

## De reikwijdte van de motiveringsverplichting

### Algemeen

Sprekend over de reikwijdte van de verplichting tot motivering van de gunningsbeslissing gaat het vooral om de motiveringsplicht jegens een afgewezen inschrijver.<sup>1</sup>

Achtereenvolgens komen hierna aan de orde wie aanspraak heeft op motivering van de gunningsbeslissing, wat de grondslag ervan is, aan welke minimale eisen de motivering moet voldoen, in welke gevallen verdergaande eisen aan de motivering kunnen worden gesteld en in welke gevallen een aanvulling van de motivering is toegestaan. Ten slotte wordt ook ingegaan op de verschillen tussen de motiveringsplicht voor Nederlandse aanbestedende diensten en de motiveringsplicht voor Europese instellingen.

### Wie heeft aanspraak op motivering van de gunningsbeslissing?

Voorheen bepaalde het Bao uitdrukkelijk dat alleen een inschrijver, die een aan de eisen beantwoordende inschrijving had gedaan, aanspraak kon maken op informatie betreffende de winnende inschrijving. Op zijn verzoek moesten de kenmerken en voordelen van de uitgekozen inschrijving en de naam van de begunstigde of de partijen bij de raamovereenkomst worden meegedeeld.<sup>2</sup> Onder het regime van de Aanbestedingswet (Aw 2012) moeten aan 'iedere betrokken inschrijver of betrokken gegadigde' de relevante redenen voor de gunningsbeslissing worden meegedeeld.<sup>3</sup> De wet bepaalt dat onder relevante redenen in ieder geval wordt verstaan de kenmerken en relatieve voordelen van de uitgekozen inschrijving en de naam van de begunstigde of de partijen bij de raamovereenkomst.<sup>4</sup>

De vraag rijst of naar huidig recht een inschrijver die een ongeldige inschrijving heeft gedaan aanspraak kan maken op informatie over de winnende inschrijving. Dat lijkt mij niet het geval.<sup>5</sup> Door de ongeldigverklaring van de inschrijving wordt deze (formeel) immers niet inhoudelijk beoordeeld zodat er geen vergelijkende beoordeling plaatsvindt. Dat betekent dat er geen relatieve voordelen van de winnende inschrijving ten opzichte van een ongeldige inschrijving kunnen worden benoemd.

De inschrijver die een ongeldige inschrijving heeft gedaan, kan naar mijn mening dan ook niet als 'betrokken' in de zin van artikel 2.130 lid 1 Aw 2012 worden beschouwd. Hem dienen uiteraard wel de reden of redenen te worden medegedeeld waarom de aanbestedende dienst vindt dat zijn inschrijving niet aan de eisen beantwoordt.<sup>6</sup> Overigens bepaalt artikel 1.15 lid 2 Aw 2012 voor meervoudig onderhandse aanbestedingen dat de aanbestedende dienst of het speciale sectorbedrijf aan 'alle' inschrijvers de gunningsbeslissing met de relevante redenen voor deze beslissing meedeelt. Het woord 'betrokken' komt in deze bepaling niet voor. Het ligt echter niet in de rede dat voor meervoudig onderhandse procedures de motiveringsverplichting een ruimer bereik zou hebben dan in een Europese procedure.

1 De motiveringsplicht bij de intrekking van een aanbesteding blijft in deze noot buiten beschouwing.

2 Vgl. artikel 41 lid 4 Bao en Vzr. Rb. Den Haag 7 augustus 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:10963.

3 Artikel 2.130 lid 1 Aw 2012.

4 Artikel 2.130 lid 2 Aw 2012.

5 Vgl. M.A. van Wijngaarden, bewerkt door M.A.B. Chao-Duivij, Serie Bouw- en Aanbestedingsrecht, deel 23, 1e druk, nieuwe opzet, 2017, p. 139, waar zij stelt dat verdedigbaar is dat de wet geen breuk met het verleden op dit punt heeft beoogd. Dit deel van de serie behandelt de gunningscriteria en de gunning en geeft een uitgebreid overzicht van onder meer de rechtspraak inzake de gunningsbeslissing en de motivering daarvan.

6 Hetzelfde geldt voor de gegadigde die een ongeldig verzoek tot deelneming heeft gedaan.

## «JAAN»

De Commissie van Aanbestedingsexperts (CvAE) biedt op grond van haar reglement ook een klachtrecht aan onderaannemers<sup>7</sup> van (potentiële) gegadigden of inschrijvers. Niet relevant is dat de (potentiële) inschrijver zelf heeft berust in de gunningsbeslissing en de motivering daarvan. Evenmin is relevant dat de onderaannemer in zijn vorderingen bij de gewone rechter terzake van het handelen of nalaten van de aanbestedende dienst niet ontvankelijk zou zijn.<sup>8</sup>

### Grondslag van de motiveringsverplichting

Voor Europese aanbestedingsprocedures is artikel 2.130 Aw 2012 de grondslag voor de motiveringsverplichting.

