

# Commissie van Aanbestedingsexperts

## Advies 764

### 1. Waar gaat dit advies over?

- 1.1. De klacht ziet op een niet-openbare Europese aanbesteding voor het realiseren van een vernieuwde website die zal worden ingezet voor het invullen van diverse vacatures. Ondernemer is uitgenodigd voor de gunningsfase van de aanbesteding. Aanbesteder heeft diens inschrijving ongeldig verklaard omdat ondernemer formulier A met als titel 'Inschrijvingsformulier en akkoordverklaring' niet heeft ondertekend en ingediend bij inschrijving.
- 1.2. Ondernemer erkent dat hij formulier A niet heeft ondertekend en ingediend, maar meent dat aanbesteder hem gelegenheid had moeten bieden het gebrek alsnog te herstellen. Aanbesteder meent dat herstel niet mogelijk is.

### 2. Hoe luidt dit advies?

- 2.1. De Commissie oordeelt dat de klacht **gegrond** is. Aanbesteder heeft niet duidelijk gemaakt waarom herstel zou zijn uitgesloten. Omdat hij een herstelmogelijkheid heeft opgenomen had hij ondernemer in dit geval een herstelmogelijkheid moeten bieden. Daarbij is van belang dat aanbesteder formulieren heeft gehanteerd die geen scherp onderscheid maakten tussen de selectie- en gunningsfase, waarmee inschrijvers zich bovendien in de selectiefase al committeerden aan hun nog in te dienen inschrijving. Tot slot zou herstel niet leiden tot het in feite doen van een nieuwe inschrijving.

### 3. Wat is de achtergrond?

- 3.1. Aanbesteder heeft op 15 augustus 2024 een Europese niet-openbare aanbesteding aangekondigd voor het realiseren van een vernieuwde website op basis van een Hybride SaaS Custom Model, die zal worden ingezet voor het invullen van diverse vacatures.
- 3.2. Ondernemer is samen met vier andere ondernemers uitgenodigd voor de gunningsfase.
- 3.3. In de gunningsbeslissing van 7 februari 2025 heeft aanbesteder de inschrijving van ondernemer ongeldig verklaard wegens het ontbreken van formulier A 'Inschrijfformulier en Akkoordverklaring'.
- 3.4. Op 12 februari 2025 heeft ondernemer bezwaar gemaakt bij aanbesteder tegen de ongeldigverklaring. Ondernemer weersprekt niet dat het formulier ontbrak, maar meent wel dat aanbesteder hem in de gelegenheid had moeten stellen om het formulier alsnog in te dienen.
- 3.5. Op 17 februari 2025 heeft aanbesteder aan ondernemer bericht dat hij ondernemer geen kans biedt het formulier alsnog in te dienen omdat sprake is van een onherstelbaar gebrek.
- 3.6. Op 27 februari heeft ondernemer zijn klacht herhaald bij het klachtenmeldpunt van aanbesteder.

- 3.7. Het klachtenmeldpunt van aanbesteder heeft op 1 maart 2025 ondernemer meegedeeld dat de inschrijving van ondernemer terecht is uitgesloten en heeft de klacht van ondernemer ongegrond verklaard.
- 3.8. Ondernemer heeft vervolgens een klacht ingediend bij de Commissie met eenzelfde strekking als in zijn bezwaar van 12 februari 2025 en zijn klacht aan het klachtenmeldpunt van 27 februari 2025.
- 3.9. Op 3 maart 2025 heeft aanbesteder de Commissie laten weten dat hij voor de inhoud van zijn reactie verwijst naar zijn schrijven aan ondernemer van 17 februari 2025, en naar het advies van het klachtenmeldpunt van 1 maart 2025.

#### **4. Wat zijn de standpunten van partijen?**

##### *Ondernemer*

- 4.1. De klacht van ondernemer komt er kort gezegd op neer dat de onmiddellijke ongeldigverklaring van zijn inschrijving wegens het per abuis niet ondertekenen en indienen van het formulier 'Inschrijfformulier en Akkoordverklaring' onrechtmatig en niet proportioneel is. Aanbesteder had ondernemer de kans moeten geven deze vergissing te laten herstellen.

