

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 706

1. Waar gaat dit advies over?

Dit advies gaat over de bevoegdheid van aanbestedende diensten een opdracht te gunnen aan een inschrijver die een abnormaal lage inschrijving heeft gedaan.

2. Hoe luidt het advies?

Ook als de Commissie uitgaat van de juistheid van de stellingen van ondernemer en inderdaad sprake is van een abnormaal lage inschrijving van de winnaar, leidt dat niet tot een verplichting tot terzijdelegging van de inschrijving van de winnaar. Aanbesteder heeft in dit geval bovendien voldaan aan zijn onderzoeksplicht. De Commissie verklaart de klacht **ongegrond**.

3. Wat zijn de relevante feiten?

3.1. Aanbesteder heeft op 27 maart 2023 een 'nationale procedure aangekondigd voor het verlenen van een opdracht volgens de meervoudig onderhandse procedure overeenkomstig het ARW 2016'. De opdracht behelst het opstellen van twee EPvE's (Esthetisch Programma van Eisen) voor de renovatie van twee tunnels.

3.2. Ondernemer heeft bij aanbesteder geklaagd dat de winnende inschrijving abnormaal laag is. Aanbesteder (klachtenmeldpunt) heeft een nader onderzoek ingesteld en is tot de conclusie gekomen dat geen sprake is van een abnormaal lage inschrijving:

'Naar aanleiding van uw klacht heeft aanbesteder een onderzoek uitgevoerd naar de inschrijving van de beoogd winnende inschrijver. Aanbesteder heeft ten behoeve van dit onderzoek een nadere onderbouwing gevraagd van de beoogd winnende inschrijver met een toelichting op hoe de kosten van de verschillende deelproducten uit de inschrijfstaat zijn opgebouwd. De raming van aanbesteder is vergeleken met de inschrijfstaat en de nadere onderbouwing. Daarnaast zijn ook de gegevens van de Heinenoordtunnel in het onderzoek betrokken. Verder heeft aanbesteder nader onderzocht of deze partij aan de gestelde eisen voldoet en of de opdracht redelijkerwijs uitvoerbaar is conform de overeenkomst voor het aangeboden bedrag. Op basis van het onderzoek van aanbesteder kunnen de volgende conclusies worden getrokken:

- De ureninschatting van de beoogd winnende inschrijver komt voor een groot deel in de buurt bij de ureninschatting uit de opgestelde raming;

- De uitvraag voor de Heinenoordtunnel vraagt weliswaar een vergelijkbare werkwijze, maar de inhoud en complexiteit van beide uitvragen is dermate verschillend waardoor een groot verschil in beide ramingen te verklaren is. Daarnaast is de Heinenoordtunnel gegund o.b.v. BPKV, waardoor Inschrijvers punten konden scoren op 'nice to haves', die ook in de prijs worden opgenomen. Voor [onderhavige opdracht] geldt: de basis is goed genoeg (laagste prijs);

- De activiteiten die door de 'winnende' inschrijver zijn opgenomen in de inschrijfstaat en nadere onderbouwing sluiten aan bij hetgeen is gevraagd in de vraagspecificatie.

Op basis van het onderzoek kan niet worden geconcludeerd dat er sprake is van een abnormaal lage inschrijving. Aanbesteder constateert op basis van dit onderzoek dat zij er vertrouwen in heeft dat de opdracht conform de eisen voor het aangeboden bedrag kan worden uitgevoerd.'

4. Waar komt de klacht in de kern op neer?

- 4.1. Ondernemer acht de toelichting van het klachtenmeldpunt, die bestaat uit drie argumenten, niet bevredigend. In zijn klacht richt ondernemer zijn pijlen op twee van de drie argumenten. De Commissie begrijpt dat ondernemer zich op het standpunt stelt dat de inschrijving van de winnaar terzijde had moeten worden gelegd vanwege de abnormaal lage inschrijfprijs.

Eerste argument: ureninschatting inschrijver en raming gelijk

- 4.2. Het eerste argument, op grond waarvan het klachtenmeldpunt concludeerde dat geen sprake was van een abnormaal lage inschrijfprijs, luidde: de ureninschatting van de winnaar komt voor een groot deel in de buurt van de raming van aanbesteder.

