

Gepubliceerd in TA 2014/141

De rangordeparadox na HR 9 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1078, hoe nu verder?

Tsong Ho Chen¹

Toen ik in maart 2005 mijn eerste artikel publiceerde, kon ik niet vermoeden dat negen jaar later de Hoge Raad over de fictieve casus die ik in dat artikel beschreef een oordeel zou vellen. Het gaat om de casus dat na de voorlopige gunning een inschrijving ongeldig wordt verklaard. Bij gebruik van relatieve formules voor het berekenen van de scores voor prijs kan het gebeuren dat de rangorde verandert wanneer men na ongeldig verklaren van de inschrijving met de laagste prijs de scores van de overige inschrijvingen opnieuw berekent zonder rekening te houden met de inmiddels ongeldig verklaarde inschrijving. Dit verschijnsel doopte ik 'rangordeparadox', een term die inmiddels ingeburgerd is. In dat artikel uit 2005 schreef ik:²

'Overigens zou men de vraag kunnen stellen of de uitkomsten wel opnieuw berekend moeten worden nadat de inschrijving van A ongeldig verklaard is: bij een sportwedstrijd rent men toch ook niet opnieuw als een deelnemer na afloop wordt gediskwalificeerd? Het eenvoudigste antwoord hierop is dat er geen sprake is van de wedstrijd opnieuw rennen, maar dat het zuiverder is als de jury de uitslag bepaalt zonder rekening te houden met de gediskwalificeerde deelnemer.'

Dit pleidooi voor herberekening van de scores na ongeldig verklaren van een inschrijving is achterhaald door het arrest van de Hoge Raad van 9 mei 2014.

De casus Xerox/Ricoh/Gemeente Utrecht

Bij een aanbesteding voor levering van afdrukkapparatuur is na de beoordeling de rangorde van de drie inschrijvingen als volgt: 1. Océ, 2. Xerox en 3. Ricoh. De gemeente Utrecht gunt derhalve de opdracht voorlopig aan Océ. Bij de daarop volgende besprekingen tussen de gemeente en Océ blijkt dat partijen een andere uitleg geven aan een belangrijk onderdeel van de offerteaanvraag en concludeert de gemeente dat Océ ongeldig heeft ingeschreven. De gemeente neemt na het ongeldig verklaren van de inschrijving van Océ een nieuw gunningsbesluit en gunt de opdracht voorlopig aan Ricoh, de oorspronkelijke nummer drie. Hoe kan dat?

In de offerteaanvraag is bepaald dat de laagste inschrijving 10 punten krijgt, de hoogste 1 punt en de tussenliggende inschrijvingen punten naar rato. Die laagste inschrijving was gedaan door Océ. Xerox heeft als hoogste inschrijver 1 punt voor Prijs gekregen en Ricoh een onbekend aantal punten tussen 1 en 10. De gemeente heeft besloten de scores van Xerox en Ricoh opnieuw te berekenen zonder rekening te houden met inschrijving van Océ. Na ecartering van de inschrijving van Océ, krijgt Ricoh dus 10 punten voor Prijs, terwijl Xerox op 1 blijft staan. Het gevolg hiervan is dat Ricoh Xerox voorbijstreeft in de rangorde.

Zowel Océ als Xerox komen op tegen dat nieuwe gunningsbesluit. De vorderingen in kort geding van Océ worden afgewezen.³ Ook Xerox heeft geen succes in het tweede kort geding,⁴ maar in appel

¹ Mr. drs. T.H. Chen is eigenaar van CHEN Aanbestedingsadvies en redacteur van dit tijdschrift.

² T.H. Chen, *Wiskundige eigenschappen van gunningssystemen en hun juridisch consequenties*, TA 2005, p. 53.

³ V.zr. Rb. Utrecht 26 augustus 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BR5927.

⁴ V.zr. Rb. Utrecht 19 september 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BT1835.

heeft zij wel succes,⁵ wat overigens een Pyrrusoverwinning zal blijken omdat de gemeente na dit arrest heeft besloten de aanbesteding te staken.⁶

Kernoverweging uit het arrest van het Hof

De belangrijkste overweging uit het arrest van het hof is de volgende:⁷

'Ten slotte vloeit uit de beginselen van het aanbestedingsrecht alsmede uit het gelijkheidsbeginsel, anders dan met name de Gemeente heeft aangevoerd, in het onderhavige geval waarbij drie inschrijvingen ten opzichte van elkaar worden beoordeeld ("relatieve beoordelingssystematiek") niet als regel voort dat een (na verificatie gebleken) ongeldige inschrijving geen rol mag spelen in de beoordeling van de resterende inschrijvingen. '

Dit oordeel van het hof wordt door Ricoh in cassatie bestreden. De Hoge Raad overweegt echter dat de geciteerde overweging niet in strijd is met het transparantiebeginsel (r.o. 3.6), niet in strijd is met het gelijkheidsbeginsel (r.o. 3.7) en ook niet in strijd is met het arrest Storebaelt⁸ (r.o.3.7).

