

Aanbestedingsrecht



Lieke Knoups
Severijn Hulshof Advocaten

De motiveringsplicht van de aanbestedende dienst

De motivering van de gunningsbeslissing leidt in de praktijk met de nodige regelmaat tot discussies tussen de aanbestedende dienst en de afgewezen inschrijver(s). Aangenomen mag worden dat een aanbestedende dienst, een overheidsorgaan, op zijn woord geloofd kan worden. De wetgever heeft echter expliciet bepaald dat de gunningsbeslissing gemotiveerd dient te worden. Hoever reikt deze uit het transparantiebeginsel voortvloeiende motiveringsplicht? Is de aanbestedende dienst bijvoorbeeld ook gehouden om de prijs van de winnende inschrijver kenbaar te maken?

Motiveringsplicht in de wet

De motiveringsplicht is voor Europese aanbestedingen opgenomen in artikel 2.130 Aanbestedingswet 2012 (Aw 2012). Artikel 2.130 lid 1 Aw 2012 bepaalt dat de gunningsbeslissing de relevante redenen van deze beslissing dient te bevatten. Onder relevante redenen dient op grond van artikel 2.130 lid 2 Aw 2012 in ieder geval te worden verstaan: de kenmerken en relatieve voordelen van de uitgekozen inschrijving alsmede de naam van de begunstigde. Voor meervoudig onderhandse procedures is de motiveringsplicht opgenomen onder artikel 1.15 lid 2 Aw 2012. Zowel de burgerlijke rechter¹ als de Commissie van Aanbestedingsexperts² is van oordeel dat de strekking van artikel 1.15 lid 2 Aw 2012 hetzelfde is als die van artikel 2.130 Aw 2012.

Artikel 2.130 Aw 2012 is overgenomen uit de in 2013 vervallen Wet im-

plementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden (Wira). Uit de memorie van toelichting bij de Aw 2012 blijkt dat de wetgever er – net als in de Wira – voor gekozen heeft om met betrekking tot de motivering niet te volstaan met een samenvatting van de relevante redenen, maar een verplichting alle relevante redenen op te nemen. Alle relevante redenen dienen in de gunningsbeslissing te worden vermeld. Dit brengt volgens de Hoge Raad tevens met zich dat de relevante redenen, zoals opgenomen in de gunningsbeslissing, in een later stadium niet mogen worden aangevuld door de aanbestedende dienst.³

Relevante redenen bij gunningscriterium EMVI

De vraag of de verstrekte motivering alle relevante redenen bevatte, is meermaals aan de burgerlijke rechter en de Commissie van Aanbestedingsexperts voorgelegd. Wat dient te worden verstaan onder de relevante redenen? In de toelichting op artikel 6 Wira heeft de wetgever aangegeven dat op het moment dat de betrokken inschrijvers door de aanbestedende dienst in kennis worden gesteld van de gunningsbeslissing, zij ook alle relevante informatie moeten ontvangen om een doeltreffend beroep in te kunnen stellen. Een precieze invulling hangt volgens de wetgever af van de omstandigheden van het geval. Bij toepassing van het gunningscriterium economisch meest voordelige inschrijving (EMVI) kunnen de relevante redenen volgens de wetgever – zo blijkt uit de Toelichting – onder meer de volgende elementen omvatten:

- bekendmaking van de eindscores zowel van de afgewezen inschrijver als van de geselecteerde ondernemer;
- de scores van de afgewezen inschrijver op specifieke kenmerken, en de reden waarom op dat specifieke kenmerk eventueel niet de maximale score is toegekend;
- verduidelijking van de toepassing van de gehanteerde criteria bij gunning volgens het criterium economisch meest voordelige inschrijving.

