



HET UEA ONTBREEKT. IS HERSTEL (NOG) MOGELIJK?



DE ZAAK

De gemeente Tilburg houdt een Europese, openbare aanbesteding voor (reclame-)exploitatie van abri's en reclamevitruines. De aanbestedingsstukken bepalen dat inschrijvers die geen Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA) indienen, worden uitgesloten van de aanbesteding. Inschrijver Global Media vergeet (tijdig) een UEA in te dienen en wordt uitgesloten.

Global Media vecht haar uitsluiting aan in kort geding. Volgens Global Media had zij de gelegenheid moeten krijgen dit gebrek in haar inschrijving te herstellen. Global Media heeft het UEA namelijk ook vóór de uiterste inschrijftermijn ingevuld, ondertekend en gescand; zij kan dat bewijzen aan de hand van de metadata van het UEA-bestand op haar computer. De gemeente kan dus verifiëren dat haar UEA daarna niet meer is gewijzigd.

Daarnaast bevat het UEA objectief te verifiëren gegevens die ook op andere plaatsen in de inschrijving van Global Media zijn opgenomen, aldus Global Media.

De [voorzieningenrechter](#) toetst of herstel (nog) mogelijk is, maar dat blijkt niet het geval te zijn. De aanbestedingsstukken bepalen namelijk expliciet dat het UEA op straffe van uitsluiting moet worden ingediend. In dat geval is herstel niet mogelijk en is er ook geen ruimte meer voor een evenredigheidstoets. Het gaat hier ook niet om een klaarblijkelijk eenvoudige precisering of het herstel van een kennelijke materiële fout, aldus de voorzieningenrechter. Het UEA bevat essentiële informatie en is daarom een essentieel onderdeel van de inschrijving. Volgens de rechter kan ook niet de (gehele) inhoud van het UEA objectief worden vastgesteld op basis van de inhoud van de rest van de inschrijving van Global Media. De voorzieningenrechter wijst de vorderingen van Global Media af.



JURIDISCH KADER & RECHTERS AAN HET WOORD

- Artikel 1.9 Aw 2012 bevat het transparantiebeginsel en verplicht aanbestedende diensten alle voorwaarden op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze te formuleren.
- Overeenkomstig het arrest [Succhi di Frutta](#) dient een aanbestedende dienst nauwgezet de door hemzelf vastgestelde criteria in acht te nemen. Een gewenste beperking van de inschrijvingsmogelijkheden dient op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze in de aanbestedingsstukken te worden verwerkt. Die verplichting houdt ook in dat een aanbestedende dienst een inschrijver moet uitsluiten, wanneer de inschrijver vergeet een document in te dienen dat volgens de aanbestedingsdocumenten op straffe van uitsluiting moest worden overgelegd. Dit volgt uit het [Mano-va](#)-arrest. In dat arrest oordeelde het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJEU) dat een aanbestedende dienst een inschrijver na inschrijving mag verzoeken documenten te overleggen waarin diens situatie wordt beschreven, op basis waarvan objectief kan worden vastgesteld dat zij dateren van voor het einde van de inschrijvingstermijn. Dit is echter niet toegestaan als de aanbestedingsstukken uitdrukkelijk voorschrijven dat die documenten op straffe van uitsluiting bij inschrijving moeten worden overgelegd.
- In het [SAG ELV Slovensko](#)-arrest oordeelde het HvJEU dat het bieden van herstel door de aanbestedende dienst geen verplichting is, maar een bevoegdheid. De 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.
- Als het gaat om de proportionaliteit van uitsluiting heeft de Hoge Raad bepaald dat er geen ruimte meer is voor een proportionaliteitstoets wanneer de aanbestedingsstukken expliciet bepalen dat uitsluiting plaatsvindt, zonder dat de beslissing tot uitsluiting op evenredigheid wordt getoetst. De inschrijver moet in dat geval ook daadwerkelijk worden uitgesloten (zie [HvJEU Connexion](#) en het [Connexion/Staat](#)-arrest van de Hoge Raad).

- In het arrest [Esaprojekt](#) vat het HvJEU zijn eigen rechtspraak over het herstel van gebreken in inschrijvingen als volgt samen:
 - o 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.
 - o 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.
- o Het verzoek om een inschrijving toe te lichten mag er niet toe leiden dat de betrokken inschrijver in werkelijkheid een nieuwe inschrijving indient.
- o De aanbestedende dienst moet de inschrijvers gelijk en op loyale wijze behandelen; het is niet toegestaan de ene inschrijver te bevoordelen boven een ander.



TIPS VOOR DE PRAKTIJK

- Het onnodig stellen van strikte eisen kan een aanbestedende dienst duur komen te staan. Het kan ertoe leiden dat de beste of laagste inschrijving moet worden uitgesloten vanwege een onnodige procedurele regel. Wees erop bedacht dat de ruimte om gebreken in inschrijvingen te laten herstellen, al is beperkt. Neem dus ook geen onnodige beperking op van de mogelijkheid om herstel van gebreken toe te staan, zoals in deze zaak gebeurde. 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.
- Wees ook niet te voorbarig met het uitsluiten van een inschrijving indien de benodigde informatie wel degelijk terug te vinden is in de ingediende inschrijving. Er is immers ruimte om dergelijke kleine gebreken te laten herstellen. Ga bij een kennelijke onjuistheid of omissie goed na of uit de gehele inschrijving blijkt wat de inschrijver precies bedoeld heeft. En 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 dat toegestaan zou zijn in deze zaak, had dat naar onze inschatting tot een andere uitkomst kunnen leiden op grond van het genoemde Manova-arrest.
- Als een herstelmogelijkheid wordt geboden, 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?").
- Is er sprake van een gebrek dat de aanbieder zelf betreft en is niet met zekerheid vast te stellen dat sprake is van een vergissing? Dan komt herstel snel neer op een wijziging van de inschrijving. Niet doen dus.

EEN STRATEGISCH PARTNERSCHAP

Het **NIC.**

VANDOORNE ⊕

Aeves 
Benefit

Vragen? Mail naar legal@aevesbenefit.com