

**BEOORDELINGS-  
COMMISSIE HEEFT  
GROTE MATE VAN  
VRIJHEID**

**Beoordelingscommissies zijn  
soms gewoon noodzakelijk**

# IT-AANBESTEDINGEN: VEEL KANSEN

**HOE ONTWIKKELT ZICH DE RECHTSPRAAK MET BETREKKING TOT IT-AANBESTEDINGEN? WELKE LESSEN KUNNEN WORDEN GELEERD? OVERWINT DE ROEP OM TRANSPARANTIE EN VOLLEDIGE CONTROLEERBAARHEID OF DE ROEP OM RUIMTE VOOR CREATIVITEIT? MENNO DE WIJS EN PER VAN DER KOOI VERWACHTEN HET LAATSTE, ZEKER IN DE IT-SECTOR.**

door Menno de Wijs en Per van der Kooi beeld Shutterstock

## REACTIES EN BIJDAGEN

Voor reacties en nieuwe bijdragen van IT-experts:  
Henk Ester  
020-2356415  
h.ester@agconnect.nl

Het aanbestedingsrecht was het afgelopen jaar volop in beweging. De Aanbestedingswet dateert uit 2012 en kreeg op 1 juli 2016 een – om maar in IT-termen te blijven – update. De wijzigingen waren niet wereldschokkend, het betrof met name een vastlegging van de jurisprudentie. De verwachting was dan ook dat, omdat veel leerstukken nu duidelijk(er) geregeld waren, minder zou worden geprocedeerd. Dat bleek niet het geval. In de juridische wereld geldt namelijk ‘the devil is in the detail’ en details leiden dan ook vaak tot procedures. Dit lot komt ook toe aan het in de zomer van 2016 in de Aanbestedingswet toegevoegde leerstuk van de wezenlijke wijziging. Er zijn drie trends in 2017 te onderscheiden.

## 1 DE WEZENLIJKE WIJZIGING

Voor bij wie het leerstuk van de wezenlijke wijziging is weggezaakt: als sprake is van een wezenlijke wijziging van een opdracht, dan moet deze opnieuw worden aanbesteed, en in het geval van een nog lopende aanbestedingsprocedure moet deze opnieuw worden gepubliceerd. De criteria om te bepalen of sprake is van een wezenlijke wijziging, zijn dus ontwikkeld in de rechtspraak en in 2016 vastgelegd in de Aanbestedingswet.

De praktijk laat echter zien dat in 2017 onverminderd is geprocedeerd over dit leerstuk. Anders dan de voorafgaande jaren leidde deze jurisprudentie in 2017 niet tot nieuwe gezichtspunten, maar

vooral tot een bevestiging van de (nieuw vastgelegde) wettelijke regeling. In 2018 verwachten wij voor dit leerstuk dan ook geen noemenswaardige ontwikkelingen en daarmee een trendbreuk in het aantal procedures. Voor de IT-professional blijft het echter van belang om alert te blijven op dit aspect. Dat de wet nu een regeling bevat, betekent immers niet dat deze ook (op een juiste wijze) wordt toegepast.

## 2 DE WIJZE VAN BEORDELEN EN DE NOODZAAK TOT HET INSTELLEN VAN EEN BEORDELINGS- COMMISSIE

Een trend die zich in 2017 heeft laten zien – en waarvan wij verwachten dat deze ook in 2018 zal doorzetten – zijn procedures over de wijze waarop inschrijvingen worden beoordeeld.

Problemen doen zich met name voor bij de beoordeling van een plan van aanpak of een presentatie. Het lot van de inschrijver lijkt dan volledig in handen te liggen van subjectieve beoordelaars: de beoordelingscommissie. Het zal de IT-professional bekend zijn dat beoordeling door een beoordelingscommissie een aanvaard middel is; rechters spreken dan van een geobjectiveerde subjectieve beoordeling.

Een bevestiging van de  
lijn die wij al zagen

Toch blijft dit een knelpunt in het aanbestedingsrecht. De bereidheid van de niet-winnende inschrijvers om de gunningsbeslissing te aanvaarden, hangt immers af van de objectieve controleerbaarheid. Een inkijkje in de hoofden van de leden van een beoordelingscommissie is niet mogelijk. Als een inschrijver de beoordeling niet kan controleren, kan (on)terecht een gevoel van onbegrip ontstaan, zo bleek ook in 2017 (zie kader

## CASUS PHILIPS

U kent het wel. De inschrijving dient in maximaal 3.000 woorden te beschrijven op welke wijze de aangeboden oplossing tegemoetkomt aan de doelstelling. Hoe beter de beschrijving, hoe meer punten. Een zeer goede oplossing krijgt (bijvoorbeeld) 4 punten, een goede oplossing 3 punten, een voldoende oplossing 2 punten et cetera. Reële vraag is dan: waarom heeft de beoordelingscommissie mijn oplossing niet als zeer goed, maar als goed gewaardeerd? Deze vraag werd in 2017 met regelmaat gesteld. Ook door Philips.

