

# 3. Onaanvaardbaar hoog in tijden van explosieve prijsstijgingen

MR. E.H. LEENDERS

Een inschrijving met een inschrijfprijs die uitstijgt boven de raming van de aanbestedende dienst kwalificeert als een onaanvaardbaar hoge inschrijving in de zin van art. 2.28 Aanbestedingswet (met alle gevolgen van dien). In deze bijdrage wordt dit leerstuk besproken aan de hand van een recente uitspraak van de rechtbank Den Haag.

## Inleiding

In tijden van extreme prijsstijgingen en volatiele markten is het niet ondenkbaar dat de prijzen die inschrijvers aanbieden voor de aanbestedende dienst te hoog zijn. In de huidige marktomstandigheden lopen inschrijvers soms forse risico's, die zij moeten afprijzen. Zo zal in ieder geval rekening worden gehouden met mogelijke (verdere) prijsstijgingen. Wanneer de aanbestedende dienst de inschrijfprijs van een inschrijver als 'te hoog' aanmerkt, kan dat met zich brengen dat de inschrijving onaanvaardbaar hoog is, met alle gevolgen van dien. Hoog tijd dus om dit onderwerp nog eens van een nadere beschouwing te voorzien.

Daarnaast ontstaat in de praktijk regelmatig discussie over de vraag of de aanbestedende dienst verplicht is tot bekendmaking van een plafondprijs of budgetplafond. Die discussie ontstaat doordat in de praktijk de onaanvaardbaar hoge inschrijving wordt vermengd met de ongeschikte of non-conforme inschrijving. Een onaanvaardbaar hoge inschrijving, is echter niet per definitie ongeschikt of non-conform en vice versa.

Om het onderscheid goed te kunnen maken, zijn er twee stappen nodig. Ten eerste dient men vast te stellen of de inschrijving als onaanvaardbaar hoog kwalificeert (stap 1). Daarna worden de gevolgen van die kwalificatie in de specifieke omstandigheden bepaald (stap 2). Deze stappen moet van elkaar worden onderscheiden, om voornoemde vermenging te vermijden. De kwalificatie vereist immers géén bekendmaking van het budget(plafond), terwijl de bekendmaking van een prijsplafond wel nodig is om een te hoge inschrijving ongeldig te kunnen verklaren. Een onaanvaardbaar hoge inschrijving *an sich* is niet ongeldig.

Het onderscheid en de stappen licht ik hierna toe aan de hand van de uitspraak die rechtbank Den Haag deed op

Valentijnsdag 2023.<sup>1</sup> In die kwestie had inschrijver, How Are You Diagnostics (HAYD), op twee percelen ingeschreven met een prijs die 85% hoger ligt dan de waardering van de Staat. De Staat heeft vervolgens die inschrijvingen als onaanvaardbaar hoog terzijde gelegd.

## Kwalificatie als onaanvaardbaar hoog

Art. 2.28 Aanbestedingswet 2012 (Aanbw) betreft het enige artikel van de Aanbestedingswet waarin onaanvaardbare inschrijvingen (waaronder onaanvaardbaar hoog) worden benoemd.<sup>2</sup> Voor de vraag of een inschrijving kwalificeert als onaanvaardbaar (hoog), en welke gevolgen die kwalificatie dan heeft, kan dus (enkel) naar dit artikel worden gekeken. Specifiek voor de onaanvaardbaar hoge inschrijving moet worden gekeken naar art. 2.28 lid 4 onder b Aanbw. Daarin staan de vereisten waar een inschrijving aan moet voldoen voor de kwalificatie als onaanvaardbaar hoog.

Vereist is dat voorafgaand aan de aanbesteding een (grens) bedrag of budget is vastgesteld en gedocumenteerd.<sup>3</sup> Een inschrijving die dit budget overschrijdt is onaanvaardbaar hoog ingevolge de wet(tekst). Gelet op de jurisprudentie vereist de kwalificatie onaanvaardbaar hoog echter ook dat de raming van het budget zorgvuldig is gebeurd.<sup>4</sup> Met andere woorden, het vastgestelde budget moet wel een reëel (grens)bedrag zijn. Dat maakt dat de aanbestedende

1 Rb. Den Haag 14 februari 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:1820.

2 In de Aanbestedingsrichtlijn wordt de onaanvaardbaar hoge inschrijving eveneens enkel benoemd in relatie tot de gevallen waarin de concurrentiegerichte dialoog mag worden toegepast, alsook de mededingingsprocedure met onderhandeling (art. 26 lid 4 onder b en art. 35 lid 5 Richtlijn (EU) 2014/24).

