

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 548 | Samenvatting

De klacht ziet op een Europese openbare procedure voor een overheidsopdracht voor diensten met betrekking tot een project inhoudende een fietsplatform voor kennisdeling, innovatie en experiment.

In de Aanbestedingsleidraad is onder andere bepaald dat de winnende inschrijver de in artikel 2.13.9 ARW 2016 bedoelde gedragsverklaring aanbesteden respectievelijk de verklaring van de belastingdienst binnen 7 dagen na een verzoek van de aanbesteder moet overleggen. In de Aanbestedingsleidraad is verder bepaald dat deze verklaringen zowel op het moment van inschrijven als opdrachtverlening geldig moeten zijn.

De aanbesteder legt de – winnende – inschrijving van de ondernemer om twee redenen als ongeldig terzijde. In de eerste plaats: omdat de ondernemer de verklaringen niet heeft overgelegd binnen de in de Aanbestedingsleidraad gestelde termijn. In de tweede plaats: omdat de door de ondernemer overgelegde verklaringen zijn gedateerd met een datum die na de datum van inschrijving ligt.

De klacht gaat over de vraag of de aanbesteder de inschrijving van de ondernemer op grond van deze twee redenen terecht als ongeldig terzijde heeft gelegd. De Commissie beantwoordt deze vraag voor beide redenen bevestigend.

Wat betreft de eerste reden staat vast dat de ondernemer de door de aanbesteder gevraagde verklaringen te laat heeft overgelegd. Daarmee heeft de ondernemer niet voldaan aan de termijneis. Gelet op de formulering van die termijneis had de aanbesteder naar het oordeel van de Commissie op grond van het beginsel van gelijke behandeling en de daaruit voortvloeiende transparantieplichting geen mogelijkheid meer om nog een proportionaliteitstoets uit te voeren.

Wat betreft de tweede reden staat vast dat de door de ondernemer overgelegde verklaringen zijn gedateerd ná de datum van inschrijving. De Commissie is van oordeel dat de in de Aanbestedingsleidraad opgenomen eis dat de verklaringen op het moment van inschrijven geldig dienen te zijn, onvoldoende transparant is. De aanbesteder kon de inschrijving van de ondernemer dan ook niet terzijde leggen op grond van het niet voldoen aan die eis. De aanbesteder kon dat echter wel doen op grond van artikel 2.13.9 ARW 2016. Uit deze bepaling blijkt namelijk voldoende duidelijk dat de verklaringen reeds moeten bestaan op het tijdstip van indienen van de inschrijving. De Commissie is ook in dit geval van oordeel dat de aanbesteder geen mogelijkheid had om nog een proportionaliteitstoets uit te voeren ten gunste van de ondernemer.

De Commissie vraagt zich in een overweging ten overvloede nog af of de wetgever met de regeling in artikel 2.89, lid 2 en lid 3, Aw 2012 en in artikel 2.13.9 ARW 2016 niet verder is gegaan dan nodig is, gelet op het bepaalde in artikel 59, lid 1, Richtlijn 2014/24/EU. Het lijkt volgens het Unierecht namelijk geen vereiste te zijn dat het bewijsmiddel, waarmee een inschrijver zijn verklaring onderbouwt, is gedateerd op of vóór de datum van inschrijving. Het Unierecht lijkt daarmee toe te staan dat het bewijsmiddel van latere datum is dan de datum van inschrijving.

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 548

1. Feiten

- 1.1. Aanbesteder heeft op 2 april 2019 een Europese openbare procedure aangekondigd voor een overheidsopdracht voor diensten met betrekking tot een Fietsplatform voor kennisdeling, innovatie en experiment voor aanbesteder en de regio van aanbesteder],
- 1.2. Aanbesteder heeft hoofdstuk 2 van het Aanbestedingsreglement Werken 2016 (ARW 2016), met uitzondering van de artikelen 2.22 en 2.23 van het ARW 2016, op de aanbestedingsprocedure van toepassing verklaard.
- 1.3. In de Aanbestedingsleidraad van 2 april 2019 is, onder meer, het volgende bepaald:

(...)

1. INLEIDING

(...)

1.1 De aanbesteder en opdrachtgevers

(...) [Aanbesteder] en [Opdrachtgever A] zijn de opdrachtgevers. (...)

2. OPDRACHTBESCHRIJVING

(...)

2.2 Opdracht

Doelstellingen

Met het Fietsplatform voor kennisdeling, innovatie en experiment worden de volgende doelstellingen beoogd:

1. kennis over fiets(innovatie) ontwikkelen en delen
2. het stimuleren van innovatie en experiment op het gebied van fiets in [Aanbesteder] en [Regio van Aanbesteder]
3. het nationaal en internationaal profileren van [Aanbesteder] als kennis-fietsstad
4. het stimuleren van fietsgebruik

(...)

4. UITSLUITINGSGRONDEN EN GESCHIKTHEIDSEISEN

De aanbesteder zal de inschrijvingen onder andere beoordelen op basis van in dit hoofdstuk beschreven uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen. De inschrijver dient aan de in dit hoofdstuk gestelde eisen te voldoen.

Indien op enig moment blijkt dat een inschrijver onjuiste informatie heeft verschaft of naar het oordeel van de aanbesteder handelt in strijd met de wet- en regelgeving of voorschriften en eisen als gesteld in de aanbestedingsdocumenten, kan die inschrijver worden uitgesloten van verdere deelname aan de aanbesteding.

