

Slimme inschrijvers, slimmere aanbesteders

Onderzoek naar de criteria welke een aanbestedende dienst kan hanteren om strategische dan wel manipulatieve inschrijvingen te weren binnen de kaders van het aanbestedingsrecht



BANNING

A D V O C A T E N

Y.J.H.A. (Yvon) Schoenmakers
Afstudeerscriptie

's-Hertogenbosch, mei 2014

Slimme inschrijvers, slimmere aanbesteders

Onderzoek naar de criteria welke een aanbestedende dienst kan hanteren om strategische dan wel manipulatieve inschrijvingen te weren binnen de kaders van het aanbestedingsrecht

Afstudeerscriptie

<i>Auteur:</i>	Mevr. Y.J.H.A. (Yvon) Schoenmakers
<i>Studentnummer Avans:</i>	2046067
<i>Stageperiode:</i>	februari 2014 - mei 2014
<i>Afstudeerorganisatie:</i>	BANNING Advocaten N.V. te 's-Hertogenbosch
<i>Afstudeerbegeleider:</i>	Dhr. mr. M.A.J.G. (Marc) Janssen
<i>Eerste afstudeerdocent:</i>	Dhr. mr. J.D. (Joe Diego) Wesseling
<i>Tweede afstudeerdocent:</i>	Dhr. mr. P. (Peter) van Harten
<i>Opleiding:</i>	Juridische Hogeschool Avans-Fontys te Tilburg

's-Hertogenbosch, mei 2014

Voorwoord

Dit onderzoeksrapport is tot stand gekomen als sluitstuk van mijn HBO-Rechten opleiding aan de Juridische Hogeschool Avans-Fontys te Tilburg. In februari begon mijn afstudeerstage op het kantoor van BANNING Advocaten te 's-Hertogenbosch. De mogelijkheid om op dit advocatenkantoor mijn afstudeerstage te verrichten, bood mij de gelegenheid om kennis te maken met de advocatuur in de praktijk.

In overleg met BANNING Advocaten is de keuze gemaakt voor een onderzoek op het gebied van het aanbestedingsrecht. Twee recente en opvallende arresten van het Gerechtshof Amsterdam zijn aanleiding geweest voor onderhavig onderzoek. Het aanbestedingsrecht was voor mij een nog onbekend rechtsgebied, het verrichten van een onderzoek op dit terrein bood dus een uitdagende kans om mij te verdiepen in iets nieuws. De resultaten van dit onderzoek bieden een handvat voor de sectie Aanbestedingsrecht van BANNING Advocaten bij de advisering en begeleiding van haar cliënten in aanbestedingsprocedures. De resultaten zijn bovendien voor aanbestedende diensten in het algemeen bruikbaar.

Tot slot wil ik graag mijn afstudeerdocenten de heer Wesseling en de heer van Harten bedanken voor de ondersteuning gedurende dit afstudeerproces. Daarnaast gaat mijn dank uit naar alle medewerkers van BANNING Advocaten die een bijdrage hebben geleverd aan mijn afstudeerstage en/of dit onderzoek, hierbij wil ik in het bijzonder mevrouw Vinken, de heer Janssen en de heer Jongmans bedanken.

Yvon Schoenmakers

's-Hertogenbosch, mei 2014

Inhoudsopgave

Verklarende woordenlijst

Samenvatting

1.	Inleiding	13
	1.1 Organisatie	13
	1.2 Probleembeschrijving	13
	1.3 Centrale vraag & doelstelling	14
	1.4 Verantwoording onderzoeksstrategie	14
	1.5 Vooruitblik	15
2.	Juridisch kader aanbestedingsrecht	17
	2.1 Het aanbestedingsrecht	17
	2.2 Bronnen van het aanbestedingsrecht	17
	2.2.1 Europese wet- en regelgeving	17
	2.2.2 Nationale wet- en regelgeving	19
	2.2.2.1 Aanverwante regelgeving	20
	2.3 Algemene en fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht	21
	2.3.1 Gelijkheidsbeginsel	21
	2.3.2 Transparantiebeginsel	22
	2.3.3 Proportionaliteitsbeginsel	23
	2.4 Nieuwe aanbestedingsrichtlijnen	23
	2.5 Aanbestedingsprocedures	24
	2.6 Aanbestedingstraject	25
3.	Criteria in het aanbestedingsrecht	27
	3.1 Criteria in het aanbestedingsrecht	27
	3.1.1 Uitsluitingsgronden	27
	3.1.2 Geschiktheidseisen	28
	3.1.3 Selectiecriteria	29
	3.1.4 Gunningscriteria	31
	3.2 Grossmann-arrest	32
	3.3 Knock-out criteria	33
4.	Strategische en manipulatieve inschrijvingen	35
	4.1 Omschrijving strategisch inschrijven	35
	4.1.1 Toelaatbaarheid strategische inschrijvingen	35
	4.2 Manipulatieve inschrijvingen	36
	4.3 Transparantiebeginsel en strategische inschrijvingen	38
	4.4 Strategische inschrijvingen weren	39
5.	Knock-out criteria	41
	5.1 'Een strategische inschrijving is ontoelaatbaar'	41
	5.2 Realistisch en marktconform	42
	5.2.1 Abnormaal lage inschrijving	42
	5.3 Verbod op nulprijzen, symbolische en negatieve tarieven	43
	5.4 Verbod op schuiven met kosten	44
	5.5 Bodem- en plafondbedrag	45
	5.6 Staffels	45
	5.7 Voorwaarden voor de aanbestedende dienst	46

6.	Toelaatbaarheid van knock-out criteria	47
6.1	De arresten van het Gerechtshof Amsterdam	47
6.1.1	De essentie	48
6.1.2	Opvallend in het arrest	49
6.2	Voorwaarden voor toelaatbaarheid	49
6.3	Knock-out criteria die strategische inschrijvingen weren	50
6.3.1	Realistisch en marktconform	50
6.3.2	Verbod op nulprijzen, symbolische en negatieve tarieven	51
6.3.3	Verbod op schuiven met kosten	51
6.3.4	Bodem- en plafondbedrag en staffels	52
6.4	Verificatie van criteria in het licht van het Grossmann-arrest	52
7.	Conclusie	55
8.	Aanbevelingen	59
8.1	Algemene gunningsmethodiek	59
8.2	Knock-out criteria	59
8.3	Verificatieplicht	61
8.4	Lage inschrijvingen	62
	Evaluatie	63
	Literatuurlijst	65
	Bijlagen	
Bijlage A	- <i>Bronnen, methoden & verantwoording per deelvraag</i> - <i>Planning</i>	
Bijlage B	<i>Europese Drempelbedragen 2014-2015</i>	
Bijlage C	<i>Model Eigen Verklaring</i>	

Verklarende woordenlijst

Aanbesteding	Een aanbesteding is een inkoopproces, waarbij een aanbestedende dienst een behoefte formuleert, zodat ondernemers op de markt een aanbod kunnen doen die bij die behoefte aansluit.
Opdracht	De opdracht is datgene wat een aanbestedende dienst door een ondernemer wil laten uitvoeren. De opdracht kan betrekking hebben op een werk, een dienst of een levering.
Inschrijver	De ondernemer die op een aanbesteding heeft inschreven, wordt inschrijver genoemd.
Aanbestedende dienst	Aanbestedende diensten zijn overheden zoals de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een publiekrechtelijke instelling dan wel een samenwerkingsverband van deze overheden of publiekrechtelijke instellingen.
Inschrijving	Met de inschrijving wordt het moment en/of het document bedoeld waarmee een ondernemer in de aanbestedingsprocedure aangeeft in aanmerking te willen komen voor de uitvoering of levering van de aanbestede opdracht.
Aanbestedingsdocumenten:	De aanbestedingsdocumenten zijn het geheel aan documenten waarin alle noodzakelijke informatie betreffende de aanbestede opdracht wordt beschreven. Aan de hand van het deze documenten kunnen ondernemers een inschrijving doen. In de documenten staat wat er van de inschrijvers wordt verwacht en op welke wijze de inschrijvingen beoordeeld worden.
Knock-out eis/criterium	Een eis/criterium waaraan een inschrijver of inschrijving absoluut dient te voldoen. Indien de inschrijver of inschrijving niet beantwoord aan een dergelijke eis, is de inschrijver uitgesloten van deelname aan de aanbestedingsprocedure
Afkortingen	
VEU	Verdrag betreffende de Europese Unie
VWEU	Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie
De Richtlijnen	Europese Aanbestedingsrichtlijnen: Richtlijn 2004/17/EG de 'Richtlijn Nutssectoren' & Richtlijn 2004/18/EG de 'Algemene Richtlijn'
Aw	Aanbestedingswet 2012
ARW 2012	Aanbestedingsreglement Werken 2012

Samenvatting

Als overheden en publiekrechtelijke instellingen een opdracht willen verstrekken, dan moeten zij deze veelal aanbesteden volgens de regels van het (Europese) aanbestedingsrecht. Een aanbestedingsprocedure is een inkoopproces, waarbij een aanbestedende dienst een behoefte formuleert, zodat ondernemers op de markt een aanbod kunnen doen die bij die behoefte aansluit. Bij de aankondiging worden de aanbestedingsdocumenten bekend gemaakt. De aanbestedingsdocumenten bevatten, naast de omschrijving van de aanbestede opdracht, alle criteria waaraan (potentiële) inschrijvers moeten voldoen en waarop de inschrijvers beoordeeld worden door de aanbestedende dienst.

Bij deelname aan een aanbestedingsprocedure, zal de inschrijver trachten een zo hoog mogelijke score te behalen. Indien een inschrijver een inschrijving zo structureert dat daarmee het maximaal aantal punten wordt gescoord op basis van de ruimte die de beoordelingssystematiek biedt, wordt dit 'strategisch inschrijven' genoemd. Een strategische inschrijving is, in tegenstelling tot een manipulatieve inschrijving, een toelaatbare inschrijving. Toch is een dergelijke inschrijving niet altijd wenselijk voor een aanbestedende dienst. Het kan namelijk voorkomen dat de uiteindelijke winnaar van de aanbestedingsprocedure in praktijk niet de economisch meest voordelige of goedkoopste inschrijver is. Dit onderzoek richt zich op de vraag met welke criteria aanbestedende diensten manipulatieve dan wel strategische inschrijvingen kunnen weren van deelname aan de aanbestedingsprocedure. Omdat manipulatieve inschrijvingen per definitie verboden zijn, kan een aanbestedende dienst dergelijke inschrijvingen zonder meer ter zijde schuiven. Door middel van het hanteren van bepaalde knock-out eisen, kan een aanbestedende dienst ook strategische inschrijvingen uitsluiten van deelname aan de aanbestedingsprocedure. Indien een inschrijving namelijk niet aan een gestelde knock-out eis voldoet, wordt de inschrijver uitgesloten van deelname.

De volgende knock-out criteria kan een aanbestedende dienst hanteren met als doel strategische inschrijvingen te weren:

- Het stellen van de eis dat alle opgegeven prijzen 'marktconform' en/of 'realistisch' dienen te zijn.
- Het hanteren van een verbod op nultarieven, symbolische tarieven en/of negatieve tarieven.
- Het schuiven met kosten tussen de verschillende te beprijzen onderdelen verbieden.
- Het instellen van een bodem- en plafondbedrag op een te beprijzen onderdeel.
- Het hanteren van maximale afwijkingspercentages bij een gestaffelde gunningssystematiek.

De verschillende bovenstaande criteria kan de aanbestedende dienst op verscheidene wijzen vormgeven en formuleren. Er zijn echter wel voorwaarden waaraan een aanbestedende dienst moet voldoen alvorens een dergelijk knock-out criterium toelaatbaar is. Op grond van het transparantiebeginsel moeten alle voorwaarden en criteria van de aanbestedingsprocedure in de aanbestedingsdocumenten geformuleerd worden op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze. Het moet voor de inschrijvers volledig duidelijk zijn wat met een bepaalde knock-out eis bedoeld en beoogd wordt en welke vorm van inschrijven niet is toegelaten.

De andere voorwaarde waaraan de aanbestedende diensten moeten voldoen vloeit voort uit een arrest dat het Gerechtshof Amsterdam op 9 juli 2013 heeft gewezen. Het oordeel van het Gerechtshof vormde de aanleiding voor onderhavig onderzoek. In dit arrest is bepaald dat een aanbestedende dienst de naleving van de door haar gestelde knock-out criteria ook zelf moet kunnen verifiëren. Indien een aanbesteder de naleving van de gestelde eis niet kan of wil nagaan, is er sprake van een ongeldig criterium. Bij het opstellen van een knock-out eis is het dus van groot belang dat de aanbestedende dienst deze duidelijk formuleert en vooraf vaststelt of ze de naleving ervan kan controleren en hoe ze die controle gaat uitvoeren.

1. Inleiding

Het eerste hoofdstuk van onderhavig onderzoek zal beginnen met een beschrijving van de organisatie waar het onderzoek wordt uitgevoerd. Daarna volgt de probleembeschrijving, waarin het onderwerp en de relevantie van het onderzoek beschreven worden. Vervolgens zijn de centrale vraag en de doelstelling geformuleerd en komt de verantwoording van de onderzoeksstrategie aan de orde. Tot slot is voor de lezer een vooruitblik opgenomen.

1.1 Organisatie

BANNING Advocaten is een onafhankelijk, gespecialiseerd advocatenkantoor met nationale en internationale cliënten en praktijk. BANNING Advocaten richt zich op elf rechtsgebieden, waaronder arbeidsrecht, ondernemingsrecht, mededingingsrecht en aanbestedingsrecht. Het wetenschappelijk bureau van BANNING Advocaten ondersteunt de advocaten bij de behandeling van zaken, voorziet alle advocaten van actuele informatie en verzorgt publicaties in wetenschappelijke tijdschriften en andere media.

BANNING Advocaten heeft onder andere een specialisatie in het aanbestedingsrecht. De advocaten die zich hiermee bezig houden beschikken over ervaring en kennis van het (Europees)aanbestedingsrecht. BANNING Advocaten biedt organisaties begeleiding bij het organiseren en doorlopen van aanbestedingsprocedures. Daarnaast geeft BANNING Advocaten advies ten aanzien van het inschrijfproces en bieden zij juridische bijstand in aanbestedingsgeschillen. Recente uitspraken van het Gerechtshof Amsterdam boden voor de aanbestedingsspecialisten van BANNING Advocaten een aanleiding voor het (laten) verrichten van onderhavig juridisch onderzoek. De nieuwe ontwikkeling in de aanbestedingspraktijk naar aanleiding van deze uitspraken zal in de onderstaande probleembeschrijving beschreven worden.

Dit onderzoek wordt uitgevoerd op het Wetenschappelijk Bureau van BANNING Advocaten en leidt tot een onderzoeksrapport voor de sectie Aanbestedingsrecht.

1.2 Probleembeschrijving

Als overheden en publiekrechtelijke instellingen een opdracht willen verstrekken, dan moeten zij deze veelal aanbesteden volgens de regels van het (Europese) aanbestedingsrecht. In ieder geval dienen zij rekening te houden met de algemene en fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht. Bij het aanbesteden van opdrachten kan bijvoorbeeld gedacht worden aan de bouw van een school, de bouw van een openbaar zwembad of het ophalen van afval. De publieke sectoren in de lidstaten van de Europese Unie en haar (potentiële) leveranciers, dienen zich te houden aan de Europese Aanbestedingsrichtlijnen. De doelstellingen van het Europese aanbestedingsrecht zijn globaal: (i) het openbaar maken van overheidsopdrachten en het bevorderen van transparantie, (ii) het bevorderen van (Europese) marktwerking en (iii) het verhogen van de doelmatigheid van overheidsbestedingen.¹

Zodra de geschatte waarde van een opdracht bepaalde drempelwaarden overschrijdt, moeten de procedures uit de Europese Aanbestedingsrichtlijnen worden gevolgd. Onder de drempelwaarden gelden de zogenaamde algemene beginselen van aanbestedingsrecht, waarvan de reikwijdte nader is bepaald in (Europese) rechtspraak. In Nederland zijn de Richtlijnen en de Handhavingsrichtlijnen geïmplementeerd in de Aanbestedingswet 2012. Bij iedere aanbesteding zijn er bepaalde criteria die in acht genomen worden en op grond waarvan een bepaalde opdracht aan een inschrijver wordt toegekend. De aanbestedende dienst kan er in zijn gunningsmethodiek bijvoorbeeld voor kiezen om aparte scores voor verschillende te beprizen onderdelen van de opdracht toe te kennen en hier

¹ 'Europese aanbestedingsrichtlijnen', *Kennisportaal Europese Aanbesteding* 10 februari 2014, www.europeseaanbestedingen.eu (zoek op *bronnen*).

wegingsfactoren aan te koppelen. Dit kan een bepaalde vorm van strategisch inschrijven tot gevolg hebben. Bij een strategische inschrijving wordt een inschrijving zo gestructureerd dat daarmee het maximaal aantal punten wordt gescoord op basis van de ruimte die het beoordelingssysteem biedt. Een strategische inschrijving is niet hetzelfde als een manipulatieve inschrijving. Er wordt gesproken van een manipulatieve inschrijving wanneer de inschrijver afbreuk doet aan het beoordelingssysteem. Hiervan is bijvoorbeeld sprake indien een inschrijving irreëel is, in strijd is met de eisen van de opdracht of de kwaliteit van de opdracht beschadigd.

In aanbestedingsprocedures doen zich met regelmaat strategische inschrijvingen voor. Omdat dit niet altijd wenselijk is, proberen aanbestedende diensten deze inschrijvingen in sommige gevallen te weren met behulp van een knock-out eis op grond waarvan strategische inschrijvingen niet voor gunning in aanmerking komen. Een voorbeeld van zo'n knock-out eis is het voorschrift dat alle prijzen die de inschrijver aanvoert marktconform moeten zijn. Het voorgaande heeft recente arresten van het Gerechtshof Amsterdam tot gevolg gehad.² Het Gerechtshof was in deze zaak van oordeel dat de marktconformiteitseis zoals gesteld door de aanbestedende dienst in die aanbestedingsprocedure, een ongeldige eis was. Er worden echter ook andere criteria gehanteerd door aanbestedende diensten en er zijn ook andere criteria denkbaar die het doel hebben strategische inschrijven te weren van deelname aan de aanbestedingsprocedure. Bijvoorbeeld de eis dat het niet is toegestaan om met kosten te schuiven tussen verschillende te bepalen onderdelen van de aanbestede opdracht. Dergelijke criteria komen door de uitspraken van het Hof in een ander licht te staan. De uitspraken hebben tot een nieuwe ontwikkeling geleid op het gebied van strategische inschrijvingen in de aanbestedingspraktijk. De ontwikkeling heeft betrekking op de toelaatbaarheid en de voorwaarden waaraan een aanbestedende dienst dient te voldoen alvorens het stellen van bepaalde knock-out criteria in een aanbestedingsprocedure mogelijk is. Naar oordeel van het Gerechtshof kunnen aanbestedende diensten niet zonder meer strategische inschrijvingen uitsluiten in een aanbestedingsprocedure door middel van het stellen van bepaalde knock-out eisen.

Onderhavig onderzoek richt zich op de vraag in hoeverre bepaalde criteria die een aanbestedende dienst kan stellen om strategische dan wel manipulatieve inschrijvingen te weren in een aanbestedingsprocedure zijn toegestaan.

1.3 Centrale vraag & doelstelling

De centrale vraag van dit onderzoek luidt als volgt:

Welke criteria kan een aanbestedende dienst hanteren om strategische dan wel manipulatieve inschrijvingen te weren binnen de kaders van het (Europese) aanbestedingsrecht en jurisprudentie?

De bovenstaande vraag loopt als een rode draad door het onderzoeksrapport. Naast deze centrale vraag heeft het onderzoek de volgende doelstelling:

Op 26 mei 2014 wordt een onderzoeksrapport ter beschikking gesteld aan de sectie Aanbestedingsrecht van BANNING Advocaten, waarin de resultaten en de aanbevelingen van het onderzoek naar de toelaatbaarheid van bepaalde criteria, die gericht zijn op het weren van strategische dan wel manipulatieve inschrijvingen, wordt beschreven, zodat BANNING Advocaten deze kennis kan gebruiken bij de advisering en begeleiding van haar cliënten in aanbestedingsprocedures.

1.4 Verantwoording onderzoeksstrategie

De centrale vraag is opgesplitst in een aantal deelvragen. Met de beantwoording van de volgende deelvragen wordt de gehele centrale vraag beantwoord.

² Gerechtshof Amsterdam 9 juli 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:3398; Gerechtshof Amsterdam 9 juli 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:3924.

1. Wat is het wettelijk kader van (Europees) aanbesteden?
2. Welke criteria kan een aanbestedende dienst in de aanbestedingsdocumenten stellen bij de aanbesteding van een opdracht?
3. Wat houdt strategisch inschrijven in onder het (Europees) aanbestedingsrecht?
4. Onder welke omstandigheden zijn strategische inschrijvingen toelaatbaar?
5. Wanneer is er sprake van manipulatieve inschrijvingen?
6. Met welke criteria kan een aanbestedende dienst strategische of manipulatieve inschrijvingen weren bij de deelname aan de aanbestedingsprocedure?
7. Welke dergelijke werende criteria zijn (on)toelaatbaar en onder welke voorwaarden?

Het onderzoek naar de criteria in de aanbestedingsdocumenten, die strategische dan wel manipulatieve inschrijvingen beogen te weren, is een praktijkgericht juridisch onderzoek. Het antwoord op de onderzoeksvraag is dan ook een juridisch antwoord. Om de centrale vraag te kunnen beantwoorden moet wet- en regelgeving, literatuur, vakgerelateerde tijdschriften en jurisprudentie bestudeerd, geanalyseerd, vergeleken en geïnterpreteerd worden. De onderzoeksstrategie is dus met name een rechtsbronnen- en literatuuronderzoek. Daarnaast ligt een belangrijk accent op het uitvoeren van een jurisprudentieonderzoek. Naast het verkrijgen van kennis uit verschillende schriftelijke bronnen, zal ook kennis worden vergaard doormiddel van gesprekken met personen van binnen BANNING Advocaten. Door deze onderzoekstrategie, waarbij gebruik zal worden gemaakt van wet- en regelgeving, literatuur en jurisprudentie, krijgt onderzoek zowel een beschrijvend als een toetsend karakter. Omdat de jurisprudentie een belangrijke rol speelt in de ontwikkelingen van het aanbestedingsrecht, zullen de relevante gerechtelijke uitspraken over een tijdspanne van ongeveer de afgelopen 5 jaar bestudeerd worden. Bij de uitvoering van het onderzoek wordt gebruikt gemaakt van gezaghebbende literatuur en documenten.

Wetenschappelijke literatuur, zoals handboeken en vaktijdschriften zijn doorgaans een betrouwbare en controleerbare bron van kennis. Daarnaast wordt de betrouwbaarheid gewaarborgd door het raadplegen van verscheidene bronnen.

Bovendien zal het antwoord op de centrale vraag controleerbaar zijn door middel van een duidelijke bronvermelding. Voor de verwijzing naar bronnen is gebruik gemaakt van de '*Leidraad voor juridische auteurs*'.

Voor het gebruik van bronnen en de verschillende methoden van onderzoek per deelvraag, wordt verwezen naar bijlage A. In deze bijlage staat ook de uitgebreide verantwoording van deze bronnen en methoden. Daarnaast is de planning in deze bijlage opgenomen.

1.5 Vooruitblik

Dit onderzoeksrapport bestaat naast dit inleidende hoofdstuk nog uit vijf andere inhoudelijke hoofdstukken. In sommige van deze hoofdstukken staat één deelvraag centraal, in andere zijn twee of meer deelvragen samengenomen.

In het volgende hoofdstuk wordt het juridisch kader van het aanbestedingsrecht uiteengezet. Hierbij wordt onder andere de nationale en Europese wet- en regelgeving behandeld, evenals de algemene en fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht.

In hoofdstuk 3 komen de verschillende criteria aan bod die een aanbestedende dienst kan stellen bij de selectie en de beoordeling van inschrijvers en inschrijvingen.

Het vierde hoofdstuk staat in het teken van strategische en manipulatieve inschrijvingen. In hoofdstuk 5 worden de knock-out criteria uiteengezet waarmee aanbestedende diensten strategische inschrijvingen kunnen weren uit een aanbestedingsprocedure. In hoofdstuk 6 wordt de toelaatbaarheid van deze werende criteria beoordeeld en komen de voorwaarden waaraan een aanbestedende dienst moet voldoen voordat een dergelijke knock-out eis gesteld mag worden aan bod. Na de beantwoording van de deelvragen in deze hoofdstukken, volgt het hoofdstuk met de conclusie van dit onderzoek. In dit hoofdstuk wordt de centrale vraag beantwoord. Het laatste hoofdstuk bevat de aanbevelingen die naar aanleiding van dit onderzoek gedaan kunnen worden.

2. Juridisch kader aanbestedingsrecht

Voordat zal worden ingegaan op strategische inschrijvingen en de criteria die een aanbestedende dienst kan stellen om dergelijke inschrijvingen te weren, wordt in dit hoofdstuk het juridisch kader van het aanbestedingsrecht beschreven. Achtereenvolgens komen de bronnen van het recht, de algemene aanbestedingsbeginselen, de verschillende procedures en het algemene aanbestedingstraject aan bod.

2.1 Het aanbestedingsrecht

Een definitie van het aanbestedingsrecht wordt in zowel de huidige Nederlandse als in de Europese Aanbestedingsregelgeving niet geven.

Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Nouhuys omschrijven het Aanbestedingrecht 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.’³

Een andere veel gehanteerde omschrijving van een aanbesteding is:

‘De al dan niet gelijktijdige uitnodiging van een aanbesteder aan twee of meer ondernemers om een inschrijfcijfer in te dienen voor de uitvoering van een opdracht tot het leveren van goederen en het verrichten van diensten met inbegrip van het uitvoeren van werken.’⁴

Aanbesteden is dus het in de markt zetten van een opdracht. Deze opdracht kan betrekking hebben op een werk, bijvoorbeeld het bouwen van een school, op een dienst, zoals het verrichten van een verhuizing of op een levering, bijvoorbeeld de levering van een partij koffieautomaten. Geïnteresseerde ondernemers kunnen op de opdracht inschrijven door middel van het indienen van een offerte. Uitgangspunt is dat een aanbestedingsprocedure een inkoopproces is, waarbij een aanbestedende dienst een behoefte formuleert, zodat ondernemers op de markt een aanbod kunnen doen die bij die behoefte aansluit. In het aanbestedingsrecht worden als ‘aanbestedende diensten’ aangemerkt: de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een publiekrechtelijke instelling dan wel een samenwerkingsverband van deze overheden of publiekrechtelijke instellingen.

Doordat alle geïnteresseerde partijen kunnen inschrijven op een opdracht, wordt de concurrentie bevorderd. Aanbesteden zorgt er dus voor dat op een afgewogen wijze uiteindelijk de juiste contractspartner wordt gevonden.

Het totaal van aanbestedingsregels ziet er op toe dat de aanbestedingsprocedures op de juiste wijze doorlopen worden.

2.2 Bronnen van het aanbestedingsrecht

Het aanbestedingsrecht is zowel op Europees als op nationaal niveau vastgelegd. In deze paragraaf zal eerst de Europese wet- en regelgeving de revue passeren, waarna de nationale wet- en regelgeving wordt behandeld.

