



Eerst offertes beoordelen en dan geschiktheid vaststellen? - een riskante vernieuwing

Mr. T.H. Chen¹

Gepubliceerd in TBR 2012/199

1. De voorstellen van de Europese Commissie

De voorstellen van de Europese Commissie voor nieuwe aanbestedingsrichtlijnen zijn in Nederland over het algemeen met instemming begroet. Of de twee doelstellingen van de voorstellen, hogere efficiëntie en betere ondersteuning van maatschappelijke doelen², zullen worden bereikt, zal de praktijk moeten uitwijzen. Eén van de voorgestelde wijzigingen van de regelgeving heeft echter een riskant aspect waar de Commissie kennelijk niet aan gedacht heeft. Het betreft artikel 54 lid 3 van het voorstel voor een Algemene Richtlijn, dat als volgt luidt: *In openbare procedures kunnen aanbestedende diensten besluiten tot onderzoek van de inschrijvingen over te gaan voordat de geschiktheid van de inschrijvers wordt beoordeeld, mits de desbetreffende bepalingen van deze afdeling worden nageleefd, met inbegrip van de regel dat de opdracht niet wordt gegund aan een inschrijver die overeenkomstig artikel 55 moet worden uitgesloten of die niet voldoet aan de door de aanbestedende dienst overeengekomen onderafdeling 1 van deze afdeling vastgestelde gunningscriteria.*³ Volgens deze bepaling wordt het dus bij openbare procedures toegestaan om de volgorde van selectie en gunning om te keren. In de huidige regelgeving wordt wel aangenomen dat eerst de geschiktheid van de inschrijvers onderzocht moet worden en daarna pas de offertes beoordeeld mogen worden, zoals men zou denken bij letterlijke interpretatie van artikel 44 lid 1 van Richtlijn 2004/18/EG (geïmplementeerd in artikel 44 lid 1 Bao).⁴ Het Hof van Justitie EG heeft hieromtrent in het bekende arrest Beentjes het volgende overwogen: *'In het stelsel van de richtlijn [...] vormen het onderzoek naar de geschiktheid van de aannemers die de te gunnen werkzaamheden moeten uitvoeren, en de gunning van het werk zelf twee afzonderlijke verrichtingen in het kader van de aanbesteding. Artikel 20 van de richtlijn bepaalt immers, dat de gunning plaatsvindt nadat de geschiktheid van de aannemers is nagegaan .*⁵ Later heeft het Hof van Justitie wel

¹ Tsong Ho Chen is eigenaar van Chen Aanbestedingsadvies.

² Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende het gunnen van overheidsopdrachten, COM(2011) 896 definitief, p. 2 respectievelijk Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende het gunnen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten, COM(2011) 895 definitief, p. 2.

³ Artikel 70 lid 6 van het voorstel voor een Richtlijn Nutssectoren bevat een soortgelijke regel.

⁴ In M.J.J.M. Essers, *Aanbestedingsrecht voor overheden*, 3^e druk, Reed Business 2009, p. 346, wordt gesteld dat deze volgorde bij de openbare procedure moet worden aangehouden.

⁵ HvJ EG 20 september 1988, zaak 31/87, r.o. 15.



overwogen dat de *[...] richtlijnen inzake overheidsopdrachten weliswaar in theorie niet uitsluiten dat het onderzoek naar de geschiktheid van de inschrijvers en de gunning van de opdracht gelijktijdig plaatsvinden [...]*⁶, maar uit die theoretische mogelijkheid van gelijktijdig onderzoek volgt nog niet ondubbelzinnig dat men eerst de gunningsfase mag doorlopen en daarna pas de geschiktheid kan onderzoeken.

Voor de bouw is nog van belang artikel 2.30.4 ARW 2005, dat luidt: *'Voor de opdracht komen alleen inschrijvers in aanmerking die zowel op de dag van inschrijving als op de dag van opdrachtverlening voldoen aan de eisen die in de aankondiging, het bestek en de nota van inlichtingen zijn vermeld.'* Ook diverse andere in de bouw gebruikte reglementen bevatten een dergelijke bepaling.⁷ Dus ook bij nationale bouwaanbestedingen waar een dergelijk reglement van toepassing is verklaard, moet eerst de geschiktheid van de inschrijvers worden beoordeeld voordat de gunningsfase kan aanvangen.

Ook de Commissie gaat er van uit dat volgens de huidige richtlijn de selectiefase voorafgaat aan de gunningsfase en heeft over deze beperking van de handelingsvrijheid van de aanbestedende dienst een vraag gesteld bij de consultatie welke voorafging aan het opstellen van de huidige voorstellen. De Commissie schrijft in haar Groenboek: *'Aanbestedende diensten klagen soms over de administratieve rompslomp die het gevolg is van de verplichting eerst alle gegadigden of inschrijvers aan de selectiecriteria te toetsen voordat de gunningscriteria kunnen worden onderzocht. Zij voeren aan dat alles sneller zou kunnen gaan als zij eerst de gunningscriteria zouden mogen onderzoeken, aangezien dan alleen voor de winnende inschrijver zou moeten worden nagegaan of aan de selectiecriteria is voldaan.'*⁸ Hierna wordt in vraag 23 aan belanghebbenden gevraagd of zij voorstander zijn van versoepeling van de regels op dit punt. Het Nederlandse kabinet heeft hierop geantwoord: *'In de praktijk worden bij een openbare procedure met gunningscriterium laagste prijs, de gunningscriteria vaak voor de selectiecriteria getoetst zonder dat dit uitdrukkelijk is beschreven in de Richtlijnen. Deze manier van toetsen vermindert de lasten en daarom is het Nederlandse kabinet voorstander van beschrijving van deze mogelijkheid in de Richtlijnen. De strikte scheiding tussen gunnings- en selectiecriteria moet hierbij wel blijven bestaan. Het moet voorkomen worden dat selectiecriteria worden meegenomen in de gunning.'*⁹ In dit artikel wordt ingegaan op de consequenties van de door de Commissie voorgestelde versoepeling in het geval dat niet het criterium van de laagste prijs maar het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving wordt gehanteerd en relatieve beoordeling wordt toegepast.

