

Advies 62

1. Feiten

1.1 Beklaagde heeft een Europese niet-openbare procedure met nadere selectie uitgeschreven met betrekking tot een overheidsopdracht voor architectendiensten ten behoeve van de realisatie van een brede school.

1.2 In par. 3.3.1 ("Aanmeldingsvoorwaarden") van de "Selectieleidraad Architectenselectie", is onder het kopje "eigen verklaring" bepaald:

'Deelname is uitsluitend mogelijk door inzending conform de aanmeldingsvoorwaarden van de volledig en correct ingevulde universele eigen verklaring en, indien van toepassing, de voor de nadere selectie benodigde stukken (zie 4.2.1). Bewijsmiddelen ter verificatie van de eigen verklaring hoeven uitsluitend door de voorlopig geselecteerde gegadigden ingeleverd te worden nadat de aanbestedende dienst hierom gevraagd heeft (zie 4.15).'

1.3 In par. 3.3.1 ("Aanmeldingsvoorwaarden") van de Selectieleidraad, is onder het kopje "Aanmeldingsvoorwaarden" onder andere bepaald:

'Uitsluitend aanmeldingen die voldoen aan de volgende aanmeldingsvoorwaarden worden in behandeling genomen:

- (...)
- Het aanmeldingsformulier is volledig en correct ingevuld
- Alle stukken waarvan in het aanmeldingsformulier vermeld staat dat zij bij de aanmelding ingeleverd dienen te worden zijn daadwerkelijk ingeleverd
- (...)

1.4 In par. 5.5.1 *in fine* ("Algemene voorwaarden") van de Selectieleidraad, is onder andere bepaald:

- (...)
- Gegadigden (...) verplichten zich jegens de aanbestedende dienst geconstateerde onduidelijkheden, tegenstrijdigheden en onregelmatigheden in de verstrekte aanbestedingsdocumenten zo spoedig mogelijk, doch uiterlijk voor het verstrijken van de uiterste datum van (...) de aanmelding (...), mee te delen aan de officiële contactpersoon van de aanbestedende dienst. Doet een gegadigde (...) dit niet, dan betekent dit dat hij of zij het recht verwerkt heeft om bezwaar te maken tegen de geconstateerde gebreken in deze documenten.
- De aanbestedende dienst behoudt zich het recht voor om gegadigden en inschrijvers in staat te stellen kleine gebreken in respectievelijk hun aanmelding en inschrijving te repareren binnen een termijn van twee werkdagen nadat de aanbestedende dienst een daartoe strekkend verzoek heeft gedaan. Het betreft nadrukkelijk een bevoegdheid, niet een verplichting van de aanbestedende dienst. Gegadigden en inschrijvers kunnen dan ook geen rechten ontleen aan deze bepaling.'

- 1.5 Het door beklagde gehanteerde Aanmeldingsformulier bestaat uit 4 onderdelen:
- I. Gegevens inschrijver(s);
 - II. Eigen verklaring betreffende de voorwaarden met betrekking tot de opdracht;
 - III. Eigen verklaring betreffende de inschrijvingsvoorwaarden en administratieve bepalingen;
 - IV. Stukken voor de aanmelding.
- 1.6 In onderdeel III ("Eigen verklaring betreffende de inschrijvingsvoorwaarden en administratieve bepalingen") van het Aanmeldingsformulier is bepaald:

'Inschrijver verklaart onvoorwaardelijk akkoord te gaan met de in hoofdstuk 3 van de selectieleidraad vermelde inschrijvingsvoorwaarden en de in hoofdstuk 5 van de selectieleidraad van toepassing verklaarde administratieve bepalingen. Beantwoording van één of meerdere verklaringen met 'NEE' zal in beginsel tot uitsluiting leiden.

Voorwaarde	Akkoord	Bewijsmiddel
Inschrijver stemt in met inschrijvingsvoorwaarden (hoofdstuk 3 selectieleidraad)	JA/NEE	De eigen verklaring volstaat
Inschrijver stemt in met administratieve bepalingen (hoofdstuk 5 selectieleidraad)	JA/NEE	De eigen verklaring volstaat
Inschrijver geeft aan te voldoen aan de voorwaarden gesteld in de selectieleidraad, paragraaf 3.2.3.2, betreffende financiële en economische draagkracht (omzetverklaring, orderportefeuille, andere bewijsmiddelen) en deze stukken in geval van selectie te produceren	JA/NEE	De eigen verklaring volstaat
Inschrijver geeft aan te voldoen aan de voorwaarden gesteld in de selectieleidraad, paragraaf 3.2.3.3, betreffende Technische- en beroepsbekwaamheid (referentieprojecten, personeel, taal, kwaliteitssysteem) en deze stukken in geval van selectie te produceren.	JA/NEE	De eigen verklaring volstaat

- 1.7 Na Onderdeel III van het Aanmeldingsformulier is op dat formulier ruimte vrijgehouden voor ondertekening door een "inschrijver". Met die ondertekening verklaart hij
- '(...) onderdelen II en III van het aanmeldingsformulier naar waarheid ingevuld te [hebben]'.
- 1.8 Op de volgende pagina – pagina 6 – van het Aanmeldingsformulier is het onderdeel "IV. Stukken voor de aanmelding" afgedrukt. Die pagina is bij de Nota van Inlichtingen van 12 november 2013 aangepast naar aanleiding van vragen die over het Aanmeldingsformulier zijn gesteld tijdens de aanbestedingsprocedure.
- 1.9 In de Nota van Inlichtingen zijn vraag 5 en het antwoord van beklagde op die vraag als volgt geformuleerd:

'Betreft 3.3.1. Aanmeldingsvoorwaarden – Eigen Verklaring
 Vraag: Wij missen de Uniforme Eigen Verklaring voor aanbestedingsprocedures van aanbestedende diensten die u gedeeltelijk dient in te vullen en aan de gegadigden te verstrekken. Kunt u deze z.s.m. ver[s]trekken s.v.p? (...) Om administratieve lasten van bedrijven te verlagen, is in de Aanbestedingswet 2012 het gebruik van de Eigen verklaring voorgeschreven. De Eigen verklaring is verplicht bij Europese aanbestedingen. (...)'

