

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 383

1. Feiten

- 1.1. Beklaagde heeft op 14 april 2016 een Europese openbare procedure aangekondigd voor een raamovereenkomst met meerdere ondernemingen ten behoeve van de inkoop van maatwerkvoorzieningen Ondersteuning Zelfstandig Leven, Ondersteuning Maatschappelijke Deelname, Kortdurend Verblijf en Naschoolse Dagbehandeling voor de inwoners van beklagde (14 gemeenten).
- 1.2. In het Aanbestedingsdocument Maatwerkvoorzieningen 2017 alle leeftijden (Ondersteuning Zelfstandig Leven, Ondersteuning Maatschappelijke Deelname, Kortdurend Verblijf en Naschoolse Dagbehandeling LVB (tot 18 jaar), hierna: "Aanbestedingsleidraad") is – voor zover relevant – het volgende bepaald:

1. Aanbestedingsleidraad

Leeswijzer

In deze leeswijzer wordt de opbouw van de aanbestedingsleidraad uiteengezet.

(...)

Vragengroep 1.2: Eisen aan inschrijver (geschiktheidseisen en uitsluitingsgronden): bevat eisen waaraan een inschrijver moet voldoen om deel te kunnen nemen aan deze aanbesteding en voor gunning in aanmerking te komen.

(...)

Algemene informatie over de procedure

1.1.4. Algemeen

(...)

Fase 2 (Selectie fase)

In de aanbestedingsleidraad zijn voor deze aanbesteding eisen geformuleerd met betrekking tot inschrijver (selectie-eisen). De aanbestedingsstukken zijn zo opgebouwd, dat iedere vraag als aparte eis is geformuleerd. Inschrijver dient per vraag (eis) aan te geven of inschrijver voldoet aan de betreffende eis. Bij sommige vragen dient inschrijver ondersteunende bewijsstukken (verklaringen) te uploaden. Indien inschrijver de vraag bevestigend beantwoordt, gaat aanbestedende dienst er vanuit dat inschrijver voldoet aan deze eis.

Na het ontvangen van de inschrijvingen worden de inschrijvers beoordeeld op basis van de gestelde selectie-eisen. Inschrijver dient alle vragen met 'Ja' te beantwoorden, om zo te verklaren dat wordt voldaan aan alle selectie-eisen. In beginsel dient inschrijver op straffe van uitsluiting, te voldoen aan alle selectie-eisen.

(...)

Naam van vragengroep	Aantal vragen	Gebruikers die Vragengroep beheren
1.2. Eisen aan inschrijver (selectie-eisen)	33 (32 KO's)	-

Eigen verklaring


1.2.1. In de Eigen verklaring verklaart een inschrijver dat de uitsluitingsgronden niet op hem van toepassing zijn en dat hij/zij voldoet aan de gevraagde geschiktheidseisen en selectiecriteria. De aan te leveren bewijstukken mogen niet ouder zijn dan zes maanden ten opzichte van de publicatiedatum van deze aanbesteding, tenzij expliciet anders aangegeven.

Inschrijver dient de bij deze vraag bijgevoegde Eigen verklaring te downloaden. Voor het invullen van de Eigen verklaring is het van belang om goed de instructies in de linkerkantlijn in de Eigen verklaring te lezen. Hier wordt aangegeven of inschrijver iets dient in te vullen. Let op: Om de Eigen verklaring (digitaal) in te kunnen vullen, moet deze worden geopend met Acrobat Reader. U kunt foutmeldingen krijgen als u hier een andere pdf-viewer voor gebruikt.

Inschrijver dient de Eigen verklaring te laten ondertekenen door een rechtsgeldig bevoegde functionaris, ten tijde van het indienen van de inschrijving alsmede bij gunning. Ondertekenaar is namens inschrijver alleen en zelfstandig bevoegd om de aanbieding en overeenkomst te ondertekenen, of heeft aantoonbaar procuratierrecht voor minimaal de totale geraamde opdrachtwaarde, gerekend over de gehele looptijd van het contract. Let op dat het (juiste) Kamer van Koophandelnummer op de Eigen verklaring is vermeld. Op basis van de Kamer van Koophandel controleert de aanbestedende dienst of de ondertekenaar bevoegd is.

Inschrijver heeft bovenstaande gelezen en begrepen, en bevestigt dat hij voldoet aan deze eis en dat de noodzakelijke Eigen verklaring(en) naar waarheid is/zijn ingevuld en rechtsgeldig ondertekend en geüpload zijn bij deze vraag.

Tender documenten:

 [Eigen verklaring.pdf 465 Kb](#)

Type	KO	Min	Max	Eenheid	Gewicht (Kwaliteitspercentage)	Evaluatie	Aanbieder toestaan bijlage(n) toe te voegen	Alleen gesteld in
Document evaluatie	<input checked="" type="checkbox"/>	Nee	Ja	-	Niet beschikbaar (Niet beschikbaar)	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	Offertefase

(...)

Betrouwbaarheid: Gedragsverklaring aanbesteden (GVA)

1.2.6. **Let op: Vraag aangepast** [kleurarcering in het origineel, Commissie]

Inschrijver dient over een Gedragsverklaring Aanbesteden te beschikken. Deze mag niet ouder zijn dan twee jaar, gerekend vanaf de datum van inschrijving.

Een Gedragsverklaring Aanbesteden is een verklaring, dat uit een onderzoek is gebleken dat er geen bezwaren zijn dat een natuurlijk persoon of rechtspersoon inschrijft op een overheidsopdracht. Dienst Justis van het Ministerie van Veiligheid en Justitie verstrekt de Gedragsverklaring Aanbesteden. Inschrijver dient er rekening mee te houden dat, indien hij deze nog aan moet vragen, de behande-

ling van de aanvraag twee tot zes weken in beslag neemt. Deze eis is ook aangegeven op de Eigen verklaring bij paragraaf 5.2.

~~Indien inschrijver hieronder 'Ja' aanvinkt, dan bevestigt hij dat hij voldoet aan deze eis, dat hij dit heeft aangegeven op de Eigen verklaring paragraaf 5.2 en inschrijver upload de Gedragsverklaring Aanbesteden bij deze vraag. [doorhaling in het origineel, Commissie]~~

De aanbieder dient de gedragsverklaring te uploaden onder deze vraag.

Type	KO	Min	Max	Eenheid	Gewicht (Kwaliteitspercentage)	Evaluatie	Aanbieder toestaan bijlage(n) toe te voegen	Alleen gesteld in
Document evaluatie	<input checked="" type="checkbox"/>	Nee	Ja	-	Niet beschikbaar (Niet beschikbaar)	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	Offertefase

(...)

Verklaring omtrent Gedrag (VOG)

1.2.30

Inschrijver is in het bezit van een verklaring omtrent het gedrag als bedoeld in artikel 28 van de Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens voor beroepskrachten en andere personen die beroepsmatig met cliënten in contact kunnen komen. Deze verklaring is niet eerder afgegeven dan drie maanden voor het tijdstip waarop betrokkene voor inschrijver ging werken.

Alle personen die namens inschrijver direct en indirect cliëntencontact hebben tijdens de looptijd van de overeenkomst, moeten op eerste verzoek van de opdrachtgever een geldige VOG-verklaring over te kunnen leggen.

Indien inschrijver hieronder 'Ja' aanvinkt, dan bevestigt hij dat het bestuur van inschrijver akkoord gaat met deze eis en dat hij dit heeft aangegeven op de Eigen verklaring paragraaf 5.2.

Type	KO	Min	Max	Eenheid	Gewicht (Kwaliteitspercentage)	Evaluatie	Aanbieder toestaan bijlage(n) toe te voegen	Alleen gesteld in
Ja/Nee	<input checked="" type="checkbox"/> Nee	Ja	-	-	Niet beschikbaar (Niet beschikbaar)	-	-	Offertefase

(...)'

- 1.3. Op 29 september 2016 heeft beklagde via Negometrix de mededeling van de gunningsbeslissing gestuurd. Daarin heeft zij aan klager laten weten dat klager is uitgesloten van verdere deelname aan de aanbesteding.

'Geachte mevrouw [Naam],

Op 20 juni 2016 sloot de inschrijving voor de openbare aanbesteding Maatwerkvoorzieningen 2017 alle leeftijden (Ondersteuning Zelfstandig Leven, Ondersteuning Maatschappelijke Deelname, Kortdurend Verblijf en Naschoolse Dagbehandeling

deling LVB (tot 18 jaar)) met tendernummer 34835. U hebt uw inschrijving via het Negometrix platform ingediend. In deze brief delen wij u de uitslag van deze aanbesteding mee.

Alle inschrijvingen zijn beoordeeld volgens de procedure conform de Aanbestedingswet 2012, zoals deze is weergegeven in de aanbestedingsstukken op het Negometrix platform.

Op basis van deze beoordeling beoordelen wij dat de inschrijving van [Klager] niet voldoet aan de voorwaarden. De reden hiervan is dat:

1. U bij de inschrijving de Verklaring Omtrent Gedrag ge-upload hebt, in plaats van de Gedragsverklaring Aanbesteden. Dit is niet voor herstel vatbaar. En hiermee is uw inschrijving onvolledig.

Dit betekent dat uw organisatie niet voor gunning in aanmerking komt.

(...)'

- 1.4. Klager heeft op 18 oktober 2016 als volgt gereageerd op de mededeling van de gunningsbeslissing:

'Geachte mevrouw [Naam], heer [Naam],

Via en in deze mail d.d. 18 oktober 2016, maak ik formeel en schriftelijk bezwaar tegen het besluit opgenomen in de brief van 29 september 2016 met als titel "Gunningsbeslissing Maatwerkvoorziening alle leeftijden".

Als afzender staat [Beklaagde] genoemd en de uitslag van de aanbesteding is negatief met als reden dat ik de Verklaring Omtrent Gedrag heb geüpload in plaats van de Gedragsverklaring Aanbesteding.

Niet eerder dan in deze afwijzingsbrief is mij aangegeven dat ik de verkeerde Verklaring heb geüpload. Uit nader juridisch onderzoek en betrouwbare informatie is mij gebleken dat :

A. Een omissie als het verkeerde document uploaden als een formaliteit kan worden beschouwd en juridisch niet bindend B. Andere organisaties binnen deze zelfde aanbestedingsprocedure wel in een eerder stadium in de gelegenheid zijn gesteld om onjuiste documenten alsnog te corrigeren.

Ik heb hierover al eerder telefonisch contact gezocht en gehad met mevrouw [X] (op 30 september 2016) en de heer [Y] (17 oktober 2016) en ook in deze gesprekken mijn bezwaren kenbaar gemaakt.

In dit laatste onderhoud met de heer [Y], werd mij door hem aangegeven dat een brief van 25 juli 2016 specifiek in zou gaan op de Gedragsverklaring. Ik heb deze brief inmiddels uit het systeem Negometrix gehaald en het betreft hier een automatisch gegenereerd bericht dat aan alle potentiële contractanten is gestuurd !

Zoals in de aanhef van deze mail al beschreven, geldt deze mail als formeel bezwaar tegen de genomen beslissing !

Ik verwacht uw reactie binnen een redelijke termijn van 5 werkdagen, waarbij de door de aanbesteder genoemde deadline van 20 oktober als NIET GEBONDEN wordt beschouwd, omdat mijn bezwaar voor 20 oktober is ingediend.'

- 1.5. Op 18 oktober 2016 heeft beklagde als volgt gereageerd op het voorgaande bericht van klager:

'Geachte heer [Naam],

U dient door middel van uw emailbericht van vandaag, een formeel bezwaar in. Ik wil u voor wat betreft uw juridische mogelijkheden verwijzen naar de gunningscommunicatie van 29 september 2016. Uw inschrijving is ongeldig verklaard omdat u een VOG in plaats van een GVA heeft ingediend. Indien u het niet eens bent met de beslissing d.d. 29 september 2016, dient u conform paragraaf 1.1.16 van de Aanbestedingsleidraad binnen de gestelde termijn tegen [Beklaagde] een klacht of een kort geding aan te spannen op straffe van verval van uw rechten. Het reeds ingediende formele bezwaar door u schort deze termijn niet op.

(...).'

- 1.6. Op 19 oktober 2016 heeft klager het volgende e-mailbericht aan beklagde verzonden:

'Klacht over de gunningsbeslissing Maatwerkvoorziening alle leeftijden. Deze beslissing is negatief uitgevallen voor ons omdat we het verkeerde document hebben geüpload . Een VOEelG ipv een Gedragsverklaring aanbesteding . Dat hoorden we pas op 29 september en niemand heeft ons in een eerder stadium op de hoogte gebracht van deze omissie. Uit juridisch onderzoek blijkt dat dit een formaliteit is en niet bindend voor de gunning op zich. Daarnaast blijkt uit betrouwbare informatie dat andere organisaties wel op de hoogte zijn gebracht van een dergelijke omissie en die ook mochten hamerstellen voor de einddatum. Het gevold van deze negatieve uitspraak is dat kinderen/jong volwassenen geen gebruik kunnen maken van en kleinschalige en maatwerk voorziening, terwijl we van alle deskundigen en professionals te horen krijgen dat hier zo veel behoefte aan is. Hoezo we stellen de client centraal !!!'

- 1.7. Beklaagde heeft op 21 oktober 2016 als volgt op de klacht van klager gereageerd:

'Geachte heer [Naam],

(...)

Zoals bekend komt u niet voor gunning in aanmerking aangezien u bij uw inschrijving een Verklaring Omtrent het Gedrag (VOG) heeft gevoegd, in plaats van de Gedragsverklaring Aanbesteden (GVA).

Op grond van vraag 1.2.30. van de Aanbestedingsleidraad moet op eerste verzoek een VOG worden overgelegd van alle betrokkenen die cliëntencontact hebben tijdens de looptijd van de raamovereenkomst. Een VOG is een verklaring waaruit blijkt dat het gedrag van een inschrijver (lees: de zorgaanbieder) in het verleden geen bezwaar vormt voor het verlenen van de diensten. Uit vraag 1.2.30 van de leidraad blijkt duidelijk dat de VOG van alle betrokkenen niet reeds bij inschrijving hoeven te worden overlegd, maar pas op eerste verzoek van de gemeente. Dit, in tegenstelling tot de GVA.

De GVA is een verklaring dat uit onderzoek is gebleken dat er geen bezwaren zijn dat een natuurlijk persoon of rechtspersoon inschrijft op een overheidsopdracht. De uitvoerende instantie Justis raadpleegt daartoe het Justitieel Documentatie Systeem en gaat na of sprake is van relevante beschikkingen van de Autoriteit Consument en Markt of de Europese Commissie. Het GVA ziet dan ook specifiek op aanbestedingen, en verschilt daarmee wezenlijk van een VOG. Op grond van vraag 1.2.6. van de Aanbestedingsleidraad dient iedere inschrijver een GVA te

uploaden bij zijn inschrijving. Deze eis heeft een zogenaamd knock-out karakter (net zoals alle andere selectie-eisen respectievelijk vragen in de Aanbestedingsleidraad). Wordt niet aan de eis voldaan, dan leidt dat tot uitsluiting van de aanbesteding.

In uw klacht doelt u op herstel van voornoemde omissie. Op grond van geldende Europese jurisprudentie is herstel echter niet mogelijk wanneer het ontbrekende stuk op straffe van uitsluiting moet worden verstrekt. Gelet op het knock-out karakter van vraag 1.2.6 kan u dan ook geen herstelmogelijkheid worden geboden.

Hetgeen u naar verwijst in uw klacht heeft betrekking op de algemene mededeling in de brief van 25 juli 2016 waarin wij alle ingeschreven aanbieders hebben gewezen op het tijdig inleveren van de GVA. Dit is iets anders dan het geven van een herstelmogelijkheid met betrekking tot een ontbrekend stuk dat op straffe van uitsluiting moet worden bijgevoegd. Dit is simpelweg niet toegestaan. Wij begrijpen uw teleurstelling, maar zien al met al geen mogelijkheid om uw gebrek in de inschrijving te laten herstellen. Aangezien [Klager] niet heeft voldaan aan één van de knock-out eisen uit de Aanbestedingsleidraad, is sprake van een ongeldige inschrijving en is deze terecht ter zijde gelegd.'

- 1.8. Op 12 december 2016 heeft de voorzieningenrechter van de rechtbank Overijssel een vonnis gewezen inzake een procedure die door een andere inschrijver dan klager was aangespannen in onderhavige aanbestedingsprocedure. Beklaagde had deze andere inschrijver medegedeeld dat hij niet in aanmerking kwam voor gunning van de opdracht, aangezien hij de Eigen Verklaring slechts gedeeltelijk heeft ge-upload. De pagina's 4, 5, 7, 8 en 9 van de Eigen Verklaring ontbraken waardoor volgens beklagde de inschrijving van die andere inschrijver niet rechtsgeldig was.
- 1.9. De voorzieningenrechter overweegt in het hiervoor bedoelde vonnis het volgende:

'(...)

4. De beoordeling

4.1. Tussen partijen is niet in geschil dat [Inschrijver] de pagina's 4, 5, 7, 8 en 9 van de Eigen Verklaring niet heeft ge-upload. De vraag die in dit kort geding dient te worden beantwoord is of [Beklaagde] de inschrijving van [Inschrijver] om deze reden terecht ongeldig heeft verklaard.

4.2. Algemeen uitgangspunt is dat een aanbestedende dienst moet uitgaan van de inschrijvingen zoals die bij het sluiten van de inschrijvingstermijn zijn ontvangen. De beginselen van gelijke behandeling en transparantie verzetten zich in beginsel tegen de mogelijkheid dat een inschrijver zijn inschrijving nadien nog wijzigt of aanvult. Volgens vaste rechtspraak (HvJ EU 29 maart 2012, nr. C-599/10, SAG) kan in uitzonderlijke gevallen evenwel een uitzondering op dit uitgangspunt worden gemaakt en kunnen inschrijvingen 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. Verder moet aan de volgende voorwaarden zijn voldaan:

- in de uitoefening van voormelde beoordelingsbevoegdheid moet de aanbestedende dienst de verschillende gegadigden gelijk en op loyale wijze behandelen;
- het verzoek om nadere toelichting mag slechts worden gedaan nadat de aanbestedende dienst kennis heeft genomen van alle inschrijvingen;

- het verzoek moet op vergelijkbare manier worden ingericht aan alle ondernemingen die in dezelfde situatie verkeren; en
- het verzoek moet alle punten van de inschrijving behandelen die onnauwkeurig zijn of niet overeenstemmen met de technische specificaties van het bestek.

4.3. Het maken van een dergelijke uitzondering is echter uitgesloten ingeval van een ontbrekend stuk dat of ontbrekende informatie die op straffe van uitsluiting moet worden verstrekt (HvJ EU 10 oktober 2013, nr. C-336/12, Manova). Uit dit arrest volgt de regel dat er in ieder geval geen gelegenheid tot herstel mag worden geboden wanneer het ontbrekende stuk of de ontbrekende informatie op straffe van uitsluiting moet worden verstrekt.

4.4. Een van de (andere) algemene beginselen van aanbestedingsrecht is het evenredigheidsbeginsel. Dit beginsel geldt voor alle fasen van de aanbestedingsprocedure en brengt onder meer mee dat de reactie van de aanbestedende dienst op een verzuim van een inschrijver in verhouding tot dat verzuim dient te staan. Het gaat daarbij in dit geval niet om de disproportionaliteit van een gestelde eis/voorwaarde als zodanig, maar om de toepassing van die eis/voorwaarde in het concrete geval.

4.5. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter volgt uit de toelichting bij selectie-eis 1.2.1 dat de Eigen Verklaring(en) naar waarheid moet(en) worden ingevuld en rechtsgeldig moet(en) worden ondertekend en moet(en) worden ge-upload. Er wordt echter, anders dan [Beklaagde] stelt, niet uitdrukkelijk vermeld dat de Eigen Verklaring(en) volledig moet(en) worden ge-upload en dat het niet bij de inschrijving volledig uploaden van de Eigen Verklaring wordt gesanctioneerd met uitsluiting. Dat selectie-eis 1.2.1 door de Gemeente is aangemerkt als een KO-selectie-eis doet aan het voorgaande niet af. [Inschrijver] heeft immers (een groot gedeelte van) een Eigen Verklaring ge-upload en heeft daarin verklaard dat de - van toepassing verklaarde - uitsluitingsgronden niet op haar van toepassing zijn en dat zij voldoet aan de gestelde geschiktheidseisen en selectie-eisen.

4.6. Nu het niet bij de inschrijving volledig uploaden van een Eigen verklaring niet met uitsluiting is gesanctioneerd had het op de weg van [Beklaagde] gelegen om, nu zij het niet volledig uploaden van een Eigen Verklaring kennelijk als een gebrek ziet, [Inschrijver] een nadere toelichting te vragen dan wel om haar alsnog in de gelegenheid te stellen om een volledige Eigen Verklaring te uploaden dan wel over te leggen.

4.7. De voorzieningenrechter acht daarbij van belang dat het aannemelijk is dat aan de voorwaarden zoals geformuleerd in het eerdergenoemde SAG-arrest is voldaan. Het alsnog door [Inschrijver] verstrekken van een volledige Eigen Verklaring leidt er - anders dan door [Beklaagde] is betoogd - niet toe dat de inschrijving van [Inschrijver] inhoudelijk wijzigt.

4.8. Door [Beklaagde] is niet gemotiveerd betwist dat de ontbrekende pagina's 4, 5, 7 en 8 niet relevant zijn en geen invloed hebben op de gunningsbeslissing, omdat de pagina's 4 en 5 zien op een aanbesteding onder de Europese aanbestedingsdrempel, terwijl in het onderhavige geval sprake is van een aanbesteding boven de Europese aanbestedingsdrempel en deze pagina's bovendien door [Beklaagde] als aanbestedende dienst dienen te worden ingevuld, en de pagina's 7 en 8 zien op de toelichting van de inschrijver voor zover niet wordt voldaan aan de uitsluitingsgronden/eisen, terwijl door [Inschrijver] wel aan deze uitsluitingsgronden/eisen wordt voldaan. [Beklaagde] heeft tijdens de behandeling ter zitting erkend dat de voornoemde pagina's niet van cruciaal belang zijn voor de gunning.

