



VOLDAAN AAN EISEN UIT SOPRA-ARREST



DE ZAAK

De Gemeente Brunssum ('de Gemeente') houdt een nationale openbare procedure voor het onderhoud van de plantsoenen en boomspiegels in de Gemeente. De opdracht bestaat – kort samengevat – uit het onkruidvrij maken van het openbaar groen en het verwijderen van zwerfafval, en is verdeeld in twee percelen waarbij elk perceel een aantal wijken in de gemeente Brunssum omvat. Een inschrijver mag op maximaal één perceel inschrijven en de opdracht wordt gegund aan de inschrijver met de laagste prijs.

Voor de opdracht in perceel 2 zijn twee geldige inschrijvingen ontvangen: van Pekflex B.V. ('Pekflex') en Lux Cernit Groenprojecten B.V. ('Lux Cernit'). Lux Cernit heeft ingeschreven met de laagste prijs, zodat de Gemeente haar keus voor perceel 2 op Lux Cernit laat vallen. Pekflex is het niet eens met dit gunningsbesluit en maakt hiertegen bezwaar. Volgens Pekflex heeft de winnaar een abnormaal lage prijs geboden. De Gemeente onderzoekt de bezwaren van Pekflex en schort onderwijl de bezwaartermijn op. Na afronding van het onderzoek neemt de Gemeente een nieuw besluit en deelt aan Pekflex mede voornemens te zijn de opdracht nog steeds te gunnen aan Lux Cernit. In dit nieuwe gunningsbesluit motiveert de Gemeente haar beslissing door in te gaan op de wijze waarop het onderzoek is uitgevoerd en op basis waarvan geconcludeerd is dat er geen sprake is van een abnormaal lage inschrijving.

Pekflex maakt wederom bezwaar tegen het besluit van de Gemeente en stelt dat een motivering, waarom geen sprake zou zijn van een abnormaal lage prijs, nog altijd ontbreekt. De Gemeente reageert hierop door te onderbouwen waarom er geen sprake van is dat Lux Cernit abnormaal laag heeft

ingeschreven en dat voor deze conclusie reeds een voldoende motivering is gegeven. De Gemeente handhaaft haar beslissing: Lux Cernit wint perceel 2.

Volgens Pekflex bevatten de beide reacties van de Gemeente op de geuite bezwaren geen daadwerkelijke motivering. Het is voor Pekflex namelijk nog altijd onduidelijk hoe de Gemeente de prijs van Lux Certix kan accepteren terwijl de opdracht volgens Pekflex op geen enkele wijze voor deze prijs is uit te voeren. Pekflex start daarom een juridische procedure.

In een eerdere editie van het **Jurisprudentie Alarm** schreven wij over het **Sopra-arrest** waarin het Hof van Justitie de onderzoeks- en motiveringsplicht bij (een vermoeden van) abnormaal lage inschrijving verder uitlegt. Nu, in deze zaak, oordeelt de **Rechtbank Limburg** dat de Gemeente voldaan heeft aan de eisen die uit dat arrest voortvloeien. De Gemeente heeft de inschrijving laten analyseren door een externe deskundige. Die heeft gekeken naar het gemiddelde aan vierkante meters dat per dag onderhouden kan worden, vermenigvuldigd met een marktconform tarief. Ook heeft de Gemeente een vergelijking uitgevoerd met de prijzen uit 2020. In de gunningsbrieven is Pekflex door de Gemeente op hoofdlijnen in kennis gesteld van die analyse. Daarmee voldoet de door de Gemeente gegeven informatie aan het informeren op hoofdlijnen, zoals in paragrafen 80 en 82 van het Sopra-arrest wordt vereist. De door Pekflex gevorderde gedetailleerde informatie; met hoeveel manuren Lux Cernit heeft gerekend en wat de efficiënte werkwijze van Lux Cernit inhoudt, hoeft niet te worden verstrekt van de rechter aangezien dit bedrijfsvertrouwelijke informatie betreft.



JURIDISCH KADER

- Op grond van artikel 2.116 Aw 2012 hebben aanbestedende diensten de bevoegdheid om een abnormaal lage inschrijving af te wijzen. Dit betreft een discretionaire bevoegdheid. Tenzij de aanbestedende dienst vaststelt dat de inschrijving abnormaal laag is omdat de inschrijving niet voldoet aan de verplichtingen op het gebied van milieusociaal en arbeidsrecht, is het afwijzen van een abnormaal lage inschrijving geen verplichting.
- Artikel 2.116 Aw 2012 verplicht aanbestedende diensten om nader onderzoek te doen wanneer een inschrijving in verhouding tot de te verrichten werken, leveringen of diensten abnormaal laag lijkt. De aanbestedende dienst onderzoekt in overleg met de inschrijver de samenstelling van de betreffende inschrijving aan de hand van de ontvangen toelichting en besluit daarna over de geldigheid van deze inschrijving.
- De motiveringsplicht uit artikel 2.130 Aw 2012 en het informeren op hoofdlijnen zoals vereist in het Sopra-arrest, wordt begrensd door de verplichting uit artikel 2.57 Aw 2012 om geen bedrijfsvertrouwelijke gegevens te verstrekken.



