

Tender Nieuwsbrief Online 2023

Inschrijving niet abnormaal laag, ook dan motiveringsplicht

Auteur(s): mr. A. (Anke) Stellingwerff Beintema, Maasdam Broers Fischer advocaten

De winnende inschrijving is in de ogen van een afgewezen inschrijver abnormaal laag. Volgens hem is er risico op sociale dumping, of het in gevaar komen van de continuïteit van de dienstverlening. Welke motiveringsplicht rust op de aanbesteder jegens de afgewezen inschrijver? Het Hof van Justitie beantwoordde deze vraag in het Sopra-arrest.¹

De zaak

De Europese Commissie (de 'Commissie') hield een aanbesteding voor ontwikkelingsdiensten van een aantal IT-platforms. De opdracht bestond uit twee percelen, perceel A en perceel B. Kwaliteit telde voor 70 procent mee, en prijs voor 30 procent. De combinatie Sopra Steria Benelux en Unisys Belgium ('Sopra') diende op perceel A een inschrijving in. Ook de combinatie ARHS-IBM diende op dit perceel een inschrijving in. Er waren geen andere inschrijvingen. Sopra scoorde op kwaliteit 70 punten en op prijs 20,81 punten. ARHS-IBM scoorde op kwaliteit 68,53 punten en op prijs 30 punten, en kwam daarmee als winnaar uit de bus.

Sopra betwistte deze uitkomst. Zij wees op de realistische en concurrerende prijs van haar eigen inschrijving in het licht van de marktomstandigheden en haar ervaring als medecontractant van de Commissie. Zij uitte haar twijfels over de door ARHS-IBM ingediende prijs, en of die wel haalbaar was zonder risico van sociale dumping. En zij verzocht de Commissie te bevestigen dat die was nagegaan dat de inschrijving geen enkel risico in die zin inhield. De Commissie antwoordde dat uit een gedetailleerde financiële analyse was gebleken dat deze in overeenstemming was met de marktvoorwaarden van de landen van waaruit de contractanten en hun onderaannemers de gevraagde diensten zouden uitvoeren. De Commissie lichtte dit niet nader toe. Sopra achtte deze motivering onvoldoende en startte een gerechtelijke procedure bij het Gerecht.

Het Gerecht oordeelde dat de Commissie met deze loutere verklaring de op haar rustende motiveringsplicht jegens Sopra niet was nagekomen, en verklaarde het besluit tot afwijzing van de inschrijving van Sopra nietig.² Immers, Sopra heeft geen kennis kunnen nemen van alle informatie over de samenstelling van de inschrijving van ARHS-IBM op grond waarvan de Commissie kon overwegen dat deze inschrijving inderdaad niet abnormaal laag leek.

De Commissie kon zich in dit oordeel niet vinden en ging in hoger beroep bij het Hof van Justitie.

Oordeel van het Hof van Justitie

Allereerst stelde de Commissie zich op het standpunt dat Sopra geen uitdrukkelijk verzoek had gedaan om te vernemen om welke redenen zij de inschrijving van ARHS-IBM niet als abnormaal laag heeft beschouwd. Het Hof van Justitie oordeelde dat een dergelijke motivering inderdaad enkel gegeven hoeft te worden als een afgewezen inschrijver daar uitdrukkelijk om heeft verzocht. Het Hof van Justitie beschouwde het verzoek van Sopra evenwel als een dergelijk uitdrukkelijk verzoek.

Ten tweede stelde de Commissie zich op het standpunt dat op haar niet zo'n ruime motiveringsplicht rust. Het Hof van Justitie is het niet met de Commissie eens en oordeelt als volgt.

De beoordeling of sprake is van een abnormaal lage inschrijving gebeurt in twee fasen.

In de eerste fase beoordeelt de aanbesteder of de in de inschrijving voorgestelde prijs of kosten abnormaal laag lijkt of lijken. Dit is een prima facie beoordeling. Hij hoeft niet ambtshalve de samenstelling van elke inschrijving in detail te onderzoeken. Hij hoeft enkel te bepalen of de inschrijving een aanwijzing bevat dat deze abnormaal laag zou kunnen zijn. Is er géén aanwijzing, dan mag de aanbesteder doorgaan met de evaluatie en procedure tot gunning. De aanbesteder kan in de afwijzingsbrief volstaan met een impliciete motivering, te weten: dat hij voornemens is de opdracht te gunnen aan de winnaar.

