

## Advies 30

### 1. Feiten

- 1.1 Beklaagde heeft op 26 februari drie ondernemingen – waaronder klager – uitgenodigd om deel te nemen aan een marktconsultatie in het kader van de voorbereiding van de aanbesteding van een opdracht voor de uitvoering van brandweertrainingen. Deze marktconsultatie heeft op 20 maart 2013 plaatsgevonden.
- 1.2 Vervolgens heeft beklagde een meervoudig onderhandse procedure uitgevoerd voor de aanbesteding van de hiervoor genoemde opdracht welke in vijf kavels was onderverdeeld. Voor deze procedure heeft beklagde op 24 mei 2013 vijf ondernemingen – waaronder klager – tot het doen van een inschrijving uitgenodigd. Drie van de uitgenodigde ondernemingen – waaronder klager - hebben een inschrijving ingediend.
- 1.3 Beklaagde heeft de opdracht omstreeks 18 juli 2013 vervolgens gegund aan inschrijver X. Klager is als tweede geëindigd met betrekking tot alle kavels waarop zij had ingeschreven. Beklaagde heeft op 30 augustus 2013 de inschrijving van X. aanvaard. Op 2 oktober 2013 heeft ondertekening van de overeenkomst plaatsgevonden.

### 2. Beschrijving klacht

- 2.1 (Klachtonderdeel 1) Beklaagde heeft niet aan haar motiveringsverplichting voldaan met betrekking tot de gunningsbeslissing.
- 2.2 (Klachtonderdeel 2) Beklaagde heeft geweigerd haar keuze voor de onderhandse procedure alsmede voor de daartoe uitgenodigde ondernemingen te motiveren.
- 2.3 (Klachtonderdeel 3) Beklaagde heeft voor onderhavige opdracht ten onrechte geen passende mate van openbaarheid in acht genomen nu ter zake sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang.

### 3. Onderbouwing klacht

- 3.1 (Klachtonderdeel 1) Klager heeft enkel een scorelijstje met door inschrijvers behaalde scores van beklagde ontvangen, zonder enige adequate toelichting. Op basis van de door beklagde verstrekte informatie kan klager geenszins begrijpen waarom de winnende inschrijving van X. boven haar inschrijving is verkozen. De door beklagde verstrekte informatie voldoet naar het oordeel van klager niet aan de normen van transparantie en toetsbaarheid.
- 3.2 (Klachtonderdeel 2) Bij brief van 9 augustus 2013 heeft de raadsman van beklagde namens beklagde een summier motivering gegeven met betrekking tot de keuze van de uitgenodigde ondernemingen. De motivering van beklagde met betrekking tot de keuze van de onderhands meervoudige aanbestedingsprocedure is (summier) af te leiden uit de reactie van beklagde op onderdeel 3 van de klacht, met welk standpunt klager zich niet kan verenigen.

- 3.3 (Klachtonderdeel 3) Klager heeft eind juli 2013 van een in Duitsland gevestigde onderneming vernomen dat deze onderneming niet op de hoogte is geweest van de door beklagde georganiseerde onderhandse aanbestedingsprocedure. Voornoemde Duitse onderneming is een onderneming die met regelmaat inschrijft op Nederlandse aanbestedingen voor opdrachten die vergelijkbaar zijn met de opdracht die thans door beklagde is aanbesteed. Beklaagde handelt hiermee naar het oordeel van klager in strijd met de op beklagde rustende verplichtingen voortvloeiende uit de fundamentele regels van het VWEU alsmede in strijd met de Aanbestedingswet 2012, in het bijzonder afdeling 2.1.3, artikel 2.39 lid 3.
- 3.4 Een meer uitgebreide onderbouwing van de klacht is door de raadsman van klager uiteengezet in diens brieven aan beklagde van 6 en 13 augustus 2013.

#### **4. Aangedragen suggestie(s) tot verhelpen van de klacht**

Beklaagde moet de uitsluiting herzien en de aanmelding alsnog beoordelen.

