

Jurisprudentie Alarm

Geen onderhandeling mogelijk bij
gunningscriterium laagste prijs.

De zaak

De gemeente Voorne aan Zee organiseert een Europese aanbesteding voor het groenonderhoud binnen de gemeente. De opdracht is verdeeld in twee percelen. Inschrijvers kunnen slechts één perceel winnen, tenzij er voor een perceel maar één geldige inschrijving is – dan mag die partij beide percelen uitvoeren. De gemeente hanteert als gunningscriterium de laagste prijs.

Er komen drie inschrijvingen binnen. Twee daarvan wijst de gemeente direct af omdat de prijzen aanzienlijk hoger liggen dan de vooraf opgestelde raming. De gemeente is voornemens de opdracht te gunnen aan PekFlex B.V. ('PekFlex'). Megron B.V. ('Megron'), een van de afgewezen inschrijvers, maakt bezwaar. Uit het bezwaar blijkt dat ook PekFlex heeft ingeschreven met een prijs boven de raming. De gemeente concludeert dat alle inschrijvingen ongeldig zijn en beschouwt de aanbesteding als mislukt. Ze besluit daarom over te gaan tot een mededingingsprocedure met onderhandeling zonder aankondiging en nodigt daarvoor opnieuw alle drie de oorspronkelijke inschrijvers uit.

Megron is het hier niet mee eens en start een kort geding. Megron vraagt de rechter om de gemeente te verbieden een mededingingsprocedure met onderhandeling te beginnen en haar te verplichten om alsnog één van de percelen aan Megron te gunnen. Volgens Megron hebben zij én PekFlex wél geldig ingeschreven, omdat de raming niet vooraf bekend was gemaakt door de gemeente, en de prijzen van Megron en Pekflex realistisch en marktconform zijn. De gemeente had dan ook moeten gunnen en zij mag niet overstappen op een mededingingsprocedure met onderhandeling. De rechtbank volgt deze redenering niet. Zij stelt vast dat alle inschrijvingen ruim boven de raming van de gemeente liggen en beslist dat de gemeente de raming achteraf bekend mocht maken omdat het vooraf bekendmaken, gelet op het gunningscriterium laagste prijs, een marktverstoring effect zou hebben gehad. De gemeente mag de inschrijvingen dus aanmerken als onaanvaardbaar en ongeldig verklaren.

Volgens de voorzieningenrechter mag de gemeente in dit geval niet overstappen naar een mededingingsprocedure met onderhandeling, omdat zij als gunningscriterium uitsluitend de laagste prijs heeft gehanteerd. In de Memorie van Toelichting bij artikel 2.30 jo. artikel 2.28 Aanbestedingswet 2012 staat namelijk dat een mededingingsprocedure met onderhandeling alleen toegestaan is als er over méér dan alleen de prijs kan worden onderhandeld. Het gunningscriterium moet dan zijn de economisch meest voordelige inschrijving op basis van de beste prijs-kwaliteitverhouding. De rechtbank acht de mededingingsprocedure met onderhandeling met laagste prijs als enige gunningscriterium, onrechtmatig. Aan die onrechtmatigheid dragen de volgende factoren bij:

- a)** Onderhandelen met dezelfde drie inschrijvers over alleen de prijs is zinloos. Dat leidt waarschijnlijk tot dezelfde of vergelijkbare resultaten. De mededingingsprocedure met onderhandeling is juist bedoeld om over prijs én kwaliteit te onderhandelen. Als prijs de enige factor blijft, ontbreekt dat doel.

b) Onderhandelen over alleen de prijs kan druk uitoefenen op inschrijvers om hun prijs kunstmatig te verlagen. Dit verstoort de marktwerking en is daarmee in strijd met de aanbestedingsrechtelijke beginselen.

De rechtbank merkt verder op dat de gemeente, als zij bij aanvang van de mededingingsprocedure met onderhandeling de opdracht zou hebben veranderd in de zin dat een lager niveau onderhoud geleverd mocht worden, dit op het eerste gezicht een niet toegestane wezenlijke wijziging van de opdracht had ingehouden. De gemeente zal, indien en voor zover zij de opdracht nog in de markt wil zetten, een nieuwe aanbestedingsprocedure moeten organiseren.

