

Hoe om te gaan met abnormaal lage inschrijvingen?

Er wordt regelmatig geprocedeerd over inschrijfprijzen die al dan niet abnormaal laag zouden zijn. Het juridisch kader is in dit verband weerbarstig. Recente jurisprudentie heeft daar enerzijds meer helderheid over verschaft en anderzijds juist meer onduidelijkheid gebracht. Een goed voorbeeld daarvan is de uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Overijssel.¹



Feiten

Eiser is als tweede geëindigd bij een aanbesteding van de gemeente Kampen (hierna: de Gemeente) en is het niet eens met het gunningsvoornemen van de Gemeente aan winnaar BRT. Eiser meent dat de inschrijving van BRT een abnormaal laag, althans irreëel karakter heeft en terzijde geschoven moet worden. Verder stelt eiser dat de Gemeente onvoldoende onderzoek heeft verricht naar dit karakter van de inschrijving van BRT en dat de Gemeente de beslissing dat die inschrijving haalbaar is, niet voldoende heeft gemotiveerd.

Oordeel voorzieningenrechter

Het door de voorzieningenrechter geschetste juridische kader wordt als volgt samengevat.

Abnormaal lage inschrijving

Art. 3.74 in samenhang met art. 2.116 Aw 2012 biedt de aanbestedende dienst de

mogelijkheid inschrijvingen met een abnormaal lage prijs af te wijzen. Er is sprake van een abnormaal lage inschrijving (ALI), indien een inschrijving abnormaal laag lijkt in verhouding tot de te verrichten werkzaamheden. Van een abnormaal lage inschrijving kan sprake zijn, indien het gaat om zodanig lage tarieven dat de aanbesteder gegronde redenen heeft om te vrezen dat de inschrijver een fout heeft gemaakt of een dump prijs heeft aangeboden, teneinde letterlijk tegen elke prijs de opdracht te verkrijgen. Het gaat derhalve om tarieven die lager zijn dan gewoon laag. Het abnormaal lage karakter ziet niet alleen op de prijs, maar ook op de kwaliteits- en uitvoeringsaspecten van de inschrijving. Door het afwijzen van abnormaal lage inschrijvingen kan de aanbestedende dienst zich beschermen tegen uitvoeringsperikelen, zoals substantiële meerwerkclaims of een matige uitvoeringskwaliteit.

Irreële inschrijving

Van een irreële inschrijving is sprake indien op voorhand vaststaat dat de aanbieding na gunning van de opdracht zal leiden tot een

¹ Vzr. Rb. Overijssel 21 januari 2025, ECLI:NL:RBOVE:2025:290.

toerekenbaar tekortschieten door de inschrijver en dus niet realistisch is voor wat betreft de uitvoering.

Tweefasentoets abnormaal lage inschrijving

Het Europese Hof van Justitie (hierna: HvJ) heeft in het *Sopra*-arrest² geoordeeld dat de beoordeling of sprake is van een abnormaal lage inschrijving in twee fasen geschiedt. De voorzieningenrechter meent dat die toets op onderhavig geschil van toepassing is, hoewel het arrest niet is gewezen op grond van Europese Aanbestedingsrichtlijnen.

In fase I beoordeelt de aanbestedende dienst *prima facie*, en niet op basis van een gedetailleerde analyse elke offerte, of de prijs laag lijkt. Als er geen aanwijzingen zijn voor het vermoeden dat de offerte abnormaal laag zou kunnen zijn, mag de aanbestedende dienst doorgaan met de procedure. Als een aanbestedende dienst in deze fase meent dat een inschrijving niet abnormaal laag lijkt, hoeft hij dat niet of nauwelijks te motiveren. Uit het enkele feit dat een aanbestedende dienst een offerte heeft gekozen volgt al impliciet dat er geen aanwijzingen voor abnormaal lage inschrijving waren.



Als echter wel sprake is van dergelijke aanwijzingen, moet de aanbestedende dienst in fase II de samenstelling van de offerte meer in detail onderzoeken om zich ervan te vergewissen dat deze niet abnormaal laag is. Daarvoor moet hij eerst de betrokken inschrijver de mogelijkheid bieden om uiteen te zetten waarom zijn offerte volgens hem niet abnormaal laag is, waarna een contradictoir debat volgt (overleg met inschrijver). De aanbestedende dienst moet volgens de

voorzieningenrechter vervolgens de verstrekte verklaringen beoordelen en bepalen of de betrokken offerte abnormaal laag is, in welk geval hij deze moet afwijzen. Uit het *Sopra*-arrest lijkt te volgen dat de aanbestedende dienst in de gunningsbeslissing aan alle betrokken inschrijvers moet vermelden dat hij (i) bij de voorgenomen winnaar de tweede fase van de procedure voor abnormaal lage inschrijvingen heeft doorlopen en dat hij (ii) daarbij meent dat de inschrijving niet abnormaal laag is. De gunningsbeslissing moet in dat geval ook de hoofdlijnen bevatten van de beoordeling waarom de winnende inschrijving in fase II niet als abnormaal laag is aangemerkt (ondanks dat deze in fase I wel abnormaal laag leek).

