

Voorwoord

In dit deel van Hoofdstukken Bouwrecht wordt de in de vorige delen (16 en 17) begonnen behandeling van het aanbestedingsrecht afgesloten met een bespreking van de eigenlijke aanbesteding en de daaruit voortvloeiende opdracht (gunning) van het werk, gevolgd door de behandeling van de bij een aanbesteding gebruikelijke geschillenregeling en daaraan verbonden processuele aspecten.

Evenals dit bij de delen 12-17 het geval was, is ook dit deel totstandgekomen in nauwe samenwerking met mevr. mr. A.A. Boot, advocate te Rotterdam.

Wassenaar, maart 1997

M.A. van Wijngaarden

Bijzonder voorwoord van mr. A.C.M. Fischer-Braams

Deel 23 behandelt de gunningscriteria en de gunning. Een keur aan relevante onderwerpen passeert in dit deel op systematische wijze de revue. Deel 23 is een voor de praktijk zeer belangrijk deel. De rechtmatigheid en controleerbaarheid van de gunningsbeslissing en van de afwijzingsbeslissing als keerzijde daarvan zijn een veelvoorkomend geschilpunt. De rechtmatigheid en controleerbaarheid van die beslissingen zijn ten nauwste afhankelijk van transparantie vooraf en achteraf over de (sub)gunningscriteria, hun onderlinge wegingsfactoren, de wijze van beoordelen en de gehanteerde beoordelingsmethodiek.

In dit voorwoord wil ik graag inzoomen op de wijze van beoordelen en de beoordelingsmethodiek (ook wel: gunningssystematiek). Noch de EU-richtlijnen noch de Aanbestedingswet 2012 bevatten hierover specifieke voorschriften. Wel zijn uiteraard de beginselen van objectiviteit, gelijke behandeling, transparantie en proportionaliteit van toepassing. In de rechtspraak over beoordeling en puntentoe-kening lezen we dat er moet worden beoordeeld volgens een zo objectief mogelijk (beoordelings)systeem. Aan welke minimale eisen zo'n systeem moet voldoen, wordt niet benoemd.

Het Haagse Hof beschouwt een brede samenstelling van een beoordelingscommissie en de anonimisering van de inzendingen als een voldoende waarborg voor een non-discriminatoire toepassing van de gehanteerde beoordelingsmethodiek (*Hof Den Haag 8 februari 2007, ECLI:NL:GHSGR:AZ8670, r.o. 8*). Werkwijzen waarbij (delen van) inschrijvingen moeten worden geanonimiseerd, waarbij de beoordelaars van de kwalitatieve criteria geen kennis dragen van de prijs en waarbij het beoordelings-team plenair tot een unaniem oordeel komt, worden in het algemeen als objectief ervaren.

Van belang is dat de aangewezen beoordelaars te werk gaan volgens een eenduidig beoordelingsprotocol en dat duidelijk is hoe hun besluitvorming tot stand komt. Belangrijke vragen, die vooraf onder ogen moeten worden gezien, zijn: wat is het doel van een bepaald (sub)gunningscriterium in relatie tot het voorwerp van de opdracht, welke beoordelingschaal of -schalen worden gehanteerd, kunnen de scores op die schalen bij elkaar worden opgeteld, wat betekent de waardering die met een bepaalde score wordt uitgedrukt, worden de individueel per criterium toegekende scores wel of niet gemiddeld, gebeurt dat voor of na weging, hoe wordt er omgegaan met uitschieters en extreme verschillen in scores, wordt er unaniem per criterium één score bepaald, hoe en tot welke decimaal wordt er afgerond?

We kennen allemaal hét schoolvoorbeeld van een ondeugdelijke gunningssystematiek. Dat is nog steeds de zaak *Weststellingwerf*, waarin zeer geringe prijsverschillen leidden tot zeer grote verschillen in scores (*Vzr. Rb. Leeuwarden 21 januari 2005, ECLI:NL:RBLEE:2005:AS3521*). Een ander voorbeeld van een ondeugdelijke systematiek is een gezamenlijke aanbesteding van twee gemeenten die elk een andere schaal bleken te hanteren voor de beoordeling (*Vzr. Rb. Den Haag 30 juli 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BJ6147*). Zo moet het dus niet. Daarmee is nog niet gezegd hoe het wel moet.

Grofweg kan een viertal beoordelingsmethoden worden onderscheiden (waarbij overigens nog niets gezegd is over de toe te passen formules of schalen): de absolute beoordelingsmethode, de systematiek van gunnen op waarde, de systematiek waarbij prijs wordt gedeeld door kwaliteit en de relatieve beoordelingsmethode. Bij die laatste is sprake van een vergelijkende beoordeling van de inschrijvingen ten opzichte van elkaar. Pianoo beveelt op haar site aan om de relatieve beoordelingsmethode niet te gebruiken omdat het wegvallen van de best scorende inschrijver een sterke invloed kan hebben op de uitkomst van de aanbesteding. Bij een relatieve beoordelingsmethode hangt de score op prijs of kwaliteit immers af van die van de best (of minst) scorende inschrijving. Als die inschrijving om wat voor reden dan ook wegvalt, bijvoorbeeld omdat bewijsstukken niet tijdig zijn overgelegd of alsnog sprake blijkt van ongeldigheid, kan zich een rangordeparadox voordoen.

