



Slim inschrijven;

Onderzoek naar strategisch inschrijven en de grenzen van een geoorloofde strategische inschrijving.

Iris Jans
Tilburg, mei 2012

Slim inschrijven

Onderzoek naar strategisch inschrijven en de grenzen van een geoorloofde strategische inschrijving

Auteur: Iris Jans
Studentnummer: 2023940
Functie auteur: student

Classificatie: Intern

Stageverlener: Appeldoorn Tendermanagement
Afstudeermentor: Dhr. mr. M.L. Appeldoorn

Opleiding: Juridische Hogeschool Avans-Fontys
Locatie opleiding: Tilburg
1^e afstudeerdocent: Dhr. mr. J.D. Wesseling
2^e afstudeerdocent: Mevr. mr. T. Wielders

Stageperiode: 06/02/2012 – 11/05/2012

Tilburg, mei 2012

Voorwoord

Het voorliggende rapport is opgesteld tijdens mijn afstudeerperiode die ik bij Appeldoorn Tendermanagement te Tilburg heb mogen volgen. Voor deze doelgroep is dit onderzoeksrapport opgesteld in het kader van een afstudeeronderzoek in de periode van februari tot en met mei aan de Juridische Hogeschool Avans-Fontys te Tilburg voor de opleiding HBO-Rechten.

Dit rapport is als afsluiting van een gezellige studieperiode waar ik veel heb mogen leren en vele ervaringen heb mogen opdoen. Mijn interesse in het recht is zich door middel van deze opleiding steeds groter geworden, in het bijzonder in het Europees recht wat een onderdeel van de minor was die ik tijdens deze studie heb mogen volgen. Door de interesse in het Europees recht was mijn keuze voor een afstudeerstage bij Appeldoorn Tendermanagement snel gemaakt. Het aanbestedingsrecht, dat afkomstig is van Europees recht, was een onderwerp dat tijdens de studieperiode niet was behandeld en dus een grote uitdaging om me hierin te gaan verdiepen.

Ik wil graag mijn dank uitspreken aan mijn afstudeeradres, Appeldoorn Tendermanagement, die mij de mogelijkheid heeft geboden om een scriptie te kunnen schrijven voor deze organisatie. Mijn afstudeerbegeleider, Michiel Appeldoorn, wil ik uiteraard bedanken voor zijn kritische blik op mijn stukken en de discussies over het onderwerp. Ik wil daarnaast de andere collega's van Appeldoorn Tendermanagement bedanken voor deze gezellige en leerzame tijd. Verder wil ik mijn medestagiair, Lela Saou, bedanken voor de leuke gesprekken tijdens deze stageperiode en haar kritische blik op mijn stukken.

Naast de informatie die ik binnen Appeldoorn Tendermanagement heb verworven heb ik ook enkele interviews afgelegd wat mij meer inzicht heeft gegeven in het onderwerp. Ik wil graag een woord van dank richten aan de heer mr. T. van Helmond en mevrouw mr. M. Vidal wie mij de gelegenheid hebben gegeven om een interview af te nemen.

Tot slot wil ik mijn dank betuigen aan mijn stagedocent, Joe Diego Wesseling, voor zijn begeleiding vanuit de Juridische Hogeschool. Hij heeft mij advies gegeven gedurende het afstudeertraject en hij heeft mij de nodige vrijheid gegeven bij het opstellen van de scriptie.

Ik wens u veel leesplezier toe!

Iris Jans

Tilburg, mei 2012

Inhoudsopgave

Verklarende woordenlijst

Samenvatting

1	Inleiding	3
1.1	Aanleiding en probleembeschrijving	3
1.2	Doelstelling en vraagstelling	4
1.3	Onderzoeksverantwoording	4
1.4	Leeswijzer	5
2	(Europees) aanbesteden	6
2.1	Aanbestedingsrecht	6
2.2	Bronnen van het aanbestedingsrecht	6
2.2.1	Europese wet- en regelgeving	6
2.2.2	Nationale wet- en regelgeving	7
2.2.2.1	Besluiten	7
2.2.2.2	Algemeen Reglement Werken 2005	7
2.3	Aanbestedingsplichtige opdrachten	8
2.4	Algemene beginselen van aanbestedingsrecht	9
2.5	Procedures	10
2.5.1	Openbare aanbestedingsprocedure	10
2.5.2	Niet-openbare aanbestedingsprocedure	11
2.5.3	Procedure van gunning via onderhandelingen	11
2.5.4	Concurrentiegericht dialoog	11
2.5.5	Prijsvraag voor ontwerpen	12
2.6	Aanbestedingstraject	12
2.6.1	Aankondiging van de opdracht	12
2.6.2	Inschrijving	13
2.6.3	Gunning	13
3	Strategisch inschrijven	15
3.1	Definitie van strategisch inschrijven	15
3.2	Toelaatbare strategische inschrijving	15
3.3	Ontoelaatbare strategische inschrijving	16
4	Manipulatief inschrijven	18
4.1	In strijd met de aanbestedingstukken	18
4.1.1	<i>'Een strategische inschrijving is ontoelaatbaar'</i>	19
4.1.2	<i>'De inschrijving dient marktconform en realistisch te zijn'</i>	20
4.1.3	<i>'Schuiven met de kosten'</i>	22
4.1.4	<i>'Nulprijzen of negatieve scores'</i>	23
4.1.5	<i>'Aannemelijk maken'</i>	24
4.2	Kwaliteitsverlies	25
4.3	Irreële aanbidding	25
4.4	Abnormaal lage aanbidding	27
4.5	Standaard RAW bepalingen 2010	28
5	Toekomstige wetgeving	29
5.1	Voorstel nieuwe Aanbestedingswet	29
5.1.1	Proportionaliteitsbeginsel	29
5.1.2	Gunningscriteria	29
5.2	Voorstel nieuwe Europese richtlijnen	30

	5.2.1	Onrechtmatig gedrag	30
	5.2.2	Abnormaal lage inschrijvingen	31
6		Conclusies	32
7		Aanbevelingen	35
	7.1	Stappenplan	35
	7.2	Vervolgonderzoek	37
		Bronnenlijst	

Verklarende woordenlijst

Aanbestedende dienst	Als aanbestedende dienst worden aangemerkt de staat, de territoriale lichamen, publiekrechtelijke instellingen en verenigingen gevormd door een of meer van deze lichamen of een of meer van deze publiekrechtelijke instellingen. ¹
Bestek	Een bestek is een document waarin alle noodzakelijke informatie betreffende de overheidsopdracht wordt beschreven. Aan de hand van het bestek kunnen gegadigden een aanbidding doen en inschrijven op de aanbesteding.
Gegadigde	Een ondernemer welke voorafgaand aan het bekend worden van de aanbesteding hierin geïnteresseerd is om eventueel op in te schrijven of die heeft verzocht om een uitnodiging tot deelneming aan een niet-openbare of aan een procedure van gunning door onderhandelingen of aan een concurrentiegericht dialog, wordt gegadigde genoemd. ²
Gunning	De aanbestedende dienst wijst de overheidsopdracht toe aan een inschrijver.
Inschrijver	De ondernemer die een inschrijving heeft ingediend, wordt inschrijver genoemd. ³
Nota van inlichtingen	Vaak wordt er in een aanbestedingsprocedure een mogelijkheid geboden om vragen in te dienen naar aanleiding van de aanbestedingsstukken. Deze vragen en de antwoorden daarop worden vervolgens verwerkt in een nota van inlichtingen, die aan alle gegadigden/inschrijvers moet worden verstrekt.
Offerte	Een offerte is een voorstel tot het aangaan van een overeenkomst. ⁴
Ondernemer	De term ondernemer dekt zowel de termen 'aannemer', 'leverancier' als 'dienstverlener'. Deze termen omvatten elke natuurlijke of rechtspersoon of elk openbaar lichaam of elke combinatie van deze personen en/of lichamen die respectievelijk de uitvoering van werken en/of werkzaamheden van producten of diensten op de markt aanbiedt. ⁵

¹ Artikel 1, negende lid, van de Richtlijn 2004/18/EG.

² Artikel 1, achtste lid, van de Richtlijn 2004/18/EG.

³ Artikel 1, achtste lid, van de Richtlijn 2004/18/EG.

⁴ <www.woorden.org/woord/offerte> 16 mei 2012.

⁵ Artikel 1, achtste lid, van de Richtlijn 2004/18/EG.

Samenvatting

Steeds vaker doen zich in aanbestedingsprocedures strategische inschrijvingen voor. Een duidelijk omlijnd kader voor wat precies een strategische inschrijving is, wordt op dit moment niet gegeven. Het is verder onduidelijk in hoeverre een strategische inschrijving toelaatbaar is, wat een toestroom van rechterlijke uitspraken als gevolg heeft. Deze onduidelijkheid is reden geweest om een analyse te maken van de rechterlijke uitspraken waarin antwoord wordt gegeven over de toelaatbaarheid van een strategische inschrijving. In dit onderzoek staan de resultaten beschreven naar het onderzoek met de volgende centrale vraag:

‘Wat is strategisch inschrijven, binnen de kaders van de huidige aanbestedingswetgeving en jurisprudentie, en waar liggen juridisch gezien de grenzen tussen strategisch en manipulatief inschrijven?’

Met een strategische inschrijving wordt een bieding zo gestructureerd waarbij op een dusdanige manier gebruik gemaakt wordt van de mogelijkheden die het gunningscriterium biedt om een zo laag mogelijk prijs of een zo hoog mogelijke score te verkrijgen. Door op deze slimme manier in te schrijven verhoogt de inschrijver zijn kans op gunning van de opdracht. In de Europese richtlijnen, de Bao of de Bass is niets geregeld met betrekking tot strategische inschrijvingen. Uiteraard dient bij een strategische inschrijving wel de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht in acht genomen te worden.

De voorzieningenrechter oordeelt dat een strategische inschrijving in zijn algemeenheid toelaatbaar is. Een strategische inschrijving is niet in alle gevallen toelaatbaar. Er wordt gesproken van een ontoelaatbare, ofwel manipulatieve, inschrijving wanneer de inschrijver door strategisch in te schrijven de beoordelingssystematiek geweld aan doet. In de volgende gevallen kan er gesproken worden van manipulatief inschrijven:

- een strategische inschrijving is in strijd met de eisen die zijn gesteld in de aanbestedingsstukken;
- een strategische inschrijving doet afbreuk aan de kwaliteit van de overheidsopdracht;
- een strategische inschrijving is irreëel;
- een strategische inschrijving is abnormaal laag.

De conclusies hebben zich vertaald in bepaalde aanbevelingen die zijn verwerkt in een stappenplan dat in dit onderzoek is ontwikkeld. Inschrijvers worden geadviseerd om het stappenplan te doorlopen alvorens een strategische inschrijving wordt gedaan. De volgende stappen dienen doorlopen te worden:

1. Zijn de Standaard RAW bepalingen van toepassing verklaard?
2. Welk gunningscriterium is van toepassing verklaard?
3. Wat staat er in het bestek omschreven?
4. Hoe kan er ingeschreven worden op bepaalde posten?
5. Kan de inschrijver als irreëel aangemerkt worden?
6. Kan de inschrijving als abnormaal laag aangemerkt worden?
7. Diets er een toelichting gegeven te worden in de aanbestedingsbrief?

Het doorlopen van dit stappenplan heeft tot doel om de kans dat een inschrijving wordt uitgesloten, omdat die als manipulatief wordt aangemerkt, te verlagen.

1 Inleiding

Voor u ligt het rapport naar aanleiding van het onderzoek naar strategisch inschrijven en de grenzen van een geoorloofde strategische inschrijving. Inschrijven op een overheidsopdracht gebeurt steeds vaker strategisch, maar wat is precies een strategische inschrijving en wanneer is een dergelijke inschrijving toelaatbaar? In dit hoofdstuk zal een inleiding worden gegeven op het onderzoek en wordt het probleem beschreven. Verder wordt de methode van onderzoeken en de opbouw van de scriptie besproken.

1.1 Aanleiding en probleembeschrijving

Dit onderzoek is in opdracht van Appeldoorn Tendermanagement en wordt uitgevoerd als afstudeerscriptie van de Juridische Hogeschool Avans-Fontys te Tilburg

*Organisatie*⁶

Appeldoorn Tendermanagement is een gespecialiseerd adviesbureau dat diverse private organisaties adviseert en traint op het gebied van (Europese) aanbestedingen. Een aanbestedingsprocedure kost tijd, vraagt om capaciteit van medewerkers en een gedegen voorbereiding. Indien organisaties over één van deze aspecten niet beschikken komt het voor dat zij de hulp van Appeldoorn Tendermanagement inroepen. Appeldoorn Tendermanagement begeleidt deze organisaties binnen uiteenlopende branches bij het correct doorlopen van een inschrijvingstraject, al dan niet conform de Europese regelgeving. Daarnaast ondersteunen zij de medewerkers van bedrijven in een aanbestedingsprocedure en geven advies betreffende de juiste strategie. Zij ondersteunen in de voorfase, inschrijvingsfase en evaluatiefase. Tot slot helpen ze bij het offertetraject om deze effectief en efficiënt te maken.

Appeldoorn Tendermanagement is de doelgroep waarvoor deze scriptie wordt geschreven. Deze scriptie is verder voor de klanten van Appeldoorn Tendermanagement die informatie benodigd hebben over strategisch inschrijven.

Probleembeschrijving

Appeldoorn Tendermanagement adviseert en ondersteunt private organisaties bij een aanbestedingsprocedure. Bij een aanbestedingsprocedure worden meerdere ondernemingen in de gelegenheid gesteld om aanbiedingen in te dienen ten behoeve van het uitvoeren van een opdracht of het sluiten van een andere overeenkomst. Er zijn verschillende procedures voor een aanbesteding en hierbij dient rekening gehouden te worden met de criteria die worden gesteld. Bij iedere aanbesteding zijn er bepaalde gunningscriteria die in acht genomen dienen te worden. De aanbestedende dienst kan ervoor kiezen om aparte scores voor meerder prijzen toe te kennen en hier wegingsfactoren bij toe te passen. Er wordt hiermee strategisch inschrijven uitgelokt, omdat er strategisch gebruik gemaakt kan worden van bijvoorbeeld de wegingsfactoren.⁷ Indien inschrijvers van die mogelijkheid gebruik maken, kan het zijn dat de inschrijver de hoogste score behaalt maar niet de goedkoopste is. Sommige van deze inschrijvingen overschrijden de grens en worden aangemerkt als manipulatieve inschrijvingen.

Steeds vaker doen zich in de aanbestedingsprocedure strategische inschrijvingen voor. Dit heeft tot gevolg dat er een stroom van rechterlijke uitspraken is gekomen waarin een oordeel wordt gegeven over de vraag in hoeverre een strategische inschrijving toelaatbaar is.⁸ Echter, het is onduidelijk wanneer er gesproken kan worden van een

⁶ <www.appeldoorn.nl/algemeen.html> 17 februari 2012.

⁷ T.H. Chen, 'Het beoordelingsmodel volgens de aanbestedingsrichtlijnen', TA 2011, p. 153-154.

⁸ Rb. Utrecht (vzr.) 16 december 2011, LJN BU8401; Rb. Utrecht 26 augustus 2011, LJN BR5927; Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 29 juli 2011, LJN BR4136; Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 6 juli 2011, LJN BR2481; Rb. Dordrecht (vzr.) 30 juni 2011,

toelaatbare strategische inschrijving en wanneer er gesproken kan worden van een ontoelaatbare strategische inschrijving. Bij Appeldoorn Tendermanagement is behoefte aan een onderzoeksrapport naar strategisch inschrijven en de toelaatbaarheid van een strategische inschrijving.

1.2 Doelstelling en vraagstelling

Aan de hand van de probleemstelling is het *doel* van dit onderzoek is het volgende:

‘Op 29 mei 2012 wordt een rapport ter beschikking gesteld aan Appeldoorn Tendermanagement, waarin de resultaten van het onderzoek naar de strategische inschrijving en de toelaatbaarheid van een strategische inschrijving wordt beschreven, aan de hand van de huidige aanbestedingswetgeving en jurisprudentie.’

Aan de hand van de analyses zijn er aanbevelingen opgesteld die duidelijkheid verschaffen hoe een inschrijver om dient te gaan met strategische inschrijvingen.

De *onderzoeksvraag* die in dit onderzoek centraal staat is als volgt:

‘Wat is strategische inschrijvingen, binnen de kaders van de huidige aanbestedingswetgeving en jurisprudentie, en waar liggen juridisch gezien de grenzen tussen strategisch en manipulatief inschrijven?’

Om tot een antwoord op de centrale vraag te komen zijn de volgende deelvragen opgesteld:

1. Wat is (Europees) aanbesteden?
2. Wat is strategisch inschrijven?
3. Wanneer is een strategische inschrijving toelaatbaar?
4. Wanneer is een strategische inschrijving ontoelaatbaar?

1.3 Onderzoeksverantwoording

Aan de hand van een juridisch bronnenonderzoek is antwoord verkregen op de onderzoeksvraag. Hierbij is gebruik gemaakt van wet- en regelgeving, jurisprudentie, literatuur en vakgerelateerde tijdschriften. Om een duidelijk beeld te kunnen krijgen van de achtergrond van het aanbestedingsrecht, is gebruik gemaakt van relevante literatuur. Onderzoek aan de hand van jurisprudentie geeft antwoord op de vraag naar de grens van een toelaatbare inschrijving.

Voor het onderzoek naar de jurisprudentie zijn de uitspraken van rechters in de periode van 2007 tot en met januari 2012 onderzocht. Door het analyseren en een vergelijking te maken van deze rechtspraak is er getracht tot een juridisch antwoord te komen op de vraag wat strategisch inschrijven behelst en wanneer deze toelaatbaar en ontoelaatbaar is.

De bronnen zijn geanalyseerd en verwerkt in de aparte deelvragen die vervolgens het antwoord op de centrale vraag formuleren. De gevonden gegevens zijn bruikbaar en betrouwbaar, waarbij is gekeken naar herkomst van de bron. Daarnaast worden argumenten onderbouwd met objectieve bronnen. Door middel van deze methode van onderzoeken, waarbij gebruik is gemaakt van literatuur en wet- en regelgeving, heeft het onderzoek zowel een beschrijvend als een toetsend karakter. De relevante informatie uit het onderzoek is verwerkt in het antwoord van de deelvragen. De antwoorden van de deelvragen zorgen ervoor dat de centrale vraag in dit onderzoek beantwoord kan worden.