Juridisch kader

- Artikel 2.28 Aw 2012 bepaalt in welke gevallen een aanbestedende dienst de procedure van de 'concurrentiegerichte dialoog' mag toepassen. Eén van de gegeven gronden is wanneer alle ingediende inschrijvingen onregelmatig of onaanvaardbaar zijn (artikel 2.28 Aw 2012 lid 1 sub b). Een inschrijving is onder meer onaanvaardbaar als de door de inschrijver aangeboden prijs het door de aanbestedende dienst begrote bedrag overschrijdt. Dit bedrag moet wel zijn vastgesteld en gedocumenteerd vóór de aanvang van de aanbestedingsprocedure (artikel 2.28 lid 4 sub b Aw 2012).
- Als sprake is van een onaanvaardbare inschrijving in de zin van artikel 2.28 Aw 2012, kan op grond van artikel 2.30 lid 1 Aw 2012 de aanbestedende dienst in de gevallen als bepaald in artikel 2.28 Aw 2012 ook overgaan tot een 'mededingingsprocedure met onderhandeling' in plaats van de concurrentiegerichte dialoog. De mededingingsprocedure met onderhandeling is een procedure waarbij alle ondernemers naar aanleiding van een aankondiging een verzoek mogen doen tot deelneming. Door middel van onderhandelingen wordt naar definitieve inschrijvingen toegewerkt.
- De bovengenoemde aankondiging kan achterwege blijven als de aanbestedende dienst uitsluitend alle inschrijvers toelaat die (a) niet met toepassing van artikel 2.86 of artikel 2.87 zijn uitgesloten en aan de gestelde geschiktheidseisen voldoen en die (b) gedurende de voorafgaande openbare of niet-openbare procedure een inschrijving hebben ingediend die aan de formele eisen van die aanbestedingsprocedure voldeed, mits de oorspronkelijke voorwaarden voor de overheidsopdracht niet wezenlijk worden gewijzigd (artikel 2.30 lid 2 Aw 2012 jo. artikel 2.28 lid 2 Aw 2012).

Rechters aan het woord

- De Commissie van Aanbestedingsexperts behandelde in haar Advies 508 een zaak waarin een aanbestedende dienst een mededingingsprocedure met onderhandeling niet had aangekondigd. Doordat het gunningscriterium 'de beste prijs-kwaliteitsverhouding' was gewijzigd in het gunningscriterium 'laagste prijs' en in de mededingingsprocedure met onderhandeling ook ontwerpwerkzaamheden van de inschrijvers werden uitgevraagd, is sprake van een wezenlijke wijziging. De mededingingsprocedure met onderhandeling had moeten worden aangekondigd.
- De voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam overwoog dat het een inschrijver vrijstaat een geheel nieuwe inschrijving in te dienen in het kader van de mededingingsprocedure met onderhandeling. Het is niet aan de aanbestedende dienst om op voorhand te beoordelen welke partij wel of niet zal (kunnen) voldoen aan de eisen die de aanbestedende dienst stelt in de mededingingsprocedure met onderhandeling. Dat geldt zeker in het geval van uitvoeringseisen waaraan inschrijvers moeten voldoen bij aanvang van de opdracht (en dus niet op de datum van inschrijving).
- In een uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Noord-Nederland wordt een terzijdelegging van een inschrijving op grond van onaanvaardbaarheid niet terecht geacht. De aanbestedende dienst had niet op juiste gronden gebruik gemaakt van de mogelijkheid tot het starten van een onderhandelingsprocedure zonder aankondiging. De opdracht was inmiddels wel al aan een derde gegund en de voorzieningenrechter legt daarom een verbod op tot (verdere) uitvoering van met de derde gesloten overeenkomst.

Tips voor de praktijk

 Het komt regelmatig voor dat een aanbesteding mislukt omdat geen enkele inschrijver aan alle (uitvoerings) eisen blijkt te kunnen voldoen. Als aanbestedende dienst heb je dan (onder meer) de mogelijkheid een mededingingsprocedure met onderhandeling te starten om de opdracht nog een keer in de markt te zetten en te gunnen. Je krijgt als het ware een ‘tweede kans’.

 Maak je als aanbestedende dienst gebruik van de mogelijkheid een mededingingsprocedure met onderhandeling te starten zonder aankondiging? Dan dien je alle afgewezen inschrijvers gelijk te behandelen. Je dient iedere partij die deelnam aan de voorafgaande aanbesteding en die (1) niet is uitgesloten, (2) voldoet aan de gestelde geschiktheidseisen en (3) een inschrijving heeft ingediend die aan de formele eisen van die aanbestedingsprocedure voldeed, toe te laten tot deze procedure. Bovendien mag je de oorspronkelijke voorwaarden voor de overheidsopdracht niet wezenlijk wijzigen.

 Heb je het vermoeden dat een inschrijver niet zal (kunnen) voldoen aan de gestelde (uitvoerings)eisen? Dat is in beginsel geen reden om een dergelijke inschrijver niet uit te nodigen voor de vervolgpcedure. Of deze inschrijver al dan niet zal (kunnen) voldoen aan de (uitvoerings)eisen, zal moeten blijken uit zijn inschrijving. Het is in beginsel niet aan jou als aanbestedende dienst – en in strijd met het gelijkheidsbeginsel – om daar op voorhand een oordeel over te vellen.

 Houd rekening met het feit dat de mededingingsprocedure met onderhandeling alleen toegepast mag worden als over meer dan alleen de prijs wordt onderhandeld. In deze uitspraak wordt dit bevestigd.

 Zorg dat de raming vóór aanvang van de aanbestedingsprocedure is vastgesteld, gedocumenteerd en onderbouwd. Dit is cruciaal in het geval je inschrijvingen wilt afwijzen als “onaanvaardbaar”.



MEER WETEN?

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

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

epsa[™]
PROCUREMENT

Van Doorne