Het Gerechtshof Den Haag paste recent de uit artikel 2.130 Aw 2012 voortvloeiende eisen aan de motivering analoog toe in een geval waarin dat artikel *formeel* niet van toepassing is.<sup>9</sup> Het ging om de – na diverse kortgedingprocedures – inmiddels ten derde male, volgens het Europese regime voor sociale en andere specifieke diensten, als bedoeld in artikel 2.38 Aw 2012, in de markt gezette opdracht voor gerechtsdeurwaardersdiensten. Het hof overweegt dat, ook in het geval artikel 2.130 Aw 2012 formeel niet van toepassing is, op de aanbestedende dienst de verplichting rust de gunningsbeslissing afdoende<sup>10</sup> (transparant<sup>11</sup>) te motiveren: “*De aan de inschrijvers op grond van de rechtsbeschermingsrichtlijn toekomende effectieve rechtsbescherming vereist immers dat de gunningsbeslissing transparant gemotiveerd wordt opdat de inschrijver alle relevante informatie ontvangt om te kunnen beoordelen of een in te stellen beroep doeltreffend kan zijn.*” Het hof onderbouwt deze conclusie door te verwijzen naar en te citeren uit artikel 41 lid 2 Richtlijn 2004/18, dat verwijst naar artikel 2 bis Richtlijn 2007/66, artikel 55 Richtlijn 2014/24, waarin onder meer is opgenomen dat aan inschrijvers informatie wordt verstrekt over de kenmerken en relatieve voordelen van de geselecteerde inschrijver, en de memories van toelichting op artikel 2.130 Aw 2012 en op de Wira.<sup>12</sup> Voor meervoudig onderhandse procedures<sup>13</sup> biedt artikel 1.15 lid 2 Aw 2012 de grondslag van de motiveringsplicht.<sup>14</sup> Hoewel in het kader van een meervoudig onderhandse procedure de Europese rechtsbeschermingsrichtlijn niet van toepassing is,<sup>15</sup> is de strekking van de motiveringsplicht op basis van artikel 1.15 lid 1 Aw 2012 dezelfde als die van artikel 2.130 Aw 2012 bij een Europese aanbesteding. De motivering moet aan dezelfde eisen voldoen, behoudens de verplichting om de opschortende termijn te omschrijven.<sup>16</sup> De voorzieningenrechter van de Rechtbank Noord-Nederland overweegt hierover:<sup>17</sup>

*“Met betrekking tot voorwaarde (iii) de wijze van motiveren van de uiteindelijke keuze overweegt de voorzieningenrechter als volgt. In artikel 1.15 lid 2 Aw 2012 is de wettelijke (uit het transparantiebeginsel voortvloeiende) motiveringsverplichting opgenomen. In dat artikellid is bepaald dat de aanbestedende dienst aan alle inschrijvers de gunningsbeslissing met de relevante redenen voor deze beslissing mee dient te delen. Uit de wetsgeschiedenis van de Aw 2012 blijkt niet dat de wetgever een andere toepassing voor ogen heeft gehad bij het transparantiebeginsel zoals verwoord in artikel 1.15 lid 2 Aw 2012 dan bij het transparantiebeginsel zoals dat geldt in Europese openbare aanbestedings-*

7 Ruim uitgelegd als alle onderopdrachtnemers.

8 Vgl. Advies 425 van de CvAE van 27 oktober 2017.

9 Hof Den Haag 19 december 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3549.

10 R.o. 11 van het arrest van 19 december 2017.

11 R.o. 15 van het arrest van 19 december 2017.

12 Vgl. r.o. 11-15 van het Haagse arrest van 19 december 2017.

13 Voor nationale aanbestedingen biedt artikel 1.12 Aw 2012 de grondslag voor de motiveringsplicht.

14 De CvAE noemt in Advies 417 van 14 juli 2017 ook het fair playbeginsel en de precontractuele redelijkheid en billijkheid als grondslag voor de motiveringsplicht bij meervoudig onderhandse aanbestedingen. Ook artikel 1,9 Aw 2012 kan worden ingeroepen.

15 Ook artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie is dan niet van toepassing.

16 Zie ook artikel 7.25.5 van het Aanbestedingsreglement Werken 2016 dat in feite dezelfde eisen stelt aan de motivering als gelden op grond van artikel 2.130 Aw 2012.