4.1 Uitsluitingsgronden

Voor de uitsluitingsgronden die gelden bij deze procedure wordt verwezen naar paragraaf 2.13 van het ARW 2016 en deel III van het Uniform Europees Aanbestedingsdocument (bijlage 3). Indien de inschrijver niet kan aantonen dat de uitsluitingsgronden als bedoeld in paragraaf 2.13 van het ARW 2016 en het Uniform Europees Aanbestedingsdocument niet op hem, noch op de derde(n) waar hij een beroep op doet, van toepassing zijn, kan hij worden uitgesloten van verdere deelname aan de aanbesteding.

(...)

5. BEOORDELING INSCHRIJVINGEN EN GUNNING

5.1 De economisch meest voordelige inschrijving

De economisch meest voordelige inschrijving wordt bepaald door de beste prijs-kwaliteitverhouding. (...)

Uw deelname bevat de volgende documenten door u zelf opgesteld (naast een aantal andere verplichte formulieren zie paragraaf 6.1) :

1. Het voorstel met de prestatieonderbouwing
2. Prijsverdeling per gevraagd onderdeel
3. Het kansen & risicodossier
4. Opgave van maximaal 2 sleutelfunctionarissen (namen)

(...)

5.2 Gunningscriteria - economisch meest voordelige inschrijving

Gunning vindt plaats aan de inschrijver die de economisch meest voordelige inschrijving heeft gedaan op basis van de beste prijs kwaliteit verhouding. Aan degene die de meeste kwaliteit biedt voor de vaste prijs van €300.000 wordt gegund.

5.3. Prestatieonderbouwing

5.3.1. Voorstel

Voor het gunningscriterium prestatieonderbouwing dient de inschrijver het volgende te beschrijven in zijn voorstel:

"Wat maakt dat hij de opdracht adequaat uit kan voeren, dat wil zeggen de gevraagde doelstellingen kan realiseren en wat hij gaat doen om de opdracht adequaat uit te voeren. Daartoe wordt een beschrijving gegeven van hoe de diverse onderdelen van de opdracht (digitaal platform, netwerk en delegaties) zal worden uitgevoerd."

(...)

5.3.2 Kansen en risicodossier

(...)

5.3.3. Interview

(...)

De hoogte van de behaalde score op het voorstel en het kansen- en risicodossier bepaalt of een inschrijver doorgaat naar de beoordeling van de sleutelfunctionarissen en hun toelichting op het voorstel, dat plaats zal vinden op basis van interview(s). Meer informatie over onder andere de datum van dit interview volgt na inschrijving.

(...)

5.3.4 Beoordeling inschrijving op basis van gunningcriteria

De beoordelingscommissie van de aanbesteding, bestaande uit 4 beoordelaars (...) - kent op basis van de beoordelingscriteria een score toe op een schaal van 1 tot 5. De score wordt bepaald op basis van consensus.

De reeks beoordelingscijfers is als volgt:

Omschrijving	Cijfer	Aantal punten
Zeer veel meerwaarde	5	= 100% van de punten voor dit onderdeel
Aanzienlijke meerwaarde	4	= 75% van de punten voor dit onderdeel
Gemiddelde meerwaarde	3	= 50% van de punten voor dit onderdeel
Beperkte meerwaarde	2	= 25% van de punten voor dit onderdeel
Nauwelijks of geen meerwaarde	1	= 0% van de punten voor dit onderdeel

Het aantal punten per onderdeel is als volgt:

Omschrijving	Aantal punten
Prestatie- onderbouwing	600
Kansen en risico dossier	200
Interview	200
TOTAAL	1000

(...)

5.5 Economisch meest voordelige inschrijving

Om de economisch meest voordelige inschrijving te bepalen worden de punten die gehaald zijn bij de kwaliteit bij elkaar opgeteld (afgerond op hele getallen). De inschrijver met het hoogst aantal punten heeft de economisch meest voordelige inschrijving.

(...)

6. INSCHRIJVING

Met het indienen van een inschrijving verklaart de inschrijver zich onvoorwaardelijk akkoord met de in deze aanbestedingsleidraad beschreven aanbestedingsprocedure.

(...)

6.1 In te dienen documenten

De inschrijvers moeten bij hun inschrijving de navolgende gegevens verstrekken:

1. Inschrijvingsbiljet
2. Prijspecificatie: hoe het beschikbare bedrag over de 3 gevraagde onderdelen wordt verdeeld
3. Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UAE)
4. Verklaring Bestuurder Omtrent Rechtmatigheid Inschrijving (Model K)
5. Formulier referentiewerken
6. Verklaring(en) beschikbaarheid bekwaamheden derden (indien van toepassing)
7. Voorstel
8. Kansen en risico dossier
9. Namen sleutelfiguren voor interview

*Let op; Al deze in te dienen documenten dienen gedateerd en rechtmatig ondertekend te worden, op het KvK uittreksel moet deze persoon ook staan vermeld als gemachtigde hiervoor.

De termijn waarbinnen bewijsmiddelen alsmede de nadere toelichting bedoeld in de artikelen 2.13.9 respectievelijk 2.21.5 van het ARW 2016 uiterlijk door de aanbesteder moeten zijn ontvangen bedraagt 5 werkdagen. De termijn vangt aan op de dag na de datum waarop het verzoek is verzonden. Uw bewijsstukken dienen op zowel het moment van inschrijven als opdrachtverlening geldig te zijn.

*Let op; de winnende partij moet binnen 7 dagen na verzoek hiertoe een niet verlopen Verklaring Belastingdienst en Gedragsverklaring Aanbesteding aanleveren. Deze termijn mag niet overschreden worden. Houdt u er rekening mee dat het vanaf het moment dat de Gedragsverklaring Aanbesteden is aangevraagd tot 8 weken kan duren voordat deze wordt afgegeven. De gedragverklaring aanbesteden mag op het moment van inschrijven niet ouder zijn dan twee jaar.

