

Bouw- en Aanbestedingsrecht

Jurisprudentie en regelgeving

Mr. M.A. van Wijngaarden
Mr. M.A.B. Chao-Duivis

23^{1^e druk}

Aanbestedingsrecht

- Gunningscriteria
- Gunning



UITGEVERIJ *Paris*

Met een bijzonder
voorwoord van
mr. A.C.M. Fischer-
Braams

Voorwoord

In dit deel van Hoofdstukken Bouwrecht wordt de in de vorige delen (16 en 17) begonnen behandeling van het aanbestedingsrecht afgesloten met een bespreking van de eigenlijke aanbesteding en de daaruit voortvloeiende opdracht (gunning) van het werk, gevolgd door de behandeling van de bij een aanbesteding gebruikelijke geschillenregeling en daaraan verbonden processuele aspecten.

Evenals dit bij de delen 12-17 het geval was, is ook dit deel totstandgekomen in nauwe samenwerking met mevr. mr. A.A. Boot, advocate te Rotterdam.

Wassenaar, maart 1997
M.A. van Wijngaarden

Bijzonder voorwoord van mr. A.C.M. Fischer-Braams

Deel 23 behandelt de gunningscriteria en de gunning. Een keur aan relevante onderwerpen passeert in dit deel op systematische wijze de revue. Deel 23 is een voor de praktijk zeer belangrijk deel. De rechtmatigheid en controleerbaarheid van de gunningsbeslissing en van de afwijzingsbeslissing als keerzijde daarvan zijn een veelvoorkomend geschilpunt. De rechtmatigheid en controleerbaarheid van die beslissingen zijn ten nauwste afhankelijk van transparantie vooraf en achteraf over de (sub)gunningscriteria, hun onderlinge wegingsfactoren, de wijze van beoordelen en de gehanteerde beoordelingsmethodiek.

In dit voorwoord wil ik graag inzoomen op de wijze van beoordelen en de beoordelingsmethodiek (ook wel: gunningssystematiek). Noch de EU-richtlijnen noch de Aanbestedingswet 2012 bevatten hierover specifieke voorschriften. Wel zijn uiteraard de beginselen van objectiviteit, gelijke behandeling, transparantie en proportionaliteit van toepassing. In de rechtspraak over beoordeling en puntentoe-kening lezen we dat er moet worden beoordeeld volgens een zo objectief mogelijk (beoordelings)systeem. Aan welke minimale eisen zo'n systeem moet voldoen, wordt niet benoemd.

Het Haagse Hof beschouwt een brede samenstelling van een beoordelingscommissie en de anonimisering van de inzendingen als een voldoende waarborg voor een non-discriminatoire toepassing van de gehanteerde beoordelingsmethodiek (*Hof Den Haag 8 februari 2007, ECLI:NL:GHSGR:AZ8670, r.o. 8*). Werkwijzen waarbij (delen van) inschrijvingen moeten worden geanonimiseerd, waarbij de beoordelaars van de kwalitatieve criteria geen kennis dragen van de prijs en waarbij het beoordelings-team plenair tot een unaniem oordeel komt, worden in het algemeen als objectief ervaren.

Van belang is dat de aangewezen beoordelaars te werk gaan volgens een eenduidig beoordelingsprotocol en dat duidelijk is hoe hun besluitvorming tot stand komt. Belangrijke vragen, die vooraf onder ogen moeten worden gezien, zijn: wat is het doel van een bepaald (sub)gunningscriterium in relatie tot het voorwerp van de opdracht, welke beoordelingsschaal of -schalen worden gehanteerd, kunnen de scores op die schalen bij elkaar worden opgeteld, wat betekent de waardering die met een bepaalde score wordt uitgedrukt, worden de individueel per criterium toegekende scores wel of niet gemiddeld, gebeurt dat voor of na weging, hoe wordt er omgegaan met uitschieters en extreme verschillen in scores, wordt er unaniem per criterium één score bepaald, hoe en tot welke decimaal wordt er afgerond?

We kennen allemaal hét schoolvoorbeeld van een ondeugdelijke gunningssystematiek. Dat is nog steeds de zaak *Weststellingwerf*, waarin zeer geringe prijsverschillen leidden tot zeer grote verschillen in scores (*Vzr. Rb. Leeuwarden 21 januari 2005, ECLI:NL:RBL EE:2005:AS3521*). Een ander voorbeeld van een ondeugdelijke systematiek is een gezamenlijke aanbesteding van twee gemeenten die elk een andere schaal bleken te hanteren voor de beoordeling (*Vzr. Rb. Den Haag 30 juli 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BJ6147*). Zo moet het dus niet. Daarmee is nog niet gezegd hoe het wel moet.

