

Bekendmaking van sub(sub)gunningscriteria en bijbehorende wegingsfactoren

Een de meest voorkomende onderwerpen bij aanbestedingsgeschillen betreft de toepassing van gunningscriteria.¹ Een voorbeeld hiervan is de situatie waarin een aanbestedende dienst eerst na de ontvangst van de inschrijvingen bepaalde elementen vaststelt, althans kenbaar maakt, die bij de beoordeling van de inschrijvingen (kennelijk) een rol hebben gespeeld. Waar dient een aanbestedende dienst op te letten als het gaat om de bekendmaking van (sub)gunningscriteria en de onderlinge weging daarvan?

Het is tien jaar geleden dat het Europese Hof van Justitie in het *ATI EAC*-arrest² de voorwaarden heeft bepaald waaronder het is toegestaan eerst ná de sluitingstermijn voor het indienen van de inschrijvingen een relatief gewicht toe te kennen aan elementen van een vooraf vastgesteld (sub)gunningscriterium. Die voorwaarden worden als streng beschouwd.³ In een recente uitspraak van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag is – voor zover ons bekend voor het eerst – niettemin geoordeeld dat aan de *ATI EAC*-criteria is voldaan, althans dat niet van het tegendeel is gebleken.⁴ Alvorens daarop in te gaan, wordt eerst een overzicht gegeven van de voornaamste Europese en nationale jurisprudentie hieromtrent.

Eerdere jurisprudentie

In het arrest *Commissie/België* overwoog het Hof dat aanbestedende diensten gehouden zijn alle potentiële inschrijvers in kennis te stellen van de gunningscriteria waaraan de offertes moeten voldoen alsmede van het relatieve belang van deze criteria, om aldus de eerbiediging van het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers en van het beginsel van transparantie te waarborgen.⁵ In het arrest *Universale Bau* is dit herhaald waarbij werd toegevoegd dat de aanbestedende dienst, wanneer hij reeds vóór de bekendmaking van de aankondiging van de opdracht afwegingsregels heeft vastgesteld voor de selectiecriteria die hij voornemens is te hanteren (het betrof de selectiefase van een niet-openbare procedure), gehouden is de gegadigden daarvan vooraf in kennis te stellen.⁶

In het arrest *Concordia Bus Finland*⁷ bepaalde het Hof dat de door de aanbestedende dienst vastgestelde gunningscriteria verband moeten houden met het voorwerp van de opdracht, de aanbestedende dienst geen onvoorwaardelijke keuzevrijheid mogen geven, uitdrukkelijk vermeld moeten zijn in het bestek of in de aankondiging van de opdracht, en de fundamentele beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie en transparantie moeten eerbiedigen.

Uit de arresten *SIAC*⁸ en *Succhi di Frutta*⁹ volgt dat het transparantiebeginsel meebrengt dat de gunningscriteria in het bestek of in de aankondiging van de opdracht op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze moeten zijn geformuleerd, opdat alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers in staat zijn deze criteria op dezelfde wijze te inter-

1 Bij de Commissie van Aanbestedingsexperts zelfs de meest voorkomende. Zie: Evaluatie Commissie van Aanbestedingsexperts – Eindrapport, 29 april 2015, p. 34.

2 HvJ EG 24 november 2005, C-331/04 (*ATI EAC*), pt. 32.

3 S. De Somer, "Transparantie inzake de beoordelingsmethodiek bij overheidsopdrachten: een kwestie van 'waarom niet?', *TA* oktober 2010, p. 362; G. 't Hart in zijn noot bij HvJ EG 24 januari 2008, C-532/06 (*Lianakis*), BR 2008, 61.