3 Zie ook art. 2.15 Aanbestedingswet, waarin de raming van de overheidsopdracht is geregeld.

4 Rb. Den Haag 14 februari 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:1820, r.o. 4.6. Vgl. ook rb. Amsterdam 15 mei 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2903, r.o. 4.5 t/m 4.6; rb. Noord Nederland 21 juni 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:2681, r.o. 4.6.

dienst bij de raming onder meer (afdoende) rekening zal moeten houden met de verplichtingen die van de inschrijver worden verwacht en welke risico's de inschrijver zal moeten afdekken. Dit alles zal de inschrijver immers ook willen en moeten afprijzen. Dit zorgvuldigheidsvereiste brengt mijns inziens dus ook met zich dat de aanbestedende dienst rekening dient te houden met eventuele te verwachten prijsstijgingen. Dat geldt echter niet voor eerdergenoemde extreme prijsstijgingen. Die stijgingen behoefde de aanbestedende dienst bij een zorgvuldige raming van diens budget niet te verwachten. Anderzijds geldt dan weer dat indien de aanbestedende dienst het vastgestelde budget zonder aanwijsbare redenen verhoogt, dat budget niet zonder meer kan kwalificeren als zorgvuldig vastgesteld.<sup>5</sup>

### Bekendmaking van het budget(plafond) is niet nodig en zou het leveren van zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen kunnen tegenwerken

Voor de kwalificatie van een inschrijving als onaanvaardbaar hoog is het niet vereist om het (grens)bedrag voorafgaand aan inschrijving bekend te maken.<sup>6</sup> Hierover bestaat soms (ook) enige verwarring. Een dergelijke bekendmakingsverplichting volgt echter niet uit de regelgeving. Daarbij zou bekendmaking van het budget(plafond) een van de beleidsmatige doelen van het aanbestedingsrecht kunnen tegenwerken, namelijk: het leveren van zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen.<sup>7</sup> Zoals de Commissie van Aanbestedingsexperts en ook de rechtbank Den Haag hebben overwogen, kan voorafgaande bekendmaking van het budgetplafond immers de prijsvorming negatief (verhogend) beïnvloeden. Bovendien zijn inschrijvers ook zonder kennis van het geraamde bedrag in staat een realistische inschrijving te doen.<sup>8</sup> Kortom, bekendmaking is niet vereist voor de kwalificatie als onaanvaardbaar hoog.

Samenvattend, kwalificeert enkel de inschrijving met een prijs die de voorafgaand aan de inschrijving vastgestelde, gedocumenteerde en zorgvuldige raming overstijgt, als onaanvaardbaar hoog. Zo ook de inschrijfprijs van HAYD, die het begrote (grens)bedrag met 85% oversteeg.<sup>9</sup> Dat (grens)bedrag voldeed aan de eisen van art. 2.28 Aanbw, nu de Staat voorafgaand aan aanbesteding het budget had

geraamd, vastgesteld en gedocumenteerd<sup>10</sup> en de raming zorgvuldig was geschied.<sup>11</sup>

### Invloed gunningcriterium

Overigens werd in het Haagse vonnis gegund op laagste prijs. Dat maakt het vaststellen van een plafondbudget waarboven de inschrijving onaanvaardbaar hoog zou zijn eenvoudiger. Het vaststellen van een dergelijk plafondbudget kan evenwel problematischer zijn bij gunning op prijs *en* kwaliteit. De invloed van kwaliteit kan het begroten van het grensbedrag immers lastig maken. De aanbestedende dienst moet dan steeds rekening houden met de invloed die de aangeboden kwaliteit op de prijs zal hebben. Een hogere kwaliteit kan een hogere prijs rechtvaardigen en vice versa. Dit speelt uiteraard niet indien de aanbestedende dienst ervoor kiest om expliciet een prijsplafond voor te schrijven. In dat geval is de inschrijving ongeldig wanneer de prijs dit plafond overstijgt, ongeacht de aangeboden kwaliteit.

