



INSCHRIJFPRIJS VAN WINNENDE INSCHRIJVER: BEKENDMAKEN OF NIET?



DE ZAAK

Waterschap Hollandse Delta organiseert een openbare aanbestedingsprocedure voor de levering van tractoren. De opdracht wordt, na toepassing van de methode 'gunnen op waarde', gegund aan de inschrijving met de beste prijs-kwaliteitverhouding. De beste prijs-kwaliteitverhouding wordt bepaald op basis van de inschrijfprijs en drie kwalitatieve gunningscriteria, te weten: een gebruikstest, een uitvoeringsplan en de duurzaamheid van de aangeboden oplossing. De per inschrijver gescoorde kwaliteitswaardes resulteren in een totale fictieve korting, die van de inschrijfprijs wordt afgetrokken om zo tot een fictieve inschrijfprijs per inschrijver te komen.

Onder meer Kraakman en Zuidtec, groothandels in landbouwmachines, schrijven in. Het waterschap is voornemens de opdracht te gunnen aan Zuidtec. In de afwijzingsbrief aan Kraakman zijn de door beide partijen behaalde scores op de drie kwalitatieve gunningscriteria weergegeven en voorzien van een toelichting. De totale kwaliteitswaarde van Kraakman bedraagt € 275.000,-; die van Zuidtec € 250.000,-. Het waterschap gunt de opdracht echter aan Zuidtec, omdat Zuidtec heeft ingeschreven met een substantieel lagere inschrijfprijs dan Kraakman. Het Waterschap vermeldt niet wat het verschil is tussen de (fictieve) inschrijfprijzen van beide partijen.

Kraakman maakt bezwaar tegen de gunningsbeslissing. Volgens Kraakman zou het Waterschap de gunningsbeslissing onvoldoende hebben gemotiveerd, omdat zij de fictieve inschrijfprijs van Zuidtec niet bekend heeft gemaakt.

De voorzieningenrechter stelt het waterschap in het gelijk. Naar het oordeel van de rechter heeft het Waterschap de gunningsbeslissing voldoende gemotiveerd. De effectieve rechtsbescherming is volgens de rechter voldoende gewaarborgd nu Kraakman weet dat haar inschrijfprijs hoger was dan die van Zuidtec. Bovendien staat in de aanbestedingsleidraad dat bedrijfsvertrouwelijke gegevens niet zullen worden gedeeld met derden, tenzij daartoe gehouden door wettelijk voorschrift. Een wettelijk voorschrift dat verplicht tot het kenbaar maken van de laagste inschrijfprijs bestaat niet. Daarbij is het volgens de rechter aannemelijk dat de inschrijfprijs bedrijfsvertrouwelijke informatie omvat. Als de totale inschrijfprijs van Zuidtec kenbaar was gemaakt, dan was de prijs voor de door haar aangeboden tractoren makkelijk te achterhalen geweest. Kraakman en Zuidtec opereren beide op een zeer specifieke markt en Zuidtec heeft aangegeven Kraakman als een belangrijke concurrent te zien. De rechter acht het onder die omstandigheden gerechtvaardigd dat het Waterschap de prijs niet openbaar maakt.



JURIDISCH KADER

- Een aanbestedende dienst is verplicht de relevante redenen voor de gunningsbeslissing op te nemen in de mededeling van die beslissing (art. 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 (art 2.130 lid 2 Aw 2012).
- Aanbestedende diensten mogen gegevens over de gunning van overheidsopdrachten niet bekend maken, als dat de rechtmatige commerciële belangen van ondernemer zou kunnen schaden (art 2.138 sub c Aw 2012).
- Aanbestedende diensten mogen informatie, die aan hem door ondernemers als vertrouwelijk is verstrekt, niet openbaar maken (art. 2.57 lid 1 Aw 2012).
- Er is geen wettelijk voorschrift dat verplicht tot het openbaar maken van de inschrijfprijs van de winnende inschrijver.



RECHTERS AAN HET WOORD

- In de rechtspraak wordt wisselend geoordeeld over de vraag of een aanbestedende dienst de inschrijfprijs van de winnaar bekend moet maken. De voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam oordeelt dat een gemiddelde van de prijzen van de winnende inschrijver bedrijfsgevoelige informatie betreft, zeker wanneer er maar twee of drie partijen per perceel hebben ingeschreven. Het openbaar maken van dergelijke informatie zou de concurrentiepositie van de beoogde winnaar ten opzichte van de afgewezen inschrijver te veel schaden, aldus de voorzieningenrechter.
- De voorzieningenrechter van de rechtbank Midden-Nederland oordeelt anders over een aanbestedingsprocedure waar 'een maatschappelijk aanvaardbare prijs ten opzichte

van de gestelde eisen' geëist wordt. De voorzieningenrechter oordeelt dat de aanbestedende dienst aan de inschrijvers de inschrijfprijzen moet meedelen, zodat voor de inschrijvers toetsbaar, verifieerbaar en controleerbaar is of de gunningsbeslissing juist is.

- De voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam oordeelt dat aanbestedende diensten in hun afwijzingsbrief mogen volstaan met de mededeling dat de beoogde winnaar had ingeschreven met "de laagste prijs". Daarmee is volgens deze voorzieningenrechter voldaan aan de voorwaarde dat de relevante redenen zijn medegedeeld. De afgewezen inschrijver weet daardoor immers waarom zijn inschrijving niet als winnende inschrijving is aangemerkt.
- Behalve de eigen inschrijving beschikt de verliezende inschrijver in deze aanbesteding alleen over de naam van de winnaar en de scorematrix. Deze scorematrix is een document dat in beginsel slechts relatieve verhoudingen weergeeft. De voorzieningenrechter van de rechtbank Limburg is van oordeel dat uit de plannen en de presentatie volgt hoe de winnaar het project voor zich ziet en hoe deze zich onderscheidt van de andere inschrijvers. De weerslag van het zich onderscheiden van de andere inschrijvers ligt vast in de scores. Deze zijn bekend gemaakt aan alle inschrijvers waarmee in beginsel voldaan is aan de eisen die het aanbestedingsrecht stelt.



TIPS VOOR DE PRAKTIJK

- Een gunningsbeslissing dient zodanig gemotiveerd te zijn dat inschrijvers de wijze van beoordeling kunnen toetsen en kunnen controleren of de beoordeling de gunningsbeslissing rechtvaardigt. Als aanbestedende dienst is het niet altijd even makkelijk om te bepalen welke (bedrijfsvertrouwelijke) informatie van de winnende inschrijver je in dat verband verstrekt aan afgewezen inschrijvers. Enerzijds verplicht de wet tot bekendmaking van de kenmerken en relatieve voordelen van de uitgekozen inschrijving, anderzijds mag je daarmee de rechtmatige commerciële belangen van de winnaar niet schaden. Of je verplicht bent – bijvoorbeeld – de inschrijfprijs te verstrekken, hangt onder meer af van aard van de opdracht en markt waarin de betreffende inschrijvers actief zijn. Wees er ook op bedacht dat hier verschillend over geoordeeld wordt in de rechtspraak. Als je twijfelt, is het raadzaam deskundig advies in te winnen.
- Bepaal in ieder geval van te voren welke informatie uit de winnende inschrijving je openbaar maakt in de gunningsbeslissing. Wees daar op voorhand duidelijk over in de aanbestedingsstukken en bepaal dat inschrijvers daarmee op voorhand akkoord zijn. Zo voorkom je openbaarmakingsdiscussies achteraf.

EEN STRATEGISCH PARTNERSCHAP

Het **NIC.**

VANDOORNE ⊕

Aeves
Benefit 

Vragen? Mail naar legal@aevesbenefit.com