LJN BQ9811; Rb. Amsterdam 1 april 2011, LJN BQ3350; Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 28 maart 2011, LJN BQ2329; Rb. 's-Gravenhage 21 maart 2011, LJN BU6124; Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 3 maart 2011, LJN BP9888; Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 23 februari 2011, LJN BP7444.

1.4 Leeswijzer

In de volgende hoofdstukken is er antwoord gegeven op de verschillende deelvragen die zijn opgesteld. Allereerst is er een algemene inleiding gegeven over het aanbestedingsrecht. Het is van belang om een duidelijk beeld te krijgen wat de achtergrond van het aanbestedingsrecht is, om het onderzoek naar strategisch inschrijven beter te begrijpen. Dit is in hoofdstuk 2 uitgewerkt, waarin een uiteenzetting van het aanbestedingsrecht wordt gegeven en verschillende procedures zijn uitgewerkt.

Er is vervolgens een beschrijving gegeven van de term 'strategisch inschrijven' waarbij is uitgewerkt wanneer deze inschrijving toelaatbaar is en wanneer deze inschrijving ontoelaatbaar is, wat in hoofdstuk 3 is uitgewerkt. Daaropvolgend is in hoofdstuk 4 een uitgebreide beschrijving gegeven van wanneer er sprake is van manipulatief biedgedrag. Tot slot worden antwoorden gegeven op de deelvragen, waardoor een antwoord gegeven wordt op de centrale vraag in de conclusies. Aan de hand van de conclusies zijn er aanbevelingen opgesteld voor Appeldoorn Tendermanagement. De conclusies en aanbevelingen zijn genoteerd in hoofdstuk 5 en 6.

Hoofdstuk 2 (Europees) aanbesteden

Alvorens dieper in te gaan op de aspecten van een strategische inschrijving wordt in dit hoofdstuk een uiteenzetting van het (Europees) aanbestedingsrecht gegeven. De achtergrond van het aanbestedingsrecht wordt beschreven, verschillende procedures worden benoemd en het aanbestedingstraject wordt uitgewerkt waarbij de aankondiging, inschrijving en gunning beschreven staan.

2.1 Aanbestedingsrecht

Een definitie van het aanbestedingsrecht wordt in de regelgeving niet gegeven. Door Pijnacker Hordijk wordt het aanbestedingsrecht omschreven als:

*“het geheel van rechtsregels dat het gedrag van overheidsopdrachtgevers rond de uitgifte van opdrachten voor het uitvoeren van werken, het leveren van producten en het verrichten van diensten normeert.”*⁹

Deze rechtsregels zien erop toe dat de aanbestedende dienst op een juridische correcte manier het aanbestedingstraject regelt. Aanbesteden is dan ook het traject waarbij de aanbestedende dienst, conform de Europese en nationale regelgeving, het mogelijk maakt dat alle bedrijven gevestigd in de Europese Unie een offerte kunnen indienen tot het uitvoeren van een overheidsopdracht. Na een vergelijking van de ontvangen offertes van verschillende inschrijvers wordt de overheidsopdracht uitbesteed.

Het doel van aanbesteden is om marktwerking te bevorderen en vraag en aanbod zo goed mogelijk op elkaar af te stemmen, om uiteindelijk tot een zo gunstig mogelijk inkoop (prijs-kwaliteitverhouding) voor overheden te komen.¹⁰ Dit wordt behaald door bij een aanbesteding diverse marktpartijen in de gelegenheid te stellen om mee te dingen naar de opdracht door middel van zich in te schrijven op de aanbesteding. Hierbij wordt de inschrijver geselecteerd die de ‘laagste prijs’ of de ‘economisch meest voordelige aanbidding’ heeft gedaan om de overheidsopdracht uit te voeren.

2.2 Bronnen van het aanbestedingsrecht

Het juridisch kader van het aanbestedingsrecht kan onderverdeeld worden in Europese en nationale wetgeving. Door de Europese Unie (hierna: EU) is het Europees aanbestedingsrecht ontstaan.

2.2.1 Europese wet- en regelgeving

In het Verdrag betreffende de Europese Unie staan de doelstellingen van de EU beschreven. Een van die doelstellingen is dat de EU een interne markt tot stand brengt.¹¹ De interne markt omvat een ruimte zonder binnengrenzen waarin het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal is gewaarborgd. De EU stelt de maatregelen vast die ertoe bestemd zijn om de interne markt tot stand te brengen en de werking ervan te verzekeren.¹² Aan de hand van het Europees aanbestedingsrecht probeert de EU de interne markt tot stand te brengen. Dit recht moet grensoverschrijdende concurrentie tussen aannemers, leveranciers en dienstverleners voor overheidsopdrachten mogelijk maken.¹³ Het doel van Europees aanbesteden door de overheid is het openstellen van de markt voor alle bedrijven in de EU, ongeacht het land waar ze zijn gevestigd, waarbij alle aanbieders een eerlijke kans dienen te krijgen.

⁹ Pijnacker Hordijk 2009, p.1.

¹⁰ Maris & Hardenbol-Boon 2009, p. 11-12.

¹¹ Artikel 3, derde lid, van het Verdrag betreffende de Europese Unie.

¹² Artikel 26, eerste en tweede lid, Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie.

¹³ <www.akd.nl/nl/diensten/expertisegebieden/europees-en-mededingingsrecht/aanbestedingsrecht> 1 maart 2012.

Om dit te kunnen bewerkstelligen zijn Europese richtlijnen opgesteld. De Europese richtlijnen die voor het huidige aanbestedingsrecht van toepassing zijn betreffen de volgende:

- Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, PB 2004, L 134/114 (Richtlijn Overheden);
- Richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten, PB 2004, L 134/1 (Richtlijn Nutssectoren).¹⁴

Met de aanbestedingsrichtlijnen worden verschillende doelen nagestreefd. Allereerst draagt het bij tot de totstandbrenging van de interne markt binnen de EU. Het bevordert daarnaast de (Europese) marktwerking, wat weer de doelmatigheid van bedrijven bevordert. Het stimuleert verder de vrije en eerlijke concurrentie binnen de EU door openbare bekendmaking van opdrachten en gunningen en dit bevordert de doorzichtigheid van de markt. Tot slot draagt het bij aan het gelijkschakelen van de wetgeving van de afzonderlijke lidstaten van de EU.¹⁵ De aanbestedingsrichtlijnen zorgen dus voor een open markt en stimuleren de concurrentie binnen de EU. De richtlijnen die zijn opgesteld dienen geïmplementeerd te worden in nationale wetgeving, een richtlijn is namelijk verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat voor elke lidstaat waarvoor zij bestemd is.¹⁶

2.2.1 Nationale wet- en regelgeving

Het nationale aanbestedingsrecht wordt gevormd door de wet- en regelgeving waarin de Europese aanbestedingsrichtlijnen zijn omgezet. De richtlijnen zijn omgezet naar nationaal recht door middel van de Raamwet EEG-voorschriften van 31 maart 1993.¹⁷

2.2.1.1 Besluiten

De Raamwet EEG-voorschriften verwijst, in verband met de omzetting van de Europese richtlijnen naar nationaal recht, naar de volgende besluiten:

- Besluit van 16 juli 2005, houdende regels betreffende procedures voor het gunnen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, Stb. 408 (hierna: Bao);
- Besluit van 16 juli 2005, houdende regels procedures voor het gunnen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten, Stb. 409 (hierna: Bass).

De Bao is van toepassing op overheden en de Bass is van toepassing op speciale sector bedrijven. Een speciale sector bedrijf is een overheidsbedrijf of een bedrijf of instelling waaraan door de overheid een bijzonder recht of een uitsluitend recht is verleend die in artikel 2 t/m 7 Bass staan benoemd.¹⁸ De bepalingen die opgenomen zijn in de Europese richtlijnen zijn dus omgezet naar deze twee besluiten.

2.2.2 Aanbestedingsreglement Werken 2005

Bij gemeenschappelijk besluit van de vier 'bouwministeries', Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK), Infrastructuur en Milieu (IenM), Economische Zaken, Landbouw en Innovatie (EL&I) en Defensie, is het Aanbestedingsreglement Werken 2005 (hierna: ARW 2005) vastgesteld. De

¹⁴ <www.europeseaanbestedingen.eu/europeseaanbestedingen/europese_aanbesteding/historie_aanbestedingsrecht> 1 maart 2012.

¹⁵ <www.europeseaanbestedingen.eu/europeseaanbestedingen/europese_aanbesteding/doel_aanbestedingsrichtlijn> 12 maart 2012.

¹⁶ Artikel 288 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie.

¹⁷ <wetten.overheid.nl/BWBR0005937/geldigheidsdatum_02-04-2009> 4 mei 2012.

¹⁸ <www.pianoo.nl/metrokaart/wat-is-bass> 5 april 2012.

toepasselijkheid van het ARW 2005 is verplicht voor de Bouwministeries. In de praktijk passen ook ander aanbestedende diensten het ARW 2005 toe.¹⁹ Indien de ARW 2005 van toepassing is staat dit vermeld in de aankondiging of uitnodiging.²⁰ De aanbestedende dienst kan daarnaast de Standaard RAW bepalingen 2010 (hierna: RAW bepalingen 2010) van toepassing verklaren. De RAW bepalingen 2010 bevatten juridische, administratieve en technische voorwaarden voor het samenstellen van bouwcontracten. Deze voorwaarden biedt opdrachtgevers en opdrachtnemers een kader om afspraken in bouwcontracten te maken en goed vast te leggen.²¹

2.3 Aanbestedingsplichtige opdrachten

De aanbestedende dienst is verplicht de regels van het aanbestedingsrecht toe te passen als hij een overheidsopdracht wil uitgeven die boven het drempelbedrag komt. In de Richtlijn 2004/18/EG (hierna: Richtlijn) wordt een overheidsopdracht gedefinieerd als:

*‘schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die tussen een of meer ondernemers en een of meer aanbestedende diensten zijn gesloten en betrekking hebben op de uitvoering van werken, de levering van producten of de levering van diensten in de zin van deze Richtlijn’.*²²

Deze overheidsopdrachten kunnen werken, leveringen of diensten betreffen.

Onder ‘werken’ wordt verstaan: ‘overheidsopdrachten die betrekking hebben op de uitvoering en/of het ontwerp van een geheel van bouwkundige of civieltechnische werken dat ertoe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen’.²³

Onder ‘levering’ wordt verstaan: ‘overheidsopdrachten, andere dan bedoeld onder overheidsopdrachten voor werken, die betrekking hebben op de aankoop, leasing, huur of huurkoop, met of zonder koopoptie, van producten’.²⁴

Onder ‘diensten’ wordt verstaan: ‘overheidsopdrachten, andere dan overheidsopdrachten voor werken of levering, die betrekking hebben op het verrichten van de in bijlage II Richtlijn bedoelde diensten’.²⁵

De Nederlandse overheid is verplicht om Europees aan te besteden indien de geraamde waarde van een overheidsopdracht meer bedraagt dan de Europese drempelwaarde dat is vastgesteld in de Richtlijn.²⁶ Deze drempelwaarden worden eens in de twee jaar door de Europese Commissie vastgesteld.²⁷ Er zijn verschillende drempelwaarden voor werken, diensten en leveringen en er is een onderscheid gemaakt tussen de centrale overheid en decentrale overheden.

¹⁹ Pijnacker Hordijk 2009, p.26-27.

²⁰ Artikel 1.3.1 van het Aanbestedingsreglement Werken 2005.

²¹ <www.crow.nl/nl/Online_Kennis_en_tools/RAW/RAW-RAW.html> 3 mei 2012.

²² Artikel 1, tweede lid, sub a, van de Richtlijn 2004/18/EG.

²³ Artikel 1, tweede lid, sub b, van de Richtlijn 2004/18/EG.

²⁴ Artikel 1, tweede lid, sub c, van de Richtlijn 2004/18/EG.

²⁵ Artikel 1, tweede lid, sub d, van de Richtlijn 2004/18/EG.

²⁶ Artikel 7 van de Richtlijn 2004/18/EG.

²⁷ <www.pianoo.nl/inkoopproces/aanbestedingsplicht> 2 april 2012.

Hieronder een overzicht van de drempelwaarden voor de periode 2012-2013 in euro's (exclusief BTW):²⁸

<u>Drempelwaarden Overheden²⁹:</u>		
	<i>Centrale Overheid</i>	<i>Decentrale Overheid</i>
Werken	€ 5.000.000	€ 5.000.000
Diensten	€ 130.000	€ 200.000
Leveringen	€ 130.000	€ 200.000
<u>Drempelwaarden Speciale Sectoren³⁰:</u>		
Werken	€ 5.000.000	
Diensten	€ 400.000	
Leveringen	€ 400.000	

Bij overheidsopdrachten die een geschatte waarde bedragen die onder de aanbestedingsdrempel komen, zijn aanbestedende diensten in beginsel vrij om naar eigen inzicht uit te voeren. Deze overheidsopdrachten hoeven niet Europees aanbesteed te worden. Voor deze overheidsopdrachten zijn wel de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht van toepassing, die uiteraard ook van toepassing zijn bij overheidsopdrachten boven de drempelwaarden.³¹

2.4 Algemene beginselen van aanbestedingsrecht

De aanbestedende dienst dient bij uitgifte van overheidsopdrachten de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht in acht te nemen. In de considerans van de Richtlijn staat dat de beginselen van de Europese Verdragen met betrekking tot de interne markt in acht genomen dienen te worden:

“Bij het plaatsen van overheidsopdrachten die worden afgesloten in de lidstaten voor rekening van de staat, territoriale lichamen en andere publiekrechtelijke instellingen moeten de beginselen van het Verdrag geëerbiedigd worden, met name het vrije verkeer van goederen, vrijheid van vestiging en het vrij verlenen van diensten, alsmede de daarvan afgeleide beginselen, zoals gelijke behandeling, het discriminatieverbod, wederzijdse erkenning, evenredigheid en transparantie.”³²

In het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie staan de beginselen betreffende de interne markt beschreven. In de artikelen 28, 49 en 56 is bepaald dat beperken van het vrije verkeer van goederen, vrijheid van vestiging en het vrij verlenen van diensten verboden is. Verder staat in het VWEU in artikel 5, vierde lid, het *evenredigheidsbeginsel* omschreven. Dit beginsel houdt in dat het optreden van de aanbestedende dienst niet verder gaat dan wat nodig is om de doelstellingen te verwezenlijken. Om het *beginsel van wederzijdse erkenning* te waarborgen dienen lidstaten van de EU goederen en diensten van ondernemingen uit andere lidstaten toe te laten voor zover die goederen en diensten op gelijkwaardige wijze beantwoorden aan de legitieme doelstellingen van de lidstaat van bestemming.³³ Deze beginselen dienen, volgens de Richtlijn, in acht genomen te worden bij een aanbestedingstraject.

De belangrijkste beginselen op het gebied van het aanbestedingsrecht zijn het beginsel van gelijke behandeling/non-discriminatiebeginsel en het transparantiebeginsel, die ook uitdrukkelijk genoemd worden in de Richtlijn.

Het *beginsel van gelijke behandeling* en het *non-discriminatiebeginsel* staan dan ook omschreven in artikel 2 van de Richtlijn. In dit artikel is opgenomen dat de

²⁸ Verordening (EU) nr. 1251/2011.

²⁹ artikel 7 van de Richtlijn 2004/18/EG.

³⁰ artikel 16 van de Richtlijn 2004/17/EG.

³¹ <www.piano.nl/inkoopproces/aanbestedingsplicht> 2 april 2012.

³² Considerans van de Richtlijn 2004/18/EG, punt 2.

³³ <www.europeseaanbestedingen.eu/europeseaanbestedingen/europese_aanbesteding> 5 maart 2012.

aanbestedende diensten ondernemers op een gelijke en niet-discriminerende wijze dienen te behandelen. Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (Hierna: HvJ EG) moet het beginsel van gelijke behandeling van inschrijvers als het basisbeginsel bij uitstek van het aanbestedingsrecht worden aangemerkt.³⁴ In het arrest *Storebealt* overweegt het HvJ EG dat uit de hoofddoelstellingen van de Richtlijn de verplichting voortvloeit om het beginsel van gelijke behandeling te eerbiedigen.³⁵ Verder oordeelt het HvJ EG dat eerbiediging van het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers vereist dat alle offertes beantwoorden aan de voorschriften van het bestek teneinde een objectieve vergelijking van de door de verschillende inschrijvers ingediende offertes te waarborgen.³⁶ De aanbestedende dienst dient dus zorg te dragen dat de gegadigden niet verschillend worden behandeld.

Naast het beginsel van gelijke behandeling van inschrijvers heeft het HvJ EG medio jaren '90 het *transparantiebeginsel* als een tweede algemeen beginsel van aanbestedingsrecht geïdentificeerd.³⁷ Het transparantiebeginsel is ook in artikel 2 van de Richtlijn benoemd. Er staat in dit artikel beschreven dat de aanbestedende diensten transparantie betrachten in hun handelen. In het arrest *Succhi di Frutta* is door het HvJ EG verder bepaald dat:

*'(...) het beginsel van doorzichtigheid (...) heeft in essentie ten doel te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen en impliceert dat alle voorwaarden en modaliteiten (...) worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze, opdat, enerzijds, alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier interpreteren, en, anderzijds, de aanbestedende dienst in staat is om metterdaad na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria welke op de betrokken opdracht van toepassing zijn (...).'*³⁸

Dit betekent dat de aanbestedende dienst duidelijkheid dient te verschaffen over de eisen waaraan het object van de aanbesteding moet voldoen waardoor een normaal oplettende inschrijver moet weten waar zij aan toe is.

2.5 Procedures

Tijdens een aanbestedingsprocedure definieert de aanbestedende dienst zijn behoefte. Hiervan wordt door de aanbestedende dienst een aankondiging gedaan, waarna gegadigden een offerte kunnen indienen en op deze manier op de behoefte van de aanbestedende dienst een aanbod kan doen.

