

**College:** Rechtbank Gelderland

**Uitspraakdatum:** 6 mei 2015

**Rolnummer:** C/05/281130 / KG ZA 15-151

**ECLI-nummer (indien toegewezen):** ECLI:NL:RBGEL:2015:3398

**Naam annotator (inclusief titels en voorletters):** mr. ir. M.B. Klijn en mr. S.E. Landheer

**Functie annotator en kantoor waar annotator werkzaam is:** advocaten Houthoff Buruma

**Datum inlevering annotatie:** 30 juni 2015

**Titel annotatie die lading annotatie dekt of toepasselijke trefwoorden voor annotatie:** Best Value Procurement, bepaaldheid van het voorwerp van de opdracht, concurrentiegerichte dialoog, wijziging gunningscriterium

### **Annotatie:**

In deze zaak hebben 15 scholen in een samenwerkingsverband (hierna: De Samenwerkende Scholen) een Europese openbare aanbestedingsprocedure georganiseerd, waarbij Best Value Procurement (hierna: BVP) is toegepast. Het doel van de aanbesteding was te voorzien in leermiddelen ten behoeve van leerlingen en docenten, voor de duur van acht jaar. Eén van de inschrijvers, de nummer twee in de uitslag, heeft bezwaar gemaakt tegen de voorgenomen gunning, omdat de aard en omvang van de opdracht onvoldoende duidelijk zouden zijn bepaald. Ook zouden onrechtmatige gunningscriteria zijn gehanteerd. Volgens De Samenwerkende Scholen miskent deze inschrijver de methodiek van BVP. Daarbij zou het de bedoeling zijn dat inschrijvers hun inschrijving zelf vormgeven. Ook wordt onrechtmatigheid van de gunningscriteria betwist.

### **1. Voldoende bepaaldheid van het voorwerp van de opdracht**

BVP – ook wel prestatie-inkoop genoemd – wordt steeds vaker toegepast in Nederland. Over deze aanpak heerst echter nog steeds onduidelijkheid, zoals ook deze uitspraak laat zien. BVP is, anders dan soms wordt gedacht, geen op zichzelf staande gunningsmethodiek, maar veeleer een invulling van het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving (EMVI). BVP is gebaseerd op de gedachte dat de inschrijvers over meer expertise beschikken dan de opdrachtgever en dat de opdrachtgever de inschrijvers daarom zo veel mogelijk ruimte moet bieden. In een BVP-aanbesteding wordt over het algemeen een grote waarde gehecht aan de kwaliteit van de inschrijving en minder nadruk gelegd op de prijs.<sup>1</sup> Bij BVP-aanbestedingen wordt het gunningscriterium EMVI over het algemeen onderverdeeld in de subgunningscriteria 'prestatie onderbouwing', 'risicodossier', 'kansendossier' en 'interviews'. Zo ook in deze zaak.

Voor BVP-aanbestedingen geldt hetzelfde toetsingskader als voor 'normale' aanbestedingen. Eén van de vragen die ter beantwoording voorlagen, was of de aanbesteding zoals die concreet door De Samenwerkende Scholen was ingericht, voldeed aan de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht. Uit deze beginselen vloeit voort dat een aanbestedende dienst het voorwerp van de opdracht voldoende duidelijk dient te bepalen in de aanbestedingsstukken.<sup>2</sup> In de Nederlandse rechtspraak zien we over dit onderwerp het volgende terug:

- als onvoldoende bepaald is aangemerkt een opdracht waarbij onbekend was op welke locaties de (kopieer- en print)apparatuur moest worden geplaatst en onderhouden, welke hoeveelheden kopieën en prints op die locatie naar redelijke schatting zouden worden gemaakt en hoe per locatie de verdeling tussen gangcopiers en een eventuele centrale kopieerafdeling zou zijn;<sup>3</sup>
- als onvoldoende bepaald is aangemerkt een opdracht waarbij niet duidelijk was welke vestigingen zouden gaan bestellen onder de aanbestede raamovereenkomst;<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Rijkswaterstaat hanteert bij BVP als uitgangspunt dat minimaal 75% van de te behalen punten kwaliteit betreft (zie: Rijkswaterstaat Brochure 'Samenwerken & Best Value Procurement - De hoogste waarde voor de laagste prijs').

<sup>2</sup> HvJ EG 14 oktober 2004, zaak C-340/02 (*Commissie/Frankrijk*), JAAN 2007/5065, r.o. 34-35.

<sup>3</sup> Conclusie AG 9 november 2001, ov. 2.27 bij HR 25 januari 2002, BR 2002/742 (*Staat/Canon*).

<sup>4</sup> Hof Den Haag, 16 maart 2000, JAAN 2007/5163, r.o. 5.4.

