



TWEE FUNDAMENTELE GEBREKEN IN EEN AANBESTEDINGSPROCEDURE



DE ZAAK

De gemeente Midden-Groningen houdt een aanbesteding voor de beveiliging van Oekraïense vluchtelingen in een aantal opvanglocaties. Meerdere ondernemers tonen interesse. Eén van deze ondernemers, Preventief Veiligheidsdiensten (Preventief), stelt een vraag over de berekening van het score op het onderdeel prijs. De gemeente weigert de bijbehorende formule zichtbaar te maken (om in een Excel-bestand het aantal te scoren punten te berekenen). Preventief schrijft toch in op de aanbesteding, maar loopt de opdracht mis. Vervolgens start Preventief een kort geding. De gemeente stelt dat Preventief de bezwaren te laat naar voren heeft gebracht en nu – na inschrijving – zijn rechten verwerkt heeft. In het aanbestedingsrecht wordt dit ook wel het ‘Grossmann-verweer’ genoemd.

De voorzieningenrechter oordeelt dat Preventief voldoende proactief heeft gehandeld door (vóór inschrijving) een vraag te stellen over de berekening van de scores op het onderdeel

prijs. Bovendien heeft de gemeente in de uiteindelijke beoordeling een andere formule gehanteerd dan in de aanbestedingsstukken is beschreven. Dat is een fundamenteel gebrek in de aanbestedingsprocedure, dat ook na inschrijving aan een rechter mag worden voorgelegd.

Bovendien bepalen de aanbestedingsstukken dat de opdracht gegund wordt aan de economisch meest voordelige inschrijving op basis van de beste prijs-kwaliteitverhouding. Inschrijvers konden echter 4000 punten behalen op basis van hun prijs en slechts 145 punten op basis van de geboden kwaliteit. Het verschil in het aantal te behalen punten tussen beide criteria is dermate scheef dat de prijs een onevenredig grote invloed heeft op de uitslag. Feitelijk gunt de gemeente de opdracht daardoor op basis van de laagste prijs, hetgeen in strijd is met de aanbestedingsstukken. Ook om deze reden is sprake van een fundamenteel gebrek in de aanbesteding. De gemeente moet overgaan tot heraanbesteding van deze opdracht.



JURIDISCH KADER

- Een aanbestedende dienst gunt een overheidsopdracht op grond van de naar het oordeel van de aanbestedende dienst economisch meest voordelige inschrijving. De economisch meest voordelige inschrijving wordt vastgesteld op basis van de beste prijs-kwaliteitverhouding, laagste kosten berekend op basis van kosteneffectiviteit, of laagste prijs (artikel 2.114 lid 1-2 Aw 2012).
- Het uitgangspunt is dat de economisch meest voordelige inschrijving wordt vastgesteld op basis van de beste prijs-kwaliteitsverhouding. Wanneer een aanbestedende dienst de economisch meest voordelige inschrijving vaststelt op basis van laagste kosten berekend op basis van kosteneffectiviteit, of op basis van de laagste prijs, moet de aanbestedende dienst de toepassing van dat criterium motiveren in de aanbestedingsstukken (artikel 2.114 lid 4 Aw 2012).
- Artikel 2.115 Aw 2012 verplicht aanbestedende diensten die de economisch meest voordelige inschrijving vaststellen op basis van de beste prijs-kwaliteitverhouding, in de aankondiging van de overheidsopdracht bekend te maken wat de gehanteerde subgunningscriteria (in de wet: ‘nadere criteria’) zijn om vast te stellen welke inschrijving de beste prijs-kwaliteitverhouding biedt. De subgunningscriteria/nadere criteria moeten verband houden met het voorwerp van de opdracht en moeten betrekking hebben op de kwaliteit van de inschrijving, niet op de geschiktheid van de inschrijver.
- De aanbestedende dienst is verplicht het relatieve gewicht van elk van de door hem gekozen subgunningscriteria/nadere criteria te specificeren (artikel 2.115 lid 4 Aw 2012).



RECHTERS AAN HET WOORD

- **De rechtbank Midden-Nederland** oordeelde in 2013 ook dat sprake was van een fundamenteel gebrek in de aanbesteding. In dit geval ging het – net als in de deze zaak – over de gunningssystematiek. Een cruciaal onderdeel van die systematiek kon op verschillende manieren worden uitgelegd, hetgeen in strijd is met het transparantiebeginsel.
- In 2014 oordeelde **de voorzieningenrechter** van de rechtbank Den Haag dat Canon haar rechten had verwerkt om op te komen tegen een fundamenteel gebrek aan de

aanbesteding, omdat zij tijdens de aanbesteding niet had geklaagd over de gunningssystematiek. In Holland kende in die aanbesteding de meeste punten toe aan de inschrijver die de gemiddelde prijs van alle inschrijvingen het dichtst benaderde. Canon betoogde dat dit een fundamenteel gebrek was, aangezien een dergelijke systematiek niet strekt tot het bepalen van de economisch meest voordelige inschrijving. Het Grossman-verweer van de aanbestedende dienst slaagde toen dus nog.

- In 2022 deed het **gerechtshof Arnhem – Leeuwarden** uitspraak over een andersoortig fundamenteel gebrek in een aanbesteding. De aanbestedende dienst had in zijn aanbestedingsstukken zo weinig informatie meegegeven, dat het

niet mogelijk was een passende en concurrerende inschrijving te doen, noch ingediende inschrijvingen objectief met elkaar te kunnen vergelijken op een manier die een eerlijke mededinging waarborgt.

- In **Jurisprudentiaalarm editie nr. 12/2023** schreven wij over een uitspraak waarin een voorzieningenrechter eveneens oordeelde dat heraanbesteding moest plaatsvinden, omdat sprake was van een fundamenteel gebrek. De aanbestedende dienst had de inschrijvingen niet getoetst aan de minimumeisen en was meteen overgegaan tot vaststelling welke inschrijver de laagste prijs had geboden. Daardoor had de aanbestedende dienst het zorgvuldigheidsbeginsel dusdanig geschonden, dat sprake was van een fundamenteel gebrek aan de aanbesteding.



TIPS VOOR DE PRAKTIJK

- In de Aanbestedingswet staat niet welk (minimaal) gewicht je moet toekennen aan het subgunningscriterium kwaliteit bij toepassing van het gunningscriterium beste prijs-kwaliteitverhouding. Volgens de voorzieningenrechter in deze zaak gunt een aanbestedende dienst feitelijk op basis van de laagste prijs, wanneer de kwaliteit in zeer beperkte mate een rol speelt in de rangschikking. Zorg er dus voor dat je het subgunningscriterium kwaliteit ook daadwerkelijk een wezenlijke/substantiële invloed laat uitoefenen in de scoringsmethodiek, wanneer je het gunningscriterium 'beste prijs-kwaliteitverhouding' toepast.
- Als aanbestedende dienst ben je in dat geval ook verplicht aan te geven welke wegingsfactoren je toepast bij elk subgunningscriterium. Als je in de aankondiging aangeeft kwaliteit voor (bijvoorbeeld) 60% te laten meewegen in de beoordeling, zorg er dan voor dat de kwaliteit ook daad-

werkelijk voor 60% meetelt in de uiteindelijke beoordeling. Neem ook altijd een voorbeeldberekening op in de aanbestedingsstukken, zodat de gunningsmethodiek en het scoringsmodel voor alle inschrijvers duidelijk is en daar geen misverstanden over kunnen ontstaan. En maak een bijbehorende Excel-formule (waarmee het aantal te scoren punten berekend wordt in een Excel-bestand) ook altijd zichtbaar, zeker wanneer gegadigden daarom vragen.

- Maak van tevoren zelf ook altijd een simulatie van je scoringsmodel, bijvoorbeeld aan de hand van een rekenmodel in Excel of een ander daarvoor geschikt programma. Houd niet alleen rekening met de meest voor de hand liggende uitkomsten, maar gebruik in de simulatie ook uitkomsten die je juist minder snel zou verwachten. Daarmee voorkom je complexe en onnodige discussies (en rechtszaken) over de toe te passen gunnings-/scoringsmethodiek.

EEN STRATEGISCH PARTNERSCHAP

Aeves
Benefit 

Van Doorne

Het **NIC.**

Vragen? Mail naar legal@aevesbenefit.com