

## COLOFON

### Redactie

Mr. A.H. Dolmans-Bude  
Dolmans-Bude Legal BV

M.J. van der Kuff  
TenderGoach, Den Haag

Prof. mr. G.W.A. van de Meent  
Loyens & Loeff Advocaten, Amsterdam

Mr. E.W. Sinelers  
Bakels Sinelers Aanbestedingsadvocaten  
Herengracht, Amsterdam

Mr. H.L.M.M. Wijnan  
FRANCO, Den Haag

Mr. A. van Wijnngaarden  
International Tender Services BV, Raalte

Eindredactie: Marij Hazeleger  
E-mail: marij@redactioneleproducties.nl

Uitgever: Frank Bakker  
Tel: (020) 515 93 98  
E-mail: Frank.Bakker@reedbusiness.nl

### Abonnementen

Abonnementen € 204,00 p.j. (incl. BTW)  
Losse nummers € 27,50 (incl. BTW)

Bij betaling via acceptor of sulen wij een bedrag van € 2,50 (incl. BTW) aan kosten in rekening brengen. Abonnementen worden automatisch doorlopen tenzij uiterlijk 30 dagen voor de vervaldatum bij onze klantenservice wordt opgezegd via telefoonnummer (0314) 35 83 58.

Aanvraag abonnementen/wijzigingen:  
Klantenservice (0314) 35 83 58  
E-mail: klantenservice@reedbusiness.nl

www.kennisbankinkoopenaanbesteden.nl

De artikelen in de tender Nieuwsbrief worden geïllustreerd in de kennisbankinkoop en aanbesteden van Reed Business bv.

### De Nederlandse Vereniging voor

Aanbestedingsrecht (NVA) heeft als lid het voorstel voor de richtlijn van het gebied van de nationale, Europese en internationale aanbestedingsrecht.

International Tender Services BV adviseert begeleidende raadgeverheden en nutsbedrijven ter optimalisering van hun inkoopprocessen en aanbestedingen in het kader van de implementatie van de Europese aanbestedingsrichtlijn.

Aan de afsluitende uitgave van deze uitgave is de afsluitende zorg gebaseerd op informatie die uitsluitend op grond van juist opgenomen aanvragen is redactie aan uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele verbeteringen van de opgenomen gegevens houden zij zich ernaar aanbevolen.

Niets uit deze uitgave mag worden overgenomen of verspreid zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Uw opgegeven gegevens kunnen worden gebruikt voor het toezenden van informatie en/of speciale aanbiedingen door Reed Business bv en speciaal geselecteerde bedrijven. Indien u hiertegen bezwaar heeft, stuurt u een briefje naar Reed Business bv, Lav. Adresregistratie, Postbus 808 7000 AV Doetinchem.

Tender Nieuwsbrief is een uitgave van

Reed Business bv, Amsterdam

© 2014

ISSN: 1384-2838

## DE ZAAK

# Manova-arrest: herstel van gebrek bij aanbesteding 2B-dienst

In aanbestedingsprocedures stuiten partijen regelmatig op de vraag of een aanbestedende dienst een gegadigde mag verzoeken om ontbrekende gegevens na de aanmelding aan te vullen. In maart 2012 heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof) in het SAG-arrest criteria geformuleerd voor de mogelijkheid om na inschrijving een gegadigde te verzoeken om nadere toelichting van zijn inschrijving.<sup>1</sup> In het Manova-arrest van 10 oktober 2013 (C-336/12) heeft het Hof deze criteria ook van toepassing verklaard op de selectiefase van een niet-openbare aanbesteding voor een 2B-dienst.

## Feiten

In 2008 heeft het Deense ministerie van Onderwijs een niet-openbare aanbesteding aangekondigd voor een (bovendrempelige) opdracht voor diensten voor de exploitatie van zeven centra voor oriëntatie en beroepsadvies, een 2B-dienst. De gegadigden dienden bij aanmelding voor de selectiefase hun laatste balans over te leggen. Twee universiteiten hadden dit niet gedaan. Twee weken na de aanmeldingstermijn verzocht het ministerie hen alsnog hun balans te overleggen, hetgeen zij dezelfde dag respectievelijk de volgende dag deden. Beide universiteiten werden vervolgens toegelaten tot de inschrijvingsfase en hebben een perceel gegund gekregen. Manova had voor de betreffende percelen de enige andere concurrerende inschrijving ingediend.

## Het geschil

Manova klaagde bij de klachtencommissie voor overheidsopdrachten over de mogelijkheid tot herstel die de universiteiten was geboden. De klachtencommissie honoreerde de klacht. Het ministerie stelde beroep in tegen deze beslissing. Tijdens de beroepsprocedure stelde het gerechtshof voor Oost-Denemarken aan het Hof de prejudiciële vraag of het gelijkheidsbeginsel zich tegen de gevolgde gang van zaken verzette.