In artikel 28 van de Richtlijn staat beschreven dat een aanbestedende dienst gebruik kan maken voor het gunnen van overheidsopdrachten van de openbare procedure of de niet-openbare procedure. In specifieke omstandigheden kunnen de aanbestedende diensten door middel van concurrentiegericht dialog, een procedure van gunning via onderhandelingen of door middel van een prijsvraag hun overheidsopdrachten plaatsen. Hieronder worden de verschillende procedures omschreven.

2.5.1 Openbare aanbestedingsprocedure

In de Richtlijn wordt een openbare procedure omschreven als 'procedure waarbij alle belangstellende ondernemers mogen inschrijven'.³⁹ Een openbare aanbestedingsprocedure wordt doorlopen in één ronde. Vooraf dient de aanbesteding de overheidsopdracht algemeen bekend te maken. Dit zorgt ervoor dat iedere

³⁴ Pijnacker Hordijk 2009, p. 29.

³⁵ HvJ EG 22 juni 1993, nr. C-243/89, r.o. 33 (*Storebealt*).

³⁶ HvJ EG 22 juni 1993, nr. C-243/89, r.o. 37 (*Storebealt*).

³⁷ Pijnacker Hordijk 2009, p. 29.

³⁸ HvJ EG 29 april 2004, nr. C-496/99, r.o. 111 (*Succhi di Frutta*).

³⁹ Artikel 1, elfde lid, sub a, van de Richtlijn 2004/18/EG.

geïnteresseerde ondernemer een offerte kan indienen. De gunning van de opdracht geschiedt op basis van de gedane inschrijving.

2.5.2 Niet-openbare aanbestedingsprocedure

Een niet-openbare aanbestedingsprocedure wordt in de Richtlijn omschreven als 'procedure waaraan alle ondernemers mogen verzoeken deel te nemen, maar waarbij alleen de door de aanbestedende dienst aangezochte ondernemers mogen inschrijven'.⁴⁰ Vergelijkbaar met de openbare procedure vindt ook bij deze procedure een openbare bekendmaking plaats. Het verschil met de openbare procedure is dat bij de niet-openbare aanbestedingsprocedure twee ronden plaatsvinden; selectiefase en gunningsfase. Op basis van de aankondiging kan iedere geïnteresseerde zich als gegadigde aanmelden. Aan de hand van de door de aanbestedende dienst gestelde selectiecriteria worden een aantal gegadigden geselecteerd die worden uitgenodigd tot het doen van een inschrijving. Het minimumaantal dat uitgenodigd dient te worden tot het doen van een inschrijving zodat de mededinging gewaarborgd blijft is vijf.⁴¹ De gunning van de opdracht geschiedt op basis van ingediende offertes.

2.5.3 Procedure van gunning via onderhandelingen (met of zonder aankondiging)

Een procedure van gunning via onderhandelingen kan plaatsvinden met of zonder een aankondiging. In de Richtlijn worden procedures van gunning door onderhandelingen omschreven als 'procedures waarbij de aanbestedende dienst met door hem gekozen ondernemers overleg pleegt en door onderhandelingen met een of meer van hen de contractuele voorwaarden vaststelt'.⁴² Deze procedure is vergelijkbaar met de niet-openbare procedure, omdat hier ook sprake is van twee ronden. Het onderscheidt zich van de niet-openbare procedure doordat de aanbestedende dienst kan onderhandelen met de gegadigde voordat gunning plaatsvindt, waarbij het minimumaantal dat uitgenodigd dient te worden drie bedraagt. Tijdens deze onderhandelingen kunnen de aanbestedende dienst en gegadigden de voorwaarden van de opdracht vaststellen. De aanbestedende dienst vraagt de geselecteerde gegadigden om een inschrijving te doen, waarna er onderhandelingen plaatsvinden over de ingediende inschrijving.⁴³ Deze procedure kan alleen in bijzondere gevallen gebruikt worden.⁴⁴

2.5.4 Concurrentiegericht dialogoog

Volgens de Richtlijn is een concurrentiegericht dialogoog een 'procedure waaraan alle ondernemers mogen verzoeken deel te nemen en waarbij de aanbestedende dienst een dialogoog voert met de tot de procedure toegelaten gegadigden, ten einde een of meer oplossingen te zoeken die aan de behoeften van de aanbestedende dienst beantwoorden en op grond waarvan de geselecteerde gegadigden zullen worden uitgenodigd om in te schrijven'.⁴⁵ In artikel 29 van de Richtlijn staat beschreven dat van een concurrentiegericht dialogoog gebruik kan worden gemaakt indien het 'bijzondere complexe opdrachten' betreffen. Onder bijzonder complex wordt verstaan 'een overheidsopdracht waarbij de aanbestedende dienst objectief gezien niet in staat is de technische middelen te bepalen of niet in staat is de juridische of financiële voorwaarden van een project te specificeren'.⁴⁶ Er is bijvoorbeeld sprake van bijzonder complexe opdrachten bij de uitvoering van omvangrijke geïntegreerde vervoersinfrastructuur-projecten, grote computernetwerken, of projecten met een complexe en gestructureerde financiering waarvan de financiële en juridische onderbouwing niet vooraf kan worden voorgeschreven. Voor zover de toepassing van openbare of niet-openbare procedures de gunning van bijzonder complexe opdrachten

⁴⁰ Artikel 1, elfde lid, sub b, van de Richtlijn 2004/18/EG.

⁴¹ Artikel 44, derde lid, van de Richtlijn 2004/18/EG.

⁴² Artikel 1, elfde lid, sub d, van de Richtlijn 2004/18/EG.

⁴³ Artikel 30, tweede lid, van de Richtlijn 2004/18/EG.

⁴⁴ Artikel 30 en artikel 31 van de Richtlijn 2004/18/EG.

⁴⁵ Artikel 1, elfde lid, sub c, van de Richtlijn 2004/18/EG.

⁴⁶ Ibid.

niet mogelijk maakt, moet daarom voorzien worden in een flexibele procedure die de mededinging tussen ondernemers waarborgt.⁴⁷

Na aankondiging van de opdracht kunnen geïnteresseerde zich als gegadigde melden waarna de aanbestedende dienst minimum drie gegadigden uitnodigt tot een dialoog. Het dialoog heeft tot doel na te gaan en te bepalen welke middelen geschikt zijn om zo goed mogelijk aan de behoeften van de aanbestedende dienst te voldoen, waarbij alle aspecten van de opdracht besproken kunnen worden.⁴⁸ Wanneer de aanbestedende dienst kan aangeven welke oplossing of oplossingen aan zijn behoeften kan of kunnen voldoen eindigt de dialoog.⁴⁹ Na beëindiging van de dialoog verzoekt de aanbestedende dienst de gegadigden om een inschrijving te doen op basis van de tijdens de dialoog voorgelegde en gespecificeerde oplossing of oplossingen.⁵⁰ De gunning van de opdracht geschiedt op basis van de gedane inschrijvingen.

2.5.5 Prijsvraag voor ontwerpen

In artikel 1, elfde lid, sub e van de Richtlijn staat beschreven dat prijsvragen 'procedures zijn die tot doel hebben de aanbestedende dienst, in het bijzonder op het gebied van ruimtelijke ordening, stadsplanning, architectuur en weg- en waterbouw, of op het gebied van automatische gegevensverwerking, een plan of ontwerp te verschaffen dat op basis van mededinging door een jury wordt geselecteerd, al dan niet met toekenning van prijzen'. Een prijsvraag is alleen van toepassing voor diensten.⁵¹

Na aankondiging van de opdracht nodigt de aanbestedende dienst een aantal gegadigden uit tot deelneming aan de prijsvraag. Deze deelname aan de prijsvraag kan beperkt worden tot leden van een bepaalde beroepsgroep. De beoordeling van de prijsvraag vindt plaats door een onafhankelijke jury.⁵²

2.6 Aanbestedingstraject

Inschrijven op een aanbesteding is niets meer of minder dan een uitgebreid offerte traject in gaan. De aanbestedingsregels verplichten de aanbestedende dienst en de inschrijvers tot het volgen van een enigszins formeel proces.⁵³ Iedere procedure die hiervoor is beschreven bestaat uit het doen van een aankondiging, het indienen van inschrijvingen en gunning van de opdracht. Deze drie onderdelen van een aanbestedingstraject worden hieronder uitgewerkt.

2.6.1 Aankondiging van de opdracht

Indien een overheidsopdracht Europees aanbesteed dient te worden, dient de voorgenomen opdracht gemeld te worden bij de Europese Gemeenschap om te worden gepubliceerd in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen⁵⁴. De aanbestedende dienst kan ook een vooraankondiging publiceren. Het doen van de vooraankondiging heeft als voordeel dat de termijnen van de aanbestedingsprocedure worden verkort.⁵⁵ Door middel van een aankondiging, waarin de opdracht wordt omschreven, worden gelijke kansen voor alle bedrijven uit de EU mogelijk gemaakt. De overheidsopdracht wordt hierdoor voor iedereen openbaar gemaakt.

⁴⁷ Considerans van de Richtlijn 2004/18/EG, punt 31.

⁴⁸ Artikel 29, derde lid, van de Richtlijn 2004/18/EG.

⁴⁹ Artikel 29, vijfde lid, van de Richtlijn 2004/18/EG.

⁵⁰ Artikel 29, zesde lid, van de Richtlijn 2004/18/EG.

⁵¹ Artikel 67, eerste lid, sub a, van de Richtlijn 2004/18/EG.

⁵² <www.europeseaanbestedingen.eu/europeseaanbestedingen/europese_aanbesteding/aanbestedingsprocedures/prijsvraag> 3 april 2012.

⁵³ <www.europeseaanbestedingen.eu/europeseaanbestedingen/europese_aanbesteding/inschrijving_op_aanbesteding> 5 maart 2012.

⁵⁴ <ted.europa.eu> 5 maart 2012.

⁵⁵ <www.europeseaanbestedingen.eu/europeseaanbestedingen/europese_aanbesteding> 5 maart 2012.

Aan de hand van de aankondiging kan een geïnteresseerde zich als gegadigden melden waardoor de gegadigden het bestek kan inzien. In het bestek staan de selectie- en gunningscriteria vermeld.

Selectiecriteria zijn de criteria of eisen, aan de hand waarvan de aanbestedende dienst gegadigden selecteert uit de ondernemingen die een inschrijving mogen doen.⁵⁶ Het doel van selectiecriteria is:⁵⁷

- beoordeling van inschrijvers op technische, economische en financiële capaciteiten ten aanzien van het invullen van de opdracht;
- beoordeling van de integriteit en eventuele onbevoegdheid van de inschrijvers om beroepsactiviteiten te mogen uitoefenen;
- aangeven op welke niet discriminerende wijze de nadere selectie van inschrijvers in bijvoorbeeld een niet-openbare procedure zal plaatsvinden.

Gegadigden kunnen worden uitgesloten van deelname indien een onderneming niet aan de selectiecriteria kan voldoen.

Gunningscriteria zijn daarentegen inhoudelijke criteria. Aan de hand van deze criteria kiest de aanbestedende dienst de beste inschrijver. De gunningscriteria dienen de gegadigden vooraf een duidelijke richting te geven. Volgens het SIAC Construction arrest dienen deze gunningscriteria in het bestek of aankondiging ook zodanig geformuleerd te zijn dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers in staat te zijn de criteria op dezelfde wijze te interpreteren.⁵⁸

In artikel 53 van de Richtlijn staat beschreven dat het gunningscriteria de 'economisch meest voordeligste inschrijving' (hierna: EMVI) of 'de laagste prijs' is. Onder EMVI wordt verstaan de verschillende criteria die verband houden met het voorwerp van de opdracht, zoals de kwaliteit, de prijs, de technische waarde, enzovoorts.⁵⁹ Aan voorgenoemde criteria kan de aanbestedende dienst een relatief gewicht toekennen. Dit gewicht kan worden uitgedrukt in een marge met een passend percentage of punten.⁶⁰ Door middel van het toekennen van een gewicht aan bepaalde criteria kan er 'strategisch inschrijven' uitgelokt worden. 'Strategisch inschrijven' wordt verder in hoofdstuk 3 besproken.

2.6.2 Inschrijving

Alvorens over te gaan tot de inschrijving stelt de aanbestedende dienst gegadigden in de gelegenheid tot het stellen van vragen. Dit geeft gegadigden de gelegenheid om duidelijkheid te verkrijgen over alle onderdelen in de aanbestedingsstukken. De aanbestedende dienst beantwoordt de vragen in een Nota van Inlichtingen. De Nota van Inlichtingen wordt uiterlijk zes dagen voor sluiting van de aanbesteding verstuurd.⁶¹ Hierna kan een gegadigde een inschrijving indienen bij de aanbestedende dienst aan de hand van wat in het bestek is vermeld. De gegadigde biedt aan de hand van een inschrijving zijn offerte aan voor het uitvoeren van een opdracht. In deze offerte heeft de inschrijver een invulling gegeven aan de selectie- en gunningscriteria.

2.6.3 Gunning

Nadat gegadigden een inschrijving hebben ingediend gaat de aanbestedende dienst over tot voornemen tot gunning van de opdracht. De gunning van de opdracht geschiedt aan de hand van het gunningscriterium dat in het bestek en de aankondiging is vermeld.

⁵⁶ <www.tenderned.nl/egids/begrip> 5 maart 2012.

⁵⁷ <www.europadecentraal.nl/menu/514/Selectiecriteria.html> 3 april 2012.

⁵⁸ HvJ EG 18 oktober 2001, nr. C-19/00, r.o. 42 (*SIAC Construction*).

⁵⁹ Artikel 53, eerste lid, sub a, van de Richtlijn 2004/18/EG.

⁶⁰ Artikel 53, tweede lid, van de Richtlijn 2004/18/EG.

⁶¹ <www.tenderned.nl/egids/begrip> 5 maart 2012.

Voordat de aanbestedende dienst definitief over gaat tot gunning dient hij alle inschrijvers in staat stellen om gedurende een periode van vijftien dagen bezwaar aan te teken tegen een voornemen tot gunning. Dit is de zogenaamde Alcateltermijn, naar aanleiding van een uitspraak van het HvJ EG tegen de Oostenrijkse staat.⁶² Een aanbestedende dienst moet, voordat zij gaat gunnen, een bericht met het voornemen tot gunning versturen aan alle inschrijvers die een rechtsgeldige inschrijving hebben ingediend. Het bericht met de gunningsbeslissing bevat voor de inschrijver aan wie gegund wordt, de mededeling van het voornemen tot gunning en de mogelijkheid van bezwaar. Voor de afgeschreven inschrijvers bevat het bericht de naam van de inschrijver aan wie gegund zal worden, de motivering van de afwijzing en de mogelijkheid tot bezwaar.⁶³ Nadat de Alcateltermijn is verstreken kan de aanbestedende dienst over gaan tot definitieve gunning van de opdracht. Dit dient officieel gepubliceerd te worden in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen. Bij de publicatie dient onder meer de naam van de onderneming worden aangegeven aan wie de opdracht gegund is.⁶⁴

⁶² HvJ EG 28 oktober 1999, nr. C-81/98 (*Alcatel*).

⁶³ Ibid.

⁶⁴ <www.europeseaanbestedingen.eu/europeseaanbestedingen/europese_aanbesteding> 5 maart 2012.

3 Strategisch inschrijven

In dit hoofdstuk wordt een uiteenzetting van het begrip 'strategisch inschrijven' gegeven. Er is hierbij aangegeven in hoeverre een strategische inschrijving toelaatbaar is (§3.2) en wanneer een dergelijke inschrijving ontoelaatbaar is (§3.3).

3.1 Definitie van strategisch inschrijven

Een definitie van strategisch inschrijven wordt in de Europese richtlijnen, de Bao of de Bass niet gegeven. In uitspraken van de voorzieningenrechter wordt de volgende definitie aan de term strategisch inschrijven gegeven:

*'Strategisch inschrijving is een bieding zo structureren waarbij op een dusdanige manier gebruik maken van de mogelijkheden die het gunningscriterium biedt om een zo laag mogelijk prijs of een zo hoog mogelijke score te verkrijgen.'*⁶⁵

Met een strategische inschrijving wordt op een slimme manier gebruik gemaakt van de criteria die in het bestek gesteld zijn door de aanbestedende dienst. Door op deze manier in te schrijven wordt getracht om een zo hoog mogelijk puntenaantal te behalen, wat de kans op gunning vergroot. Er kan alleen van een strategische inschrijving worden gesproken als bij die strategie gekeken wordt naar de mogelijkheden die het bestek en de gunningscriteria bieden om de kans op gunning te maximaliseren.⁶⁶ De aanbestedende dienst kan er voor kiezen om in het bestek verschillende gunningscriteria, sub-criteria en wegingsfactoren gebruiken om tot de beste inschrijving te komen die het economisch meest voordeligst is of de laagste prijs heeft. Een inschrijver moet zijn aanbieding afstemmen op de in de aanbestedingsstukken vermelde criteria of wegingsfactoren.⁶⁷ Een inschrijver kan ervoor kiezen om bij een hoge wegingsfactor een laag prijsniveau te hanteren en bij een lage wegingsfactor een hoge prijs te hanteren. Dit kan als gevolg hebben dat de strategische inschrijving niet de goedkoopste of economisch meest voordelige inschrijving is, maar de speltheoretisch voordeligste inschrijving. De inschrijving is namelijk, door deze op de criteria af te stemmen, het 'voordeligst'. Dit kan als gevolg hebben dat een inschrijver goedkoop lijkt, doordat hij een hoge score behaalt, terwijl hij in de praktijk misschien zelfs duurder is.⁶⁸ De inschrijver kan daarnaast kwalitatief de beste inschrijver lijken, terwijl hij dit in de praktijk helemaal niet is. Iedere inschrijver zal proberen om de opdracht aan hem gegund te krijgen. Het verschilt echter per inschrijver in hoeverre hij gebruik maakt van de mogelijkheden die het bestek en de gunningscriteria bieden.

3.2 Toelaatbare strategische inschrijving

In de Europese richtlijnen, de Bao of Bass is geen bepaling omtrent strategisch inschrijven gegeven. Op grond van deze regelgeving dienen de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht in acht te worden genomen bij een aanbestedingsprocedure, en dus ook bij het doen van een strategische inschrijving.⁶⁹

Om de toelaatbaarheid van een strategische inschrijving te beoordelen is er een analyse gemaakt van de huidige jurisprudentie met betrekking tot strategisch

⁶⁵ Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 11 maart 2009, LJV BI2441; Rb. Arnhem (vzr.) 11 juni 2010, LJV BN0353; Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 23 februari 2011, LJV BP7444.