⁶ HvJ EG 12 november 2009, C-199/07 (*Commissie/Griekenland*), r.o. 51. In dezelfde zin HvJ EG 24 januari 2008, C-532/06 (*Lianakis*), r.o. 26.

⁷ Zie artikel 2.34.4 ARW 2004, artikel 24 lid 1 UAR 2001 en artikel 31 lid 2 UAR-EG 1991.

⁸ Groenboek betreffende de modernisering van het EU-beleid inzake overheidsopdrachten. Naar een meer efficiënte Europese aanbestedingsmarkt, COM(2011) 15 definitief, p. 18.

⁹ De openbare reacties op het consultatiedocument zijn te vinden op de website van de Commissie http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/modernising_rules/consultations/index_en.htm.



2. Risico's van relatieve beoordeling

In het geval dat het gunningscriterium van de laagste prijs wordt gehanteerd, is tegen omkering van de volgorde van selectie en gunning weinig bezwaar. Maar bij toepassing van het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving (EMVI) kan deze werkwijze zeer riskant zijn, met name wanneer er gebruik wordt gemaakt van relatieve beoordeling. Relatieve beoordeling houdt in dat de score bij een bepaald gunningscriterium bepaald wordt door de geboden waarde te vergelijken met een referentiewaarde die bepaald is aan de hand van de ingediende offertes. Heel vaak wordt relatieve beoordeling toegepast bij de berekening van de score voor de geboden prijs. Men stelt dan dat de inschrijving met de laagste prijs een bepaald puntenaantal krijgt, bijvoorbeeld 40 punten en berekent de scores voor de andere prijzen door deling op de laagste prijs, met bijvoorbeeld de formule $S = 40 \times L / P$. Is de geboden prijs P bijvoorbeeld twee keer zo hoog als de laagste geboden prijs L, dan scoort men bij gebruik van deze formule 20 punten.

In 2008 schreef Orobio de Castro in dit blad: 'Over de systematiek van de "relatieve weging" - en in het bijzonder de mogelijkheden tot controle op correcte toepassing achteraf - zal het laatste woord nog wel niet gezegd zijn.'¹⁰ Sinds deze profetische woorden werden gesproken, is de relatieve beoordeling diverse keren in kort geding aan de orde gesteld, maar dit heeft tot nog toe nooit geleid tot een negatief oordeel over de toelaatbaarheid.¹¹ Het probleem van relatieve beoordeling is dat een (vooraf onbekende) inschrijver, bijvoorbeeld de inschrijver die de laagste prijs geboden heeft, de scores van de andere inschrijvers bepaalt. Het is dan mogelijk dat de rangorde van twee inschrijvers A en B afhankelijk is van het al dan niet meetellen van een derde inschrijver C. Dit verschijnsel wordt wel rangordeparadox genoemd; het is in 2005 beschreven in het *Tijdschrift Aanbestedingsrecht*.¹² Ondanks de bezwaren die door diverse auteurs tegen relatieve beoordeling zijn ingebracht¹³, is relatieve beoordeling bij het EMVI-criterium in Nederland nog steeds meer regel dan uitzondering, althans bij de aanbestedingen die tot een rechtszaak leiden en worden gepubliceerd op rechtspraak.nl. Maar er lijkt een keerpunt bereikt te zijn met het in de ban doen van relatieve beoordeling door een grote aanbestedende dienst als Rijkswaterstaat, die de methode van Gunnen op Waarde¹⁴ propageert, een methode

¹⁰ D.C. Orobio de Castro, Aanbesteding bewakingsdiensten: Wees waakzaam!, *TBR* 2008/51.

¹¹ Bijvoorbeeld Vzr. Rb. Zwolle 28 oktober 2008, LJN: BH 3767, Vzr. Rb. Middelburg 13 februari 2009, LJN: BJ1373, Vzr. Rb. Haarlem 15 april 2010, LJN: BM1413 en Vzr. Rb. 's-Gravenhage 13 februari 2012, LJN: BV7746. In Vzr. Rb. Groningen 17 juli 2009, LJN: BJ3733 werd wel geoordeeld dat ten onrechte relatieve beoordeling was toegepast, maar dat kwam doordat niet in het bestek vermeld was dat bij het desbetreffende criterium relatieve beoordeling zou worden toegepast.

¹² T.H. Chen, Wiskundige eigenschappen van gunningssystemen en hun juridische consequenties, *TA* 2005/2, p. 51.

¹³ Rinke Meijer, Jan Telgen, De risico's van gunningssystemen, *Tender Nieuwsbrief* 2007, nr. 7, p. 1; T.H. Chen, J.F. van Nouhuys, Gunningsmethodieken, ideeën voor de nieuwe aanbestedingswetgeving, *TA* 2008/4, p. 319; C.E.C. Jansen/Regieraad Bouw, *Leidraad Aanbesteden Bouwopdrachten 2009*, CROW, Ede 2009, p. 328.

¹⁴ *Gunnen op waarde, hoe doe je dat?*, uitgave van CROW, Ede 2007.



waarbij met absolute scores wordt gewerkt. Interessant is dat de Portugese wetgever relatieve beoordeling verboden heeft.¹⁵

Het is niet uitgesloten dat een rangordeparadox in de praktijk vele malen is opgetreden, maar in de jurisprudentie is daarvan vrijwel niets te vinden. Een van de weinige voorbeelden uit de jurisprudentie is de casus waar de gemeente Utrecht de opdracht aanvankelijk voorlopig gegund heeft aan Océ, met Xerox als tweede en Ricoh als derde in de rangorde. Wanneer enkele weken na het voorlopige gunningsbesluit de gemeente alsnog de inschrijving van Océ ongeldig verklaart, worden de scores herberekend en wordt de opdracht voorlopig gegund aan Ricoh, de oorspronkelijke nummer 3. Niet onbegrijpelijk is dat Xerox tegen deze tweede gunningsbeslissing een kort geding aanhangig maakt, maar haar vorderingen worden afgewezen, omdat *'ongeldige inschrijvingen geen rol kunnen en mogen spelen bij de rangschikking'*.¹⁶ Recent is dit vonnis vernietigd: het Hof Arnhem overweegt dat de aanbestedende dienst de regel in het bestek had moeten toepassen die bepaalt dat na het afvallen van de aanvankelijk als eerste gerankte inschrijver, met de als tweede geëindigde inschrijver een bespreking belegd moet worden. In strijd met de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG¹⁷ overweegt het Hof verder dat er geen algemene regel bestaat dat ongeldige inschrijvingen geen rol mogen spelen bij de beoordeling van de resterende inschrijvingen.¹⁸