##### *Aanbesteder*

- 4.2. Aanbesteder stelt zich kort gezegd op het standpunt dat hij ondernemer terecht heeft uitgesloten, omdat ondernemer ongeldig heeft ingeschreven. Het gaat hier om een gebrek dat niet kan worden hersteld.
- 4.3. De verschillende door ondernemer en aanbesteder ingenomen standpunten en argumenten in deze klacht heeft de Commissie samengevat en zullen hieronder worden besproken.

#### **5. Hoe beoordeelt de Commissie deze klacht?**

- 5.1. Uit de klacht van ondernemer en de reactie hierop van aanbesteder leidt de Commissie af dat partijen van mening verschillen over de vraag of het niet invullen, ondertekenen en indienen van het formulier 'Inschrijfformulier en Akkoordverklaring' in de gunningsfase van de niet-openbare aanbesteding moet worden beschouwd als een gebrek in de inschrijving dat niet kan worden hersteld en daarom ongeldigverklaring rechtvaardigt, of juist moet worden beschouwd als een herstelbare vergissing op grond waarvan een onmiddellijke ongeldigverklaring niet gerechtvaardigd is. De Commissie stelt zich daarom, met de klacht van ondernemer als uitgangspunt, de volgende vraag.

***Had aanbesteder herstel moeten bieden voor de gebrekkige inschrijving van ondernemer en daarom diens inschrijving niet onmiddellijk ongeldig mogen verklaren?***

##### *Ondernemer*

- 5.2. Ondernemer stelt dat het niet proportioneel is en daarmee onrechtmatig dat aanbesteder zijn inschrijving onmiddellijk ongeldig heeft verklaard wegens het ontbreken van formulier A 'Inschrijfformulier en Akkoordverklaring'.
- 5.3. Ondernemer onderbouwt dit als volgt.

- 5.3.1. Ondernemer ontkent niet dat formulier A bij zijn inschrijving ontbrak, maar meent dat aanbesteder hem in de gelegenheid had moeten stellen om het formulier alsnog in te dienen.
- 5.3.2. Herstel zou volgens ondernemer mogelijk zijn geweest omdat in de gunningsleidraad niet op straffe van ongeldigheid is voorgeschreven dat het document moet worden ingediend. In paragraaf 6.5 van de leidraad staat in dit verband slechts dat als een stap niet succesvol wordt doorlopen, de Inschrijving terzijde *kan* worden gelegd, tenzij aanbesteder van mening is dat het geconstateerde gebrek in de inschrijving voor herstel vatbaar is (cursivering door ondernemer). Ondernemer leidt hieruit af dat aanbesteder een afweging had moeten maken of het ongeldig verklaren van de inschrijving van ondernemer in dit concrete geval proportioneel zou zijn.
- 5.3.3. Ook is volgens ondernemer enkel sprake van een ongelukkige vergissing, want herstel zou het level playing field niet verstoren en de inschrijving van ondernemer zou bij herstel in materiele zin niet veranderen. De inschrijfprijs en inhoudelijke aanbieding zouden namelijk hetzelfde blijven en ook anderszins zouden geen wijzigingen worden aangebracht in de inschrijving. Ondernemer meent dat dit duidelijk maakt dat hij geen enkel voordeel heeft bij het niet tijdig indienen van het formulier.
- 5.3.4. Bovendien stelt ondernemer dat hij formulier A ('Inschrijfformulier en Akkoordverklaring') niet heeft ingevuld, omdat aanbesteder verwarring heeft gecreëerd. Ondernemer dacht dat hij de informatie die in formulier A van de gunningsfase werd gevraagd, al had verstrekt in de selectiefase door middel van ondertekening en indiening van formulier B ('Inschrijfformulier en Akkoordverklaring') in deze fase. Ondernemer verduidelijkt dat formulier A (gunningsfase) en formulier B (selectiefase) tekstueel vrijwel identiek aan elkaar zijn, met uitzondering van punt 1.h dat in formulier A is aangevuld met de instemming met de concept-SLA. Voor al het overige is formulier A een herhaling van formulier B en biedt deze daarom voor aanbesteder geen enkele meerwaarde, aldus ondernemer. Ook qua functie zijn beide formulieren identiek aan elkaar volgens ondernemer, omdat beide documenten de functie hebben om meer in detail inzage te geven in de wijze waarop de inschrijver zich op deze opdracht aanmeldt, bijvoorbeeld met welke handelsrelatie(s). Ondernemer stelt dat hij er hierdoor onvoldoende op bedacht was dat hij formulier A nog afzonderlijk moest indienen. Ondernemer begrijpt ook dat hij niet de enige inschrijver is geweest die het formulier per abuis niet heeft ingediend.
- 5.3.5. Daarnaast stelt ondernemer dat hij met de ondertekening en indiening van formulier B ('Inschrijfformulier en Akkoordverklaring', selectiefase) al akkoord is gegaan met de SLA. Formulier B bevat in deel 1 aanhef onder a namelijk de volgende tekst: 'Door ondertekening van dit Inschrijfformulier en deze akkoordverklaring betreffende de Europese aanbestedingsprocedure [naam aanbesteding] verklaart inschrijver dat hij/zij: a. akkoord gaat met alle bepalingen en gegevens zoals deze zijn omschreven in de aankondiging, het Beschrijvend document, alle bijbehorende bijlagen en eventuele verstrekte Nota's van Inlichtingen'. Ondertekening van het formulier B betekent volgens ondernemer dat hij zich daarmee zonder voorbehoud en onvoorwaardelijk akkoord heeft verklaard met onder meer alle bijbehorende bijlagen. Ook de SLA is volgens ondernemer een bijlage bij het Beschrijvend document (de gunningsleidraad).
- 5.3.6. Tot slot stelt ondernemer dat onmiddellijke terzijde legging van zijn inschrijving ook niet proportioneel is gezien de vele inspanningen die aanbesteder in het kader van de aanbesteding heeft gevraagd, terwijl herstel eenvoudig te realiseren is.