In zijn arrest van 9 mei 2014 achtte de Hoge Raad een herberekening van de scores na het uitvallen van nr. 1 ter voorkoming van een rangordeparadox niet nodig met een beroep op het transparantiebeginsel (*HR 9 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1078*). In dat geval was namelijk uitdrukkelijk in de aanbestedingsstukken bepaald dat bij het wegvallen van nr. 1 automatisch zou worden teruggevallen op nr. 2. Tegenwoordig zien we ook vaak dat er met de nr. 2 een wachtkamervereenkomst wordt gesloten onder de opschortende voorwaarde van het wegvallen van de partij aan wie de opdracht is gegund.

Als sprake is van een beoordeling van iedere inschrijving op eigen merites (absolute beoordelingsmethode) wordt er soms bij vermeld dat rekening kan worden gehouden met hetgeen is waargenomen in andere inschrijvingen. Dat is wel zo transparant, want in de praktijk is dit in feite ook niet te voorkomen.

Het toetsingskader van de voorzieningenrechter van de beoordeling van kwalitatieve gunningscriteria is in een uitspraak van 4 oktober 2017 mooi samengevat (*Vzr. Rb. Den Haag 4 oktober 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:11320*). Daarin spreekt de rechter over de objectieve beoordelingsystematiek van het aanbestedingsrecht en overweegt hij dat de inschrijvingen aan de hand van een zo objectief mogelijk systeem moeten worden beoordeeld.

Slechts wanneer sprake is van een onbegrijpelijke beoordeling, dan wel procedurele of inhoudelijke onjuistheden/onduidelijkheden, die zouden kunnen meebrengen dat de gunningsbeslissing niet deugt, is plaats voor ingrijpen van de rechter. Dit klemmt volgens de voorzieningenrechter temeer nu een ‘volle toetsing’ ertoe zou kunnen leiden dat vertrouwelijke en/of concurrentiegevoelige informatie van de winnaar van de aanbestedingsprocedure openbaar moet worden gemaakt, wat de rechtmatige commerciële belangen van die winnaar kan schaden en/of afbreuk kan doen aan de eerlijke mededinging.

Hiermee draagt de rechter een extra argument aan in de discussie die is ontstaan na de conclusie van A-G Campos Sánchez-Bordona van 30 juni 2016 in zaak C-171/15, *Connexxion Taxi Services* (ECLI:EU:C:2016:506). Deze discussie betreft de vraag of de voorzieningenrechter de door de beoordelingscommissie gedane beoordeling marginaal of vol dient te toetsen. De A-G beschouwde in feite een enkele redelijkheidstoets als een marginale toetsing. Het HvJEU gaat in zijn arrest van 14 december 2016 in zaak C-171/15 helaas voorbij aan die vraag (ECLI:EU:C:2016:948). De Nederlandse voorzieningenrechter neemt het standpunt in dat het gebruikelijke toetsingskader dat veelvuldig in de Nederlandse jurisprudentie wordt gebruikt verdergaat dan een enkele redelijkheidstoets en dat dit toetsingskader daarom geen aanpassing behoeft. Dit toetsingskader houdt in dat aan de aangewezen – deskundige – beoordelingscommissie de nodige vrijheid moet worden gegund, temeer nu van een rechter niet kan worden verlangd dat hij specifieke deskundigheid bezit op het gebied van het onderwerp van de opdracht (*Vzr. Rb. Den Haag 30 november 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:14795*).

In een wat oudere, maar niet minder interessante masterscriptie worden de verschillende beoordelingsmethoden met de daaraan inherente problemen aan de hand van concrete voorbeelden uitvoerig beschreven en worden aanbevelingen gedaan voor de oplossing van die problemen (*D. Santbulte, Beoordelingssystematiek: Een onderzoek naar de problemen bij relatieve beoordelingssystematieken in aanbestedingen, Universiteit Utrecht, onder begeleiding van prof. mr. E.R. Manunza en mr. drs. T.H. Chen*). De conclusie is dat er niet één beste beoordelingsmethode is, maar dat een methode moet worden gekozen afhankelijk van het voorwerp van de opdracht en het niveau van kennis over de markt en het aantal spelers.

Dat er niet één beoordelingsmethode is, waaraan geen enkel nadeel kleeft, was mij al eens duidelijk geworden. Ooit heb ik een wiskundige ingeschakeld om de rechter ervan te overtuigen dat schalen, die voor diverse onderdelen van een selectiemethodiek werden gehanteerd, onderling niet vergelijkbaar waren. Door dat gebrek konden de uitkomsten van de beoordeling volgens die schalen niet bij elkaar worden opgeteld (*Vzr. Rb. Amsterdam 1 maart 2007, ECLI:NL:RBAMS:2007:BB3245*).

Uit het arrest *TNS Dimarso* (HvJEU 14 juli 2016, zaak C-6/15, ECLI:EU:C:2016:555) wordt wel afgeleid dat een aanbestedende dienst de beoordelingsmethode niet vooraf in

aankondiging of bestek bekend hoeft te maken. Hoewel r.o. 36 en 37 en de conclusie aan het slot van het arrest in die richting wijzen, is het hof in diverse andere overwegingen aanmerkelijk genuanceerder.