- als aanvaardbaar is aangemerkt een bestek bij een raamovereenkomst waarin geen precieze aantallen van de te leveren producten stonden opgenomen;<sup>5</sup>
- het feit dat de bandbreedte van de opdracht groot is, maakt nog niet dat de opdracht onvoldoende bepaald is;<sup>6</sup>
- bij de vraag of de inschrijver in staat werd geacht om aan de hand van de aanbestedingsstukken een offerte op te stellen, speelt ervaring in de branche een rol;<sup>7</sup>
- indien meerdere inschrijvers daadwerkelijk een aanbieding hebben gedaan, geeft dit steun aan het oordeel dat de omvang van de opdracht voldoende is bepaald;<sup>8</sup>
- indien de opdracht betrekking heeft op een groot aantal gemeenten, is het minder relevant of ook de identiteit van de afnemende gemeenten bekend is.<sup>9</sup>

De voorzieningenrechter zoekt in het kader van de voldoende bepaalbaarheid aansluiting bij art. 2.26 sub d Aanbestedingswet 2012. Op basis hiervan hanteert hij als maatstaf dat (bij een openbare procedure als de onderhavige) de aanbestedende dienst technische specificaties, eisen en normen dient vast te stellen. Hoe concreet deze technische specificaties, eisen en normen moeten worden geformuleerd, is volgens de voorzieningenrechter rekbaar (zie r.o. 4.5). De Samenwerkende Scholen hebben de opdracht grotendeels omschreven door middel van een opsomming van hun doelstellingen bij de aan te besteden opdracht. Daarbij verwachtten zij van de inschrijvers geen oplossingen, maar wilden zij uitsluitend zien hoe de inschrijvers dachten te kunnen voldoen aan de doelstellingen. De voorzieningenrechter achtte de doelstellingen daarvoor echter te vaag, met daarbij bovendien het risico op verschillende interpretaties van de inschrijvers. Deze overwegingen leidden tezamen tot het oordeel dat de omschrijving van de opdracht onvoldoende was geconcretiseerd en het voor de inschrijvers onvoldoende duidelijk was wat van hen werd verwacht. Daarmee was niet voldaan aan de door de voorzieningenrechter gehanteerde maatstaf en werd in zoverre niet voldaan aan de eisen van transparantie en gelijkheid (zie r.o. 4.6).

Voor een aanbestedende dienst die niet goed weet welke oplossingen aan zijn behoeften beantwoorden, geeft deze uitspraak een treffend voorbeeld van hoe het niet moet: met toepassing van de openbare procedure de markt aan het werk zetten op basis van een veel te vage uitvraag (en dat bovendien door middel van BVP). De vraag die zich opdringt is waarom De Samenwerkende Scholen niet hebben gekozen voor de concurrentiegerichte dialoog, een procedure die bij uitstek geschikt lijkt voor de onderhavige situatie en zich bovendien beter dan de openbare procedure laat verenigen met BVP. De voorzieningenrechter lijkt zich deze vraag ook te hebben gesteld. Hij stelt dat, indien gunning van de opdracht nog gewenst is, een heraanbesteding zal moeten volgen, waarbij hij De Samenwerkende Scholen van indirect advies dient door uitdrukkelijk te wijzen op het bestaan van de concurrentiegerichte dialoog voor situaties als de onderhavige (zie r.o. 4.7). Wellicht dat De Samenwerkende Scholen de opdracht niet als 'bijzonder complex' kwalificeerden, hetgeen nu nog een vereiste is voor toepassing van de concurrentiegerichte dialoog (zie artikel 2.28 Aanbestedingswet). Na implementatie van de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen (uiterlijk 18 april 2016) is dat vermoedelijk niet meer het geval, gelet op het conceptwetsvoorstel tot wijziging van de Aanbestedingswet 2012. Daarin zijn de mogelijkheden voor toepassing van de concurrentiegerichte dialoog aanmerkelijk ruimer.

## 2. Wijziging van een gunningscriterium

In deze zaak speelde ook nog een andere discussie. De inschrijvers dienden een zogeheten prijzenblad in te vullen en deze als onderdeel van hun inschrijving in te dienen. Tijdens de aanbestedingsprocedure hebben De Samenwerkende Scholen wijzigingen in het prijzenblad

<sup>5</sup> Vzr. Rb Arnhem 1 juni 2006, JAAN 2007/0113, r.o. 4.13.

<sup>6</sup> Hof Leeuwarden 5 juni 2012, JAAN 2012/102, r.o. 11 (bekrachtiging van Vzr. Rb Leeuwarden 5 oktober 2011, ECLI:NL:RBL EE:2011:BT6726, r.o. 5.14).

<sup>7</sup> Vzr. Rb Rotterdam 7 juni 2011, JAAN 2011/144, r.o. 4.2.10 en Vzr. Rb Oost-Brabant 21 juli 2014, JAAN 2014/158, r.o. 4.18.

<sup>8</sup> Vzr. Rb Den Haag 16 november 2007, JAAN 2007/139, r.o. 4.4.