17 Vzr. Rb. Noord-Nederland 2 februari 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:376, r.o. 4.25.

*procedures, zoals verwoord in artikel 2.130 Aw 2012. Aangenomen moet daarom worden dat de motivering van de gunningsbeslissing in een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure aan dezelfde vereisten dient te voldoen als de motivering van een gunningsbeslissing in een Europese aanbestedingsprocedure, met uitzondering van de in artikel 2.130 Aw 2012 opgenomen verplichting om de opschortende termijn te omschrijven.*”

In Advies 417 signaleert de CvAE dat bij gebrek aan concrete gedragsnormen in de geldende wet- en regelgeving voor wat betreft de invulling en uitwerking van de in de artikelen 1.15 en 1.16 Aw 2012 genoemde beginselen van gelijke behandeling, transparantie en proportionaliteit voor de meervoudig onderhandse procedure in de jurisprudentie van de gewone rechter en in de adviezen van de Commissie in toenemende mate aansluiting wordt gezocht bij de regels die gelden voor Europese aanbestedingsprocedures. De Commissie beveelt aan om bij de voorbereiding, inrichting en afwikkeling van meervoudig onderhandse procedures – in het bijzonder bij het formuleren en toepassen van eisen en criteria – zoveel mogelijk aansluiting te zoeken bij de regels die gelden voor Europese aanbestedingen. De Commissie demonstreert dit in Advies 417 voor de eisen aan de motiveringsplicht.<sup>18</sup>

#### **Minimumeisen aan de motivering van de gunningsbeslissing**

Uit de memorie van toelichting bij artikel 6 WIRA blijkt dat de wetgever er destijds bewust voor heeft gekozen een verdergaande motiveringsplicht op te nemen dan waartoe de Europese rechtsbeschermingsrichtlijnen verplichten. Blijkens de memorie van toelichting op artikel 2.130 Aw 2012 heeft de wetgever er – net als bij de WIRA – bewust voor gekozen om met betrekking tot de motivering van de gunningsbeslissing niet te volstaan met een verplichting van aanbestedende diensten om een samenvatting van de relevante redenen te geven, maar alle relevante redenen in de mededeling van de gunningsbeslissing op te nemen.<sup>19</sup>

De strekking van de motiveringsplicht is het openstellen van de mogelijkheid van een effectief beroep tegen de gunningsbeslissing. Daarom moet de gunningsbeslissing in beginsel aanstands volledig zijn gemotiveerd. Deze uitleg strookt volgens de Hoge Raad ook beter met de beginselen van gelijke behandeling en transparantie. Die beginselen verlangen dat door de motivering aan de overige inschrijvers voldoende inzicht wordt gegeven in de relevante redenen die aan de beslissing ten grondslag liggen om zich geïnformeerd te kunnen beraden op eventueel daartegen – in of buiten rechte – te ondernemen stappen.<sup>20</sup>

Voor wat onder de relevante redenen moet worden verstaan, wordt in de rechtspraak stevast verwezen naar de memorie van toelichting op artikel 2.130 Aw 2012 en op de Wira.

In de toelichting op het huidige artikel 2.130 Aw 2012 is onder meer vermeld:<sup>21</sup>

*“De aanbestedende dienst dient bij de gunningsbeslissing mee te delen om welke redenen een bepaalde ondernemer gekozen is en om welke redenen de overige ondernemers niet gekozen zijn. Evenals in de Wira is er in dit wetsvoorstel voor gekozen om met betrekking tot de motivering niet te volstaan met een samenvatting van de relevante redenen, maar alle relevante redenen op te nemen. In het tweede lid is omschreven, op basis van artikel 41, tweede lid, van richtlijn nr. 2004/18/EG wat in ieder geval verstaan wordt onder relevante redenen.”*

In de toelichting op de Wira is onder meer opgenomen:<sup>22</sup> *“Een dergelijke jurisdisering is onwenselijk en kan voorkomen worden door de gunningsbeslissing transparant te motiveren. In dit wetsvoorstel is ervoor gekozen om daartoe de verplichting te expliciteren. Indien de aanbestedende dienst het criterium «economisch meest voordelige inschrijving» gebruikt, heeft deze voor de*

18 Vgl. Advies 417 van 14 juli 2017, ov. 5.2.6-5.2.8 en 7. Zie ook Advies 295 van 28 februari 2017, ov. 5.3.6 en 5.3.7.

19 TK 2009/10, 32440, nr. 3, p. 94.

20 Vgl. HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9233, r.o. 3.10.

21 Kamerstukken II, 2009-2010, 32 440, nr. 3, p. 94.

22 Kamerstukken II 2008-2009, 32 027, nr. 3, p. 7.

## «JAAN»

*beoordeling van de inschrijvingen scores toegekend en op basis van de scores een rangschikking maakt. Het ligt dan in de rede dat de scores en relatieve positie ten opzichte van de «winnaar» meegezonden worden als onderbouwing van de gunningsbeslissing. Een precieze invulling hangt veelal af van de omstandigheden van het geval, maar de relevante redenen kunnen onder meer de volgende elementen omvatten:*