In r.o. 24 zegt het hof met verwijzing naar het *Lianakis*-arrest (*HvJEU 24 januari 2008, zaak C-532/06, ECLI:EU:C:2008:40*) dat in beginsel geen afwegingsregels kunnen worden toegepast die niet vooraf bekend zijn gemaakt. In r.o. 25 overweegt het hof dat het relatieve gewicht vanaf het begin van de aanbestedingsprocedure duidelijk moet zijn vastgesteld, zodat de inschrijvers objectief kunnen vaststellen welk gewicht een gunningscriterium daadwerkelijk ten opzichte van een ander zal hebben bij de latere beoordeling en dat dit relatieve gewicht gedurende de gehele procedure ongewijzigd moet blijven. In r.o. 31 verwijst het hof naar de in art. 2 van Richtlijn 2004/18/EG neergelegde beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie en transparantie (vgl. art. 18 lid 1 van Richtlijn 2014/24/EU, waarin nu ook het proportionaliteitsbeginsel wordt vermeld). Het hof overweegt dat volgens die beginselen de methode die de aanbestedende dienst hanteert om de offertes in concreto te beoordelen en te rangschikken in beginsel niet na opening van de offertes kan worden vastgesteld, dit om elk risico van favoritisme uit te sluiten. Indien deze methode om aantoonbare redenen niet vóór deze opening kan worden vastgesteld, kan het de aanbestedende dienst niet worden verweten dat hij deze pas heeft vastgesteld nadat hij, of zijn beoordelingscommissie, kennis heeft genomen van de inhoud van de offertes. En in r.o. 32 zegt het hof dat, gelet op voornoemde beginselen en hetgeen het hof in de punten 24 en 25 heeft vastgesteld, het feit dat de beoordelingsmethode na bekendmaking van de aankondiging of het bestek is vastgesteld hoe dan ook niet tot gevolg mag hebben dat de gunningscriteria of het relatieve gewicht ervan worden gewijzigd.

Bekendmaking vooraf van de beoordelingsmethode (lees: de wiskundige formule en/of schaal c.q. schalen voor de beoordeling) is dus wel degelijk het uitgangspunt om ieder risico van favoritisme uit te sluiten. Afwijking van dit uitgangspunt mag alleen om aantoonbare (lees: door de aanbestedende dienst deugdelijk te motiveren) redenen. En hoe dan ook: vaststelling van de beoordelingsmethode na bekendmaking van aankondiging of bestek (en eens te meer na kennisneming van de inschrijvingen) mag geen wijziging tot gevolg hebben van de gunningscriteria en het relatieve gewicht.

De keuze van een beoordelingsmethodiek is, zoals de Belgische Raad van State blijkens het *TNS Dimarso*-arrest (terecht) opmerkt, namelijk niet vrijblijvend. Zij kan juist bepalend zijn voor de uitkomst van de beoordeling van de offertes aan de hand van de gunningscriteria. Bij het gunningscriterium prijs kan bijvoorbeeld geopteerd worden voor toepassing van hetzij de evenredigheidsregel, hetzij de toekenning van de maximale score aan de laagste offerte of de nulscore aan de hoogste offerte en de toepassing van de lineaire interpolatie voor de tussenliggende offertes, hetzij het maximaal begunstigen van de offerte met de mediaanprijs (vgl. r.o. 14 van het arrest; zie in dit verband ook *Advies 311 van de Commissie van Aanbestedingsexperts van 3 februari 2017* en *Vzr. Rb. Den Haag 2 april 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:8198*).

Niet valt in te zien welk rechtens te respecteren belang een aanbestedende dienst kan hebben om informatie over de wijze van beoordeling en de toe te passen beoordelingssystematiek achter te houden en niet vooraf bekend te maken. Doorgaans

vindt die bekendmaking vooraf ook wel plaats (vgl. voor een recent voorbeeld *Vzr. Rb. Den Haag 5 oktober 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:11525*, ook interessant omdat bepaalde stukken voor de tussenkomen partij geheim moesten blijven).

Bekendmaking vooraf van wijze van beoordeling en beoordelingsmethodiek draagt mijns inziens alleen maar bij tot gerichtere en betere aanbiedingen, waarmee vermoedelijk ook meer maatschappelijke waarde voor de inzet van de publieke middelen kan worden geleverd (vgl. art. 1.4 lid 2 Aanbestedingswet 2012). Natuurlijk hoeft de aanbestedende dienst niet tot in detail voor te kauwen wat er nodig is om een maximale score voor elk criterium te behalen. Dat zou fnuikend zijn voor iedere innovatie en creativiteit. Die moeten aan de markt worden overgelaten.

U lezer, aan de kant van de aanbestedende dienst werkzaam of geïnteresseerd om in te schrijven op aanbestedingen, wens ik veel leesplezier en gebruiksgemak van de Serie Bouw- en Aanbestedingsrecht bij uw dagelijkse werkzaamheden, met name ook van Deel 23.

Oktober 2017

Anne Fischer, advocaat bij Maasdam Broers Fischer advocaten en vicevoorzitter van de Commissie van Aanbestedingsexperts

Voorwoord bij de eerste druk van Deel 23 Aanbestedingsrecht (nieuwe opzet)

Deel 23 is het vierde deel in het aanbestedingsrechtelijke deel van de Serie Bouw- en Aanbestedingsrecht. In dit deel draait alles om de gunningscriteria en de gunning. De rechtspraak die op deze onderwerpen is ontstaan, is zo omvangrijk geworden dat besloten is aan deze een eigen deel te wijden en deze aldus los te behandelen van de inschrijving, waaraan Deel 22 is gewijd.

De rechtspraak gaat in beginsel terug tot 2012, het jaar waarin de Aanbestedingswet van kracht werd. Bij sommige onderwerpen is oudere rechtspraak meegenomen en bij een enkele is nog geen rechtspraak verschenen. In dat laatste geval is P.M. opgenomen.

Het bijzondere voorwoord is van mr. Anne Fischer, advocaat bij Maasdam Broers Fischer advocaten. Ik vermeld graag voorts dat zij erelid is van de Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht (NVvA). Ik ben zeer vereerd dat zij het voorwoord heeft willen verzorgen.