Ondernemer geeft aan dat hij voor deze aanbesteding een inzet heeft gehad van 54 mandagen, verdeeld over meerdere personen.

*Aanbesteder*

- 5.4. De reactie van aanbesteder komt erop neer dat aanbesteder meent dat ondernemer terecht is uitgesloten van de aanbesteding, omdat hij ongeldig heeft ingeschreven.
- 5.5. Aanbesteder onderbouwt dit als volgt.
  - 5.5.1. Volgens aanbesteder betekent het feit dat ondernemer formulier A niet heeft ingevuld, ondertekend en ingediend, dat sprake is van een onvolledige inschrijving en dat deze inschrijving daardoor een gebrek bevat dat niet voor herstel in aanmerking kan komen. Aanbesteder stelt dat hij in zijn gunningsbeslissing van 7 februari 2025 gemotiveerd aan ondernemer kenbaar heeft gemaakt waarom zijn inschrijving ongeldig is verklaard.
  - 5.5.2. Aanbesteder verwijst naar vaste jurisprudentie op grond waarvan geldt dat een aanbestedende dienst bij de beoordeling van de inschrijvingen moet uitgaan van de inschrijvingen zoals die bij het sluiten van de termijn zijn ontvangen.
  - 5.5.3. Volgens aanbesteder volgt uit het Manova-arrest van 29 maart 2012 van het Europese Hof van Justitie dat een inschrijving slechts in uitzonderlijke gevallen kan worden verbeterd of aangevuld. Uit het arrest volgt ook volgens aanbesteder dat uitzondering op deze regel slechts in uitzonderlijke gevallen mag plaatsvinden. Het maken van een dergelijke uitzondering is zonder meer uitgesloten wanneer sprake is van een ontbrekend stuk of ontbrekende informatie die op straffe van uitsluiting moet worden verstrekt.
  - 5.5.4. Volgens aanbesteder staat vast dat ondernemer niet op de voorgeschreven wijze zoals bedoeld in de gunningsleidraad heeft ingeschreven en dat formulier A ontbreekt. Bovendien heeft er volgens aanbesteder geen rechtsgeldige ondertekening plaatsgevonden. De gunningsleidraad bevat vormvoorschriften met instructies voor inschrijvers voor het geldig indienen van een inschrijving. Zo bevat pagina 5 van de gunningsleidraad een verwijzing naar de in te dienen documenten bij inschrijving, waaronder formulier A 'Inschrijfformulier en Akkoordverklaring'. En in paragraaf 4.4.1 staat dat formulier A rechtsgeldig moet zijn ondertekend, waarmee inschrijver akkoord gaat met al het gestelde in de aanbesteding. Ondertekening geldt volgens deze paragraaf als ondertekening van de gehele inschrijving.
  - 5.5.5. Daarnaast is volgens aanbesteder sprake van een ondertekeningsgebrek dat zich in beginsel niet leent voor herstel. Ondertekening van een inschrijving is een essentieel onderdeel van de inschrijving, want inschrijver bindt zich daarmee aan eisen van de aanbesteding en geeft zekerheid over de wil en identiteit van de inschrijver. Aanbesteder stelt dat een ondertekeningsgebrek ook betekent dat sprake is van een niet-rechtsgeldige inschrijving die als een voorwaardelijke inschrijving moet worden beschouwd. Inschrijver zou zich immers via een beroep op onbevoegde vertegenwoordiging na inschrijving nog aan de aanbesteding kunnen onttrekken. Voorwaardelijke inschrijvingen zijn volgens aanbesteder op grond van paragraaf 6.4.3 van de gunningsleidraad niet toegestaan, omdat dit in strijd is met het gelijkheidsbeginsel.
  - 5.5.6. Ook stelt aanbesteder dat het betoog van ondernemer dat beide formulieren A (gunningsfase) en B (selectiefase) vrijwel identiek zijn aan elkaar geen doel treft. De gunningsfase (fase 2 bij deze aanbesteding) is volgens aanbesteder een opzichzelfstaand onderdeel van de aanbesteding, waarin separate eisen zijn gesteld.