- bekendmaking van de eindscores zowel van de afgewezen inschrijver als van de geselecteerde ondernemer;*
- de scores van de afgewezen inschrijver op specifieke kenmerken, en de reden waarom op dat specifieke kenmerk eventueel niet de maximale score is toegekend;*
- verduidelijking van de toepassing van de gehanteerde criteria bij gunning volgens het criterium economisch meest voordelige inschrijving.”*

Minimaal moeten dus de kenmerken en voordelen van de uitgekozen inschrijving en de naam van de begunstigde of de partijen bij de raamovereenkomst worden medegedeeld.

Ingeval het criterium ‘economisch meest voordelige inschrijving’<sup>23</sup> is gehanteerd, ligt het blijkens de parlementaire geschiedenis van artikel 2.130 Aw 2012 in de rede de aan de inschrijvingen toegekende scores en de relatieve positie van de afgewezen inschrijver ten opzichte van de geselecteerde inschrijver ter onderbouwing van de mededeling van de gunningsbeslissing mee te zenden. Een precieze invulling van de relevante redenen hangt af van de omstandigheden van het geval.<sup>24</sup>

In de spraakmakende zaak van de aanbesteding van de Blankenburgtunnel<sup>25</sup> had RWS onverplicht de scores van winnaar BAAK op het criterium Risicobeheersplan verstrekt en ook aangegeven dat BAAK een slim bouwproces had ontwikkeld. Daarmee had RWS (deels dus onverplicht) ruimschoots aan zijn motiveringsverplichting voldaan. Over de motivering van de gunningsbeslissing werd overwogen:

“5.6

*Ten slotte heeft BBV24 zich op het standpunt gesteld dat RWS de voorlopige gunningsbeslissing niet deugdelijk heeft gemotiveerd. Ook in dit standpunt kan BBV24 niet worden gevolgd. Op grond van het bepaalde in artikel 2.130 Aw 2012 dient de mededeling van de gunningsbeslissing de relevante redenen van de beslissing te bevatten, waaronder de kenmerken en relatieve voordelen van de uitgekozen inschrijving, alsmede de naam van de begunstigde of partijen bij de raamovereenkomst. Blijkens de parlementaire geschiedenis van dit artikel blijken de relevante redenen – voor zover thans van belang – voldoende uit a) de eindscores van zowel de afgewezen als de geselecteerde inschrijver en b) de scores van de afgewezen inschrijver op specifieke kenmerken en de reden(en) waarom op dat specifieke kenmerk niet een hogere score is toegekend. Met a) het in de voorlopige gunningsbeslissing verstrekken van de eindscores van zowel BBV24 als BAAK en de door hen behaalde scores per EMVI-criterium, b) de door RWS gegeven toelichting bij de aan BAAK toegekende scores en c) de mededeling van RWS dat BAAK met name voor de Blankenburgtunnel een slim bouwproces heeft ontwikkeld, heeft RWS naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter ruimschoots aan de op hem rustende motiveringsverplichting voldaan. Anders dan BBV24 lijkt te betogen, rust op RWS niet een verplichting om aan BBV24 de aan BAAK op de diverse subgunningscriteria toegekende scores te verstrekken. Overigens heeft RWS in deze procedure – derhalve onverplicht – ook deze aan BAAK toegekende scores op het criterium Risicobeheersplan aan BBV24 verstrekt. De omstandigheid dat RWS niet heeft toegelicht wat het bouwproces van BAAK slim maakt, kan ter zake niet tot een ander*

<sup>23</sup> Thans de overkoepelende term voor de drie gunningscriteria van artikel 2.114 lid 2 Aw 2012 en de evenknie van, wat thans heet, ‘beste prijs- kwaliteitverhouding’.

<sup>24</sup> Vgl. onder meer Vzr. Rb. Noord-Nederland 2 februari 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:376, r.o. 4.26; Vzr. Rb. Den Haag 14 april 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:4930, r.o. 5.3.2; Hof Den Haag 19 december 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3549, r.o. 13 en 14.