Ook bij dit deel ben ik bijgestaan door mijn dochter Petra Chao, advocaat bij Kneppelhout en Korthals; zij heeft meegelezen en meegedacht over de opzet van dit deel. Daar ben ik haar zeer erkentelijk voor.

Ik ben veel dank verschuldigd aan Janny Bloemsma voor het aanpassen van het jurisprudentieregister aan de nieuwe opzet. Een woord van dank is ook verschuldigd

aan Annemieke van Garling voor de begeleiding van het anders opzetten van de serie.

Voor het nieuwe omslagontwerp gaat mijn dank uit naar Marco Bolsenbroek. Met de vier afbeeldingen, die representatief zijn voor de grote gebieden van het bouwrecht (de infrastructuur in de brede zin van het woord en de B&U bouw) is een knipoog gemaakt naar het omslag, waarmee de serie in 1984 op de markt kwam en waar ook een viertal afbeeldingen met dezelfde symbolische betekenis zijn opgenomen.

's-Gravenhage, oktober 2017

M.A.B. Chao-Duivis

Verantwoording van de nieuwe opzet van de Serie Bouw- en Aanbestedingsrecht

De grondlegger van deze serie, Maarten van Wijngaarden, heeft mij lang geleden eens toevertrouwd dat hij voor de opzet van deze serie aanknoopte bij die onderwerpen, waarop de meeste rechtspraak verscheen. Het kwam hem voor, dat de praktijk en de wetenschap het meest behoefte hadden aan geordende rechtspraak op juist die onderwerpen.

Dat is de reden dat deze serie in Deel 1 start met de oplevering en in Deel 2 de aansprakelijkheid na oplevering wordt behandeld. Binnen de boeken zelf werd de stof geordend in hoofdstukken, die inhoudelijk het stramien van algemeen naar meer bijzonder volgden.

Wat in de loop der jaren evenwel moeizamer werd, was het feit dat Van Wijngaarden ervoor gekozen had om de inhoud in paragrafen onder te brengen, die doornummerden. Het was daardoor onvermijdelijk geworden om een nieuw onderwerp dat logischerwijs in Deel A, Hoofdstuk B tussen paragraaf 300 en 301 hoorde, te voorzien van een letter: 300a en soms moest zelfs meer dan één nummer tussengevoegd worden. Dat kwam de overzichtelijkheid niet ten goede. Daar kwam nog bij, dat de online uitgave technisch bemoeilijkt werd door dit systeem.

Vroeg of laat zou dan ook het moment aanbreken om met dit systeem te breken en een andere, meer gebruikelijke ordening aan te brengen. Dit bleek zoveel werk te zijn, dat is afgezien van het aanvankelijke voornemen de serie in zijn geheel om te gooien opdat in grote lijnen de volgorde van de meest voorkomende algemene voorwaarden zou worden gevolgd.

De volgorde van de delen is daarom in beginsel dezelfde gebleven vanuit de gedachte, die hopelijk juist is, dat de lezer daarmee vertrouwd is.

Wel zijn de volgende veranderingen wat opzet en inhoud betreft, aangebracht:

1. ieder hoofdstuk begint met een nieuwe nummering en ieder hoofdstuk kent paragrafen en subparagrafen;
2. de thema's worden in beginsel steeds in twee hoofdstukken behandeld: een hoofdstuk met de regelingen van een thema en een hoofdstuk met rechtspraak;

- daarbij is zo veel mogelijk gewerkt met duidelijk afgeronde onderwerpen, waardoor de inhoudsopgave net als in het verleden uitgebreid is en voor de lezer in een oogopslag duidelijk maakt waar iets gevonden kan worden;
3. sommige onderwerpen zijn of worden geconcentreerder bij elkaar geplaatst, bijvoorbeeld het consumentenrecht: daar wordt een eigen boek aan gewijd: Deel 19 en dat heeft met name consequenties voor Deel 1, maar ook in de andere delen worden de verwijzingen die typisch zijn voor het consumentenrecht verwijderd en overgebracht naar het nieuwe Deel 19;
 4. sommige thema's zijn nog wat verder opgesplitst, zo zal Deel 24 gewijd zijn aan de rechtsbescherming in het aanbestedingsrecht; de materiële onderwerpen van het aanbestedingsrecht blijven in vier aparte delen (Delen 20 tot en met 23) ondergebracht;
 5. sommige thema's zijn uitgebreider behandeld (zoals de werkzaamheden en verplichtingen van de aannemer in Deel 14 en de verplichtingen van de opdrachtgever in Deel 16);
 6. waar dat functioneel is, worden titels neutraler geformuleerd, omdat de wereld van het bouwcontractenrecht sinds de start van de serie in 1984 nu eenmaal ingrijpend is veranderd;
 7. dit laatste zal ook met verschillende termen gebeuren, maar ook hier alleen als dit functioneel is en geen afbreuk doet aan de 'kleur' van de bouw- dan wel aanbestedingswereld. Om die reden is ervoor gekozen om in beginsel uitdrukkelijk te blijven spreken van 'aannemer', in par. 1.1.1 van Deel 14 (nieuwe opzet) wordt uitgelegd wat onder die term verstaan wordt. Raakt de term in onbruik dan zal de terminologie worden aangepast;
 8. door de nieuwe opzet wordt de serie uitgebreid van 18 delen naar 24; sommige delen worden iets omvangrijker, maar naar verwachting zullen de meeste delen iets minder omvangrijk worden;
 9. het registerdeel komt met de nieuwe opzet te vervallen;
 10. het trefwoordenregister is vervallen.

