



MAG JE ÉÉN-OP-ÉÉN ONDERHANDELEN MET EEN DERDE PARTIJ NA EEN MISLUKTE AANBESTEDING?



DE ZAAK

De Bulgaarse gemeente Razlog houdt een aanbesteding voor de levering van schoolmeubilair en andere (technische) middelen voor een beroepslyceum voor landbouwmechanisatie. De opdracht bestaat uit vier percelen. Er wordt slechts één inschrijving ingediend op één van de vier percelen, met een prijs die meer dan het dubbele van de geraamde waarde bedraagt. De gemeente verklaart deze inschrijving daarom ongeldig, beëindigt de aanbestedingsprocedure en start een onderhandelingsprocedure met een derde partij. Deze derde partij had niet deelgenomen aan de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure.

De onderhandelingen slagen en de gemeente gunt de opdracht aan de derde partij. De Bulgaarse minister besluit een boete op te leggen aan de gemeente omdat de gemeente zonder voorafgaande bekendmaking is gaan onderhandelen met een nieuwe partij, hetgeen in strijd zou zijn met het aanbestedingsrecht. De gemeente is het daar niet mee eens en de zaak belandt uiteindelijk bij het Hof van Justitie van de Europese Unie.

Het Hof gaat in op de vraag of de gemeente onder deze omstandigheden een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking mocht starten. Dat mag, mits voldaan is aan drie cumulatieve voorwaarden (zie ook hierna onder 'Juridisch kader'). Zo moet de aanbestedende dienst aantonen

dat hij geen of geen geschikte inschrijving heeft ontvangen in een aanbestedingsprocedure, die hij om die reden heeft beëindigd. Volgens het Hof is voldaan deze voorwaarde, omdat de prijs van de (enige) inschrijving op de aanbesteding meer dan het dubbele van de geraamde waarde bedraagt en daarmee 'onaanvaardbaar' is. Volgens het Hof is de inschrijving daarvoor ook 'ongeschikt' in de zin van de genoemde bepaling. Ook aan de overige voorwaarden voor het starten van een onderhandelingsprocedure lijkt te zijn voldaan, maar het is aan de nationale rechter om dat vast te stellen.

Volgens het Hof lijkt het dus toegestaan te zijn een derde partij uit te nodigen voor een onderhandelingsprocedure. De gemeente was ook niet gehouden de enige inschrijver op de mislukte aanbesteding uit te nodigen voor de onderhandelingen. Deze inschrijver had immers al de kans gehad een inschrijving in te dienen, maar hij heeft 'onzorgvuldig' (met een veel te hoge prijs) ingeschreven en daarmee zijn kansen verspeeld. Het Hof plaatst hierbij wel een voorbehoud. De gemeente moet kunnen bewijzen dat de in de onderhandelingsprocedure overeengekomen prijs marktconform en niet hoger dan de geraamde waarde is. Dit om te voorkomen dat de overheidsopdracht wordt opgesteld met het doel aan de aanbestedingsplicht te ontkomen of om de mededinging op kunstmatige wijze te beperken



JURIDISCH KADER

- Een aanbestedende dienst dient een overheidsopdracht met een geraamde waarde van minimaal de toepasselijke drempel Europees aan te besteden. Op deze hoofdregel bestaan enkele uitzonderingen, die restrictief moeten worden uitgelegd. Eén van die uitzonderingen is neergelegd in artikel 2.32 lid 1 sub a van de Aw 2012 (i.e. de implementatie van artikel 32 lid 2 sub a van richtlijn 2014/24/EU).
- Artikel 2.32 Aw 2012 bepaalt dat een aanbestedende dienst zonder voorafgaande bekendmaking één-op-één mag onderhandelen met een ondernemer, wanneer aan drie cumulatieve voorwaarden is voldaan.
 - Ten eerste moet de aanbestedende dienst aantonen dat hij geen of geen geschikte inschrijving heeft ontvangen in het kader van een eerdere openbare of niet-openbare aanbestedingsprocedure die hij om die reden heeft beëindigd. Volgens de Europese Commissie gaat het hierbij om inschrijvingen die 'onaanvaardbaar of onregelmatig zijn', waarbij 'de inhoud ervan volstrekt niet beantwoordt aan de aanbesteding' en 'de offerte volstrekt ongeschikt is om aan de behoeften van de aanbestedende diensten te voldoen'. Een ongeschikte inschrijving kan als het ware gelijk worden gesteld met een inschrijving die 'niet is gedaan', omdat de inhoud dusdanig afwijkt van hetgeen is uitgevraagd.
 - Ten tweede mogen de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht niet wezenlijk worden gewijzigd in de daaropvolgende onderhandelingsprocedure.
 - Ten derde moet de aanbestedende dienst de Europese Commissie desgevraagd een verslag betreffende de stand van zaken kunnen overleggen.
- Tot slot is van belang, dat aanbestedende diensten overheidsopdrachten niet mogen opstellen met het doel deze uit te sluiten van het toepassingsgebied van het aanbestedingsrecht of om de mededinging op kunstmatige wijze te beperken.