<sup>9</sup> Vzr. Rb Den Haag 16 november 2007, JAAN 2007/139, r.o. 4.4.

aangebracht, hetgeen er de facto toe leidde dat het gunningscriterium werd aangepast. De voorzieningenrechter achtte dit ontoelaatbaar vanwege strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel en de daaruit voortvloeiende transparantieplicht. Dit lijkt ons juist. Wat evenwel opvalt is dat de voorzieningenrechter tot dit oordeel komt, doordat zij de aanpassing van het gunningscriterium als een wezenlijke wijziging kwalificeert. Het is de vraag of de figuur van de wezenlijke wijziging in dezen de juiste beoordelingsmaatstaf vormt. In het *Pressetext*-arrest<sup>10</sup>, waarin voor het eerst concrete invulling is gegeven aan de 'wezenlijke wijziging', wordt deze figuur uitsluitend beschouwd in verband met een wijziging van (de voorwaarden van) de opdracht. In een recente Nederlandse uitspraak is uitdrukkelijk geoordeeld dat het bij een wezenlijke wijziging in de zin van *Pressetext* gaat om wijzigingen die betrekking hebben op de specificaties van de opdracht zelf en niet op de wijze van beoordeling of aan de opdrachtnemer te stellen eisen.<sup>11</sup> Dit is in lijn met de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen waarin de 'wezenlijke wijziging' is gecodificeerd.<sup>12</sup> Een betere basis voor het oordeel van de voorzieningenrechter zouden ons inziens de arresten *SIAC Construction* en *Wienstrom* zijn geweest. Daaruit volgt namelijk dat de verplichting tot transparantie impliceert dat de aanbestedende dienst de gunningscriteria gedurende de gehele aanbestedingsprocedure op dezelfde wijze moet uitleggen<sup>13</sup> en niet mag wijzigen.<sup>14</sup>

Tot slot speelde nog een rol dat De Samenwerkende Scholen op grond van de leidraad met de winnende inschrijver (onder meer) de prijs verder zouden bepalen gedurende de zogeheten concretiseringsfase, een fase na de beoordeling van de inschrijvingen die we vaker zien bij BVP-aanbestedingen.<sup>15</sup> De voorzieningenrechter oordeelde dat het feit dat de prijs voorwerp is geweest van onderhandeling in strijd is met het gelijkheids- en transparantiebeginsel (zie r.o. 4.8). Dit zal in veel gevallen zo zijn, maar het is naar onze mening niet zo absoluut als de voorzieningenrechter stelt. Met wijziging van de prijs na inschrijving of gunning moet weliswaar zeer terughoudend worden omgegaan, doch onder omstandigheden kan dit zijn toegelaten, namelijk als geen sprake is van een wezenlijke wijziging van de opdracht. Indien aanpassing van de prijs niet leidt tot wijziging van het economisch evenwicht van de overeenkomst in het voordeel van de opdrachtnemer, zal vermoedelijk geen sprake zijn van een wezenlijke wijziging.<sup>16</sup>

Kortom, al met al is ons inziens sprake van een juiste uitkomst van de procedure, al zouden wij op onderdelen een iets andere weg dan de voorzieningenrechter hebben bewandeld.

<sup>10</sup> HvJ EG 19 juni 2008, C-454/06 (*Pressetext*).

<sup>11</sup> V.zr. Rb Den Haag 24 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:4864, r.o. 4.7, [JAAN 2015/...](#). Zie ook: V.zr. Rb 's-Hertogenbosch 11 december 2008, JAAN 2008/145, r.o. 4.3.1; Commissie van Aanbestedingsexperts, advies 142, overweging 6.1.10, JAAN 2015/55 m.nt. M.B. Klijn en S.E. Landheer; Commissie van Aanbestedingsexperts, advies 153, overweging 5.4.4; M.J.J.M. Essers, *Aanbestedingsrecht voor overheden*, 4e druk, Amsterdam: Reed Business 2013, p. 468.

<sup>12</sup> Zie bijvoorbeeld richtlijn 2014/24/EU, artikel 72: 'Wijzigingen van opdrachten gedurende de looptijd'.

<sup>13</sup> HvJ EG 18 oktober 2001, zaak C-19/00 (*SIAC Construction*), JAAN 2007/5019, r.o. 42-44.

<sup>14</sup> HvJ EG 4 december 2003, zaak 448/01 (*Wienstrom*), r.o. 92-93.

<sup>15</sup> Zie bijvoorbeeld V.zr. Rb Noord-Nederland, 22 juni 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:2973, r.o. 4.10, V.zr. Rb Den Haag 19 juni 2014, JAAN 2014/182, r.o. 3.2, V.zr. Rb Den Haag 7 mei 2014, JAAN 2014/132 m.nt. T.H. Chen, r.o. 4.3 en V.zr. Rb Noord-Holland 21 maart 2014, JAAN 2014/107, r.o. 5.1.

<sup>16</sup> Vgl. HvJ EG 19 juni 2008, C-454/06 (*Pressetext*), r.o. 62.