



# HET VERSCHIL TUSSEN NUL EN NIETS



## DE ZAAK

Gemeente Dordrecht start een aanbestedingsprocedure voor de herontwikkeling van een woongebied voor maximaal 2.500 woningen. Na de selectiebeslissing dienen vijf architectenbureaus een inschrijving in. De Aanbestedingsleidraad bepaalt dat inschrijvers een volledig ingevuld en rechtsgeldig onderkend prijzenblad moeten indienen. Wanneer van voornoemd voorschrift wordt afgeweken, wordt de inschrijving terzijde gelegd en komt de inschrijver niet voor gunning in aanmerking.

Partij B is ervan op de hoogte dat de gemeente verificatievragen heeft gesteld aan Partij A over de wijze waarop Partij A het prijzenblad heeft ingevuld en stelt daar vragen over aan de gemeente. De gemeente weigert een antwoord te geven op deze vragen.

Partij B start vervolgens een kort geding omdat de inschrijving van Partij A volgens haar gebrekkig is en Partij A om deze reden had moeten worden uitgesloten. Ter zitting blijkt dat Partij A het prijzenblad niet volledig ingevuld heeft (bepaalde velden zijn 'leeg' gelaten). De gemeente heeft vervolgens ruimte voor herstel geboden door verificatievragen over het ingevulde prijzenblad te stellen. Partij A heeft in antwoord daarop aangege-

ven dat zij geen kosten in rekening brengt bij de niet ingevulde velden. Nu deze velden niet zijn ingevuld, is volgens Partij B sprake van het onrechtmatig bieden van een herstelmogelijkheid. Een leeg (niet ingevuld) veld is immers is iets anders dan een veld dat is ingevuld met het getal '0'. Een dergelijk herstel is volgens Partij B niet aan te merken als een eenvoudige precisering of herstel van een kennelijke fout.

De [voorzieningenrechter](#) stelt vast dat Partij A op het moment van inschrijving heeft nagelaten een volledig ingevuld prijzenblad in te dienen. Er was geen mogelijkheid voor het bieden van een herstelmogelijkheid, nu de gemeente zelf heeft bepaald dat het prijzenblad op straffe van uitsluiting volledig moest worden ingevuld op het moment van indiening. De gemeente heeft zich niet aan haar eigen voorschriften in de aanbestedingsstukken gehouden en heeft een ontoelaatbare ruimere uitleg geaccepteerd. De gunning aan Partij A moet worden ingetrokken, oordeelt de voorzieningenrechter. Wanneer de gemeente nog over wil gaan tot gunning, moet er gegund worden aan Partij B.



## JURIDISCH KADER

- Een aanbestedende dienst toetst de inschrijvingen aan de door hem in de aankondiging of de aanbestedingsstukken gestelde normen, functionele eisen en eisen aan de prestatie (artikel 2:113 Aw 2012).
- Indien een inschrijving voor een overheidsopdracht wordt gedaan die in verhouding tot de te verrichten werken,

leveringen of diensten abnormaal laag lijkt, verzoekt de aanbestedende dienst, voordat hij deze inschrijving afwijst, schriftelijk om de door hem noodzakelijk geachte verduidelijkingen over de samenstelling van de desbetreffende inschrijving (artikel 2.116 Aw).



## RECHTERS AAN HET WOORD

- Overeenkomstig het arrest [Succhi di Frutta](#) van het Hof van Justitie van de EU dient een aanbestedende dienst nauwgezet de door hemzelf vastgestelde criteria in acht te nemen.
- In 2020 maakte de rechtbank Den Haag duidelijk dat een negatieve korting niet hetzelfde is als het aanbieden van

een negatieve prijs. Dit leidde tot het oordeel van de rechter dat de economisch meest voordelige inschrijver ten onrechte was uitgesloten. [Editie 8 – 2020 van het Jurisprudentie Alarm gaat over deze zaak.](#)

- In 2019 oordeelde de [rechtbank Midden-Nederland](#) dat de betreffende aanbestedingsstukken onvoldoende duidelijkheid geven over de vraag of het in het bestek gestelde verbod om met een negatieve prijs of nulprijs in te schrijven ook geldt voor de bestekspost 'Totaal overige kosten'. De interpretaties van beide partijen zijn goed verdedigbaar en daardoor zijn de aanbestedingsstukken onvoldoende duidelijk. De rechter oordeelde dat de procedure dient te worden afgebroken en er alleen na een heraanbesteding met duidelijk omschreven gunningscriteria gunning van de opdracht kan plaatsvinden.
- In het arrest [Esaprojekt](#) vat het Hof van Justitie van de EU zijn eigen rechtspraak over het herstel van gebreken in inschrijvingen als volgt samen: Een inschrijving mag na indiening in beginsel niet worden aangepast op initiatief van de aanbestedende dienst of van de inschrijver. Een aanbestedende dienst mag een inschrijver niet om preciseringen verzoeken bij een inschrijving die hij onnauwkeurig of niet in overeenstemming met de technische specificaties van het bestek acht.
  - o De gegevens van de inschrijvingen kunnen evenwel gericht worden verbeterd of aangevuld, met name omdat deze klaarblijkelijk een eenvoudige precisering behoeven, of om kennelijke materiële fouten recht te zetten.
  - o Het verzoek om een inschrijving toe te lichten mag er niet toe leiden dat de betrokken inschrijver in werkelijkheid een nieuwe inschrijving indient.
  - o De aanbestedende dienst moet de inschrijvers gelijk en op loyale wijze behandelen; het is niet toegestaan de ene inschrijver te bevoordelen boven een ander.
- In het arrest [Manova](#) oordeelde het Hof van Justitie van de EU dat het een aanbestedende dienst is toegestaan een inschrijver na inschrijving te verzoeken documenten over te leggen waarvan objectief kan worden vastgesteld dat zij dateren van voor het einde van de inschrijvingstermijn. Dit is echter niet toegestaan als de aanbestedingsstukken uitdrukkelijk voorschrijven dat die documenten op straffe van uitsluiting bij inschrijving moeten worden verstrekt.
- Bepalen de aanbestedingsvoorwaarden dat een inschrijver onder bepaalde omstandigheden wordt uitgesloten? Dan is er geen plaats meer voor een evenredigheid-stoets. De inschrijver moet in dat geval ook daadwerkelijk worden uitgesloten ([HvJEU Connexion](#)).



## TIPS VOOR DE PRAKTIJK

- Neem in de aanbestedingsstukken geen onnodige knock-outbepaling ("op straffe van uitsluiting") op. Een dergelijke bepaling biedt je als aanbestedende dienst geen enkele ruimte om herstel te bieden, ook wanneer dat achteraf gezien wel wenselijk blijkt. Dit geldt ook voor verplicht in te vullen prijscomponenten. Indien bepaalde documenten op straffe van uitsluiting moeten worden overgelegd, vermeld daarbij dan dat dit geen afbreuk doet aan het recht van de aanbestedende dienst om inschrijvers in staat te stellen kennelijke gebreken te herstellen.
- Ga bij een kennelijke onjuistheid of omissie goed na of uit de gehele inschrijving blijkt wat de inschrijver precies bedoeld heeft.
- Als een herstelmogelijkheid wordt geboden, doe dat dan zo dat de inschrijver niet in de gelegenheid is zijn inschrijving materieel te wijzigen. Dit kan bijvoorbeeld door gesloten vragen te stellen ("Wij begrijpen uw inschrijving zo dat (...). Kunt u bevestigen dat deze lezing juist is?").
- Een marktconsultatie of marktverkenning kan inzicht bieden in de verschillende prijsmodellen van marktpartijen. Op basis daarvan kan bepaald worden welke prijscomponenten verplicht ingevuld moeten worden en welke optioneel zijn.

### EEN STRATEGISCH PARTNERSCHAP

Het **NIC.**

**VANDOORNE** ⊕

**Aeves**   
**Benefit**

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