Philips verloor de aanbesteding voor de levering en onderhoud van een Image-managementsysteem voor het bevolkingsonderzoek naar borstkanker. Het bedrijf meende dat aan zijn inschrijving te weinig punten waren toegekend. De rechter volgde de bezwaren van Philips niet.

De beoordeling door een beoordelingscommissie wordt door de rechter doorgaans slechts beperkt getoetst. Rechter menen (a) dat van hen niet kan worden verlangd dat zij op alle gebieden specifieke kennis bezitten, (b) dat dit zou kunnen leiden tot het openbaar maken van vertrouwelijke informatie van de winnaar en (c) dat een beoordelingscommissie in beginsel deskundig is. Zo overwoog de rechter ook in de zaak van Philips. Het oordeel van de beoordelingscommissie werd dan ook in stand gelaten. Een bevestiging van de lijn die wij ook al in voorafgaande jaren zagen.

Casus Philips). De beoordelingscommissie heeft een grote mate van (beoordelings)vrijheid, zeker ook omdat aanbestedende diensten niet hoeven aan te geven – en dat ook niet zullen willen – wat precies nodig is om de maximale score te behalen. Anders zou iedere vorm van een zelfstandig denkproces worden uitgebannen, en daarmee alle mogelijke innovatie en creativiteit. Bezwaar maken tegen een oordeel van een beoordelingscommissie heeft daarom slechts zin als sprake is van een onbegrijpelijke beoordeling (1), een procedurele (2) of inhoudelijke onjuistheid bij de beoordeling (3). Zou een verbod op het beoordelen van inschrijvingen door een beoordelingscommissie wellicht bijdragen aan het aanvaarden van gunningsbeslissingen? Bij de beantwoording van deze vraag stuit men op een van de grootste knelpunten van het aanbestedingsrecht: de onmogelijkheid en onwenselijkheid om alle goederen en diensten te beoordelen op objectief vast te stellen kenmerken. Beoordelingscommissies zijn soms gewoon noodzakelijk. Maar aangezien aanbestedende diensten dan een ruime beoordelingsvrijheid hebben, dient het inzetten van een commissie wat ons betreft terughoudend te worden toegepast. Wij zien een tendens om het instellen van een beoordelingscommissie ter discussie te stellen.

### 3 BEST VALUE PROCUREMENT: EEN GLANSRIJKE TOEKOMST?

De toenemende inzet van beoordelingscommissies laat zich verklaren door de roep om oplossingen van professionele marktpartijen. Een manier om dit te bewerkstelligen is 'best value procurement'. Dit is geen wettelijk vastgelegde procedure, maar slechts een manier om de opdracht te gunnen aan de inschrijving met de beste waarde. Door een functionele omschrijving van de opdrachtstelling en het beperken van het aantal randvoorwaarden, wordt de inhoud aan de markt overgelaten.

## De roep om ruimte voor creativiteit zal overwinnen

De afgelopen jaren heeft deze methode een sterke opmars gekend. Het idee is dat, doordat de inschrijver veel vrijheid krijgt, er meer kwaliteit uit de markt wordt gehaald. Het aandragen van oplossingen door de markt is alleen mogelijk wanneer slechts beperkt objectieve eigenschappen van producten of diensten worden beschreven of voorgeschreven. Dat maakt inschrijvingen beoordelen en vergelijken lastig. Gevolg is dus dat de hiervoor vervloekte beoordelingscommissie dan noodzakelijk is. De vraag is welke kracht het komende jaar zal overwinnen: de roep om transparantie en volledige controleerbaarheid van de beoordeling, of de roep om ruimte voor creativiteit bij aanbestedingen? Wij verwachten het laatste, zeker in de IT-sector. Hierin is een onomkeerbare trend waar te nemen. Daarbij moet opgemerkt worden dat gunning op basis van best value procurement uiteraard wel moet passen binnen het wettelijke kader. Die ruimte is zeker niet onbeperkt, zo tikte de Rechtbank Midden-Nederland recentelijk een aanbestedder flink op de vingers (zie kader KPN). Een best-valueprocedure is dus niet steeds de meest geëigende procedure en wordt ook niet steeds op de juiste wijze 'ingestoken'. De IT-professional moet dus alert zijn als hij zo'n procedure voorbij ziet komen. In 2018 zullen de grenzen van het toelaatbare bij best value procurement

