



# FEITELIJKE GUNNING OP LAAGSTE PRIJS? OPNIEUW AANBESTEDEN!



## DE ZAAK

De gemeente Edam-Volendam (hierna: de Gemeente) houdt een Europese openbare aanbesteding voor leerling- en zwemvervoer, opgedeeld in twee percelen. De gunning vindt per perceel plaats aan de inschrijver met de economisch meest voordelige inschrijving op basis van de beste prijs-kwaliteitverhouding. De Gemeente geeft aan dat de kwaliteit van de inschrijvingen voor 60% meeweegt in de beoordeling en de prijs voor 40%. Munckhof Taxi B.V. (hierna: Munckhof) schrijft in op beide percelen en eindigt op de tweede, respectievelijk de derde plaats in de ranking. De Gemeente maakt in haar gunningsbeslissing bekend beide percelen te gunnen aan twee andere inschrijvers. Munckhof maakt bezwaar tegen deze gunningsbeslissing en start een kort geding. Volgens Munckhof is de in de inschrijvingsleidraad genoemde verhouding tussen prijs (40%) en kwaliteit (60%) in de feitelijke beoordeling verstoord. Uit een berekening blijkt dat het gunningscriterium 'prijs' feitelijk een weging van 87% heeft en 'kwaliteit' slechts voor 13% meeweegt. Dat is een strijd met het voorschrift dat de prijs-kwaliteitverhouding 40-60% zou zijn.

**De voorzieningenrechter** is het eens met Munckhof. Door verschillende scoreschalen (0-10 voor kwaliteit en 0-100 voor prijs) te hanteren, weegt de prijs feitelijk – na doorberekening van alle scores op grond van de gehanteerde berekeningsmethode – veel zwaarder dan de kwaliteit. Als gevolg van de gehanteerde beoordelingswijze heeft de Gemeente daardoor feitelijk gegund op basis van de laagste prijs. De Gemeente heeft nagelaten dit te motiveren in de aanbestedingsstukken, en dat is op grond van de Aanbestedingswet 2012 verplicht. Deze beoordelingsmethode strookt ook niet met de mededeling dat de Gemeente de kwaliteit voor 60% zou laten meewegen in de eindscores. Aangezien dit gebrek niet te herstellen is met een herbeoordeling, is er sprake van een fundamenteel gebrek in de aanbesteding. De Gemeente kan zich ook niet beroepen op het feit dat Munckhof tijdens de aanbestedingsprocedure niet heeft geklaagd over deze scoringsmethode (een beroep op de zogeheten 'Grossmann-doctrine' en rechtsverwerking faalt) omdat het een fundamenteel gebrek in de aanbesteding betreft. De Gemeente dient de gunningsbeslissingen voor beide percelen in te trekken en de opdracht opnieuw aan te besteden, als de Gemeente de opdracht alsnog in de markt wil zetten.



## JURIDISCH KADER

- De 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 de 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, dient de aanbestedende dienst de toepassing van dat criterium te 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 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 dat sprake was van een fundamenteel gebrek in de aanbesteding. In dit geval ging het – net als in de onderhavige 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** nog 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 een gebrek aan de gunningssystematiek. INHolland kende in die aanbesteding de meeste punten toe te aan de inschrijver die de gemiddelde prijs van alle inschrijvingen het dichtst benaderde. Canon betoogde dat dit een fundamenteel gebrek was aan de aanbesteding, aangezien een dergelijke systematiek niet strekt tot het bepalen van de economisch meest voordelige inschrijving. Het Grossman-verweer werd Canon toen dus nog met succes tegengeworpen.
- In 2022 deed het **gerechtshof Arnhem - Leeuwarden** uitspraak over een andersoortig fundamenteel gebrek in een aanbesteding. De Floriade had in haar aanbestedingsstukken zo weinig informatie meegegeven, dat het niet mogelijk was een passende en concurrerende inschrijving te doen, noch ingediende inschrijvingenobjectief met elkaar te kunnen vergelijken op een manier die een eerlijke mededinging waarborgt.
- In **jurisprudentiealarm #12** 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 2012 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' slechts voor 13% meetelt. 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 60% te laten meewegen in de beoordeling, zorg er dan voor dat de kwaliteit ook daadwerkelijk 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.
- 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

VANDOORNE<sup>⊕</sup>

Het  
NIC.

Vragen? Mail naar [legal@aevesbenefit.com](mailto:legal@aevesbenefit.com)