#### **5. Reactie beklagde**

- 5.1 (Klachtonderdeel 1) Beklaagde stelt aan klager de scorematrix te hebben overlegd waaruit blijkt hoeveel punten zij heeft gescoord op de verschillende subgunningscriteria. Een beoordelingscommissie heeft de subgunningscriteria (m.u.v. de prijs) beoordeeld en voorzien van een individuele score per onderdeel. Uit deze individuele scores is vervolgens één gemiddelde score per inschrijver, per perceel en per onderdeel berekend. Deze gemiddelde scores zijn vervolgens verwerkt in de scorematrix, welke aan de inschrijvers is verstrekt. Ook de verschillende prijzen zijn daarmee bekend gemaakt. Uit de scorematrix wordt volgens beklagde duidelijk dat klager kwalitatief beter heeft gescoord dan de inschrijver met wie beklagde inmiddels heeft gecontracteerd, maar dat de prijs uiteindelijk doorslaggevend is. Beklaagde is van oordeel dat zij met de aldus gegeven motivering heeft voldaan aan haar motiveringsverplichting en stelt dat dit oordeel wordt ondersteund door de Memorie van Toelichting bij de Aanbestedingswet 2012, in het bijzonder p. 51-52 en door de Memorie van Toelichting bij de Wira op p.7.
- 5.2 (Klachtonderdeel 2) Beklaagde stelt te hebben geopteerd voor de meervoudige onderhandse procedure omdat zij door de marktconsultatie en de ervaringen van de gemeentelijke inkopers weet welke partijen kunnen leveren wat zij vraagt. Door vijf partijen uit te nodigen was de concurrentie bovendien ruimschoots gewaarborgd. Een openbare procedure zou derhalve in de optiek van beklagde niet veel toevoegen.
- 5.3 (Klachtonderdeel 3) Beklaagde stelt niet te kunnen inzien welk (processueel) belang klager heeft bij het instellen van het derde klachtonderdeel. Klager is in de gelegenheid gesteld om een inschrijving in te dienen en is dus niet benadeeld door het eventueel niet in acht nemen van een passende mate van openbaarheid door beklagde. Voorkomen moet worden dat de Commissie slechts adviezen geeft over theoretische kwesties zonder dat de betrokken partijen enig belang hebben bij de uitkomst. In zoverre dient volgens beklagde art. 3:303 BW analoog te worden toegepast.

#### **6. Beoordeling**

- 6.1 Klachtonderdeel 1

- 6.1.1 Met betrekking tot onderdeel 1 van de klacht oordeelt de Commissie als volgt. Tussen klager en beklagde staat niet ter discussie dat beklagde haar gunningsbeslissing heeft gemotiveerd door een scoretabel te overleggen. Wat tussen hen ter discussie staat, is of beklagde daarmee heeft voldaan aan een eventueel op haar rustende motiveringsverplichting.
- 6.1.2 Bij de beantwoording van deze vraag stelt de Commissie vorop dat beklagde een aanbestedende dienst in de zin van art. 1.1 Aw 2012 is en dat beklagde heeft gekozen voor de toepassing van een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure. Bij de toepassing van een dergelijke procedure is alleen het bepaalde in afdeling 1.2.4 van de Aw 2012 van toepassing. In het tot die afdeling behorende art. 1.15 lid 2 is bepaald: "De aanbestedende dienst of het speciale sectorbedrijf, bedoeld in het eerste lid, deelt aan alle inschrijvers de gunningsbeslissing met de relevante redenen voor deze beslissing mee".
- 6.1.3 De te beantwoorde vraag is vervolgens of beklagde met het enkel overleggen van een scoretabel heeft voldaan aan het in voornoemde bepaling gestelde vereiste dat een aanbestedende dienst de relevante redenen voor haar gunningsbeslissing meedeelt.
- 6.1.4 Beklagde stelt dat deze vraag bevestigend moet worden beantwoord en voert daartoe twee argumenten aan. In de eerste plaats verwijst beklagde op het gestelde in de Memorie van Toelichting bij de Aw 2012, blz. 51-52: 'Aan transparantie in de motivering van de gunning is in ieder geval voldaan wanneer er een geanonimiseerde matrix met daarin de totaal scores per inschrijver per subcriterium verstrekt wordt (aldus: Voorzieningenrechter Rechtbank Utrecht van 28 januari 2009, LJN: BH1082, 259971 KG ZA 08-1279).' Daarnaast verwijst beklagde naar de Memorie van Toelichting bij de Wira op blz. 7.
- 6.1.5 De Commissie is van oordeel dat uit de Memorie van Toelichting bij de Wira niet kan worden opgemaakt dat een aanbestedende dienst enkel door het overleggen van een scoretabel reeds kan voldoen aan haar (motiverings)verplichting tot het meedelen van de relevante redenen voor haar gunningsbeslissing. Op blz. 94 van de Memorie van Toelichting bij de Aw 2012 valt immers te lezen:

'Evenals in de Wira is er in dit wetsvoorstel voor gekozen om met betrekking tot de motivering niet te volstaan met een samenvatting van de relevante redenen, maar alle relevante redenen op te nemen.'

Met deze passages verwijst de wetgever naar hetgeen hij naar het oordeel van de Commissie in de kern tot uitdrukking heeft willen brengen op blz. 6-7 en blz. 18 van de Memorie van Toelichting bij de Wira: een aanbestedende dienst die enkel een scoretabel als onderbouwing van de gunningsbeslissing overlegt, biedt een inschrijver onvoldoende houvast om te kunnen beoordelen of het aanhangig maken van een juridische procedure zinvol is.

- 6.1.6 Met betrekking tot de verwijzing door beklagde naar de passage op blz. 51-52 van de Memorie van Toelichting bij de Aw 2012 is de Commissie van oordeel dat uit die passage alleen blijkt dat met het overleggen van een geanonimiseerde matrix wordt voldaan aan het vereiste dat de motivering van de gunningsbeslissing transparant dient te zijn. Daarmee staat echter nog niet vast dat met het enkel overleggen van een dergelijke matrix ook de relevante redenen voor de gunningsbeslissing afdoende zijn meegedeeld. Ook overigens is het zo dat naast de door de wetgever geciteerde uitspraak van de Utrechtse Voorzieningenrechter ook (veel) andere jurisprudentie over de onderhavige materie is geweest en dat uit die jurisprudentie blijkt – ook de doctrine signaleert dit – dat een aanbestedende dienst niet kan volstaan met het

overleggen van een scoretabel, maar inzichtelijk zal moeten maken waarom de inschrijvers een bepaalde score hebben gekregen met betrekking tot die aspecten van hun inschrijvingen die zijn beoordeeld aan de hand van de door de aanbestedende dienst gehanteerde kwalitatieve subgunningscriteria.

6.1.7 De Commissie is van oordeel dat in de wetsgeschiedenis geen steun kan worden gevonden voor het standpunt van beklagde dat een aanbestedende dienst met het enkel overleggen van een scoretabel kan voldoen aan het vereiste dat een aanbestedende dienst de relevante redenen voor haar gunningsbeslissing meedeelt. De Commissie realiseert zich in dat verband dat die wetsgeschiedenis vooral betrekking heeft op de toepassing van het vereiste in het kader van Europese openbare procedures. Dat het in deze zaak gaat om de toepassing van het vereiste in het kader van een meervoudig onderhandse procedure, maakt het oordeel volgens de Commissie echter niet anders. Uit de wetsgeschiedenis blijkt immers niet dat de wetgever een andere toepassing voor ogen heeft gehad van het vereiste zoals verwoord in art. 1.15 lid 2 Aw 2012 (zie blz. 56 Memorie van Toelichting Aw 2012 bij het – toen nog – art. 1.14 lid 2). Ook overigens valt niet in te zien hoe een aanbestedende dienst met het enkel overleggen van een scoretabel een inschrijver bij een meervoudig onderhandse procedure voldoende houvast zou bieden om te kunnen beoordelen of het aanhangig maken van een juridische procedure zinvol is.

## 6.2 Klachtonderdelen 2 en 3

Met betrekking tot de onderdelen 2 en 3 van de klacht oordeelt de Commissie als volgt. Zelfs in het geval dat beklagde haar in die onderdelen omschreven verplichtingen niet zou hebben nageleefd – de Commissie laat dat hier verder in het midden – is klager daardoor niet zodanig in haar belangen geschaad dat zij met succes daartegen kan opkomen. Klager is immers door beklagde uitgenodigd tot deelname aan de onderhavige aanbestedingsprocedure en heeft in zoverre een faire kans gekregen op het verwerven van de onderhavige opdracht. Dat andere ondernemingen die kans – mogelijk ten onrechte – niet hebben gekregen, doet aan het voorgaande niet af.

## 7. **Advies**

De Commissie acht onderdeel 1 van de klacht **gegrond** en acht de onderdelen 2 en 3 van de klacht **ongegrond**.

Den Haag, 25 oktober 2013

w.g.:  
Mr. J.G.J. Janssen  
Voorzitter

Prof.mr. C.E.C. Jansen  
Vicevoorzitter