2.2.1 Europese wet- en regelgeving

Het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU)

Overheidsinstellingen van lidstaten van de Europese Unie dienen te allen tijde de bepalingen van het primaire gemeenschapsrecht in acht te nemen. Het gemeenschapsrecht heeft in het aanbestedingsrecht een aanvullende werking in de gevallen die niet onder de hierna te bespreken Aanbestedingsrichtlijnen vallen. Voor het aanbestedingsrecht zijn met name de bepalingen inzake het vrije verkeer van goederen (art. 34 VWEU), diensten (56 VWEU),

³ Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Nouhuys 2009, p. 1.

⁴ Chao-Duivis & Van Wijngaarden, 16, 2010, p. 25-26.

werknemers (45 VWEU) en vestiging (49 VWEU) van belang.⁵ Omdat deze bepalingen deel uitmaken van het primaire gemeenschapsrecht, hebben zij voorrang boven de bepalingen van de Europese aanbestedingsrecht. Daarnaast heeft het VWEU directe werking, hetgeen inhoudt dat de bepalingen tegen alle overheidsorganen van de lidstaten kunnen worden ingeroepen. Het VWEU gaat dus ook boven strijdige nationale wetgeving.

Europese Aanbestedingsrichtlijnen

De eerste Europese Aanbestedingsrichtlijnen stammen uit de jaren '70 van de vorige eeuw. De gedachte achter deze richtlijnen was dat het lonend zou zijn om overheidsopdrachten te harmoniseren. Dit zou de concurrentie immers ten goede komen en daarmee ook de doelmatigheid van de besteding van overheidsgelden.

De huidige geldende Europese aanbestedingsrichtlijnen zijn de:

- 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 (de 'Richtlijn Nutssectoren').
- 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 (de 'Algemene Richtlijn').⁶

Deze Europese Aanbestedingsrichtlijnen zullen tezamen worden aangeduid als 'de Richtlijnen'. Het Europees aanbestedingsrecht heeft verschillende doelen. Ten eerste het bevorderen van de werking van de interne markt binnen de Europese Unie. De Richtlijnen hebben daarnaast tot doel het vrije verkeer van goederen, diensten en kapitaal te bewerkstelligen. Verder wordt door middel van de verplichte openbare aankondigingen en openbare gunningen de markt transparant en een eerlijke en vrije concurrentie gestimuleerd. Andere doelen van het Europees aanbestedingsrecht zijn het verlagen van de kosten voor aanbestedende diensten en het verhogen van de doelmatigheid van overheidsbestedingen. Tot slot zorgen de Richtlijnen voor harmonisatie van de wetgeving van de lidstaten van de Europese Unie. Richtlijnen van de Europese Unie dienen immers geïmplementeerd te worden in de Nationale wetgeving van de lidstaten.⁷

Drempelbedragen

In de Europese aanbestedingsrichtlijnen zijn drempelwaarden, ook wel drempelbedragen, opgenomen. Indien de (geraamde) waarde van een opdracht hetzelfde of meer bedraagt dan deze waarden, moet de Europese aanbestedingsprocedure worden gevolgd. De Europese Commissie stelt deze bedragen voor de periode van twee jaar vast. De bedragen worden voor verschillende sectoren afzonderlijk vastgesteld. De belangrijkste Europese drempelbedragen voor de periode 2014-2015 zijn:

	Werken	Leveringen	Diensten
Centrale overheid	€ 5.186.000	€ 134.000	€ 134.000
Decentrale overheid	€ 5.186.000	€ 207.000	€ 207.000

⁵ 'Het VWEU', *Kennisportal Europese Aanbesteding* 19 februari 2014, www.europeseaanbestedingen.eu (zoek op *bronnen*).

⁶ Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Nouhuys 2009, p. 18-20.

⁷ 'Europese Aanbestedingsrichtlijnen', *Kennisportal Europese Aanbesteding* 20 februari 2014, www.europeseaanbestedingen.eu (zoek op *bronnen*).

De overige drempelbedragen zijn weergegeven in bijlage B. Indien de waarde van een aanbesteding onder de drempelwaarden blijft, geven de Richtlijnen geen directe regels. Het Europese Hof van Justitie heeft in februari 2008 echter bepaald dat aanbestedende diensten bij opdrachten onder de drempelwaarden, moeten bekijken of er een 'duidelijk' grensoverschrijdend belang is.⁸ In het SECAP-arrest heeft het Hof van Justitie de aard van de opdracht, de plaats van uitvoering en de geraamde waarde als elementen genoemd aan de hand waarvan een eventueel grensoverschrijdend karakter kan worden bepaald.⁹ Indien daarvan sprake is, moeten bepaalde voorschriften alsnog in ogenschouw genomen worden. De aanbesteding van de opdracht moet dan onder andere met bepaalde mate van openbaarheid plaatsvinden. Indien de waarde van de opdracht niet boven de drempelwaarde uitkomt en er ook geen grensoverschrijdend belang is, dan mogen de aanbestedende diensten het eigen beleid volgen. In dat beleid is echter vaak opgenomen dat een (nationale) aanbestedingsprocedure gevolgd dient te worden. Indien de waarde van een opdracht echter onder de toepasselijke Europese drempelwaarde blijft, inschrijvers uit andere lidstaten geen interesse hebben én het eigen beleid van de aanbestedende geen verplichte route voorschrijft, hoeft de opdracht niet te worden aanbesteed. De dienst kan de opdracht dan gewoon gunnen aan een ondernemer naar keuze. De aanbestedende dienst kan er echter ook vrijwillig voor kiezen om een dergelijke opdracht wel openbaar aan te besteden. Indien de aanbestedende dienst besluit om geen aankondiging te doen, maar wel aan minimaal twee ondernemers vraagt om een soort inschrijving te doen, wordt er gesproken van een meervoudig onderhandse aanbesteding. De aanbestedende dienst dient in dat geval de aanbestedingsrechtelijke beginselen in acht te nemen.¹⁰ Deze beginselen worden hieronder in paragraaf 2.3 behandeld.

2.2.2 Nationale wet- en regelgeving

Aanbestedingswet 2012

In de Nederlandse wetgeving zijn de Europese Richtlijnen vanaf 1 april 2013 geïmplementeerd in de Aanbestedingswet 2012 (Hierna: Aw). Deze wet vervangt de Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen, het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (Bao) en het Besluit aanbestedingen speciale sectoren (Bass).¹¹ De Aanbestedingswet 2012 past de Europese regels toe in Nederland en gaat op sommige punten verder dan op grond van Richtlijnen vereist is. De wet beoogt meer ondernemers een eerlijke kans te bieden om een overheidsopdracht of speciale sectoropdracht binnen te slepen, dit geldt met name voor zelfstandigen zonder personeel (zzp'ers) en het midden- en kleinbedrijf. De overige doelen van de wet zijn onder andere: bevordering van concurrentie, vermindering van administratieve lasten, verduidelijking van de aanbestedingsprocedures, verbetering van de besteding van het belastinggeld en een eenvoudiger klachtenbehandeling.¹²

De wet kent een aantal hoofdpunten, waarvan hieronder een aantal zal worden besproken. Ten eerste het beginsel van proportionaliteit. Dit beginsel houdt, kort gezegd, in dat de criteria die aan de potentiële inschrijvers worden gesteld in redelijke verhouding moeten staan tot de aard en omvang van de aanbestede opdracht. Omdat er een grote diversiteit bestaat in het aanbesteden van opdrachten is vaak maatwerk nodig om aan het vereiste van proportionaliteit te voldoen. Met die gedachte is de Gids Proportionaliteit opgesteld, deze zal hieronder nader behandeld worden. Een ander belangrijk punt is het clusterverbod. Dit houdt

⁸ HvJ EG 13 november 2007, nr. C-507/03, *Jur.* 2007, P. I-9809 (*Post An*).

HvJ EG 21 februari 2008, nr. C-412/04 (*Commissie/ Italië*).

⁹ HvJ EG 15 mei 2008, nr. C-147/06 (*SECAP*).

¹⁰ M. Jongmans BANNING Advocaten, *Succesvol inschrijven op aanbestedingen* eBook publicatie Banning Advocaten te Rotterdam en 's-Hertogenbosch: januari 2014, p. 8.

¹¹ T. van Wijk, Dirkzwager advocaten & notarissen, *Maak kennis met de nieuwe Aanbestedingswet*, Jongbloed juridische boekhandel 2013.

¹² 'Nieuwe aanbestedingsregels', *Rijksoverheid* 20 februari 2014, www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/aanbesteden.

in dat opdrachten niet onnodig mogen worden samengevoegd. Dit voorkomt dat kleine ondernemingen geen kans meer maken. Indien een aanbestedende dienst toch een opdracht wil samenvoegen, zal dit uitdrukkelijk gemotiveerd moeten worden. Een overig belangrijk onderwerp is de Uniforme Eigen Verklaring. Ondernemers kunnen in deze verklaring aangeven dat ze voldoen aan de eisen die de aanbestedende dienst heeft gesteld. Het model van de Uniforme Eigen Verklaring is opgenomen in bijlage C. Vóór het inwerkingtreden van de huidige Aanbestedingswet moesten de kandidaten direct bij de inschrijving de bewijsstukken aandragen. Dit ging gepaard met kosten en tijd. Na de inwerkingtreding van de nieuwe wet hoeft enkel de winnende inschrijver alle bewijsstukken aan te leveren.¹³

Bovendien werden voorheen verschillende procedures gevolgd voor opdrachten waar de Europees procedure niet verplicht was. Op grond van de Aanbestedingswet is het gebruik van het Aanbestedingsreglement Werken 2012 (ARW 2012) verplicht gesteld om duidelijkheid in aanbestedingsprocedures te bewerkstelligen. Het ARW 2012 wordt hieronder besproken. Een concrete maatregel om aanbestedingsprocedures te uniformeren, is dat op grond van artikel 1.18 Aw (voor)aankondigingen voortaan plaats moeten vinden via TenderNed (www.TenderNed.nl).¹⁴ TenderNed is het aanbestedingssysteem van de Nederlandse overheid. Overheden publiceren opdrachten op dit platform, zodat ondernemingen alle aanbestedingen van de overheid kunnen vinden.

2.2.2.1 Aanverwante regelgeving

Naast de Aanbestedingswet 2012, vormt ook lagere regelgeving een bron voor het aanbestedingsrecht.

Het Aanbestedingsbesluit

Met de nieuwe wet in formele zin is ook een nieuwe AMvB vastgesteld: het Besluit van 11 februari 2013, houdende de regeling van enkele onderwerpen van de Aanbestedingswet 2012 (Stb 2013/58). (hierna: 'het Aanbestedingsbesluit')

Een aantal bepalingen uit de Aanbestedingswet 2012 worden in dit besluit nader uitgewerkt. Dit zijn onder andere bepalingen betreffende de elektronische handtekening en de eigen verklaring zoals hierboven besproken. Daarnaast wijst het besluit de gids Proportionaliteit en het ARW 2012 aan als richtsnoeren. De aanbestedende dienst is verplicht de voorschriften uit deze richtsnoeren toe te passen of afwijkingen daarvan te motiveren.

Gids Proportionaliteit

De gids Proportionaliteit biedt aanbestedende diensten ondersteuning bij het geven van invulling aan het proportionaliteitsbeginsel. Aanbestedende diensten dienen zich te houden aan de richtsnoer, ook bij niet-Europese aanbestedingen. Indien ze toch wensen af te wijken, zullen ze dit moeten motiveren op grond van het zogenoemde 'comply or explain- beginsel'. Dit houdt in dat de diensten moeten motiveren waarom en in hoeverre ze afwijken van de voorschriften. De voorschriften uit de Gids zien er op toe dat de aanbestedende dienst per aanbesteding een zorgvuldige afweging maakt bij alle keuzes die genomen worden. Een voorbeeld van een voorschrift uit de Gids is: Voorschrift 3.5 B *'Indien de aanbestedende dienst geschiktheidseisen stelt, stelt hij alleen geschiktheidseisen die verband houden met daadwerkelijke risico's die de opdracht meebrengt, of terug te voeren zijn op de gewenste competentie(s).'*¹⁵

¹³ 'Nieuwe aanbestedingsregels', Rijksoverheid 20 februari 2014, www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/aanbesteden.

¹⁴ 'Europese Aanbestedingsrichtlijnen', Kennisportal Europese Aanbesteding 20 februari 2014, www.europeseaanbestedingen.eu (zoek op bronnen).

¹⁵ M. Jongmans BANNING Advocaten, *Succesvol inschrijven op aanbestedingen* eBook publicatie Banning Advocaten te Rotterdam en 's-Hertogenbosch: januari 2014, p. 8.

Aanbestedingsreglement Werken 2012 (ARW 2012)

In het ARW 2012 is elke aanbestedingsprocedure voor een opdracht tot uitvoering van een werk volledig beschreven. De voorschriften uit de ARW 2012 moeten in acht worden genomen bij aanbestedingen onder de Europese drempelwaarden. Ook voor deze richtsnoer geldt het 'comply or explain-beginsel'. Voor aanbestedingen boven de Europese drempel is het gebruik van de richtsnoer niet verplicht. Toch ligt het in de lijn der verwachting dat deze richtsnoer wel aangehouden wordt voor dergelijke aanbestedingen. Deze verwachting komt voort uit ervaringen met de voorganger van het ARW 2012, het ARW 2005.¹⁶

Richtsnoeren voor het plaatsen van opdrachten voor leveringen en diensten

Naast de richtsnoer voor werken (het ARW 2012), zijn er sinds april 2013 ook richtsnoeren voor het plaatsen van opdrachten met betrekking tot het leveren van goederen en het verrichten van diensten. Anders dan de Gids Proportionaliteit en het ARW 2012, zijn deze richtsnoeren niet opgenomen in de Aanbestedingswet 2012 of de aanverwante regelgeving. Aanbestedende diensten zijn dus ook niet verplicht om de voorschriften uit de richtsnoeren voor het plaatsen van opdrachten voor leveringen en diensten na te leven. Het naleven ervan is wel gewenst, de voorschriften zijn immer bedoeld om de aanbestedingspraktijk te verbeteren en de procedures te uniformeren. Op grond van art. 4.28 Aw zal over twee jaar geëvalueerd worden of aanbestedende diensten de voorschriften uit de richtsnoeren opvolgen. Indien dit onvoldoende het geval is, worden deze richtsnoeren wellicht ook opgenomen in de Aanbestedingswet en daarmee dus alsnog verplicht.¹⁷

2.3 Algemene en fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht

Ingevolge overweging 2 van de considerans van Richtlijn 2004/18/EG moeten in aanbestedingsprocedures de beginselen van het VWEU in acht genomen worden. Dit zijn met name de beginselen met betrekking tot het vrije verkeer van goederen, vrijheid van vestiging en het vrij verlenen van diensten. Van deze beginselen worden verscheidene andere beginselen afgeleid, bijvoorbeeld het discriminatieverbod en het vereiste van evenredigheid.

Volgens vaste rechtspraak van het Europese Hof van Justitie is het beginsel van gelijke behandeling het basisbeginsel in het aanbestedingsrecht. In de jaren negentig heeft het Hof van Justitie een tweede algemeen beginsel in het aanbestedingsrecht geïdentificeerd: het transparantiebeginsel.¹⁸ Zowel het gelijkheidsbeginsel als het transparantiebeginsel is vastgelegd in art. 2 Richtlijn 2004/18/EG. In geval van geschillen toetst de rechter aan de beginselen.

Voor Europese aanbestedingen onderscheidt de Aanbestedingswet 2012 het beginsel van gelijke behandeling en non-discriminatie (art. 1.8 Aw), het transparantiebeginsel (art. 1.9 Aw) en het proportionaliteitsbeginsel (art. 1.10 Aw). Voor aanbestedingen onder de Europese drempelwaarden gelden op grond van art. 1.11 j° art. 1.12 j° art. 1.13 Aw dezelfde uitgangspunten. Deze beginselen worden hieronder uiteengezet.

2.3.1 Gelijkheidsbeginsel

Het gelijkheidsbeginsel verplicht aanbestedende diensten alle inschrijvers op gelijke wijze te behandelen. Dit wordt ook wel *level playing field* genoemd.

Het gelijkheidsbeginsel heeft een tweeledig effect, enerzijds waarborgt het beginsel dat geen van de inschrijvers benadeeld wordt en anderzijds zorgt het beginsel ervoor dat inschrijvers op geen enkele wijze een voorkeursbehandeling krijgen.¹⁹ Deze gelijke behandeling kan op allerlei wijzen in het gedrang komen, bijvoorbeeld door belangenverstrengelingen,

¹⁶ 'ARW 2012', *Pianoo – Expertise Centrum Aanbesteden* 20 februari 2014, www.pianoo.nl/document7682.

¹⁷ 'Overzicht Aanbestedingswet en aanverwante regelgeving', *Kennisportal Europese Aanbesteding* 20 februari 2014, www.europeseaanbestedingen.eu (zoek op *bronnen*).

¹⁸ HvJ EG 25 april 1996, nr. C-87/94 (*Waalse bussen*).

¹⁹ Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Nouhuys 2009, p. 29-33.

voorsprongen in informatievoorzieningen en criteria die de vervalsing van de mededinging in de hand werken. Indien een bepaald criterium tot gevolg heeft dat inschrijvers ongelijk behandeld worden, handelt de aanbestedende dienst onrechtmatig tegenover de inschrijvers.²⁰

Het Hof van Justitie heeft in het Storebaelt-arrest bepaald dat het gelijkheidsbeginsel gebaseerd is op de hoofddoelstelling van de Richtlijnen, namelijk het bewerkstelligen van mededinging in het gebied van aanbestedingen.²¹ Bovendien oordeelde het Hof van Justitie in deze zaak dat inschrijvers verplicht zijn de inschrijvingen te laten beantwoorden aan de criteria uit de aanbestedingsdocumenten. In dat geval wordt namelijk een objectieve vergelijking van de verschillende inschrijvingen gewaarborgd. Op grond van deze uitspraak kunnen gebrekkige of onvolledige inschrijvingen dus niet voor gunning in aanmerking genomen worden.

In art. 1.8 Aw is zowel het gelijkheidsbeginsel als het non-discriminatie beginsel opgenomen. Deze beginselen hangen nauw met elkaar samen. Het non-discriminatie beginsel ziet voornamelijk op het verbod onderscheid te maken op grond van nationaliteit.²²

Het gelijkheidsbeginsel waarborgt, kort gezegd, gelijke kansen voor alle inschrijvers en zorgt ervoor dat alle inschrijvers procedureel gezien een gelijke kans hebben om de opdracht te verwerven.

2.3.2. Transparantiebeginsel

Het transparantiebeginsel, ook wel doorzichtigheidsbeginsel genoemd, vloeit voort uit het gelijkheidsbeginsel. Het beginsel heeft, naast het gelijkheidsbeginsel, een zelfstandige rol in aanbestedingsprocedures.²³ De essentie van dit beginsel is het uitsluiten van elke vorm van favoritisme en willekeur dat kan worden toegepast door een aanbestedende dienst. Op grond van het transparantiebeginsel dienen alle voorwaarden en eisen die in een aanbestedingsprocedure worden gesteld, in de aankondiging van de aanbesteding vermeld te worden. Het Hof van Justitie heeft hierover in het belangrijke *Succhi di Frutta*-arrest het volgende bepaald.²⁴ De criteria moeten vooraf op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze worden geformuleerd, zodat alle inschrijvers die de gebruikelijke zorgvuldigheid in acht nemen, in staat zijn om de criteria te begrijpen en op dezelfde wijze te interpreteren.²⁵ Daarnaast bieden duidelijk geformuleerde criteria voor aanbestedende diensten de mogelijkheid om na te gaan of de inschrijvers en inschrijvingen ook daadwerkelijk aan de gestelde eisen voldoen.²⁶ Dat voorafgaande bekendmaking van de criteria vereist is, is in latere jurisprudentie herhaald.²⁷ Bovendien volgt uit de jurisprudentie dat een aanbestedende dienst alle criteria op uniforme en onbevooroordeelde wijze moet toepassen.²⁸ De criteria dienen dus op alle inschrijvers op gelijke wijze te worden toegepast. Het transparantiebeginsel behelst tevens de verplichting om achteraf de individuele scores van inschrijvers aan te geven en te onderbouwen.²⁹ Op grond van art. 2.132 Aw, maakt de aanbestedende dienst hiertoe een proces-verbaal op waarin de besluiten rond de gunning en afwijzingen zijn vastgelegd.

²⁰ Rechtbank Limburg (vzr.) 17 mei 2013, *ECLI:NL:RBLIM:2013:CA0482*.

²¹ HvJ EG 22 juni 1993, nr. C-243/89, r.ov. 33 & 37 (*Storebaelt*).

²² W.A. Bergevoet & M.J.J.M. Essers, Artikelsgewijs commentaar Aanbestedingswet 2012 art. 1.8, *Kennisbank Inkoop en Aanbesteden*, laatste update: 19 juni 2013, www.kennisbankinkoopenaanbesteden.nl.

²³ Hoge Raad 4 november 2005, RvdW 2005, 119 (*Van der Stroom/Staat en NIC*).

²⁴ HvJ EG 29 april 2004, nr. C-496/9, r.ov. 111 (*Succhi di Frutta*).

²⁵ Gerechtshof Den Haag 25 februari 2014, *ECLI:NL:GHDHA:2014:538*.

²⁶ Chao-Duivis & Van Wijngaarden, 17, 2010, p. 51.

²⁷ HvJ EG 24 januari 2008, C-532/06 (Emm. G. Lianakis/Dimos Alexandroupolis); Gerechtshof 's-Gravenhage 21 februari 2012, *ECLI:NL:GHSGR:2012:BV6808*.

²⁸ HvJ 18 oktober 2001, nr. C-19/00 (*SIAC*).

²⁹ W.A. Bergevoet & M.J.J.M. Essers, Artikelsgewijs commentaar Aanbestedingswet 2012 art. 1.9, *Kennisbank Inkoop en Aanbesteden*, laatste update 19 juni 2013, www.kennisbankinkoopenaanbesteden.nl.

Het transparantiebeginsel is bovendien van belang ter controle van het gelijkheidsbeginsel. Zonder transparantie is het immers onmogelijk om na te gaan of een aanbestedende dienst het gelijkheidsbeginsel toepast. Daarnaast biedt het transparantiebeginsel onder andere afgewezen inschrijvers de mogelijkheid aanbestedende diensten ter verantwoording te roepen voor de gemaakte keuzes.³⁰

Ook indien partijen in een geschil geen beroep doen op het transparantiebeginsel, is het de rechter ambtshalve toegestaan toch aan dit beginsel te toetsen. Dus zonder dat een van de partijen stelt dat er sprake is van strijd met het transparantiebeginsel, mag de rechter hier over oordelen.³¹

2.3.3 Proportionaliteitsbeginsel

Het proportionaliteitsbeginsel is in de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie (tot nog toe) niet onderscheiden als een algemeen beginsel van het aanbestedingsrecht. Het beginsel is echter wel relevant in de aanbestedingspraktijk en vastgelegd in art. 1.10 en 1.13 van de Aanbestedingswet 2012.³² Hiervoor is reeds aangegeven dat de Gids Proportionaliteit als verplichte richtsnoer is aangewezen voor Europese en nationale aanbestedingen. Bij het stellen van verschillende criteria dienen de aanbestedende diensten de voorschriften uit deze gids in acht te nemen. De proportionaliteitseis houdt in dat alle keuzes die een aanbestedende dienst maakt en alle voorwaarden en criteria die zij stelt aan de inschrijvers, in redelijke verhouding dienen te staan tot de omvang en de aard van de opdracht.³³ Op grond van dit beginsel zal een aanbestedende dienst bij elke eis een afweging moeten maken tussen de gevolgen van die eis en de daar tegenoverstaande voordelen. Indien een aanbestedende dienst een eis stelt in strijd met het beginsel van proportionaliteit én er geen sprake is van uitzonderlijke omstandigheden, dan kan de rechter deze eis nietig verklaren.³⁴

2.4 Nieuwe aanbestedingsrichtlijnen

In 2011 heeft de Europese Commissie de voorstellen voor drie nieuwe aanbestedingsrichtlijnen bekend gemaakt. De drie richtlijnen hebben afzonderlijk betrekking op overheidsopdrachten in klassieke sectoren, speciale sectoren en concessies.³⁵ Het Europees Parlement heeft op 15 januari 2014 ingestemd met deze richtlijnen. Op 11 februari 2014 zijn de nieuwe Richtlijnen definitief vastgesteld door de Raad van Ministers. Nadat de richtlijnen in werking zijn getreden, dient de nationale wetgeving binnen 24 maanden aangepast te worden. Dit betekent dus dat de nieuwe richtlijnen begin 2016 geïmplementeerd zullen worden in de Aanbestedingswet 2012. Een van de voornaamste wijziging in de richtlijnen, is het feit dat de kwaliteit een belangrijker selectie criterium zal worden.³⁶

³⁰ D. Waterman, 'Inleiding Aanbestedingsrecht', *Kennisportal Europese Aanbesteding* 20 februari 2014, www.europeseaanbestedingen.eu.

³¹ HvJ EU 13 april 2010, nr. C-91/08 (*Wall A.G. / Stadt Frankfurt am Rhein*); Gerechtshof Leeuwarden 20 november 2012, *ECLI:NL:GHLEE:2012:BY3635*.

³² Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Nouhuys 2009, p. 316.

³³ Gids Proportionaliteit, p. 3.

³⁴ Hoge Raad 22 januari 1999, *KG C97/226HR (Uneto / Verhuurmaatschappij De Vliert NV)*.

³⁵ 'Europese Aanbesteding', *Kennisportal Europese Aanbesteding* 21 februari 2014, www.europeseaanbestedingen.eu (zoek op *bronnen*).

³⁶ 'Kwaliteit belangrijker dan prijs alleen', *Europees Parlement / Nieuws* 15 januari 2014, www.europarl.europa.eu/news.

2.5 Aanbestedingsprocedures

Aanbesteden is, kort gezegd, een formele procedure voor het uitbrengen van offertes door ondernemingen. De Richtlijnen en de Nederlandse aanbestedingswetgeving onderscheiden verschillende aanbestedingsprocedures. De inhoudelijke bepalingen, met betrekking tot onder andere het verloop van de procedures, zijn in de Aanbestedingswet 2012 vastgelegd in overeenstemming met de Richtlijnen. De meest voorkomende procedures worden hier beschreven.

Openbare procedure

De openbare aanbestedingsprocedure wordt algemeen bekend gemaakt en verloopt in één ronde. De Richtlijn 2004/18/EG omschrijft deze procedures als 'procedures waarbij alle belangstellende ondernemers mogen inschrijven'. De gunning wordt gedaan op basis van de inschrijvingen. Dit houdt in dat er geen sprake is van selectie, maar dat alle inschrijvers die voldoen aan de gestelde eisen inhoudelijk beoordeeld moeten worden.³⁷ De stappen die een aanbestedende dienst in deze procedure doorloopt worden in art. 2.26 Aw beschreven.

