

Strategisch inschrijven:

Om strategisch inschrijven staan partijen regelmatig voor de rechter. Hoewel het in beginsel mag, is in sommige situaties anders bepaald. Wouter Lohmann, Jan Telgen en Elisabetta Manunza beschrijven de situaties waarin strategisch inschrijven volgens de huidige rechtspraak niet geoorloofd is.

wanneer mag het écht niet?

Ondernemers schrijven strategisch in op een EMVI-aanbesteding om een zo hoog mogelijke score te behalen op de gunningscriteria. De rechter heeft meerdere malen bevestigd dat dergelijke inschrijvingen in beginsel zijn toegestaan. Er mag worden geschoven met bedragen om een hogere score te krijgen. De rechtbank in Arnhem heeft in 2009 weliswaar bepaald dat dit niet is toegestaan, maar deze lijn is door andere rechters niet gevolgd.

In de rechtbank zijn echter ook gevallen bekend waarin een strategische inschrijving juridisch niet geoorloofd werd geacht als:

- strategisch inschrijven in de aanbestedingsdocumenten is verboden;
- een strategische inschrijving een 'wiskundige onmogelijkheid' tot gevolg heeft;
- een strategische inschrijving gezien kan worden als een irreële inschrijving;
- een strategische inschrijving gezien kan

worden als een manipulatieve inschrijving; sprake is van een abnormaal lage inschrijving (deze is niet per se ontoelaatbaar, maar kan onder omstandigheden door de aanbesteder worden afgewezen).

Deze vijf gevallen komen terug in de figuur op de pagina hiernaast en zullen nu worden besproken.

1 Verbod in aanbestedingsdocumenten

Een strategische inschrijving kan in strijd worden geacht met de aanbestedingsdocumenten wanneer daartoe een expliciet verbod in het bestek is opgenomen. Het is niet altijd eenvoudig om te bewijzen dat dit het geval is. De geldigheid van de inschrijving hangt af van datgene wat expliciet is omschreven als verboden gedrag.

Ook kan een strategische inschrijving juridisch ongeoorloofd zijn op basis van een strijdigheid met de aanbestedingsdocumenten, wanneer de aanbesteder uitdrukkelijk gevraagd heeft naar realistische en marktconforme prijzen. Wanneer wordt getwijfeld of een inschrijving aan deze eis voldoet, zal een aanbestedende dienst 1) moeten vaststellen wat een realistische en marktconforme prijs is en 2) moeten bepalen wanneer een inschrijver het verbod daadwerkelijk overtreedt. Beide blijken vaak niet eenvoudig vast te stellen.

2 Wiskundige onmogelijkheid

Een strategische inschrijving is verboden wanneer er als gevolg van die inschrijving wiskundig geen beoordeling gemaakt kan worden. Deze situatie kan zich voordoen als een inschrijver zijn aanbod in een getal uit-

drukt (bijvoorbeeld een bedrag) en de aanbesteder bij de beoordeling een berekening maakt met dat getal. Het is bijvoorbeeld niet mogelijk een score te berekenen wanneer een inschrijver 0,00 euro biedt bij een prijs criterium dat door de aanbesteder gebruikt wordt om door te delen.

Overigens is de rechter niet altijd even streng in het tegengaan van dit soort situaties door de 'wiskundige onmogelijkheid' als grond voor ongeldigheid te zien; een enkele keer is de rechter hier zelfs aan voorbijgegaan.

CUMULATIEVE VOORWAARDEN

De Europese Commissie heeft in haar voorstel voor een nieuwe richtlijn in de klassieke sectoren betreffende het gunnen van overheidsopdracht van 20 december 2011 een drietal cumulatieve voorwaarden geformuleerd die aanbestedende diensten verplichten om toelichting aan de ondernemers te vragen wanneer:

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

Auteurs



Wouter Lohmann
Functie: onderzoeker
Organisatie: STIPPT, de onderzoeksorganisatie van de Universiteit Twente (public procurement) en verbonden aan het Public Procurement Research Centre



Jan Telgen
Functie en organisatie: hoogleraar inkoopmanagement voor de publieke sector aan de Universiteit Twente, directeur van STIPPT en verbonden aan het Public Procurement Research Centre



Elisabetta Manunza
Functie: hoogleraar internationaal en Europees aanbestedingsrecht
Organisatie: Universiteit Utrecht en verbonden aan het Public Procurement Research Centre

BEOORDELING VAN EEN STRATEGISCHE INSCHRIJVING

START: beoordeling strategische inschrijving

Is strategisch inschrijven verboden in de aanbestedingsdocumenten?

ja

Inschrijving is juridisch niet geoorloofd

nee

Leidt de inschrijving tot een wiskundige onmogelijkheid?

ja

nee

Is de inschrijving irreëel?

ja

nee

Is de inschrijving manipulatief?

ja

Is de inschrijving abnormaal laag?

ja

Inschrijving kan onder omstandigheden door de aanbestedende worden afgewezen

nee

nee

Inschrijving is in beginsel toegestaan

Bront Lohmann, Telgen, Manunza, 2014

3 Irreële inschrijving

We maken hier onderscheid tussen irreële en manipulatieve inschrijvingen. In rechtspraak en literatuur zijn er echter voorbeelden van irreële inschrijvingen die als manipulatieve inschrijvingen zijn aangemerkt; de grens tussen deze categorieën is vrij arbitrair.

Een irreële inschrijving is door het Hof Amsterdam omschreven als een inschrijving met een aanbod dat niet reëel uitvoerbaar is. Bovendien stelt het hof dat een inschrijving geen reële betekenis heeft als het niet de werkelijke ambitie van de inschrijver weergeeft. Het Hof bepaalde dat een irreële inschrijving móét worden uitgesloten, omdat dit in strijd is met het transparantiebeginsel. De raad van arbitrage had tot dan toe geoordeeld dat een irreële inschrijving terzijde gelegd mag worden. Uit deze uitspraak volgt dat irreële inschrijvingen niet zijn toegestaan. Overigens kan het ook zijn dat een procedure over een irreële inschrijving niet leidt tot terzijdelegging, maar tot een veroordeling tot heraanbesteding, als de aanbestedende dienst door de wijze waarop hij heeft aanbesteed, de irreële inschrijvingen mogelijk heeft gemaakt. In de praktijk zal het niet eenvoudig zijn om te bepalen wanneer een inschrijving als 'niet reëel uitvoerbaar' gezien kan worden.

4 Manipulatieve inschrijving

Een strategische inschrijving is eveneens niet toegestaan als deze als manipulatief wordt aangemerkt. Volgens de rechter is hiervan sprake als de aanbesteding een bepaald resultaat krijgt 'als gevolg van miskennis door de inschrijver van bepaalde aannames van de aanbestedende dienst waardoor de beoordelingssystematiek zo wordt gemanipuleerd dat het beoogde doel wordt verstoord'.

Een manipulatieve inschrijving berust dus op een miskennis van bepaalde aannames van de aanbestedende dienst. Dergelijke aannames moeten voor iedere normaal oplettende inschrijver duidelijk zijn.

Een beoordelingssystematiek wordt geacht gemanipuleerd te zijn (geweest) en het beoogde doel van de aanbesteding verstoord, als door de inschrijving een winnaar uit de bus komt die in alle redelijkheid niet gezien kan worden als de inschrijver met de beste EMVI. Het probleem van deze in de rechtspraak ontwikkelde categorie is dat het geen duidelijk criterium bevat dat het mogelijk maakt op voorhand vast te stellen of een inschrijving irreëel of manipulatief kan heten en daardoor geldig of ongeldig is.

5 Abnormaal lage inschrijvingen

Abnormaal lage inschrijvingen zijn onwenselijk, omdat het risico groot is dat de lage prijs ten koste zal gaan van de kwaliteit. Volgens de rechtbank Arnhem heeft de aanbestedende dienst dan ook een rechtmatig belang bij het terzijde leggen van een dergelijke inschrijving. Van een abnormaal lage inschrijving kan sprake zijn als een aanbestedende dienst met een zodanig lage inschrijvingsom wordt geconfronteerd dat hij vreest dat de inschrijver een fout heeft gemaakt of een dumpprijs heeft geboden.

Het Europese Hof van Justitie stelt echter dat een aanbestedende dienst een inschrijving die abnormaal laag lijkt niet zonder nader onderzoek en zonder toelichting van de inschrijver mag uitsluiten. Voordat hij deze inschrijving afwijst, moet de aanbestedende dienst schriftelijk nadere vragen stellen om de samenstelling van de betreffende inschrijving te verduidelijken (zie kader).

Conclusie

In veel gevallen is het tamelijk lastig om vast te stellen of een strategische inschrijving toegelaten is. Zelfs de concrete vraag of zich een strijdigheid met de aanbestedingsdocumenten of de aanbestedingswetgeving heeft voorgedaan, is doorgaans moeilijk te beantwoorden. Bovendien is de scheidslijn tussen alle genoemde vormen van strategische inschrijvingen in de praktijk niet eenvoudig te trekken. De gevolgen zijn echter groot: een abnormaal lage inschrijving, bijvoorbeeld, mag worden uitgesloten, terwijl een manipulatieve inschrijving móét worden uitgesloten. Inschrijvers en aanbestedende diensten moeten zich dan ook bewust zijn van de risico's die aan strategische inschrijvingen verbonden zijn. Nog belangrijker om te realiseren is dat strategisch inschrijven alleen mogelijk is als de gunningsmethodiek daartoe ruimte biedt. Dit benadrukt het belang van het ontwerpen van een goede gunningsmethodiek voor iedere aanbesteding.

In een volgend artikel gaan de auteurs in op de economische kant van strategisch inschrijven en de vraag welke gunningsmethoden uitnodigen tot strategisch gedrag van inschrijvers. ◉