4.9. Met betrekking tot de ontbrekende pagina 9 van de Eigen Verklaring heeft [Beklaagde] zich - kort gezegd - op het standpunt gesteld dat zij door het ontbreken van deze pagina niet heeft kunnen vaststellen of [Inschrijver] zelfstandig voldoet aan de geschiktheidseisen als gesteld in punt 5 van de Eigen Verklaring dan wel of [Inschrijver] ter zake van deze eisen een beroep op (een) derde(n) doet. Indien dit laatste het geval is voldoet [Inschrijver] ook niet aan de selectie-eis 1.2.3, die eveneens een knock-out karakter heeft. Indien en voor zover [Beklaagde] [Inschrijver] alsnog de ontbrekende pagina's, waaronder pagina 9, van de Eigen Verklaring, zou laten uploaden en indienen, dan wijzigt daarmee de inhoud van de inschrijving, hetgeen niet is toegestaan. Daarbij komt dat de belangen van andere inschrijvers zich (ook) verzetten tegen het bieden van een herstelkans, aangezien de herstelkans namelijk van invloed is op de concurrentiestelling.

4.10. De voorzieningenrechter volgt [Beklaagde] niet in haar stellingname met betrekking tot pagina 9 van de Eigen Verklaring. Daartoe is het volgende redengevend. De voorzieningenrechter stelt vast dat [Inschrijver] bij selectie-eis 1.2.3 (enkel) de optie "Inschrijver schrijft zelfstandig in (zonder gebruikmaking van onderaannemers)" en niet de optie(s) "Inschrijver schrijft zelfstandig in (met gebruikmaking van onderaannemers en heeft een overzicht ge-upload bij deze vraag)" en/of "Inschrijver schrijft in combinatie in (en heeft een combinatieovereenkomst ge-upload bij deze vraag)" en/of "Inschrijver doet een beroep op derden (en heeft een rechtsgeldig ondertekende verklaring van de derde(n) ge-upload)" heeft aangevinkt. Uit dit antwoord vloeit voort dat [Inschrijver] bij punt 8 (pagina 9) van de Eigen Verklaring niets dient te vermelden. Uit de kop en de verdere toelichting bij punt 8 volgt immers dat bij dit punt enkel gegevens moeten worden vermeld door de inschrijver ingeval sprake is van een aanbestedingsprocedure waarbij een onderneming deel uitmaakt van een samenwerkingsverband of een beroep doet op derden. Van een dergelijke situatie is bij [Inschrijver] echter, gelet op het antwoord bij selectie-eis 1.2.3, geen sprake.

4.11. Met inachtneming van het vorenstaande concludeert de voorzieningenrechter dat de inschrijving van [Inschrijver] niet wijzigt door haar een herstelkans te bieden, nu het er vooralsnog voor moet worden gehouden dat [Inschrijver] kan volstaan met het uploaden dan wel verstrekken van de - voorbedrukte - ontbrekende pagina's van de Eigen Verklaring, zonder daarop (zelf) nadere gegevens te vermelden. Onder al deze omstandigheden is het terzijde leggen van de inschrijving van [Inschrijver] zonder haar een herstelkans te bieden in dit specifieke geval disproportioneel te achten.

4.12. Vorenstaande betekent dat [Beklaagde] aan [Inschrijver] de mogelijkheid tot herstel moeten bieden door middel van een gericht verzoek aan [Inschrijver] om alsnog een volledige Eigen Verklaring te verstrekken dan wel te uploaden.

4.13. [Beklaagde] moet zich bij het bieden van herstel houden aan de in het eerdergenoemde SAG-arrest ontwikkelde criteria, wat onder meer betekent dat zij het verzoek tot herstel in beginsel op vergelijkbare manier moet richten aan alle inschrijvers die in dezelfde situatie verkeren.

4.14. Het voorgaande leidt tot de slotsom dat de primaire vordering, op na te melden wijze, voor toewijzing gereed ligt.

4.15. In het dictum zal worden bepaald dat [Beklaagde] gehouden is de inschrijvers die in dezelfde situatie verkeren als [Inschrijver] de mogelijkheid te bieden tot herstel van de Eigen Verklaring(en) over te gaan.