RECHTERS AAN HET WOORD

- In een zaak van de voorzieningenrechter van de recht-bank Amsterdam houdt de gemeente Amsterdam een aanbesteding voor onderhoud van openbare verlichting. De opdracht bestaat uit twee percelen. De gemeente verklaart alle inschrijvingen op het tweede perceel ongeldig en is voornemens een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking te starten. Volgens een afgewezen partij is een inschrijving alleen ongeschikt als zij niet relevant is voor de opdracht, omdat zij zonder ingrijpende wijzigingen kennelijk niet voorziet in de in de aanbestedingsstukken omschreven behoeften en eisen van de aanbestedende dienst. De voorzieningenrechter oordeelt dat de gemeente zich nog eens moet beraden over de vraag of de inschrijvingen op het tweede perceel daadwerkelijk ongeldig zijn in de zin van artikel 2.32 Aw 2012. De voorzieningenrechter legt echter geen verbod op het starten van een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking op, omdat deze procedure in de eerste plaats is aangespannen om uit te maken of een inschrijving van de afgewezen partij (on)geldig is.
- In een uitspraak van de voorzieningenrechter van de recht-bank 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

- Wij raden aanbestedende diensten aan dit arrest een keer door te lezen. Het arrest laat namelijk goed zien welke stappen je als aanbestedende dienst kunt zetten wanneer alle geïnteresseerde partijen inschrijven met prijzen die hoger liggen dan de geraamde waarde van een opdracht. Zie in dat verband ook een eerdere nieuwsbrief (JA! nr. 16 uit 2021 (met de titel: 'Aanbieding is aan de prijs? Dan is offerte mogelijk waardeloos'). Het komt in deze tijden immers steeds vaker voor dat partijen inschrijven met hogere prijzen dan de geraamde waarde, onder meer door de gevolgen van de COVID-pandemie en de Oekraïne-oorlog. Het arrest laat zien onder welke omstandigheden je de opdracht dan alsnog – door het volgen van een onderhandelingsprocedure – ongewijzigd mag gunnen (desgewenst aan een derde partij).
- Ook voor ondernemers is deze uitspraak van belang. Als geïnteresseerde ondernemer loop je het risico dat je niet wordt uitgenodigd voor onderhandelingen wanneer je inschrijft op een aanbesteding met een prijs die hoger ligt dan de geraamde waarde van een opdracht, of als je niet meedoet aan een aanbesteding. De aanbestedende dienst hoeft jou in dat geval niet uit te nodigen voor de onderhandelingen. Wees er dus op bedacht dat je in dat geval je kans op gunning van de betreffende opdracht mogelijk verspeeld hebt.
- Tot slot plaatsen wij wel nog een kanttekening bij dit arrest. Het ging in deze zaak ging om een opdracht van zeer geringe waarde (ongeveer EUR 17.000) en een zeer ruime overschrijding van dat bedrag door de (enige) inschrijver op de aanbesteding. Of deze uitspraak van het Hof (kort samengevat: een onaanvaardbare inschrijving is automatisch ook een ongeschikte inschrijving) ook geldt voor de situatie dat een inschrijver inschrijft met een bedrag van bijvoorbeeld EUR 5.000.100 bij een geraamde waarde van EUR 5.000.000, valt te bezien. Toekomstige rechtspraak zal daar meer duidelijkheid over moeten bieden.

EEN STRATEGISCH PARTNERSCHAP

Het **NIC.**

VANDOORNE ⊕

Aeves
Benefit

Vragen? Mail naar legal@aevesbenefit.com