

Fouten en herstel

Waar gehakt wordt vallen spaanders. Oftewel, bij inschrijven op aanbestedingen worden fouten gemaakt. Fouten bij inschrijvingen kunnen vervelende gevolgen hebben. Inschrijvers kunnen de opdracht niet meer binnenhalen en aanbestedende diensten lopen (mooie) aanbiedingen mis. Gelukkig voor inschrijvers en aanbesteders bestaan er herstel mogelijkheden en hoeft niet iedere fout tot uitsluiting te leiden.



In de aanbestedingsjurisprudentie wemelt het van de uitspraken over de ongeldigheid van een inschrijving en de vraag of bepaalde gebreken in een inschrijving al dan niet hersteld mogen worden. De inhoud van de aanbestedingsstukken is in beginsel leidend bij de beantwoording van de vraag of een bepaald gebrek mag worden hersteld. Toch is er op basis van de 'hersteljurisprudentie' ook een (algemeen) juridisch kader te ontwaren bij de vraag of een gebrek hersteld mag worden. In dit artikel ga daar nader op in.

Juridisch kader ongeldigheid en herstel

Uitgangspunt is dat een ongeldige inschrijving op grond van het gelijkheidsbeginsel moet worden uitgesloten van (verdere) deelname aan de aanbestedingsprocedure.¹ Tussen aanbestedende diensten en inschrijvers bestaat echter regelmatig discussie over de vraag of sprake is van een gebrek dat tot ongeldigheid van de inschrijving moet leiden of dat herstel van dat gebrek is toegestaan.

In dit verband is onder meer van belang dat artikel 56 lid 3 van Richtlijn 2014/24/EU als volgt bepaalt:

“Wanneer de door de ondernemers in te dienen informatie of documentatie onvolledig

of onjuist is of lijkt te zijn of wanneer specifieke documenten ontbreken, kunnen de aanbestedende diensten, tenzij het nationale recht dat deze richtlijn uitvoert anders bepaalt; de betrokken ondernemers 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.”

De regels van Nederlands recht bepalen niet anders, mede gelet op onder meer artikel 2.55 Aanbestedingswet 2012. Deze bepaling luidt:

“Een aanbestedende dienst kan een ondernemer vragen om zijn inschrijving of verzoek om deelneming nader toe te lichten of aan te vullen, met inachtneming van de artikelen 2.84, 2.85 en 2.102.”

Alhoewel de jurisprudentie over de vraag of herstel al dan niet is toegestaan vrij casuïstisch is, gelden ter zake de volgende hoofdregels:

- Inschrijvingen kunnen in uitzonderlijke gevallen worden hersteld, wanneer deze klaarblijkelijk een eenvoudige precisering behoeven, of om kennelijke materiële fouten recht te zetten, mits herstel er niet

De Procurement Letter is een uitgave van:

CORVERS
COMMERCIAL & LEGAL AFFAIRS

**BARTELS
SUETERS
RASSA**

AANBESTEDINGSADVOCATEN

Copyright©2024

¹ Zie bijv. HvJ EG 22 juni 1993, C-243/89 (Storebaelt) en V.zr. Rb. Gelderland 17 februari 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:1379.

toe leidt dat in werkelijkheid een nieuwe inschrijving wordt gedaan.² Voorbeeld van een dergelijke kennelijke materiële fout was het indienen van een digitale inschrijving. De inschrijving was al schriftelijk ingediend, zodat het bijvoegen van een digitale inschrijving de inschrijving materieel niet wijzigt.³ Voorbeeld van een inschrijving die wel materieel wordt gewijzigd indien herstel zou worden toegestaan, is het alsnog indienen van een open begroting.⁴

- Indien herstel wordt toegestaan, moet dat bij alle inschrijvers die in dezelfde situatie verkeren worden toegestaan.⁵
- Het moet gaan om het indienen van gegevens waarvan objectief kan worden vastgesteld dat zij dateren van vóór het einde van de inschrijvingstermijn.⁶
- Het toestaan van herstel is echter uitgesloten ingeval het gebrek in de aanbestedingsstukken expliciet met uitsluiting is gesanctioneerd.⁷
- Bij een expliciete uitsluitingssanctie mag geen herstel worden geboden en is ook geen ruimte voor een proportionaliteitstoets.⁸
- Bij een expliciete uitsluitingssanctie kan niet door middel van een belangenafweging of de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid gelegenheid tot herstel worden geboden.⁹



² HvJ EU 28 februari 2018, C-523/16.

³ Vزر. Rb. Den Haag 12 februari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:1711.

⁴ Vزر. Rb. Noord-Holland 15 december 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:10304.

⁵ HvJ EU 29 maart 2012, C-599/10 (SAG).