4 Vzr. Rb. Den Haag 7 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:10546, r.o. 4.12.

5 HvJ EG 25 april 1996, C-87/94 (*Commissie/België*), pt. 88.

6 HvJ EG 12 december 2002, C-470/99 (*Universale-Bau*), pt. 98 en 99.

7 HvJ EG 17 september 2002, C-513/99 (*Concordia Bus Finland*), pt. 64.

8 HvJ EG 18 oktober 2001, C-19/00 (*SIAC Construction*), pt. 42.

9 HvJ EG 29 april 2004, C-496/99 (*Succhi di Frutta*), pt. 111.

«JAAN»

preteren. In het arrest *Wienstrom* voegde het Hof hieraan toe dat de gunningscriteria gedurende de aanbestedingsprocedure op dezelfde wijze moeten worden uitgelegd en niet mogen worden gewijzigd.¹⁰

Wij gaan iets uitgebreider in op het genoemde arrest *ATI EAC*. In concreto ging het om het volgende. De aanbestedende dienst had vooraf, in het bestek, het gunningscriterium en de subcriteria bekendgemaakt. Ook was aangegeven dat in het kader van één van de subcriteria, te weten Organisatorische maatregelen, de aanbiedingen dienden in te gaan op een vijftal elementen. Eerst na inschrijving – maar vóór de opening van de inschrijvingen – werd van het desbetreffende subcriterium een nadere onderverdeling in subsubcriteria vastgesteld met weegfactoren; de subsubcriteria corresponderden 1-op-1 met de vijf reeds in het bestek bekendgemaakte elementen. Schematisch weergegeven kwam een en ander op het volgende neer:

Gunningscriterium	Subcriteria	Elementen/Subsubcriteria	
EMVI	1. Kilometerprijs (60)		
	2. Kilometerprijs acc. diensten (10)		
	3. Organisatorische maatregelen (25)		1. Parkeerterreinen autobussen (8)
			2. Wijze van toezicht (7)
			3. Aantal bestuurders lijndiensten (6)
		4. Aantal gebouwen (2)	
		5. Aantal personeelsleden (2)	
	4. Kwaliteitscertificaat (5)		

Na verwijzing naar een aantal van de hiervoor besproken arresten, kwam het Hof tot het oordeel dat het een aanbestedende dienst is toegestaan een relatief gewicht toe te kennen aan subelementen van een vooraf vastgesteld gunningscriterium, mits:

- i. hierdoor geen wijziging wordt aangebracht in de bekendgemaakte nadere criteria;
- ii. de nadere weging geen elementen bevat die de voorbereiding van de inschrijvingen hadden kunnen beïnvloeden, indien die elementen vooraf bekend zouden zijn geweest; en
- iii. bij de vaststelling van de nadere weging geen elementen in aanmerking zijn genomen die discriminerend kunnen werken jegens een inschrijver.¹¹

De *Consiglio di Stato*, de Italiaanse Raad van State, paste als verwijzende rechter de voorwaarden van het Hof vervolgens toe en oordeelde dat indien in casus het relatieve gewicht van de subsubgunningscriteria vooraf bekend was gemaakt, dit de voorbereiding van de inschrijving had kunnen beïnvloeden waarmee dus niet aan de tweede voorwaarde van het Hof was voldaan.¹²

Een aantal jaren later oordeelde het Hof in het *Lianakis*-arrest.¹³ Het oordeelde dat het gemeenschapsrecht zich ertegen verzet dat pas na de opening van de inschrijvingen van subgunningscriteria met bijbehorende wegingsfactoren worden vastgesteld. Uit de transparantieverplichting vloeit voort dat alle elementen die door de aanbestedende dienst in aanmerking worden genomen ter

10 HvJ EG 4 december 2003, C-448/01 (*Wienstrom*), pt. 92 en 93.

11 Zie noot 2.

12 Consiglio di Stato, sezione VI, 14 september 2006, nr. 5323 (*ATI EAC*).

13 HvJ EG 24 januari 2008, C-532/06 (*Lianakis*), pt. 45.

«JAAN»

bepaling van de economisch meest voordelige inschrijving, alsook het relatieve gewicht van deze criteria, bij de potentiële inschrijvers bekend moeten zijn wanneer zij hun inschrijving voorbereiden, aldus het Hof.¹⁴ *Lianakis* is door het Hof Den Haag bevestigd in 2012.¹⁵

Kort na *ATI EAC* hebben Nederlandse voorzieningenrechtters driemaal getoetst aan de *ATI EAC*-voorwaarden. Alle zijn in deze zaken tot het oordeel gekomen dat het niet bekendmaken van de wegingsfactoren van de subsubgunningscriteria niet toelaatbaar was. De aanbestedende dienst moest in alle gevallen de opdracht opnieuw aanbesteden, indien hij deze nog wenste te gunnen.