Het verstrekken van scores zonder daarbij de reden te geven voor het toekennen van die scores en ook niet aan te geven waarom niet de maximumscore is toegekend, is volgens de Commissie van Aanbestedingsexperts in strijd met artikel 2.130 Aw 2012.⁴ Volgens het Gerechtshof Den Haag is het echter niet nodig om de verliezende inschrijvers kenbaar te maken wat hun plaats in de rangorde is. Het is volgens het hof voldoende als zij weten wat het puntenverschil is dat zij moeten overbruggen om alsnog voor gunning in aanmerking te komen.⁵ Uit de jurisprudentie volgt dat de aanbestedende dienst zich in beginsel niet kan verweren met het argument dat nadere motivering van de gunningsbeslissing niet vereist is vanwege de commerciële belangen van de winnaar.⁶ Bij toepassing van het gunningscriterium EMVI behoeft echter volgens de diverse voorzieningenrechtshof de prijs van de winnende inschrijver niet bekendgemaakt te worden, omdat dit bedrijfsgevoelige informatie zou betreffen.⁷ De voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag oordeelde echter anders.⁸ Hij overwoog dat de prijscomponent van de winnende inschrijving in beginsel onderdeel dient uit te maken van de gunningsbeslissing, in die zin dat de concrete prijs wordt genoemd.

Relevante redenen bij gunningscriterium laagste prijs

Hoe zit dit wanneer het gunningscriterium laagste prijs is? Daar waar de bieding enkel op prijs wordt beoordeeld, kan de aanbestedende dienst mijns inziens enkel aan zijn motiveringsplicht ex artikel 2.130 Aw 2012 voldoen door de prijs van de winnaar kenbaar te maken. Zo oordeelde ook de Rechtbank Arnhem,⁹ alsmede Rechtbank Zwolle-Lelystad¹⁰ en de Rechtbank Midden-Nederland.¹¹ De voorzieningenrechter van de Rechtbank Arnhem overwoog in dit kader dat de kenmerken en voordelen van de winnende inschrijving eerst toetsbaar, verifieerbaar en controleerbaar zijn, indien ook de geoffreerde prijs door de aanbesteder bekend is gemaakt. Het volstaan met de enkele vermelding van de partij die de laagste

prijs heeft geoffreerd is volgens de voorzieningenrechter aldus onvoldoende.

De voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam oordeelde onlangs echter anders.¹² Met de mededeling dat de winnende inschrijver heeft ingeschreven met de laagste prijs hadden de aanbestedende diensten volgens de rechter de relevante redenen voor de gunningsbeslissing medegedeeld, omdat hiermee voor de afgewezen inschrijver duidelijk was waarom hij niet de winnende inschrijving had gedaan. De aanbestedende diensten waren volgens de rechter niet gehouden om aan de afgewezen inschrijver zijn plaats in de rangorde kenbaar te maken. Evenmin waren de aanbestedende diensten gehouden om aan te geven met welke lagere prijs de winnende inschrijver had ingeschreven. Opvallend daarbij is dat de rechter in deze verwijst naar het hierboven aangehaalde arrest van het Gerechtshof Den Haag, waarin juist niet het gunningscriterium EMVI – en dus niet de laagste prijs – was toegepast.

Bij deze uitspraak van de rechtbank kunnen naar mijn mening de nodige vraagtekens worden geplaatst. Het uitgangspunt zou moeten zijn dat de verstrekte motivering aan de afgewezen inschrijver voldoende inzicht geeft in de relevante redenen die aan de beslissing ten grondslag liggen om zich te kunnen beraden op eventueel daartegen te ondernemen stappen. Dit is door de Hoge Raad ook bevestigd in het arrest *KPN/Staat*.¹³ Hieraan voldoet een motivering waarbij enkel is aangegeven dat de winnende inschrijver goedkoper is naar mijn mening niet. Heeft de winnende inschrijver daadwerkelijk een lagere bieding gedaan? Is er sprake van een reële bieding of is de prijs dermate laag dat deze niet realistisch is? Deze aspecten kunnen met de verstrekte motivering niet worden getoetst. Daar komt nog bij dat de afgewezen inschrijver enkel aan de hand van zijn plaats in de rangorde kan beoordelen of hij voldoende belang heeft bij het aanvechten van de gunningsbeslissing.

Prijs bedrijfsgevoelige informatie?