Grofweg kan een viertal beoordelingsmethoden worden onderscheiden (waarbij overigens nog niets gezegd is over de toe te passen formules of schalen): de absolute beoordelingsmethode, de systematiek van gunnen op waarde, de systematiek waarbij prijs wordt gedeeld door kwaliteit en de relatieve beoordelingsmethode. Bij die laatste is sprake van een vergelijkende beoordeling van de inschrijvingen ten opzichte van elkaar. Pianoo beveelt op haar site aan om de relatieve beoordelingsmethode niet te gebruiken omdat het wegvallen van de best scorende inschrijver een sterke invloed kan hebben op de uitkomst van de aanbesteding. Bij een relatieve beoordelingsmethode hangt de score op prijs of kwaliteit immers af van die van de best (of minst) scorende inschrijving. Als die inschrijving om wat voor reden dan ook wegvalt, bijvoorbeeld omdat bewijsstukken niet tijdig zijn overgelegd of alsnog sprake blijkt van ongeldigheid, kan zich een rangordeparadox voordoen.

In zijn arrest van 9 mei 2014 achtte de Hoge Raad een herberekening van de scores na het uitvallen van nr. 1 ter voorkoming van een rangordeparadox niet nodig met een beroep op het transparantiebeginsel (*HR 9 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1078*). In dat geval was namelijk uitdrukkelijk in de aanbestedingsstukken bepaald dat bij het wegvallen van nr. 1 automatisch zou worden teruggevallen op nr. 2. Tegenwoordig zien we ook vaak dat er met de nr. 2 een wachtkamerovereenkomst wordt gesloten onder de opschortende voorwaarde van het wegvallen van de partij aan wie de opdracht is gegund.

Als sprake is van een beoordeling van iedere inschrijving op eigen merites (absolute beoordelingsmethode) wordt er soms bij vermeld dat rekening kan worden gehouden met hetgeen is waargenomen in andere inschrijvingen. Dat is wel zo transparant, want in de praktijk is dit in feite ook niet te voorkomen.

VOORWOORD

Het toetsingskader van de voorzieningenrechter van de beoordeling van kwalitatieve gunningscriteria is in een uitspraak van 4 oktober 2017 mooi samengevat (*Vzr. Rb. Den Haag 4 oktober 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:11320*). Daarin spreekt de rechter over de objectieve beoordelingssystematiek van het aanbestedingsrecht en overweegt hij dat de inschrijvingen aan de hand van een zo objectief mogelijk systeem moeten worden beoordeeld.

Slechts wanneer sprake is van een onbegrijpelijke beoordeling, dan wel procedurele of inhoudelijke onjuistheden/onduidelijkheden, die zouden kunnen meebrengen dat de gunningsbeslissing niet deugt, is plaats voor ingrijpen van de rechter. Dit klemt volgens de voorzieningenrechter temeer nu een 'volle toetsing' ertoe zou kunnen leiden dat vertrouwelijke en/of concurrentiegevoelige informatie van de winnaar van de aanbestedingsprocedure openbaar moet worden gemaakt, wat de rechtmatige commerciële belangen van die winnaar kan schaden en/of afbreuk kan doen aan de eerlijke mededinging.

Hiermee draagt de rechter een extra argument aan in de discussie die is ontstaan na de conclusie van A-G Campos Sánchez-Bordona van 30 juni 2016 in zaak C-171/15, *Connexxion Taxi Services* (ECLI:EU:C:2016:506). Deze discussie betreft de vraag of de voorzieningenrechter de door de beoordelingscommissie gedane beoordeling marginaal of vol dient te toetsen. De A-G beschouwde in feite een enkele redelijkheidstoets als een marginale toetsing. Het HvJEU gaat in zijn arrest van 14 december 2016 in zaak C-171/15 helaas voorbij aan die vraag (ECLI:EU:C:2016:948). De Nederlandse voorzieningenrechter neemt het standpunt in dat het gebruikelijke toetsingskader dat veelvuldig in de Nederlandse jurisprudentie wordt gebruikt verdergaat dan een enkele redelijkheidstoets en dat dit toetsingskader daarom geen aanpassing behoeft. Dit toetsingskader houdt in dat aan de aangewezen – deskundige – beoordelingscommissie de nodige vrijheid moet worden gegund, temeer nu van een rechter niet kan worden verlangd dat hij specifieke deskundigheid bezit op het gebied van het onderwerp van de opdracht (*Vzr. Rb. Den Haag 30 november 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:14795*).

