

Jurisprudentie Alarm

Gelijke informatieverstrekking na
voorlopige gunningsbeslissing

De zaak

Het Centraal Orgaan Opvang Asielzoekers ('COA') houdt een Europese aanbesteding voor Management Adviesdiensten. RYSE B.V. ('RYSE') eindigt bij de beoordeling op de eerste plaats. Arcadis Nederland B.V. ('Arcadis') eindigt op de vijfde plaats. Arcadis vraagt naar aanleiding hiervan een evaluatiegesprek met het COA aan om haar inschrijving en de aanbestedingsprocedure te evalueren. Het beschrijvend document geeft haar het recht op een dergelijk evaluatiegesprek. In het evaluatiegesprek dat volgt, worden onder meer de namen en functies van de leden van de beoordelingscommissie gedeeld met Arcadis. Ook wordt gesproken over het gevolgde beoordelingsproces. Aangezien de samenstelling van de beoordelingscommissie bij de beoordeling niet in overeenstemming blijkt te zijn met het beschrijvend document, start Arcadis een kort geding. Naar aanleiding hiervan trekt het COA de voorlopige gunning aan RYSE in, stelt zij een nieuwe beoordelingscommissie samen en laat zij alle inschrijvingen opnieuw beoordelen. Bij deze herbeoordeling eindigt RYSE op de zesde plaats, waardoor zij niet langer in aanmerking komt voor gunning.

RYSE verzoekt daarop om een evaluatiegesprek, met de nadrukkelijke eis dat daarin ook de samenstelling van de beoordelingscommissie en de ingevulde beoordelingstabellen met haar gedeeld zullen worden. Net als Arcadis wil RYSE immers kunnen nagaan of de herbeoordeling in overeenstemming met de aanbestedingsstukken is uitgevoerd en of sprake is geweest van een commissie met de juiste samenstelling en expertise. Ook wil RYSE haar advocaat laten deelnemen aan het evaluatiegesprek. Het COA reageert op het verzoek van RYSE met de mededeling dat het evaluatiegesprek uitsluitend zonder advocaten kan plaatsvinden en dat de namen van de beoordelaars niet zullen worden verstrekt. Partijen bereiken geen overeenstemming. RYSE spant een kort geding aan bij de Rechtbank Den Haag.

In kort geding betoogt RYSE dat het COA handelt in strijd met het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel door het weigeren van een evaluatiegesprek onder de door RYSE verzochte voorwaarden en het niet verstrekken van de gevraagde informatie. Primair eist RYSE intrekking van de gunningsbeslissing en heraanbesteding. Subsidiair eist RYSE van het COA toegang tot dezelfde informatie als Arcadis (namen en functies van beide beoordelingscommissies en alle inhoudelijke beoordelingsstukken), een gebod tot het uitnodigen van RYSE voor een evaluatiegesprek en een nieuwe Alcateltermijn van twintig dagen.

De voorzieningenrechter oordeelt als volgt. Doordat het COA de namen en exacte functies van alle leden van de beoordelingscommissie niet verstrekt, kan door RYSE niet – zoals destijds voor Arcadis wel mogelijk was – worden gecontroleerd of de beoordelingscommissie qua omvang en expertise voldoet aan de daaraan op grond van de aanbestedingsstukken geldende vereisten. Dit levert strijd op met het gelijkheidsbeginsel, dat immers in alle stadia van de aanbestedingsprocedure door een aanbestedende dienst moet worden gerespecteerd. RYSE moet daarom dezelfde informatie krijgen als Arcadis en moet worden uitgenodigd voor een evaluatiegesprek. Bij dat evaluatiegesprek staat het RYSE vrij om, ondanks dat de advocaat van Arcadis niet bij diens evaluatiegesprek aanwezig was, haar advocaat mee te nemen.

De vordering tot het verstrekken van de gegevens over de inhoudelijke herbeoordeling van de inschrijving van RYSE wijst de voorzieningenrechter af. Het COA heeft zulke gegevens namelijk (ook) niet met Arcadis gedeeld. Ook de primaire vordering van RYSE wijst de voorzieningenrechter af. De schending van het gelijkheidsbeginsel kan immers worden hersteld door RYSE de namen en functies van de leden van de herbeoordelingscommissie te geven, waardoor intrekking of heraanbesteding niet nodig is. Tot slot beslist de voorzieningenrechter dat RYSE, na ontvangst van de gevorderde informatie, een nieuwe Alcateltermijn van twintig dagen moet krijgen. Een inschrijver moet namelijk de gelegenheid hebben om op basis van verkregen nieuwe informatie (opnieuw) de afweging te maken of hij in kort geding tegen de voorlopige gunningsbeslissing wil opkomen.

Juridisch kader

- In deze zaak zijn het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel aan de orde. Het gelijkheidsbeginsel is neergelegd in artikel 1.8 Aw 2012 en verplicht een aanbestedende dienst ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze te behandelen. Het gelijkheidsbeginsel beoogt de ontwikkeling van een gezonde en daadwerkelijke mededinging te bevorderen, waarbij alle inschrijvers dezelfde kansen krijgen. Deelnemers moeten dezelfde informatie ontvangen op hetzelfde moment, zodat zij evenveel tijd hebben om deze informatie mee te nemen in hun aanbieding.
- Het transparantiebeginsel is neergelegd in artikel 1.9 Aw 2012 en verplicht aanbesteders alle voorwaarden op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze te formuleren. Het transparantiebeginsel strekt ertoe te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur wordt uitgesloten.

Rechters aan het woord

In een geschil voor de Rechtbank Den Haag uit 2007 betoogden verliezende inschrijvers dat de winnende inschrijver over een zodanige kennisvoorsprong beschikt dat sprake is van strijd met het gelijkheidsbeginsel. De winnaar zou immers door eerdere opdrachten cruciale kennis hebben over foutmeldingen en onderhoudshistorie van belangrijke onderdelen van het aanbestede werk. Die kennis is - ondanks nadrukkelijk verzoek tijdens de inlichtingenronde – niet gedeeld met de overige inschrijvers. De rechtbank stelt voorop dat de omstandigheid dat zittende aannemers/dienstverleners door hun eerdere werkzaamheden een kennisvoorsprong hebben, nog niet meebrengt dat afbreuk wordt gedaan aan de gelijkheid van geboden kansen voor de verschillende inschrijvers. De rechtbank wijst de vorderingen van de verliezende inschrijvers af, mede omdat van een kennisvoorsprong niet gebleken is.

Tips voor de praktijk



Houd als overheidslichaam, zowel bij bestuursrechtelijk als bij privaatrechtelijk handelen, altijd rekening met het gelijkheidsbeginsel, en de daaruit voortvloeiende verplichting tot het bieden van gelijke kansen.



Neem als aanbestedende dienst in de leidraad een clausule op waarin staat dat de samenstelling en grootte van de beoordelingscommissie – afhankelijk van het onderwerp dat voorligt – kan wijzigen/verschillen, indien daartoe naar het oordeel van de aanbestedende dienst aanleiding of noodzaak is. Geef daarbij tevens aan op welke wijze hierover met partijen wordt gecommuniceerd.



Wees voorzichtig met het verstrekken van privacygevoelige informatie (van leden van de beoordelingscommissie). Zodra deze informatie eenmaal met één inschrijver is gedeeld, kan de verplichting bestaan om deze informatie, ondanks dat deze privacygevoelig is, ook met de overige inschrijvers te delen.



MEER WETEN?

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

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

epsa[™]
PROCUREMENT

Van Doorne