Ik hoop en verwacht dat deze nieuwe opzet, die inhoudelijk geheel in de geest van Maarten van Wijngaarden blijft, nog meer dan voorheen de bouwrechtjuristen van dienst zal zijn.

's-Gravenhage, oktober 2017

M.A.B. Chao-Duivis

Aanwijzingen bij het gebruik van deze serie

Waar in deze Serie Bouw- en Aanbestedingsrecht bij uitspraken van de Raad van Arbitrage wordt vermeld 'niet gepubliceerd' wordt bedoeld dat deze uitspraken niet zijn gepubliceerd in een van de gebruikelijke tijdschriften, zoals Tijdschrift voor Bouwrecht, Bouwrecht, Tijdschrift Aanbestedingsrecht of Tijdschrift voor Arbitrage.

Op de site van de Raad van Arbitrage www.raadvanarbitrage.nl zijn alle uitspraken teruggaand tot 1992 te raadplegen, tevens worden nieuwe uitspraken aldaar gepubliceerd. Voor uitspraken van de overheidsrechter wordt verwezen naar

www.rechtspraak.nl, waar het overgrote deel van de uitspraken van de overheidsrechter sinds 1999 worden gepubliceerd.

De uitspraken die in dit boek zijn verwerkt, zijn letterlijke citaten. Schrijver dezes heeft zich de vrijheid veroorloofd een enkele keer, wanneer er sprake is van een hinderlijke typefout deze te verbeteren. Dat is gedaan zonder opneming van een zin in de trant van: 'bedoeld zal zijn..., MC'. Dit zou storend werken.

Een woord dat door de auteur uit de uitspraak is verwijderd, omdat het niet op de juiste plaats stond, twee keer is geplaatst of ten onrechte is opgenomen, is tussen vierkante haken geplaatst. Een woord dat door de auteur is opgenomen dat niet in de uitspraak stond, is ook tussen vierkante haken geplaatst, met de volgende toevoeging: [..., MC].

De vindplaatsen van de uitspraken zijn vermeld, waardoor de weergave van de uitspraken te allen tijde is te controleren. Waar gebruik is gemaakt van een uitspraak die niet gepubliceerd is, zijn geen typefouten hersteld.

Hoofdstuk 1

Inleiding op dit deel

1.1 *Verantwoording van de opzet van dit deel*

In dit deel komen de gunningscriteria en de gunningsbeslissing aan de orde. Deze onderwerpen zijn in de wet niet direct achter elkaar opgenomen. Hoewel in deze serie het streven is om de opzet van regelingen zo veel mogelijk te volgen, is daar met betrekking tot dit onderwerp van afgezien. De reden daarvoor is, dat deze onderwerpen inhoudelijk heel dicht bij elkaar liggen.

De regeling van en de rechtspraak op de abnormaal lage inschrijving is opgenomen in Deel 22 (nieuwe opzet). Weliswaar gaat het daarbij om de prijs en dus om (een deel van) de gunningscriteria, maar vanwege de praktische betrokkenheid bij de rest van de inschrijving is voor deze splitsing gekozen. Deze keus heeft verder geen enkele betekenis.

In hoofdstuk 2 wordt begonnen met de regeling van de gunningscriteria, in hoofdstuk 3 gevolgd door rechtspraak die daarop sinds het verschijnen van de Aanbestedingswet 2012 is gepubliceerd. Het onderwerp van de gunning zelf volgt hetzelfde stramien: eerst de regeling in hoofdstuk 4 en in hoofdstuk 5 de rechtspraak inzake de gunningsbeslissing. Bij de rechtspraak zijn, zoals ook in de eerdere aanbestedingsrechtelijke delen het geval was, ook de Adviezen van de Commissie van Aanbestedingsexperts opgenomen.

Hoofdstuk 2

De gunningscriteria

- 2.1 Inleiding
- 2.2 De regeling van de gunningscriteria, art. 2.113 tot en met art. 2.115a Aw
- 2.3 De regeling van de gunningscriteria in het ARW 2016

2.1 *Inleiding*

De regeling van de gunningscriteria is in de wet van 2016 anders komen te luiden dan in de oorspronkelijke Aanbestedingswet van 2012. In die wet was er naast het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving nog het criterium van de laagste prijs. In de wet van 2016 wordt de term economisch meest voordelige inschrijving gebruikt voor de inschrijving die op basis van drie manieren kan worden vastgesteld, zie art. 2.114 lid 1 en 2 Aw (in par. 2.2 opgenomen). De aanbestedende dienst bepaalt welke keus dienaangaande wordt gemaakt. Die vrijheid is wel begrensd door de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht alsmede door art. 1.4 lid 2 Aw inhoudende, dat bij het aangaan van een overeenkomst de aanbestedende dienst zorgdraagt voor het leveren van zo veel mogelijk maatschappelijke waarde.

