

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 777

1. Waar gaat dit advies over?

- 1.1. Dit advies gaat over een opdracht voor de levering en plaatsing van speel- en sporttoestellen en valondergronden. Daartoe heeft aanbesteder een Europees openbare aanbestedingsprocedure georganiseerd waaraan ondernemer heeft deelgenomen.
- 1.2. Bij de inschrijving van onderneming X ontbrak een door aanbesteder verzochte verklaring met als titel 'Verklaring milieu-, sociaal en arbeidsrecht'. Aanbesteder heeft onderneming X gelegenheid geboden dit gebrek in zijn inschrijving te herstellen. Ondernemer klaagt dat geen sprake is van een voor herstel vatbaar gebrek en aanbesteder had daarom de inschrijving van onderneming X ongeldig moeten verklaren. Aanbesteder meent dat hij terecht herstel heeft geboden.

2. Hoe luidt dit advies?

- 2.1. De Commissie oordeelt dat de klacht **ongegrond** is. Aanbesteder heeft naar het oordeel van de Commissie op goede gronden de conclusie kunnen trekken dat het alsnog indienen van de gevraagde verklaring niet tot een nieuwe inschrijving leidt. Weliswaar is door onderneming X niet tijdig alle verlangde informatie die nodig was voor de inhoudelijke beoordeling verstrekt, maar achteraf kon – de aard van het gebrek in ogenschouw genomen – op voldoende objectieve wijze aangetoond worden dat de ontbrekende Verklaring op het uiterste moment van het indienen van de inschrijving bestond.

3. Wat is de achtergrond?

- 3.1. Aanbesteder heeft op 23 januari 2025 een Europese openbare aanbesteding aangekondigd voor de levering en plaatsing van speel- en sporttoestellen en het leveren en aanbrengen van valondergronden. Op deze aanbesteding is het Aanbestedingsreglement Werken 2016 (ARW 2016) van toepassing. De aanbesteding is verdeeld in vijf percelen.
- 3.2. Deze klacht heeft betrekking op perceel 5: 'Valondergronden'. Aanbesteder wenst het perceel aan maximaal vier partijen te gunnen. Deze partijen worden gekozen op basis van de economisch meest voordelige inschrijving waarbij een fictieve inschrijfsom wordt berekend. De laagste vier fictieve inschrijfsommen komen voor gunning in aanmerking.
- 3.3. Ondernemer heeft op 2 april 2025 ingeschreven op perceel 5.
- 3.4. Aanbesteder is op 4 april 2025 overgegaan tot het openen van de inschrijvingen en heeft hiervan proces-verbaal opgesteld en deze op 7 april 2025 gedeeld met de inschrijvers.
- 3.5. Uit het proces-verbaal volgt dat aanbesteder op perceel 5 vijf inschrijvingen heeft ontvangen, waaronder van ondernemer en onderneming X. Ondernemer blijkt

hieruit dat hij de hoogste fictieve inschrijfsom heeft ingediend en dus – in beginsel – niet voor gunning in aanmerking komt. Bij onderneming X is opgetekend 'Verklaring MSA ontbreekt'. Hiermee wordt bedoeld op de bij inschrijving verlangde verklaring milieu-, sociaal en arbeidsrecht.

- 3.6. Op 7 april 2025 verzoekt ondernemer aanbesteder te bevestigen dat onderneming X – vanwege het geconstateerde gebrek – ongeldig zal worden verklaard.
- 3.7. Op 20 mei 2025 antwoordt aanbesteder ontkennend en stelt zich op het standpunt dat binnen de gangbare regels herstel heeft plaatsgevonden.
- 3.8. Op 21 mei 2025 verzoekt ondernemer dit standpunt te herzien waarop aanbesteder op dezelfde dag ontkennend reageert.
- 3.9. Ondernemer dient op 27 mei 2025 een (nader onderbouwde) klacht in bij het klachtenloket van aanbesteder.
- 3.10. Aanbesteder reageert – via het klachtenloket – op 10 juni 2025 op de ingediende klacht door deze ongegrond te verklaren en het verzoek om de inschrijving van onderneming X ongeldig te verklaren af te wijzen.
- 3.11. Ondernemer dient op 13 juni 2025 bij de Commissie een klacht in met eenzelfde strekking als de klacht van ondernemer op 21 mei 2025 bij aanbesteder en 27 mei 2025 bij het klachtenloket van aanbesteder.
- 3.12. De Commissie heeft aanbesteder in de gelegenheid gesteld op de klacht te reageren.
- 3.13. Op 2 juli 2025 heeft aanbesteder de gunningsbeslissing verstuurd ten faveure van de vier partijen met de laagste fictieve inschrijvingsommen.
- 3.14. Op 3 juli 2025 heeft aanbesteder bij de Commissie gereageerd op de klacht.

