

Inleiding

1. Op grond van het *Lianakis*-arrest¹ en het *Succhi di Frutta*-arrest² moeten in de aanbestedingsstukken alle maatstaven en criteria zijn opgenomen die voor de beoordeling van inschrijvingen relevant zijn. Zijn aanbestedende diensten daardoor verplicht bij de beoordeling ook gebruik te maken van externe bronnen waarnaar is verwezen in de aanbestedingsstukken?

2. In het hier geannoteerde vonnis wordt geoordeeld dat ondanks de verwijzing naar een handboek of website, de aanbestedende dienst niet verplicht is de informatie in die bronnen toe te passen in de concrete aanbestedingsprocedure.³ In die bronnen bestaat namelijk geen consensus over de juiste toepassing van de Best Value Procurement-methode (BVP), die in de aanbestedingsprocedure wordt toegepast. Uitsluitend de in het aanbestedingsdocument genoemde en concreet uitgewerkte criteria hebben gelding.

Feitelijke achtergrond

3. De gemeente Apeldoorn en de Veiligheidsregio Noord- en Oost-Gelderland zijn voornemens een opdracht voor schoonmaakwerkzaamheden te gunnen. In de aanbestedingsstukken is vermeld dat daarvoor de BVP-methode zal worden toegepast. In het Beschrijvend Document is verwezen naar een website en een handboek over de BVP-methode.⁴

4. In de aanbestedingsstukken is beschreven op welke wijze inschrijvingen worden beoordeeld. Inschrijvers moeten een prestatieonderbouwing, risicodossier en kansendossier indienen. Die schriftelijke stukken worden beoordeeld voordat ondernemers worden uitgenodigd voor de interviews. Als een inschrijver voor deze drie schriftelijke stukken gemiddeld minder dan een 6 scoort, is de inschrijving ongeldig en wordt de ondernemer niet uitgenodigd voor het interview. In het Beschrijvend Document is concreet beschreven hoe de verschillende stukken van de inschrijving worden beoordeeld.

5. CSU heeft tijdig een inschrijving ingediend. Zij wordt echter niet uitgenodigd voor een interview. Haar gemiddelde score voor het prestatiedossier, risicodossier en kansendossier is namelijk lager dan een 6.

Bezwaar CSU: BVP onjuist toegepast - handboek BVP moet worden gevolgd

6. In kort geding stelt CSU dat de aanbestedende dienst de BVP-methode onjuist heeft toegepast. CSU stelt dat op de website en het handboek waarnaar in de aanbestedingsstukken wordt verwezen, een andere beoordelingsmethode is beschreven dan in de aanbestedingsstukken is vermeld.⁵ Als de op de website en in het handboek beschreven methode wordt gevolgd, is de inschrijving van CSU volgens haarzelf geldig en moet zij worden uitgenodigd voor de interviews.

7. De aanbestedende dienst betwist de stellingen van CSU. Zij stelt dat in de aanbestedingsstukken inderdaad is verwezen naar de BVP-methode, een handboek en een website, maar dat, voor zover daarin beoordelingselementen zijn beschreven, die elementen zijn vertaald in concrete beoordelingsnormen in de aanbestedingsstukken. Volgens de aanbestedende dienst mag bij de beoordeling uitsluitend rekening worden gehouden met de beoordelingselementen genoemd in het Beschrijvend Document. Het handboek en de website spelen daarbij volgens de aanbestedende dienst geen rol.

¹ HvJEG 24 januari 2008, C-532/06 (*Lianakis*).

² HvJEG 29 april 2004, C-496/99P (*Succhi di Frutta*).

³ Vzgnr. Rb. Gelderland 7 juni 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:3275.

⁴ Uit het vonnis blijkt niet op welke wijze is verwezen naar die website en het handboek. De website en het handboek zijn wel genoemd in het vonnis.

⁵ Hoe de door de aanbestedende dienst beschreven beoordelingsmethodiek afwijkt van de methode in het handboek blijkt niet uit het vonnis.