<sup>25</sup> Vgl. onder meer Vzr. Rb. Noord-Nederland 2 februari 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:376, r.o. 4.26; Vzr. Rb. Den Haag 14 april 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:4930, r.o. 5.3.2; Hof Den Haag 19 december 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3549, r.o. 13 en 14.

oordeel leiden. Zoals RWS terecht heeft opgemerkt zou met het geven van bedoelde toelichting bedrijfsvertrouwelijke informatie van BAAK met BBV24 worden gedeeld. Op grond van zowel de Aw 2012 als de toepasselijke Aanbestedingsleidraad staat dit RWS uiteraard niet vrij.”

De rechter neemt genoegen met een summiere motivering, mits deze voldoende relevante informatie bevat om beroep te kunnen instellen tegen de beslissing. Zo overwoog de Haagse voorzieningenrechter:<sup>26</sup>

*“De vraag rijst vervolgens of de gunningsbeslissing van 12 februari 2016 – overeenkomstig het bepaalde in artikel 2:130 van de Aanbestedingswet 2012 – de relevante redenen van die beslissing bevat. HMC betwist dat dat het geval is. Zij kan daarin echter niet worden gevolgd. Zoals hiervoor (onder 5.4) overwogen dient in het Plan van Aanpak, met het oog op subgunningscriterium “K1 Productieproces”, specifiek te worden ingegaan op de – planning van de – verspreiding van het weekblad. Een essentieel onderdeel daarvan – en wellicht wel het meest essentiële aspect – betreft de dag waarop het weekblad in alle woonkernen van de Gemeente wordt verspreid. HMC heeft dat moeten (kunnen) begrijpen, maar heeft dat dus nagelaten. Gelet hierop moet voor HMC aan de hand van de gunningsbeslissing duidelijk zijn geweest waar haar inschrijving te kort schoot. Ook al had de motivering mogelijk iets uitgebreider gekund, maakt de beslissing – mede gezien in het licht van het voorgaande – in ieder geval voldoende duidelijk om welke reden HMC niet en De Persgroep wel is gekozen en bevat zij voldoende relevante informatie om beroep in te kunnen stellen tegen de beslissing. Tegen die achtergrond is de voorzieningenrechter – anders dan HMC – verder van oordeel dat de brief van de Gemeente van 3 maart 2016 geen nieuwe redenen voor de gunningsbeslissing bevat, maar dat die brief niet meer dan een nadere toelichting op de reeds in de brief van 12 februari 2016 aangevoerde gronden voor de gunningsbeslissing betreft.”*

In de zaak die leidde tot het arrest van het Haagse hof van 19 december 2017 had de Staat aan de afgewezen inschrijvers meegedeeld welke score zij op elk van de gunningscriteria hadden behaald en wat hun eindscore was. Verder was in de gunningsbeslissing een opsomming gegeven van de positieve en minder of niet positieve factoren die de scores hebben bepaald en waren de winnaars van de betreffende percelen en hun scores op beide gunningscriteria en hun eindscores vermeld. Het hof was van oordeel dat de Staat hiermee in algemene zin had voldaan aan de motiveringsverplichting.

Het vereiste van effectieve rechtsbescherming gaat volgens het hof niet zover dat de Staat appellanten in de gelegenheid zou moeten stellen de aan de winnende inschrijvers gegeven scores te controleren.<sup>27</sup>

*“Het recht van een afgewezen inschrijver om een gunningsbeslissing aan te vechten brengt niet mee dat hij (i) kennis neemt van de andere inschrijvingen en (ii) aan de hand daarvan de beoordeling door de aanbestedende dienst controleert.”*

Het hof verwierpt het standpunt van appellanten dat het voor een doeltreffende rechtsbescherming nodig is dat een afgewezen inschrijver zijn plaats in de rangschikking kent:

*“Uit de bijlage bij de gunningsbeslissingen kunnen [appellanten] afleiden wat de score is van de laagst scorende inschrijver die voor het sluiten van een overeenkomst in aanmerking komt. [appellanten] kennen verder de eigen scores en kunnen dus uit de gunningsbeslissingen afleiden welk puntenverschil zij moeten overbruggen om alsnog voor gunning in aanmerking te komen. Daarvoor is niet relevant te weten hoeveel partijen er zitten tussen de laagst scorende winnaar enerzijds en [appellanten] anderzijds.”*

<sup>26</sup> V.zr. Rb. Den Haag 29 april 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:4731, r.o. 5.6. Zie ook V.zr. Rb. Noord-Nederland 19 maart 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:1361, inzake een schrale, maar toch voldoende geachte motivering van Thialf.

<sup>27</sup> R.o. 17 arrest 19 december 2017.

