Jurisprudentie Alarm

Meervoudig onderhandse aanbesteding: de keuze van uit te nodigen marktpartijen moet op objectieve criteria berusten



nr. 22

De zaak

De Gemeente Rhenen (“de Gemeente”) organiseert een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure voor de implementatie, levering, het beheer en de ondersteuning van een GIS-viewer (“de opdracht”). De Gemeente nodigt drie marktpartijen uit om in te schrijven. Per abuis wordt de opdracht ook op TenderNed gepubliceerd. MapGear B.V. (“MapGear”), die niet is uitgenodigd, krijgt daardoor lucht van de opdracht. MapGear verzoekt om óók te mogen inschrijven, maar de Gemeente wijst dat verzoek af.

MapGear start vervolgens een kort geding. MapGear stelt dat de Gemeente onrechtmatig handelt, omdat de drie marktpartijen niet zijn gekozen op basis van objectieve criteria, zoals artikel 1.4, eerste lid, aanhef en onder b, Aanbestedingswet 2012 (“Aw 2012”) vereist. Primair vordert MapGear een verbod om de aanbestedingsprocedure voort te zetten en een gebod om een nieuwe procedure te organiseren waaraan MapGear kan deelnemen. Subsidiair vordert MapGear een gebod om een nieuwe aanbestedingsprocedure te organiseren met inachtneming van artikel 1.4 Aw 2012.

De voorzieningenrechter oordeelt eerst dat de Gemeente drie marktpartijen mag uitnodigen. De Gemeente moet pas meer marktpartijen uitnodigen als drie onvoldoende is om daadwerkelijke mededinging te waarborgen. Dat ook andere marktpartijen, waaronder MapGear, hadden kunnen worden uitgenodigd, doet daar niet aan af.

Vervolgens overweegt de voorzieningenrechter dat de Gemeente bij een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure in beginsel vrij is in haar keuze van uit te nodigen marktpartijen. Artikel 1.4, eerste lid, aanhef en onder b, Aw 2012 begrenst die vrijheid: de keuze moet op objectieve criteria berusten.

De Gemeente stelt twee objectieve criteria te hebben gehanteerd: (i) aantoonbare ervaring met GIS-vieweroplossingen en (ii) aansluiting bij haar functionele, technische en organisatorische behoeften. Ter onderbouwing voert de Gemeente aan dat eerst een marktoriëntatie is uitgevoerd, om vervolgens ten behoeve van het eerste criterium een overzicht op te stellen van marktpartijen met daadwerkelijke GIS-viewer-ervaring. MapGear staat daar niet op. Een aantal marktpartijen uit dat overzicht is uitgenodigd voor een demonstratie, zodat de Gemeente kon beoordelen of de GIS-vieweroplossing aansloot bij de behoeftes zoals bedoeld in tweede criterium. Op basis van de marktoriëntatie en de demonstraties heeft de Gemeente drie marktpartijen gekozen die aan beide criteria voldoen.

MapGear betwist eerst dat de Gemeente die criteria consistent heeft toegepast. Volgens MapGear haalt de Gemeente telkens een ander criterium aan. De voorzieningenrechter volgt MapGear hierin niet: uit de correspondentie blijkt niet dat de Gemeente steeds een ander criterium aanvoert. MapGear betwist vervolgens dat de criteria objectief zijn. Ook dat verwerpt de voorzieningenrechter. Beide criteria zijn objectief, en de wetgever noemt “ervaring” bovendien uitdrukkelijk als voorbeeld van een objectief criterium.

Daarnaast betoogt MapGear dat de Gemeente onvoldoende objectieve criteria heeft gesteld. Volgens MapGear voldoen meer dan drie marktpartijen aan beide criteria en is onduidelijk waarom de Gemeente juist deze drie kiest. De Gemeente had om die reden nadere criteria moeten opstellen. De voorzieningenrechter volgt ook dit standpunt niet. De voorzieningenrechter overweegt dat een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure alleen vereist dat de keuze op objectieve criteria berust. Een rangorde tussen marktpartijen die aan die criteria voldoen, hoeft de Gemeente niet te maken. Ook drie andere marktpartijen die aan beide criteria voldoen, hadden gekozen kunnen worden.

Tot slot voert MapGear aan dat de Gemeente gelaagde criteria hanteert. Volgens MapGear moeten alle marktpartijen die aan het eerste criterium voldoen, toegang krijgen tot de demonstratiefase. Aangezien MapGear stelt aan het eerste criterium te voldoen, had de Gemeente MapGear moeten toelaten. De voorzieningenrechter ziet daarvoor geen aanknopingspunten. Niets wijst erop dat de Gemeente alle marktpartijen met GIS-viewer-ervaring wilde toelaten tot de demonstratiefase. Van gelaagde criteria is om die reden geen sprake.

De voorzieningenrechter oordeelt dat de Gemeente niet onrechtmatig heeft gehandeld jegens MapGear. De Gemeente heeft op grond van objectieve criteria drie marktpartijen gekozen die een inschrijving mogen doen. De voorzieningenrechter wijst alle vorderingen van MapGear af.

Juridisch kader

- **Artikel 1.4, eerste lid, aanhef en onder a, Aw 2012** bepaalt dat een aanbestedende dienst die voornemens is een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel voor werken, leveringen of diensten te sluiten, op basis van objectieve criteria bepaalt op welke wijze de overeenkomst tot stand wordt gebracht.

- **Artikel 1.4, eerste lid, aanhef en onder b, Aw 2012** bepaalt dat een aanbestedende dienst die voornemens is een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel voor werken, leveringen of diensten te sluiten, de aanbestedende dienst op basis van objectieve criteria bepaalt welke ondernemer of ondernemers tot de aanbestedingsprocedure worden toegelaten.

- **Artikel 1.4, derde lid, Aw 2012** bepaalt dat een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf een ondernemer op diens schriftelijke verzoek de motivering verstrekt van de in het eerste lid, onderdelen a en b, bedoelde keuze.

- **Voorschrift 3.4 B Gids Proportionaliteit** bepaalt dat een aanbestedende dienst bij een meervoudig onderhandse procedure onder de Europese drempelwaarde ten minste drie en ten hoogste vijf inschrijvers uitnodigt tot het doen van een inschrijving.

Rechters aan het woord

- Het Kadaster nodigde HLA niet uit voor een meervoudig onderhandse aanbesteding, ondanks haar ervaring met vergelijkbare systemen. De Hoge Raad oordeelde dat een aanbestedende dienst zelf mag bepalen welke marktpartijen zij uitnodigt, mits de selectie berust op objectieve criteria. Het Kadaster mocht onder meer rekening houden met getoonde belangstelling voor het project. De uitspraak bevestigt dat niet alle geschikte marktpartijen hoeven te worden uitgenodigd, zolang de selectie objectief is.
- De Gemeente Etten-Leur nodigde drie marktpartijen uit voor een opdracht voor theateradvies. Een niet-geselecteerde marktpartij betwistte de selectie. De gemeente verwees naar eerdere werkzaamheden, ervaring en referenties. De voorzieningenrechter van de rechtbank Zeeland-West-Brabant accepteerde deze toelichting. De uitspraak laat zien dat ervaring en referenties geschikte objectieve selectiecriteria kunnen zijn, mits de keuze voldoende wordt onderbouwd.
- Bij de selectie van marktpartijen voor reclameconcessies speelden onder meer sectorervaring, landelijke aanwezigheid en ondernemingsomvang een rol. De voorzieningenrechter van de rechtbank Midden-Nederland oordeelde dat dergelijke criteria objectief en toelaatbaar kunnen zijn. Niet iedere geschikte marktpartij hoeft te worden uitgenodigd, mits de selectie op objectieve criteria berust. De uitspraak bevestigt dat relevante ervaring, capaciteit en ondernemingskenmerken mogen meewegen bij de selectie.

Tips voor de praktijk

- Baseer de keuze van uit te nodigen marktpartijen bij een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure op objectieve criteria.
- Hanteer bij de keuze voor uit te nodigen marktpartijen, en in de communicatie met marktpartijen, steeds dezelfde objectieve criteria.
- Indien meer marktpartijen aan de objectieve criteria voldoen dan je wil uitnodigen, kan daaruit een keuze worden gemaakt. Alhoewel de voorzieningenrechter lijkt te oordelen dat er vrijheid bestaat ten aanzien van die keuze, vragen wij ons af of die keuze daadwerkelijk vrij is. Verdedigbaar is dat ook de keuze voor welke partijen je uiteindelijk uitnodigt, moet geschieden op basis van bepaalde criteria om willekeur te voorkomen.
- Nodig bij een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure voldoende marktpartijen uit voor het doen van een inschrijving om daadwerkelijke mededinging te waarborgen. Pas indien het aantal uitgenodigde marktpartijen onvoldoende is om daadwerkelijke mededinging te waarborgen, dienen aanvullende marktpartijen te worden uitgenodigd.

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.