

Concurrentie op prijs

mr. J.C. (Kees) van de Water, KW Legal november 2015

In vele aanbestedingsprocedures wordt op prijs geconcurrereerd. Bij een bestek waar de (te leveren) 'kwaliteit' volledig is uit- en voorgeschreven, ligt dat voor de hand. Er moet nu eenmaal, volgens het aanbestedingsrecht, gegund worden op basis van een gunningscriterium. Zie bijvoorbeeld ook Rechtbank Den Haag 3 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:10438:

<http://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2015:10438>

- 5.4. Vast staat dat het CJIB heeft gekozen voor het in de markt zetten van een opdracht via een aanbesteding. Dat brengt met zich mee dat er criteria moeten zijn waarop inschrijvers zich kunnen onderscheiden, dan wel dat er in ieder geval één criterium is waarop dit mogelijk is. Een van de wezenlijke doelen van een aanbesteding is immers mededinging, het stimuleren van concurrentie tussen aanbieders. [-]

En vergelijk ook Overweging 93 van Richtlijn 2014/24/EU:

[-] Gelet op de talrijke mogelijkheden om de prijs-kwaliteitsverhouding te beoordelen aan de hand van essentiële criteria, moet loting als enig middel voor de gunning van de opdracht worden vermeden.

Wanneer een gunning op 'laagste prijs' niet aangewezen is (of niet te 'motiveren' is, zie art. 2. 114 Aanbestedingswet 2012), ligt een gunning op basis van EMVI voor de hand.

Het gaat dan om (volgens huidig recht, Overweging 46 Richtlijn 2004/18/EG):

[-] Wanneer de aanbestedende diensten besluiten om de opdracht te gunnen aan de economisch voordeligste inschrijving, gaan zij na welke inschrijving de beste prijs-kwaliteitverhouding biedt. [-]

Relevant zijn bijvoorbeeld, de 'aangeboden prijs', de 'minimum-bestekskwaliteit' en de 'aangeboden kwaliteit bovenop de minimum-bestekskwaliteit'.

De laagst aangeboden prijs leidt bij EMVI niet automatisch tot gunning. Maar het kan in het voorkomend geval wel. Relevant is bijvoorbeeld de mogelijkheid (vrijheid) voor inschrijvers om zo laag mogelijk in te (kunnen) schrijven in relatie tot de door de aanbesteder gekozen wijze van beoordeling en weging (tussen) prijs en kwaliteit.

'Aanbesteden', althans de manier waarop de praktijk daarmee in het voorkomend geval omgaat, kent ook zijn 'niet-succesverhalen'. Concurrentie (-stelling) op prijs kan bijvoorbeeld leiden tot 'prijsdumping' of tot 'inschrijvingen onder kostprijs'. Teneinde de opdracht met achterlating van de concurrentie binnen te halen kan bijvoorbeeld een zorgvuldige (interne) calculatie 'om commerciële redenen' leiden tot een, van de calculatie afwijkende, zo nodig onverantwoorde opportunistische, inschrijvingsprijs. Niet zelden zijn (dan) ook de onderaannemers feitelijk de dupe.

In mijn artikel '*Overheidsopdrachten vanuit gemeentelijk inkoop-perspectief*', zie:

<http://keesvandewater.blogspot.nl/2015/10/overheidsopdrachten-vanuit-gemeentelijk.html> of
<https://www.scribd.com/doc/287321415/Overheidsopdrachten-vanuit-gemeentelijk-inkoopsperspectief>

schreef ik onder meer (voetnoot 10):

[-] En daarbij, mogelijk is een inkoopstrategie gebaseerd op '*maximale concurrentiestelling op prijs*' (zoals feitelijk zelfs ook vaak toegepast bij 'EMVI'!) uiteindelijk (op den duur) wel helemaal niet in het belang van het 'algemeen belang'. Denk bijv. aan de uitvoeringskwaliteit, '*rat-races*', werkgelegenheid e.d.

Vanuit een soort van 'TCO-gedachte' dacht ik bijvoorbeeld: Is een op prijs gerichte inkoopstrategie (aanbestedingsprocedure) die er (uiteindelijk) toe leidt, dat (voormalige) werknemers in de bijstand terecht komen, wel zo 'doelmatig' voor een gemeente? Ik voeg daar thans aan toe, dat op prijs gerichte inkoopstrategieën en aanbestedingsprocedures (uiteindelijk) ook zouden kunnen leiden tot een neiging voor ondernemers om op kosten te besparen in plaats van te investeren in bijvoorbeeld R&D, innovatie, duurzaamheid en/of sociale en arbeidsvoorwaarden. En dat lijkt ook niet in het belang van het 'algemeen belang'.

Het lijkt mij, dat ook inschrijvers in beginsel (maatschappelijke) verplichtingen hebben om bijvoorbeeld 'prijsdumping', inschrijvingen onder kostprijs, '*rat-races*' e.d. tegen te gaan of daar niet aan 'mee te (willen) werken'. Immers, als men 'het aanbestedingssysteem' in stand wil houden: "*it takes two, to tango.*"

Maar hoe dan ook is de aanbesteder in eerste aanleg aan zet. Hij zet immers (op een bepaalde manier) een opdracht in de markt.

Ik vraag me dan ook vaak af, en begrijp ook eigenlijk niet goed, waarom bij EMVI ook op (de zo laagst mogelijke) prijs gegund zou moeten worden? Wat is daartoe de noodzaak?

Daarbij, aanbestedingen zouden toch ook 'eenvoudiger' (minder rompslomp, minder (juridisch) gedoe, minder onzekerheden etc.) moeten kunnen? Wat bijvoorbeeld te denken van EMVI-formules die slechts door een wiskundige zijn te maken of te doorgronden? Waarom dan het 'prijs-aspect' niet feitelijk 'eliminieren' in de aanbestedingsprocedure?

Een realistische vaste prijs kan bij EMVI toch ook? Zie bijvoorbeeld (het '*kunnen*', niet '*moeten*' in) art. 2.115 lid 2 Aanbestedingswet 2012:

2. De in het eerste lid bedoelde nadere criteria kunnen onder meer betreffen:
 - a. kwaliteit;
 - b. prijs;
- [-]

Of artikel 67 lid 2 Richtlijn 2014/24/EU:

[-]

Het kostenelement kan ook de vorm aannemen van een vaste prijs of vaste kosten op basis waarvan de ondernemers zullen concurreren op kwaliteitscriteria alleen.

[-]

En ook de Memorie van toelichting (nr. 34329-3, 29 oktober 2015) bij het Voorstel van wet (ter) *'Wijziging van de Aanbestedingswet 2012 in verband met de implementatie van aanbestedingsrichtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU'* vermeldt (zie de artikelsgewijze toelichting bij art. 2.115):

[-] Het is wel mogelijk het kostenelement vorm te geven door middel van een vaste prijs of vaste kosten op basis waarvan de ondernemers in een aanbesteding louter concurreren op kwaliteitscriteria.[-]

Vaak is gemeente-intern het (democratisch) vastgestelde budget immers een gegeven. Meer budget is er niet. Daar moet men het (intern en extern) mee doen. En het mag in beginsel ook op. Waarom het vastgestelde uitvoeringsbudget dan niet ook als een gegeven aan 'de markt' meegeven bij EMVI?

Wat is er (dan) mis met de volgende 'uitvraag': *"Welke ondernemer biedt in de aanbestedingsprocedure de meeste 'aanvullende' kwaliteit - dus bovenop de minimum-bestek kwaliteit - binnen het beschikbare realistisch vastgestelde (contract-) uitvoeringsbudget?"*

En voor wie bij een aanbestedingsprocedure in/aan (te realiseren) kostenbesparingen op 'uitvoeringsniveau' denkt: Wellicht is met kostendeskundigheid realistisch specificeren en begroten vele malen slimmer, handiger en/of 'veiliger', dan de besparing uit 'de markt' (proberen te) halen met mogelijk (uiteindelijk) allerlei ongewenste 'neveneffecten' (op divers gebied) van dien. Een garantie ter zake is overigens toch nooit (bij voorbaat) te geven (is namelijk 'inschrijvers-afhankelijk'). En bovendien komt 'de uitvoering' ook nog.....

Voor mij is concurrentie op prijs bij EMVI (dus) geen 'gegeven'. En ook niet altijd 'doelmatig', want feitelijk overbodig wanneer de concrete inkoopdoelstelling, bijvoorbeeld de behartiging van het algemeen belang, daar niet om vraagt. Alsdan betreft concurrentie op prijs bij EMVI feitelijk slechts een onnodige extra complicerende (en feitelijk ook kostenverhogende, want er is tijd mee gemoeid) factor in het aanbestedingsproces. En *'best value for taxpayers' money'* of *'kosten besparen'* of *'meer doen met minder geld als gevolg van bezuinigingen'*? Wellicht moet men de realistische kostendeskundige inkoper (dan) eens bij de opstelling van de algemene begroting betrekken?

Overigens, bij een 'faire/redelijke prijs' behoeven onderaannemers in beginsel ook niet uitgeknepen te worden.

En wat dan met de ('echte') laagste prijs aanbestedingen? Daar kan (inderdaad) een 'prikkel' tot onverantwoord/ongewenst inschrijfgedrag mogelijk niet bij voorbaat weggenomen worden.

Maar, wellicht dan (onder de drempel, zo nodig naar analogie) deugdelijk toepassing geven aan artikel 69 leden 1 t/m 3 Richtlijn 2014/24/EU:

1. De aanbestedende dienst verplicht ondernemers ertoe de in de inschrijving voorgestelde prijs of kosten nader toe te lichten wanneer de inschrijving in verhouding tot de werken, leveringen of diensten abnormaal laag lijkt te zijn.
2. De in lid 1 bedoelde toelichtingen kunnen met name betrekking hebben op: [-]
 - a) de doelmatigheid van het fabricageproces, van de geleverde diensten of van de bouwmethode;
 - b) de gekozen technische oplossingen of uitzonderlijk gunstige omstandigheden waarvan de inschrijver bij de levering van de producten, het verrichten van de diensten of de uitvoering van de werken gebruik kan maken;
 - c) de originaliteit van de door de inschrijver voorgestelde werken, leveringen of diensten;
 - d) het vervullen van de in artikel 18, lid 2, genoemde verplichtingen;
 - e) het vervullen van de in artikel 71 genoemde verplichtingen;
 - f) de eventuele ontvangst van staatssteun door de inschrijver.
3. De aanbestedende dienst beoordeelt de verstrekte informatie in overleg met de inschrijver. Hij kan de inschrijving alleen afwijzen wanneer het lage niveau van de aangerekende prijzen of kosten niet genoegzaam wordt gestaafd door het verstrekte bewijsmateriaal, rekening houdend met de in lid 2 bedoelde elementen.
De aanbestedende diensten wijzen de inschrijving af wanneer zij hebben vastgesteld dat de inschrijving abnormaal laag is omdat zij niet voldoet aan de in artikel 18, lid 2, genoemde toepasselijke verplichtingen.

Zie daartoe ook Overweging 103 van de nieuwe Richtlijn 2014/24/EU:

Inschrijvingen die abnormaal laag worden bevonden in verhouding tot de werken, leveringen of diensten, kunnen gebaseerd zijn op technisch, economisch of juridisch ondeugdelijke veronderstellingen of praktijken. Indien de inschrijver niet voldoende uitleg kan verschaffen, moet de aanbestedende dienst het recht hebben de inschrijving af te wijzen. De aanbestedende dienst is verplicht de inschrijving af te wijzen indien hij heeft vastgesteld dat de abnormaal lage prijzen of kosten het gevolg zijn van niet-nakoming van dwingende sociaal-, arbeids- of milieurechtelijke voorschriften van het Unierecht, van met het Unierecht verenigbare voorschriften van nationaal recht, of van internationale arbeidsrechtelijke voorschriften.

Ook de 'Europese wetgever' lijkt (immers) te hebben ingezien, dat 'aanbesteden' niet louter succesverhalen kent. En dat bij aanbestedingen maatschappelijk relevante milieu-, sociale, arbeids- en onderaannemings-aspecten aan de orde, en in het voorkomend geval 'in het geding', zijn.

Het spreekt natuurlijk voor zich, dat materie- en kostenskundigheid alsdan (dus ook) van belang is. Maar aanbesteden is (ook) al lang geen 'procedureel kunstje' meer. Althans, zou dat in hoofdzaak niet moeten zijn.

Zie in kwestie overigens ook:

<http://keesvandewater.blogspot.nl/2014/01/artikel-66-leden-1-en-2-nieuwe.html>