(...)'

- 1.4. Ondernemer heeft een inschrijving ingediend.
- 1.5. Aanbesteder heeft ondernemer op 21 juni 2019 verzocht om de bewijsmiddelen als genoemd in artikel 2.13.9 ARW 2016 aan te leveren.
- 1.6. Aanbesteder heeft van ondernemer op 1 juli 2019 de Gedragsverklaring Aanbesteden, gedateerd op 25 juni 2019, ontvangen.
- 1.7. Aanbesteder heeft van ondernemer op 2 juli 2019 de Verklaring belastingdienst, gedateerd op 28 juni 2019, ontvangen.
- 1.8. Op enig moment in de periode tussen 2 juli 2019 en 31 juli 2019 heeft aanbesteder telefonisch contact gehad met ondernemer over de inschrijving van ondernemer en de aangeleverde bewijsmiddelen.
- 1.9. Ondernemer heeft op 31 juli 2019 de volgende klachtbrief naar aanbesteder gestuurd.

(...)

Dit voorjaar is een aanbesteding uitgeschreven door [Aanbesteder] tezamen met [Opdrachtgever A]. Voor een Fietsplatform voor kennisdeling, innovatie en experiment voor [Aanbesteder] en de [Regio van Aanbesteder] met als belangrijk doel de (inter)nationale positie van [Aanbesteder] op het gebied van fiets te verstevi-

gen (totaalbedrag: 300k voor 3 jaar). Hierop hebben wij ingeschreven samen met [Partners].

(...)

[Ondernemer] en partners hebben een zeer werkbaar en goed voorstel neergelegd om te komen tot die invulling en dat bleek: we kregen eind juni te horen dat we overduidelijk als winnaar uit de bus zijn gekomen. Uit de markt hebben we begrepen dat inmiddels meer partijen dat weten.

Nu is er iets heel vervelends aan de hand. Wij zijn na beoordeling eind juni door [Aanbesteder] via TenderNed benaderd om aanvullende informatie aan te leveren; de winnende partij moest 2 verklaringen aanleveren (van de Belastingdienst en het Ministerie van Justitie en Veiligheid). Dit hebben we gedaan. Vorige week namen de opdrachtgever (...) contact met ons op om te melden dat de verklaringen volgens de aanbestedende dienst niet voldoen, omdat ze een datumstempel hadden moeten hebben van vóór inschrijving. Dit baseert de lead-buyer op een zin in de leidraad. Tot zijn eigen spijt, verbazing en teleurstelling deelde de opdrachtgever ons mee dat de opdracht daarom gegund zal worden aan de partij die nummer 2 is geworden.

Wij vinden dit geen juiste gang van zaken, om de volgende redenen:

1. De verklaringen die door ons zijn aangeleverd, tonen aan dat wij voldoen aan de bedoelingen van die verklaringen.

2. Op basis van de zin in de Leidraad "Uw bewijsstukken dienen op zowel het moment van inschrijven als opdrachtverlening geldig te zijn", wordt gesteld dat het datumstempel op de verklaringen al van voor inschrijving had moeten zijn. Strikt genomen waren we dus al 'knock-out' bij inschrijving. Dat was voor ons niet duidelijk, wij lazen het als dat 'geldig' betekent 'dat partij ten allen tijde voldoet aan de verklaarde situatie'. Dat is bij ons het geval. Hierop zijn inschrijvers vooraf ook niet duidelijk geweest. Wij hebben het vermoeden dat de interpretatie van de regels zoals de lead-buyer die stelt, ook voor opdrachtgever en het beoordelingsteam niet duidelijk was. Toch besluit de lead-buyer van [Aanbesteder] om ons hierop uit te sluiten, nader we eerst als winnaar waren aangewezen.

3. Op verzoek van de aanbestedende dienst hebben wij de aanvullende informatie aangeleverd. Daarin geven de Belastingdienst en het Ministerie van Justitie en Veiligheid hun goedkeurende advies af over ons als partij (...). De aanbestedende dienst heeft mondeling noch schriftelijk gereageerd op de door ons aangeleverde stukken. Ook hebben wij geen schriftelijk bericht over onze uitsluiting ontvangen. Tot aan ons telefoongesprek met de opdrachtgever, wisten wij dus niet beter dan dat alles in orde was voor het starten van onze werkzaamheden als winnaar van de aanbesteding. Tot onze verbazing is de gunningsprocedure met nummer 2 al in gang gezet. Dit vinden wij geen eerlijke gang van zaken.

Wij zijn van mening dat er geen sprake is van een level playing field. De leidraad is op zijn minst onduidelijk over de datering van genoemde documenten. Alleen een juridisch onderlegd team met (veel) ervaring met tenders via TenderNed op basis van deze complexe regels voorkomt bij voorbaat lacunes bij de inschrijving zoals deze, en heeft stukken zoals bedoeld gewoon op de plank liggen.

Wij hebben met onze partners absoluut de capaciteit om deze opdracht aan te kunnen, maar missen als impact gedreven, sociale onderneming in het MKB de juridische en procedure slagkracht, en middelen, om interpretatieverschillen als deze te voorkomen. In eerdere aanbestedingen waaraan wij meededen lag de

nadruk bij beoordeling en gunning op de doelmatigheid en inhoud en ons inziens beduidend minder op rigide/puur juridische criteria zoals deze. Deze rigiditeit en drempelverhogende praktijk is precies wat de minister wil voorkomen met haar recente *Kamerbrief over onderzoek naar rechtsbescherming bij aanbesteden en beleidsconclusies* (...).

