

Tender Nieuwsbrief Online 2022

Het Veridos-arrest: de abnormaal lage inschrijving nader belicht

Auteur(s): mr. E.E. Zeelenberg, MeesterZet aanbestedingsrecht

Waar ligt de grens tussen een 'scherpe' inschrijving en een abnormaal lage inschrijving? Dit is een vraag waarmee aanbestedende diensten in de praktijk worstelen. Met enige regelmaat wordt in aanbestedingsstukken een bandbreedte bepaald. Er staat dan bijvoorbeeld dat bij een inschrijving die meer dan x% lager is dan het gemiddelde inschrijfbedrag, het vermoeden bestaat dat die abnormaal laag is en dus aan nader onderzoek wordt onderworpen. In Bulgarije is dit zelfs in de nationale aanbestedingswetgeving vastgelegd. De Bulgaarse wet bepaalt dat indien de prijs of de kosten van een te beoordelen inschrijving meer dan 20% lager liggen dan het gemiddelde van de overige inschrijvingen, de aanbestedende dienst van de betreffende inschrijver een uitvoerige, schriftelijke, verantwoording van de samenstelling van die inschrijving moet verlangen.

Mag de kwalificatie van een wel of niet abnormaal lage inschrijving echter wel zo mathematisch worden ingevuld? Het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ EU) is daarover duidelijk in onderhavig arrest ¹ : nee. Dat een inschrijving afwijkt van de andere inschrijvingen kan weliswaar een nuttige aanwijzing zijn om een abnormaal lage inschrijving op te sporen, maar mag niet het enige criterium zijn dat wordt gehanteerd voor de vaststelling of hiervan inderdaad sprake is. Hoe moet dit dan wel worden bepaald? Dat bespreek ik in deze bijdrage. Verder ga ik ook in op het omslagpunt van onderzoeksbevoegdheid naar de onderzoekspllicht bij abnormaal lage inschrijvingen en op de vraag of en hoe een besluit om een inschrijving *niet* abnormaal laag te verklaren moet worden gemotiveerd.

1. Wanneer is er sprake van een abnormaal lage inschrijving?

Het Unierecht bevat geen definitie van het begrip abnormaal lage inschrijving, zo stelt het HvJ EU voorop in het Veridos-arrest. Het is aan de aanbestedende diensten om te bepalen wanneer een inschrijving door hen vermoed wordt abnormaal laag te zijn. Dit (vermoedelijk) abnormaal lage karakter van de inschrijving moet worden beoordeeld in vergelijking met de gevraagde prestatie in de betreffende aanbesteding, rekening houdend met alle gegevens die relevant zijn voor die prestatie. Dat vergt dus maatwerk per aanbesteding en per inschrijving. Het enkele feit dat een inschrijving qua prijs afwijkt van de andere inschrijvingen, is in dat kader onvoldoende. Als gezegd, kan een aanzienlijk prijsverschil wel een (eerste) aanwijzing zijn, maar het vermoeden van een abnormaal lage inschrijving moet op meer worden gebaseerd. Dat kunnen onder meer gegronde twijfels over het realiteitsgehalte van de inschrijving zijn. Bijvoorbeeld omdat het erop lijkt dat de inschrijver een fout heeft gemaakt in zijn inschrijving.

2. Bevoegdheid tot onderzoek of plicht?

Omdat het aan de aanbestedende dienst is om te bepalen wanneer een inschrijving vermoedelijk abnormaal laag is, is er geen sprake van een onderzoekspllicht maar van een onderzoeksbevoegdheid. De ruime discretionaire bevoegdheid die de aanbestedende dienst heeft bij de beoordeling van inschrijvingen geldt ook voor de beoordeling of een inschrijving abnormaal laag is of niet. De regeling inzake abnormaal lage inschrijvingen en bijbehorende onderzoeks-/verificatiemogelijkheid – vastgelegd in art. 2.116 Aw 2012 – dient bovendien enkel de belangen van de aanbestedende dienst. Uitgangspunt is dan ook dat het aan de aanbestedende dienst is om te beslissen of (i) hij wel of geen gebruik wenst te maken van de onderzoeks-/verificatiemogelijkheid die het artikel kent en (ii) of hij op grond van een uitgevoerde verificatie voldoende overtuigd is van het realiteitsgehalte van de inschrijving.² Concurrent-inschrijvers komt in principe geen beroep toe op art. 2.116 Aw 2012. Zij kunnen niet van een aanbestedende dienst verlangen dat een inschrijving als (vermoedelijk) abnormaal laag wordt aangemerkt en op die grond wordt afgewezen.³

De vrijheid van de aanbestedende dienst is echter niet onbegrensd. De bevoegdheid tot onderzoek/verificatie kan namelijk omslaan in een onderzoeks-/verificatiepllicht in de volgende gevallen:

- De betrouwbaarheid van de offerte is, zoals het HvJ EU het verwoordt in het Veridos-arrest, 'a priori twijfelachtig'⁴. Anders gezegd: er is sprake van een typisch en in het oog springend geval 'te mooi om waar te zijn'.
- De aanbestedende dienst heeft zichzelf in de aanbestedingsstukken verplicht tot verificatie.