

DE ONDERZOEKSP LICHT BIJ EEN ABNORMAAL LAGE INSCR IJVING

Een extreem lage (winnende) inschrijving leidt vaak tot verontwaardiging bij concurrenten. Zij zien de opdracht aan hun neus voorbijgaan en blijven achter met de indruk dat de opdracht door hun concurrent is 'gekocht'. Uit een uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie van mei 2023 volgt dat Nederlandse aanbestedende diensten eerder én meer onderzoek zouden moeten doen naar inschrijvingen die abnormaal laag lijken. Inmiddels is de uitspraak van het Europese Hof ook in de Nederlandse rechtspraak aan bod gekomen.

De Aanbestedingswet 2012 biedt een aanbestedende dienst de bevoegdheid om een abnormaal lage inschrijving terzijde te leggen. Het gaat nadrukkelijk om een *bevoegdheid*. Dat betekent dat een aanbestedende dienst *niet verplicht* is om een abnormaal lage inschrijving terzijde te leggen (tenzij een inschrijving niet voldoet aan verplichtingen op het gebied van milieu- sociaal en arbeidsrecht). Concurrerende inschrijvers kunnen terzijdelegging dan ook niet afdwingen bij een rechter.

Wat concurrerende inschrijvers onder omstandigheden wél van aanbestedende diensten kunnen verlangen, is dat zij een inschrijving die abnormaal laag lijkt (1) onderzoeken en (2) motiveren of van een abnormaal lage inschrijving sprake is. Op deze onderzoeks- en motiveringsplicht ziet de uitspraak van het Europese Hof (ECLI:EU:C:2023:396), waarin overigens de iets afwijkende aanbestedingsregels van de Europese Commissie van toepassing waren.

De onderzoeks- en motiveringsplicht lijkt het Europese Hof in ieder geval anders te zien dan Nederlandse rechters. Het Europese Hof onderscheidt bij de onderzoeks- en motiveringsplicht twee fasen:

- 1) In de eerste fase moet een aanbestedende dienst beoordelen of de inschrijving *op het eerste gezicht abnormaal laag lijkt*. Volgens het Europese Hof is dat het geval als een inschrijfprijs aanmerkelijk lager is dan de andere inschrijfprijzen of dan de gebruikelijke marktprijs. Als de inschrijving niet abnormaal laag lijkt, kan de aanbestedingsprocedure worden vervolgd.
- 2) Als de inschrijfprijs abnormaal laag lijkt of als een concurrerende inschrijver hierover uitdrukkelijk vragen stelt, belandt een aanbestedende dienst in de tweede fase. In deze tweede fase moet een aanbestedende dienst *de samenstelling van de inschrijving in detail analyseren* om vast te stellen of deze (niet) abnormaal laag is. Daarna moet de aanbestedende dienst hoofdlijnen van zijn analyse delen met de inschrijver die vragen heeft gesteld.

Met deze onderzoeks- en motiveringsplicht gaat het Europese Hof verder dan de Nederlandse rechtspraak van voor deze uitspraak:

- Nederlandse rechters vereisen voor het verplichten van onderzoek door een aanbestedende dienst vaak een grondige onderbouwing, terwijl uit de uitspraak van het Europese Hof volgt dat onderzoek al is aangewezen als een inschrijving abnormaal laag lijkt of als nadrukkelijk vragen hierover zijn gesteld.

- Nederlandse rechters stellen geen hoge eisen aan het onderzoek van de aanbestedende dienst, terwijl uit de uitspraak van het Europese Hof volgt dat het onderzoek op detailniveau moet worden uitgevoerd.

Het is dus interessant om te zien hoe Nederlandse rechters met deze verregaande onderzoeks- en motiveringsplicht omgaan. Op het moment van schrijven van deze column zijn twee uitspraken gepubliceerd waarin inhoudelijk over de uitspraak van het Europese Hof wordt geoordeeld: één van de Rotterdamse rechtbank en één van de Haagse rechtbank. Beide rechtbanken nemen het concept van de twee fasen over van het Europese Hof, maar oordelen allebei dat de tweede fase niet is bereikt:

- 1) In de Rotterdamse zaak (ECLI:NL:RBROT:2023:9444) oordeelt de rechtbank dat het onderzoek van de tweede fase alleen is vereist als de concurrerende inschrijver gemotiveerd onderbouwt waarom de winnende inschrijving abnormaal laag zou zijn. Dat heeft de inschrijver in kwestie volgens de rechtbank niet gedaan.
- 2) In de Haagse zaak (ECLI:NL:RBDHA:2023:13665) oordeelt de rechtbank dat de concurrerende inschrijver onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat de prijzen van de winnende inschrijver abnormaal laag lijken. Het gestelde prijsverschil van 24,6% is hiervoor volgens de rechtbank onvoldoende.

In beide zaken wordt de aanbestedende dienst dus niet verplicht tot het detailonderzoek van de tweede fase. De rechtbanken lijken – allebei op hun eigen manier – wat terughoudender dan het Europese Hof: de Rotterdamse rechtbank vereist een gemotiveerde onderbouwing van de concurrerende inschrijver; de Haagse rechtbank acht een gesteld prijsverschil van bijna 25% kennelijk niet aanmerkelijk. Zo lijken de Nederlandse rechters de aangescherpte onderzoeksplicht nog niet te omarmen.

In de uitspraak van het Europese Hof zitten echter wel heldere aanknopingspunten om aanbestedende diensten op hun onderzoeksplicht te wijzen. Mogelijk krijgt het Europese arrest in de Nederlandse praktijk – ofwel in de rechtspraak ofwel bij de Commissie van Aanbestedingsexperts – alsnog meer navolging. Wij blijven die ontwikkelingen op de voet volgen.

Indien u vragen heeft naar aanleiding van deze column dan kunt u die stellen aan Jonas Kooijman via jonas.kooijman@infense.nl of 0570 – 75 80 11.