

AANBESTEDEN & AANNEMEN

Interessante kort gedinguitspraken

In de afgelopen maand is er een tweetal interessante kort gedinguitspraken geweest. Zo is er uitspraak gedaan over het aan een derde verstrekken van werkzaamheden die tot de scope van een RAW-raamovereenkomst behoren. Ook is er uitspraak gedaan in een aanbestedingsgeschil. Aan de hand van een aantal interessante overwegingen geeft de Voorzieningenrechter inzicht in de eisen die aan een in een gunningsbeslissing ten grondslag liggende motivering mogen worden gesteld.



TEKST: BARD VAN VEEN

SCOPE VAN EEN RAAMOVEREENKOMST

De Voorzieningenrechter van de rechtbank Haarlem heeft op 6 juni 2019 in een nog niet gepubliceerde uitspraak (zaaknummer C/15/288735/KG ZA/ 19/326) uitspraak gedaan over het aan een derde verstrekken van werkzaamheden die tot de scope van een RAW-raamovereenkomst behoren. Het is een algemeen uitgangspunt dat een opdrachtgever dergelijke werkzaamheden niet aan een derde mag opdragen. De opsteller/beheerder van de RAW-raamovereenkomst – CROW – laat er bij herhaling geen misverstand over bestaan, net als aanbestedingsplatform Pianoo. De praktijk leert echter dat dit uitgangspunt zeer regelmatig niet wordt gehanteerd. Veel opdrachtgevers kunnen – al dan niet bewust – de verleiding niet weerstaan om toch derden (een deel van de) scope van een raamovereenkomst op te dragen. Recent deed de gelegenheid zich voor dat een kantoorgenoot van mij deze handelwijze aan rechterlijke toetsing kon onderwerpen.

Contractsvrijheid?

Het standpunt van de opdrachtgever was, dat hij op grond van het principe van contractsvrijheid de ruimte had om zelf te beslissen aan wie hij opdrachten verstrekke. Bovendien zouden de hoeveelheden in een raamovereenkomst fictief zijn; een raamcontractant zou daaraan geen rechten kunnen ontlenen. Verder heeft de opdrachtgever nog aangevoerd, dat de door de raamcontractant gehanteerde prijs per eenheid te hoog was; andere partijen waren bereid om de werkzaamheden tegen éénderde of de helft van de prijs te verrichten. Als laatste argument voerde de opdrachtgever aan dat hij een derde mocht inschakelen, om dat de raamcontractant zijn werkzaamheden niet deugdelijk was nagekomen.

Oordeel Voorzieningenrechter

Blijkens het vonnis was de Voorzieningenrechter snel klaar met de stellingname van de opdrachtgever, en verbood de opdrachtgever de werkzaamheden aan een derde op te dragen. De Voorzieningenrechter overweegt daartoe dat het een opdrachtgever op zich vrij staat om werkzaamheden



B.R. (Bard) van Veen is advocaat bij Severijn Hulshof Advocaten te Den Haag. Tel. (070) 304 55 90, E-mail: b.veen@shadv.nl, www.severijnhulshof.nl. Voor vragen over dit artikel of een cursus UAV, UAV-gc, RAW en/of aanbestedingsrecht, kunt u mij bereiken via het genoemde mailadres

onder een raamovereenkomst wel of niet te gunnen. Dat is het 'risico' dat een raamcontractant nu eenmaal loopt. Echter, als de opdrachtgever gunt, dan mag hij dat enkel en alleen aan de raamcontractant doen. Een andere benaderingswijze is in directe strijd met de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht, in het bijzonder artikel 2:140 Aanbestedingswet, aldus de Voorzieningenrechter. Omdat partijen nu eenmaal een contractuele relatie hebben – de raamovereenkomst zelf – zou een andersluidende benadering ook strijdig zijn met de algemene beginselen van het verbintenissenrecht. De stelling van de te hoge prijs per eenheid kon de Voorzieningenrechter ook niet overtuigen. Nog daargelaten dat de opdrachtgever zich dit bij het sluiten van de raamovereenkomst had moeten bedenken, voorziet paragraaf 01.01.07 Standaard RAW in een controlesysteem voor de prijsbeoordeling. Daar kwam bij dat de opdrachtgever de betreffende werkzaamheden bij een eerdere deelopdracht wel had opgedragen en betaald. Ook het verbod van de opdrachtgever om de raamcontractant op een

ander perceel zijn – nu eenmaal aangeboden – te lage eenheidsprijs aan te passen, toonde volgens de Voorzieningenrechter het onhoudbare standpunt van de opdrachtgever aan. De gestelde prijsverschillen met de derden kon de raamcontractant tot slot simpel verklaren.