Voorzieningenrechter: Beschrijvend Document is bepalend

8. De kern van het geschil betreft de vraag of met elementen van de BVP-methodiek rekening moet worden gehouden als die elementen zijn genoemd in externe bronnen waarnaar in de aanbestedingsstukken is verwezen, maar niet zijn verwerkt in de in de aanbestedingsstukken beschreven beoordelingssystematiek. De voorzieningenrechter constateert dat in de aanbestedingsstukken een website en handboek over de BVP-methode zijn genoemd, maar dat in het Beschrijvend Document niet is beschreven hoe de inhoud daarvan wordt vertaald in de beoordeling van de inschrijvingen.

9. De voorzieningenrechter oordeelt dat geen rekening hoeft te worden gehouden met de op de website en in het handboek beschreven beoordelingselementen. Dat is in strijd met het transparantiebeginsel. Niet alleen kan en mag van inschrijvers niet worden verwacht dat zij alle literatuur over de BVP-methode kennen, maar in die literatuur is ook geen consensus over een exclusieve manier van beoordelen.

10. De aanbestedingsrechtelijke beginselen maken daarom dat de beoordeling van de inschrijvingen uitsluitend mag geschieden op basis de in de aanbestedingsstukken beschreven beoordelingssystematiek. De stelling van CSU dat bij de beoordeling van haar inschrijving rekening moet worden gehouden met beoordelingselementen die niet in de stukken zijn verwerkt, faalt daarom.

11. Het is volgens de voorzieningenrechter juist dat de vermelding van de BVP-methode en de verwijzing naar het handboek en de website inschrijvers op het verkeerde been kan hebben gezet. De voorzieningenrechter oordeelt echter dat het bezwaar dat de beoordeling geschiedt op basis van normen die niet in de aanbestedingsstukken zijn geconcretiseerd groter is dan die mogelijke verwarring. Inschrijvers moeten erop kunnen vertrouwen dat alleen de in de aanbestedingsstukken genoemde beoordelingsnormen en –criteria worden toegepast.

12. Los van dit algemene oordeel stranden ook de bezwaren van CSU tegen de uitkomst van de beoordeling van haar inschrijving. De voorzieningenrechter oordeelt dat de aanbestedende dienst de beoordeling van de inschrijving van CSU heeft uitgevoerd binnen de daarvoor geldende kaders. De vorderingen van CSU worden daarom afgewezen.

Beoordeling inschrijvingen: Beschrijvend Document of handboek en website?

13. In het in nagenoeg alle aanbestedingsrechtelijke vonnissen aangehaalde *Succhi di Frutta*-arrest, overwoog het Hof van Justitie EG het volgende over de inhoud van de aanbestedingsstukken:

*'Het [transparantiebeginsel; auteur] impliceert dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure in het aanbestedingsbericht of in het bestek worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze, opdat, enerzijds, alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier interpreteren, en, anderzijds, de aanbestedende dienst in staat is om metterdaad na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria welke op de betrokken opdracht van toepassing zijn.'*⁶
(onderstreping, auteur)

14. Op grond van dit arrest is de aanbestedende dienst verplicht om alle voorwaarden die voor de aanbestedingsprocedure relevant zijn, in de aanbestedingsstukken te vermelden. Het betekent echter ook dat inschrijvingen niet op basis van criteria mogen worden beoordeeld die niet in de aanbestedingsstukken zijn vermeld. In het *Lianakis*-arrest is daaromtrent overwogen:

⁶ Arrest inzake *Succhi di Frutta* (aangehaald), ro. 111.

*'Derhalve kan een aanbestedende dienst geen afwegingsregels of subcriteria voor de gunningscriteria toepassen die hij niet vooraf ter kennis van de inschrijvers heeft gebracht (...).*⁷
(onderstreping, auteur)

15. De uitkomst van het geannoteerde vonnis ligt gezien deze rechtspraak voor de hand. De beoordelingselementen die volgens CSU in acht moeten worden genomen staan niet (duidelijk, precies en ondubbelzinnig) vermeld in de aanbestedingsstukken en mogen dus niet zouden mogen worden toegepast.

