordt gedaan, moest worden ingediend. Volgens beklagde moest dat ten tijde van de aanmelding als gegadigde.
- 5.2.16. De antwoorden op vragen 9 en 10 in de Nota van Inlichtingen zijn wat dit betreft voor meerdere uitleg vatbaar. Ook wordt in Commerce-Hub slechts benadrukt dat van alle combinanten de eigen verklaring moest worden ingevuld. Voetnoot 2 in de tabel in paragraaf 7.4 van de Selectieleidraad is hierover echter wel helder. Deze voetnoot bepaalt dat het Uniform Europees Aanbestedingsdocument van een derde waarop een beroep wordt gedaan, ten tijde van de aanmelding moest worden ingediend. Dit past in het systeem dat met de aanmelding eigen verklaringen moeten worden ingediend, die vervolgens in de verificatiefase kunnen worden geverifieerd.
- 5.2.17. In het kader van de uitleg van de aanbestedingsstukken is de gehele context relevant. In dat kader is van groot belang dat uit de Europese regelgeving volgt dat een Uniform Europees Aanbestedingsdocument van een derde waarop een be-

roep wordt gedaan tegelijk met het Uniform Europees Aanbestedingsdocument van de gegadigde moet worden ingediend. Hoewel de aanbestedingsstukken op dit punt transparanter hadden kunnen worden geformuleerd, is de Commissie van oordeel dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers in dat licht bezien hadden moeten begrijpen dat het Uniform Europees Aanbestedingsdocument van een derde waarop een gegadigde een beroep doet, ten tijde van de aanmelding als gegadigde moest worden ingediend. Van strijd met het transparantiebeginsel is naar het oordeel van de Commissie geen sprake.

5.2.18. Daarmee zijn de klachtonderdelen 1 en 2 ongegrond.

5.3. Klachtonderdeel 3

5.3.1. Het derde klachtonderdeel werpt de vraag op of beklagde klager nog in de gelegenheid had moeten stellen een Uniform Europees Aanbestedingsdocument van haar onderaannemer in te dienen.

5.3.2. Bij de beantwoording van deze vraag bouwt de Commissie (gedeeltelijk) voort op de toetsingskaders uit Advies 310 (overwegingen 5.3 tot en met 5.3.5), Advies 257 (overwegingen 5.3.1, 5.3.3 en 5.3.4), Advies 184 (overwegingen 5.3 tot en met 5.5.4), Advies 67 (overwegingen 6.17 en 6.1.8), Advies 89 (overweging 5.2.3) en Advies 206 (overweging 5.5.3, niet gepubliceerd).

5.3.3. In artikel 76, lid 4, Richtlijn 2014/25/EU (en artikel 56, lid 3, Richtlijn 2014/24/EU) is bepaald:

‘Wanneer de door de ondernemers in te dienen informatie of documentatie onvolledig of onjuist blijkt te zijn of wanneer specifieke documenten ontbreken, kunnen de aanbestedende instanties, tenzij het nationale recht waarmee uitvoering wordt gegeven aan deze richtlijn anders bepaalt, de betrokken ondernemers verzoeken die informatie of documentatie binnen een passende termijn in te dienen, aan te vullen, te verduidelijken of te vervolledigen, mits dergelijke verzoeken worden gedaan met volledige inachtneming van de beginselen van gelijke behandeling en transparantie.’

5.3.4. Onder verwijzing naar de artikelen 3.50, eerste lid, 2.55, 1.8 en 1.9, eerste lid, AW 2012 behoeft artikel 76, lid 4, Richtlijn 2014/25/EU volgens de Nederlandse wetgever geen implementatie. 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.’

5.3.5. Op grond van artikel 1.19, lid 2, Aw 2012 is artikel 2.55 ook van toepassing op aanbestedingen van speciale-sectorbedrijven.

5.3.6. Vooropgesteld dient te worden dat de wetgever in art. 2.55 Aw 2012 een bevoegdheid voor de aanbestedende dienst heeft gecreëerd. Voor de beantwoording van de vraag hoe die bevoegdheid in het onderhavige geval kan en moet worden uitgeoefend, dient art. 2.55 Aw 2012 te worden geïnterpreteerd in het licht van Richtlijn 2014/24 en 25/EU en de uitleg die het HvJ EU daaraan geeft (vgl. Hof Den Bosch 24 februari 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:618, r.o. 3.7, JAAN 2015/65).

5.3.7. De hiervoor bedoelde jurisprudentie van het HvJ EU betreffende de voorloper van Richtlijn 2014/24/EU (richtlijn 2004/18/EG) komt er – kort gezegd – op neer dat wanneer een inschrijver zijn inschrijving heeft ingediend, hij deze inschrijving in

beginsel niet meer mag aanpassen op initiatief van de aanbestedende dienst of van de inschrijver zelf. De verplichting van een aanbestedende dienst om inschrijvers op gelijke en niet-discriminerende wijze te behandelen (zie ook art. 1.8 Aw 2012) en de hieruit voortvloeiende transparantieplichting (zie art. 1.9, eerste lid, Aw 2012) 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), rov. 40). 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). Ten slotte mag de herstel-mogelijkheid alleen betrekking hebben op stukken waarvan objectief kan worden vastgesteld dat zij dateren van voor het einde van de inschrijvingstermijn. Het voorgaande kan ook worden toegepast op de aanmelding als gegadigde die wordt ingediend in de fase van voorafgaande selectie van gegadigden in een niet-openbare procedure (Manova-arrest, r.o. 38).