Antwoord: 'De "eigen verklaring" welke wordt gevraagd is als bijlage gevoegd bij de documenten, te weten: "(...) Aanmeldformulier" voor de aanmeldfase (...). Deze word[t] overigens vanwege deze Nota van Inlichtingen vervangen door "(...) Aanmeldformulier – versie 2" voor de aanmeldfase (...).'

- 1.10 In de Nota van Inlichtingen zijn vraag 54 van een gegadigde en het antwoord van beklagde op die vraag als volgt geformuleerd:

'Op wat voor manier kunnen wij aangeven dat we zullen werken met BIM, ISO-gecertificeerd zijn, of een kostendeskundige in huis hebben. Volgens de tabel op blz. 20 [van de Selectieleidraad, Commissie] zijn hiervoor [in het kader van de nadere selectie, Commissie] per onderdeel 5 punten te verdienen maar op het aanmeldingsformulier is geen mogelijkheid gegeven dit in te vullen. Is het toegestaan dit te verwerken in een begeleidende aanbiedingsbrief of moet hier een verklaring voor worden afgelegd.'

Antwoord: 'Op de Eigen Verklaring "(...) Aanmeldformulier" ontbreken enkele regels. Er wordt een aangepast formulier verstrekt bij de Nota van Inlichtingen, te weten "(...) Aanmeldformulier – versie 2". De Eigen Verklaring volstaat vooralsnog, in een later stadium kan de onderbouwing worden opgevraagd.'

- 1.11 Beklaagde heeft in vervolg op haar antwoord op de vragen 5 en 54 gestelde vragen een nieuw Aanmeldingsformulier aan gegadigden verstrekt ("Aanmeldformulier – versie 2"). In vergelijking met het oorspronkelijke formulier is de onder 1.8 genoemde pagina 6 aangepast in die zin dat in de opsomming van stukken die op die pagina staat weergegeven, een aantal regels zijn toegevoegd. De inhoud van pagina 6 is daardoor als volgt:

'IV. Stukken voor de aanmelding

Om een geldige aanmelding te doen, dienen inschrijvers bij aanmelding naast dit aanmeldingsformulier de in paragraaf 3.2 van de selectieleidraad gespecificeerde stukken digitaal op .PDF-formaat in te dienen op TenderNed. Het betreft de volgende stukken (*Aanvinken welke stukken van toepassing zijn*):

- Referenties schoolproject, 1 stuks (verplicht)
- Signatuur middels Beeldboek (verplicht)
- Referentie 'Frisse scholen', 1 stuks (optioneel)
- Referentie DuBo, 1 stuks (optioneel)
- Referentie 'binnen budget', 1 stuks (optioneel)
- Referentie project met beoogd W+E-adviseur(s), 1 stuks (optioneel)
- Namen en CV's van beoogd architect en projectleider (verplicht)
- Namen in te zetten personeel, opleiding, functie, beschrijving achtervang (3.2.3.3)
- Verklaring aan het criterium voor extra punten vanwege werken met BIM (architect en W+E-installatieadviseurs) te voldoen (1 A4)
- Verklaring aan het criterium voor extra punten vanwege de implementatie van ISO-9001 of gelijkwaardig (architect en W+E-installatieadviseurs) te voldoen (1 A4)
- Verklaring aan het criterium voor extra punten vanwege 'Kostendeskundigheid in huis' of gelijkwaardig te voldoen (1 A4)

De nadere voorwaarden waaraan bovenstaande stukken moeten voldoen zijn gespecificeerd in hoofdstuk 3 van de aanbestedingsleidraad.'

- 1.12 Beklaagde heeft op pagina 6 geen van de genoemde stukken aangevinkt.
- 1.13 Klager heeft zich als gegadigde voor deze opdracht aangemeld. Klager heeft in dat kader alleen de pagina's 1 t/m 5 van het Aanmeldingsformulier ingevuld, ondertekend en ingeleverd. Pagina 6 van het formulier is door klager niet ingeleverd.
- 1.14 Beklaagde heeft klager uitgesloten van verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure omdat klager – gelet op het ontbreken van pagina 6 – een onvolledige eigen verklaring zou hebben ingediend.

2. Beschrijving klacht

- 2.1 (Klachtonderdeel 1) Pagina 6 van het Aanmeldingsformulier is onduidelijk voor zover daaruit zou moeten blijken dat deze onderdeel is van het Aanmeldingsformulier en door een gegadigde moet worden ingevuld en ingeleverd als onderdeel van de aanmelding.
- 2.2 (Klachtonderdeel 2) Beklaagde had klager de gelegenheid moeten geven pagina 6 alsnog aan te leveren.
- 2.3 (Klachtonderdeel 3) De inhoud van de eventuele verplichting van een gegadigde met betrekking tot het bij de aanmelding bijvoegen van stukken die staan genoemd op pagina 6 van het Aanmeldingsformulier is inconsistent met de inhoud van die verplichting zoals die blijkt uit de Nota van Inlichtingen. Daarmee is die verplichting voor een gegadigde onduidelijk.
- 2.4 (Klachtonderdeel 4) Beklaagde handelt in strijd met art. 1.19, 2.84 en 2.85 Aw 2012 aangezien zij geen gebruik heeft gemaakt van de wettelijk voorgeschreven model eigen verklaring.
- 2.5 (Klachtonderdeel 5) Beklaagde handelt in strijd met art. 2.90, derde lid, Aw 2012 door eisen te stellen aan de omvang van de orderportefeuille en aan de omzet.
- 2.6 (Klachtonderdeel 6) Door van gegadigden te eisen dat zij 2 architecten, 2 tekenaars en 1 projectleider in vaste dienst hebben, handelt beklagde in strijd met de Aw 2012.

3. Onderbouwing klacht

- 3.1 Beklaagde heeft haar klacht onderbouwd in haar brief aan beklagde d.d. 4 december 2013. In de kern genomen komt die onderbouwing op het volgende neer.
- 3.2 (Klachtonderdeel 1) Pagina 6 volgt na de ondertekening van het formulier en lijkt daardoor een bijlage. Er wordt enkel aangegeven welke stukken er moeten worden bijgevoegd. Tussen haakjes is aangegeven 'Aanvinken welke stukken van toepassing zijn', hetgeen klager heeft geïnterpreteerd als zijnde een afvinklijstje voor de aanbestedende dienst. Er is volgens klager niet duidelijk aangegeven dat zij deze lijst zelf moest invullen. Klager zou in dat geval een tekst verwachten als 'Inschrijver verklaart onderstaande stukken te hebben bijgevoegd'.
- 3.3 (Klachtonderdeel 2) Pagina 6 bevat feitelijk geen enkele aanvullende informatie. Klager heeft alle vereiste stukken ingediend en aangetoond te voldoen aan alle vereisten. Het betreft dus hoogstens een klein gebrek waarbij beklagde haar in alle redelijkheid in de gelegenheid had kunnen stellen dit te repareren binnen twee

werkdagen, zoals ook aangegeven in de leidraad. Er is voldoende jurisprudentie te vinden die aangeeft dat in een dergelijk geval gegadigden in alle redelijkheid deze mogelijkheid geboden moet worden.

- 3.4 (Klachtonderdeel 3) Pagina 6 is met de nota van inlichten gewijzigd, maar is nog steeds niet correct. Er worden verklaringen genoemd die zouden moeten worden bijgevoegd, waarvan in de nota van inlichtingen is aangegeven dat deze niet behoeven te worden bijgevoegd en dat volstaan kan worden met het invullen van de eigen verklaring. Hiernaast ontbreken de optionele opdrachtgeversverklaringen die gevraagd zijn. De betreffende pagina is volgens klager dus nooit correct in te vullen.
- 3.5 (Klachtonderdeel 4) De ontbrekende pagina 6 is onderdeel van de door beklagde opgestelde eigen verklaring. Deze komt niet overeen met de conform de Aanbestedingswet verplichte uniforme eigen verklaring (art. 1.19, 2.84 en 2.85 Aw 2012). Beklaagde sluit vier partijen uit die de door haar opgestelde eigen verklaring niet juist hebben ingevuld, terwijl dit dus feitelijk een eigen verklaring betreft die niet voldoet aan de Aanbestedingswet en niet gebruikt had mogen worden. Dit lijkt klager niet redelijk. In de nota van inlichtingen is een vraag opgenomen van een partij die beklagde al wees op het gebruik van de verkeerde eigen verklaring. Beklaagde was dus op de hoogte hiervan, maar heeft toch besloten de juiste eigen verklaring niet te gebruiken.
- 3.6 (Klachtonderdeel 5) Het stellen van eisen aan de omvang van de orderportefeuille en aan de omzet is alleen toegestaan als sprake is van zwaarwegende argumenten.
- 3.7 (Klachtonderdeel 6) Beklaagde mag alleen aan gegadigden vragen of zij de beschikking hebben over bepaalde specialismen.

4. Aangedragen suggestie(s) tot verhelpen van de klacht

Beklaagde moet de uitsluiting herzien en de aanmelding alsnog beoordelen.

5. Reactie beklagde

- 5.1 Beklaagde heeft op de brief van beklagde van 4 december 2013 gereageerd in haar brief van 10 december 2013. Daarnaast heeft zij gereageerd op de door klager bij de Commissie ingediende klacht. In de kern genomen komt de reactie van beklagde op het volgende neer.
- 5.2 Klachtonderdeel 1
 - 5.2.1 Pagina 6 is geen bijlage van het Aanmeldingsformulier. Zij maakt integraal onderdeel uit van dat formulier. Dit blijkt onder meer uit het feit dat de zes pagina's in één document aan de gegadigden ter beschikking zijn gesteld, de gehanteerde paginanummering van "pagina 1 van 6" tot "pagina 6 van 6" is gehanteerd en het op pagina 6 gebruikte nummer voor het onderdeel "IV Stukken voor Aanmelding".
 - 5.2.2 Zelfs in het geval wel sprake zou zijn van een bijlage, dan nog maakt deze onderdeel uit van het aanmeldformulier en had deze pagina dus moeten worden ingediend. De pagina ontbrak echter geheel.
 - 5.2.3 Ook het argument van klager dat de pagina volgt ná ondertekening, is irrelevant. Beklaagde verwijst in dit verband ook naar de door klager aangehaalde "Uniforme Eigen Verklaring" (vgl. Ad 4 [klachtonderdeel 4, Commissie]) waarbij pagina 11 van

12 en 12 van 12, met onderwerp "Bijlage 1: Selectiecriteria", ook volgen ná ondertekening.

5.2.4 Overigens is klager de enige gegadigde die slechts een deel van de Eigen Verklaring heeft ingediend.

5.3 Klachtonderdeel 2

5.3.1 Beklaagde denkt (de onderbouwing van) dit klachtonderdeel aldus te moeten opvatten dat pagina 6 van ondergeschikt belang zou zijn. Zij betwist dat.

5.3.2 Beklaagde is gerechtigd bij een aanbesteding te bepalen op welke wijze zij voldoening aan de gestelde criteria wil toetsen. Dat heeft zij gedaan door enerzijds te verzoeken (ook) pagina 6 van het aanmeldformulier in te vullen, zodat eenvoudig gecontroleerd kan worden of de gevraagde stukken zijn aangeleverd, en daarnaast te verzoeken de in par. 3.2 van de Selectieleidraad gespecificeerde stukken in te dienen op TenderNed. Dit sluit ook aan bij een arrest van het Gerecht van Eerste Aanleg ("Tideland Signal"), waarin werd geoordeeld:

'In het belang van de rechtszekerheid is het voorts van wezenlijk belang, dat de Commissie in staat is om zich nauwkeurig van de inhoud van de inschrijving te vergewissen en, met name, van de overeenstemming ervan met de voorwaarden van de aanbesteding. Wanneer een inschrijving dubbelzinnig is en de Commissie niet snel en doeltreffend kan vaststellen wat de werkelijke inhoud ervan is, heeft de instelling geen andere keuze dan de inschrijving af te wijzen.'

5.3.3 Door het ontbreken van pagina 6, heeft beklagde het de selectiecommissie onmogelijk gemaakt snel en doeltreffend vast te stellen of de aanmelding voldeed aan de daaraan gestelde eisen.

5.3.4 Overigens heeft geen van de gegadigden bezwaar gemaakt tegen deze vooraf aangekondigde werkwijze (zie par. 4.1.5 Selectieleidraad) en ook uit de brief van beklagde van 4 december 2013 is niet op te maken dat daartegen bezwaar wordt gemaakt.

5.3.5 Klager heeft daarentegen gesteld dat zij in de gelegenheid had moeten worden gesteld om het gebrek te herstellen. Daarbij heeft zij een beroep gedaan op par. 5.5.1 van de Selectieleidraad dat de mogelijkheid aan beklagde biedt om gegadigden in de gelegenheid te stellen kleine gebreken te herstellen. Beklaagde wijst er op dat in par. 5.5.1 uitdrukkelijk is opgenomen dat aan deze bepaling geen rechten kunnen worden ontleend. De selectiecommissie van beklagde heeft gemeend dat de eisen zoals geformuleerd in par. 3.3.1 zo duidelijk zijn, dat voor een mogelijkheid tot herstel geen aanleiding bestaat. Dit blijkt ook wel uit het feit dat klager de enige inschrijver was die de Eigen Verklaring onvolledig heeft ingezonden.

5.3.6 Volgens vaste rechtspraak verzetten de beginselen van gelijke behandeling en transparantie zich in beginsel tegen de mogelijkheid dat een inschrijver zijn inschrijving nog aanvult of wijzigt. Een uitzondering hierop is volgens de jurisprudentie denkbaar wanneer sprake is van een kennelijke verschrijving/omissie, maar in beginsel slechts in die gevallen waarin het ontstaan daarvan te wijten is aan omstandigheden die in de risicosfeer liggen van de aanbestedende dienst en mits daardoor geen afbreuk wordt gedaan aan de gelijke kansen van de inschrijvers op de opdracht.

5.3.7 Uit de door klager geformuleerde klachtonderdelen blijkt niet dat sprake is geweest van een omissie. Zoals geschreven, lijkt daaruit juist te volgen dat klager er bewust voor heeft gekozen pagina 6 niet in te dienen. Bovendien ligt een eventuele omis-

sie, gelet op de duidelijke bewoordingen in de Selectieleidraad, niet in de risicosfeer van beklagde.

5.4 Klachtonderdeel 3

5.4.1 Beklaagde acht het standpunt dat klager in (haar onderbouwing van) dit klachtonderdeel betreft onjuist. Voor zover de selectiecommissie dient te toetsen op uitsluitingsgronden volstaat steeds de algemene verklaring. Het aanmeldingsformulier is echter meeromvattend; het dient ook om te komen tot een selectie van de beste vijf partijen. Vergelijk in dit kader wederom de door klager reeds aangehaalde Uniforme Eigen Verklaring, waarbij de laatste 2 pagina's betrekking hebben op de selectiecriteria.

5.4.2 In par. 3.3.1 van de Selectieleidraad is expliciet bepaald dat een aanmelding alleen in behandeling wordt genomen indien alle stukken waarvan de in het aanmeldingsformulier vermeld staat dat zij bij de aanmelding ingeleverd dienen te worden daadwerkelijk zijn ingeleverd. In de Eigen Verklaring is dit onder IV (op pagina 6) nog eens herhaald.

5.4.3 Alle gegadigden, op klager na, hebben hieraan voldaan. Ook voor zover beklagde klager zou hebben toegelaten pagina 6 alsnog aan te vullen, ontbraken nog de verlangde stukken om de aanmelding van klager in behandeling te kunnen nemen. Er zou (ook dan) sprake zijn van een ongeldige aanmelding.

5.5 Klachtonderdeel 4

5.5.1 Beklaagde merkt allereerst op dat klager geen consequentie verbindt aan het gebruik door beklagde van een Eigen Verklaring die afwijkt van de wettelijke Uniforme Eigen Verklaring.

5.5.2 Beklaagde wijst er daarnaast op dat – hoewel in de Nota van Inlichtingen vragen zijn gesteld over het gebruik van de gehanteerde Eigen Verklaring – geen van de vragenstellers heeft gemeend dat aan het gebruik van de door de gemeente gehanteerde Eigen Verklaring de consequenties zouden moeten worden verbonden zoals door klager gesuggereerd. Na het verstrekken van de Nota van Inlichtingen heeft geen van de gegadigden nog vragen gesteld of opmerkingen gemaakt over de gehanteerde Eigen Verklaring. Het bezwaar van klager, zelfs pas ingediend nádat bleek dat haar aanmelding terzijde werd geschoven wegens onvolledigheid, is dan ook rijkelijk laat en kan daarom terzijde worden geschoven.

5.5.3 Overigens is geen van de gegadigden benadeeld door het gebruik van deze Eigen Verklaring; de verklaring is aanzienlijk beperkter in omvang dan de Uniforme Eigen Verklaring, zodat ook de kosten – waar het bij de invoering van de Uniforme Eigen Verklaring om te doen was – beperkt zijn.

5.5.4 Beklaagde realiseert zich inmiddels dat het gebruik van de Uniforme Eigen Verklaring thans wettelijk is voorgeschreven. Gelet op de zeer eenvoudige Eigen Verklaring die beklagde heeft gehanteerd, zijn gegadigden echter op geen enkele wijze benadeeld. Het zou dan ook disproportioneel zijn om in dit stadium van de aanbestedingsprocedure alsnog het gebruik daarvan in te voeren. In feite zou dit immers met zich brengen dat de hele procedure over zou moeten.

5.6 Klachtonderdelen 5 en 6

5.6.1 Deze bezwaren zijn door klager eerst in haar brief d.d. 4 december 2013 geuit, terwijl zij daarvoor uitgebreid de kans heeft gekregen. Beklaagde heeft alle gegadigden opgeroepen geconstateerde onduidelijkheden, tegenstrijdigheden en onre-

gelmatigheden zo spoedig mogelijk door te geven, zodat eventuele fouten hersteld zouden kunnen worden (par. 5.5.1 ("Algemene voorwaarden"), vierde bullet, Selectieleidraad). Klager heeft van die gelegenheid geen gebruik gemaakt. Haar bezwaren dienen daarom als tardief terzijde worden geschoven.

- 5.6.2 Ten overvloede merkt beklagde op dat de gestelde eisen – die volgens klager in strijd met de Aw 2012 zijn – niet disproportioneel zijn, terwijl beklagde voor het stellen daarvan zwaarwegende argumenten heeft. Van strijd met de Aw 2012 is dan ook geen sprake. De door beklagde gestelde eisen staan steeds in redelijke verhouding tot de opdracht. Met voldoening aan de gestelde eisen wordt blijk gegeven van een zekere en noodzakelijke financiële degelijkheid. De gestelde eisen passen bij de minimaal noodzakelijke bureaubezetting. De omzeteis is bovendien gerelateerd aan de omvang van de architectenopdracht en blijft binnen de grenzen als bepaald in art. 2.90 Aw 2012.
- 5.7 In algemene zin is door beklagde ter inleiding op haar reactie op de verschillende klachtonderdelen nog opgemerkt dat het haar ook overigens niet vrijstond om klager niet uit te sluiten, gelet op de inhoud van par. 3.3.1 ("Aanmeldingsvoorwaarden") van de Selectieleidraad en gelet op het feit dat beklagde zich door ondertekening van onderdeel II van het Aanmeldingsformulier met die voorwaarden akkoord heeft verklaard.

6. Beoordeling

6.1 Klachtonderdelen 1 en 3

6.1.1 Met betrekking tot deze klachtonderdelen stelt de Commissie voorop dat beklagde de aanbestedingsrechtelijke verplichting heeft om de eisen en criteria, alsook de wijze waarop deze gedurende de aanbestedingsprocedure zullen worden toegepast, zodanig in de aanbestedingsdocumenten te formuleren dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers in staat zijn deze op dezelfde wijze te interpreteren. In de klachtonderdelen 1 en 3 ligt besloten dat beklagde niet aan deze verplichting zou hebben voldaan.

6.1.2 De Commissie is van oordeel dat – gelet op de inhoud van vraag 54, de inhoud van het antwoord dat beklagde op die vraag heeft gegeven in de Nota van Inlichtingen en de daarop volgende met dat antwoord consistente aanpassing van pagina 6 van het Aanmeldingsformulier – alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers in staat zijn die pagina 6 op dezelfde wijze te interpreteren. Die interpretatie houdt in dat pagina 6 een onderdeel is van het Aanmeldingsformulier en door een gegadigde moet worden ingevuld en ingeleverd als onderdeel van diens aanmelding. Naar het oordeel van de Commissie heeft beklagde daarmee in zoverre dan ook aan haar in 6.1.1 genoemde verplichting voldaan.

6.1.3 Het voorgaande betekent dat klachtonderdeel 1 ongegrond is.

6.1.4 Op pagina 6 van het Aanmeldingsformulier is vermeld dat een gegadigde – op straffe van ongeldigheid van zijn aanmelding – de op die pagina genoemde stukken samen met zijn Aanmeldingsformulier moet indienen op TenderNed. Dat deze verplichting op de gegadigden rust, blijkt ook uit de beantwoording door beklagde van vraag 83 in de Nota van Inlichtingen:

Vraag: 'Dienen we onze aanmelding als 1 document (pdf) op TenderNed in te dienen of dienen we dit per gevraagd onderdeel zoals vermeld op pagina 6 van het aanmeldingsformulier?'

Antwoord: 'Gevraagd wordt om een .PDF-bestand per onderdeel. Indien u alles bundelt tot 1 bestand overschrijdt u mogelijk de toegestane limiet van 500Mb per bestand'.

6.1.5 De Commissie is vervolgens nagegaan of op pagina 6 van het Aanmeldingsformulier stukken worden vermeld waarvan gegadigde in de Nota van Inlichtingen zou hebben gesteld – in tegenspraak met hetgeen op pagina 6 staat vermeld – dat een gegadigde niet verplicht zou zijn deze stukken als onderdeel van zijn aanmelding in te dienen, samen met het Aanmeldingsformulier. De Commissie heeft daar in de Nota van Inlichtingen echter geen voorbeelden van kunnen vinden. Zo kan bijvoorbeeld uit de beantwoording door beklagde van de vragen 4, 15 en 63 worden afgeleid – in aanvulling op hetgeen in par. 3.3.1 *in fine* (op blz. 17) van de Selectieleidraad is bepaald – dat de op pagina 6 genoemde stukken met betrekking tot referenties moeten worden ingediend. Dat geldt ook – gelet op de beantwoording van de vragen 25 en 57 – voor het op pagina 6 genoemde stuk "Namen en CV's van beoogd architect en projectleider". Ook de antwoorden die beklagde in de Nota van Inlichtingen heeft gegeven op de vragen 19, 28, 47, 48 en 54 zijn wat dat betreft consistent met de op pagina 6 omschreven verplichting, voor zover het de op die pagina genoemde "Verklaring vanwege werken met BIM", "Verklaring vanwege de implementatie van ISO-9001" en "Verklaring vanwege kostendeskundigheid in huis" betreft. Daaraan doet niet af dat in de beantwoording van de laatstgenoemde vragen tevens wordt vermeld dat de onderbouwing van de in te dienen verklaringen in een later stadium kan worden opgevraagd. Dat de optionele opdrachtgeversverklaring niet staat opgesomd in het overzicht van stukken op pagina 6 van het Aanmeldingsformulier is overigens – anders dan het klachtonderdeel lijkt te betogen – consistent met de beantwoording door beklagde van vraag 15 in de Nota van Inlichtingen.