⁶ HvJ EU 10 oktober 2013, nr. C-336/12 (Manova).

⁷ HvJ EU 6 november 2014, nr. C-42/13 (Cartiera dell'Adda).

⁸ HvJ EU 14 december 2016, C-171/15 (Connexion); HR 6 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1096; en Vزر. Rb. Midden-Nederland 12 februari 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:499.

⁹ Vزر. Rb. Midden-Nederland 24 juni 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:2365.

- Bij aanbestedingen waarop het Aanbestedingsreglement Werken 2016 (ARW 2016) van toepassing is geldt als uitgangspunt dat gebreken in het Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA) of gebreken met betrekking tot de bewijsmiddelen binnen een termijn van twee werkdagen hersteld mogen worden, te rekenen vanaf de dag van verzending van een verzoek daartoe.¹⁰
- Bij een expliciete uitsluitingssanctie kan niet door middel van een belangenafweging of de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid gelegenheid tot herstel worden geboden.
- Bij aanbestedingen waarop het Aanbestedingsreglement Werken 2016 (ARW 2016) van toepassing is geldt als uitgangspunt dat gebreken in het Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA) of gebreken met betrekking tot de bewijsmiddelen binnen een termijn van twee werkdagen hersteld mogen worden, te rekenen vanaf de dag van verzending van een verzoek daartoe.
- In enkele zeer uitzonderlijke gevallen heeft de nationale rechter in afwijking van deze vaste (Europese) jurisprudentie de aanbestedende dienst op grond van het proportionaliteitsbeginsel toch verplicht om herstel toe te staan, ook al was sprake van een gebrek dat met uitsluiting was gesanctioneerd.¹¹ Naar mijn oordeel zijn deze uitspraken echter niet 'leidend' en moet in geval van een gebrek dat met een expliciete sanctie van uitsluiting is gesanctioneerd, de vaste lijn in de jurisprudentie worden gevolgd. Dat betekent uitsluiting van de inschrijving waarbij geen ruimte bestaat voor een proportionaliteitstoets.
- Er bestaat jurisprudentie waaruit kan worden afgeleid dat er geen *verplichting* bestaat om herstel toe te staan.¹² Ik ben echter van oordeel dat onder omstandigheden wel een *verplichting* bestaat tot het

¹⁰ Zie ook CvAE d.d. 15 december 2016, Advies 388 en Vزر. Rb. Noord-Nederland 27 mei 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:2160.

¹¹ Vزر. Rb. Rotterdam 15 februari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:1201 en Vزر. RB. Gelderland 18 april 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:3280.

¹² Gerechtshof Den Haag 7 juni 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1863; Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 11 november 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:8646 en Vزر. Rb. Rotterdam 5 december 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:10372.



**Als een inschrijvingsdocument niet
of onvolledig is ingevuld, brengt
dat niet altijd mee dat de
inschrijving ongeldig is.**

moeten worden gehandhaafd, mag dit niet uitmonden in formalisme waarbij te verregaande gevolgen verbonden worden aan zuivere vormfouten of onduidelijkheden in de inschrijving.

Een inschrijving moet in ieder geval worden uitgesloten als blijkt dat niet alle verlangde informatie is verstrekt die nodig is voor de inhoudelijke beoordeling van de inschrijving, waarvan de juistheid niet achteraf op objectieve wijze kan worden aangetoond. In dat geval komt herstel immers neer op het indienen van een nieuwe inschrijving na inschrijfdatum, hetgeen gelet op het gelijkheidsbeginsel ontoelaatbaar is.

In andere gevallen kan uit het zorgvuldigheidsbeginsel voortvloeien dat een herstelmogelijkheid moet worden geboden.¹⁶ Als een inschrijvingsdocument niet of onvolledig is ingevuld, brengt dat niet altijd mee dat de inschrijving ongeldig is. Is de verlangde informatie tijdig verstrekt in de inschrijvingsdocumenten of valt deze informatie daaruit af te leiden, maar is deze niet opgenomen in het juiste document of op de juiste plaats, dan moet de aanbestedende dienst dit in beginsel opvatten als een herstelbare vergissing. Het uitsluiten van een inschrijving op deze grond vormt een onaanvaardbare beperking van de toegang tot de aanbestedingsprocedure, die de eerlijke mededinging om overheidsopdrachten eerder schaadt dan bevordert. De aanbestedende dienst moet dan herstel toestaan, zonder dat een nieuwe inschrijving wordt ingediend. Verder is niet van belang hoeveel vergissingen er zijn gemaakt, omdat ook bij meer vergissingen herstel mogelijk kan zijn.