Geen schending van het gelijkheidsbeginsel

In onderdeel 1 van het cassatiemiddel wordt gesteld dat het hof heeft miskend dat de beginselen van het aanbestedingsrecht met zich brengen dat een ongeldige inschrijving geen rol mag spelen in de totstandkoming van de gunningsbeslissing. De Hoge Raad volgt echter de conclusie van de A-G op dit punt voor wat betreft de gestelde schending van het gelijkheidsbeginsel.⁹

'Anders dan het onderdeel betoogt, is het op zichzelf evenmin in strijd met het gelijkheidsbeginsel dat de score van de twee resterende inschrijvers, zoals die was vastgesteld (mede) in relatie tot de afgefallen inschrijver die aanvankelijk als eerste was geëindigd, in stand wordt gelaten. Die score is immers, evenals de daaruit voortvloeiende onderlinge rangorde tussen de twee resterende inschrijvers, tot stand gekomen door een gelijkelijk op hen toegepaste beoordelingssystematiek, waarbij ieders inschrijving per onderdeel telkens op gelijke wijze ten opzichte van steeds dezelfde referentiepunten is gewaardeerd. Het daaruit voortvloeiende verschil in onderlinge rangorde is dan ook het gevolg van de waardering van hun inschrijvingen volgens de vooraf bekend gemaakte methodiek, zonder dat sprake is geweest van een ongelijke behandeling. Daarom brengt de enkele omstandigheid dat een andere onderlinge rangorde van de twee overgebleven inschrijvingen zou zijn verkregen indien deze zouden zijn beoordeeld zonder daarbij de aanvankelijk als eerste geëindigde inschrijving te betrekken, niet mee dat sprake is van strijd met het gelijkheidsbeginsel.'

Kennelijk ziet de Hoge Raad er geen probleem in dat het mogelijk is dat die referentiepunten zelf in een wanverhouding tot het voorwerp van de opdracht kunnen staan en dat dat de reden van ongeldig verklaren is. Dit essentiële aspect van de problematiek is in het arrest helaas volledig buiten beeld gebleven. In de onderhavige casus was de inschrijving van Océ ongeldig verklaard op de volgende grond:¹⁰

'(v) Bij het verificatiegesprek met Océ op 27 juni 2011 bleek de Gemeente dat de wijze waarop Océ in het prijsinvalformulier de zogenoemde tellertiprijs had berekend, niet aansloot bij de door de

⁵ Hof Arnhem 9 oktober 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BX9806.

⁶ V.zr. Rb. Midden-Nederland 15 februari 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ1349.

⁷ Hof Arnhem 9 oktober 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BX9806, r.o. 3.6.

⁸ HvJ EG 22 juni 1993, C-243/89, ECLI:NL:XX:1993:BE7219.

⁹ Zie r.o. 3.7 van het arrest.

¹⁰ Zie r.o. 3.1 van het arrest.

Gemeente in de offerteaanvraag onder 150 opgenomen eis. Daarmee voldeed de inschrijving van Océ niet aan het programma van eisen.¹

Wanneer het standpunt van de gemeente juist is,¹¹ betekent dit dat de door Océ geboden prijs niet past binnen het kader van de offerteaanvraag. Toch moet die prijs, die kennelijk gebaseerd is op andere uitgangspunten dan de andere twee inschrijvers hebben gehanteerd, gebruikt worden als referentiepunt bij het vaststellen van de rangorde tussen Xerox en Ricoh. Dat is op zijn minst toch wel heel merkwaardig.

Onlangs werd in kort geding vastgesteld dat de winnaar van een aanbesteding een niet toelaatbare negatieve prijs had geboden. De nummers twee en drie hadden beiden een score van 0 punten gekregen voor hun prijs, waarbij de vooraf bekend gemaakte formule niet gebruikt was. Volgens die formule zouden zij bij gebruik van het negatieve referentiepunt scores van 8926 punten respectievelijk 140 punten hebben behaald, terwijl de laagste prijs 70 punten krijgt. Het is te begrijpen dat de aanbestedende dienst dat negatieve referentiepunt niet heeft gebruikt bij het vaststellen van de rangorde, maar terecht acht de voorzieningenrechter deze gang van zaken in strijd met de algemene beginselen van aanbestedingsrecht en gelast hij een heraanbesteding.¹²