6.1.6 De Commissie is van oordeel dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers in staat zijn pagina 6, in samenhang met de door beklagde in de Nota van Inlichtingen beantwoorde vragen van gegadigden, op dezelfde wijze te interpreteren. Die interpretatie houdt in dat een gegadigde de op pagina 6 van het Aanmeldingsformulier genoemde stukken samen met zijn Aanmeldingsformulier moet indienen op TenderNed, op straffe van ongeldigheid van zijn aanmelding.

6.1.7 Het voorgaande betekent dat ook klachtonderdeel 3 ongegrond is.

6.2 Klachtonderdeel 2

6.2.1 Klager stelt in dit klachtonderdeel dat beklagde haar in de gelegenheid had moeten stellen de in haar aanmelding ontbrekende pagina 6 van het Aanmeldingsformulier alsnog aan te leveren. De Commissie stelt zekerheidshalve vast dat klager daarmee niet stelt dat beklagde haar in de gelegenheid had moeten stellen een of meer van de op pagina 6 genoemde stukken alsnog aan te leveren voor zover die stukken in haar aanmelding zouden ontbreken.

6.2.2 Vooropgesteld moet worden dat een aanbestedende dienst op grond van HvJ EU 10 oktober 2013, zaak C-336/12 (Manova), rov. 38 en 39, een gegadigde kan verzoeken om de gegevens van een dossier dat moet worden ingediend in de fase van voorafgaande selectie van gegadigden in een niet-openbare procedure gericht te verbeteren of aan te vullen, voor zover dat verzoek betrekking heeft op gegevens waarvan objectief kan worden vastgesteld dat zij dateren van voor het einde van de termijn om deel te nemen aan een aanbestedingsprocedure. In rov. 40 van het genoemde arrest is door het HvJ EU echter overwogen:

'dat dit anders zou zijn indien volgens de aanbestedingsstukken het ontbrekende stuk of de ontbrekende informatie op straffe van uitsluiting moet worden verstrekt.

Een aanbestedende dienst dient immers nauwgezet de door hemzelf vastgestelde criteria in acht te nemen (zie in die zin arrest van 29 april 2004, Commissie/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Jurispr. blz. I-3801, punt 115).'

6.2.3 De Commissie stelt vast dat beklagde in par. 3.3.1 ("Aanmeldingsvoorwaarden") onder het kopje "Aanmeldingsvoorwaarden" van de Selectieleidraad heeft bepaald dat uitsluitend aanmeldingen in behandeling worden genomen die voldoen aan de volgende aanmeldingsvoorwaarden: (...) 'Het aanmeldingsformulier is volledig en correct ingevuld'. Daarmee is – gelet op hetgeen in 6.2.2 is opgemerkt – voor beklagde de mogelijkheid afgesneden om klager in de gelegenheid te stellen de ontbrekende pagina 6 van het Aanmeldingsformulier alsnog aan te leveren.

6.2.4 Het voorgaande betekent dat klachtonderdeel 2 ongegrond is.

6.3 Klachtonderdeel 4

6.3.1 Een aanbestedende dienst is op grond van artikel 2.85 *jo.* art. 2.84, tweede lid, Aw 2012 verplicht om – wanneer hij eigen verklaringen van gegadigden verlangt – gebruik te maken van de model eigen verklaring die krachtens art 2, tweede lid, Aanbestedingsbesluit op 21 maart 2013 is vastgesteld bij ministeriële regeling (Stcrt. 2013, Nr. 8061).

6.3.2 Beklaagde heeft in haar reactie op de klacht – zie 5.5.4 hiervoor – erkend bij de onderhavige aanbestedingsprocedure geen gebruik te hebben gemaakt van de hiervoor bedoelde model. Daarmee staat naar het oordeel van de Commissie vast dat beklagde heeft gehandeld in strijd met art. 2.85 Aw 2012.

6.3.3 Aan dat oordeel doet in dit geval niet af de stelling van beklagde – zie 5.5.2 hiervoor – dat na het verstrekken van de Nota van Inlichtingen geen van de gegadigden – ook klager niet – nog vragen heeft gesteld of opmerkingen heeft gemaakt over de door haar gehanteerde eigen verklaring en dat het rijkelijk late bezwaar van klager om die reden terzijde dient te worden geschoven. Beklaagde had zich naar aanleiding van de door haar in de Nota van Inlichtingen beantwoorde vraag 5 – zie 1.9 hiervoor – immers al kunnen en moeten realiseren dat zij haar in die vraagstelling gesignaleerde inbreuk op art. 2.85 Aw 2012 niet kon wegnemen enkel en alleen door het Aanmeldingsformulier aan te passen op de wijze zoals zij dat bij de Nota van Inlichtingen heeft gedaan.

6.3.4 Aan het oordeel dat beklagde in strijd met art. 2.85 Aw 2012 heeft gehandeld doet naar het oordeel van de Commissie evenmin af – zoals door beklagde is betoogd – dat geen van de gegadigden door het gebruik van de eigen verklaring van beklagde zou zijn benadeeld en dat door dat gebruik de kosten beperkt zouden zijn. Nog afgezien van het feit dat art. 2.85 Aw 2012 niet voorziet in een afwijkingsregeling waarin de redenering van beklagde steun zou kunnen vinden, constateert de Commissie dat de keuze van beklagde om af te wijken van art. 2.85 Aw 2012 voor de deelnemers aan de aanbestedingsprocedure juist de aanleiding is geweest tot het stellen van tal van verduidelijkingsvragen. Met het stellen en beantwoorden van dergelijke vragen, met de daarmee verband houdende aanpassing van aanbestedingsdocumenten én met het afwikkelen van daarmee verband houdende klachten en geschillen zijn kosten verbonden die de wetgever nu juist heeft willen beheersen door van aanbestedende diensten te eisen dat zij gebruik maken van de wettelijke model eigen verklaring.

