

Advies 533 | Samenvatting

De klacht ziet op een meervoudig onderhandse aanbesteding voor het sluiten van een raamovereenkomst met één ondernemer voor het verzorgen van opleidingen voor promovendi. De inschrijvingen dienen per e-mail te worden ingediend.

De ondernemer heeft zijn inschrijving per e-mail ingediend en klaagt dat zijn inschrijving ten onrechte als ongeldig terzijde is gelegd. Bij opening van de e-mail van de ondernemer heeft aanbesteder geconstateerd dat een bestand niet kon worden geopend en dat een aantal documenten ontbrak. Naar het oordeel van de Commissie is er dan ook sprake van een gebrek in de inschrijving van de ondernemer.

Dit gebrek mag niet worden hersteld omdat het alsnog indienen van een ingevuld en rechtsgeldig ondertekend Uniform Europees Aanbestedingsdocument, een rechtsgeldig ondertekende akkoordverklaring Programma van Eisen en een rechtsgeldig ondertekende akkoordverklaring concept Raamovereenkomst en Algemene Inkoopvoorwaarden niet kan worden aangemerkt als een klaarblijkelijk eenvoudige precisering of het rechtzetten van een kennelijke materiële fout. Met deze aanvulling zou naar het oordeel van de Commissie een nieuwe inschrijving worden ingediend. Bovendien zou niet objectief kunnen worden vastgesteld dat de documenten dateren van vóór het einde van de inschrijvingstermijn.

De Commissie is van oordeel dat de aanbesteder de inschrijving van de ondernemer terecht als ongeldig terzijde heeft gelegd zonder ondernemer nog in de gelegenheid te stellen het gebrek in zijn inschrijving te herstellen en acht de klacht ongegrond.

Aanbeveling

De Commissie beveelt aanbestedende diensten aan om ook bij meervoudig onderhandse procedures gebruik te maken van een digitaal aanbestedingsplatform. Indien aanbestedende diensten echter ervoor kiezen de verzoeken tot deelneming of inschrijvingen per e-mail te laten indienen, beveelt de Commissie hen tevens aan om zoveel mogelijk ruimte in de aanbestedingsstukken te bieden om eventuele gebreken in de verzoeken tot deelneming of inschrijvingen als gevolg van technische problemen bij de indiening per e-mail te mogen herstellen.

Advies 533

1. Feiten

- 1.1. Aanbesteder is op 1 maart 2019 een meervoudig onderhandse procedure gestart voor een raamovereenkomst voor het verzorgen van opleidingen voor promovendi.
- 1.2. In de (gewijzigde) Offerteaanvraag van 4 april 2019 is, onder meer, het volgende bepaald:

`(...)

2. Procedure en voorwaarden

2.1 Meervoudig onderhandse procedure

Deze uitvraag betreft een meervoudig onderhandse procedure die wordt uitgevoerd onder werking van de Aanbestedingswet 2012. De meervoudig onderhandse procedure houdt in dat meerdere partijen per Perceel door [Aanbesteder] zijn uitgenodigd om een Offerte in te dienen.

(...)

2.3 Communicatie

Tijdens deze meervoudig onderhandse procedure is [naam] namens [Aanbesteder] uw enige contactpersoon, bereikbaar onder e-mailadres: [mailadres]. Alle communicatie met betrekking tot deze meervoudig onderhandse procedure dient te allen tijde digitaal via het e-mailadres [mailadres] te verlopen.

Elke poging om op een andere wijze informatie te krijgen en/of elke poging om de al dan niet bij deze aanbesteding betrokken medewerkers te beïnvloeden, op welke wijze dan ook, kan tot uitsluiting leiden.

(...)

2.9 Verduidelijking Offerte

Indien een Offerte onduidelijkheden bevat of vragen oproept kan [Aanbesteder] ter verduidelijking schriftelijk aanvullende/toelichtende informatie opvragen bij de Inschrijver. Deze aanvullende c.q. toelichtende informatie dient binnen 24 uur (op werkdagen), of een langere door [Aanbesteder] afgegeven termijn, na aanvraag daarvan te worden verstrekt en maakt deel uit van de Offerte.