Een ander voorbeeld is de casus Koopmans/Gemeente Brummen/BAM, waarin vier inschrijvers bij een bouwopdracht volledige sloop hebben aangeboden en winnares BAM gedeeltelijke sloop. Omdat het bestek op het punt van volledig of gedeeltelijk slopen onduidelijk is, gebiedt het Hof de Gemeente om het inmiddels ondertekende contract met BAM op te zeggen en een heraanbesteding uit te voeren.¹³ Stel dat in die casus relatieve beoordeling van de prijzen had plaatsgevonden (dat is niet uit het arrest op te maken), dan kan het toch niet zo zijn dat de rangorde van de vier overige inschrijvingen mede gebaseerd wordt op de referentieprijs van BAM die op basis van een andere interpretatie van de opdracht tot stand is gekomen? Volgens de Hoge Raad zou dat niet in strijd met het gelijkheidsbeginsel zijn, maar het is wel in strijd met de belangrijke regel dat de gunningscriteria (en daarmee het beoordelingsmodel) verband moeten houden met het voorwerp van de opdracht. Die regel uit artikel 54 Bao, dat in de casus van toepassing is, is thans te vinden in artikel 1.10 Aanbestedingswet 2012, waarin wordt bepaald dat de gunningscriteria in een redelijke verhouding tot het voorwerp van de opdracht moeten staan. Het hanteren van een referentieprijs die niet op basis van het voorwerp van de opdracht tot stand is gekomen, is naar mijn mening het toepassen van een prijs criterium op een wijze die niet in een redelijke verhouding tot dat voorwerp staat en derhalve ontoelaatbaar.

Een belangrijk element uit de casus is subonderdeel 1.2 van het cassatiemiddel waarin gesteld wordt dat het in strijd met het gelijkheidsbeginsel is wanneer een vóór de beoordeling ongeldig verklaarde inschrijving niet meeweegt bij het bepalen van de rangorde en een na de beoordeling ongeldig verklaarde inschrijving wel meeweegt.¹⁴ Dit argument overtuigt de A-G niet:¹⁵

'Dat van een schending van het gelijkheidsbeginsel sprake zou zijn, wordt ook met de tweede vergelijking niet aangetoond. Weliswaar is het juist dat bij het wegvallen van een inschrijver vóórdit tot een beoordeling van de inschrijvingen wordt overgegaan, diens inschrijving bij de beoordeling van de resterende inschrijvingen in het geheel geen rol meer speelt (ook niet meer als referentiepunt

¹¹ Als advocaat van Océ heb ik dat standpunt overigens zonder succes in kort geding bestreden.

¹² V.zr. Rb. Overijssel 28 maart 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:1601, r.o. 4.9.

¹³ Hof Arnhem-Leeuwarden 17 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6838.

¹⁴ Parket Hoge Raad 24 januari 2014, ECLI:NL:PHR:2014:31, nr. 3.2 en nr. 3.16.

¹⁵ Zie randnr. 3.18 van de conclusie.

voor de overige inschrijvingen), maar dat impliceert niet dat, waar dit bij het wegvallen van een inschrijver ná de beoordeling van de inschrijvingen anders is, van een ongelijke behandeling van de inschrijvers sprake zou zijn. De (uiteenlopende) consequenties die het wegvallen van een inschrijver hebben, gelden steeds gelijkelijk voor alle resterende inschrijvers, ongeacht het stadium (voor of na de beoordeling van de inschrijvingen) waarin dat wegvallen zich voordoet.¹

De Hoge Raad laat zich verder niet uit over de vergelijking met een in de voorfase ongeldig verklaarde inschrijving, vermoedelijk omdat die hypothetische situatie zich hier niet heeft voorgedaan, maar aannemelijk is dat hij met de A-G zou hebben ingestemd wanneer dit punt wel relevant was geweest voor de uitkomst. De consequentie hiervan is dus dat het van belang is in welke fase van de procedure een inschrijving ongeldig wordt verklaard: gebeurt dit vóór de beoordeling op basis van de gunningscriteria, dan telt hij niet mee bij het bepalen van de rangorde, gebeurt dit na de voorlopige gunning, dan mag hij niet geëcarteerd worden om een nieuwe rangorde van de overige inschrijvingen te bepalen wanneer in de offerteaanvraag wordt vermeld dat er in die situatie met de nummer twee een verificatieprocedure zal worden uitgevoerd.