6.3.5 Het voorgaande betekent dat klachtonderdeel 4 gegrond is.

6.4 Klachtonderdeel 5

- 6.4.1 Beklaagde heeft in par. 3.2.3.2 ("Financiële en economische draagkracht") van de Selectieleidraad onder het kopje "Omzetverklaring" het volgende bepaald:

'Gegadigde dient in staat te zijn aan de hand van een opgave van de gemiddelde jaaromzetten behaald met architectendiensten over de afgelopen twee boekjaren aan te tonen een gezonde onderneming met voldoende continuïteit te zijn. De gegadigde dient zijn financiële en economische draagkracht aan te tonen door middel van een door een Registeraccountant of een bevoegd Accountant - administratieconsulent (art. 2:393 lid 1 BW) ondertekende verklaring betreffende de totale omzet over de laatste twee boekjaren (2011 en 2012) waaruit blijkt dat de totale jaaromzet ten minste € 400.000 (exclusief omzetbelasting) bedraagt. (...).'

Onder het kopje "Orderportefeuille" is in dezelfde paragraaf bepaald:

'Gegadigde dient door middel van een overzicht van de orderportefeuille aan te kunnen tonen over voldoende opdrachten te beschikken, zodat zijn of haar continuïteit niet financieel afhankelijk is van de voortgang van de onderhavige opdracht na gunning. De voorwaarde waaraan de orderportefeuille minimaal moet voldoen is: omvang 35% van de gemiddelde jaaromzet welke in de omzetverklaring is vermeld.'

- 6.4.2 Tijdens de aanbestedingsprocedure zijn aan beklagde twee vragen gesteld ter verduidelijking van de bovenstaande bepalingen uit de Selectieleidraad (vragen 13 en 79). Beklaagde heeft als reactie op deze vragen de Selectieleidraad door middel van de Nota van Inlichtingen als volgt aangevuld:

'De gestelde omzeteis aan de architect heeft een meervoudig zwaarwegend doel. De afgelopen jaren zijn in de bouwsector dermate moeilijk geweest, dat dit bij veel bureaus heeft geleid tot belangrijke veranderingen. In omzet, maar ook in samenstelling van de personele bezetting. Dat kan tot risico's leiden voor wat betreft de beschikbare capaciteiten van de (...) tijdige, correcte oplevering van de opdracht. Een bureau dat gedurende de laatste jaren een bepaalde minimale omzet heeft gerealiseerd toont daarmee aan een voldoende stabiele financiële en organisatorische basis te hebben. Met deze omzeteis wordt zeker gesteld dat de voorliggende opdracht met voldoende inzet en flexibiliteit ter hand kan worden genomen om de planning leidend te doen zijn. Het voorliggend ontwerpproces zal met de beoogde planning tenslotte flinke belastingwisselingen kennen. De omzeteis is gerelateerd aan het gedeelte van de opdracht dat specifiek aan de architect behoort en is naar mening van de opdrachtgever voldoende laag gekozen. (...) Aan de overige adviseurs wordt geen omzeteis gesteld. (...).'

- 6.4.3 In art. 2.90, derde lid, Aw 2012 is bepaald dat wanneer een aanbestedende dienst geschiktheidseisen stelt die de financiële en economische draagkracht van gegadigden betreffen, deze eisen geen betrekking mogen hebben op de hoogte van de totale omzet en de omzet van de bedrijfsactiviteit die het voorwerp van de overheidsopdracht is, tenzij de aanbestedende dienst dit met zwaarwegende argumenten motiveert in de aanbestedingsstukken.

- 6.4.4 De Commissie gaat er van uit dat beklagde met de in 6.4.2 weergegeven aanvulling van de Selectieleidraad heeft beoogd de in art. 2.90, derde lid, Aw 2012 bedoelde "zwaarwegende argumenten" aan te dragen waarmee zij het stellen van de door die bepaling in beginsel verboden eisen motiveert.

- 6.4.5 De Commissie stelt vast dat beklagde deze motivering heeft verstrekt in de Nota van Inlichtingen. Art. 2.90, derde lid, Aw 2012 vereist dat de motivering in de aan-

bestedingsstukken wordt opgenomen. Art. 1.1 Aw 2012 definieert het begrip "aanbestedingsstukken" als: 'alle documenten in een aanbestedingsprocedure die door de aanbestedende dienst (...) in de procedure zijn gebracht.' Uit de wetsgeschiedenis blijkt aan welke documenten de wetgever daarbij in het bijzonder heeft gedacht: 'Voorbeelden (...) zijn de aankondiging en het daarbij behorende bestek, of een beschrijving van de organisatie van de aanbestedende dienst (...). Voorts zullen een selectieleidraad en een concept-overeenkomst veelal deel uitmaken van de aanbestedingsstukken. Correspondentie via e-mail, etc., waarin allerlei mededelingen worden gedaan valt niet onder het begrip aanbestedingsstukken.' (Kamerstukken II 2009/10, 32440, nr. 3, p. 42-43). De Commissie betwijfelt of een Nota van Inlichtingen daarmee als een "aanbestedingsstuk" kwalificeert. Het lijkt er meer op dat een Nota van Inlichtingen moet worden gerekend tot de door de wetgever genoemde 'correspondentie (...) waarin allerlei mededelingen worden gedaan.' Steun voor deze uitleg biedt de inhoud van bepalingen opgenomen in de Aw 2012 die een onderscheid maken tussen "aanbestedingsstukken" enerzijds en "inlichtingen" anderzijds, zoals art. 2.54, eerste lid, Aw 2012 ('nadere inlichtingen over de aanbestedingsstukken') en art. 2.73, eerste lid, 1 Aw 2012 ('de tijdig aangevraagde aanbestedingsstukken en de aanvullende stukken of nadere inlichtingen').