Dat een rangordeparadox zo zelden aangetroffen wordt in de jurisprudentie heeft vermoedelijk twee oorzaken. In de eerste plaats zal de aanbestedende dienst de kat niet op het spek binden en dus voor een afgewezen inschrijver verzwijgen dat deze op de eerste plaats zou zijn geëindigd wanneer de inschrijving van een bepaalde andere afgewezen inschrijver (on)geldig wordt verklaard. En in de tweede plaats wordt de volledige uitkomst van de beoordeling met alle scores, geboden prijzen en andere waarden zelden of nooit meegedeeld aan de inschrijvers. Zonder volledig inzicht in die gegevens is meestal niet uit te rekenen of een rangordeparadox is opgetreden. Verdedigbaar is de stelling dat het achterhouden van die informatie in strijd is met artikel 6 van de Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden. Dat artikel bepaalt immers dat de mededeling van de gunningsbeslissing de relevante redenen voor die beslissing moet bevatten. Volgens artikel 2 bis lid 2 van Richtlijn 89/665/EG wordt daarmee bedoeld *'een samenvattende beschrijving van de relevante redenen uiteengezet in artikel 41, lid 2, van Richtlijn 2004/18/EG, onder voorbehoud van de bepalingen van artikel 41, lid 3, van die richtlijn'*. Dat komt er op neer dat volstaan kan worden met het vermelden van de redenen voor de afwijzing en de kenmerken en voordelen van de uitgekozen inschrijving. Nederland heeft echter gekozen voor een implementatie die verder gaat

¹⁵ Artikel 139 lid 4 van de Código dos Contratos Públicos luidt: *Na elaboração do modelo de avaliação das propostas não podem ser utilizados quaisquer dados que dependam, directa ou indirectamente, dos atributos das propostas a apresentar, com excepção dos da proposta a avaliar.* In vertaling: *In de uitwerking van het beoordelingsmodel van de inschrijvingen mag geen gebruikt worden gemaakt van gegevens die, direct of indirect, afhangen van kenmerken van de ingediende inschrijvingen, met uitzondering van gegevens van de inschrijving die beoordeeld wordt.*

¹⁶ V.zr. Rb. Utrecht 16 september 2011, LJN:BT1835, r.o. 4.5. Er is hoger beroep ingesteld.

¹⁷ HvJ EG 22 juni 1993, C-243/89, (*Storebaelt*), r.o. 43.

¹⁸ Hof Arnhem 9 oktober 2012, LJN: BX9806, r.o. 3.6.



dan deze beperkte verplichting. In de memorie van toelichting schrijft de regering immers het volgende: *'In dit wetsvoorstel is ervoor gekozen om niet slechts een samenvattende beschrijving van de relevante redenen mee te zenden, maar alle relevante redenen.'*¹⁹ Met alleen kennis van de eigen afgewezen inschrijving en de kenmerken en voordelen van de inschrijving van de winnaar is het in geval van relatieve beoordeling onmogelijk om precies vast te stellen waarom men verloren heeft. In dat geval is immers niet alleen de winnende inschrijving relevant, maar zijn alle inschrijvingen relevant. Het is mogelijk dat men verloren heeft als gevolg van het geldig verklaren van een inschrijving van een derde. Ook kan het zijn dat men verloren heeft als gevolg van het ongeldig verklaren van een inschrijving van een derde. Dit laatste kwam aan het licht in de hierna te bespreken casus uit de Belgische jurisprudentie.

3. Een rangordeparadox in België

In België ziet men in de jurisprudentie regelmatig een volledig overzicht van alle scores en alle geboden prijzen. Ook worden de gebruikte formules vaak in detail weergegeven in de uitspraak. De oorzaak hiervan is dat in het procesdossier veelal een gunningsverslag aanwezig is, waardoor de Raad van State beschikt over een overzicht van de totale uitslag en daaruit de feiten kan weergeven in het arrest. Een interessant voorbeeld is het arrest van de Raad van State van 8 september 2011, nr. 215.005 (*NV Mava Bodemonderzoek / Vlaamse Gemeenschap*). Winnaar van de aanbesteding is thv Cockaerts / ACC Geology (hierna 'Cockaerts'). Hier wordt door de verzoekende partij (hierna 'Mava') verzocht om vernietiging van het gunningsbesluit.²⁰ Het gaat om een offerteaanvraag voor diensten van geotechnisch grondonderzoek waar door zeven partijen een inschrijving is gedaan. De opdracht wordt in 2008 aanbesteed door het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap in 2008. De laagste geboden prijs was € 166.134,80, zodat de drempelwaarde voor de centrale overheid lijkt te zijn overschreden.²¹ Maar België heeft met zijn zeven regeringen slechts één centrale (federale) overheid. De ministeries van de drie Gemeenschappen en de drie Gewesten behoren tot de decentrale overheden. Het gaat derhalve niet om een Europese aanbesteding, maar om een nationale aanbesteding. Beide soorten aanbestedingen worden afzonderlijk gereguleerd in een koninklijk besluit van 8 januari 1996²², dat qua systematiek lijkt op ons ARW 2005.

Eén van de inschrijvers, SGS Belgium NV, heeft niet aan de kwalitatieve selectie-eisen voldaan doordat zij geen referenties heeft ingediend. Toch wordt haar offerte meegenomen bij de beoordeling onder het voorbehoud dat wanneer mocht blijken

¹⁹ *Kamerstukken II 2008/09*, 32 027, nr. 3, p. 18.