16. Desondanks toetst de voorzieningenrechter de in het Beschrijving document genoemde externe bronnen wel inhoudelijk. Daarmee wordt geïmpliceerd dat externe bronnen toch van belang kunnen zijn voor de aanbestedingsprocedure. In ro. 4.3 van het vonnis wordt namelijk overwogen:

'(...) Dat zou vergen dat in die literatuur een hoge mate van consensus zou bestaan die voor iedereen kenbaar is ten aanzien van een bepaalde exclusieve wijze van beoordelen, die zich zou lenen voor toepassing bij elke aanbesteding die is aangekondigd volgens de BVP-methodiek. (...)

(onderstreping, auteur)

17. Uit het standpunt van CSU blijkt volgens de voorzieningenrechter dat er geen consensus bestaat over een exclusieve wijze van beoordelen. In deze zaak wordt daarom geoordeeld dat ondanks de verwijzing naar de BVP-methode, de website en het handboek, de daaruit voortvloeiende beoordelingselementen niet in de aanbestedingsprocedure mogen worden toegepast. Dat zou in strijd met het transparantiebeginsel zijn.

18. Als de externe bronnen wel (voldoende) consensus vertonen over bijvoorbeeld toepassing van beoordelingselementen, lijkt het niet onmogelijk dat die externe bronnen bij een aanbestedingsprocedure moeten worden toegepast als in het bestek daarnaar wordt verwezen.

19. Mijns inziens is het in het algemeen echter niet wenselijk dat bij de beoordeling van inschrijvingen rekening moet worden gehouden met informatie die niet uitdrukkelijk in de aanbestedingsstukken is opgenomen. Ook niet als in die bronnen consensus bestaat over een methode of de uitleg van begrippen. Het bepalende document voor de voorschriften en voorwaarden van de aanbestedingsprocedure is immers het bestek dat door de aanbestedende dienst is opgesteld, alsook de daarbij behorende bijlagen die gelijktijdig beschikbaar zijn gesteld. Documenten die niet als zodanig beschikbaar zijn gesteld door de aanbestedende dienst, zouden daarom helemaal niet bij de procedure betrokken mogen worden. Inschrijvers moeten naast het bestek en de bijlagen dan ook nog andere documenten bestuderen voordat een inschrijving kan worden ingediend.

20. Bovendien lijkt het Hof van Justitie EU te overwegen dat andere documenten dan het bestek niet bepalend mogen zijn voor de beoordeling van de inschrijvingen. Zelfs niet als dat een nationale regeling betreft. In het *Connexion*-arrest overwoog het Hof van Justitie:

'40. Aangaande de toetsing van de evenredigheid van de in hoofdgeding aan de orde zijnde uitsluiting zij opgemerkt dat bepaald belanghebbende ondernemers, terwijl zij op de hoogte zijn van de in de aanbestedingsstukken opgenomen uitsluitingsgrond en weten dat zij een beroepsfout hebben begaan die als ernstig zou kunnen worden gekwalificeerd, geneigd zouden kunnen zijn een inschrijving in te dienen in de hoop te worden vrijgesteld van de uitsluiting op basis van een later onderzoek van hun situatie met toepassing van het evenredigheidsbeginsel, overeenkomstig de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale regeling, terwijl andere ondernemers, die zich in een vergelijkbare situatie bevinden, er daarentegen van zouden kunnen afzien een dergelijke inschrijving in te dienen, doordat zij af

⁷ Arrest inzake *Lianakis* (aangehaald), ro. 38. Zie ook: HvJEU 14 juli 2016, C-6/15 (*Dimarso*), ro. 19-20; Vzr. Rotterdam 10 mei 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW5760.

zijn gegaan op de termen van de uitsluitingsgrond, die geen melding maken van een dergelijke evenredigheidstoetsing.

