

163

Afwijking van beoordelingsmethodiek?

Rechtbank Midden-Nederland
 11 juni 2021, C/16/519064 / KG ZA 21-166,
 ECLI:NL:RBMNE:2021:2477
 (mr. H.M.M. Steenbergh)
 Noot mr. J.M.E. Yilmaz, mr. I. de Jong

Beoordelingsmethodiek. Absolute beoordeling. Relatieve beoordeling. Kwalitatieve gunningscriteria. Raamovereenkomst. Transparantiebeginsel. Gelijkeheidsbeginsel. Volle toetsing. Marginale toetsing.

[Aw 2012 art. 2.130, 3.75]

ProRail heeft een Europese aanbesteding georganiseerd voor een raamovereenkomst met betrekking tot het verrichten van ingenieursdiensten voor projecten en programma's op stations, zoals het conserveren van perronkappen, het vernieuwen van liften en roltrappen, het bouwen van fietsenstallingen, het aanleggen van zonnepanelen op daken, het uitbreiden van camera's, het vervangen van verlichting. Deze raamovereenkomst wordt gesloten met de beste vijf inschrijvers.

Het gunningscriterium is de economisch meest voordelige inschrijving op basis van de beste prijs-kwaliteit verhouding. Deze beste prijs-kwaliteit verhouding wordt beoordeeld op grond van de inschrijfsom vermeerderd of verminderd met een korting/bijtelling voor de twee laddercriteria (CO2 en Veiligheid) en de drie kwaliteitscriteria (Voorspelbaarheid planning en kosten, Productkwaliteit, en Duurzaamheid). De vijf inschrijvers met de laagste fictieve prijs (evaluatieprijs) winnen de aanbesteding.

Er hebben tien gegadigden, onder wie Arcadis en HaskoningDHV, een inschrijving ingediend.

Bij brief van 26 januari 2021 heeft ProRail aan de deelnemende inschrijvers de voorlopige gunningsbeslissing medegedeeld: Arcadis is daarbij als zesde geëindigd, wat betekent dat zij (net) niet in aanmerking komt voor een raamovereenkomst. HaskoningDHV is als vijfde geëindigd en behoort

daarmee wel tot één van de vijf winnaars van de aanbesteding.

Arcadis voert onder meer als bezwaar aan dat ProRail bij de beoordeling van de drie kwalitatieve (sub)gunningscriteria heeft afgeweken van de vooraf bekend gemaakte beoordelingsmethodiek door aangeboden maatregelen die ProRail niet als meerwaarde aanmerkt mee te laten wegen bij het toekennen van de score.

Volgens Arcadis heeft een behoorlijk geïnformeerde en oplettende inschrijver de beoordelingsmethodiek zo moeten begrijpen dat ProRail de score bepaalt aan de hand van de mate waarin de positief beoordeelde maatregelen (die dus volgens ProRail daadwerkelijk meerwaarde hebben) bijdragen aan de geformuleerde doelstelling en SMART zijn aangemerkt. Aanboden maatregelen die volgens ProRail geen meerwaarde hebben ten opzichte van datgene dat conform de eisen hoe dan ook moet worden aangeboden, tellen niet mee bij het toekennen van de score.

Arcadis wordt niet in dit, door ProRail en HaskoningDHV betwiste, bezwaar gevolgd. Er staat nergens in de aanbestedingsstukken dat ProRail alleen de maatregelen die volgens haar meerwaarde hebben, laat of mag laten meetellen voor de score. De behoorlijk geïnformeerde en oplettende inschrijver heeft op basis van de aanbestedingsstukken dit niet zo kunnen begrijpen.

Arcadis voert verder aan dat bij de beoordeling van de inschrijvingen nieuwe (sub)gunningscriteria zijn geïntroduceerd, wat op grond van vaste rechtspraak niet is toegestaan, omdat dit in strijd is met het transparantie- en gelijkheidsbeginsel.

Volgens Arcadis heeft ProRail bij de motivering van de beoordeling van doelstelling 3 (dat hoort bij het kwaliteitscriterium "Duurzaamheid") ten onrechte aan Arcadis tegengeworpen dat zij bepaalde aspecten uitgewerkt had willen zien in de inschrijving en dat zij bij ontbreken daarvan een lagere score toekent.

Dit, door ProRail en HaskoningDHV gemotiveerd betwiste, standpunt van Arcadis gaat niet op. ProRail heeft geen nieuw gunningscriterium geïntroduceerd.

Zij heeft de door Arcadis genoemde aspecten en de mate van uitwerking daarvan genoemd in het kader van de motivering van de door haar aan Arcadis toegekende score/waardering voor het (sub)gunningscriterium "Duurzaamheid". ProRail heeft aan de hand van deze aspecten uitgelegd waarom Arcadis niet een hogere score/waarde-

ring heeft gekregen. Arcadis heeft niet aannemelijk gemaakt dat deze aspecten geen verband houden met de doelstelling en de daarbij behorende aandachtspunten en daarmee niet binnen de reikwijdte van de beoordelingsmethodiek vallen.

Arcadis stelt zich verder op het standpunt dat de beoordelingscommissie van de beoordelingsmethodiek is afgeweken door het kwalitatieve (sub)gunningscriterium "Voorspelbaarheid planning en kosten" relatief te beoordelen in plaats van absoluut.

Dit standpunt gaat evenmin op. ProRail betwist met klem dat dit punt relatief is beoordeeld. Uit de weergegeven zienswijze van het KMP, waarop Arcadis zich beroept, kan niet worden opgemaakt dat er relatief is beoordeeld. Integendeel, uit die zienswijze volgt dat, zoals ProRail en HaskoningDHV ook betogen, de "vergelijking" met de andere inschrijvers slechts is gemaakt ter motivering van de aan Arcadis toegekende score. Er is, zoals artikel 2.130 jo 3.75 Aanbestedingswet voorschrijven inzicht gegeven in de relevante redenen voor de voorlopige gunningsbeslissing, waaronder de kenmerken en relatieve voordelen van de winnende inschrijver(s). Dat is iets anders dan dat er relatief zou zijn beoordeeld. Daarvan is sprake als het toekennen van de score afhankelijk is van hoe goed/slecht de andere inschrijvers hebben ingeschreven.

Arcadis voert verder nog als bezwaar aan dat de beoordelingscommissie bij de beoordeling van (sub)gunningscriterium "Voorspelbaarheid planning en kosten" heeft laten meewegen of aangeboden werd dat het aantal VTW's (verzoeken tot wijziging) tot nul kunnen worden gereduceerd. Het aantal VTW's kunnen volgens Arcadis niet tot nul worden gereduceerd, omdat een opdrachtneemer (inschrijver) het niet in de hand heeft of zijn opdrachtgever (ProRail) tijdens de uitvoering van de opdracht VTW's zal opdragen.

Arcadis wordt hierin niet gevolgd. Gevraagd is om aan te geven hoe de VTW's gedurende de deelopdracht worden beperkt. In de Nota van Inlichtingen is daarbij toegelicht dat gevraagd wordt om voorstellen te doen om de VTW's te beperken binnen de eigen beïnvloedingssfeer. Het is onvoldoende aannemelijk dat het aantal VTW's binnen de eigen beïnvloedingssfeer niet tot nul kunnen worden gereduceerd. Dit geldt temeer daar Arcadis zelf in haar inschrijving heeft aangegeven dat zij geen VTW's binnen haar invloed gedurende de

deelopdracht zal hebben. De beoordelingscommissie heeft daarom bij de beoordeling van de inschrijving wel gewicht kunnen toekennen aan de mate waarin het aantal VTW's volgens de inschrijving zou worden beperkt.