(...)

2.11 Tijdige en correcte indiening van de Offerte

Een Offerte dient, uiterlijk op 11 april 2019 voor 10:00 uur te zijn ontvangen op het e-mail adres van [Aanbesteder], te weten: [mailadres].

Offertes kunnen alleen via bovengenoemd e-mailadres worden ingediend. Offertes die niet tijdig zijn ingediend, worden uitgesloten van deelname aan deze procedure. Offertes via andere kanalen worden niet geaccepteerd. Inschrijver draagt zelf volledig het risico van het niet op tijd of niet correct indienen van een Offerte.

De Offerte behelst volledige beantwoording van alle eisen en Gunningscriteria én alle in te dienen informatie/ documenten/ bijlagen. Het is niet toegestaan in de vaste (meegestuurd) teksten van bijlagen die met de Offerte moeten worden ingediend op welke wijze dan ook wijzigingen aan te brengen. Het risico op ontbreken van informatie en/of antwoorden door onjuiste of onvolledige overname van overzichten, gegevens en verklaringen, berust bij Inschrijver.

(...)

3. Beoordeling van de Offertes

(...)

3.2 Opbouw Offerte

De Offerte dient te bestaan uit de volgende documenten:

Algemeen

1. Uniform Europees Aanbestedingsdocument
2. Rechtsgeldig uittreksel van de Kamer van Koophandel

Per Perceel waarvoor wordt ingeschreven

1. Bijlage K1/K2/K3/K4: Inschrijfformulier
2. Bijlage E1/E2/E3/E4: Akkoordverklaring Programma van Eisen
3. Bijlage I1/I2/I3/I4: Akkoordverklaring Concept Raamovereenkomst, Algemene Inkoopvoorwaarden (ARVODI-2018) en verwerkersovereenkomst
4. Bijlage J1/J2/J3/J4: Prijzenblad (in PDF en Excel)

N.B. Het prijzenblad dient in een separaat PDF en Excel bestand aangeleverd te worden.

3.3 Beoordeling Offertes

Offertes worden conform de volgende stappen gecontroleerd en beoordeeld, waarbij geldt dat indien uit de controle/ beoordeling blijkt dat de Offerte niet aan één of meer van de gestelde eisen voldoet, de Offerte terzijde zal worden gelegd, tenzij er naar het oordeel van [Aanbesteder] sprake is van een bagatel. Het bieden van herstel is een bevoegdheid van [Aanbesteder], geen verplichting. (...)

Controle voorwaarden van de procedure

Offertes moeten voldoen aan alle voorwaarden van deze meervoudig onderhandse procedure. Tevens mogen Offertes niet in strijd zijn/worden gedaan met het aanbestedingsrecht. Er wordt gecontroleerd of de Offerte volledig is en voldoet aan de instructies en voorwaarden die daaraan zijn gesteld.

(...)'

- 1.3. Ondernemer heeft zijn inschrijving op 10 april 2019 per e-mail aan aanbesteder gestuurd.
- 1.4. Op 16 mei 2019 heeft aanbesteder de mededeling van de gunningsbeslissing voor perceel 2 aan ondernemer gestuurd:

'In het kader van de meervoudig onderhandse procedure voor het selecteren van een trainingsbureau voor het ontwikkelen en uitvoeren van bepaalde opleidingen voor promovendi heeft [Ondernemer] een Offerte in het perceel 2 ingediend.

De sluitingsdatum voor het indienen van de Offertes was gesteld op 11 april 2019, uiterlijk 10.00 uur. Er zijn in totaal dertien Offertes ontvangen verdeeld over 4 percelen. (Perceel 1: 4, perceel 2: 2, perceel 3: 2, perceel 4: 5.) De afgelopen periode zijn de ontvangen Offertes beoordeeld conform de procedure zoals vermeld in de offerteaanvraag van [Aanbesteder], d.d. 4 april 2019.