²⁰ België kent een bestuursrechtelijke rechtsbescherming bij aanbestedingen, waarbij aan de Raad van State om vernietiging van een gunningsbesluit kan worden verzocht. Daaraan voorafgaand kan in een spoedprocedure 'bij uiterst dringende noodzakelijkheid' om schorsing van een gunningsbesluit worden gevraagd. Ook bestaat er de mogelijkheid om schorsing van het gunningsbesluit te verzoeken in een gewone procedure.

²¹ De drempelwaarde voor de centrale overheid van een opdracht van diensten was in 2008 gelijk aan € 133.000 volgens artikel 2 van Verordening (EG) 1422/2007 jo. artikel 7 van Richtlijn 2004/18/EG.

²² Gepubliceerd in het (papier) Belgische Staatsblad, op internet te vinden op <http://www.publicationsonline.be/legislation.aspx>.



dat zij de economisch meest voordelige offerte heeft gedaan, zij alsnog moet aantonen te voldoen aan de kwalitatieve selectie-eisen. Er wordt dus ten aanzien van SGS eerst de gunningsprocedure uitgevoerd, voordat eventueel haar geschiktheid zal worden vastgesteld. Uit het vervolg zal blijken dat Mava niet geklaagd heeft over het niet eerst beoordelen van de geschiktheid van SGS omdat zij juist belang heeft bij het wél geldig verklaren van de inschrijving van SGS.

Er zijn drie gunningscriteria: totale kostprijs, totale uitvoeringstermijn en garanties op vlotte samenwerking. De eerste twee criteria worden zuiver wiskundig beoordeeld, met formules die ook in Nederland zeer frequent worden gehanteerd. Voor prijs hanteert men de formule $Score = (2 - P/L) \times 50$, waarbij P staat voor de geboden prijs die beoordeeld wordt en L voor de laagste geboden prijs. Voor de uitvoeringsduur gebruikt men de formule $Score = L/U \times 30$, waarbij L staat voor de laagste geboden uitvoeringsduur en U voor de uitvoeringsduur waarvan de score wordt berekend. Beide formules zijn relatief en kunnen dus het optreden van een rangordeparadox veroorzaken. Bij prijs is dit niet waarneembaar omdat Mava de laagste prijs heeft geboden en Cockaerts de op één na laagste prijs. Niet meetellen van de prijs van Mava zou tot gevolg hebben dat alle andere scores voor prijs wijzigen, met als mogelijk gevolg dat een onbekende derde inschrijver Cockaerts zou kunnen passeren in de rangorde.

Uiteraard stond de eventuele ongeldigheid van de inschrijving van Mava niet ter discussie, zodat begrijpelijk is dat geen aandacht geschonken wordt aan de mogelijkheid van een rangordeparadox als gevolg van ongeldig verklaren van Mava. Bij de (on)geldigheid van de offerte van SGS ligt dit anders. Het blijkt namelijk dat dit bedrijf verreweg de laagste uitvoeringsduur heeft geboden: 21 dagen, terwijl Mava 75 dagen heeft geboden en Cockaerts 56 dagen. Uitgaande van de geldigheid van de inschrijving van SGS zou dit hebben geleid tot de volgende scores:

Inschrijving	Mava	Cockaerts	SGS
Uitvoeringsduur	75	56	21
Score	8,4	11,25	30

Tabel 1

Het gunningsverslag bevat echter de volgende opmerkelijke passage (r.o. 3.5.3.2):
‘Voor het bepalen van L werd de uitvoeringstermijn (21 dagen) opgegeven door SGS Belgium buiten beschouwing gelaten. Bij gebreke van enige toelichting bij de opgegeven uitvoeringstermijn van 21 dagen is deze totaal niet beoordeelbaar en kan dus niet als referentie gelden om de andere uitvoeringstermijnen mee te vergelijken. De referentie uitvoeringstermijn L is bijgevolg deze opgegeven door inschrijver GMA.’

Dit heeft tot gevolg dat de in tabel 1 genoemde uitslag aanzienlijk verandert. Het arrest vermeldt alleen de scores die ontstaan wanneer de inschrijving van GMA als referentie wordt genomen: 19,6 voor Mava respectievelijk 26,25 voor Cockaerts. Hiermee is het eenvoudig uit te rekenen dat GMA een uitvoeringsduur van 49 dagen

moet hebben geboden.²³ De door de aanbestedende dienst vastgestelde uitslag van het tweede gunningscriterium staat in onderstaande tabel.

Inschrijving	Mava	Cockaerts	GMA
Uitvoeringsduur	75	56	49
Score	19,6	26,25	30

Tabel 2

In vergelijking met tabel 1 is Cockaerts door het niet meetellen van de uitvoeringsduur van SGS er veel meer op vooruit gegaan dan Mava. Het is een mooi praktijkvoorbeeld dat laat zien waarom het gebruik van relatieve scores een rangordeparadox kan veroorzaken.

Het derde gunningscriterium, garanties op een vlotte samenwerking, wordt uiteraard niet wiskundig beoordeeld. Hier scoort Mava 15 punten en Cockaerts 14 punten. De totale uitslag is daardoor als volgt:

Inschrijving	Mava	Cockaerts
Totale kostprijs	50	47,6
Uitvoeringsduur	19,6	26,25
Garanties	15	14
Eindscore als SGS <i>niet</i> meegeteld wordt	84,6	87,9

Tabel 3

Wanneer de door SGS geboden uitvoeringsduur niet wordt meegeteld, is Cockaerts dus de winnaar. In de situatie waarin de uitvoeringsduur van SGS wel wordt meegerekend, is de uitslag evenwel de onderstaande.

Inschrijving	Mava	Cockaerts
Totale kostprijs	50	47,6
Uitvoeringsduur	8,4	11,25
Garanties	15	14
Eindscore als SGS <i>wel</i> meegeteld wordt	73,4	72,9

Tabel 4

²³ Want $49/75 \times 30 = 19,6$ en $49/56 \times 30 = 26,25$.



