



INSCHRIJVINGEN VERGELIJKEN BIJ EEN ABSOLUTE BEOORDELING



DE ZAAK

De Stichting Voorbereiding Pallas-Reactor ("Pallas") houdt een mededingingsprocedure met onderhandeling voor materiaal voor de kerncentrale van Petten. Inschrijvingen worden beoordeeld op grond van een absolute beoordelingsmethode. Bij een absolute beoordelingsmethode worden inschrijvingen op zichzelf beoordeeld en in beginsel niet vergeleken met de inschrijvingen van andere inschrijvers.

Schelde Exotech verliest de aanbesteding en maakt bezwaar tegen de gunningsbeslissing. Volgens Schelde Exotech zou Pallas inschrijvingen met elkaar vergeleken hebben en dus een relatieve beoordelingsmethode hebben toegepast, in strijd met de spelregels uit de aanbestedingsleidraad. Dat zou blijken uit de motivering van de gunningsbeslissing. In de gunningsbeslissing

wordt de inschrijving van Schelde Exotech namelijk vergeleken met de inschrijving van de winnende inschrijver. Pallas geeft aan dat zij wettelijk verplicht is de kenmerken en de relatieve voordelen van de winnende inschrijver te vermelden in een gunningbeslissing. Volgens Pallas is dat niet in strijd met de voorgeschreven (absolute) beoordelingsmethode.

De **voorzieningenrechter** is het eens met Pallas. Het feit dat Pallas inschrijvingen met elkaar vergelijkt in de motivering van een gunningsbeslissing, betekent niet dat inschrijvingen op relatieve wijze zijn beoordeeld. Er is pas sprake van een relatieve beoordeling wanneer de ene inschrijving bepalend is voor (de scores van) die van de ander. Daar is geen sprake van. De rechter wijst de vorderingen van Schelde Exotech af.



JURIDISCH KADER

- Een aanbestedende dienst is verplicht de relevante redenen voor de gunningsbeslissing op te nemen in de mededeling van die beslissing (artikel 2.130 lid 1 Aw 2012). Onder rele-

vante redenen wordt in ieder geval verstaan de kenmerken en de relatieve voordelen van de uitgekozen inschrijving en de naam van de winnaar (artikel 2.130 lid 2 Aw 2012).



RECHTERS AAN HET WOORD

- In het **arrest Fracasso Leitschutz** uit 1999 oordeelt het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen over het vergelijken van inschrijvingen in het kader van een aanbesteding. Volgens het Hof is het vergelijken van inschrijvingen inherent aan de systematiek van een aanbesteding. Lukt het niet offertes met elkaar te vergelijken, bijvoorbeeld omdat er slechts één geldige inschrijving is, dan hoeft de aanbestedende dienst de opdracht niet te gunnen aan de enige geschikte inschrijving. Enige mate van vergelijking is dus inherent aan het organiseren van een aanbestedingsprocedure, aldus het Hof.
- In het **arrest Xerox/Ricoh** oordeelde de Hoge Raad in 2014 dat het in principe toegestaan is een relatieve beoordelingsmethode toe te passen. De aanbestedende dienst moet de regels dan wel goed opschrijven en zijn eigen spelregels vervolgens ook goed toepassen. Daar ging het mis in deze zaak. De aanbestedende dienst hanteerde een relatief beoordelingsstelsel ten aanzien van de prijs. Toen de inschrijving van de winnaar niet langer geldig bleek te zijn, kwam er een verschuiving in de rangorde. De initiële nummer drie kwam als winnaar uit bus, boven de initiële nummer twee. Dit wordt ook wel de 'rangordeparadox' genoemd. De aanbestedende dienst had in haar leidraad

bepaald dat zij, in geval van ongeldigheid van de nummer één, in gesprek zou treden met de nummer twee. De Hoge Raad oordeelde dat de aanbestedende dienst het transparantiebeginsel moest volgen en gehoor moest geven aan het bepaalde in aanbestedingsleidraad. De aanbestedende dienst moest haar eigen spelregels naleven en dus eerst in gesprek treden met de aanvankelijke nummer twee.

- Een aanbestedende dienst is verplicht een gunningsbeslissing te motiveren en de 'relevante redenen' voor deze beslissing kenbaar te maken (zie 'juridisch kader' hiervoor). In de rechtspraak wordt wisselend geoordeeld over de vraag wat 'relevante redenen' zijn (naast de kenmerken en de relatieve voordelen van een uitgekozen inschrijving; zie 'juridisch kader' hiervoor):

- **De voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag** oordeelde dat het verstrekken van de op subgunningscriteria behaalde scores (weergegeven in een beoordelingsmatrix) in dit geval toereikend was. De voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag oordeelde dat het verstrekken van de op subgunningscriteria behaalde scores (weergegeven in een beoordelings-