De invloed van kwaliteit zal ook niet steeds tot problemen leiden. Zo hoeft de vaststelling van het plafondbedrag geen probleem te zijn, wanneer het kwaliteitsaspect strak is ingekaderd.<sup>12</sup> Dat ligt anders wanneer inschrijvers veel vrijheid is gegund om invulling te geven aan het kwaliteitsaspect. Hierdoor kunnen namelijk uiteenlopende inschrijvingen ontstaan qua kwaliteit (en corresponderende prijs). Dan zal het praktisch gezien erg lastig kunnen zijn om een plafondbedrag te bepalen waarboven de inschrijving onaanvaardbaar hoog wordt. Daarbij zou, voor zover al mogelijk, de aanbestedende dienst dan bij haar raming veiligheidshalve moeten uitgaan van de maximaal gevraagde kwaliteit. Gaat zij immers uit van een lagere kwaliteit, dan is het plafondbedrag niet realistisch en zorgvuldig geraamd, gelet op de gevraagde kwaliteit.

### Gevolgen van een onaanvaardbaar hoge inschrijving

Als zou komen vast te staan dat de inschrijving als onaanvaardbaar hoog kwalificeert, is het de vraag welke gevolgen die kwalificatie heeft. Vooropgesteld: nergens in de wet staat dat een onaanvaardbaar hoge inschrijving ongeldig is, of dat deze inschrijving als ongeldig terzijde mag worden gelegd. Het gelijkheidsbeginsel staat ook niet aan gunning in de weg, zoals wel het geval is bij een te late of non-conforme inschrijving. Dit is de vaste lijn in de juris-

5 Vgl. in die zin ook rb. Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2019:2681, r.o. 4.6 t/m 4.8.

6 Dit staat uiteraard los van de evt. (transparantie)verplichting voor een aanbestedende dienst om haar raming bekend te maken in de aanbestedingsstukken (vgl. recent CvAE 13 september 2023, Advies 708, r.o. 6.9).

7 Art. 1.4 lid 2 Aanbw.

8 Rb. Den Haag 14 februari 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:1820, r.o. 4.3, en CvAE 27 oktober 2017, Advies 426, r.o. 5.5.4 en 5.5.5.

9 Rb. Den Haag 14 februari 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:1820, r.o. 4.5.

10 Rb. Den Haag 14 februari 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:1820, r.o. 4.3.

11 Rb. Den Haag 14 februari 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:1820, r.o. 4.4 en 4.6.

12 Zo kan bijv. het kwaliteitsaspect garantieperiode strak zijn ingekaderd, waarbij 1 jaar een score 2 geeft, 2 jaar een score 4, enz.

prudentie.<sup>13, 14</sup> Zo mocht de gemeente Amsterdam in een Europese openbare aanbesteding gunnen aan Deloitte, ook al was de inschrijfsom 85% hoger dan de fictieve opdrachtwaarde zoals die uit de aanbestedingsstukken volgde.<sup>15</sup> Aan de raming kunnen inschrijvers immers geen rechten ontleenen en bovendien waren hogere inschrijfprijzen toegestaan.

De overige in art. 2.28 Aanbw genoemde omstandigheden die een inschrijving (onregelmatig of) onaanvaardbaar maken, leiden in uitgangspunt wel tot ongeldigheid, althans terzijdelegging.<sup>16</sup> De onaanvaardbaar hoge inschrijving is in die zin een 'vreemde eend in de bijt'.

Een inschrijving met een 'te hoge' prijs kan natuurlijk wel terzijde worden gelegd indien dat in de aanbestedingsstukken is bepaald. Daarvoor moet dan dus bij aanbesteding een prijsplafond zijn voorgeschreven op straffe van ongeldigheid. Het overschrijden van het voorgeschreven prijsplafond vormt dan de reden van ongeldigheid en niet de enkele overschrijding van de raming. Met andere woorden: er is dan niet zozeer sprake van een onaanvaardbaar hoge inschrijving, als wel van een non-conforme inschrijving. Voor terzijdelegging is in dat geval wel voorafgaande bekendmaking van dat prijsplafond vereist.