Het al dan niet meetellen van de offerte van SGS heeft dus gevolgen voor de rangorde tussen de nummers 1 en 2 en mogelijk ook voor de rangorde van de andere inschrijvers. De casus is een zuiver voorbeeld van het optreden van de rangordeparadox, met name omdat de beslissing omtrent het wel of niet meetellen van de uitvoeringsduur van SGS nogal arbitrair lijkt. Het niet meetellen van de offerte van SGS heeft hetzelfde gevolg als het ongeldig verklaren van haar inschrijving. De vraag is wat er gebeurd zou zijn als de offerte van SGS op het punt van de uitvoeringsduur wél regelmatig was bevonden en Mava als winnaar was aangewezen. Had de aanbestedende dienst dan alsnog de referenties van SGS opgevraagd om te onderzoeken of haar inschrijving überhaupt wel meegewogen had mogen worden bij de gunning? En had de aanbestedende dienst wanneer de referenties van SGS worden opgevraagd en blijkt dat deze ongeldig zijn, dan alsnog kunnen of moeten besluiten om de offerte van SGS niet mee te wegen bij de gunningsbeslissing? Al dit soort vragen komen aan de orde wanneer de volgorde van selectie en gunning wordt omgekeerd.

Terzijde wordt opgemerkt dat ook de offerte van GMA waarvan de uitvoeringsduur als referentie is gebruikt als potentieel ongeldig is aangemerkt en onder voorbehoud is meegewogen. GMA heeft namelijk twee verschillende prijzen ingediend. De beslissing omtrent ongeldig verklaren op die grond wordt echter uitgesteld, zoals blijkt uit de volgende passage uit het gunningsverslag (r.o. 3.5.2):

'In feite komt dit dus neer op het indienen van twee offertes, hetgeen door artikel 1.4 laatste lid van het bestek niet toegelaten is en tot uitsluiting van de offerte kan/moet leiden. Onverminderd de onregelmatigheid van deze offerte, wordt deze onder dit uitdrukkelijke voorbehoud mee beoordeeld en getoetst aan de gunningscriteria, zonder dat dit als een verzaking aan het recht om de offerte uit te sluiten kan beschouwd worden.'

Dat voorbehoud ziet dus op de mogelijkheid om de offerte van GMA uit te sluiten, zonder dat duidelijk omljnd wordt onder welke omstandigheden die uitsluiting mogelijk is. Het gebruik van de term 'kan/moet' maakt een en ander niet duidelijker. Het al dan niet uitsluiten van GMA kan gevolgen hebben voor de rangorde van de andere inschrijvingen, maar met de in het arrest genoemde gegevens is dat niet te berekenen.

De Raad van State verwerpt het beroep. Bij de motivering hiervan wordt systematisch het door Mava aangevoerde middel onderzocht. Dat middel behelst in hoofdzaak schending van diverse artikelen van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende overheidsopdrachten, van enkele artikelen van de wet van 29 juli 1991 betreffende de motivering van bestuurshandelingen en van het gelijkheidsbeginsel zoals dat vastgelegd is in artikelen 10 en 11 van de Grondwet. Dit laatste bevreedt de Nederlandse lezer die weet dat in Nederland bij de implementatie van de Richtlijn 2004/18/EG in artikel 2 van het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel worden vermeld. In België zijn die beginselen echter niet in de specifieke aanbestedingsregelgeving opgenomen.

Uit het arrest blijkt niet duidelijk wat de rechtsregel is waarop de beslissing om de uitvoeringsduur van SGS niet mee te tellen gebaseerd is. In r.o. 5.4 oordeelt de Raad van State eenvoudig als volgt:

'Geconfronteerd met een uitvoeringstermijn, bijzonder kort en onrealistisch geacht, opgegeven zonder nadere toelichting en die zij als niet beoordeelbaar beschouwde, mocht verwerende partij, zonder de perken van de redelijkheid te buiten te gaan, hiervoor een nul-score geven en beslissen dat deze termijn dan ook niet als referentietermijn kon worden gehanteerd bij de formule van de scoretoekenningen. Er is dan ook geen



tegenstrijdigheid tussen het regelmatigheidsonderzoek en de toetsing aan de gunningscriteria. De vraag kan trouwens worden gesteld in hoeverre verwerende partij rechtmatig zou hebben gehandeld, mocht ze een volgens haar onrealistische termijn als referentie hebben gebruikt om de overige offertes aan af te toetsen.'

Vermoedelijk kan uit dit oordeel afgeleid worden dat beslissingen van de aanbestedende dienst de perken van de redelijkheid niet te buiten mogen gaan, dus proportioneel moeten zijn. Ook blijkt dat het onrechtmatig kan zijn om een onrealistisch aanbod bij de beoordeling mee te wegen. Veel houvast bieden dit soort, voor de Nederlandse jurist vage, normen niet. In de geciteerde overweging komt de kern van de problematiek mooi tot uitdrukking: net zomin als de Nederlandse rechter is de Belgische rechter in staat om een heldere en objectief toepasbare toets te formuleren om te bepalen of een geboden waarde wel of niet realistisch is en wel of niet moet worden meegewogen. In de situatie dat bepaalde geboden waarden afwijken van door andere inschrijvers geboden waarden staat de aanbestedende dienst die relatieve scores hanteert altijd voor een moeilijke beslissing. Die beslissing heeft namelijk niet alleen consequenties voor de desbetreffende inschrijver, maar mogelijk ook voor de rangorde van de andere inschrijvingen.

4. Het risico van favoritisme

Een interessante overweging in het arrest is r.o. 5.5: *'Verzoekende partij poneert dat verwerende partij afbreuk doet aan haar eigen wiskundige beoordelingsmethode wanneer zij plots naar aanleiding van de toepassing ervan, vaststelt dat deze niet tot het 'gewenste' resultaat leidt. Verzoekende partij laat hier na enige nadere verduidelijking te geven waaruit zou kunnen worden afgeleid dat de optie waarbij onrealistische uitvoeringstermijnen niet worden meegerekend, de bevoordeling van bepaalde inschrijvers op het oog had.'* Het ligt voor de hand aan te nemen dat de Raad van State hier oordeelt dat het *oogmerk van bevoordeling* van een bepaalde inschrijver in strijd met het aanbestedingsrecht is. Interessant is dat de Raad van State hier als toets dus lijkt te hanteren dat het favoritisme zelf moet worden aangetoond en dat niet volstaan kan worden met aantonen dat het *risico* van favoritisme aanwezig is geweest. Naar mijn mening volgt uit het in de Nederlandse jurisprudentie zeer vaak geciteerde *Succhi di Frutta* arrest dat reeds het aanvaarden van het risico van favoritisme onrechtmatig is:

