

Herstel van een gebrek in de eigen verklaring

De omwille van lastenverlichting en uniformering in de Aanbestedingswet opgenomen¹ eigen verklaring leidt tot jurisprudentie.

De voorzieningenrechter in Overijssel² staat, mede vanwege het evenredigheidsbeginsel, een herstel toe van een onvolledig geüpload (pagina's ontbreken) 'eigen verklaring voor aanbestedingsprocedures van aanbestedende diensten'. De voorzieningenrechter in Noord-Holland³ staat geen herstel toe in een geval waar onderdeel II onvolledig, en de onderdelen III tot en met IV van het UEA niet zijn ingevuld. Dat in de aanbestedingsstukken melding wordt gemaakt van 'eigen verklaring' in plaats van UEA is volgens hem niet verwarrend, omdat het een terminologie is die ook in de Aanbestedingswet en het Aanbestedingsbesluit voor het UEA wordt gebruikt. In Rechtbank Rotterdam⁴ had een inschrijver in Deel III B van het UEA nagelaten om een van de twee opties (ja/nee) aan te vinken. Daar werd overwogen, dat herstel toelaten een *bevoegdheid* van de aanbestedende dienst betreft en: '[...] In plaats van een bevoegdheid tot herstel, is in dit geval, gelet op de tekst van het beschrijvend document, sprake van een verbod tot herstel [...]'.

Men ziet in die vonnissen dat de (on)mogelijkheden voor herstel onder meer worden beheerst door de HvJEU-arresten 'SAG' (C-599/10) en 'Manova' (C-336/12). Ik merk daarover op dat die twee arresten zijn gewezen onder artikel 2 Richtlijn 2004/18/EG oud: 'Aanbestedende diensten behandelen ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en betrachten transparantie in hun handelen.' Thans geldt ingevolge artikel 18 lid 1 Richtlijn 2014/24/EU: 'Aanbestedende diensten behandelen ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en handelen op een transparante en proportionele wijze. [...]'

Het evenredigheidsbeginsel ('en proportionele wijze') heeft in het huidige recht dus uitdrukkelijk een plaats gekregen naast het gelijkheids- en transparantiebeginsel. Het lijkt mij dan ook afwachten of 'SAG' en 'Manova' onder Richtlijn 2014/24/EU bevestigd zullen worden door het Hof van Justitie (EU).

Casus

Een en ander brengt mij op de casus, dat een inschrijver bij Deel III B van het UEA (de vraag of hij voldaan heeft aan al zijn verplichtingen met betrekking tot de betaling van belastingen of sociale premies) 'nee' aanvinkt. Een eigen

fiscale audit heeft dat namelijk aan het licht gebracht. De inschrijver kan bij de dwingende uitsluitingsgrond⁵ nog niet worden uitgesloten als gevolg van het bepaalde in artikel 2.86a lid 2 Aanbestedingswet 2012, waar het gaat om 'een kennelijk onredelijke⁶ uitsluiting' bij 'slechts kleine bedragen' (sub a) en onbekendheid ten tijde van inschrijving met 'het precieze verschuldigde bedrag' (sub b). Het 'precieze verschuldigde bedrag' is bijvoorbeeld in de casus nog niet bekend, want nog niet door de bevoegde autoriteiten vastgesteld.

Uitsluiting kan bij toepassing van de facultatieve uitsluitingsgrond⁷ vanwege het bepaalde in artikel 2.87a Aanbestedingswet 2012 ('bewijs betrouwbaarheid') ook nog niet aan de orde zijn. Een nadere toelichting vragen en daarop volgend een zorgvuldige afweging/beoordeling door de aanbesteder lijkt dus in beide gevallen aangewezen, alvorens tot uitsluiting over te (kunnen) gaan. Een en ander betekent, dat thans de navolgende situaties ter zake Deel III B UEA in beginsel *mogelijk* zijn:

- (1) Een inschrijver vinkt 'ja' aan. Er is dan niets aan de hand.
- (2) Een inschrijver vinkt 'nee' aan. Uitsluiting kan (nog) niet aan de orde zijn vóórdat feitelijk een evenredigheidstoets heeft plaatsgevonden.
- (3) Een inschrijver vinkt helemaal niks aan, en moet – als gevolg van de aanbestedingsstukken, het gelijkheids- en transparantiebeginsel en jurisprudentie – worden uitgesloten. In welk verband de strekking van aanbesteden op dit punt dus blijkbaar is: 'als je maar iets aanvinkt'. Zou het daar dan om (moeten) gaan bij 'de openstelling voor onvervalste mededinging in alle lidstaten'⁸?

ARW 2016

Het ARW 2016 gaat genuanceerd om met het UEA. Zie artikel 2.21.6 ARW 2016: 'In het geval van een gebrek in de eigen verklaring of in geval van een gebrek met betrekking tot de bewijsmiddelen stelt de aanbesteder de betreffende ondernemer in de gelegenheid om het gebrek te herstellen binnen een termijn van 2 werkdagen, te rekenen vanaf de dag van verzending van een verzoek daartoe. De aanbesteder verzendt dit bericht per fax of elektronisch bericht. Indien de aanbesteder het gevraagde niet binnen de daartoe gestelde termijn heeft ontvangen of indien het

gebrek niet door het antwoord is hersteld, komt de ondernemer niet in aanmerking voor verdere deelname aan de procedure.'

Het zou een aanbeveling kunnen zijn om een soortgelijke bepaling in de aanbestedingsstukken voor aanbestedingsprocedures voor leveringen en diensten op te nemen. Ik zie namelijk geen probleem bij een herstel van een gebrek in het UEA (toestaan). Het gaat bij het UEA om in beginsel slechts 'voorlopig bewijs ter vervanging van door overheidsinstanties of derden afgegeven certificaten die bevestigen dat de betrokken ondernemer aan alle volgende voorwaarden voldoet'.⁹ Envolgens artikel 59 lid 4 Richtlijn 2014/24/EU geldt: '[...] De aanbestedende dienst kan ondernemers verzoeken de overeenkomstige artikelen 60 en 62 ontvangen certificaten aan te vullen of te verduidelijken.'

Ik zie dan ook niet in waarom het 'voorlopig' en 'ter vervanging' bedoelde UEA niet ook gericht zou kunnen worden aangevuld of verduidelijkt, als dat blijkbaar bij de 'certificaten' wel mag. De toepassing van een soortgelijke bepaling als artikel 2.21.6 ARW 2016 zal overigens ook tot – de met de Aanbestedingswet 2012 beoogde – uniformering in de praktijk leiden.

mr. J.C. van de Water
KW Legal

Noten

1. Artt. 1.19 en 2.85 Aanbestedingswet 2012.
2. ECLI:NL:RBOVE:2016:4962.
3. ECLI:NL:RBNHO:2016:10566.
4. ECLI:NL:RBROT:2017:10372.
5. Art. 2.86 lid 4 Aanbestedingswet 2012.
6. Vergelijk art. 57 lid 3 Richtlijn 2014/24/EU: 'kennelijk onevenredig zou zijn'.
7. Art. 2.87 lid 1 sub j. Aanbestedingswet 2012.
8. Doelstelling EU-aanbestedingsregels (r.o. 22 HvJEU 8 mei 2014 in zaak C-15/13).
9. Art. 59 lid 1 Richtlijn 2014/24/EU.