Ter illustratie: Rijkswaterstaat mocht een inschrijving met een inschrijfprijs die 57% hoger was dan de geraamde waarde niet terzijde leggen. Rijkswaterstaat had immers nagelaten een maximumbudget voor te schrijven op straffe van uitsluiting, aldus de rechtbank Den Haag.<sup>17</sup>

Zelfs wanneer de inschrijfprijs dusdanig hoog is dat zij niet alleen de geraamde waarde overstijgt, maar ook de drempelwaarde, kan terzijde legging niet aan de orde zijn zonder prijsplafond, aldus rechtbank Zeeland-West-Brabant. In een recente meervoudig onderhandse aanbesteding van de provincie Zeeland voor de aanschaf van een grondwatermeetsysteem was dit het geval.<sup>18</sup> Daar achtte de rechtbank de geraamde waarde niet relevant als ongeldigheidsgrondslag, nu deze raming niet bekend was gemaakt en de verwachting of raming van de aanbestedende dienst niet tot een prijsplafond leidt.

Een inschrijving met een te hoge prijs kan ook terzijde worden gelegd indien een reële of marktconforme prijs of vergelijkbaar is voorgeschreven. Is de inschrijfprijs dan vervolgens niet-marktconform, dan voldoet de inschrijving niet aan de aanbestedingsvoorwaarden. Dit gebeurt veelvuldig in de praktijk. Zo legde Stedin recent een te hoge inschrijving terzijde als niet-marktconform in een aanbesteding op laagste prijs voor (gerechts)deurwaardersdiensten. De voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam achtte die handelwijze toelaatbaar, nu de informatie die in het kort geding beschikbaar was duidde op een niet-marktconforme inschrijving. De inschrijvingsprijs oversteeg immers de vooraf bekendgemaakte raming (op basis van ervaringscijfers van Stedin), alsook betrof een veelvoud van de overige inschrijfprijzen.<sup>19</sup> Ook hier is dus sprake van een non-conforme inschrijving (en niet zozeer terzijdelegging wegens een onaanvaardbare inschrijving).<sup>20</sup>

### Een inschrijving met een te hoge prijs kan ook terzijde worden gelegd indien een reële, of marktconforme prijs is voorgeschreven

Kortom, de onaanvaardbaar hoge inschrijving is niet ongeldig, tenzij die sanctie (expliciet) in de aanbestedingsstukken is opgenomen. Is geen prijsplafond en/of marktconforme prijs (of vergelijkbaar) voorgeschreven, dan kan een dergelijke knock-out eis niet meer achteraf worden geïntroduceerd. Uitsluiting of terzijdelegging is dan niet meer aan de orde. Overigens laat dit onverlet dat de (te) hoge inschrijving tevens een manipulatieve inschrijving kan zijn en om die reden terzijde moet worden gelegd.<sup>21</sup>

Van deze regel lijkt te zijn afgeweken in een veel bekritiseerde uitspraak van rechtbank Oost-Brabant.<sup>22</sup> In die procedure – voor de uitvoering van leerlingenvervoer – achtte de rechtbank toepassing van art. 2.28 Aanbw niet aan de orde. Niettemin kon volgens de rechtbank ook niet van de gemeente worden gevergd zij de opdracht zou

13 Vgl. o.a. rb Rotterdam 30 augustus 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:7827, r.o. 4.11. Overigens werd in oude jurisprudentie, nog vóór de Aanbestedingswet, door de RvA terzijdelegging nog wel eens geaccepteerd.

14 Overigens is de formulering van r.o. 4.9 van het vonnis van rechtbank Den Haag van 14 februari 2023 wat ongelukkig, omdat hieruit lijkt te volgen dat de rechtbank uitgaat van ongeldigheid van de inschrijving. Echter, gelet op r.o. 4.7 van het vonnis, volgt dat de rechtbank het wettelijk stelsel doorgronde en enkel niet tot gunning kan worden overgegaan als 'alleen' te hoge (of anderszins onaanvaardbare, onregelmatige) inschrijvingen zijn ontvangen.

15 Rb. Amsterdam 17 november 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:7728, r.o. 4.20 en 4.21.

16 Art. 2.28 lid 1 sub b en lid 3 en 4 Aanbw. Het gelijkheidsbeginsel verzet zich tegen gunning aan een te late of non-conforme inschrijving.