Niet-openbare procedure

Ingevolge de definitie uit de Richtlijn 2004/18/EG zijn niet-openbare procedures 'de procedures waaraan alle ondernemers mogen verzoeken deel te nemen, maar waarbij alleen de door de aanbestedende dienst aangezochte ondernemers mogen inschrijven'.

De procedure wordt algemeen bekend gemaakt en verloopt in twee fasen. In de eerste fase kan iedere geïnteresseerde zich aanmelden. In de tweede fase mogen de ondernemers die door de aanbestedende dienst zijn geselecteerd ook een daadwerkelijke inschrijving doen.³⁸ Vergelijkbaar met de openbare procedure geschiedt de gunning op basis van de uiteindelijke inschrijvingen. Art. 2.31 Aw beschrijft de stappen van deze procedure.

Voor opdrachten die binnen de werkingssfeer van de Richtlijnen vallen is, op grond van art. 28 van de Richtlijn 2004/18/EG, de hoofdregel dat aanbestedende diensten de keuze hebben tussen de openbare en de niet-openbare procedure. De overige procedures mogen slechts worden gevolgd indien er sprake is van specifieke omstandigheden. Er zijn verscheidene specifieke procedures, waarvan drie hieronder worden beschreven.

Concurrentiegericht dialoog

De Richtlijn 2004/18/EG definieert het concurrentiegericht dialoog als 'een procedure waaraan alle ondernemers mogen verzoeken deel te nemen en waarbij de aanbestedende dienst een dialoog 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'. Op grond van art. 29 Richtlijn 2004/18/EG kunnen aanbestedende diensten gebruik maken van deze procedure indien zij van mening zijn dat de opdracht te complex is voor openbare of niet-openbare procedure. Bij dergelijke complexe opdrachten kan bijvoorbeeld gedacht worden aan grote computernetwerken of vervoersinfrastructuurprojecten.³⁹

Kort gezegd houdt de procedure een geformaliseerde onderhandelingsprocedure in. Art. 2.29 Aw beschrijft welke stappen de aanbestedende dienst in deze procedure dient te doorlopen.

³⁷ Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Nouhuys 2009, p. 183.

³⁸ 'Niet-openbare procedure', *Kennisportal Europese Aanbesteding* 5 maart 2014, www.europeseaanbestedingen.eu (zoek op *procedures*).

³⁹ 'Concurrentiegericht dialoog', *Kennisportal Europese Aanbesteding* 5 maart 2014, www.europeseaanbestedingen.eu (zoek op *procedures*).

Onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking van de aankondiging

Indien de omstandigheden zich voordoen zoals in art. 30 Richtlijn 2004/18/EG beschreven, kan de aanbestedende dienst gebruik maken van een onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking. In deze procedure overlegt de aanbestedende dienst met de door hem gekozen kandidaten. Door onderhandelingen, met een of meerdere kandidaten, worden de contractuele voorwaarden vastgesteld. Art. 2.31 Aw beschrijft de stappen van deze procedure. De onderhandelingsprocedure mag op grond van art. 30 lid 1 Richtlijn 2004/18/EG slechts in bepaalde situaties worden toegepast, onder andere in buitengewone gevallen waarbij een vaststelling van de totale prijs vooraf niet mogelijk is op grond van de aard en de onzekere omstandigheden.

Onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking van de aankondiging

Ook in deze procedure onderhandelt de aanbestedende dienst met de gegadigden en worden op basis van die onderhandelingen de contractuele voorwaarden vastgesteld. Anders dan de vorige omschreven procedure, is bij deze procedure geen voorafgaande openbare publicatie vereist. De aanbestedende dienst kan de opdracht dus gunnen aan de ondernemer van zijn keuze. Op grond van art. 31 Richtlijn 2004/18/EG is deze procedure slechts in bepaalde gevallen toegestaan. Indien een opdracht bijvoorbeeld een dermate noodzakelijk en spoedeisend karakter heeft, dat de termijnen uit de openbare en niet-openbare procedures niet afgewacht kunnen worden, mag de opdracht na onderhandeling en zonder voorafgaande bekendmaking worden gegund.⁴⁰ Het verloop van de procedure zonder aankondiging is omschreven in art. 2.37 Aw.

2.6 Aanbestedingstraject

De voorgaande beschrijving van verschillende procedures daargelaten, verlopen de aanbestedingsprocedures globaal in drie stappen.⁴¹

- De aankondiging
- De inschrijving
- De gunning

In de aankondigingsfase maakt een aanbestedende dienst bekend dat zij een opdracht uit wil laten voeren. Ondernemers kunnen de aankondigingen voor opdrachten in de hele Europese Unie vinden op TED (Tenders Electronic Daily, www.ted.europa.eu).⁴² Dit is de online versie van het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie en bestemd voor Europese aanbestedingen.⁴³ De Nederlandse opdrachten worden ook gepubliceerd op TenderNed. Deze sites voorzien potentiële inschrijvers van de benodigde informatie zoals de gegevens van de aanbestedende dienst, het type procedure en de criteria voor inschrijving. Daarnaast kunnen ondernemers in deze fase de aanbestedingsdocumenten opvragen.⁴⁴ In deze aanbestedingsstukken geeft de dienst een omschrijving van de opdracht, zodat de potentiële inschrijver kan beoordelen of hij voor de opdracht in aanmerking komt. Bovendien bevatten de stukken de voorwaarden voor selectie en gunning, de uitsluitingsgronden en de geschiktheidseisen. Op deze begrippen zal in hoofdstuk 3 nader ingegaan worden. Na de bestudering van de stukken kan de onderneming de inschrijving gaan samenstellen. Indien een schrijver vragen heeft, kunnen deze aan de aanbestedende dienst gesteld worden. De aanbestedende dienst beantwoordt deze vragen in de Nota van Inlichtingen. De inschrijver zal de inschrijving (of offerte) via de instructies uit de aanbestedingsstukken indienen bij de aanbestedende dienst. In deze offerte geeft de inschrijver op basis van de

⁴⁰ Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Nouhuys 2009, p. 185-186.

⁴¹ 'Stappenplan inschrijven op aanbesteding', *Rijksoverheid* 26 februari 2014, www.antwoordvoorbedrijven.nl (zoek op *aanbesteden*).

⁴² Artikel 35 Richtlijn 2004/18/EG.

⁴³ TED (*Tenders Electronic Daily*) 26 februari 2014, www.ted.europa.eu/TED/main/HomePage.

⁴⁴ 'Inschrijven op een Europese aanbesteding', *Kennisportal Europese Aanbesteding* 26 februari 2014, www.europeseaanbestedingen.eu (zoek op *inschrijven*).

selectie- en gunningscriteria aan, waarom hij de opdracht kan uitvoeren. Na sluiting van de inschrijvingstermijn bestudeert de aanbestedende dienst alle inschrijvingen en beoordeelt deze naar aanleiding van de gestelde uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen, selectiecriteria en gunningscriteria. De opdracht wordt vervolgens gegund aan de inschrijver die het positiefst uit de bus komt. Op grond van een uitspraak van het Europese Hof van Justitie, dient de aanbestedende dienst alle inschrijvers in gelegenheid te stellen bezwaar te maken tegen het voornemen van gunning, voordat de opdracht definitief gegund kan worden. Het Hof van Justitie heeft hiervoor een termijn van 15 dagen vastgesteld, het zogenoemde Alcatel-termijn.⁴⁵ De nationale wetgever heeft in artikel 2.127 van de Aanbestedingswet 2012 het Alcatel-termijn verlengd tot ten minste 20 dagen. Deze regeling houdt dus in dat een onderscheid gemaakt wordt tussen het voornemen van gunning en de definitieve gunning. Zodra het voornemen van gunning bekend is, stelt de aanbestedende dienst alle inschrijvers hiervan op de hoogte. Het is voor de inschrijvers dan mogelijk bezwaar in te dienen. Na het verstrijken van de termijn kan de aanbestedende dienst overgaan tot definitieve gunning. Deze uiteindelijke gunning wordt gepubliceerd in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie.⁴⁶

⁴⁵ HvJ EG 28 oktober 1999, nr. C-81/98 (*Alcatel*).

⁴⁶ Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Nouhuys 2009, p. 599-601.

3. Criteria in het aanbestedingsrecht

In het vorige hoofdstuk is het juridisch kader van het aanbestedingsrecht uiteengezet. Dit hoofdstuk borduurt daarop voort en beschrijft de verschillende criteria die een aanbestedende dienst in de aanbestedingsprocedure aan inschrijvers kan stellen. Onderhavig onderzoek richt zich op de vraag welke criteria een aanbestedende dienst kan hanteren om strategische dan wel manipulatieve inschrijvingen tegen te gaan. Alvorens inhoudelijk op deze vraag in te gaan, wordt in dit hoofdstuk beschreven op grond van welke criteria inschrijvers en inschrijvingen beoordeeld worden. Vervolgens zal het Grossmann-arrest behandeld worden. Het hoofdstuk wordt afgesloten met het begrip 'knock-out criterium'.

3.1 Criteria in het aanbestedingsrecht

Na sluiting van de inschrijftermijn zal de aanbestedende dienst alle inschrijvingen bestuderen op grond van verschillende criteria. In het aanbestedingsrecht wordt een onderscheid gemaakt tussen criteria die betrekking hebben op de beoordeling van de kwaliteit van de (potentiële) inschrijvers en de selectie van deze (potentiële) inschrijvers enerzijds en de criteria die betrekking hebben op de beoordeling van de ingediende inschrijvingen anderzijds.

Bij de kwalitatieve beoordeling van de inschrijvers worden drie typen criteria toegepast: de uitsluitingsgronden, de geschiktheidseisen en de selectiecriteria. In de Richtlijn 2004/18/EG worden deze drie categorieën gezamenlijk geregeld in de afdeling 'kwalitatieve selectiecriteria'. De Aanbestedingswet 2012 behandelt deze typen criteria in de afdelingen 2.3.5 en 2.3.6 van de wet.

Bij de beoordeling van de uiteindelijk ingediende inschrijvingen wordt gebruik gemaakt van gunningscriteria.⁴⁷ De wettelijke bepalingen omtrent de gunningscriteria zijn opgenomen in art. 53 van de Richtlijn 2004/18/EG en in paragraaf 2.3.8.4 van de Aanbestedingswet 2012. Een aanbestedende dienst is verantwoordelijk voor de verschillende te hanteren criteria die zij heeft vastgesteld. Eventuele gebreken in de beoordelings- en gunningssystematiek komen dan ook voor rekening van de aanbestedende dienst.⁴⁸

3.1.1 Uitsluitingsgronden

Bij de toetsing aan de uitsluitingsgronden worden bepaalde (persoonlijke) omstandigheden van de inschrijver bekeken die een mogelijke uitsluiting van deelname aan aanbestedingsprocedures kunnen rechtvaardigen. Deze omstandigheden hebben betrekking op de onderneming, dus niet op de ingediende inschrijving. De omstandigheden behoeven niet in relatie te staan met de aanbestede opdracht. Indien een uitsluitingsgrond van toepassing is op een inschrijvende onderneming, dan betekent dat uitsluiting voor de verdere procedure. De uitsluitingsgronden fungeren dan ook als 'knock-out'-criteria. Een knock-out criterium is een eis waaraan een inschrijver absoluut dient te voldoen. Indien de inschrijver niet beantwoordt aan een dergelijke eis, valt de inschrijver af en kan hij dus niet meer deelnemen in de aanbestedingsprocedure. Onderaan dit hoofdstuk zal nogmaals op dit begrip ingegaan worden.

Voor aanbestedingen boven de Europese drempelwaarden kent de Aanbestedingswet 2012 dwingende en facultatieve uitsluitingsgronden. Bovendien kan de aanbestedende dienst aanvullende uitsluitingsgronden toevoegen.⁴⁹ Bij aanbestede opdrachten onder de

⁴⁷ Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Nouhuys 2009, p. 265.

⁴⁸ Rechtbank Utrecht (vzr.) 16 december 2011, *ECLI:NL:RBUTR:2011:BU8401*.

⁴⁹ HvJ EU 16 december 2008, nr. C-213/07 (*Michaniki*).

drempelwaarden worden geen formele vereisten gesteld wat betreft het stellen van uitsluitingsgronden.⁵⁰

In lijn met art. 45 lid 1 Richtlijn 2004/18/EG is in art. 2.86 Aw een limitatieve lijst opgesteld met dwingende gronden waarop een inschrijver van verdere deelname aan de procedure dient te worden uitgesloten.⁵¹ Indien een onderneming gerechtelijk is veroordeeld voor een van de in dit artikel genoemde delicten, is verdere deelname uitgesloten. De delicten omvatten meestel ernstige economische strafbare feiten, zoals deelname aan een criminele organisatie, fraude of witwassen. Naast de dwingende gronden uit art. 45 lid 1 Richtlijn 2004/18/EG, geeft lid 2 van dat artikel de gronden waarop aanbestedende diensten de inschrijvers kunnen uitsluiten.⁵² Deze facultatieve gronden zijn overgenomen in art. 2.87 Aw. Een voorbeeld van een dergelijke grond is de situatie dat een inschrijver in een slechte financiële staat verkeert of de wetenschap dat een inschrijver zich in ernstige mate schuldig heeft gemaakt aan valse verklaringen bij het verstrekken van inlichtingen die door een aanbestedende dienst van hem waren verlangd. Aanbestedende diensten kunnen (een van) de facultatieve uitsluitingsgronden van toepassing verklaren in de aanbestedingsprocedure. Indien een aanbestedende dienst van deze discretionaire bevoegdheid gebruik wenst te maken, moet de betreffende facultatieve uitsluitingsgrond expliciet bij de aankondiging van de opdracht of in de aanbestedingsdocumenten van toepassing worden verklaard. Indien een dergelijke grond van toepassing is verklaard, is de aanbestedende dienst verplicht deze grond toe te passen op alle inschrijvers. In het geval een aanbestedende dienst in de procedure geen facultatieve uitsluitingsgronden hanteert, heeft de dienst geen verplichting tot uitsluiting indien een van de gronden van toepassing mocht zijn op een inschrijver. De facultatieve gronden uit art. 2.87 Aw zijn niet limitatief. Een aanbestedende dienst mag namelijk ook andere uitsluitingsgronden opnemen in de procedure, mits deze niet disproportioneel zijn.⁵³

Op grond van art. 2.88 Aw kunnen aanbestedende diensten in drie situaties afwijken van de dwingende en facultatieve uitsluitingsgronden. Dit is in het geval van dwingende redenen van algemeen belang, indien de aanbestedende dienst van oordeel is dat de inschrijver voldoende maatregelen heeft genomen om het geschonden vertrouwen te herstellen of als uitsluiting niet proportioneel is gezien de verstreken tijd sinds de veroordeling en het voorwerp van de opdracht. De gehanteerde uitsluitingsgronden dienen ondubbelzinnig en op een niet voor misverstand vatbare wijze in de aanbestedingsdocumenten vermeld te worden.⁵⁴

In lijn met art. 45 lid 3 Richtlijn 2004/18/EG is in art. 2.89 Aw bepaald welke bewijsmiddelen aanbestedende diensten moeten aanvaarden als voldoende bewijs dat een inschrijver wel of niet aan een van de uitsluitingsgronden voldoet. Bij bijvoorbeeld de dwingende uitsluitingsgronden volstaat een uittreksel van de inschrijver uit het strafregister.

3.1.2 Geschiktheidseisen

Geschiktheidseisen zijn eisen van kwalitatieve aard, ze geven het niveau van bekwaamheden aan waaraan een inschrijver moet voldoen om voor gunning in aanmerking te kunnen komen. De eisen kunnen op grond van art. 2.90 lid 2 Aw betrekking hebben op de financiële toestand, de economische draagkracht, de technische bekwaamheid, de beroepsbekwaamheid en de beroepsbevoegdheid van een inschrijver.⁵⁵

⁵⁰ 'Uitsluitingsgronden', *Pianoo expertisecentrum aanbesteden* 26 maart 2014, www.pianoo.nl (zoek op uitsluiting).

⁵¹ 'Opstellen selectiecriteria', *Pianoo expertisecentrum aanbesteden* 7 maart 2014, www.pianoo.nl (zoek op uitsluiting).

⁵² Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Nouhuys 2009, p. 269.

⁵³ 'Opstellen selectiecriteria', *Pianoo expertisecentrum aanbesteden* 7 maart 2014, www.pianoo.nl (zoek op uitsluiting).

⁵⁴ Hoge Raad 7 december 2012, *ECLI:NL:HR:2012:BW9233 (KPN/Staat)*.

⁵⁵ Artikel 46 t/m 48 Richtlijn 2004/18/EG.

Indien een procedure gevolgd wordt met een voorafgaande selectie, bijvoorbeeld de niet-openbare procedure, wordt de geïnteresseerde ondernemer pas toegelaten tot inschrijving als aan de geschiktheidseisen is voldaan. In overige procedures worden deze eisen pas getoetst na inschrijving. Indien in dat geval niet aan de geschiktheidseisen wordt voldaan, wordt de inschrijving beëindigd.

De aanbestedende diensten stellen zelf per afzonderlijke opdracht de geschiktheidseisen vast waaraan de inschrijvers dienen te voldoen. De aanbestedende diensten beschikken daarbij over een grote mate van beleidsvrijheid. De Aanbestedingswet 2012 is, conform de Richtlijn 2004/18/EG, beperkt tot het regelen van de bewijsmiddelen aan de hand waarvan de vereiste geschiktheid kan worden getoetst. Voor het aantonen van bijvoorbeeld financiële en economische draagkracht geeft de Aanbestedingswet 2012 een limitatieve lijst met bewijsmiddelen.⁵⁶ Dit zijn onder andere bankgaranties, jaarverslagen, jaarrekeningen en omzetverklaringen. Andere bewijsmiddelen dan in de wet beschreven, mogen aanbestedende diensten niet gebruiken. Alternatieve bewijsmiddelen zijn enkel toegestaan indien deze door de inschrijver worden overlegd en de inschrijver daarvoor gegronde redenen heeft.

Anders dan bij de uitsluitingsgronden dient er wel een relatie te bestaan tussen de geschiktheidseisen en de opdracht. Er moet bovendien een duidelijk verband zijn tussen de gestelde eis en de onzekerheid die de aanbestedende dienst daarmee wil tegengaan. Geschiktheidseisen moeten in redelijke verhouding staan tot de omvang en de aard van de aanbestede opdracht. Daarnaast dienen geschiktheidseisen eenduidig te zijn, dus duidelijk en niet voor verschillende uitleg vatbaar. Geschiktheidseisen dienen verder objectief te zijn geformuleerd en consistent te worden toegepast.⁵⁷ Aan de vereisten van objectiviteit, proportionaliteit en eenduidigheid wordt in gerechtelijke procedures niet terughoudend getoetst. De rechter beoordeelt de aanbestedingen in procedures namelijk veelvuldig op deze eisen.⁵⁸ Uit hoofde van art. 2.90 lid 3 Aw mogen de geschiktheidseisen geen betrekking hebben op de omzet van de inschrijvende onderneming. Indien de aanbestedende dienst dit toch wenst, moet deze betreffende eis met zwaarwegende argumenten worden gemotiveerd. Bovendien mag in dat geval op grond van art. 2.90 lid 4 Aw de omzeteis niet groter zijn dan driemaal de waarde van de opdracht.

Geschiktheidseisen dienen vooraf bekend gemaakt te worden. In een later stadium van de aanbestedingsprocedure mogen geen aanvullende geschiktheidseisen gesteld worden, de bestaande eisen mogen evenmin worden gewijzigd of komen te vervallen. Bovendien moet aan alle inschrijvers dezelfde geschiktheidseisen gesteld worden.⁵⁹ Indien een geschiktheidseis niet aan de eisen voldoet, kan deze geschrapt of gewijzigd worden. Bovendien is het mogelijk dat de aanbestedingsprocedure gestaakt wordt. In gerechtelijke procedures staakt de rechter een aanbestedingsprocedure meestal, op basis van het gelijkheidsbeginsel.⁶⁰ De opdracht wordt dan opnieuw aanbesteed, zodat alle potentiële inschrijvers een inschrijving kunnen doen op basis van de geldende criteria.

3.1.3 Selectiecriteria

Selectiecriteria worden gebruikt voor het selecteren van (de meest geschikte) kandidaten voor de opdracht. Het proces van selectie wordt ook wel 'shortlisten' genoemd. Ook de selectiecriteria hebben enkel betrekking op de inschrijver zelf, niet op de ingediende inschrijving.

⁵⁶ Artikel 91 t/m 94 Aanbestedingswet 2012.

⁵⁷ A. Stellingwerff Beintema LOYENS&LOEFF, *De begrippen selectie- en gunningscriteria*, presentatie van Loyens&Loeff: Leusden 13 november 2007 (www.europeseaanbestedingen.eu, zoek op *selectie en gunning*).

⁵⁸ Ter illustratie: Rechtbank Zutphen (vzr.) 22 februari 2008, *ECLI:NL:RBZUT:2008:BC4993*; Rechtbank Zeeland-West-Brabant (vzr.) 9 oktober 2013, *ECLI:NL:RBZWB:2013:7760*; Rechtbank Zeeland-West-Brabant (vzr.) 16 december 2013, *ECLI:NL:RBZWB:2013:9942*.

⁵⁹ Chao-Duivis & Van Wijngaarden, 17, 2010, p. 86-91.

⁶⁰ HvJ EG 4 december 2003, nr. C-448/01 (*Wienstrom*).

Bij de niet-openbare procedure, het concurrentiegericht dialoog en de onderhandelingsprocedure met aankondiging, kan de aanbestedende dienst met behulp van de selectiecriteria bepalen welke ondernemers geschikt worden geacht om uit te nodigen tot het doen van een inschrijving. Het aantal ondernemers dat wordt uitgenodigd om een inschrijving te doen, wordt hiermee dus op voorhand beperkt.⁶¹ Art. 2.99 lid 2 Aw bepaalt dat een aanbestedende dienst reeds bij de aankondiging bekend moet maken wat het aantal ondernemers is dat uiteindelijk toegelaten zal worden. Op grond van lid 3 van dat artikel dient dat aantal bij de niet-openbare procedure ten minste vijf te zijn en bij het concurrentiegericht dialoog en de onderhandelingsprocedure met aankondiging ten minste drie. Op grond van art. 2.100 Aw moet een aanbestedende dienst de selectiecriteria objectief en op niet-discriminerende wijze toepassen.

Een veel gebruikte methode voor 'shortlisten' is het toekennen van punten aan elk selectie criterium. Hierbij kan de methode van absoluut of relatief scores worden gevolgd. Bij de absolute methode wordt de geschiktheid beoordeeld aan de hand van een puntenschaal, waarbij punten worden toegekend aan verschillende eigenschappen. De relatieve methode beoordeelt ondernemers ten opzichte van elkaar. De nummer één op een bepaald onderdeel krijgt de meeste punten, de nummer twee minder enz. De rangorde van inschrijvers hangt dus af van andere inschrijvers. De ondernemers die opgeteld het hoogst scoren worden geselecteerd. De relatieve methoden wordt door aanbestedende diensten in de praktijk als het eenvoudigst ervaren, omdat geen grote kennis van de markt vereist is. Aan deze methode kleven echter een aantal risico's. Irreële inschrijvingen kunnen de rangorde bijvoorbeeld in grote mate beïnvloeden zonder dat de aanbestedende organisatie dit opmerkt.⁶² Bovendien kan het probleem van de rangordeparadox zich voordoen. Hiervan is sprake indien de als eerste geëindigde inschrijver, om welke reden dan ook, wegvalt uit de aanbestedingsprocedure en dat de volgens de oorspronkelijke rangorde als tweede geëindigde inschrijver bij een herbeoordeling (waarin de weggevallene inschrijving niet in aanmerking wordt genomen) niet als eerste inschrijver uit de bus zou komt.⁶³

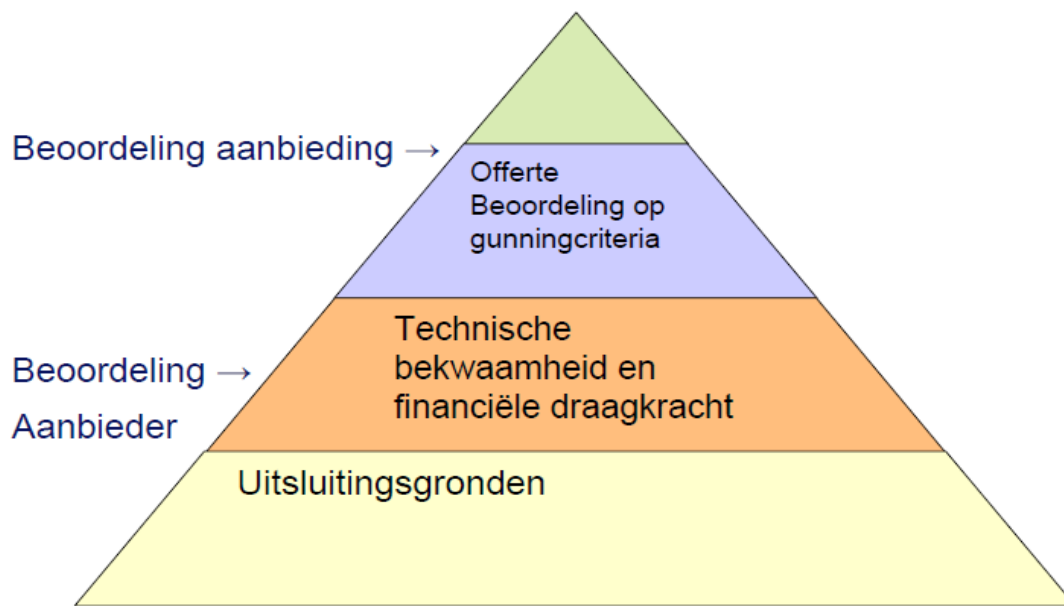
Op 9 mei 2014 heeft de Hoge Raad een opvallende uitspraak gedaan met betrekking tot de problematiek rond de rangordeparadox.⁶⁴ De inschrijving van de als eerste geëindigde inschrijver in de relatieve beoordeling, bleek achteraf ongeldig. Bij een herbeoordeling bleek de aanvankelijk als derde geëindigde inschrijver de nieuwe nummer één te zijn geworden. De aanbestedende gemeente nam zich voor om de opdracht aan de nieuwe winnaar te gunnen. De Hoge Raad is echter van mening dat de opdracht aan de oorspronkelijke nummer twee gegund moet worden. Een bepaalde bepaling uit de aanbestedingsdocumenten moest volgens de Hoge Raad namelijk zo uitgelegd worden dat de gemeente geen herbeoordeling van de scores zal uitvoeren maar de oorspronkelijke rangorde zal handhaven en een bespreking met de als tweede geëindigde inschrijver zal beleggen. Op grond van het transparantiebeginsel is de Hoge Raad van oordeel dat de opdracht aan de oorspronkelijke nummer twee gegund moet worden, in plaats van aan de nieuwe nummer één op basis van een herbeoordeling. De relatieve beoordelingsmethode kan dus tot opmerkelijke gunningsbeslissingen leiden. Na de uitsluiting van de oorspronkelijke winnaar en de herberekening op basis van de relatieve beoordelingsmethodiek was namelijk inschrijver Ricoh de winnende inschrijver, de opdracht moest echter gegund worden aan een andere inschrijver.

⁶¹ M. Jongmans BANNING Advocaten, *Succesvol inschrijven op aanbestedingen*, ebook publicatie van Banning Advocaten te Rotterdam en 's-Hertogenbosch: januari 2014, p. 12.

⁶² R. Meijer & R. Plu, 'Goed scoren in beoordelingen', *Facto Magazine* april 2007 nummer 4.

⁶³ R. Meijer & J. Telgen, 'De risico's van gunningssystemen', *Tender Nieuwsbrief* 2007 / nr. 7, p. 1-3; T.H. Chen, 'Wiskundige eigenschappen van gunningssystemen en hun juridische consequenties', *Tijdschrift Aanbestedingsrecht* 2005, p. 51-61.

⁶⁴ Hoge Raad 9 mei 2014, *ECLI:NL:HR:2014:1078*. Zie ook conclusie A-G mr. Keus.



Beoordelingswijze inschrijvers en inschrijvingen⁶⁵ (Het oranje vlak omvat zowel de geschiktheidseisen als de selectiecriteria).

3.1.4 Gunningcriteria

Zoals in voorgaande afbeelding weergegeven, vindt de uiteindelijke beoordeling van de inschrijving pas plaats na de beoordelingen van de inschrijver. De gunningscriteria zijn de inhoudelijke criteria voor de keuze van de beste aanbieder. Aan de hand van deze criteria worden de inschrijvingen beoordeeld.

In lijn met art. 53 Richtlijn 2004/18/EG heeft de aanbestedende dienst op grond van art. 2.114 Aw keuze uit twee uiteindelijke gunningscriteria:

- gunning op grond van de economisch meest voordelige inschrijving (EMVI)
- gunning op grond van de laagste prijs

In navolging van lid 1 van genoemd artikel gunt, een aanbestedende dienst in principe op grond van de EMVI. Op basis van lid 2 mag de aanbestedende dienst hier echter gemotiveerd van afwijken en de opdracht gunnen op grond van de laagste prijs. Deze keuze dient de aanbestedende dienst dan wel uitvoerig te motiveren.⁶⁶ Indien een aanbestedende dienst een gestandaardiseerde opdracht wil aanbesteden waarvan de minimale kwaliteit op voorhand duidelijk en gedetailleerd vastligt, is de laagste prijs het criterium dat het meest voor de hand ligt.⁶⁷ Op grond van art. 2.110 lid 1 Aw geschiedt de gunning bij toepassing van het concurrentiegericht dialoog altijd op basis van de economisch meest voordelige inschrijving. Omwille van de complexe aard van opdrachten die via het concurrentiegericht dialoog worden aanbesteed, is het criterium van de laagste prijs niet geschikt.

De aanbestedende dienst moet het gunningcriterium dat gehanteerd wordt vermelden in de aanbestedingsdocumenten. Daarnaast moeten de wegingsfactoren en alle overige informatie die voor de inschrijvers relevant is, ook vooraf bekend gemaakt worden.

Een gunning op grond van de EMVI betekent, kort gezegd, dat de inschrijvingen beoordeeld worden op basis van een combinatie van prijs en kwaliteit. Onder kwaliteit valt een grote verscheidenheid aan begrippen, bijvoorbeeld publieksgerichtheid, risicobeheersing en duurzaamheid. Aanbestedende diensten hebben een ruime mate van vrijheid bij het kiezen van de aanbestedingscriteria.⁶⁸ Voorwaarde is wel dat de gestelde criteria ertoe moeten

⁶⁵ A. Stellingwerff Beintema LOYENS&LOEFF, De begrippen selectie- en gunningscriteria, presentatie van Loyens&Loeff: Leusden 13 november 2007.

⁶⁶ Rechtbank Gelderland (vzr.) 24 januari 2014, *ECLI:NL:RBGEL:2014:454*.

⁶⁷ 'Opstellen (sub)gunningscriteria', *Pianoo expertisecentrum aanbesteden* 27 maart 2014, www.pianoo.nl (zoek op *gunnen*).

⁶⁸ Chao-Duvis & Van Wijngaarden, 17, 2010, p. 50.

strekken de economisch meest voordelige inschrijving aan te wijzen.⁶⁹ Voor de waardering van deze kwaliteitseisen wordt gebruikt gemaakt van subgunningscriteria. Subgunningscriteria geven hiermee invulling aan het EVMI criterium. Indien de gunning wordt gebaseerd op de EVMI, moet de aanbestedende dienst op grond van art. 2.115 lid 1 en lid 2 Aw ook de subgunningscriteria bekendmaken in de aankondiging. De subgunningscriteria kunnen onder andere betrekking hebben op de kwaliteit, technische waarde, klantenservice, termijnen en milieukeurmerken. Deze nadere gunningscriteria moeten functioneel zijn voor de aanbesteding, oftewel verband houden met het voorwerp van de opdracht. Bovendien dienen ze duidelijk, precies, objectief en eenduidig geformuleerd te worden. Het is voor aanbestedende diensten niet toegestaan (sub)gunningscriteria tijdens de aanbestedingsprocedure te wijzigen en/of nieuwe (sub)gunningscriteria toe te voegen.⁷⁰ Indien in de procedure een ongeldig gunningscriterium wordt gehanteerd, wordt de aanbestedingsprocedure afgebroken en zal de aanbestedende dienst de opdracht opnieuw moeten aanbesteden.⁷¹

3.2 Grossmann-arrest

Alle eisen die door de aanbestedende dienst aan de inschrijvers en inschrijvingen gesteld worden, zullen in de aanbestedingsdocumenten worden opgenomen. De inschrijvers kunnen op basis hiervan beoordelen of ze in aanmerking komen voor de uitvoering van de aanbestede opdracht. Indien een ondernemer een inschrijving wil doen, kan deze inschrijving vormgegeven worden aan de hand van de gestelde criteria. Zoals in het reeds besproken Succi di Frutta-arrest is bepaald, is het op grond van het transparantiebeginsel van belang dat alle eisen op duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze worden geformuleerd zodat ze begrijpelijk zijn voor de inschrijvers.

Van een inschrijver of potentiële inschrijver mag een proactieve houding verwacht worden. Dit houdt in dat een inschrijver tegen onduidelijkheden en onvolkomenheden in de aanbestedingsdocumenten op moet komen in een stadium waarin de aanbestedende dienst deze onduidelijkheden nog kan herstellen. Het Europese Hof van Justitie heeft dit in het Grossmann-arrest bepaald.⁷² Indien een inschrijver meent dat de aanbestedende dienst een inbreuk maakt op het aanbestedingsrecht en/of een van de uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen, selectiecriteria of gunningscriteria niet geldig hanteert, dan moet de inschrijver hier direct tegen opkomen. Indien een inschrijver dit verzuimt en pas in een eventuele gerechtelijk procedure een beroep doet op een vermeende inbreuk, loopt de inschrijver het risico niet-ontvankelijk te worden verklaard.⁷³ De inschrijver moet dus in een zo vroeg mogelijk stadium een eventuele klacht kennis geven aan de aanbestedende dienst. Indien er onduidelijkheden bestaan over een bepaald criterium, moet de inschrijver vragen stellen.⁷⁴ Op deze wijze is het voor de aanbestedende dienst nog mogelijk eventuele zaken te herstellen.⁷⁵ Als het betwiste criteria ongewijzigd blijft, wordt van de inschrijver verwacht dat hij bezwaar maakt voordat hij een inschrijving doet. Dit bezwaar kan bijvoorbeeld worden gemaakt door aanvullende vragen te stellen, nadere bezwaren aan te voeren of een kort geding te starten. Indien de inschrijver dit niet doet, maar in plaats daarvan gewoon een inschrijving uitbrengt, is het recht verwerkt om in een gerechtelijke procedure een beroep te

⁶⁹ HvJ EG 20 september 1998, nr. 31/87 (*Beentjes*).

⁷⁰ Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Nouhuys 2009, p. 417-429.

⁷¹ HvJ EG 4 december 2003, nr. C-448/01 (*Wienstrom*).

⁷² HvJ EG 12 februari 2004, nr. C-230/02 (*Grossmann*).

⁷³ 'Alcatel- en Grossmannarrest', *Kennisportal Europese Aanbesteding* 1 april 2014, www.europeseaanbestedingen.eu (zoek op *grossmann*).

⁷⁴ Rechtbank Overijssel (vzr.) 28 maart 2014, *ECLI:NL:RBOVE:2014:1601*.

⁷⁵ Rechtbank Midden-Nederland (vzr.) 30 januari 2013, *ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ0197*.

doen op het betwiste criterium.⁷⁶ De inschrijver is dus als het ware medeverantwoordelijk voor duidelijke, precieze en ondubbelzinnige aanbestedingsdocumenten.⁷⁷

In aanbestedingsprocedures wordt regelmatig een Grossmann-verweer gevoerd. Dit verweer houdt in dat een aanbestedende dienst of een andere partij in de procedure zich beroept op de verwerking van het recht om in de gerechtelijke procedure pas op te komen tegen onduidelijkheid of onvolkomenheid van een of meerdere gestelde criteria. Het verweer wordt, afhankelijk van de omstandigheden, in sommige gevallen aangenomen en in andere gevallen niet.⁷⁸

Het Grossmann-arrest leidt tot strategische afwegingen voor inschrijvers. Het is voor inschrijver immers mogelijk om een inschrijving te doen, ondanks dat hij onduidelijkheid of onvolkomenheid in de aanbestedingsdocumenten heeft ontdekt. Indien de inschrijver uiteindelijk de opdracht gegund krijgt, is er voor de inschrijver geen reden geweest voor een klacht. Het risico is echter dat de opdracht ook aan een andere inschrijver gegund kan worden. De afgewezen inschrijver die de fout ontdekt heeft, maar deze fout niet op voorhand heeft aangekaart bij de aanbestedende dienst, kan in een eventuele gerechtelijke procedure alsnog proberen zich te beklagen over de fout met als doel een bevel tot heraanbesteding. Het Grossmann-arrest heeft een drempel opgeworpen voor inschrijvers die zich na de gunning pas beklagen, de tegenpartij kan immers een Grossmann-verweer voeren.

3.3 Knock-out criteria

Een aanbestedende dienst beoordeelt iedere inschrijver en iedere inschrijving op grond van het pakket aan verschillende (soorten) eisen die de dienst heeft gesteld. Door middel van het stellen van de juiste eisen bewerkstelligt de aanbestedende dienst dat de juiste kandidaat geselecteerd wordt voor de uitvoering van de opdracht. Met het stellen van bepaalde criteria kan de aanbestedende dienst dus sturing geven aan de uiteindelijke gunning. In sommige situaties weegt een bepaalde geschiktheidseis, selectiecriterium of gunningscriterium voor een aanbestedende dienst zo zwaar, dat een inschrijver of inschrijving moet worden uitgesloten van deelname aan de aanbestedingsprocedure indien niet aan de eis of het criterium wordt voldaan. Zoals hierboven reeds kort aangehaald, worden deze criteria aangeduid met de term 'knock-out-criteria' of 'knock-out eisen'. Indien een inschrijver of inschrijving niet aan de gestelde knock-out-criteria voldoet, komt de inschrijver niet in aanmerking voor de aanbesteding.⁷⁹

Het is dus van wezenlijk belang voor een inschrijver om aan deze knock-out eisen te voldoen. De eis dat een inschrijver over een bepaalde vergunning moet beschikken is een voorbeeld van een knock-out eis, hetzelfde geldt voor de eis dat alle prijzen die een inschrijver opgeeft kostendekkend moeten zijn. In het volgende hoofdstuk wordt beschreven wat in het aanbestedingsrecht wordt verstaan onder strategische en manipulatieve inschrijvingen. Daarop vooruitlopend kan hier alvast opgemerkt worden dat aanbestedende diensten in sommige gevallen trachten deze inschrijvingen buiten de deur te houden door middel van het stellen van bepaalde knock-out eisen, waardoor strategische en/of manipulatieve inschrijvingen niet voor gunning in aanmerking komen.

⁷⁶ N. Kolthof & L. Bozkurt, 'Is een symbolische inschrijving geldig, of niet', *IT en Recht* 1 april 2014, www.itenrecht.nl (zoek op *grossmann*).

⁷⁷ Rechtbank Groningen (vzr.) 12 oktober 2012, *ECLI:NL:RBGRO:2012:BY3312*.

⁷⁸ Voorbeeld wel aangenomen: Rechtbank Oost-Brabant (vzr.) 10 januari 2012, *ECLI:NL:RBOBR:2013:BY9055*; voorbeeld niet aangenomen: Rechtbank Limburg (vzr.) 22 augustus 2012, *ECLI:NL:RBLIM:2013:4922*.

⁷⁹ M. Maris, Van Till Advocaten & I. Hardenbol-Boon, MKB Nederland, *Eerste hulp bij aanbesteden. Over valkuilen en hoe ze te vermijden*, Nootdorp: Business Print 2009, p. 40.

4. Strategische en manipulatieve inschrijvingen

Onderhavig onderzoek richt zich op de vraag met welke criteria een aanbestedende dienst strategische dan wel manipulatieve inschrijvingen kan weren van deelname aan een aanbestedingsprocedure. In het volgende hoofdstuk wordt ingegaan op deze knock-out criteria. Daaraan voorafgaand zal in dit hoofdstuk aan de orde komen wat strategische en manipulatieve inschrijvingen zijn en waarom deze vormen van inschrijven door aanbestedende diensten niet altijd wenselijk worden geacht.

4.1 Omschrijving strategisch inschrijven

In het voorgaande hoofdstuk zijn de verschillende criteria besproken waarop een aanbestedende dienst de inschrijvers en inschrijvingen beoordeeld. Op basis van de ruimte die deze gunningsmethodiek biedt, zal de inschrijver proberen een zo hoog mogelijke score te halen. Een dergelijke manier van inschrijven wordt 'strategisch inschrijven' genoemd. Er bestaat geen algemene definitie voor deze manier van inschrijven. Kort gezegd wordt er met een strategische inschrijving bedoeld dat 'een inschrijver de bieding op zodanige wijze inricht dat daarmee het maximaal aantal punten wordt gescoord'.⁸⁰

Er zijn talrijke variaties van strategische inschrijvingen, maar in de kern gaat het meestal om een inschrijving waarbij de inschrijver probeert, vaak met het oog op enige mate van beïnvloeding van de gunnings- en wegingssystematiek, de kans op gunning te maximaliseren. Er wordt dus gekeken naar de mogelijkheden die de aanbestedingsdocumenten bieden.⁸¹

In de aanbestedingsstukken staan de verschillende onderdelen van de opdracht. Bijvoorbeeld afzonderlijke onderdelen betreffende de aanschafprijs van een product, de onderhoudskosten en de prijs voor de aanschaf van noodzakelijke accessoires. De aanbestedende dienst kan er in de gunningsmethodiek voor kiezen om aan deze onderdelen aparte scores voor prijselementen toe te kennen en hier afzonderlijke wegingsfactoren aan te koppelen. Een inschrijver kan er in die situatie voor kiezen om bij een hoge wegingsfactor een lage prijs te vermelden en bij een lage wegingsfactor een hogere prijs. De inschrijver richt zich dan op het onderdeel waar de meeste punten te behalen zijn, zodat de hoogste score behaald wordt. Het staat een onderneming immers in beginsel vrij zelf uit te maken hoe zij haar kosten toerekent aan de verrichte diensten.⁸² Een andere vorm van strategisch inschrijven, is een inschrijving vanuit een markttechnisch oogpunt. Om een marktpositie te veroveren, kan een inschrijver een scherpe inschrijving doen doormiddel van het opgeven van een lage prijs.

Het gevolg van deze wijze van inschrijven kan zijn dat de inschrijver, die uiteindelijk de hoogste score haalt, in praktijk niet de economisch meest voordelige inschrijver of de goedkoopste inschrijver is. Het kan dus voorkomen dat een andere inschrijver dan de goedkoopste of economisch meest voordelige inschrijver de opdracht moet krijgen, omdat hij nu eenmaal de hoogste score heeft behaald. Dit resultaat is voor aanbestedende diensten niet wenselijk.

4.1.1 Toelaatbaarheid van strategische inschrijvingen

De nationale en Europese wet- en regelgeving geeft geen beoordeling van strategische inschrijvingen. In feite is een strategische inschrijving slechts een poging van de inschrijver om een zo hoog mogelijke score te behalen met de eigen inschrijving.⁸³ Rechters hebben daar in het algemeen begrip voor. Zo herhaalt het Gerechtshof 's-Gravenhage in 2010 als

⁸⁰ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 9 april 2013, *ECLI:NL:GHARL:2013:BZ8213*.

⁸¹ A.Fischer-Braams, 'Grenzen aan strategisch inschrijven', *Tender Nieuwsbrief* nummer 5 14 juli 2011.

⁸² Rechtbank Rotterdam (vzr.) 24 december 2008, *ECLI: NL:RBROT:2008:BG8849*.

⁸³ M. de Meij & G. Verberne, Van Doorne Advocaten en notarissen, 'Strategisch inschrijven en de Code', *Facto Magazine* nummer 10 oktober 2011.

volgt: 'Zoals het hof eerder heeft overwogen op 28 april 2005⁸⁴ is het enkel indienen van een 'strategische inschrijving', waarbij binnen de mogelijkheden die het gunningscriterium biedt, wordt geschoven met bijvoorbeeld tarieven, niet strijdig met het aanbestedingsrecht. Indien op een bepaald onderdeel relatief meer punten kunnen worden binnengehaald dan op een ander onderdeel ligt het vanuit een oogpunt van (eerlijke) concurrentie veeleer voor de hand dat de inschrijver zich richt op het meest verdienende onderdeel en juist daarop de hoogste score probeert te verkrijgen'.⁸⁵ Indien de gunningssystematiek strategische inschrijvingen mogelijk maakt, staat het alle inschrijvers in dezelfde mate vrij naar eigen inzicht daarvan gebruik te maken.⁸⁶ Ook volgens Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Nouhuys is strategisch biedgedrag geoorloofd. Gunningscriteria zijn immers bedoeld om duidelijk te maken op welke wijze de aanbestedingsprocedure kan worden gewonnen.⁸⁷ Het kan inschrijvers dus moeilijk verweten worden dat zij daar naar handelen.⁸⁸ Het is, in sommige gevallen, bijvoorbeeld toegestaan om op een onderdeel met een zeer laag tarief in te schrijven.⁸⁹ Bovendien hebben inschrijvers de vrijheid om, binnen de gegeven kaders, de aanbestede opdracht naar eigen inzicht uit te voeren. De kosten die daaraan gebonden zijn, komen ter beoordeling van de inschrijver en kunnen derhalve afwijken van hetgeen de aanbestedende dienst verwacht. Een inschrijving met een laag tarief hoeft dus geen ontoelaatbare inschrijving te zijn.⁹⁰ Ook een inschrijving waarvan de prijzen waarmee is ingeschreven sterk afwijken van de inschrijvingen van de overige aanbieders, is niet zonder meer een onacceptabele inschrijving.⁹¹

Vanuit zowel het inkooptechnisch als het juridisch oogpunt, zijn er geen bezwaren tegen strategische inschrijvingen die enkel zijn bedoeld om de kans op gunning te vergroten.⁹² In sommige gevallen maakt de inschrijver echter op een wel erg 'handige' wijze gebruik van de ruimte in de gunningssystematiek. De grens van het toelaatbare is niet in het algemeen te bepalen en zal van geval tot geval bekeken moeten worden.⁹³ Hierover ontstaan regelmatig gerechtelijke procedures.

Het uitgangspunt is dus dat een strategische inschrijving in beginsel is toegestaan.⁹⁴ Op het moment dat de 'handigheid' van de inschrijver echter een bepaalde grens overschrijdt, kan de inschrijving worden aangemerkt als manipulatieve inschrijving.⁹⁵

4.2 Manipulatieve inschrijvingen

Een strategische inschrijving is niet hetzelfde als een manipulatieve inschrijving. Bij een manipulatieve inschrijving wordt op een ontoelaatbare wijze gebruik gemaakt van de ruimte in de beoordelingssystematiek. Er wordt van een manipulatieve inschrijving gesproken indien de inschrijver afbreuk doet aan het beoordelingssysteem. Van een dergelijke afbreuk is onder andere sprake indien de inschrijving:

- irreëel (feitelijk onmogelijk) is,
- in strijd is met de eisen van de opdracht,
- de kwaliteit van de opdracht beschadigt,
- de toepassing van de beoordelingssystematiek onmogelijk maakt.⁹⁶

⁸⁴ Gerechtshof 's-Gravenhage 28 april 2005, *ECLI:NL:GHSGR:2005:AW7668*.

⁸⁵ Gerechtshof 's-Gravenhage 9 februari 2010, *ECLI: NL:GHSGR:2010:BP5012*.

⁸⁶ Rechtbank Utrecht (vzr.) 16 december 2011, *ECLI:NL:RBUTR:2011:BU8401*.

⁸⁷ Rechtbank 's-Gravenhage (vzr.) 23 februari 2011, *ECLI: NL:RBSGR:2011:BP7444*.

⁸⁸ Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Nouhuys 2009, p. 435.

⁸⁹ Rechtbank Den Haag (vzr.) 5 februari 2013, *ECLI:NL:RBDHA:2013:BZ4192*.

⁹⁰ Rechtbank Gelderland (vzr.) 28 augustus 2008, *ECLI:NL:RBGEL:2013:4134*.

⁹¹ Rechtbank Rotterdam (vzr.) 24 december 2008, *ECLI:NL:RBROT:2008:BG8849*.

⁹² T.H. Chen, 'Strategisch en manipulatief inschrijven bij aanbestedingen', *Tijdschrift Aanbestedingsrecht* 2011-325-337.

⁹³ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 9 april 2013, *ECLI:NL:GHARL:2013:BZ8213* (r.ov. 4.7).

⁹⁴ Rechtbank Den Haag (vzr.) 5 februari 2013, *ECLI:NL:BRDHA:2013:BZ4192*.

⁹⁵ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 9 april 2013, *ECLI:NL:GHARL:2013:BZ8213*.

⁹⁶ Rechtbank Oost-Brabant (vzr.) 5 maart 2014, *ECLI:NL:RBOBR:2014:1110*.

Van een irreële inschrijving is sprake indien van te voren kan worden vastgesteld dat de inschrijving niet uitvoerbaar is. Bij de uitvoering van de opdracht kunnen dan immers uitvoeringsproblemen worden verwacht. Ook wanneer een inschrijving bijzonder hoog of laag is wegens een verkeerde interpretatie van de opdracht, is de inschrijving irreëel. Dit is vanzelfsprekend enkel het geval indien de aanbestede opdracht voor elke normaal oplettende inschrijver duidelijk te begrijpen was.⁹⁷

Indien een aanbestedende dienst een inschrijving ontvangt die abnormaal laag lijkt, kan dat wijzen op een irreële inschrijving. Voordat de aanbestedende dienst de inschrijving afwijst, dient zij op grond van art. 2.116 Aw de inschrijver schriftelijk te verzoeken om de noodzakelijke verduidelijkingen van de samenstelling van de betreffende inschrijving. Indien een aanbestedende dienst en een inschrijver twisten over een al dan niet reële inschrijving, is het aan de inschrijver om aan te tonen dat haar inschrijving op een verantwoorde wijze tot stand is gekomen.⁹⁸ Er is geen verplichting voor aanbestedende diensten om abnormaal lage aanbiedingen uit te sluiten in de aanbestedingsprocedure.⁹⁹ Een abnormaal lage inschrijving is namelijk niet zonder meer een ongeldige inschrijving.¹⁰⁰

Ook indien het doel van de beoordelingssystematiek wordt verstoord, is er sprake van een manipulatieve inschrijving.¹⁰¹ Hiervan kan sprake zijn wanneer de inschrijver bepaalde aannames van een aanbestedende dienst miskent.¹⁰² Gunningsmethodieken zijn vaak gebaseerd op bepaalde aannames. Een voorbeeld: aanbestedende diensten vertrouwen erop dat inschrijvers een inschrijving doen naar waarheid van feiten en aangeboden prijzen. Door dit vertrouwen te schaden, is het mogelijk de gunningsmethodiek te manipuleren.¹⁰³ Ook de miskenning van het door de aanbestedende dienst gestelde kader waarbinnen de inschrijving moet worden verricht, verstoort de beoordelingssystematiek.¹⁰⁴

Daarnaast is een inschrijving als manipulatief aan te merken indien de inschrijving leidt tot afbreuk aan de kwaliteit van de aanbestede opdracht. Hiervan is sprake als de inschrijver de kwaliteit van de aangeboden prestatie niet kan waarborgen.¹⁰⁵ Of als op voorhand al vaststaat dat de aanbieding van de inschrijver na eventuele gunning van de opdracht, zal leiden tot toerekenbaar tekortschieten door de inschrijver.¹⁰⁶

Ook indien een inschrijver inschrijft zonder zich daarbij strikt te houden aan de voorschriften uit de aanbestedingsdocumenten, is er sprake van een ontoelaatbare inschrijving. Zoals in het vorige hoofdstuk is behandeld, heeft het Hof van Justitie in het Storebaelt-arrest bepaald dat inschrijvers gehouden zijn de inschrijvingen te laten beantwoorden aan de criteria uit de aanbestedingsdocumenten.¹⁰⁷ Het zou immers in strijd zijn met het gelijkheidsbeginsel indien aanbestedende diensten afwijkende inschrijvingen in de beoordeling zou meenemen.

Inschrijvingen met negatieve prijzen, dus prijzen onder €0,-, zijn in de jurisprudentie al meerdere malen als manipulatieve inschrijvingen beoordeeld.¹⁰⁸ Het aanbieden van een negatieve prijs van - €100.000,- is een voorbeeld van een oneigenlijke inschrijving. Het ligt immers niet in lijn met het gebruikelijke handelsverkeer om op een onderdeel €100.000,- toe te geven. Bovendien kan een negatieve inschrijving het gunningssysteem op een

⁹⁷ Rechtbank Den Haag (vzr.) 29 oktober 2013, *ECLI:NL:RBDHA:2013:16423*.

⁹⁸ Rechtbank 's-Gravenhage (vzr.) 23 juli 2009, *ECLI:NL:RBSGR:2009:BJ3940*.

⁹⁹ Rechtbank Zwolle-Lelystad (vzr.) 9 oktober 2008, *ECLI:NL:RBZLY:2008:BH3537*.

¹⁰⁰ Rechtbank 's-Gravenhage (vzr.) 20 juni 2008, *ECLI:NL:RBSGR:2008:BD5333*.

¹⁰¹ Rechtbank Rotterdam (vzr.) 31 januari 2013, *ECLI:NL:RBROT:2013:BZ1895*.

¹⁰² Rechtbank Breda (vzr.) 6 oktober 2010, *ECLI:NL:RBBRE:2010:BO0109*.

¹⁰³ Chao-Duivis & Van Wijngaarden, 17, 2010, p. 316.

¹⁰⁴ Rechtbank Arnhem (vzr.) 11 juni 2010, *ECLI:NL:RBARN:2010:BN0353*.

¹⁰⁵ Rechtbank Amsterdam 29 juli 2008, *X/Y*, TBR 2008/181, p. 958.

¹⁰⁶ Rechtbank Arnhem (vzr.) 24 oktober 2008, *ECLI:NL:RBARN:2008:BG3627*.

¹⁰⁷ HvJ EG 22 juni 1993, nr. C-243/89, r.ov. 33 & 37 (*Storebaelt*).

¹⁰⁸ T.H. Chen, 'De speltheoretisch voordeligste inschrijving', *Tijdschrift Aanbestedingsrecht* 2007/6, p. 10; Rechtbank 's-Gravenhage (vzr.) 21 juli 2008, *ECLI:NL:RBSGR:2008:BD9873*.

ontoelaatbare wijze beïnvloeden.¹⁰⁹ Toch is niet elke negatieve inschrijving aan te merken als een manipulatieve inschrijving. Indien de mogelijkheid van een negatieve eindscore besloten ligt in de beoordelingssystematiek en dit niet uitdrukkelijk verboden is, kan het voor een inschrijver toelaatbaar zijn om een inschrijving te doen waaruit een negatieve eindscore komt.¹¹⁰

Over de vraag of inschrijvingen met een 'nulprijs' wel zijn toegestaan, is geen eenduidig antwoord te geven. Bij een dergelijke inschrijving verbindt de inschrijver aan een bepaald onderdeel helemaal geen kosten en schrijft dus in met €0,-. Afhankelijk van de beoordelingscriteria en de beoordelingssystematiek worden 'nulprijzen' in sommige gevallen toegestaan¹¹¹ en in andere gevallen als manipulatief bestempeld.¹¹² Ook het inschrijven met een symbolisch bedrag van bijvoorbeeld €0,01 kan manipulatief zijn.¹¹³ Het volgende hoofdstuk zal dieper op de begrippen negatieve, symbolische en nulprijzen ingaan. Hiervoor is reeds aangegeven dat het inschrijvers in beginsel vrij staat om in een bepaalde mate te schuiven met kosten over de verschillende te beprijsen onderdelen. Het hanteren van zeer lage tarieven bij een hoge wegingsfactor en zeer hoge tarieven bij een lage wegingsfactor kan echter de grenzen van een geoorloofde strategische inschrijving overschrijden en manipulatief verworden. Dit is bijvoorbeeld het geval indien de inschrijver bij een hoge wegingsfactor 27 keer lager inschrijft dan het laagste tarief van de overige vier inschrijvers en bij de lage wegingsfactor 28 keer hoger.¹¹⁴ Een inschrijving kan, kortom, op verschillende gronden als manipulatief aangemerkt worden.

4.3 Transparantiebeginsel en strategische inschrijvingen

In de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie en daarmee dus in het aanbestedingsrecht, wordt veel belang gehecht aan het - in hoofdstuk 2 omschreven - transparantiebeginsel. Aanbestedende diensten dienen vooraf op duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze de criteria in de aanbestedingsstukken te beschrijven. Inschrijvers zijn dus voorafgaand aan het doen van een inschrijving volledig op de hoogte van de wijze waarop de inschrijving beoordeeld zal worden.¹¹⁵ Dit biedt inschrijvers de mogelijkheid om in te spelen op het beoordelingsmodel, iets wat in de vorige eeuw niet mogelijk was omdat inschrijvers toen geen idee hadden van de wijze waarop beoordeeld werd. Het transparantiebeginsel werkt dus strategische inschrijvingen in de hand. Volgens Chen 'zal dit risico vanzelf verdwijnen wanneer en daadwerkelijk volledige transparantie in acht genomen wordt en er geen slecht ontworpen beoordelingsmodellen meer worden gebruikt.'¹¹⁶ Het alternatief, waarbij de aanbestedende dienst in het duister laat hoe de beoordeling exact wordt uitgevoerd is (al in het jaar 2006) expliciet verboden door de voorzieningenrechter van de Rechtbank Utrecht.¹¹⁷ De rechter oordeelde dat: 'het voorkomen van strategische biedingen niet mag worden gezocht in het geheimhouden van de wijze van beoordeling.'¹¹⁸ Een aanbestedende dienst is op grond van de algemene (Europese) aanbestedingsbeginselen hoe dan ook gehouden aan het beginsel van transparantie.

¹⁰⁹ Rechtbank Amsterdam (vzr.) 30 januari 2003, *ECLI:NL:RBAMS:2003:BD0459* (in de databank kennelijk abusievelijk gedateerd op 30 november 2003).

¹¹⁰ Rechtbank 's-Gravenhage (vzr.) 21 maart 2011, *ECLI:NL:RBSGR:2011:BU6124*.

¹¹¹ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 10 januari 2012, *ECLI:NL:GHSHE:2012:BV1126*; Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 9 april 2013, *ECLI:NL:GHARL:2013:BZ8213*.

¹¹² Rechtbank Rotterdam (vzr.) 24 december 2008, *ECLI:NL:RBROT:2008:BG8849*.

¹¹³ Rechtbank 's-Gravenhage (vzr.) 22 februari 2012, *ECLI:NL:RBSGR:2012:BV8345*.

¹¹⁴ Rechtbank Breda (vzr.) 6 oktober 2010, *ECLI:NL:RBBRE:2010:BO0109*.

¹¹⁵ Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Nouhuys 2009, p. 417-420.

¹¹⁶ T.H. Chen, 'Strategisch en manipulatief inschrijven bij aanbestedingen', *Tijdschrift Aanbestedingsrecht* 2011-325, p. 11.

¹¹⁷ T.H. Chen, 'De speltheoretisch voordeligste inschrijving', *Tijdschrift Aanbestedingsrecht* 2007/6, p. 11.

¹¹⁸ Rechtbank Utrecht (vzr.) 19 december 2006, rolnr. KG ZA 06-1110, TA 2007/28 (*Versatel Nederland B.V. / ICT Politie*) r.o. 4.8.

4.4 Strategische inschrijvingen waren

Ten tijde van de inschrijving is het niet altijd duidelijk of een inschrijving strategisch is en daarmee dus in principe toegestaan, of manipulatief is en daarmee dus niet toegestaan. Aanbestedende diensten mogen manipulatieve inschrijvingen zonder meer weigeren van deelname aan de aanbestedingsprocedure. Indien echter achteraf in een gerechtelijke procedure blijkt dat de inschrijving niet als manipulatief maar als strategische aan te merken is, levert dat problemen op voor de aanbestedende dienst. De inschrijving had in dat geval immers niet geweigerd mogen worden in de aanbestedingsprocedure.

Aanbestedende diensten beschouwen strategische inschrijvingen daarnaast ook niet altijd als wenselijk, omdat het tot gevolg kan hebben dat de uiteindelijke winnaar niet de economisch meest voordelige of goedkoopste inschrijver is.

Om voorgaande redenen trachten aanbestedende diensten in sommige gevallen strategische, dan wel manipulatieve, inschrijvingen te voorkomen door middel van het stellen van bepaalde eisen aan de inschrijvingen.¹¹⁹ Welke criteria aanbestedende diensten met dat doel kunnen stellen (en de toelaatbaarheid daarvan) komt in de volgende hoofdstukken aan de orde.

¹¹⁹ Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Nouhuys 2009, p. 435.

5. Knock-out criteria

Zoals in het vorige hoofdstuk omschreven, zijn strategische inschrijven in principe toelaatbaar. In sommige gevallen wensen aanbestedende diensten strategische inschrijvingen echter uit te sluiten van de aanbestedingsprocedure. Wat wenselijk is en wat niet, hangt af van de aard van de opdracht, de aanbestedende dienst en de verschillende belangen. Omdat strategische inschrijvingen in beginsel toegestaan zijn, kunnen dergelijke inschrijvingen niet zomaar ter zijde geschoven worden.

Op grond van het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel, zal de aanbestedende dienst aan inschrijvers voldoende duidelijk moeten maken dat strategische inschrijvingen niet voor gunning in aanmerking komen. Eisen die strategische inschrijvingen uitsluiten van de aanbestedingsprocedure, zijn knock-out eisen zoals omschreven in hoofdstuk 3.

Hieronder worden verschillende methoden besproken die een aanbestedende dienst kan hanteren om strategische inschrijvingen tegen te gaan. Indien de aanbestedingsdocumenten strategisch inschrijven verbieden, dan is de aanbestedende dienst ook daadwerkelijk verplicht zich aan dit uitgangspunt te houden en strategische inschrijvingen uit te sluiten.¹²⁰

Manipulatieve inschrijven zijn per definitie ontoelaatbaar. Aanbestedende diensten kunnen in de aanbestedingsdocumenten een knock-out eis opnemen die ziet op manipulatieve inschrijvingen, maar deze zijn in dat geval vaak overbodig.¹²¹ Een dergelijke eis zou echter wel kunnen bijdragen aan de bewijspositie van een aanbestedende dienst indien zij een inschrijver uitsluit wegens manipulatie.

5.1 'Een strategische inschrijving is ontoelaatbaar'

De meest voor de hand liggende wijze waarop aanbestedende diensten kunnen trachten strategische inschrijven te voorkomen, lijkt het opnemen van de eis: 'een strategische inschrijving is ontoelaatbaar'. Deze enkele eis is echter niet voldoende om een vermeende strategische inschrijving ter zijde te leggen in de aanbestedingsprocedure. Een strategische inschrijving is immers een toelaatbare wijze van inschrijven, welke niet zonder meer door een aanbestedende dienst ter zijde geschoven kan worden. Bovendien geeft de eis geen enkele omschrijving van hetgeen de aanbestedende dienst onder strategische inschrijvingen verstaat en welke vormen van strategische inschrijven eventueel wel toelaatbaar zijn.¹²² Het is dus voor de inschrijvers onduidelijk op welke wijze zij de inschrijving wel vorm mogen geven. Elke geformuleerde eis die enkel 'strategische inschrijvingen' uitsluit, zonder een nadere invulling van dit begrip, zal weinig duidelijkheid opleveren.¹²³ Een dergelijke eis is dus in strijd met het transparantiebeginsel. Wanneer de aanbestedingsstukken een omschrijving geven van het begrip 'strategisch' en het door middel van die omschrijving mogelijk wordt om de toelaatbaarheid van vermeende strategische inschrijvingen te toetsen, is het in principe wel mogelijk om een dergelijke eis te stellen. Als een aanbestedende dienst een inschrijving uitsluit vanwege het strategische karakter van die inschrijving, dan moet de dienst in staat zijn om aan te tonen waarom er sprake is van een strategische inschrijving en waarom die inschrijving op grond van de aanbestedingsdocumenten niet toelaatbaar is. Dit moet dus duidelijk vooraf omschreven worden. De aanbestedende dienst kan invulling geven aan het verbod op strategische inschrijvingen door het opnemen van bepaalde nadere eisen. Hieronder zullen dergelijke eisen besproken worden.

¹²⁰ Rechtbank Amsterdam (vzr.) 1 april 2011, *ECLI:NL:RBAMS:2011:BQ3350*.

¹²¹ Rechtbank Zwolle-Lelystad (vzr.) 18 april 2012, *ECLI:NL:RBZLY:2012:BW8287*.

¹²² Rechtbank Rotterdam (vzr.) 24 december 2008, *ECLI:NL:RBROT:2008:BG8849*.

¹²³ Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Nouhuys 2009, p. 435.

5.2 Realistisch en marktconform

Een aanbestedende dienst kan strategische inschrijvingen proberen te voorkomen door inschrijvers voor te schrijven dat zij 'realistische' aanbiedingen moeten doen. Deze eis wordt vaak gesteld in combinatie met de eis dat de aangeboden prijzen 'marktconform' moeten zijn. Als een aanbestedende dienst de eis stelt dat op alle onderdelen en dus voor ieder prijselement met een realistische en marktconforme prijs ingeschreven moet worden, dan beoogt de dienst daarmee strategische inschrijvingen geen kans te geven.

Sommige aanbestedende diensten verduidelijken deze begrippen en vullen in de aanbestedingsstukken nader in wat onder deze begrippen moet worden verstaan. Er zijn ook aanbestedende diensten die geen verdere omschrijving geven.

Een prijs wordt als realistisch beschouwd indien deze in overeenstemming is met de werkelijkheid. Als de uitvoering van de inschrijving in de praktijk niet onmogelijk is, is deze dus realistisch.¹²⁴ Bij het hanteren van de marktconformiteitseis kan de aanbestedende dienst

nadere inhoudelijke begrippen stellen, zoals 'kostendekkende prijzen', 'in de markt gebruikelijke prijzen' of 'eerlijke prijzen'. De aanbestedende dienst kan bijvoorbeeld ook voorschrijven dat geen gebruik mag worden gemaakt van 'price dumping'.¹²⁵ In feite wordt met al deze begrippen hetzelfde doel nagestreefd.

Indien een inschrijver aangeeft de vereiste marktconformiteit en realisme in acht te hebben genomen, moet de inschrijver ook in staat zijn om een deugdelijke verklaring te geven voor deze prijzen. De aanbestedende dienst mag dan in beginsel uitgaan van de juistheid van hetgeen de inschrijver heeft verklaard.¹²⁶ In het volgende hoofdstuk zal hierbij een kanttekening gemaakt worden.

Het verbod op niet-marktconforme en niet-realistische inschrijfprijzen verbiedt dus een dusdanige manier van strategisch inschrijven. De hamvraag bij deze eis is natuurlijk wat moet worden verstaan onder de begrippen 'marktconform' en 'realistisch'. De bepaling hiervan is casuïstisch en hangt af van verschillende factoren, zoals de branche en de economische situatie. Het is voor de aanbestedende dienst bovendien lastig om vooraf in te schatten of te bepalen wat een marktconforme en realistische inschrijving is. Het is in sommige situaties lastig vast te stellen of een inschrijver het verbod heeft overtreden.¹²⁷

Een aanbestedende dienst kan ook bandbreedtes vastleggen ter bepaling van de marktconformiteit van de ingeschreven prijzen. De dienst kan bijvoorbeeld vaststellen dat alle inschrijvingen tussen >30% en <30% van een gewogen gemiddelde van alle inschrijvers als marktconform worden aangemerkt en alle inschrijvingen daarbuiten als niet marktconform en derhalve uitgesloten van de aanbestedingsprocedure. Een dergelijke bandbreedte heeft dus ook een knock-out karakter.¹²⁸

Deze soort knock-out eisen richten zich enkel op strategisch inschrijfgedrag met betrekking tot de prijs, andersoortig strategische gedragingen worden door de eis niet tegengehouden. Daarnaast is het niet in alle situaties een probleem indien een inschrijver met niet-marktconforme prijzen inschrijft. Stel nu dat de prijs lager is dan dat deze conform de markt zou zijn, maar bij de uitvoering van de opdracht toch mogelijk blijkt. Dan is dit voor de aanbestedende dienst in principe juist iets positiefs.

5.2.1 Abnormaal lage inschrijving

Inschrijvende bedrijven zijn - zeker in de huidige economische situatie - erop gebrand de aanbestede opdracht binnen te halen. Om de kans hierop zo groot mogelijk te maken, wordt in sommige gevallen ingeschreven met zogenoemde abnormaal lage prijzen. Deze inschrijvingen zijn niet altijd wenselijk voor aanbestedende diensten en kunnen een

¹²⁴ Rechtbank Rotterdam (vzr.) 24 december 2008, *ECLI:NL:RBROT:2008:BG8849*.

¹²⁵ Rechtbank Groningen (vzr.) 12 oktober 2012, *ECLI:NL:RBGRO:2012:BY3312*.

¹²⁶ Rechtbank Rotterdam (vzr.) 31 januari 2013, *ECLI:NL:RBROT:2013:BZ1895*.

¹²⁷ Rechtbank 's-Gravenhage (vzr.) 6 juli 2011, *ECLI:NL:RBSGR:2011:BR2481*.

¹²⁸ Rechtbank Midden-Nederland (vzr.) 13 september 2013, *ECLI:NL:RBMNE:2013:3758*.

strategisch karakter hebben. Indien een inschrijving zodanig laag is dat de opdracht niet kan worden waargemaakt, ontstaan er immers problemen in de uitvoeringsfase. Op grond van art. 2.116 Aw kan een aanbestedende dienst, na een motiveringsverzoek, een abnormaal lage inschrijving afwijzen. De aanbestedende dienst mag dus vragen stellen aan de inschrijver die heeft ingeschreven met een prijs die als abnormaal laag beschouwd kan worden. Indien de inschrijver niet kan specificeren hoe de lage inschrijving mogelijk is, kan de inschrijving uitgesloten worden. Het staat een aanbestedende dienst vrij om abnormale aanbiedingen uit te sluiten of toch te laten deelnemen aan de aanbestedingsprocedure.¹²⁹ De materie rondom abnormaal lage prijzen is relevant in deze context omdat dergelijke lage inschrijvingen meestal ook niet-realistisch en/of niet-marktconform zijn.¹³⁰ Als een aanbestedende dienst op wil komen tegen te lage inschrijvingen, dan heeft een dienst die geen eis met betrekking tot realistische en/of marktconforme prijzen heeft opgenomen in de aanbestedingsdocumenten, een zwaardere motiveringsplicht dan een dienst die dat wel heeft gedaan. De afwijzing zal dan immers plaats vinden op grond van art. 2.116 Aw en daarvoor geldt een zwaardere motiveringsplicht en de inlichtingenverplichting.¹³¹

5.3 Verbod op nulprijzen, symbolische en negatieve tarieven

Inschrijvers kunnen ervoor kiezen om aan bepaalde onderdelen van de aanbestede opdracht helemaal geen kosten te verbinden en in te schrijven met een zogenoemd nultarief of nulprijs. Bij symbolische inschrijvingen wordt er wel ingeschreven met een kostenbedrag, maar dit bedrag is zodanig klein dat het niet in verhouding staat tot de werkelijke kosten of waarde van het onderdeel.

Als een inschrijver op een onderdeel inschrijft met een prijs onder €0,-, is er sprake van een negatieve inschrijving. Een inschrijver kan hier verschillende redenen voor hebben. De meest logische verklaring voor een negatieve prijs is het feit dat een onderdeel van de aanbestede opdracht opbrengsten voor de inschrijver met zich mee kan brengen. Indien bijvoorbeeld sloopwerkzaamheden zijn aanbesteed, is het goed mogelijk dat aan de sloopresten nog waarde toegerekend kan worden. Een inschrijver kan echter ook een strategisch doel nastreven met een negatief tarief, ditzelfde geldt voor inschrijvingen met nulprijzen en symbolische tarieven.

Indien een aanbestedende dienst inschrijvingen met nulprijzen wenst te verbieden, moet dit in de aanbestedingsdocumenten opgenomen worden. Indien nulprijzen namelijk niet verboden worden, zijn dergelijke inschrijvingen in beginsel toegestaan.¹³² Het enkele feit dat de beoordelingssystematiek wordt verstoord wanneer met een nulprijs wordt ingeschreven, is niet voldoende om tot uitsluiting over te gaan.¹³³ Bij een optionele kostenpost ligt het voor de hand dat de inschrijver niet verplicht is aan dit onderdeel kosten toe te rekenen. Er kan op een dergelijk onderdeel dus met €0,- ingeschreven worden.

Bovendien moet de gunningssystematiek - rekenkundig gezien - een nultarief toelaten. De aanbestedende dienst kan namelijk op een onderdeel een formule hanteren die rekenkundige problemen oplevert indien met €0,- ingeschreven wordt. Dit is het geval ingeval in de formule een deling met 'de laagste prijs' is opgenomen, dus een relatieve beoordelingssystematiek. Met een dergelijke formule worden inschrijvers in relatie tot elkaar beoordeeld. Als het bedrag van de 'laagste inschrijving' in de noemer van de breuk staat en een van de inschrijvers op dat onderdeel inschrijft met €0,-, moet in de formule dus door nul gedeeld worden. Delen door nul is echter niet mogelijk. Een voorbeeld van een dergelijke formule is: $Score = (2 - P / LP) \times 20$, waarbij P = geboden prijs en LP = laagste prijs.

¹²⁹ Rechtbank Zwolle-Lelystad (vzr.) 9 oktober 2008, *ECLI:NL:RBZLY:2008:BH3537*.

¹³⁰ B. Blaisse-Verkooyen, 'Hoe om te gaan met abnormaal lage aanbiedingen?', *Stibbe Blog* 14 januari 2014, www.kennisbankkinkoopenaanbesteden.nl.

¹³¹ Rechtbank Midden-Nederland (vzr.) 13 september 2013, *ECLI:NL:RBMNE:2013:3758*.

¹³² Rechtbank Alkmaar (vzr.) 8 juli 2010, *ECLI:NL:RBALK:2010:BN0677*.

¹³³ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 9 april 2013, *ECLI:NL:GHARL:2013:BZ8213*.

De toepassing van een dergelijke formule op een onderdeel heeft tot gevolg dat niet met een nulprijs inschreven mag worden. Bij een zo'n formule dient een redelijk geïnformeerde en zorgvuldige inschrijver te weten dat een aanbieding van een prijs van €0,- op het betreffende onderdeel (wiskundig) niet mogelijk is.¹³⁴ Dus door het hanteren van een dergelijke formule kan een aanbestedende dienst een nultarief op een bepaald onderdeel uitsluiten.

Aanbestedende diensten kunnen, om eventuele andere wiskundige en rekenkundige problemen in formules te voorkomen, in de aanbestedingsdocumenten een verbod opnemen met betrekking tot nultarieven. De aanbestedende dienst moet er dan wel rekening mee houden dat inschrijvingen met bijvoorbeeld €0,01 nog wel mogelijk zijn. Het stellen van deze knock-out eis houdt immers niet alle strategische inschrijvingen buiten de deur.

Het verschil tussen een inschrijving met €0,- en een symbolische inschrijving van €0,01 is in waarde nagenoeg verwaarloosbaar. Met de toepassing van een formule ontstaat er echter een groot verschil. Delen door €0,01 is immers wel mogelijk.

In sommige gevallen is een symbolische inschrijving niet wenselijk voor een aanbestedende dienst. Een symbolische inschrijving is echter niet zonder meer ongeldig.¹³⁵ De aanbestedende dienst zal hiertoe dus verbod op moeten nemen in de aanbestedingsdocumenten.

Tot slot de negatieve inschrijvingen. Het enkele feit dat op een bepaald onderdeel met een negatief bedrag wordt inschreven, maakt van deze inschrijving nog niet direct een ongeldige inschrijving.¹³⁶ Een aanbestedende dienst kan, doormiddel van een verbod, negatieve inschrijvingen wel uitsluiten in de aanbestedingsprocedure.

Toch biedt het geen vrijbrief voor inschrijvers indien de aanbestedende dienst negatieve inschrijvingen niet uitdrukkelijk heeft uitgesloten. Een heel duidelijke oneigenlijke negatieve inschrijving kan namelijk ook zonder dergelijke voorwaarde worden afgewezen.¹³⁷

5.4 Verbod op schuiven met kosten

Zoals in het vorige hoofdstuk is beschreven, is het voor inschrijvers in beginsel toegestaan om 'te schuiven met kosten'. De inschrijver vult dan op een onderdeel waarmee relatief veel punten gehaald kunnen worden in met een gunstige prijs en compenseert dat door op een onderdeel waar relatief weinig punten gescoord kunnen worden, een hogere prijs in te vullen.¹³⁸

Indien een aanbestedende dienst wil voorkomen dat er bij een inschrijving met kosten tussen verschillende onderdelen wordt geschoven, zal de dienst dit moeten vermelden in de aanbestedingsdocumenten. Naar oordeel van de rechter is bijvoorbeeld de volgende knock-out eis geldig:

*'Prijzen per eenheid dienen te worden opgegeven voor elk van de in de staat genoemde werkzaamheden, leveringen, diensten e.d. In de prijzen per eenheid worden geacht te zijn begrepen alle directe en indirecte kosten, inclusief algemene kosten, winst en risico.'*¹³⁹

Indien een aanbestedende dienst een uitdrukkelijke eis zoals deze opneemt, is het mogelijk inschrijvingen waarin is geschoven met kosten uit te sluiten in de aanbestedingsprocedure. Een andere methode om het schuiven van kosten tegen te gaan is - voor zover gewenst - het opnemen van de eis:

*'dat alle onderdelen ook los van elkaar moeten kunnen worden afgenomen voor de aangeboden prijs.'*¹⁴⁰

¹³⁴ Rechtbank Groningen (vzr.) 3 augustus 2007, *ECLI:NL:RBGRO:2007:BB2292*.

¹³⁵ T.H. Chen, 'De speltheoretisch voordeligste inschrijving', *Tijdschrift Aanbestedingsrecht* 2007/6, p. 7; Rechtbank Utrecht (vzr.) 21 september 2007, *ECLI:NL:RBUTR:2007:BB3984*.

¹³⁶ Rechtbank 's-Hertogenbosch (vzr.) 23 februari 2012, *ECLI:NL:RBSHE:2012:BV6863*.

¹³⁷ Rechtbank 's-Gravenhage (vzr.) 21 juli 2008, *ECLI:NL:RBSGR:2008:BD9873*.

¹³⁸ Gerechtshof 's-Gravenhage 9 februari 2010, *ECLI:NL:GHSGR:2010:BP5012*.

¹³⁹ Rechtbank 's-Gravenhage (vzr.) 3 maart 2011, *ECLI:NL:RBSGR:2011:BP9888*.

¹⁴⁰ Rechtbank Den Haag (vzr.) 5 september 2013, *ECLI:NL:RBDHA:2013:15879*.

Door het stellen van deze eis wordt de inschrijver gedwongen op elk onderdeel een prijsaanbod te doen dat ook daadwerkelijk toereikend is voor de uitvoering of levering van dat onderdeel.

Voor de aanbesteding van een opdracht met betrekking tot een (bouw)werk, kan een aanbestedende dienst een keuze maken uit verschillende besteksystematieken.¹⁴¹ Een veel toegepaste systematiek is de RAW-systematiek voor de grond-, weg- en waterbouw. Indien de aanbestedende dienst een opdracht wil aanbesteden voor de uitvoering van een opdracht op een van deze drie gebieden, kan de dienst de RAW-systematiek toepassen. Op grond van de artikelen 01.01.02 t/m 01.01.04 van de Standaard RAW bepalingen 2010 is het schuiven met kosten niet toegestaan.¹⁴² Een aanbestedende dienst kan het schuiven met kosten dus tegengaan door inschrijvers te gebieden inschrijvingen in te richten conform de standaard RAW bepalingen 2010.¹⁴³ Dit is vanzelfsprekend enkel mogelijk bij opdrachten aangaande grond-, weg- en waterbouw.

5.5 Bodem- en plafondbedrag

Een ander methode om het inschrijven met strategisch gekozen prijzen te voorkomen, is het hanteren van een bodembedrag en/of plafondbedrag. De aanbestedende dienst stelt dan op een bepaald onderdeel een bedrag vast, waar de inschrijvers niet respectievelijk onder of boven mogen inschrijven. Een inschrijving boven het plafondbedrag of onder het bodembedrag wordt dan door de aanbestedende dienst als ongeldig bestempeld.¹⁴⁴ Het instellen van dergelijke bedragen heeft een knock-out karakter en gaat in feite het schuiven met kosten tegen. De inschrijver kan immers niet op een onderdeel met een hoge wegingsfactor heel laag inschrijven (onder het bodembedrag) en op een onderdeel met een lage wegingsfactor heel hoog (boven het plafondbedrag). Het vaststellen van een bodembedrag kent ook een keerzijde. Indien ondernemingen in staat zijn om aan een bepaald onderdeel te voldoen voor een lagere prijs dan de aanbestedende dienst verwachtte, snijdt de aanbestedende dienst zichzelf in de vingers wanneer het bodembedrag hoger is vastgesteld.

In praktijk wordt er dan ook niet veelvuldig gebruik gemaakt van bodembedragen. Indien de ondernemers op de markt namelijk bereid zijn een lagere prijs voor het onderdeel te bieden, willen aanbestedende diensten niet het risico lopen dat het gestelde bodembedrag daarboven ligt.

5.6 Staffels

Een aanbestedende dienst kan van de inschrijvers vragen de tarieven gestaffeld aan te bieden. Een manier om gestaffeld in te schrijven is bijvoorbeeld het voorschrift dat inschrijvers een uurprijs moeten aanbieden voor de staffel van 0-1000 uur, en een uurprijs voor de staffel van 1001-2000 uur, etc. Ook bij deze vorm van aanbieden is het mogelijk strategisch in te schrijven. Om dat te voorkomen kunnen aanbestedende diensten grote prijsverschillen tegengaan, middels het stellen van de eis dat het onderlinge verschil met de boven of onderliggende staffel niet groter mag zijn dan bijvoorbeeld 30%. Ook deze eis heeft in feite tot doel om het schuiven van kosten over verschillende staffels tegen te gaan. Met de keuze voor een gewogen staffelsystematiek en de toepassing van maximale afwijkingspercentages, kan de kans op een strategische inschrijving dus worden beperkt. Een dergelijke gunningsystematiek is toegestaan, mits de staffelsystematiek duidelijk en transparant is voor de inschrijvers.¹⁴⁵

¹⁴¹ Een bestek bevat de omschrijving van dat werk alsmede de verschillende voorwaarden. Een bestek is dus eigenlijk de verzamelnaam voor de aanbestedingsdocumenten van een aanbesteding van een werk.

¹⁴² L. Knoups, 'Themabijeenkomst Cumela', *Severijn Hulshof Advocaten* 14 februari 2013 (www.cumela.nl/aanbesteding); Rechtbank Dordrecht (vzr.) 30 juni 2011, *ECLI:NL:RBDOR:2011:BQ9811*.

¹⁴³ Rechtbank 's-Hertogenbosch (vzr.) 5 juni 2012, *ECLI:NL:RBSHE:2012:BX6259*.

¹⁴⁴ Rechtbank Oost-Brabant (vzr.) 4 april 2014, *ECLI:NL:RBOBR:2014:1905*.

¹⁴⁵ Rechtbank Amsterdam (vzr.) 1 april 2011, *ECLI:NL:RBAMS:2011:BQ3350*.

5.7 Voorwaarden voor de aanbestedende dienst

In het voorgaande zijn verschillende knock-out criteria besproken die een aanbestedende dienst kan stellen met het doel strategische inschrijvingen te weren in de aanbestedingsprocedure. Een dienst kan één van deze criteria stellen of juist meerdere eisen naast elkaar hanteren, om zo verschillende vormen van strategische inschrijvingen tegen te gaan.

De aanbestedende diensten moeten bij het stellen van dergelijke eisen vanzelfsprekend voldoen aan de wettelijke vereisten en beginselen van het aanbestedingsrecht zoals uiteengezet in hoofdstuk 2. Er zijn bovendien specifieke eisen waar een aanbestedende dienst acht op moet slaan alvorens zij een dergelijk knock-out criterium mogen hanteren. In het volgende hoofdstuk komt aan de orde onder welke voorwaarden bovengenoemde knock-out eisen toelaatbaar zijn.

6. Toelaatbaarheid van knock-out criteria

In het voorgaande hoofdstuk zijn verschillende knock-out criteria uiteengezet die aanbestedende diensten kunnen hanteren met het doel strategische inschrijvingen te weren uit de aanbestedingsprocedure. In dit hoofdstuk zal aan de hand van recente jurisprudentie worden ingegaan op de voorwaarden waaronder deze werende criteria gesteld mogen worden.

6.1 De arresten van het Gerechtshof Amsterdam

Zoals reeds in het inleidende hoofdstuk is vermeld, zijn twee arresten van het Gerechtshof Amsterdam van 9 juli 2013 aanleiding geweest voor onderhavig onderzoek.¹⁴⁶ De twee arresten betreffen dezelfde casus. Het enkele verschil tussen de arresten is het feit dat bij één van de twee arresten is vermeld dat het een uitspraak in kort geding betreft. De inhoud van de arresten is echter exact en op de letter nauwkeurig hetzelfde. De arresten zijn bovendien op dezelfde datum uitgesproken, maar zijn niet op dezelfde datum gepubliceerd. Het betreft dus één inhoudelijke uitspraak met twee verschillende ECLI nummers. De arresten zullen hieronder steeds als één worden aangehaald.

De zaak betrof het volgende. Een aantal (tien) gemeenten hebben een Europese openbare aanbesteding georganiseerd voor de levering van WMO Hulpmiddelen en bijbehorende dienstverlening. De aanbesteding zou uiteindelijk moeten leiden tot een overeenkomst met één opdrachtnemer. Als gunningscriterium is gekozen voor de economisch meest voordelige inschrijving. In het aanbestedingsdocument is onder andere het volgende opgenomen:

‘Alle op te geven prijzen en kortingspercentages zijn realistisch en marktconform. Realistisch en marktconform houdt in dat Inschrijver eerlijke, kostendekkende en in de markt gebruikelijke prijzen en kortingspercentages opgeeft, die de basis vormen voor een uitvoerbare Overeenkomst gedurende de gehele looptijd van de Overeenkomst (inclusief eventuele opties tot verlenging).’

De eis dat de aangeboden prijzen realistisch en marktconform moeten zijn, heeft het karakter van een knock-out criterium met als doel het weren van strategische inschrijvingen.

Na beoordeling van de inschrijvingen zijn de gemeenten voornemens de opdracht te gunnen aan Meyra Retail & Services B.V.. De gemeenten berichten dit aan Welzorg Nederland B.V., Welzorg is echter van mening dat Meyra op twee onderdelen van het prijzenformulier geen realistische en marktconforme prijzen heeft ingediend. Op een onderdeel heeft Meyra de helft van het door Welzorg aangeboden bedrag geoffreerd en dat terwijl de aanbieding van Welzorg naar eigen zeggen al zeer scherp was. Bij het andere onderdeel heeft Meyra een kortingspercentage van 76% aangeboden, hetgeen volgens Welzorg niet mogelijk is voor een kleine onderneming als Meyra. Welzorg vordert in kort geding bij de Rechtbank Amsterdam dat de gemeenten de gunningsbeslissing in moeten trekken.¹⁴⁷ Meyra en de (beoordelingscommissie) van de gemeenten zijn van mening dat Meyra wel een inschrijving conform de aanbestedingsdocumenten heeft ingediend, ze betwisten bovendien dat met prijzen is geschoven. De gemeenten stellen zich ten slotte op het standpunt dat niet kan worden verwacht dat zij de bedrijfseconomische keuzes van een inschrijver beoordeelt, nu de benodigde kennis daarvoor bij de gemeenten ontbreekt.

De rechter in eerste aanleg oordeelt dat het van wezenlijk belang is dat gemeenten met een objectieve procedure en zelfstandige onderzoek nagaan of inschrijvers conform de criteria hebben ingeschreven. Op dat punt zijn de gemeenten volgens de voorzieningenrechter te kort geschoten. De discussie tussen de inschrijvers wordt bemoeilijkt door het feit dat de inschrijvingen vertrouwelijk zijn en dat ook moeten blijven, omdat zij concurrentiegevoelige informatie bevatten. Welzorg had dus zeer beperkte mogelijkheden om haar stelling dat

¹⁴⁶ Gerechtshof Amsterdam 9 juli 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:3398; Gerechtshof Amsterdam 9 juli 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:3924.

¹⁴⁷ Rechtbank Amsterdam (vzr.) 30 januari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ0665.

Meyra geen marktconforme prijzen en kortingspercentages heeft opgegeven te onderbouwen. Het onderzoek dat de beoordelingscommissie van de gemeenten heeft uitgevoerd, is volgens de voorzieningenrechter niet toereikend. Omdat de aanbestedende dienst onvoldoende zelfstandig onderzoek heeft gedaan naar de realiteit van de aangeboden prijzen, oordeelt de voorzieningenrechter dat de gemeenten de kostendekkendheid van de bieding van Meyra door een externe deskundige moet laten onderzoeken.

De gemeenten en Meyra zijn tegen deze uitspraak in hoger beroep gegaan.

Het Hof is van oordeel dat de inschakeling van een externe deskundige voor de beoordeling van de voorgenomen winnaar, in strijd is met het beginsel van gelijke behandeling en het transparantiebeginsel. De inschrijving van Meyra wordt dan namelijk op een andere en strengere wijze getoetst dan de inschrijvingen van andere inschrijvers. Naar oordeel van het Hof, kan de uitspraak van de voorzieningenrechter kan dus niet in stand blijven.

Verder is op de zitting aan de orde gekomen op welke wijze de gemeenten de inschrijvingen op kostendekkendheid hebben beoordeeld. De gemeenten hebben daartoe de eigen verklaringen van de inschrijvers bekeken, waarin de inschrijvers verklaarden aan de eisen te voldoen. Het Hof is van mening dat de gemeenten in beginsel van de juistheid van deze verklaringen mogen uitgaan, maar dat dit de gemeenten niet ontslaat van de verplichting om de naleving van eisen (die zich naar hun aard lenen voor een eigen toetsing door de aanbestedende dienst), ook zelf te verifiëren. De onderlinge vergelijking van de inschrijvers is naar oordeel van het Hof geen geldige wijze van beoordeling van de kostendekkendheid. De gemeenten hebben namelijk niet om inlichtingen verzocht over de kostenniveaus van de afzonderlijke inschrijvers. Ook het uitsluiten van opvallend hoge of lage prijzen kan niet gelden als een toereikende beoordeling.

Het is in strijd met het beginsel van gelijke behandeling en het transparantiebeginsel indien een aanbestedende dienst een criterium vaststelt, waarvan de aanbestedende dienst niet bereid of niet in staat is om na te gaan of de inschrijvingen aan dit criteria voldoen. Het Europese Hof van Justitie heeft in het *Wienstrom*-arrest aangehaald dat een aanbestedende dienst op grond van de door de inschrijver verstrekte inlichtingen en bewijsstukken, daadwerkelijk moet kunnen controleren of de inschrijving voldoet aan de gestelde eis.¹⁴⁸ Het Hof oordeelt dat de gemeenten, waar zij zelf de knock-out eis van marktconformiteit hebben gesteld, er ook zorg voor moeten dragen dat zij de naleving van deze eis daadwerkelijk kunnen nagaan. Er is dus sprake van een ongeldig criterium en het Hof beslist dan ook dat de aanbesteding niet voortgezet kan worden.

6.1.1 De essentie

De essentie van het arrest van het Hof Amsterdam is dat een aanbestedende dienst de door haar gestelde belangrijke eisen (zoals knock-out eisen) zelf moet kunnen verifiëren. Indien een aanbestedende dienst een eis stelt die zij niet kan of wil controleren, is de eis -onder andere in het licht van het *Wienstorm*-arrest- een ongeldige eis. Aanbestedende diensten mogen er vanuit gaan dat inschrijvers naar waarheid de Eigen Verklaring invullen, maar dat betekent niet dat de aanbestedende diensten geen plicht meer hebben om de naleving van de eisen ook zelf te controleren. Dit betreft de controle op de naleving van wezenlijke eisen die zich naar hun aard lenen voor een eigen toetsing van een aanbestedende dienst.¹⁴⁹ Dit geldt dus onder ander voor de eis dat de opgegeven prijzen marktconform en realistisch moeten zijn.

Het voorgaande betekent voor aanbestedende diensten dat zij zich bij het stellen van de verschillende criteria goed moeten afvragen of en zo ja, hoe zij de gestelde eisen kunnen en zullen controleren.

¹⁴⁸ HvJ EG 4 december 2003, nr: C-448/01 (*Wienstrom*).

¹⁴⁹ A. Serra & E. Zeelenberg, 'Ongeldige eis indien aanbesteder deze niet wil of kan verifiëren', *Nieuwsbrief Aanbestedingsrecht Hekkelman Advocaten & Notarissen* 4 november 2013.

6.1.2 Opvallend in het arrest

Het hiervoor besproken arrest is de beweegreden geweest voor de uitvoering van onderhavig onderzoek. Een opvallendheid in dit arrest kan op deze plaats dus niet onthouden worden.

In de gerechtelijke procedure heeft de voorzieningenrechter in eerste aanleg de gemeenten veroordeeld tot het inschakelen van een deskundige derde ter controle van de kostendekkendheid van de inschrijving van Meyra. Het Gerechtshof Amsterdam was daarentegen van oordeel dat de inschakeling van een externe deskundige in strijd is met het transparantie- en gelijkheidsbeginsel. Deze deskundige zou immers enkel de inschrijving van Meyra op kostendekkendheid beoordelen. De inschrijving van Meyra zou in dat geval op een andere en strengere wijze beoordeeld worden in vergelijking met de andere inschrijvingen. Op het eerste gezicht lijkt dit een logische conclusie van het Hof. Met inachtneming van de nieuwe aanbestedingsregels, is hierbij mijn inziens toch een kanttekening te plaatsen. Op de aanbestedingsprocedure van de gemeenten, Meyra en Welzorg is het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (Bao) nog van toepassing. Dit besluit is inmiddels vervallen en vervangen door de Aanbestedingswet 2012. Het oordeel van het Amsterdamse Gerechtshof met betrekking tot de controle van de voorgenomen winnaar door een externe deskundige, zou onder deze nieuwe wetgeving wellicht niet houdbaar zijn. Op grond van art. 2.84 en art. 2.85 Aw levert iedere inschrijver namelijk ten tijde van het doen van de inschrijving een zogenoemde Uniforme Eigen Verklaring in, zoals is opgenomen in bijlage C. In deze verklaring verklaart de inschrijvende ondernemer dat hij voldoet aan de in de aanbestedingsdocumenten gestelde eisen. De inschrijvers hoeven bij de inschrijving nog geen bewijsstukken aan te voeren ter onderbouwing van de juistheid van de Eigen Verklaring.¹⁵⁰ Bij een openbare procedure, zoals de procedure van de gemeenten, Welzorg en Meyra, hoeft enkel de winnende inschrijver hiervoor originele bewijsstukken aan te leveren als de aanbestedende dienst daarom verzoekt. De aanbestedende dienst kan daar pas na de mededeling van de gunning om vragen. Bij een niet-openbare procedure, concurrentiegericht dialogoog en onderhandelingsprocedure met aankondiging hoeven alleen de gegadigden, bij uitnodiging tot inschrijving, bewijsstukken aan te leveren als de aanbestedende dienst hierom vraagt.¹⁵¹ Het Gerechtshof acht het in de zaak van 9 juli 2013 onaanvaardbaar dat de inschrijving van Meyra op een andere wijze beoordeeld wordt dan de overige inschrijvers. Onder de nieuwe wetgeving zou een dergelijk oordeel mogelijk geen stand houden, omdat in principe altijd enkel de voorgenomen winnaar de Eigen Verklaring van de inschrijving moet bewijzen. De voorgenomen winnaar zal dus per definitie op een andere wijze beoordeeld worden. Het Gerechtshof haalt daarnaast terecht aan dat een beoordeling op grond van andere gegevens dan gevraagd in de aanbestedingsdocumenten niet is toegestaan. Dit geldt ook op grond van de nieuwe Aanbestedingswet. De aanbestedende dienst dient namelijk, met het oog op de transparantie, reeds in de aanbestedingsdocumenten aan te geven welke bewijsstukken opgevraagd (kunnen) worden ter beoordeling van de Eigen Verklaring.

6.2 Voorwaarden voor toelaatbaarheid

Na het arrest van het Gerechtshof Amsterdam van 9 juli 2013 heeft geen gerechtelijke instantie een dusdanige specifieke uitspraak meer gedaan met betrekking tot de verplichting van verificatie van de gestelde knock-out eisen door aanbestedende diensten. In een aantal uitspraken na 9 juli 2013 is het vereiste van controleerbaarheid echter wel aan de orde gekomen. Uit deze uitspraken valt op te maken dat de (voorzieningen)rechters in

¹⁵⁰ M. Jongmans BANNING Advocaten, *Succesvol inschrijven op aanbestedingen* eBook publicatie Banning Advocaten te Rotterdam en 's-Hertogenbosch: januari 2014, p. 13.

¹⁵¹ 'Toelichting eigen verklaring voor aanbestedingsprocedures van aanbestedende diensten' publicatie 22 maart 2012, www.rijksoverheid.nl.

overeenstemming oordelen met hetgeen het Gerechtshof Amsterdam heeft bepaald.¹⁵²

Aanbestedende diensten moeten dus in staat zijn alle wezenlijke eisen die zij stellen, zelf te controleren. Knock-out criteria die de aanbestedende dienst stelt met het oogmerk strategische inschrijvingen te weren, zijn dergelijke wezenlijke eisen. De aanbestedende dienst heeft dus de plicht om de naleving van deze eisen te (kunnen) verifiëren.

Indien een aanbestedende dienst niet in staat is om de naleving van een gesteld criterium te controleren, is erg sprake van een ongeldig gunningscriterium.

Aan het stellen van knock-out criteria met het doel strategische inschrijvingen te weren, zijn dus een aantal voorwaarden verbonden voor aanbestedende diensten. Ten eerste dienen alle inschrijvers op grond van het transparantiebeginsel een duidelijk inzicht te hebben in de voorwaarden waaronder de aanbesteding plaatsvindt. Deze voorwaarde dient ter waarborging dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen. Een knock-out eis dient dus op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze geformuleerd te worden en voorafgaand aan de aanbestedingsprocedure in de aanbestedingsdocumenten bekend gemaakt te worden. Een criterium is pas goed geformuleerd indien alle inschrijvers het criterium kunnen begrijpen en op dezelfde manier interpreteren.¹⁵³ Naast deze transparantie-eis, is een aanbestedende dienst tevens gebonden aan de verificatie-eis zoals volgt uit het arrest van het Gerechtshof Amsterdam. Uiteraard dienen de aanbestedende diensten ook alle overige toepasselijke wettelijke vereisten en algemene en fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht in acht te nemen bij het weren van strategische inschrijvingen. Op grond van het gelijkheidsbeginsel zal de aanbestedende dienst alle inschrijvers op gelijke wijze moeten behandelen en beoordelen. Het proportionaliteitsbeginsel ziet er daarnaast op toe dat de gestelde knock-out criteria in verhouding staan tot de aard en de omvang van de opdracht en het doel van de aanbestedende dienst.

6.3 Knock-out criteria die strategische inschrijvingen weren

In het vorige hoofdstuk zijn de verschillende knock-out criteria uiteengezet die aanbestedende diensten kunnen stellen om strategische inschrijvingen te weren in de aanbestedingsprocedure. In het aanbestedingsrecht zijn al deze knock-out criteria in beginsel toelaatbaar. In het ondergaande worden deze criteria besproken in samenhang met de voorwaarden waaraan de aanbestedende dienst moet voldoen alvorens zij een dergelijk knock-out criterium mogen stellen.

6.3.1 Realistisch en marktconform

De knock-out eis die bepaald dat prijzen waarmee wordt inschreven marktconform en/of realistisch (of bijvoorbeeld kostendekkend) moeten zijn, is hierboven reeds uitvoerig beschreven aan de hand van het arrest van het Gerechtshof Amsterdam. Aanbestedende diensten kunnen door middel van deze eis strategische inschrijvingen in de aanbestedingsprocedure beperken. Daarbij dient wel het transparantiebeginsel in acht genomen te worden en bovendien moet de aanbestedende dienst in staat zijn de prijzen waarmee is ingeschreven te controleren op marktconformiteit en realisme. De aanbestedende dienst mag in beginsel uitgaan van de juistheid van hetgeen de inschrijver over de opgegeven prijzen heeft verklaart, maar dient tevens zorg te dragen dat zij de naleving van de eis ook daadwerkelijk zelf kan nagaan.

Zoals ook de gemeenten in de besproken procedure voor de aanbesteding van WMO hulpmiddelen hebben aangevoerd, is het voor aanbestedende diensten niet altijd gemakkelijk om deze eisen daadwerkelijk zelf te controleren. De diensten zijn immers niet op de hoogte van bedrijfseconomische informatie van de inschrijvers.

¹⁵² Rechtbank Midden-Nederland (vzr.) 13 september 2013, *ECLI:NL:RBMNE:2013:3758*; Rechtbank Den Haag (vzr.) 24 september 2013, *ECLI:NL:RBDHA:2013:15878*; Rechtbank Gelderland (vzr.) 28 augustus 2013, *ECLI:NL:RBGEL:2013:4134*.

¹⁵³ HvJ EG 29 april 2004, nr. C-496/9, r.ov. 111 (*Succhi di Frutta*).

Het ontbreken van een definitie van de begrippen 'realistisch' en 'marktconform' kan de toetsing daaraan bemoeilijken. In dat geval wordt in beginsel echter uitgegaan van de in het normale taalgebruik gangbare betekenis van de woorden.¹⁵⁴

De marktconformiteit- en realiteitseisen moeten bovendien op een duidelijke en ondubbelzinnige wijze geformuleerd worden en op voorhand bekend gemaakt worden. Een aanbestedende dienst kan bandbreedtes hanteren met het doel inschrijvers te verplichten tot het opgeven van marktconforme prijzen. Indien een inschrijving buiten de percentages van de vastgestelde bandbreedte valt, is de inschrijving ongeldig. Het is dus van groot belang dat het voor de inschrijvers duidelijk is wat het ijkpunt is op basis waarvan de percentages worden bepaald.¹⁵⁵ Zowel de percentages van de bandbreedte als het ijkpunt dienen vooraf en op duidelijke wijze geformuleerd te worden. De naleving van de eis om prijzen op te geven binnen de vastgestelde bandbreedte, is voor aanbestedende diensten wel redelijk gemakkelijk te controleren. Hiertoe hoeft immers enkel een berekening te worden gemaakt.

6.3.2 Verbod op nulprijzen, symbolische en negatieve tarieven

Indien de aanbestedende dienst voornemens is nultarieven, symbolische tarieven en/of negatieve tarieven niet toe te laten, moet dit duidelijk, precies en ondubbelzinnig in de aanbestedingsdocumenten vermeld worden. Het moet voor alle inschrijvers duidelijk zijn welke prijsstellingen verboden zijn.

De begrippen 'nultarieven' en 'negatieve tarieven', zullen niet snel leiden tot verwarring, deze begrippen zijn immers niet vatbaar voor meerdere interpretaties. Dit ligt anders bij het begrip 'symbolische tarieven'. Indien een aanbestedende dienst symbolische inschrijvingen uitsluit, maar niet nader definieert wat zij onder 'symbolisch' verstaat, zal de rechter het begrip toepassen naar algemeen taalgebruik.¹⁵⁶ Wanneer er sprake is van een symbolische inschrijving zal afhankelijk zijn van de aard en omvang van de opdracht en de omstandigheden van de branche waarbinnen de aanbesteding plaatsvindt. Aanbestedende diensten kunnen er natuurlijk ook voor kiezen om een nadere invulling aan het begrip te geven.

De verplichting voor aanbestedende diensten om de naleving van knock-out criteria op enigerlei wijze te verifiëren, is bij het verbod op nultarieven en/of negatieve tarieven niet direct van toepassing. Of er al dan niet met dergelijke prijzen is ingeschreven is immers meteen duidelijk bij het bekijken van de inschrijvingen.

Omdat 'symbolische tarieven' een minder duidelijk omlijnd begrip is, zou je bij een verbod op deze tarieven wel kunnen betogen dat aanbestedende diensten in staat moeten zijn om na te gaan of iets juist wel of niet een symbolisch bedrag is, gelet op de aard van de opdracht en de toepasselijke branche.

6.3.3 Verbod op schuiven met kosten

Indien een aanbestedende dienst niet wenst dat inschrijvers met kosten schuiven tussen de verschillende te bepalen onderdelen van de aanbestede opdracht, zal de aanbestedende dienst dit uitdrukkelijk moeten verbieden. Het verbod op 'schuiven met kosten' moet voorafgaand aan de aanbesteding bekendgemaakt worden en op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze in de aanbestedingsdocumenten worden opgenomen.

Een dergelijk verbod kan op verschillende wijze geformuleerd worden. Daarbij is steeds van belang dat het voor alle inschrijvers duidelijk moet zijn wat er met het verbod bedoeld en beoogd wordt en welke wijze van inschrijven verboden is. In het vorige hoofdstuk zijn in paragraaf 5.4 reeds twee voorbeeld gegeven van knock-out criteria waarmee aanbestedende diensten inschrijvingen waarin met kosten wordt geschoven, kunnen weren in de aanbestedingsprocedure.

¹⁵⁴ Rechtbank Den Haag (vzr.) 5 september 2013, *ECLI:NL:RBDHA:2013:15879*.

¹⁵⁵ Rechtbank Den Haag (vzr.) 24 september 2013, *ECLI:NL:REBDA:2013:15878*.

¹⁵⁶ Rechtbank Groningen (vzr.) 12 oktober 2012, *ECLI:NL:RBGRO:2012:BY3312*.

Een knock-out eis die strekt tot een verbod op het schuiven met kosten, ongeacht de wijze waarop deze is geformuleerd, moet door de aanbestedende dienst op naleving gecontroleerd kunnen worden. Het is niet ondenkbaar dat de controle op naleving van dit knock-out criterium voor een aanbestedende dienst lastig is. De benodigde bedrijfseconomische kennis van ondernemingen is veelal niet aanwezig bij de aanbestedende dienst, dit maakt het erg moeilijk voor diensten om bedrijfseconomische keuzes van de inschrijver te beoordelen. Bij het verbod op schuiven met kosten zal dus steeds voorafgaand aan het opstellen van de aanbestedingsdocumenten in overweging genomen moeten worden in hoeverre en op welke wijze de eis verifieerbaar is voor de aanbestedende dienst. Het niet kunnen of niet willen nagaan van een gestelde eis, kan er immers toe leiden dat er sprake is van een ongeldig criterium.

6.3.4 Bodem- en plafondbedrag en staffels

Met het instellen van bodem- en/of plafondbedragen en het hanteren van maximale afwijkingspercentages bij een gestaffelde systematiek zoals omschreven in het vorige hoofdstuk, beoogd de aanbestedende dienst in feite het schuiven met kosten over de verschillende onderdelen van de aanbestede opdracht tegen te gaan.

De aanbestedende dienst dient vanzelfsprekend ook hier voorafgaand aan de aanbestedingsprocedure duidelijk, precies en ondubbelzinnig bekend te maken of er bodem- en/of plafondbedragen gehanteerd worden en indien ja, wat de hoogte van deze bedragen is.¹⁵⁷ Deze transparantie-eis gaat ook op voor de maximale afwijkingspercentages. Dit houdt onder andere in dat de eisen niet voor meerdere uitleg vatbaar mogen zijn. Indien de aanbestedende dienst bijvoorbeeld niet duidelijk aangeeft of de afwijkingspercentages tussen de staffels van boven naar onder of juist van onder naar boven worden berekend, is de eis niet transparant. De eis voldoet dan niet aan de vereisten van objectiviteit en controleerbaarheid.¹⁵⁸ In dat geval is sprake van een ongeldig gunningscriterium.

De aanbestedende dienst dient daarnaast in staat te zijn om de naleving van de eisen te controleren. Dit zal bij deze knock-out eisen niet snel tot problemen leiden. Bij de beoordeling van de inschrijvingen is het immers onmiddellijk mogelijk om vast te stellen of een bepaalde prijs onder of boven het respectievelijke bodem- of plafondbedrag ligt.

Om vast te stellen of het bedrag waarmee is ingeschreven het maximale afwijkingspercentage bij de gestaffelde systematiek overschrijdt, hoeft de aanbestedende dienst bij de beoordeling van de inschrijvingen slechts een berekening te maken.

6.4 Verificatie van criteria in het licht van het Grossmann-arrest

In hoofdstuk 3 is reeds het Grossmann-arrest besproken.¹⁵⁹ Op grond van dit arrest dient een inschrijver, kort gezegd, onduidelijkheden en onvolkomenheden in de aanbestedingsdocumenten in een vroeg stadium van de procedure aan de orde te stellen. Indien een inschrijver dit nalaat, loopt de inschrijver het risico dat zijn recht is verwerkt om in rechte een beroep te doen op de ongeldigheid van een bepaald criterium.

In het arrest van 9 juli 2013 van het Gerechtshof Amsterdam is bepaald dat de eis van realistische en marktconforme prijzen een ongeldig criterium vormt omdat de aanbestedende dienst niet in staat was deze eis te controleren.

In eerste aanleg had de voorzieningenrechter echter geoordeeld dat de aanbestedende dienst een externe deskundige in moest schakelen om de inschrijving van de voorgenomen winnaar te beoordelen. In hoger beroep voert de eigenlijke voorgenomen winnaar aan dat de afgewezen inschrijver, indien deze van mening was geweest dat een deskundigenonderzoek onderdeel van de aanbestedingsprocedure had moeten zijn, dat op grond van het Grossmann-arrest vóór de gunning aan had moeten geven. Dit argument faalt volgens het Hof omdat het in onderhavige zaak niet ging om onduidelijkheden in de

¹⁵⁷ Rechtbank 's-Gravenhage (vzr.) 25 september 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX9779.

¹⁵⁸ Rechtbank Gelderland (vzr.) 28 augustus 2008, ECLI:NL:RBGEL:2013:4134.

¹⁵⁹ HvJ EG 12 februari 2004, nr. C-230/02 (Grossmann).

aanbestedingsdocumenten. Het betrof de toepassing van een gestelde eis bij de beoordeling van de inschrijvingen door de aanbestedende dienst. De gestelde eis dat de inschrijvingen realistisch en marktconform moeten zijn, is an sich voor alle inschrijvers duidelijk. Het Hof is dus van mening dat over de toepassing daarvan niet eerder geklaagd kon worden door een inschrijver. Nu rijst de vraag of een inschrijver, op grond van het Grossmann-arrest, in de inlichtingenfase van de aanbestedingsprocedure (dus vóór gunning) kan klagen over wezenlijke eisen, zoals knock-out eisen, indien het voor de inschrijver niet duidelijk is op welke wijze de aanbestedende dienst deze eisen zal controleren.

Strekt het transparantiebeginsel zo ver dat het voor inschrijvers ook duidelijk moet zijn op welke wijze de aanbestedende dienst de naleving van gestelde eisen gaat controleren? Het antwoord op deze vraag is, zoals gebruikelijk in het aanbestedingsrecht, geen zwart-wit gegeven. Het transparantiebeginsel brengt in beginsel niet met zich mee dat inschrijvers ook op de hoogte gebracht moeten worden van de wijze waarop de aanbestedende dienst de naleving van de gestelde eisen gaat controleren. Op grond van het arrest van het Hof Amsterdam en het Wienstrom-arrest moet de aanbestedende dienst in staat zijn om de naleving te controleren. Het is voor de diensten echter niet verplicht om in de aanbestedingsdocumenten op te nemen hoe ze dat gaan doen, zo ver reikt het transparantiebeginsel namelijk niet. Het beginsel beoogt immers, kort gezegd, dat criteria op een dusdanige duidelijke wijze geformuleerd moeten worden, zodat inschrijvers in staat zijn deze op dezelfde wijze te interpreteren.¹⁶⁰ Er is steeds die mate van transparante vereist die nodig is om de doelen te bewerkstelligen die bij transparantie zijn gediend.¹⁶¹

Er zijn mijn inziens echter situaties denkbaar waarbij het, met het oog op de transparantie, wel noodzakelijk kan zijn dat de wijze van controle op de naleving voorafgaand aan de aanbesteding aan de inschrijvers gecommuniceerd wordt. Dit is het geval indien de manier waarop de naleving gecontroleerd wordt van belang is om een goede inschrijving te doen. Anders gezegd, soms kunnen inschrijvers geen goede inschrijving doen op een bepaald punt, omdat zij niet weten hoe de naleving geverifieerd wordt. Indien een aanbestedende dienst bijvoorbeeld een deskundige in wil schakelen, kan het in sommige branches van belang zijn voor inschrijvers om te weten welke deskundige dat is. Indien een in de branche bekende deskundige de beoordeling zal doen, kunnen inschrijvers inspelen op hetgeen hij of zij belangrijk vindt. Op het moment dat een inschrijver geen goede inschrijving kan doen, omdat hij niet op de hoogte is van de wijze van controle, acht ik verdedigbaar dat de aanbestedende dienst wel gehouden is deze wijze van controle kenbaar te maken in de aanbestedingsdocumenten.

Hoewel een aanbestedende dienst dus (meestal) niet verplicht is om vooraf te vermelden hoe de naleving gecontroleerd wordt, is het voor inschrijvers vaak wel handig om te weten. Zij kunnen hier rekening mee houden tijdens het doen van de inschrijving. Het is voor aanbestedende diensten eigenlijk ook niet bezwaarlijk om de wijze van controle op de naleving reeds in de aanbestedingsdocumenten te vermelden. Van alle eisen die de aanbestedende dienst stelt, moet zij de naleving kunnen controleren. Bij het stellen van de eis moet de dienst dus al overwegen of ze in staat is de naleving te verifiëren en hoe zij dat gaat doen. De antwoorden op deze vragen zijn dus al vóór de aanbesteding bekend en kunnen derhalve met betrekkelijk weinig moeite in de aanbestedingsdocumenten opgenomen worden. Terugkomend bij het Grossmann-arrest, een inschrijver kan in principe niet klagen over de onduidelijkheid van de wijze waarop de dienst de naleving van eisen zal controleren. Indien een partij daar pas in een gerechtelijke procedure over klaagt, kan die partij geen rechtsverwerking op grond van het Grossmann-verweer tegengeworpen worden. Dit is anders indien het voor een inschrijver van belang is om te weten hoe de naleving gecontroleerd wordt, voordat hij een inschrijving kan doen op een bepaalde eis. In dat geval kan wel een proactieve houding van de inschrijver verwacht worden.

¹⁶⁰ Rechtbank Breda (vzr.) 21 december 2006, *ECLI:NL:RBBRE:2006:AZ5077*; Chao-Duvis & Van Wijngaarden, 16, 2010, p. 99-101.

¹⁶¹ A.W.G.J. Buijze, 'Waarom het transparantiebeginsel maar niet transparant wil worden', *Nederlands tijdschrift voor Europees recht (NtEr)* september 2007-nr. 7, p.1-3.

7. Conclusie

In deze conclusie wordt antwoord gegeven op de vraag die centraal staat in dit onderzoek:

‘Welke criteria kan een aanbestedende dienst hanteren om strategische dan wel manipulatieve inschrijvingen te weren binnen de kaders van het (Europese) aanbestedingsrecht en jurisprudentie?’

Op basis van gedane bevindingen kan deze vraag als volgt beantwoord worden.

Als overheden en publiekrechtelijke instellingen een opdracht willen verstrekken, dan moeten zij deze veelal aanbesteden volgens de regels van het (Europese) aanbestedingsrecht. Op het moment dat bijvoorbeeld een gemeente een opdracht wil laten uitvoeren, zoals de bouw van een nieuw zwembad, is er sprake van een aanbesteding.

Bij deelname aan een aanbestedingsprocedure, zal de inschrijver trachten een zo hoog mogelijke score te behalen. De inschrijver wil immers dat de opdracht aan hem gegund wordt. Indien een inschrijver een inschrijving zo structureert dat daarmee het maximaal aantal punten wordt gescoord op basis van de ruimte die de beoordelingssystematiek biedt, wordt dit ‘strategisch inschrijven’ genoemd. Strategisch inschrijven is, in tegenstelling tot een manipulatief inschrijven, een toelaatbare vorm van inschrijven.¹⁶² Strategische inschrijvingen zijn echter niet altijd wenselijk voor een aanbestedende dienst. Het kan namelijk voorkomen dat de uiteindelijke winnaar van de aanbestedingsprocedure in praktijk niet de economisch meest voordelige of goedkoopste inschrijver is.

Centraal in dit onderzoek is de vraag met welke knock-out criteria een aanbestedende dienst strategische inschrijvingen zou kunnen weren uit een aanbestedingsprocedure.

Daarbij zij nog opgemerkt dat manipulatieve inschrijvingen ook zonder een beroep op dergelijke criteria uitgesloten kunnen worden, omdat deze vorm van inschrijven in het algeheel ontoelaatbaar is.

Door middel van het stellen van de onderstaande knock-out criteria, kan een aanbestedende dienst (bepaalde vormen van) strategische inschrijvingen uitsluiten van deelname aan de aanbestedingsprocedure:

- Het stellen van de eis dat alle opgegeven prijzen ‘marktconform’ en/of ‘realistisch’ dienen te zijn.

Door middel van het stellen van deze eis tracht een aanbestedende dienst te bewerkstelligen dat alle prijzen die door de inschrijvers worden opgegeven, in praktijk ook uitvoerbaar zijn. Bij het hanteren van de marktconformiteitseis kan de aanbestedende dienst nadere inhoudelijke begrippen stellen, zoals ‘kostendekkende prijzen’ of ‘eerlijke prijzen’. Wat moet worden verstaan onder de begrippen ‘marktconform’ en ‘realistisch’ is casuïstisch en hangt af van verschillende factoren, zoals de branche en de economische situatie.

- Het hanteren van een verbod op nulprijzen, symbolische tarieven en/of negatieve tarieven.

Indien een inschrijver aan een bepaald onderdeel van de aanbestede opdracht helemaal geen kosten verbindt, wordt er ingeschreven met een zogenoemd nultarief of nulprijs. Nulprijzen zijn niet per definitie verboden, aanbestedende diensten zullen dus een verbod moeten opnemen indien zij een dergelijke inschrijving niet wenselijk achten.¹⁶³ Een inschrijving met €0,- kan echter rekenkundige problemen opleveren indien in de gunningssystematiek een formule wordt gehanteerd waarbij een deling met ‘de laagste prijs’

¹⁶² A.Fischer-Braams, ‘Grenzen aan strategisch inschrijven’, *Tender Nieuwsbrief* nummer 5 14 juli 2011.

¹⁶³ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 9 april 2013, *ECLI:NL:GHARL:2013:BZ8213*.

is opgenomen. Een deling door €0,- is immers niet mogelijk. Een inschrijver behoort te weten dat een bieding met €0,- op een onderdeel met een dergelijke formule niet mogelijk is. Het is voor een inschrijver dan niet toegestaan om met een nultarief in te schrijven. Dus ook door het hanteren van een dergelijke formule kan een aanbestedende dienst een nultarief op een bepaald onderdeel uitsluiten.

Bij symbolische inschrijvingen wordt er wel ingeschreven met een kostenbedrag, maar dit bedrag is zodanig klein dat het niet in verhouding staat tot de werkelijke kosten of waarde van het onderdeel. Ook een symbolische inschrijving is niet zonder meer ongeldig.¹⁶⁴ De aanbestedende dienst zal dus een verbod op moeten nemen in de aanbestedingsdocumenten. Ingeval het begrip 'symbolisch' niet nader wordt gedefinieerd, zal de rechter het begrip toepassen naar algemeen taalgebruik.¹⁶⁵

Als een inschrijver op een onderdeel inschrijft met een prijs onder €0,-, is er sprake van een negatieve inschrijving. Het enkele feit dat op een onderdeel wordt ingeschreven met een negatief tarief, maakt de inschrijving nog niet direct ongeldig.¹⁶⁶ Als een aanbestedende dienst er zeker van wil zijn dat er geen negatieve inschrijvingen worden gedaan, zal de dienst hiertegen een verbod moeten instellen.

- Het schuiven met kosten tussen de verschillende te beprijsen onderdelen verbieden. In beginsel is het voor inschrijvers toegestaan om te schuiven met kosten over verschillende onderdelen. De inschrijver vult dan op een onderdeel waarmee relatief veel punten gehaald kunnen worden in met een gunstige prijs en compenseert dat door op een onderdeel waar relatief weinig punten gescoord kunnen worden, een hogere prijs in te vullen.¹⁶⁷ Indien een aanbesteder deze vorm van inschrijven wil voorkomen, moet een verbod hiertoe worden opgenomen in de aanbestedingsdocumenten. Wanneer echter de RAW-systematiek voor de grond-, weg- en waterbouw van toepassing is op de aanbestedingsprocedure, is het schuiven met kosten per definitie verboden.

- Het instellen van een bodem- en plafondbedrag op een te beprijsen onderdeel. Het hanteren van een bodem- en plafondbedrag houdt in dat inschrijvers niet respectievelijk onder of boven het vastgestelde bedrag mogen inschrijven. Een inschrijving boven het plafondbedrag of onder het bodembedrag wordt dan door de aanbestedende dienst als ongeldig bestempeld. Een dergelijke eis weert strategische prijzen en gaat in feite het schuiven met kosten tegen. De hoogte van het bodem- en plafondbedrag moet in de aanbestedingsdocumenten worden vermeld.

- Het hanteren van maximale afwijkingspercentages bij een gestaffelde gunningssystematiek. Een aanbestedende dienst kan de inschrijvers vragen de tarieven voor een bepaald onderdeel gestaffeld aan te bieden. Om strategische inschrijvingen te voorkomen, kan de aanbestedende dienst een eis instellen die inhoudt dat de onderlinge verschillen tussen de boven of onderliggende staffel niet groter mogen zijn dan een bepaald afwijkingspercentage. Het vastgestelde maximale afwijkingspercentage, bijvoorbeeld 25%, moet in de aanbestedingsdocumenten worden opgenomen.

Naast de hiervoor aangegeven wijzen, zijn er nog andere manieren denkbaar en mogelijk waarop de aanbestedende dienst de bovenstaande criteria kan vormgeven en formuleren. Bovendien kan een dienst meerdere eisen naast elkaar hanteren, om zo verschillende vormen van strategische inschrijvingen tegen te gaan.

¹⁶⁴ T.H. Chen, 'De speltheoretisch voordeligste inschrijving', *Tijdschrift Aanbestedingsrecht* 2007/6, p. 7; Rechtbank Utrecht (vzr.) 21 september 2007, *ECLI:NL:RBUTR:2007:BB3984*.

¹⁶⁵ Rechtbank Groningen (vzr.) 12 oktober 2012, *ECLI:NL:RBGRO:2012:BY3312*.

¹⁶⁶ Rechtbank 's-Hertogenbosch (vzr.) 23 februari 2012, *ECLI:NL:RBSHE:2012:BV6863*.

¹⁶⁷ Gerechtshof 's-Gravenhage 9 februari 2010, *ECLI: NL:GHSGR:2010:BP5012*.

Er zijn echter wel voorwaarden waaraan een aanbestedende dienst moet voldoen alvorens een dergelijk knock-out criterium toelaatbaar is.

Vanzelfsprekend dient de aanbestedende dienst zich te houden aan de wet- en regelgeving van het aanbestedingsrecht. Bovendien dienen te allen tijde de algemene en fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht in acht genomen te worden. Met betrekking tot het stellen van knock-out criteria met het oogmerk strategische inschrijvingen te weren, is met name het transparantiebeginsel van belang. Het transparantiebeginsel strekt, in samenhang met het gelijkheidsbeginsel, ertoe te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door een aanbestedende dienst wordt uitgebannen. Dit houdt in dat alle voorwaarden en criteria van de aanbestedingsprocedure in de aanbestedingsdocumenten geformuleerd moeten worden op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze, zodat alle inschrijvers de criteria kunnen begrijpen en deze op dezelfde wijze interpreteren. Het moet voor de inschrijvers dus volledig duidelijk zijn wat met een bepaalde knock-out eis bedoeld en beoogd wordt en welke vorm van inschrijven niet is toegelaten.

Naast deze voorwaarde van transparantie, rust op de aanbestedende dienst ook een verificatieplicht.

Aanbestedende diensten zullen alle inschrijvingen beoordelen aan de hand van de vooraf opgestelde criteria. Ten tijde van de inschrijving, bieden de inschrijvers een Eigen Verklaring aan waarmee ze verklaren aan alle gestelde eisen te voldoen. De diensten mogen bij de beoordeling in beginsel uitgaan van de juistheid van de Eigen Verklaring van de inschrijvers. Het Gerechtshof Amsterdam heeft op 9 juli 2013 hieromtrent een arrest gewezen, welke aanleiding gaf tot het verrichten van onderhavig onderzoek. In dit arrest is bepaald dat een aanbestedende dienst de naleving van de door haar gestelde wezenlijke criteria (zoals knock-out criteria), die zich naar hun aard lenen voor een toetsing door de aanbestedende dienst, ook zelf moet kunnen verifiëren. Het Amsterdamse Gerechtshof is van oordeel dat aanbestedende diensten er vanuit mogen gaan dat inschrijvers naar waarheid de Eigen Verklaring geven, maar dat betekent volgens het Hof niet dat de aanbestedende diensten geen plicht meer hebben om de naleving van de eisen ook zelf te controleren.

Op grond van het Wienstrom-arrest, maar ook het Succhi di Frutta-arrest van het Hof van Justitie EG, is voor een objectieve en transparante beoordeling van de inschrijvers vereist dat de aanbestedende dienst op basis van de door de inschrijvers verstrekte inlichtingen en bewijsstukken daadwerkelijk kan nagaan of de inschrijving voldoet aan de gestelde criteria. Het Wienstrom-arrest bepaalt daarnaast nog dat de gestelde criteria verband moeten houden met het onderwerp de opdracht.

Indien een aanbestedende dienst dus met een van de bovengenoemde knock-out eisen strategische inschrijvingen buiten de deur wil houden, dient zij ervoor zorg te dragen dat zij de naleving van deze eis daadwerkelijk kan nagaan. Wanneer een aanbestedende dienst een gesteld knock-out criterium niet kan of niet wil nagaan, is er sprake van een ongeldig (onderdeel van een) criterium. Bij het opstellen van een knock-out eis is het dus van groot belang dat de aanbestedende dienst vaststelt of ze de naleving ervan kan controleren en hoe ze die controle gaat uitvoeren.

Een aanbestedende dienst kan, kortom, verscheidene knock-out criteria stellen om strategische inschrijvingen te weren in een aanbestedingsprocedure. Hierbij is de dienst wel gebonden aan een aantal voorwaarden. De knock-out criteria dienen duidelijk en voor alle inschrijvers begrijpelijk geformuleerd te worden en voorafgaand aan de procedure bekend gemaakt te worden. Daarnaast heeft een aanbestedende dienst de verplichting dat zij de naleving van de eis op enigerlei wijze zelf moet kunnen nagaan.

Omdat manipulatieve inschrijvingen sowieso niet toegestaan zijn, mogen aanbestedende diensten deze inschrijvingen zonder meer uitsluiten van deelname aan de aanbestedingsprocedure. Hiervoor behoeft een aanbestedende dienst geen specifieke criteria te hanteren.

8. Aanbevelingen

In onderhavig onderzoek staat de gedachte centraal dat aanbestedende diensten in sommige gevallen (vormen van) strategische inschrijvingen buiten de deur wensen te houden. De centrale vraag is dan ook gericht op de toelaatbaarheid van criteria waarmee aanbestedende diensten dit kunnen bewerkstelligen.

Het onderzoek leidt tot de conclusie dat, onder bepaalde voorwaarden, een aantal knock-out criteria geschikt zijn om strategische inschrijvingen uit te sluiten van de aanbestedingsprocedure.

In dit hoofdstuk zullen op basis van de constatering uit de vorige hoofdstukken enkele aanbevelingen worden gedaan aan aanbestedende diensten.

8.1 Algemene gunningsmethodiek

Zoals zojuist opgemerkt richt dit onderzoek zich op het stellen van criteria die strategische vormen van inschrijven uitsluiten. Er is voor aanbestedende diensten ook een andere, wellicht voor de hand liggende, methode om strategische inschrijvingen minder kans te geven in de aanbestedingsprocedure. Bij het opstellen van de beoordelingsmethodiek kan de aanbestedende dienst immers al in gedachten houden dat strategische inschrijvingen zo min mogelijk kans moeten kunnen maken, zonder daarvoor reeds aparte knock-out criteria op te stellen.

Om ongewenste inschrijvingen tegen te gaan is het van belang dat de aanbestedende dienst een goed beoordelingsmodel maakt, zodat het niet (zo gemakkelijk) mogelijk is om een strategische inschrijving te doen.

Relatieve beoordelingssystemen kunnen strategische inschrijven in de hand werken.

Verschillende inschrijvers kunnen bijvoorbeeld vooroverleg plegen en prijsafspraken maken, een bekend voorbeeld van samenspanning tussen inschrijvers is natuurlijk de bouwfraude.

Maar ook indien op verschillende onderdelen met elk een andere wegingsfactor inschrijven kan worden, geeft dit inschrijvers de mogelijkheid strategisch in te schrijven door middel van het verschuiven van kosten over de verschillende te beprizen onderdelen. Het is voor aanbestedende diensten dus van belang om prijscriteria niet onnodig te verdelen in hoog- en laagmeetellende subcriteria.¹⁶⁸

Voor aanbestedende diensten verdient het aanbeveling om voorafgaand aan de aanbestedingsprocedure de gunningsmethodiek te testen op de mogelijkheid om strategische inschrijvingen te doen.¹⁶⁹ Doormiddel van tests is de aanbestedende dienst op de hoogte van de mogelijkheden die het gunningssysteem biedt voor inschrijvers en kan de dienst indien wenselijk nog aanpassingen aanbrengen.

Naast het opstellen van een gunningsmethodiek waarbij de kans op strategische vormen van inschrijvingen zoveel mogelijk wordt beperkt, kan de aanbestedende dienst natuurlijk criteria stellen welke strategische inschrijvingen weren van deelname aan de aanbestedingsprocedure.

8.2 Knock-out criteria

Aanbestedende diensten kunnen desgewenst met knock-out criteria strategische inschrijvingen weren bij de deelname aan de aanbestedingsprocedure.

Er zijn verschillende soorten criteria die een dienst kan stellen met dit doel. In deze paragraaf zullen een aantal voorbeelden gegeven worden. Bij iedere gestelde eis is het van groot

¹⁶⁸ D. Santbulte, *Beoordelingssystematiek. Een onderzoek naar de problemen bij relatieve beoordelingssystematieken in aanbestedingen* (masterscriptie Utrecht University), 2012, p. 10-13, 36-37.

¹⁶⁹ 'Ongeldige en bijzondere inschrijvingen', *Pianoo expertisecentrum aanbesteden* 5 mei 2014, www.pianoo.nl (zoek op *inschrijvingen*).

belang dat deze voor alle inschrijvers duidelijk is en dat alle inschrijvers in staat zijn de eis te begrijpen en op dezelfde wijze te interpreteren.

Indien een aanbestedende dienst het onwenselijk acht als inschrijvers met onrealistische prijzen en/of niet-marktconforme prijzen inschrijven, dan kan de dienst in de aanbestedingsdocumenten bijvoorbeeld de volgende knock-out eis stellen:

‘Alle op te geven prijzen en kortingspercentages zijn realistisch en marktconform. Realistisch en marktconform houdt in dat de Inschrijver eerlijke, kostendekkende en in de markt gebruikelijke prijzen opgeeft.’

Een aanbestedende dienst kan ook een bandbreedte vaststellen waarbuiten de prijzen niet als marktconform worden aangemerkt, bijvoorbeeld:

‘Alle door Inschrijver op te geven en te hanteren prijzen en tarieven zijn marktconform en reëel. Met marktconformiteit wordt bedoeld dat alle gehanteerde prijzen en tarieven passend zijn bij een aanbieding van vergelijkbare omvang. Het hanteren van prijzen en tarieven welke sterk afwijken, kan leiden tot uitsluiting. Dit ter beoordeling van de Aanbestedende dienst. Indicatief is een bandbreedte welke ligt tussen >25% en <25%, de bedragen die zich binnen deze bandbreedte bevinden worden door de Aanbestedende dienst als marktconform aangemerkt.’

Indien een dergelijke eis gehanteerd wordt, is het belangrijk dat de aanbestedende dienst het ijkpunt waarlangs de afwijkingspercentages bepaald wordt, vooraf duidelijk vaststelt. Het moet dus voor de inschrijvers duidelijk zijn waarop dit percentage betrekking heeft.¹⁷⁰

Om zowel nulprijzen als symbolische en negatieve tarieven in het algemeen uit te sluiten in de aanbestedingsprocedure, zou een aanbestedende dienst het volgende in de aanbestedingsstukken op kunnen nemen:

‘Het is inschrijvers niet toegestaan met 0-tarieven, symbolische prijzen en/of negatieve prijzen in te schrijven.’

Zoals reeds in hoofdstuk 6 aan de orde is gekomen, behoeft het begrip ‘symbolisch’ geen nadere definiëring. Het begrip zal in dat geval naar algemeen taalgebruik worden toegepast. Een voorbeeld van een meer gespecificeerde eis is:

‘In de ontleding van de aanneemsom mogen geen negatieve bedragen voorkomen, uitgezonderd bestekspostnummer xx.’¹⁷¹

Wanneer een aanbestedende dienst wil voorkomen dat inschrijvers met de kosten schuiven tussen de verschillende te beprijsen onderdelen, moet de dienst dit duidelijk en ondubbelzinnig verbieden. Een dergelijk verbod kan op vele verschillende wijzen geformuleerd worden. In hoofdstuk 5 zijn al een tweetal voorbeelden gegeven van criteria die de aanbesteder met dit doel kan stellen. Nog een ander voorbeeld is de volgende eis:

‘In alle opgegeven eenheidsprijzen moeten alle kosten zijn begrepen, zoals onder andere de kosten voorkomend uit de gestelde voorwaarden van deze aanbestedingsdocumenten’¹⁷²

Voor een aanbesteding van een opdracht met betrekking tot werk behorende tot de grond-, weg- en waterbouw, kan een aanbestedende dienst de RAW-systematiek toepassen. Op grond van de Standaard RAW bepalingen 2010 is het schuiven met kosten niet toegestaan. Een andere methode om het schuiven met kosten te verminderen en daarmee strategische inschrijvingen te voorkomen, is het instellen van een bodem- en/of plafondbedrag waarbinnen de inschrijvers moeten inschrijven. Op een bepaald te beprijsen onderdeel kan de dienst bijvoorbeeld vaststellen dat niet met een bedrag van minder dan 500 euro mag worden ingeschreven en ook niet met een bedrag van meer dan 700 euro.¹⁷³

¹⁷⁰ Rechtbank Den Haag (vzr.) 24 september 2013, *ECLI:NL:RBDHA:2013:15878*; Rechtbank Midden-Nederland (vzr.) 13 september 2013, *ECLI:NL:RBMNE:2013:3758*.

¹⁷¹ Rechtbank Alkmaar 12 maart 2009, *ECLI:NL:RBALK:2009:BH6540*.

¹⁷² Rechtbank Zwolle-Lelystad (vzr.) 18 april 2012, *ECLI:NL:RBZLYI:2012:BW8287*.

¹⁷³ Rechtbank Oost-Brabant (vzr.) 4 april 2014, *ECLI:NL:RBOBR:2014:1905*.

Indien de aanbestedende dienst heeft gekozen voor een gunningssystematiek waarbij de prijzen gestaffeld aangeboden worden, kan de dienst ter voorkoming van strategische inschrijvingen maximale afwijkingspercentages hanteren. De aanbesteder kan bijvoorbeeld de volgende eis stellen:

*'Bij de staffel voor onderdeel X mag het onderlinge verschil met boven of onder liggende staffel niet groter zijn dan 30%.'*¹⁷⁴

De voorwaarde dat de gestelde knock-out eisen duidelijk en ondubbelzinnig moeten zijn, is niet de enig voorwaarde die aan de aanbestedende diensten wordt gesteld. Het Gerechtshof Amsterdam oordeelde in het besproken arrest van 9 juli 2013 immers dat een aanbestedende dienst de naleving van de gestelde eisen moet (kunnen) controleren. Bij de beoordeling van de inschrijvingen mag een aanbestedende dienst in beginsel uitgaan van de juistheid van de Eigen Verklaringen van de inschrijvers, maar daarnaast moet de dienst in staat zijn om de naleving van de eisen zelf te verifiëren.

Indien de dienst daartoe niet in staat is en de aanbestedingsprocedure in rechte beoordeeld wordt, bestaat het risico dat de gestelde eis door de rechter als ongeldig wordt bestempeld. Het verdient dus aanbeveling voor aanbestedende diensten om voorafgaand aan het stellen van een bepaalde knock-out eis te bepalen of de naleving van de eis gecontroleerd kan worden en hoe de controle gaat plaatsvinden.

8.3 Verificatieplicht

Het Gerechtshof Amsterdam oordeelde in het besproken arrest van 9 juli 2013 dat het in die zaak ontoelaatbaar was om de inschrijving van de voorgenomen winnaar te laten beoordelen door een externe deskundige.

Volgens het Hof zou een dergelijke beoordeling in strijd zijn met het transparantie- en gelijkheidsbeginsel, omdat de voorgenomen winnaar op een andere en strengere wijze zou worden beoordeeld dan de inschrijvingen van andere inschrijvers. Onder de Aanbestedingswet 2012 is het in (openbare) aanbestedingsprocedures echter de standaard dat enkel de voorgenomen winnaar de stellingen uit de Eigen Verklaring (en daarmee dus ook de inschrijving) dient te bewijzen. Deze opvallendheid is reeds aan de orde gekomen in paragraaf 6.1.2.

Aanbestedende diensten zijn wel gehouden vooraf aan te geven welke bewijsmiddelen opgevraagd worden om de inschrijvingen en Eigen Verklaringen te beoordelen. De stukken en gegevens waarop de beoordeling plaats zal vinden, moeten voor alle inschrijvers voorafgaand aan de aanbesteding bekend en gelijk zijn. Deze stukken moeten dus in de aanbestedingsdocumenten vermeld worden.

Indien een aanbestedende dienst niet in staat is om bijvoorbeeld de marktconformiteit van een inschrijving te controleren, zou het een praktische oplossing zijn om daarvoor een externe deskundige in te schakelen. Een aanbestedende dienst mag immers enkel eisen stellen die zij op een of andere wijze zelf kan verifiëren. Indien de aanbestedende dienst daartoe zelf niet in staat is, zou het een mogelijkheid zijn om een externe deskundige dit in opdracht van de dienst te laten doen.

Om eventuele strijd met het Wienstrom-arrest en transparantiebeginsel te voorkomen, verdient het voor de aanbestedende dienst in dat geval aanbeveling om voorafgaand aan de aanbestedingsprocedure in de aanbestedingsdocumenten te vermelden dat de naleving van een bepaalde eis gecontroleerd zal worden door een externe deskundige.

Op basis van de uitspraken van het Gerechtshof Amsterdam en de regels van het aanbestedingsrecht, is het mogelijk dat een dergelijke wijze van beoordelen in rechte niet afgekeurd zal worden.

¹⁷⁴ Rechtbank Gelderland (vzr.) 28 augustus 2013, *ECLI:NL:RBGEL:2013:4134*.

8.4 Lage inschrijvingen

Ingeval een aanbestedende dienst extreem lage inschrijvingen wenst te voorkomen doet de dienst er verstandig aan om een marktconformiteitseis, zoals omschreven in hoofdstuk 5, op te nemen in de aanbestedingsdocumenten. Indien een uitsluiting van een extreem lage inschrijving op grond van een dergelijke knock-out eis geschiedt, is het toetsingskader in de gerechtelijke procedure namelijk minder streng, dan wanneer aan art. 2.116 Aw moet worden getoetst.¹⁷⁵ Op grond van dit artikel kan een aanbestedende dienst, na een motiveringsverzoek, een abnormaal lage inschrijving afwijzen.

Een groot prijsverschil tussen de inschrijvingen (een prijsverschil van 86 procent onder de gemiddelde inschrijfprijs), is op zichzelf bijvoorbeeld niet voldoende om vast te stellen dat er sprake is van een abnormale lage prijs.¹⁷⁶ Het is wellicht wel mogelijk om een dergelijk prijs als niet-realistisch of niet-marktconform te beschouwen en op grond daarvan, als die betreffende eis is gesteld, wel toegestaan de inschrijving uit te sluiten van deelname aan de aanbestedingsprocedure.

Bij de hantering van een marktconformiteitseis moet de aanbestedende dienst vanzelfsprekend wel voldoen aan de voorwaarden omtrent het stellen van een dergelijke eis. De dienst moet de naleving van de eis dus kunnen controleren en de eis moet duidelijk zijn voor de inschrijvers.

Aanbestedende diensten die in de aanbestedingsdocumenten een invulling of uitleg willen geven aan de begrippen 'realistisch' en 'marktconform' moeten ervoor zorgen dat deze uitleg en invulling voldoende duidelijk en transparant is. Indien de begrippen in de aanbestedingsdocumenten niet gedefinieerd zijn, gaat de rechter immers uit van de gangbare betekenis van deze woorden in het normale taalgebruik.¹⁷⁷ Ingeval de aanbestedende dienst twijfelt aan de definiëring of geen duidelijk ijkpunt kan vaststellen ter bepaling van wat als realistisch of marktconform moet worden beschouwd, kan het dus de voorkeur verdienen om de begrippen niet te definiëren.¹⁷⁸ Er zit natuurlijk wel een risico aan het niet definiëren van bijvoorbeeld het begrip 'realistisch'. Indien de inschrijver namelijk aannemelijk maakt dat een bepaalde (lage) prijs haalbaar is, dan kan de rechter, in tegenstelling tot de aanbestedende dienst, oordelen dat deze prijs realistisch is.¹⁷⁹

¹⁷⁵ Rechtbank Midden-Nederland (vzr.) 13 september 2013, *ECLI:NL:RBMNE:2013:3758*.

¹⁷⁶ Rechtbank Rotterdam (vzr.) 11 mei 2010, *ECLI:NL:RBROT:2010:BM8657*.

¹⁷⁷ Rechtbank Den Haag (vzr.) 5 september 2013, *ECLI:NL:RBDHA:2013:15879*.

¹⁷⁸ Rechtbank Midden-Nederland (vzr.) 13 september 2013, *ECLI:NL:RBMNE:2013:3758*.

¹⁷⁹ Rechtbank Gelderland (vzr.) 28 augustus 2008, *ECLI:NL:RBGEL:2013:4134*.

Evaluatie

Ter afsluiting van dit onderzoeksrapport is een evaluatie opgenomen waarin wordt teruggeblikt op het verloop van het onderzoek en wordt vooruitgekeken naar toekomstige ontwikkelingen.

Het opstellen van een duidelijke en scherpe centrale vraagstelling is van groot belang voor de uitvoering van een juridisch onderzoek. Het geeft het onderzoek richting en de mogelijkheid om tot een duidelijke en bruikbare conclusie te komen. De vraagstelling en de rest van het onderzoeksplan is in onderhavig onderzoek vrij snel tot stand gekomen. Dit maakte het mogelijk om zonder vertraging te starten aan het inhoudelijke onderzoek. Omdat het aanbestedingsrecht een voor mij nog onbekend rechtsgebied betrof, kon deze tijd goed besteed worden aan verdieping op dit terrein.

Met dit doel heb ik verscheidende handboeken op het gebied van het aanbestedingsrecht bestudeerd. De nationale Aanbestedingswet 2012 is echter pas op 1 april 2013 in werking getreden. Omdat deze wet dus vrij recent is, was het niet mogelijk juridische handboeken te raadplegen waarin deze wet is opgenomen.

Bovendien zal de Aanbestedingswet 2012 hoogstwaarschijnlijk begin het jaar 2016 worden aangepast. Het Europees Parlement heeft op 15 januari 2014 namelijk ingestemd met nieuwe Europese Richtlijnen. Op 11 februari 2014 zijn de nieuwe Richtlijnen definitief vastgesteld door de Raad van Ministers. Nadat de richtlijnen in werking zijn getreden, zullen de richtlijnen binnen 24 maanden geïmplementeerd worden in de nationale Aanbestedingswet.

Naast het vanzelfsprekende belang van wetgeving, verdient het zeker opmerking dat het aanbestedingsrecht voor een belangrijk gedeelte recht is. Veel aanbestedingsprocedures leiden tot geschillen tussen aanbestedende diensten en inschrijvers welke worden beslecht door de rechter, overwegend de voorzieningenrechter. Daarnaast is het vaak aan de rechter om een invulling te geven aan de belangrijke algemene beginselen van het aanbestedingsrecht. Een onderzoek op dit gebied leidt dus al snel tot een jurisprudentieonderzoek. In onderhavig onderzoek is dan ook de jurisprudentie over een tijdsspanne van de afgelopen 5 tot 7 jaar bestudeerd.

Het grote belang van de jurisprudentie brengt met zich mee dat het aanbestedingsrecht voortdurend aan verandering onderhevig is. Het is dus van belang om op de hoogte te blijven van recente jurisprudentie. Dit geldt vanzelfsprekend voor het gehele terrein van het aanbestedingsrecht, maar dus ook voor het onderwerp van dit onderzoek. De aanleiding van onderhavig onderzoek was immers niet voor niets een uitspraak van het Gerechtshof Amsterdam. Ontwikkelingen in de toelaatbaarheid van knock-out criteria waarmee strategische inschrijvers worden geweerd in een aanbestedingsprocedure, kunnen dus voortkomen uit toekomstige jurisprudentie.

Literatuurlijst

Artikelen

Buijze 2007

A.W.G.J. Buijze, 'Waarom het transparantiebeginsel maar niet transparant wil worden', *Nederlands tijdschrift voor Europees recht (NtEr)* september 2007-nr. 7, p.1-3.

Chen 2005

T.H. Chen, 'Wiskundige eigenschappen van gunningssystemen en hun juridische consequenties', *Tijdschrift Aanbestedingsrecht* 2005, p. 51-61.

Chen 2007

T.H. Chen, 'De speltheoretisch voordeligste inschrijving', *Tijdschrift Aanbestedingsrecht* 2007/6, p. 7, 10-11.

Chen 2011

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

Fischer-Braams 2011

A.Fischer-Braams, 'Grenzen aan strategisch inschrijven', *Tender Nieuwsbrief* 14 juli 2011 nummer 5.

Meijer & Plu 2007

R. Meijer & R. Plu, 'Goed scoren in beoordelingen', *Facto Magazine* april 2007 nummer 4.

Meijer & Telgen 2007

R. Meijer & J. Telgen, 'De risico's van gunningssystemen', *Tender Nieuwsbrief* 2007 nummer 7, p. 1-3.

Santbulte 2012

D. Santbulte, *Beeoordelingssystematiek. Een onderzoek naar de problemen bij relatieve beoordelingssystematieken in aanbestedingen* (masterscriptie Utrecht University), 2012, p. 10-13, 36-37.

Serra & Zeelenberg 2013

A. Serra & E. Zeelenberg, 'Ongeldige eis indien aanbesteder deze niet wil of kan verifiëren', *Nieuwsbrief Aanbestedingsrecht Hekkelman Advocaten & Notarissen* 4 november 2013.

Verberne & de Meij 2011

G. Verberne & M. de Meij, Van Doorne Advocaten en notarissen, 'Strategisch inschrijven en de Code', *Facto Magazine* oktober 2011 nummer 10.

Boeken

Van der Bend, Pijnacker Hordijk & Nouhuys 2009

G.W. van der Bend, E.H. Pijnacker Hordijk & J.F. van Nouhuys, *Aanbestedingsrecht. Handboek van het Europese en het Nederlandse Aanbestedingsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers bv 2009.

Chao-Duives & van Wijngaarden 2010

M.A.B. Chao-Duivis & M.A. van Wijngaarden, *Serie Bouw- en Aanbestedingsrecht, 16 & 17 & 18 jurisprudentie en regelgeving Aanbestedingsrecht*, 's-Gravenhage: Uitgeverij Paris 2010.

Jongmans 2014

eBook: M. Jongmans BANNING Advocaten, *Succesvol inschrijven op aanbestedingen*, eBook publicatie van Banning Advocaten te Rotterdam en 's-Hertogenbosch: januari 2014.

Maris & Hardenbol-Boon 2009

M. Maris, Van Till Advocaten & I. Hardenbol-Boon, MKB Nederland, *Eerste hulp bij aanbesteden. Over valkuilen en hoe ze te vermijden*, Nootdorp: Business Print 2009.

Van Wijk 2013

eBook: T. van Wijk, Dirkzwager advocaten & notarissen, *Maak kennis met de nieuwe Aanbestedingswet*, Jongbloed juridische boekhandel 2013.

Elektronische bronnen**Cumela Brancheorganisatie**

< www.cumela.nl/aanbesteding >

L. Knoups, 'Themabijeenkomst Cumela', *Severijn Hulshof Advocaten* 14 februari 2013.

European Parliament

<www.europarl.europa.eu>

'Kwaliteit belangrijker dan prijs alleen', *Europees Parlement / Nieuws* 15 januari 2014.

ITenRecht

<www.itenrecht.nl>

N. Kolthof & L. Bozkurt, 'Is een symbolische inschrijving geldig, of niet', 1 april 2014.

Kennisbank Inkoop en Aanbesteden

<www.kennisbankinkoopenaanbesteden.nl>

W.A. Bergevoet & M.J.J.M. Essers, *Artikelsgewijs commentaar Aanbestedingswet 2012 art. 1.8*, laatste update: 19 juni 2013.

B. Blaisse-Verkooyen, 'Hoe om te gaan met abnormaal lage aanbiedingen?', *Stibbe Blog* 14 januari 2014.

Kennisportal Europese Aanbesteding

<www.europeseaanbestedingen.eu>

'Europese aanbestedingsrichtlijnen', 10 en 20 februari 2014.

'Het VWEU', 19 februari 2014.

'Europese Aanbesteding', 21 februari 2014.

'Overzicht Aanbestedingswet en aanverwante regelgeving', 20 februari 2014.

D. Waterman, 'Inleiding Aanbestedingsrecht', 20 februari 2014.

'Niet-openbare procedure', 5 maart 2014.

'Concurrentiegericht dialoog', 5 maart 2014.

'Inschrijven op een Europese aanbesteding', 26 februari 2014.

A. Stellingwerff Beintema LOYENS&LOEFF, *De begrippen selectie- en gunningscriteria*, presentatie van Loyens&Loeff: Leusden 13 november 2007.

'Alcatel- en Grosmannarrest', 1 april 2014.

PIANOO, Expertisecentrum Aanbesteden

<www.pianoo.nl>

'ARW 2012', 20 februari 2014.

'Uitsluitingsgronden', 26 maart 2014.

'Opstellen selectiecriteria', 7 maart 2014.

'Selecteren', 10 maart 2014.

'Opstellen (sub)gunningscriteria', 27 maart 2014.

'Ongeldige en bijzondere inschrijvingen', 5 mei 2014.

Rijksoverheid

<www.rijksoverheid.nl>

'Nieuwe aanbestedingsregels', 20 februari 2014.

'Stappenplan inschrijven op aanbesteding', 26 februari 2014.

'Toelichting eigen verklaring voor aanbestedingsprocedures van aanbestedende diensten' publicatie 22 maart 2012.

TED-tenders electronic daily

<www.ted.europa.eu>

TED (Tenders Electronic Daily) Homepage, 26 februari 2014.

Jurisprudentieregister

Europees

HvJ EG 22 juni 1993, nr. C-243/89, r.ov. 33 & 37 (*Storebaelt*).

HvJ EG 25 april 1996, nr. C-87/94 (*Waalse bussen*).

HvJ EG 20 september 1998, nr. 31/87 (*Beentjes*).

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

HvJ EG 4 december 2003, nr. C-448/01 (*Wienstrom*).

HvJ EG 12 februari 2004, nr. C-230/02 (*Grossmann*).

HvJ EG 29 april 2004, nr. C-496/9, r.ov. 111 (*Succhi di Frutta*).

HvJ EG 13 november 2007, nr. C-507/03, Jur.2007, P. I-9809 (*Post An*).

HvJ EG 24 januari 2008, C-532/06 (*Emm. G. Lianakis/Dimos Alexandroupolis*).

HvJ EG 21 februari 2008, nr. C-412/04 (*Commissie/ Italië*).

HvJ EG 15 mei 2008, nr. C-147/06 (*SECAP*).

HvJ EU 16 december 2008, nr. C-213/07 (*Michaniki*).

HvJ EU 13 april 2010, nr. C-91/08 (*Wall A.G. / Stadt Frankfurt am Rhein*).

Nationaal

Hoge Raad

Hoge Raad 22 januari 1999, KG C97/226HR (*Uneto / Verhuurmaatschappij De Vliert NV*).

Hoge Raad 4 november 2005, RvdW 2005, 119 (*Van der Stroom/Staat en NIC*).

Hoge Raad 7 december 2012, *ECLI:NL:HR:2012:BW9233* (*KPN/Staat*).

Gerechtshoven

Gerechtshof Amsterdam

Gerechtshof Amsterdam 9 juli 2013, *ECLI: NL:GHAMS:2013:3398*.

Gerechtshof Amsterdam 9 juli 2013, *ECLI:NL:GHAMS:2013:3924*.

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Gerechtshof Leeuwarden 20 november 2012, *ECLI:NL:GHLEE:2012:BY3635*.

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 9 april 2013, *ECLI:NL:GHARL:2013:BZ8213*.

Gerechtshof Den Haag

Gerechtshof 's-Gravenhage 28 april 2005, *ECLI:NL:GHSGR:2005:AW7668*.
Gerechtshof 's-Gravenhage 9 februari 2010, *ECLI:NL:GHSGR:2010:BP5012*.
Gerechtshof 's-Gravenhage 21 februari 2012, *ECLI:NL:GHSGR:2012:BV6808*.
Gerechtshof Den Haag 25 februari 2014, *ECLI:NL:GHDHA:2014:538*.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Gerechtshof 's-Hertogenbosch 10 januari 2012, *ECLI:NL:GHSHE:2012:BV1126*

Rechtbanken

Rechtbank Alkmaar

Rechtbank Alkmaar 12 maart 2009, *ECLI:NL:RBALK:2009:BH6540*.
Rechtbank Alkmaar(vzr.) 8 juli 2010, *ECLI:NL:RBALK:2010:BN0677*.

Rechtbank Amsterdam

Rechtbank Amsterdam (vzr.) 30 januari 2003, *ECLI:NL:RBAMS:2003:BD0459* (in de databank kennelijk abusievelijk gedateerd op 30 november 2003).
Rechtbank Amsterdam 29 juli 2008, *X/Y*, TBR 2008/181. p. 958.
Rechtbank Amsterdam (vzr.) 1 april 2011, *ECLI:NL:RBAMS:2011:BQ3350*.
Rechtbank Amsterdam (vzr.) 30 januari 2013, *ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ0665*.

Rechtbank Arnhem

Rechtbank Arnhem (vzr.) 24 oktober 2008, *ECLI:NL:RBARN:2008:BG3627*.
Rechtbank Arnhem (vzr.) 11 juni 2010, *ECLI:NL:RBARN:2010:BN0353*.

Rechtbank Breda

Rechtbank Breda (vzr.) 21 december 2006, *ECLI:NL:RBBRE:2006:AZ5077*.
Rechtbank Breda (vzr.) 6 oktober 2010, *ECLI:NL:RBBRE:2010:BO0109*.

Rechtbank Den Haag

Rechtbank 's-Gravenhage (vzr.) 20 juni 2008, *ECLI:NL:RBSGR:2008:BD5333*.
Rechtbank 's-Gravenhage (vzr.) 21 juli 2008, *ECLI:NL:RBSGR:2008:BD9873*.
Rechtbank 's-Gravenhage (vzr.) 23 juli 2009, *ECLI:NL:RBSGR:2009:BJ3940*.
Rechtbank 's-Gravenhage (vzr.) 23 februari 2011, *ECLI:NL:RBSGR:2011:BP7444*.
Rechtbank 's-Gravenhage (vzr.) 3 maart 2011, *ECLI:NL:RBSGR:2011:BP9888*.
Rechtbank 's-Gravenhage (vzr.) 21 maart 2011, *ECLI:NL:RBSGR:2011:BU6124*.
Rechtbank 's-Gravenhage (vzr.) 6 juli 2011, *ECLI:NL:RBSGR:2011:BR2481*.
Rechtbank 's-Gravenhage (vzr.) 22 februari 2012, *ECLI:NL:RBSGR:2012:BV8345*.
Rechtbank 's-Gravenhage (vzr.) 25 september 2012, *ECLI:NL:RBSGR:2012:BX9779*.
Rechtbank Den Haag (vzr.) 5 februari 2013, *ECLI:NL:RBDHA:2013:BZ4192*.
Rechtbank Den Haag (vzr.) 5 september 2013, *ECLI:NL:RBDHA:2013:15879*.
Rechtbank Den Haag (vzr.) 24 september 2013, *ECLI:NL:RBDHA:2013:15878*.
Rechtbank Den Haag (vzr.) 29 oktober 2013, *ECLI:NL:RBDHA:2013:16423*.

Rechtbank Dordrecht

Rechtbank Dordrecht (vzr.) 30 juni 2011, *ECLI:NL:RBDOR:2011:BQ9811*.

Rechtbank Gelderland

Rechtbank Gelderland (vzr.) 28 augustus 2008, *ECLI:NL:RBGEL:2013:4134*.
Rechtbank Gelderland (vzr.) 24 januari 2014, *ECLI:NL:RBGEL:2014:454*.

Rechtbank Groningen

Rechtbank Groningen (vzr.) 3 augustus 2007, *ECLI:NL:RBGRO:2007:BB2292*.
Rechtbank Groningen (vzr.) 12 oktober 2012, *ECLI:NL:RBGRO:2012:BY3312*.

Rechtbank 's-Hertogenbosch

Rechtbank 's-Hertogenbosch (vzr.) 23 februari 2012, *ECLI:NL:RBSHE:2012:BV6863*.

Rechtbank 's-Hertogenbosch (vzr.) 5 juni 2012, *ECLI:NL:RBSHE:2012:BX6259*.

Rechtbank Limburg

Rechtbank Limburg (vzr.) 22 augustus 2012, *ECLI:NL:RBLIM:2013:4922*.

Rechtbank Limburg (vzr.) 17 mei 2013, *ECLI:NL:RBLIM:2013:CA0482*.

Rechtbank Midden-Nederland

Rechtbank Midden-Nederland (vzr.) 30 januari 2013, *ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ0197*.

Rechtbank Midden-Nederland (vzr.) 13 september 2013, *ECLI:NL:RBMNE:2013:3758*.

Rechtbank Overijssel

Rechtbank Overijssel (vzr.) 28 maart 2014, *ECLI:NL:RBOVE:2014:1601*.

Rechtbank Oost-Brabant

Rechtbank Oost-Brabant (vzr.) 10 januari 2012, *ECLI:NL:RBOBR:2013:BY9055*.

Rechtbank Oost-Brabant (vzr.) 5 maart 2014, *ECLI:NL:RBOBR:2014:1110*.

Rechtbank Oost-Brabant (vzr.) 4 april 2014, *ECLI:NL:RBOBR:2014:1905*.

Rechtbank Utrecht

Rechtbank Utrecht (vzr.) 19 december 2006, rolnr. KG ZA 06-1110, TA 2007/28 (*Versatel Nederland B.V. / ICT Politie*).

Rechtbank Utrecht (vzr.) 21 september 2007, *ECLI:NL:RBUTR:2007:BB3984*.

Rechtbank Utrecht (vzr.) 16 december 2011, *ECLI:NL:RBUTR:2011:BU8401*.

Rechtbank Rotterdam

Rechtbank Rotterdam (vzr.) 24 december 2008, *ECLI:NL:RBROT:2008:BG8849*.

Rechtbank Rotterdam (vzr.) 11 mei 2010, *ECLI:NL:RBROT:2010:BM8657*.

Rechtbank Rotterdam (vzr.) 31 januari 2013, *ECLI:NL:RBROT:2013:BZ1895*.

Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Rechtbank Zeeland-West-Brabant (vzr.) 9 oktober 2013, *ECLI:NL:RBZWB:2013:7760*.

Rechtbank Zeeland-West-Brabant (vzr.) 16 december 2013, *ECLI:NL:RBZWB:2013:9942*.

Rechtbank Zutphen

Rechtbank Zutphen (vzr.) 22 februari 2008, *ECLI:NL:RBZUT:2008:BC4993*.

Rechtbank Zwolle-Lelystad

Rechtbank Zwolle-Lelystad (vzr.) 9 oktober 2008, *ECLI:NL:RBZLY:2008:BH3537*.

Rechtbank Zwolle-Lelystad (vzr.) 18 april 2012, *ECLI:NL:RBZLY:2012:BW8287*.

Wet- en regelgeving

Europees

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).

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).

Nationaal

Aanbestedingswet 2012

Wet van 1 november 2012, houdende nieuwe regels omtrent aanbestedingen, *Stb.* 2012, 542).

Aanbestedingsbesluit

Besluit van 11 februari 2013, houdende de regeling van enkele onderwerpen van de Aanbestedingswet 2012, *Stb.* 2013, 58.

Aanbestedingsreglement Werken 2012

Reglement voor het aanbesteden van opdrachten voor werken en aan werken gerelateerde leveringen en diensten, *Stb.* 2013, 3075.

Gids Proportionaliteit 2013

Gids proportionaliteit, Ministerie van Economische Zaken, *Stcrt.* 2013, 3075.

Standaard RAW bepalingen 2010

Standaard Rationalisatie en Automatisering in de Grond-, Water- en Wegenbouw Bepalingen, opvolger van de Standaard RAW bepalingen 2005.

Personen

Informatie van de heer mr. drs. M.W.J. (Martijn) Jongmans