*'Het beginsel van doorzichtigheid, dat er het corollarium van vormt, heeft in essentie ten doel te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen.'*²⁴

Dus niet alleen favoritisme en willekeur moeten worden uitgebannen, ook het *risico* hierop moet worden uitgebannen. Dit betekent dat bij een Europese aanbesteding - waarvan hier in casu geen sprake is - de rechter niet hoeft te toetsen of er daadwerkelijk sprake is geweest van favoritisme, maar kan volstaan met vast te stellen dat het *risico* van favoritisme bestaat. De Hoge Raad lijkt in het arrest HR 26 juni 2009, LJN: BI0467, r.o. 3.5.3, richtlijnconforme uitleg van nationale aanbestedingsregels niet uit te sluiten, zodat in Nederland dit ook bij een nationale aanbesteding zou gelden. Een 'smoking gun' waarmee het daadwerkelijke favoritisme kan worden aangetoond (althans aannemelijk gemaakt) wordt natuurlijk vrijwel nooit aangetroffen door de inschrijver die denkt dat hij benadeeld is. Wanneer hij kan volstaan met aannemelijk te maken dat de handelwijze van de

²⁴ HvJ EG 29 april 2004, C-496/99 P (*Succhi di Frutta*), nr. 111.



aanbestedende dienst het risico van favoritisme met zich brengt, is zijn kans op succes in een rechtszaak tegen de aanbestedende dienst aanzienlijk groter.

In Nederland zou de aanbestedende dienst twee redenen kunnen aanvoeren om de inschrijving van SGS ongeldig te verklaren:

1. de geboden uitvoeringsduur is *abnormaal laag*²⁵,
2. de geboden uitvoeringsduur is *irreëel*.

Zowel het een als het ander werd mogelijk geacht door de Raad van Arbitrage in een uitspraak uit 2002.²⁶ Voor zover bekend is dat het enige geval in de Nederlandse jurisprudentie waarin de kwalificatie 'abnormaal laag' van toepassing werd geacht op iets anders dan een prijs. In die casus werd daarnaast door de arbiters overwogen dat gunning aan de inschrijver die een irreëel lage uitvoeringsduur had geboden aanstonds zou leiden tot toerekenbaar tekortschieten door die inschrijver. Dat lijkt voor andere criteria dan prijscriteria een betere maatstaf te zijn dan artikel 56 Bao. Immers, wanneer in de inschrijving iets geboden wordt dat onmogelijk kan worden nagekomen, dient de inschrijving als irreëel ongeldig verklaard te worden.²⁷

Bij de uitvoering van de aanbestedingsprocedure heeft de aanbestedende dienst diverse beslissingen genomen die gevolgen kunnen hebben gehad voor de rangorde:

1. Uitstellen van het onderzoek naar de geschiktheid van SGS;
2. Onder voorbehoud meenemen van de offerte(s) van GMA;
3. De prijs van GMA vaststellen als gemiddelde van de beide door haar geboden prijzen ;
4. Niet meetellen van de door SGS geboden uitvoeringsduur.

Door beslissingen uit te stellen tot het stadium waarin alle offertes volledig onderzocht zijn, verkrijgt de aanbestedende dienst een grote keuzevrijheid. Wanneer het voorstel van de Commissie wordt aangenomen en dus expliciet zal worden bepaald dat men het onderzoek naar de geschiktheid mag, maar niet moet, beperken tot de winnaar, wordt die keuzevrijheid nog groter. Stel dat er vijf inschrijvingen A, B, C, D en E zijn en dat volgens de gunningscriteria A de winnaar is. Nadat de geschiktheid van A is vastgesteld is de aanbestedende dienst niet tevreden en besluit men om de geschiktheid van B, die de laagste prijs heeft geboden, te onderzoeken. B blijkt een ongeldige referentie te hebben ingediend, waardoor na herberekening C de winnaar wordt. De aanbestedende dienst is tevreden en gunt, na geconstateerd te hebben dat C aan de geschiktheidseisen voldoet, de opdracht voorlopig aan C, zonder de geschiktheid van D en E te onderzoeken. Dit soort manipulaties wordt mogelijk wanneer het Commissievoorstel wordt aangenomen bij aanbestedingen waar relatieve beoordeling wordt toegepast.

Zoals bekend moeten volgens het Hof van Justitie EU de gunningscriteria op zodanige wijze vastgelegd en toegepast worden dat deze de aanbestedende dienst

²⁵ Alvorens de inschrijving als abnormaal laag terzijde te leggen moet dan wel eerst de procedure van artikel 56 Bao gevolgd worden.

²⁶ RvA 6 december 2002, nr. 24.954, BR 2003, 533. Er was er sprake van een uitvoeringsduur van één dag voor de bouw van een viaduct.

²⁷ Anders: Hof Amsterdam 30 november 2006, BR 2007, 437 m.nt. Chen.



geen onvoorwaardelijke keuzevrijheid laten.²⁸ Aannemelijk is dat deze rechtsregel ook geldt voor de uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen. Wanneer er relatieve beoordeling wordt toegepast, is de enige mogelijkheid om correct te handelen het onderzoeken van de geschiktheid van *alle* inschrijvers. Laat men dit na, dan is het mogelijk dat de rangorde is beïnvloed door de inschrijving van een ongeschikte inschrijver. Maar dan heeft de voorgestelde versoepeling geen enkel nut op het punt van verminderen van ‘administratieve rompslomp’.

