



HVJ LEGT DE ONDERZOEKSP LICHT EN MOTIVERINGSPLICHT BIJ ABNORMAAL LAGE INSCHRIJVING VERDER UIT



DE ZAAK

De Europese Commissie (Commissie) organiseert een aanbesteding voor diverse IT-diensten. De aanbesteding bestaat uit twee percelen (A en B) en op perceel A worden twee inschrijvingen ingediend. De Commissie gunt de opdracht aan ARHS-IBM en wijst de offerte van S2U af. Uit de gunningsbeslissing volgt dat ARHS-IBM de aanbesteding heeft gewonnen door een fors lagere prijs te bieden. S2U is het niet eens met de uitkomst van de aanbesteding. S2U heeft het vermoeden dat de ingediende prijzen van ARHS-IBM abnormaal laag zijn. Daardoor zou sprake zijn van 'sociale dumping'. Sociale dumping is het verrichten van werk voor een lager loon en lagere arbeidsomstandigheden dan in het betreffende land verplicht of gebruikelijk is. De Commissie antwoordt als volgt op de genoemde stelling van S2U: "Uit een gedetailleerde financiële analyse is gebleken dat de gekozen offerte in overeenstemming is met de marktvoorwaarden van de landen van waaruit de diensten worden geleverd door de contractant en haar onderaannemers."

S2U stapt naar **het Gerecht** van het Hof van Justitie (Gerecht) waar S2U onder meer aandraagt dat sprake is van een ontoereikende motivering van de Commissie over het eventuele abnormaal lage karakter van de winnende inschrijving. Het Gerecht geeft S2U gelijk op dit punt. De Commissie heeft als aanbestedende dienst een beperkte motiveringsplicht wanneer de gekozen inschrijving niet abnormaal laag lijkt (de zogenoemde 'Eerste fase-toets'). Als er aanwijzingen zijn dat sprake is van een abnormaal lage inschrijving, dient een zogenoemde 'Tweede fase-toets' plaats te vinden; bijvoorbeeld – in dit geval – een toets aan het eigen Financieel Reglement.

In deze zaak heeft een afgewezen inschrijver een uitgebreide motivering gevraagd. Een dergelijke (afgewezen) inschrijver dient geïnformeerd te worden over de kenmerken en relatieve voordelen van de winnende inschrijving. Het is dan

onvoldoende te volstaan met de mededeling dat de winnende inschrijving niet 'abnormaal laag' is. De Commissie had in ieder geval moeten onderzoeken en mededelen welk percentage van de opdracht in onderaanneming zou worden uitgevoerd en in welke landen deze diensten zouden worden uitgevoerd. S2U had het prijsverschil tussen de inschrijvingen dan beter kunnen doorgronden. Deze informatie is deels in de aanloop naar de zitting verstrekt, maar dit was te laat voor S2U om dit mee te nemen in haar overweging om wel of niet in beroep te gaan. Het Gerecht concludeert dat de gunningsbeslissing moet worden ingetrokken. De Commissie gaat vervolgens in hoger beroep.

In hoger beroep verwerpt **het Hof** van Justitie (Hof) de verweeren van de Commissie. Volgens het Hof had de Commissie zelf moeten inzien dat onder de gegeven omstandigheden toetsing op een abnormaal lage inschrijving conform haar eigen Financieel Reglement (Tweede fase toets) vereist was. S2U wees namelijk in haar bezwaar op twee welbekende mogelijke gevolgen van een abnormaal lage inschrijving, namelijk sociale dumping en het in gevaar komen van de continuïteit van de dienstverlening. Het Hof overweegt verder dat een aanbestedende dienst zelfstandig moet bepalen of de ingediende inschrijvingen een aanwijzing bevatten dat deze abnormaal laag zouden kunnen zijn en dat zij niet elke inschrijving in detail hoeft te onderzoeken. Een dergelijk summier controle is echter alleen voor intern gebruik en kan niet worden tegengeworpen aan een afgewezen inschrijver die twijfels uit over deze beoordeling. Volgens het Hof op lag het daarom op de weg van de Commissie om na het geuite vermoeden van S2U een grondige analyse uit te voeren en een gedetailleerd antwoord te geven. In dat verband is van belang dat het prijscriterium bepalend was voor de rangschikking en dat er slechts twee offertes waren ingediend met een aanzienlijk uiteenlopende prijs. De hogere voorziening (beroep) wordt daarom afgewezen.