4. Wat zijn de standpunten van partijen?

Ondernemer

- 4.1. De klacht van ondernemer komt er kort gezegd op neer dat aanbesteder aan onderneming X ten onrechte gelegenheid tot herstel heeft geboden, omdat geen sprake is van een voor herstel vatbaar gebrek. Op grond daarvan had aanbesteder de inschrijving van onderneming X ongeldig dienen te verklaren.

Aanbesteder

- 4.2. Aanbesteder stelt zich kort gezegd op het standpunt dat hij onderneming X terecht een gelegenheid tot herstel heeft geboden waaraan onderneming X vrijwel onmiddellijk gehoor heeft gegeven. Aanbesteder heeft de herstelde gegevens beoordeeld en in orde bevonden. Het betreft daarmee een gebrek dat 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. Aanleiding voor de klacht is de door aanbestede aan onderneming X geboden gelegenheid om zijn inschrijving te herstellen door onderneming X alsnog de – in eerste instantie ontbrekende – verklaring milieu-, sociaal en arbeidsrecht (hierna: de Verklaring) te laten indienen. Partijen verschillen van mening over de vraag of het ontbreken van de Verklaring moet worden beschouwd als een herstelbare vergissing op grond waarvan een onmiddellijke ongeldigverklaring niet gerechtvaardigd is, of dat het ontbreken van de Verklaring moet worden beschouwd als een gebrek in de inschrijving dat niet kan worden hersteld en daarom ongeldigverklaring wel rechtvaardigt. De Commissie stelt zich daarom, met de klacht van ondernemer als uitgangspunt, de volgende vraag.

Heeft aanbestede ten onrechte een gelegenheid tot herstel geboden voor de gebrekkige inschrijving van onderneming X en daarom diens inschrijving ten onrechte geldig verklaard?

Ondernemer

- 5.2. Ondernemer stelt dat het bieden van een herstelgelegenheid aan onderneming X zoals in deze aanbesteding aan de orde in strijd is met het aanbestedingsrechtelijke gelijkheids- en transparantiebeginsel en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het verbod tot willekeur. Het betreft naar de mening van ondernemer volgens vaste jurisprudentie geen voor herstel vatbaar gebrek. Hierdoor heeft aanbestede de inschrijving van onderneming X ten onrechte als geldig aangemerkt.
- 5.3. Ondernemer onderbouwt dit als volgt.
- 5.3.1. Ondernemer merkt op dat aanbestede in de aanbestedingsdocumenten uitdrukkelijk te kennen heeft gegeven dat de Verklaring bij inschrijving diende te worden ingediend. De aanbestedingsbeginselen brengen met zich dat aanbestede strikt de hand dient te houden aan de door hemzelf gestelde voorwaarden.
- 5.3.2. Ondernemer wijst erop dat aanbestede uit dient te gaan van de inschrijvingen zoals hij deze heeft ontvangen en herstel van een gebrek is in beginsel niet mogelijk. Slechts in uitzonderlijke gevallen is herstel mogelijk, namelijk als het slechts een eenvoudige precisering of het herstel van een kennelijke materiële fout betreft en hierdoor geen nieuwe inschrijving wordt gedaan. Ondernemer is van mening dat van een uitzonderlijk geval als hiervoor bedoeld geen sprake is.
- 5.3.3. Ondernemer merkt daarover op dat de Verklaring volgens ondernemer ziet op de totstandkoming van de inschrijving en dat betreft gegevens die aanbestede niet kan herleiden uit de overige door de inschrijver ingediende documenten. Ondernemer stelt zich op het standpunt dat het anders ook om een zinledige verklaring zou gaan. Daarmee is volgens ondernemer bij het alsnog indienen van de Verklaring na inschrijving geen sprake van een eenvoudige precisering of herstel van een kennelijke materiële fout.
- 5.3.4. Dat volgt volgens ondernemer ook uit de omstandigheid dat herstel alleen mogelijk is als het om gegevens gaat waarvan objectief kan worden vastgesteld dat zij dateren van voor het einde van de inschrijvingstermijn. Bij de Verklaring kan dit niet worden vastgesteld. Dat zou wel kunnen in het geval van bijvoorbeeld ISO of VCA certificaten die door een onafhankelijke instantie zijn afgegeven. Een verklaring die zelf moet worden ingevuld en ondertekend kan ook eenvoudig na inschrijving worden ingevuld en geantidateerd.