Arcadis voert verder aan dat de beoordeling van het kwalitatieve (sub)gunningscriterium "Voorspelbaarheid planning en kosten" onjuist is, omdat onvoldoende gewicht is toegekend aan haar aanbod met betrekking tot de VTW's. Arcadis heeft aangeboden dat zij geen VTW's binnen haar invloed gedurende de deelopdracht zal hebben. Arcadis heeft een "voldoende" gekregen, maar is van mening dat zij een hogere waardering had moeten krijgen.

Ook dit standpunt van Arcadis gaat niet op.

Vooropgesteld wordt dat het aan de beoordelingscommissie is om met inachtneming van de beoordelingsmethodiek een score toe te kennen. De rechter kan vol toetsen of afgeweken is van die beoordelingsmethodiek. De rechter kan slechts marginaal toetsen of de toegekende score terecht is gegeven.

Er zijn geen door Arcadis met feiten onderbouwde aanwijzingen dat de beoordelingscommissie bij de beoordeling van de inschrijving van Arcadis van de beoordelingsmethodiek is afgeweken. Daarbij wordt opgemerkt dat op grond van die methodiek niet alleen de aangeboden maatregel van belang is, maar ook of deze maatregel SMART is uitgewerkt. Deze twee elementen samen bepalen welke score wordt toegekend. De aangeboden maatregel kan dan misschien wel uitmuntend zijn, maar als die maatregel naar het oordeel van de beoordelingscommissie niet SMART is uitgewerkt dan rechtvaardigt dit gezien de beoordelingsmethodiek een lagere waardering.

Uit de motivering in de voorlopige gunningsbeslissing volgt dat de beoordelingscommissie van mening is dat de door Arcadis aangeboden maatregel niet SMART is uitgewerkt en daarom een "lagere" waardering heeft gekregen. Dat de beoordelingscommissie in redelijkheid niet tot dit oordeel heeft kunnen komen, is niet door Arcadis aannemelijk gemaakt.

Als laatste bezwaar voert Arcadis aan dat de beoordeling van het (sub)gunningscriterium "Voorspelbaarheid planning en kosten" onjuist is, omdat deze beoordeling is gebaseerd op een foutieve aanname. Arcadis voert daarvoor het volgende aan.

Dit bezwaar van Arcadis gaat niet op. Het is onvolgende aannemelijk dat sprake is van de door Arcadis gestelde en door ProRail gemotiveerd betwiste onjuiste en/of foutieve aanname. ProRail heeft aannemelijk gemaakt dat voor een locatiebezoek veelal haar medewerking of die van derden nodig is. In het kader van een opdracht zal Arcadis doorgaans toegang moeten hebben tot allerlei niet voor publiek toegankelijke ruimten. Zij zal zich bijvoorbeeld op daken, in onderhouds- of technische ruimten, in kelders en liftputten moeten begeven. Voor deze toegang is de medewerking van ProRail en/of derden nodig.

Ook is het niet aannemelijk dat bij de beoordeling van de maatregel locatiebezoek sprake is van de door Arcadis gestelde inconsistentie. De mate waarin die maatregel kan worden gerealiseerd kan immers, zoals ProRail aanvoert, vanwege het verschil in tijdpad ten aanzien van de ene doelstelling negatiever worden beoordeeld dan ten aanzien van de andere doelstelling.

Conclusie

Uit het voorgaande volgt dat de vorderingen van Arcadis moeten worden afgewezen.

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

ARCADIS NEDERLAND B.V.

gevestigd te Arnhem

eisers

hierna te noemen: Arcadis

advocaten mrs. J.W.A. Meesters en L. van Leeuwen

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

PRORAIL B.V.

gevestigd te Utrecht

gedaagde

hierna te noemen:

ProRail

advocaat mr. T.T.A. Oudenhoven

in welk kort geding is tussengekomen:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid HASKONINGDHV NEDERLAND B.V.

statutair gevestigd te Amersfoort

hierna te noemen: HaskoningDHV

advocaten: mrs. J.F. van Nouhuys en C.R.V. Lagendijk

1. De procedure

1.1. Voorafgaand aan de mondelinge behandeling van 27 mei 2021 heeft de voorzieningenrechter de volgende processtukken van partijen ontvangen:

- de door Arcadis aan ProRail betekende dagvaarding
- de akte overlegging producties (1 tot en met 7) van Arcadis
- de incidentele conclusie tot tussenkomst, subsidiair voeging met producties van HaskoningDHV.

1.2. Aan het begin van de mondelinge behandeling is het primaire verzoek tot tussenkomst van HaskoningDHV behandeld. Nadat partijen zich daarover hebben kunnen uitlaten, heeft de voorzieningenrechter dit verzoek bij mondeling vonnis toegewezen en daarbij de proceskosten in het incident gecompenseerd.

1.3. Daarna hebben partijen ieder aan de hand van een pleitnota hun standpunt nader toegelicht en vragen van de voorzieningenrechter beantwoord. Tot slot hebben partijen nog in tweede termijn op elkaars standpunten kunnen reageren.

1.4. Aan het einde van de mondelinge behandeling heeft de voorzieningenrechter partijen bericht dat er een vonnis zal komen.

2. Inleiding

Het gaat in dit kort geding om een door ProRail georganiseerde aanbestedingsprocedure. Arcadis stelt zich op het standpunt dat de beoordeling van haar inschrijving om verschillende redenen niet deugt.

3. Waar gaat het kort geding precies over?

3.1. ProRail heeft een Europese aanbesteding georganiseerd voor een raamovereenkomst met betrekking tot het verrichten van ingenieursdiensten voor projecten en programma's op stations, zoals het conserveren van perronkappen, het vernieuwen van liften en roltrappen, het bouwen van fietsenstallingen, het aanleggen van zonnepanelen op daken, het uitbreiden van camera's, het vervangen van verlichting. Deze raamovereenkomst wordt gesloten met de beste vijf inschrijvers.

3.2. De voorwaarden (de spelregels) van de aanbestedingsprocedure zijn opgenomen in de Aanbestedingsleidraad met bijlagen, waaronder de Aanvullingen op de aanbestedingsleidraad, de Vraagspecificatie, en de Nota van Inlichtingen.

3.3. Het gunningscriterium is de economisch meest voordelige inschrijving op basis van de beste prijs kwaliteit verhouding. Deze beste prijs kwaliteit verhouding wordt beoordeeld op grond van de inschrijfsom vermeerderd of verminderd met een korting/bijtellings voor de twee laddercriteria (CO2 en Veiligheid) en de drie kwaliteitscriteria (Voorspelbaarheid planning en kosten, Productkwaliteit, en Duurzaamheid). De vijf inschrijvers met de laagste fictieve prijs (evaluatieprij) winnen de aanbesteding.

3.4. Er hebben tien gegadigden, onder wie Arcadis en HaskoningDHV, een inschrijving ingediend.

3.5. Bij brief van 26 januari 2021 heeft ProRail aan de deelnemende inschrijvers laten weten wat de uitkomst van de aanbesteding is (de voorlopige gunningsbeslissing). Arcadis is daarbij als zesde geëindigd, wat betekent dat zij (net) niet in aanmerking komt voor een raamovereenkomst. HaskoningDHV is als vijfde geëindigd en behoort daarmee wel tot één van de vijf winnaars van de aanbesteding.

3.6. Arcadis kon zich hierin niet vinden en heeft een klacht ingediend bij het Klachtenmeldpunt van ProRail (KMP). Het KMP heeft deze klacht ongegrond verklaard.

3.7. Arcadis vordert in dit kort geding dat ProRail wordt veroordeeld om de voorlopige gunningsbeslissing in te trekken, en om:

- primair, de opdracht (mede) aan Arcadis te gunnen;
- subsidiair, alle inschrijvingen opnieuw door een nieuw samen te stellen beoordelingscommissie te laten beoordelen en op basis daarvan een nieuwe voorlopige gunningsbeslissing te nemen;
- meer subsidiair, de opdracht opnieuw aan te besteden, voor zover ProRail de opdracht nog in de markt wil zetten.

4. De beoordeling

4.1. In dit kort geding gaat het om de beoordeling van de inschrijvingen, en meer in het bijzonder om de beoordeling van de kwalitatieve (sub)gunningscriteria.

Arcadis stelt zich in de kern genomen op het standpunt dat bij die beoordeling is afgeweken van de vooraf bekend gemaakte beoordelingsmethodiek. Arcadis voert daartoe de hierna te bespreken bezwaren aan. Als Arcadis gelijk heeft dan is er, op grond van vaste rechtspraak, plaats voor

ingrijpen door de voorzieningenrechter, omdat er in dat geval in strijd is gehandeld met de op de aanbestedingsprocedure toepasselijke beginselen van transparantie en gelijkheid. Hierna zal eerst worden ingegaan op de inhoud van de beoordelingsmethodiek die van toepassing is op de beoordeling van de drie kwalitatieve (sub)gunningscriteria zoals genoemd in 3.4. Daarna zullen de bezwaren van Arcadis worden besproken en beoordeeld.

De relevante bepalingen in de aanbestedingsleidraad met betrekking tot de beoordelingsmethodiek

4.2. In 2.5.5 van de Aanvullingen op de aanbestedingsleidraad is vermeld op welke manier de drie kwalitatieve (sub)gunningscriteria (Voorspelbaarheid planning en kosten, Productkwaliteit, en Duurzaamheid) zullen worden beoordeeld. Deze paragraaf moet worden gelezen in relatie met wat in 2.3.1. en 2.3.2. van de Aanvullingen op de aanbestedingsleidraad is bepaald.

4.2.1. In 2.3.1 van de Aanvullingen op de aanbestedingsleidraad wordt voor ieder kwalitatief criterium de doelstelling van dat criterium en de aandachtspunten die daarbij in acht moeten worden genomen omschreven. Voor het kwalitatieve criterium “Voorspelbaarheid planning en kosten” zijn er 3 aandachtspunten geformuleerd (aandachtspunten 1 tot en met 3), voor Productkwaliteit zijn er ook 3 aandachtspunten (aandachtspunten 4 tot en met 6) geformuleerd en voor Duurzaamheid zijn er twee aandachtspunten geformuleerd (aandachtspunten 7 en 8).

4.2.2. In 2.3.2 van de Aanvullingen op de aanbestedingsleidraad is bepaald dat de inschrijver aan de hand van een zogenoemde “meerwaardelijst” moet benoemen welke maatregelen hij neemt om bij te dragen aan het realiseren van de doelstellingen die voor de drie kwalitatieve (sub)gunningscriteria zijn geformuleerd. Deze meerwaardelijst moet per aandachtspunt behorend bij het betreffende kwaliteitscriterium/doelstelling worden ingevuld. Daarbij moet worden ingegaan op de volgende punten: prestatie, maatregel, effectiviteit en aantoonbaarheid.

4.2.3. In 2.5.5. van de Aanvullingen op de aanbestedingsleidraad wordt omschreven door wie en op welke manier de drie kwalitatieve (sub)gunningscriteria worden beoordeeld.

4.2.3.1. De inhoudelijke beoordeling van de ingediende meerwaardelijsten gebeurt door de beoor-

delingscommissie die door ProRail wordt samengesteld.

4.2.3.2. Met betrekking tot de inhoudelijke beoordeling door beoordelingscommissie is, voor zover van belang, het volgende vermeld:

“De scores voor het gunningscriterium ‘kwaliteit’ zullen worden beoordeeld op basis van het volgende criterium:

‘De mate waarin de aangeboden maatregelen en prestaties bijdragen aan de doelstelling’. De aangeboden meerwaardelijst/aandachtspunten moeten

maximaal tegemoetkomen aan de doelstelling en dient SMART geformuleerd zijn. Hoe meer de maatregelen SMART zijn omschreven waarbij aangetoond wordt dat de doelstelling wordt bereikt, hoe beter dit kan worden gewaardeerd.

De meerwaardelijst wordt per doelstelling beoordeeld door een cijfer toe te kennen conform onderstaand schema. De korting/bijtelling wordt bepaald aan de hand van het gegeven cijfer. Zie onderstaand schema voor de korting/bijtelling per doelstelling. (...)

Cijfer	Waardering	Kwaliteitswaarde Planning & Kosten	Kwaliteitswaarde Productkwaliteit	Kwaliteitswaarde Duurzaamheid
10	De maatregel(en) en prestaties dragen op uitmuntende wijze bij aan de geformuleerde doelstelling, en waarbij alle aandachtspunten SMART uitgewerkt zijn. (Uitmuntend)	Fictieve korting 20% van de inschrijfsom	Fictieve korting 20% van de inschrijfsom	Fictieve korting 10% van de inschrijfsom
8	De maatregel(en) en prestaties dragen op goede wijze bij aan de geformuleerde doelstelling, en waarbij minimaal twee aandachtspunten SMART uitgewerkt zijn (Goed)	Fictieve korting 10% van de inschrijfsom	Fictieve korting 10% van de inschrijfsom	Fictieve korting 5% van de inschrijfsom
6	De maatregel(en) en prestaties dragen op voldoende wijze bij aan de geformuleerde doelstelling, en waarbij minimaal één aandachtspunt SMART uitgewerkt is (Voldoende)	Geen korting of bijtelling	Geen korting of bijtelling	Geen korting of bijtelling
4	De maatregel(en) en prestaties dragen op matige wijze bij aan de geformuleerde doelstelling, en waarbij slechts één aandachtspunt SMART uitgewerkt is (Matig)	Fictieve bijtelling 10% van de inschrijfsom	Fictieve bijtelling 10% van de inschrijfsom	Fictieve bijtelling 5% van de inschrijfsom
2	De maatregel(en) en prestaties dragen op onvoldoende wijze bij aan de geformuleerde doelstelling, en waarbij geen aandachtspunt SMART uitgewerkt is. (Onvoldoende)	Knock-out	Knock-out	Knock-out

4.3. Dan volgt nu de beoordeling van de bezwaren van Arcadis. Bij die beoordeling is de hiervoor weergegeven beoordelingsmethodiek leidend, omdat dit de beoordelingsmethodiek is die vooraf door ProRail aan de gegadigden/inschrijvers bekend is gemaakt.

Er had een hogere score/waardering moeten worden gegeven voor het (sub)gunningscriterium “Duurzaamheid”

4.4. Arcadis stelt zich op het standpunt dat zij voor het kwalitatieve (sub)gunningscriterium “Duurzaamheid” niet een “matig” (cijfer 4), maar een “voldoende” (cijfer 6) had moeten krijgen. Dit leidt er dan toe dat Arcadis op de vijfde (in plaats van de zesde) plek eindigt en dat de opdracht (mede) aan Arcadis moet worden gegund, zoals Arcadis ook primair vordert.

Arcadis voert ter onderbouwing van dit standpunt het volgende aan.

Het kwaliteitscriterium “Duurzaamheid”, kent twee aandachtspunten (7 en 8). Gelet op de vooraf bekend gemaakte beoordelingsmethodiek moet één van deze aandachtspunten door (de beoordelingscommissie van) ProRail als SMART uitgewerkt zijn beoordeeld. Immers, de waardering “matig” wordt gelet op die beoordelingsmethodiek alleen toegekend als:

- de maatregel(en) en prestaties op matige wijze bijdragen aan de geformuleerde doelstelling, en
- slechts één aandachtspunt SMART is uitgewerkt. Uit de (motivering van de) voorlopige gunningsbeslissing volgt niet welk aandachtspunt, 7 of 8, met SMART is beoordeeld.

Uit die gegeven motivering blijkt niet dat sprake is van een relevant verschil tussen de beoordeling van beide aandachtspunten voor wat betreft de mate waarop zij SMART zijn uitgewerkt. Het moet daarom worden aangenomen dat beide aandachtspunten even SMART zijn geformuleerd en door de beoordelingscommissie ook als SMART uitgewerkt beoordeeld hadden moeten worden. Op grond van de vooraf bekend gemaakte beoordelingsmethodiek had de beoordelingscommissie geen “matig” (slechts één aandachtspunt SMART uitgewerkt) mogen toekennen, maar ten minste een “voldoende” moeten toekennen omdat minimaal één aandachtspunt SMART is uitgewerkt.

4.5. Dit, door ProRail en HaskoningDHV gemotiveerd betwiste, standpunt van Arcadis gaat niet op. De voorzieningenrechter zal hierna uitleggen waarom.

4.6. In de voorlopige gunningsbeslissing is de volgende motivering gegeven voor het oordeel dat Arcadis matig scoort op het onderdeel “Duurzaamheid”:

Aandachtspunt 7; Leveren aantoonbare bijdrage aan de duurzaamheidsdoelstellingen van ProRail

- Het ingericht hebben van een Duurzaam GWW Checklist/stappenplan (M3) heeft de beoordelingscommissie positief gewaardeerd
- De inschrijver identificeert per deelopdracht / werkpakket concrete mogelijkheden om te verduurzamen. Het voor ieder materiaal een duurzamer alternatief of hergebruikoptie voorstellen, is bijvoorbeeld heel concreet. Dit beoordeelt de beoordelingscommissie met een goed
- Het creëren van integraal duurzaamheidsbesef en introduceren van een duurzaamheidsmoment bij aanvang van ieder intern en extern overleg ziet de beoordelingscommissie als toegevoegde waarde. De beoordelingscommissie is van mening dat het energie en discipline vraagt om het duurzaamheidsmoment bij ieder intern en extern overleg plaats te laten vinden en vraagt zich hiertoe af of dit realistisch is. Dit maakt de uitwerking van dit criterium in mindere mate SMART. (...)
 - “Wij zijn toonaangevend op het gebied van duurzaamheid, circulariteit en digitalisering en investeren om frontrunner te blijven.” Onduidelijk is waaruit blijkt dat de inschrijver toonaangevend is op de genoemde thema's en hoe dit bijdraagt aan de duurzaamheidsdoelstellingen van ProRail (...). Dit maakt de uitwerking van dit criterium in mindere mate SMART. De beoordelingscommissie had dit onderwerp graag uitgewerkt gezien waardoor het met een matig beoordeeld is.
 - “Ons team heeft dit in het DNA en zet dit nadrukkelijk in.” Het is niet omschreven waaruit dit blijkt en op welke wijze de inschrijver dit aantoonbaar ingezet zodat dit bijdraagt aan de duurzaamheidsdoelstellingen van ProRail. De beoordelingscommissie had dit onderwerp graag uitgewerkt gezien waardoor het met een matig beoordeeld is.
 - De inschrijver heeft de bewering “100% klimaatneutraal te zijn”. Het wordt in mindere mate SMART omschreven waaruit blijkt dat dit effectief bijdraagt aan de

duurzaamheidsdoelstellingen van ProRail. De beoordelingscommissie had dit onderwerp graag uitgewerkt gezien waardoor het met een matig beoordeeld is.

- De inschrijver beweert bij effectiviteit 2 “*duurzaamheidsbesef, -resultaat, -verbreding en - efficiëntie*” binnen alle ProRail projecten te realiseren, doordat zij “*Uw doelen op geijkte momenten op het netvlies van betrokkenen zetten*”. Het is niet SMART omschreven hoe de inschrijver deze doelen op scherp zet en welke geijkte momenten zij ziet waardoor dit bijdraagt aan bovengenoemde effectiviteit 2. De beoordelingscommissie had deze maatregel graag uitgewerkt gezien.
- Het is niet door de inschrijver omschreven hoe de opdrachtgever betrokken wordt bij het bepalen van duurzaamheidskansen. De beoordelingscommissie had dit onderwerp graag uitgewerkt gezien waardoor het met een matig beoordeeld is.

Aandachtspunt 8; Uw duurzaamheidskansen in onze producten en diensten blijven projectkaders

- De beoordelingscommissie vindt het waardevol dat er expliciet wordt stilgestaan bij herbruikbaarheid van materialen (M2)
- Dat de inschrijver voorafgaand aan de start van het project (M1) de verduurzaamheidsmogelijkheden in kaart brengt middels de Duurzaam GWW-checklist (M3) en dat een locatiebezoek en ontmoetingsgesprek wordt ingericht wordt als meerwaarde beoordeeld. Evenals dat er een integrale duurzaamheidsbenadering in het ontwerpproces wordt gehanteerd.
- Wat door de beoordelingscommissie onderbelicht wordt bevonden is hoe de inschrijver duurzaam te werk gaat in haar eigen processen. Het niet SMART beschrijven hoe de inschrijver zelf ingericht is om haar eigen werkzaamheden op duurzaamheid te evalueren, maakt dat dit met matig wordt beoordeeld.
- “*Gegarandeerde realisatie vastgestelde duurzaamheidsdoelen*”. De inschrijver geeft aan dat er keuzes en kansen worden afgewogen. Hoewel er gegarandeerd wordt dat de doelen behaald worden, is het de beoordelingscommissie onduidelijk hoe en op grond waarvan de inschrij-

ver dit kan garanderen en op welke wijze de duurzaamheidsstellingen dan aantoonbaar en effectief gehaald worden. De beoordelingscommissie had dit onderwerp graag uitgewerkt gezien waardoor het met een matig is beoordeeld.

- De inschrijver heeft bij kansen in producten en diensten geen aandacht besteed aan acceptatie door stakeholders (intern en extern). De beoordelingscommissie had dit onderwerp graag uitgewerkt gezien waardoor het met een matig beoordeeld is.
- De inschrijver geeft aan; “*U inzicht in duurzaamheid verschaffen met een bewezen digitale aanpak*”. Het is de beoordelingscommissie onduidelijk hoe en waar deze aanpak bewezen is en op welke wijze inzicht in duurzaamheid, aantoonbaar bijdraagt aan de duurzaamheidsdoelstellingen van ProRail. De beoordelingscommissie had dit onderwerp graag uitgewerkt gezien waardoor het met een matig is beoordeeld.
- Wat door de beoordelingscommissie onderbelicht wordt bevonden is hoe de inschrijver de onderbouwing en toepassing van diverse tools en maatregelen hanteert, het blijft bij “melding maken van”. Het is onduidelijk op welke wijze deze tools in het inzicht in duurzaamheid aantoonbaar bijdraagt aan de duurzaamheidsdoelstellingen van ProRail. De beoordelingscommissie had dit onderwerp graag uitgewerkt gezien waardoor het met een matig is beoordeeld.

4.7. De voorzieningenrechter is, zoals HaskoningDHV ook aanvoert, van oordeel dat deze motivering gebrekkig is, in die zin dat onduidelijk is welk aandachtspunt als SMART uitgewerkt is aangemerkt en welk niet. Hierna wordt uitgelegd waarom dit zo is.

4.7.1. In de motivering is niet expliciet vermeld welk van de aandachtspunten 7 en 8, door de beoordelingscommissie als SMART uitgewerkt is aangemerkt. Dit kan ook niet op basis van de gegeven motivering worden herleid. Bij aandachtspunt 7 zijn acht onderwerpen (drie achter een “vinkje” en vijf achter “een vierkantje”) en bij aandachtspunt 8 zijn zeven onderwerpen (twee achter een “vinkje” en vijf achter “een vierkantje”) besproken. ProRail heeft tijdens de mondelinge

behandeling verklaard dat het “vinkje” en “vierkantje” uit praktische overwegingen zijn gebruikt en dat daaraan geen bijzondere betekenis toekomt.

Bij aandachtspunt 7 staat bij vier van de acht onderwerpen iets vermeld over de mate waarin die SMART zijn uitgewerkt. Bij drie van die vier onderwerpen staat dat het “*in mindere mate*” SMART is uitgewerkt en bij één onderwerp dat het “*niet*” SMART is uitgewerkt. Bij aandachtspunt 8 staat slechts bij één van de zeven onderwerpen iets vermeld over de mate waarop het SMART is uitgewerkt, namelijk dat het “*niet*” SMART is uitgewerkt. Uit deze motivering zou eerder, zoals HaskoningDHV ook aanvoert, kunnen worden opgemaakt dat beide aandachtspunten door de beoordelingscommissie “*niet*” als SMART uitgewerkt zijn aangemerkt, maar dat wordt door ProRail betwist.

4.7.2. Uit de hiervoor geciteerde motivering blijkt niet, anders dan Arcadis betoogt, dat de beoordelingscommissie heeft geoordeeld dat er geen relevant verschil is tussen de mate waarin aandachtspunten 7 en 8 SMART zijn uitgewerkt.

De stellingen van Arcadis dat de beoordelingscommissie beide aandachtspunten (7 en 8) als SMART uitgewerkt had moeten beoordelen, en door dat na te laten, is afgeweken van de beoordelingsmethodiek, gaan niet op.

Afwijking van de beoordelingsmethodiek door aangeboden maatregelen die volgens ProRail geen meerwaarde hebben mee te laten wegen bij het toekennen van de score

4.8. Arcadis voert verder als bezwaar aan dat ProRail bij de beoordeling van de drie kwalitatieve (sub)gunningscriteria heeft afgeweken van de vooraf bekend gemaakte beoordelingsmethodiek door aangeboden maatregelen die ProRail niet als meerwaarde aanmerkt mee te laten wegen bij het toekennen van de score.

Volgens Arcadis heeft een behoorlijk geïnformeerde en oplettende inschrijver de beoordelingsmethodiek zo moeten begrijpen dat ProRail de score bepaalt aan de hand van de mate waarin de positief beoordeelde maatregelen (die dus volgens ProRail daadwerkelijk meerwaarde hebben) bijdragen aan de geformuleerde doelstelling en SMART zijn aangemerkt. Aanbieden maatregelen die volgens ProRail geen meerwaarde hebben ten opzichte van datgene dat conform de eisen hoe dan ook moet worden aangeboden, tellen, zo voert Arcadis aan, niet mee bij het toekennen van

de score. Arcadis geeft ter illustratie van deze stelling het volgende voorbeeld. Als er door de inschrijver vijf maatregelen worden aangeboden, waarvan ProRail vindt dat er drie uitmuntend bijdragen aan de doelstelling en twee geen meerwaarde hebben, dan moet de inschrijving op basis van de drie uitmuntende maatregelen de score uitmuntend krijgen en moet er niet een totaalscore worden gegeven voor alle aangeboden maatregelen.

4.9. Arcadis wordt niet in dit, door ProRail en HaskoningDHV betwiste, bezwaar gevolgd. Er staat nergens in de aanbestedingsstukken dat ProRail alleen de maatregelen die volgens haar meerwaarde hebben, laat of mag laten meetellen voor de score. De behoorlijk geïnformeerde en oplettende inschrijver heeft op basis van de aanbestedingsstukken dit niet zo kunnen begrijpen. In 2.5.5 van de Aanvullingen op de aanbestedingsleidraad is vermeld dat de scores voor het gunningscriterium kwaliteit worden beoordeeld op basis van het volgende criterium:

“De mate waarin de aangeboden maatregelen en prestaties bijdragen aan de doelstelling”.

Op grond van de hiervoor aangehaalde tekst heeft de hiervoor bedoelde inschrijver moeten begrijpen dat alle in de inschrijving aangeboden maatregelen worden beoordeeld in het licht van de doelstelling. Dat staat er immers letterlijk zo. Het door Arcadis geschetste risico dat een lagere beoordeling van een van de aangeboden maatregelen, de algehele waardering voor de doelstelling omlaag haalt, is een logisch gevolg van het op de kenbare wijze van beoordelen van de inschrijvingen en is daarom niet in strijd met de vooraf bekend gemaakte beoordelingsmethodiek. Als Arcadis het niet met deze manier van beoordelen eens was, dan had zij dit vóór de inschrijftermijn ter discussie moeten stellen en dat heeft zij niet gedaan.

Bij de beoordeling zijn nieuwe (sub) gunningscriteria geïntroduceerd

4.10. Arcadis voert verder aan dat bij de beoordeling van de inschrijvingen nieuwe (sub)gunningscriteria zijn geïntroduceerd, wat op grond van vaste rechtspraak niet is toegestaan, omdat dit in strijd is met het transparantie- en gelijkheidsbeginsel.

Volgens Arcadis heeft ProRail bij de motivering van de beoordeling van doelstelling 3 (dat hoort bij het kwaliteitscriterium “Duurzaamheid”) ten onrechte aan Arcadis tegengeworpen dat zij be-

paalde aspecten uitgewerkt had willen zien in de inschrijving en dat zij bij ontbreken daarvan een lagere score toekent.

4.11. Dit, door ProRail en HaskoningDHV gemotiveerd betwiste, standpunt van Arcadis gaat niet op. ProRail heeft geen nieuw gunningscriterium geïntroduceerd.

Zij heeft de door Arcadis genoemde aspecten en de mate van uitwerking daarvan, genoemd in het kader van de motivering van de door haar aan Arcadis toegekende score/waardering voor het (sub)gunningscriterium “Duurzaamheid”. ProRail heeft aan de hand van deze aspecten uitgelegd waarom Arcadis niet een hogere score/waardering heeft gekregen. Arcadis heeft niet aannemelijk gemaakt dat deze aspecten (die staan genoemd in de hiervoor in 4.6 geciteerde motivering) geen verband houden met de doelstelling en de daarbij behorende aandachtspunten en daarmee niet binnen de reikwijdte van de beoordelingsmethodiek vallen.

Afwijking van de beoordelingsmethodiek door het kwalitatieve (sub)gunningscriterium “Voorspelbaarheid planning en kosten” relatief te beoordelen in plaats van absoluut

4.12. Arcadis stelt zich verder op het standpunt dat de beoordelingscommissie van de beoordelingsmethodiek is afgeweken door het kwalitatieve (sub)gunningscriterium “Voorspelbaarheid planning en kosten” relatief te beoordelen in plaats van absoluut. Dat dit het geval is geweest volgt volgens Arcadis uit de zienswijze van het KMP die is te kennen uit beslissing op de klacht van Arcadis, waarin het volgende is vermeld:

“De beoordelingscommissie heeft dit criterium wel degelijk toegepast conform de aangekondigde systematiek en dus beoordeeld naar de mate van reductie van de VTW’s zonder daarbij als eis te stellen dat dit tot 0 teruggebracht zou moeten worden.

Het feit wilde echter wel dat verschillende andere inschrijvers de VTW’s op dit punt wel tot (nagenoeg) nul hebben teruggebracht, dan wel een betere motivering ten grondslag hebben gelegd aan hun reductie van de VTW’s en dat de beoordelingscommissies dit in het kader van haar verplichtingen op grond van artikel 2.130 jo. 3.75 Aanbestedingswet heeft meegenomen in haar motivering.”

