

Op welke aspecten ging het mis?

2018: HET JAAR

VAN BEOORDELINGSCOMMISSIES BIJ IT-AANBESTEDINGEN

Het oordeel van beoordelingscommissies bij IT-aanbestedingen wordt niet altijd gewaardeerd. Steeds vaker worden zij voor de rechtbank gedaagd. Wie dat met enig succes wil doen, zal zich volgens Menno de Wijs en Per van der Kooij niet op de inhoud van de uitspraak van zo'n commissie moeten concentreren maar op de juistheid van de procedures die zijn gevolgd.

door Menno de Wijs en Per van der Kooij beeld Shutterstock

VORIG JAAR SCHREVEN WIJ EEN ARTIKEL OVER DE KANSSEN BIJ IT-AANBESTEDINGEN (nr. 4, 2018). Een glazen bol hadden wij helaas niet en daarom moesten wij het doen met de ontwikkelingen die wij zagen in de rechtspraak over het daaraan voorafgaande jaar. Wij voorspelden dat één trend die wij in 2017 opmerkten, zou doorzetten in 2018: procedures over de handelwijze van beoordelingscommissies. Die voorspelling kwam uit. Beoordelingscommissies blijken zelfs op nummer 2 te staan op de lijst van onderwerpen waarover in 2018 het meest is

geprocedeerd. U vraagt zich wellicht af wat op nummer 1 staat? Dat is de 'rechtsverwerking', een formeel onderwerp waar (waarschijnlijk) alleen juristen van genieten. Reden waarom wij ons hier zullen richten op de ontwikkelingen rondom beoordelingscommissies. Wij bespreken een aantal aspecten waarop het het afgelopen jaar in de praktijk misging.

KNELPUNT

Beoordelingscommissies zijn soms noodzakelijk. Niet alle goederen en diensten kunnen worden beoordeeld op basis van

HET SCHORT AAN DE OBJECTIEVE CONTROLEERBAARHEID VAN EEN BEOORDELING



objectieve kenmerken. Het knelpunt bij beoordelingscommissies is vaak de aanvaardbaarheid van de beoordeling. Inzicht in de hoofden van de leden van de commissie is niet mogelijk en daarom schort het aan de objectieve controleerbaarheid van een beoordeling. Om die reden pleit(t)en wij ervoor beoordelingscommissies alleen in te zetten in die gevallen waarin het echt noodzakelijk is. Uiteraard ervaart vooral de verliezende inschrijver het gebrek aan controleerbaarheid. Waarom werd zijn inschrijving bijvoorbeeld als 'goed' en niet als 'zeer goed' beoordeeld?

UITGANGSPUNT

Het uitgangspunt bij de beoordeling van inschrijvingen is dat de beoordelingscommissie een ruime beoordelingsvrijheid heeft, zolang zij maar transparant handelt en inschrijvers gelijk behandelt. Deze verplichtingen brengen mee (1) dat het voor inschrijvers duidelijk moet zijn wat van hen wordt verwacht, (2) dat de inschrijvingen aan de hand van een zo objectief mogelijk systeem moeten worden beoordeeld en (3) dat de gunningsbeslissing zodanig inzichtelijk moet worden gemotiveerd dat de afgewezen inschrijvers kunnen toetsen

op welke wijze de beoordeling heeft plaatsgevonden. In de meeste zaken gaat het om de vraag of de beoordelingscommissie juist heeft gehandeld. De lijn daarin is dat de rechter terughoudend het handelen toetst. Rechter achten zich niet deskundig in de te beoordelen materie. Dat vond ook de rechtbank Den Haag in een zaak die Actacom Nederland tegen een onderwijsinstelling had aangespannen na de aanbesteding van (onder andere) het beheer en onderhoud van een datacenter. De rechter vond het niet aan haar om te beoordelen of de inschrijving als

‘goed’ of ‘zeer goed’ moest worden beoordeeld. Anno 2019 mag de inhoud van de beoordeling – wat ons betreft – niet meer het speerpunt van een procedure zijn, tenzij apert sprake is van een duidelijk onjuist oordeel. Dat ligt anders bij een gebrekkige motivering, waarover later meer.

Kansrijker is het om te procederen over meer procedurele aspecten. Aan de hand van een aantal noemenswaardige uitspraken van het afgelopen jaar lichten wij dit nader toe.

DRIE OF VIER BEOORDELAARS?

