

Jurisprudentie Alarm

EMVI betekent niet dat ieder perceel aan de nummer 1 moet worden gegund

De zaak

De Politie start een aanbesteding voor schoonmaakdiensten, verdeeld over tien percelen. In de aanbestedingsstukken is bepaald dat een inschrijver maximaal twee percelen kan winnen. De gunning wordt niet per perceel afzonderlijk bepaald, maar via een rekenmodel (lineair programmeren) dat direct de voor de Politie beste totaaloplossing over alle percelen samen selecteert, waarbij vanaf het begin rekening wordt gehouden met de beperking dat een inschrijver maar 2 percelen kan winnen. Daardoor kan het voorkomen dat de inschrijver met de hoogste score per perceel niet steeds de opdracht gegund krijgt.

CSU schrijft in en krijgt uiteindelijk twee percelen gegund, het maximaal haalbare aantal. CSU stelt vervolgens dat de aanbesteding een fundamenteel gebrek bevat, omdat de systematiek ertoe leidt dat niet altijd de nummer één per perceel wint en daardoor het transparantiebeginsel wordt geschonden. CSU heeft deze opzet tijdens de aanbestedingsprocedure niet aangevochten en pas na gunning de rechter ingeschakeld.

De rechtbank Den Haag wijst de vorderingen van CSU af. CSU gaat in hoger beroep. Ook het hof Den Haag wijst de vorderingen af en geeft de Politie gelijk. Het hof komt toe aan een inhoudelijke beoordeling van dit punt, omdat het bestaan van een zogenoemd fundamenteel gebrek in beginsel ook zonder voorafgaande klacht tijdens de aanbestedingsprocedure aan de rechter kan worden voorgelegd. Het hof oordeelt dat de gekozen systematiek is toegestaan: juist doordat een inschrijver maximaal twee percelen kan winnen, kan een inschrijver die op meerdere percelen als beste eindigt niet alles krijgen en moet het model een optimale totaalverdeling bepalen. Dit is een vooraf vastgelegde en transparante systematiek die duidelijk uit de aanbestedingsstukken en Nota van Inlichtingen volgt.


Juridisch kader

- **Artikel 1.8 en 1.9 Aw 2012 (gelijkheids- en transparantiebeginsel)**
Opdrachten moeten worden gegund met inachtneming van gelijke behandeling van inschrijvers en transparantie van de procedure.
- **Artikel 1.10 Aw 2012 (objectiviteit en proportionaliteit)**
De aanbesteding moet op een objectieve en proportionele manier worden ingericht en uitgevoerd.
- **Artikel 2.114 Aw 2012 (gunningscriteria – EMVI)**
Gunning vindt plaats op basis van de economisch meest voordelige inschrijving, op basis van prijs-kwaliteitverhouding of andere objectieve criteria.
- **Artikel 2.115 Aw 2012 (toepassing gunningscriteria)**
De aanbestedende dienst moet vooraf aangeven hoe de gunningscriteria worden toegepast en beoordeeld.

Rechters aan het woord

- In de SKI-zaak bij het Hof van Justitie werd een gunningssysteem gebruikt waarbij het mogelijk was dat een perceel niet naar de beste inschrijver ging, maar naar een lager geplaatste. Volgens de vooraf vastgelegde regels kon de nummer 2 een perceel gegund krijgen, mits hij instemde met de prijs van de nummer 1, die een ander perceel kreeg. Het Hof vond dit toegestaan, omdat de uitkomst rechtstreeks uit deze vooraf bepaalde regels volgde, zonder keuzes of onderhandelingen achteraf. Doordat het systeem transparant, objectief en voor iedereen gelijk was, bleef gunning op basis van de economisch meest voordelige inschrijving gewaarborgd, ook al kreeg niet steeds de nummer 1 per perceel de opdracht.
- In de rechtspraak is aanvaard dat als de aanbestedingsstukken een fundamenteel gebrek bevatten, de aanbestedende dienst niet kan tegenwerpen dat een inschrijver daar pas bij de rechter over klaagt, ook als hij vóór inschrijving geen bezwaar maakte. Bij een dergelijk fundamenteel gebrek mag de aanbestedende dienst er niet op vertrouwen dat de inschrijver door na te laten vóór inschrijving actie te ondernemen, dit aspect niet meer aan de rechter ter beoordeling kan voorleggen. In jurisprudentiealarm #16 uit 2023 en #18 uit 2025 schreven wij over uitspraken waarin aan de orde was of er sprake was van een dergelijk fundamenteel gebrek.

Tips voor de praktijk

 Indien u als aanbestedende dienst ervoor kiest om een gunningssystematiek toe te passen waarbij bepaalde percelen niet aan de nummer 1 worden gegund, hou dan in ieder geval rekening met het volgende:

- De gunningssystematiek (incl. koppeling tussen percelen) moet volledig vooraf in de aanbestedingsstukken zijn vastgelegd;
- De regels moeten zo duidelijk zijn dat de uitkomst automatisch uit de systematiek volgt (geen beoordelingsruimte achteraf);
- Er mag na inschrijving geen onderhandeling plaatsvinden of keuzevrijheid zijn voor de aanbestedende dienst;
- De systematiek moet transparant, objectief en voor alle inschrijvers gelijk zijn;
- Inschrijvers moeten vooraf kunnen begrijpen dat een perceel niet per se naar de nummer 1 gaat, maar bv. naar een lager geplaatste onder bepaalde voorwaarden;
- De gunning moet als geheel nog steeds plaatsvinden op basis van de economisch meest voordelige inschrijving.



MEER WETEN?

Ga voor contact of meer informatie naar onze [website](#).

Het Jurisprudentie Alarm is een coproductie met [Van Doorne](#)
Advocaten, notarissen & fiscalisten en [EPSA Procurement](#).

epsa[™]
PROCUREMENT

Van Doorne