- 5.3.8. Vraag is of in het onderhavige geval sprake is van een klaarblijkelijke omissie, die zich leent voor eenvoudig herstel. Het op deze aanbestedingsprocedure niet toepasselijke artikel 2.21.6 ARW 2016 neemt tot uitgangspunt dat gebreken in de eigen verklaring of gebreken met betrekking tot de bewijsmiddelen mogen worden hersteld. In de onderhavige zaak ontbreekt de eigen verklaring echter geheel.
- 5.3.9. In het vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam van 31 mei 2013 waarnaar beklagde heeft verwezen (ECLI:NL:RBROT:2013:CA2794, JAAN 2013/141, zie 4.3.5 hiervoor) had de inschrijver niet aangegeven welke onderaannemer(s) hij zou gaan inzetten bij de uitvoering van de opdracht, terwijl meer dan 50% van de opdracht door onderaannemers zou worden uitgevoerd (vgl. ook v.zr. Rechtbank Overijssel van 16 juni 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:2178 en 25 augustus 2016 ECLI:NL:RBOVE:2016:2178). De inschrijver hoefde niet in de gelegenheid te worden gesteld om alsnog een eigen verklaring van de onderaannemer(s) over te leggen en de inschrijving mocht als ongeldig ter zijde worden gesteld.
- 5.3.10. Het Hof Amsterdam heeft op 15 november 2016 geoordeeld dat de aanbestedende dienst gelegenheid had moeten bieden de eigen verklaring van een onderaannemer op wiens bekwaamheid de inschrijver een beroep doet, alsnog in te dienen (ECLI:NL:GHAMS:2016:4647). In die zaak was het bewijsstuk, een bepaald certificaat waaruit de juistheid van de eigen verklaring bleek, echter al wel ingediend.
- 5.3.11. In de onderhavige zaak heeft klager duidelijk gemaakt op welke onderaannemer een beroep wordt gedaan. De Commissie is van oordeel dat in een geval als het onderhavige klager geen gelegenheid meer mag worden geboden het ontbrekende Uniform Europees Aanbestedingsdocument van de onderaannemer in te dienen. Er ontbreken namelijk relevante gegevens die bij de aanmelding hadden moeten worden verstrekt. Met het alsnog indienen van dit document zou de oorspronkelijke aanmelding worden gewijzigd. De Commissie is dan ook van oordeel dat geen sprake is van een eenvoudige precisering van de inschrijving of een kennelijke materiële fout.
- 5.3.12. Daarmee acht de Commissie klachtonderdeel 3 ongegrond.

5.4. Klachtonderdeel 4

- 5.4.1. De Commissie constateert dat dit onderdeel van de klacht zich richt tegen de (beweerdelijk gebrekkige) wijze waarop beklaagde en haar klachtencommissie met de klacht zijn omgegaan.
- 5.4.2. De Commissie beoordeelt het klachtonderdeel in lijn met haar Advies 197 (overweging 5.2) en Advies 242 (overweging 5.8) als volgt.
- 5.4.3. Art. 1 sub c van het Reglement van de Commissie definieert het begrip "klacht" als volgt:

'Een uiting van ongenoegen van een partij over het handelen of het nalaten van een andere partij voor zover dat handelen of nalaten binnen de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012 valt.'
- 5.4.4. De Commissie is van oordeel dat de wijze waarop een interne klachtencommissie van een speciale-sectorbedrijf omgaat met een klacht die bij die commissie is ingediend tegen dat speciale-sectorbedrijf of de wijze waarop beklaagde reageert op bij haar ingediende bezwaren weliswaar als een handelen of nalaten van dat speciale-sectorbedrijf kwalificeert, maar niet als een handelen of nalaten dat binnen de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012 valt.
- 5.4.5. De Commissie zal dit klachtonderdeel derhalve niet in behandeling nemen.
- 5.4.6. De Commissie overweegt ten overvloede nog het volgende. Het voorgaande oordeel laat onverlet dat – voor zover beklaagde of een interne klachtencommissie van een speciale-sectorbedrijf een bij haar ingediende klacht afwijst – de Commissie zich bij de behandeling van een klacht inhoudelijk zal kunnen uitlaten over de wijze waarop die afwijzing door die klachtencommissie is onderbouwd.
- 5.4.7. Ten slotte merkt de Commissie ten overvloede het volgende op. Indien een speciale-sectorbedrijf (of aanbestedende dienst) of zijn interne klachtencommissie een klacht gelet op de termijnen in de aanbestedingsprocedure niet voortvarend genoeg behandelt, kan de klager, nadat een redelijke termijn om op die klacht te reageren is verstreken, die klacht indienen bij de Commissie (zie artikel 9, lid 1, sub b Reglement Commissie), zoals klager in deze zaak ook heeft gedaan.

6. Advies

De Commissie acht de onderdelen 1, 2 en 3 **ongegrond** en neemt klachtonderdeel 4 niet in behandeling om redenen als vermeld in 5.4.

7. Aanbeveling

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

Den Haag, 15 december 2016

w.g.:

Mr. J.G.J. Janssen
Voorzitter

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

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid