



# EEN KRISTALHELDERE GUNNINGSSYSTEMATIEK?



## DE ZAAK

Rijkswaterstaat houdt een Europese openbare aanbesteding voor ingenieursdiensten en is voornemens een contract af te sluiten met maximaal drie partijen. Het Aanbestedingsreglement Werken 2016 (ARW 2016) is van toepassing verklaard. Bij de Aanbestedingsleidraad horen diverse bijlagen waarin de door Rijkswaterstaat gehanteerde gunningssystematiek 'Gunnen op waarde' is uitgelegd. De inschrijving met de laagste fictieve inschrijvingsom wordt aangemerkt als de inschrijving met de Beste Prijs-kwaliteit verhouding (BPKV).

Drie partijen schrijven in op de aanbesteding. Deze partijen zijn de raamcontractanten die in 2016 een vergelijkbare opdracht gegund hebben gekregen van Rijkswaterstaat. Rijkswaterstaat verklaart de inschrijving van inschrijver Kristal ongeldig, omdat het inschrijfbedrag van Kristal volgens Rijkswaterstaat onaanvaardbaar hoog is: – 57% hoger dan een raming voor deze opdracht van Rijkswaterstaat. Omdat de twee overige inschrijvingen wel voor gunning in aanmerking komen, is Rijkswaterstaat voornemens alleen deze twee partijen te contracteren.

Kristal vecht de uitsluiting aan in kort geding. Volgens Kristal mocht Rijkswaterstaat haar inschrijving niet terzijde leggen omdat deze onaanvaardbaar hoog zou zijn.

De voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag is het daarmee eens. Rijkswaterstaat heeft geen maximumbudget voor deze opdracht bekend gemaakt. Zij heeft slechts vermeld dat het inschrijfbedrag "realistisch" dient te zijn en in "een redelijke verhouding" dient te staan tot de aard en de omvang van de te verrichten werkzaamheden. Daaruit blijkt niet dat Rijkswaterstaat een maximumbudget voor deze opdracht hanteert, laat staan dat aanzienlijke overschrijding van het budget zou leiden tot uitsluiting van deelname aan de aanbesteding. Daarmee introduceert Rijkswaterstaat feitelijk een nieuw knock-out criterium, in die zin dat de inschrijvingsom niet meer mag bedragen dan een onbekend, vooraf niet bekend gemaakt budget. Rijkswaterstaat handelt daarmee in strijd met de vooraf in de aanbestedingsstukken bekendgemaakte gunningssystematiek en de aanbestedingsrechtelijke beginselen. Rijkswaterstaat mocht de inschrijving van Kristal niet ongeldig verklaren. Voor zover Rijkswaterstaat de opdracht nog wil gunnen, dient zij ofwel deze te gunnen aan alle inschrijvers (inclusief Kristal), ofwel de aanbestedingsprocedure te vervolgen met een onderhandelingsprocedure of een concurrentiegerichte dialoog (zie 'Juridisch kader' hierna).



## JURIDISCH KADER

De Aanbestedingswet bevat geen expliciete bevoegdheid om inschrijvers uit te sluiten als zij een onaanvaardbaar hoge prijs hebben ingediend. Ter onderbouwing wordt daarom vaak een beroep gedaan op artikel 2.28 Aw 2012. Dit artikel bepaalt wanneer een concurrentiegerichte dialoog gestart kan worden. Eén van de gegeven gronden is wanneer alle ingediende inschrijvingen onregelmatig of onaanvaardbaar zijn. 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).

- Het ARW 2016 heeft andere regels dan de Aw 2012 voor wat betreft de omstandigheden waaronder een aanbe-

stedende dienst mag besluiten tot het vervolgen van een openbare of niet-openbare procedure met de mededingingsprocedure met onderhandeling of de concurrentiegerichte dialoog. Op grond van artikel 2.28 lid 1 sub b Aw 2012 mag dat alleen als er uitsluitend onregelmatige of onaanvaardbare inschrijvingen zijn ingediend. Het ARW 2016 stelt deze beperking niet. Als de aanbestedende dienst de meest gerede inschrijving als onaanvaardbaar aanmerkt, dan vervolgt hij de procedure – overeenkomstig artikel 2.36.4 ARW 2016 – met een mededingingsprocedure met onderhandeling of een concurrentiegerichte dialoog. Dat neemt evenwel niet weg dat een aanbestedende dienst bij een Europese aanbesteding (ook) altijd artikel 2.28 Aw 2012 in acht moet nemen.



## RECHTERS AAN HET WOORD

- In de JA van 16 augustus 2021 behandelden wij een uitspraak van de rechtbank Oost-Brabant waar ook aan de orde was of een inschrijving terecht als onaanvaardbaar hoog was aangemerkt. In die zaak was in de aanbestedingsdocumenten niets opgenomen over financiële grenzen, maar had de aanbestedende dienst vooraf wel een begroting vastgesteld en deze openbaar gepubliceerd.

Bovendien was in de aanbestedingsstukken bepaald dat de opdracht moest worden uitgevoerd tegen acceptabele kosten voor de opdrachtgever. De gemeente had volgens de rechter dan ook terecht besloten de onaanvaardbaar hoge inschrijvingen terzijde te leggen en te gunnen aan de eerstvolgende regelmatige en aanvaardbare inschrijving met de beste prijs-kwaliteitsverhouding.

- De rechtbank Noord-Nederland oordeelt dat een inschrijving ten onrechte terzijde is gelegd, ondanks het feit dat het beschikbare budget (dat werd genoemd in de inschrijvingsleidraad), fors werd overschreden. Dat komt doordat het hier ging om een mededingingsprocedure met onderhandeling en er slechts één geselecteerde gegadigde was. De aanbestedende dienst is gaan onderhandelen en heeft het budget gedurende de onderhandelingsfase niet als strikte eis gehandhaafd. Omdat het budget gedurende de onderhandelingsfase is verlaten, maar de aanbestedende dienst dit budget vervolgens als harde voorwaarde heeft gehanteerd voor de terzijdelegging, oordeelt de rechter dat de terzijdelegging van de inschrijving niet op goede gronden heeft plaatsgevonden. Een dergelijke handelwijze is in strijd met het transparantiebeginsel.
- Ook de rechtbank Rotterdam oordeelt dat een inschrijving ten onrechte terzijde is gelegd. Volgens de aanbestedende dienst zou sprake zijn van een onaanvaardbare budgetoverschrijding. Het budget waar de aanbestedende dienst deze beslissing op baseert is echter niet genoemd in de gunningsleidraad en dit (interne) budget ligt ook ver onder de in de aanbestedingsstukken opgenomen geraamde opdrachtwaarde. De inschrijfprijs was lager dan de in de aanbestedingsstukken opgenomen raming. Het terzijde leggen van de inschrijving op grond van overschrijding van een intern budget terwijl de inschrijfprijs lager ligt dan de wel gepubliceerde raming, is volgens de rechter in strijd met het transparantiebeginsel; inschrijvers hebben vooraf geen duidelijk inzicht in de voorwaarden waaronder de aanbesteding plaatsvindt.
- De rechtbank Utrecht toetste de deugdelijkheid van een directiebegroting. De rechter stelde weliswaar vast dat deze op onderdelen gebreken bevatte, maar stelde ook vast dat die gebreken niet leidden tot een zodanige verhoging van de directiebegroting, dat het verschil tussen die begroting en de inschrijfsom tot een aanvaardbaar percentage wordt teruggebracht. De inschrijving kon daarom als onaanvaardbaar hoog worden aangemerkt volgens de rechter.
- Volgens de rechtbank Amsterdam is de term 'plafondbedrag' dermate onheilspellend dat een normaal oplettende inschrijver zich ook zonder nadere toelichting in de aanbestedingsstukken zou moeten afvragen wat de gevolgen zouden kunnen zijn van overschrijding daarvan. Echter, de gemeente heeft zelfs nadat hier expliciet om werd gevraagd, geen enkele keer gedurende de aanbestedingsprocedure duidelijk gemaakt wat exact de rechtsgevolgen waren van overschrijding van het plafondbedrag. De te hanteren uitsluitingsgronden zijn door de gemeente dus niet ondubbelzinnig geformuleerd of gecommuniceerd. Het was daardoor niet voor iedereen 100% duidelijk dat overschrijding van het plafondbedrag uitsluiting tot gevolg zou hebben. De gemeente had de inschrijver hierom dus niet mogen uitsluiten.



## TIPS VOOR DE PRAKTIJK

- Rechtszaken als de onderhavige zijn te voorkomen door in de aanbestedingsstukken duidelijke voorschriften op te nemen over de hoogte van prijzen en tarieven. Is er een maximumbudget, vermeldt dat dan in de aanbestedingsstukken en/of neem een plafondprijs of maximumtarieven op in de aanbestedingsstukken. Bepaal daarbij expliciet dat inschrijvingen die de plafondprijs/ maximumtarieven overschrijden, ongeldig zijn.
- Neem desgewenst een terugvaloptie (alternatieve gunningssystematiek) op in de aanbestedingsstukken voor het geval alle geldige inschrijvingen een in de aanbestedingsstukken bekendgemaakt maximumbedrag overschrijden. Met een dergelijke terugvaloptie behoud je als aanbestedende dienst de mogelijkheid om te proberen extra budget vrij te maken en de opdracht alsnog te gunnen aan de economisch meest voordelige inschrijving. Vermeld daarbij wel expliciet dat de aanbestedende dienst kan proberen extra budget vrij te maken, maar zich het recht voorbehoudt de aanbesteding in te trekken als dat niet lukt.
- Let op de formulering van passages over budgetten, ramingen en de aanvaardbaarheid van inschrijfsommen in de aanbestedingsstukken. In de zaak waar deze nieuwsbrief op ziet, had de aanbestedende dienst alleen aangegeven dat dat het inschrijfbedrag "realistisch" moest zijn en in "een redelijke verhouding" moest staan tot de aard en de omvang van de te verrichten werkzaamheden. Daaruit bleek naar het oordeel van de rechter niet dat er een maximumbudget voor deze opdracht werd gehanteerd.
- Vermijd in aanbestedingsstukken abstracte begrippen als 'realistisch', 'marktconform' of 'acceptabel'. Dergelijke begrippen geven vaak aanleiding tot discussies en zijn onvoldoende transparant.
- Het starten van een aanbesteding met onvoldoende budget kan leiden tot onnodige vertraging en/of geschillen (en kan zelfs onrechtmatig zijn tegenover inschrijvers die onnodig kosten maken voor het opstellen van een inschrijving). Zorg ervoor dat het interne budget en de gepubliceerde raming altijd gebaseerd zijn op een zorgvuldige begroting. Een plafondprijs wordt bij voorkeur vastgesteld aan de hand van een gedegen directiebegroting waarin is doorgerekend wat de kosten zijn voor de uitvoering van de opdracht zoals die in markt gebracht wordt.

## EEN STRATEGISCH PARTNERSCHAP

Het **NIC.**

**VANDOORNE** ⊕

**Aeves  
Benefit** 

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