## De beoordeling

Het Hof overweegt dat, hoewel richtlijn 2004/18 slechts beperkt van toepassing is voor de plaatsing

van opdrachten voor 2B-diensten, die opdrachten wel zijn onderworpen aan de fundamentele Verdragsregels en de algemene beginselen van het Unierecht indien zij een duidelijk grensoverschrijdend belang vertonen. Het Hof benadrukt in dit kader dat het *gelijkheidsbeginsel* moet worden begrepen in het licht van de doelstellingen die met dat beginsel worden nagestreefd, in het bijzonder het vrije verkeer en de mededeling in alle lidstaten.

Het Hof verwijst naar de overwegingen uit het SAG-arrest over de mogelijkheid om een inschrijving te verbeteren of aan te vullen. Artikel 2 van richtlijn 2004/18 staat er niet aan in de weg dat de gegevens van 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. Het Hof herhaalt de voorwaarden die in het SAG-arrest zijn geformuleerd voor een verzoek tot verduidelijking van de inschrijving:

- een verzoek tot verduidelijking moet in beginsel op vergelijkbare manier worden gericht aan alle inschrijvers die in dezelfde situatie verkeren;
- het verzoek dient alle punten van de inschrijving te behandelen die nadere toelichting behoeven;
- het verzoek mag er niet toe leiden dat een betrokken inschrijver in werkelijkheid een nieuwe inschrijving voorstelt;

- de aanbestedende dienst dient de gegadigden gelijk en op loyale wijze behandelen, zodat een verzoek om toelichting aan het einde van de selectieprocedure van de inschrijvingen en in het licht van de uitkomst daarvan niet overkomt als ten onrechte in het voordeel of nadeel van de gegadigde(n) tot wie dit verzoek was gericht.

Het Hof verduidelijkt dat de *richtsnoeren uit het SAG-arrest* ook kunnen worden toegepast voor aanmeldingen in het kader van de selectiefase van een niet-openbare procedure. De aanbestedende dienst kan om verduidelijking verzoeken mits het gaat om gegevens, zoals de gepubliceerde balans, waarvan objectief kan worden vastgesteld dat zij dateren van vóór het einde van de aanmeldingstermijn. De mogelijkheid tot verduidelijking ontbreekt echter als de aanbestedingsstukken bepalen dat het ontbrekende stuk of de ontbrekende informatie op straffe van uitsluiting bij inschrijving moet worden verstrekt.

## Nationale jurisprudentie

Het SAG-arrest en het Manova-arrest geven een duidelijk kader voor het beoordelen van een verzoek om verduidelijking of aanvulling van een inschrijving of aanmelding. De nationale rechtspraak is echter minder eenduidig. Soms neemt de rechter als uitgangspunt dat het gebrek moet zijn te wijten aan omstandigheden die in de risicosfeer van de aanbestedende dienst liggen.<sup>2</sup> Deze voorwaarde volgt evenwel niet uit de jurisprudentie van het Hof. Het is naar onze mening dan ook twijfelachtig of dit criterium juist is. De rechtbank Oost-Nederland/Gelderland, locatie Arnhem oordeelde recentelijk in twee gevallen juist dat het gelijkheidsbeginsel zich er tegen verzet dat géén mogelijkheid tot verduidelijking was geboden. In beide gevallen leek materieel te zijn voldaan aan de gestelde voorwaarden, maar werd de inschrijver/gedadigde desondanks uitgesloten van de aanbesteding, terwijl de partij aan wie was gegund of andere gegadigden hiervan profijt kon(den) hebben. De eerste situatie betrof een inschrijving waarin een te korte uitvoeringsperiode was genoemd voor een referentiewerk, terwijl de inschrijver had verklaard dat hij met het referentiewerk aan de eisen voldeed. De rechtbank achtte overigens relevant dat het een aanmelding in het kader van de selectiefase betrof, waardoor aanmerkelijk minder kans zou zijn op vervalsing van de concurrentie dan in de inschrijvingsfase.<sup>3</sup> Het is de vraag of deze overweging juist is; uit het Manova-arrest volgt dat voor het aanvullen of verbeteren van een aanmelding in de selectiefase dezelfde

criteria gelden als voor een inschrijving in de gunningsfase.

In de tweede situatie ging het om een gebrek in de inschrijving ten aanzien van de verzekeringseis. Volgens de rechtbank zou geen weldenkende inschrijver alle moeite en tijd steken in een inschrijving en tegelijkertijd een bewijsstuk overleggen waaruit blijkt dat hij niet aan de eisen voldoet. De rechtbank overwoog in dit kader dat het ging om een bewijsstuk van het bestaan van een adequate verzekering die al voor de inschrijving bestond.<sup>4</sup> Dit oordeel is in lijn met het Manova-arrest.