- 4.3. Ondernemer stelt dat aanbesteder daarmee inschat dat de opdracht voor ongeveer € 25.000,-- per tunnel kan worden uitgevoerd. Dat bedrag acht ondernemer te laag, vanwege een vergelijking die hij maakt tussen het onderhavige project en de 'soortgelijke werkzaamheden' voor een ander project, de Heinenoordtunnel, dat is uitgevoerd voor een bedrag van ongeveer € 134.000,-- voor één tunnel.

Tweede argument: vergelijkbaarheid met Heinenoordtunnel

- 4.4. Ondernemer klaagt ook over het tweede argument van het klachtenmeldpunt dat het onderhavige project niet vergelijkbaar zou zijn met de Heinenoordtunnel. Ondernemer meent dat het onderhavige project juist goed vergelijkbaar is met de Heinenoordtunnel, omdat de vraagspecificatie daarmee nagenoeg overeenstemt. Aanbesteder stelt – niet onderbouwd – dat de projecten niet vergelijkbaar zijn en dat daarnaast een verschil bestaat in het gunningscriterium (beste prijs-kwaliteit voor de Heinenoordtunnel versus laagste prijs voor dit project).

Derde argument: geoffreerde activiteiten sluiten aan bij vraagspecificatie

- 4.5. Ondernemer klaagt niet over het derde argument op grond waarvan het klachtenmeldpunt de conclusie trekt dat geen sprake is van een abnormaal lage inschrijving.

5. Beoordeling

Toetsingskader abnormaal lage inschrijving

Onderzoeksplicht aanbestedende dienst

- 5.1. De Commissie begrijpt dat voor deze opdracht geen sprake is van een Europese aanbestedingsplicht en aanbesteder ervoor heeft gekozen een aanbestedingsprocedure te doorlopen volgens hoofdstuk 7 van het Aanbestedingsreglement Werken (ARW) 2016. Deel 2 van de Aanbestedingswet 2012 is daarmee niet op deze aanbesteding van toepassing.

- 5.1.1. In artikel 7.23 ARW 2016 – een bepaling die gelijk is aan artikel 2.116 Aw 2012 – is bepaald, voor zover hier relevant, dat aanbestedende diensten een toelichting moeten verzoeken op de inschrijfprijs indien deze abnormaal laag lijkt in verhouding tot de te leveren diensten (lid 1). De verstrekte informatie moet de aanbestedende dienst vervolgens in overleg met de inschrijver onderzoeken (lid 3). Een aanbestedende dienst kan een inschrijving uitsluitend afwijzen indien het lage niveau van de voorgestelde prijzen of kosten niet genoegzaam wordt gestaafd door het verstrekte bewijsmateriaal (lid 4). De Commissie benadrukt dat de terzijdelegging een discretionaire bevoegdheid betreft: zelfs indien de aanbestedende dienst concludeert dat sprake is van een abnormaal lage inschrijfprijs, staat het hem vrij de betreffende inschrijving *niet* terzijde te leggen (zie bijvoorbeeld Voorzieningenrechter Rechtbank Noord-Holland, zittingsplaats Haarlem 12 mei 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:3932, r.o. 6.2).
- 5.1.2. Ten overvloede overweegt de Commissie dat in artikel 7.23.5 ARW 2016 (en in artikel 2.116 leden 5 en 6 Aw 2012) situaties zijn beschreven waarin de terzijdelegging van een abnormaal lage inschrijving *wel* verplicht is, maar die situaties zijn hier niet aan de orde.

Twee fasen van de onderzoeksplicht (HvJ EU)

- 5.2. De rechtspraak van het Europese Hof van Justitie over de onderzoeksplicht ten aanzien van abnormaal lage inschrijvingen, acht de Commissie ook relevant voor een meervoudig onderhandse procedure waarop een aan art 2.116 Aw 2012 gelijkkluidende bepaling van toepassing is. Het Europese Hof onderscheidt twee fasen bij het onderzoek naar een abnormaal lage inschrijfprijs (HvJ EU, 11 mei 2023, ECLI:EU:C:2023:396, JAAN 2023/133, m.nt. Snijders-van Erp, zaak C-101/22, JAAN 2023/133, m.nt. Snijders-van Erp, Commissie/Sopra Steria Benelux en Unisys Belgium, dit betrof een oordeel over een andere regeling). De eerste fase betreft een *prima facie* beoordeling, een op de eerste indruk gebaseerde controle. Dit is een summiere controle waarin kan worden beoordeeld of een offerte abnormaal laag lijkt. Deze summiere controle is echter alleen voor intern gebruik en kan niet worden tegengeworpen aan een afgewezen inschrijver die twijfels uit over deze beoordeling (r.o. 79). Het feit dat een inschrijver op onderbouwde wijze twijfels uit over de abnormaal lage prijs van de gekozen offerte, brengt met zich mee dat de aanbestedende dienst in de tweede fase van de controle terechtkomt (r.o. 81). Afgezien van het geval waarin de door de afgewezen inschrijver aangevoerde argumenten irrelevant zijn of totaal niet worden onderbouwd, is de aanbestedende dienst in deze tweede fase dus verplicht om de gekozen offerte in detail te analyseren teneinde vast te stellen dat deze daadwerkelijk niet abnormaal laag is (r.o. 82).