In de Gids Proportionaliteit is geen Voorschrift met betrekking tot de keus van de invulling van het gunningscriterium EMVI opgenomen; wel worden de volgende punten onder de aandacht gebracht (p. 54):

‘Om te voorkomen dat bij toepassing van het criterium Beste PKV impliciet toch de prijs alleen bepalend is, dienen onder meer de volgende voorzorgen in acht genomen te worden:

- Het aantal punten dat aan de kwalitatieve criteria wordt toegekend ten opzichte van het aantal punten dat aan het criterium prijs wordt toegekend, dient voldoende hoog te zijn om het verschil te kunnen maken.
- Hanteer voor alle beoordelingscriteria een deugdelijke en transparante schaalverdeling en voorkom ongelijke grootheden, zoals het gelijktijdig gebruik van een schaal van 0 tot 10 voor waardering van het ene criterium en waardering met goed/slecht voor het andere criterium.
- De kwalitatieve criteria moeten een bepalende rol spelen. Als te verwachten is dat iedere inschrijver (nagenoeg) even hoog gaat scoren op dit criterium, is de prijs uiteindelijk toch doorslaggevend. Criteria die min of meer vanzelfsprekend zijn en waar alle inschrijvers nagenoeg gelijk zullen scoren, kunnen dan ook beter in eisen dan in schaalbare wensen worden vertaald zodat alleen wensen met een

onderscheidend vermogen (en geen eisen) worden gewogen in de beoordeling.

- In de beoordelingsschaal dient voldoende differentiatie te bestaan. Daarnaast moet de volledige breedte van de beoordelingsschaal bij de beoordeling worden gebruikt. Als bij de beoordeling van kwalitatieve criteria de scores namelijk alleen maar tussen 5 en 7 liggen (op een schaal van 10), is de prijs uiteindelijk toch doorslaggevend.
- Het verdient aanbeveling de te hanteren beoordelingsschaal vooraf te testen, bijvoorbeeld door middel van een proefberekening. Bij het gunningscriterium Laagste KBK worden naast de aanschafprijs ook andere kostencriteria meegewogen. Een voorbeeld hiervan is het meewegen van kosten verbonden aan de gehele levenscyclus van een product, onderhoudskosten, weghaalkosten aan het einde van de levensduur etc., oftewel total cost of ownership. Als er echt geen voldoende onderscheidende criteria zijn, waarop inschrijvers toegevoegde waarde kunnen leveren, dan is het verstandiger om expliciet te kiezen voor LP of Laagste KBK, dan om hier impliciet / pro forma voor te kiezen. Wanneer de aanbestedende dienst in afwijking van de hoofdregel wil gunnen op basis van LP of Laagste KBK, dan dient hij dit voldoende gemotiveerd in de aanbestedingsstukken aan te geven.’

Met betrekking tot de gunningscriteria gelden de volgende regels:

- De gunningscriteria moeten in de aanbestedingsstukken duidelijk en precies geformuleerd bekendgemaakt worden.
- Het relatieve gewicht van de criteria moet in de aanbestedingsstukken bekendgemaakt worden.
- Na de aankondiging (in de literatuur wordt opgemerkt:¹ na de inschrijving) mogen de gunningscriteria (volgens een deel van de rechtspraak) niet meer gewijzigd worden.²
- De gunningscriteria moeten zo geformuleerd zijn dat redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers ze op dezelfde wijze zullen interpreteren.
- De gunningscriteria moeten inhoudelijk objectief, verband houden met de opdracht en proportioneel zijn.
- Gunningcriteria hebben in beginsel geen betrekking op de persoon van de inschrijver.³

-
1. Wel wordt als voorwaarde gesteld, dat alle partijen tijdig, gelijktijdig en op gelijke wijze worden geïnformeerd en dat bij een ingrijpende wijziging de inschrijftermijn wordt verlengd. Zie M.J.J.M. Essers en C.A.M. Lombert, *Aanbestedingsrecht voor overheden, naar een maatschappelijk verantwoord aanbestedingsbeleid*, 5e druk, 2017, p. 489; H.D. van Romburg, *Hoofdstukken aanbestedingsrecht*, 2e druk, 2017, p. 114.
 2. Op de website van Pianoo wordt het strikte standpunt gehuldigd. Daar wordt opgemerkt, dat vanaf de aankondiging gunningscriteria niet meer gewijzigd mogen worden. Zie advies 7 bij de toepassing van de gunningscriteria; www.pianoo.nl/sub-gunningscriteria-toepassing, geraadpleegd op 30 september 2017. Dit lijkt het meest in lijn te liggen met de rechtspraak van het HvJEU-arrest van 18 oktober 2001, SIAC Construction, C 19/00, EU:C:2001:553, punt 43; de relevante overweging is opgenomen in noot 9.
 3. Er is ruimte voor een uitzondering indien bijzondere kwaliteiten van de inschrijver centraal staan.

- De keus voor de laagste prijs dient gemotiveerd te worden.
- Het vaststellen van de inhoud van het gunningscriterium is aan de aanbestedende dienst, waarbij de regels hiervoor geformuleerd in acht genomen moeten worden. De rechtmatigheid van de gunningscriteria wordt vol getoetst.

2.2 *De regeling van de gunningscriteria, art. 2113 tot en met art. 2115a Aw*

De regeling van de gunningscriteria in de Aw is te vinden in de volgende artikelen:

Art. 1.4.

1. (...)
2. De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf draagt zorg voor het leveren van zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen bij het aangaan van een schriftelijke overeenkomst als bedoeld in het eerste lid.

§ 2.3.8.4. Gunningscriteria

Artikel 2.113

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

Artikel 2.113a

1. Gunningscriteria waarborgen de mogelijkheid van daadwerkelijke mededinging en gaan vergezeld van specificaties aan de hand waarvan de door de inschrijvers verstrekte informatie daadwerkelijk kan worden getoetst om te beoordelen hoe goed de inschrijvingen aan de gunningscriteria voldoen.
2. Een aanbestedende dienst controleert in geval van twijfel effectief de juistheid van de door de inschrijvers verstrekte informatie en bewijsmiddelen.