Aanbesteder

- 5.4. De reactie van aanbesteder is tegengesteld. Aanbesteder meent dat ondernemer terecht een herstelgelegenheid is geboden en de inschrijving van onderneming X bijgevolg ook terecht als geldig heeft aangemerkt.
- 5.5. Aanbesteder onderbouwt dit als volgt.
 - 5.5.1. Aanbesteder merkt op dat de Verklaring bij inschrijving aanwezig behoorde te zijn, maar dat er geen expliciete regel in de aanbestedingsdocumenten is opgenomen waaruit volgt dat het ontbreken tot ongeldigverklaring van de inschrijving leidt.
 - 5.5.2. Onder die omstandigheden is naar de mening van aanbesteder wel sprake van (i) een kennelijke, geringe of gemakkelijk te herstellen vergissing waarbij (ii) de inschrijving niet wijzigt en (iii) het gegevens betreft die (objectief) dateren van voor de inschrijving.
 - 5.5.3. Aanbesteder licht toe dat hij heeft geconstateerd dat onderneming X bij het indienen van de inschrijving – in plaats van de Verklaring – tweemaal een ander document heeft geüpload en ingediend. De Commissie begrijpt deze toelichting aldus dat onderneming X op het online platform waarop de inschrijving diende te worden ingediend, bij de plaats waar de Verklaring moest worden geüpload een document heeft geüpload dat ook al op een andere plaats was geüpload.
 - 5.5.4. Onderneming X heeft binnen tien minuten na het verzoek van aanbesteder daartoe en dus binnen de maximumtermijn van artikel 2.21.6 ARW 2016 alsnog de Verklaring ingediend.
 - 5.5.5. Aanbesteder heeft vervolgens geverifieerd of de Verklaring van onderneming X reeds bestond op het moment van inschrijven en of deze nadien niet meer is aangepast.
 - 5.5.6. Dit is eerst gedaan op basis van twee door onderneming X aangereikte screenshots. Eén screenshot betreft de (digitale) map waarin onderneming X de bestanden heeft verzameld met daarbij zichtbaar de kolom 'Gewijzigd op' en in die kolom bij het bestand 'Verklaring MSA [naam onderneming X]' een datum en tijdstip gelegen vóór inschrijving, namelijk 3 april 2025, 16:26. De tweede screenshot geeft de documenteigenschappen weer waarop van hetzelfde bestand 'Verklaring MSA [naam onderneming X]' bij 'Gemaakt' en 'Gewijzigd' een datum en tijdstip zichtbaar is gelegen vóór inschrijving, namelijk 3 april 2025, 16:26:31.
 - 5.5.7. Aanbesteder stelt voorts dat hij heeft geverifieerd of de door onderneming X verstreekte informatie klopt en of de overgelegde screenshots legitiem zijn. Daartoe heeft aanbesteder de documenteigenschappen geraadpleegd van het bestand dat onderneming X bij herstel heeft ingediend. Uit deze controle volgt dezelfde datum gelegen vóór inschrijving, namelijk 3 april 2025, 16:26:31. Aanbesteder ziet dan ook geen aanleiding om te veronderstellen dat sprake zou zijn van manipulatie (c.q. antidateren).
 - 5.5.8. Uit de verificatie volgt volgens aanbesteder dat de Verklaring voorafgaand aan inschrijver klaar stond om ingediend te worden. Onderneming X heeft per abuis een ander document twee keer ingediend. Dit is naar de mening van aanbesteder dus een kennelijke vergissing. Het alsnog accepteren van de Verklaring van onderneming X leidt er niet toe dat een andere of nieuwe inschrijving wordt ingediend en de mededinging wordt er niet door verstoord.