17 Rb. Den Haag 1 februari 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:786, r.o. 4.6 t/m 4.8.

18 Rb. Zeeland-West-Brabant 17 februari 2023, ECLI:NL:RBZWB:2023:1154, r.o. 4.1 en 4.2.

19 Rb. Rotterdam 13 september 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:9444, r.o. 4.2.

20 Overigens is in de jurisprudentie menigmaal de discussie gevoerd over de vraag wanneer een inschrijving dan 'marktconform' is en hoe de aanbestedende dienst dat toetst. Een aanbestedende dienst zal immers de eisen en voorwaarden die zij aan een (geldige) inschrijving stelt, ook daadwerkelijk moeten kunnen en willen toetsen. Ook zal zij willen toetsen of sprake is van een manipulatieve en/of irreële inschrijving. De discussie over die toetsing wordt, mede vanwege de omvang daarvan, buiten dit artikel gelaten.

21 Een inschrijving met enkel een hoge prijs is niet per definitie manipulatief. Voor een manipulatieve inschrijving is meer vereist, zoals bijv. het verstoren van de gunningssystematiek (met een ongelofwaardig resultaat tot gevolg). Vgl. o.a. rb. Den Haag 23 september 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:11933.

22 Rb. Oost-Brabant 25 juni 2021, ECLI:NL:RBOBR:2021:3135, r.o. 4.5. Zie voor de genoemde kritiek onder meer de annotatie van T.H. Chen in «JAAN» 2021/146, de annotatie van T.A. Terlien in *BR* 2021/94 en de blog van A.J. van Heeswijck, 'Overschrijding zorgvuldige raming grond voor afwijzing?'

gunnen aan een inschrijving met een prijs die 33% hoger was dan het budget.<sup>23</sup> Voor uitsluiting was volgens de rechter voldoende dat het budget, voorafgaand aan de aanbesteding is vastgesteld in de begroting van de gemeenteraad. Dat dit budget of plafond (vervolgens) niet in de aanbestedingsstukken is opgenomen, zou geen beletsel vormen voor uitsluiting. Dit oordeel is op zijn zachtst gezegd opmerkelijk, gelet op de hiervoor genoemde rechtsregel en jurisprudentie. Een aanbestedende dienst dient immers, gelet op het transparantiebeginsel, de eisen en voorwaarden in de aanbestedingsdocumenten op te nemen. Met andere woorden, uit de aanbestedingsstukken moet voor iedere potentiële inschrijver duidelijk zijn wat er verwacht wordt. Dit staat in de weg aan het achteraf introduceren van nieuwe knock-out eisen, zoals een budget(plafond).

### Doorstap naar specifieke procedure

Hoewel de Aanbestedingswet geen gevolgen verbindt aan de kwalificatie onaanvaardbaar hoog voor de inschrijving zelf, kan deze wel gevolgen hebben voor de procedure. Dat geldt voor het geval dat *alle* inschrijvingen in de (niet-) openbare procedure worden aangemerkt als onaanvaardbaar (en/of onregelmatig). In dat geval mag de aanbestedende dienst ‘doorstappen’ naar een specifieke procedure, namelijk: de concurrentiegerichtede dialoog of de mededingingsprocedure met onderhandeling.<sup>24</sup> Die doorstap is enkel mogelijk indien alle inschrijvers onaanvaardbaar (en/of onregelmatig) zijn. Beschikt de aanbestedende dienst ook over aanvaardbare inschrijvingen, dan kan zij niet op deze grondslag doorstappen naar een van de genoemde procedures.

Bij de doorstap mag de voorafgaande bekendmaking achterwege blijven, mits enkel de (onaanvaardbare/onregelmatige) inschrijvers worden uitgenodigd die in de (niet-) openbare procedure aan de formele eisen van die procedure voldeden en de voorwaarden van de opdracht niet wezenlijk worden gewijzigd.<sup>25</sup> Dit laatste maakt dat ook tijdens de specifieke onderhandse procedure slechts beperkt ruimte is voor wijziging om alsnog te komen tot gunning. Zo kan de eerdergenoemde excessieve prijsstijging niet zonder meer tot prijsstijging leiden in de vervolprocedure. Enige prijscompensatie is overigens niet uitgesloten, nu niet iedere compensatie een wezenlijke wijziging zal opleveren. Zo kan compensatie bijvoorbeeld ook leiden tot (partieel) herstel van het economisch evenwicht, zonder dat de kring van gegadigden wordt gewijzigd.