## «JAAN»

Het hof gaat hiermee naar mijn oordeel voorbij aan een gangbare praktijk, waarin aanbestedende diensten wel degelijk meedelen welke plaats een afgewezen inschrijver inneemt in de rangorde. In de onderhavige zaak ging het hof ervan uit dat de Staat dat alsnog zou doen omdat de Staat dat ook een en andermaal had aangeboden.<sup>28</sup>

De prijs-component van de winnende inschrijving dient volgens de Haagse voorzieningenrechter in beginsel deel uit te maken van de gunningsbeslissing, in die zin dat de concrete prijs wordt genoemd.<sup>29</sup> In het specifieke geval dat onderwerp was van de uitspraak van de Haagse voorzieningenrechter van 18 oktober 2017 stond het de Politie echter vrij te bepalen dat de prijs van de winnende inschrijver niet zou worden vermeld omdat de Politie en LeasePlan voldoende aannemelijk hadden gemaakt dat het, kort gezegd, bedrijfsgevoelige gegevens betrof, die invloed konden hebben op toekomstig marktgedrag van partijen. In een Nota van inlichtingen was aangekondigd dat de offerteprisen van de winnende inschrijver en de tarieven en kortingen van de inschrijvers niet kenbaar zouden worden gemaakt. Het was ook duidelijk dat de evaluatieprijzen niet bekend zouden worden gemaakt. Het lijkt erop dat de rechter met het uitgangspunt dat de concrete prijs moet worden genoemd de afgewezen inschrijver een dode mus voorhoudt. Het valt immers moeilijk in te zien wanneer de prijs van de winnende inschrijver geen bedrijfsgevoelige informatie zou zijn.

Interessant is de suggestie van de rechter in r.o. 5.8 om een deskundige in te schakelen om een berekening te controleren:

*“AAS stelt op zichzelf terecht dat zij vanwege het ontbreken van de evaluatieprijs van LeasePlan niet in staat is te controleren of de berekeningen die de aanbestedingsstukken voorschrijven op correcte wijze hebben plaatsgevonden. Zij wist dat echter op voorhand en heeft niettemin een inschrijving ingediend. Daarbij komt dat AAS, indien zij twijfelt aan de juistheid van de berekening, ook andere maatregelen had kunnen voorstellen om die twijfel weg te nemen, waarbij tevens tegemoetgekomen zou kunnen zijn aan de wens van LeasePlan om haar prijzen niet openbaar te maken. Nu het een louter rekenkundige kwestie betreft, had bijvoorbeeld een onafhankelijke en financieel deskundige derde ingeschakeld kunnen worden om de berekening te controleren.”<sup>30</sup>*

### Wanneer is sprake van een verdergaande motiveringsplicht?

De omstandigheden van het geval kunnen een verdergaande motiveringsplicht met zich brengen. Er moet dan sprake zijn van voldoende concrete aanknopingspunten om gerede twijfel over de beoordeling te onderbouwen.<sup>31</sup> Anders gezegd, degene die een verdergaande motivering verlangt, moet daartoe kunnen wijzen op bijzondere omstandigheden en moet deze met objectieve gegevens onderbouwen.

De uitspraak van de Haagse voorzieningenrechter van 18 oktober 2017 is interessant omdat de rechter het met eiseres eens is dat zij, hoewel zij maximaal c.q. hoger dan de winnaar heeft gescoord op kwaliteitscriteria, op zich belang heeft bij een verdere motivering van de door de winnaar behaalde scores.<sup>32</sup> Een lagere score van de winnaar op kwaliteit zou namelijk wellicht het verschil in

28 R.o. 18 van arrest 19 december 2017.

29 Vzr. Rb. Den Haag 18 oktober 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:12738, r.o. 5.5.

30 Vgl. o.m. ook: Vzr. Rb. Midden-Nederland 18 november 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:7778, (geen onbegrijpelijke scores, geen procedurele onjuistheden, motivering puntenscore wordt slechts marginaal getoetst); Vzr. Rb. Zeeland-West Brabant 16 februari 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:846 (geen evidente beoordelingsfouten, geen onbegrijpelijke motivering);

Vzr. Rb. Den Haag 14 april 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:4930 (geen onjuiste of onbegrijpelijke beoordeling en motivering); Vzr. Rb. Den Haag 4 oktober 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:11320 (beoordeling begrijpelijk en gunningsbeslissing voldoende gemotiveerd); Vzr. Rb. Rotterdam 7 november 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:9193 (geen onmiskenbare onjuistheden of onduidelijkheden, geen evident onjuiste beoordeling).

31 Zie over informatie inzake een referentieproject van de winnaar Advies CvAE 366 van 12 september 2016, ov. 5.8-5.10.

32 Vzr. Rb. Den Haag 18 oktober 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:12738, r.o. 5.7 en 5.12.

prijs kunnen compenseren en tot een andere rangorde kunnen leiden. Maar AAS vangt bot omdat de verstrekte motivering toch voldoende wordt geacht en AAS geen bijzondere omstandigheden heeft onderbouwd die tot een ander oordeel moeten leiden:

“5.11.