6.4.6 Uit de wetsgeschiedenis blijkt echter niet waarom de wetgever de mogelijkheid voor een aanbestedende dienst tot het verstrekken van de motivering zoals bedoeld in art. 2.90, derde lid, Aw 2012 heeft willen beperken tot de aanbestedingsstukken en waarom het een aanbestedende dienst niet tevens zou zijn toegestaan die motivering via een Nota van Inlichtingen te verstrekken. Mogelijk heeft de wetgever aansluiting gezocht bij de inhoud en ratio van andere bepalingen in de wet. De Commissie denkt dan aan bepalingen die een aanbestedende dienst verplichten om bepaalde informatie te verstrekken via de aanbestedingsstukken, omdat het verstrekken van die informatie op een later tijdstip – bijvoorbeeld via de Nota van Inlichtingen – het risico van een inbreuk op art. 1.8 Aw. 2012 in het leven roept. Dat risico zal zich gelet op het doel van de in art. 2.90, derde lid, Aw 2012 genoemde motivering naar het oordeel van de Commissie echter niet kunnen verwezenlijken wanneer een aanbestedende dienst die motivering pas in de Nota van Inlichtingen verstrekt. De Commissie gaat dan ook voorbij aan deze formele schending door beklagde van art. 2.90, derde lid, Aw 2012.

6.4.7 Dat brengt de Commissie tot de beantwoording van de vraag of de motivering die beklagde in de Nota van Inlichtingen (Deel 2) heeft verstrekt, voldoende zwaarwegend is in de zin van art. 2.90, derde lid, Aw 2012. De Commissie is van oordeel dat dit inderdaad het geval is, mede gelet op hetgeen is overwogen op blz. 35 van de Gids Proportionaliteit:

'Het stellen van een omzeteis kan aan de orde zijn wanneer er daadwerkelijke risico's zijn voor wat betreft de beschikbare capaciteit aan personeel en materieel ten behoeve van de tijdige, correcte oplevering van de opdracht door de uiteindelijk contractant.'

Ook overigens is het zo dat de onderbouwing van dit klachtonderdeel zeer algemeen en summier is en dat klager daarbij in het geheel niet is ingegaan op de door beklagde in de Nota van Inlichtingen verstrekte motivering.

6.4.8 Het voorgaande betekent dat klachtonderdeel 5 ongegrond is.

6.5 Klachtonderdeel 6

6.5.1 Beklaagde heeft in par. 3.2.3.3 ("Technische- en beroepsbekwaamheid") van de Selectieleidraad onder het kopje "Personeel" onder andere het volgende bepaald:

'De gegadigde dient te beschikken over een toereikende organisatie en over voldoende kwalitatief personeel om de werkzaamheden goed en tijdig uit te kunnen voeren. Het in te zetten verantwoordelijk en leidinggevend personeel dient te beschikken over voldoende vakbekwaamheid.

De vereiste minimum bezetting van de gegadigde (medewerkers in vaste dienst):

- Minimaal 2 architecten in dienst die op 1 januari 2013 (of daarna) ingeschreven zijn als bouwkundig architect in het wettelijk architectenregister.
- Minimaal twee tekenaars in vaste dienst.
- Minimaal 1 projectleider in vaste dienst.'

6.5.2 Art. 2.93 Aw 2012 bevat een limitatieve opsomming van de bewijsmiddelen die een aanbestedende dienst aan een gegadigde of inschrijver mag vragen om zijn technische of beroepsbekwaamheid aan te tonen. Deze limitatieve opsomming voorziet er niet in dat een aanbestedende dienst van een gegadigde mag eisen dat deze zijn technische of beroepsbekwaamheid aantoont door het overleggen van een lijst waarop een door de aanbestedende dienst voorgeschreven minimumaantal personen vermeld staat die in vaste dienst van de gegadigde zijn.

6.5.3 De Commissie is echter van oordeel dat het voor klager duidelijk behoorde te zijn dat beklagde handelde in strijd met art. 2.93 Aw 2012 op het moment dat klager kennis nam of redelijkerwijze kennis had behoren te nemen van de inhoud van de Selectieleidraad. Vanaf dat moment behoorde klager mede gelet op het bepaalde in par. 5.5.1 ("Algemene Voorwaarden"), voorlaatste bullet, van de Selectieleidraad een proactieve houding aan te nemen, hetgeen in een geval als het onderhavige betekent dat zij vanaf dat moment verplicht was de vermeende inbreuk op de genoemde bepaling bij beklagde te signaleren. De ratio daarvan is dat beklagde daarmee in staat wordt gesteld de (gevolgen van de) inbreuk ongedaan te maken in een stadium waarin de nadelige gevolgen daarvan voor alle betrokken partijen zoveel mogelijk beperkt kunnen blijven.

6.5.4 Klager heeft haar hiervoor bedoelde verplichting niet nageleefd. Het had op haar weg gelegen al vóór de aanmelding vragen te stellen over de toelaatbaarheid van de in 6.5.1 weergegeven passage uit de Selectieleidraad. Dat klager het voorgaande heeft nagelaten, laat weliswaar onverlet dat beklagde een inbreuk heeft gemaakt op art. 2.93 jo. 2.94, eerste lid, Aw 2012 maar staat er aan in de weg dat klager daar in dit stadium van de aanbestedingsprocedure nog tegen kan opkomen.

6.5.5 Het voorgaande betekent dat klachtonderdeel 6 ongegrond is.

7. Advies

De Commissie acht de klachtonderdelen 1 t/m 3, 5 en 6 **ongegrond** en het klachtonderdeel 4 **gegrond**.

Den Haag, 7 februari 2014

w.g.
Mr. J.G.J Janssen
Voorzitter

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