Een voor de praktijk zeer belangrijke, mijns inziens nog niet beantwoorde, vraag is wat rechtens is wanneer een inschrijving ongeldig verklaard wordt tussen het tijdstip van aanvang van de beoordeling op basis van de gunningscriteria en het tijdstip van mededeling van de voorlopige gunningsbeslissing. In het vervolg zal een poging gedaan worden die vraag te beantwoorden.

Belang van de procedurebeschrijving in de offerteaanvraag

Een belangrijk argument waarop het Hof zijn oordeel heeft gebaseerd is de interpretatie van de onderstaande passage uit de offerteaanvraag:¹⁶

'Blijkt tijdens de besprekingen met de inschrijver dat in de inschrijving onjuiste informatie is verstrekt of dat op andere punten onoverkomelijke bezwaren bestaan, dan zal de betreffende inschrijver alsnog afvallen. Ook kan blijken dat geen overeenstemming kan worden bereikt over de te sluiten raamovereenkomst. In gevallen als deze zal in de regel besloten worden een bespreking met de als tweede geëindigde inschrijver te beleggen, dan wel de gehele procedure opnieuw te starten.'

Over die interpretatie van die passage uit de offerteaanvraag door het hof overweegt de Hoge Raad het volgende:¹⁷

'Het hof heeft de hiervoor in 3.1 onder (iii) geciteerde paragraaf 3.2 van de offerte-aanvraag van de Gemeente aldus uitgelegd dat daarin als procedure is vastgelegd dat, indien de als eerste geëindigde inschrijver alsnog afvalt omdat onjuiste informatie is verstrekt of op andere punten onoverkomelijke bezwaren bestaan, de Gemeente geen herbeoordeling van de scores zal uitvoeren maar de oorspronkelijke rangorde zal handhaven en een bespreking met de als tweede geëindigde inschrijver zal beleggen. Uitgaande van die – niet onbegrijpelijke – uitleg, geeft het oordeel van het hof dat het in overeenstemming is met het transparantiebeginsel dat de Gemeente, na het afvallen van Océ, een verificatiebespreking diende te beleggen met de als tweede geëindigde Xerox zonder een herbeoordeling van de scores uit te voeren, geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Dat beginsel strekt er immers mede toe dat de te volgen aanbestedingsprocedure en -systematiek aan de inschrijvers vooraf duidelijk kenbaar moet zijn gemaakt, teneinde het risico van willekeur en favoritisme uit te bannen.'

¹⁶ Zie r.o. 3.1 onderdeel (III) van het arrest.

¹⁷ Zie r.o. 3.6 van het arrest.

Dat de beschrijving van de procedure in de offerteaanvraag van groot belang is voor de te volgen handelwijze in geval van een rangordeparadox, blijkt ook uit de onderstaande overweging van het hof die in cassatie niet bestreden wordt:¹⁸

'Bij gebreke van zo'n algemene regel geldt naar het oordeel van het hof dat als de Gemeente in situaties als de onderhavige had willen kiezen voor herberekening van de scores van de overblijvende inschrijvers, zij dit in de offerte [offerteaanvraag] tot uitdrukking had moeten brengen.'

Wanneer de offerteaanvraag dus vermeldt dat na ongeldig verklaren van een inschrijving altijd een herberekening van de scores zal plaatsvinden, dient die procedure dus te worden gevolgd volgens het hof. Aannemelijk is dat de Hoge Raad ook dit oordeel niet in strijd met het recht zal vinden.

In het vervolg zullen de consequenties van de hierboven geciteerde passages uit de arresten van Hoge Raad en hof worden besproken.

Afbakening van de casus

Van groot belang voor de interpretatie van rechterlijke uitspraken in aanbestedingsgeschillen is dat hoewel overwegingen soms in algemene termen zijn geformuleerd, zij toch veelal alleen betrekking hebben op de binnen de kaders van het geschil aan de rechter voorgelegde rechtsvragen. Het hier besproken arrest geeft slechts in een beperkt aantal situaties een richtlijn hoe de aanbestedende dienst moet handelen. Die situaties en een aantal andere mogelijke situaties worden hieronder besproken.

Artikel 2.113 Aanbestedingswet bepaalt het volgende:

'De aanbestedende dienst toetst de inschrijvingen aan de door hem in de aankondiging of de aanbestedingsstukken gestelde normen, functionele eisen en eisen aan de prestatie.'

In de na dit artikel volgende artikelen van de Aanbestedingswet 2012 wordt het toetsen aan de gunningscriteria beschreven. Aannemelijk is dat het de bedoeling van de wetgever is dat deze volgorde in de praktijk wordt aangehouden. Bij het na het uitvoeren van de toets van artikel 2.113 vaststellen van de rangorde moet dus alleen rekening gehouden worden met inschrijvingen die aan de gestelde normen en eisen voldoen. Een inschrijving die in die voorfase ongeldig wordt bevonden, kan dus nooit meer een rol spelen bij het bepalen van de rangorde van de overige inschrijvingen.