Helaas is gebleken dat de Offerte van uw organisatie niet aan één of meer van de gestelde minimumeisen voldoet die zijn gesteld in de Offerteaanvraag van [Aanbesteder]:

- Bijlage C, de ingevulde en rechtsgeldig ondertekende 'Uniform Europees Aanbestedingsdocument' (UEA) ontbreekt
- Bijlage E, de rechtsgeldig ondertekende akkoordverklaring Programma van Eisen ontbreekt
- Bijlage I, de rechtsgeldig ondertekende akkoordverklaring concept Raamovereenkomst en Algemene Inkoopvoorwaarden ontbreekt

Om bovengenoemde redenen is de Offerte van [Ondernemer] derhalve terzijde gelegd en uitgesloten van verdere deelname aan de meervoudig onderhandse procedure.

Het betreft hier namelijk een Offerte waarin documenten ontbreken die op grond van de aanbestedingsstukken onderdeel van de Offerte hadden moeten zijn. De beginselen van het aanbestedingsrecht, zoals transparantie en gelijke behandeling, brengen met zich mee dat het voorschrift uit de aanbestedingsstukken strikt moet worden nageleefd. De UEA en akkoordverklaringen zijn namelijk een essentieel onderdeel van de Offerte. Indien u een nadere toelichting wenst ten aanzien van uw Offerte, verzoek ik u dit binnen 5 werkdagen na verzenddatum van de Mededeling van de gunningsbeslissing kenbaar te maken aan [naam en mailadres].

(...)

Wij danken u hartelijk voor uw inzet en deelname aan deze meervoudig onderhandse procedure.'

- 1.5. Op 17 mei 2019 heeft ondernemer de volgende klacht tegen de gunningsbeslissing bij aanbesteder ingediend:

'Op 16 mei 2019 ontvingen wij van u de Mededeling gunningsbeslissing perceel 2 in het kader van de Meervoudig Onderhandse Procedure betreffende Opleidingen voor promovendi. U stelt hierin dat de Offerte van [Ondernemer] niet voldoet aan één of meer van de gestelde minimumeisen die zijn gesteld in de Offerteaanvraag van [Aanbesteder]. Hierbij maak ik bezwaar tegen dat besluit en dien ik een klacht in over uw besluit.

Uw mededeling

U stelt dat de Offerte van [Ondernemer] niet aan een minimumeis voldoet en dat u die derhalve terzijde hebt gelegd. Onze offerte is uitgesloten van verdere deelname aan de meervoudig onderhandse procedure. U geeft als reden voor de uitsluiting het ontbreken van:

- Bijlage C, de ingevulde en rechtsgeldig ondertekende 'Uniform Europees Aanbestedingsdocument' (UEA)
- Bijlage E, de rechtsgeldig ondertekende akkoordverklaring Programma van Eisen
- Bijlage I, de rechtsgeldig ondertekende akkoordverklaring concept Raamovereenkomst en Algemene Inkoopvoorwaarden

Ons standpunt

Deze constatering van de Aanbestedende Dienst is onjuist. Bovengenoemde documenten maken wel degelijk onderdeel uit van de door [Ondernemer] op 10 april 2019 ingediende Offerte. Wij lichten dit hieronder toe.

Onderbouwing

De verzonden Inschrijving van [Ondernemer] bevat 4 documenten:

1. Bijlage J2 Prijzenblad Perceel 2 versie 20190404_[Ondernemer].xlsx
2. Bijlage J2 Prijzenblad perceel 2_[Ondernemer].pdf
3. Offerte [Ondernemer] Opleidingen voor promovendi_perceel 2.pdf
4. Opleidingen voor promovendi perceel 2 Antwoord Gunningscriteria Kwaliteit [Ondernemer].pdf

Als bewijs voegen wij een screenshot van de verzonden Inschrijving met datum van verzending en de bovengenoemde documenten als bijlage bij deze brief.

