



DEUGDELIJKE MOTIVERING EEN BRUG TE VER: OPNIEUW BEOORDELEN!



DE ZAAK

De gemeente Amsterdam houdt een meervoudig onderhandse aanbesteding voor de restauratie van de Westerkerk in Amsterdam. Eiseres eindigt als derde in de ranking. Eiseres is het niet eens met de punttoekenning en wijst de gemeente op meerdere fouten en onduidelijkheden in de motivering. De gemeente wijst de bezwaren af en eiseres start een kort geding.

Enige mate van subjectiviteit is inherent aan de beoordeling van kwaliteitscriteria, aldus de voorzieningenrechter. Slechts wanneer sprake is van procedurele of inhoudelijk onjuistheden die zouden kunnen meebrengen dat de gunningsbeslissing niet deugt, kan een rechter ingrijpen. De voorzieningenrechter grijpt in dit geval in, omdat de motivering in de gunningsbeslissing "de toets der kritiek" niet kan doorstaan. Zo heeft de

gemeente het gebruik van hulpbruggen door eiseres als onrealistisch aangemerkt, terwijl uit de bieding blijkt dat eiseres helemaal geen gebruik maakt van hulpbruggen. Bovendien constateert de voorzieningenrechter dat de motivering op meerdere onderdelen "vragen oproept" of simpelweg "niet deugt".

De gemeente dient tot herbeoordeling over te gaan als zij de opdracht alsnog wenst te gunnen. Daarnaast dient de gemeente twee leden van de beoordelingscommissie te vervangen. Hiermee wordt enerzijds de onafhankelijkheid en objectiviteit van de beoordelingscommissie gewaarborgd en anderzijds voorkomen dat de deskundigheid van de commissie op dit project verloren gaat.



JURIDISCH KADER

- Een aanbestedende dienst is gehouden aan iedere inschrijver de relevante redenen voor de gunningsbeslissing kenbaar te maken, op grond van 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).
- Het ARW 2016 bepaalt het volgende over het motiveren van de gunningsbeslissing. De gunningsbeslissing bevat de

relevante redenen van de gunningsbeslissing, waaronder de kenmerken en relatieve voordelen van de uitgekozen inschrijving; de naam van de begunstigde(n); en een nauwkeurige omschrijving van de opschortende termijn (artikel 2.36.5 ARW 2016). De aanbesteder mag geen gegevens in de gunningsbeslissing delen wanneer de openbaarmaking van die gegevens: in strijd zou zijn met enig wettelijk voorschrift; in strijd zou zijn met het openbaar belang; de rechtmatige commerciële belangen van ondernemers zou kunnen schaden; en/of afbreuk aan de eerlijke mededingen tussen ondernemers zou kunnen doen (artikel 2.36.7 ARW 2016).



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 ook de voorzieningen-

rechter 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-in-

schrijver 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.

- Het gerechtshof Den Haag neemt deze drietrapsraket over, maar brengt wel enkele subtiele verschillen aan. Zo overweegt het Hof dat zodanige criteria moeten worden geformuleerd dat het voor een kandidaat-inschrijver duidelijk (en dus niet: "volstrekt" duidelijk) is aan welke kwaliteitseisen hij moet voldoen. Bovendien dient de aanbestedende dienst volgens het Hof zijn uiteindelijke keuze te motiveren op een wijze die het voor de afgewezen inschrijvers mogelijk maakt de wijze waarop de beoordeling heeft plaatsgevonden te toetsen, maar het Hof koppelt daar niet de eis aan dat afgewezen inschrijvers ook moeten kunnen controleren of de beoordeling de (voorlopige) gunningsbeslissing rechtvaardigt. Kortom: in de nationale rechtspraak zijn subtiele verschillen terug te vinden ten aanzien van het toetsingskader van de rechter.
- De voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag oordeelt dat de toetsing van een door een beoordelings-
- commissie gedane beoordeling verder gaat dan een enkele 'redelijkheidstoets' (zie ook een andere uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag). Een dergelijke redelijkheidstoets wordt echter wel degelijk (veelvuldig) toegepast; zie bijvoorbeeld een uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag die oordeelde dat een beoordelingscommissie een bepaald kwaliteitscriterium "in redelijkheid" heeft kunnen waarden met een bepaalde score. Ook in de zaak waar dit JA! op ziet, toetst de voorzieningenrechter of de gemeente Amsterdam "in redelijkheid" tot haar oordeel heeft kunnen komen.
- De Hoge Raad oordeelde in het arrest Staat/KPN dat de bekendmaking van de gunningsbeslissing alle relevante redenen moet vermelden en dat aanvulling van die redenen in beginsel niet mogelijk is. Hiermee wordt voorkomen dat een aanbestedende dienst in een juridische procedure allerlei nieuwe redenen kan aanvoeren om de gunningsbeslissing te verdedigen (zoals het standpunt dat de inschrijving van de eisende partij ongeldig is, terwijl daar in de oorspronkelijke gunningsbeslissing niets over was vermeld).
- Wanneer de adviezen van de Commissie van Aanbestedingsexperts naast de voornoemde (nationale) rechtspraak worden gelegd, ontstaat een opvallend beeld: de Commissie is voorstander van een uitgebreidere (meeromvattende) motivering. Dit blijkt onder meer uit adviezen 209, 244, 280, 326 en 389.



TIPS VOOR DE PRAKTIJK

- Het motiveren van een gunningsbeslissing is een van de belangrijkste onderdelen van een aanbestedingsprocedure. Een fout, omissie of onduidelijkheid in de motivering van de gunningsbeslissing valt – in tegenstelling tot (bijvoorbeeld) een fout, omissie of onduidelijkheid in de aanbestedingsleidraad – niet eenvoudig te repareren. Een gunningsbeslissing dient alle relevante redenen te bevatten van die beslissing en aanvulling van die redenen is in beginsel niet mogelijk.
- 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 en of de motivering vragen oproept. Haal vervolgens iedere (mogelijke) fout of onduidelijkheid eruit. Daarmee voorkom je tijdrovende en kostbare juridische procedures.

EEN STRATEGISCH PARTNERSCHAP

Het **NIC.**

VANDOORNE ⊕

**Aeves
Benefit** 

Vragen? Mail naar legal@aevesbenefit.com