In 2006 oordeelde de Bredase voorzieningenrechter dat het niet toelaatbaar was dat de aanbestedende dienst het gewicht van de subsubgunningscriteria pas enkele dagen voor de beoordeling bekend had gemaakt.¹⁶ Hiervoor was van belang dat uit de uiteindelijk vastgestelde wegingsfactoren (het betrof de twee onderdelen van het Programma van Eisen, die voor 95% en 5% meetelden) bleek dat de aanbestedende dienst wel degelijk een beeld had hoe zij de subsubgunningscriteria zou waarderen. De voorzieningenrechter toetste aan de tweede voorwaarde van *ATI EAC* en oordeelde dat het 'zonder meer aannemelijk' was dat de wegingsfactoren van invloed zouden zijn geweest op de inhoud van de inschrijvingen, indien de wegingsfactoren vooraf per subsubgunningscriterium kenbaar waren gemaakt.

De Haagse voorzieningenrechter toetste in 2007 tweemaal aan de voorwaarden van *ATI EAC*. In de eerste zaak overwoog de voorzieningenrechter dat 'niet viel uit te sluiten' dat de inschrijver haar offerte anders zou hebben ingericht, indien zij tevoren geweten zou hebben van de scores die konden worden behaald met de verschillende subsubgunningscriteria.¹⁷ De voorzieningenrechter achtte het daarnaast van belang dat de optimale score per subsubgunningscriterium sterk verschilde en dat het niet aannemelijk was dat het voor de aanbestedende dienst niet mogelijk was de scores tevoren kenbaar zou maken.

In de tweede Haagse zaak uit 2007 had de aanbestedende dienst niet vooraf kenbaar gemaakt welke scoremethodiek voor de subsubgunningscriteria zou worden gehanteerd.¹⁸ Beide partijen waren van mening dat het kenbaar zijn van de methode de voorbereiding van de offertes had kunnen beïnvloeden. De voorzieningenrechter oordeelde dat de aanbestedende dienst hiermee in strijd had gehandeld met de fundamentele beginselen van aanbestedingsrecht.

In 2008 is door de Haagse voorzieningenrechter geoordeeld – zonder verwijzing naar *ATI EAC* – dat het niet bekendmaken van de bij de subsubgunningscriteria behorende gewichtsfactoren geoorloofd was, omdat aan elk van de subsubgunningscriteria een gelijke waarde werd toegekend.¹⁹

Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag 7 september 2015

Na jarenlange 'afwezigheid', komen de *ATI EAC*-voorwaarden in de onderhavige zaak van 7 september jl. weer aan de orde. Het betrof een Europese aanbestedingsprocedure die was gestart door het Servicepunt, een samenwerkingsverband tussen de gemeenten Leiden, Leiderdorp,

14 Ibid., pt. 36.

15 Hof Den Haag 21 februari 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BV6808.

16 Vزر. Rb. Breda 21 december 2007, ECLI:NL:RBBRE:2006:AZ5077, r.o. 4.9.

17 Vزر. Rb. Den Haag 8 augustus 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BB3381, r.o. 4.4.

18 Vزر. Rb. Den Haag 5 december 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BC9314, r.o. 3.4.

19 Vزر. Rb. Den Haag 21 februari 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BC3144, r.o. 4.4. Vgl. J.C. van de Water, 'Specificeren van subgunningscriteria (*ATI EAC* e.a.)', *KW Legal* 2005.