Bestand 3. "Offerte [Ondernemer] Opleidingen voor promovendi_perceel 2.pdf" bevat:

- Bijlage C, de ingevulde en rechtsgeldig ondertekende 'Uniform Europees Aanbestedingsdocument' (UEA)
- Een recent uittreksel van de Kamer van Koophandel
- De van toepassing zijnde volmacht
- Bijlage E, de rechtsgeldig ondertekende akkoordverklaring Programma van Eisen
- Bijlage I, de rechtsgeldig ondertekende akkoordverklaring concept Raamovereenkomst en Algemene Inkoopvoorwaarden
- Bijlage K, het rechtsgeldig ondertekende inschrijfformulier

Ons bezwaar

Gebaseerd op bovenstaande concluderen wij dat de Aanbestedende Dienst ten onrechte de Offerte van [Ondernemer] terzijde heeft gelegd en dat de beoordeling van de Offertes in de onderliggende procedure en de daaruit volgende gunningsbeslissing niet juist en in strijd met de Aanbestedingswet 2012 tot stand zijn gekomen.

Wij verzoeken u om:

- schriftelijk op deze klacht te reageren
- niet tot definitieve gunning over te gaan en uw voornemen tot gunning op te schorten
- de Offertes in perceel 2 opnieuw te beoordelen en in uw herbeoordeling onze offerte ook te betrekken.

Met het oog op de bezwaartermijn ontvangen wij uw reactie graag uiterlijk op 20 mei 2019.

Uiteraard sturen wij u op uw verzoek graag nogmaals de 4 documenten die samen de Inschrijving van [Ondernemer] vormen, ongewijzigd na het indienen van de Offerte op 10 april 2019, 11:15 uur.'

- 1.6. Op 22 mei 2019 heeft het klachtenmeldpunt van aanbesteder per e-mail een ontvangstbevestiging gestuurd naar ondernemer.
- 1.7. Op 23 mei 2019 heeft het klachtenmeldpunt van aanbesteder per e-mail aan ondernemer meegedeeld dat de aanbestedingsprocedure niet zal worden opgeschort door het indienen van de klacht.

2. Beschrijving klacht

Aanbesteder heeft de inschrijving van ondernemer ten onrechte als ongeldig terzijde gelegd, wegens het ontbreken van drie bijlagen. Ondernemer stelt dat deze bijlagen wel onderdeel uitmaakten van de op 10 april 2019 door ondernemer per e-mail ingediende inschrijving.

3. Onderbouwing klacht

Ter onderbouwing van zijn klacht herhaalt ondernemer zijn argumenten uit de klacht die hij bij aanbesteder heeft ingediend. Ondernemer voegt hier nog aan toe dat bij het verzenden van zijn inschrijving per e-mail geen foutmeldingen zijn opgetreden en dat aanbesteder de ontvangst van het bericht heeft bevestigd.

4. Reactie aanbesteder

- 4.1. De onderhavige procedure betreft een meervoudig onderhandse procedure, opgedeeld in vier percelen. Ondernemer is een van de inschrijvers op perceel 2.
- 4.2. De inschrijving van ondernemer is ontvangen op 10 april 2019, 11.15 uur. De inschrijftermijn sloot op 11 april 2019, 10.00 uur, waarna de inschrijvingen, conform de offerteaanvraag, digitaal zijn geopend. Na opening van de inschrijvingen heeft aanbesteder geconstateerd dat de inschrijving van ondernemer niet de vereiste bijlagen bevatte. Met name bleek een van de bestanden niet door aanbesteder te openen en ontbraken Bijlage C (een ingevuld en rechtsgeldig ondertekend UEA), Bijlage E (een rechtsgeldig ondertekende akkoordverklaring PvE) en Bijlage I (een rechtsgeldig ondertekende akkoordverklaring concept Raamovereenkomst en Algemene Inkoopvoorwaarden). In paragraaf 3.3 van de offerteaanvraag is bepaald dat het niet voldoen aan de eisen, waaronder begrepen het meesturen van de genoemde bijlagen, zal leiden tot terzijdestelling van de inschrijving (zie 1.2 hiervoor). Aanbesteder heeft daarom besloten de inschrijving terzijde te leggen.
- 4.3. Ondernemer stelt dat aanbesteder ten onrechte heeft geconcludeerd dat de inschrijving niet de vereiste bijlagen bevatte. Die bijlagen zijn volgens ondernemer wel meegezonden.
- 4.4. Aanbesteder ontving op 10 april 2019 om 11.15 uur een digitale inschrijving van ondernemer. De offerte zoals ontvangen bevatte een PDF-document genaamd "Offerte [Ondernemer] Opleidingen voor promovendi_perceel 2", die 407 bytes groot was en daarnaast de drie door ondernemer in haar klacht genoemde bijlagen. Kennelijk stelt ondernemer dat de volgens aanbesteder ontbrekende bijlagen onderdeel zijn van het PDF-document "Offerte [Ondernemer]".
- 4.5. Na opening van de inschrijvingen op 11 april 2019, heeft aanbesteder geconstateerd dat het betreffende document "Offerte [Ondernemer]", niet te openen was. Er kwam de volgende foutmelding:

'Adobe Acrobat kan Offerte [Ondernemer] Opleidingen voor promovendi_perceel 2.pdf niet openen omdat het beschadigd is of omdat het geen ondersteund bestandstype heeft (het bestand is bijvoorbeeld verzonden als e-mailbijlage en kan niet worden gedecodeerd).

Als u een Adobe PDF-document wilt maken, moet u de brontoepassing starten. Vervolgens drukt u het document af naar Adobe PDF.'

- 4.6. Zekerheidshalve heeft aanbesteder zijn systeembeheerder gevraagd het bestand te bekijken. Die systeembeheerder heeft bevestigd, dat het document niet kan worden geopend en dat het, omgezet naar een txt-bestand, leeg blijkt te zijn. Voorts geeft de systeembeheerder aan, dat de geringe omvang van het bestand (407 bytes) in PDF-vorm het vermoeden ondersteunt, dat sprake is van een leeg bestand:

'Bestandje is maar 407 bytes en wil absoluut niet openen. Wanneer even aangepast naar een .txt blijkt dat er helemaal niets in het document zelf zit. Dus het bestand lijkt niet goed te zijn. Dus inderdaad beschadigd, of misschien zelfs niet goed gemaakt.

Mogelijk is het bestandje zelf niet goed verstuurd, beschadigd of niet goed gemaakt..

Dus als antwoord op je vraag: Het bestandje kan op geen enkele manier worden geopend helaas..

(...)'

- 4.7. De offerte zou vele pagina's moeten beslaan, aanbesteder geeft aan dat een PDF-bestand van geringe omvang al vele malen groter is. Aanbesteder vraagt zich af of ondernemer bij haar inschrijving een verkeerd of corrupt bestand heeft gebruikt. Het lijkt in ieder geval een leeg bestand.
- 4.8. Aanbesteder merkt op dat ondernemer niet heeft gevraagd een herstelmogelijkheid te bieden. Verder stelt aanbesteder zich op het standpunt dat voor het bieden van een herstelmogelijkheid om meerdere redenen geen plaats was. Ten eerste meent aanbesteder dat hij niet verplicht is een dergelijke herstelmogelijkheid te bieden. Verder is er naar zijn mening niet voldaan aan de strenge voorwaarden die door het Europese Hof worden gesteld aan het gebruik van de bevoegdheid tot het bieden van een herstelmogelijkheid (in dat kader wijst aanbesteder op het arrest HvJ EU 11 mei 2017, zaak C-131/16, ECLI:EU:C:2017:358). Met name is volgens aanbesteder geen sprake van een kennelijke materiële fout, of van een precisering. Voorts wijst aanbesteder op paragraaf 2.11 van de offerteaanvraag waarin expliciet is bepaald (zie 1.2 hiervoor):
- 'Inschrijver draagt zelf volledig het risico van het niet op tijd of niet correct indienen van een Offerte'.
- 4.9. Daar voegt aanbesteder nog aan toe dat hij niet conform het transparantiebeginsel zou handelen als hij ondernemer wél een mogelijkheid tot herstel biedt. Nu het document onleesbaar is en leeg (b)lijkt, is immers voor aanbesteder niet na te gaan of een eventueel hersteld document inhoudelijk ongewijzigd zou zijn ten opzichte van de eerste inschrijving, dus: of de inschrijving wel ongewijzigd is.
- 4.10. Dat klemmt inmiddels temeer, omdat er een voor aanbesteder onverklaarbaar verschil zit in de omvang van het oorspronkelijke bestand dat de offerte zou bevatten (472 bytes verzonden versie, respectievelijk 407 bytes ontvangen versie) en het bestand dat op 17 mei 2019 is doorgestuurd en waarvan ondernemer aangeeft, dat dat het bestand betreft dat bij de inschrijving zat (dat heeft een omvang van 4Kb).
- 4.11. Al met al blijft aanbesteder van mening, dat hij de inschrijving van ondernemer op juiste grond terzijde heeft gelegd.