## CASUS KPN

KPN had ingeschreven op een aanbesteding om het management en de ondersteuning voor de ICT-infrastructuur te verzorgen voor IKNL (Integraal Kankercentrum Nederland). KPN had de laagste fictieve inschrijfsom en mocht door naar de concretiseringsfase. Dat liep stuk omdat (1) er weinig vertrouwen was dat de opdrachtdoelstelling zou worden behaald, (2) KPN onvoldoende proactief zou zijn en (3) er vrees bestond voor meerwerk. Dat KPN uiteindelijk aan het kortste eind trok – omdat er geen ‘contractklaar’ stuk lag – is voor dit artikel niet interessant. Leerzamer is de kritiek die de rechter uit op de handelwijze van de aanbestedende dienst.

De wens om vanwege een gebrek aan vertrouwen af te willen wijzen, kan begrijpelijk zijn: bij best value procurement is men afhankelijk van de expertise van de inschrijver en is er geen vooraf door de aanbestedende dienst vastgestelde oplossing. Gebrek aan vertrouwen in de inschrijver en gebrek aan proactiviteit waren echter niet als criteria in de leidraad opgenomen en waren daarom niet toelaatbaar. De rechter oordeelde dat KPN niet om deze redenen mocht worden afgewezen omdat die meelzat niet in de aanbestedingsstukken was opgenomen.

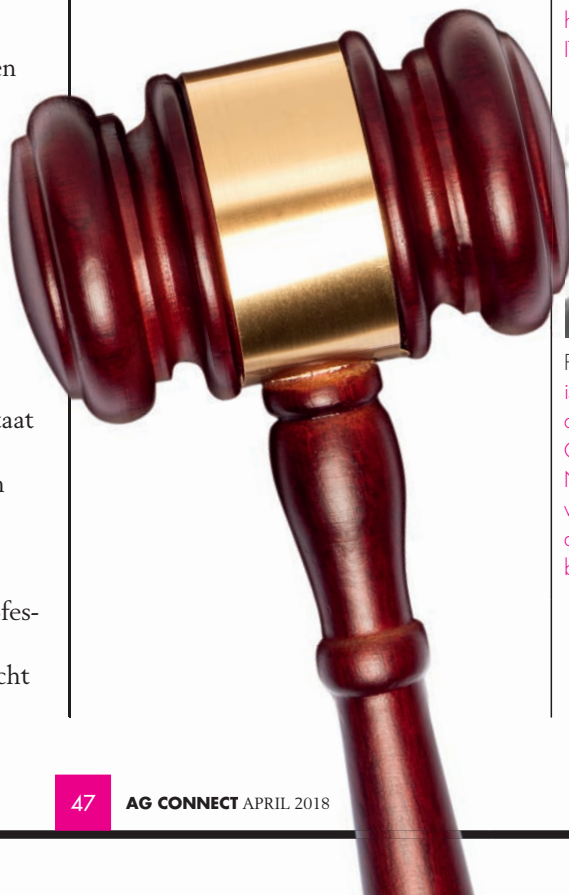
Ook keurde de rechter de keuze voor beste value procurement af. Een aanbestedingsprocedure zonder concrete wensen of oplossingen met een globale opdrachtdoelstelling en ook nog eens multi-interpreteerbare termen als ‘flexibel’, ‘eenvoudig’ en ‘gebruiksvriendelijk’, zal vaak leiden tot het naar de conclusie toe redeneren. KPN was daarom terecht kritisch, aldus de rechter.

verder in kaart worden gebracht. De methode lijkt alleen maar aan populariteit te winnen en krijgt daarmee meer impact op de orderportefeuille van inschrijvers. Als gevolg daarvan zullen inschrijvers kritischer kijken naar de keuze van aanbestedende diensten voor deze procedure.

### KANSEN

Daarmee concluderen wij dat in 2018 de rechtspraak de teugels zal aanhalen bij best value procurement en dat kritischer zal worden gekeken naar het gebruik van beoordelingscommissies. Daartegenover staat dan eindelijk juridische rust voor de wezenlijke wijziging. Kortom, ook in 2018 zijn er genoeg aanbestedingsrechtelijke kansen.

Het aanbestedingsrecht blijft echter ‘piep-recht’, dus het is aan de IT-professionaal om alert te zijn op kansen en daarmee de ontwikkeling van het recht in zijn voordeel te sturen. 🌐



### AUTEURS



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



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