41. *Deze laatste hypothese kan met name gevolgen hebben voor ondernemers van andere lidstaten, die minder bekend zijn met de termen en toepassingsvoorwaarden van de relevante regeling. (...)*⁸
(onderstreping, auteur)

21. Ter afsluiting nog een opvallend punt. In de Aanbestedingswet 2012 is per 1 juli 2017 de definitie van het begrip “aanbestedingsstukken” gewijzigd (art. 1.1 Aw):
‘alle stukken die door de aanbestedende dienst (...) worden opgesteld of vermeld ter omschrijving of bepaling van onderdelen van de aanbesteding of de procedure’
(onderstreping, auteur)

Ook stukken of informatie die als zodanig is/ zijn vermeld (in het bestek), lijken dus een aanbestedingsstuk te kunnen zijn (en dus van belang is/ zijn voor de aanbestedingsprocedure). Uit de wetsgeschiedenis van de Aanbestedingswet 2012 en de aanbestedingsrichtlijnen blijkt helaas niet hoe de term ‘vermeld’ moet worden uitgelegd. Het lijkt in ieder geval niet onmogelijk dat de verwijzing naar de website en het handboek zoals in het geannoteerde vonnis hierbinnen valt zodat beide ‘documenten’ mogelijk kwalificeren als een aanbestedingsstuk.

22. Uit het vonnis blijkt niet of hierover een discussie is gevoerd. Zelfs als dat zo zou zijn, blijft de uitkomst van het vonnis mijns inziens hetzelfde. Het blijft staan dat in de literatuur geen consensus bestaat over een exclusieve beoordelingswijze voor de BVP-methode. De stukken waarnaar is verwezen in het Beschrijvend Document zijn nog steeds niet (voldoende) duidelijk, precies en ondubbelzinnig waardoor alle inschrijvers die BVP- (beoordelings)methode op dezelfde manier uitleggen. Toepassing van de daarin genoemde beoordelingselementen zou dus nog strijdig zijn met het transparantiebeginsel.

Conclusie en tips

23. Het geannoteerde vonnis onderstreept voor aanbestedende diensten en inschrijvers het belang van de volledigheid en ondubbelzinnigheid van de aanbestedingsstukken. De beoordeling van de inschrijvingen mag uitsluitend geschieden op basis van de in die stukken genoemde (duidelijke, precieze en ondubbelzinnige) beoordelingscriteria.

24. Als aanbestedende diensten informatie uit externe bronnen willen gebruiken in de aanbestedingsprocedure, heeft het de voorkeur dat zij die concreet verwerken en verduidelijken in het bestek. Wijs inschrijvers er uitdrukkelijk op dat voor zover externe bronnen die zijn genoemd in het bestek, de daarin genoemde informatie is verdisconteerd in bijvoorbeeld de beoordelingssystematiek en dat op de externe bronnen als zodanig (in rechte) geen beroep kan worden gedaan. Daardoor worden uitlegdiscussies en daaruit voortvloeiende rechtszaken snel voorkomen. Het beste is naar mijn om überhaupt geen externe bronnen te noemen in de aanbestedingsstukken.

25. Ondernemers doen er goed aan tijdig vragen te stellen over de invulling van een abstracte beoordelingsmethode in een concreet geval en de toepassing van genoemde externe bronnen. Bijvoorbeeld over de toepassing van BVP. Niet alleen is daarover in het algemeen geen consensus. Bij BVP bestaat naar mijn mening altijd een risico op een subjectieve beoordeling. Omdat subjectiviteit in strijd is met de aanbestedingsbeginselen, is het goed te vragen naar de concrete invulling van de methodiek door de aanbestedende dienst. Die vragen moeten uiteraard tijdig voor de nota van inlichtingen worden gesteld. Bij een eventueel kort geding over de beoordelingsmethode, loopt de ondernemer dan in ieder geval minder risico te worden verweten niet voldoende proactief te zijn geweest.

⁸ HVJEU 14 december 2016, C-171/15 (*Connexion*), ro. 40 – 41.

J.H.J. Bax