

LEGAL UPDATE

Wat is de onderzoeksplicht van een aanbestedende dienst bij een abnormaal lage inschrijving?

Datum: 22 juni 2023

Inschrijvers in een aanbesteding proberen nogal eens bij de aanbestedende dienst aan de kaak te stellen dat de inschrijfprijs van een concurrent-inschrijver abnormaal laag is. Hoe moet een aanbestedende dienst daar precies mee omgaan? Hierover heeft het Europese Hof van Justitie (HvJ) recent een [arrest](#) gewezen.

De casus

In de zaak die bij het HvJ voorlag, ging het om een IT-aanbesteding georganiseerd door de Europese Commissie (EC). Sopra heeft op de aanbesteding ingeschreven. De opdracht werd voorlopig gegund aan de enige andere inschrijver (ARHS-IBM). Sopra betwistte die uitkomst, omdat de geoffreerde prijs van ARHS-IBM aanzienlijk lager was dan haar eigen prijs, die volgens haar redelijk en marktconform was. Zij uitte haar twijfels aan de EC, die deze vervolgens van de hand wees met het argument dat ze al een gedetailleerde financiële analyse had uitgevoerd van de inschrijving ARHS-IBM waaruit geen reden tot zorg volgde. Hiertegen ging Sopra in beroep.

Ordeel van het Europese Hof van Justitie

Het HvJ geeft in zijn arrest aan in welke twee fases een aanbestedende dienst moet beoordelen of een ontvangen inschrijving een abnormaal karakter heeft.

- **Fase 1:**

In eerste instantie moet de aanbestedende dienst beoordelen of de in de offerte voorgestelde prijs of kosten abnormaal laag lijkt/lijken. Het gaat hier om een beoordeling 'op het eerste gezicht', dus niet om een onderzoek van elke offerte in detail. De aanbestedende dienst moet kijken of er een aanwijzing is dat een offerte abnormaal laag zou kunnen zijn (bijvoorbeeld wanneer de prijs aanmerkelijk lager is dan de prijs van de andere offertes/de marktprijs).

Als die aanwijzingen er niet zijn, kan de aanbestedingsprocedure worden vervolgd. Als die aanwijzingen er wel zijn, belandt de aanbestedende dienst in fase 2. De aanbestedende dienst belandt ook (let wel: direct!) in fase 2 als een andere inschrijver uitdrukkelijk heeft verzocht om een rechtvaardiging waarom de aanbestedende dienst de gekozen offerte niet als abnormaal laag heeft beschouwd.

- **Fase 2:**

In deze fase dient de aanbestedende dienst de samenstelling van de offerte te onderzoeken om zich ervan te vergewissen dat die niet abnormaal laag is. Daarbij dient hij ook de inschrijver de mogelijkheid te bieden om uiteen te zetten waarom zijn offerte volgens hem niet abnormaal laag is. De aanbestedende dienst moet vervolgens de verstrekte verklaringen beoordelen en bepalen of de betrokken offerte abnormaal laag is, in welk geval hij deze moet afwijzen.

Als het onderzoek plaatsvond op basis van een verzoek van een afgewezen inschrijver, dan moet die een gedetailleerd antwoord krijgen met op hoofdlijnen de analyse. Het volstaan met een antwoord dat de gekozen offerte niet abnormaal laag leek, is dus niet voldoende. De afgewezen inschrijver moet dit antwoord nog vóór een eventuele rechtszaak krijgen, zodat zij haar kansen in een mogelijke procedure vooraf voldoende kan inschatten.

Hoe kan een aanbestedende dienst beoordelen dat een offerte niet abnormaal laag is?

Dat kan bijvoorbeeld op basis van een analyse waaruit blijkt dat de inschrijver zich met de offerte houdt aan wet- en regelgeving met betrekking tot de bezoldiging van het personeel, de bijdragen aan het socialezekerheidsstelsel en de naleving van de normen inzake veiligheid en gezondheid op het werk. Ook moet de aanbestedende dienst zijn nagegaan dat de voorgestelde prijs alle door de technische aspecten van die offerte veroorzaakte kosten omvat.

Parellel met HvJ arrest Klaipedos en Antea Polska

De twee fases van de beoordeling van de (mogelijk) abnormaal lage inschrijving, komt overeen met de beoordeling van mogelijk bedrijfsvertrouwelijke informatie in een inschrijving, zoals het HvJ in de recente arresten Klaipedos en Antea Polska omschreef (waarover wij in [deze Legal Update](#) schreven). Ook uit die arresten volgt dat een aanbestedende dienst serieus moet ingaan op een verzoek van een afgewezen inschrijver om (mogelijk bedrijfsvertrouwelijke) informatie uit de inschrijving van de winnend inschrijver. Daarbij moet de aanbestedende dienst ook eerst aan de betreffende ondernemer vragen om te onderbouwen dat bepaalde informatie bedrijfsvertrouwelijk is. Vervolgens moet de aanbestedende dienst zijn eigen conclusie trekken en dit gemotiveerd aan de inschrijver mededelen.

Relevantie uitspraak voor de Nederlandse aanbestedingspraktijk

In Nederland zijn de regels over de abnormaal lage inschrijving vastgelegd in artikel 2.116 Aanbestedingswet. Hierbij werd tot nu toe aangenomen dat slechts wanneer de aanbestedende dienst vermoedt dat een inschrijving abnormaal laag is, nader onderzoek moet worden verricht en de uitkomst ook slechts beperkt hoeft te worden gemotiveerd. Het HvJ-arrest brengt hier verandering in. Wanneer een inschrijver gemotiveerd aangeeft dat een andere inschrijver heeft ingeschreven met een abnormaal lage prijs, dan is een aanbestedende dienst gehouden daar onderzoek naar te doen. Dit onderzoek mag niet pas gedaan worden in het kader van een aanbestedingsgeschil bij de rechter. De uitkomsten van het onderzoek zullen in ieder geval in grote lijnen gemotiveerd aan de 'klagende' partij moeten worden medegedeeld. De aanbestedende dienst moet inzichtelijk maken wat hij heeft onderzocht, waardoor het vermoeden van de concurrent inschrijver niet meer te simpel van de hand kan worden gewezen. De verwachting is dat klagen over de abnormaal lage inschrijving van een concurrent nu sneller zinvol zal zijn dan voorheen.

Dit is een Legal Update van het team Aanbestedingsrecht.

Voor meer informatie:

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