Daarnaast lijkt de voorzieningenrechter uit het oog te verliezen dat de

aanbestedende dienst bij Europese aanbestedingen gehouden is om een aankondiging van de gegunde opdracht te publiceren.¹⁴ Deze aankondiging geschiedt op een daartoe door de Europese Commissie vastgesteld standaardformulier. Hoofregel is dat de gegevens die in het standaardformulier worden gevraagd, moeten worden verstrekt. Dat wil zeggen: de naam van de winnende inschrijver en de prijs van de opdracht. Van deze verplichting kan – zo blijkt uit de memorie van toelichting – slechts worden afgeweken als de aanbestedende dienst een beroep kan doen op artikel 2.138 Aw 2012. Dit artikel bepaalt dat een aanbestedende dienst de gegevens betreffende de gunning van een overheidsopdracht niet hoeft te vermelden indien de mededeling ervan in strijd zou zijn met een wettelijk voorschrift of met het openbaar belang, de rechtmatige commerciële belangen van ondernemers zou kunnen schaden, of afbreuk zou doen aan de eerlijke mededinging tussen ondernemers. Hoofregel is dus dat de prijs bekendgemaakt dient te worden. Indien de aanbestedende dienst hiervan afwijkt, zal hij dit dienen te motiveren. Betreft de prijs bedrijfsgevoelige informatie? Zou openbaarmaking van de prijs de commerciële belangen van de winnende inschrijver schaden? Uit de hoofregel tot bekendmaking van de prijs kan worden afgeleid dat de EU-wetgever de mening is toegedaan dat hiervan in beginsel geen sprake is. Dit onderschrijf ik. Bekendmaking van de inschrijfsom leidt er immers niet toe dat ook de onderliggende prijzen bekend worden gemaakt. Dit zou anders zijn bij een aanbesteding van een opdracht voor de levering van bijvoorbeeld 300 000 pennen. Bekendmaking van de inschrijfsom van de winnende inschrijver zou er immers toe leiden dat de prijs per pen van deze inschrijver bij alle concurrenten bekend is. Dit zou wellicht zijn commerciële belangen bij toekomstige aanbestedingen kunnen schaden. Echter, veelal worden naast de pennen ook gummen, potloden, markerstiften, enz. in één aanbesteding uitgevraagd. Hoe de (samengestelde) inschrijfsom van de winnende inschrijver is opgebouwd, blijft dan voor andere inschrijvers onbekend. Niet duidelijk is waarom de inschrijfprijs

in zo'n geval bedrijfsgevoelig zou zijn. Dat in de toekomst wellicht soortgelijke aanbestedingen georganiseerd worden, maakt dit niet anders. Mijns inziens leidt dat juist tot een gezonde concurrentie.

Tot slot

Het transparantiebeginsel is een van de basisbeginselen van het aanbestedingsrecht. Dit beginsel brengt niet alleen met zich dat de aanbestedende dienst transparante criteria dient te stellen, maar ook dat hij transparant is over de beoordeling van de inschrijver en de inschrijving aan de door haar gestelde criteria. Dit heeft als doel dat de afgewezen inschrijver de juistheid van de gunningsbeslissing kan toetsen. Het zou naar mijn mening de effectieve rechtsbescherming voor inschrijvers ten goede komen als aanbestedende diensten zich hiervan rekenschap geven en ruimer omgaan met de informatie die aan afgewezen inschrijvers wordt verstrekt ter motivering van de gunningsbeslissing.

1. Vgl. Rb. Noord-Nederland (vzr.) 2 februari 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:376.
2. Advies 147, 389 en 417.
3. HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9233.
4. CvAE 21 september 2015, Advies 78.
5. Hof Den Haag 19 december 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:4646.
6. CvAE 3 april 2014, Advies 86.
7. Rb. Gelderland (vzr.) 11 februari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:1794; Rb. Gelderland (vzr.) 3 april 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:4272; Rb. Den Haag (vzr.) 9 december 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:14992; Rb. Amsterdam (vzr.) 1 juni 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5750.
8. Rb. Den Haag (vzr.) 18 oktober 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:12738.
9. Rb. Arnhem (vzr.) 24 november 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BO9051.
10. Rb. Zwolle-Lelystad (vzr.) 2 juni 2010, ECLI:NL:RBZLY:2010:BM6522.
11. Rb. Midden-Nederland (vzr.) 27 juli 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:3579.
12. Rb. Rotterdam (vzr.) 13 juli 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:7960.
13. HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9233.
14. Vgl. Artikel 50 Richtlijn 2014/24; artikel 134 Aw 2012.