Artikel 2.114

1. De aanbestedende dienst gunt een overheidsopdracht op grond van de naar het oordeel van de aanbestedende dienst economisch meest voordelige inschrijving.
2. De economisch meest voordelige inschrijving wordt door de aanbestedende dienst vastgesteld op basis van de:
 - a. beste prijs-kwaliteitverhouding,
 - b. laagste kosten berekend op basis van kosteneffectiviteit, zoals de levenscycluskosten, bedoeld in artikel 2.115a, of
 - c. laagste prijs.
3. Bij de toepassing van het eerste lid geschiedt de gunning op grond van onderdeel a van het tweede lid.
4. Een aanbestedende dienst kan, in afwijking van het derde lid, gunnen op grond van onderdeel b of onderdeel c van het tweede lid. In dat geval motiveert de aanbestedende dienst de toepassing van dat criterium in de aanbestedingsstukken.
5. Het vaststellen van de economisch meest voordelige inschrijving uitsluitend op basis van het gunningscriterium, bedoeld in het tweede lid, onderdeel b of onderdeel c, is niet toegestaan ten aanzien van bij of krachtens algemene maatregel van bestuur aan te wijzen categorieën aanbestedende diensten en soorten opdrachten.
6. De voordracht voor een krachtens het vijfde lid vast te stellen algemene maatregel van bestuur wordt niet eerder gedaan dan vier weken nadat het ontwerp aan beide kamers der Staten-Generaal is overgelegd.

Artikel 2.115

1. De aanbestedende dienst die de economisch meest voordelige inschrijving vaststelt op basis van de beste prijs-kwaliteitverhouding, maakt in de aankondiging van de overheidsopdracht bekend welke nadere criteria hij stelt met het oog op de toepassing van dit criterium.
2. De in het eerste lid bedoelde nadere criteria houden verband met het voorwerp van de overheidsopdracht en kunnen onder meer betreffen:
 - a. kwaliteit, waaronder technische verdienste;
 - b. esthetische en functionele kenmerken;
 - c. toegankelijkheid;
 - d. geschiktheid van het ontwerp voor alle gebruikers;
 - e. sociale, milieu- en innovatieve kenmerken;
 - f. de handel en de voorwaarden waaronder deze plaatsvindt;
 - g. de organisatie, de kwalificatie en de ervaring van het personeel voor de uitvoering van de opdracht, wanneer de kwaliteit van dat personeel een aanzienlijke invloed kan hebben op het niveau van de uitvoering van de opdracht;
 - h. klantenservice en technische bijstand;
 - i. leveringsvoorwaarden, zoals leveringsdatum, leveringswijze, leveringsperiode of termijn voor voltooiing.
3. Nadere criteria als bedoeld in het eerste lid houden verband met het voorwerp van de overheidsopdracht wanneer zij betrekking hebben op de in het kader van die overheidsopdracht te verrichten werken, leveringen of diensten, in alle opzichten en in elk stadium van hun levenscyclus, met inbegrip van factoren die te maken hebben met:
 - a. het specifieke productieproces, het aanbieden of de verhandeling van deze werken, leveringen of diensten, of
 - b. een specifiek proces voor een andere fase van hun levenscyclus, zelfs wanneer deze factoren geen deel uitmaken van hun materiële basis.
4. De aanbestedende dienst specificiert in de aanbestedingsstukken het relatieve gewicht van elk van de door hem gekozen nadere criteria voor de bepaling van de economisch meest voordelige inschrijving op basis van de beste prijs-kwaliteitverhouding. Dit gewicht kan worden uitgedrukt door middel van een marge met een passend verschil tussen minimum en maximum.
5. Indien om objectieve redenen geen weging mogelijk is, vermeldt de aanbestedende dienst in de aanbestedingsstukken de nadere criteria in afnemende volgorde van belang.

Artikel 2.115a

1. Levenscycluskosten hebben betrekking op de volgende kosten gedurende de levenscyclus van een product, dienst of werk:
 - a. kosten gedragen door de aanbestedende dienst of andere gebruikers, zoals kosten in verband met de verwerving, gebruikskosten, onderhoudskosten en kosten volgend uit het einde van de levenscyclus;
 - b. kosten toegerekend aan externe milieueffecten, die verband houden met het product, de dienst of het werk gedurende de levenscyclus, mits hun geldwaarde kan worden bepaald en gecontroleerd.
2. Indien een aanbestedende dienst de kosten aan de hand van de levenscycluskosten raamt, vermeldt hij in de aanbestedingsstukken:
 - a. de door de inschrijvers te verstrekken gegevens, en
 - b. de methoden die de aanbestedende dienst zal gebruiken om de levenscycluskosten op basis van deze gegevens te bepalen.
3. De methode die wordt gebruikt voor de raming van de aan externe milieueffecten toegerekende kosten voldoet aan de volgende voorwaarden:
 - a. zij is gebaseerd op objectief controleerbare en niet-discriminerende criteria;
 - b. zij is toegankelijk voor alle betrokken partijen;
 - c. de vereiste gegevens kunnen met een redelijke inspanning worden verstrekt door normaal zorgvuldige ondernemers, met inbegrip van ondernemers uit derde landen die partij zijn bij de Overeenkomst inzake overheidsopdrachten (PbEG L 1994, 336) of andere internationale overeenkomsten waaraan de Europese Unie gebonden is.

4. Indien een gemeenschappelijke methode voor de berekening van de levenscycluskosten verplicht is op grond van een bindende EU-rechtshandeling, genoemd in bijlage XIII van richtlijn 2014/24/EU, wordt die gemeenschappelijke methode toegepast voor de raming van de levenscycluskosten.