5. Wel of niet terzijde leggen

Het is thans gebruikelijk dat na het onderzoek van de geschiktheid de offertes van de inschrijvers die niet aan de geschiktheidseisen voldoen terzijde worden gelegd. Die inschrijvers kunnen uiteraard nooit de opdracht winnen, zodat de aanbestedende dienst zich tijd en moeite bespaart door die offertes niet mee te nemen in de gunningsprocedure. Maar het is niet alleen een kwestie van besparing van tijd en moeite. Het is namelijk ook buitengewoon onverstandig om bij het onderzoek van de offertes rekening te houden met offertes van ongeschikte inschrijvers. Bijvoorbeeld bij een openbare prijsvraag voor het ontwerp van een gebouw zal een geschiktheidseis zijn dat de inschrijver architect is. Wanneer de jury ontwerpen van niet-architecten meeneemt in de beoordeling, is het mogelijk dat hierdoor de rangorde wordt beïnvloed. In de jurisprudentie wordt met die mogelijkheid in ieder geval wel rekening gehouden, zoals blijkt uit het eerder genoemde vonnis V.zr. Rb. Haarlem 15 april 2010, LJN: BM1413, r.o. 4.2: *‘Bij de beoordeling van een subgunningscriterium als esthetische kwaliteit, die in onderhavige aanbesteding naast het objectieve criterium prijs een belangrijke rol speelt, kan de waardering van de inschrijving van een partij niet los gezien worden van de inschrijvingen van de andere deelnemende partijen. Wat als beste kwaliteit heeft te gelden en dus een maximale score oplevert, zal afhangen van wat andere inschrijvers op het betreffende aspect (meer of minder) hebben geboden.’* Een architect die weet dat ook inschrijvingen van ongeschikte inschrijvers meegewogen worden, zou met handlangers die geen architect zijn kunnen werken die zonder enig risico ontwerpen indienen die zijn ontwerp in een gunstig daglicht stellen. Bij criteria als prijs en uitvoeringsduur is een dergelijke manipulatie heel eenvoudig en zijn de effecten tot op zekere hoogte wiskundig voorspelbaar.

Een ander voorbeeld is een aanbesteding van raamovereenkomsten voor fotografiediensten waarbij de regel wordt gehanteerd dat inschrijvingen die meer dan 2,5 keer zo duur zijn als de laagste prijs buiten beschouwing worden gelaten. Het andere gunningscriterium is de kwaliteit van het portfolio dat moet worden ingediend bij de inschrijving. Stel dat een relatief dure fotograaf een prijs van € 25.000 wil bieden, dan kan hij een handlanger een inschrijving laten doen met een portfolio dat een heel lage score krijgt en een prijs van € 10.000. Alle concurrenten die een prijs van meer dan € 25.000 bieden is hij op die manier kwijt, waardoor hij zijn kansen op gunning van een raamovereenkomst vergroot.²⁹ Het is dus riskant om in de gunningsfase rekening te houden met inschrijvingen van ongeschikte inschrijvers.

²⁸ Laatst nog bevestigd in HvJ EU 10 mei 2012, C-368/10 (*Commissie/Nederland*), r.o. 87.

²⁹ In het arrest Hof 's-Gravenhage 29 juni 2010, LJN: BN4167 draait het geschil om een aanbesteding met de genoemde gunningscriteria.



Men zou het thema van dit artikel als volgt kunnen omschrijven: wat moet de aanbestedende dienst doen met een offerte die op zich aan de eisen voldoet wanneer deze is ingediend door een inschrijver die ongeschikt is:

1. Altijd terzijde leggen;
2. Nooit terzijde leggen;
3. Soms wel en soms niet terzijde leggen.

De eerste optie is ongetwijfeld het meest in overeenstemming met het transparantiebeginsel. De tweede optie is in strijd met de huidige praktijk en zet daarnaast de deur wijd open voor allerlei vormen van manipulatie door inschrijvers. De derde optie biedt de aanbestedende dienst een keuzevrijheid die in strijd lijkt met de eerder genoemde jurisprudentie van het Hof van Justitie EU. Alleen in geval van de tweede optie is er sprake van vermindering van de 'administratieve rompslomp' die aanbestedende diensten thans dwingt om eerst de geschiktheid van *alle* inschrijvers te toetsen alvorens de inschrijvingen getoetst worden aan de gunningscriteria.

6. Een duivels dilemma

De Europese Commissie zal zich bij het opstellen van haar voorstellen voor nieuwe aanbestedingsrichtlijnen niet gerealiseerd hebben dat aanbestedende diensten voor een 'duivels dilemma' worden geplaatst wanneer zij eerst de offertes beoordelen en pas daarna de geschiktheid van de inschrijvers onderzoeken. Bij gebruik van relatieve beoordeling is de kans aanwezig dat inschrijvingen die in het geheel niet meegewogen hadden moeten worden de rangorde hebben beïnvloed. Laat men in die situatie het onderzoek van de geschiktheid van de niet-winnende inschrijvers achterwege, dan wordt mogelijk een bepaalde inschrijver bevoordeeld en een andere inschrijver benadeeld. Men zou naar analogie met het begrip 'voorwaardelijke opzet' uit het strafrecht kunnen spreken van 'voorwaardelijk favoritisme', dat evenzeer onrechtmatig zou moeten zijn als bewust favoritisme. Laat de aanbestedende dienst die relatieve beoordeling heeft toegepast het onderzoek naar de geschiktheid van de niet op de eerste plaats geëindigde inschrijvers achterwege, dan is duidelijk niet *ieder risico van favoritisme en willekeur* uitgebannen. Daarmee wordt dus in strijd met het transparantiebeginsel gehandeld.