Constateren dat een inschrijving ongeldig is kan op diverse momenten tijdens de aanbesteding gebeuren, bijvoorbeeld:

1. Vóór aanvang van de beoordelingsprocedure op basis van de gunningscriteria;
2. Tijdens die beoordelingsprocedure;
3. Na het vaststellen van de rangorde maar voordat een mededeling van de voorlopige gunningsbeslissing is verstuurd;
4. Na de mededeling van de voorlopige gunningsbeslissing.

Daarnaast kunnen in de offerteaanvraag diverse bepalingen zijn opgenomen over de te volgen procedure na ongeldig verklaren van een inschrijving, zoals:

- A. Er wordt bepaald dat een ongeldige inschrijving terzijde wordt gelegd;
- B. Er wordt bepaald dat een ongeldige inschrijving terzijde wordt gelegd en niet wordt meegenomen bij de beoordeling;
- C. Er wordt bepaald dat wanneer de winnende inschrijving ongeldig verklaard wordt, er een verificatiebespreking met de als tweede geëindigde inschrijver zal plaatsvinden;

¹⁸ Hof Arnhem 9 oktober 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BX9806, r.o. 3.6.

- D. Er wordt bepaald dat wanneer de winnende inschrijving ongeldig verklaard wordt, er een herberekening van de scores zal plaatsvinden.

Met deze opsomming, die lang niet alle mogelijke situaties beschrijft, zijn er al 16 mogelijkheden die zich in de praktijk kunnen voordoen. Er zijn ook allerlei andere combinaties mogelijk, zoals 3AD of 4BC. In de casus Xerox/Ricoh/Gemeente Utrecht gaat het om situatie 4C. Het hof geeft ook een oordeel over casus 4D; ik herhaal de eerder geciteerde belangrijke passage uit de overweging van het hof:¹⁹

'Bij gebreke van zo'n algemene regel geldt naar het oordeel van het hof dat als de Gemeente in situaties als de onderhavige had willen kiezen voor herberekening van de scores van de overblijvende inschrijvers, zij dit in de offerte [offerteaanvraag] tot uitdrukking had moeten brengen.'

In de onderstaande tabel wordt voor hierboven genoemde 16 mogelijke combinaties aangegeven of er bij het vaststellen van de rangorde van de geldige inschrijvingen rekening gehouden moet worden met een ongeldig verklaarde inschrijving, waarbij ja = het moet, nee = het mag niet. De geel gekleurde vakken geven situaties weer waarin het duidelijk is hoe op grond van het arrest moet worden gehandeld. Het meest onzeker zijn de situaties 3A en 3B.

| | | | | |
|---|-----|-----|-----|-----|
| | 1 | 2 | 3 | 4 |
| A | nee | nee | ja | Ja |
| B | nee | nee | ja | Ja |
| C | nee | nee | ja | Ja |
| D | nee | nee | nee | Nee |

Van groot belang is dat er per combinatie slechts twee mogelijkheden zijn: ja of nee. Zou de aanbestedende dienst immers een onvoorwaardelijke keuzevrijheid hebben, dan is dat zonder meer in strijd met de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU.²⁰ De lezer zij gewaarschuwd dat het uitgangspunt in mijn eerste artikel,²¹ dat na ongeldig verklaren van een inschrijving er altijd een herberekening uitgevoerd moet worden, achteraf onjuist blijkt te zijn geweest. Het is dus denkbaar dat ook de bovenstaande tabel in de toekomst niet door de rechter gevolgd zal worden.

Jurisprudentie van lagere rechters

De schaarse jurisprudentie van lagere rechters in gevallen waarin een rangordeparadox optrad, kunnen we deels in bovenstaand schema passen. De conclusie van A-G Keus noemt de casus Ziegler/Veiligheidsregio Gelderland Midden als voorbeeld.²² In die casus overweegt de voorzieningenrechter:²³

'Dat de opdracht niet gegund mag worden aan DRV heeft niet automatisch tot gevolg dat als VGGM de opdracht nog wil gunnen, de opdracht nu toekomt aan Ziegler omdat Ziegler overall als tweede was geëindigd achter DRV. Juist door het relatieve beoordelingssysteem, waarbij de punten voor de niet best scorende prijs op een (sub)onderdeel bepaald worden aan de hand van het verschil van die prijs met de best scorende prijs, zullen de afzonderlijke scores van de twee overblijvende inschrijvers, DRV doet immers niet meer mee, ten opzichte van elkaar opnieuw moeten worden bepaald.'