Beoordeling Commissie

- 5.6. De Commissie acht de klacht **ongegrond**, omdat aanbesteder in deze specifieke situatie terecht aan onderneming X de gelegenheid heeft mogen bieden om zijn inschrijving te herstellen door alsnog de Verklaring te laten indienen en de inschrijving als geldig aan te merken.
- 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). Een verzoek tot herstel kan dus betrekking hebben op gegevens waarvan objectief kan worden vastgesteld dat zij dateren van voor het einde van de uiterste termijn voor het indienen van de inschrijving. Het bieden van herstel 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. 39 en 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. Het ARW 2016 maakt hierop geen uitzondering. In artikel 2.33.1 ARW 2016 is opgenomen:

‘De aanbesteder kan bij de Europese aanbesteding inschrijvers verzoeken om de inhoud van de inschrijving te verduidelijken of aan te vullen, voor zover dit niet strijdig is met de beginselen van het aanbestedingsrecht. Onderhandelingen met inschrijvers over fundamentele punten van de opdracht, met name over de prijzen, zijn niet toegestaan als daardoor de mededinging vervalst zou worden of discriminatie zou ontstaan.’

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 tussen partijen in deze specifieke situatie niet ter discussie staat dat sprake is van een gebrek. Ook staat niet ter discussie dat herstel van een gebrek in een inschrijving onder omstandigheden mogelijk kan zijn en dat aanbesteder – met inachtneming van de omstandigheden als vermeld in bovenstaand toetsingskader – bevoegd is herstel te bieden als het gebrek zich daarvoor leent.
- 5.10. De discussie tussen partijen concentreert zich op de vraag of het ontbreken van de Verklaring een omstandigheid betreft die naar zijn aard voor herstel vatbaar is en of het mogelijk is dat bij een dergelijke verklaring kan worden vastgesteld dat deze dateert van voor het einde van de inschrijftermijn.
- 5.11. In de aanbestedingsdocumenten heeft de Commissie over de Verklaring en het indienen ervan de navolgende relevante passages aangetroffen:

- 5.11.1. Uit de inleiding op hoofdstuk 6:

(...)

Inschrijvingen die niet uiterlijk op dit tijdstip door [aangebieder] zijn ontvangen of inschrijvingen die per (aangetekende) post, e-mail of andere wijze worden ingediend, zullen door [aangebieder] niet in behandeling worden genomen.

(...)

De inschrijvers moeten bij hun inschrijving voor perceel 5 de navolgende gegevens verstrekken:

(...)

6. Verklaring milieu-, sociaal en arbeidsrecht (bijlage 7)

(...)'

5.11.2. Uit paragraaf 6.6:

'De inschrijving voor perceel 5 is voorzien van een inschrijvingsbiljet met de gegevens conform art. 2.25.2 van het ARW 2016, deze wordt gegenereerd via het RAW bestek.'

5.11.3. Uit paragraaf 6.8:

'De inschrijver dient bij zijn inschrijving een verklaring conform bijlage 7 van deze aanbestedingsleidraad te voegen, waarin hij aangeeft dat hij bij het opstellen van zijn inschrijving rekening heeft gehouden met de verplichtingen op het gebied van het milieu-, sociaal en arbeidsrecht uit hoofde van:

1. het recht van de Europese Unie,
2. het nationale recht,
3. collectieve arbeidsovereenkomsten, en
4. uit hoofde van de in bijlage X van richtlijn 2014/24/EU vermelde bepalingen van internationaal milieu-, sociaal en arbeidsrecht.'

5.11.4. Uit bijlage 7 (de Commissie volstaat met de materiële inhoud van de verklaring):

'(...)