2.3 De regeling van de gunningscriteria in het ARW 2016

In het ARW 2016 is het bepaalde in art. 2.6 van belang, dat gelijkkluidend is voor de Europese en de nationale aanbestedingen:

2.6 Gunningscriteria in de aankondiging

2.6.1 De aanbesteder gunt een opdracht op grond van de naar het oordeel van de aanbesteder economisch meest voordelige inschrijving. De aanbesteder vermeldt in de aankondiging dat hij de economisch meest voordelige inschrijving vaststelt op basis van de:

- a. beste prijs-kwaliteitverhouding,
- b. laagste kosten berekend op basis van kosteneffectiviteit, zoals de levenscycluskosten, of
- c. laagste prijs.

De aanbesteder kan bij de beste prijs-kwaliteitverhouding de kosten berekend op basis van kosteneffectiviteit, zoals de levenscycluskosten, betrekken.

2.6.2 Indien de aanbesteder het criterium 'beste prijs-kwaliteitverhouding' toepast, vermeldt de aanbesteder in de aankondiging welke nadere criteria hij stelt met het oog op de toepassing van dit criterium. Deze nadere criteria houden verband met en staan in redelijke verhouding tot het voorwerp van de opdracht en kunnen onder meer betreffen:

- a. kwaliteit, waaronder technische verdienste;
- b. esthetische en functionele kenmerken;
- c. toegankelijkheid;
- d. geschiktheid van het ontwerp voor alle gebruikers;
- e. sociale, milieu- en innovatieve kenmerken;
- f. de handel en de voorwaarden waaronder deze plaatsvindt;
- g. de organisatie, de kwalificatie en de ervaring van het personeel voor de uitvoering van de opdracht, wanneer de kwaliteit van dat personeel een aanzienlijke invloed kan hebben op het niveau van de uitvoering van de opdracht;
- h. klantenservice en technische bijstand.

2.6.3 Nadere criteria worden geacht verband te houden met het voorwerp van de opdracht wanneer zij betrekking hebben op de in het kader van die opdracht te verrichten werken, leveringen of diensten, in alle opzichten en elk stadium van hun levenscyclus, met inbegrip van factoren die te maken hebben met:

- a. het specifieke productieproces, het aanbieden of de verhandeling van deze werken, leveringen of diensten, of
- b. een specifiek proces voor een andere fase van hun levenscyclus, zelfs wanneer deze factoren geen deel uitmaken van hun materiële basis.

2.6.4 De aanbesteder specificeert in de aankondiging of in de voor inschrijving relevante aanbestedingsstukken het relatieve gewicht van elk van de door hem gekozen nadere criteria voor de bepaling van de beste prijs-kwaliteitverhouding. Dit gewicht kan worden uitgedrukt door middel van een marge met een passend verschil tussen minimum en maximum.

2.6.5 Indien volgens de aanbesteder om objectieve redenen geen weging mogelijk is, vermeldt de aanbesteder in de aankondiging of in de voor inschrijving relevante aanbestedingsstukken de nadere criteria in afnemende volgorde van belang.

2.6.6 Levenscycluskosten hebben betrekking op de volgende kosten gedurende de levenscyclus van een product, dienst of werk:

- a. kosten gedragen door de aanbesteder of andere gebruikers, zoals kosten in verband met de verwerving, gebruikskosten, onderhoudskosten en kosten volgend uit het einde van de levenscyclus;

- b. kosten toegerekend aan externe milieueffecten, die verband houden met het product, de dienst of het werk gedurende de levenscyclus, mits hun geldwaarde kan worden bepaald en gecontroleerd.

2.6.7 Indien de aanbesteder de kosten aan de hand van de levenscycluskosten raamt, vermeldt hij in de voor inschrijving relevante aanbestedingsstukken:

- a. de door de inschrijvers te verstrekken gegevens, en
- b. de methoden die de aanbesteder zal gebruiken om de levenscycluskosten op basis van deze gegevens te bepalen.

2.6.8 De methode die wordt gebruikt voor de raming van de aan externe milieueffecten toegerekende kosten voldoet aan de volgende voorwaarden:

- a. zij is gebaseerd op objectief controleerbare en niet-discriminerende criteria,
- b. zij is toegankelijk voor alle betrokken partijen, en
- c. de vereiste gegevens kunnen met een redelijke inspanning worden verstrekt.

2.6.9 Indien een gemeenschappelijke methode voor de berekening van de levenscycluskosten verplicht is op grond van een bindende EU-rechtshandeling, genoemd in bijlage XIII van richtlijn 2014/24/EU, wordt die gemeenschappelijke methode toegepast voor de raming van de levenscycluskosten.

2.6.10 De aanbesteder die de economisch meest voordelige inschrijving vaststelt op basis van de laagste kosten of de laagste prijs, motiveert de toepassing van dat criterium in de voor inschrijving relevante aanbestedingsstukken. Het toepassen van de economisch meest voordelige inschrijving op basis van de laagste kosten en de laagste prijs is niet toegestaan ten aanzien van bij of krachtens algemene maatregel van bestuur aan te wijzen categorieën aanbestedende diensten en soorten opdrachten.

2.6.11 Gunningscriteria waarborgen de mogelijkheid van daadwerkelijke mededinging en gaan vergezeld van specificaties aan de hand waarvan de door de inschrijvers verstrekte informatie daadwerkelijk kan worden getoetst om te beoordelen hoe goed de inschrijvingen aan de gunningscriteria voldoen.