



UITERST ROMMELIGE AANBESTEDINGSPROCEDURE: HOE HET NIET MOET!



DE ZAAK

De gemeente Amsterdam (hierna: de gemeente) houdt een Europese openbare aanbesteding voor de levering, de implementatie en het onderhoud van één geïntegreerd ICT-systeem (een 'Omnichannel informatievoorziening'). Het beoordelingsproces is beschreven in de aanbestedingsleidraad. Inschrijvingen worden eerst getoetst op volledigheid en daarna (inhoudelijk) beoordeeld, hetgeen leidt tot een eindbeoordeling. Vervolgens dient de winnende inschrijver de uitgevraagde bewijsmiddelen aan te leveren, waaronder een referentie waaruit blijkt dat hij de afgelopen drie jaar een vergelijkbare 'Omnichannel informatievoorziening' heeft geïmplementeerd.

Pegamento B.V. (hierna: Pegamento) schrijft in op de aanbesteding. Een maand na inschrijving geeft Pegamento een demo aan de hand van een door de gemeente vastgestelde casus (een kwaliteitscriterium in deze aanbesteding). Daarna stelt de gemeente de eindscores vast. Pegamento eindigt als tweede in de rangorde. Aangezien de winnende inschrijving ongeldig blijkt te zijn, wordt Pegamento alsnog uitgenodigd voor verificatie. Enkele weken later wordt Pegamento alsnog uitgesloten, omdat de door Pegamento ingediende referentie volgens de gemeente niet voldoet aan de gestelde eisen.

Pegamento klaagt zich over deze gang van zaken. Volgens haar voldoet zij wel degelijk aan de referentie-eis, is haar inschrijving al inhoudelijk beoordeeld en zijn tijdens de demo en de verificatieronde geen vragen gesteld over de door haar ingediende referentie. De gemeente verklaart deze klachten gegrond en trekt het uitsluitingsbesluit in. Een week later verklaart de gemeente de inschrijving van Pegamento toch weer ongeldig, omdat haar referentie (toch) niet blijkt te voldoen aan de gestelde eisen.

Pegamento start een kort geding. **De voorzieningenrechter** overweegt dat de aanbestedingsprocedure "uiterst rommelig is verlopen". Inhoudelijk is de voorzieningenrechter het echter eens met het (uiteindelijke) oordeel van de gemeente: de door Pegamento ingediende referentie voldoet niet aan de gestelde eisen. In de eerste plaats omdat de referentie betrekking heeft op een systeem waarmee bestaande applicaties van andere aanbidders worden verbonden en niet – zoals uitgevraagd – op de implementatie van één geïntegreerd systeem. Bovendien is gebleken dat het referentieproject van Pegamento langer dan drie jaar geleden geïmplementeerd is. De vorderingen van Pegamento worden afgewezen.



JURIDISCH KADER

- Artikel 2.26 Aw 2012 beschrijft de stappen die een aanbestedende dienst moet doorlopen bij een openbare aanbestedingsprocedure. De aanbestedende dienst:
 - o maakt een aankondiging van de overheidsopdracht bekend;
 - o toetst of een inschrijver valt onder een uitsluitingsgrond;
 - o toetst of een niet-uitgesloten inschrijver voldoet aan de gestelde geschiktheidseisen;
 - o toetst of de inschrijvingen voldoen aan de gestelde technische specificaties, eisen en normen;
 - o beoordeelt de geldige inschrijvingen aan de hand van de gunningscriteria;
 - o maakt een proces-verbaal van de opdrachtverlening;
 - o deelt de gunningsbeslissing mee;
 - o kan de overeenkomst sluiten, en;
 - o maakt de aankondiging van de gegunde opdracht bekend.
- De wetgever heeft opgemerkt dat de volgorde van deze stappen (zoals opgesomd in artikel 2.26 Aanbestedingswet) logisch is en dat het nauwelijks denkbaar is dat de stappen in een volstrekt afwijkende volgorde worden gezet. Aanbestedende diensten zijn echter niet verplicht de volgorde van deze stappen aan te houden. Volgens de wetgever is het zeker ook denkbaar dat bepaalde stappen elkaar overlappen of gelijktijdig worden gezet.

- Een aanbestedende dienst is dus niet verplicht eerst te toetsen aan de uitsluitingsgronden/de geschiktheidseisen en daarna pas de inschrijvingen inhoudelijk te beoordelen aan de hand van de toepasselijke gunningscriteria. Een aanbestedende dienst mag inschrijvingen eerst inhoudelijk beoordelen, en daarna pas controleren of een referentie van de (winnende) inschrijver voldoet aan de gestelde eisen, zoals in deze zaak gebeurde. Artikel 2.101 Aw 2012, dat ziet op de controle van uitgevraagde bewijsmiddelen, biedt de moge-

lijkheid daartoe en de Gids Proportionaliteit schrijft dat zelfs voor (in paragraaf 3.5.1.3): “Daadwerkelijke toetsing van de bewijsmiddelen dient achteraf plaats te vinden bij diegene die naar verwachting voor de opdracht in aanmerking komt.”

- Uiteraard dient de aanbestedende dienst te allen tijde het transparantiebeginsel in acht nemen: De te volgen procedure dient volstrekt helder te zijn beschreven in de aanbestedingsstukken en de aanbestedende dienst dient de procedure (die hij zelf voorschrijft) strikt na te leven.



RECHTERS AAN HET WOORD

- In een uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Oost-Brabant werd een inschrijver uitgesloten van een aanbesteding na het presenteren van een demoversie. Gebleken was dat de inschrijver niet voldeed aan een gestelde geschiktheidseis. Volgens de uitgesloten inschrijver was de gevolgde aanbestedingsprocedure strijdig met de Aanbestedingswet, omdat de procedure elementen/stappen van een niet-openbare procedure én een onderhan-

delingsprocedure zou omvatten. **De voorzieningenrechter** ging daar niet in mee. Het speciale-sectorbedrijf had de procedure helder beschreven in de aanbestedingsstukken: zowel in de eerste fase als in de tweede fase (waarin inschrijvers een demoversie moesten presenteren) konden inschrijvers worden uitgesloten als zij niet bleken te voldoen aan de gestelde geschiktheidseisen. De vorderingen van de uitgesloten inschrijver werden afgewezen.



TIPS VOOR DE PRAKTIJK

- Als aanbestedende dienst ben je verplicht de administratieve lasten van inschrijvers zoveel mogelijk te beperken, onder meer aan de hand van het Uniform Europees Aanbestedingsdocument. Maar besteed vooral ook aandacht aan je eigen administratieve lasten. Soms kun je veel tijd en moeite besparen door eerst alle inschrijvingen inhoudelijk te beoordelen en daarna pas te toetsen of de winnende inschrijver voldoet aan de gestelde geschiktheidseisen. Dat is toegestaan en vaak ook wenselijk, zoals de rechter heeft bevestigd in deze zaak.
- Als aanbestedende dienst ben je wel verplicht volstrekt transparant te zijn over de stappen die je gaat doorlopen bij een aanbestedingsprocedure. Ga je eerst over tot inhoudelijke beoordeling van alle inschrijvingen en toets je daarna pas de geldigheid van – bijvoorbeeld – de referenties van de winnende inschrijver? Schrijf dat dan duidelijk op in de aanbestedingsleidraad.
- Let in dat geval wel op als je een relatieve beoordelingssystematiek hanteert. Blijkt na het vaststellen van de eindscores dat de winnende inschrijving ongeldig is, dan zul je alle andere inschrijvingen weer met elkaar moeten vergelijken om tot een nieuwe eindscore te komen. Beschrijf ook deze stap(pen) duidelijk in de aanbestedingsleidraad.
- Zorg ervoor dat je als aanbestedende dienst pas communiceert over de geldigheid van een inschrijving als je daadwerkelijk alle onderdelen van de betreffende inschrijving getoetst hebt. Of maak desnoods een voorbehouden aanzien van – bijvoorbeeld – ingediende referenties en communiceer transparant dat je de geldigheid daarvan op een later moment (bijvoorbeeld, zoals in deze zaak, na de presentatie van een demoversie) toetst. Daarmee voorkom je een rommelige aanbestedingsprocedure.

EEN STRATEGISCH PARTNERSCHAP

Het **NIC.**

VANDOORNE ⊕

Aeves 
Benefit

Vragen? Mail naar legal@aevesbenefit.com