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder op 1 maart 2019 een meervoudig onderhandse procedure is gestart voor een raamovereenkomst voor het verzorgen van opleidingen voor promovendi. Op deze procedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Afdeling 1.2.1 en 1.2.4 van de Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit.
- 5.2. Alvorens tot beoordeling van de klacht over te gaan, geeft de Commissie eerst het toetsingskader weer. Daarbij sluit de Commissie aan bij het toetsingskader van, onder meer, Advies 460, overwegingen 5.2-5.2.4.
 - 5.2.1. Afdeling 1.2.4 Aw 2012 kent geen regeling met betrekking tot de voorwaarden waaronder gebreken in een inschrijving, die in het kader van een meervoudig onderhandse procedure is ingediend, mogen worden hersteld. Artikel 1.15 lid 1 Aw 2012 bepaalt daarentegen wel dat een aanbestedende dienst de inschrijvers op gelijke wijze dient te behandelen.
 - 5.2.2. Bij de beantwoording van de vraag of een gebrek in een inschrijving mag worden hersteld, sluit de Commissie voor wat betreft de uitleg van het bepaalde in artikel 1.15, lid 1, Aw 2012 aan bij de uitleg die het HvJ EU heeft gegeven aan het gelijkheidsbeginsel van artikel 2 van de oude Richtlijn 2004/18/EG (vergelijk ook onder meer Hof Arnhem 11 november 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:8646, r.o. 5.11 e.v.; Rb. Oost-Brabant 24 februari 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:976, r.o. 4.2 en 4.3; Rb. Midden-Nederland 27 september 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:4899, r.o. 5.9 en Rb. Limburg (vzr.) 28 november 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:11178).
 - 5.2.3. De hiervoor bedoelde jurisprudentie van het Europees Hof komt er – kort gezegd – op neer dat wanneer een inschrijver zijn inschrijving heeft ingediend, die inschrijving in beginsel niet meer mag worden aangepast op initiatief van de aanbestedende dienst of van de inschrijver zelf. De verplichting van een aanbestedende dienst om de inschrijvers op gelijke en niet-discriminerende wijze te behandelen en de hieruit voortvloeiende transparantieplichting 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, ECLI:EU:C:2012:191 (SAG), r.o. 40). Het moet dan wel gaan om het indienen van gegevens waarvan objectief kan worden vastgesteld dat zij dateren van vóór het einde van de inschrijvingstermijn. 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, ECLI:EU:C:2013:647 (Manova) r.o. 39 en 40). Zie meer recent een arrest betreffende Richtlijn 2014/17: HvJ EU 11 mei 2017, zaak C-131/16, ECLI:EU:C:2017:358 (Archus en Gama).
 - 5.2.4. Indien een aanbestedende dienst op basis van voormelde jurisprudentie een inschrijver in de gelegenheid mag stellen om zijn fout in zijn inschrijving te herstellen, acht de Commissie het disproportioneel als de aanbestedende dienst de inschrijver deze mogelijkheid niet biedt (zie Advies 460, overweging 5.3.4 en de daar aangehaalde jurisprudentie).
- 5.3. De Commissie gaat nu over tot de beoordeling van de klacht in het licht van het hiervoor weergegeven toetsingskader.