*Artikel 2.130 Aanbestedingswet is vrijwel gelijklopend aan het vervallen artikel 6 juncto artikel 1 sub n van de Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden (Wira). In de toelichting op artikel 2.130 Aanbestedingswet wordt dan ook verwezen naar de toelichting op de Wira. Uit die toelichting volgt dat de eindscores van zowel de winnende als de afgewezen inschrijver, de scores van de afgewezen inschrijver op specifieke kenmerken en de reden(en) waarom op een specifiek kenmerk (eventueel) niet de maximum score is toegekend in beginsel gelden als relevante redenen voor de gunningsbeslissing. Zoals hiervoor vermeld heeft de Politie de scores van LeasePlan in de gunningsbeslissing vermeld. Dat is voldoende. AAS heeft niet onderbouwd dat bijzondere omstandigheden in deze zaak tot een ander oordeel moeten leiden. Gelet op het voorgaande heeft AAS er geen recht op te weten welke door LeasePlan genoemde maatregelen en mogelijkheden tot de behaalde score hebben geleid.*

5.12.

*AAS heeft een beroep gedaan op jurisprudentie waaruit blijkt dat de gunningsbeslissing zodanig inzichtelijk moet worden gemotiveerd dat het voor een afgewezen inschrijver mogelijk is om de wijze waarop de beoordeling heeft plaatsgevonden te toetsen en zijn procespositie te kunnen bepalen. Dit geldt echter slechts voor zover het gaat om de inschrijving van de afgewezen inschrijver zelf. De motiveringsplicht van de aanbestedende dienst reikt niet zover dat inzage moet worden gegeven in de aanbidding van de winnaar.”*

*Zie ook de uitspraak van de Noord-Hollandse voorzieningenrechter van 7 december 2017. Geoordeeld werd dat eiser zijn twijfels over de juistheid van de beoordeling over het ene referentiewerk van de winnaar onvoldoende had onderbouwd. De gemeente kon bovendien niet worden gedwongen tot informatie over een tweede referentiewerk. Het belang van eiser bij een mogelijkheid tot controle van de juistheid van hetgeen omtrent het tweede referentiewerk door de gemeente is vastgesteld, moest wijken voor het belang van de winnaar en de gemeente (en de opdrachtgever) bij het behoud van de bedrijfsvertrouwelijkheid van de gegevens van dit werk.<sup>33</sup>*

#### **Aanvulling van de motivering in beginsel niet toegestaan**

Aanvulling van de motivering met nieuwe redenen is, behoudens bijzondere redenen of omstandigheden, niet toegestaan.<sup>34</sup> Een nadere toelichting op de in de gunningsbeslissing vermelde redenen is wel toegestaan. Als niet (direct) alle relevante redenen in de gunningsbeslissing zijn opgenomen, leidt dat echter niet tot onrechtmatigheid of ongeldigheid van de gunning, maar slechts tot verlenging van de termijn voor rechtsbescherming.<sup>35</sup> De enkele omstandigheid dat bij de gegeven redenen verder kan worden doorgevraagd, maakt nog niet dat er onvoldoende informatie is verstrekt.<sup>36</sup> De mogelijkheid van een nadere toelichting vindt haar begrenzing daar, waar in feite sprake is van het aanvoeren van nieuwe redenen. In gevallen waarin sprake

<sup>33</sup> V.zr. Rb. Noord-Holland 7 december 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:10208.

<sup>34</sup> HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9233.

<sup>35</sup> V.zr. Rb. Den Haag 22 februari 2012, ECLI:NL:RBDHA:2012:BV8382.

<sup>36</sup> V.zr. Rb. Den Haag 26 juli 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:8416.

## «JAAN»

is van een aanvulling met nieuwe redenen laat de rechter die ook wel buiten beschouwing en wordt op grond van de oorspronkelijke motivering beoordeeld of in redelijkheid bepaalde scores konden worden toegekend.<sup>37</sup>

