

Tender Nieuwsbrief Online 2022

Welke informatie moet in de mededeling van de gunningsbeslissing staan?

Auteur(s): mr. A. Stellingwerff Beintema, Maasdam Broers Fischer advocaten

Inschrijven op een aanbesteding kost tijd, geld en energie. Of het nou een eenvoudige meervoudig onderhandse aanbesteding is of een ingewikkelde Europese aanbesteding. Inschrijvers wachten veelal in spanning op de mededeling van de gunningsbeslissing. Op welke informatie heeft men recht? Deze vraag zal hierna worden beantwoord.

Aanbesteders zijn wettelijk verplicht om de volgende informatie te verstrekken¹ :

- a. de relevante redenen van de gunningsbeslissing, waaronder:
 - de naam van de beoogde winnaar(s);
 - de kenmerken en relatieve voordelen van de uitgekozen inschrijving(en);
- b. de opschortende termijn.

Deze informatie hoeft niet te worden verstrekt aan (i) ondernemingen die niet hebben ingeschreven en (ii) inschrijvers die definitief zijn uitgesloten. Een uitsluiting is definitief als (a) de inschrijver daarvan in kennis is gesteld en (b) de uitsluiting rechtmatig is bevonden door de rechter of de bezwaartermijn (van minimaal 20 dagen) ongebruikt is verstreken.² Een aanbesteder kan er dus voor kiezen om eerst de uitgesloten inschrijvers te berichten over hun uitsluiting, en pas als de uitsluiting definitief is de overige inschrijvers een mededeling van de gunningsbeslissing te sturen.

Het verdient in mijn visie de aanbeveling om een uitgesloten inschrijving pro forma te beoordelen en de resultaten kenbaar te maken aan de uitgesloten inschrijver. Dat wil zeggen: een beoordeling uit te voeren als ware de inschrijver c.q. diens inschrijving niet zou zijn uitgesloten. Een inschrijver heeft kosten gemaakt om een inschrijving in te dienen, uitsluiting voelt niet altijd rechtvaardig. Hij wil dan ook graag weten op welke plaats zijn inschrijving zou zijn geëindigd als die wel zou zijn beoordeeld. Mocht hij ook op grond van de inhoudelijke beoordeling buiten de boot blijken te vallen, dan vergemakkelijkt dit de acceptatie van de uitsluiting. En mocht (in rechte) blijken dat de betreffende inschrijver ten onrechte is uitgesloten, dan is geen sprake van tijdsverlies, de beoordeling heeft immers al plaatsgevonden.

Informatie over de afgewezen inschrijving

De verplichting om de relevante redenen van de gunningsbeslissing te verstrekken betekent dat de afgewezen inschrijver de volgende informatie over zijn afgewezen inschrijving moet krijgen³ :

1. de eindscore;
2. per gunningscriterium: de score;
3. per gunningscriterium: de reden waarom de betreffende score is toegekend.

Dit kan bijvoorbeeld door (i) aan te duiden waarom niet de maximale score is toegekend of (ii) de positieve en negatieve punten in de inschrijving te benoemen. De motivering moet voldoende SMART zijn.⁴ Er rust op aanbesteders geen verplichting om de plek in de rangorde bekend te maken.⁵ Dit neemt niet weg dat dit wel in de rede ligt.⁶

Informatie over de winnende inschrijving

De verplichting om de kenmerken én relatieve voordelen van de uitgekozen inschrijving te verstrekken houdt in dat de afgewezen inschrijver de volgende informatie over de winnende inschrijving moet krijgen:⁷

1. de eindscore;
2. per gunningscriterium: de score;
3. per gunningscriterium: de reden waarom de betreffende score is toegekend.

Is sprake van een raamovereenkomst met meerdere winnaars dan moet deze informatie ten aanzien van elk



van de winnende inschrijvingen worden verstrekt. Dus niet alleen met betrekking tot de laagst scorende winnende inschrijving. En dus ook niet slechts een geaggregeerde samenvatting van de winnende inschrijvingen.