Daarnaast is in uitzonderingsgevallen een doorstap naar de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking mogelijk. Dat kan indien de aanbestedende dienst

geen, of enkel ongeldige en/of ongeschikte inschrijvingen ontvangt. Hoewel de onaanvaardbare inschrijving in uitgangspunt niet ongeldig is, kan deze wel ongeschikt zijn. Recent is namelijk door het Europese Hof van Justitie van de Europese Unie overwogen dat een onaanvaardbaar hoge inschrijving ook kan kwalificeren als een ongeschikte inschrijving.<sup>26</sup> Een ongeschikte inschrijving is een inschrijving die niet relevant is voor de opdracht omdat zij, zonder ingrijpende wijzigingen, kennelijk niet voorziet in de in de aanbestedingsstukken omschreven behoeften en eisen van de aanbestedende dienst. Vooralnog is onduidelijk of ‘iedere’ onaanvaardbare (hoge) inschrijving ook als ongeschikt kwalificeert, en zo niet, waar dan de scheidslijn ligt. In de literatuur lijkt voorzichtig een onderscheid te worden aangenomen,<sup>27</sup> maar vooralnog is hierover, alsook over de scheidslijn, geen uitsluit. In het arrest van het Europese Hof was de inschrijving in ieder geval ‘duidelijk’ ongeschikt, gelet op de inschrijfprijs van twee maal de geraamde opdrachtwaarde.<sup>28</sup> Vooralnog is het mijns inziens aan te raden om wanneer men een onaanvaardbaar hoge inschrijving wil kwalificeren als ongeschikt, ook te motiveren dat de inschrijving niet relevant is voor de opdracht. Dit, gelet op de bestaande onduidelijkheid en het voorheen strakke onderscheid dat werd aangenomen tussen de onaanvaardbare en de ongeschikte inschrijving.<sup>29</sup>

### De onaanvaardbare inschrijving is in uitgangspunt niet ongeldig, maar kan wel ongeschikt zijn

Wederom geldt dat één ongeschikte inschrijving nog geen gevolgen heeft. Indien echter *alle* ontvangen inschrijvingen als ongeschikt of ongeldig kwalificeren in de (niet-)openbare procedure, mag de aanbestedende dienst de doorstap maken naar de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking.<sup>30</sup>

### Intrekking of heraanbesteding

Tot slot kan een onaanvaardbaar hoge inschrijving voor een aanbestedende dienst aanleiding zijn om de aanbesteding in te trekken. Dat kan zelfs het geval zijn, indien ook wel aanvaardbare inschrijvingen resterend. Een aanbestedende dienst heeft een grote vrijheid tot intrekking en mag dan ook in uitgangspunt een aanbesteding intrekken.

23 De redenering komt overeen met oude jurisprudentie, van vóór de Aanbestedingswet, waarin door de RvA terzijdelegging nog wel eens werd geaccepteerd.

24 Zie rb. Den Haag 14 februari 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:1820, r.o. 4.7 t/m 4.9.

25 Art. 2.28 lid 2 Aanbw.

26 HvJ EU 16 juni 2022, zaak C-376/21 (*Razlog*), r.o. 62: ‘Une offre doit en effet être considérée comme inappropriée lorsqu’elle est «inacceptable», au sens de l’article 26, paragraphe 4, sous b), deuxième alinéa, de ladite directive.’

27 Vgl. M.B. Klijn, ‘Commentaar bij art. 2.32 Aanbestedingswet’, *T&C Aanbestedingsrecht*, en de gastnoot van J.H.J. Bax bij het arrest van het Europese Hof in *TBR* 2022/116.

28 HvJ EU 16 juni 2022, zaak C-376/21 (*Razlog*), r.o. 63.

29 Vgl. voorafgaand aan het arrest van het Europese Hof: D.C. Orobio de Castro & E. Verweij, ‘Commentaar bij art. 2.32 Aanbestedingswet’, *Sdu Commentaar Aanbestedingsrecht*, en o.a. rb. Amsterdam 11 oktober 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:8618, r.o. 4.9 t/m 4.11.

