

Artikelen

TBR 2014/17

Gastcolumn

De mismatch tussen het beschikbare budget en de inschrijfprijs

Mr. C.R.V. Lagendijk¹

De Aanbestedingswet 2012 schrijft voor dat aanbestedende diensten in het kader van een aanbestedingsprocedure uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria aan inschrijvers en inschrijvingen stellen die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de aan te besteden opdracht. Bij de toepassing van dit proportionaliteitsbeginsel moet onder meer acht worden geslagen op de kosten die inschrijvers moeten maken voor het doen van een inschrijving. Het is in dit verband dat ik met belangstelling het in Cobouw verschenen artikel met de titel *'Ergernis over miscalculatie bij bouw van scholen groeit'*² heb gelezen. In dit artikel wordt gesignaleerd dat met enige regelmaat de prijs van de meest gereede inschrijving (substantieel) hoger is dan het bij de aanbestedende dienst beschikbare budget. Een budget dat aan inschrijvers niet bekend is gemaakt en dat ontoereikend is om de inschrijfprijs te aanvaarden. De opdracht wordt niet gegund. Het ongenoegen waaraan de titel van het artikel refereert is dat inschrijvers in die situatie slechts achter blijven met forse (calculatie)kosten. Kosten die zij met het verwerven van andere opdrachten weer moeten zien te dekken. De vraag rijst of er in de geschetste situatie nog mogelijkheden zijn om de aanbestedingsprocedure succesvol, in de zin van de totstandkoming van een overeenkomst, af te sluiten én of de aanbestedende dienst niet kan, of misschien zelfs wel moet, voorkomen dat inschrijvers tevergeefs forse inschrijfkosten maken.

Het meest voor de hand liggende antwoord op de vraag hoe alsnog tot gunning van de opdracht kan worden gekomen is het verhogen van het beschikbare budget. In tijden van bezuinigingen voelt eenieder wel aan dat deze oplossing direct ook de meest onwaarschijnlijke is.

Een andere optie is dat, wanneer enkel onaanvaardbare inschrijvingen zijn ontvangen, de onderhandelingsprocedure met aankondiging wordt toegepast.³ Daarbij geldt dat de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht niet wezenlijk mogen worden gewijzigd. De onderhandelingsprocedure lijkt aldus een goede oplossing te bieden voor de situatie dat er tussen de inschrijfprijs van de meest gereede inschrijving en het beschikbare budget een klein verschil zit. In die situatie zal immers ofwel de te hoge inschrijfsom beperkt hoeven te worden afgeprijsd om binnen het beschikbare budget te vallen, ofwel de voorwaarden van de opdracht beperkt en niet wezenlijk naar beneden hoeven te worden bijgesteld. Is daarentegen sprake van een substantieel prijsverschil, dan zal vermoedelijk slechts een wezenlijke, wijziging van de opdracht tot een match tussen de inschrijfsom en het beschikbare budget kunnen leiden. In dat geval biedt de onderhandelingsprocedure geen soelaas. Per slot van rekening mag de opdracht bij toepassing van de onderhandelingsprocedure niet wezenlijk worden gewijzigd. De onderhandelingsprocedure lijkt bij een groot verschil tussen budget en inschrijfprijs dan ook niet tot een (rechtmatige) gunning van de opdracht te kunnen leiden.

Zou de aanbestedende dienst dan wellicht dezelfde opdracht opnieuw kunnen aanbesteden? Daarvoor bestaat slechts zeer beperkt de ruimte. Er zijn gevallen in de jurisprudentie bekend waarbij dezelfde opdracht mocht worden heraanbesteed. Echter, in die gevallen was sprake van de situatie dat de ingetrokken aanbestedingsprocedure te gebrekkig is geweest om tot gunning over te gaan en niet van een mismatch tussen budget en inschrijfprijs. De beperkte vrijheid om tot heraanbesteding van dezelfde opdracht over te gaan moet voorkomen dat aanbestedingsprocedures worden ingetrokken

¹ Caroline Lagendijk is advocaat bij Straatman Koster advocaten te Rotterdam.

² <http://www.cobouw.nl/mobiel/nieuws/algemeen/2013/09/13/ergernis-over-miscalculatie-bij-bouw-van-scholen-groeit>

³ Zie artikel 2.30 e.v. Aanbestedingswet 2012 en de artikelen 2.26.4, 3.29.3, 4.27.4, 5.29.3, 6.24.3 en 7.20.4 ARW 2012.

om maar niet bij een bepaalde (winnende) partij uit te komen. Zou dezelfde opdracht mogen worden heraanbesteed, dan zou dit aanbestedingsrechtelijk ontoelaatbaar leuren in de hand kunnen werken. In beginsel mag slechts tot een nieuwe aanbestedingsprocedure worden overgegaan wanneer de opdracht wezenlijk is gewijzigd. De in het kader van de ingetrokken aanbestedingsprocedure en oorspronkelijke opdracht gemaakte inschrijfkosten blijven dan tevergeefs.

Het is in het licht van het proportionaliteitsbeginsel dat aanbestedende diensten acht moeten slaan op een vergoeding voor inschrijfkosten.⁴ In de Gids Proportionaliteit staat: *'Wanneer het onvermijdelijk is dat er verhoudingsgewijs aanzienlijke kosten [...] per inschrijving gemaakt moeten worden, is het proportioneel [...] daarvoor een vergoeding te geven'*. Is geen vergoeding toegezegd en zijn de inschrijfkosten verhoudingsgewijs aanzienlijk, dan kan altijd in het kader van een nota van inlichtingen om een tegemoetkoming in de kosten worden gevraagd. Ook vanwege de in de Memorie van toelichting bij de Aanbestedingswet 2012 geformuleerde ambitie, om de toegang van ondernemers tot opdrachten te verbeteren, zou een tegemoetkoming in hoge inschrijfkosten op zijn plaats kunnen zijn.⁵

De Gids Proportionaliteit vermeldt verder: *'Het is van belang deze kosten niet onnodig te laten oplopen en ook niet door heel veel inschrijvers*

tegelijk te laten maken'. Door de niet-openbare aanbestedingsprocedure toe te passen kan, alvorens wordt ingeschreven en aanzienlijke kosten worden gemaakt, het aantal gegadigden worden beperkt. Op die manier wordt voorkomen dat door onnodig veel inschrijvers tegelijk inschrijfkosten worden gemaakt. Ligt in de toelichting van de Schrijfgroep Gids Proportionaliteit echter ook niet nog een andere oplossing voor de in het Cobouw artikel gesignaleerde situatie besloten? Ik denk daarbij aan het volgende. Het onnodig laten oplopen van inschrijfkosten kan ook worden voorkomen door het beschikbare budget vooraf bekend te maken, uiteraard voor zover dat budget bekend is. Iedere gegadigde kan dan voordat wordt ingeschreven op de aanbestedingsprocedure en substantiële kosten worden gemaakt, grofweg inschatten of de kans op gunning van de opdracht opweegt tegen de te maken inschrijfkosten. Is sprake van een te laag budget, dan zullen geen aanbiedingen worden ontvangen. Vanuit het perspectief dat een aanbestedende dienst zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen moet leveren zou misschien zelfs nog wel betoogd kunnen worden dat, voor zover het beschikbare budget bekend is, dit ook in de aanbestedingsdocumenten moet zijn opgenomen.⁶ Per slot van rekening wordt er niet zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen geleverd wanneer gunning van de opdracht al bij voorbaat onmogelijk is gemaakt vanwege een ontoereikend budget.

4 Zie de artikelen 1.10, 1.13, 1.16 Aanbestedingswet 2012.

5 Kamerstukken II 2009/10, 32440, nr. 3, pag. 6 en 7.

6 Artikel 1.4 lid 2 Aanbestedingswet 2012.