

Straatman Koster advocaten

Abnormaal lage inschrijvingen

Procurement Hour NVvA

mr. dr. Paul Heijnsbroek

15 april 2025

Aanleiding

- Arresten *Veridos* en *Sopra*
- Onduidelijkheid in praktijk
- Samenloop van belangen
 - Aanbesteder
 - Lage inschrijver
 - Andere inschrijvers

35. Abnormaal lage inschrijvingen: verplichtingen tot onderzoek, motivering en afwijzing

MR. DR. P. HEUNSBROEK

Sinds de eerste Europese aanbestedingsrichtlijn uit 1971 bevatten de aanbestedingsregels al een bepaling over abnormaal lage inschrijvingen. Door de tijd heen is de formulering wat gewijzigd, maar de kern is gelijk gebleven. Dit lange bestaan heeft er echter niet toe geleid dat het inmiddels volstrekt duidelijk is hoe moet worden omgegaan met abnormaal lage inschrijvingen.

De abnormaal lage inschrijving is in de praktijk een regelmatig terugkerend verschijnsel. Bijvoorbeeld als een aanbestedende dienst wordt geconfronteerd met een wel heel lage inschrijving. Of als een nummer twee bij een aanbesteding ziet dat de nummer één zodanig veel lager heeft inschreven dat hem dit economisch niet reëel lijkt. Wat kunnen en moeten zij dan doen? Die vraag blijkt vaak nog niet eenvoudig te beantwoorden.

De directe aanleiding voor dit artikel zijn twee arresten die het Hof van Justitie in het afgelopen anderhalf jaar heeft gewezen: de arresten *Veridos* en *Sopra*.¹ Beide arresten gaan over de procedure voor abnormaal lage inschrijvingen en dan in het bijzonder over de verplichtingen daarbij tot onderzoek, motivering en afwijzing. Zoals hierna zal blijken, volgt uit deze arresten zowel een verdergaande verantwoordelijkheid voor aanbestedende diensten, als meer rechtsbescherming voor verliezende inschrijvers. Al blijven er ook nog vragen over, met name ten aanzien van het bestaan van een discretionaire bevoegdheid om abnormaal lage inschrijvingen te accepteren.

Het is vooraf nuttig om op te merken dat beide arresten niet direct betrekking hadden op de Aanbestedingsrichtlijn (Richtlijn (EU) 2014/24), zoals die is omgezet in deel 2 van de Aanbestedingswet 2012. Het arrest *Veridos* ging hoofdzakelijk over de Defensierichtlijn (Richtlijn (EG) 2009/81). Het Hof geeft evenwel zelf al aan dat de regeling over abnormaal lage inschrijving uit de Defensierichtlijn

in wezen overeenkomt met die uit de Aanbestedingsrichtlijn en dat de uitleg van het Hof daarom ook geldt voor de Aanbestedingsrichtlijn.² Bij het *Sopra*-arrest stond een aanbesteding van de Europese Commissie centraal. Daarop was het Financieel Reglement uit 2018 van toepassing.³ De regeling daarin over abnormaal lage inschrijvingen is evenwel vrijwel gelijk aan die uit de Aanbestedingsrichtlijn.⁴ De verschillende regimes staan daarom niet in de weg aan de relevantie van deze arresten voor de Nederlandse praktijk.

In het navolgende zal, na een korte schets van de procedure, worden besproken wat een abnormaal lage inschrijving eigenlijk is. Het antwoord op die vraag kleurt namelijk de gehele procedure voor abnormaal lage inschrijvingen in. Vervolgens wordt nader ingegaan op die procedure en dan met name de verplichtingen tot onderzoek, motivering en afwijzing. Het precieze verloop van het contradictoire debat valt buiten de kaders van dit artikel, ook omdat de twee hiervoor genoemde arresten daar niet zoover over gaan. Deze bijdrage is verder beperkt tot de abnormaal lage inschrijving. Dat betekent dat de – nationaalrechtelijke – concepten van de irreële inschrijving en manipulatieve inschrijving hier buiten beschouwing blijven.⁵ Om het navolgende niet verder te compliceren, ga ik evenmin in op de situatie waarin de aanbestedende dienst zelf in de aanbestedingsstukken nader invulling heeft gegeven aan wat een abnormaal lage inschrijving is.

¹ HvJ EU 15 september 2022, zaak C-669/20 (*Veridos*), pt. 31.

² 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. 1303/2013, (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.

³ Financieel Reglement, Bijlage, pt. 21. Zie over de vergelijkbaarheid ook de annotaties van PHLM, Koppen v. JAAN, 2022/21 en E.L.H. Sijders-van Erp (JAAN, 2023/133).

⁵ Met name de verhouding tussen de abnormaal lage en irreële inschrijving lijkt mij overigens de moeite van het nader onderzoeken waard.

Twée fases

- Fase 1 – *Lijkt* de inschrijving abnormaal laag?
 - Onderzoek aanbesteder
 - Uitkomsten en motivering

- Fase 2 – *Is* de inschrijving abnormaal laag?
 - Onderzoek aanbesteder
 - Wat is abnormaal laag?
 - Uitkomsten en motivering

Fase 1

Lijkt de inschrijving abnormaal laag?

Fase 1 – Onderzoek

- Onderzoek is verplicht
 - Alleen bij voorgenomen winnaar?
- Beoordeling op het eerste gezicht (*prima facie*)
- Aanwijzingen
 - Prijs aanmerkelijk lager dan de rest
 - Onzeker of wetgeving wordt nageleefd (CAO / *social dumping*)
 - Onzeker of alle kosten zijn gedekt
 - Etc.

Fase 1 – Uitkomsten

- Inschrijving lijkt abnormaal laag → Fase 2 (nader onderzoek)
- Inschrijving lijkt niet abnormaal laag → Gunningsbeslissing
 - Geen motivering nodig in gunningsbeslissing over fase 1
 - Bij gemotiveerd verzoek afgewezen inschrijver:
 - Gedetailleerd antwoord geven; of
 - Alsnog **fase 2** onderzoek bij onderbouwde twijfels
 - Opschortende termijn?

Fase 1 – Verzoek afgewezen inschrijver

- Wanneer **moet** aanbesteder alsnog overgaan tot fase 2?
- Sopra:

“(…) Het feit dat een dergelijke inschrijver **op onderbouwde wijze twijfels uit** over het abnormaal lage karakter van de gekozen offerte, brengt dus met zich mee dat de aanbestedende dienst in de tweede fase van de controle terechtkomt.

Afgezien van het geval waarin de door de afgewezen inschrijver aangevoerde **argumenten irrelevant zijn of totaal niet worden onderbouwd**, is de aanbestedende dienst dus verplicht om, ten eerste, de gekozen offerte in detail te analyseren teneinde 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.”

- Overgenomen in Nederlandse rechtspraak (o.a. ECLI:NL:RBOVE:2025:290)
 - Gemotiveerd verzoek, onderbouwd en relevant

Fase 1 – Verzoek afgewezen inschrijver

- Hoe hoog ligt de lat voor het verzoek?

“[eiser] heeft, tegenover het gemotiveerde verweer van de Gemeente, haar standpunt dat de prijs toch als abnormaal laag moet worden beschouwd, **niet goed nader onderbouwd**. Door [eiser] wordt gewezen op het zeer **aanzienlijke prijsverschil** tussen de prijs van [bedrijf 1] en de prijs van de twee duurste inschrijvingen (die als nummer 1 en 2 zijn geëindigd) en meer algemeen gesteld dat ook [bedrijf 1] zijn gebonden aan een minimumuurloon en dat een VO een aantal onderdelen heeft die tijd kosten om uit te werken, zodat zelfs bij een zeer laag uurloon en een minimale kwaliteit een prijs van € 32.520,- niet realistisch is. **Met name is geen rekenkundige onderbouwing gegeven waaruit bijvoorbeeld blijkt tot welke kostenbesparing zij zichzelf maximaal (nog wel) in staat zou achten indien zij ook ingezet zou hebben op een zeer lage prijs (mogelijk tegen een zeer lage kwaliteit) en waarom een eventueel nog lagere prijs niet mogelijk is.**

(...) De Gemeente is dus niet in fase II terechtgekomen.”

(ECLI:NL:RBOVE:2025:290)

Fase 2

Is de inschrijving abnormaal laag?

Fase 2 – Nader onderzoek

- Aanbesteder verzoekt om toelichting op prijs of kosten
- Inschrijver verstrekt toelichting
- Contradictoir debat
- Beoordeling: is de inschrijving daadwerkelijk abnormaal laag?
- Gunningsbeslissing

Fase 2 – Wat is abnormaal laag?

- Wat zegt de wet?
 - Afwijzing “indien het lage niveau van de voorgestelde prijzen of kosten niet genoegzaam wordt gestaafd door het verstrekte bewijsmateriaal”
 - Abnormaal laag in verhouding tot de opdracht
 - Op basis van technisch, economisch of juridisch ondeugdelijke veronderstellingen of praktijken

Fase 2 – Wat is abnormaal laag?

- Europese rechtspraak
 - Geen serieuze / betrouwbare inschrijving
 - Gevolgen voor de correcte uitvoering van de opdracht / continuïteit dienstverlening
 - Ook rekening houden met geboden kwaliteit
 - € 0,- voor toegang tot nieuwe markt of verwerven van referenties
- Nederlandse rechtspraak
 - Gegronde redenen om te vrezen voor fout of dumpprijs
 - Inschrijver zal proberen verlies goed te maken door te korten op de uitvoering
 - Aannemelijk of het werk waarschijnlijk niet afdoende kan worden voltooid

Fase 2 – Wat is abnormaal laag?

- Waar brengt ons dit?
 - Kijken naar gevolgen voor uitvoering
 - Pas abnormaal laag bij reële dreiging van wanprestatie?
 - Alleen voor zover gerelateerd aan de lage prijs
- Voorbeelden
 - Fout maken, bewust laag inschrijven en “cadeaus”
 - Is “vechtcontract” scherp inschrijven of abnormaal laag?
 - Verkeerde uitleg van aanbestedingsstukken

Fase 2 – Uitkomsten

- Drie mogelijke uitkomsten:
 1. Inschrijving is niet abnormaal laag → acceptatie
 2. Inschrijving is wel abnormaal laag → afwijzing
 3. Inschrijving is wel abnormaal laag → acceptatie

1) Inschrijving is niet abnormaal laag

- Acceptatie van lage inschrijving → voorgenomen gunning
- Motivering in gunningsbeslissing aan afgewezen inschrijvers
 - Inschrijving leek abnormaal laag, daarom fase 2 doorlopen
 - Conclusie na beoordeling in fase 2: niet abnormaal laag
 - Hoofdpijnen van beoordeling
 - *Overgenomen in ECLI:NL:RBMNE:2024:5631 en ECLI:NL:RBOVE:2025:290*
 - Bedrijfsvertrouwelijkheid: op neutrale wijze de essentie van de inhoud mededelen (*Klaipedos*)
 - Niet volstaan met procesbeschrijving (*Vzr. Den Haag*)
- Ook uitleggen waarom de rest zoveel hoger zit?
 - Is de lage inschrijver als enige uitgegaan van de juiste uitleg van de aanbestedingsstukken?
- Rechtsbescherming voor afgewezen inschrijvers

2) Inschrijving is wél abnormaal laag

- Afwijzen van te lage inschrijving
- Motivering in gunningsbeslissing aan afgewezen inschrijver:
 - Conclusie na beoordeling in fase 2: abnormaal laag
 - Volledige motivering (geen beperking i.v.m. bedrijfsvertrouwelijkheid)
- Rechtsbescherming voor afgewezen inschrijver

3) Abnormaal laag, toch acceptatie

- Discretionaire bevoegdheid aanbesteder?
 - Mits geen schending van milieu-, sociaal of arbeidsrecht
- Wettekst: aanbesteder “kan” afwijzen
- Nederlandse rechtspraak
 - Regeling is ter bescherming van aanbesteder
 - Discretionaire bevoegdheid

3) Abnormaal laag, toch acceptatie

- Sopra: abnormaal laag, “in welk geval hij deze [inschrijving] moet afwijzen”
- Verplicht nader onderzoek in fase 2 zinledig
- Aanbestedingsregels geschreven ter bescherming van lage inschrijver (en niet zozeer aanbesteder)?
- Bescherming van andere inschrijvers (vgl. Belgische RvS)
- Gebruik discretionaire bevoegdheid → willekeur?
- Acceptatie van ‘onregelmatige inschrijving’

Sopra beperkt tot Financieel Reglement?

- Tekst is nagenoeg gelijk
- Bedoeling is om niet af te wijken van Aanbestedingsrichtlijn

(96) De regels en beginselen inzake aanbestedingen die van toepassing zijn op door instellingen van de Unie voor eigen rekening gegunde overeenkomsten tot uitvoering van overheidsopdrachten, **moeten gebaseerd zijn** op de voorschriften van Richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad (14) en Richtlijn 2014/24/EU.

Artikel 161

Bijlage over aanbestedingen en bevoegdheidsdelegatie

In bijlage I bij deze verordening worden nadere regels voor aanbestedingen vastgesteld. Teneinde ervoor te zorgen dat instellingen van de Unie bij het gunnen van overeenkomsten voor eigen rekening **dezelfde normen toepassen** als die welke gelden voor aanbestedende diensten die vallen onder Richtlijnen 2014/23/EU en 2014/24/EU, is de Commissie bevoegd overeenkomstig artikel 269 van deze verordening gedelegeerde handelingen vast te stellen om bijlage I bij deze verordening te wijzigen, teneinde deze aan te passen aan de wijzigingen van voornoemde richtlijnen en daarmee samenhangende technische aanpassingen aan te brengen.

Praktijk is nog weerbarstig

“4.19. Het gebruikmaken van de mogelijkheid abnormaal lage of irreële inschrijvingen af te wijzen, betreft een **discretionaire bevoegdheid** van de aanbestedende dienst. Het betreft inderdaad, zoals de gemeente betoogt, geen verplichting die door concurrerende inschrijvers kan worden afgedwongen. **Deze mogelijkheid strekt immers ter bescherming van de aanbestedende dienst en niet ter bescherming van de belangen van de betreffende inschrijver of concurrenten.**

De aanbestedende dienst is echter **wel verplicht te beoordelen óf sprake is van een abnormaal lage althans irreële inschrijving**. Voor wat betreft deze verplichting geldt het volgende.

(...)

“4.19.3. Als echter wel sprake is van dergelijke aanwijzingen, moet de aanbestedende dienst in tweede instantie (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. 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.** (...)”

(ECLI:NL:RBOVE:2025:1154)

Hartelijk dank voor uw aandacht!

Paul Heijnsbroek

06 - 43 550 116

p.heijnsbroek@straatmankoster.nl

www.straatmankoster.nl