In een wat oudere, maar niet minder interessante masterscriptie worden de verschillende beoordelingsmethoden met de daaraan inherente problemen aan de hand van concrete voorbeelden uitvoerig beschreven en worden aanbevelingen gedaan voor de oplossing van die problemen (*D. Santbulte, Beoordelingssystematiek: Een onderzoek naar de problemen bij relatieve beoordelingssystematieken in aanbestedingen, Universiteit Utrecht, onder begeleiding van prof. mr. E.R. Manunza en mr. drs. T.H. Chen*). De conclusie is dat er niet één beste beoordelingsmethode is, maar dat een methode moet worden gekozen afhankelijk van het voorwerp van de opdracht en het niveau van kennis over de markt en het aantal spelers.

Dat er niet één beoordelingsmethode is, waaraan geen enkel nadeel kleeft, was mij al eens duidelijk geworden. Ooit heb ik een wiskundige ingeschakeld om de rechter ervan te overtuigen dat schalen, die voor diverse onderdelen van een selectiemethodiek werden gehanteerd, onderling niet vergelijkbaar waren. Door dat gebrek konden de uitkomsten van de beoordeling volgens die schalen niet bij elkaar worden opgeteld (*Vzr. Rb. Amsterdam 1 maart 2007, ECLI:NL:RBAMS:2007:BB3245*).

Uit het arrest *TNS Dimarso* (HvJEU 14 juli 2016, zaak C-6/15, ECLI:EU:C:2016:555) wordt wel afgeleid dat een aanbestedende dienst de beoordelingsmethode niet vooraf in

aankondiging of bestek bekend hoeft te maken. Hoewel r.o. 36 en 37 en de conclusie aan het slot van het arrest in die richting wijzen, is het hof in diverse andere overwegingen aanmerkelijk genuanceerder.

In r.o. 24 zegt het hof met verwijzing naar het *Lianakis*-arrest (*HvJEU 24 januari 2008, zaak C-532/06, ECLI:EU:C:2008:40*) dat in beginsel geen afwegingsregels kunnen worden toegepast die niet vooraf bekend zijn gemaakt. In r.o. 25 overweegt het hof dat het relatieve gewicht vanaf het begin van de aanbestedingsprocedure duidelijk moet zijn vastgesteld, zodat de inschrijvers objectief kunnen vaststellen welk gewicht een gunningscriterium daadwerkelijk ten opzichte van een ander zal hebben bij de latere beoordeling en dat dit relatieve gewicht gedurende de gehele procedure ongewijzigd moet blijven. In r.o. 31 verwijst het hof naar de in art. 2 van Richtlijn 2004/18/EG neergelegde beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie en transparantie (vgl. art. 18 lid 1 van Richtlijn 2014/24/EU, waarin nu ook het proportionaliteitsbeginsel wordt vermeld). Het hof overweegt dat volgens die beginselen de methode die de aanbestedende dienst hanteert om de offertes in concreto te beoordelen en te rangschikken in beginsel niet na opening van de offertes kan worden vastgesteld, dit om elk risico van favoritisme uit te sluiten. Indien deze methode om aantoonbare redenen niet vóór deze opening kan worden vastgesteld, kan het de aanbestedende dienst niet worden verweten dat hij deze pas heeft vastgesteld nadat hij, of zijn beoordelingscommissie, kennis heeft genomen van de inhoud van de offertes. En in r.o. 32 zegt het hof dat, gelet op voornoemde beginselen en hetgeen het hof in de punten 24 en 25 heeft vastgesteld, het feit dat de beoordelingsmethode na bekendmaking van de aankondiging of het bestek is vastgesteld hoe dan ook niet tot gevolg mag hebben dat de gunningscriteria of het relatieve gewicht ervan worden gewijzigd.

Bekendmaking vooraf van de beoordelingsmethode (lees: de wiskundige formule en/of schaal c.q. schalen voor de beoordeling) is dus wel degelijk het uitgangspunt om ieder risico van favoritisme uit te sluiten. Afwijking van dit uitgangspunt mag alleen om aantoonbare (lees: door de aanbestedende dienst deugdelijk te motiveren) redenen. En hoe dan ook: vaststelling van de beoordelingsmethode na bekendmaking van aankondiging of bestek (en eens te meer na kennisneming van de inschrijvingen) mag geen wijziging tot gevolg hebben van de gunningscriteria en het relatieve gewicht.

