

NIEUWSBRIEF AANBESTEDINGSRECHT FEBRUARI 2017

Door: *Pieter Smid*

Advocaat bij Van Diepen Van der Kroef

Najaar 2016 stond ik een museum bij in een kort geding¹ tegen de verliezende inschrijver van de betreffende aanbestedingsprocedure, een procedure die ook door mij was begeleid. De eisende partij in kort geding verzocht om een herbeoordeling en meende alsnog recht te hebben op de opdracht. Het betrof de renovatie en nieuwbouw van het museum, uitgesplitst in vier percelen. Een opdracht die in een voorafgaande aanbestedingsprocedure helaas niet aan een partij kon worden gegund omdat er geen geldige inschrijvingen hadden plaatsgevonden. De opdracht moest daarom opnieuw in de markt gezet worden.

PUBLIEKRECHTELIJKE INSTELLING

Behalve de Staat en lagere overheden, zijn ook zogenoemde publiekrechtelijke instellingen aanbestedingsplichtig. Wanneer een door een (de)centrale overheid gesubsidieerde partij een grote mate van financiering ontvangt, kan deze gaan voldoen aan de definitie van publiekrechtelijke instelling, waardoor deze partij zelf als aanbestedende dienst moet worden aangemerkt. Bij het vergeven van opdrachten moet deze subsidieontvanger dan als zelfstandige aanbestedende dienst de aanbestedingsregels in acht nemen.

Kort gezegd, wordt een instelling gezien als publiekrechtelijke instelling en dus als aanbestedingsplichtig wanneer:

- Het een rechtspersoon is, en;
- De instelling in hoofdzaak door de Staat of andere publiekrechtelijke instellingen (een provincie, een gemeente, een waterschap of ander publiekrechtelijk lichaam) wordt gefinancierd of onder

toezicht daarvan staat, dan wel als de leden van het bestuur, het leidinggevend of toezichthoudend orgaan van die dienst in hoofdzaak worden aangewezen door de voormelde publiekrechtelijke lichamen en;

- De instelling tot specifiek doel heeft te voorzien in behoeften van algemeen belang anders dan die van industriële of commerciële aard.

Voorbeelden van dergelijke publiekrechtelijke instellingen zijn academische ziekenhuizen, omroepverenigingen en onderwijsinstellingen. Er is echter geen uitputtende lijst beschikbaar waarin alle publiekrechtelijke instellingen worden genoemd. Elke entiteit dient zelf te beoordelen of zij voldoet aan de definitie van 'publiekrechtelijke instelling'. Bijvoorbeeld ten aanzien van woningcorporaties lijkt deze discussie ook nog niet geheel beslecht.

Het museum dat ik in dit geval bijstond, is op basis van de voormelde criteria aan te merken als een publiekrechtelijke instelling en daarmee (boven bepaalde drempelbedragen) aanbestedingsplichtig. Zij had de opdracht dus in een tweede aanbesteding gegund aan de winnende inschrijver en dacht dat daarmee de kous ditmaal wel af zou zijn. Eén mislukte aanbesteding was in dit project wat haar betreft immers wel voldoende.

KORT GEDING

De verliezende inschrijver had tegen de uitkomst van deze aanbestedingsprocedure echter een paar grote bezwaren en liet het er niet bij zitten. Allereerst vond zij dat de

¹ Rb Den Haag (vzr.) 27 oktober 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:13154

procedureregels formeel waren geschonden doordat de aanbestedingsleidraad van het museum geen ruimte zou bieden voor het toekennen van halve punten aan de winnende inschrijver. Daarnaast vond deze teleurgestelde nummer twee dat de beoordeling ook inhoudelijk onjuist was en tekort schoot. Dit werd volgens haar mede veroorzaakt door het feit dat het museum niet of onvoldoende duidelijk zou hebben gemaakt op welke onderdelen de winnende inschrijver beter was dan zij en waarom.

PROCEDURE GEWONNEN, BEOORDELINGSKADER BLIJFT IN STAND

De Voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag oordeelde echter dat de beoordeling door het museum in stand kon blijven, omdat deze beoordeling formeel en inhoudelijk naar zijn mening juist en begrijpelijk was.

Ten aanzien van de formele bezwaren overwoog de rechter dat in dit geval – anders dan in bijvoorbeeld de uitspraak van de rechtbank 's-Hertogenbosch van 16 mei 2011 (ECLI:NL:RBSHE:2011:BQ5070) die door de eisende partij was opgevoerd – de leidraad geen uitdrukkelijk verbod bevatte op het toekennen van halve punten. Hele punten vormden immers volgens de leidraad van het museum slechts 'het uitgangspunt'. De gehanteerde verdelingsschaal stond hier dus aan toekenning van halve punten niet in de weg. Daar kwam bij, ook volgens de rechtbank, dat de afronding naar beneden van alle halve punten bij de winnaar geen verschil had gemaakt voor de einduitslag. Ook dan had de nu winnende inschrijver de beide percelen waar het hier om ging gewonnen.

Los van het feit dat dus het belang van de klagende inschrijver een belangrijke rol speelt (maakt het wel wat uit wanneer geen halve punten waren toegekend?) benadrukt de rechtbank hier dus ook de cruciale rol van de

tekst van de aanbestedingsstukken. Voor aanbestedende diensten dus opnieuw een bevestiging dat zij veel aandacht moeten besteden aan de vastlegging van de beoordelingssystematiek en het vervolgens op een juiste wijze toepassen daarvan.

NOG STEEDS MARGINAAL TOETSEN?

Ten aanzien van de inhoudelijke beoordeling overwoog de rechter vervolgens:

'De voorzieningenrechter stelt (...) voorop dat enige mate van subjectiviteit inherent is aan de beoordeling van kwalitatieve subsubgunningscriteria, zoals hier aan de orde. Weliswaar staat dat op enigszins gespannen voet met de objectieve beoordelingssystematiek van het aanbestedingsrecht en de daarop toepasselijke beginselen van transparantie en gelijke behandeling, maar het behoeft als zodanig nog niet met zich te brengen dat ook daadwerkelijk sprake is van strijd met dat recht en/of die beginselen.

Van belang is dat i) het voor een potentiële inschrijver volstrekt duidelijk is wat er van hem wordt verwacht, (ii) de inschrijvingen aan de hand van een zo objectief mogelijk systeem worden beoordeeld en (iii) de gunningsbeslissing zodanig inzichtelijk wordt gemotiveerd dat het voor een afgewezen inschrijver mogelijk is om de wijze waarop de beoordeling heeft plaatsgevonden te toetsen.

Voor het overige komt aan de voorzieningenrechter slechts een marginale toetsingsvrijheid toe wanneer het aankomt op de beoordeling van een kwalitatief criterium. Aan de aangewezen – deskundige – beoordelingscommissie moet dienaangaande de nodige vrijheid worden gegund, te meer nu van de rechter niet kan worden verlangd dat hij specifieke deskundigheid bezit op het gebied van het onderwerp van de opdracht. Slechts

wanneer sprake is van procedurele dan wel inhoudelijke onjuistheden en/of onduidelijkheden, die zouden kunnen meebrengen dat de gunningsbeslissing niet deugt, is plaats voor ingrijpen door de rechter.

De door [X] voorgestane 'volle toetsing' van het gunningsvoornemen ontbeert in het licht van het voorgaande een wettelijke en/of jurisprudentiële basis en kan dan ook in deze procedure niet worden aangelegd. Een dergelijke 'volle toetsing' leidt er immers toe dat vertrouwelijke en concurrentiegevoelige informatie van in dit geval [Y] openbaar moet worden gemaakt, hetgeen de rechtmatige commerciële belangen van deze ondernemer kan schaden en/of afbreuk kan doen aan de eerlijke mededinging.'

De rechter geeft met een weergave van deze bestendige lijn dus duidelijk aan dat de marginale toetsing wat hem betreft nog steeds leidend is in een kort gedingprocedure en dat voor een volle toetsing geen plaats is. Slechts als de gunningsbeslissing procedureel of inhoudelijk 'niet deugt' is plaats voor ingrijpen, aldus de rechtbank.

De eisende partij had hier een beroep gedaan op een kentering die volgens haar zichtbaar lijkt in de richting van een meer volle toetsing – ook in het Nederlandse kort geding – op basis van de conclusie van AG Campos Sánchez - Bordona bij Connexxion/Staat (HvJ EU 30 juni 2016, C-171/15, ECLU:EU:C:2015:506). De rechterlijke toetsing in kort geding die beperkt blijft tot een redelijkheidstoets van het gunningsbesluit, zou volgens de AG onvoldoende zijn als deze niet gevolgd wordt door een bodemprocedure en niet voldoen aan artikel 2 van de Rechtsbeschermingsrichtlijn 89/665. Om deze reden bepleitte de eisende partij dus een inhoudelijke beoordeling van het gunningsbesluit in volle omvang.

De rechter is hier in dit geval echter niet in mee gegaan. Een volle toetsing van het

gunningsbesluit zou volgens de rechtbank ook leiden tot openbaarmaking van vertrouwelijke en concurrentiegevoelige informatie van de winnaar en daarmee afbreuk doen aan de eerlijke mededinging.

Het blijft echter wel interessant te volgen welke rol het advies van de AG in de genoemde procedure in de toekomst wellicht nog gaat spelen bij de marginale toetsing van het gunningsbesluit in kort geding, ook omdat het Hof zich uiteindelijk niet heeft uitgelaten over dit onderdeel (HvJ EU 14 december 2016, C-171/15, ECLI:EU:C:2016:948).

Dat onvoldoende aandacht zou zijn besteed door het museum in haar gunningsbesluit aan de redenen waarom de winnende inschrijver beter had gescoord dan de eisende partij, vond de rechter niet. Hij overwoog dat het museum met het overleggen van de beoordelingsmatrix in voldoende mate mededeling had gedaan van de relevante redenen van haar voorlopige gunningsbeslissing als bedoeld in artikel 2.130, tweede lid, AW 2012. Uit die matrix bleken immers a) de eindscores en de scores op de (sub)subgunningscriteria van beide partijen en b) de redenen waarom aan de nummer twee op de diverse (sub)subgunningscriteria niet de maximale score was toegekend.

Tot slot overwoog de rechter ook nog dat het niet aan een aanbestedende dienst is om op alle onderdelen aan te geven hoe een inschrijver de maximale score kan behalen, omdat daarmee 'elke innovatie, creativiteit of ieder zelfstandig denkproces bij de inschrijvers wordt geëcarteerd.' Aan een gunningssystematiek zoals hier aan de orde was, is dus volgens de rechter inherent dat een inschrijvende partij de ruimte wordt geboden om op eigen wijze aan te geven hoe hij de gewenste kwaliteit invult. Daardoor wordt hij optimaal gestimuleerd om inventief in te schrijven en kenbaar te maken begrip en inzicht te hebben voor c.q. in die aspecten van de opdracht die volgens hem relevant zijn voor de aanbestedende dienst.

Het museum heeft dus gelukkig over kunnen gaan tot definitieve gunning aan de winnende inschrijver en de renovatie en de bouw van het nieuwe museum zijn inmiddels al weer een tijdje aan de gang. Als alles volgens planning verloopt, is het nieuwe museum begin 2019 weer toegankelijk voor het publiek.

OVER DE AUTEUR

Pieter Smid is gespecialiseerd in het aanbestedingsrecht en het mededingingsrecht. Hij begeleidt diverse publiekrechtelijke instellingen en inschrijvers bij aanbestedingen en bij procedures over aanbestedingen. Op het gebied van het mededingingsrecht adviseert hij ondernemers over de grenzen van onderlinge contractuele afspraken. Hij is lid van de Nederlandse Vereniging voor Mededingingsrecht (VvM) en van de Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht (NVvA). Hij verzorgt regelmatig workshops en trainingen op het gebied van het aanbestedingsrecht en het contractenrecht.



VRAGEN?

Hebt u vragen naar aanleiding van deze nieuwsbrief of wilt u deze en/of volgende nieuwsbrieven graag ontvangen op uw eigen e-mailadres, wendt u zich dan tot:

Pieter Smid
Van Diepen Van der Kroef
Maliebaan 10a
3581 CN Utrecht
e-mail: p.smid@vandiepen.com
telefoon: 030- 236 46 00