Formulier B is een akkoordverklaring op de selectieleidraad en alle documenten die zijn gepubliceerd tijdens de selectiefase. Formulier A ziet alleen op gunningsfase. Daarom diende ondernemer volgens aanbesteder formulier A als separate bijlage op te nemen bij inschrijving. Dit wordt ook voorgeschreven in paragraaf 4.4.1 van de gunningsleidraad.

- 5.5.7. Tot slot stelt aanbesteder dat als niet duidelijk was wat met ondertekening van beide documenten werd bedoeld dan had ondernemer ook vragen kunnen stellen in de NvI.

### ***Beoordeling Commissie***

- 5.6. De Commissie acht de klacht **gegrond**, omdat aanbesteder in deze specifieke situatie ondernemer herstel had moeten bieden door ondernemer alsnog de mogelijkheid te geven formulier A te ondertekenen en in te dienen.

- 5.7. De Commissie legt hierna uit hoe zij tot deze beslissing is gekomen.

#### *Toetsingskader*

- 5.8. Bij een aanbesteding wordt de rechtsverhouding tussen ondernemers en de aanbestedende dienst beheerst door de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht, in het bijzonder de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie, transparantie en proportionaliteit.

- 5.8.1. Het beginsel van gelijke behandeling is voor Europese procedures neergelegd in artikel 1.8 Aw 2012. Uit het gelijkheidsbeginsel volgt het transparantiebeginsel dat aanbestedende diensten verplicht transparant te handelen, zodat naleving van het gelijkheidsbeginsel kan worden gecontroleerd. (zie bijv. HvJ 29 april 2004, C-496/99, *Succhi di Frutta*, r.o. 108-109). Het transparantiebeginsel is neergelegd in artikel 1.9 lid 1 Aw 2012. Het beginsel van proportionaliteit, dat voorschrijft dat eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijvers en inschrijvingen in een redelijke verhouding moeten staan tot het voorwerp van de opdracht, is voor Europese aanbestedingen neergelegd in artikel 1.10 Aw 2012, en nader uitgewerkt in de Gids Proportionaliteit.

- 5.8.2. Op grond van het transparantie- en gelijkheidsbeginsel geldt dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure in het aanbestedingsbericht of in het bestek moeten worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze, opdat, enerzijds, alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier interpreteren, en, anderzijds, de aanbestedende dienst in staat is om metterdaad na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria welke op de betrokken opdracht van toepassing zijn (vgl. HvJ EG 29 april 2004, zaak C-496/99 '*Succhi di Frutta*' en ECLI:NL:PHR:2005:AU2806).

