



HERBEOORDELING IN DE PRAKTIJK: WAT IS TOEGESTAAN?



DE ZAAK

De provincie Utrecht en een groep van 22 Utrechtse gemeenten (hierna: Opdrachtgever) publiceren een Europese Aanbesteding Regiotaxi Utrecht 2024 – 2028 voor Wmo-vervoer, OV-Vangnetvervoer en Leerlingenvervoer. De Opdrachtgever beoordeelt de inschrijvingen en maakt zijn gunningsbeslissing bekend. Vervolgens trekt de Opdrachtgever deze gunningsbeslissing weer in, omdat de beoordeling niet conform de in de aanbestedingsleidraad voorgeschreven regels is verlopen. Bij de beoordeling is namelijk afgeweken van de voorgeschreven puntensystematiek (even punten: 10, 8, 6, etc.) en zijn in plaats daarvan oneven punten toegekend. Aangezien de Opdrachtgever zich niet heeft gehouden aan zijn eigen spelregels, besluit de Opdrachtgever over te gaan tot herbeoordeling van alle inschrijvingen. Na ontvangen bezwaren hiertegen besluit Opdrachtgever om de herbeoordeling te laten uitvoeren door een volledig nieuwe beoordelingscommissie en inschrijvers krijgen een nieuwe casus die zij dienen te beantwoorden en waarover zij een presentatie dienen te geven. Drie inschrijvers starten vervolgens (afzonderlijk van elkaar) een kort geding.

Volgens deze inschrijvers is objectieve herbeoordeling niet meer mogelijk, omdat de prijzen van alle inschrijvers inmiddels bekend zijn bij de beoordelingscommissie. Daarom zou de Opdrachtgever over moeten gaan tot heraanbesteding van de opdracht, in plaats van herbeoordeling. De Opdrachtgever stelt dat de bezwaren van de inschrijvers te ondervangen zijn met een herbeoordeling van de inschrijvingen door een volledig nieuwe beoordelingscommissie die alle inschrijvingen opnieuw zal beoordelen, waarvoor een nieuwe casus zal

worden opgesteld voor nieuw te houden presentaties. De nieuwe beoordelingscommissie zou niet bekend zijn met prijzen of tarieven. Tot slot wil de Opdrachtgever een nieuwe aanbesteding voorkomen.

De voorzieningenrechter stelt de Opdrachtgever in het gelijk. Objectieve herbeoordeling is mogelijk wanneer een volledig nieuwe beoordelingscommissie de in de aanbestedingsleidraad voorgeschreven beoordelingsstappen volgt (en dus – onder meer – de inschrijvingen beoordeelt op de kwalitatieve subgunningscriteria zonder kennis te nemen van de geoffreerde prijzen. Het feit dat de prijs sterk meeweegt en dat de beoordelaars hoogstwaarschijnlijk weten aan wie voorlopig gegund is, leidt niet tot een ander oordeel. Het feit dat inschrijvers op deze aanbesteding inmiddels (bij benadering) iets weten over de prijzen van andere inschrijvers, betekent dit niet dat de nieuwe beoordelingscommissie ook over deze informatie beschikt (en de inschrijvers mogen hun prijzen ook niet meer aanpassen). De voorzieningenrechter overweegt verder dat het voorschrijven van een nieuwe casus bij een herbeoordeling toegestaan is, omdat geen van de inschrijvers hierdoor wordt benadeeld. Aangezien deze regel geldt voor alle inschrijvers, is er ook geen sprake van een schending van het gelijkheidsbeginsel. Ook kan Opdrachtgever goed aantonen dat beoordeling uitgevoerd gaat worden door deskundige en niet vooringenomen beoordelaars. Concluderend heeft de Opdrachtgever voldoende waarborgen getroffen om over te gaan tot herbeoordeling. Alle vorderingen worden afgewezen.



JURIDISCH KADER

- Een aanbestedende dienst beoordeelt de ontvangen inschrijvingen op basis van de in de aankondiging van de overheidsopdracht of in de aanbestedingsstukken bepaalde gunningscriteria (artikel 2:112 lid 1 Aw 2012). De aanbestedende dienst toetst de inschrijvingen aan de door hem in de aanbestedingsstukken gestelde normen,

functionele eisen en eisen aan de prestatie. Hij dient zich dus te houden aan de vooraf geformuleerde regels over de wijze waarop de inschrijvingen worden beoordeeld en (de volgorde van) de stappen die aanbestedende dienst in dat verband zal zetten.



RECHTERS AAN HET WOORD

- Uit het **Manova-arrest** van het Hof van Justitie van de Europese Unie volgt dat een aanbestedende dienst nauwgezet de door hemzelf vastgestelde criteria in acht dient

te nemen. Hieronder valt ook de wijze van beoordeling van inschrijvingen, al dan niet op basis van een scoretabel.

- Uit het **Waalse Bussen arrest** van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen volgt dat een aanbestedende dienst een inschrijving in beginsel niet na de inschrijftermijn mag laten aanpassen.
- **De voorzieningenrechter** van de Rechtbank Den Haag oordeelde recentelijk dat een onterecht niet in de beoordeling meegenomen inschrijving niet door een nieuwe beoordelingscommissie hoeft te worden beoordeeld. Het betrof namelijk geen herbeoordeling, maar een reguliere beoordeling met een nieuwe consensusvergadering. De aanbestedende dienst had daarbij voldoende aangetoond dat sprake was van een onbevooroordeelde beoordeling.
- Een aanbestedende dienst hoeft niet tot herbeoordeling over te gaan, als dat niet een hogere score voor de inschrijver tot gevolg heeft, zo oordeelde **de voorzieningenrechter** van de rechtbank Den Haag. In dit geval betrof het twee punten waarop de aanbestedende dienst onjuiste feedback had verstrekt. Het schrappen van deze zinnen uit de schriftelijke motivering had echter geen invloed op het totaalcijfer op het betreffende subgunningscriterium en derhalve ook niet op de uitslag van de aanbesteding.
- **De voorzieningenrechter** van de rechtbank Den Haag oordeelde dat het verstrekken van motiveringen op een drietal subgunningscriteria die onbegrijpelijk zijn en onjuistheden bevatten, tot gevolg heeft dat in dit geval Rijkswaterstaat over moest gaan tot herbeoordeling op deze drie subgunningscriteria. Hierbij gaf de rechter wel aan dat Rijkswaterstaat in de gelegenheid zou worden gesteld aan te tonen dat zelfs bij een maximale score van de marktpartij op de betreffende subgunningscriteria dit niet zou leiden tot het winnen van de aanbesteding. In dat geval zou de afgewezen inschrijver namelijk geen belang hebben bij een herbeoordeling. Zie ook het eerdere gepubliceerde JA 24-2020.
- **De voorzieningenrechter** van de rechtbank Den Haag oordeelde dat het niet juist hanteren van knock-out-scores en de toelichting daarop tijdens de beoordeling van de inschrijvingen kan worden gerepareerd door middel van een herbeoordeling. De rechter liet in deze zaak de keuze voor herbeoordeling of heraanbesteden aan de aanbestedende dienst, zolang de keuze voldeed aan de beginselen van het aanbestedingsrecht.



TIPS VOOR DE PRAKTIJK

- Als aanbestedende dienst moet je de puntentoekenning conform in de aanbestedingsstukken neergelegde spelregels uitvoeren en deugdelijk motiveren. Zorg dat de motivering van de beoordeling begrijpelijk is en laat die motivering toetsen door iemand die niet bij de beoordeling betrokken was. Een andere puntentoekenning dan beschreven in de aanbestedingsstukken is niet toegestaan.
- Kies als aanbestedende dienst, wanneer er een fout gemaakt wordt gemaakt in de beoordeling van een of meer inschrijvingen, voor de minst ingrijpende manier om deze fout te herstellen. Randvoorwaarde hierbij is dat de beginselen van het aanbestedingsrecht altijd in acht worden genomen. In algemene zin heeft een herbeoordeling van inschrijvingen minder verstrekken gevolgen dan een heraanbesteding, omdat de procedure in dat laatste geval helemaal opnieuw in gang gezet dient te worden.
- Een herbeoordeling hoeft alleen plaats te vinden op onderdelen waar feitelijke onjuistheden of ongeregelheden zijn geconstateerd. Uit deze zaak blijkt dat, indien daartoe een noodzaak bestaat en voor zover voldoende waarborgen zijn getroffen, een nieuwe casus mag worden opgesteld en verstrekt aan gegadigden voor nieuw te houden presentaties, zonder de gunningssystematiek te wijzigen, en vervolgens tot herbeoordeling over te gaan.
- Wees als aanbestedende dienst voorzichtig met het intern delen of verspreiden van gevoelige informatie zoals totaalprijzen en tarieven van inschrijvers. Het volgen van processtappen en beperken van informatiestromen helpen hierbij. Deze zaak laat zien dat dit van belang is als een belanghebbende bezwaar maakt of naar de rechter stapt, zeker als er, zoals in deze zaak, sprake is van veel deelnemers aan de aanbesteding. Het risico op ongewenste verspreiding van gevoelige informatie is dan relatief groot.

EEN STRATEGISCH PARTNERSCHAP

Aeves
Benefit

VANDOORNE[⊕]

Het NIC.

Vragen? Mail naar legal@aevesbenefit.com