Wij vragen ons af, samenvattend:

Zijn de maatschappij en [inwoners van Aanbesteder] gebaat bij het uitsluiten van de partij die volgens de beoordelingscommissie (...), veruit de beste aanbieding heeft neergelegd? Fiets is in opmars wereldwijd en als [Aanbesteder] zich (inter)nationaal wil profileren, dan moeten we daar NU alles aan doen en moeten we geen tijd verliezen. Om die reden is het zeer onwenselijk de winnaar uit te sluiten. Als u dit zou bezien, vraagt u zich dan eens af: moet je dan niet heel belastende bezwaren hebben, bij een strategisch gezien dermate belangrijke uitvraag?

Klopt het besluit van de lead-buyer, is dit eerlijk en draagt dit bij aan level playing field? Zo is het advies volgens de letter van aanlevering, niet volgens de geest van de verklaringen. Ons inziens hebben kleinere, minder juridisch onderlegde partijen als wij bij huidige rigide regels en interpretatie daarvan bij voorbaat een achterstand op grotere partijen. Wij hebben het vermoeden dat ook het begeleidend team namens opdrachtgever (...) niet op de hoogte was van de vereiste datering van de twee documenten. De vraag is: ***hadden wij dit anders kunnen lezen?*** Wij dachten dat wat we hebben aangeleverd in orde was. De knock-out fase was allang verstreken, na inschrijving, voorafgaande aan de beoordeling. Om ons als aangewezen winnaar dan alsnog knock-out te verklaren is procedureel niet logisch en bovendien zeer onduidelijk. Pas na beoordeling kregen we een verzoek tot aanlevering van de verklaringen, waaraan we toen al nooit meer hadden kunnen voldoen als we deze niet al op de plank hadden liggen. De reguliere doorlooptijd voor aanvragen van deze documenten bedraagt immers 8 weken.

Het zou naar onze mening formeel, maar helemaal materieel onjuist zijn om ons alsnog uit te sluiten: het beoordelingsteam vanuit opdrachtgever, (...), vindt onze invulling van de wensen de beste en inmiddels is dit ook al binnen de markt gecommuniceerd.

Om die reden willen wij u graag met spoed betrekken. Indien door u gewenst, bespreken we graag nader met u, de mogelijkheid om het ons inziens onjuiste besluit van de lead-buyer terug te draaien.'

- 1.10. Op 1 augustus 2019 heeft ondernemer een klacht ingediend bij de Ombudsman van aanbesteder. In zijn klacht heeft ondernemer de inhoud van de klachtbrief aan aanbesteder van 31 juli 2019 (zie 1.9 hiervoor) integraal overgenomen.
- 1.11. Op 7 augustus 2018 heeft aanbesteder een proces-verbaal van de opening van de inschrijvingen opgemaakt en aan ondernemer toegestuurd.
- 1.12. Bij brief van 8 augustus 2019 heeft aanbesteder aan ondernemer de mededeling van de gunningbeslissing gezonden. Daarin is onder andere het volgende opgenomen:

'U heeft zich ingeschreven voor de aanbesteding voor het fietsplatform voor kennisdeling, innovatie en experiment voor de [Regio van Aanbesteder] in [het gebied van Aanbesteder], (...). Wij danken u voor deze inschrijving en waarderen de inzet, zorg en het enthousiasme waarmee uw inschrijving is samengesteld en dat

u heeft deelgenomen aan het inkooptraject. De kwaliteit van de inzendingen, de kennis en kunde die hier uit naar voren kwamen waren van een hoog niveau. De beoordelingscommissie is na een zorgvuldig proces en na het volgen van de bijbehorende procedure tot een uitkomst gekomen.

Van de opening van de inschrijvingen is een proces-verbaal opgemaakt dat reeds aan u is toegezonden.

Gunningsbeslissing

Uw inschrijving is als ongeldig terzijde gelegd op grond van artikel 2.13 (uitsluitingsgronden) van het ARW 2016.

De ontvangen Inschrijvingen zijn zorgvuldig gecontroleerd en beoordeeld. Uw Inschrijving was als de Economisch Meest Voordelige Inschrijving aangemerkt. Daarop is aan u gevraagd om de aanvullende documenten, te weten de Gedragsverklaring Aanbesteden en de Verklaring belastingdienst binnen 7 dagen aan te leveren.

De Aanbestedingsleidraad bepaalt in paragraaf 6.1 welke gegevens de Inschrijver meteen bij inschrijving moet overleggen. Van de winnende partij wordt daarnaast geëist dat deze binnen zeven dagen na verzoek de verklaring Belastingdienst en de Gedragsverklaring Aanbesteden levert. Dit zijn stukken die op grond van artikel 2.13 (uitsluitingsgronden) van het ARW 2016 gevraagd worden. De Gedragsverklaring Aanbesteden en de Verklaring belastingdienst zijn bewijsmiddelen in de zin van artikel 2.13.9 van het ARW 2016. De leidraad, de ARW 2016 en de door u ondertekende UEA bepaalt verder dat de bewijsstukken zowel op het moment van inschrijven als op het moment van opdrachtverlening geldig dienen te zijn.

Naast dat niet alle documenten binnen de gestelde 7 dagen zijn ingediend is ook gebleken dat de ingediende documenten niet gedateerd zijn op een datum gelegen voor de datum van inschrijving. U heeft de documenten pas na de inschrijvingsdatum verkregen, dus gaat het om documenten die niet geldig waren voor of op het moment van inschrijven.