«JAAN»

Oegstgeest en Zoeterwoude. Het ging om een raamovereenkomst ten behoeve van de levering en plaatsing van onder meer speel- en sporttoestellen. In de Uitnodiging tot Inschrijving waren het gunningscriterium (EMVI), de subcriteria (Prijs en Kwaliteit), de subsubcriteria (Werkwijze, Communicatiemiddelen en Specials) en de bijbehorende wegingsfactoren vermeld. Ten aanzien van het subsubcriterium Communicatiemiddelen, waarvoor maximaal 25 punten konden worden behaald, stond in de Uitnodiging tot Inschrijving dat de inschrijvers een voorbeeld voor de volgende communicatiemiddelen moesten indienen:

1. Definitief ontwerp voor presentatie bewoners;
2. Flyer voor uitnodiging bewoners voor participatie;
3. Persbericht over uitvoering(splanning); en
4. Stand van zaken bericht.

In de Uitnodiging tot Inschrijving stond niet vermeld hoeveel punten per ingediend communicatiemiddel kon worden behaald.

De volledige gunningssystematiek zoals vooraf bekend was gemaakt, luidde als volgt:

Gunningscriterium	Subcriterium	Subsubcriterium
EMVI	1. Kwaliteit (85%)	1. Werkwijze (50)
		2. Communicatiemiddelen (25)
		3. Specials (25)
	2. Prijs (15%)	

Lappset was een van de veertien partijen die een inschrijving had ingediend. In de voorlopige gunningsbeslissing berichtte Servicepunt aan Lappset dat haar inschrijving niet voor gunning in aanmerking kwam. In die brief stond verder dat de vier onderdelen behorend bij het subsubcriterium Communicatiemiddelen elk een gewicht hadden van 6,25 punten (25 punten/4 = 6,25 punten) en dat Lappset daarop 23,23 punten had gescoord.

Lappset vorderde in kort geding heraanbesteding, onder meer omdat Servicepunt bij de beoordeling van het subsubcriterium Communicatiemiddelen subsubsubcriteria zou hebben gehanteerd die vooraf niet kenbaar waren, zulks in strijd met artikel 2.115 Aw 2012. Op grond van artikel 2.115 lid 1 en 3 Aw 2012 is de aanbestedende dienst bij een EMVI-aanbesteding verplicht om vooraf de nadere criteria bekend te maken en het relatieve gewicht van deze criteria te specificeren, zodat inschrijvers daarmee rekening kunnen houden bij de voorbereiding van hun inschrijvingen. Slechts indien het om aantoonbare redenen niet mogelijk is vooraf een weging vast te stellen, mag de aanbestedende dienst volstaan met het vermelden van de nadere criteria in afnemende volgorde van belang (art. 2.115 lid 4 Aw 2012). Lid 2 van artikel 2.115 geeft een niet-limitatieve opsomming van wat de in lid 1 bedoelde nadere criteria zouden kunnen betreffen.²⁰

De Voorzieningenrechter ging niet mee in het betoog van Lappset en wees haar vorderingen af.

In de eerste plaats oordeelde de Voorzieningenrechter dat Servicepunt reeds aan het bepaalde in artikel 2.115 Aw had voldaan door de subgunningscriteria Prijs en Kwaliteit en de bijbehorende gewichten vooraf kenbaar te maken (r.o. 4.11). Dit oordeel lijkt van de veronderstelling uit te gaan dat met de 'nadere criteria' als bedoeld in artikel 2.115 lid 1 en 2 uitsluitend het niveau van subcri-

²⁰ Achtereenvolgens: kwaliteit, prijs, technische waarde, esthetische en functionele kenmerken, milieukenmerken, gebruikskosten, rentabiliteit, klantenservice en technische bijstand, datum van levering en termijn voor de levering of uitvoering.

«JAAN»

teria (dat wil zeggen het eerste niveau onder het gunningscriterium EMVI) wordt bedoeld. Nu zowel 'prijs' als 'kwaliteit' in lid 2 als voorbeeld worden genoemd, zouden volgens deze lezing alle 'nadere criteria' reeds bekend zijn gemaakt; iedere verdere onderverdeling zou dan niet meer van belang zijn, althans niet door de aanbestedende dienst behoeven te worden bekendgemaakt.