- 5.3.1. Ondernemer heeft zijn inschrijving op 10 april 2019 per e-mail bij aanbesteder ingediend. Bij opening van de e-mail van ondernemer op 11 april 2019 heeft aanbesteder geconstateerd dat een bestand niet kon worden geopend en dat de volgende documenten ontbraken: een ingevuld en rechtsgeldig ondertekend Uniform Europees Aanbestedingsdocument, een rechtsgeldig ondertekende akkoordverklaring Programma van Eisen en een rechtsgeldig ondertekende akkoordverklaring concept Raamovereenkomst en Algemene Inkoopvoorwaarden (zie 1.4 en 4.2 hiervoor). Naar het oordeel van de Commissie is er dan ook sprake van een gebrek in de inschrijving van ondernemer.
- 5.3.2. Daarmee komt de Commissie toe aan de vraag of dit gebrek zich leent voor herstel.
- 5.3.3. In paragraaf 2.11 van de gewijzigde Offerteaanvraag heeft aanbesteder bepaald dat offertes die niet tijdig zijn ingediend, worden uitgesloten van deelname aan de procedure en dat offertes die via andere kanalen (dan e-mail) worden ingediend niet worden geaccepteerd. Vervolgens heeft aanbesteder in paragraaf 3.3 van de gewijzigde Offerteaanvraag bepaald dat een offerte terzijde zal worden gelegd, indien blijkt dat deze niet aan één of meer van de gestelde eisen voldoet, tenzij er naar het oordeel van aanbesteder sprake is van een bagatel (zie 1.2 hiervoor). Naar het oordeel van de Commissie laat de Offerteaanvraag daarmee ruimte om gelegenheid tot herstel van fouten in de inschrijving te bieden in die gevallen waarin de Europese jurisprudentie als bedoeld in 5.2.3 dat toelaat.
- 5.3.4. Naar het oordeel van de Commissie kan het alsnog indienen van een ingevuld en rechtsgeldig ondertekend Uniform Europees Aanbestedingsdocument, een rechtsgeldig ondertekende akkoordverklaring Programma van Eisen en een rechtsgeldig ondertekende akkoordverklaring concept Raamovereenkomst en Algemene Inkoopvoorwaarden niet worden aangemerkt als een klaarblijkelijk eenvoudige precisering of het rechtzetten van een kennelijke materiële fout. Met deze aanvulling zou naar het oordeel van de Commissie een nieuwe inschrijving worden ingediend (vgl. Advies 388, overweging 5.3.11 betreffende het ontbreken van een Uniform Europees Aanbestedingsdocument van een onderaannemer en Rb. Den Haag (vzr.) 15 mei 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:5659, r.o. 5.6 betreffende het ontbreken van een volmacht; Rb. Den Haag 25 juli 2017, ECLI:NL:RBDHA:2019:7599, r.o. 5.1-5.9 betreffende het niet beantwoorden van de vraag over het niet afleggen van een valse verklaring in het Uniform Europees Aanbestedingsdocument; Rb. Overijssel 12 december 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:4962, r.o. 4.8-4.11 betreffende het ontbreken van een aantal pagina's van het Uniform Europees Aanbestedingsdocument en Rb. Limburg 28 januari 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:694, r.o. 3.11 betreffende het ontbreken van een bijlage betreffende het voldoen aan het Programma van Eisen).
- 5.3.5. Niet is gesteld of gebleken dat ondernemer reeds elders in de door aanbesteder te openen inschrijving had verklaard dat er zich geen uitsluitingsgronden voordoen en dat ondernemer akkoord is met het Programma van Eisen, de Raamovereenkomst en de Algemene Inkoopvoorwaarden. Ook het ondertekende inschrijfformulier maakte deel uit van het document dat aanbesteder niet heeft kunnen openen "offerte_[ondernemer]_Opleidingen voor promovendi_perceel_2.pdf" (zie de klacht van ondernemer in 1.5 hiervoor). Anders dan in de zaak van Advies 410 is er in dit geval geen sprake van dat de inhoud van het ontbrekende Uniform Europees Aanbestedingsdocument inhoudelijk niet erg relevant is (vgl. Advies 410, overwegingen 5.3.12-5.3.13 en Rb. Noord-Holland (vzr.) 19 december 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:10566, r.o. 4.7).
- 5.3.6. Bovendien zou niet objectief kunnen worden vastgesteld dat de documenten dateren van vóór het einde van de inschrijvingstermijn (vgl. Advies 259, overweging 5.2.5 en Advies 184, overweging 5.4.5). Het Europees Aanbestedingsdocument,

de akkoordverklaring Programma van Eisen en de akkoordverklaring concept Raamovereenkomst en Algemene Inkoopvoorwaarden in het nagezonden document zijn immers allemaal handmatig gedateerd door ondernemer.