Uw inschrijving wordt als volgt beoordeeld:

Score: [Ondernemer]

	Score (1tm5)	Aantal punten
Prestatie-onderbouwing	5	600
Kansen-risico dossier	3	100
Interview	5	200
TOTAAL		Ongeldige inschrijving

De belangrijkste feedback die hierbij hoorde: (...)

EMVI na terzijde legging van uw inschrijving

De inschrijving van [Ondernemer K] is, na het terzijde leggen van uw inzending, nu als Economisch Meest Voordelige Inschrijving aangemerkt met een puntentotaal van 800.

(...)'

- 1.13. Aanbesteder reageert bij brief van 19 augustus 2019 als volgt op de door ondernemer op 31 juli 2019 en 1 augustus 2019 bij aanbesteder ingediende klachtbrieven (zie 1.9 en 1.10 hiervoor).

'Dank voor uw brief van 31 juli 2019, betreffende de uitkomst van de aanbesteding van het online fietsplatform voor kennisdeling, innovatie en experiment voor [Aanbesteder] en de [Regio van Aanbesteder]. Ook hebben wij de ingestuurde klacht van [1] augustus 2019 over deze aanbesteding in goede orde ontvangen. Deze brief is een reactie op beide ingestuurde documenten.

In uw brief van 31 juli geeft u aan dat u deze opdracht niet gegund krijgt vanwege het niet voldoen van twee verklaringen, te weten de Gedragsverklaring Aanbesteden en de Verklaring Belastingdienst. Ik begrijp dat u teleurgesteld bent over deze uitkomst, zeker gezien de inspanningen die u heeft geleverd om een goede inschrijving te doen en omdat uw onderneming voor de gunning van de opdracht in aanmerking zou zijn gekomen als de beide verklaringen zouden hebben voldaan. Ik snap uw frustratie hierover. Het is duidelijk dat uw inschrijving inhoudelijk als beste inzending uit de procedure komt en ik snap dat u op meer begrip had gehoopt voor het niet tijdig aanleveren en niet juist gedateerd zijn van deze twee documenten.

Inmiddels bent u via de brief 'Mededeling van de gunningsbeslissing (d.d. 08-08-2019)' ook formeel op de hoogte gebracht van de uitkomst van de aanbestedingsprocedure. Er is door het team Fiets, dat deze aanbesteding heeft verzorgd, met u contact opgenomen waarna er in een gesprek een toelichting op de uitsluiting is gegeven. De uitkomst van deze gunningsbeslissing kan ik niet veranderen.

Indien u het niet eens bent met de gunningsbeslissing, kunt u gebruik maken van de in de gunningsbrief genoemde mogelijkheden om bezwaar te maken tegen die beslissing. Als u deze zaak aanhangig wil maken bij de rechtbank zorg dan dat u dit tijdig (binnen 20 dagen na de gunningsbeslissing) doet. (...).'

2. Beschrijving klacht

- 2.1. Ondernemer heeft een aantal bezwaren tegen de mededeling van de gunningsbeslissing van 8 augustus 2019. Samengevat komt de klacht van ondernemer op het volgende neer.
- 2.2. Aanbesteder heeft de inschrijving van ondernemer ten onrechte als ongeldig terzijde gelegd vanwege het feit dat de Gedragsverklaring Aanbesteden en de Verklaring belastingdienst te laat zijn ingediend en deze op het moment van inschrijving niet geldig waren. Door de inschrijving van ondernemer op grond hiervan uit te sluiten van verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure handelt aanbesteder in strijd met het proportionaliteitsbeginsel.

3. Onderbouwing klacht

- 3.1. Ondernemer meent dat aanbesteder een inschrijver niet hoeft uit te sluiten als dat niet proportioneel is ten opzichte van de omissie in een inschrijving. In hoofdstuk 4 van de Aanbestedingsleidraad (zie 1.2 hiervoor) is opgenomen dat de inschrijver kan worden uitgesloten van verdere deelname aan de aanbesteding 'indien op enig moment blijkt dat een inschrijver onjuiste informatie heeft verschaft of naar het oordeel van de aanbesteder handelt in strijd met de wet- en regelgeving of voorschriften en eisen zoals gesteld in de aanbestedingsdocumenten'. Ondernemer is van mening dat er door het woordje 'kan' in de betreffende zin voor aanbesteder voldoende ruimte bestond om niet te kiezen voor uitsluiting van de inschrijving maar om de aanbieding van ondernemer aan te merken als

economisch meest voordelige inschrijving en de opdracht aan ondernemer te gunnen.

- 3.2. Daarbij betwist ondernemer dat de door hem ingediende Verklaring belastingdienst en de Gedragsverklaring Aanbesteden niet geldig waren op de dag van inschrijving. Ondernemer stelt in dit verband dat er verschillende lezingen zijn van de zin in de Aanbestedingsleidraad waar de uitsluiting op wordt gebaseerd. Voor de Belastingdienst en het Ministerie van Justitie hebben de afgegeven documenten wel degelijk geldigheid op het moment van inschrijving. Het gaat volgens ondernemer om de doelmatigheid van deze verklaringen. Volgens hem bieden deze verklaringen, hoewel voorzien van een datumstempel van ná de inschrijvingsdatum, meer garantie op het voldoen aan de vereisten op de inschrijvingsdatum dan documenten die dateren van vóór de inschrijvingsdatum.