Hoe ver reikt de motiveringsplicht van aanbesteders ten aanzien van onderzoek?

- 5.3. In voornoemd arrest gaat het Europese Hof in r.o. 82 en 83 tevens in op de motiveringsplicht van aanbestedende diensten ten aanzien van het door hem uitgevoerde onderzoek. Aanbestedende diensten zijn verplicht om '(...) de afgewezen inschrijver die hem hierover uitdrukkelijk vragen heeft gesteld, in kennis te stellen van de hoofdlijnen van die analyse'. 'Iedere andere uitlegging zou de afgewezen inschrijver zijn recht ontnemen op een doeltreffende voorziening in rechte (...). Het zou voor een inschrijver immers onmogelijk zijn om te beoordelen of het besluit van de aanbestedende dienst dat de gekozen offerte niet abnormaal laag is, gegrond is indien deze aanbestedende dienst zich ertoe kan beperken, stellig en zonder de geringste rechtvaardiging op te merken dat deze offerte volgens hem in overeenstemming lijkt te zijn met de marktvoorwaarden van de landen van waaruit

de contractanten en hun onderaannemers de gevraagde diensten moeten uitvoeren, of dat de prijs van de gekozen offerte geen abnormaal laag karakter heeft’.

Bevindingen Commissie

Onderzoeksplicht aanbesteder

- 5.4. Vanuit aanbestedingsrechtelijk perspectief is in deze zaak vooral relevant of (i) aanbesteder nader onderzoek heeft verricht, (ii) of dat onderzoek in overleg met inschrijver heeft plaatsgevonden en (iii) of ondernemer in kennis is gesteld van de hoofdlijnen van de analyse van aanbesteder.

Aanbesteder heeft aan onderzoeksplicht voldaan

- 5.5. De Commissie overweegt dat de reikwijdte van het te verrichten onderzoek en de bijbehorende motivering mede afhankelijk zijn van de mate van onderbouwing en detaillering van de twijfels over de abnormaal lage prijs van de gekozen offerte. Naar het oordeel van de Commissie heeft aanbesteder, mede in het licht van de beperkte onderbouwing van de twijfels over de abnormaal lage prijs, aan de op hem rustende onderzoeksplicht en motiveringsplicht voldaan. Uit de beslissing van het klachtenmeldpunt blijkt dat aanbesteder nader onderzoek in overleg met inschrijver heeft verricht. Aanbesteder heeft vervolgens ondernemer in kennis gesteld van de hoofdlijnen van zijn analyse (de drie argumenten).

Terzijdelegging is discretionaire bevoegdheid

- 5.6. Discussie kan bestaan over de vraag hoe realistisch de verwachting van aanbesteder is dat de twee EPvE's kunnen worden opgesteld voor € 54.000,--. Ongeacht de uitkomst van die discussie staat het aanbesteder vrij de opdracht te gunnen aan de winnaar, tenzij daarbij, bijvoorbeeld, sprake is van een evidente misslag van de aanbestedende dienst. Zoals opgemerkt bij het toetsingskader mogen aanbesteders ervoor kiezen een abnormaal lage inschrijving *niet* terzijde te leggen. Ook als de Commissie uitgaat van de juistheid van de stellingen van ondernemer en inderdaad sprake is van een abnormaal lage inschrijving, leidt dat daarom nog niet tot een verplichting tot terzijdelegging van de inschrijving van de winnaar. De Commissie verklaart de klacht daarom **ongegrond**.

6. Advies

De Commissie acht de klacht **ongegrond**.

Den Haag, 20 november 2023

Mr. G.R. Werkman-Bouwkamp
Voorzitter

Mr. M.C. Pinto
Vicevoorzitter

Mr. dr. A.J. van Heeswijck
Commissielid