JURIDISCH KADER

- 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 gehouden hier nader onder-

zoek naar te doen. 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 in het Financieel Reglement van de Commissie volgt uit artikel 296 VWEU jo. artikel 170 lid 3 Verordening (EU, Euratom) 2018/1046 en houdt in dat de auteur van een handeling de redenering die aan die

handeling ten grondslag ligt, duidelijk en ondubbelzinnig tot uitdrukking dient te brengen. Daardoor kunnen belanghebbenden kennisnemen van de rechtvaardigingsgronden van de genomen maatregel en hun rechten verdedigen.



RECHTERS AAN HET WOORD

- Al in 1982 oordeelde **het Hof** dat een inschrijving pas als abnormaal laag kan worden uitgesloten wanneer de aanbestedende dienst onderzoek heeft verricht en de inschrijver om schriftelijke motivering is verzocht.
- **Het Hof** oordeelde meer recent dat de term 'abnormaal lage inschrijving' niet is gedefinieerd en dus per geval bekeken moet worden door de aanbestedende dienst. De aanbestedende dienst mag zelf een objectieve en niet-discriminerende methode bepalen om vast te stellen of een inschrijving abnormaal laag is.
- Bij een vermoeden van of aanwijzingen voor een abnormaal lage inschrijving dient de aanbestedende dienst volgens **het Hof** de inschrijving in detail te onderzoeken en geldt een volledige motiveringsplicht.
- **De rechtbank Den Haag** oordeelde onlangs dat de gemeente Den Haag juist had gehandeld door een winnende offerte niet als abnormaal laag te beoordelen. De winnende inschrijver maakte gebruik van diverse kostenbesparende maatregelen en zat dicht bij de geraamde waarde van de aanbestedende dienst. De gemeente had de bezwaren gemotiveerd weerlegd door gebruik te maken van een externe deskundige.
- Rijkswaterstaat heeft naar het oordeel van **de rechtbank Den Haag** terecht kunnen besluiten een offerte uit te sluiten omdat deze abnormaal laag was. In deze zaak was van belang dat ook een afwijking van 'slechts' 32% van de gedane raming niet meer is dan een aanwijzing. In de aanbestedingsleidraad was namelijk opgenomen dat de ontleding van de bedragen in de inschrijfsom realistisch dienden te zijn en in redelijke verhouding dienden te staan tot de aard en omvang van de te verrichten werkzaamheden.



TIPS VOOR DE PRAKTIJK

- Als aanbestedende dienst dien je verzoeken van inschrijvers om toelichting en klachten over de gunningsbeslissing serieus te nemen en daar proactief naar te handelen. Wanneer een vraag van een afgewezen inschrijver impliceert dat er mogelijk een abnormaal lage inschrijving is gedaan, dien je dit nader te onderzoeken.
- Wanneer een dergelijk onderzoek heeft plaatsgevonden, dien je als aanbestedende dienst een gedetailleerde 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.
- Heb je als aanbestedende dienst een vermoeden van manipulatief of irreëel inschrijfgedrag? Doe dan navraag bij de inschrijver. Vraag om te onderbouwen hoé zij hun inschrijving gestand doen. Misschien heeft de betreffende inschrijver een goede uitleg, waardoor hij zijn bieding kan waarmaken, bijvoorbeeld doordat hij een kostenbesparing realiseert met innovatieve oplossingen. Mocht de uitleg niet steekhoudend zijn, dan is ongeldig verklaren altijd nog een optie.
- Probeer onwenselijk (strategisch, manipulatief of abnormaal laag) inschrijfgedrag in de eerste plaats te beperken door de gunningssystematiek zo in te richten dat deze niet kan worden gemanipuleerd (bijvoorbeeld door niet alleen maximale prijzen te hanteren, maar ook minimale prijzen of tarieven).

EEN STRATEGISCH PARTNERSCHAP

Aeves
Benefit

VANDOORNE[⊕]

Het
NIC.

Vragen? Mail naar legal@aevesbenefit.com