¹⁹ Hof Arnhem 9 oktober 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BX9806, r.o. 3.6.

²⁰ HvJ EU 10 mei 2012, C-368/10, ECLI:EU:C:2012:284 (*Commissie/Nederland*), r.o. 87.

²¹ Zie noot 2.

²² Parket Hoge Raad 24 januari 2014, ECLINL:PHR:2014:31, nr. 3.6.

²³ Vzv. Rb. Arnhem 13 december 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BY8408, r.o. 4.14.

Het gaat dus om geval 4 maar in het vonnis wordt niet vermeld wat de offerteaanvraag bepaalt omtrent de procedure na ongeldig verklaren van een inschrijving. Mocht het gaan om geval 4D, dan is dit vonnis in overeenstemming met het arrest van de Hoge Raad, in bepaalde andere gevallen kan het vonnis achterhaald zijn.

In de casus *Industria/Gemeente Rotterdam* heeft de gemeente na ontvangst van de dagvaarding een fictieve herbeoordeling van de ongeldig verklaarde inschrijving van eiseres uitgevoerd, echter zonder de in de offerteaanvraag beschreven relatieve beoordelingsmethodiek toe te passen. De voorzieningenrechter overweegt dat de inschrijving van eiseres ten onrechte ongeldig was verklaard en overweegt daarna:²⁴

'Voor de vordering betekent een en ander dat, nu herstel van het gebrek in de beoordeling nog mogelijk is, de voorzieningenrechter de gemeente zal verbieden om vooralsnog tot gunning aan Schröder over te gaan en de subsidiaire vordering van *Undustria* [*Industria*] zal toewijzen, in die zin dat de geldige inschrijvers opnieuw beoordeeld moeten worden, uitdrukkelijk aan de hand van de berekening als opgenomen vanaf pagina 6 van het bestek (stap 1, 2 en 3).'

Dus alleen de geldige inschrijvingen moeten herbeoordeeld worden volgens dit vonnis. Die herbeoordeling moet plaats vinden op basis van de in het bestek beschreven relatieve methodiek. Dat de voorzieningenrechter gelast om alleen de geldige inschrijvingen opnieuw te beoordelen is een oordeel dat niet achterhaald is door het arrest van de Hoge Raad omdat zich hier het spiegelbeeld voordoet van de casus *Xerox/Ricoh/Gemeente Utrecht*: een aanvankelijk ongeldig verklaarde inschrijving moet alsnog meegewogen worden bij het vaststellen van de rangorde. Dit spiegelbeeld heeft de A-G Keus niet overtuigd,²⁵ maar aannemelijk is dat hij het wel juist acht om in die situatie alleen rekening te houden met de geldige inschrijvingen.

In de casus *ReShare/Gemeente Eindhoven* speelde een potentiële rangordeparadox een rol bij het wijzen van het vonnis. Eiseres *ReShare* stelt dat *Curitas*, een van de andere inschrijvers, ongeldig heeft ingeschreven en de voorzieningenrechter is het daarmee eens. Vervolgens overweegt de voorzieningenrechter:²⁶

'De gemeente stelt dat *ReShare* bij uitsluiting van *Curitas* / [ZZ] geen belang zou hebben, omdat laatstgenoemde als vierde in de aanbestedingsprocedure is geëindigd en haar uitsluiting dus niet met zich zal brengen dat de inschrijving van *ReShare*, die op de derde plek is geëindigd, als economisch meest voordelige uit de bus zal komen. Met deze stelling miskent de gemeente dat bij de beoordeling is gewerkt met onderlinge vergelijking van de inschrijvers op de diverse punten, waarin de antwoorden van *Curitas* / [ZZ] ook zijn betrokken, en dat er in de onderhavige aanbestedingsprocedure sprake is van onwerkbaar gunningcriteria (zoals hiervoor onder r.o. 4.2. tot en met 4.29. overwogen). Dit maakt dat de afloop van onderhavige aanbestedingsprocedure niet naar behoren vast te stellen is, indien *Curitas* / MW eruit ligt. Er rest dus geen andere mogelijkheid dan opnieuw aan te besteden.'

Interessant is dus dat een eiser in kort geding belang kan hebben bij ongeldig verklaren van een willekeurig andere inschrijving omdat dit gevolgen voor de rangorde kan hebben. Na het arrest van de Hoge Raad is dat belang soms niet aanwezig, namelijk wanneer er in de offerteaanvraag niet

²⁴ V.zr. Rb. Rotterdam 23 februari 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BN3247, r.o. 4.8. Gelijkluidend is het vonnis *Eclatec/Gemeente Rotterdam*, ECLI:NL:RBROT:2010:BL5256 van dezelfde datum.