⁶⁶ T.H. Chen 2011, 'Strategisch en manipulatief inschrijven bij aanbestedingen', TA 2011, p. 325.

⁶⁷ <www.willedonker.nl/paginas/algemeen/pasopmetstrategischinschrijven> 5 april 2012.

⁶⁸ A. ter Mors, 'Strategisch inschrijven op aanbesteding RAW-bestek', KienhuisHoving informeert oktober 2011.

⁶⁹ Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 11 maart 2009, LJV BI2441.

inschrijven. In het bijzonder de voorzieningenrechter heeft zich meerdere malen uitgesproken over strategische inschrijvingen. De voorzieningenrechter oordeelt dat in zijn algemeenheid strategisch inschrijven toelaatbaar is.⁷⁰ De bedoeling van gunningscriteria is immers om aan te geven op welke wijze de aanbestedingsprocedure gewonnen kan worden.⁷¹ Het ligt voor de hand dat, als er op een bepaald onderdeel relatief meer punten kunnen worden binnengehaald dan op andere onderdelen, de inschrijver zich richt op het meest verdiende onderdeel en juist daarop de hoogste score probeert te verkrijgen.⁷² Het zou vanuit het oogpunt van (eerlijke) concurrentie dan ook vreemd zijn als hier geen gebruik van gemaakt mocht worden. Wanneer een aanbestedende dienst dus kiest voor een systematiek die strategisch inschrijven mogelijk maakt, staat het alle inschrijvers in dezelfde mate vrij naar eigen inzicht daarvan gebruik te maken.⁷³ Het is bijvoorbeeld dan ook toegestaan om binnen het gunningscriterium te schuiven met tarieven van de ene naar de andere post om zo een betere score te behalen.⁷⁴ Een strategische inschrijving is alleen niet in alle gevallen toelaatbaar.

3.3 Ontoelaatbare strategische inschrijving

In sommige gevallen gaat de inschrijver te ver. Een inschrijver kan op een bepaalde manier inschrijven zodat de inschrijving ongeloofwaardig is of niet zal worden nagekomen. Wanneer een inschrijver te ver gaat bij het doen van een strategische inschrijving kan er gesproken worden van manipulatief biedgedrag. Manipulatief biedgedrag is ongeoorloofd en een strategische inschrijving dient hiervan te worden onderscheiden.

In de volgende gevallen is er sprake van manipulatief biedgedrag en is de inschrijving dus ontoelaatbaar:

- indien uit de aanbestedingsstukken blijkt dat strategische inschrijvingen ontoelaatbaar zijn of dat de inschrijving niet meer voldoet aan de eisen die zijn gesteld in de aanbestedingsstukken, of;
- indien blijkt dat een strategische inschrijving afbreuk kan doen aan de kwaliteit van de overheidsopdracht, of;
- indien een strategische inschrijving irreëel is, of;
- indien er een abnormaal lage aanbidding is gedaan.

De hiervoor genoemde punten worden in het volgende hoofdstuk afzonderlijk besproken.

Ter verduidelijking van wat strategisch inschrijven is en wanneer een strategische inschrijving toelaatbaar is, wordt hieronder een schematische weergave gegeven.

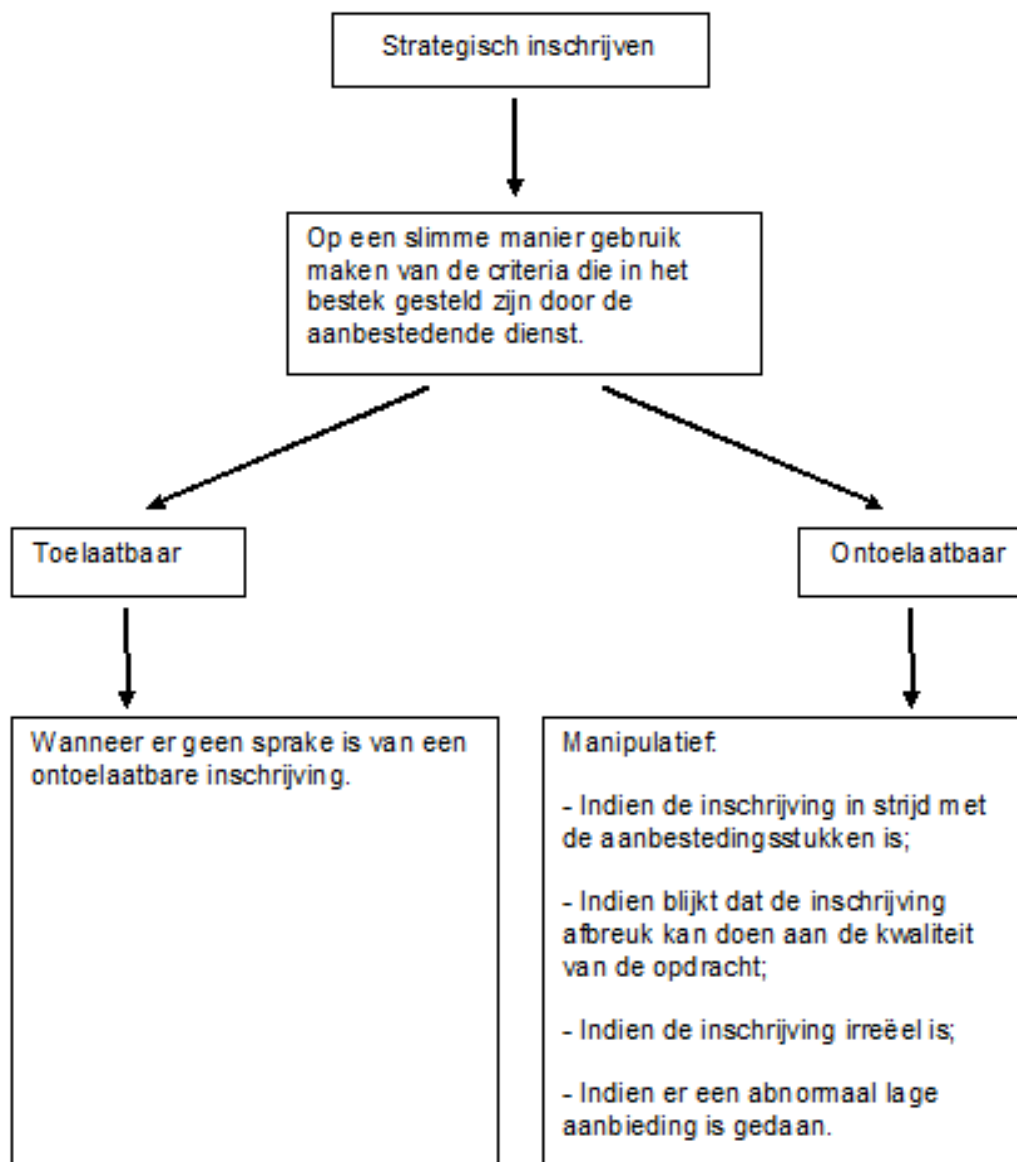
⁷⁰ Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 11 maart 2009, *LJN* BI2441; Rb. Arnhem (vzr.) 15 februari 2010, *LJN* BL5214; Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 1 maart 2010, *LJN* BL6590; Rb. Arnhem (vzr.) 11 juni 2010, *LJN* BN0353; Rb. Breda (vzr.) 6 oktober 2010, *LJN* BO0109; Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 23 februari 2011, *LJN* BP7444; Rb. Utrecht (vzr.) 16 december 2011, *LJN* BU8401; Hof 's-Gravenhage 9 februari 2010, *LJN* BP5012.

⁷¹ Rb. Arnhem (vzr.) 11 juni 2010, *LJN* BN0353; Rb. Breda (vzr.) 6 oktober 2010, *LJN* BO0109; Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 23 februari 2011, *LJN* BP7444.

⁷² Hof 's-Gravenhage 9 februari 2010, *LJN* BP5012.

⁷³ Rb. Utrecht (vzr.) 16 december 2011, *LJN* BU8401.

⁷⁴ Hof 's-Gravenhage 9 februari 2010, *LJN* BP5012.



Figuur 1:
Schematische
weergave strategisch
inschrijven.

4 Manipulatief inschrijven

Een strategische inschrijving is dus in alle gevallen toelaatbaar. In het geval van een ontoelaatbare strategische inschrijving wordt er gesproken van een ‘manipulatieve inschrijving’. Van een manipulatieve inschrijving is sprake wanneer de ‘handigheid’ van de inschrijver een bepaalde grens overschrijdt. Dit kan het geval zijn indien de inschrijver bepaalde aannames van de aanbestedende dienst niet erkent, bijvoorbeeld dat er realistische prijzen zullen worden aangeboden of het waarheidsgetrouw opgave doen van feiten, waardoor de beoordelingssystematiek zo wordt gemanipuleerd dat het daarmee beoogde doel wordt verstoord.⁷⁵ In zijn algemeenheid kan er van manipulatief biedgedrag gesproken worden wanneer een inschrijver handig gebruik maakt van de criteria die gesteld zijn in de aanbestedingsstukken en hiermee de beoordelingssystematiek geweld aandoet.

In onderstaande paragrafen wordt aangegeven wanneer een strategische inschrijving ontoelaatbaar is en waar rekening mee gehouden dient te worden bij de keuze tot indienen van een strategische inschrijving. Allereerst wordt beschreven wanneer een strategische inschrijving in strijd is met de aanbestedingsstukken, wat een manipulatieve inschrijving oplevert (§ 4.1). Er wordt daarnaast beschreven dat een strategische inschrijving die afbreuk doet aan de kwaliteit van de overheidsopdracht, een manipulatieve inschrijving is (§ 4.2). Er wordt verder nog aangegeven wanneer een strategische inschrijving irreëel is (§ 4.3) en wanneer een strategische inschrijving abnormaal laag is (§ 4.4). Tot slot wordt er beschrijving gegeven van de RAW bepalingen 2010 waarin een aparte bepaling is opgenomen waardoor strategisch inschrijven in veel gevallen ontoelaatbaar wordt verklaard (§ 4.5).

4.1 In strijd met de aanbestedingsstukken

Het gunnen van de opdracht aan de inschrijver die strategisch heeft ingeschreven, wat ontoelaatbaar is op grond van de aanbestedingsstukken is, in strijd met het beginsel van gelijke behandeling. In het arrest *Storebealt*⁷⁶ is bepaald dat eerbiediging van het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers vereist, dat alle offertes beantwoorden aan de voorschriften van het bestek, teneinde een objectieve vergelijking van de door de verschillende inschrijvers ingediende offertes te waarborgen. Indien een inschrijver strategisch inschrijft waardoor de offerte niet meer de voorschriften van het bestek beantwoordt wordt deze inschrijving in strijd met het beginsel van gelijke behandeling geacht doordat er geen objectieve vergelijking kan plaatsvinden. In dat geval is er sprake van een ontoelaatbare inschrijving.⁷⁷

De aanbestedende dienst kiest zelf voor een systematiek die hij wil gebruiken tijdens de aanbestedingsprocedure. Indien deze systematiek strategische inschrijvingen mogelijk maakt, staan het alle inschrijvers in dezelfde mate vrij naar eigen inzicht daarvan gebruik te maken. Indien een inschrijver een bedrag offreert die niet realistisch of marktconform is, kan hij in een dergelijk geval niet worden verweten dat hij de gunningssystematiek bewust op slinkse wijze heeft beïnvloed.⁷⁸ De aanbestedende dienst stelt het te hanteren gunnings- en beoordelingssysteem vast en eventuele gebreken daarin komen voor zijn rekening.⁷⁹ Indien de aanbestedende dienst zelf heeft gekozen om een systematiek toe te passen, waarbij bijvoorbeeld aan de inschrijver met het laagste gewogen gemiddelde uurtarief een bepaald aantal punten wordt

⁷⁵ Hof 's-Hertogenbosch 10 januari 2012, *LJN* BV1126; Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 23 februari 2011, *LJN* BP7444.

⁷⁶ HvJ EG 22 juni 1993, nr. C-243/89, r.o. 37 (*Storebealt*).

⁷⁷ Rb. Arnhem (vzr.) 15 februari 2010, *LJN* BL5214; Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 1 maart 2010, *LJN* BL6590.

⁷⁸ Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 29 juli 2011, *LJN* BR4136.

⁷⁹ Rb. Utrecht (vzr.) 16 december 2011, *LJN* BU8401.

toegekend en de ander inschrijver(s) één punt aftrek krijgt per een bepaald aantal % prijsverschil, kan dit tot gevolg daarvan hebben dat kleine verschillen onevenredig kunnen worden uitgegroot. Dit risico komt geheel voor de aanbestedende dienst. De inschrijver kan geen verwijt worden gemaakt als hij in dit geval bijvoorbeeld met €1,- inschrijft op het uurtarief.⁸⁰ Dit komt voor rekening en risico van de aanbestedende dienst.

De aanbestedende dienst dient duidelijkheid te verschaffen in de aanbestedingsstukken wanneer een inschrijving ontoelaatbaar is. Aan de hand van het transparantiebeginsel dient de aanbestedende dienst duidelijk in het bestek te vermelden op welke manier gunning van de opdracht zal plaatsvinden. De aanbestedende dienst dient hierbij de gunningscriteria, sub-criteria en wegingsfactoren te vermelden. Een inschrijving kan pas ongeldig worden geacht indien in het bestek of aanbestedingsstukken duidelijk en ondubbelzinnig is aangegeven welke systematiek aan het bestek en de gunning van de overheidsopdracht ten grondslag ligt en welke voorwaarden of criteria daaruit voortvloeien aan de hand waarvan de geldigheid van de inschrijving beoordeeld zal worden.⁸¹ Het is hiervoor bepalend of wat vermeld is in de aanbestedingsstukken zodanig is geformuleerd dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers in staat zijn om hetgeen op dezelfde wijze te interpreteren. Indien er geen sprake is van een dergelijke transparantie in de aanbestedingsstukken, kan een inschrijving niet op hiervoor genoemde grond ongeldig worden verklaard. Indien de aanbestedende dienst het belangrijk vindt dat strategische inschrijvingen worden tegengegaan dient hij dit uitdrukkelijk op te nemen in de aanbestedingsstukken, dan wel om potentiële inschrijvers hiervan op een andere wijze uitdrukkelijk op de hoogte te stellen.⁸²

De aanbestedende dienst kan op verschillende manieren in de aanbestedingsstukken een melding maken dat een manier van strategisch inschrijven niet is toegestaan. In de volgende subparagrafen worden deze verschillende manieren benoemd. Er wordt hierbij aangegeven of deze manier van vermelden in de aanbestedingsstukken voldoende is om als grond te dienen om een strategische inschrijving uit te sluiten. Tot slot wordt er in een subparagraaf een beschrijving gegeven wanneer iets aannemelijk kan worden gemaakt (§ 4.1.5).

4.1.1 'Een strategische inschrijving is ontoelaatbaar'

De aanbestedende dienst probeert in sommige gevallen strategische inschrijvingen vooraf te voorkomen. De aanbestedende dienst probeert dit door in het bestek hierover een melding te maken. Alleen de omschrijving in de aanbestedingsstukken dat het ontoelaatbaar is om strategisch in te schrijven, is onvoldoende om als grond te gebruiken om een inschrijving ongeldig te verklaren.⁸³ In beginsel is namelijk een strategische inschrijving toelaatbaar en kan een aanbestedende dienst niet zomaar een strategische inschrijving uitsluiten. Een aanbestedende dienst dient, op grond van het transparantiebeginsel, voldoende duidelijkheid te verschaffen in de aanbestedingsstukken wat onder een strategische inschrijving dan dient te worden verstaan om een strategische inschrijving uit te sluiten. Een inschrijver weet hierdoor vooraf dat een strategische inschrijving wordt uitgesloten en kan zijn eigen inschrijving hieraan toetsen.

Er dient dus een duidelijke vermelding in de aanbestedingsstukken te zijn gemaakt dat strategisch inschrijven ontoelaatbaar is. Het enkele feit dat er bijvoorbeeld in de aanbestedingsstukken omschreven staat dat een ongeloofwaardige inschrijving

⁸⁰ Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 29 juli 2011, *LJN* BR4136.

⁸¹ Rb. Utrecht (vzr.) 13 juni 2007, *LJN* BA7015.

⁸² Rb. Arnhem (vzr.) 15 februari 2010, *LJN* BL5214.

⁸³ Rb. Amsterdam 1 april 2011, *LJN* BQ3350.

ontoelaatbaar is, zorgt er niet voor dat een strategische inschrijving ontoelaatbaar is, die kan namelijk niet hieraan gelijkgesteld worden.⁸⁴ Een strategische inschrijving is namelijk niet in alle gevallen ongeloofwaardig. De volgende omschrijving is wel duidelijk genoeg:

*“Het is de inschrijver niet toegestaan strategisch in te schrijven, waaronder in deze context wordt verstaan: dat de inschrijver naar objectieve bedrijfseconomische maatstaven te hoge of te lage tarieven aanbiedt of anderszins een te hoge of te lage financiële aanbieding doet, dan wel een aanbieding doet die niet marktconform of niet aannemelijk is, dan wel een aanbieding doet met een manipulatief karakter. De inschrijver die deze bepaling overtreedt wordt uitgesloten van verdere deelname aan deze aanbestedingsprocedure.”*⁸⁵

Door deze omschrijving dient een inschrijver vooraf te weten dat een strategische inschrijving ontoelaatbaar wordt verklaard. Een omschrijving in de Nota van Inlichtingen dat er gekozen is voor een bepaalde systematiek om de kans op strategische inschrijvingen te beperken is ook voldoende duidelijk waardoor de inschrijvers er vanuit dienen te gaan dat, indien zij strategisch zullen inschrijven, uitgesloten zullen worden. Daarnaast is deze omschrijving ook een verplichting voor de aanbestedende dienst om strategische inschrijvingen uit te sluiten.⁸⁶

Er zijn verschillende manieren waarop de aanbestedende dienst in de aanbestedingsstukken kan formuleren dat een strategische inschrijving ontoelaatbaar is. Wanneer een bepaalde omschrijving als grond gebruikt kan worden voor uitsluiting en wanneer de beschrijving niet duidelijk genoeg is, is erg lastig te bepalen. Alleen de omschrijving dat het ontoelaatbaar is om strategisch in te schrijven, is onvoldoende duidelijk geformuleerd. Wanneer er in de aanbestedingsstukken een omschrijving wordt gegeven wat de aanbestedende dienst onder de term strategisch inschrijven verstaat en er door middel van die omschrijving de toelaatbaarheid van een inschrijving getoetst kan worden, is er een voldoende transparantie in de aanbestedingsstukken. Een inschrijver wordt dan ook geadviseerd om niet strategisch in te schrijven zoals de aanbestedende dienst omschrijft in de aanbestedingsstukken omdat de kans op uitsluiting erg groot is bij het doen van een strategische inschrijving.