Bij de aanbesteding van een DMS (document management system) zouden de inschrijvers punten toebedeeld krijgen van vier beoordelaars. Als gevolg van het uitvallen van de vierde beoordelaar besloot de aanbestedende dienst, Eindhoven Airport, de beoordeling door de resterende drie beoordelaars te laten plaatsvinden. Gelijke behandeling was daarmee gewaarborgd. Alle drie de inschrijvers werden immers op dezelfde wijze beoordeeld, zo dacht men. De rechter ging hier niet in mee. Door het ontbreken van de vierde beoordelaar was de beoordelingswijze op een essentieel onderdeel gewijzigd. Dat is niet toegestaan en de verliezende inschrijver (Advantive) kreeg gelijk:

“Er hebben zich niet alleen slechts drie personen gebogen over de inschrijvingen, ook heeft er na het individueel door de beoordelaars toekennen van de cijfers een overleg plaatsgevonden met slechts drie in plaats van vier personen, die gezamenlijk tot een definitieve score zijn gekomen.”

Van belang is om te realiseren dat het hierbij ging om de samenstelling van de commissie. Als een beoordelingscommissie zich – onaangekondigd – laat bijstaan door een adviseur, dan wijzigt dit strikt genomen niet de samenstelling van de commissie. De rechter oordeelde dan ook dat het laten bijstaan door een adviseur is toegestaan. Een adviseur is immers geen beoordelaar en is geen

Kansrijker is het om te procederen over procedurele aspecten

AUTEUR



MENNO DE WIJS is advocaat aanbestedingsrecht bij De CLERCQ Advocaten Notariaat. Dagelijks adviseert en procedeert hij op het gebied van IT-aanbestedingsrecht en ondernemingsrecht.

AUTEUR



PER VAN DER KOOI is advocaat aanbestedingsrecht bij De CLERCQ Advocaten Notariaat. Hij treedt op voor zowel inschrijvers als aanbestedende diensten bij IT-aanbestedingen.

onderdeel van een beoordelingscommissie. Dit is anders indien de adviseur feitelijk als onderdeel van de commissie gaat functioneren door bijvoorbeeld punten toe te kennen of de doorslag geeft bij onverdeeldheid binnen een beoordelingscommissie. Wees dus alert op de feitelijke rol die een adviseur heeft bij de beoordeling.

ONDESKUNDIGE BEOORDELAARS?

Een ander aspect dat niet de inhoudelijke beoordeling raakt, is de samenstelling van een beoordelingscommissie.

De leden dienen deskundig te zijn en die deskundigheid wordt in beginsel aangenomen. Echter, een directeur financiën is niet de aangewezen persoon om een inhoudelijk oordeel te geven over de kwaliteit van een inschrijving waaraan ieder financieel aspect ontbreekt, zo oordeelde de rechter. Belangrijk is dus dat u kritisch bent op de samenstelling van de beoordelingscommissie. Wie nemen erin plaats en zijn zij deskundig?

SOUPLESSE EN BEOORDELINGSCOMMISSIES

Wellicht denkt u na het lezen van deze highlights van het afgelopen jaar dat enkel klagen over procedurele aspecten succes kan hebben. Wees gerust: weliswaar is duidelijk dat procedurele klachten meer succes hebben, maar ook kan het lonen een inhoudelijke beoordeling aan te vechten. Voorwaarde is dat de beoordelingscommissie niet in redelijkheid tot haar oordeel heeft kunnen komen. De bewijslast daarvan rust op de inschrijver.

Toen eind 2018 een beoordelingscommissie overwoog dat ‘wanneer de eisen strikt gehanteerd zouden worden de inschrijver niet voor gunning in aanmerking zou komen’ maar dat ‘met enige souplesse een aantal blokkerende issues overkomen kunnen worden’ en dat daarom op een subonderdeel het oordeel ‘matig’ werd toegekend (in plaats van ‘onvoldoende’), was de rek er bij de rechter wel uit. Dat oordeel van de beoordelingscommissie was ontoelaatbaar. Dat was ook het geval toen een beoordelingscommissie (negatieve) ervaringen van een andere opdrachtgever meewoog in haar beoordeling. Hiermee werd een nieuw element aan de beoordeling toegevoegd dat niet in de aanbestedingsstukken was voorzien en waarover de inschrijvers ook niet waren geïnformeerd. Een grote fout!