De keuze van een beoordelingsmethodiek is, zoals de Belgische Raad van State blijkens het *TNS Dimarso*-arrest (terecht) opmerkt, namelijk niet vrijblijvend. Zij kan juist bepalend zijn voor de uitkomst van de beoordeling van de offertes aan de hand van de gunningscriteria. Bij het gunningscriterium prijs kan bijvoorbeeld geopteerd worden voor toepassing van hetzij de evenredigheidsregel, hetzij de toekenning van de maximale score aan de laagste offerte of de nulscore aan de hoogste offerte en de toepassing van de lineaire interpolatie voor de tussenliggende offertes, hetzij het maximaal begunstigen van de offerte met de mediaanprijs (vgl. r.o. 14 van het arrest; zie in dit verband ook *Advies 311 van de Commissie van Aanbestedingsexperts van 3 februari 2017* en *Vzr. Rb. Den Haag 2 april 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:8198*).

Niet valt in te zien welk rechtens te respecteren belang een aanbestedende dienst kan hebben om informatie over de wijze van beoordeling en de toe te passen beoordelingssystematiek achter te houden en niet vooraf bekend te maken. Doorgaans

VOORWOORD

vindt die bekendmaking vooraf ook wel plaats (vgl. voor een recent voorbeeld *Vzr. Rb. Den Haag 5 oktober 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:11525*, ook interessant omdat bepaalde stukken voor de tussenkomenende partij geheim moesten blijven).

Bekendmaking vooraf van wijze van beoordeling en beoordelingsmethodiek draagt mijns inziens alleen maar bij tot gerichtere en betere aanbiedingen, waarmee vermoedelijk ook meer maatschappelijke waarde voor de inzet van de publieke middelen kan worden geleverd (vgl. art. 1.4 lid 2 Aanbestedingswet 2012). Natuurlijk hoeft de aanbestedende dienst niet tot in detail voor te kauwen wat er nodig is om een maximale score voor elk criterium te behalen. Dat zou fnuikend zijn voor iedere innovatie en creativiteit. Die moeten aan de markt worden overgelaten.

U lezer, aan de kant van de aanbestedende dienst werkzaam of geïnteresseerd om in te schrijven op aanbestedingen, wens ik veel leesplezier en gebruiksgemak van de Serie Bouw- en Aanbestedingsrecht bij uw dagelijkse werkzaamheden, met name ook van Deel 23.

Oktober 2017

Anne Fischer, advocaat bij Maasdam Broers Fischer advocaten en vicevoorzitter van de Commissie van Aanbestedingsexperts

Voorwoord bij de eerste druk van Deel 23 Aanbestedingsrecht (nieuwe opzet)

Deel 23 is het vierde deel in het aanbestedingsrechtelijke deel van de Serie Bouw- en Aanbestedingsrecht. In dit deel draait alles om de gunningscriteria en de gunning. De rechtspraak die op deze onderwerpen is ontstaan, is zo omvangrijk geworden dat besloten is aan deze een eigen deel te wijden en deze aldus los te behandelen van de inschrijving, waaraan Deel 22 is gewijd.

De rechtspraak gaat in beginsel terug tot 2012, het jaar waarin de Aanbestedingswet van kracht werd. Bij sommige onderwerpen is oudere rechtspraak meegenomen en bij een enkele is nog geen rechtspraak verschenen. In dat laatste geval is P.M. opgenomen.

Het bijzondere voorwoord is van mr. Anne Fischer, advocaat bij Maasdam Broers Fischer advocaten. Ik vermeld graag voorts dat zij erelid is van de Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht (NVvA). Ik ben zeer vereerd dat zij het voorwoord heeft willen verzorgen.

Ook bij dit deel ben ik bijgestaan door mijn dochter Petra Chao, advocaat bij Kneppelhout en Korthals; zij heeft meegelezen en meegedacht over de opzet van dit deel. Daar ben ik haar zeer erkentelijk voor.

Ik ben veel dank verschuldigd aan Janny Bloemsma voor het aanpassen van het jurisprudentieregister aan de nieuwe opzet. Een woord van dank is ook verschuldigd