- 5.3.7. Het voorgaande betekent dat aanbesteder de inschrijving van ondernemer naar het oordeel van de Commissie terecht als ongeldig terzijde heeft gelegd zonder ondernemer nog in de gelegenheid te stellen het gebrek in zijn inschrijving te herstellen.
- 5.4. Daarmee acht de Commissie de klacht ongegrond.
- 5.5. Ten overvloede merkt de Commissie nog het volgende op.
 - 5.5.1. Voor Europese aanbestedingsprocedures is in artikel 2.108 Aw 2012 bepaald dat een aanbestedende dienst geen kennis mag nemen van de inhoud van een inschrijving voordat de uiterste termijn voor het indienen van de inschrijving is verstreken. Naar aanleiding daarvan heeft de Commissie aanbestedende diensten in Advies 484 reeds aanbevolen om ook de nadere offertes op basis van een raamovereenkomst niet per e-mail te laten indienen.
 - 5.5.2. Ook bij een meervoudig onderhandse procedure beveelt de Commissie het gebruik van een digitaal aanbestedingsplatform aan. Dat er bij indiening van een aanmelding of inschrijving per e-mail meer risico is dat er technisch iets mis gaat, dan bij indiening van een aanmelding of inschrijving via een digitaal aanbestedingsplatform, is voor de Commissie nog een reden om het gebruik van een digitaal aanbestedingsplatform aan te bevelen.
 - 5.5.3. Indien aanbestedende diensten echter ervoor kiezen de aanmeldingen of inschrijvingen per e-mail te laten indienen, beveelt de Commissie hen tevens aan om zoveel mogelijk ruimte in de aanbestedingsstukken te bieden om eventuele gebreken in de verzoeken tot deelneming of inschrijvingen als gevolg van technische problemen bij de indiening per e-mail te mogen herstellen. Maar ook dan zal alleen een herstelkans worden geboden bij een klaarblijkelijk eenvoudige precisering of het rechtzetten van een kennelijke materiële fout.
 - 5.5.4. In het geval dat herstel van een gebrek mag worden geboden, moet ook nog objectief kunnen worden vastgesteld dat een document van vóór het einde van de inschrijvingstermijn dateert. Bij sommige documenten blijkt dat reeds uit het document zelf, zoals bij een authentiek uittreksel uit het Handelsregister. Voor veel documenten geldt dat echter niet. Een ondernemer kan er zelf voor zorgen dat hij ook van andere documenten kan aantonen dat deze vóór het uiterste moment van indiening van het verzoek tot deelneming of inschrijving zijn opgesteld en dat deze nadien niet meer zijn gewijzigd. Dat kan hij bewerkstelligen door een pdf-bestand te ondertekenen met een geavanceerde elektronische handtekening die voldoet aan de eisen van artikel 3:15a, lid 2 BW en die een gekwalificeerde elektronische handtekening is in de zin van artikel 3 Verordening (EU) 910/2014. Andere mogelijkheid is dat een ondernemer vóór het uiterste moment van indiening van het verzoek tot deelneming of inschrijving een versleutelde waarde (een zogenaamde 'hashwaarde') van het document per e-mail aan aanbesteder toestuurt, zoals genoemd in artikel 2.109a Aw 2012.

6. Advies

De Commissie acht de klacht **ongegrond**.

7. Aanbeveling

De Commissie beveelt aanbestedende diensten aan om ook bij meervoudig onderhandse procedures gebruik te maken van een digitaal aanbestedingsplatform (zie 5.5.1 en 5.5.2 hiervoor). Indien aanbestedende diensten echter ervoor kiezen de verzoeken tot deelneming of inschrijvingen per e-mail te laten indienen, beveelt de Commissie hen tevens aan om zoveel mogelijk ruimte in de aanbestedingsstukken te bieden om eventuele gebreken in de verzoeken tot deelneming of inschrijvingen als gevolg van technische problemen bij de indiening per e-mail te mogen herstellen.

Den Haag, 31 oktober 2019

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

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid