

## LEGAL UPDATE

### **Zonder vooraf gesteld maximumbedrag een inschrijving in een aanbesteding terzijde leggen vanwege een 'onaanvaardbaar hoge prijs': mag dat?**

Datum: 9 mei 2023

Bij een aanbesteding voor (dienstverlening rondom) coronatesten ontving het Ministerie van VWS een inschrijving waarvan de prijs veel hoger lag dan verwacht. HAYD was op een aantal (geografische) percelen de enige inschrijver en schreef in met een prijs van € 64,80 per test. De Staat heeft de inschrijvingen van HAYD vervolgens terzijde gelegd vanwege een onaanvaardbaar hoge prijs. Hiertegen maakte HAYD bezwaar. De Rechtbank Den Haag ([ECLI:NL:RBDHA:2023:1820](#)) oordeelde over de rechtmatigheid van de terzijdelegging.

#### **Moet een raming vooraf bekend gemaakt worden aan inschrijvers?**

HAYD was het niet eens met de terzijdelegging van haar inschrijvingen vanwege een te hoge inschrijfprijs, omdat de Staat vooraf geen raming had bekendgemaakt. Volgens de rechtbank hoefde de Staat dit ook niet. Een dergelijke verplichting volgt niet uit de wet en is ook niet in lijn met het uitgangspunt dat zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen moet worden geleverd bij een aanbesteding. Als een raming altijd vooraf bekend gemaakt zou moeten worden, kan dat de prijs waarmee wordt ingeschreven mogelijk negatief beïnvloeden.

#### **Waarom was hier sprake van een onaanvaardbaar hoge prijs?**

De Staat had een (niet bekendgemaakte) raming vastgesteld, waar een prijs van € 35,00 per coronatest uit volgde. De inschrijfprijs van HAYD oversteeg de raming met 85%. Dat de € 35,00 per test een redelijke raming was, kon de Staat onderbouwen doordat de gemiddelde prijs per test van de andere inschrijvers (op de andere percelen) wel onder dat bedrag bleef. Bovendien had HAYD op eerdere aanbestedingen voor dezelfde dienstverlening ingeschreven met prijzen variërend van € 17,50 tot € 32,00 per test. HAYD kon de enorme prijsverschillen volgens de rechter onvoldoende rechtvaardigen. Daarbij speelde mee dat er werd gegund op basis van laagste prijs en dat een verschil in kwaliteit de hoge prijs dus niet kon 'compenseren'.

#### **De Staat mocht overgaan tot een concurrentiegerichte dialoog**

De rechter oordeelde dat de Staat de inschrijving van HAYD terzijde mocht leggen vanwege een onaanvaardbaar hoge inschrijfprijs. Nu slechts een onaanvaardbare inschrijving (met een te hoge inschrijfprijs) door de Staat was ontvangen, mocht hij overgaan tot een concurrentiegerichte dialoog, conform artikel 2.28 lid 1 sub b Aanbestedingswet.

Over welke partijen moeten worden uitgenodigd bij zo'n procedure volgend op een 'mislukte' aanbestedingsprocedure, schreven wij de Legal Update ['Een ongeschikte inschrijving in een aanbesteding is een verspeelde kans'](#).

#### **Beschouwing**

In deze zaak ging de rechter dus mee met de motivering van de Staat dat de inschrijfprijs van HAYD onaanvaardbaar hoog is. Dit, ondanks het feit dat inschrijvers van tevoren geen houvast hadden gekregen over wat de Staat aanvaardbare inschrijfprijzen zou vinden (de raming was immers niet openbaar gemaakt en er was ook geen prijsplafond vastgesteld).

Dit oordeel is opvallend, omdat óók geoordeeld had kunnen worden dat de Staat hiermee feitelijk een niet vooraf kenbaar knock-out criterium (op prijs) introduceerde.

Een dergelijk oordeel komt voor in eerdere jurisprudentie, zoals in een recente uitspraak van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant ([ECLI:NL:RBZWB:2023:1154](#)) en een uitspraak van de Rechtbank Den Haag ([ECLI:NL:RBDHA:2022:786](#)). Zonder vastgesteld en bekendgemaakt maximumbudget (prijsplafond) mochten de inschrijvingen in die zaken niet als onaanvaardbaar hoog terzijde worden gelegd. Hier werd echter gegund op basis van beste prijs-kwaliteitverhouding (BPKV), zodat naast het prijscomponent ook kwaliteit een rol speelde. Daarbij zullen inschrijfprijzen niet zo objectief met elkaar vergeleken kunnen worden als bij gunning op laagste prijs. Wellicht biedt dat een verklaring voor het feit dat de rechters in deze zaken anders oordeelden dan de rechter in de zaak met de coronatesten.

De discussie over de inschrijfprijs had in deze zaak voorkomen kunnen worden als een (vooraf bekendgemaakt) prijsplafond zou zijn ingesteld. Het is dus aanbevelingswaardig om dit als aanbestedende dienst bij het opzetten van een aanbesteding te overwegen en als inschrijver om hier een vraag over te stellen. Op die manier houdt je zelf de controle. De uitslag van een gerechtelijke procedure is immers niet zo voorspelbaar, blijkt maar weer.

Dit is een Legal Update van het team Aanbestedingsrecht.

Voor meer informatie:

Walter Engelhart  
+31 30 25 95 572  
[walterengelhart@vbk.nl](mailto:walterengelhart@vbk.nl)