- 5.8.3. Uit Europese rechtspraak volgt dat wanneer een inschrijver zijn inschrijving heeft ingediend, hij deze inschrijving in beginsel niet meer mag aanpassen op initiatief van de aanbestedende dienst of van de inschrijver zelf. De verplichting van een aanbestedende dienst om inschrijvers op gelijke en niet-discriminerende wijze te behandelen 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, ECLI:EU:C:2012:191, zaak C-599/10 (SAG), r.o. 40). Het maken van een

dergelijke uitzondering is echter uitgesloten ingeval van ontbrekende informatie die op straffe van uitsluiting moet worden verstrekt (HvJ EU 10 oktober 2013, ECLI:EU:C:2013:647, zaak C-336/12 (Manova), r.o. 40).

- 5.8.4. In de bovengenoemde Europese rechtspraak wordt ook duidelijk gemaakt dat een aanbestedende dienst op grond van de Europese regelgeving niet verplicht is om contact op te nemen met de betrokken inschrijver wanneer hij een gebrek in een inschrijving constateert (HvJ EU 29 maart 2012, ECLI:EU:C:2012:191, zaak C-599/10, (SAG), r.o. 38). Richtlijn 2014/24/EU bepaalt bovendien in artikel 56 lid 3 dat, wanneer de door de ondernemers in te dienen informatie of documentatie onvolledig of onjuist is of lijkt te zijn of wanneer specifieke documenten ontbreken, aanbestedende diensten de betrokken ondernemers *kunnen* verzoeken die informatie of documentatie binnen een passende termijn in te dienen, aan te vullen, te verduidelijken of te vervolledigen, mits dergelijke verzoeken worden gedaan met volledige inachtneming van de beginselen van gelijke behandeling en transparantie (cursivering: Commissie). In de aanbestedingswet staat een vergelijkbare bepaling in artikel 2.55 Aw 2012. Het doen van navraag en het bieden van herstel is zodoende op grond van de aanbestedingsregels in principe een bevoegdheid van de aanbestedende dienst en niet een verplichting.
- 5.8.5. Naast de gebondenheid aan de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht, zijn aanbestedende diensten waarvan de organen bestuursorganen in de zin van artikel 1:1 lid 1 onderdeel a Awb zijn, krachtens de schakelbepalingen van artikel 3:14 BW en artikel 3:1 lid 2 Awb gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (HR 24 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0582, NJ 1993/232, provincie Zeeland/Hoondert, r.o. 3.3).
- 5.8.6. Het zorgvuldigheidsbeginsel, een van de beginselen van behoorlijk bestuur, is neergelegd in artikel 3:2 Awb. Het bepaalt dat een bestuursorgaan bij de voorbereiding van een besluit de nodige kennis vergaart omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen. Het evenredigheidsbeginsel, eveneens een beginsel van behoorlijk bestuur, houdt in dat de voor belanghebbenden nadelige gevolgen van een overheidshandeling niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de met die handeling te dienen doelen.
- 5.8.7. Volgens nationale rechtspraak komt in sommige gevallen ten aanzien van de vraag of herstel al dan niet geboden is, een aanvullende werking toe aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (Hof Arnhem-Leeuwarden 7 december 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:11450, r.o. 3.6-3.7; Hof Den Haag 16 juli 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019;2429, r.o. 12-17; Rb. Den Haag 9 juni 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:5570, r.o. 4.4; Rb. Zeeland-West-Brabant 19 april 2023, ECLI:NL:RBZWB:2023:2906, r.o. 4.5). Hof Arnhem-Leeuwarden verwijst in zijn arrest naar het zorgvuldigheidsbeginsel dat verlangt dat een aanbestedende dienst bij de voorbereiding van een beslissing de nodige kennis vergaart omtrent de relevante feiten en af te wegen belangen. Dit kan volgens het hof betekenen dat, wanneer een aanbestedende dienst een beslissing moet nemen naar aanleiding van een inschrijving waaraan een vormfout kleeft, hij moet nagaan of de materiële inhoud van de inschrijving waaraan een vormfout kleeft aan de eisen voldoet en – in dat geval – of de vormfout zich leent voor herstel. Verder zegt het hof dat wanneer herstel mogelijk is op grond van de beginselen van gelijke behandeling en transparantie, uit het zorgvuldigheidsbeginsel kan voortvloeien dat de aanbestedende dienst bij een inschrijver navraag moet doen en/of gelegenheid moet bieden voor aanvulling, verduidelijking en/of verbetering, binnen de perken van de aanbestedingsrechtelijke beginselen van gelijkheid en transparantie (Hof Arnhem-Leeuwarden 7 december 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:11450, r.o. 3.6-3.7, vgl. ook Voorzieningenrechter rechtbank Den Haag 13 maart 2025, ECLI:NL:RBDHA:2025:9265, r.o. 4.7).

- 5.8.8. In de zaak die ten grondslag aan bovengenoemd arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden, mocht de aanbestedende dienst de inschrijving niet zonder meer ongeldig verklaren, omdat de verlangde informatie door de inschrijver tijdig was verstrekt in de inschrijvingsdocumenten, althans deze informatie onmiskenbaar daaruit viel af te leiden, maar niet was opgenomen in het juiste document of op de juiste plaats. Onder die omstandigheden, achtte het hof uitsluiting van een inschrijver op uitsluitend deze grond in beginsel een onaanvaardbare beperking van de eerlijke mededinging. Hierbij achtte het hof bovenal van belang dat inschrijvers gelijk moesten worden behandeld. Tot het verzoeken om aanvulling, verduidelijking en/of verbetering, of het bieden van gelegenheid daartoe, mag de aanbestedende dienst alleen overgaan na kennisneming van alle inschrijvingen en hij moet alle inschrijvers die in dezelfde situatie verkeren op een vergelijkbare manier de gelegenheid geven de inschrijving aan te vullen, te verduidelijken en/of te verbeteren (HvJ EU 29 maart 2012, ECLI:EU:C:2012:191, zaak C-599/10, (SAG), r.o. 38-39; Hof Arnhem-Leeuwarden 7 december 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:11450, r.o. 3.6-3.7).

#### *Onderzoek Commissie*

- 5.9. De Commissie overweegt dat partijen met elkaar eens zijn dat sprake is van een gebrek in de inschrijving van ondernemer vanwege het feit dat ondernemer formulier A niet heeft ingevuld, ondertekend en ingediend bij zijn inschrijving in de gunningsfase van een niet-openbare aanbesteding. Partijen verschillen van mening over de vraag of herstel van dit gebrek mogelijk en/of verplicht is. De hoofdvraag die in dit advies daarom beantwoord moet worden is of herstel van het gebrek in dit geval geboden was.
- 5.10. De Commissie overweegt dat zij voor de beantwoording van deze vraag allereerst moet onderzoeken of in de gunningsleidraad op straffe van ongeldigheid is voorgeschreven dat formulier A moet worden ondertekend en ingediend. Immers uit de Europese rechtspraak volgt dat herstel uitgesloten is wanneer daarvan sprake is (zie 5.8.3 hierboven).

#### *Sanctionering van het niet ondertekenen en indienen van formulier A*

- 5.11. Ondernemer stelt dat geen sprake is van de sanctie van ongeldigheid wanneer formulier A niet zou worden ingediend. Uit de stellingen van aanbesteder begrijpt de Commissie dat aanbesteder van mening is dat daarvan wel sprake is, omdat in de gunningsleidraad vormvoorschriften staan voor het geldig indienen van een inschrijving. Ondertekening en indiening van formulier A is één van deze voorschriften.
- 5.12. De Commissie is het met ondernemer eens dat op het niet invullen, ondertekenen en indienen van formulier A bij inschrijving niet zonder meer de sanctie van uitsluiting is opgenomen in de gunningsleidraad.
- 5.12.1. Paragraaf 6.5 van de gunningsleidraad is gewijd aan de beoordelingsfase. Deze fase bestaat uit drie stappen, waarvan de eerste stap de 'beoordeling op volledigheid en geldigheid' is. In deze eerste stap worden inschrijvingen onder meer beoordeeld op volledigheid en conformiteit aan het gestelde in de aanbestedingsstukken, en op het rechtsgeldig ondertekend zijn. In de toelichting bij deze 3-staps beoordelingsfase staat het volgende: '(...) u dient elke stap succesvol te doorlopen om voor gunning in aanmerking te kunnen komen. Indien een stap niet succesvol wordt doorlopen, kan uw Inschrijving terzijde worden gelegd, tenzij [Aanbesteder] van mening is dat het geconstateerde gebrek in de Inschrijving voor herstel vatbaar is. Gedurende de beoordeling kan verduidelijking worden gevraagd.'

