



ONVOLLEDIGE UEA BLIJKT HERSTELBAAR!



DE ZAAK

De gemeente Utrecht houdt een Europese openbare aanbestedingsprocedure voor het beheer van een aantal leiding-waterinstallaties. Normec schrijft in op de aanbesteding, maar wordt uitgesloten omdat haar inschrijving onvolledig is. Zo ontbreekt in het Uniform Europees Aanbestedingsdocument (hierna: UEA) de bevestiging dat de sociale premies en belastingen zijn voldaan. Ook de benodigde informatie over de inzet van een onderaannemer ontbreekt in het UEA en in een verplicht in te dienen referentieformulier. Normec is van mening dat de gemeente haar in de gelegenheid had moeten stellen deze vergissingen te herstellen, maar de gemeente biedt die ruimte niet.

De voorzieningenrechter oordeelt dat de gemeente Normec niet had mogen uitsluiten en het Gerechtshof bekrachtigt dat vonnis. Bepalend voor die beslissingen is dat het niet juist invullen van het UEA (en het referentieformulier) een kennelijke vergissing was en dat uit andere inschrijvingsdocumenten onmiskenbaar viel af te leiden (i) dat Normec voldaan heeft aan haar belastingverplichtingen en (ii) wie haar onderaannemer is. Bovendien is gebleken dat de gemeente een andere inschrijver op deze aanbesteding wél in de gelegenheid heeft gesteld uitleg te geven over een vergelijkbare discrepantie tussen de ingediende formulieren met betrekking tot een onderaannemer en het ingediende UEA. Het gelijkheidsbeginsel verplicht de gemeente in dat geval ook Normec die gelegenheid te bieden.



JURIDISCH KADER

- Een aanbestedende dienst mag een ondernemer vragen zijn inschrijving of verzoek om deelneming nader toe te lichten of aan te vullen (zie o.a. artikel 2.55 Aw 2012 en artikel 56 lid 3 richtlijn 2014/24/EU).
- Een aanbestedende dienst die tevens kwalificeert als bestuursorgaan/overheidslichaam (zoals een gemeente) dient bij de voorbereiding van een beslissing om een inschrijver al dan niet uit te sluiten, de nodige kennis te vergaren omtrent de relevante feiten en af te wegen belangen.*
- De aanbestedende dienst dient een inschrijving uit te sluiten als na voldoende zorgvuldig onderzoek blijkt dat in de inschrijvingsdocumenten niet alle verlangde informatie is verstrekt die nodig is voor de inhoudelijke beoordeling van de inschrijving waarvan de juistheid – ten tijde van het sluiten van de inschrijvingstermijn – niet achteraf op objectieve wijze kan worden aangetoond.
- Maar let op: Als een inschrijvingsdocument, zoals een UEA, na de inschrijvingstermijn niet (volledig) is ingevuld, brengt dat niet altijd mee dat een aanbestedende dienst de inschrijving zonder meer ongeldig mag verklaren. Is de verlangde informatie door de inschrijver tijdig verstrekt in de inschrijvingsdocumenten of valt deze informatie onmiskenbaar daaruit af te leiden, maar is de informatie niet opgenomen in het juiste document (zoals het UEA) of op de juiste plaats, dan dient de aanbestedende dienst dit in beginsel op te vatten als een herstelbare vergissing.
- Bij het voorgaande geldt altijd dat inschrijvers gelijk moeten 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 zij 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.



RECHTERS AAN HET WOORD

- In het arrest SAG ELV Slovensko oordeelde het Hof van Justitie van de EU (HvJEU) dat het bieden van herstel door de aanbesteder geen verplichting is, maar een bevoegdheid. Een aanbestedende dienst mag een inschrijver verzoeken zijn inschrijving te verbeteren of aan te vullen, mits het slechts een eenvoudige precisering betreft, dan wel het herstel van een kennelijke materiële fout. Het mag echter niet zo zijn dat hierdoor een nieuwe inschrijving wordt gedaan.

* Het (bestuursrechtelijke) zorgvuldigheidsbeginsel verlangt van de aanbestedende dienst dat hij nagaat of de materiële inhoud van de inschrijving waaraan een vormfout kleeft aan de eisen voldoet en – in dat geval – of de vormfout zich voor herstel leent. Het zorgvuldigheidsbeginsel is neergelegd in artikel 3:2 van de Algemene wet bestuursrecht en is van toepassing op bestuursorganen/overheidslichamen die een aanbestedingsprocedure houden (op grond van artikel 3:1 lid 2 Awb en artikel 3:14 van het Burgerlijk Wetboek).

