



# GEEN NULPRIJSVERBOD NA ONGELUKKIGE MAAR EVIDENTE VERGISSING IN AANBESTEDINGSSTUKKEN



## DE ZAAK

Het Hoogheemraadschap van Delfland organiseert een Europese aanbestedingsprocedure voor ICT-hardware met bijbehorende dienstverlening. Op het subgunningscriterium prijs kunnen inschrijvers 250 punten verdienen. De afspraak is dat inschrijvers voor alle ICT-hardwarebestellingen een vast upliftpercentage van 4% op de inkoop prijs in rekening mogen brengen. Verder staat benoemd dat diensten die 'standaard voorzien zijn' een kostprijs hebben van 0 euro. Inschrijvers kunnen zich ook nog (financieel) onderscheiden door hun dienstverlening (150 punten) en de bijbehorende uurtarieven (100 punten) te beprijsen. Zij moeten daarbij voor elk dienstonderdeel aangeven of deze zijn inbegrepen in het upliftpercentage. Een van de voorwaarden voor het invullen van het prijsformulier is als volgt geformuleerd: "Het inschrijven met negatieve of nultarieven is verboden [optioneel]".

Dustin en ARP schrijven in op de aanbesteding. Na de inhoudelijke beoordeling besluit Delfland de opdracht te gunnen aan ARP. Dustin is het niet eens met dit besluit omdat de inschrijving van ARP ongeldig zou zijn. ARP zou het nulprijsverbod hebben overtreden en een manipulatieve inschrijving hebben ingediend.

De **voorzieningenrechter** wijst de vorderingen van Dustin

af. Het nulprijsverbod moet gelezen worden in het licht van de gehele tekst van de aanbestedingsstukken. Een normaal oplettende inschrijver had moeten begrijpen dat het naar redelijkheid kan voorkomen dat voor alle diensten met nul euro wordt ingeschreven, omdat diensten ook (deels) onder het upliftpercentage mogen vallen. Het beschreven nulprijsverbod moet gezien worden als een – ongelukkige maar evidente – vergissing. Het woord 'optioneel' tussen blokhaken is daar een aanwijzing voor. Indien daar verwarring over bestond, had het op de weg van Dustin gelegen hier tijdig een vraag over te stellen.

Overige bezwaren van Dustin worden ook afgewezen. Het feit dat het innemen van hardware qua beprijzing niet samenhangt met de tarieven voor de levering van hardware is geen argument voor het niet kunnen scharen van deze prijzen onder het upliftpercentage van 4%. Dit geldt ook voor de uurtarieven inclusief reis- en verblijfkosten. De conclusie is dat de inschrijving van ARP niet ongeldig is, er geen sprake is van een transparantiegebrek in de aanbestedingsstukken en de inschrijving van ARP, vanwege het louter inschrijven met het upliftpercentage, niet gezien moet worden als manipulatief of irreëel. Het gunningsbesluit kan in stand blijven.



## JURIDISCH KADER

- Op grond van artikel 1.8 Aw 2012 dient een aanbestedende dienst gelijke gevallen gelijk te behandelen. Dit betekent dat een inschrijver conform de voorgeschreven systematiek moet aanbieden wat is uitgevraagd. Een inschrijver mag daar in beginsel niet bewust van afwijken.
- Op grond van artikel 1.9 Aw 2012 dient een aanbestedende dienst transparant te handelen. Dat betekent dat gunningscriteria zodanig geformuleerd zijn in de aanbestedingsstukken dat alle redelijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de gunningscriteria op dezelfde wijze interpreteren.
- Artikel 2:113 Aw 2012 bepaalt dat een aanbestedende dienst controleert of een inschrijving overeenstemt met de uitvraag zoals opgenomen in de aanbestedingsstukken.
- Artikel 2:116 Aw 2012 biedt aanbestedende diensten de mogelijkheid inschrijvingen met een abnormaal lage prijs af te wijzen. Dit betreft een discretionaire bevoegdheid. Wanneer een inschrijving in verhouding tot de te verrichten werken, leveringen of diensten abnormaal laag lijkt, is een aanbestedende dienst (eerder) gehouden om schriftelijk verduidelijkingen te vragen.



## RECHTERS AAN HET WOORD

- Uit het arrest **Storebaelt** van het Hof van Justitie van de Europese Unie volgt dat het gelijkheidsbeginsel dwingt tot het terzijde leggen van een inschrijving die niet voldoet aan de vereisten uit de aanbestedingsstukken ('niet-besteeksconform').