5.12.2. De Commissie begrijpt uit de bovengenoemde paragraaf 6.5 van de leidraad dat aanbestedder in ieder geval afwegingsruimte voor zichzelf ziet voordat hij tot terzijdelegging van een inschrijving overgaat. Dit leidt de Commissie af uit de opmerking 'tenzij [Aanbestedder] van mening is dat het geconstateerde gebrek in de Inschrijving voor herstel vatbaar is'. Dit betekent naar het oordeel van de Commissie dat uit de gunningsleidraad niet blijkt dat het niet succesvol hebben doorlopen van een of meerdere stappen van de beoordeling zonder meer is gesanctioneerd met uitsluiting. Daarmee heeft aanbestedder zich het recht voorbehouden tot het bieden van herstel.

*Verplichting tot herstel*

5.13. Ondernemer stelt zich op het standpunt dat aanbestedder ook verplicht was herstel te bieden, omdat de aanbestedingsstukken wegens de grote gelijkensissen tussen formulier B in de selectiefase en formulier A in de gunningsfase verwarrend zijn, omdat herstel de inschrijving van ondernemer in materiele zin niet zou veranderen en ondernemer met ondertekening van formulier B al akkoord is gegaan met alle documenten van de aanbesteding, ook met die uit de gunningsfase. Als verweer voert aanbestedder voornamelijk aan dat herstel niet mogelijk is, omdat het niet ondertekenen van formulier A betekent dat sprake is van een voorwaardelijke en daarmee ongeldige inschrijving. Verder stelt aanbestedder dat formulier B en A qua functie duidelijk van elkaar verschillen.

5.14. De Commissie volgt het standpunt van ondernemer en onderbouwt dit als volgt.

5.14.1. Allereerst constateert de Commissie dat de aanbestedingsstukken met betrekking tot het invullen, ondertekenen en indienen van het formulier 'Inschrijfformulier en Akkoordverklaring' niet duidelijk zijn en daarmee onvoldoende transparant.

5.14.2. Zo is de tekst van formulier B uit de selectiefase nagenoeg gelijk aan de tekst van formulier A in de gunningsfase. Ondernemer constateert terecht dat de enige uitzondering zich bevindt onder punt 1.h in formulier A, waarin de tekst uit formulier B (uit de selectiefase) wordt aangevuld met de twee woorden 'Concept SLA'. Deze uniformiteit van beide formulieren in de verschillende fases van de niet-openbare procedure leidt naar het oordeel van de Commissie tot verwarring over de functie en betekenis van beide documenten in deze procedure.

5.14.3. In dat kader is ook verwarrend dat formulier B uit de selectiefase als titel 'Inschrijfformulier en Akkoordverklaring' heeft in plaats van 'Aanmeldformulier en Akkoordverklaring'. Aanbestedder merkt terecht op dat de gunningsfase en de selectiefase in een niet-openbare procedure op zichzelf staande onderdelen zijn van een dergelijke procedure. In lijn daarmee zouden *gegadigden* zich in de *selectiefase* moeten *aanmelden*, en *inschrijvers* zich in de *gunningsfase* moeten *inschrijven*. Aanbestedder heeft dit onderscheid onvoldoende gemaakt in formulier A en B.

5.14.4. Daarnaast is ook de tekst zelf in beide formulieren verwarrend ten aanzien van de functie en betekenis van beide formulieren in de procedure. Zo wordt in Deel 1 van formulier B uit de selectiefase gesproken over de ondertekening van 'dit Inschrijfformulier'. Ook moet in Deel 1 van dit formulier worden verklaard dat de 'inschrijving niet manipulatief en/of irreëel is', waarbij met betrekking tot de uitleg van deze termen wordt verwezen naar de beoordelingssystematiek. Ook wordt gesproken over niet-marktconforme en irrealistische prijzen. Dit zijn zaken die pas bij inschrijving, en dus pas in de gunningsfase van de aanbesteding, spelen.

