

Advies 86

1. Feiten

- 1.1 Beklaagde heeft een Europese openbare aanbesteding gehouden voor het plaatsen en onderhouden van warme drankenautomaten en het leveren van ingrediënten. Het gehanteerde gunningscriterium is economisch meest voordelige inschrijving. Dit gunningscriterium is in het aanbestedingsdocument uitgewerkt in de nadere criteria prijs, duurzame ingrediënten, implementatie, onderhoud, flexibiliteit en bestelsysteem ingrediënten en disposables. De beoordeling op de nadere criteria implementatie, onderhoud, flexibiliteit en bestelsysteem ingrediënten en disposables vindt volgens het aanbestedingsdocument plaats door een deskundig team dat de inschrijvingen zal beoordelen met de cijfers 1 (onvoldoende, gevraagde onderdelen ontbreken of beschrijving voldoet niet aan de vraag), 6 (voldoende, beschrijving is compleet en voldoet aan de vraag) of 10 (uitstekend, beschrijving is compleet, voldoet aan de vraag en het aangeboden biedt duidelijk meer voordelen voor de aanbestedende dienst).
- 1.2 Klager heeft een inschrijving voor de opdracht gedaan.
- 1.3 Bij brief van 5 februari 2014 heeft beklagde aan klager bericht dat haar inschrijving niet als economisch meest voordelige inschrijving is aangemerkt. De inschrijving van klager is op de tweede plaats geëindigd. In de brief van 5 februari 2014 is per nader criterium aangegeven hoe de score van klager op het betreffende criterium tot stand is gekomen. Klager blijkt op het criterium 'prijs' en op de kwalitatieve criteria 'duurzame ingrediënten' en 'bestelsysteem' maximaal te hebben gescoord. Op de kwalitatieve criteria 'implementatie', 'onderhoud' en 'flexibiliteit' heeft klager een 6 gescoord. Verder is in de brief de totaalscore van de winnende inschrijving vermeld.
- 1.4 Klager heeft bij brief van 14 februari 2014 beklagde verzocht om een nadere motivering van de bij brief van 5 februari 2014 meegedeelde gunningsbeslissing en in het bijzonder om het bekend maken van de kenmerken en voordelen van de winnende inschrijving. In een brief van 18 februari 2014 heeft beklagde in reactie op het verzoek van klager meegedeeld niet gehouden te zijn de kenmerken en voordelen van de winnende inschrijving bekend te maken, omdat de gerechtvaardigde commerciële belangen van de winnaar daardoor worden geschaad.

2. Beschrijving klacht

- 2.1 Klager stelt dat de verstrekte motivering niet voldoet aan de eisen waaraan een motivering van een gunningsbeslissing moet voldoen krachtens artikel 2.130 Aw 2012. Een deugdelijke motivering noopt niet tot schending van de commerciële belangen van de winnaar.

3. Onderbouwing klacht

- 3.1 Klager voert aan dat een aanbestedende dienst op grond van artikel 2.130 Aw 2012 verplicht is de relevante redenen van de gunningsbeslissing mee te delen, waarbij onder "relevante redenen" in ieder geval worden verstaan de kenmerken en voordelen van de winnende inschrijving. In de door beklagde verstrekte motivering zijn de kenmerken en voordelen van de winnende inschrijving niet benoemd, maar is volstaan met het vermelden van de totaalscore van de winnaar. Naar het oordeel

van klager staan de commerciële belangen van de winnaar niet in de weg aan het verstrekken van een nadere motivering. De commerciële belangen spelen primair een rol bij de prijsstelling van de winnaar en daar vraagt klager niet om. Voorts is sprake van een reguliere EMVI procedure waarbij de kwaliteit wordt beoordeeld op basis van vooraf bekend gemaakte criteria. Indien beklagde niet bereid is om de beoordeling bekend te maken, had daarmee rekening moeten worden gehouden in de keuze voor de procedure en/of de criteria. Tot slot meent klager dat een deugdelijke motivering kan worden verstrekt zonder dat de commerciële belangen van de winnaar worden geschaad.

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

- 4.1 Klager wenst een aanvullende motivering te verkrijgen waaruit kan worden afgeleid waarom haar inschrijving op de gunningscriteria 'implementatie', 'onderhoud' en 'flexibiliteit' minder heeft gescoord dan de winnende inschrijving.

5. Reactie beklagde

- 5.1 Beklaagde voert aan dat de inschrijving van klager op de onderdelen 'implementatie', 'onderhoud' en 'flexibiliteit' voldoet aan hetgeen is gevraagd, maar geen duidelijke extra voordelen biedt voor de aanbestedende dienst. Om die reden is aan de inschrijving van klager op de betreffende gunningscriteria de score 6 toegekend. De inschrijving van de winnaar bevat daarentegen wel duidelijke voordelen voor de aanbestedende dienst. Beklaagde meent met haar brieven van 5 februari 2014 en 14 februari 2014 te hebben voldaan aan haar motiveringsplicht.
- 5.2 Verder voert beklagde aan dat het haar niet vrij staat om aan klager stukken of gegevens uit de inschrijving van andere inschrijvers te verstrekken in verband met het bepaalde in artikel 2.138, aanhef, sub c en sub d Aw 2012, waarin is bepaald dat een aanbestedende dienst bepaalde gegevens betreffende de gunning niet bekend maakt, indien openbaarmaking de rechtmatige commerciële belangen van ondernemers zou kunnen schaden (sub c) of afbreuk zou kunnen doen aan de eerlijke mededinging tussen ondernemers (sub d).
- 5.3 Indien beklagde de voordelen van de inschrijving van de winnaar zou omschrijven, zou dat bovendien ook de belangen van de aanbestedende dienst kunnen schenden. Een deskundig lezer als klager zou daaruit informatie kunnen destilleren over de inhoud van de inschrijving van de winnaar en zou daarmee in een eventuele heraanbesteding zijn voordeel kunnen doen ten nadele van de winnaar. Daarmee zou het voor beklagde vrijwel onmogelijk worden om een eerlijke heraanbesteding te organiseren.

6. Beoordeling

- 6.1 Bij de beoordeling van de klacht stelt de Commissie voorop dat de mededeling van een gunningsbeslissing op grond van artikel 2.130 lid 1 *jo.* lid 2 Aw 2012 de relevante redenen voor die beslissing dient te bevatten, waaronder in ieder geval de kenmerken en voordelen van de uitgekozen inschrijving worden verstaan.
- 6.2 Uit de Memorie van Toelichting bij de Aw 2012 (blz. 94) blijkt dat de wetgever voor wat betreft de ratio van deze motiveringsplicht aansluiting heeft gezocht bij art. 6 van de Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden (Wira). De motiveringsplicht heeft tot doel effectieve rechtsbescherming mogelijk te maken.

Aan de hand van de motivering dient een afgewezen inschrijver te kunnen vaststellen waarom zijn inschrijving niet als winnende inschrijving is beoordeeld en dient hij

te kunnen controleren of de aanbestedende dienst de vooraf bekend gemaakte gunningscriteria op een juiste wijze heeft toegepast (Memorie van Toelichting Wira, blz. 18).

- 6.3 Met betrekking tot de vraag wat de wetgever heeft bedoeld met "relevante redenen (...) waaronder in ieder geval de kenmerken en voordelen van de uitgekozen inschrijving", stelt de Memorie van Toelichting bij de Aw 2012 (blz. 94):

'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.' (*Onderstreping Commissie*).

Met deze passage verwijst de wetgever naar hetgeen hij in de kern tot uitdrukking heeft willen brengen op blz. 6-7 en blz. 18 van de Memorie van Toelichting bij de Wira: Een motivering aan de hand waarvan een afgewezen inschrijver niet kan vaststellen waaruit de verschillen tussen zijn inschrijving en die van de winnaar bestaan en aan de hand waarvan dus evenmin kan worden beoordeeld of die verschillen een verschil in waardering en daarmee de uitkomst van de aanbesteding kunnen rechtvaardigen, voldoet niet aan de wettelijke eisen.

- 6.4 De Commissie constateert dat beklagde in haar brief van 5 februari 2014 de eindscores van de geselecteerde ondernemer en van de afgewezen inschrijver heeft bekend gemaakt. Voorts zijn de punten die op de specifieke kenmerken door klager zijn behaald door beklagde bekend gemaakt. In zoverre wordt voldaan aan de eisen die de wet stelt aan de motivering van de gunningsbeslissing.
- 6.5 De motivering die beklagde aan klager heeft verstrekt met betrekking tot diens scores op de criteria 'implementatie', 'onderhoud' en 'flexibiliteit', houdt echter niet meer in dan de mededeling dat de inschrijving van klager geen duidelijke extra voordelen voor de aanbestedende dienst biedt. In het kader van de onderhavige klachtprocedure heeft beklagde daaraan toegevoegd dat de inschrijving van de winnaar dergelijke voordelen wél biedt. Beklagde heeft echter geen inhoudelijke mededelingen gedaan over de aard van de voordelen van de winnende inschrijving. Daardoor is het voor klager niet mogelijk om aan de hand van de motivering inhoudelijk te beoordelen of beklagde in redelijkheid tot zijn gunningsbeslissing heeft kunnen komen. De door beklagde verstrekte motivering voldoet daarmee niet aan de eisen die daaraan worden gesteld in artikel 2.130 Aw 2012.
- 6.6 Beklagde is van oordeel dat het achterwege laten van een nadere inhoudelijke motivering gerechtvaardigd is in verband met de rechtmatige commerciële belangen van de winnaar dan wel met het oog op de eerlijke mededinging tussen inschrijvers (artikel 2.138 sub c en sub d Aw 2012). In dit verband heeft beklagde aangevoerd dat het verstrekken aan klager van de beschrijvingen van de winnaar op de onderdelen 'implementatie', 'onderhoud' en 'flexibiliteit' veel verder gaat dan waartoe beklagde op grond van de motiveringsplicht is gehouden.
- 6.7 Bij de beoordeling van dit argument stelt de Commissie voorop dat klager – anders dan in de zaak waarnaar beklagde verwijst en die heeft geleid tot het vonnis in kort geding van de Rechtbank Oost-Brabant van 6 december 2013 (ECLO:NL:RBOBR:2013:6831) – niet verzoekt om inzage in (onderdelen van) de inschrijving van de winnaar. De vraag of het inwilligen van een dergelijk verzoek verenigbaar is met de rechtmatige commerciële belangen van de winnaar en/of af-

breuk kan doen aan de eerlijke mededinging tussen inschrijvers is derhalve niet aan de orde.

- 6.8 De Commissie onderkent dat beklagde bij het invullen van de op haar rustende motiveringsplicht rekening dient te houden met de gerechtvaardigde commerciële belangen van de winnaar en dat van beklagde in beginsel niet gevraagd mag worden om in strijd daarmee te handelen. De Commissie acht het echter niet aanneemelijk dat beklagde geen enkele nadere inhoudelijke motivering kan verstrekken zonder schending van de gerechtvaardigde commerciële belangen van de winnaar. Zo wijst de Commissie er op dat ook een motivering denkbaar is waarin inzicht wordt gegeven in de kenmerken van de winnende inschrijving in termen van aangeboden resultaten, zonder inzage te geven in de daaraan ten grondslag liggende commercieel vertrouwelijke oplossingen.
- 6.9 Tot slot heeft beklagde aangevoerd dat een omschrijving van de voordelen van de winnende inschrijving zou leiden tot schending van de belangen van de aanbestedende dienst, omdat het daarna voor beklagde vrijwel onmogelijk zou zijn om nog een eerlijke heraanbesteding te organiseren. Naar aanleiding hiervan overweegt de Commissie dat het door beklagde geschetste belang geen afbreuk kan doen aan de op haar rustende wettelijke motiveringsplicht. Het belang van beklagde bij de mogelijkheid van een heraanbesteding brengt dan ook niet mee dat een deugdelijke motivering achterwege kan blijven. Overigens is de Commissie van oordeel dat het verstrekken van een motivering waarin de kenmerken van de winnende inschrijving worden beschreven, zonder dat daaraan ten grondslag liggende commercieel vertrouwelijke oplossingen worden prijsgegeven, niet leidt tot een situatie waarin klager in een eventuele heraanbesteding een voordeel zou hebben ten nadele van de winnaar.

7. Advies

De Commissie acht de klacht **gegrond**.

8. Aanbeveling

De Commissie beveelt aan dat beklagde alsnog een motivering aan klager verstrekt zoals in 6.8 van het advies bedoeld.

De Commissie heeft zich ten behoeve van dit advies laten bijstaan door mr. B. Le Haen - de Croon die als Commissie-Expert aan de Commissie is verbonden.

Den Haag, 3 april 2014

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

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