Indien de aanbestedende dienst een inschrijving op grond van het bovenstaande ongeldig verklaart, dient hij dit voldoende aannemelijk te kunnen maken dat de inschrijving hiermee in strijd is. De inschrijving dient hiervoor getoetst te worden aan de eisen die zijn gesteld in de aanbestedingsstukken. De aanbestedende dienst dient hierbij te kunnen motiveren waarom er niet wordt voldaan aan de eisen die zijn gesteld in de aanbestedingsstukken.

4.1.2 ‘De inschrijving dient marktconform of realistisch te zijn’

De aanbestedende dienst kiest er in sommige gevallen voor om in het bestek te vermelden dat de inschrijving ‘realistisch’ of ‘marktconform’ dient te zijn. Het is lastig om aannemelijk te maken dat iets marktconform of realistisch is. Een inschrijver kan bijvoorbeeld door massaproductie goedkoop een bepaald product leveren, waardoor de inschrijver een goedkopere prijs voor dit product kan bieden.

De eis van marktconformiteit is dan ook niet specifiek genoeg om inschrijvers een richtlijn te geven van wat wel en niet toelaatbaar is.⁸⁷ De aanbestedende dienst kan daarnaast de toets van marktconformiteit niet op objectieve wijze hard maken, dit vormt een risico op favoritisme en willekeur die onaanvaardbaar is. Het kan namelijk niet de bedoeling zijn dat de aanbestedende dienst met de eis van marktconformiteit een vrijbrief krijgt om naar willekeur inschrijvingen ongeldig te verklaren. De aanbestedende dienst kan dit niet enkel als grond gebruiken voor uitsluiting van een inschrijving.

⁸⁴ Rb. 's-Gravenhage 11 maart 2009, LJV BI2441.

⁸⁵ Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 6 juli 2011, LJV BR2481.

⁸⁶ Rb. Amsterdam 1 april 2011, LJV BQ3350.

⁸⁷ T.H. Chen, ‘Strategisch en manipulatief inschrijven bij aanbestedingen’, TA 2011, p. 331

Een inschrijving kan pas, vanwege het punt dat de specifieke prijs realistisch of marktconform is, ongeldig worden geacht indien in het bestek of de aanbestedingsstukken duidelijk en ondubbelzinnig is aangegeven welke prijssystematiek aan het bestek en de overeenkomst ten grondslag ligt en welke voorwaarden of criteria daaruit voortvloeien. Aan de hand van deze punten zal de geldigheid van de inschrijving beoordeeld worden.⁸⁸

De aanbestedende dienst kan er bijvoorbeeld voor kiezen om uitdrukkelijk in het bestek te vermelden dat ze voor een bepaalde systematiek kiest waarmee ze een vergelijking tussen de verschillende inschrijvingen mogelijk wil maken. Bijvoorbeeld door het volgende op te nemen: *‘De specificatie zal primair dienen om tot een realistische (prijs)vergelijking te komen tussen de ontvangen aanbiedingen’*. Wanneer dit opgenomen is in de aanbestedingsstukken is het voor ‘ieder normaal oplettende inschrijver duidelijk dat deze systematiek van aanbesteding meebrengt dat per product(groep) of per onderdeel een op zichzelf beschouwd realistische prijs zou worden geboden’.⁸⁹ De aanbestedende dienst heeft dan ook een grond om een inschrijving die niet realistisch is ongeldig te verklaren.

Indien er dan een inschrijving wordt gedaan waarbij geen realistische prijs wordt geboden of er overduidelijk is geschoven met de kosten tussen verschillende posten, doet de inschrijver de systematiek geweld aan en is de inschrijving ontoelaatbaar. Deze manier van inschrijven maakt namelijk een behoorlijke vergelijking tussen de inschrijvers onmogelijk. De inschrijver behoort in dit geval te weten dat het aanbieden van niet realistische prijzen ontoelaatbaar is, omdat dit in strijd is met de aanbestedingsstukken.

Een inschrijver wordt geadviseerd om in de aanbestedingsstukken te kijken of er een omschrijving wordt gegeven waardoor een normaal oplettende inschrijver moet weten dat het niet is toegestaan om geen realistische prijzen te bieden. Er dient hierbij een toetsingskader voor de aanbestedende dienst te worden gegeven in de aanbestedingsstukken. Is van beide aspecten spraken dan dienen geen niet-marktconforme of niet realistische biedingen te worden gedaan.

Wat nu precies onder een realistische prijs moet worden verstaan is onduidelijk. Het is echter duidelijk dat bijvoorbeeld €0,01 niet een realistische prijs is voor levering en herverstrekking van hulpmiddelen in de maatschappelijke zorg, zoals scootmobielen en rolstoelen. Iets is realistisch wanneer het in overeenstemming is met de werkelijkheid. Een realistische aanbieding is derhalve een aanbieding van een inschrijver op een aanbesteding die in geval van gunning kan worden waargemaakt.⁹⁰ Zo kan volgens de voorzieningenrechter een toegezegd nultarief voor een aangeboden dienst niet worden waargemaakt, aangezien ieder aangeboden dienst voor een inschrijver inspanningen (opofferingen) met zich meebrengt waaraan kosten verbonden zijn.⁹¹ Een hoge vergoeding is daarentegen niet onrealistisch. Dat een en ander tot gevolg heeft dat de door de inschrijver geoffreerde kosten voor de ene post veel hoger zijn dan die van de andere inschrijver en ook veel hoger dan het landelijk gemiddelde maakt deze kosten nog niet onrealistisch.

In het bestek kan vermeld staan dat de opgegeven tarieven realistisch dienen te zijn, dit betekent niet dat de inschrijver ook op alle subonderdelen gehouden is om realistische tarieven te hanteren.⁹² Door bijvoorbeeld met €0,01 of €0,- op een subonderdeel in te schrijven is dan ook niet ontoelaatbaar.⁹³ De totale kosten van de inschrijving dienen dan realistisch te zijn. De aanbestedende dienst heeft immers zelf

⁸⁸ Rb. Utrecht (vzr.) 13 juni 2007, LJV BA7015.

⁸⁹ Rb. Arnhem (vzr.) 11 juni 2010, LJV BN0353.

⁹⁰ Rb. Rotterdam (vzr.) 24 december 2009, LJV BG8849.

⁹¹ Ibid.

⁹² Rb. Amsterdam (vzr.) 25 januari 2011, LJV BP2351.

⁹³ Rb. Utrecht (vzr.) 13 juni 2007, LJV BA7015; Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 23 februari 2011, LJV BP7444.

ervoor gekozen om niet uitdrukkelijk in de aanbestedingsstukken te vermelden dat op elk onderdeel een realistisch tarief geboden dient te worden en op die manier om strategische inschrijvingen gevraagd.

Het spreekt voor zich dat wanneer de aanbestedende dienst een marge aangeeft wat realistisch is er binnen deze marge moet worden ingeschreven. De aanbestedende dienst kan bijvoorbeeld bij een aanbesteding bepalen dat een marktconform uurtarief tussen 20 en 40 euro ligt.⁹⁴ Als de aanbestedende dienst er voor kiest om op deze manier grenzen te stellen aan het de eisen van marktconformiteit weet de inschrijver hoe ver hij kan gaan tijdens de inschrijving en verlaagt het de kans op uitsluiting. Wanneer de aanbestedende dienst er niet voor gekozen heeft om een marge aan te geven kan een inschrijver naar eigen wil inschrijven. De aanbestedende dienst kan een inschrijving uitsluiten met de reden dat de inschrijving niet marktconform of realistisch is wanneer hij deze eis uitdrukkelijk heeft vermeld in de aanbestedingsstukken. Dit kan de aanbestedende dienst alleen als dit voldoende duidelijk is omschreven in de aanbestedingsstukken. Daarnaast dient de aanbestedende dienst bij uitsluiting van een inschrijving zijn beslissing voldoende aannemelijk kunnen maken.

4.1.3 'Schuiven met de kosten'

De aanbestedende dienst kan verder in de aanbestedingsstukken opnemen dat er niet geschoven mag worden met kosten tussen verschillende posten, waardoor op deze manier voordeel wordt behaald uit het beoordelingsmodel. Dit doet de aanbestedende dienst door bijvoorbeeld het volgende op te nemen: *'Prijzen per eenheid dienen te worden opgegeven voor elk van de in de staat genoemde werkzaamheden, levering, diensten e.d. In de prijzen per eenheid worden geacht te zijn begrepen alle directe en indirecte kosten, inclusief algemene kosten, winst en risico.'* Indien zo uitdrukkelijk is opgenomen in het bestek dat het verboden is om kosten in andere kostenposten op te nemen, kan het schuiven van de kosten ervoor zorgen dat een inschrijving wordt uitgesloten.⁹⁵ Indien de aanbestedende dienst een inschrijving wil uitsluiten doordat deze geschoven zou hebben met de kosten dient de aanbestedende dienst dit aannemelijk kunnen maken.

Indien hierover niets in de aanbestedingsstukken is vermeld is het enkele feit dat er geschoven is met bijvoorbeeld de kosten, waardoor de maximale score is behaald op criteria waarop veel punten te behalen waren en op criteria waar maar weinig punten te behalen was nul punten heeft gescoord, onvoldoende om aan te tonen dat er sprake is van een manipulatieve inschrijving.⁹⁶ Door eenheidsprijzen hoger op te geven dan dat een inschrijver gebruikelijk doet, teneinde het verlies op de lage inschrijfprijs te kunnen compenseren met het meerwerk, brengt nog niet mee dat zulks niet geoorloofd is.⁹⁷ Een inschrijver mag dan ook schuiven tussen verschillende posten.

Een inschrijver dient dus vooraf in de aanbestedingsstukken te kijken of er een voldoende duidelijk omschreven bepaling is opgenomen waarin beschreven staat dat er niet geschoven mag worden met de kosten. Is deze bepaling opgenomen in de aanbestedingsstukken, dan heeft de aanbestedende dienst een grond om inschrijvingen uit te sluiten waarbij er geschoven is met de kosten. Is deze bepaling niet opgenomen in de aanbestedingsstukken dan mogen de inschrijvers naar eigen inzicht de prijzen toedelen aan de posten in het bestek.

⁹⁴ T.H. Chen, 'Strategisch en manipulatief inschrijven bij aanbestedingen', TA 2011, p. 332.

⁹⁵ Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 3 maart 2011, LJN BP9888.

⁹⁶ Hof 's-Gravenhage 25 mei 2010, LJN BM6649; Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 23 februari 2011, LJN BP7444.

⁹⁷ Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 1 maart 2010, LJN BL6590.

4.1.4 'Nulprijzen of negatieve scores'

Inschrijven met een nulprijs levert niet in alle gevallen een manipulatieve inschrijving op. Wanneer er ingeschreven wordt met €0,-, dient er gekeken te worden of dit uitgesloten wordt in de aanbestedingsstukken en wat voor berekeningswijze er door de aanbestedende dienst gehanteerd wordt. De aanbestedende dienst kan vooraf in aanbestedingsstukken opnemen dat een inschrijving met een nulprijs een ongeldige inschrijving oplevert. Er dient dan ook niet met €0,- ingeschreven te worden.

Er dient verder gekeken te worden of door middel van de systematiek van het bestek strategisch inschrijven met een bedrag van €0,- mogelijk is. Indien er niet een berekeningswijze wordt gehanteerd waarbij er gedeeld wordt door de laagste inschrijving, kan er €0,- aangeboden worden.⁹⁸ Indien een kostenpost optioneel is, zijn partijen niet verplicht aan dit onderdeel een prijs te verbinden. Er kan op dit onderdeel dan ook €0,- geboden worden.

Indien de inschrijver een inschrijving heeft gedaan waarbij hij €0,- op een onderdeel heeft geboden, dient zij aan te tonen dat het aanbieden van €0,- welbewust is gedaan. Het aanbieden van €0,- voor een bepaald onderdeel kan namelijk, zoals hiervoor omschreven, door de aanbestedende dienst als niet realistisch en dus ontoelaatbaar gezien worden. Een inschrijver kan door middel van een toelichting aangeven dat er weldegelijk een realistisch bod is gedaan. Een inschrijver kan bijvoorbeeld toelichten dat zij gedurende de afgelopen jaren die uitgaven voor de aanbestedende dienst heeft verzorgd en dat zij verwacht dit te blijven verzorgen zonder hogere kosten. Een verklaring dat er al een bestaande relatie is met de aanbestedende dienst en het belang daarvan voor de inschrijver, is op zich genomen ook niet onaannemelijk.⁹⁹ De inschrijver dient hierbij kenbaar te maken het risico te aanvaarden dat er toch kosten gemoeid gaan en in dat geval die kosten voor haar rekening te nemen.¹⁰⁰ De inschrijver zou deze toelichting kunnen geven in de begeleidende brief.

Een redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver dient te weten dat bij de het hanteren van bijvoorbeeld de volgende formule een prijsaanbieding van €0,- niet mogelijk is:

$$20 \times ((\text{laagste inschrijver} - \text{hogere inschrijver}) / \text{laagste inschrijver}) + 10 \text{ punten}$$

Volgens deze systematiek dient immers de aanbiedingen in relatie tot elkaar worden gebracht, waarbij aanbiedingen die dicht bij elkaar liggen in een rangorde worden gebracht.¹⁰¹ Dit systeem is rationeel omdat op deze wijze een inschrijver die net niet de goedkoopste aanbieding heeft gedaan, ook op dit onderdeel wel punten scoort en aldus gelegenheid heeft om de opdracht te verwerven omdat hij op andere onderdelen de overige inschrijvers achter zich laat. Als er bij deze formule met een nulprijs wordt ingeschreven, krijgt die inschrijver alle punten toegerekend en de andere inschrijvers geen. Hierdoor wordt er gezegd dat het aanbieden van €0,- rekenkundig niet mogelijk is.

Indien de te hanteren prijssystematiek een breuk bevat en het rekenkundig niet mogelijk is te delen door nul, is een inschrijving waarbij €0,- wordt geboden ongeldig.¹⁰²

Aan een inschrijver wordt dan ook geadviseerd om dit geval, wanneer er systematiek gehanteerd wordt waarbij er een deling door de laagste prijs wordt gemaakt, niet in te schrijven met een nulprijs.

Daarnaast kan het zijn dat een eindscore uitkomt op een negatieve prijs. De mogelijkheid hiertoe ligt besloten in het beoordelingssysteem. Bijvoorbeeld indien in

⁹⁸ Rb. Alkmaar (vzr.) 8 juli 2010, L/JN BN0677.

⁹⁹ Hof 's-Hertogenbosch 10 januari 2012, L/JN BV1126.

¹⁰⁰ Rb. Haarlem (vzr.) 2 juli 2010, L/JN BN0873.

¹⁰¹ Rb. Groningen (vzr.) 3 augustus 2007, L/JN BB2292.

¹⁰² Rb. Utrecht (vzr.) 13 juni 2007, L/JN BA7015.

een aanbestedingsprocedure geldt dat het beoordelingssysteem voorziet in drie door de inschrijver in te vullen variabelen, te weten A,B en C. Op grond van de formule $A+B-C$ wordt de eindscore bepaald. Indien de waarde van C de som van A en B overtreft zal de eindscore negatief zijn. Wanneer niet in het bestek bepaald is dat er geen negatieve eindwaarde mogen zijn, kan in dit geval dan ook niet een dergelijke inschrijving aangemerkt worden als niet-marktconform of manipulatief.¹⁰³

4.1.5 'Aannemelijk maken'

Het is lastig om aannemelijk te maken dat een inschrijving strategisch, niet marktconform of realistisch is of dat er geschoven is met de kosten. Het enkele feit dat bijvoorbeeld een andere inschrijver zichzelf als maatstaf neemt om te bepalen of andere gegadigden ontoelaatbare tarieven aanbieden, is onvoldoende om een inschrijving ontoelaatbaar te verklaren.¹⁰⁴ Daarnaast is de enkele omstandigheid dat de inschrijfprijs van de één tweemaal zo hoog is als die van de andere inschrijver, is niet voldoende dat er onrechtmatig is ingeschreven. Er volgt hieruit namelijk niet dat er geen realistische prijzen zijn geboden of dat er is geschoven tussen posten.¹⁰⁵ De omstandigheid dat door een inschrijver een groot deel van de kosten aan de ene post toekent en aan de andere post weinig kosten worden toegerekend, betekent niet dat dit onrealistisch en onrechtmatig is.¹⁰⁶ De inschrijving is immers in beginsel vrij zelf uit te maken hoe zij haar kosten toerekent aan de verrichten opdrachten. De inschrijving dient wel te blijven voldoen aan de eisen die zijn gesteld in het bestek. Zo had een inschrijver voor de afhandeling van incidenten en calamiteiten een tarief aangeboden van €1,-. Een deel van de betrokken kosten had de inschrijver vervolgens in de post voor het meerjarig vast onderhoud opgenomen. Deze wijze van inschrijven brengt met zich mee dat de aanbestedende dienst een vast bedrag zou moeten betalen voor calamiteiten, ongeacht of deze zich voordoen. Deze manier van inschrijven is niet de bedoeling bij de aanbesteding en wordt ontoelaatbaar geacht.¹⁰⁷ Er dient vooraf goed in het bestek naar de bedoeling van de aanbesteding gekeken te worden.

Het is verder van belang om vooraf te kijken of het gunningscriterium 'laagste prijs' of 'economisch meest voordelige inschrijving' is'.