De aanbestedende dienst komt ook in fase II terecht, als een andere inschrijver gemotiveerd verzoekt om een rechtvaardiging waarom de aanbestedende dienst de gekozen offerte niet als abnormaal laag heeft beschouwd. In het geval van een dergelijk gemotiveerd verzoek, dat onderbouwd en relevant moet zijn, is de aanbestedende dienst dus verplicht om, ten eerste, de gekozen offerte in detail nader te analyseren om vast te stellen dat deze daadwerkelijk niet abnormaal laag is en, ten tweede, de afgewezen inschrijver die hem hierover uitdrukkelijk vragen heeft gesteld, in kennis te stellen van de hoofdlijnen van die analyse.

Vervolgens heeft de voorzieningenrechter het juridische kader toegepast op de voorliggende zaak en geoordeeld dat de Gemeente heeft geconcludeerd dat van een abnormaal lage prijs geen sprake is. In fase I waren voor de Gemeente geen aanwijzingen voor een abnormaal laag althans irreële inschrijving van BRT. Daarom mocht de Gemeente de beoordeling afronden en de opdracht aan haar gunnen. In de gunningsbeslissing heeft de Gemeente de beslissing om de inschrijving van BRT niet als abnormaal laag althans irreëel aan te merken, niet behoeven te motiveren. Eiser heeft geen onderbouwde of relevante argumenten naar voren gebracht waardoor de Gemeente, in de wetenschap dat strategisch handelen bij het bepalen van de inschrijfprijs toegestaan is, werd verplicht nader onderzoek te doen. De Gemeente is dus niet in fase II terechtgekomen. Ook om die reden rustte op de Gemeente geen bijzondere motiveringsplicht voor de beslissing waarom de inschrijving

² HvJ EU 11 mei 2023, C-101/22 P, ECLI:EU:C:2023:396 (*Sopra*).



van BRT door de Gemeente niet als abnormaal laag althans irreëel is aangemerkt.

Commentaar

Naar mijn oordeel verdient dit vonnis op enkele onderdelen een kritische beschouwing³:

Juridisch kader

M.i. is het vreemd dat het juridische kader van abnormaal lage inschrijvingen door de voorzieningenrechter (gedeeltelijk) wordt toegepast op irreële inschrijvingen. Het aangehaalde art. 2.116 Aw 2012⁴ heeft immers enkel betrekking op abnormaal lage inschrijvingen en niet ook op irreële inschrijvingen. In eerste instantie lijkt dat goed te gaan in dit vonnis, aangezien de voorzieningenrechter art. 2.116 Aw 2012 als uitgangspunt neemt voor abnormaal lage inschrijvingen. Voor irreële inschrijvingen wordt het juridische kader weergegeven in de jurisprudentie is geschetst.⁵ Hiermee wordt het onderscheid tussen abnormaal lage inschrijvingen en irreële inschrijvingen onderstreept. Echter, vervolgens overweegt de voorzieningenrechter dat het gebruikmaken van de mogelijkheid abnormaal lage of irreële inschrijvingen af te wijzen een

discretionaire bevoegdheid van de aanbestedende dienst betreft en dus geen verplichting die door concurrenten kan worden afgedwongen.

Hetgeen de voorzieningenrechter overweegt m.b.t. de discretionaire bevoegdheid van de aanbestedende dienst om een inschrijving al dan niet af te wijzen geldt m.i. alleen voor abnormaal lage inschrijvingen en niet ook voor irreële inschrijvingen, althans niet zonder een dragende motivering ter zake, welke motivering in dit vonnis ontbreekt. Uit vaste jurisprudentie volgt immers dat irreële inschrijvingen móeten worden afgewezen vanwege strijdigheid met de aanbestedingsbeginselen en dat de aanbestedende dienst ter zake geen discretionaire bevoegdheid heeft.⁶