4.13. Dit standpunt van Arcadis gaat evenmin op. ProRail heeft met klem betwist dat dit punt relatief is beoordeeld. Uit de hiervoor weergegeven

zienswijze van het KMP, waarop Arcadis zich beroept, kan niet worden opgemaakt dat er relatief is beoordeeld. Integendeel, uit die zienswijze volgt dat, zoals ProRail en HaskoningDHV ook betogen, de “vergelijking” met de andere inschrijvers slechts is gemaakt ter motivering van de aan Arcadis toegekende score. Er is, zoals artikel 2.130 jo. 3.75 Aanbestedingswet voorschrijven inzicht gegeven in de relevante redenen voor de voorlopige gunningsbeslissing, waaronder de kenmerken en relatieve voordelen van de winnende inschrijver(s). Dat is iets anders dan dat er relatief zou zijn beoordeeld. Daarvan is sprake als het toekennen van de score afhankelijk is van hoe goed/slecht de andere inschrijvers hebben ingeschreven.

Ten onrechte heeft de beoordelingscommissie bij de beoordeling van (sub)gunningscriterium “Voorspelbaarheid planning en kosten” gewicht toegekend aan de omstandigheid of aangeboden werd dat het aantal VTW’s tot nul kunnen worden gereduceerd

4.14. Arcadis voert verder nog als bezwaar aan dat de beoordelingscommissie bij de beoordeling van (sub)gunningscriterium “Voorspelbaarheid planning en kosten” heeft laten meewegen of aangeboden werd dat het aantal VTW’s (verzoeken tot wijziging) tot nul kunnen worden gereduceerd. Het aantal VTW’s kunnen volgens Arcadis niet tot nul worden gereduceerd, omdat een opdrachtnemer (inschrijver) het niet in de hand heeft of zijn opdrachtgever (ProRail) tijdens de uitvoering van de opdracht VTW’s zal opdragen.

4.15. Arcadis wordt hierin niet gevolgd. Gevraagd is om aan te geven hoe de VTW’s gedurende de deelopdracht worden beperkt.

In de Nota van Inlichtingen is daarbij toegelicht dat gevraagd wordt om voorstellen te doen om de VTW’s te beperken binnen de eigen beïnvloedingssfeer. Het is onvoldoende aannemelijk dat het aantal VTW’s binnen de eigen beïnvloedingssfeer niet tot nul kunnen worden gereduceerd. Dit geldt temeer daar Arcadis zelf in haar inschrijving heeft aangegeven dat zij geen VTW’s binnen haar invloed gedurende de deelopdracht zal hebben. De beoordelingscommissie heeft daarom bij de beoordeling van de inschrijving wel gewicht kunnen toekennen aan de mate waarin het aantal VTW’s volgens de inschrijving zou worden beperkt.

4.16. HaskoningDHV voert nog aan dat de inschrijving van Arcadis eigenlijk ongeldig had

moeten worden verklaard, omdat Arcadis het op het formulier vermelde aandachtspunt met betrekking tot de VTW's heeft aangepast en daarmee een voorwaarde heeft geïntroduceerd. Arcadis heeft de meerwaardelijst aangepast in die zin dat zij het aandachtspunt "*Reductie van aantal VTW's gedurende de deelopdracht*" heeft gewijzigd in "*Geen VTW's binnen onze invloed gedurende de deelopdracht*". De beoordeling van dit standpunt kan echter in het midden worden gelaten, omdat, zoals hierna nog zal blijken, alle bezwaren van Arcadis worden verworpen en haar vorderingen zullen worden afgewezen.

Beoordeling van het kwalitatieve (sub)gunningscriterium "Voorspelbaarheid planning en kosten" is onjuist, want er is onvoldoende gewicht toegekend aan het aanbod van Arcadis met betrekking tot de VTW's

4.17. Arcadis voert verder aan dat de beoordeling van het kwalitatieve (sub)gunningscriterium "Voorspelbaarheid planning en kosten" onjuist is, omdat onvoldoende gewicht is toegekend aan haar aanbod met betrekking tot de VTW's. Arcadis heeft aangeboden dat zij geen VTW's binnen haar invloed gedurende de deelopdracht zal hebben. Arcadis heeft een "voldoende" gekregen, maar is van mening dat zij een hogere waardering had moeten krijgen.

4.18. Ook dit standpunt van Arcadis gaat niet op.

4.18.1. Vooropgesteld wordt dat het aan de beoordelingscommissie is om met inachtneming van de beoordelingsmethodiek een score toe te kennen. De rechter kan vol toetsen of afgeweken is van die beoordelingsmethodiek. De rechter kan slechts marginaal toetsen of de toegekende score terecht is gegeven.

4.18.2. Er zijn geen door Arcadis met feiten onderbouwde aanwijzingen dat de beoordelingscommissie bij de beoordeling van de inschrijving van Arcadis van de beoordelingsmethodiek is afgeweken. Daarbij wordt opgemerkt dat op grond van die methodiek niet alleen de aangeboden maatregel van belang is, maar ook of deze maatregel SMART is uitgewerkt. Deze twee elementen samen bepalen welke score wordt toegekend. De aangeboden maatregel kan dan misschien wel uitmuntend zijn, maar als die maatregel naar het oordeel van de beoordelingscommissie niet SMART is uitgewerkt dan rechtvaardigt dit gezien de beoordelingsmethodiek een lagere waardering. Uit de motivering in de voorlopige gunningsbeslissing volgt dat de beoordelingscommissie van

mening is dat de door Arcadis aangeboden maatregel niet SMART is uitgewerkt en daarom een "lagere" waardering heeft gekregen. Dat de beoordelingscommissie in redelijkheid niet tot dit oordeel heeft kunnen komen, is niet door Arcadis aannemelijk gemaakt.

De beoordeling van het (sub)gunningscriterium "Voorspelbaarheid planning en kosten" is onjuist, want gebaseerd op een foutieve aanname

4.19. Als laatste bezwaar voert Arcadis aan dat de beoordeling van het (sub)gunningscriterium "Voorspelbaarheid planning en kosten" onjuist is, omdat deze beoordeling is gebaseerd op een foutieve aanname. Arcadis voert daarvoor het volgende aan.

Arcadis heeft in verband met de aandachtspunten 1 en 2 (die gelden voor bovengenoemd kwalitatief criterium) een locatiebezoek aangeboden. De beoordelingscommissie heeft dit locatiebezoek als niet-realistisch aangemerkt, omdat het realiseren van het door Arcadis aangeboden locatiebezoek binnen de ProRailorganisatie en voor derden, zoals NS, niet haalbaar wordt geacht. Hierin ligt de aannahme besloten dat de medewerking van ProRail en derden is vereist voor het locatiebezoek. Deze aannahme is volgens Arcadis onjuist, omdat Arcadis geen enkele medewerking nodig heeft van ProRail of van derden om het aangeboden locatiebezoek uit te voeren. Voor het overige heeft de beoordelingscommissie positief over de aangeboden maatregel geoordeeld. De meerwaarde is daarmee een gegeven, zodat deze maatregel in positieve zin moet worden betrokken in de beoordeling van beide aandachtspunten. Er zal daarom een herbeoordeling moeten plaatsvinden. De noodzaak op dit punt wordt bevestigd door het feit dat de beoordelingscommissie het door Arcadis in het kader van het kwalitatieve (sub)gunningscriterium "Duurzaamheid" aangeboden locatiebezoek wel een positieve beoordeling heeft gegeven.

4.20. Dit bezwaar van Arcadis gaat niet op. Het is onvoldoende aannemelijk dat sprake is van de door Arcadis gestelde en door ProRail gemotiveerd betwiste onjuiste en/of foutieve aannahme. ProRail heeft aannemelijk gemaakt dat voor een locatiebezoek veelal haar medewerking of die van derden nodig is. In het kader van een opdracht zal Arcadis doorgaans toegang moeten hebben tot allerlei niet voor publiek toegankelijke ruimten. Zij zal zich bijvoorbeeld op daken, in onder-

houds- of technische ruimten, in kelders en lift-putten moeten begeven. Voor deze toegang is de medewerking van ProRail en/of derden nodig. Ook is het niet aannemelijk dat bij de beoordeling van de maatregel locatiebezoek sprake is van de door Arcadis gestelde inconsistentie. De mate waarin die maatregel kan worden gerealiseerd kan immers, zoals ProRail aanvoert, vanwege het verschil in tijdspad ten aanzien van de ene doelstelling negatiever worden beoordeeld dan ten aanzien van de andere doelstelling.

Conclusie

4.21. Uit het voorgaande volgt dat de primaire, subsidiaire, en meer subsidiaire vorderingen van Arcadis moeten worden afgewezen.

Proceskosten, nakosten, uitvoerbaar bij voorraadverklaring

4.22. Arcadis wordt als de in het ongelijk gestelde partij veroordeeld in de proceskosten van ProRail en HaskoningDHV. De kosten van ProRail, en ook die van HaskoningDHV, worden daarbij begroot op € 1.683, waarvan € 667 aan griffierecht en € 1.016 aan salaris advocaat. De door HaskoningDHV over deze proceskosten gevorderde wettelijke rente zal op de in de beslissing te noemen manier worden begroot.

4.23. De door HaskoningDHV verzochte nakosten worden op de in de beslissing te noemen manier begroot. De over de nakosten gevorderde wettelijke rente worden op de in de beslissing te noemen manier toegewezen.

ProRail heeft niet om nakosten verzocht.

4.24. De proceskostenveroordelingen en de nakostenveroordeling wordt, zoals door ProRail en HaskoningDHV verzocht, uitvoerbaar bij voorraad verklaard.

5. De beslissing

De voorzieningenrechter

5.1. wijst de vorderingen van Arcadis af,

5.2. veroordeelt Arcadis in de proceskosten, aan de zijde van ProRail tot op heden begroot op € 1.683,00,

5.3. veroordeelt Arcadis in de proceskosten, aan de zijde van HaskoningDHV tot op heden begroot op € 1.683,00, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW over dit bedrag met ingang van veertien dagen na dit vonnis tot de dag van volledige betaling,

5.4. veroordeelt Arcadis in de na dit vonnis aan de zijde van HaskoningDHV ontstane kosten, begroot op € 163,00 aan salaris advocaat, te ver-

meerderen, onder de voorwaarde dat Arcadis niet binnen 14 dagen na aanschrijving aan het vonnis heeft voldaan en er vervolgens betekening van de uitspraak heeft plaatsgevonden, met een bedrag van € 85,00 aan salaris advocaat en de exploitkosten van betekening van de uitspraak, en te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW over de nakosten met ingang van veertien dagen na de betekening van dit vonnis tot aan de voldoening,

5.5. verklaart dit vonnis wat betreft de onderdelen 5.2. tot en met 5.4. uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

Waar ligt precies de grens tussen absoluut en relatief beoordelen?

Inleiding

Arcadis heeft aan de hand van verschillende argumenten verdedigd dat ProRail bij de beoordeling van de ontvangen inschrijvingen is afgeweken van de vooraf bekend gemaakte beoordelingsmethodiek. Eén van die argumenten betreft het standpunt dat ProRail de ontvangen inschrijvingen relatief zou hebben beoordeeld in plaats van, zoals op voorhand bekend gemaakt, absoluut. Arcadis baseert dit argument op de omstandigheid dat ProRail in de motivering van de gunningsbeslissing spreekt over de andere inschrijvers en hetgeen zij hebben aangeboden. De voorzieningenrechter van de Rechtbank Midden-Nederland oordeelde in bovengenoemde uitspraak dat ProRail de inschrijvingen niet relatief heeft beoordeeld.¹ ProRail heeft volgens de voorzieningenrechter slechts een "vergelijking" gemaakt van de inschrijvingen, ter motivering van de aan Arcadis toegekende scores en de motiveringsplicht die op ProRail rust. Dit oordeel werpt vragen op over waar de grens ligt tussen absolute en relatieve beoordelingsmethodiek en in hoeverre inschrijvingen volgens beide beoordelingsmethodieken met elkaar vergeleken mogen worden.

1 Vzr. Rechtbank Midden-Nederland 11 juni 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:2477.

In casu

In onderhavig geval heeft ProRail een Europese aanbestedingsprocedure georganiseerd met het doel een raamovereenkomst te sluiten met de vijf beste inschrijvers voor het verrichten van ingenieursdiensten voor projecten en programma's op stations. Arcadis – als zesde geëindigd en dus niet voor de raamovereenkomst in aanmerking komend – voert bezwaren aan tegen de manier waarop ProRail het kwalitatieve (sub)gunningscriterium "Voorspelbaarheid planning en kosten" heeft beoordeeld. Volgens Arcadis heeft ProRail voornoemd kwalitatief (sub)gunningscriterium relatief beoordeeld in plaats van absoluut, wat afwijkt van de door ProRail vooraf bekend gemaakte beoordelingsmethodiek. Zulks zou blijken uit de zienswijze van het klachtenmeldpunt van ProRail. Het klachtenmeldpunt heeft opgemerkt *"De beoordelingscommissie heeft dit criterium wel degelijk toegepast conform de aangekondigde systematiek en dus beoordeeld naar de mate van reductie van de VTW's zonder daarbij als eis te stellen dat dit tot 0 teruggebracht zou moeten worden. Het feit wilde echter wel dat verschillende andere inschrijvers de VTW's op dit punt wel tot (nagenoeg) nul hebben teruggebracht, dan wel een betere motivering ten grondslag hebben gelegd aan hun reductie van de VTW's en dat de beoordelingscommissies dit in het kader van haar verplichtingen op grond van artikel 2.130 jo. 3.75 Aanbestedingswet heeft meegenomen in haar motivering."* De voorzieningenrechter is echter van oordeel dat met de vergelijking met andere inschrijvingen inzicht is gegeven in de relevante redenen voor de voorlopige gunningsbeslissing, waaronder de kenmerken en relatieve voordelen van de winnende inschrijvers, hetgeen op grond van artikel 2.130 jo. 3.75 Aw 2012 is voorgeschreven. Dat is volgens de voorzieningenrechter iets anders dan relatief beoordelen.

Juridisch kader

Een aanbestedende dienst heeft een grote mate van vrijheid om een aanbestedingsprocedure in te richten zoals zij wenst. Deze vrijheid wordt mede begrensd door de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht.² De beginselen van gelijke behandeling en transparantie brengen

met zich dat de aanbestedende dienst alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure in de aanbestedingsstukken moet formuleren op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze, zodat alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en de betreffende bepalingen op dezelfde manier kunnen interpreteren.³ De vooraf bekend gemaakte eisen en gunningscriteria als ook het relatieve gewicht ervan mogen niet worden gewijzigd tijdens de aanbestedingsprocedure.⁴ Dat geldt ook ten aanzien van de te hanteren beoordelingsmethodiek, zoals het absoluut of relatief beoordelen van inschrijvingen.⁵

Absoluut versus relatief

Een absolute beoordeling houdt in dat inschrijvingen niet onderling worden vergeleken en de aanbestedende dienst per subgunningscriterium een score toekent op basis van de inhoud van de inschrijving zelf.⁶ Deze score is niet afhankelijk van de (inhoud van de) andere inschrijvingen. Geoordeeld is echter dat ook binnen een absolute beoordeling het onvermijdelijk is te betrekken wat is aangeboden in de andere inschrijvingen. Deze vergelijking mag echter niet zover strekken dat de inschrijvingen feitelijk toch relatief worden beoordeeld, namelijk doordat de toegekende score van een inschrijving bepalend wordt voor de scores van de andere inschrijvingen. De grens is volgens de voorzieningenrechter evenwel niet exact te bepalen.⁷ Wat ons betreft getuigt dit oordeel van een juiste weergave van hoe een absolute beoordeling feitelijk plaatsvindt. De eerste inschrijving kan eenvoudig absoluut worden beoordeeld, omdat simpelweg nog geen kennis is genomen van de andere inschrijvingen. Dat is natuurlijk anders wanneer de overige inschrijvingen worden beoordeeld. De kennis die de beoordelaar op dat moment heeft van de al gelezen

² CvAE 26 juli 2017, advies 413.

³ HvJ EG 29 april 2004, nr. C-496/99 (Succhi di Frutta).

⁴ HvJ EU 14 juli 2016, nr. C-6/15. Zie onder meer v.zr. Rechtbank Gelderland 7 november 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:5011.

⁵ V.zr. Rechtbank Noord-Holland 15 november 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:10027.

⁶ V.zr. Rechtbank Haarlem 15 april 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BM1413.

⁷ V.zr. Rechtbank Gelderland 12 juli 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:3391.

inschrijving kan niet meer worden vergeten en zal derhalve altijd een bepaalde rol spelen bij de beoordeling.

Bij een relatieve beoordeling worden inschrijvingen ten opzichte van elkaar beoordeeld én kent de aanbestedende dienst per subgunningscriterium een score toe die afhangt van één of meer andere inschrijvingen.⁸ Het enige verschil tussen absoluut en relatief beoordelen, lijkt derhalve gelegen te zijn in de omstandigheid dat bij relatief beoordelen de toe te kennen score afhangt van één of meer inschrijvingen. Niet duidelijk is of de score van een inschrijver alleen wordt afgezet tegen de score van de best scorende inschrijver op het betreffende subgunningscriterium of tegen de scores van alle inschrijvers. Ons inziens zou een score moeten worden afgezet tegen de scores van alle inschrijvers, omdat op die wijze relatief beoordelen in optima forma plaatsvindt. Een voorbeeld; of een brug esthetisch gezien een 8, 7 of 6 scoort, is in onze optiek niet alleen afhankelijk van de score van de best scorende inschrijver, maar ook van de score van andere inschrijvers.

Volgens vaste jurisprudentie is het hanteren van een relatieve beoordelingsmethodiek in zichzelf, mede in verband met het relatieve karakter, niet in strijd met de beginselen van gelijke behandeling en transparantie. Afhankelijk van de wijze waarop de gekozen relatieve beoordelingsmethodiek in een concreet geval wordt ingericht of toegepast kan sprake zijn van strijd met voornoemde beginselen.⁹

Nu ook bij een absolute beoordeling een vergelijking van inschrijvingen kan plaatsvinden, is het verschil tussen absoluut en relatief niet zwart-wit. Het is misschien om deze reden dat aanbestedende diensten veelvuldig ervoor kiezen om gebruik te maken van een tussenoplossing. Die tussenoplossing bestaat eruit dat aanbestedende diensten in de aanbestedingsstukken bepalen dat iedere inschrijving wordt beoordeeld op zijn eigen merites, maar dat dat niet wegneemt dat bij de beoordeling rekening kan worden gehouden met hetgeen is waargenomen in andere in-

schrijvingen.¹⁰ De facto wordt dus regelmatig een beoordelingsmethodiek gehanteerd die absoluut beoordelen combineert met relatief beoordelen. Dat is toegestaan.¹¹

Als in de aanbestedingsstukken niets is bepaald over de te hanteren beoordelingsmethodiek (absoluut of relatief), kan en moet een inschrijver ervan uitgaan dat toekenning van de scores geschiedt door de inschrijvingen onderling te vergelijken, aldus de voorzieningenrechter van de rechtbank Haarlem. Een onderlinge vergelijking is namelijk het wezenlijke kenmerk van een aanbestedingsprocedure op basis van de economisch meest voordelige inschrijving. Het stelt de aanbestedende dienst in staat de beste inschrijving te selecteren en de inspanningen van een inschrijver zullen erop gericht zijn een betere score te behalen dan de andere inschrijvers.¹²

Het benoemen van de relatieve voordelen van de winnende inschrijver in een selectie- of gunningsbeslissing betekent niet dat de inschrijvingen zelf relatief zijn beoordeeld. Op grond van artikel 2.130 lid 2 Aw 2012 is de aanbestedende dienst in het kader van de motiveringsplicht gehouden de kenmerken en de relatieve voordelen van de winnende inschrijver in een gunningsvoornemen te benoemen. Het benoemen van de relatieve voordelen van de winnende inschrijver in een gunningsvoornemen is derhalve slechts het gevolg van de motiveringsplicht die op de aanbestedende dienst rust en niet van de omstandigheid dat inschrijvingen relatief zijn beoordeeld.¹³ Bovendien zijn de verschilpunten zeer

¹⁰ Zie onder meer v.zr. Gelderland 12 november 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:6006; v.zr. Rechtbank Amsterdam 28 januari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:551; v.zr. Rechtbank Den Haag 4 oktober 2017, ECLI:NL:RBDHA:2019:7115.

¹¹ V.zr. Rechtbank Den Haag 7 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:10546.

¹² V.zr. Rechtbank Haarlem 15 april 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BM1413.

¹³ Zie onder meer v.zr. Rechtbank Den Haag 22 april 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:4570; v.zr. Rechtbank Midden-Nederland 10 februari 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:1299; v.zr. Rechtbank Rotterdam 24 februari 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:1670; v.zr. Rechtbank Den Haag 16 juli 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:7115.

⁸ CvAE 18 december 2020, advies 504.

⁹ Hoge Raad 9 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1078.

geschikt om de verschillen in scores inzichtelijk te maken. Terugkerend naar de geannoteerde uitspraak; deze past binnen de hiervoor beschreven jurisprudentie omtrent de motiveringsplicht. De vraag wat kwalificeert als een geoorloofde vergelijking van inschrijvingen binnen een absolute beoordelingsmethodiek blijft echter onbesproken. Daarover blijft vooralsnog onduidelijkheid bestaan.

Conclusie en enkele vuistregels voor de praktijk

De grens tussen het vergelijken van inschrijvingen binnen een absolute en een relatieve beoordelingsmethodiek is lastig te identificeren. Desalniettemin kan uit de besproken jurisprudentie een aantal vuistregels worden gedestilleerd. Allereerst geldt dat de aanbestedende dienst de gekozen beoordelingsmethodiek – absoluut, relatief of een combinatie van beide – in de aanbestedingsstukken dient te vermelden. Voorts dient de beoordeling van de ontvangen inschrijvingen volgens de voorgeschreven wijze plaats te vinden. Bezien vanuit hoe een beoordeling feitelijk plaatsvindt, is het aannemelijk dat enige mate van vergelijking van de inschrijvingen plaatsvindt. Waar precies de grens ligt van deze vergelijking, volgt niet uit de jurisprudentie. Tot slot geldt dat het benoemen van de relatieve voordelen van de winnende inschrijver in de gunningsbeslissing niet impliceert dat de inschrijvingen zelf relatief zijn beoordeeld. Deze "vergelijking" geschiedt slechts in het kader van de motiveringsplicht op grond van artikel 2.130 Aw 2012.

mr. J.M.E. Yilmaz
advocaat bij CMS

mr. I. de Jong
advocaat bij CMS