Indien een inschrijver als winnaar naar boven komt bij een aanbesteding, waarbij als gunningscriterium de 'economisch meest voordelige inschrijving' is gehanteerd, en deze heeft niet de goedkoopste inschrijving gedaan, is de inschrijving niet per direct ontoelaatbaar. De meest voordelige inschrijver is immers niet altijd de goedkoopste inschrijver, een gegeven dat inherent is aan genoemd criterium.¹⁰⁸ Als de aanbestedende dienst er voor gekozen heeft om voor onderdelen apart punten toe te kennen en er verder niets vermeld staat over het totaal, is de optelsom van de onderdelen niet relevant. Het feit dat een inschrijver dan de hoogste score heeft behaald maar niet de laagste prijs, betekent dan ook niet dat er sprake is van een manipulatieve inschrijving.¹⁰⁹

Wanneer het gunningscriterium 'laagste prijs' bij een aanbesteding aangehouden wordt en een inschrijver schuift met de kosten waardoor de inschrijver weliswaar de laagste eindscore heeft behaald maar wel de hoogste prijs heeft geboden van alle inschrijvers, dan verliest de inschrijver. Als bij een aanbesteding in het bestek staat vermeld dat op basis van de laagste totaalprijs de beoordeling geschiedt waarbij er verschillende wegingsfactoren zijn gehanteerd, moet het voor ieder normaal oplettende inschrijver duidelijk zijn geweest dat deze systematiek van aanbesteding meebrengt dat het beoogde doel van de aanbestedingsprocedure selectie van de laagste prijs is en dat

¹⁰³ Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 21 maart 2011, *LJN* BU6124.

¹⁰⁴ Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 6 juli 2011, *LJN* BR2481.

¹⁰⁵ Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 19 juli 2010, *LJN* BN2037.

¹⁰⁶ Rb. Rotterdam (vzr.) 24 december 2008, *LJN* BG8849.

¹⁰⁷ Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 3 maart 2011, *LJN* BP9888.

¹⁰⁸ Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 23 februari 2011, *LJN* BP7444.

¹⁰⁹ Hof 's-Hertogenbosch 10 januari 2012, *LJN* BV1126.

per onderdeel een realistisch tarief moet worden geboden.¹¹⁰ Indien er dan strategisch wordt ingeschreven en de inschrijver de hoogste score heeft behaald maar niet de laagste kosten loopt de inschrijver het risico uitgesloten te worden. Een inschrijver wordt dan ook geadviseerd om bij het gunningscriterium 'laagste prijs' niet op een manier in te schrijven wat als gevolg kan hebben dat zij de hoogste score heeft behaald maar niet de goedkoopste is.

Er dient dus vooraf duidelijk in de aanbestedingsstukken gekeken te worden of er iets beschreven staat over strategisch inschrijven, marktconforme of realistische inschrijvingen of het schuiven met tarieven tussen verschillende posten. Indien hierover niets is opgenomen in de aanbestedingsstukken staat het de inschrijvers vrij om naar eigen inzicht hiervan gebruik te maken. Wanneer de aanbestedende dienst wel iets hierover vermeld, dient er gekeken te worden of een normaal oplettende inschrijver dient te weten dat er hierdoor ofwel niet strategisch mag worden ingeschreven, niet marktconform of niet-realistisch mag worden ingeschreven, of niet geschoven mag worden tussen verschillende posten. Als er hiervan sprake is en de omschrijving is voldoende duidelijk omschreven zodat er een normaal oplettende inschrijver weet dat er niet op die manier mag worden ingeschreven, wordt geadviseerd om niet strategisch in te schrijven. Er wordt aan de inschrijver geadviseerd om vooraf te onderzoeken of aannemelijk kan worden gemaakt dat de inschrijving toelaatbaar is. Verder kan een inschrijver ook in de aanbestedingsbrief toelichten waarom de inschrijver bijvoorbeeld bij een bepaalde post lage kosten heeft kunnen aanbieden of dat de inschrijver voor een bepaald onderdeel geen kosten in rekening wil brengen. Er kan hierdoor voorkomen worden dat de inschrijving ontoelaatbaar wordt verklaard door de aanbestedende dienst.

4.2 Leidt tot kwaliteitsverlies

Een strategische inschrijving is verder ontoelaatbaar als blijkt dat een dergelijke inschrijving afbreuk kan doen aan de kwaliteit van de overheidsopdracht.¹¹¹ Een van de kernproblemen bij een strategische inschrijving is dat de inschrijving die de hoogste score heeft behaald, helemaal niet de economisch voordeligste is en prijzen bevat die bij de uitvoering van de opdracht tot problemen leiden. Duidelijk is dat dit in het algemeen door de aanbestedende dienst niet gewenst wordt en dat het risico dat een dergelijke ongewenste situatie zich zou kunnen voordoen een goede reden is om een strategische inschrijving ongeldig te verklaren.¹¹²

Een abnormaal lage inschrijving kan bijvoorbeeld er voor zorgen dat de er afbreuk gedaan wordt aan de kwaliteit van de overheidsopdracht, omdat er een bepaalde prijs is geboden waarmee de opdracht niet in zijn geheel uitgevoerd kan worden. Deze inschrijving kan ontoelaatbaar verklaard worden door de aanbestedende dienst. Er dient hierbij rekening gehouden te worden dat de inschrijver bepaalde kosten voor eigen rekening wil nemen, waardoor de kwaliteit bij de uitvoering van de opdracht niet minder zal worden.

4.3 Irreële inschrijving

Bij een irreële inschrijving is de strategie ontaard doordat iets geboden wordt dat onmogelijk is¹¹³ of leidt tot een ongeloofwaardig eindresultaat.¹¹⁴ Een irreële

¹¹⁰ Rb. Breda (vzr.) 6 oktober 2010, *LJN* BO0109.

¹¹¹ Rb. Arnhem (vzr.) 15 februari 2010, *LJN* BL5214.

¹¹² Rb. Amsterdam 29 juli 2008, *TBR* 2008/181, p. 958.

¹¹³ T. H. Chen, 'Speltheoretisch voordeligste inschrijving', *TA* 2007, p. 458.

¹¹⁴ Hof 's-Gravenhage 9 februari 2010, *LJN* BP5012.

strategische inschrijving is dan ook ontoelaatbaar. Er is alleen van een irreële aanbidding sprake indien op voorhand vaststaat dat de inschrijving na de gunning toerekenbaar tekort zal schieten in de nakoming van datgene wat in het bestek vermeld staat.¹¹⁵

De aanbestedende dienst dient aannemelijk te maken dat er irreëel is ingeschreven. Hierbij dient gesteld te worden en te blijken dat de inschrijving disproportioneel afwijkt van andere inschrijvingen.¹¹⁶ Het kan bijvoorbeeld zijn dat de inschrijver scherpe prijzen heeft kunnen hanteren omdat zij in de omgeving van de plaats waar de werkzaamheden uitgevoerd dienen te worden, andere werken uitvoert wat financiële voordelen met zich meebrengt. Dit kan er voor zorgen dat een inschrijver extreem lage prijzen kan aanbieden. Het aanbieden van extreem lage prijzen oogt dat deze irreëel is, maar de inschrijver kan in dit geval motiveren dat er sprake is van een reële inschrijving.

Meerdere malen zijn er misverstanden over strategisch inschrijven doordat de inschrijving op bepaalde posten dusdanig verschillen van andere inschrijvers. Inschrijvers kunnen hiervoor echter een goede onderbouwing hebben. Een inschrijver kan bijvoorbeeld, doordat zij groter is dan andere inschrijvers, gemakkelijker personeel in haar organisatie inpassen en doordat zij bovendien de afgelopen periode de medewerkers heeft vervangen door uitzendkrachten. Aan de hand van deze motivering is aannemelijk geworden dat de personeelskosten van de inschrijver wezenlijk kunnen afwijken van die van een andere inschrijver.¹¹⁷

Daarnaast heeft een inschrijver bijvoorbeeld een scherpe prijs kunnen aanbieden wat mogelijk was vanwege een kostenefficiënte uitvoering van de opdracht en het genoeg nemen met een bescheiden marge.¹¹⁸ Deze motivering kan al voldoende zijn om aan te tonen dat de inschrijving reëel is.

In de meeste gevallen bestaan onduidelijkheden over de toelaatbaarheid van een strategische inschrijving door de prijs die is geoffreerd. Het kan echter ook met andere aspecten van een inschrijving te maken hebben, bijvoorbeeld een bepaald percentage dat opgegeven dient te worden. Bijvoorbeeld het opgeven van een percentage van medewerkers van de gemeente dat op een bepaalde locatie gebruik zal maken van de horeca. Een inschrijver had ingeschreven met 67,74% als percentage van medewerkers dat gebruik zal maken van de horeca op een bepaalde locatie. Dit percentage werd door een andere inschrijver als irreëel gezien, omdat dit een verdubbeling van het aantal bezoekers zou betekenen dat op dit moment gebruik maakt van de voorziening. De inschrijver kon daarentegen aantonen dat een percentage van 81% in een ander gemeentehuis is behaald, waardoor er onvoldoende vast is komen te staan dat de geboden ratio niet realistisch is. Er was bovendien geen sanctie op gesteld indien de hoogte van het opgegeven percentage niet is behaald, waardoor er werd geoordeeld dat deze manier van inschrijven toelaatbaar is.¹¹⁹

Het is lastig om aan te tonen dat een strategische inschrijving irreëel is. De inschrijver kan in veel gevallen aantonen dat met zijn of haar inschrijving de overheidsopdracht uitgevoerd kan worden. De inschrijver dient hierbij aan te tonen dat haar inschrijving op verantwoorde wijze tot stand is gekomen.¹²⁰ Het zal lastig zijn voor een ander om aan te tonen dat de inschrijving irreëel is. Het is dus van belang dat de inschrijver die strategisch inschrijft vooraf een duidelijke motivering klaar heeft liggen waarom de inschrijving toelaatbaar is. Verder kan het verstandig zijn om deze motivering bij de

¹¹⁵ Rb. Dordrecht (vzr.) 10 februari 2011, L/JN BP3669.

¹¹⁶ Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 10 februari 2011, L/JN BP5764.

¹¹⁷ Hof 's-Gravenhage 25 mei 2010, L/JN BM6649.

¹¹⁸ Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 28 maart 2011, L/JN BQ2329.

¹¹⁹ Rb. Arnhem (vzr.) 29 januari 2009, L/JN BH5068.

¹²⁰ Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 23 juli 2009, L/JN BJ3940.

aanbestedende dienst kenbaar te maken zodat er geen misverstanden achteraf komen. Dit kan door middel van een toelichting te geven over de inschrijving in de aanbestedingsbrief. Een inschrijver die financiële of technische voordelen heeft bij het uitvoeren van de opdracht waarvan verwacht wordt dat andere inschrijver die niet hebben, wordt geadviseerd om een toelichting op te nemen in de aanbestedingsbrief. Het verschil tussen verschillende inschrijvers oogt dat er irreëel is ingeschreven. Door middel van een toelichting is de aanbestedende dienst vooraf op de hoogte dat er sprake is van een reële inschrijving.

4.4 Abnormaal lage aanbidding

In de artikelen 56 Bao, 59 Bass, 55 Richtlijn en 2.27 ARW 2005 zijn bepalingen opgenomen met betrekking tot 'abnormaal lage inschrijvingen'. Van een 'abnormaal lage aanbidding' is sprake wanneer de aanbestedende dienst wordt geconfronteerd met een zodanige lage inschrijvingssom dat hij gegronde reden heeft te vrezen dat de inschrijver een fout heeft gemaakt of een irreële prijs heeft geboden, op grond waarvan redelijkerwijs mag worden aangenomen dat de inschrijver zijn inschrijving niet zal waarmaken en/of in de uitvoeringsfase pogingen zal ondernemen om zijn al dan niet ingecalculeerde verlies op enige wijze goed te maken. Onder die omstandigheid heeft de aanbestedende dienst in beginsel een rechtmatig belang bij het uitsluiten van een dergelijke inschrijving.

Als gevolg van het bepaalde in de artikelen kan een abnormaal lage aanbidding pas worden afgewezen nadat de aanbestedende dienst de inschrijver schriftelijk heeft verzocht om de door hem nodig geachte verduidelijkingen over de samenstelling van de inschrijving te verstrekken en hij de samenstelling van de inschrijving aan de hand van de verstrekte toelichting heeft onderzocht. De artikelen zien op de geoffreerde prijs als geheel.¹²¹ Indien de totale aanneemsom geen selectie- of gunningscriteria is in een aanbesteding, kan een andere inschrijver of de aanbestedende dienst zijn of haar stelling niet baseren op de totaal geoffreerde aanneemsom, die hoger zou zijn dan een andere totale aanneemsom.¹²²

Het vragen om inlichtingen als bedoeld in artikel 56 Bao is niet in strijd met de beginselen van het aanbestedingsrecht. De bedoeling is juist om te bezien of de inschrijving, die in eerste instantie als beste is gekwalificeerd, ook daadwerkelijk de beste is. Na de toelichting van de inschrijving het dan ook nog duidelijk worden dat de inschrijving niet voldoet aan de gestelde eisen en kan om die reden alsnog ongeldig verklaard worden.¹²³ De enkele motivering van de aanbestedende dienst dat er onder de kostprijs is geoffreerd is onvoldoende reden om tot uitsluiting over te gaan.¹²⁴ In geval van strategische inschrijvingen zal er in meerdere gevallen sprake zijn van aanbiddingen onder de kostprijs en andere aanbiddingen die dusdanig hoog zijn. Daarnaast kan er ook niet gesteld worden dat een inschrijver met een ruime interne begroting en dus een groter ingecalculeerd verlies, niet zal gaan bekribbelen op de uitvoering van de opdracht.¹²⁵ Een dergelijke vergelijking met een andere inschrijver kan niet door de aanbestedende dienst gemaakt worden.

Met een abnormaal lage inschrijving hoeft niet per direct iets mis te zijn. Een inschrijver kan allerlei motieven en overwegingen hebben om een lage prijs aan te bieden. Een abnormaal lage inschrijving is dan ook niet zonder meer ongeldig. Van belang is echter dat de inschrijver de opdracht deugdelijk kan uitvoeren.

¹²¹ Rb. Rotterdam (vzr.) 24 december 2008, *LJN* BG8849; Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 3 maart 2011, *LJN* BP9888.

¹²² Rb. Rotterdam (vzr.) 24 december 2008, *LJN* BG8849.

¹²³ Rb. Utrecht 26 augustus 2011, *LJN* BR5927.

¹²⁴ Rb. Arnhem (vzr.) 5 november 2009, *LJN* BK4044.

¹²⁵ *Ibid.*

Wat precies onder 'abnormaal' laag dient te worden verstaan, is moeilijk te beantwoorden. In ieder geval is 'abnormaal laag' lager dan gewoon laag.¹²⁶ Wanneer een inschrijver een laag aanbod doet dient zij te kunnen aantonen dat zij geen fout heeft gemaakt en het bereik van de opdracht goed heeft begrepen. De inschrijver dient verder gemotiveerd aan te kunnen voeren dat er bewust een bepaald tarief, bijvoorbeeld €1,-, is aangeboden. Een aanbieding van negatieve prijzen is in ieder geval aan te merken als abnormaal lage aanbiedingen in de zin van de bovenstaande artikelen en dient de procedure uit deze artikelen toegepast te worden.¹²⁷ Tot slot dient de inschrijver aannemelijk kunnen maken dat de inschrijver haar aanbod zal waarmaken en de aangeboden tarieven niet zal compenseren bij de uitvoering van de opdracht.¹²⁸ De inschrijver dient een zodanig onderbouwde nadere toelichting te geven op haar prijsstelling dat de aanbestedende dienst aan de hand daarvan kan toetsen in hoeverre werkelijk sprake is van een besparing in tijd en kosten.¹²⁹ Met een goede motivering zal de opdracht niet snel ongeldig verklaard worden.

4.5 Standaard RAW bepalingen 2010

Indien de RAW bepalingen 2010 van toepassing zijn verklaard dient er rekening te worden gehouden met datgene wat is omschreven in artikel 01.01.03 en artikel 01.01.04 van de RAW bepalingen 2010. In artikel 01.01.03 lid 2 van de RAW bepalingen 2010 wordt bepaald dat in elke op te geven eenheidsprijs alle kosten begrepen dienen te zijn die voor het tot stand brengen van de resultaatsverplichting moeten worden gemaakt. Krachtens dit artikel is het de inschrijver niet toegestaan over bestekposten te schuiven met kosten die voor het tot stand brengen van een resultaatsverplichting nodig zijn. Indien de aanbestedende dienst vermoedt dat er niet conform artikel 01.01.03 is ingeschreven, verzoekt hij de inschrijver om een schriftelijke toelichting. Deze toelichting dient uiterlijk binnen zeven kalenderdagen na het verzenden van het verzoek door de aanbestedende dienst zijn ontvangen.¹³⁰ De inschrijver dient dan aannemelijk te maken dat in de aanneemsom alle kosten zijn opgenomen die verband houden met het tot stand brengen van het werk en er niet geschoven is met de kosten. Indien de toelichting niet binnen de gestelde termijn is ontvangen of indien uit de toelichting niet blijkt dat aan het bepaalde in artikel 01.01.03 is voldaan, wordt de inschrijving ongeldig verklaard.¹³¹

Indien een inschrijver op bepaalde besteksposten met kleine fictieve hoeveelheden hogere prijzen aanbiedt en op bepaalde besteksposten met grote fictieve hoeveelheden lagere prijzen, wat resulteert in de laagste fictieve totaalprijs, is zij in strijd met artikel 01.01.03 RAW bepalingen 2010e. Namelijk heeft zij tekorten op de 'goedkope posten' verdisconteerd in de 'dure posten'.¹³²

Strategisch inschrijven is onder de RAW bepalingen 2010 minder interessant, omdat een inschrijver sneller het risico lopen dat hun inschrijving ongeldig wordt verklaard, als de gegeven toelichting de aanbestedende dienst niet heeft overtuigd.¹³³ Een inschrijver wordt dan ook geadviseerd, indien de RAW bepalingen 2010 van toepassing zijn, niet strategisch in te schrijven waarbij er geschoven wordt met de kosten.

¹²⁶ Pijnacker Hordijk 2009, p. 459.

¹²⁷ Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 21 juli 2008, LJV BD9873.

¹²⁸ Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 29 juli 2011, LJV BR4136.

¹²⁹ Rb. 's-Gravenhage 26 november 2010, LJV BO9283.

¹³⁰ Artikel 01.01.04, tweede lid, van de Standaard RAW bepalingen 2010.