RECHTERS AAN HET WOORD

- **De rechtbank Noord-Holland** overweegt op 12 mei 2022 dat de mogelijkheid om bedrijfsvertrouwelijke gegevens met behoud van die vertrouwelijkheid in rechte aan een nader onderzoek te onderwerpen beperkt moet worden tot specifieke gevallen, bijvoorbeeld in het geval dat de aangevoerde argumenten duidelijke aanwijzingen bevatten dat er sprake is van onzorgvuldigheden of onregelmatigheden in de beoordeling.
- Op 29 maart 2023 bevestigt **de rechtbank Den Haag** dat uit artikel 2.116 Aw 2012 volgt dat de ongeldigverklaring van een abnormaal lage inschrijving een bevoegdheid is van de aanbestedende dienst.
- **Het Hof van Justitie van de Europese Unie** overweegt in het Sopra arrest van 11 mei 2023 dat de aanbestedende dienst in de eerste fase moet bepalen of de ingediende offertes een aanwijzing bevatten dat deze abnormaal laag zouden kunnen zijn. Dit gaat niet zo ver dat de aanbestedende dienst van elke offerte in detail moet onderzoeken

om vast te stellen dat het geen abnormaal lage offerte betreft. Kortom, de beoordeling op het eerste gezicht behoeft geen uitgebreide onderbouwing. Dat is anders als er wel aanwijzingen bestaan dat een offerte abnormaal laag zou kunnen zijn, bijvoorbeeld doordat een afgewezen inschrijver met onderbouwde argumenten vraagt om uiteen te zetten waarom aanbestedende dienst de gekozen offerte niet abnormaal laag heeft geacht. In dat geval rust op de aanbestedende dienst de verplichting om de samenstelling van die offerte te onderzoeken om zich ervan te vergewissen dat dit niet het geval is. De betrokken inschrijver moet daarbij de mogelijkheid geboden worden om uiteen te zetten waarom zijn offerte volgens hem niet abnormaal laag is. De aanbestedende dienst is dus verplicht om, ten eerste, de gekozen offerte in detail te analyseren teneinde vast te stellen dat deze daadwerkelijk niet abnormaal laag is en, ten tweede, de afgewezen inschrijver die hem hierover uitdrukkelijk vragen heeft gesteld, in kennis te stellen van de hoofdlijnen van die analyse.



TIPS EN ADVIEZEN VOOR DE PRAKTIJK

- Als de laagste inschrijfprijs mogelijk als abnormaal lage inschrijving betiteld kan worden en de aanbestedende dienst heeft voldaan aan haar verplichting om vanwege dit vermoeden een toelichting te verzoeken, dan doet de aanbestedende dienst er verstandig aan om in de gunningsbeslissing aan alle inschrijvers kenbaar te maken dat de laagste inschrijfprijs reeds aan een nader onderzoek is onderworpen en alle inschrijvers direct op hoofdlijnen te informeren over de uitgevoerde analyse en de conclusie daaruit.
- Wanneer een vraag van een afgewezen inschrijver impliceert dat er mogelijk een abnormaal lage inschrijving is gedaan, dien je dit nader te onderzoeken.
- Na afronding van een dergelijk onderzoek, dien je als aanbestedende dienst een terugkoppeling te geven aan de

inschrijver die daar een vraag over heeft gesteld. Uitsluitend constateren dat er onderzoek heeft plaatsgevonden en dat er geen sprake is van een abnormaal lage inschrijving, is niet voldoende. Een inschrijver die de aanbesteding niet wint dient namelijk op de hoogte gebracht te worden van de kenmerken en relatieve voordelen van de winnende offerte. Die kenmerken en relatieve voordelen van de winnende offerte zien niet alleen op kwaliteit, maar ook op prijs.

- Voor het begrip van afgewezen inschrijvers kan het beter zijn om de informatie op hoofdlijnen aan te vullen met een aantal details, bijvoorbeeld op welke manier door aanbestedende dienst is vastgesteld dat alle verplichtingen uit de CAO worden vervuld. Let er daarbij wel op geen bedrijfsvertrouwelijke gegevens te verstrekken.

EEN STRATEGISCH PARTNERSCHAP