Overigens hoeven ervaringen van andere opdrachtgevers niet geheel buiten beschouwing te worden gelaten. Daarvoor wordt dan echter meestal plaats ingeruimd in de (eerdere) selectiefase, waar

EERSTE HELFT 2019: BAANBREKEND!

Op grond van het voorgaande kunnen we concluderen dat rechters de handelwijze van beoordelingscommissies behoorlijk terughoudend toetsen. In een op 13 juni 2019 gepubliceerde uitspraak greep de rechtbank Amsterdam echter hard in. Waar ging het om?

De gemeente Amsterdam had een aanbesteding ‘Scannen en Printen’ uitgeschreven op basis van de Best Value-benadering. Bij Best Value wordt niet in detail voorgeschreven aan welke voorwaarden de inschrijving moet voldoen, maar wordt de inschrijvers zo veel mogelijk ruimte geboden voor een eigen invulling van de aanbidding.

Net als bij iedere gunningsbeslissing geldt ook bij Best Value-procurement dat de gunningsbeslissing moet worden gemotiveerd. Dat is immers vastgelegd in de Aanbestedingswet (artikel 2.130). De verliezende inschrijver vond dat de gunningsbeslissing onvoldoende was gemotiveerd. Zij stelde dat het volstrekt onduidelijk was waarom haar inschrijving op verschillende onderdelen ‘maar’ met een zes werd beoordeeld. De mededeling dat haar beantwoording onvoldoende SMART was, was volgens de inschrijver onvoldoende concreet. De rechtbank herhaalde eerst de standaardoverweging die de afgelopen jaren in de jurisprudentie is neergezet: de rechter heeft slechts een beperkte beoordelingsruimte. Echter, daarna nam de rechtbank Amsterdam een andere afslag en oordeelde:

“(…) dat indien sprake is van zodanige onjuistheden of onduidelijkheden in de motivering van de gunningsbeslissing dat redelijk handelende en redelijk deskundige beoordelaars deze niet mochten laten ontstaan en de aanbesteder deze niet voor zijn rekening mocht nemen, plaats is voor ingrijpen door de rechter. Voor rechterlijk ingrijpen is dus niet slechts aanleiding in geval van evidente onjuistheden.”

Dat was hier het geval. De verliezende inschrijver was in casu namelijk niet in staat om de wijze van beoordeling te toetsen. Daarmee was de motiveringsplicht geschonden. De gegeven motivering, dat ‘beantwoording onvoldoende SMART is’, kon niet door de beugel. Dat was namelijk een constatering en veronderstelde een nadere motivering waarom zulks onvoldoende was. Die nadere motivering ontbrak. De gemeente Amsterdam moest daarom overgaan tot herbeoordeling door een nieuwe beoordelingscommissie. Deze recente uitspraak dwingt aanbestedende diensten om zeer zorgvuldig naar hun motivering te kijken, ook waar het het oordeel van zijn beoordelingscommissie betreft. Ondanks dat het slechts één uitspraak betreft, hechten wij veel waarde aan de overwegingen van de rechtbank. De rechter die de zaak behandelde, is namelijk de voormalig vicepresident van de Hoge Raad, die de laatste jaren voor zijn pensioen nog eens ‘eenvoudige’ rechter wilde zijn.

‘technische en beroepsbekwaamheid’ dan met referentieopdrachten kan worden onderbouwd.

AFRONDING

De omstandigheid dat beoordelingscommissies vaak de doorslag geven bij het bepalen van de winnende inschrijver en het feit dat beoordelen mensenwerk blijft, maakt dat wij ook de komende tijd veel uitspraken over het handelen en de samenstelling van beoordelingscommissies verwachten.

En zeker bij IT-aanbestedingen, waar het vaak aankomt op de beoordeling van kwalitatieve criteria. Aan de beoordeling door deskundigen is een zekere mate van subjectiviteit nu eenmaal inherent, hoezeer ook wordt getracht die te objectiveren. Ongetwijfeld zal ook het aantal procedures over de motivering van de gunningsbeslissing een stijgende lijn vertonen. Wij verwachten ook dat rechters, na de uitspraak van de rechtbank Amsterdam, vaker zullen ingrijpen. 🗣️

REACTIES EN BIJDAGEN

Voor reacties en nieuwe bijdragen van IT-experts: Tanja de Vrede 020-2356415 t.d.vrede@agconnect.nl