

LEGAL UPDATE

Een ongeschikte inschrijving in een aanbesteding is een verspeelde kans

Datum: 8 juli 2022

De door inschrijvers geoffreerde prijzen in een aanbesteding kunnen hoger uitvallen dan een aanbestedende dienst wenst. Zeker in de huidige tijd met gestegen (grondstof-)prijzen komt dit voor. Voor een aanbestedende dienst is het in deze gevallen de vraag: hoe nu verder? Mag hij bijvoorbeeld met partijen (buiten een aanbestedingsprocedure om) in onderhandeling treden? En met welke partijen? Deze vragen speelden in een recente zaak bij het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ), [ECLI:EU:C:2022:472](https://eur-lex.europa.eu/eli/cjrep/2022/472).

Van aanbesteding zonder resultaat naar onderhandelingsprocedure met één partij

De Bulgaarse gemeente Razlog had financiële steun ontvangen uit Europese fondsen voor de verbetering van onderwijsinstellingen. In dit kader had zij een aanbestedingsprocedure georganiseerd voor de levering van technische middelen. De gemeente ontving slechts één inschrijving, waarvan de prijs meer dan het dubbele bedroeg van de geraamde waarde van de opdracht. De gemeente beëindigde daarom de procedure en startte een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking. Hierbij nodigde zij slechts één ondernemer uit die bovendien niet had deelgenomen aan de aanvankelijke aanbestedingsprocedure.

De onderhandelingsprocedure was wél succesvol: de ondernemer kreeg de opdracht gegund. Echter, de Bulgaarse minister – die toezag op de uitgave van Europese fondsen – concludeerde dat de gemeente vanwege die onderhandelingsprocedure in strijd handelde met het aanbestedingsrecht. Als sanctie legde hij een korting van 10% op het steunbedrag aan de gemeente op. De gemeente kwam hier in rechte tegen op, waardoor de zaak uiteindelijk terecht kwam bij het HvJ.

Onderhandelingsprocedure mag gevoerd worden met een partij die niet meedeed aan de mislukte aanbesteding

Het HvJ ging in op de vraag of de gemeente gerechtigd was de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking in te stellen. Daarvoor moet volgens het HvJ zijn voldaan aan de voorwaarden die volgen uit artikel 32, lid 2, onder a, Richtlijn 2014/24 EU (in Nederland is dit één op één overgenomen in artikel 2.32 Aanbestedingswet).

Allereerst moet er sprake zijn van een vruchteloze voorafgaande aanbesteding. Verder mogen de eisen en voorwaarden van de opdracht niet wezenlijk zijn gewijzigd. Ten slotte moet er verslag worden gedaan van de oorspronkelijke procedure aan de Europese Commissie indien zij dit verlangt. Opvallend is dat volgens het HvJ de oorspronkelijke deelnemers van de mislukte aanbestedingsprocedure niet hoeven te worden uitgenodigd bij de onderhandelingsprocedure. Zij hebben immers al een kans gehad om een zorgvuldige inschrijving in te dienen, waarbij zij de bescherming van de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht hebben genoten. Doordat zij zelf onzorgvuldig hebben ingeschreven, hoeven zij die bescherming niet *opnieuw* te genieten. Voorwaarde is hierbij wel dat de aanbestedende dienst moet kunnen bewijzen dat de na onderhandeling overeengekomen prijs marktconform en niet hoger dan de geraamde waarde is (en hij dus niet het aanbestedingsrecht probeerde te omzeilen).

Had de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging hier wel moeten zijn toegestaan?

Het valt ons op dat het HvJ een inschrijving met een te hoge prijs kwalificeert als "ongeschikt" in de zin van (de Europese equivalent van) artikel 2.32 Aanbestedingswet. Volgens de wettekst bestaat artikel 2.32 Aanbestedingswet voor de situatie dat een inschrijving "ongeschikt" is, omdat zij niet relevant is voor de overheidsopdracht (niet voorziet in de aanbestedingsstukken omschreven behoeften en eisen).

In dat geval is een onderhandelingsprocedure zonder aankondiging toegestaan. Een te hoge inschrijfprijs lijkt niet direct onder die situatie te vallen.

Deze indruk wordt versterkt door het feit dat een te hoge inschrijfprijs wel elders in de wet als situatie wordt genoemd waarin een afwijkende procedure mag worden gevolgd. In artikel 2.28 lid 4 Aanbestedingswet wordt gesproken van een "onaanvaardbare" inschrijving wanneer de inschrijfprijs het door de aanbestedende dienst begrote bedrag overschrijdt. In dat geval mag de concurrentiegerichtede dialoog of de mededingingsprocedure met onderhandeling (artikel 2.30 Aanbestedingswet) gevolgd worden. Deze procedures geven een minder vergaande beperking van de mededinging dan de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging.

Het HvJ lijkt een onaanvaardbare inschrijving te beschouwen als een *voorbeeld van* een ongeschikte inschrijving in plaats van twee aparte kwalificaties met aparte gevolgen (de toegestane te volgen procedures). Wij vragen ons af of dit juist is.

Conclusie

Uit dit arrest volgt dat als een aanbesteding is mislukt vanwege een te hoog geoffreerde inschrijfprijs onder bepaalde voorwaarden de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging mag worden gevolgd. Wij plaatsen hier onze vraagtekens bij.

Een andere les is sowieso, dat wanneer de onderhandelingsprocedure mag worden gevolgd (in de zin van artikel 2.32 Aanbestedingswet), de aanbestedende dienst alsdan vrij is om zelf een marktpartij uit te zoeken waarmee zij de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging in gaat. Daarbij hoeft niet eerst te worden gekeken naar partijen die in hadden geschreven op de mislukte voorafgaande procedure.

Dit is een Legal Update van Walter Engelhart en Matthijs ter Haar (juridisch medewerker Aanbestedingsrecht).

Voor meer informatie:

Walter Engelhart
+31 30 25 95 572
walterengelhart@vbk.nl