Uit de zaak die leidde tot bovengenoemd juridisch kader – waaruit volgt dat een aanbestedende dienst op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel niet mag ‘doorschieten’ in formalisme – kan niet (duidelijk) worden afgeleid of de betreffende gebreken al dan niet met uitsluiting

bieden van een herstelmogelijkheid.¹³ Naar mijn oordeel volgt uit het gelijkheidsbeginsel dat een herstelmogelijkheid móet worden geboden indien aan de vereisten voor herstel is voldaan (kortgezegd: kennelijke vergissing waar geen sanctie van uitsluiting op staat en waarbij herstel niet tot een nieuwe inschrijving leidt). En indien niet aan deze ‘herstelvereisten’ is voldaan, mag geen herstel worden geboden. Dus het één of het ander. Een (discretionaire) bevoegdheid van een aanbestedende dienst om wel/geen herstel toe te staan verdraagt zich m.i. niet met het gelijkheidsbeginsel, omdat een dergelijke bevoegdheid het risico van favoritisme en willekeur met zich brengt, welk risico juist moet worden uitbannen.¹⁴

Geen formalisme aanbestedende dienst

Sinds enkele jaren is er een lijn in de jurisprudentie die door inschrijvers voorzichtig met gejuich zal zijn ontvangen.¹⁵ Deze lijn is (in beginsel) niet in strijd met bovengenoemde hoofdregels uit de vaste hersteljurisprudentie, maar biedt meer ruimte om tot herstel over te gaan. Het geschetste juridische kader kan als volgt worden samengevat.

Aanbestedingsprocedures strekken ertoe een eerlijke mededinging om overheidsopdrachten te waarborgen. Alhoewel de gestelde eisen nauwgezet en voor alle inschrijvers gelijkelijk

¹³ Zie ook GEA EG 27 september 2002, nr. T211/02 (Tideland); Gerechtshof Leeuwarden 7 oktober 2008, ECLI:NL:GHEE:2008:BG2102; CVAE 31 oktober 2019, Advies 533 en Vzr. Rb. Overijssel 28 januari 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:278.

¹⁴ HvJ EU 29 april 2004, nr. C-496/99 (Succhi de Frutta).

¹⁵ Vzr. Rb. Midden-Nederland 10 februari 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:504 en in hoger beroep: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 7 december 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:11450.

¹⁶ Een dergelijke herstelverplichting volgt m.i. ook uit het gelijkheidsbeginsel (zie eerder in dit artikel).

waren gesanctioneerd. Indien wel sprake zou zijn geweest van dergelijke uitsluitingssancties, is herstel op grond van vaste jurisprudentie immers niet toegestaan (zie hierboven). Nu in die zaak werd geoordeeld dat de gebreken kennelijke vergissingen zijn die zich voor herstel lenen, mag mijns inziens worden aangenomen dat de aanbestedingsstukken dergelijke uitsluitingssancties niet kenden. Dat een rechter in situaties die (min of meer) vergelijkbaar zijn met deze zaak ook anders kan oordelen, volgt uit de jurisprudentie waarin het formalisme van de aanbestedende dienst is gesauveerd en waarin geen herstel werd toegestaan.

Conclusie

Of herstel al dan niet is toegestaan, is dus sterk afhankelijk van de omstandigheden van het geval en soms ook van de bereidwilligheid van de rechter om binnen hetzelfde (feitelijk/juridisch) kader herstel toe te staan.

Auteur:



Mr. Ali Rassa
Advocaat
[Bartels Sueters Rassa](#)
[Aanbestedingsadvocaten](#)

Of herstel al dan niet is toegestaan, is dus sterk afhankelijk van de omstandigheden van het geval en soms ook van de bereidwilligheid van de rechter om binnen hetzelfde (feitelijk/juridisch) kader herstel toe te staan.

De Procurement **Letter**

De Procurement Letter is een nieuwsbrief met artikelen en nieuws rondom (Europees) aanbesteden. die 1 tot 2 maal per jaar wordt uitgegeven door Corvers Procurement Services en Bartels Sueters Rassa Aanbestedingsadvocaten. Andere artikelen uit deze editie:

- *Intrekken van een aanbesteding – waar op te letten?*
- *Integratie van de nieuwe cyberbeveiligingswet (NIS 2) in aanbestedingen: Hoe wezenlijke wijziging bij de uitvoering van opdracht te voorkomen*

Bekijk en/of download alle artikelen uit deze Procurement Letter [hier](#).

Heeft u zich nog niet aangemeld voor de Procurement Letter, maar wilt u deze in de toekomst ook graag per mail ontvangen? Dan kunt u zich **aanmelden** via de aanmeldknop onderaan de site www.aanbestedingsadvocaten.nl