30 Art. 2.32 lid 1 sub a Aanbw.

De kwalificatie van één enkele inschrijving als onaanvaardbaar hoog, behoeft nog geen geldige reden te zijn tot intrekking.<sup>31</sup> Ook als slechts één inschrijving wordt ontvangen en die inschrijving is onaanvaardbaar, behoeft zulks niet te leiden tot intrekking. Omstandigheden kunnen immers maken dat de aanbestedende dienst de overschrijding kan dragen (bijvoorbeeld indien de overschrijding beperkt is) en dus intrekking niet aan de orde hoeft te zijn. Verder kan mogelijk tot intrekking worden besloten, indien de aan de hoge prijs ten grondslag liggende redenen daartoe aanleiding geven. Bij die intrekking dient de aanbestedende dienst dan wel de beginselen van transparantie en gelijke behandeling in acht te nemen.<sup>32</sup> Zij zal dus wel de redenen voor intrekking moeten motiveren.

Bij een eventuele heraanbesteding dient de aanbestedende dienst de opdracht wezenlijk te wijzigen. Dit ter voorkoming van met name leuren. De aanbestedende dienst moet dus in uitgangspunt ook de specificaties van de opdracht wijzigen. Het enkel wijzigen van de beoordelingsystematiek is daartoe veelal onvoldoende.<sup>33</sup> Aldus kan de aanbestedende dienst in voorkomend geval niet volstaan met het enkel schrappen of verhogen van het prijsplafond.<sup>34</sup>

#### Rechtbank Den Haag

Terugkomend op de uitspraak van rechtbank Den Haag van 14 februari dit jaar. Daar had de Staat de inschrijvingen als onaanvaardbaar hoog gekwalificeerd en terzijde gelegd. De Staat had nog niet besloten wat dit voor de aanbestedingsprocedure betekende en hoe zij deze wilde vervolgen. Zij had echter wel aangegeven dat het vervolg ook kon bestaan uit gunning aan een inschrijver op een van de andere percelen. Daarvoor was immers in het beschrijvend document een regeling opgenomen, voor het geval de inschrijving op een perceel niet tot gunning zou leiden. De rechtbank acht deze handelwijze van de Staat toelaatbaar, althans wijst de vorderingen van HAYD af. HAYD had, kort gezegd, gevorderd dat haar inschrijving geldig zou worden bevonden en haar moest worden gegund.

De uitkomst van dit vonnis van de rechtbank Den Haag komt wellicht op het eerste oog opmerkelijk over, maar is mijns inziens wel juist. Immers, hoewel de kwalificatie als onaanvaardbaar hoog niet tot een ongeldige inschrijving leidt en dus de vordering van HAYD had moeten worden

toegewezen, heeft HAYD bij toewijzing geen belang.<sup>35</sup> Het juiste gevolg van de kwalificatie was immers de doorstap naar de concurrentiegerichte dialoog of de mededingingsprocedure met onderhandeling, maar daarbij had HAYD geen belang. Die vervolprocedure zou immers, zo stelt de rechtbank vast, weinig kansrijk zijn voor HAYD, omdat HAYD geen lager tarief kan bieden. Reden dat de vorderingen van HAYD alsnog worden afgewezen.

Mogelijk kan de Staat de regeling uit het beschrijvend document toepassen. Denkbaar is dat de inschrijving van HAYD als zeer hoog en dus ongeschikt worden aangemerkt. In dat geval geldt hetzelfde voor de overige (hogere) inschrijvingen en zouden enkel ongeschikte inschrijvingen zijn ontvangen door de Staat, waardoor de Staat zonder meer zou mogen doorstappen naar de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging. Die procedure komt per saldo neer op de regeling uit het beschrijvend document.

