

124

Commissie van Aanbestedingsexperts
12 september 2014, nr. 140
(mr. Jansen, mr. Janssen)
Noot mr. M.W. Speksnijder

Toelaatbaarheid en transparantie gunningscriteria. Strijd met gelijkheids- en transparantiebeginsel. Level playing field. Beoordelingsvrijheid aanbestedende dienst. Criteria ter bepaling transparantie beoordelingskader.

[Aanbestedingswet 2012 art. 1.8, 1.9]

Beklaagde start een Europese openbare aanbesteding voor de levering en plaatsing van nieuwe ondergrondse afvalcontainers in haar gemeente. De reeds aanwezige containers zijn geleverd en geplaatst door X. In de aanbestedingsleidraad staat in bijlage I dat inschrijvingen beoordeeld zullen worden op onder meer de criteria "vormgeving en gebruiksgemak" en het criterium "mate van uiterlijke gelijkheid aan de bestaande inwerpzuil" van X. De beklaagde licht toe dat het zijn beleid is om zoveel mogelijk gelijkvormigheid in het straatmeubilair te bewerkstelligen. Klager dient een klacht in bij de Commissie en stelt in klachtonderdeel 1 dat beklaagde met het criterium "mate van gelijkheid aan bestaande inwerpzuil" een discriminatoir gunningscriterium hanteert door een inschrijver punten toe te kennen voor de mate waarin de inwerpzuil van die inschrijver gelijk is op die van de zittende leverancier. In klachtonderdeel 2 stelt klager dat beklaagde met het criterium "vormgeving en gebruiksgemak" een subjectief te open geformuleerd gunningscriterium hanteert omdat niet duidelijk is op welke aspecten er zal worden beoordeeld hetgeen willekeur mogelijk maakt en in strijd is met het transparantiebeginsel. Dit geldt temeer nu de huidige inwerpzuil van beklaagde het referentiekader is zodat de zittende leverancier bij de beoordeling maximaal zal scoren, terwijl de anderen het met een daarvan afgeleide score moeten doen, aldus klager.

Klachtonderdeel 1

De Commissie stelt voorop dat in art. 1.8 Aanbestedingswet 2012 onder andere besloten ligt dat een aanbestedende dienst geen gunningscriteria mag hanteren die niet objectief zijn. Tussen partijen staat niet ter discussie dat de bestaande inwerpzulen afkomstig zijn van één van de inschrijvers, te

weten X. Naar het oordeel van de Commissie betekent het voorgaande dat X met het door beklagde gehanteerde gunningscriterium "mate van gelijkheid aan bestaande inwerpzuil" onmiskenbaar in het voordeel is ten opzichte van de andere inschrijvers, waaronder klager. Daar doet niet aan af dat beklagde de beoordeling van het criterium inmiddels heeft aangepast in de 5e Nvl op de wijze zoals zij dat heeft gedaan.

Klachtonderdeel 2

De Commissie stelt vast dat de te beantwoorden vraag is of beklagde zichzelf met de in de aanbestedingsleidraad opgenomen wijze van beoordeling van de inschrijvingen op het criterium "vormgeving en gebruiksgemak" een te grote beoordelingsvrijheid heeft toegekend ten koste van een voldoende transparant beoordelingskader. De Commissie is van oordeel dat deze vraag bevestigend moet worden beantwoord. Bij de beantwoording van deze vraag gebruikt de Commissie de volgende in de jurisprudentie ontwikkelde criteria: van een voldoende transparant beoordelingskader is sprake wanneer het (i) het voor een kandidaat-inschrijver volstrekt duidelijk is wat van hem wordt verwacht; en (ii) de inschrijvingen aan de hand van een zo objectief mogelijk systeem worden beoordeeld, met dien verstande dat van een aanbestedende dienst niet hoeft te worden verwacht dat hij de gunningscriteria zodanig beschrijft, in die zin dat hij zeer exact en zeer gedetailleerd aangeeft wat nodig is om een maximale score te behalen. Bijlage 1 van de Aanbestedingsleidraad bepaalt slechts dat de inwerpzulen zullen worden beoordelen op hun "vormgeving en gebruiksgemak", maar formuleert verder in het geheel geen aspecten – al dan niet in de vorm van eisen of wensen, die zich ook overigens vrij eenvoudig zouden hebben laten formuleren – waarvoor punten zullen worden gegeven. Daar doet niet aan af dat beklagde voor de beoordeling van het criterium voornemens is gebruik te maken van een enquête, aangezien zowel de enquêtevragen als de in de enquête voorziene antwoordmogelijkheden onnodig veel ruimte voor subjectieve interpretatie laten. De Commissie acht beide klachtonderdelen gegrond.

Het volledige advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts is te raadplegen op www.commissievanaanbestedingsexperts.nl.

NOOT

Aan de orde is een door de gemeente Uithoorn ("de Gemeente") georganiseerde aanbestedingsprocedure voor de plaatsing en levering van 220 ondergrondse afvalcontainers. De Commissie van Aanbestedingsexperts ("de CvA") en de voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag ("de voorzieningenrechter")¹ hebben zich gebogen over de vraag of de in deze aanbestedingsprocedure gehanteerde gunningscriteria "mate van gelijkheid aan bestaande inwerpzuil" en "vormgeving en gebruiksgemak" in strijd zijn met het gelijkheidsbeginsel onderscheidenlijk het transparantiebeginsel (art. 1.8 en 1.9 Aanbestedingswet 2012). Beide instanties beantwoorden deze vraag bevestigend, waarbij wij uit het vonnis van de voorzieningenrechter afleiden dat deze zijn oordeel zelfstandig heeft bepaald en niet heeft gebaseerd op het advies van de CvA.

De klagende marktpartij (hierna: "Snaas") heeft, nadat haar vragen in één van de Nvl's niet naar tevredenheid waren beantwoord, haar klachten over voornoemde gunningscriteria bij de CvA ingediend. De CvA heeft aangegeven haar advies pas na de sluiting van de inschrijvingstermijn te kunnen uitbrengen. De gemeente ziet geen aanleiding om de termijn voor inschrijving te verlengen in afwachting van het advies. Ons inziens lag dat wel voor de hand: er waren in de Nvl's veel vragen gesteld over de twee gunningscriteria en de gemeente had deze daar slechts in beperkte mate op aangepast. Mogelijk was er haast geboden bij de uitvoering van de aanbesteding, maar wellicht speelde ook een rol dat de gemeente bij voorbaat al niet voornemens was om zich iets aan te trekken van het advies van de CvA gezien het niet-bindende karakter daarvan. Na ontvangst van het advies van de CvA, waarin wordt geoordeeld dat sprake is van onrechtmatige gunningscriteria, heeft de gemeente de aanbesteding immers ongewijzigd voortgezet en haar gunningsbeslissing genomen. De gemeente heeft het laten aankomen op een kort geding, waarin zij is veroordeeld om tot heraanbesteding over te gaan. Verstandig

1 «JAAN» 2015/43.

lijkt dit niet. Had de gemeente immers zelf de inschrijvingstermijn verlengd en was zij, naar aanleiding van het advies van de CvA, tot heraanbesteding dan wel aanpassing van de gunningscriteria overgegaan, dan had zij uiteindelijk tijd en kosten bespaard.

Snaas heeft in afwachting van het advies ingeschreven op de aanbesteding. Zij heeft wellicht gedacht dat de gemeente naar aanleiding van het advies, indien dat daartoe zou strekken, zelf nog tot aanpassing van de gunningscriteria zou overgaan. Achteraf was het – gezien de handelswijze van de gemeente – wellicht verstandiger (want effectiever) geweest om de gang naar de voorzieningenrechter te maken, gelijk toen de gemeente aangaf de inschrijftermijn niet te verlengen.

Gelet op het voorgaande verdient het aanbeveling voor een aanbestedende dienst om zorgvuldig de afweging te maken of een spoedig verloop van de aanbestedingsprocedure wel de voorkeur heeft boven het afwachten van een oordeel van de CvA. Dat een dergelijk oordeel niet bindend is, maakt niet dat zij zich geen rekenschap dient te geven van dat advies. Indien de CvA immers tot het oordeel komt dat de klachten van een marktpartij gegrond zijn, dan is alles behalve uitgesloten dat een rechter tot datzelfde oordeel komt. Indien aanbestedende diensten structureel voorbij gaan aan adviezen van de CvA, vanwege de niet-bindende status, is bovendien de kans groot dat marktpartijen er steeds meer voor kiezen hun bezwaren direct voor te leggen aan de voorzieningenrechter. Dit, terwijl de behandeling van een klacht door de CvA zowel voor de aanbestedende dienst als voor marktpartijen voordelen biedt; namelijk de mogelijkheid om geschillen in het kader van een aanbestedingsprocedure op kortere termijn, niet alleen juridisch maar ook vanuit een praktisch perspectief te laten beoordelen door (een) deskundige(n). Wat ons betreft heeft de CvA dus zeker toegevoegde waarde en is het aan met name aanbestedende diensten om ervoor te zorgen dat zij haar relevantie niet verliest.

M.W. Speksnijder
Advocaat bij CMS