4. Reactie aanbesteder

- 4.1. Aanbesteder stelt in zijn reactie allereerst dat het gunningbesluit binnen de organisatie bijzondere aandacht heeft gekregen. Aanbesteder erkent dat de inschrijving van ondernemer overduidelijk de inschrijving met de meeste maatschappelijke waarde was. Daarentegen had de beoordeling van de administratieve bewijzen van de geldende uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen opgeleverd dat ondernemer niet alle bewijsmiddelen tijdig had ingediend. Verder waren enkele wel ingediende documenten gedateerd na de datum van inschrijving. Hierdoor kon niet worden vastgesteld dat ondernemer ten tijde van de inschrijving aan de gestelde eis voldeed. Aanbesteder stelt na meerdere beraadslagingen en consultaties van juristen te hebben besloten de inschrijving van ondernemer terzijde te leggen. Daarbij zegt aanbesteder de facto geen twijfels te hebben of ondernemer bij opdrachtverstrekking daadwerkelijk aan de gestelde eisen zou voldoen. Het feit dat door ondernemer niet tijdig én niet volledig is aangetoond dat hij ten tijde van de inschrijving voldeed gaf de doorslaggevende reden de inschrijving van ondernemer terzijde te leggen.
- 4.2. Aanbesteder merkt in zijn reactie ten slotte op dat de onderhavige casus niet de enige is in zijn soort. Bij meerdere gunningsbesluiten, klachten en gerechtelijke procedures speelt de vraag of de aanbestedingspraktijk wel de doelen dient die beoogd worden met de Aanbestedingswet. Aanbesteder zegt zich meer en meer geconfronteerd te zien met administratieve onvolkomenheden die leiden tot het terzijde leggen van de beste inschrijving, hetgeen afbreuk doet aan de primaire doelstellingen van aanbesteder, te weten het realiseren van haar beleidsdoelstellingen door middel van inkoop, en ook ten aanzien van het reduceren van transactiekosten, toegankelijkheid van opdrachten voor het MKB, het borgen van faire mededinging, alsmede de gelijke behandeling van partijen. Aanbesteder vraagt de Commissie op welke wijze hij aanbestedingen kan inrichten zodat administratieve onvolkomenheden minder of niet leiden tot het terzijde leggen van a priori goede inschrijvingen. Met betrekking tot onderhavige zaak vraagt aanbesteder aan de Commissie:
- of er mogelijkheden waren, binnen de exacte kaders van de onderhavige aanbesteding, om onderhavige inschrijving van ondernemer toch als geldig te bestempelen en
 - met welke aanpassingen in de aanbestedingsdocumenten van de onderhavige aanbesteding de situatie als nu is ontstaan, voorkomen had kunnen worden?

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt vast dat aanbestedder op 2 april 2019 een Europese openbare procedure heeft aangekondigd voor een overheidsopdracht voor een 'Fietsplatform voor kennisdeling, innovatie en experiment'. Op deze Europese openbare aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en 2 van de Aanbestedingswet 2012, hoofdstuk 2 ARW 2016 en de Gids Proportionaliteit.
- 5.2. De Commissie leidt uit de mededeling van de gunningsbeslissing af dat aanbestedder de inschrijving van ondernemer om twee redenen als ongeldig terzijde heeft gelegd (zie 1.12 en 4.1 hiervoor). In de eerste plaats: omdat ondernemer een tweetal door aanbestedder gevraagde verklaringen niet heeft overgelegd binnen de in de Aanbestedingsleidraad gestelde termijn. In de tweede plaats: omdat de door ondernemer overgelegde verklaringen niet voldeden aan het bepaalde in de Aanbestedingsleidraad en het ARW 2016.
- 5.3. De in deze klachtprocedure te beantwoorden vraag is of aanbestedder de inschrijving van ondernemer terecht als ongeldig terzijde heeft gelegd.
- 5.4. De Commissie overweegt het volgende wat betreft de eerste door aanbestedder genoemde reden voor het terzijde leggen van de inschrijving van ondernemer.
- 5.4.1. Aanbestedder heeft ondernemer op 21 juni 2019 verzocht een gedragsverklaring aanbesteden en een verklaring van de belastingdienst over te leggen (zie 1.5 hiervoor) zoals bedoeld in artikel 2.13.9 sub b respectievelijk sub c ARW 2016:
- 'De aanbestedder kan een ondernemer verzoeken om bewijsmiddelen waaruit blijkt dat hij niet verkeert in een van de in de artikelen 2.13.1 tot en met 2.13.5 en 2.13.7 genoemde omstandigheden. De ondernemer kan hierbij:
- a. (...)
 - b. door middel van een gedragsverklaring aanbesteden, die op het tijdstip van het indienen van de inschrijving niet ouder is dan 2 jaar, aantonen dat de uitsluitingsgronden als bedoeld in de artikelen 2.13.1 tot en met 2.13.5 en 2.13.7, onderdeel c en d, voor zover het een onherroepelijke veroordeling of een onherroepelijke beschikking wegens overtreding van mededingingsregels betreft, op hem niet van toepassing zijn;
 - c. door middel van een verklaring van de belastingdienst, die op het tijdstip van het indienen van de inschrijving niet ouder is dan 6 maanden, aantonen dat de uitsluitingsgrond als bedoeld in artikel 2.13.4, of artikel 2.13.7, onderdeel j, niet op hem van toepassing is.'
- 5.4.2. Vast staat dat ondernemer deze verklaringen op 1 respectievelijk 2 juli 2019 aan aanbestedder heeft overgelegd (zie 1.6 en 1.7 hiervoor).
- 5.4.3. In paragraaf 6.1. van de Aanbestedingsleidraad is onder andere het volgende bepaald (zie 1.3 hiervoor):
- '*Let op; de winnende partij moet binnen 7 dagen na verzoek hiertoe een niet verlopen Verklaring Belastingdienst en Gedragsverklaring Aanbesteding aanleveren. Deze termijn mag niet overschreden worden. Houdt u er rekening mee dat het vanaf het moment dat de Gedragsverklaring Aanbesteden is aangevraagd tot 8 weken kan duren voordat deze wordt afgegeven. (...).'
- 5.4.4. De Commissie stelt vast dat ondernemer de door aanbestedder gevraagde verklaringen niet heeft overgelegd binnen de in paragraaf 6.1 van de Aanbestedingslei-

draad gestelde termijn van 7 dagen. Naar het oordeel van de Commissie heeft ondernemer daarmee niet voldaan aan de in die paragraaf gestelde termijn.