- Volgens vaste rechtspraak dienen aanbestedingsstukken te worden uitgelegd conform de zogenaamde CAO-norm (arrest **Gerritse/HAS**). Bij de CAO-norm zijn de bewoordingen van de desbetreffende bepaling, gelezen in het licht van de gehele tekst van die stukken, in beginsel van doorslaggevende betekenis. Het komt daarbij aan op de betekenis die – naar objectieve maatstaven – volgt uit de bewoordingen die in de aanbestedingsstukken zijn gehanteerd.
- De nationale rechter heeft eerder geoordeeld over het toestaan van negatieve prijzen, kortingen of nulprijzen. Zo oordeelde de **voorzieningenrechter** van de rechtbank Midden-Nederland dat een verbod op negatieve prijzen of nulprijzen ertoe leidt dat er onvoldoende duidelijkheid is of dit ook van toepassing is op staartkosten van een RAW-bestedek. De **voorzieningenrechter** van de rechtbank Den Haag oordeelde op haar beurt dat een aangeboden korting niet gezien mag worden als een negatieve prijs.
- Uit het **Sopra-arrest** van het Hof van Justitie van de Europese Unie volgt dat dat een aanbestedende dienst zelfstandig moet bepalen of de ingediende inschrijvingen een aanwijzing bevatten dat deze abnormaal laag zouden kunnen zijn en dat hij niet elke inschrijving in detail hoeft te onderzoeken. Een dergelijke summiere controle is echter alleen voor intern gebruik en kan niet worden tegengeworpen aan een afgewezen inschrijver die twijfels uit over deze beoordeling.
- De **voorzieningenrechter** van de rechtbank Midden-Nederland oordeelde dat een inschrijving terecht uitgesloten is op basis van het aanbieden van een symbolisch uurtarief van € 1,-. Door zelf te bepalen dat deze personen niet zouden worden ingezet was er sprake van een bewuste afwijking van de voorgeschreven systematiek, en daarom een manipulatieve inschrijving.



## TIPS VOOR DE PRAKTIJK

- De gehele systematiek van een aanbesteding kan ertoe leiden dat een voorschrift omtrent een nulprijnsverbod redelijkerwijs niet van toepassing kan zijn. Zorg er daarom als inschrijver voor dat tegenstrijdige voorschriften die niet stroken met de overige documenten opgehelderd wordt om een zo goed mogelijk inschrijving te doen. En tegelijkertijd is het advies om als aanbestedende dienst ervoor te zorgen dat alle bepalingen op maat gemaakt zijn voor de gekozen prijssystematiek. Dit voorkomt onduidelijkheid en, in dit geval, een gang naar de rechter.
- De lijn tussen een strategische inschrijving (in principe toegestaan) en een irreële of manipulatieve inschrijving (nooit toegestaan) kan dun zijn en moet van geval tot geval bekeken worden. Het is zaak om (nog) duidelijk(er) uit te leggen wat wel of niet is toegestaan in een aanbestedingsprocedure. Waakzaamheid is geboden, met name in het geval dat het criterium 'prijs' is onderverdeeld in subgunningscriteria en/of meerdere componenten. Dit maakt het schuiven van kosten mogelijk. In deze zaak is er sprake van een minimale grens (upliftpercentage) waardoor het invullen van het prijzenblad met '0' niet gezien moet worden als irreëel.
- Probeer als aanbestedende dienst onwenselijk (strategisch of manipulatief) inschrijfgedrag in de eerste plaats te beperken door de gunningssystematiek zo in te richten dat deze niet kán worden gemanipuleerd (bijvoorbeeld door niet alleen maximale prijzen te hanteren, maar ook een minimale prijs). Als aanvulling daarop kan in de aanbestedingsstukken een verbod op strategische, manipulatieve en/of irreële inschrijvingen worden opgenomen. Beschrijf in dat verband concreet wat je als aanbestedende dienst verstaat onder een strategische, manipulatieve en/of irreële inschrijving.

## EEN STRATEGISCH PARTNERSCHAP

Aeves  
Benefit

Van Doorne

Het  
NIC.

Vragen? Mail naar [legal@aevesbenefit.com](mailto:legal@aevesbenefit.com)