- In het arrest Manova oordeelde het HvJEU dat een aanbestedende dienst een inschrijver na inschrijving niet mag verzoeken documenten te overleggen waarvan objectief kan worden vastgesteld dat zij dateren van voor het einde van de inschrijvingstermijn, als de aanbestedingsstukken uitdrukkelijk voorschrijven dat die documenten op straffe van uitsluiting bij inschrijving moeten worden verstrekt.
- In het arrest Esaprojekt benoemt het HvJEU ook een aantal regels omtrent het herstel van gebreken. Een inschrijving mag na indiening in beginsel niet worden aangepast op initiatief van de aanbestedende dienst of van de inschrijver. Een aanbestedende dienst mag een inschrijver niet om preciseringen verzoeken bij een inschrijving die hij onnauwkeurig of niet in overeenstemming met de technische specificaties van het bestek acht. De gegevens van de inschrijvingen kunnen evenwel gericht worden verbeterd of aangevuld, met name omdat deze klaarblijkelijk een eenvoudige precisering behoeven, of om kennelijke materiële fouten recht te zetten. Het verzoek om een inschrijving toe te lichten mag er niet toe leiden dat de betrokken

inschrijver in werkelijkheid een nieuwe inschrijving indient. De aanbestedende dienst moet de inschrijvers gelijk en op loyale wijze behandelen; het is niet toegestaan de ene inschrijver te bevoordelen ten opzichte van een ander.

- De voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag oordeelde dat het openlaten van een of meerdere vragen in het UEA niet kan worden aangemerkt als een kennelijke fout die mag worden hersteld. Dat zou inschrijvers immers de gelegenheid bieden om feiten te verbloemen. Herstel zou in dat geval de weg vrijmaken voor inschrijvers om de vragen alsnog later te beantwoorden, doch met kennis van de bestaande feiten. Voorgaande fout verhoudt zich niet met de fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht en komt dus niet voor herstel in aanmerking. Let wel: Anders dan de zaak waar deze JA! op ziet, was in deze zaak volgens de voorzieningenrechter dus geen sprake van een kennelijke vergissing en waren er geen (andere) inschrijvingsdocumenten overgelegd waaruit onmiskenbaar viel af te leiden wat ingevuld had moeten worden in het UEA.



TIPS VOOR DE PRAKTIJK

- Neem in de aanbestedingsstukken geen onnodige beperking op van de mogelijkheid om herstel van gebreken toe te staan. Indien bepaalde documenten op straffe van uitsluiting moeten worden overgelegd, vermeld daarbij dan dat dit geen afbreuk doet aan het recht van de aanbestedende dienst om inschrijvers in staat te stellen kennelijke gebreken te herstellen.
- Ga bij een kennelijke onjuistheid of omissie goed na of uit de gehele inschrijving blijkt wat de inschrijver precies bedoeld heeft. Wees niet te voorbarig met het uitsluiten van een inschrijving indien de benodigde informatie wel degelijk terug te vinden is in de ingediende inschrijving. De wet biedt immers de ruimte om dergelijke kleine gebreken te laten herstellen.
- Sta toe dat ontbrekende documenten waarvan objectief kan worden vastgesteld dat zij dateren van voor het einde van de inschrijvingstermijn, alsnog worden overgelegd,

tenzij dat zou leiden tot een materiële wijziging van de inschrijving.

- Als je een herstelmogelijkheid biedt, doe dat dan zo dat de inschrijver niet in de gelegenheid is zijn inschrijving materieel te wijzigen. Dit kan bijvoorbeeld door gesloten vragen te stellen ("Wij begrijpen uw inschrijving zo dat (...). Kunt u bevestigen dat deze lezing juist is?").
- Behandel inschrijvers gelijk, maar let op: niet alle gebreken zijn gelijk. Hanteer objectieve criteria om te bepalen welke gebreken zich lenen voor herstel en welke niet. Stel daarbij de vraag: "verandert het document iets aan de wijze waarop de inschrijver de opdracht zal uitvoeren (als deze aan hem wordt verleend?)". Documenteer deze objectieve criteria, de door de aanbestedende dienst genomen besluiten en de correspondentie met inschrijvers zorgvuldig. Is de casus te complex? Win dan deskundig juridisch advies in.

EEN STRATEGISCH PARTNERSCHAP

Het **NIC.**

VANDOORNE ⊕

Aeves
Benefit

Vragen? Mail naar legal@aevesbenefit.com