- o matrix) in dit geval toereikend was. De aanbestedende dienst was volgens de voorzieningenrechter niet verplicht de relatieve voordelen van de winnende inschrijver bekend te maken/nader toe te lichten. De verliezende inschrijver had ook niet toegelicht welk gerechtvaardigd belang zij heeft bij een nadere toelichting op de (beoordeling van de) winnende inschrijving.
- o Volgens **de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam** is een aanbestedende dienst niet gehouden ook de motivering van de aan de winnaar toegekende punten kenbaar te maken. De puntenscore was in dit geval voldoende concreet onderbouwd en per wens was duidelijk gemaakt wat werd gemist of niet duidelijk was. Ter vergelijking had de aanbestedende dienst per wens de score van de winnaar kenbaar gemaakt en "zo nodig een aanvullende vergelijking gemaakt". De voorzieningenrechter achtte dat voldoende. De aanbestedende dienst is niet gehouden ter verificatie ook de motivering van de aan de winnaar toegekende punten kenbaar te maken omdat dit zich niet verdraagt met de belangen die andere inschrijvers hebben bij de geheimhouding van bedrijfsvertrouwelijke en concurrentiegevoelige informatie.
- o **De voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag** kwam tot een vergelijkbaar oordeel. De aanbestedende dienst had per wens aangegeven waarom de winnende inschrijver op de betreffende onderdelen hoger heeft gescoord dan de verliezende inschrijver en waarom de verliezende inschrijver op de betreffende onderdelen niet de maximale score heeft behaald en de winnende inschrijver in voorkomende gevallen wel. Van een motiveringsgebrek was geen sprake.
- o **De voorzieningenrechter van de rechtbank Oost-Brabant** oordeelde dat sprake was van een gebrekkige motivering in de betreffende gunningsbeslissing, aangezien daarin geen enkel inzicht werd gegeven in de kenmerken en voordelen van de winnende inschrijving. De aanbestedende dienst had alleen een tabel verstrekt met de totale gemiddelde eindscore op prijs en op kwaliteit van de drie inschrijvers.
- o **De voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam** benadrukte dat een aanbestedende dienst voldoende gemotiveerd uitleg moet geven over de redenen van zijn gunningsbeslissing, zodat afgewezen inschrijvers (en eventuele gegadigden) zich erop kunnen beraden of juridische stappen tegen de gunningsbeslissing zinvol zijn (**zie ook daaropvolgende arrest van 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.



TIPS EN ADVIEZEN VOOR DE PRAKTIJK

- In de praktijk krijgen wij vaak de vraag of een aanbestedende dienst inschrijvingen met elkaar mag vergelijken in het kader van een absolute beoordelingsmethode. In beginsel mag dat niet. Bij een absolute beoordeling dient een aanbestedende dienst inschrijvingen op zichzelf (absoluut) te beoordelen. Het is dus niet de bedoeling dat een aanbestedende dienst inschrijvingen met elkaar vergelijkt en de verschillen opschrijft.
- Maar onthoud ook dat enige mate van vergelijking inherent is aan een aanbesteding (zie hiervoor: 'Rechtens aan het woord'). Bovendien is een aanbestedende dienst verplicht de kenmerken en de relatieve voordelen van de winnende inschrijving bekend te maken (zie hiervoor: 'juridisch kader'). Aan het einde van de rit, dient een aanbestedende dienst dus wel degelijk inschrijvingen met elkaar te vergelijken en de verschillen op te schrijven. Dat doet niets af aan het karakter van een absolute beoordelingsmethode.
- Het kan geen kwaad deze (ogenschijnlijke) tegenstrijdigheid te benoemen in de aanbestedingsstukken. Neem dus een clause op in de aanbestedingsstukken over dit onderwerp, in de trant van: "Er is nadrukkelijk sprake van een absolute beoordeling. Bij een absolute beoordeling zijn de scores die een inschrijver krijgt toebedeeld in beginsel niet afhankelijk van de inschrijving van andere inschrijvers. Dit laat onverlet dat in het kader van de beoordeling van de kwalitatieve gunningscriteria onderlinge verschillen ter sprake mogen worden gebracht, omdat enige mate van vergelijking inherent is aan de beoordeling van de inschrijvingen op deze aanbesteding. Bovendien worden in de gunningsbeslissing de kenmerken en de relatieve voordelen van de winnende inschrijving bekend gemaakt."
- Ons advies is bij de beoordeling van inschrijvingen geen relatief beoordelingssysteem toe te passen. Bij een relatieve beoordelingsmethode is de score van de ene inschrijver afhankelijk van de score van een andere inschrijver (bijvoorbeeld: score = laagste prijs/ hoogste prijs x maximaal aantal te behalen punten). Een dergelijk beoordelingssysteem kan de verschillen tussen inschrijvingen daardoor (onbedoeld) sterk uitvergroten. Bovendien is in de rechtspraak een trend zichtbaar waaruit blijkt dat relatief beoordelen steeds minder vaak toelaatbaar is. Een relatieve beoordelingsmethode leidt in de praktijk ook vaker tot juridische discussies dan een absolute beoordelingsmethode. Niet doen dus.

EEN STRATEGISCH PARTNERSCHAP

Aeves
Benefit



Van Doorne

Het NIC.

Vragen? Mail naar legal@aevesbenefit.com