### Vergelijking van de motiveringsplicht voor Europese instellingen met die van artikel 2.130 Aw 2012

In het kader van de aanbestedingen van Europese instellingen heeft de motiveringsplicht, naar het voorkomt, een beperktere reikwijdte dan in onze nationale verhoudingen.<sup>38</sup> Op grond van artikel 100 lid 2, eerste alinea, van het Financieel Reglement moet een Europese instelling aan elke afgewezen gegadigde of inschrijver de redenen meedelen waarom diens inschrijving of offerte niet in aanmerking wordt genomen en moet elke inschrijver die een geldige offerte heeft ingediend op zijn verzoek in kennis worden gesteld van de kenmerken en relatieve voordelen van de gekozen offerte en van de naam van degenen aan wie de opdracht werd gegund. Deze verplichting komt in formulering overeen met de motiveringsplicht op grond van artikel 2.130 Aw 2012. Het HvJ EU overweegt echter dat een ontoereikende motivering of een kennelijk onjuiste beoordeling met betrekking tot een gunningscriterium niet de nietigverklaring van een gunningsbesluit rechtvaardigt wanneer dit besluit andere elementen bevat die op zich volstaan als rechtsgrondslag. In onze nationale verhoudingen is altijd een afdoende en transparante motivering vereist<sup>39</sup> en zal de rechter – afgezien wellicht in geval een belangenafweging tot een ander resultaat leidt – juist ingrijpen als sprake is van een kennelijk onjuiste beoordeling.<sup>40</sup>

Het HvJ EU overweegt voorts dat een nauwkeurige samenvatting van de wijze waarop elk detail van de afgewezen offerte bij de evaluatie ervan in aanmerking is genomen en een zorgvuldige vergelijkende analyse van de gekozen offerte en van de offerte van de afgewezen inschrijver niet van de aanbestedende dienst kunnen worden geëist. Weliswaar gaat onze nationale motiveringsplicht ook niet zover in detail, maar duidelijk is wel dat een samenvatting van de relevante redenen bij ons niet volstaat en dat alle relevante redenen moeten worden medegedeeld.

De Europese aanbestedende dienst is volgens het HvJ EU niet verplicht om een afgewezen inschrijver op diens schriftelijk verzoek een volledige kopie van het evaluatierapport te bezorgen. Daartoe zijn Nederlandse aanbestedende diensten in beginsel ook niet verplicht. In geval van onderbouwde, bijzondere omstandigheden kan ik mij voorstellen dat wel een kopie van het beoordelingsrapport of van het proces-verbaal van artikel 2.132 Aw 2012 moet worden verstrekt.

### Conclusie en enkele vuistregels voor de praktijk

- Alleen een geldige inschrijver heeft aanspraak op informatie over de winnende inschrijving in de vorm van – minimaal – de kenmerken en voordelen daarvan en de naam van de gekozen inschrijver of partij(en) bij de raamovereenkomst;
- Een ongeldige inschrijver heeft aanspraak op de reden(en) van ongeldigheid of uitsluiting;
- De motivering van de gunningsbeslissing in een meervoudig onderhandse procedure moet aan dezelfde eisen voldoen als de motivering in een Europese procedure, daaronder tevens te begrijpen de procedure van artikel 2.38 Aw 2012;

37 Zie o.m. V.zr. Rb, Midden-Nederland 30 januari 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ0197 (nieuwe inhoudelijke argumenten voor gunningsbeslissing blijven buiten beschouwing, oorspronkelijke motivering is voldoende) en V.zr. Rb. Rotterdam 17 februari 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:1486 (nieuwe reden blijft buiten beschouwing, echter onvoldoende aannemelijk dat gemeente niet in redelijkheid tot de toegekende scores heeft kunnen komen).

38 HvJ EU 20 december 2017, zaak C-677/15P, ECLI:EU:C:2017:998 inzake een aanbesteding van het Bureau voor intellectuele eigendom van de Europese Unie (EUIPO). Zie met name de punten 49, 58 en 59.

39 Vgl. Hof Den Haag 19 december 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3549, r.o. 11 en r.o. 15.

40 Vgl. o.m. V.zr. Rb. Den Haag 7 juli 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:7888, r.o. 5.1 – 5.2.



## «JAAN»

- Hoewel bij de mededeling van de gunningsbeslissing in een meervoudig onderhandse procedure formeel geen opschortende termijn behoeft te worden vermeld, valt het uit een oogpunt van effectieve rechtsbescherming aan te raden dit wel te doen;
- Hoewel het Haagse hof blijkbaar vindt dat een afgewezen inschrijver zijn plaats in de rangschikking niet hoeft te kennen, valt het aan te raden die informatie juist wel te geven;
- Het is en blijft lastig voor een afgewezen inschrijver om twijfels over de juistheid van de beoordeling door de aanbestedende dienst concreet te onderbouwen; in dat kader kan het zinvol zijn een onafhankelijke deskundige derde in te schakelen, bijvoorbeeld om berekeningen te controleren.

mr. A.C.M. Fischer-Braams, advocaat bij Maasdam Broers Fischer advocaten te Rijswijk en vicevoorzitter van de Commissie van Aanbestedingsexperts