Schending verplichtingen op het gebied van milieu-, sociaal en arbeidsrecht

De discretionaire bevoegdheid van een aanbestedende dienst om een abnormaal lage inschrijving o.g.v. art. 2.116 Aw 2016 wel/niet af te wijzen geldt alleen als de abnormaal lage prijs niet het gevolg is van schending van verplichtingen op het gebied van milieu-, sociaal en arbeidsrecht. Indien de abnormaal lage prijs wél het gevolg is van schending van dergelijke verplichtingen, dan is de aanbestedende dienst o.g.v. art. 2.116 lid 5 Aw 2012 verplicht om de inschrijving af te wijzen. In het vonnis wordt hier m.i. ten onrechte geen aandacht aan besteed bij de uiteenzetting van het juridische kader van abnormaal lage inschrijvingen.

3 Het lijkt erop dat het juridische kader in dit vonnis één-op-één is overgenomen uit het vonnis in de zaak Vzr. Rb. Midden-Nederland 25 september 2024, ECLI:NL:RBMNE:2024:5631. In die zaak was deel 3 Aw 2012 van toepassing, anders dan in onderhavige zaak. Toch wordt in onderhavige zaak in r.o. 5.8 voor de uiteenzetting van het juridische kader van abnormaal lage inschrijvingen verwezen naar art. 3.74 in samenhang met art. 2.116 Aw 2012, terwijl art. 3.74 (schakelbepaling uit deel 3 Aw 2012) in onderhavige zaak niet van toepassing is. Zie ook Vzr. Rb. Overijssel 27 februari 2025, ECLI:NL:RBOVE:2025:1154 waarin dit gebeurt in r.o. 4.17.

4 Dit artikel is een implementatie van art. 69 Richtlijn 2014/14/EU.

5 R.o. 5.9: "Van een irreële inschrijving is op grond van de jurisprudentie sprake indien op voorhand vaststaat dat de aanbieder na gunning van de opdracht zal leiden tot een toerekenbaar tekortschieten door de inschrijver en dus niet realistisch is voor wat betreft de uitvoering."

6 Zie o.a. Vzr. Rb. Den Haag 17 december 2024, ECLI:NL:RBDHA:2024:22443, r.o. 5.9; Vzr. Rb. Den Haag 29 mei 2024, ECLI:NL:RBDHA:2024:8341, r.o. 5.1 t/m 5.4; Vzr. Rb. Den Haag 29 augustus 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:13665, r.o. 4.3; Vzr. Rb. Midden-Nederland 3 april 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:1663, r.o. 3.16 en Vzr. Rb. Noord-Holland 12 mei 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:3932, r.o. 6.3.



Toepassing Sopra-arrest

De voorzieningenrechter wijst op het Sopra-arrest van het HvJ⁷ waarin is geoordeeld dat de beoordeling of sprake is van een abnormaal lage inschrijving in twee fasen geschiedt.⁸ De voorzieningenrechter meent dat die toets uit het Sopra-arrest op onderhavig geschil van toepassing is, hoewel het arrest niet is gewezen op grond van de Europese Aanbestedingsrichtlijnen.⁹ Het Sopra-arrest had betrekking op een aanbesteding van de Europese Commissie waarop het Financieel Reglement¹⁰ van toepassing was (en dus niet een van de Europese Aanbestedingsrichtlijnen). In de rechtsliteratuur is (voorzichtig) het standpunt bepleit dat het Sopra-arrest wel van invloed op de Nederlandse praktijk (daarmee wordt m.i. bedoeld: van invloed op aanbestedingen onder de vigeur van Europese Aanbestedingsrichtlijnen), omdat het aanbestedingsregime van het Financieel Reglement m.b.t. abnormaal lage inschrijvingen vergelijkbaar zou zijn met de Aw 2012.¹¹ M.i. is het echter geen vanzelfsprekendheid dat het Sopra-arrest (automatisch) van toepassing zou zijn op aanbestedingen die onder de vigeur van de Europese Aanbestedingsrichtlijnen vallen,

7 HvJ EU 11 mei 2023, C-101/22 P, ECLI:EU:C:2023:396 (Sopra).

8 Zie over het Sopra-arrest ook Stellingwerff Beintema in Tender Nieuwsbrief Online 2023, nr. 5.

9 Aangenomen mag worden dat daarmee wordt bedoeld op Richtlijn 2014/23/EU (concessies), Richtlijn 2014/24/EU (klassieke sectoren) en 2014/25/EU (speciale sectoren).

10 Verordening (EU, Euratom) 2018/1046 van het Europees Parlement en de Raad van 18 juli 2018 tot vaststelling van de financiële regels van toepassing op de algemene begroting van de Unie, tot wijziging van verordeningen (EU) nr. 1296/2013, (EU) nr. 1301/2013, (EU) nr. 1303/2013, (EU) nr. 1304/2013, (EU) nr. 1309/2013, (EU) nr. 1316/2013, (EU) nr. 223/2014, (EU) nr. 283/2014 en besluit nr. 541/2014/EU en tot intrekking van verordening (EU, Euratom) nr. 966/2012, PbEU 2018, L-193/1.

11 Zie annotaties Snijders-van Erp JAAN 2023/133 (HvJ EU 11 mei 2023, C-101/22 P) en Kuypers in JAAN 2022/21 (HvJ EU 15 september 2022, C-669/20). Zie ook Heijnsbroek, 'Abnormaal lage inschrijvingen: verplichtingen tot onderzoek, motivering en afwijzing', TA 2024/35.

althans niet zonder nadere motivering.¹²

Dit geldt te meer nu voornoemde vergelijkbaarheid tussen het Financieel Reglement en Aw 2012 m.b.t. abnormaal lage inschrijvingen m.i. op een belangrijk punt niet opgaat, hetgeen hieronder aan de orde komt (wel/geen discretionaire bevoegdheid tot afwijzing). Hoe dan ook is het maar mijn mening een gemiste kans dat in het vonnis niet is gemotiveerd waarom het Sopra-arrest van toepassing zou zijn op onderhavig geschil.

Wel/niet verplicht om inschrijving af te wijzen?

De voorzieningenrechter overweegt enerzijds dat de aanbestedende dienst o.g.v. 2.116 Aw 2012 een discretionaire bevoegdheid heeft om een abnormaal lage inschrijving af te wijzen en daar dus niet toe verplicht is.¹³ Deze regel volgt (ook) uit vaste (Nederlandse) jurisprudentie.¹⁴ Anderzijds overweegt de voorzieningenrechter¹⁵ dat uit het Sopra-arrest volgt dat de aanbestedende dienst een abnormaal lage inschrijving móet afwijzen¹⁶ en dus geen discretionaire bevoegdheid daartoe heeft. Dit lijkt op een tegenstrijdigheid die in het vonnis niet wordt toegelicht.

M.i. kan goed verdedigbaar worden betoogd dat uit art. 2.116 Aw 2012¹⁷ inderdaad geen verplichting volgt voor een aanbestedende dienst om

12 Zie in dit verband de zaken Vzr. Rb. Den Haag 11 december 2024, ECLI:NL:RBDHA:2024:20977 en Vzr. Rb. Limburg 6 augustus 2024, ECLI:NL:RBLIM:2024:5294, waarin de voorzieningenrechter het antwoord op de vraag of het Sopra-arrest van toepassing is op de betreffende aanbestedingen onder de vigeur van de Europese Aanbestedingsrichtlijnen in het midden laat. In de zaak Vzr. Rb. Den Haag 29 augustus 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:13665 wordt vastgesteld dat op het Sopra-arrest het Financieel Reglement van toepassing is, zonder dat arrest wel/niet van toepassing te verklaren op de betreffende aanbesteding onder de vigeur van de Europese Aanbestedingsrichtlijnen.

13 Tenzij de abnormaal lage inschrijving het gevolg is van schending van verplichtingen op het gebied van milieu-, sociaal en arbeidsrecht. In dergelijke gevallen móet de aanbestedende dienst de inschrijving o.g.v. art. 2.116, lid 5 Aw 2012 afwijzen.

14 Zie bijv. Vzr. Rb. Midden-Nederland 25 september 2024, ECLI:NL:RBMNE:2024:5631, r.o. 4.10; Vzr. Rb. Amsterdam 21 september 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:6209, r.o. 4.2; Vzr. Rb. Noord-Holland 12 mei 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:3932, r.o. 6.2 en Vzr. Rb. Den Haag 29 maart 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:4492, r.o. 5.3 en CvAE 20 november 2023, Advies 706.

15 R.o. 5.12.

16 Sopra-arrest, r.o. 74: "De aanbestedende dienst moet vervolgens de verstrekte verklaringen beoordelen en bepalen of de betrokken offerte abnormaal laag is, in welk geval hij deze moet afwijzen."

17 Zie ook art. 69 Richtlijn 2014/24/EU en overweging 103 van de considerans bij deze richtlijn.

een abnormaal lage inschrijving af te wijzen.¹⁸ In lid 4 van art. 2.116 Aw 2012 staat immers dat een aanbestedende dienst een inschrijving kán afwijzen indien de abnormaal lage prijs niet genoegzaam wordt onderbouwd door middel van de verstrekte bewijsmiddelen.

Verder ben ik van oordeel dat uit het Sopra-arrest inderdaad volgt dat een abnormaal lage inschrijving afgewezen móet worden. Dit heeft m.i. te maken met een belangrijk verschil tussen de aanbestedingsregimes uit enerzijds de Aw 2012 (en daarmee ook van de Europese Aanbestedingsrichtlijnen) en anderzijds het Financieel Reglement (dat van toepassing was op het Sopra-arrest). In punt 23 van Bijlage 1 bij het Financieel Reglement is bepaald dat een aanbestedende dienst een abnormaal lage inschrijving afwijst wanneer de abnormaal lage prijs niet genoegzaam wordt gestaafd door het verstrekte bewijsmateriaal.

Daar waar de Aw 2012 (en ook de Europese Aanbestedingsrichtlijnen) met een ‘kan-bepaling’ de aanbestedende dienst een discretionaire bevoegdheid geeft (geven) om een abnormaal lage inschrijving af te wijzen, verplicht het Financieel Reglement de aanbestedende dienst met een dwingende bepaling om een abnormaal lage inschrijving af te wijzen. Gelet hierop ligt het m.i. voor de hand dat bij aanbestedingen onder de vigeur van de Aw 2012 aanbestedende diensten niet verplicht zijn om een abnormaal lage inschrijving af te wijzen¹⁹, terwijl een dergelijke verplichting wel bestaat bij aanbeste-

dingen onder het vigeur van het Financieel Reglement (zoals in het Sopra-arrest).

Hiermee is naar mijn mening een belangrijk onderscheid aangeduid tussen beide aanbestedingsregimes. Ook daarom verdient het oordeel van de voorzieningenrechter dat het Sopra-arrest (onder vigeur van het Financieel Reglement) van toepassing is op onderhavig geval (onder vigeur van de Aw 2012) een (dragende) motivering, hetgeen helaas ontbreekt in het vonnis.

Overigens is het de vraag of een discretionaire bevoegdheid van een aanbestedende dienst om zelf te bepalen of een abnormaal lage inschrijving wordt afgewezen zich verdraagt met de aanbestedingsbeginselen.²⁰ Een inschrijving die abnormaal laag is kan dan in het ene geval wel en in het andere geval niet tot afwijzing leiden, afhankelijk van de wens van de betreffende aanbestedende dienst. Een dergelijke discretionaire bevoegdheid van de aanbestedende dienst brengt het risico van favoritisme en willekeur met zich, welk risico juist moet worden uitgebannen.²¹ De verwachting is dat de jurisprudentie zich op dit punt verder zal uitkristalliseren.

20 Zie in dit verband ook Heijnsbroek, ‘Abnormaal lage inschrijvingen: verplichtingen tot onderzoek, motivering en afwijzing’, TA 2024/35.

21 HvJ EU 29 april 2004, nr. C-496/99 (Succhi de Frutta).

18 Tenzij de abnormaal lage inschrijving het gevolg is van schending van verplichtingen op het gebied van milieu-, sociaal en arbeidsrecht. In dergelijke gevallen móet de aanbestedende dienst de inschrijving o.g.v. art. 2.116, lid 5 Aw 2012 afwijzen.

19 Tenzij de abnormaal lage inschrijving het gevolg is van schending van verplichtingen op het gebied van milieu-, sociaal en arbeidsrecht. In dergelijke gevallen móet de aanbestedende dienst de inschrijving o.g.v. art. 2.116, lid 5 Aw 2012 afwijzen.

Auteur:



Mr. Ali Rassa
Advocaat
[Bartels Sueters Rassa](#)
[Aanbestedingsadvocaten](#)

De Procurement *Letter*

De Procurement Letter is een nieuwsbrief met artikelen en nieuws rondom (Europees) aanbesteden. die 1 tot 2 maal per jaar wordt uitgegeven door Bartels Sueters Rassa Aanbestedingsadvocaten en Corvers Procurement Services. Andere artikelen uit deze editie:

- **Formulering van technische specificaties: lessen uit het arrest DYKA Plastics van het EU-Hof van Justitie**

Bekijk en/of download alle artikelen uit deze Procurement Letter [hier](#).

Heeft u zich nog niet aangemeld voor de Procurement Letter, maar wilt u deze in de toekomst ook graag per mail ontvangen? Dan kunt u zich **aanmelden** via de aanmeldknop onderaan de site www.aanbestedingsadvocaten.nl