#### Tot slot en samenvattend

Geconcludeerd kan worden dat een hoge inschrijving (door bijvoorbeeld extreme prijsstijgingen) niet per definitie onaanvaardbaar hoog is. Een inschrijving is namelijk enkel onaanvaardbaar hoog indien is voldaan aan de vier vereisten van art. 2.28 Aanbw. De bekendmaking van een prijsplafond is daarvoor niet vereist. Een onaanvaardbaar hoge inschrijving leidt vervolgens niet per definitie tot terzijdelegging. Een te hoge inschrijving kan wel ter zijde worden gelegd indien er bijvoorbeeld een prijsplafond of marktconformiteit zou zijn voorgeschreven. In dat geval is de te hoge inschrijving non-conform en wordt (enkel) om die reden terzijde gelegd. Is echter geen prijsplafond voorgeschreven en kwalificeert de inschrijving dus enkel als onaanvaardbaar hoog, dan is de inschrijving niet ongeldig. De kwalificatie onaanvaardbaar hoog kan evenwel gevolgen hebben voor de procedure. De aanbestedende dienst kan daarin immers reden zien de aanbesteding in te trekken. Tevens mag de aanbestedende dienst doorstappen naar de concurrentiegerichte dialoog of de mededingingsprocedure met onderhandeling, indien *alle* inschrijvingen onaanvaardbaar (of onregelmatig) zijn. Zouden de onaanvaardbaar hoge inschrijvingen ook nog kwalificeren als ongeschikt (vanwege de zeer hoge inschrijfprijs), dan is ook een doorstap mogelijk naar de (enkelvoudige) onderhandelingsprocedure zonder aankondiging.

Al met al is het leerstuk van de onaanvaardbaar hoge inschrijving niet eenvoudig en kent verschillende facetten. Enerzijds mag van de aanbestedende diensten de nodige zorgvuldigheid worden verwacht, zowel bij de kwalificatie van een inschrijving als onaanvaardbaar hoog, als bij het

31 Vgl. rb. Amsterdam 15 mei 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2903.

32 Conform vaste jurisprudentie (vgl. HvJ EU 11 december 2012, zaak C-440/13 (*Croce Amica*) r.o. 33 t/m 36).

33 Vgl. rb. Rotterdam 11 januari 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:280, r.o. 4.5; rb. Noord-Nederland 7 september 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:4075, r.o. 4.7; rb. Den Haag 24 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:4864, r.o. 4.7.

34 Het verhogen of schrappen van het prijsplafond kan uiteraard wel leiden tot een wezenlijke wijziging, indien zulks bijv. leidt tot een andere kring van gegadigden en/of gunning aan een andere inschrijver. Voor een uitgebreide uiteenzetting van het begrip wezenlijke wijziging, zie: H. Plas, 'Wezenlijke wijziging in het aanbestedingsrecht', *Bouwrecht monografieën*, en dan met name hfdst. 4 'Wijzigingen en de aanbestedingsprocedure'.

35 Overigens wordt in de uitspraak geen aandacht besteed aan het mogelijke belang van de derde inschrijver (op één van beide percelen, zie r.o. 2.11). Die inschrijver heeft zich – blijkbaar – bij de beslissing van de aanbestedende dienst neergelegd. Dit, mogelijk ingegeven doordat aan haar lijkt te worden gegund (zie r.o. 2.15). Dit alles volgt echter niet (duidelijk) uit de uitspraak.

bepalen van de gevolgen daarvan. Daarbij dient de aanbestedende dienst scherp onderscheid te (blijven) maken tussen de onaanvaardbare (of onregelmatige) inschrijving (of zelfs ongeschikte inschrijving), waarbij ‘slechts’ boven de raming is ingeschreven, en de situatie dat non-conform is ingeschreven. Anderzijds is het ook voor inschrijvers van belang dit complex van kwalificaties en mogelijke gevolgen te doorgronden, om te weten waar zij staan. Zij kunnen

dan de aanbestedende dienst erop aanspreken wanneer deze niet handelt conform de spelregels.

*Dit artikel is afgesloten op 6 februari 2024.*

**Over de auteur**

**Mr. E.H. (Eva) Leenders**

Advocaat bij Infense advocaten.

# RELEVANT, ELKE WEEK

- ✓ Elke donderdag het nieuwsoverzicht van VNG Magazine
- ✓ Actueel, onafhankelijk en betrouwbaar
- ✓ En een overzicht van de meest recente vacatures bij gemeenten



**MELD JE NU AAN VIA  
VNG.NL/NIEUWSBRIEF**