¹³¹ Artikel 01.01.04, derde lid, van de Standaard RAW bepalingen 2010.

¹³² Rb. Dordrecht (vzr.) 30 juni 2011, LJV BQ9811.

¹³³ <www.hekkelman.nl/userfiles/File/Nieuwsbrief_Aanbestedingsrecht_januari_2012.pdf> 1 mei 2012

5 Toekomstige wetgeving

In dit hoofdstuk wordt het strategisch inschrijven bekeken in het licht van de voorgestelde nieuwe Aanbestedingswet en de voorgestelde nieuwe Europese richtlijn. De belangrijkste wijzigingen die deze toekomstige wetgeving met zich mee brengen, met betrekking tot het strategisch inschrijven, worden hier besproken.

5.1 Voorstel nieuwe Aanbestedingswet

Momenteel werkt het kabinet aan een nieuw wetsvoorstel 'Aanbestedingswet'¹³⁴ (hierna: Aanbestedingswet). De Aanbestedingswet dient de Europese regels zo goed mogelijk aan te sluiten aan de Nederlandse situatie.¹³⁵ De Aanbestedingswet regelt verder een aantal zaken die nieuw zijn ten opzichte van de huidige regelgeving. In het wetsvoorstel zijn bepalingen opgenomen met betrekking tot proportionaliteit en het gunningscriterium 'EMVI' is in het voorstel verplicht gesteld waardoor het gunningscriterium 'laagste prijs' een uitzondering is geworden.

Het nieuwe wetsvoorstel is op 14 februari 2012 aangenomen door de Tweede Kamer en ligt nu bij de Eerste Kamer. Bij voortvarende behandeling door de Eerste Kamer kan de wet op 1 januari 2013 in werking treden.¹³⁶ Als de Aanbestedingswet in werking treedt worden de raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen, Bao en de Bass ingetrokken.¹³⁷

5.1.1 Het proportionaliteitsbeginsel

De bepalingen die in de Aanbestedingswet staan en betrekking hebben op strategisch inschrijven zijn gelijk aan de bepalingen in de Europese richtlijnen, Bao en Bass die hiervoor zijn omschreven. De algemene bepalingen van het aanbestedingsrecht zijn ook van toepassing verklaard in de Aanbestedingswet.¹³⁸ In de Aanbestedingswet is bijkomend het proportionaliteitsbeginsel van toepassing verklaard.¹³⁹

Het proportionaliteitsbeginsel geldt voor alle fasen van de aanbestedingsprocedure. In dit artikel staat beschreven dat de aanbestedende dienst bepaalde voorwaarden en criteria dient op te stellen aan de inschrijvers en de inschrijvingen die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht. Het proportionaliteitsbeginsel houdt ook in dat uitsluiting van een inschrijving in verhouding dient te staan tot de ernst van de gedraging in kwestie en tot de aard en omvang van de opdracht. De aanbestedende dienst dient bij uitsluiting van een strategische inschrijving de afweging te maken of uitsluiting proportioneel is. Of dit beginsel gevolgen zal hebben voor het feit dat er sneller of minder snel een strategische inschrijving ontoelaatbaar zal worden verklaard, kan op dit moment niet worden gezegd.

5.1.2 Gunningscriterium

Het gunningscriterium 'EMVI' wordt verplicht gesteld in de Aanbestedingswet.¹⁴⁰ Het criterium 'laagste prijs' is alleen van toepassing als de aanbestedende dienst in de aanbestedingsstukken motiveert waarom deze van toepassing is. Dit heeft waarschijnlijk tot gevolg dat er in het vervolg eerder het gunningscriterium EMVI van toepassing zal zijn dan het criterium 'laagste prijs'. Er dienen verschillende subcriteria gebruikt te worden bij het gunningscriterium EMVI. Bij toepassing van het criterium 'laagste prijs' hoeft hier niet per definitie gebruik van gemaakt te worden. De

¹³⁴ Kamerstukken I 2011/12, 32 440, nr. 1.

¹³⁵ <www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/aanbesteden/nieuwe-aanbestedingsregels> 1 maart 2012.

¹³⁶ <www.pianoo.nl/regelgeving/aanbestedingswet> 9 mei 2012.

¹³⁷ <www.pianoo.nl/belangrijkste-wijzigingen-nieuwe-aanbestedingswet-tov-bao-wira> 9 mei 2012.

¹³⁸ Artikel 1.8 en artikel 1.9, eerste lid, van de Aanbestedingswet.

¹³⁹ Artikel 1.10 van de Aanbestedingswet.

¹⁴⁰ Artikel 2.114 van de Aanbestedingswet.

mogelijkheid tot het indienen van strategische inschrijvingen zal dan ook groter worden als het criterium EMVI verplicht is. Er kan dan ook in meer gevallen geschoven worden tussen verschillende posten, omdat bij het criterium EMVI het toelaatbaar is dat een inschrijving die de hoogste score behaalt niet de laagste aanbidding heeft gedaan.¹⁴¹

5.2 Voorstel Europese richtlijnen

De Europese Commissie heeft op 20 december 2011 een aantal voorstellen gepubliceerd met betrekking tot nieuwe richtlijnen op het gebied van aanbestedingen. Het betreft de volgende voorstellen:

1. COM (2011) 896: Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende het gunnen van overheidsopdrachten (klassieke overheid);
2. COM (2011) 895: Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad over het gunnen van opdrachten door de aanbestedende diensten werkzaam in de sectoren water, energievoorziening, vervoer en post;
3. COM (2011) 897: Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de gunning van concessies.

Het eerste voorstel (Richtlijn klassieke overheid) wordt hierna besproken, de andere twee voorstellen zal gezien de reikwijdte van dit onderzoek buiten beschouwing gelaten worden.

Het voorstel heeft tot doel de doeltreffendheid en efficiëntie van aanbestedingen te vergroten en aanbestedende diensten in staat te stellen overheidsopdrachten beter te gebruiken om strategische maatschappelijke doelen te bereiken.¹⁴² De conceptrichtlijnen worden op dit moment besproken met de lidstaten en de Commissie streeft ernaar de richtlijnen in de loop van 2012 vast te stellen. Na vaststelling hebben de lidstaten de tijd om de nieuwe richtlijnen te implementeren, wat uiterlijk 30 juni 2014 moet plaatsvinden.¹⁴³

In dit voorstel zijn twee belangrijke wijzigingen voor strategische inschrijvingen, ten opzichte van de huidige aanbestedingsrichtlijnen. Allereerst is er een bepaling opgenomen die manipulatieve inschrijvingen uitsluit. De bepaling met betrekking tot abnormaal lage inschrijvingen is verder in het nieuwe voorstel gewijzigd.

5.2.1 Onrechtmatig gedrag

In dit voorstel is een specifieke bepaling¹⁴⁴ opgenomen die ruimte biedt om op te treden tegen onrechtmatig gedrag van gegadigden en inschrijvers. In deze bepaling is bepaald dat de aanbestedende dienst de opdracht niet mag gunnen aan de inschrijver die de beste inschrijving heeft ingediend maar een valse verklaring heeft afgelegd. In dit voorstel is namelijk een artikel opgenomen waarin beschreven staat dat inschrijvers een verklaring dienen af te leggen:¹⁴⁵

‘Gegadigden verstrekken bij de aanvang van de procedure een verklaring op erewoord luidens welke zij geen blijf geven of zullen geven van de volgende feiten:

- a. het onrechtmatig beïnvloeden van het besluitvormingsproces van de aanbestedende dienst of het verkrijgen van vertrouwelijke informatie waardoor zij onrechtmatige voordelen uit de aanbestedingsprocedure kunnen halen;*
- b (...)*

c. het opzettelijk verstrekken van misleidende informatie die een materiële invloed kan hebben op beslissingen inzake uitsluiting, selectie of gunning.’

¹⁴¹ Hof 's-Hertogenbosch 10 januari 2012, LJN BV1126.

¹⁴² <www.pianoo.nl/voorstellen-europese-aanbestedingsrichtlijnen-officieel-document-samenvatting> 3 mei 2012.

¹⁴³ <www.pianoo.nl/regelgeving/europese-richtlijnen> 9 mei 2012.

¹⁴⁴ COM(2011)896, artikel 68.

¹⁴⁵ COM(2011)896, artikel 22.

De Europese Commissie is van mening dat inschrijvers en gegadigden, die pogingen ondernemen om het besluitvormingsproces onrechtmatig te beïnvloeden om zo het resultaat van de procedure te manipuleren, uit de procedure moeten worden gebannen.¹⁴⁶ Dergelijke onrechtmatige activiteiten zouden de grondbeginselen van het recht van de EU schenden en kunnen resulteren in ernstige verstoringen van de concurrentie.

In het voorstel van de nieuwe Richtlijn is dus een aparte bepaling opgenomen waardoor een aanbestedende dienst een grond heeft om manipulatieve inschrijvingen ongeldig te verklaren. Wat er allemaal precies onder misleidende informatie kan worden verstaan zoals omschreven in artikel 22 sub c van het nieuwe voorstel is niet helemaal duidelijk. Verschillende rechters zullen vermoedelijk, na inwerkingtreding van de richtlijn, hierover uitspraken doen.

5.2.2 Abnormaal lage inschrijvingen

In de voorstellen van de nieuwe richtlijn is een verder wijziging opgenomen ten opzichte van de huidige wetgeving met betrekking tot abnormaal lage inschrijvingen. In het voorstel is een mathematische regel opgenomen voor abnormaal lage inschrijvingen. Er staat beschreven dat de aanbestedende dienst de inschrijver om toelichting dient te verzoeken indien:¹⁴⁷

- de aangerekende prijs of kosten meer dan 50% lager zijn dan de gemiddelde prijs of kosten van de andere inschrijvingen;
- de aangerekende prijs of kosten meer dan 20% lager zijn dan de prijzen of kosten van de tweede laagste inschrijving;
- er ten minste vijf inschrijvingen zijn ingediend.

De aanbestedende dienst is op grond van dit artikel verplicht om toelichting te verzoeken aan de inschrijver indien een inschrijving aan de hiervoor genoemde drie criteria voldoet. In het voorstel is verder bepaald dat, wanneer inschrijvingen om andere redenen abnormaal laag lijken, de aanbestedende dienst ook om een toelichting kan verzoeken.¹⁴⁸ Of dat deze wijziging van de bepaling met betrekking tot abnormaal lage inschrijvingen ervoor zorgt dat er in meerdere gevallen om een toelichting gevraagd gaat worden is onduidelijk. Er is in ieder geval op grond van dit nieuwe voorstel een verplichting opgenomen voor de aanbestedende dienst om toelichting te verzoeken, wanneer er aan de criteria die zijn genoemd in het artikel is voldaan. Er is verder in het nieuwe voorstel een verplichting opgenomen voor de aanbestedende dienst om inschrijvingen af te wijzen indien hij heeft vastgesteld dat de abnormaal lage prijzen tot gevolg hebben dat de overeenkomst die gesloten wordt niet wordt nagekomen.¹⁴⁹ Waarschijnlijk zal deze verplichting niet voor veel veranderingen zorgen ten opzichte van de huidige wetgeving met betrekking tot abnormaal lage aanbiedingen. Een aanbestedende dienst zal immers op dit moment eveneens inschrijvingen afwijzen die tot gevolg hebben dat de overeenkomst die gesloten wordt niet wordt nagekomen, want een overeenkomst sluiten met een inschrijver die de overeenkomst niet zal nakomen is nadelig voor de aanbestedende dienst.

¹⁴⁶ COM(2011)896, p. 13.

¹⁴⁷ COM(2011)896, artikel 69.

¹⁴⁸ COM(2011)896, artikel 69, tweede lid.

¹⁴⁹ COM(2011)896, punt 42.

6 Conclusies

In dit hoofdstuk wordt een antwoord gegeven op de vraagstelling die centraal staat in dit onderzoek. De vraagstelling is:

‘Wat is strategisch inschrijven, binnen de kaders van de huidige aanbestedingswetgeving en jurisprudentie, en waar liggen juridisch gezien de grenzen tussen strategisch en manipulatief inschrijven?’

Op basis van de in de voorgaande hoofdstukken gedane bevindingen kunnen ter beantwoording van deze vraagstelling de volgende conclusies worden getrokken.

De volgende definitie kan aan de term ‘strategisch inschrijven’ worden gegeven:

‘Strategisch inschrijving is een bieding zo structureren waarbij op een dusdanige manier gebruik maken van de mogelijkheden die het gunningscriterium biedt om een zo laag mogelijke prijs of een zo hoog mogelijke score te verkrijgen.’

Strategisch inschrijven is niets meer dan op een slimme manier gebruik maken van de criteria die in het bestek gesteld zijn door de aanbestedende dienst. Door op deze manier in te schrijven wordt getracht om het maximaal aantal punten te behalen, wat de kans op gunning vergroot.

In zijn algemeenheid is strategisch inschrijven toelaatbaar. Het ligt voor de hand dat, als er op een bepaald onderdeel relatief meer punten kunnen worden binnengehaald dan op andere onderdelen, de inschrijver zich richt op het meest verdiende onderdeel en juist daarop de hoogste score probeert te verkrijgen. Wanneer een aanbestedende dienst dan ook kiest voor een systematiek die strategisch inschrijven mogelijk maakt, staat het alle inschrijvers in dezelfde mate vrij naar eigen inzicht daarvan gebruik te maken.

Echter, het is niet in alle gevallen toelaatbaar om strategisch in te schrijven. Een strategische inschrijving dient te worden onderscheiden van manipulatief biedgedrag, dat ontoelaatbaar is. Er wordt gesproken van manipulatief biedgedrag wanneer een inschrijver handig gebruik maakt van de criteria die gesteld zijn in de aanbestedingsstukken en hiermee de beoordelingssystematiek geweld aandoet. In de volgende gevallen is er sprake van een manipulatieve inschrijving.

Een strategische inschrijving voldoet niet aan de eisen die zijn gesteld in de aanbestedingsstukken.

Een strategische inschrijving is ontoelaatbaar indien deze inschrijving niet voldoet aan de eisen die zijn gesteld in de aanbestedingsstukken. Er dient dan in de aanbestedingsstukken voldoende duidelijk en ondubbelzinnig zijn aangegeven welke systematiek aan het bestek en de gunning van de overheidsopdracht ten grondslag ligt en welke voorwaarden of criteria daaruit voortvloeien aan de hand waarvan de geldigheid van de inschrijving beoordeeld zal worden. Als er van dergelijke transparantie sprake is kan een inschrijving op die grond ongeldig worden verklaard.

De aanbestedende dienst kan in de aanbestedingsstukken opnemen dat een strategische inschrijving ontoelaatbaar is, de inschrijving marktconform of realistisch dient te zijn of dat er niet geschoven mag worden met de kosten. Deze aspecten dienen, zoals hiervoor omschreven, transparant te zijn. Is daarvan sprake, dan heeft de aanbestedende dienst een grond om de inschrijving ongeldig te verklaren indien de inschrijving niet voldoen aan de aspecten die omschreven staan in de aanbestedingsstukken.

Het aanbieden van een nulprijs is niet in alle gevallen toelaatbaar. Er dient hiervoor gekeken te worden of dit wordt uitgesloten in de aanbestedingsstukken en wat voor berekeningswijze er door de aanbestedende dienst gehanteerd wordt. Als er een berekeningswijze wordt gehanteerd waarbij er gedeeld wordt door de laagste prijs, is een inschrijving met een nulprijs ontoelaatbaar. In andere gevallen is een inschrijving met een nulprijs toelaatbaar, tenzij dit wordt uitgesloten in de aanbestedingsstukken.

Als de aanbestedende dienst een strategische inschrijving op deze grond van de eisen die zijn gesteld in de aanbestedingsstukken wil uitsluiten, dient de aanbestedende dienst dit voldoende aannemelijk kunnen maken. Verschillende omstandigheden kunnen er namelijk voor zorgen dat een inschrijving toch toelaatbaar is.

Een strategische inschrijving doet afbreuk aan de kwaliteit van de overheidsopdracht.

In zijn algemeenheid is het door de aanbestedende dienst niet gewenst dat een inschrijving, dat de hoogste score heeft behaald, helemaal niet de economisch voordeligste is en prijzen bevat die bij de uitvoering van de opdracht tot problemen leiden. Er bestaat dan een groot risico dat als een dergelijke ongewenste situatie zich voordoet een goede reden is om een strategische inschrijving ongeldig te verklaren.

Een strategische inschrijving is irreëel.

Een strategische inschrijving is irreëel als er iets geboden wordt dat onmogelijk is of leidt tot een ongeloofwaardig eindresultaat.

Het is lastig voor de aanbestedende dienst of een andere inschrijver om aan te tonen dat een strategische inschrijving irreëel is. De inschrijver kan immers in veel gevallen aantonen dat met zijn of haar inschrijving de overheidsopdracht uitgevoerd kan worden.

Een strategische inschrijving is abnormaal laag.

Een strategische inschrijving wordt aangemerkt als een abnormaal lage aanbidding wanneer de aanbestedende dienst wordt geconfronteerd met een zodanige lage inschrijvingssom waarvan redelijkerwijs mag worden aangenomen dat de inschrijver zijn inschrijving niet zal waarmaken en/of in de uitvoeringsfase pogingen zal ondernemen om zijn al dan niet ingecalculerde verlies op enige wijze goed te maken. De aanbestedende dienst dient in dit geval toelichting aan de inschrijver te vragen over de wijze van de totstandkoming van de inschrijving.

Een strategische inschrijving is dus een inschrijving waarbij er slim gebruik wordt gemaakt van gunningscriteria die in het bestek gesteld zijn. Het is toegestaan om strategisch in te schrijven, zolang de inschrijving voldoet aan de eisen die staan gesteld in de aanbestedingsstukken, geen afbreuk aan de kwaliteit van de overheidsopdracht zal doen, reëel is en niet aangemerkt kan worden als abnormaal laag.

In dit onderzoek is verder gekeken naar toekomstige wetgeving. Op dit moment liggen er twee voorstellen die van belang kunnen zijn bij strategische inschrijvingen. Het betreft het voorstel 'nieuwe Aanbestedingswet' en het voorstel Europese richtlijn 'Klassieke overheid'.