De gestelde tekortkomingen ten aanzien van de uitvoering waren naar het oordeel van de Voorzieningenrechter onvoldoende onderbouwd, zeker in het licht van een door de opdrachtgever zelf overgelegd rapport waaruit de uitstekende kwaliteit van het werk bleek. Bovendien, en niet onbelangrijk, ontbrak een ingebrekestelling waardoor de raamcontractant niet in verzuim verkeerde.

MOTIVERING VAN BEOORDELINGSBESLISSING

Bij vonnis van 9 mei 2019 heeft de Voorzieningenrechter te Amsterdam uitspraak gedaan in een aanbestedingsgeschil (ECLI:NL:RBAMS:2019:4206). Aan de hand van een aantal interessante overwegingen geeft de Voorzieningenrechter inzicht in de eisen die aan een in een gunningsbeslissing ten grondslag liggende motivering mogen worden gesteld.

In deze kwestie ging het om een Best Value methode met EMVI als gunningscriterium. Hoewel het beoordelingsteam als zodanig al een subjectief element aan een in beginsel objectief beoordelingssysteem

toevoegt, heeft de rechter een beperkte beoordelingsruimte om de (motivering van de) afwegingen van het beoordelingsteam tegen het licht te houden.

Oordeel Voorzieningenrechter

Echter, aldus de Voorzieningenrechter, is ingrijpen niet slechts aan de orde bij evidente onjuistheden; een overweging die als een trendbreuk zou kunnen worden gezien. Ingrijpen kan ook al aan de orde zijn indien sprake is van zodanige onduidelijkheden of onjuistheden in de motivering dat redelijk handelende en redelijk deskundige beoordelaars deze niet mochten laten ontstaan en de aanbesteder deze niet voor zijn rekening mocht laten.

Daarvan is volgens de Voorzieningenrechter sprake. De wijze waarop de aanbesteder in dit geval de beoordeling had gemotiveerd kon niet door de beugel. De aanbesteder had volgens de Voorzieningenrechter niet mogen volstaan met de motivering dat de prestatieonderbouwing van de inschrijver onvoldoende SMART onderbouwd was. Sterker nog, die motivering is bijzonder summier als gekeken wordt naar alle eisen waaraan een inschrijver moet voldoen, zo oordeelt de Voorzieningenrechter. Naar het oordeel van de Voorzieningenrechter zijn de aan de lettercombinatie SMART ten grondslag liggende specifieke criteria – specifiek, meetbaar, acceptabel, realistisch en tijdsgebonden – namelijk dermate algemeen en voor de hand liggend dat die criteria niet of nauwelijks meerwaarde hebben boven de situatie waarin de SMART-motivering niet zou gelden. Dat de prestatieonderbouwing niet voldoende SMART is gemotiveerd is louter een constatering, respectievelijk een verwijt, en veronderstelt een motivering, die volgens de Voorzieningenrechter in de beoordeling niet was gegeven. Tot slot heeft de aanbesteder onvoldoende inzichtelijk gemaakt in welke mate de interviews meewegen in de beoordeling. Dat is in strijd met het transparantiebeginsel.

De Voorzieningenrechter gelast de aanbesteder de beslissing om met de 'winnende' inschrijver de concretiseringsfase in te gaan voorlopig in te trekken totdat een nieuwe beoordelingscommissie een nieuwe gunningsbeslissing heeft genomen na herbeoordeling van de inschrijvingen. Terug naar de tekentafel voor de aanbesteder, en terecht. Het is wel de vraag wat de herbeoordeling gaat opleveren voor de eisende partij...