Overigens, ook wanneer wel van alle inschrijvers de geschiktheid wordt beoordeeld, is het sterk aan te raden dit te doen voorafgaand aan de beoordeling van de offertes. Bij het hanteren van relatieve beoordeling lijkt het immers zeer lastig om zuiver en transparant te handelen wanneer de aanbestedende dienst de beslissing omtrent het al dan niet meetellen van bepaalde inschrijvingen uitstelt tot na de beoordeling van de offertes. In de casus van de Belgische Raad van State was zowel de offerte van SGS als de offerte van GMA onder voorbehoud meegenomen bij de beoordeling en vervolgens heeft men bij beide offertes nog verdere keuzes gemaakt omtrent het wel of niet meetellen van de geboden uitvoeringsduur en vaststelling van de geboden prijs. Er is weinig zekerheid dat hierbij steeds juridisch juiste keuzes gemaakt zijn. Daarmee is nog niet gezegd dat de aanbestedende dienst eerst volledig alle theoretische mogelijkheden in kaart heeft gebracht en vervolgens de keuzes heeft gemaakt die hem het beste uitkwamen. Het is immers ook mogelijk dat men de alternatieve berekeningen niet uitgevoerd heeft en mogelijk zich zelfs niet eens gerealiseerd heeft dat de keuzes onder voorbehoud die men ten aanzien van de inschrijvingen van SGS en GMA heeft gemaakt van invloed kunnen zijn op de rangorde tussen Mava en Cockaerts. Maar naar mijn mening is het feit dat het risico



van favoritisme bij deze gang van zaken niet uit te sluiten is reeds voldoende om te kunnen stellen dat deze door de aanbestedende dienst uitgevoerde beoordelingsprocedure in strijd zou zijn geweest met het aanbestedingsrecht wanneer het om een Europese aanbesteding ging.

Het risico van favoritisme als consequentie van de vrijwel onvoorwaardelijke keuzevrijheid van de aanbestedende dienst verdient overigens in de concrete situatie van deze casus wel een relativering. Zou de aanbestedende dienst bewust de ene partij willen bevoordelen boven de andere, dan is er een veel eenvoudiger aanpak mogelijk: bij het gunningscriterium garanties wordt immers geen mathematische beoordeling toegepast zodat met de ruime beoordelingsvrijheid die niet alleen in Nederland maar ook in België door de rechter wordt aangenomen³⁰, men vrij eenvoudig de uitkomst naar zijn hand kan zetten met een kwalitatieve beoordeling die in het voordeel van de gewenste partij uitvalt. Door bijvoorbeeld aan Mava 14 punten toe te kennen en aan Cockaerts 15 punten in plaats van omgekeerd zou ook bij het wel meetellen van SGS de uitslag in het voordeel van Cockaerts zijn. Dit doet vermoeden dat de aanbestedende dienst gewoon op reguliere wijze de punten heeft toegekend en mogelijk zonder zich de consequenties te realiseren ervoor gekozen heeft de in vergelijking met de andere biedingen inderdaad extreem lage uitvoeringsduur van 21 dagen niet mee te tellen. Ook als dit de feitelijke gang van zaken is geweest, dan nog roept de gevolgde procedure wel een verdenking in het leven, die op zich reeds ongewenst is. Het is weliswaar geen regel van het Europese aanbestedingsrecht, maar toch zal menig een onderschrijven dat de handelwijze van een aanbestedende dienst boven iedere verdenking dient te staan. En dat is in deze casus niet het geval.

7. Zuiver handelen

Onder omstandigheden kan het onmogelijk worden voor de aanbestedende dienst om zuiver te handelen wanneer de volgorde van selectie en gunning wordt omgekeerd en gebruik gemaakt wordt van relatieve scores. Stel dat een inschrijver X vergeten heeft een uittreksel uit het handelsregister in te dienen en dat wanneer de inschrijving van X meegeteld wordt, A de winnaar is, terwijl wanneer de inschrijving van X niet meegeteld wordt, B de winnaar is. De uitkomst van de aanbesteding is dan afhankelijk van twee gebeurtenissen:

1. De aanbestedende dienst biedt X wel of niet de gelegenheid alsnog het uittreksel in te dienen; en
2. X dient wel of niet tijdig een uittreksel in dat aan de eisen voldoet.

³⁰ In Nederland bijvoorbeeld V.zr. Rb. 's-Gravenhage 1 september 2011, LJN: BR6545, r.o. 4.6: *'Alleen wanneer sprake zou zijn van apert onjuiste beslissingen die grote gevolgen voor de eindscore hebben gehad, bestaat er aanleiding voor de voorzieningenrechter om in te grijpen. Voor het overige dient slechts marginaal getoetst te worden of de door HTM toegekende scores binnen haar beoordelingsvrijheid vallen en of de aanbestedingsprocedure op correcte wijze is uitgevoerd.'* In België bijvoorbeeld: R.v.S. 7 september 2010, nr. 207.231, r.o. 5.2.2: *'De aanbestedende overheid beschikt bij de inhoudelijke beoordeling van de offertes en hun toetsing aan de gunningscriteria over een grote beoordelingsvrijheid en de Raad van State mag zich niet in de plaats van het bestuur stellen.'*



Hoe kan de aanbestedende dienst hier zuiver handelen? Hij weet nu immers dat het bieden van de gelegenheid tot herstel van de omissie van X in het voordeel van A is. Biedt men X inderdaad de kans om de omissie te herstellen, dan wordt het lot omtrent de rangorde tussen A en B in handen van X gelegd. Mocht X op een of andere manier weten dat hij nooit de winnaar zal zijn, dan zou hij kunnen besluiten om niet de moeite te nemen zijn omissie te herstellen. Nog erger is het wanneer X achteraf ontdekt heeft dat hij door omstandigheden zijn inschrijving niet gestand kan doen. Hij kan dan zijn probleem oplossen door geen uittreksel in te dienen - met als gevolg dat B wint. Maar X kan ook zonder opzet de uitkomst beïnvloeden, bijvoorbeeld doordat hij niet tijdig opmerkt dat er gelegenheid tot herstellen van een omissie is geboden of doordat er onbedoeld iets mis gaat bij het aanvragen of tijdig indienen van het uittreksel.

8. Samenvatting en conclusie

De regel in de voorstellen van de Commissie voor nieuwe aanbestedingsrichtlijnen dat de volgorde van selectie en gunning omgekeerd mag worden lijkt een verhoging van de efficiëntie op te leveren. Bij toepassing van het EMVI-criterium brengt dit evenwel grote risico's met zich mee. Die risico's zijn zonder meer onaanvaardbaar wanneer het beoordelingsmodel bij de gunningscriteria gebruik maakt van relatieve scores. Het gebruik van relatieve scores maakt een aanbesteding onder de huidige regelgeving al tot een tombola. De komende regelgeving dreigt die situatie nog te verslechteren - tenzij de Nederlandse wetgever zo verstandig is als de Portugese wetgever en relatieve beoordeling verbiedt.