²⁵ Zie noot 22, nr. 3.16.

²⁶ V.zr. Rb. 's-Hertogenbosch 15 april 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BQ2066, r.o. 4.32.

bepaald is dat na ongeldig verklaren van een inschrijving er een herberekening van de scores plaats vindt.

In de casus Welzorg/Gewest Gooi en Vechtstreek c.s. wordt een deskundigenonderzoek gelast waaruit moet blijken of de winnende inschrijver kostendekkend heeft ingeschreven. Over wat na een negatieve uitkomst van dat onderzoek moet gebeuren overweegt de voorzieningenrechter:²⁷

'Indien de deskundige van oordeel is dat de aanbidding van Meyra niet kostendekkend is, zal de inschrijving van Meyra als ongeldig ter zijde geschoven moeten worden. De gunningsbeslissing van 7 december 2012 zal als gevolg daarvan ook moeten worden ingetrokken. De Gemeenten kunnen evenwel niet na een herberekening van de scores tot gunning aan Welzorg overgaan. Van belang is dat de Gemeenten voor een relatieve beoordelingsystematiek hebben gekozen, waarbij alleen alle geldige inschrijvingen ten opzichte van elkaar worden beoordeeld. Indien de inschrijving van Meyra wegvalt, zullen de overgebleven offertes van Welzorg en [G]/[H] opnieuw ten opzichte van elkaar moeten worden beoordeeld.'

Dit vonnis is mogelijk door het arrest van de Hoge Raad achterhaald, in ieder geval wanneer de offerteaanvraag zou bepalen dat na ongeldig verklaren van de inschrijving van de winnaar de opdracht gegund zal worden aan de nummer twee. Uit de geciteerde overweging zou men echter eerder afleiden dat in de offerteaanvraag wordt vermeld dat alleen geldige inschrijvingen worden meegewogen bij de beoordeling, in welk geval dit vonnis juist van grote betekenis voor de praktijk blijft. Weliswaar is het vonnis vernietigd in appel op de grond dat de eis van kostendekkendheid een ongeldig criterium is, maar daarmee is het oordeel van de voorzieningenrechter over de noodzaak van een herberekening niet aangetast.²⁸

Een echte paradox

Het komt regelmatig voor bij aanbestedingen dat aan een inschrijving een gebrek kleeft. Zo ontving ik enkele jaren geleden na de aanmelding voor de selectie bij een aanbesteding voor advocatendiensten van de gemeente Lelystad een brief met een opsomming van 11 omissies die geconstateerd waren bij 16 aanmeldingen door advocatenkantoren, waaronder diverse Zuidas kantoren. Bij vrijwel elke omissie is er wel een vonnis te vinden waarin de rechter overweegt dat deze tot ongeldig verklaren moet leiden, maar vaak ook een vonnis waarin de rechter het tegenovergestelde overweegt. De aanbestedende dienst kan dus vele kanten uit met het wel of niet ongeldig verklaren van inschrijvingen. De volgende fictieve casus is dus helemaal niet zo onwaarschijnlijk als men misschien op het eerste gezicht zou denken.

Een fictief voorbeeld

Bij een aanbesteding zijn vier inschrijvers A, B, C en D. De inschrijving van D wordt na toetsen aan de eisen ongeldig verklaard en niet meegewogen bij de beoordeling. De rangorde wordt als volgt vastgesteld: 1. A, 2. B en 3. C. Zowel B als D maken een kort geding aanhangig, waarbij B stelt dat A ongeldig heeft ingeschreven en D stelt dat haar inschrijving ten onrechte ongeldig verklaard is. De rechter stelt zowel B als D in hun hoofdvordering in het gelijk. In haar nevenvordering moet B kiezen tussen wel of niet eisen dat de inschrijving van A wordt meegewogen bij het vaststellen van de nieuwe rangorde. Wanneer er een herbeoordeling wordt uitgevoerd, dan leidt die, afhankelijk van welke inschrijvingen worden meegewogen, onder meer tot de volgende mogelijke rangorden:

1. C, B, D wanneer A wordt meegewogen;
2. B, C, D wanneer A niet wordt meegewogen;

²⁷ Vzr. Rb. Amsterdam 30 januari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ0665, r.o. 4.12.

²⁸ Hof Amsterdam 9 juli 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:3398.

