

Jurisprudentie Alarm

Inschrijver mag UEA na afloop van
inschrijvingstermijn indienen

De zaak

De gemeente Arnhem ("**Gemeente**") organiseert een nationale openbare aanbesteding voor het sluiten van een raamovereenkomst om asfalt- en elementenverharding aan te brengen. De ARW 2016 is van toepassing verklaard. De eiseres in deze zaak, een wegenbouwbedrijf, schrijft zich in vóór het einde van de inschrijvingstermijn op 25 februari 2021 om 10:00 uur. De volgende dag wordt aan haar medegedeeld dat haar inschrijving het hoogste is geëindigd.

Op 19 maart 2021 laat de Gemeente aan eiseres weten dat haar inschrijving ongeldig is en dat zij daarom van de procedure wordt uitgesloten. Dat komt volgens de Gemeente doordat eiseres verzuimd heeft haar Uniforme Europese Aanbestedingsdocument ("**UEA**") bij haar inschrijving te voegen. De eiseres legt hierop aan de Gemeente uit dat zij een fout heeft gemaakt. Zij had per abuis twee keer hetzelfde UEA van haar moederverenootschap ingeleverd, in plaats van twee verschillende UEA's (een van haarzelf en een van de moederverenootschap). Zij vraagt de Gemeente daarom haar inschrijving alsnog geldig te verklaren en aan haar, als hoogst beëindigde inschrijver, een gunningsvoornemen te verstrekken. Ter onderbouwing betoogt eiseres dat haar afzonderlijke UEA overbodig is, omdat het UEA van haar moederverenootschap wel is overlegd en de entiteit van eiseres feitelijk onderdeel daarvan uitmaakt. Daarnaast stelt zij dat de Gemeente haar de kans had moeten geven om de fout te verbeteren. Als de Gemeente het verzoek van de eiseres afwijst, spant zij een kort geding aan bij de Rechtbank Gelderland.

In kort geding vordert eiseres dat de Gemeente de uitsluitingsbeslissing intrekt en dat zij de raamovereenkomst alsnog aan haar gunt. De Gemeente verweert zich door te verwijzen naar het in de aanbestedingsleidraad van toepassing verklaarde ARW 2016. Dit reglement biedt de mogelijkheid om gebreken in een UEA te herstellen, maar niet de mogelijkheid een geheel ontbrekend UEA alsnog in te dienen.

De voorzieningenrechter oordeelt dat een (letterlijke) toepassing van ARW 2016, die maakt dat onder geen enkele omstandigheid het ontbreken van het UEA kan worden hersteld, niet in overeenstemming is met jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie ("**HvJ EU**"). Volgens het SAG-arrest mag een inschrijver namelijk in uitzonderlijke gevallen kennelijke materiële fouten herstellen, mits dat niet feitelijk in een nieuwe inschrijving resulteert. Het Manova-arrest beperkt die herstelmogelijkheid tot (i) stukken die dateren van vóór het einde van de inschrijvingstermijn en (ii) stukken die niet op straffe van uitsluiting hadden moeten zijn verstrekt.

Volgens de voorzieningenrechter doen zich in deze zaak omstandigheden voor die maken dat de Gemeente eiseres alsnog in de gelegenheid moet stellen haar gebrekkige inschrijving te herstellen. Hij overweegt dat eiseres vóór sluiting van de inschrijvingstermijn een geheel ingevuld en ondertekend UEA als pdf-bestand op de computer had klaarstaan. De bestuurder van de eiseres bewijst dit ter zitting door op zijn mobiele telefoon te laten zien dat het pdf-document voor het laatst was gewijzigd op 25 februari 2021, 09:41 uur. Er zijn geen aanwijzing dat eiseres het pdf-document op de een of andere manier heeft gemanipuleerd. Daaruit leidt de voorzieningenrechter af dat het UEA 19 minuten vóór het sluiten van de inschrijvingstermijn geheel ingevuld en

ondertekend klaarstond, en dat het document voor het laatst op dat tijdstip is gewijzigd. Er bestaat dus ook geen risico op verstoring van de mededinging als de eiseres het UEA ná sluiting van de inschrijvingstermijn alsnog inlevert. De voorzieningenrechter concludeert dat eiseres een te herstellen vergissing heeft gemaakt, nu zij niet alleen heeft verzuimd haar eigen UEA in te dienen, maar ook tweemaal het UEA van haar moedervereniging heeft bijgevoegd.

Tot slot overweegt de voorzieningenrechter dat er geen reden bestaat te vrezen dat toewijzing van de vorderingen inschrijvers in het algemeen zal aanmoedigen opzettelijk foutieve stukken in te dienen. De eiseres wordt dan ook in het gelijk gesteld. Voor zover zij geschikt is en er geen uitsluitingsgronden op haar van toepassing zijn, moet het werk aan haar worden gegund.