(...)

5 De beslissing

De voorzieningenrechter

(...)

5.2. bepaalt dat [Beklaagde] tot herbeoordeling dient over te gaan, nadat zij [Inschrijver] en overige inschrijvers die in dezelfde situatie verkeren als [Inschrijver] de mogelijkheid tot herstel van de Eigen Verklaring(en) heeft geboden,

(...)'

2. Beschrijving klacht

Beklaagde heeft de inschrijving van klager ten onrechte terzijde gelegd.

3. Onderbouwing klacht

Klager heeft een Verklaring Omtrent het Gedrag in plaats van een Gedragsverklaring Aanbesteden geüpload. Zij stelt dat het uploaden van een verkeerd document weliswaar een administratieve fout betreft maar dat het een formeel niet bindend document betreft zodat de inschrijving onterecht terzijde is gelegd. Daarnaast merkt klager op dat zij tijdens het aanbestedingsproces niet op de hoogte is gesteld van het feit dat zij een verkeerd document heeft geüpload, en daardoor niet in de gelegenheid is geweest haar fout te herstellen.

4. Reactie beklagde

4.1. Beklaagde verwijst voor een inhoudelijke reactie ten eerste naar de mededeling van de gunningsbeslissing die zij op 29 september 2016 aan klager heeft verzonden.

4.2. Daarnaast merkt beklagde op dat zij tweemaal telefonisch contact met klager heeft gehad en via Negometrix en per e-mail klager heeft verwezen naar vraag 1.1.16 en dan met name de Regionale klachtencommissie en de juridische mogelijkheden omdat de standstill periode bijna verlopen was. Dit verkleinde volgens beklagde de kans beduidend voor klager om succesvol een klacht in te dienen dan wel een kort geding aanhangig te maken.

4.3. Volgens beklagde heeft klager volstaan met het indienen van een klacht bij de aanbestedende dienst. Beklaagde geeft aan namens de aanbestedende dienst telefonisch aan klager te hebben aangegeven dat zij niet tot een herstel van het niet indienen van een Gedragsverklaring Aanbesteden kon overgaan. Beklaagde merkt op ook toen te hebben verwezen naar de mogelijkheden voor het indienen van een klacht bij de Regionale klachtencommissie en/of het aanhangig maken van een kort geding.

5. Beoordeling

5.1. De Commissie stelt vast dat beklagde op 14 april 2016 een Europese openbare procedure heeft aangekondigd voor een raamovereenkomst met meerdere ondernemers ten behoeve van de inkoop van maatwerkvoorzieningen Ondersteuning Zelfstandig Leven, Ondersteuning Maatschappelijke Deelname, Kortdurend

Verblijf en Naschoolse Dagbehandeling voor de inwoners van beklagde. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Delen 1 en 2 van de ten tijde van de aankondiging van de aanbestedingsprocedure geldende Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit.

