

50

Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag
3 januari 2018, nr. C/09/541095 KG ZA 17/1334,
ECLI:NL:RBDHA:2018:483
(mr. Groeneveld-Stubbe)
Zie noot mr. P.F.C. Heemskerk en mr. C.M.C.
Wagemakers

Kwalitatieve gunningscriteria. Beoordeling gunningscriteria. Motivering gunningsbeslissing. Aanvullen motivering gunningsbeslissing.

De Staat heeft een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure georganiseerd ten behoeve van een opdracht tot, kort gezegd, het verzorgen van het technisch onderhoud van de ambassade in Beijing. Het gunningscriterium van de aanbesteding is de economisch meest voordelige inschrijving.

Bij brief van 14 september 2017 heeft de Staat aan GSN Property Services Co. LTD. (hierna: GSN) bericht dat hij voornemens is de opdracht te gunnen aan het andere bedrijf dat op de aanbesteding heeft ingeschreven, te weten ISS World, en niet aan GSN. Na betekening van de dagvaarding op 11 oktober 2017 maar vóór de geplande datum van de behandeling van de zaak ter zitting op 14 november 2017 heeft de Staat bij brief van 7 november 2017 een nieuwe brief gestuurd, waarin onder meer is vermeld dat in de brief van 14 september ten onrechte staat dat GSN niet met de laagste prijs had ingeschreven.

GSN stelt dat er sprake is van een ondeugdelijke motivering van de gunningsbeslissing en vordert onder meer dat de gunning aan ISS World wordt ingetrokken.

Kwalificatie nieuwe informatie

De voorzieningenrechter stelt voorop dat door de brief van de Staat van 7 november 2017 de zaak inhoudelijk is gewijzigd ten opzichte van de situatie ten tijde van de dagvaarding. In de dagvaarding is GSN namelijk ingegaan op de door de Staat in zijn brief van 14 september 2017 gegeven – summier – motivering voor zijn voorlopige gunningsbeslissing. In de brief van 7 november 2017 is nieuwe informatie over deze beslissing aan GSN verstrekt. Een door de Staat gedane onjuiste mededeling ten aanzien van de prijs is in deze brief rechtgezet en hierin is een nadere toelichting gegeven over hoe

bepaalde eerdere mededelingen van de Staat waren bedoeld en moeten worden begrepen. Partijen twisten over de vraag hoe het verstrekken van deze nieuwe informatie moet worden gekwalificeerd en of dit toelaatbaar kan worden geacht.

Welke kwalificatie aan het verstrekken van deze nieuwe informatie moet worden gegeven, is in dit geval echter niet relevant. Ook als het een aanvulling betreft met nieuwe redenen voor de afwijzing van GSN, kunnen die in dit geval in aanmerking worden genomen. De Staat kan worden gevolgd in zijn stelling dat het mogelijk moet zijn om, indien blijkt dat er misverstanden zijn ontstaan of fouten zijn gemaakt, deze op te helderen dan wel te herstellen. De weg die in een dergelijk geval gevolgd moet worden, is het intrekken van de gegeven beslissing en het nemen van een nieuwe beslissing, met vermelding daarbij van alle redenen voor die beslissing. Daartoe is de Staat weliswaar niet met zoveel woorden overgegaan, maar uit haar inhoudelijke mededelingen blijkt genoegzaam dat zij de opdracht nog steeds wil gunnen aan ISS World waartoe de in de brief van 7 november 2017 genoemde motivering redengevend is. Daarbij heeft de Staat aan GSN een nieuwe termijn van twintig dagen gegeven om bezwaar te maken tegen die beslissing. Van enig inhoudelijk verschil met de voorgeschreven handelwijze is dan ook geen sprake. Verder mag aangenomen worden dat een nieuwe beslissing geheel gelijklopend zal zijn, zoals de Staat ter zitting ook heeft verklaard. GSN heeft voorts ruimschoots de tijd gehad na de verzending van de brief van 7 november 2017 en vóór de zitting van 19 december 2017 om zich hierover te beraden. Er zijn dan ook geen gronden aanwezig om de nieuwe motivering als ontoelaatbaar buiten beschouwing te laten.

Beoordeling gunningscriteria

De enkele verwijzing door GSN naar hetgeen zij in haar inschrijving heeft vermeld en haar stelling dat zij gelet daarop wél duidelijk heeft beschreven op welke wijze de kwaliteit en efficiency van haar werkzaamheden kunnen worden gecontroleerd, is gezien het beoordelingskader van dit geding en de door de Staat gegeven toelichting, onvoldoende om uit te kunnen gaan van de juistheid van haar standpunt dat zij te weinig punten heeft gekregen. Aan de voorzieningenrechter komt slechts een beperkte toetsingsvrijheid toe wanneer het aankomt op de beoordeling van een kwalitatief criterium.

De Staat heeft toegelicht dat, verkort weergegeven, GSN slechts in zeer algemene termen heeft beschreven welke Key Performance Indicators zij voorne-

mens is toe te passen. Zij geeft daarbij niet aan hoe ze deze KPI's hanteert en al evenmin hoe de resultaten van het toepassen van de KPI's worden gebruikt om de dienstverlening vervolgens te verbeteren, aldus de Staat. GSN heeft haar standpunt daartegenover onvoldoende onderbouwd. Aan het standpunt van GSN dat de Staat de indruk heeft gewekt van vooringenomenheid en favoritisme wordt voorbij gegaan, nu GSN dit standpunt onvoldoende nader heeft onderbouwd.

Beslissing

De voorzieningenrechter wijst het gevorderde af.

*de vennootschap naar vreemd recht
GSN PROPERTY SERVICES CO., LTD.,
gevestigd in China,
eiseres,
advocaat mr. D.C. van Genderen te Rotterdam,
tegen:
de publiekrechtelijke rechtspersoon DE STAAT DER
NEDERLANDEN (MINISTERIE VAN BUITEN-
LANDSE ZAKEN),
zetelende te Den Haag,
gedaagde,
advocaat mr. I. van Drongelen te Den Haag.*

Partijen worden hierna respectievelijk aangeduid als 'GSN' en 'de Staat'.

1 De procedure

1.1. De voorzieningenrechter heeft kennis genomen van:

- de dagvaarding van 11 oktober 2017 met producties;
- de door de Staat overgelegde productie.

1.2. De op 14 november 2017 geplande mondelinge behandeling is aangehouden om partijen in de gelegenheid te stellen het geschil in onderling overleg te beëindigen. GSN heeft daarna verzocht om voortzetting van de mondelinge behandeling.

1.3. De voortgezette mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden op 19 december 2017. De Staat is daar vrijwillig verschenen. Door beide partijen zijn ter zitting pleitnotities overgelegd.

1.4. Ter zitting is vonnis bepaald op heden.

2 De feiten

Op grond van de stukken en het verhandelde ter zitting wordt in dit geding van het volgende uitgegaan.

2.1. De Staat heeft een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure georganiseerd ten behoeve van een opdracht tot, kort gezegd, het verzorgen van het technisch onderhoud van de ambassade in Beijing (hierna: de aanbesteding en/of de opdracht).

2.2. Het gunningscriterium van de aanbesteding is de economisch meest voordelige inschrijving. Het totaal aantal te behalen punten bedraagt 100, waarvan voor het onderdeel prijs 40 en voor het onderdeel kwaliteit 60 punten konden worden behaald. Het onderdeel kwaliteit is onderverdeeld in drie "wishes", te weten "unburden" met een maximaal te behalen score van 30 punten, "service" met een maximaal te behalen score van 20 punten en "Responsibility" met een maximaal te behalen score van 10 punten. De door de inschrijvers te verstrekken informatie op deze kwaliteitscriteria moest worden opgenomen in het als bijlage bij het aanbestedingsdocument gevoegde "Request for tenders response form", zo staat vermeld in hoofdstuk 4.2 "Further award criteria" van dat document.

2.3. GSN heeft tijdig op de aanbesteding ingeschreven.

2.4. Bij brief van 14 september 2017 heeft de Staat aan GSN bericht dat hij voornemens is de opdracht te gunnen aan het andere bedrijf dat op de aanbesteding heeft ingeschreven, te weten ISS World, en niet aan GSN. In deze brief staat onder meer het aantal punten vermeld dat voor de drie wensen is behaald met een korte toelichting. Ten aanzien van respectievelijk de wensen 1 en 3 wordt vermeld:

"1. Plan of Approach

The pro-active planning information was not complete in our opinion. You referred to an appendix "blueBee". The appendix wasn't send to us in your proposal.

You scored 20 points of 30 points maximum.

(...)

3. Responsibility

The discription of the information management is a strong point in this wish. The description of the annual assessment of performance is in sum. We haven't a clou how you want to apply the KPI. You don't describe the auditability of your services.

You scored 7,3 points of 10 points maximum."

De brief vermeldt vervolgens een totale score van GSN van 40,7 (voormelde scores vermeerderd met 13,3 punten op wens 2) en van ISS World van 52. Verder is in de brief opgenomen: "The price quoted

in your tender was not the lowest bid.” Ook staat in de brief vermeld dat er een termijn geldt van twintig dagen om bezwaar te maken tegen de voorlopige gunningsbeslissing, welke termijn eenmaal is verlengd.

2.5. De Staat heeft nadien desgevraagd aan GSN meegedeeld dat zij in totaal 80,67 punten heeft gescoord, waarvan 40,67 op kwaliteit. De Staat heeft niet, zoals door GSN gevraagd, aan haar inlichtingen verstrekt over de score van ISS World op het onderdeel prijs.

2.6. GSN heeft daarna tijdig dit kort geding ahangig gemaakt. Na betekening van de dagvaarding op 11 oktober 2017 maar vóór de geplande datum van de behandeling van de zaak ter zitting op 14 november 2017 heeft de Staat bij brief van 7 november 2017, voor zover thans relevant, aan GSN het volgende meegedeeld:

(...)

We have concluded that we could have provided you a more substantial and clear explanation on some parts of the award decision.

(...)

First of all, in the decision, I mistakenly mentioned that the price quoted in your tender was not the lowest bid. You did in fact offer the lowest price.

(...)

Secondly we did receive the Appendix. However, in the RFP it was clearly mentioned that the response forms should be used for drawing up the tender. Furthermore, in the response form attached to the RFP as Appendix 5a, it was clearly mentioned that the proposals on each of the three wishes should not exceed 1 page A4 (verdana 9 pt). This implies that any other information or documents not being part of the response form submitted, or any information exceeding 1 page A4 would not be assessed. You have nevertheless submitted various Appendices, including an Appendix concerning Blue Bee. In light of the requirements set out, we consider the Appendices not to be part of your proposal and did not include these Appendices in our assessment.

(...)

As to the two subcriteria on which you claim you have not been awarded the correct amount of points, I inform you as follows.

(...)

Plan of Approach

(...)

The information you provided is very general and unspecified and, consequently, did not meet the SMART criteria in full. You refer to two Appendices that we could not take into consideration.

(...)

Our assessment resulted in 20 points of the maximum total of 30 points.

Responsibility

(...)

The description of the annual assessment of performance (KPI) in the response form does not meet the SMART criteria in full. You only provide a summary of very general KPI's but you do not provide a SMART description of how the annual evaluation takes place and how the quality of the services will be revised based on this evaluation. In other words, you do not explain how you will apply the KPI's. Also, you should have included the information regarding the Blue Bee program in the response form (within the limit of an A4 page), and not in a separate Appendix. As you have not done so, we could not include this information in the assessment. Finally, your proposal does not mention anything about auditability.

Our assessment resulted in 7,3 points of 10 points maximum.

The review we have conducted does not lead to another award decision.

(...)

As a courtesy, I am prepared to extend the objection period with respect to these parts of the decision with another 20 days from now.

(...)

De Staat heeft in deze brief verder zijn excuses gemaakt voor de gemaakte fout alsmede voor bij GSN door bepaalde mededelingen ontstane verwarring en/of misvattingen.

2.7. De geplande behandeling van de zaak ter zitting op 7 november 2017 is vervolgens op verzoek van partijen aangehouden. De zitting heeft uiteindelijk plaatsgevonden op 19 december 2017 (zoals ook vermeld onder de procedure).

3 Het geschil

3.1. GSN vordert, na intrekking van haar incidentele vordering, zakelijk weergegeven:

- 1. de gunning aan ISS World in te trekken en zich te onthouden van het sluiten van een overeenkomst met ISS World ter zake van de opdracht;*
- 2. de opdracht aan GSN te gunnen, althans de inschrijvingen opnieuw te beoordelen en een nieuwe gunningsbeslissing te nemen, althans de opdracht opnieuw aan te besteden;*

3. voorwaardelijk, indien voormelde vorderingen niet worden toegewezen, de standstill-termijn met een maand na de datum van het vonnis te verlenen.

3.2. Daartoe voert GSN – samengevat – het volgende aan. De motivering van de gunningsbeslissing is ondeugdelijk. Die is ten onrechte gebaseerd op het onjuiste uitgangspunt dat GSN niet de laagste inschrijfprijs zou hebben, althans GSN heeft het gerechtvaardigde vermoeden dat de Staat de score van GSN op het onderdeel prijs niet heeft meegewogen. Dit is in strijd met het gelijkheidsbeginsel. Verder zijn in de brief van 7 november 2017 geheel nieuwe redenen aangevoerd voor de beslissing, zoals het uitsluitend hebben mogen gebruiken van een response form en het niet hebben mogen opnemen van informatie in een bijlage. Verder is als nieuwe reden aangevoerd dat de inschrijving op de eerste wens te algemeen en te weinig gespecificeerd zou zijn. Dit betreffen ontoelaatbare aanvullende motiveringen van de gunningsbeslissing, die niet kunnen dienen als grond voor puntenaftrek. De in de gunningsbrief van 14 september 2017 genoemde gronden hiervoor zijn evident onjuist, zoals betreffende het ontbreken van een bijlage en het niet omschreven zijn van de controlemogelijkheden. GSN had dan ook voor zowel wens 1 als 3 het volledige aantal punten moeten krijgen, hetgeen leidt tot een hogere totaalscore van GSN dan van ISS World.

3.3. De Staat voert gemotiveerd verweer, dat hierna, voor zover nodig, zal worden besproken.

4 De beoordeling van het geschil

4.1. De voorzieningenrechter stelt voorop dat door de brief van de Staat van 7 november 2017 als vermeld onder 2.8 de zaak inhoudelijk is gewijzigd ten opzichte van de situatie ten tijde van de dagvaarding. In de dagvaarding is GSN namelijk ingegaan op de door de Staat in zijn brief van 14 september 2017 gegeven – summier – motivering voor zijn voorlopige gunningsbeslissing. In de brief van 7 november 2017 is nieuwe informatie over deze beslissing aan GSN verstrekt. Een door de Staat gedane onjuiste mededeling ten aanzien van de prijs is in deze brief rechtgezet en hierin is een nadere toelichting gegeven over hoe bepaalde eerdere mededelingen van de Staat waren bedoeld en moeten worden begrepen. Partijen twisten over de vraag hoe het verstreken van deze nieuwe informatie moet worden gekwalificeerd en of dit toelaatbaar kan worden geacht. Volgens GSN betreft het een ontoelaatbare aan-

vullende motivering. Volgens de Staat betreft het een toelaatbare nadere onderbouwing van de reeds gegeven motivering.

4.2. Welke kwalificatie aan het verstrekken van deze nieuwe informatie moet worden gegeven, is in dit geval echter niet relevant. Ook als het een aanvulling betreft met nieuwe redenen voor de afwijzing van GSN, kunnen die in dit geval in aanmerking worden genomen. De Staat kan worden gevolgd in zijn stelling dat het mogelijk moet zijn om, indien blijkt dat er misverstanden zijn ontstaan of fouten zijn gemaakt, deze op te helderen dan wel te herstellen. De weg die in een dergelijk geval gevolgd moet worden, is het intrekken van de gegeven beslissing en het nemen van een nieuwe beslissing, met vermelding daarbij van alle redenen voor die beslissing. Daartoe is de Staat weliswaar niet met zoveel woorden overgegaan, maar uit haar inhoudelijke mededelingen blijkt genoegzaam dat zij de opdracht nog steeds wil gunnen aan ISS World waartoe de in de brief van 7 november 2017 genoemde motivering redenevend is. Daarbij heeft de Staat aan GSN een nieuwe termijn van twintig dagen gegeven om bezwaar te maken tegen die beslissing. Van enig inhoudelijk verschil met de voorgeschreven handelwijze is dan ook geen sprake. Verder mag aangenomen worden dat een nieuwe beslissing geheel gelijkkuidend zal zijn, zoals de Staat ter zitting ook heeft verklaard. GSN heeft voorts ruimschoots de tijd gehad na de verzending van de brief van 7 november 2017 en vóór de zitting van 19 december 2017 om zich hierover te beraden. Er zijn dan ook geen gronden aanwezig om de nieuwe motivering als ontoelaatbaar buiten beschouwing te laten.

4.3. GSN heeft geen inhoudelijk verweer gevoerd tegen de door de Staat in zijn brief van 7 november 2017 genoemde redenen voor zijn beslissing, waaronder ten aanzien van de redenen voor het niet in aanmerking kunnen nemen van de door GSN bij de inschrijving gevoegde bijlage Bluebee. Verder heeft de Staat inmiddels verklaard dat GSN wel de laagste prijs heeft geboden (in het eerdere bericht was volgens hem per abuis het woord “not” blijven staan, dat voorkomt in het sjabloon van de gunningsbeslissing). Deze onderdelen behoeven dan ook geen verdere bespreking.

4.4. De voorzieningenrechter heeft in het licht van al het vorenstaande ter zitting aan GSN verzocht om aan te geven welke gronden uit de dagvaarding, waarin zij is ingegaan op de eerste summier-

motivering, nog handhaaft. GSN heeft daarop in zijn algemeenheid verklaard dat zij alle daarin vermelde stellingen handhaaft, voor zover deze inmiddels niet achterhaald zijn of zij ter zitting uitdrukkelijk een andersluidend standpunt heeft ingenomen. De voorzieningenrechter gaat er gelet hierop vanuit dat GSN haar stellingen heeft willen handhaven die hierna onder 4.5, 4.6 en 4.7 worden beoordeeld. Indien dit naar de mening van GSN niet juist is, heeft te gelden dat het op haar weg had gelegen om concreet aan te geven wat nog ter beoordeling voorlag en niet te volstaan met voormelde algemene aanduiding. Het nalaten hiervan komt voor haar rekening en risico.

4.5. De enkele verwijzing door GSN naar hetgeen zij in haar inschrijving heeft vermeld en haar stelling dat zij gelet daarop wél duidelijk heeft beschreven op welke wijze de kwaliteit en efficiency van haar werkzaamheden kunnen worden gecontroleerd, is gezien het beoordelingskader van dit geding en de door de Staat gegeven toelichting, onvoldoende om uit te kunnen gaan van de juistheid van haar standpunt dat zij te weinig punten heeft gekregen. Aan de voorzieningenrechter komt slechts een beperkte toetsingsvrijheid toe wanneer het aankomt op de beoordeling van een kwalitatief criterium. Aan de aangewezen beoordelingscommissie, waarvan de deskundigheid in beginsel moet worden aangenomen, moet dienangaande de nodige vrijheid worden gegund, mede waar van een rechter niet kan worden verlangd dat deze specifieke deskundigheid bezit op het gebied van het onderwerp van de opdracht. Slechts wanneer sprake is van een onbegrijpelijke beoordeling, dan wel procedurele of inhoudelijke onjuistheden/onduidelijkheden, die zouden kunnen meebrengen dat de gunningsbeslissing niet deugt, is plaats voor ingrijpen door de rechter.

4.6. De Staat heeft toegelicht dat, verkort weergegeven, GSN slechts in zeer algemene termen heeft beschreven welke Key Performance Indicators zij voornemens is toe te passen. Zij geeft daarbij niet aan hoe ze deze KPI's hanteert en al evenmin hoe de resultaten van het toepassen van de KPI's worden gebruikt om de dienstverlening vervolgens te verbeteren, aldus de Staat. GSN heeft haar standpunt daartegenover onvoldoende onderbouwd. Daar komt bij dat GSN in haar inschrijving heeft verwezen naar haar bijlage "Bluebee" die de Staat niet in aanmerking heeft kunnen nemen.

4.7. Aan het standpunt van GSN dat de Staat de indruk heeft gewekt van vooringenomenheid en favoritisme wordt voorbij gegaan, nu GSN dit standpunt onvoldoende nader heeft onderbouwd. De enkele verwijzing naar een oorspronkelijke onjuiste mededeling van de Staat – die de Staat daarna heeft hersteld – en naar een ondoorzichtige handelwijze – hetgeen GSN niet nader heeft toegelicht – is hiervoor onvoldoende.

4.8. Voor toewijzing van de vorderingen sub 1 en 2 bestaat gezien het vorenstaande geen grond. Een (wettelijke) grondslag voor toewijzing van de vordering sub 3 ontbreekt eveneens. De vorderingen zullen daarom worden afgewezen. GSN zal, als de in het ongelijk gestelde partij, worden veroordeeld in de kosten van dit geding.

5 De beslissing

De voorzieningenrechter:

5.1. wijst het gevorderde af;

5.2. veroordeelt GSN in de kosten van dit geding, tot dusverre aan de zijde van de Staat begroot op € 1.434,-, waarvan € 816,- aan salaris advocaat en € 618,- aan griffierecht.