

Jurisprudentie Alarm

Ondeugdelijke motivering leidt tot herbeoordeling.

De zaak

De gemeente Den Haag organiseert een Europese openbare aanbesteding voor het contracteren van drie partijen voor leegstandbeheer van gemeentelijk vastgoed. Gunning vindt plaats op basis van de beste prijs-kwaliteitsverhouding. Bijzonder is dat voor het onderdeel prijs een vaste afdracht per gebruiker van een beheerd object plaatsvindt. Hierdoor zijn de kwaliteitsonderdelen, te weten het beheerplan en maatschappelijk initiatieven, doorslaggevend.

Acht partijen schrijven in op de aanbesteding, waaronder Bewaakt & Bewoond B.V. (hierna: B&B). De gemeente uit na de beoordeling het voornemen om te gunnen aan drie andere partijen. Deze partijen hebben allen een score van 800 punten behaald. B&B heeft een score van 500 punten behaald en eindigt daarmee als vierde. B&B is het niet eens met de beoordeling en de ontvangen motivering bij de gunningsbeslissing en dient een klacht in. De gemeente besluit de bezwaartermijn, en daarmee de Alcateltermijn, te verlengen voor het geven van een inhoudelijke reactie. Een aantal weken later bericht de gemeente aan B&B met summiere bewoordingen dat de beoordeling geen onjuistheden bevat en er geen herbeoordeling zal plaatsvinden. B&B stapt naar de rechter.

Voor de voorzieningenrechter stelt B&B dat vrijwel alle punten die als 'minder positief' zijn beoordeeld feitelijk onjuist zijn of in ieder geval niet kunnen leiden tot een slechte beoordeling. De rechter stelt B&B op een aantal van deze punten in gelijk. Hoewel de rechter als het gaat om het toetsen van de kwalitatieve gunningscriteria een beperkte beoordelingsvrijheid heeft, is de motivering op diverse punten volgens de rechter onbegrijpelijk en onterecht. Zo heeft B&B wel degelijk de verantwoordelijkheden van gebruikers duidelijk beschreven in haar inschrijving en is dit naar het oordeel van de voorzieningenrechter niet 'onduidelijk' zoals het beoordelingsteam opmerkt als minder positief punt. Ook zou B&B de werkwijze bij opvolging en controle niet hebben uitgewerkt en geborgd, terwijl uit de inschrijving objectief blijkt dat hier wel voorstellen voor zijn gedaan. Verder zou de jaarlijkse audit niet zijn uitgewerkt, terwijl hier in de inschrijving wel degelijk invulling aan is gegeven. Ter zitting betoogt de gemeente dat de uitwerking van de audit niet concreet genoeg is, omdat de reikwijdte van de aangeboden steekproeven niet duidelijk is, en dus de betrouwbaarheid niet is na te gaan. De rechter oordeelt dat deze nadere onderbouwing niet toelaatbaar is, omdat daar in de motivering niets over vermeld is.

Ten aanzien van het onderdeel 'energie' heeft de gemeente volgens de rechter onterecht geconcludeerd dat B&B onduidelijk zou hebben geantwoord. Er worden concrete voorstellen gedaan waar de feedback van de gemeente niet op in gaat of waar de gemeente van zegt dat het enkel om advies of tips zou gaan. Met betrekking tot het onderdeel wet- en regelgeving kan volgens de rechter niet van B&B verwacht worden dat zij uitputtend benoemt wat er uit alle informatiebronnen, trainingen en seminars wordt gehaald. Wanneer dit wel gewenst was, had de gemeente hier duidelijker over moeten zijn in haar aanvraag. Op het onderdeel 'netwerk' heeft de gemeente volgens de rechter onterecht geoordeeld dat er sprake is van een veiligheidsrisico bij het gebruik van social media. B&B heeft namelijk wel aangegeven social media in te gaan zetten, maar niet om daadwerkelijk beschikbare panden op aan te bieden.

Ook op de onderdelen 'diversiteit' en 'transparantie en objectiviteit' voldoet de motivering niet. De rechter concludeert dat de gegeven motiveringen de toebedeelde scores niet kunnen dragen en oordeelt dat de gemeente de gunningsbeslissing moet intrekken en over moet gaan tot ofwel intrekking van de aanbesteding, ofwel herbeoordeling door een nieuwe beoordelingscommissie.

Juridisch kader

- Een aanbestedende dienst is gehouden aan iedere inschrijver de relevante redenen voor de gunningsbeslissing kenbaar te maken, aldus art. 2.130 lid 1 Aw 2012. Dit vloeit voort uit het transparantiebeginsel (artikel 1.9 Aw 2012). Deze verplichting geldt ook bij een meervoudig onderhandse aanbesteding (artikel 1.15 lid 2 en 2.130 lid 1 Aw 2012).
- Onder 'relevante redenen' wordt in ieder geval verstaan de kenmerken en relatieve voordelen van de uitgekozen inschrijving en de naam van de winnaar (artikel 2.130 lid 2 Aw 2012).

Rechters aan het woord

De voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam benadrukt dat een aanbestedende dienst voldoende gemotiveerd uitleg moet geven over de redenen van zijn gunningsbeslissing, zodat afgewezen inschrijvers (en eventueel gegadigden) zich erop kunnen beraden of juridische stappen tegen de gunningsbeslissing zinvol zijn (zie ook het Gerechtshof Den Bosch). Deze motiveringsplicht gaat echter niet zover dat de aanbestedende dienst de inschrijvingen van alle andere inschrijvers tot in detail bekend moet maken.

• Enige mate van subjectiviteit is inherent aan de beoordeling van kwalitatieve criteria, aldus (onder meer) de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag. Weliswaar staat dat (enigszins) op gespannen voet met de objectieve beoordelingssystematiek van het aanbestedingsrecht en de daarop toepasselijke beginselen van transparantie en gelijke behandeling, maar het behoeft – op zichzelf – nog niet mee te brengen dat ook daadwerkelijk sprake is van strijd met dat recht c.q. die beginselen.

De voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag toetst aan de hand van een zogenaamde 'drietrapsraket' of de aanbestedende dienst aan haar (motiverings)verplichtingen voldaan heeft. Van belang is dat:

- I) zodanige criteria worden geformuleerd dat het voor een kandidaat-inschrijver volstrekt duidelijk is aan welke kwaliteitseisen hij moet voldoen;
- II) de inschrijvingen aan de hand van een zo objectief mogelijk systeem worden beoordeeld; en
- III) de aanbestedende dienst zijn uiteindelijke keuze motiveert op een wijze die het voor de afgewezen inschrijvers mogelijk maakt (a) de wijze waarop de beoordeling heeft plaatsgevonden te toetsen en (b) te controleren of de beoordeling de (voorlopige) gunningsbeslissing rechtvaardigt.

Voor het overige komt de rechter slechts een beperkte toetsingsvrijheid toe wanneer het aankomt op de beoordeling van kwaliteitscriteria.

In het arrest Staat/KPN oordeelde de Hoge Raad in 2012 dat de gunningsbeslissing alle relevante redenen voor deze beslissing moet vermelden en dat aanvulling van die redenen in een later stadium in beginsel niet mogelijk is (behalve in uitzonderingsgevallen, wegens bijzondere redenen of omstandigheden). Hiermee wordt voorkomen dat een aanbestedende dienst in een juridische procedure allerlei nieuwe redenen kan aanvoeren om zijn gunningsbeslissing te verdedigen.

Tips voor de praktijk



Een fout of onduidelijkheid in de motivering van de gunningsbeslissing valt – in tegenstelling tot (bijvoorbeeld) een fout of onduidelijkheid in de aanbestedingsleidraad – niet eenvoudig te repareren. Een gunningsbeslissing dient namelijk **alle** relevante redenen te bevatten van die beslissing en aanvulling van die redenen is in beginsel niet mogelijk. Zorg er daarom voor dat er daadwerkelijk inhoudelijke feedback terugkomt in de motiveringen gerelateerd aan het beoordelingskader en beperk dit niet tot algemene termen.



Het motiveren van een gunningsbeslissing is daarom een van de belangrijkste onderdelen van een aanbestedingsprocedure. Wees dus zorgvuldig en besteed voldoende aandacht aan de motivering. Laat de motivering toetsen door een derde (intern of extern) die niet bij de beoordeling was betrokken. Vraag die persoon of hij de motivering kan volgen, of de motivering vragen oproept en of de motivering "de toets der kritiek kan doorstaan". Probeer in dat verband elke (mogelijke) fout of onduidelijkheid eruit te halen. Daarmee voorkom je tijdrovende en kostbare juridische procedures.



MEER WETEN?

Ga voor contact of meer informatie naar onze [website](#).

Het Jurisprudentie Alarm is een coproductie met [Van Doorne Advies](#)
Advocaten, notarissen & fiscalisten en [EPSA Procurement](#).

epsa[™]
PROCUREMENT

Van Doorne