

Gepubliceerd in Tijdschrift Aanbestedingsrecht 2011, 325

Strategisch en manipulatief inschrijven bij aanbestedingen

Tsong Ho Chen¹

Een nadeel van het vooraf bekend maken van het beoordelingsmodel, wat vereist is op grond van het transparantiebeginsel, is dat het door die bekendmaking soms mogelijk is om strategisch of manipulatief in te schrijven. In dit artikel worden aan de hand van voorbeelden suggesties gegeven hoe men met dit lastige fenomeen om zou kunnen gaan.

Inleiding

De laatste tijd worden aanbestedende diensten in toenemende mate geconfronteerd met strategische en manipulatieve inschrijvingen. Dit leidt niet zelden tot geschillen die in de rechtszaal worden uitgevochten.² Globaal kan men die geschillen indelen in drie typen:

1. De aanbestedende dienst heeft een inschrijving ongeldig verklaard omdat deze manipulatief zou zijn en de ongeldig verklaarde inschrijver maakt een kort geding aanhangig;
2. Een afgewezen inschrijver stelt in kort geding dat de winnaar manipulatief heeft ingeschreven;
3. Een (potentiële) inschrijver eist in kort geding een heraanbesteding met als argument dat de aanbesteding niet transparant is en manipulatieve inschrijvingen uitlokt.

Veel gedingen bevatten een mengvorm van deze typen doordat in de gevallen 1 en 2 heel vaak subsidiair een heraanbesteding wordt gevorderd en doordat ook een tussenkomen partij een vordering kan instellen.

Wie de op rechtspraak.nl gepubliceerde vonnissen in aanbestedingsgeschillen leest, weet dat de Nederlandse rechter sterk de neiging heeft om (vermeende) fouten van de aanbestedende dienst enigszins welwillend door de vingers te zien, waardoor de jurisprudentie een wisselend beeld toont. Wanneer de aanbestedende dienst een strategische inschrijving als manipulatief bestempelt en ongeldig verklaart, zal de rechter dit soms wel en soms niet sanctioneren.³ Een afgewezen inschrijver heeft echter vrijwel geen kans op succes wanneer hij betoogt dat de winnaar een ontoelaatbare strategische of irreële inschrijving heeft gedaan.⁴

¹ Mr. T.H. Chen is advocaat bij BarentsKrans advocaten notarissen te Den Haag en redacteur van dit tijdschrift.

² Voor recente besprekingen van die jurisprudentie zie A.C.F. Fischer-Braams, *Grenzen aan strategisch inschrijven*, Tender Nieuwsbrief 2011/5, p. 4 en D.J.L. van Ee, *Strategisch inschrijven bij aanbesteding*, TBR 2011/97.

³ In V.zr. Rb. Breda 6 oktober 2010, LJN: BO0109 en V.zr. Rb. Arnhem 11 juni 2010, LJN: BN0353 werd de beslissing om de manipulatieve bidder ongeldig verklaren in stand gelaten, in V.zr. Rb. 's-Gravenhage 23 februari 2011, LJN: BP7444 en V.zr. Rb. Amsterdam 25 januari 2011, LJN: BP2351 en V.zr. Rb. Arnhem 15 februari 2010, LJN: BL5214 daarentegen werd geoordeeld dat de inschrijving van de eiser ten onrechte ongeldig was verklaard.

⁴ V.zr. Rb. Amsterdam 9 december 2010, LJN: BO8866, V.zr. Rb. Arnhem 6 december 2010, LJN: BO9068, V.zr. Rb. Arnhem 25 oktober 2010, LJN: BO1568, V.zr. Rb. Amsterdam 16 juli 2010, LJN: BN3506, V.zr. Rb. Alkmaar 8 juli 2010, LJN: BN0677, V.zr. Rb. 's-Gravenhage 1 maart 2010, LJN: BL6590, Hof 's-Gravenhage 19 januari 2010, LJN: BK9808.

In diverse publicaties heb ik gewezen op achterliggende oorzaken van de problematiek en betoogd dat het probleem niet door juristen maar door inkopers moet worden opgelost.⁵ Die stelling wil ik op basis van voortschrijdend inzicht terugnemen: juristen kunnen bij nader inzien toch een zinvolle bijdrage leveren aan de totstandkoming van een voor alle partijen bevredigend resultaat van aanbestedingen waar strategisch inschrijven mogelijk is. In dit artikel wordt aan de hand van voorbeelden het verschijnsel strategisch inschrijven belicht en een juridische oplossing van geschillen op dit terrein geformuleerd.

Het verschil tussen strategisch inschrijven en manipulatief inschrijven

Het is niet eenvoudig om een eenduidige definitie van strategisch inschrijven te geven. De eenvoudigste (maar wel tautologische) definitie zou zijn dat een inschrijving strategisch is wanneer hij gebaseerd is op een bepaalde strategie van de inschrijver. Wanneer de aanbestedende dienst bijvoorbeeld vraagt om levering van printers, zal de leverancier doorgaans de keuze hebben tussen diverse modellen met uiteenlopende kwaliteit en kostprijs. Op basis van een bepaalde strategie zal de inschrijver een bepaald model uit zijn assortiment kiezen. Bij die strategie kunnen vele overwegingen een rol spelen, zoals de wens om overjarige modellen desnoods met verlies van de hand te kunnen doen. Een andere strategie zou kunnen zijn dat een inschrijver zijn concurrenten wil aftroeven met het allernieuwste en beste model, waarvoor hij dan wel een hoge prijs vraagt.

Pas wanneer als onderdeel van die strategie ook gekeken wordt naar de mogelijkheden die het bestek en de gunningscriteria bieden teneinde de kans op gunning te maximaliseren, kunnen we spreken van een strategische inschrijving in de betekenis die daaraan doorgaans in jurisprudentie en vakliteratuur wordt gegeven.⁶ Tegen een strategische inschrijving in deze zin, kan natuurlijk geen enkel bezwaar zijn, noch vanuit inkooptechnisch noch vanuit juridisch perspectief. Integendeel, een dergelijke inschrijving beantwoordt geheel aan de doelstellingen van de richtlijnen. De aanbestedende dienst die een aantal van dergelijke strategische inschrijvingen krijgt, kiest eenvoudig de inschrijving met de beste prijs-kwaliteitverhouding, wat letterlijk de bedoeling is volgens overweging (5) van Richtlijn 2004/18/EG.

Als het echt zo eenvoudig was, zouden er niet zo veel geschillen zijn waarbij strategische inschrijvingen een rol spelen. Er ontstaan echter problemen wanneer een inschrijver 'handig' gebruik maakt van de gunningscriteria. Er is geen enkele juridische grond om een dergelijke handelwijze op voorhand te verbieden. Vaste lijn in de jurisprudentie is dan ook het oordeel van de voorzieningenrechter Amsterdam, dat als volgt wordt samengevat in de eerste zin van een annotatie in het Tijdschrift voor Bouwrecht: *"Een strategische inschrijving is in beginsel toegestaan, maar niet als uit de aanbestedingsstukken blijkt dat dit ontoelaatbaar is en evenmin als dit afbreuk zou doen*

⁵ *Wiskundige eigenschappen van gunningssystemen en hun juridische consequenties*, TA 2005/2, p. 51, *De economische dimensie van het criterium 'economisch voordeligste aanbidding*, TA 2006/3, p. 101 en *De speltheoretisch voordeligste inschrijving*, TA 2007/6, p. 458.

⁶ E.H. Pijnacker Hordijk, G.W. van der Bend, J.F. van Nouhuys, *Aanbestedingsrecht*, Sdu, 4^e druk 2009, p. 435: *"Daarmee wordt dan doorgaans bedoeld dat inschrijvers hun bieding zo structureren dat daarmee het maximale aantal punten wordt gescoord en niet zozeer wordt gestreefd de kwalitatief beste bieding te doen. Dergelijk strategisch biedgedrag is echter geoorloofd. Gunningscriteria zijn er juist voor bedoeld om aan te geven op welke wijze de aanbestedingsprocedure kan worden gewonnen, zodat inschrijvers moeilijk kan worden verweten dat zij zich daarnaar richten."*

*aan de kwaliteit van de aangeboden prestatie.*⁷ Wanneer de handigheid van de inschrijver een bepaalde grens overschrijdt, verwordt de strategische inschrijving tot een manipulatieve inschrijving die ongeldig verklaard kan worden. Het zal weinig verbazing wekken dat het bepalen van de grens van het toelaatbare het grote probleem van zowel aanbestedende diensten als inschrijvers vormt. In het zojuist genoemde vonnis was bijvoorbeeld een eis uit het bestek dat voor taxiriten een kilometertarief moest worden geboden dat reëel en marktconform is. De eiser in die casus had een tarief van € 0,05 geboden, wat duidelijk ver beneden de kostprijs was. In de afwijzingsbrief werd door de aanbestedende dienst gesteld dat marktconforme tarieven in de bandbreedte van € 0,27 tot € 0,84 lagen, wat overigens een ongeloofwaardig grote bandbreedte is. Aangezien de inschrijver vooraf niet wist wat de aanbestedende dienst als marktconform zou beschouwen bij de beoordeling van de offertes, is het nog maar de vraag of een tarief van bijvoorbeeld € 0,25 als niet-marktconform zou worden gekwalificeerd. Bij een dergelijke niet op objectieve wijze hard te maken toets van marktconformiteit is het risico van favoritisme en willekeur natuurlijk onaanvaardbaar.

Na het besproken vonnis zijn er vele geschillen aan de rechter voorgelegd waarbij de grens van het toelaatbare aan de orde kwam. Door het casuïstische karakter van dit soort vonnissen zijn er helaas weinig rechtsregels uit die jurisprudentie te destilleren. De aanbestedende dienst heeft veelal een op zich begrijpelijke reden om een inschrijving manipulatief te noemen en ongeldig te verklaren: het kan zijn dat de inschrijver zo handig gebruik gemaakt heeft van de gunningscriteria dat hij weliswaar de beste score heeft, maar dat zijn prijs in feite veel hoger is dan de *'werkelijk laagste prijs'*. Die observatie, die letterlijk in het vonnis Vzr. Rb. Breda 6 oktober 2010, LJN: BO0109 te lezen is,⁸ kan niet anders dan tot de volgende conclusie leiden. Kennelijk heeft de aanbestedende dienst, die beoogde het gunningscriterium van de laagste prijs toe te passen, dit criterium op zodanige wijze in een formule uitgedrukt dat de uitkomst niet de laagste prijs opleverde. Wanneer de aanbestedende dienst echter vooraf bekend maakt de prijs op een bepaalde manier uit te rekenen, mag hij niet achteraf met een andere berekening de *'werkelijk laagste prijs'* als criterium hanteren.⁹ Met het ongeldig verklaren van manipulatieve inschrijvingen en vervolgens gunnen van de opdracht aan een inschrijver die niet manipulatief heeft ingeschreven, handelt de aanbestedende in beginsel in strijd met het aanbestedingsrecht. De druiven zijn zuur, maar strikt genomen heeft de aanbestedende dienst slechts twee mogelijkheden: de bittere pil slikken of tot heraanbesteding overgaan. De Nederlandse rechter die de aanbestedende dienst sauveert door te aanvaarden dat een strategische inschrijving ongeldig verklaard is en de opdracht gegund is aan een andere inschrijver doet er goed aan om niet langer als een zachte heelmeeester op te treden. Uiteindelijk leidt dit tot het resultaat dat aanbestedende diensten beter zullen opletten en beoordelingsmodellen zullen hanteren waarbij de marktpartijen in daadwerkelijke concurrentie aanbieden.

Een eenvoudig voorbeeld

⁷ Vzr. Rb. Amsterdam 29 juli 2008, TBR 2008/181, m.n. Chen.

⁸ *"Het gevolg van deze wijze van inschrijven door DVL is dat DVL weliswaar de laagste eindscore heeft behaald – hetgeen zou betekenen dat de Gemeente de opdracht moet gunnen aan DVL – maar dat DVL de hoogste prijs heeft geboden van alle inschrijvers, namelijk EUR 193.377,75. Het verschil met de werkelijk laagste prijs is ruim EUR 37.000,--."* (r.o. 3.5).

⁹ HvJ EU 18 oktober 2001, C-19/00 (SIAC), r.o. 43.

Stel dat bij een aanbesteding van leerlingenvervoer gevraagd wordt naar twee tarieven: een uurtarief voor de chauffeur en een kilometertarief voor de taxi. Gunningscriterium is de laagste prijs, die wordt berekend met de formule $F = U + K$. In deze formule staat F voor fictieve prijs, U voor het uurtarief en K voor het kilometertarief. Er worden geen beperkingen aan de tarieven opgelegd. Wie even nadenkt over deze formule zal snel inzien dat deze geen realistische weerspiegeling van de werkelijke prijs van een taxirit geeft. Bij een taxirit van bijvoorbeeld 1 uur kan gemakkelijk een afstand van 20 kilometer worden afgelegd. Het kilometertarief speelt een veel grotere rol dan uit de formule is af te leiden. De gebruikte formule is alleen realistisch wanneer de gemiddelde snelheid van de taxi 1 km/uur bedraagt, wat natuurlijk vrijwel nooit zal voorkomen. Voor het vervolg nemen we aan dat die gemiddelde snelheid 20 km/uur bedraagt en dat de inschrijvers daarmee bekend zijn.

Een formule die wel een realistische voorspelling van de werkelijke prijs van een taxirit geeft zou de volgende zijn: $F = U + 20 \times K$. De gemiddelde rit telt immers 20 keer zoveel kilometers als uren, zodat het kilometertarief een 20 keer zo groot gewicht als het uurtarief moet hebben. In de onderstaande tabel worden de uitkomsten van de twee formules vergeleken aan de hand van 4 mogelijke inschrijvingen met min of meer marktconforme tarieven.

Inschrijving	uurtarief	kilometertarief	$F = U + K$	$F = U + 20 \times K$
A	30	0,5	30,5	40
B	31	0,4	31,4	39
C	32	0,3	32,3	38
D	33	0,2	33,2	37

Tabel 1

De rangorde van de door de aanbestedende dienst gebruikte formule is precies de omgekeerde rangorde van de werkelijke prijzen! Dit is een fictief voorbeeld dat in de praktijk natuurlijk nooit zo mooi zal voorkomen, maar het voorbeeld toont wel aan dat de door de aanbestedende dienst gedefinieerde fictieve prijs niets zegt over de werkelijke prijs van een taxirit.

Wanneer we uurtarief en kilometertarief van de eerste inschrijving verwisselen, ontstaat de volgende tabel.

Inschrijving	uurtarief	kilometertarief	$F = U + K$	$F = U + 20 \times K$
A	0,5	30	30,5	600,5
B	31	0,4	31,4	39
C	32	0,3	32,3	38
D	33	0,2	33,2	37

Tabel 2

Inschrijver A heeft nog steeds de laagste prijs geboden volgens de door de aanbestedende dienst gehanteerde formule, maar zijn werkelijke prijs is absurd hoog. Wanneer deze situatie zich in de praktijk voordoet, zal de inschrijving van A zeker ongeldig worden verklaard als manipulatieve inschrijving. Het is aannemelijk dat de beslissing van de aanbestedende dienst tot ongeldig verklaren door de rechter in stand zal worden gelaten. Iedereen kan immers constateren dat het zeer onrechtvaardig en dus onaanvaardbaar lijkt om de opdracht te gunnen aan een inschrijver die met een slim trucje de uitkomst naar zijn hand weet te zetten. Overigens heeft de aanbestedende dienst

na ongeldig verklaren van de inschrijving van A een levensgroot probleem: aan welke inschrijver moet hij dan de opdracht gunnen en hoe moet hij dit motiveren? Nadat hij heeft geconstateerd dat de formule $F = U + K$ niet kan worden toegepast, lijkt het vreemd om op basis van die ondeugdelijke formule de keus tussen B, C en D te maken. Het introduceren van het uit het niets voortkomende criterium van de 'werkelijk laagste prijs' om de gunning aan D te motiveren, is toch zeker in strijd met het aanbestedingsrecht. Omdat doorgaans niet alle inschrijvers als procespartij optreden en de aanbestedende dienst wijselijk zo min mogelijk openheid van zaken geeft, komt deze meestal weg met de gebrekkig gemotiveerde gunningsbeslissing die genomen is nadat de manipulatieve inschrijving geëcarteerd is. Als dit al toelaatbaar is, is het in ieder geval geen fraaie vertoning.

Maar hoe te oordelen in de volgende situatie?

Inschrijving	uurtarief	kilometertarief	$F = U + K$	$F = U + 20 \times K$
A	0	2,2	2,2	44
B	0	2,3	2,3	46
C	32	0,3	32,3	38
D	33	0,2	33,2	37

Tabel 3

De eerste twee inschrijvers hebben de formule doorgrond en tarieven geboden die *marktconform zijn binnen het door de aanbestedende dienst uitgezette kader*. Omdat A en B volledig afhankelijk zijn van het aantal gereden kilometers, hebben zij mogelijk een tamelijk hoog kilometertarief geboden wegens het risico dat de gemiddelde snelheid in de praktijk lager dan 20 km/uur zal bedragen. A en B zijn onderling goed vergelijkbaar en iedereen zal inzien dat A een lagere prijs heeft geboden dan B. Ook C en D zijn onderling vergelijkbaar. Ook al is de vergelijking tussen C en D op grond van de formule $F = U + K$ niet helemaal eerlijk, dan nog lijkt de uitkomst dat C hoger in de rangorde staat dan D op grond van die formule geen onaanvaardbaar resultaat te zijn. Wanneer de gemiddelde snelheid in de praktijk immers lager is dan 20 km/uur zal C ook daadwerkelijk goedkoper blijken dan D.¹⁰ Gunning van de opdracht aan A op grond van de formule $F = U + K$ lijkt niet tot een onaanvaardbaar resultaat te leiden. Misschien is zijn werkelijke prijs iets hoger dan de werkelijke prijs van C of D, maar dat is vooraf niet met zekerheid te voorspellen. De situatie van tabel 3, waarbij de opdracht gegund is aan A, is in de jurisprudentie te vinden bij de vonnissen waarin een afgewezen inschrijver zonder succes klaagt dat de winnaar manipulatief heeft ingeschreven.

Er is nog een vierde mogelijkheid die zich voor kan doen.

Inschrijving	uurtarief	kilometertarief	$F = U + K$	$F = U + 20 \times K$
A	0	2,2	2,2	44
B	0	2,3	2,3	46
C	0	2,4	2,4	48
D	0	2,5	2,5	50

Tabel 4

¹⁰ Het omslagpunt ligt bij 10 km/uur, bij welke snelheid C en D beiden uitkomen op een prijs van 35 met de formule $F = U + 10 \times K$.

Nu is er helemaal niets aan de hand. Hoogstens zou men kunnen zeggen dat de aanbestedende dienst enigszins misleidend heeft doen voorkomen alsof het uurtarief een relevant gegeven is. Iedere rationele inschrijver heeft natuurlijk door dat het uitsluitend gaat om het kilometertarief. De inschrijving met de laagste fictieve prijs, heeft ook daadwerkelijk de laagste prijs geboden en krijgt terecht de opdracht gegund. Alle inschrijvingen zijn strategische inschrijvingen en het zou vreemd zijn om ze allemaal ongeldig te verklaren wegens manipulatief biedgedrag. Toch is dat laatste niet geheel uitgesloten, wanneer de aanbestedende dienst kan motiveren waarom hij per se een uurtarief van meer dan 0 euro wenst. Na ongeldig verklaren van alle inschrijvingen ontstaat de situatie van artikel 30 lid 2 Bao dat toestaat om over te schakelen op een onderhandelingsprocedure met alle vier afgewezen inschrijvers.

Met enig leedvermaak zal de lezer kennis nemen van het onderstaande voorbeeld.

Inschrijving	uurtarief	kilometertarief	F = U + K	F = U + 20 x K
A	0	2,2	2,2	44
B	0	2,3	2,3	46
C	0	2,4	2,4	48
D	30	0,5	30,5	40

Tabel 5

Inschrijver D had gemakkelijk kunnen winnen met een uurtarief van 0 en een kilometertarief van 2 euro. De sukkel heeft echter helaas niet begrepen hoe het gunningscriterium werkt. Hij kan natuurlijk stellen dat alle anderen manipulatief hebben ingeschreven, maar dat zal zeker leiden tot een afgang in de rechtszaal die een verstandige advocaat hem zal besparen.

In de literatuur is – ook door mijzelf – wel gepleit voor de stelling dat de aanbestedende dienst verplicht is om strategische inschrijvingen te voorkomen.¹¹ Als maatregel wordt veelal aanbevolen om te eisen dat alle prijzen marktconform zijn en dat negatieve prijzen en nulprijzen zijn verboden. Thans – na voortschrijdend inzicht – wijs ik op het risico dat dergelijke eisen met zich brengen. De eis van marktconformiteit is te weinig specifiek om inschrijvers een richtlijn te geven van wat wel en niet toelaatbaar is. Een prijs van 0 euro voor een mobieltje is bijvoorbeeld zonder meer marktconform te noemen. Bij het kopen van een mobieltje voor 0 euro wordt de werkelijke prijs namelijk betaald in de abonnementskosten en de kosten van het bellen. *De marktconformiteit kan alleen vastgesteld worden met inachtneming van alle drie prijzen.*

In onderstaande tabel is te zien dat de eis dat een marktconform uurtarief wordt geboden in het voorbeeld van de taxiriten een onverwacht risico met zich mee kan brengen.

Inschrijving	uurtarief	kilometertarief	F = U + K	F = U + 20 x K
A	15	2	17	55
B	20	1,5	21,5	50
C	25	1	26	45
D	30	0,5	30,5	40

Tabel 6

¹¹ Hof Amsterdam 30 november 2006, BR 2007, 437, m.n. Chen.

Iedereen heeft enigszins strategisch ingeschreven, alleen is er een verschil in inschatting van wat nog juist wel als marktconform kan worden beschouwd. Het zal niet meevallen voor de aanbestedende dienst om een eventuele gunning aan B, C of D te motiveren. Het kan immers niet de bedoeling zijn dat de aanbestedende dienst met de eis van marktconformiteit een vrijbrief krijgt om naar willekeur inschrijvingen ongeldig te verklaren. Interessant is de observatie dat als gevolg van de eis van marktconformiteit de volgens het gunningscriterium beste bidder een hogere werkelijke prijs biedt. Het is te zien door de inschrijving van A in tabel 6 te vergelijken met tabel 4 die een situatie van daadwerkelijke concurrentie toont. In tabel 6 heeft A minder last van de concurrentie als gevolg van zijn strategisch lage uurtarief van 15 euro waarmee hij vrijwel altijd zal winnen als niemand zo laag durft te zakken met het uurtarief. Het kilometertarief speelt dan nauwelijks een rol: A had in tabel 6 ook gewonnen met een kilometertarief van 5 euro en een werkelijke prijs van 115 euro. Strategisch bieden onder de voorwaarde van marktconforme prijzen kan dus leiden tot hogere prijzen. Wanneer naast deze tarieven ook de kwaliteit een rol speelt en alle inschrijvers ongeveer dezelfde kwaliteit bieden, kan men bij tabel 6 zeggen dat A de speltheoretisch voordeligste inschrijving heeft gedaan en D de economisch voordeligste inschrijving. In dit tijdschrift is al eerder gewezen op de omstandigheid dat bij gebruik van relatieve scores de inschrijvers met speltheoretische methoden hun inschrijving zullen optimaliseren.¹² Het voorbeeld van tabel 6, waarbij een essentiële veronderstelling is dat het bestek eist dat een marktconform uurtarief wordt geboden, laat zien dat er ook bij gebruik van absolute scores speltheorie kan worden toegepast door inschrijvers. Het 'spel' dat de aanbestedende dienst hier met de eis van marktconformiteit introduceert, is vergelijkbaar met pokeren, waarbij ook de brutaalste speler vaak de beste kansen heeft. De bluf van A zal mislukken als hij de pech heeft dat B, C en D duidelijk hogere, onderling vergelijkbare, prijzen bieden (bijvoorbeeld tussen 25 en 30 euro) die een marktconforme indruk maken.

Er is geen bezwaar tegen het eisen van marktconformiteit wanneer vooraf de grenzen eenduidig worden vastgelegd. Heeft de aanbestedende dienst bijvoorbeeld bepaald dat een marktconform uurtarief tussen 20 en 40 euro ligt, dan ontstaat de volgende situatie.

Inschrijving	uurtarief	kilometertarief	$F = U + K$	$F = U + 20 \times K$
A	20	1,0	21,0	40
B	20	1,1	21,1	42
C	20	1,2	21,2	44
D	20	1,3	21,3	46

Tabel 7

Omdat iedereen dezelfde strategie volgt, wijst de formule $F = U + K$ de daadwerkelijk laagste prijs aan. Deze manier van inkopen kan nuttig zijn wanneer de aanbestedende dienst niet vooraf kan bepalen welke strategie de inschrijvers zullen kiezen. Er zijn bij vastleggen van ondergrens en bovengrens vier mogelijke uitkomsten van de aanbesteding:

1. Iedereen biedt de ondergrens;
2. Iedereen biedt de bovengrens;
3. De prijzen fluctueren rond een punt ergens tussen onder- en bovengrens;
4. Sommigen bieden de ondergrens en anderen de bovengrens.

¹² T.H. Chen, *De speltheoretisch voordeligste inschrijving*, TA 2007/6, p. 458.

In de gevallen 1, 2 en 3 zal er geen reden tot zorg zijn omdat er daadwerkelijke concurrentie heeft plaatsgevonden. Alleen in geval 4 kan er een probleem zijn indien mocht blijken dat één van de twee strategieën bij voorbaat kansloos is. De inschrijvers die die kansloze strategie gevolgd hebben, hebben mogelijk essentiële gegevens over het hoofd gezien doordat het bestek kennelijk onvoldoende transparant was.

De conclusie van deze paragraaf is dat ook wanneer het gunningscriterium Fictieve Prijs geen enkele reële relatie met de werkelijke prijs heeft, er in geval van voldoende transparantie en volledig rationeel handelende inschrijvers sprake kan zijn van daadwerkelijke en eerlijke concurrentie waarbij de beste inschrijving wint. Er moet dan niet de eis gesteld worden dat de tarieven marktconform zijn en er moet absolute zekerheid zijn dat de formule die de aanbestedende dienst vooraf bekend gemaakt heeft *coûte que coûte* zal worden toegepast.

Fictieve prijs

De prijs die als resultaat van de in de vorige paragraaf beschreven formule $F = U + K$ is overduidelijk een fictieve prijs. Ook de formule $F = U + 20 \times K$ levert een fictieve prijs op, want deze geeft slechts bij benadering de werkelijke prijs van een taxirit weer: alleen voor taxiritten met een gemiddelde snelheid van precies 20 km/uur geeft de formule het factuurbedrag weer. Fictieve prijzen worden regelmatig gebruikt door aanbestedende diensten, bij gebrek aan beter. Bij een raamovereenkomst is het hanteren van een fictieve prijs per definitie onvermijdelijk. Wanneer het totale factuurbedrag immers bij ondertekening van de overeenkomst wordt vastgelegd, is er sprake van een *opdracht* en niet van een raamovereenkomst.¹³ Zowel bij een opdracht als bij een raamovereenkomst is het vanzelfsprekend gewenst dat een fictieve prijs die in het gunningscriterium gebruikt wordt een relatie heeft met de werkelijke prijs, waaronder verstaan wordt het daadwerkelijke toekomstige totale factuurbedrag. Ontbreekt die relatie, dan kan dit aanleiding zijn om het gunningscriterium onwettig te verklaren en een heraanbesteding te gelasten. Dit blijkt onder meer uit het volgende citaat uit het vonnis V.zr. Rb. Utrecht 9 september 2007, LJN: BB3984, r.o. 4.10: *“Overwogen wordt dat tegen het vragen van fictieve gegevens op zich zelf geen bezwaar behoeft te bestaan, doch vereist is dan wel dat de inhoud of de betekenis van hetgeen gevraagd wordt, ondubbelzinnig duidelijk is. Dat is hier niet geval, nu Stichting EKD dit nergens nader heeft aangegeven en de prijs bovendien gevraagd was voor een periode van drie jaar, waarbij uitgegaan moest worden van een door Stichting EKD voorgeschreven toename van het aantal dossiers gedurende die periode, zodat niet valt in te zien hoe daaruit één prijs kon worden berekend.”*

De relatie tussen fictieve prijs en werkelijke prijs moet in ieder geval de volgende eigenschap hebben: *als de fictieve prijs van inschrijving A kleiner is dan de fictieve prijs van inschrijving B, dan moet ook de werkelijke prijs van inschrijving A kleiner zijn dan de werkelijke prijs van inschrijving B.* Hoe voor de hand liggend deze voorwaarde ook is, in de praktijk wordt daaraan menigmaal niet voldaan, zoals blijkt uit diverse voorbeelden in de jurisprudentie.¹⁴ Zoals gezegd wordt in een dergelijke situatie af

¹³ Uit de definitie van overheidsopdracht respectievelijk raamovereenkomst in artikel 1 sub k respectievelijk artikel 1 sub n Bao blijkt dat deze begrippen elkaar uitsluiten.

¹⁴ V.zr. Rb. Breda 6 oktober 2010, LJN: BO0109, V.zr. Rb. Arnhem 25 oktober 2010, LJN: BO1568, Hof 's-Gravenhage 19 januari 2010, LJN: BK9808.

en toe de inschrijving met een (te) hoge werkelijke prijs wegens manipulatief biedgedrag ongeldig verklaard, maar het komt ook regelmatig voor dat de rechter deze onlogische uitkomst aanvaardt. Bijvoorbeeld in het arrest Hof 's-Gravenhage 19 januari 2010, LJN: BK9808, r.o. 5 wordt het nog wel acceptabel geacht dat een nulprijs is geboden voor het onderdeel spoedbestellingen, dat met een (laag) gewicht van 5% werd meegeteld: *“Indien de Staat een bijzonder gewicht wil toekennen aan de prijsstelling voor bepaalde onderdelen van de aanbestede opdracht die niet (volledig) overeenstemt met de omvang van die onderdelen (in het verleden en eventueel in de toekomst), heeft hij daartoe binnen redelijke grenzen de vrijheid.”* (r.o. 5). Zoals het in de praktijk onmogelijk is voor inschrijvers om te weten of de door hen geboden prijs als marktconform zal worden aanvaard, is het voor aanbestedende diensten evenzeer onmogelijk te weten of de door hen aan bepaalde prijzen gegeven gewichten vallen binnen de *redelijke grenzen* in de zin van het arrest van het Hof 's-Gravenhage. Zoals in de vorige paragraaf betoogd, hoeft het inkooptechnisch geen probleem te zijn als die redelijke grenzen niet in acht worden genomen. Wanneer bijvoorbeeld een bepaald prijsonderdeel een veel te hoog gewicht heeft gekregen zullen alle inschrijvers eenvoudig voor dat onderdeel een nulprijs bieden (of een prijs van 0,01 bij gebruik van een formule waar de laagste prijs in de noemer staat). Bij gebruik van relatieve formules ontstaat wel een probleem als sommige inschrijvers een nulprijs (of 0,01) bieden en andere inschrijvers alleen maar lage prijzen. Laatstgenoemden vallen dan buiten de boot, omdat zij ondanks hun lage prijs toch 0 punten voor het betreffende onderdeel scoren.

De relatie tussen fictieve prijs en werkelijke prijs is perfect als voor het bepalen van de werkelijke prijs de fictieve prijs alleen maar met een nog onbekend getal vermenigvuldigd hoeft te worden. Is bijvoorbeeld bij een raamovereenkomst voor de inkoop van papier de prijs van een pak papier vastgelegd, dan is de werkelijke prijs eenvoudig te berekenen zodra het aantal ingekochte pakken papier bekend is. Dit soort fictieve prijzen vormt dus helemaal geen probleem, tenzij er meer dan één fictieve prijs gebruikt wordt in het gunningscriterium. In de formule $F = U + 20 \times K$ moet men F beschouwen als één fictieve prijs die geboden wordt en die op een of andere manier gewaardeerd wordt in het gunningscriterium. Zou men zowel U als K afzonderlijk als fictieve prijzen met punten waarderen, dan kunnen er problemen ontstaan met strategische inschrijvingen.¹⁵

De problemen die men in de jurisprudentie tegenkomt, ontstaan met name wanneer de fictieve prijs geen goede relatie met de werkelijke prijs heeft. Een handige inschrijver kan dan met een lage fictieve prijs de aanbesteding winnen, terwijl hij toch (veel) duurder is dan de concurrenten en de overheid dus een onnodig hoge prijs voor de opdracht betaalt.¹⁶ Het zou goed zijn voor onze economie en geheel in lijn met de doelstellingen van de richtlijn wanneer die concurrenten een heraanbesteding zouden kunnen afdwingen op basis van de volgende norm: *Het gebruik van een fictieve prijs is alleen toelaatbaar wanneer deze een realistische weergave van de werkelijke prijs biedt of wanneer het onmogelijk is om met een objectieve methode een getrouw beeld te geven van de werkelijke prijs van de opdracht.*

¹⁵ Een voorbeeld is te vinden in T.H. Chen, *Relatieve scores bevoordelen de zittende leverancier*, Tender Nieuwsbrief 3, 2009, p. 4.

¹⁶ In Vzr. Rb. Rotterdam 24 december 2008, LJN: BG8849, r.o. 2.8 bijvoorbeeld werd door de verliezer tevergeefs gesteld dat hij 2 miljoen goedkoper was dan de winnaar.

Transparantie en level playing field

Zonder transparantie kan er geen level playing field zijn. Het is te zien in tabel 3, waar twee inschrijvers het gunningscriterium op een totaal andere wijze geïnterpreteerd hebben dan twee andere inschrijvers. Wanneer de aanbestedende dienst volledig transparant is geweest en er sprake is van redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldig inschrijvers, dan zou de situatie van tabel 3 in de praktijk niet moeten voorkomen. In geval van volledige transparantie hoeft de aanbestedende dienst niet bang te zijn voor strategische inschrijvingen wanneer hij de gunningscriteria niet al te onhandig heeft vastgesteld. Eventuele gebreken in het beoordelingsmodel zijn dan voor iedere inschrijver kenbaar, zodat alle inschrijvers dezelfde strategie zullen volgen om te profiteren van het gebrek. Zoals in tabel 4 te zien is, is het zelfs met een formule als $F = U + K$, die in het geheel geen realistische weergave van de werkelijke prijs biedt, mogelijk dat de inschrijvingen onder daadwerkelijke concurrentie tot stand komen.

In geval van volledige transparantie verkrijgt de aanbestedende dienst dus een aantal inschrijvingen die marktconform zijn *binnen de door de aanbestedende dienst uitgezette kaders*. Bij een aanbesteding voor print- en kopieerdiensten kan het bijvoorbeeld op grond van het beoordelingsmodel strategisch aantrekkelijk zijn om printers voor een huurbedrag van 0 euro aan te bieden, wat gecompenseerd wordt in een wat hogere prijs per afdruk. Maar dat is bekend bij alle inschrijvers die allemaal een huurprijs van 0 euro zullen vragen en vervolgens stevig concurreren op de prijs per afdruk. Het gaat pas verkeerd als de inschrijvers niet allemaal dezelfde uitgangspunten hanteren bij hun strategie als gevolg van onduidelijkheden in de aanbestedingsstukken. Is er bijvoorbeeld onduidelijkheid over de looptijd van de overeenkomst, dan zullen de inschrijvers die uitgaan van de langste looptijd de laagste prijzen bieden.

Het gebruik van relatieve scores leidt automatisch tot een vermindering van de transparantie. Weliswaar is iedereen bekend met de formule, maar het is niet altijd te voorspellen wat de concurrenten zullen doen. Nemen we als voorbeeld een aanbesteding voor print- en kopieerdiensten waarbij drie prijzen gevraagd worden: een huurprijs voor de printers, prijs per zwart-wit afdruk en een prijs per kleurenafdruk. Stel dat voor elke prijs de formule $S = 20 \times L / P$ wordt gehanteerd, waarbij L staat voor de laagste geboden prijs en P voor de prijs waarvoor de score wordt berekend. De volgende uitkomst van de scores is dan mogelijk.

Inschrijving	Huur	Zwart-wit	Kleur	Totaal
A	20	0	0	20
B	20	0	0	20
C	0	20	20	40
D	0	0	0	0

Tabel 8

Inschrijver D is de dupe van het 'spel' dat de andere drie inschrijvers gespeeld hebben met de geboden prijzen: omdat bij elke prijs er iemand 0 euro geboden heeft, heeft hij kansloos verloren. A en B hebben alleen voor de huur een nulprijs geboden, omdat zij het risico van een ongelimiteerd verbruik niet willen lopen. C heeft dat risico wel genomen en voor de afdrucken nulprijzen geboden. De uitkomst zegt natuurlijk helemaal niets over de werkelijke prijs die na ondertekening van de

overeenkomst betaald zal worden. A kan voor de afdrucken een twee keer zo hoge prijs als B geboden hebben, maar toch krijgen A en B dezelfde score. Het is ook heel goed mogelijk dat in feite D de goedkoopste inschrijver is, ondanks zijn score van 0 punten. In de praktijk zullen de uitkomsten minder spectaculair zijn dan in dit voorbeeld, maar het voorbeeld toont wel aan dat er fundamenteel iets mis is met het beoordelen van prijzen met behulp van relatieve formules, zeker wanneer er nulprijzen worden geboden. Hoewel dit nadeel van relatieve formules al in 2007 in dit tijdschrift onder de aandacht werd gebracht,¹⁷ is er in de praktijk nog geen duidelijk merkbare afname van het gebruik van formules als de hierboven genoemde waarneembaar.

Bij het gebruik van relatieve formules, is het risico op een rangordeparadox niet te vermijden.¹⁸ Het zonder noodzaak aanvaarden van dat risico lijkt op zich al in strijd te zijn met het transparantiebeginsel. Treedt de paradox daadwerkelijk op, dan zal dit onvermijdelijk leiden tot handelen van de overheid in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel. Een mogelijke uitkomst is immers dat de winnende inschrijver eerst een brief krijgt waarmee hem de opdracht voorlopig gegund wordt en enige tijd later een tweede brief waarin deze gunning wordt ingetrokken op grond van het ongeldig verklaren van een andere inschrijving. Ook is het mogelijk dat de op de tweede plaats in de rangorde staande inschrijver de opdracht niet krijgt na ongeldig verklaren van de winnende inschrijving. Zelfs als dit soort handelingen niet in strijd zijn met de genoemde beginselen, dan nog zijn ze aan de gedupeerde inschrijver niet uit te leggen.

De jurisprudentie van het Hof van Justitie EU, en daarmee het aanbestedingsrecht, laat een evolutie zien waarin steeds strengere eisen ten aanzien van de transparantie worden gesteld. Pijnacker Hordijk c.s. schrijven hieromtrent: *“Duidelijk is dat de tijd waarin werd aangenomen dat de aanbesteder een grote mate van vrijheid geniet bij het toepassen van zijn gunningscriteria, voorbij is. De aanbestedingsrechtelijke beginselen van objectiviteit en transparantie vereisen dat de aanbesteder vooraf op duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze de gunningscriteria in de aanbestedingsstukken beschrijft.”*¹⁹ Mogelijk zal de evolutie van steeds strenger wordende eisen aan de transparantie, die Pijnacker Hordijk op pagina 420 e.v. beschrijft, eindigen op het punt waarbij aanbestedende diensten volledige transparantie in acht nemen. In de vorige eeuw, toen de inschrijvers vaak geen idee hadden hoe hun offerte zou worden beoordeeld, hadden zij geen mogelijkheid om in te spelen op het beoordelingsmodel. Hoewel als ongewenst neveneffect van toenemende transparantie het risico op misbruik van het beoordelingsmodel is toegenomen, zal dit risico vanzelf verdwijnen wanneer er daadwerkelijk volledige transparantie in acht wordt genomen en er geen slecht ontworpen beoordelingsmodellen meer worden gebruikt.

Een rechterlijke toets

Zolang het eindstadium van de in de vorige paragraaf genoemde evolutie nog niet is bereikt, zal de praktijk behoefte hebben aan een richtlijn voor de oplossing van geschillen waarbij strategische en/of manipulatieve inschrijvingen betrokken zijn. Voor de beoordeling of een bepaalde inschrijving

¹⁷ Zie T.H. Chen, *De speltheoretisch voordeligste inschrijving*, TA 2007/6, p. 458.

¹⁸ Zie T.H. Chen, *Wiskundige eigenschappen van gunningssystemen en hun juridische consequenties*, TA 2005/2, p. 51.

¹⁹ E.H. Pijnacker Hordijk, G.W. van der Bend, J.F. van Nouhuys, *Aanbestedingsrecht*, 4^e druk, Sdu 2009, p. 417.

als manipulatief ongeldig verklaard kan worden, kan dan de volgende toets gebruikt worden: is die inschrijving tot stand gekomen onder invloed van daadwerkelijke concurrentie? Alleen als het antwoord “nee” is, kan er een reden zijn om die inschrijving ongeldig te verklaren. Laten we de toets eens toepassen op de volgende situaties:

1. Er is één inschrijver die een handige winnende strategie heeft toegepast;
2. Sommige inschrijvers hebben een bepaalde kansrijke strategie toegepast en anderen hebben gekozen voor een andere, minder kansrijke strategie;
3. Vrijwel alle inschrijvers hebben voor een bepaalde kansrijke strategie gekozen.

Situatie 1 is waar te nemen in tabel 2, waar inschrijver A een handige combinatie van prijzen heeft gevonden die alle anderen is ontgaan, waardoor hij met een veel hogere werkelijke prijs dan de anderen de aanbesteding zou winnen. Er is hier overduidelijk geen sprake geweest van daadwerkelijke concurrentie. A zal met een uurtarief van 1 euro altijd winnen zolang zijn kilometertarief niet hoger is dan 30 euro. Hij had met een kilometertarief van 5 euro ook al een zeer winstgevend contract binnengehaald, en kon zonder enige bedreiging van de concurrentie elke prijs tussen 5 euro en 30 euro vragen. Volgens de toets kan de inschrijving van A dus ongeldig verklaard worden. Situatie 2 is waar te nemen in tabel 3, waar A en B de winnende strategie ontdekten en daarmee C en D buiten spel gezet hebben. Er is wel concurrentie tussen A en B geweest, zodat zij anders dan in situatie 1 geen extreem winstgevende prijzen kunnen vragen en er op grond van de toets geen reden is om een van hen ongeldig te verklaren. Men zou de toets kunnen verfijnen door te eisen dat minimaal drie inschrijvers de winnende strategie toegepast hebben, zodat er in ieder geval tussen deze drie concurrentie is geweest. Met deze verfijning zou na ongeldig verklaren van A en B vermoedelijk wel een heraanbesteding moeten volgen omdat er dan geen objectieve grond lijkt te bestaan om tussen de overgebleven inschrijvers de winnaar te kiezen: het gunningscriterium blijkt immers ondeugdelijk te zijn en de procedure is niet voldoende transparant geweest. Situatie 3 is waar te nemen in tabellen 4 en 5. Hier zijn met de winnende strategie in concurrentie marktconforme prijzen geboden en is er geen enkele reden om een van de inschrijvingen ongeldig te verklaren.

De toets is geheel in lijn met de doelstelling van het Europese aanbestedingsrecht, zoals die verwoord is in overweging (2) van Richtlijn 2004/18/EG: *“Voor overheidsopdrachten boven een bepaalde waarde is het echter raadzaam om bepalingen voor de coördinatie door de Gemeenschap van de nationale procedures voor de plaatsing van dergelijke opdrachten op te stellen die gebaseerd zijn op die beginselen, om ervoor te zorgen dat zij effect sorteren en daadwerkelijke mededinging op het gebied van overheidsopdrachten te garanderen.”* Wanneer er sprake is geweest van daadwerkelijke mededinging, is het doel van de Richtlijn bereikt en kan de opdracht gegund worden aan de strategische inschrijver die beter dan de anderen heeft ingespeeld op het beoordelingsmodel.

Epiloog

Waar ik in dit tijdschrift eerder sprak over het *“slotartikel van deze trilogie”*,²⁰ moet dit nieuwe artikel gezien worden als een epiloog van die drie eerdere artikelen. De ‘trilogie’ richt zich niet zozeer tot juristen, maar vooral tot inkopers die meer dan juristen de mogelijkheid hebben om met verstandig gekozen gunningscriteria en beoordelingsmodellen inschrijvingen aan de markt te ontlokken die

²⁰ Zie noot 5.



CHEN Aanbestedingsadvies

onder daadwerkelijke en eerlijke concurrentie tot stand komen. Omdat dit helaas niet altijd even goed lukt in de praktijk, hoop ik met deze epiloog vooral juristen een steuntje in de rug te hebben gegeven bij het omgaan met de problematiek van het strategisch en manipulatief inschrijven.