Is er wel een aanwijzing, dan vangt de tweede fase aan. De aanbesteder moet de samenstelling van de inschrijving in detail onderzoeken. Hij moet de betrokken inschrijver de mogelijkheid bieden om uiteen te



zetten waarom zijn inschrijving niet abnormaal laag is. De aanbesteder moet de verstrekte verklaringen beoordelen en bepalen of de inschrijving abnormaal laag is. Zo ja, dan moet hij deze afwijzen. Zo nee, dan moet hij – om toereikend te motiveren – de redenering uiteenzetten waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Allereerst moet hij uiteenzetten op basis waarvan hij tot de slotsom is gekomen dat financiële inschrijving (i) de bezoldiging van het personeel, (ii) de bijdragen aan het sociale zekerheidsstelsel en (iii) de naleving van de normen inzake veiligheid en gezondheid op het werk eerbiedigt, conform de wetgeving van het land waar de diensten worden uitgevoerd. En ten tweede moet hij uiteenzetten op basis waarvan hij is nagegaan dat de inschrijvingsprijs alle kosten omvat die door de technische aspecten van de inschrijving worden veroorzaakt.

Als een afgewezen inschrijver op onderbouwde wijze zijn twijfels uit over het abnormaal lage karakter van de gekozen inschrijving, dan komt de aanbesteder automatisch in de voornoemde tweede fase van de controle terecht. Hij moet dan dus de voornoemde controle uitvoeren. En als hij tot het oordeel komt dat geen sprake is van een abnormaal lage inschrijving, dan moet hij de afgewezen inschrijver in kennis stellen van de hoofdlijnen van die analyse, zodat deze met volledige kennis van zaken kan beoordelen of het besluit van de aanbesteder gegrond is en of het zinvol is om zich tot de bevoegde rechter te wenden. Dit geldt des te meer als de prijs van de winnende inschrijving het enige relatieve voordeel is. De aanbesteder is evenwel niet verplicht een dergelijke motivering te verstrekken als de door de inschrijver aangevoerde argumenten (i) irrelevant zijn of (ii) totaal niet worden onderbouwd.

Commentaar

Allereerst doet zich de vraag voor wanneer een aanbesteder verplicht is om te onderzoeken of een inschrijving abnormaal laag is. Uit het *Sopra*-arrest en relatief recente uitspraken van de Voorzieningenrechter Den Haag volgt dat dit het geval is als:

1. de voorgestelde prijs of kosten in de ogen van de aanbesteder abnormaal laag lijkt/lijken³; of
2. een afgewezen inschrijver met relevante argumenten en op onderbouwde wijze twijfels uit over het abnormaal lage karakter van de winnende inschrijving.⁴ Een verwijzing naar haar eigen prijs als zittende contractant, zoals *Sopra* deed, lijkt voldoende voor het Hof van Justitie te zijn, alhoewel dat tot op heden in de nationale jurisprudentie niet als voldoende is aanvaard.

Ten tweede doet zich de vraag voor hoe dit onderzoek moet worden uitgevoerd. Uit het *Sopra*-arrest en vaste rechtspraak⁵ volgt de volgende handelswijze:

1. Er moet een grondige analyse plaatsvinden.⁶
2. Beoordeeld moet worden of bij de uitvoering aan de (wettelijke) verplichtingen op het gebied van milieu-, sociaal en arbeidsrecht wordt voldaan.
3. Beoordeeld moet worden of de prijs de kosten dekt.
4. Er moet een daadwerkelijk contradictoir debat plaatsvinden, zodat de inschrijver kan bewijzen dat zijn inschrijving serieus is.
5. De inschrijver moet de vragen in een zo vroeg mogelijk stadium zo volledig mogelijk beantwoorden en onderbouwen.

Ten derde doet zich de vraag voor of een aanbesteder een abnormaal lage inschrijving moet afwijzen. Uit art. 2:116 Aw 2012 en vaste rechtspraak van de Nederlandse rechter⁷ volgt dat dit in beginsel een discretionaire bevoegdheid is en dat van een verplichting enkel sprake is als:

1. de inschrijving abnormaal laag is omdat deze niet voldoet aan de verplichtingen op het gebied van milieu-, sociaal of arbeidsrecht;⁸ en/of
2. de aanbesteder in de aanbestedingsstukken uitdrukkelijk heeft bepaald dat een abnormaal lage inschrijving wordt uitgesloten;⁹ en/of
3. reeds nu staat op voorhand vast dat de opdracht niet wordt nagekomen (er is sprake van een irreële inschrijving).

Uit het *Sopra*-arrest zou daarentegen afgeleid kunnen worden dat dit altijd het geval is. Het Hof van Justitie spreekt immers over 'in welk geval hij deze moet afwijzen' zonder onderscheid te maken naar reden waarom de inschrijving abnormaal laag is. Een mogelijke verklaring is dat in casu niet de aanbestedingsrichtlijn van toepassing was, maar het Financieel Reglement, dat uitdrukkelijk bepaalt dat een abnormaal lage inschrijving een onregelmatige inschrijving is. Een andere verklaring is dat *Sopra* expliciet had gewezen op de mogelijkheid dat sprake zou kunnen zijn van de situatie als bedoeld onder 1 en 3 hiervoor als reden voor het abnormaal lage karakter (die als expliciete afwijzingsgrond in het Financieel Reglement zijn opgenomen).

Ten vierde doet zich de vraag voor hoe ver de motiveringsplicht reikt. Uit het *Sopra*-arrest en vaste rechtspraak volgt het volgende:

1. Wordt een inschrijving geldig verklaard, dan hoeft de aanbesteder in geen enkele afwijzingsbrief te motiveren op basis waarvan hij tot dat oordeel is gekomen.
2. Uit een afgewezen inschrijver met relevante en nader onderbouwde argumenten zijn twijfels over het abnormaal lage karakter van de winnende inschrijving, en wijst de aanbesteder deze na onderzoek niet af, dan moet de aanbesteder jegens de betreffende inschrijver nader motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen.¹⁰
3. Wijst de aanbesteder na onderzoek een inschrijving af omdat deze abnormaal laag is, dan moet de aanbesteder in de afwijzingsbrief aan de betreffende inschrijver uiteenzetten op basis waarvan hij tot die slotsom is gekomen.

Eventuele concurrentiegevoelige informatie mag (uiteraard) niet worden verstrekt. Zie in dat verband nader het door het Hof van Justitie gewezen het Antea-arrest.¹¹ Dit neemt niet weg dat de aanbesteder wel verplicht is om in dat geval op neutrale wijze de essentie van de inhoud mede te delen.

Tot slot doet zich de vraag voor op wie de bewijslast rust als de aanbesteder een vermeende abnormaal lage inschrijving niet afwijst. Uit vaste rechtspraak¹² volgt dat de bewijslast rust op de afgewezen inschrijver die van mening is dat de winnende inschrijving abnormaal laag is. Die moet bewijzen dat de prijs van de winnende inschrijver dusdanig laag is dat deze de opdracht niet naar behoren kan nakomen (en dus sprake is van een irreële inschrijving). Een aanbesteder hoeft enkel aannemelijk te maken dat geen sprake is van een irreële of abnormaal lage inschrijving. In de praktijk blijkt dat de bewijslast die op de afgewezen inschrijver rust veelal te hoog ligt.

1. HvJ 11 mei 2023, C-101/22 P, Europese Commissie/Sopra Steria Benelux en Unisys Belgium.
2. GvEA 1 december 2021, T-546/20, Sopra Steria Benelux en Unisys Belgium/Europese Commissie.
3. Zie ook art. 2:116 lid 1 Aw 2012, HvJ 15 september 2022, C-669/20, Veridos, en Vزر. Rb. Den Haag, 29 maart 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:4492, ro. 5.4.
4. Vزر. Rb. Den Haag 1 november 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:11348, ro. 5.1.
5. Zie bijv. Vزر. Rb. Den Haag, 28 februari 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:1606.
6. Zie art. 2:116 lid 2 Aw 2012 waarover onder meer een toelichting kan worden gevraagd.
7. Zie bijv. Vزر. Rb. Den Haag, 29 maart 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:4492, ro. 5.3.
8. Art. 2:116 lid 5 Aw 2012.
9. Art. 1.8 en 1.9 Aw 2012.
10. Vزر. Rb. Den Haag 1 november 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:11348, ro. 5.7.
11. HvJ, 17 november 2022, C-54/21, JAAN 2023/26.
12. Zie bijv. Vزر. Rb. Den Haag 1 november 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:11348, ro. 5.4; Vزر. Rb. Den Haag, 29 maart 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:4492, ro. 5.5 en 5.6; Vزر. Rb. Den Haag, 23 maart 2023, ECLI:NL:RBDHA, ro. 5.7 en 5.8.