Ons inziens is dit oordeel gebaseerd op een onjuiste – te beperkte – lezing van artikel 2.115 Aw 2012, die in het licht van de genoemde jurisprudentie niet goed valt te begrijpen. Deze lezing vindt bovendien geen steun in artikel 53 Richtlijn 2004/18/EG, waarvan artikel 2.115 Aw 2012 de implementatie van vormt, noch in de Parlementaire Geschiedenis. Uit de besproken jurisprudentie is gebleken dat een aanbestedende dienst – kort gezegd – *alle* elementen die de voorbereiding van de inschrijving kunnen beïnvloeden vooraf bekend dient te maken. Het oordeel van de Voorzieningenrechter zou ons inziens alleen juist kunnen zijn in die gevallen waarin de elementen uitsluitend 'prijs' en 'kwaliteit' betreffen en daarin geen nadere onderverdeling zou zijn aangebracht. In de praktijk is dat echter niet of zelden het geval. De lezing van de Voorzieningenrechter biedt naar onze mening daarom aanbestedende diensten teveel ruimte om na ontvangst van de inschrijvingen een verdere invulling van de subcriteria vast te stellen.

Verder achtte de Voorzieningenrechter het van belang dat het voor Lappset duidelijk moet zijn geweest dat de score voor het subsubgunningscriterium Communicatiemiddelen zou worden vastgesteld aan de hand van de vier onderdelen waarnaar in de uitvraag werd gevraagd. Daarbij achtte de Voorzieningenrechter het redelijk en logisch dat aan deze vier onderdelen een gelijke waarde zou worden toegekend (6,25 punten), mede nu uit het PvA niet kon worden afgeleid dat – qua belang – een onderscheid tussen de verschillende items werd gemaakt. Daarbij woog de Voorzieningenrechter mee dat achteraf – na ontvangst van de inschrijvingen – nadere criteria mogen worden voorzien van een weging, mits daarbij de *ATI EAC*-voorwaarden in acht worden genomen. De Voorzieningenrechter oordeelde dat niet was gesteld noch gebleken dat niet aan de *ATI EAC*-voorwaarden was voldaan. Het is jammer dat de Voorzieningenrechter aan dit laatste geen nadere overwegingen heeft gewijd. Het lijkt erop dat hij de bewijslast bij de klagende partij vindt liggen, hetgeen ons juist lijkt, gelet op het uitgangspunt dat wie stelt – in beginsel – bewijst. De klager had hieromtrent kennelijk niet of nauwelijks iets aangevoerd. Overigens achten wij goed denkbaar dat bij inhoudelijke toetsing zou zijn gebleken dat aan de *ATI EAC*-voorwaarden zou zijn voldaan: de reeds bekendgemaakte criteria bleven op zich ongewijzigd (a), de nadere weging betrof feitelijk niet meer dan de (logische) vaststelling dat de vier – reeds vooraf bekendgemaakte – onderdelen in gelijke mate zouden meetellen; beïnvloeding van de voorbereiding van de inschrijvingen, ware dit vooraf bekend geweest, is in dit licht onaannemelijk (b) en niet valt in te zien welke discriminatoire elementen bij de nadere weging in aanmerkingen zouden zijn gekomen (c).

Uit deze uitspraak kan ons inziens daarom niet worden afgeleid dat de *ATI EAC*-voorwaarden minder strikt zouden zijn toegepast dan eerder in de nationale rechtspraak het geval is geweest. Het blijft voor aanbestedende diensten dan ook van belang om (niettegenstaande het opmerkelijke oordeel van de Voorzieningenrechter omtrent artikel 2.115 Aw 2012) in de voorbereiding van de aanbesteding ruim aandacht te besteden aan het vaststellen van alle elementen die in het kader van de beoordeling van belang zijn, deze (al dan niet onderverdeeld op meerdere niveaus) eenduidig en voorzien van een weging in de gunningsmethodiek te beschrijven en – *last but not least* – de beoordeling ook dienovereenkomstig toe te passen.

mr. ir. M.B. Klijn, advocaat Houthoff Buruma
mr. S.E. Landheer, advocaat Houthoff Buruma