## Regeling ARW 2012

Het ARW 2012 bevat een specifieke regeling voor het herstellen van gebreken in de selectiefase (artikel 3.13.7). In afwijking van het ARW 2005 staat in het ARW 2012 niet expliciet dat het moet gaan om een eenvoudig te herstellen gebrek. Onlangs adviseerde de Commissie van Aanbestedingsexperts (hierna: de Commissie) over de toepassing van artikel 3.13.7 ARW 2012. Een gegadigde had verzuimd om een tevredenheidsverklaring bij de eigen verklaring te voegen en klaagde dat zij ten onrechte niet in staat was gesteld om deze fout te herstellen. De aanbestedende dienst stelde dat een inschrijver slechts in de gelegenheid moet worden gesteld om een eenvoudig gebrek te herstellen indien de fout een gevolg is van omstandigheden die in de risicosfeer van de aanbestedende dienst liggen, indien er sprake is van een evidente overschrijving of onbedoelde omissie en de fout hersteld kan worden zonder schending van het gelijkheidsbeginsel. De Commissie stelt vast dat het ARW 2012 inhoudelijk afwijkt van het oude ARW 2005. De bepaling uit het ARW 2012 laat geen ruimte voor de lezing van de aanbestedende dienst dat een gegadigde alleen dan in de gelegenheid moet worden gesteld om een gebrek te herstellen wanneer het een eenvoudig te herstellen gebrek betreft, waar van slechts sprake zou zijn als voldaan is aan de door de aanbestedende dienst genoemde cumulatieve criteria. Vervolgens overweegt de Commissie dat de aanbestedende dienst de klager in de gelegenheid had moeten stellen om het gebrek te herstellen met inachtneming van het bepaalde in artikel 3.13.7 ARW 2012. Nu de aanbestedende dienst dat niet heeft gedaan, is hij afgeweken van het ARW 2012 en heeft hij in strijd gehandeld met artikel 1.22 lid 2 Aanbestedingswet. Dit artikel bepaalt dat een aanbestedende dienst bij een aanbesteding als de onderhavige de voorschriften uit het ARW 2012 moet toepassen, tenzij een afwijking daarvan in de aanbestedingsstukken is gemotiveerd.

Ten overvloede merkt de Commissie op dat in de selectieleidraad weliswaar is afgeweken van het voorschrift van artikel 3.13.7 ARW 2012, maar dat hier geen betekenis aan kan toekomen gelet op artikel 1.22 lid 2 Aanbestedingswet, omdat de afwijking in de selectieleidraad niet is gemotiveerd.<sup>5</sup>

## Commentaar

Volgens het advies van de Commissie heeft de aanbestedende dienst bij toepasselijkheid van het ARW 2012 de verplichting om bij gebreken in de eigen verklaring of de bewijsmiddelen een mogelijkheid tot herstel te bieden. Indien hij dat niet doet, handelt hij in beginsel in strijd met de Aanbestedingswet. In onze optiek dient de aanbestedende dienst bij het bieden van de mogelijkheid tot herstel de voorwaarden uit het SAG-arrest en het Manova-arrest in acht te nemen. Dit geldt in ieder geval voor Europese aanbestedingen en daar waar sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang. Een 'strengere' bestekbepaling of een regel dat alle stukken op straffe van uitsluiting compleet moeten zijn, is in onze visie niet in het belang van de aanbestedende dienst. Om de mededinging te bevorderen is de aanbestedende dienst gebaat bij zo veel mogelijk geldige inschrijvers. Met het Manova- en SAG-arrest zijn de criteria voor verduidelijking helder geformuleerd. Het ARW 2012 bevat voorts een specifieke bepaling. Naar wij menen zou het nu dan ook niet meer nodig hoeven zijn om in de aanbestedingsstukken een bepaling op te nemen over het al dan niet kunnen vragen van verduidelijking.

mr. W.M. Ritsema van Eck en mr. M.S. Sprik<sup>6</sup>

## Noten

1. HvJEU 29 maart 2012, C-599/10 (SAG).
2. Rb. Overijssel 19 juli 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:1499, r.o. 4.4. Zie ook Rb. Rotterdam 30 maart 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BL9458, r.o. 4.2; Rb. Den Haag 15 juli 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BR4116, r.o. 4.3.
3. Rb. Oost-Nederland 5 maart 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ6425.
4. Rb. Gelderland 7 mei 2013, LJN: ECLI:NL:RBGEL:2013:CA3391.
5. Zie voor het advies: [www.commissievanaanbestedingsexperts.nl/herstel-fout-aanleveren-bewijsmiddelen-eigen-verklaring](http://www.commissievanaanbestedingsexperts.nl/herstel-fout-aanleveren-bewijsmiddelen-eigen-verklaring).
6. Willemijn Ritsema van Eck is advocaat bij Legaltree en als Consulting Specialist verbonden aan Kienhuis Hoving N.V. Marianne Sprik is advocaat bij Kienhuis Hoving N.V.