5.4.5. In paragraaf 4 van de Aanbestedingsleidraad is onder andere het volgende bepaald:

'Indien op enig moment blijkt dat een inschrijver (...) naar het oordeel van de aanbesteder handelt in strijd met (...) voorschriften en eisen als gesteld in de aanbestedingsdocumenten, kan die inschrijver worden uitgesloten van verdere deelname aan de aanbesteding.'

5.4.6. De Commissie overweegt dat aanbesteder zijn hiervoor bedoelde bevoegdheid moest uitoefenen met inachtneming van de beginselen van aanbestedingsrecht en hetgeen overigens in de aanbestedingsstukken is bepaald. De Commissie is van oordeel dat paragraaf 6.1 van de Aanbestedingsleidraad (zie 5.4.3 hiervoor) aanbesteder geen andere mogelijkheid liet dan ondernemer uit te sluiten vanwege het niet voldoen aan de in die paragraaf gestelde termijn. In de tekst van paragraaf 6.1 is die eis immers versterkt met de uitdrukkelijke bepaling dat de termijn van 7 dagen niet mocht worden overschreden. De Commissie is van oordeel dat paragraaf 6.1 aanbesteder daarmee geen mogelijkheid meer bood om nog een proportionaliteitstoets uit te voeren in een geval als het onderhavige, waarin ondernemer de termijn met een aantal dagen heeft overschreden. Het beginsel van gelijke behandeling en de daaruit voortvloeiende transparantieplichting verzetten zich tegen het uitvoeren van een dergelijke proportionaliteitstoets (vgl. HvJ EU 14 december 2016, zaak C-171/15, ECLI:EU:C:2016:948, Connexion/Nederland).

5.4.7. Het voorgaande betekent dat aanbesteder de inschrijving van ondernemer terecht als ongeldig terzijde heeft gelegd op grond van het feit dat ondernemer de door aanbesteder gevraagde verklaringen niet heeft overgelegd binnen de daarvoor in de Aanbestedingsleidraad gestelde termijn.

5.4.8. Daarmee is de klacht reeds ongegrond.

5.5. De Commissie overweegt het volgende wat betreft de tweede door aanbesteder genoemde reden voor het terzijde leggen van de inschrijving van ondernemer.

5.5.1. Het staat tussen partijen niet ter discussie dat de door ondernemer – te laat – aan aanbesteder overgelegde gedragsverklaring aanbesteden en de verklaring van de belastingdienst zijn gedateerd op 25 juni respectievelijk 28 juni 2019 (zie 1.6 en 1.7 hiervoor). Vaststaat bovendien dat deze data ná de datum van de inschrijving van ondernemer liggen (zie 1.4 en 1.5 hiervoor).

5.5.2. Aanbesteder heeft in dat laatste een reden gezien om de inschrijving van ondernemer als ongeldig terzijde te leggen. Aanbesteder stelt zich in de mededeling van de gunningsbeslissing (zie 1.12 hiervoor) in dat kader onder andere op het standpunt dat ondernemer met de overgelegde verklaringen niet heeft voldaan aan de volgende in paragraaf 6.1 van de Aanbestedingsleidraad opgenomen eis:

'Uw bewijsstukken dienen op zowel het moment van inschrijven als opdrachtverlening geldig te zijn.'

5.5.3. De Commissie vraagt zich allereerst af of aanbesteder met deze formulering van deze eis heeft voldaan aan zijn verplichting op grond van artikel 1.9, eerste lid, Aw 2012, om transparant te handelen. De vraag is of alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers de eis op dezelfde wijze zullen uitleggen. In het geval dat deze vraag bevestigend kan worden beantwoord, komt vervolgens

de vraag aan de orde welke uitleg aan de 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.