Juridisch kader

- Overeenkomstig het arrest Succhi di Frutta van het HvJ EU dient een aanbestedende dienst nauwgezet de door hemzelf vastgestelde criteria in acht te nemen.
- In het arrest SAG ELV Slovensko oordeelde het HvJ EU 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.
- In het arrest Manova oordeelde het HvJ EU 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 nadrukkelijk voorschrijven dat die documenten op straffe van uitsluiting bij inschrijving moeten worden verstrekt.
- In het arrest Esaprojekt benoemde het HvJ EU 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 een inschrijver te bevoordelen boven een ander.

Rechters aan het woord

Dit is niet de eerste keer dat een inschrijver verzuimt om een UEA in te dienen en de rechter moet beoordelen of die fout achteraf mag worden hersteld. In de meeste gevallen luidt het oordeel dat de aanbestedende dienst terecht geen herstelbaarheid heeft geboden. Enkele voorbeelden:

- Rechtbank Rotterdam (2020), en Rechtbank Zeeland-West-Brabant (2022): inschrijver wordt uitgesloten omdat zij heeft verzuimd het UEA te uploaden. In de offerteaanvraag staat ondubbelzinnig voorgeschreven dat het niet-indienen van het UEA wordt gesanctioneerd met uitsluiting, dus ingevolge het arrest Manova bestaat er geen herstelbaarheid.
- Rechtbank Den Haag (2022): inschrijver wordt uitgesloten omdat zij heeft verzuimd om het UEA te uploaden. De rechter geeft toe dat het niet-indienen van een UEA niet altijd tot uitsluiting hoeft te leiden. Toch kan de onvolledige inschrijving niet worden hersteld, nu de inhoud van het UEA niet objectief uit de inhoud van de inschrijving kan worden afgeleid.
- Rechtbank Amsterdam (2018): inschrijver wordt uitgesloten omdat zij heeft verzuimd te vermelden dat zij onderaannemers inschakelt en omdat zij de UEA's van deze onderaannemers niet heeft overlegd bij inschrijving. Er is geen sprake van een herstelbaarheid, omdat dit in strijd zou zijn met het gelijkheidsbeginsel.

Volgens de rechtbank Overijssel (2016), dient wel een herstelbaarheid te worden geboden aan een inschrijver die het UEA heeft ingeleverd met een aantal ontbrekende pagina's. Het uploaden van een onvolledig UEA is in de aanbestedingsstukken namelijk niet met uitsluiting gesanctioneerd en herstel omvat geen inhoudelijke wijziging van de inschrijving.

Tips voor de praktijk

-  Als je als inschrijver een inschrijving doet, controleer dan goed of alle benodigde documenten correct zijn ingediend. Zorg ervoor dat je die documenten niet meer bewerkt na afloop van de inschrijvingstermijn en dat je dit ook kunt bewijzen. Mogelijk kun je eventuele fouten herstellen door documenten na afloop van de inschrijvingstermijn alsnog te overleggen.
-  Overweeg als aanbestedende dienst of je het niet (volledig) aanleveren van documenten in de inschrijving expliciet wilt sanctioneren met uitsluiting van de aanbestedingsprocedure. Als je dat opneemt, ben je daar in beginsel aan gehouden.
-  Sta als aanbestedende dienst toe dat ontbrekende documenten alsnog worden overgelegd indien (i) objectief kan worden vastgesteld dat de stukken dateren van vóór het einde van de inschrijvingstermijn, (ii) de aanbestedingsstukken uitsluiting niet voorschrijven en (iii) het alsnog overleggen niet leidt tot een materiële wijziging van de inschrijving. Stel jezelf daarbij de vraag: verandert het document iets aan de wijze waarop de inschrijver de opdracht zal uitvoeren (als deze aan hem wordt verleend)?
-  Behandel als aanbestedende dienst alle inschrijvers gelijk, maar let op: niet alle gebreken zijn gelijk. Hanteer objectieve criteria om te bepalen welk gebrek zich leent voor herstel en welke niet. Documenteer die criteria, de door de aanbestedende dienst genomen besluiten en de correspondentie met inschrijvers zorgvuldig.
-  Gebruik als aanbestedende dienst je gezonde verstand bij de vraag of een inschrijver de gelegenheid moet worden geboden tot herstel.



MEER WETEN?

Ga voor contact of meer informatie naar onze [website](#).

Het Jurisprudentie Alarm is een coproductie met [Van Doorne](#)
Advocaten, notarissen & fiscalisten en [EPSA Procurement](#).

epsa[™]
PROCUREMENT

Van Doorne