5.14.5. Ook omgekeerd worden in formulier A van de gunningsfase verklaringen gevraagd over beroep op derden, onderaanneming en inschrijving als

samenwerkingsverband. Dit zijn verklaringen die normaliter in de selectiefase van een niet-openbare procedure worden gevraagd. Daarnaast constateert de Commissie dat aanbesteder in formulier A van de gunningsfase verwijst naar een niet in de gunningsfase bestaande bijlage 8, die nadere uitleg zou geven over het ondertekenen van de te overhandigen formulieren. De Commissie overweegt dat deze onduidelijkheid in de aanbestedingsstukken ten aanzien van beide formulieren het risico op fouten bij inschrijving vergroot.

- 5.15. Naar het oordeel van de Commissie kan een inschrijver in dit geval niet automatisch worden uitgesloten op basis van het niet indienen van formulier A. Aanbesteder had ten minste moeten nagaan of de materiële inhoud van de inschrijving aan de eisen voldeed en – in dat geval – moeten bepalen of het gebrek in de inschrijving zich leende voor het bieden van een herstelmogelijkheid. Ondernemer stelt en aanbesteder heeft niet weersproken dat een herstelmogelijkheid ondernemer geen oneigenlijk concurrentievoordeel zou verschaffen, omdat ondernemer zowel zijn inschrijfprijs als zijn inhoudelijke aanbieding al had ingediend. Zoals bovenstaand onder 5.8.7 overwogen vloeit dan uit het zorgvuldigheidsbeginsel voort dat aanbesteder bij een inschrijver navraag moet doen en/of gelegenheid moet bieden voor aanvulling, verduidelijking en/of verbetering, binnen de perken van de aanbestedingsrechtelijke beginselen van gelijkheid en transparantie.
- 5.15.1. Het standpunt van aanbesteder dat hij geen herstel mocht bieden omdat ondernemer door het niet ondertekenen en niet indienen van formulier A een voorwaardelijke inschrijving zou hebben gedaan, gaat naar het oordeel van de Commissie niet op. Volgens aanbesteder zou ondernemer zich aan de aanbesteding kunnen onttrekken door pas na inschrijving te besluiten of hij zijn inschrijving al dan niet wenst te handhaven. De Commissie volgt de stelling van ondernemer dat hij zich met ondertekening van formulier B in de selectiefase, dus vóór het moment van inschrijving, al aan zijn, nog in te dienen, inschrijving heeft gebonden. In formulier B heeft ondernemer zich immers al akkoord verklaard met alle documenten van de aanbesteding, waaronder de bijlagen die bij de gunningsfase behoren en dus ook met bijlage 8 waarin de SLA is opgenomen. Van een voorwaardelijke inschrijving is zodoende naar het oordeel van de Commissie geen sprake.
- 5.15.2. Daarmee vervalt de onderbouwing van aanbesteder voor de verplichting tot terzijdelegging van de inschrijving van ondernemer. Omdat aanbesteder heeft bepaald een herstelmogelijkheid te kunnen bieden en geen onderbouwing voor verplichte terzijdelegging resteert, ziet de Commissie niet in waarom aanbesteder in dit geval geen herstel heeft geboden. Bovendien lijkt in dit geval uit het zorgvuldigheidsbeginsel voort te vloeien dat aanbesteder een herstelmogelijkheid had moeten bieden.
- 5.16. De Commissie komt tot de slotsom dat de klacht van ondernemer **gegrond** is. Aanbesteder heeft niet duidelijk gemaakt waarom herstel zou zijn uitgesloten. Omdat hij een herstelmogelijkheid heeft opgenomen had hij ondernemer in dit geval een herstelmogelijkheid moeten bieden. Daarbij is van belang dat aanbesteder formulieren heeft gehanteerd die geen scherp onderscheid maakten tussen de selectie- en gunningsfase, waarmee inschrijvers zich bovendien in de selectiefase al committeerden aan hun nog in te dienen inschrijving. Tot slot zou herstel niet leiden tot het in feite doen van een nieuwe inschrijving.

**6. Advies**

De Commissie acht de klacht van ondernemer **gegrond**.

Omdat het hem vanwege conflicterende belangen niet vrijstond, is commissielid mr. dr. A.J. van Heeswijck niet betrokken geweest bij de behandeling van deze klacht.

Den Haag, 6 juni 2025

Mr. G.R. Werkman-Bouwkamp    Mr. M.C. Pinto

Voorzitter

Vicevoorzitter