3. B, C wanneer A wordt meegewogen en D niet wordt meegewogen.

B kan gaan voor optie 3 en als tussenkomende partij in het door D aanhangig gemaakte geding betogen dat D geen belang bij haar vordering heeft omdat toewijzing daarvan er niet toe kan leiden dat haar de opdracht gegund wordt. In het eigen kort geding kan B zich vervolgens beroepen op het arrest van de Hoge Raad en stellen dat de inschrijving van A moet worden meegewogen bij de herbeoordeling. Maar B kan ook gaan voor optie 2 en in beide gedingen precies de tegenovergestelde standpunten innemen door te betogen dat A niet moet worden meegewogen en D wel. *B wint dus de aanbesteding wanneer zij in beide gedingen volledig in het gelijk wordt gesteld of wanneer zij in beide gedingen volledig in het ongelijk wordt gesteld.* Dat is toch wel een echte juridische paradox. Wanneer ook C tussenkomt in beide gedingen, staat de rechter voor een Gordiaanse knoop. Deze paradox laat zien welke lastige complicaties zich kunnen voordoen na het arrest van de Hoge Raad wanneer relatieve beoordeling wordt toegepast.

De situatie na het arrest

Na het arrest van de Hoge Raad is de onwenselijke situatie ontstaan dat aanbestedende diensten in diverse gevallen in onzekerheid zullen verkeren hoe zij moeten handelen wanneer een rangordeparadox optreedt. Wanneer de Hoge Raad het arrest van het hof had vernietigd op de grond dat er wel een rechtsregel is die zegt dat ongeldige inschrijvingen geen rol mogen spelen bij het bepalen van de rangorde van de overige inschrijvingen, dan zou er na ongeldig verklaren altijd een herberekening moeten worden uitgevoerd en weet iedereen waar hij aan toe is. Uit het arrest kan zeker niet afgeleid worden dat het omgekeerde verplicht is, dus dat bij het bepalen van de rangorde altijd met alle inschrijvingen - geldige en ongeldige - rekening zou moeten worden gehouden. Dit laatste zou ook hoogst ongewenst zijn, want het is immers mogelijk dat een inschrijving helemaal niet serieus is. Een inschrijver zou bijvoorbeeld een niet ondertekende prijslijst kunnen indienen met prijzen die geen enkel verband houden met de opdracht. Niemand zal toch durven beweren dat bij het bepalen van de rangorde van de geldige inschrijvingen rekening moet worden gehouden met een inschrijving die een niet ondertekende prijslijst bevat waarin bij alle prijzen € 0,00 is ingevuld?

Relatieve beoordeling

Een rangordeparadox kan alleen optreden wanneer er gebruik gemaakt wordt van de In Nederland nog steeds vaak gehanteerde methoden van relatieve beoordeling. Gebruikt de aanbestedende dienst geen relatieve beoordeling of maakt hij gebruik van een logaritmische formule bij relatieve beoordeling,²⁹ dan kan de rangordeparadox niet optreden. Zowel A-G Keus³⁰ als Hoge Raad achten relatieve beoordeling in beginsel toelaatbaar. De Hoge Raad overweegt hieromtrent in r.o. 3.5:

'In zijn algemeenheid kan een zogeheten relatieve beoordelingssystematiek niet enkel op grond van haar relatieve karakter als strijdig met het gelijkheids- of transparantiebeginsel worden aangemerkt. Het hangt af van de wijze waarop een bepaalde beoordelingssystematiek in het concrete geval is ingericht of toegepast, of zij, mede in verband met haar relatieve karakter, in strijd komt met de (genoemde) beginselen van het aanbestedingsrecht.'

Uit randnr. 3.7 van de conclusie van A-G Keus wordt duidelijk dat de Hoge Raad kennis heeft genomen van de vele bezwaren tegen relatieve beoordeling die in de literatuur zijn opgeworpen.

²⁹ Zie het in noot 2 genoemde artikel, p. 56.

³⁰ randnr. 3.8 van de conclusie.



Omdat ook lagere rechters steevast relatieve beoordeling toelaatbaar achten, kan thans geconcludeerd worden dat naar Nederlands recht relatieve beoordeling toelaatbaar is.

Dat neemt niet weg dat ik nog steeds relatieve beoordeling afraad wegens het risico op een rangordeparadox, strategische inschrijvingen en geschillen.

Conclusie

Het hier besproken arrest van de Hoge Raad biedt voor de praktijk in een aantal situaties zekerheid omtrent de te volgen procedure in geval van een rangordeparadox. In diverse andere situaties is dat minder duidelijk en zal teruggevallen moeten worden op lagere jurisprudentie die ervan uit gaat dat ongeldige inschrijvingen niet mogen meewegen bij het vaststellen van de rangorde van de geldige inschrijvingen. De Hoge Raad heeft gesproken, maar het laatste woord is nog niet gezegd.