Ondergetekende verklaart bij het opstellen van zijn inschrijving rekening gehouden te hebben met de verplichtingen ingevolge de regelingen inzake milieu-, sociaal en arbeidsrecht, uit hoofde van:

- a. het recht van de Europese Unie,
- b. het nationale recht,
- c. collectieve arbeidsovereenkomsten, en
- d. uit hoofde van de in bijlage X van richtlijn 2014/24/EU vermelde bepalingen van internationaal milieu-, sociaal en arbeidsrecht.

(...)'

5.12. De Commissie overweegt dat zij voor de beantwoording van de vraag of herstel mogelijk is allereerst moet onderzoeken of in de aanbestedingsdocumenten op straffe van ongeldigheid is voorgeschreven dat de Verklaring moet worden ingediend. Immers uit de Europese rechtspraak volgt dat herstel uitgesloten is wanneer daarvan sprake is (zie 5.8.3 hierboven).

Sanctionering van het niet indienen van de Verklaring

5.13. Ondernemer stelt dat aanbesteder in de aanbestedingsstukken uitdrukkelijk heeft aangegeven dat de Verklaring moet worden ingediend. Aanbesteder betwist dit niet, maar stelt dat uit de aanbestedingsstukken niet expliciet volgt dat het ontbreken van de Verklaring tot ongeldigheid leidt. Ondernemer baseert zich op de inleidende tekst van hoofdstuk 6 Aanbestedingsleidraad zoals geciteerd in overweging 5.11.1.

5.14. De Commissie is het met aanbesteder eens dat op basis van voorgaande passage geen directe uitsluiting volgt. De Commissie heeft in de overige overgelegde aanbestedingsdocumenten ook niet de expliciete sanctie van uitsluiting op het ontbreken van de Verklaring aangetroffen.

5.14.1. De passage waarop ondernemer wijst, strekt er naar het oordeel van de Commissie toe dat niet tijdig ingediende inschrijvingen dan wel op geheel andere dan de

voorgeschreven wijze aangeboden inschrijvingen niet in behandeling zouden moeten worden genomen. Een behoorlijk geïnformeerd en normaal oplettend inschrijver behoeft naar het oordeel van de Commissie niet te begrijpen dat een inschrijving die wel tijdig en op de voorgeschreven wijze is ingediend, maar waarvan een onderdeel ontbreekt, niet wordt aangemerkt als een ontvangen inschrijving en dus met uitsluiting is gesanctioneerd.

- 5.14.2. Hoewel partijen zich niet op dit standpunt stellen, wijst de Commissie ten overvloede op de omstandigheid dat in artikel 2.32.1 ARW 2016 is bepaald dat een inschrijving die niet voldoet aan de eisen gesteld in dit reglement, de aankondiging en de voor inschrijving relevante aanbestedingsstukken, ongeldig is. De Commissie is evenwel van oordeel dat dit artikel niet los kan worden gezien van artikel 2.33.1 ARW 2016 waarin (in vergelijkbare strekking met artikel 2.55 Aw 2012) is bepaald dat aanbesteder inschrijvers kan verzoeken de inhoud van de inschrijving te verduidelijken of aan te vullen, voor zover dit niet strijdig is met de beginselen van het aanbestedingsrecht. Hieruit volgt naar het oordeel van de Commissie dat artikel 2.32.1 ARW 2016 niet kan worden aangemerkt als een expliciete grondslag op basis waarvan informatie op straffe van uitsluiting diende te worden verstrekt.
- 5.14.3. Wel heeft aanbesteder in paragraaf 6.1 Aanbestedingsleidraad bepaald dat in geval van een verzoek tot verduidelijking van de inschrijving volgens artikel 2.33.1 ARW 2016 binnen 5 werkdagen op straffe van uitsluiting geldige bewijsmiddelen verstrekt moeten zijn. De Commissie neemt aan dat hiermee bedoeld is dat de termijn geldt voor zover het overleggen van bewijsmiddelen noodzakelijk is in relatie tot het verzoek tot verduidelijking. Uit de toelichting van aanbesteder volgt dat onderneming X binnen 10 minuten na het verzoek van aanbesteder heeft gereageerd met de Verklaring, waardoor van uitsluiting – voor zover al sprake zou zijn van een bewijsmiddel als bedoeld in paragraaf 6.1 – op deze grond geen sprake is.

Voor herstel vatbaar gebrek of nieuwe inschrijving?

- 5.15. Nu het ontbreken van de Verklaring niet op voorhand met uitsluiting is gesanctioneerd dient de Commissie te beoordelen of sprake is van een uitzonderlijk geval op basis waarvan afgeweken mag worden van het uitgangspunt dat aanbesteder moet uitgaan van de inschrijving zoals deze ontvangen is. De inschrijving kan gericht worden aangevuld, met name omdat deze klaarblijkelijk een eenvoudige precisering behoeft of om een kennelijke materiële fout recht te zetten. Daarbij mag herstel niet leiden tot een nieuwe inschrijving. Het is daarbij mede op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel van belang dat aanbesteder de nodige kennis vergaart omtrent de relevante feiten en af te wegen belangen.
- 5.16. Naar het oordeel van de Commissie is van een uitzonderlijk geval in deze situatie sprake.
- 5.17. Om de aard van het gebrek te duiden ziet de Commissie aanleiding om nader stil te staan bij de context op basis waarvan aanbesteder de Verklaring vraagt.
- 5.17.1. Op grond van artikel 2.81 lid 2 Aw 2012 dient een aanbestedende dienst inschrijvers te verzoeken aan te geven dat zij bij het opstellen van hun inschrijving rekening hebben gehouden met de verplichtingen op het gebied van het milieu-, sociaal en arbeidsrecht uit hoofde van de in bijlage X van richtlijn 2014/24/EU vermelde bepalingen van internationaal milieu- sociaal en arbeidsrecht. In artikel 2.7.4 ARW 2016 is een vergelijkbare bepaling opgenomen.

- 5.17.2. Aanbesteder geeft invulling aan deze verplichting door – in paragraaf 6.8 Aanbestedingsleidraad – inschrijvers te verzoeken dat zij een verklaring overeenkomstig een door aanbesteder verstrekt model invullen, ondertekenen en bij inschrijving indienen. De kern van de verklaring is weergegeven in overweging 5.11.4.
- 5.17.3. Naast de Verklaring dienen inschrijvers ook – als gevolg van het door aanbesteder van toepassing verklaren van de facultatieve uitsluitingsgrond van artikel 2.87 lid 1 sub a Aw 2012 – in het UEA antwoord te geven op de vraag: "Heeft de ondernemer, voor zover hij weet, zijn verplichtingen op het gebied van milieu-, sociaal of arbeidsrecht geschonden?". Deze vraag in het UEA (meer gericht op het verleden) vertoont overlap en hangt nauw samen met de Verklaring (meer gericht op de voorbereiding van inschrijving).
- 5.17.4. De Commissie overweegt dat de Verklaring een bevestigend karakter heeft en er met name op lijkt te zijn gericht het bewustzijn over het bestaan van de verplichtingen zoals geadresseerd in de Verklaring te bevorderen. Immers dient iedere inschrijver zich – met of zonder Verklaring – aan wet- en regelgeving te houden bij het opstellen van de inschrijving, waaronder dus ook de in de Verklaring bedoelde verplichtingen.
- 5.18. De Commissie ziet zich voor de vraag gesteld of herstel in het onderhavige geval – gegeven de aard van het gebrek – leidt tot een nieuwe inschrijving. In een dergelijk geval moet aanbesteder nagaan of de materiële inhoud van de inschrijving aan de eisen voldoet en – in dat geval – bepalen of het gebrek in de inschrijving zich leent voor het bieden van een herstelmogelijkheid.
- 5.19. Met het ontbreken van de Verklaring staat vast dat onderneming X niet alle verlangde informatie heeft verstrekt die nodig is voor de inhoudelijke beoordeling van de inschrijving.
- 5.19.1. Het strekt naar het oordeel van de Commissie te ver om te concluderen dat – vanwege de hierboven geschetste aard van de Verklaring en de overlap met het gegeven antwoord in het UEA – de door aanbesteder verlangde informatie onmiskenbaar uit een ander onderdeel van de inschrijving van onderneming X was af te leiden. Daarmee zou – hoewel het verschil in de beleving van de Commissie gering is – de Verklaring geheel geen onderscheidende waarde toe te kennen zijn.
- 5.19.2. Ook de omstandigheid dat in paragraaf 6.6 Aanbestedingsleidraad is bepaald dat de inschrijving op perceel 5 geschiedt op basis van een inschrijvingsbiljet met de gegevens conform artikel 2.25.2 ARW 2016 is hiervoor onvoldoende. Op basis van dit artikel wordt met ondertekening van de inschrijving door de inschrijver verklaard dat 'de inschrijving wordt gedaan overeenkomstig de bepalingen van het Aanbestedingsreglement Werken 2016 met inachtneming van de bepalingen en de gegevens zoals deze zijn omschreven in de voor inschrijving relevante aanbestedingsstukken'. Onderneming X heeft zich met zijn inschrijving op de aanbesteding van Aanbesteder met het indienen van een ondertekend inschrijfbiljet gecommitteerd aan de opdracht en de door hem gewenste prijs, maar ook aan het doen van de Verklaring. Daarmee is evenwel niet geconcludeerd dat de Verklaring ook daadwerkelijk is gedaan.
- 5.20. Dan is voor de beoordeling of herstel rechtmatig kan plaatsvinden relevant of de juistheid van de verlangde informatie die verstrekt had moeten worden (lees: het bestaan van een rechtsgeldig ondertekende Verklaring van onderneming X) achteraf op objectieve wijze kan worden aangetoond. De Commissie oordeelt met het oog op de aard van de Verklaring en de onderhavige omstandigheden dat in dit

concrete geval aanbesteder heeft kunnen aannemen dat een Verklaring die aan de vereisten voldeed bestond voorafgaand aan de uiterste termijn voor inschrijving.

- 5.20.1. Op basis van de feitelijke beschrijving van de gang van zaken door aanbesteder, die door ondernemer ook niet wordt tegengesproken, ziet de Commissie geen aanleiding om te twijfelen aan de vaststelling van aanbesteder dat onderneming X een vergissing heeft begaan doordat zij per abuis bij het indienen van de inschrijving een ander onderdeel van de inschrijving dubbel heeft geüpload (vergelijk overweging 5.5.3 en 5.5.8).
- 5.20.2. Voorts ziet de Commissie – op basis van de toelichting van aanbesteder – geen aanleiding om te veronderstellen dat de Verklaring zoals deze door Onderneming X is ingevuld, niet bestond op het moment dat de inschrijving werd ingediend. Anders dan ondernemer betoogt, ziet de Commissie niet in dat van de Verklaring van onderneming X niet objectief zou kunnen worden vastgesteld dat deze dateert van voor inschrijving. Aanbesteder geeft stellig aan tot deze vaststelling te zijn gekomen op basis van de technische data van het bestand (vergelijk overwegingen 5.5.6 en 5.5.7). Door ondernemer is dat ook niet weersproken.
- 5.20.3. De snelheid waarmee Onderneming X reageerde op het verzoek van aanbesteder, de screenshots van onderneming X en de eigen verificatie van aanbesteder maken in combinatie met de aard van de Verklaring die (slechts) gericht is op het bevorderen van bewustzijn, voldoende aannemelijk dat de verklaring voorafgaand aan de uiterste termijn voor het indienen van inschrijving bestond en dat de mededinging niet is verstoord doordat aanbesteder alsnog een herstelmogelijkheid heeft geboden.
- 5.21. De Commissie komt tot de slotsom dat de klacht van ondernemer **ongegrond** is. Aanbesteder heeft aan onderneming X terecht een herstelmogelijkheid geboden.

6. Advies

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

De Commissie heeft zich ten behoeve van dit advies laten bijstaan door mr. S. Lautenbag.

Mr. G.R. Werkman-Bouwkamp	Mr. M.C. Pinto	Mr. dr. A.J. van Heeswijck
Voorzitter	Vicevoorzitter	Commissielid

Den Haag, 8 oktober 2025