Voorstel 'nieuwe Aanbestedingswet'

De nieuwe Aanbestedingswet heeft een tweetal veranderingen die van belang kunnen zijn voor strategische inschrijvingen. In het voorstel is een nieuw beginsel opgenomen, het proportionaliteitsbeginsel. Dit beginsel is van toepassing op alle fases. Als de aanbestedende dienst een inschrijving uitsluit dient de uitsluiting in verhouding te staan tot de ernst van de gedraging in kwestie en tot de aard en omvang van de opdracht. Verder is het gunningscriterium 'EMVI' verplicht gesteld in het voorstel, het criterium 'laagste prijs' kan van toepassing worden verklaard als de aanbestedende dienst dit in de aanbestedingsstukken motiveert. Dit kan tot gevolg hebben dat er meer strategisch wordt ingeschreven, doordat bij het criterium EMVI zeker nog een onderverdeling wordt gemaakt in subcriteria en wegingsfactoren. Bij het criterium 'laagste prijs' hoeft hiervan geen sprake te zijn.

Voorstel nieuwe Europese richtlijn 'Klassieke overheid'

Het voorstel van de nieuwe Europese richtlijn verandert een tweetal aspecten die van belang zijn bij strategische inschrijvingen. Allereerst is er in het voorstel het artikel met betrekking tot abnormaal lage aanbiedingen gewijzigd. Er is een mathematische regel opgenomen, waarbij er de verplichting voor de aanbestedende dienst wordt opgelegd om een toelichting aan de inschrijver te vragen. Op dit moment wordt er alleen de bevoegdheid aan de aanbestedende dienst gegeven om een toelichting te vragen. Er is verder een grond opgenomen in het voorstel om manipulatieve inschrijvingen ongeldig te verklaren. Een inschrijver dient op grond van het nieuwe voorstel een eed af te leggen waarin de inschrijver verklaard dat hij niet het besluitvormingsproces zal beïnvloeden en niet opzettelijk misleidende informatie verstrekt die invloed kan hebben op de gunning van de overheidsopdracht. Een inschrijver die de beste inschrijving heeft gedaan maar een valse verklaring heeft afgelegd wordt ongeldig verklaard.

7 Aanbevelingen

Gelet op de bevindingen van het onderzoek, worden in dit hoofdstuk aanbevelingen aan Appeldoorn Tendermanagement gedaan. Aan de hand van een stappenplan wordt er aangegeven met welke aspecten van de aanbesteding rekening gehouden dient te worden bij het doen van een strategische inschrijving. Er wordt verder nog aanbevelingen gedaan voor een vervolgonderzoek.

7.1 Stappenplan

Bij het opstellen van een offerte is het verstandig om de onderstaande stappen te doorlopen. Als de inschrijver deze stappen doorloopt verlaagd hij de kans dat zijn inschrijving ontoelaatbaar wordt verklaard.

Stap 1: Zijn de Standaard RAW bepalingen van toepassing verklaard?

Stap 2: Welk gunningscriterium is er van toepassing verklaard?

Stap 3: Wat staat er in het bestek omschreven?

Stap 4: Hoe kan er ingeschreven worden op bepaalde posten?

Stap 5: Kan de inschrijving als irreëel aangemerkt worden?

Stap 6: Kan de inschrijving als abnormaal laag aangemerkt worden?

Stap 7: Dient er een toelichting gegeven te worden in de aanbestedingsbrief?

De zeven stappen die hiervoor zijn omschreven worden hieronder nader toegelicht.

Stap 1: Zijn de Standaard RAW bepalingen van toepassing verklaard?

Indien de Standaard RAW bepalingen van toepassing zijn kan er niet geschoven worden tussen verschillende kosten. De aanbestedende dienst heeft op basis van het artikel 01.01.03 en 01.01.04 van de Standaard RAW bepalingen de bevoegdheid om een inschrijving, waarbij er tussen verschillende posten geschoven is met de kosten, uit te sluiten. Er wordt dan ook geadviseerd om, indien Standaard RAW bepalingen van toepassing zijn, niet strategisch in te schrijven, mits de inschrijver aannemelijk kan maken dat er niet geschoven is tussen de verschillende posten. De inschrijver kan dan tijdens de toelichting die gegeven dient te worden op de inschrijving aannemelijk maken dat er reëel is ingeschreven.

Stap 2: Welk gunningscriterium is er van toepassing verklaard?

Het is van belang dat er gekeken wordt of er bij de aanbesteding het gunningscriterium 'Economisch meest voordelige inschrijving' of 'laagste prijs' van toepassing is verklaard. Wanneer het criterium 'laagste prijs' van toepassing is verklaard dient de inschrijver er rekening mee te houden dat een inschrijving die de hoogste score behaalt maar niet de laagste prijs, uitgesloten kan worden. Voor ieder normaal oplettende inschrijver zou duidelijk moeten zijn dat deze systematiek van aanbesteding meebrengt dat het beoogde doel van de procedure 'selectie van de laagste prijs' is en dat per onderdeel een realistisch tarief moet worden geboden. Het is natuurlijk vooraf moeilijk in te schatten of een inschrijver de laagste prijs biedt of niet, maar geadviseerd wordt om in dit geval oplettend te zijn met het doen van een strategische inschrijving. In het geval dat het criterium 'economisch meest voordelige inschrijving' van toepassing is verklaard geldt dit niet. Als een inschrijver in dit geval de hoogste score maar niet de laagste prijs heeft behaald kan de inschrijving niet ongeldig worden verklaard. De meest voordelig inschrijver is immers niet altijd de goedkoopste.

Stap 3: Wat staat er in het bestek omschreven?

De inschrijver dient in de aanbestedingsstukken te kijken of er iets is omschreven wat strategisch inschrijven beperkt. Er kan bijvoorbeeld in de aanbestedingsstukken iets

omschreven staan waardoor strategische inschrijving ontoelaatbaar is, de inschrijving marktconform en realistisch dient te zijn of er niet geschoven mag worden tussen de verschillende posten. Deze voorgaande aspecten dienen duidelijk en ondubbelzinnig geformuleerd te zijn zodat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers in staat zijn om hetgeen op dezelfde wijze te interpreteren. In de aanbestedingsstukken moet de aanbestedende dienst hiervan een onderbouwing hebben gegeven wat hiermee bedoeld wordt en aan de hand waarvan de geldigheid beoordeeld wordt. Indien dit voldoende duidelijk omschreven staat in de aanbestedingsstukken heeft de aanbestedende dienst een grond om de inschrijving ongeldig te verklaren. Geadviseerd wordt dan ook om in dit geval niet strategisch in te schrijven.

Indien er geen duidelijke omschrijving wordt gegeven in de aanbestedingsstukken is de inschrijver vrij in het doen van een strategische inschrijving.

Stap 4: Hoe kan er ingeschreven worden op bepaalde posten?

Tot hoe ver een inschrijver kan gaan bij het indienen van een strategische inschrijving is per aanbesteding verschillend. Er is voor dit punt dan ook geen duidelijke richtlijn te geven voor de inschrijvers. Er zal per geval gekeken moeten worden hoe ver de inschrijver kan gaan bij het doen van een strategische inschrijving. Hieronder wordt getracht om een richting aan te geven in hoeverre een inschrijver kan gaan bij een strategische inschrijving. Hierbij is allen advies gegeven met betrekking tot de prijs.

Het opgeven van een negatieve prijs wordt in ieder geval aangemerkt als abnormaal laag. Er wordt dan ook geadviseerd om geen negatieve prijzen aan te bieden in de offerte. Als de inschrijver ervoor wil kiezen om een nulprijs aan te bieden dient de inschrijver in de aanbestedingsstukken te kijken of dit tot uitsluiting leidt. Als in de aanbestedingsstukken omschreven staat dat inschrijven met een nulprijs ontoelaatbaar is of als een berekeningswijze gehanteerd wordt waarbij er een deling wordt gemaakt door de laagste prijs kan een inschrijving met een nulprijs leiden tot uitsluiting van de aanbestedingsprocedure. Er wordt dan ook geadviseerd om geen nulprijs aan te bieden.

Stap 5: Kan de inschrijving als irreëel aangemerkt worden?

Het kan voorkomen dat een inschrijver financiële of andere voordelen heeft bij een bepaalde aanbesteding. Dit kan er voor zorgen dat bij de vergelijking tussen de verschillende inschrijvers deze inschrijver er ver boven uitsteekt wat voor de aanbestedende dienst oogt dat er wellicht een ontoelaatbare inschrijving is gedaan. Geadviseerd wordt dan ook dat, indien een inschrijver van bepaalde voordelen geniet bij een aanbesteding, deze voordelen in de aanbestedingsbrief vermeld zodat de aanbestedende dienst de inschrijving niet als irreëel aanmerkt.

Stap 6: Kan de inschrijving als abnormaal laag aangemerkt worden?

Een inschrijver kan een inschrijving doen waarbij er bij bepaalde posten laag wordt ingeschreven. De aanbestedende dienst kan dit aanmerken als abnormaal laag en dient in dat geval inlichtingen te vragen aan de inschrijver. In dit geval is het verstandig om op voorhand een duidelijke toelichting klaar te hebben liggen. In die toelichting dient het volgende kenbaar gemaakt te worden:

- dat er geen afbreuk gedaan wordt aan de kwaliteit van de overheidsopdracht;
- dat er bewust een bepaald tarief is aangeboden;
- dat het aanbod waargemaakt zal worden;
- dat de aangeboden tarieven niet gecompenseerd zullen worden bij de uitvoering van de opdracht.

Een enkele motivering van de bovenstaande vier punten is onvoldoende. De inschrijver dient de bovenstaande vier punten voldoende aannemelijk te maken. De inschrijver dient een zodanig onderbouwde nadere toelichting te geven op haar prijsstelling dat de

aanbestedende dienst aan de hand daarvan kan toetsen in hoeverre werkelijk sprake is van een besparing in tijd en kosten. Als een inschrijver aannemelijk kan maken dat het aanbod waargemaakt wordt en er bewust een bepaald tarief is aangeboden, is de kans klein dat de aanbestedende dienst de inschrijving ontoelaatbaar verklaard.

Stap 7: Dient er een toelichting gegeven te worden in de aanbiedingsbrief?

Tot slot is er de keuze voor de inschrijver tot het opnemen van een toelichting in de aanbiedingsbrief. In de aanbiedingsbrief kan een toelichting geven worden waarom er op een bepaalde manier is ingeschreven. Door middel van deze toelichting is het op voorhand voor de aanbestedende dienst duidelijk waarom er op een bepaalde manier is ingeschreven en dat de inschrijving realistisch is en niet irreëel, abnormaal laag of in strijd met de aanbestedingsstukken. Hiermee kan voorkomen worden dat een toelaatbare inschrijving wordt aangemerkt als manipulatief.

7.2 Vervolgonderzoek

Dit onderzoek is gedaan aan de hand van de jurisprudentie over dit onderwerp. Hoe de aanbestedende dienst met strategische inschrijvingen omgaat, is niet in dit onderzoek aan de orde gekomen. De aanbestedende dienst kan namelijk een ander oordeel over strategische inschrijvingen geven als dat er in de jurisprudentie wordt gegeven. Om een compleet beeld van strategisch inschrijving te krijgen, kan er nader onderzoek worden gedaan om antwoord te verkrijgen op de vraag hoe aanbestedende diensten omgaan met strategische inschrijvingen.

In dit onderzoek is verder de rechtsbescherming buiten beschouwing gelaten. Er zou nader onderzoek gedaan kunnen worden naar de rechtsbescherming binnen het aanbestedingsrecht. Er kan hierbij onderzocht worden hoe een andere inschrijver bezwaar kan maken tegen gunning aan een inschrijver die manipulatief heeft ingeschreven.

Bronnenlijst

Artikelen

Chen 2011

T.H. Chen, 'Strategisch en manipulatief inschrijven bij aanbestedingen', *TA* 2011, p. 325-337.

Chen 2011

T.H. Chen, 'Het beoordelingsmodel volgens de aanbestedingsrichtlijnen', *TA* 2011, p. 153-159.

Chen 2007

T.H. Chen, 'De speltheoretisch voordeligste inschrijving', *TA* 2007, p. 458-469.

Ter Mors 2011

A. ter Mors, 'Strategisch inschrijven op aanbesteding RAW-bestek', *KienhuisHoving informeert* oktober 2011.

Boeken

Maris & Hardenbol-Boon 2009

M. Maris en I. Hardenbol-Boon, *Eerste hulp bij aanbesteden, over valkuilen en hoe ze te vermijden*, Nootdorp: Business Print 2009.

Pijnacker Hordijk 2009

E.H. Pijnacker Hordijk e.a., *Aanbestedingsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers bv 2009.

Elektronische bronnen¹⁵⁰

AKD Advocaten & Notarissen

<www.akd.nl>

Appeldoorn Tendermanagement

<www.appeldoorntm.nl>

CROW

<www.crow.nl/nl/Online_Kennis_en_tools/RAW/RAW-RAW.html>

Europa Decentraal

<www.europadecentraal.nl>

Hekkelman Advocaten & Notarissen

<www.hekkelman.nl/userfiles/File/Nieuwsbrief_Aanbestedingsrecht_januari_2012.pdf>

Kennisportal Europese aanbesteding

<www.europeseaanbestedingen.eu>

¹⁵⁰ Geraadpleegd in de periode tussen februari 2012 en mei 2012 en nogmaals gecontroleerd in mei 2012.

Pianoo, Expertisecentrum Aanbesteden
<www.pianoo.nl>

Rijksoverheid
<www.rijksoverheid.nl>

Tendernet eGids
<www.tenderned.nl>

Tenders electronic daily
<ted.europa.eu>

Wille Donker advocaten
<www.willedonker.nl/paginas/algemeen/pasopmetstrategischinschrijven> 5 april 2012

Woorden Nederlandse taal
<www.woorden.org>

Wet- en regelgeving
<www.overheid.nl>

Jurisprudentie

Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen

HvJ EG 29 april 2004, nr. C-496/99 (*Succhi di Frutta*).

HvJ EG 18 oktober 2001, nr. C-19/00 (*SIAC Construction*).

HvJ EG 28 oktober 1999, nr. C-81/98 (*Alcatel*).

HvJ EG 22 juni 1993, nr. C-243/89 (*Storebealt*).

Nederlandse rechter

Hof 's-Hertogenbosch 10 januari 2012, *LJN* BV1126.

Hof 's-Gravenhage 25 mei 2010, *LJN* BM6649.

Hof 's-Gravenhage 9 februari 2010, *LJN* BP5012.

Rb. Utrecht (vzr.) 16 december 2011, *LJN* BU8401.

Rb. Utrecht 26 augustus 2011, *LJN* BR5927.

Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 29 juli 2011, *LJN* BR4136.

Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 6 juli 2011, *LJN* BR2481.

Rb. Dordrecht (vzr.) 30 juni 2011, *LJN* BQ9811.

Rb. Amsterdam 1 april 2011, *LJN* BQ3350.

Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 28 maart 2011, *LJN* BQ2329.

Rb. 's-Gravenhage 21 maart 2011, *LJN* BU6124.

Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 3 maart 2011, *LJN* BP9888.

Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 23 februari 2011, *LJN* BP7444.

Rb. Dordrecht (vzr.) 10 februari 2011, *LJN* BP3669.

Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 10 februari 2011, *LJN* BP5764.

Rb. Amsterdam (vzr.) 25 januari 2011, *LJN* BP2351.

Rb. Arnhem (vzr.) 6 december 2010, *LJN* BO9068.

Rb. 's-Gravenhage 26 november 2010, *LJN* BO9283.

Rb. Breda (vzr.) 6 oktober 2010, *LJN* BO0109.

Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 19 juli 2010, *LJN* BN2037.

Rb. Alkmaar (vzr.) 8 juli 2010, *LJN* BN0677.

Rb. Haarlem (vzr.) 2 juli 2010, *LJN* BN0873.

Rb. Arnhem (vzr.) 11 juni 2010, *LJN* BN0353.

Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 1 maart 2010, *LJN* BL6590.

Rb. Arnhem (vzr.) 15 februari 2010, *LJN* BL5214.

Rb. Arnhem (vzr.) 5 november 2009, *LJN* BK4044.

Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 23 juli 2009, *LJN* BJ3940.

Rb. 's-Gravenhage 11 maart 2009, *LJN* BI2441.

Rb. Arnhem (vzr.) 29 januari 2009, *LJN* BH5068.

Rb. Rotterdam (vzr.) 24 december 2008, *LJN* BG8849.

Rb. Den Haag (vzr.) 21 juli 2008, *LJN* BD9873.

Rb. Groningen (vzr.) 3 augustus 2007, *LJN* BB2292.

Rb. Utrecht (vzr.) 13 juni 2007, *LJN* BA7015.

Kamerstukken

Kamerstukken I 2011/12, 32 440, nr. 1.

Regelgeving en andere belangrijke documenten

Europese Unie

COM(2011)896

Commissiedocument nr. 896 van 2011

Voorstel voor een Richtlijn van het Europees parlement en de Raad betreffende het gunnen van overheidsopdrachten.

Richtlijn nr. 2004/17/EG

Richtlijn nr. 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten (PbEU 2004 L134/1).

Richtlijn nr. 2004/18/EG

Richtlijn nr. 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PbEU 2004 L 134/114).

Verdrag betreffende de Europese Unie

Verdrag betreffende de Europese Unie (PbEU 2008 C115/13).

Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie

Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (PbEU 2008 C115/47).

Verordening (EU) nr. 1251/2011

Verordening (EU) nr. 1251/2011 van het Commissie van 30 november 2011 tot wijziging van de Richtlijnen 2004/17/EG, 2004/18/EG en 2009/81/EG van het Europees Parlement en de Raad wat betreft hun toepassingsdrempel inzake de procedures voor het plaatsen van opdrachten (PbEU 2011, L 319/43).

Nederland

Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen

Wet van 31 maart 1993 tot uitvoering van EEG-maatregelen inzake het plaatsen van opdrachten voor de levering van produkten, de uitvoering van werken en de verrichting van diensten (Stb. 1993, 212).

Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten

Besluit van 16 juli 2005, houdende regels betreffende de procedures voor het gunnen van overheidsopdracht voor werken, leveringen en diensten (Stb. 2005, 408).

Besluit aanbestedingsregels voor speciale sectoren

Besluit van 16 juli 2005, houdende regels procedures voor het gunnen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten (Stb. 2005, 409).