Uitgangspunt is dat enig inzicht moeten worden gegeven wat de winnende inschrijver beter heeft gedaan. Enkel als – gelet op de gunningssystematiek in de aanbesteding – uit de informatie betreffende de afgewezen inschrijving automatisch kan worden afgeleid waarom aan de winnende inschrijving een betere score is toegekend hoeft dit niet. Deze situatie doet zich meestal niet voor.⁸

Volgens de Commissie van Aanbestedingsexperts moet niet alleen inzicht worden gegeven in de onderdelen waarop de winnende inschrijving beter was, maar ook waarop de winnende inschrijving gelijk of lager heeft gescoord. Immers, er kan sprake zijn van een te hoge score die van invloed is op de rangorde. Echter, zou de winnende inschrijver met 0 punten voor kwaliteit nog steeds de winnende inschrijving hebben ingediend, dan hoeft dit niet. En ook informatie die geen rol heeft gespeeld bij de beoordeling hoeft niet te worden gegeven.⁹

Aanbesteders mogen geen informatie over de winnende inschrijving verstrekken waarvan bekendmaking de commerciële belangen van de winnaar zou kunnen schaden.¹⁰ Op deze informatie heeft een afgewezen inschrijver dan ook geen recht. Aanbesteders kunnen zich niet verschuilen achter zogenoemde vertrouwelijkheid. De winnende inschrijver moet aantonen dat hier daadwerkelijk sprake van is. Zo is informatie die op de website van de inschrijver zelf te vinden is niet vertrouwelijk. Ook is informatie aangaande de prijs niet per definitie vertrouwelijk.¹¹ Informatie die vanzelf bij de uitvoering van de opdracht openbaar wordt is naar mijn mening evenmin vertrouwelijk. En als het mogelijk is om bepaalde aspecten en technische kenmerken samengevat mede te delen, zodat vertrouwelijke informatie niet kan worden achterhaald, dan zal de aanbesteder daarvoor moeten opteren.¹²

Termijn

Er is een verschil tussen (i) de opschortende termijn die in de Aanbestedingswet 2012 staat of voortvloeit uit de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en (ii) een vervaltermijn die in de aanbestedingsstukken staat en waarmee de inschrijver door inschrijving akkoord gaat.

De opschortende termijn is de termijn die een aanbesteder moet afwachten voordat hij een overeenkomst mag sluiten. Deze termijn wordt ook wel de standstill- of Alcateltermijn genoemd. De dag nadat de opschortende termijn ongebruikt is verstreken mag de overeenkomst worden gesloten. De termijn loopt 20 dagen na elektronische verzending van de mededeling van de gunningsbeslissing af. Deze begint op de dag na verzending van de mededeling van de gunningsbeslissing. Voorbeeld: de verzenddatum is dinsdag 1 februari, dan eindigt de termijn op maandag 21 februari. Eindigt de termijn in het weekend, dan geldt op grond van de Algemene Termijnenwet dat de termijn wordt verlengd tot maandag. De volgende dag mag de overeenkomst worden gesloten.¹³ Voor meervoudig onderhandse aanbestedingen geldt dat de aanbesteder een redelijke termijn in acht moet nemen die volgens de Gids Proportionaliteit 7 of 10 dagen is.¹⁴ Voor deze termijn geldt de Algemene Termijnenwet niet.

Een vervaltermijn is de termijn waarna het recht vervalt om een rechtsvordering in te stellen tegen bijvoorbeeld de uitsluiting of afwijzing. Ook hiervoor geldt: te laat is te laat. De klagende inschrijver wordt dan in zijn vordering niet-ontvankelijk verklaard. Het hangt van de bewoordingen in de aanbestedingsstukken af wanneer de vervaltermijn begint¹⁵ en afloopt. Blijkt uit de bewoordingen in de aanbestedingsstukken dat de vervaltermijn wordt gekoppeld aan de opschortende termijn, dan geldt de Algemene Termijnenwet ook voor de vervaltermijn¹⁶, anders niet.

Ook hangt het van de bewoordingen in de aanbestedingsstukken af welke acties binnen de vervaltermijn vereist zijn. Wordt er gesproken over 'betekening' of 'uitbrengen dagvaarding', dan moet de dagvaarding binnen de gestelde termijn zijn betekend. Wordt enkel gesproken over 'aanhangig maken van een kort geding' of 'aanspannen van een kort geding', dan is slechts vereist dat binnen de gestelde termijn (i) aan de aanbesteder mededeling wordt gedaan van het voorgenomen kort geding, en de datum en het tijdstip van behandeling daarvan en (ii) de aanbesteder van de inhoud van de conceptdagvaarding op de hoogte is gesteld. De dagvaarding hoeft dan nog niet te zijn uitgebracht/betekend.¹⁷

Gevolgen onvoldoende motivering

Als de mededeling van de gunningsbeslissing volstrekt onvoldoende gemotiveerd is, dan begint de opschortende termijn niet te lopen. Sluit de aanbesteder intussen een overeenkomst, dan kan deze door de rechter worden vernietigd.¹⁸ Heeft de aanbesteder wel enkele inhoudelijke redenen voor de afwijzing gegeven op grond waarvan de afgewezen inschrijver kan beoordelen of het aanhangig maken van een juridische procedure zinvol is, dan is de termijn wel aangevangen.¹⁹

Vernietiging kan alleen in een bodemprocedure, en niet in een kort geding worden gevorderd. Een inschrijver

die wordt geconfronteerd met een onvoldoende gemotiveerde afwijzing doet er dan ook verstandig aan om binnen de vervaltermijn een kort geding aanhangig te maken en een nadere motivering van de gunningsbeslissing met een nieuwe opschortende termijn te vorderen.

Wetswijziging

De verplichtingen die volgen uit de wetsgeschiedenis, de jurisprudentie en adviezen van de Commissie van Aanbestedingsexperts staan nog niet expliciet in de Aanbestedingswet 2012. Omdat deze verplichtingen nog niet voor alle aanbesteders duidelijk zijn, komt er een aanscherping van de Aanbestedingswet 2012. Dan zal tevens worden bepaald dat de verplichtingen ook gelden voor selectiebeslissingen. En ook komt er – als voorportaal voor een kort geding – de mogelijkheid tot het indienen van een klacht waarmee de opschortende termijn opschort.²⁰

1. Artikel 2:130 Aanbestedingswet 2012. Dit geldt ook bij aanbestedingen waarvoor 2:130 niet geldt: Gerechtshof Den Haag, 19 december 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3549; Vزر. Rb. Gelderland, 7 november 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:5011; CvAE advies 572.
2. Artikel 2:128 jo. 2:132 Aanbestedingswet 2012.
3. Kamerstukken II, 2009-2010, 32440, nr. 3, p. 94; Kamerstukken II, 2008-2009, 32027, nr. 3, p. 7.
4. Vزر. Rb. Amsterdam, 9 mei 2019, ECLI:NL:RBAMS:209:4206.
5. Gerechtshof Den Haag, 19 december 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3549; Vزر. Rb. Overijssel, 4 december 2019: ECLI:NL:RBOVE:2019:4542.
6. CvAE advies 639.
7. Vزر. Rb. Gelderland, 15 oktober 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:5011; CvAE adviezen 639, 551 en 425
8. Vزر. Rb. Gelderland, 15 oktober 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:5011; Vزر. Rb. Midden-Nederland 3 juli 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:2584, ro. 4.20; Vزر. Rb. Amsterdam 6 oktober 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:4896, ro. 4.7.
9. CvAE adviezen 639 en 155.
10. Artikel 2:57 en artikel 2:138 Aanbestedingswet 2012.
11. Vزر. Rb. Midden-Nederland, 8 september 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:4356.
12. HvJEU, 7 september 2021, C-927/19 (Klaipedos); Vزر. Rb. Den Haag, 16 november 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:13967; CvAE adviezen 551 en 639.
13. Artikel 2:127 Aanbestedingswet 2012.
14. Paragraaf 4.3 Gids Proportionaliteit.
15. Vزر. Rb. Den Haag, 7 september 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:11523.
16. Hof Den Haag, 20 april 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:638.
17. Vزر. Rb. Noord-Holland, 17 november 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:11020.
18. Artikel 4:15 lid 2 Aanbestedingswet 2012.
19. CvAE advies 551.
20. Kamerstukken II, 2020-2021, 34252, nr. 21, p. 8.