- 5.2. De Commissie zal zich allereerst uitlaten over de vraag hoe alle redelijk geïnformeerde normaal zorgvuldige gegadigden de selectie-eis in paragraaf 1.2.6 van de Aanbestedingsleidraad (zie 1.2 hiervoor) zullen hebben begrepen. Bij de beantwoording van deze vraag geldt als uitgangspunt dat voor de uitleg van de aanbestedingsdocumenten de bewoordingen van de bepalingen, gelezen in het licht van de gehele tekst van die stukken, in beginsel van doorslaggevende betekenis zijn. Daarbij komt het aan op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin de stukken zijn gesteld.
- 5.3. De Commissie is van oordeel dat alle redelijk geïnformeerde normaal zorgvuldige inschrijvers de selectie-eis in paragraaf 1.2.6 van de Aanbestedingsleidraad zo zullen hebben begrepen dat een inschrijver niet alleen over een Gedragsverklaring Aanbesteden diende te beschikken, maar dat hij die Gedragsverklaring Aanbesteden bovendien bij zijn inschrijving moest uploaden. Dat laatste is immers expliciet in selectie-eis 1.2.6 bepaald, terwijl dat voor andere selectie-eisen nu juist niet is bepaald. Het laatstbedoelde onderscheid blijkt ook overigens uit paragraaf 1.1.4 Aanbestedingsleidraad, waarin onder andere is bepaald dat 'Bij sommige vragen (...) inschrijver ondersteunende bewijsstukken (verklaringen) [dient] te uploaden.' Het voorgaande betekent naar het oordeel van de Commissie dat klager niet aan de selectie-eis heeft voldaan, aangezien zij de Gedragsverklaring Aanbesteden niet bij haar inschrijving heeft geüpload.
- 5.4. Daarmee komt de Commissie toe aan de vraag of het niet voldoen aan selectie-eis 1.2.6 een gebrek in de inschrijving van klager oplevert dat zich voor herstel leent. Bij de beantwoording van die vraag neemt de Commissie het toetsingskader in haar eerdere Advies 257 (overweging 5.3.3 en 5.3.4) tot uitgangspunt.
- 5.5. De wetgever heeft in artikel 2.55 Aw 2012 een bevoegdheid voor de aanbestedende dienst gecreëerd die inhoudt dat een aanbestedende dienst een ondernemer kan vragen om zijn inschrijving of verzoek om deelneming nader toe te lichten of aan te vullen, met inachtneming van de artikelen 2.48, 2.85 en 2.102 Aw 2012. Voor de beantwoording van de vraag hoe die bevoegdheid in het onderhavige geval kan en moet worden uitgeoefend, dient artikel 2.55 Aw 2012 te worden geïnterpreteerd in het licht van Richtlijn 2004/18/EG en de uitleg die het HvJ EU (en in navolging daarvan ook het Hof Den Bosch 24 februari 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:618, r.o. 3.7) daaraan heeft gegeven.
- 5.6. De hiervoor bedoelde jurisprudentie 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 artikel 1.8 Aw 2012) en de hieruit voortvloeiende transparantieplichting (zie artikel 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), r.o. 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).

- 5.7. De Commissie is van oordeel dat alle redelijk geïnformeerde normaal zorgvuldige inschrijvers de Aanbestedingsleidraad zo zullen hebben begrepen dat wanneer een inschrijver niet voldoet aan selectie-eis 1.2.6 – in de uitleg die daaraan in 5.3 hiervoor is gegeven – er sprake is van een gebrek in de inschrijving dat zich niet voor herstel leent. In paragraaf 1 van de Aanbestedingsleidraad is onder het kopje “Leeswijzer” met betrekking tot “Vragengroep 1.2” immers bepaald dat die vragengroep ‘eisen [bevat] waaraan een inschrijver moet voldoen om deel te kunnen nemen aan deze aanbesteding en voor gunning in aanmerking te komen’, terwijl in paragraaf 1.1.4 van de Aanbestedingsleidraad is bepaald: ‘In beginsel dient inschrijver op straffe van uitsluiting, te voldoen aan alle selectie-eisen.’ De Commissie is van oordeel dat uit de Aanbestedingsleidraad verder volgt dat op dat “beginsel” alleen een uitzondering zal kunnen worden gemaakt wanneer de eis waaraan een inschrijver niet voldoet geen knock out-karakter heeft. Uit de formulering van selectie-eis 1.2.6 blijkt echter – “KO” is immers aangevinkt (zie 1.2 hiervoor) – dat die eis wel degelijk een knock out-karakter heeft. Daarmee heeft beklagde naar het oordeel van de Commissie tot uitdrukking gebracht dat het niet voldoen aan selectie-eis 1.2.6 een gebrek in de inschrijving oplevert waarvoor een herstelmogelijkheid in de Aanbestedingsleidraad is uitgesloten.
- 5.8. Het voorgaande betekent dat beklagde de inschrijving van klager terecht als ongeldig terzijde heeft gelegd zonder klager nog in de gelegenheid te stellen het gebrek in haar inschrijving te herstellen.
- 5.9. Het klachtonderdeel is derhalve ongegrond.
- 5.10. De Commissie overweegt ten overvloede nog het volgende. De casus die zich in het onderhavige geval heeft voorgedaan, wijkt af van de casus die zich voordeed in de zaak die leidde tot de in 1.8 hiervoor bedoelde uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Overijssel. In die zaak was immers sprake van een inschrijver die volgens de voorzieningenrechter had voldaan aan selectie-eis 2.1.1 door diens Eigen Verklaring te uploaden. Die Eigen Verklaring was echter niet volledig. Het onderhavige geval is in zoverre anders dat klager in zijn geheel heeft nagelaten de in selectie-eis 2.1.6 geëiste Gedragsverklaring Aanbesteden te uploaden.

6. Advies

De Commissie acht de klacht **ongegrond**.

7. Aanbeveling

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

Den Haag, 28 februari 2017

w.g.:

Mr. J.G.J. Janssen
Voorzitter

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

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid