

Verificatieplicht: hoe zit dat nou precies

Aanbesteders worstelen vaak met de op hen rustende verificatieplicht. Wanneer is een aanbesteder verplicht om een inschrijving (nader) te verifiëren? Hoe ver strekt die verificatie? In hoeverre en op welke wijze moet een inschrijver aan die verificatie voldoen? Welke rol spelen andere inschrijvers hierin? Allemaal vragen die regelmatig in aanbestedingsprocedures opduiken en die wij in deze bijdrage bespreken.

Verschillende verificatieplichten

Het uitgangspunt is dat aanbesteders mogen vertrouwen op de inhoud van door hen ontvangen inschrijvingen. Niettemin rust op aanbesteders een inspanningsverplichting om de juistheid daarvan te controleren.¹ De Aanbestedingswet (Aw) kent verificatieplichten. Daarnaast kan een verificatieplicht ook voortvloeien uit het aanbestedingsrechtelijke gelijkheidsbeginsel en de aanbestedingsdocumenten. Een eerste verificatieplicht komen we tegen in art. 2.102 en 2.101 Aw als het gaat om uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen. Een tweede verificatieplicht vinden we in art. 2.113a Aw: 'Een aanbesteder controleert *in geval van twijfel effectief de juistheid* van de door de inschrijvers verstrekte informatie en bewijsmiddelen' (cursivering auteurs). Een derde verificatieplicht ziet op het prijselement van de inschrijving indien deze abnormaal laag lijkt: art. 2.116 Aw. Indien uit de verificatie blijkt dat sprake is van een abnormaal lage inschrijving heeft een aanbesteder een discretionaire bevoegdheid om die inschrijving terzijde te leggen.² Er geldt alleen een verplichting tot afwijzing als het abnormale karakter is veroorzaakt door schending van milieubepalingen, sociaal- en arbeidsrechtelijke bepalingen dan wel staatssteun.³ Nu deze laatste gevallen in de aanbestedingspraktijk zelden voorkomen (het verwijt van de nummer twee is meestal dat sprake is van een oneerlijke dump prijs), is het voor een afgewezen inschrijver alleen zinvol de ongeldigheid van een abnormaal lage inschrijving (in rechte) af te dwingen indien in de aanbestedingsstukken is bepaald dat een abnormaal lage inschrijving tot ongeldigheid zou leiden. Anders is dit bij twijfel over de juistheid van door inschrijvers verstrekte informatie en bewijsmiddelen. In dat geval moet indien de twijfel met verificatie niet is weggenomen, de inschrijving terzijde worden gelegd.⁴ Indien de aanbesteder dit ten onrechte niet doet of niet tot (effectieve) verificatie overgaat, bestaat voor een afgewezen inschrijver de mogelijkheid de verificatie en/of de terzijdelegging van die inschrijving (in rechte) af te dwingen.⁵

Wanneer nader verifiëren?

Uit rechtspraak blijkt dat sprake moet zijn van *gerede twijfel*.⁶ Een afgewezen inschrijver hoeft niet concreet aan te tonen dat de winnende inschrijving irreëel is, maar hij moet wel zodanig twijfel zaaien dat sprake is van *gerede twijfel*.⁷ Of sprake is van *gerede twijfel* moet van geval tot geval worden beoordeeld aan de hand van de feitelijke omstandigheden. Uit rechtspraak kan in ieder geval worden afgeleid dat een (aanzienlijk) verschil in prijs op zichzelf niet voldoende is om *gerede twijfel* te zaaien.⁸ Met informatie van opdrachtgevers van eerdere vergelijkbare opdrachten kon een afgewezen inschrijver ook geen *gerede twijfel* zaaien.⁹ *Gerede twijfel* werd bijvoorbeeld wel aangenomen in een zaak waarin een afgewezen inschrijver (tevens zittende leverancier) twijfel wist te zaaien over de door de winnaar aangeboden levertijd. Dit lukte door zijn eigen bevindingen als zittende leverancier te delen en aan de hand van de technische specificaties van het te leveren product (een traplift) kenbaar te maken dat het inmeten, offren, produceren en plaatsen van die trapliften niet binnen vijf dagen gereed kan zijn.¹⁰ In een andere zaak werd door de afgewezen inschrijver met succes verwezen naar een catalogus met productspecificaties en bijgeleverde wasvoorschriften van de fabrikanten.¹¹

Informatie van buiten de inschrijving

De Brabantse voorzieningenrechter oordeelde dat 'verklaringen van andere gemeentes niet kunnen worden meegenomen in de beoordeling van de inschrijvingen'.¹² Vergelijkbaar oordeelde het Haagse Hof in een zaak waarin de aanbestede nader onderzoek verrichtte naar aanleiding van informatie van negatieve ervaringen van een andere opdrachtgever.¹³ Het is juist dat deze verklaringen niet meegenomen mogen worden in de beoordeling van de inschrijvingen, maar we menen dat dergelijke informatie juist wel meegenomen moet worden in de beoordeling of sprake is van *gerede twijfel*. Indien uit de ervaring van andere opdrachtgevers blijkt dat de beoogde winnaar een vergelijkbare inschrijving niet kon

waarmaken, kan en mag dat volgens ons wel degelijk *gerede twijfel* zaaien over de juistheid van de te beoordelen inschrijving. Het bestaan van *gerede twijfel* wordt juist vaak getoetst aan de hand van informatie die niet in de inschrijving te vinden is.¹⁴

Wisselende rechtspraak

Als er sprake is van *gerede twijfel* rust op de aanbestede nader de plicht om tot *effectieve controle* over te gaan. Uit rechtspraak blijkt dat een controle effectief is als de *gerede twijfel* is weggenomen.¹⁵ Een duidelijke scheidslijn valt moeilijk uit de rechtspraak te destilleren. Volgens de Haagse voorzieningenrechter had de aanbestede nader bij verificatie genoeg moeten nemen met een door de inschrijver gegeven toelichting dat zij een derde inschakelt om te voldoen aan een eis om een bepaald product te leveren.¹⁶ Met die toelichting was de *gerede twijfel* volgens de voorzieningenrechter weggenomen. De aanbestede nader was er echter niet gerust op en had een verklaring van de leverancier geëist, waaruit zou blijken dat hij akkoord was met de handelswijze van inschrijver. Volgens de voorzieningenrechter gaat de aanbestede nader hiermee te ver en heeft zij in strijd met het transparantie- en gelijkheidsbeginsel een eis toegevoegd die niet uit de aanbestedingsstukken volgt. Of een aanbestede nader genoeg kan nemen met een verklaring van de inschrijver hangt mede af van de informatie die daartegenover staat. In de hiervoor aangehaalde zaak over de trapliften heeft de winnende inschrijver driemaal verklaard dat de opgegeven levertijd wel haalbaar is.¹⁷ Hij heeft hier echter geen nadere toelichting of uitleg bij gegeven. Volgens de voorzieningenrechter had de aanbestede nader hier geen genoeg mee mogen nemen, gelet op het standpunt van de afgewezen inschrijver en de marktconsultatie waaruit bleek dat de levertijd minstens tien werkdagen in beslag zou nemen.

Doorvragen

Uit een uitspraak over bedrijfskleding blijkt dat een aanbestede nader soms door moet vragen en met verklaringen van leveranciers niet altijd

genoegen mag nemen.¹⁸ In deze zaak stond ter discussie of de door de winnaar aangeboden bedrijfskleding voldoet aan de eis dat het industrieel gereinigd kan worden. De afgewezen inschrijver zaaide *gerede twijfel* waarop de aanbestede nader navraag deed bij de winnende inschrijver. De winnende inschrijver overlegde een verklaring van de inschrijver zelf, een verklaring van de fabrikant en een verklaring van een handelaar van de kledingstukken, waarin werd bevestigd dat de kledingstukken geschikt zijn voor industriële reiniging.

Volgens de voorzieningenrechter mocht de aanbestede nader gelet op de catalogus en het wasvoorschrift geen genoeg nemen met de 'kale' verklaringen. Zij had de inschrijver, de fabrikant en de handelaar van de kleding moeten confronteren met de productcatalogus en het wasvoorschrift en concreet moeten vragen nader te motiveren waarom die specifieke kleding desondanks geschikt is voor industriële reiniging. Wij menen dat dit erg ver gaat. Een aanbestede nader zou ervan uit mogen gaan dat derden naar waarheid verklaren.

In een zaak die speelde bij de bodemrechter berichtte een door inschrijver opgegeven (onder) onderaannemer de aanbestede nader zich te verbazen over het ongevaagd gebruiken van zijn kentekens door inschrijver. Daarnaast berichtte hij dat hij na de door aanbestede nader aan de inschrijver gestelde vraag hierover door diens onderaannemer gebeld was met de vraag 'of hij toch niet mee wilde doen'. Gelet op de hiervoor besproken jurisprudentie menen wij dat in dit geval de lat voor een effectieve controle hoog zou moeten liggen, nu er verklaringen van de opgegeven (onder) onderaannemer zelf liggen waarmee hij twijfel zaait over de beschikbaarheid van zijn kentekens. Bij verificatie ontving de aanbestede nader uitsluitend een verklaring van een onderaannemer dat hij samen met de (onder) onderaannemer zal samenwerken. Een verklaring over de beschikbaarheid van de kentekens van die (onder) onderaannemer ontbrak. Toch oordeelde de rechter dat de aanbestede nader genoeg mocht nemen met de verklaring van de winnende inschrijver en diens onderaannemer, mede omdat de aanbestede nader het vermoeden had dat achter de berichten van de (onder) onderaannemer andere (financiële) motieven zaten.¹⁹

Anders oordeelde de rechter in een zaak waarin de voorlopig begunstigde inschrijver in de onderbouwingsfase aangaf dat zij, maar ook geen andere partij, niet aan de gestelde eis met betrekking tot minimale laadcapaciteit zou kunnen

voldoen.²⁰ De aanbestede nader heeft die inschrijving als ongeldig terzijde gelegd en de opvolgende inschrijving geverifieerd met een steekproef van 15 van de 43 wagens met definitieve gunning tot gevolg. Volgens de rechter had de aanbestede nader niet mogen volstaan met de steekproef. Wij menen dat dit erg ver gaat. We gaan er daarom vanuit dat hier doorslaggevend voor de rechter was dat de aanbestede nader zich in de aanbestedingsstukken had verplicht om tot een volledige controle (meer dan alleen een steekproef) over te gaan.

Conclusies en aanbevelingen

Verificatie mag altijd, maar is verplicht bij *gerede twijfel*. Een afgewezen inschrijver die meent dat de winnende inschrijving niet juist is, doet er goed aan zo veel mogelijk informatie aan de aanbestedende dienst te verstrekken waar twijfel aan die juistheid uit blijkt. Hoe uitgebreider, hoe eerder de aanbestede nader over zal gaan tot verificatie en hoe minder snel zij genoeg mag nemen met een simpele verklaring van de winnende inschrijver.

Een aanbestede nader doet er goed aan om bij – al dan niet door een andere inschrijver opgeworpen – twijfel tot verificatie over te gaan. Als het oordeel is dat sprake is van *gerede twijfel*, moet die twijfel worden weggenomen. Lukt dat niet, dan gaat een kortgedingrechter er doorgaans vanuit dat sprake is van een ongeldige inschrijving.²¹ Bij de verificatie is het aan te raden dat de aanbestede nader concreet aangeeft waar de twijfels in gelegen zijn en de winnende inschrijver verzoekt om die twijfels te weerleggen. Gelet op het risico dat niet altijd afgegaan mag worden op verstrekte verklaringen van inschrijvers, is het in veel gevallen verstandig door te vragen om zo de eventueel aanwezige tegenstrijdige informatie te neutraliseren. Kortgedingrechtters plegen namelijk geen tweede kans tot verificatie toe te staan.

mr. T. van Wijk en mr. I. Neddaoui-Docter
Dirkzwager legal & tax

Noten

1. *Kamerstukken II* 2015/16, 34329, 3, p. 81 (MvT).
2. Indien een aanbestede nader gebruik maakt van de bevoegdheid en tot uitsluiting wil overgaan, moet hij wel het onderzoek zoals beschreven in art. 2.116 Aw doorlopen en het contradictoir debat aangaan met de inschrijver (Vzr. Rb. Midden-Nederland 31 juli 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:3633, r.o. 3.53).
3. Art. 2.116 lid 5 en 6 Aw.
4. Art. 2.90 en 2.113 Aw.
5. Dit werd bevestigd door de Haagse voorzieningenrechter in Rb. Den Haag 22 december 2017,

- ECLI:NL:RBDHA:2017:15285, r.o. 4.3.
6. Rb. Gelderland 14 juni 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:6248, r.o. 4.5; Rb. Den Haag 18 december 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:13751, r.o. 6.12; Rb. Overijssel 12 februari 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:744, r.o. 4.11; Rb. Rotterdam 10 maart 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:2253, r.o. 4.5; Rb. Den Haag 11 maart 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:2792, r.o. 5.7.
7. Vgl. HvJ EU 12 maart 2015, C-538/13 (*eVigilo*), r.o. 43.
8. Rb. Gelderland 12 oktober 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:5779, r.o. 4.6; Rb. Den Haag, 12 september 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:10967, r.o. 5.5 en 5.8; Rb. Den Haag 1 mei 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:4610, r.o. 5.7; Rb. Midden-Nederland 19 juli 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:3440, r.o. 2.22.
9. Rb. Oost-Brabant 10 april 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:1666, r.o. 4.3.
10. Rb. Gelderland 10 april 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:2449, r.o. 4.4.
11. Rb. Gelderland 14 juni 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:6248, r.o. 4.4.
12. Voetnoot 9, r.o. 4.3.
13. Hof Den Haag 30 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2878, r.o. 5.5.
14. Rb. Gelderland 10 april 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:2449, r.o. 4.4; Rb. Den Haag 18 december 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:13751, r.o. 6.11; Rb. Overijssel 12 februari 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:744, r.o. 4.13; Rb. Rotterdam 10 maart 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:2253, r.o. 4.6.
15. Rb. Den Haag 18 december 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:13751, r.o. 6.12.
16. Rb. Den Haag 21 juni 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:7901, r.o. 5.4.
17. Voetnoot 10, r.o. 4.5.
18. Rb. Gelderland 14 juni 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:6248, r.o. 4.6.
19. Voetnoot 17, r.o. 6.10.
20. Rb. Den Haag 15 mei 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:4916, 4.7.
21. Rb. Gelderland 10 april 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:2449, r.o. 4.6; Rb. Gelderland 14 juni 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:6248, r.o. 4.9, 4.10; Rb. Overijssel 12 februari 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:744, r.o. 4.19.