- 5.5.4. De Commissie overweegt dat de eis dat de door ondernemer over te leggen verklaringen op het moment van inschrijving "geldig" moeten zijn, voor meerderlei uitleg vatbaar is. Enerzijds zou immers kunnen worden betoogd dat deze eis inhoudt dat de verklaringen op de datum van inschrijving reeds moeten bestaan. Voor deze – ook door aanbesteder gevolgd – uitleg kan steun worden gevonden in het bepaalde in artikel 2.13.9, sub b en sub c, ARW 2016 (zie 5.4.1 hiervoor). Uit die bepaling blijkt voldoende duidelijk – evenals dat uit artikel 2.89, lid 2 en lid 3, Aw 2012 blijkt – dat de daarin bedoelde verklaringen reeds moeten bestaan op het tijdstip van indienen van de inschrijving (zie ook 5.5.7 hierna). Tegen deze uitleg pleit echter dat een vóór het tijdstip van inschrijving door een derde afgelegde verklaring enkel duidelijkheid zal bieden over omstandigheden betreffende de inschrijver, zoals die zich hebben voorgedaan tot aan de datum waarop de verklaring door de derde is afgegeven. Een dergelijke verklaring kan – anders dan aanbesteder in zijn reactie op de klacht betoogt (zie 4.1 hiervoor) – immers géén duidelijkheid geven over de omstandigheden waarin de inschrijver verkeert op de datum van inschrijving. Een door een derde ná de datum van inschrijving afgegeven verklaring kan die duidelijkheid wél geven. Dat is ook de strekking van het betoog van ondernemer (zie 3.2 hiervoor), die daarmee een andere – eveneens plausibele – uitleg geeft aan de eis dan aanbesteder.
- 5.5.5. De Commissie is gelet op het voorgaande van oordeel dat aanbesteder de in paragraaf 6.1 van de Aanbestedingsleidraad opgenomen eis niet zodanig heeft geformuleerd dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers deze op dezelfde wijze zullen uitleggen. Dat betekent dat aanbesteder heeft gehandeld in strijd met zijn verplichting om transparant te handelen zoals bedoeld in art. 1.9 Aw 2012.
- 5.5.6. Het voorgaande betekent naar het oordeel van de Commissie dat aanbesteder de inschrijving van ondernemer niet als ongeldig terzijde kon leggen op grond van het feit dat de door ondernemer overgelegde verklaringen niet voldeden aan de in paragraaf 6.1 van de Aanbestedingsleidraad gestelde eis dat deze verklaringen op het moment van inschrijven geldig dienden te zijn: aanbesteder heeft met de formulering van die eis immers niet voldaan aan zijn transparantieplichting.
- 5.5.7. Het voorgaande laat echter onverlet dat aanbesteder naar het oordeel van de Commissie wel een reden tot terzijdelegging van de inschrijving van ondernemer kon vinden in het bepaalde in artikel 2.13.9, sub b en sub c, ARW 2016 (zie 5.4.1 hiervoor). Uit deze bepaling blijkt zoals gezegd immers voldoende duidelijk – evenals dat uit artikel 2.89, lid 2 en lid 3, Aw 2012 blijkt – dat de daarin bedoelde verklaringen reeds moeten bestaan op het tijdstip van indienen van de inschrijving.
- 5.5.8. Dat de door ondernemer overgelegde verklaringen op dat tijdstip nog niet bestonden, staat zoals gezegd vast (zie 5.5.1 hiervoor). Daarmee voldeden die verklaringen dan ook niet aan het bepaalde in artikel 2.13.9 ARW 2016. Het betreft hier bovendien een gebrek ten aanzien waarvan vaststaat dat het feitelijk onmogelijk is dat gebrek weg te nemen door ondernemer in de gelegenheid te stellen de overgelegde verklaringen aan te vullen of toe te lichten (zie artikel 2.21.5 ARW 2016) dan wel het gebrek te herstellen binnen een termijn van twee werk-

dagen, te rekenen vanaf de dag van verzending van een verzoek daartoe (zie artikel 2.21.6 ARW 2016). De Commissie is in het verlengde van het voorgaande tevens van oordeel dat aanbesteder in dit geval evenmin de mogelijkheid had om nog een proportionaliteitstoets uit te voeren ten gunste van ondernemer: dat zou in wezen immers neerkomen op het geheel laten vervallen van de in artikel 2.13.9 ARW 2016 besloten liggende eis dat de daarin bedoelde verklaringen reeds moeten bestaan op het tijdstip van inschrijving.

5.5.9. Het voorgaande betekent dat aanbesteder de inschrijving van ondernemer als ongeldig terzijde kon leggen op grond van het feit dat de door ondernemer overgelegde verklaringen niet voldeden aan het in artikel 2.13.9, sub b en sub c, ARW 2016 bepaalde dat de daarin bedoelde verklaringen reeds moeten bestaan op het tijdstip van indienen van de inschrijving.

5.5.10. Ook in zoverre is de klacht dan ook ongegrond.

5.6. Ten overvloede overweegt de Commissie nog het volgende.

5.6.1. De Commissie vraagt zich af of de wetgever met de regeling in artikel 2.89, lid 2 en lid 3, Aw 2012 en in artikel 2.13.9 ARW 2016 niet verder is gegaan dan nodig is, gelet op het bepaalde in artikel 59, lid 1, Richtlijn 2014/24/EU. Een ondernemer hoeft blijkens de Richtlijn in het UEA niet te verklaren dat een bepaalde uitsluitingsgrond niet op hem van toepassing is op de datum van inschrijving. Hij dient enkel te verklaren dat een bepaalde uitsluitingsgrond niet op hem van toepassing is (geweest), al dan niet met verwijzing naar een bepaalde periode. Het lijkt volgens het Unierecht derhalve geen vereiste te zijn dat het bewijsmiddel waarmee een inschrijver zijn in het UEA opgenomen verklaring onderbouwt, is gedateerd op of vóór de datum van inschrijving. Het Unierecht lijkt daarmee toe te staan dat het bewijsmiddel van latere datum is dan de datum van inschrijving.

5.6.2. Met betrekking tot de verklaring van de belastingdienst als bedoeld in artikel 2.89, lid 3, Aanbestedingswet 2012 merkt de Commissie nog op dat een wettelijk kader met criteria voor inhoud, afgifte en weigeringsgronden, dat in de Aanbestedingswet 2012 zou moeten worden opgenomen, ontbreekt.

6. Advies

De Commissie acht de klacht **ongegrond**.

Den Haag, 24 juli 2020

Prof.mr. C.E.C. Jansen
Voorzitter

Mr. A.C.M Fischer-Braams
Vice-voorzitter

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid