

**JAAAN 2015/242 Rechtbank Gelderland (zittingsplaats Arnhem), 21-07-2015,  
C/05/282773/KG ZA 15-212, ECLI:NL:RBGEL:2015:5998Vrijwillige aanbesteding  
verkoop grond, Algemene beginselen aanbestedingsrecht, Transparantie  
beoordelingsmethodiek, Beoordelingswijze, Iedere beoordelaar verplicht tot geven  
van beoordeling, Deskundigheid beoordelaars, Herbeoordeling**

Publicatie	JAAAN 2015 afl. 8
------------	-------------------

### **Samenvatting**

Gemeente Arnhem verkoopt in februari 2015 het voormalige terrein van de Hogeschool voor de Kunsten Arnhem en heeft daartoe een verkoopdocument vastgesteld. De gemeente hanteert een vanaf-prijs. Tevens heeft zij vier ambities geformuleerd (Programma, Ruimte, Verkeer en Duurzaamheid). Per onderwerp kunnen 0, 2, 4 of 5 punten worden toegekend. Per ambitie wordt minimaal een 'voldoende' verlangd (2 punten). Onder meer WBC en Tya Horn schrijven in. De gemeente gunt de verkoop aan Tya Horn. WBC start een kort geding.

De voorzieningenrechter stelt voorop dat de gemeente niet verplicht was om het HKA-terrein via een Europese aanbestedingsprocedure te verkopen. Partijen zijn het er over eens dat de manier waarop de verkoop van het HKA-terrein is vormgegeven de gemeente verplicht om de fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht, waaronder het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel, in acht te nemen. Bij de beoordeling van het onderhavige geschil zal dan ook aan die beginselen worden getoetst.

WBC meent dat de gemeente de inschrijvingen niet heeft beoordeeld conform de regels die zijn opgenomen in het verkoopdocument en voert daartoe vier redenen aan.

### **De gemeente heeft niet per subcriterium 0, 2, 4 of 5 punten toegekend**

De beoordeling van de subcriteria Programma, Ruimte, Verkeer en Duurzaamheid is door zes beoordelaars uitgevoerd. Iedere beoordelaar heeft per subcriterium 0, 2, 4 of 5 punten toegekend. Vervolgens is als eindcijfer het gemiddelde van die zes individueel toegekende punten berekend en toegekend aan iedere inschrijver. Dit is naar het oordeel van de voorzieningenrechter niet in overeenstemming met de manier waarop volgens het verkoopdocument de beoordeling zou plaatsvinden. Het verkoopdocument laat zich niet anders lezen dan dat 0, 2, 4 of 5 punten per onderwerp zullen worden toegekend zodat de leden van de beoordelingscommissie consensus moeten bereiken over het per onderwerp toekennen van een cijfer, en dat vervolgens deze punten naar verhouding zullen worden omgerekend naar de score aan de hand van de op dat onderdeel te behalen maximale score. Indien beoogd was de cijfers op elk onderdeel door middeling van individuele cijfers tot stand te laten komen, had het op de weg van de gemeente gelegen om dat expliciet in het verkoopdocument op te nemen. Dat heeft zij evenwel niet gedaan. Voor de wijze waarop thans de punten zijn toegekend, te weten het nemen van het gemiddelde van zes door de beoordelaars toegekende punten, ontbreekt dan ook ieder aanknopingspunt. Dit betekent, mede in het licht van het feit dat het verkoopdocument niet verplicht tot het toekennen van afzonderlijke cijfers door iedere beoordelaar, dat de gemeente zich niet heeft gehouden aan de systematiek zoals in het verkoopdocument bekend is gemaakt, en daarmee in strijd heeft gehandeld met het transparantiebeginsel. Daarbij is het mogelijk dat het rekenen met gemiddelden tot een andere uitslag heeft geleid dan wanneer was gerekend met de vooraf in het verkoopdocument weergegeven puntenaantallen van 0, 2, 4 of 5, aldus de voorzieningenrechter.

### **De inschrijvingen zijn niet steeds beoordeeld door inhoudelijk deskundige beoordelaars**

De voorzieningenrechter overweegt dat uit het verkoopdocument niet kan worden afgeleid dat een beoordelaar ten aanzien van ieder onderwerp deskundig dient te zijn. Het verkoopdocument spreekt slechts van een beoordeling door 'inhoudelijk deskundigen'. De gemeente heeft, zo is ter zitting toegelicht, een commissie samengesteld van zes personen

waarin ten aanzien van ieder onderwerp de nodige deskundigheid aanwezig was. Binnen die commissie dienden de deskundigen met inachtneming van hun eigen deskundigheid tot een beoordeling te komen (en op basis van consensus 0, 2, 4 of 5 punten per onderwerp toe te kennen). Een andere opvatting dan deze zou de samenstelling van de beoordelingscommissie ook ten zeerste bemoeilijken. Onvoldoende aannemelijk is dan ook geworden dat op dit punt de gemeente in strijd met de in het verkoopdocument opgenomen bepalingen heeft gehandeld.

### **Het cijfer van ten minste één beoordelaar is ten aanzien van drie van de vier onderwerpen zonder beoordeling vastgesteld op 2 punten**

De voorzieningenrechter stelt vast dat onweersproken is dat ten minste één lid van de beoordelingscommissie zichzelf onvoldoende deskundig achtte om drie onderwerpen te beoordelen en daar een punt aan toe te kennen. Deze beoordelaar heeft zich onthouden van het geven van een punt. De gemeente heeft vervolgens besloten om de onderwerpen van de inschrijvingen waaraan die beoordelaar geen punten wilde toekennen te waarderen met 2 punten. Volgens haar was dat de meest acceptabele oplossing waarmee het gelijkheidsbeginsel zou worden gerespecteerd, omdat iedere inschrijver op deze wijze hetzelfde cijfer (een 2, en daarmee een voldoende, zoals minimaal was vereist) zou krijgen.

De voorzieningenrechter herinnert eraan dat in het verkoopdocument niet is bepaald dat ieder lid van de beoordelingscommissie individueel een cijfer diende toe te kennen aan elk onderwerp. Afgezien daarvan is het toekennen van 2 punten niet de goede oplossing in een dergelijk geval, omdat anders dan de gemeente stelt wel sprake kan zijn van bevoor- of benadeling van een inschrijver. Indien de betreffende beoordelaar wel zelf cijfers had gegeven, hadden deze hoger (4 of 5 punten) of lager (0 punten) dan het thans toegekende puntenaantal van 2 kunnen zijn. Ten aanzien van dit punt is de voorzieningenrechter van oordeel dat de wijze van beoordelen, althans het toekennen van de hiervoor weergegeven puntenaantallen, dan ook in strijd is met het transparantie- en/of gelijkheidsbeginsel.

### **Eén beoordelaar was op de hoogte van het bod van de inschrijvers**

De voorzieningenrechter acht het onvoldoende aannemelijk dat de gemeente zich ten aanzien van dit punt niet heeft gehouden aan hetgeen is bepaald in het verkoopdocument.

### **Conclusie**

De voorzieningenrechter komt tot de conclusie dat de door de gemeente uitgevoerde beoordeling van de inschrijvingen op twee van de vier door WBC aangedragen punten niet in overeenstemming is met hetgeen in het verkoopdocument is vermeld. Niet ondenkbaar is dat, indien de gemeente de beoordeling wel op de in het verkoopdocument beschreven wijze had uitgevoerd, deze tot een andere uitslag zou hebben geleid. De gemeente dient een herbeoordeling uit te voeren door een nieuw door de gemeente samen te stellen commissie van deskundigen, met inachtneming van hetgeen in het verkoopdocument en in dit vonnis is overwogen.

### **Uitspraak**

#### **1 De procedure**

##### 1.1.

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding
- de incidentele conclusie tot primair tussenkomst en subsidiair voeging van Tya Horn aan de zijde van de gemeente
- de mondelinge behandeling

- de pleitnota van WBC
- de wijziging/aanvulling van eis van WBC
- de pleitnota van de gemeente
- de pleitnota van Tya Horn.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

1.3. WBC heeft ter zitting ten aanzien van haar vordering onder 3. een wijziging/aanvulling van eis ingediend, welke is opgenomen in haar pleitnota. De gemeente en Tya Horn hebben hier bezwaar tegen gemaakt en daartoe aangevoerd dat zij zich hierop niet hebben kunnen voorbereiden. De voorzieningenrechter verwerpt dit bezwaar en staat de wijziging/aanvulling van eis toe. Het Procesreglement kort gedingen civiel familie bepaalt in artikel 11.1 dat een partij die een eis wenst te veranderen of vermeederen de inhoud daarvan zo spoedig mogelijk en bij voorkeur vóór de terechtzitting schriftelijk meedeelt aan de wederpartij, aan de eventuele overige partijen en de voorzieningenrechter. Tevens is vermeld dat de eisverandering of -vermeerdering op schrift wordt gesteld en ter zitting wordt ingediend. Hieruit volgt dus dat het ook mogelijk is om ter zitting een eis te wijzigen/aan te vullen, mits dat schriftelijk gebeurt. Nu WBC haar gewijzigde/aangevulde eis in haar pleitnota heeft opgenomen, deze slechts een nadere uitwerking van de reeds onder 3. ingediende vordering betreft en de zitting bovendien nog geschorst is geweest, hebben de gemeente en Tya Horn voldoende gelegenheid gehad om hierop alsnog te kunnen reageren, hetgeen zij ook overigens hebben gedaan. De wijziging/aanvulling van eis wordt dan ook toegestaan.

## 2 De feiten

2.1. De gemeente is voornemens om het voormalige terrein van de Hogeschool voor de Kunsten Arnhem (hierna: het HKA-terrein) (waaronder de voormalige Annaschool en het voormalige HKA-gebouw inclusief het centraal gelegen schoolplein) in de Arnhemse wijk Sint Marten te verkopen en heeft daartoe het Verkoopdocument HKA-terrein en woningen Hommelseweg gemeente Arnhem gedateerd 5 februari 2015 vastgesteld. In de zomer van 2014 heeft de gemeente eerder een procedure tot verkoop gestart, maar die heeft niet geleid tot verkoop van het terrein omdat geen enkele inschrijver destijds voldeed aan alle randvoorwaarden. Om die reden is de verkoopprocedure opnieuw opgestart. In het Verkoopdocument is onder meer het volgende opgenomen:

### 5 Visie Uitsluitingscriteria en Ambities

(...)

#### 5.2 Uitsluitingscriteria

(...)

Toelichting Vanafprijs:

Voor het gebied geldt dat de gemeente een minimale financiële opbrengst verlangt. Dat leidt er toe dat de gemeente voor een vanaf-prijs hanteert. Biedt de bieder op een bedrag dat lager ligt dan de door de gemeente gewenste minimale opbrengst, leidt dit tot uitsluiting van de verkoopprocedure. De hoogte van de minimale opbrengst is € 785.000,--.

#### 5.3 Ambities

Op vier aspecten, te weten Programma, Ruimte, Verkeer en Duurzaamheid, heeft de gemeente, op basis van haar visie, ambities geformuleerd. Bieder kan met het stedenbouwkundig concept punten scoren. Daarbij is de mate waarin het plan tegemoet komt aan de gemeentelijke ambities, de realiteitswaarde van het plan en de integrale samenhang ervan van invloed op het aantal te verkrijgen punten. In bijlage 3 zijn de hieronder genoemde ambities opgenomen en aangevuld met aandachtspunten voor de beoordeling door de beoordelingscommissie. Deze aandachtspunten geven een indruk van waar op gelet wordt, maar zijn niet bedoeld om limitatief te zijn.

(...)

## 6 Beoordeling

## 6.1 HKA-terrein

Voor het deelgebied HKA-terrein worden alleen de plannen beoordeeld die aan de harde voorwaarden (par. 5.2) voldoen.

### 6.1.1 Kwaliteit

De mate waarin het plan tegemoet komt aan de gemeentelijke ambities, de realiteitswaarde van het plan en de integrale samenhang ervan zijn van invloed op het aantal te verkrijgen punten. Voor de gestelde ambities kunnen de volgende maximale scores verkregen worden:

1. Programma 25
2. Ruimtelijke kwaliteit 25
3. Verkeerskundig 15
4. Duurzaamheid, groen, water en milieu 20

Maximale score 85

De puntentoekenning per onderwerp is als volgt:

- o 0 punten: onvoldoende, of
- o 2 punten: voldoende, of
- o 4 punten, goed, of
- o 5 punten: uitmuntend

De toegekende punten (max. 5) worden naar verhouding omgerekend naar de score aan de hand van de op dat onderdeel te behalen maximale score.

Voorbeeld: als een inschrijver op het onderdeel 'Programma' 4 punten krijgt, dan wordt de score op dit onderdeel als volgt bepaald:  $(4/5) \times 25 = 20$ .

Van de plannen wordt per ambitie minimaal een 'voldoende' verlangd (2 punten). In totaal worden zo gesommeerd minimaal 50 punten verlangd.

### 6.1.2. Prijs

Op het aspect Prijs worden maximaal 25 punten verdeeld. De 25 punten worden gegeven aan de partij met het hoogste bod en in aflopende prijsvolgorde worden de punten naar percentage ten opzichte van het hoogste bod verdeeld. De formule daarvoor is:

$(Bx-P)/(HB-P) \cdot 100\% = \dots\%$  van 25 punten (in 2 decimalen)

Bx is daarin het bod van bidder. HB is het hoogste bod, en P is de vanaf-prijs.

### 6.1.3 Presentatie

De Bieders worden in de gelegenheid gesteld om het Bod toe te lichten in een presentatie. De presentaties zullen plaatsvinden zoals vermeld in par. 3.5. De exacte tijden zullen later gecommuniceerd worden. Het Bod zal eerst aan de hand van de schriftelijke indiening beoordeeld worden door inhoudelijk deskundigen bij wie de prijs niet bekend is. Na de presentatie wordt de puntentoekenning op de beoordelingscriteria definitief gemaakt en gecombineerd met het aspect prijs. Verkocht wordt aan de Bieder met het hoogst aantal behaalde punten.

2.2. De gemeente heeft tweemaal nota's van inlichtingen gepubliceerd. De eerste en tweede nota van inlichtingen gedateerd 4 februari 2015 (deze nota's zijn afkomstig van de eerdere verkoopprocedure) en nog een nota van

inlichtingen van 16 maart 2015. In de twee nota's van inlichtingen van 4 februari 2015 is het onder andere volgende opgenomen:

nr	deelgebied	document	pagina nummer	vraag	antwoord
115	1	algemeen		Hoe wordt verzekerd dat de beoordeling op kwaliteit niet beïnvloed wordt door het ingediende bod? Wordt het bod pas ingezien door de gunningscommissie nadat de beoordeling op kwaliteit heeft plaatsgevonden?	De beoordelingscommissie is niet op de hoogte van de biedingen, behoudens de projectleider. Vóór het gunningsadvies van de commissie zijn overige leden niet over de hoogte van de biedingen geïnformeerd.

2.3. Onder meer WBC en Tya Horn hebben tijdig ingeschreven op de Verkoopprocedure.

2.4. Bij e-mailbericht van 8 april 2015 heeft mevrouw S. [betrokkene 1], projectmanager bij de gemeente, de heer J. [betrokkene 2] van WBC, onder meer als volgt bericht:

De beoordeling heeft plaatsgevonden door een beoordelingscommissie, die u tijdens de presentatie heeft ontmoet.

De commissie heeft uw aanbieding beoordeeld met een totaalscore van 79,2 punten, daarvan waren 62,7 punten voor het criterium kwaliteit en 16,5 punten voor het criterium prijs. Uw aanbieding heeft niet het hoogst aantal punten behaald, hierdoor wordt de verkoop niet aan u gegund.

<b>Beoordelingscommissie kwaliteit:</b>		<b>gemiddeld</b>	<b>Score</b>
<b>Ambitie</b>	<b>Max score</b>		
1 Programma	25	3,67	18,33
2 Ruimtelijke kwaliteit	25	3,67	18,33
3 Verkeerskundige Kwaliteit	15	4,00	12,00
4 Groen, Energie, Duurzaamheid, Klimaat & Water	20	3,5	14,00
<b>Totaalscore:</b>	<b>85</b>		<b>62,67</b>

Voor het aspect prijs heeft u 16,5 punten behaald van de 25 punten.

De hoogst scorende onderneming is [betrokkene 4] / Tya Horn BV met een totaal score van 83,2 punten.

2.5. WBC heeft hierop bij e-mailbericht van 9 april 2015 en bij brief van 13 april 2015 gereageerd en de gemeente verzocht om een nadere motivering.

2.6. Bij brief van 16 april 2015 heeft de gemeente WBC schriftelijk op de hoogte gesteld van haar totaalscore en de subscores, waarbij de gemeente tevens op hoofdlijnen een inhoudelijke beoordeling heeft gegeven van de vier gestelde ambities.

2.7. Op 21 april 2015 heeft een toelichtend gesprek plaatsgevonden tussen de gemeente (namens wie aanwezig waren mevrouw S. [betrokkene 1] en de heer T. [betrokkene 3] ) en WBC (namens wie aanwezig waren de heer J. [betrokkene 2] , de heer [betrokkene 5] en de heer J. [betrokkene 6] ). [betrokkene 1] heeft tijdens dat gesprek toegelicht dat WBC als tweede is geëindigd en dat de brief van 16 april 2015 als een voornemen tot verkoop aan Tya Horn gelezen moet worden.

Tevens heeft [betrokkene 1] desgevraagd toegelicht dat de breukgetallen in de beoordeling zijn voortgekomen uit individuele beoordelingen van individuele beoordelaars met hele getallen (0, 2, 4 of 5 punten), waaruit een gemiddeld cijfer is berekend (met decimalen achter de komma). Daarnaast heeft [betrokkene 1] toegelicht dat de door de zes beoordelaars individueel gegeven cijfers zover uit elkaar lagen, omdat een beoordelaar (WBC stelt dat [betrokkene 1] over twee beoordelaars heeft gesproken) op onderdelen niet wenste mee te beoordelen nu hij zich voor die onderdelen onvoldoende deskundig achtte, waarna de beoordeling van die beoordelaar op het cijfer 2 is gezet.

2.8. WBC heeft de gemeente bij e-mailbericht van 24 april 2015 verzocht om een deugdelijke motivering te verstrekken waardoor de verschillen tussen de inschrijvingen van WBC en Tya Horn per subcriterium inzichtelijk zouden worden. De gemeente heeft hierop bij brief van 30 april 2015 afwijzend gereageerd.

2.9. Bij brief van 5 mei 2015 heeft de advocaat van WBC aan de gemeente verzocht om vrijwillig tot een met waarborgen omklede herbeoordeling van de inschrijvingen over te gaan.

2.10. De gemeente heeft bij brief van 8 mei 2015 aan de advocaat van WBC bericht dat zij zich nog intern beraadde, waarna zij WBC bij brief van 5 juni 2015 heeft medegedeeld dat de gemeente niet tot herbeoordeling zou overgaan. De gemeente heeft onder meer toegelicht:

Met het hanteren van een methodiek waarbij de door de individuele leden van de commissie per subcriterium gegeven score resulteerde in een gemiddelde score per subcriterium, is de gemeente (...) niet buiten de in het Verkoopdocument bekendgemaakte spelregels getreden. In het verkoopdocument staat immers niet vermeld hoe de beoordelingscommissie tot de scores op de kwaliteitscriteria zou komen, maar enkel welke maximale scores verkregen konden worden, hoe de puntentoekenning per onderwerp zou zijn en dat de beoordeling werd uitgevoerd door een beoordelingscommissie. De gehanteerde methodiek die resulteert in een gemiddelde score per subcriterium, past hier binnen. (...)

(...) Wel is het zo dat één beoordelaar zichzelf maar op één criterium (3, verkeerskundig) deskundig achtte, en zich ten aanzien van de overige subcriteria onvoldoende deskundig achtte om cijfers te kunnen geven. Op de overige subcriteria (1, 2 en 4) is toen door de gemeente inderdaad aan alle biedingen voor deze beoordelaar een score van 2 toegekend. Dit, vanwege de in paragraaf 6.1.1. van het Verkoopdocument opgenomen spelregel dat van de plannen per ambitie/subcriterium minimaal een voldoende (2 punten) wordt verlangd. Vervolgens zijn de gemiddelde scores per subcriterium berekend door de cijfers van de overige vijf beoordelaars op te tellen bij de cijfers van deze zesde beoordelaar en deze vervolgens te delen door 6. In de dagvaarding geeft u aan dat uw cliënte door deze gang van zaken is benadeeld, omdat het gemiddelde cijfer van uw cliënt hierdoor verder naar beneden wordt gehaald dan dat van de voorlopige winnaar, omdat uw cliënt een hogere kwaliteitsscore heeft.

Om na te kunnen gaan of deze stellingname juist is, heeft de gemeente een tweetal schaduwberekeningen uitgevoerd. In de eerste berekening (...) zijn ten aanzien van alle biedingen de scores van de zesde beoordelaar geheel weggelaten en de gemiddelde scores ten aanzien van alle vier de subcriteria dus enkel berekend op basis van de door de andere vijf beoordelaars daadwerkelijk gegeven cijfers. In de tweede berekening (...) zijn de door de zesde beoordelaar daadwerkelijk gegeven cijfers op subcriterium 3 wel meegenomen in de berekening van de totale kwaliteitsscores, maar zijn de gemiddelde scores op de overige drie subcriteria enkel berekend op basis van de door de andere vijf beoordelaars gegeven cijfers. Zoals u in de onderstaande tabellen kunt zien, eindigt de bieding van uw cliënte in beide berekeningen nog altijd op de tweede plaats en blijft [betrokkene 4] /Tya Horn de winnaar. De stelling dat uw cliënte is benadeeld door deze gang van zaken, is dan ook onjuist. (...)

2.11. WBC heeft de gemeente bij brief van 11 juni 2015 een verslag van het op 21 april 2015 gevoerde gesprek doen toekomen en gevraagd om een reactie hierop, waarbij met name aandacht is gevraagd voor het aantal beoordelaars dat

ondeskundig zou zijn.

2.12. Bij brief van 15 juni 2015 aan de gemeente heeft WBC gereageerd op de brief van 5 juni 2015 en nogmaals verzocht om een herbeoordeling van de inschrijvingen en toezending van de scores per subcriterium van alle inschrijvers en alle individuele scores van de beoordelaars.

2.13. De gemeente heeft hierop bij (ongedateerde) brief gereageerd en zich op het standpunt gesteld dat zij geen nadere informatie hoeft te verstrekken over de scores, omdat is voldaan aan het motiveringsbeginsel. Daarnaast bevat het gespreksverslag volgens de gemeente een aantal onjuistheden en is het incompleet. Ten aanzien van het aantal beoordelaars dat onvoldoende deskundig zou zijn om op een aantal subcriteria een beoordeling te geven, stelt de gemeente dat [betrokkene 1] geen exact aantal heeft genoemd en dat het slechts één beoordelaar (beoordelaar BC6) betreft.

2.14. Bij brief van 29 juni 2015 heeft WBC de gemeente bericht dat zij een geluidsopname heeft gemaakt van de bespreking van 21 april 2015 (welke opname naar de advocaat van de gemeente is gestuurd), waarop zij een reactie verzoekt. WBC heeft de gemeente nogmaals verzocht om de subscores per subcriterium en alle individueel gegeven scores te verstrekken.

2.15. De gemeente heeft bij brief van 1 juli 2015 aan WBC te kennen gegeven dat zij haar standpunt handhaaft dat uit het toelichtingsgesprek volgt dat slechts één beoordelaar zich heeft onthouden van puntentoekenning op andere vakgebieden en dat zij aan haar motiveringsverplichting heeft voldaan.

### 3 Het geschil

in de hoofdzaak

3.1. WBC vordert – na een wijziging/aanvulling van eis – dat de voorzieningenrechter

1. de gemeente verbiedt een gunningsvoornemen te uiten jegens [betrokkene 4] /Tya Horn of een andere partij,

2. de gemeente verbiedt de verkoop te gunnen aan [betrokkene 4] /Tya Horn of een andere partij,

3. de gemeente gebiedt de inschrijvingen opnieuw te laten beoordelen door een nieuw samen te stellen beoordelingscommissie bestaande uit beoordelaars,

(i) die niet bij de eerdere beoordelingen ter zake de verkoopprocedures HKA-terrein betrokken zijn geweest,

(ii) die op het te beoordelen subcriterium inhoudelijk deskundig zijn waarbij op elk subcriterium sprake zal zijn van ten minste twee inhoudelijk deskundige beoordelaars,

(iii) die volkomen onafhankelijk zijn van de gemeente en de andere inschrijvers wier inschrijving opnieuw wordt beoordeeld,

(iv) die aantoonbaar een opdracht krijgen van de gemeente om naar eer en geweten een volstrekt onafhankelijke en objectieve beoordeling uit te voeren, waarbij zij zich op geen enkele wijze zullen laten sturen door de gemeente of derden (behoudens de andere aangewezen beoordelaar op dat subcriterium),

en waarbij de beoordeling wordt uitgevoerd onder supervisie van een procesbegeleider die erop toeziet dat de beoordeling conform de systematiek uit het verkoopdocument verloopt, welke procesbegeleider een aanbestedingsadvocaat zou dienen te zijn die onafhankelijk is van de gemeente en van de inschrijvers wiens inschrijving opnieuw zal worden beoordeeld (en dus geen werkzaamheden voor de gemeente of die inschrijver(s) verricht of de afgelopen vijf jaren heeft verricht) en die ten minste tien jaar relevante aanbestedingsrechtelijke ervaring heeft, welke herbeoordeling ook uitgevoerd dient te worden conform de aanwijzingen in het door de voorzieningenrechter te wijzen vonnis,

4. voor zover uit de herbeoordeling blijkt dat WBC de economisch meest voordelige inschrijving, althans de hoogst scorende inschrijving heeft ingediend de gemeente verbiedt de verkoop te gunnen aan een ander dan WBC,

5. voor zover de gemeente na herbeoordeling voornemens is de verkoop te gunnen aan een ander dan WBC, de

gemeente verbiedt daartoe over te gaan voordat zij haar gunningsvoornemen voldoende jegens WBC heeft gemotiveerd en WBC een termijn heeft gesteld van twintig dagen om tegen dat voornemen een kort geding aanhangig te maken en WBC die termijn ongebruikt heeft laten verstrijken,

6. althans de gemeente gelast zodanige maatregelen te treffen die de voorzieningenrechter noodzakelijk c.q. geschikt acht,

alles op straffe van een onmiddellijk opeisbare dwangsom van € 500.000,00 ineens aan WBC, mocht de gemeente niet aan het vonnis voldoen, althans een door de voorzieningenrechter in goede justitie te bepalen dwangsom,

alles met veroordeling van de gemeente in de kosten van deze procedure, een tegemoetkoming in de door WBC gemaakte kosten van juridische bijstand daaronder begrepen, alsmede in de nakosten ad € 133,00 zonder betekening van dit vonnis en ad

€ 199,00 in geval van betekening van dit vonnis, met bepaling dat alle genoemde kosten binnen twee weken na dit vonnis aan WBC dienen te zijn voldaan, bij gebreke waarvan de gemeente zonder nadere aankondiging over die kosten de wettelijke rente verschuldigd is.

3.2.

WBC legt kort gezegd aan haar vorderingen ten grondslag dat de gemeente de inschrijvingen niet conform de regels die zijn opgenomen in het Verkoopdocument heeft beoordeeld, waardoor de gemeente handelt in strijd met de beginselen van het aanbestedingsrecht (waaronder het transparantiebeginsel), de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de in de precontractuele fase geldende maatstaven van redelijkheid en billijkheid.

3.3. De gemeente voert verweer.

in het incident

3.4. Tya Horn vordert (onder I.) primair dat zij als tussenkomende partij en (onder II.) subsidiair als voegende partij aan de zijde van de gemeente wordt toegelaten. Als tussenkomende partij vordert Tya Horn dat de voorzieningenrechter

1. WBC niet-ontvankelijk verklaart, althans haar vorderingen afwijst,

2. de gemeente gebiedt de verkoop te gunnen aan [betrokkene 4] /Tya Horn,

3. WBC veroordeelt te gehengen en gedogen dat de verkoop door de gemeente wordt gegund aan [betrokkene 4] /Tya Horn,

met veroordeling van WBC, althans de gemeente, in de kosten van deze procedure, waaronder begrepen een redelijke tegemoetkoming in de kosten van rechtsbijstand voor [betrokkene 4] /Tya Horn, te vermeerderen met de nakosten indien WBC de proceskosten niet binnen veertien dagen na dagtekening van dit vonnis zal hebben voldaan.

3.5. Tya Horn voert daartoe aan dat de door WBC gestelde schendingen van de in het Verkoopdocument opgenomen procedureregels niet existent, althans niet dusdanig ernstig zijn dat deze herbeoordeling van de inschrijvingen zouden vergen. Er is immers niet afgeweken van de schaal waarbinnen het cijfer zou worden toegekend. Bovendien schrijft het Verkoopdocument niet voor hoe de door de deskundigen gegeven cijfers zouden worden meegewogen. Een middeling van de cijfers is niet in strijd met het Verkoopdocument. Voor zover WBC vragen had over de wijze van beoordeling door de deskundigen, berekening van de score en de toekenning van punten had zij die eerder moeten stellen. Daarmee is zij nu te laat. Het geven van 2 punten door één (ondeskundige) beoordelaar aan iedere inschrijver op de overige drie ambities/kwaliteitscriteria maakt dat het gelijkheidsbeginsel niet is geschonden, althans dat is door WBC onvoldoende aannemelijk gemaakt. Indien de beoordelaar op het subonderdeel ruimtelijke kwaliteit (het enig onderdeel waarop WBC beter heeft gescoord dan Tya Horn) WBC 5 punten zou hebben gegeven en Tya Horn slechts 2 punten dan nog heeft Tya Horn in totaal meer punten behaald. Tya Horn concludeert dan ook tot niet-ontvankelijkheid van WBC, althans tot afwijzing van haar vorderingen.

in de hoofdzaak en in het incident

3.6. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.



## 4 De beoordeling

in het incident tot tussenkomst, althans voeging van Tya Horn

4.1. De advocaat van WBC heeft ter zitting opheldering gevraagd over de door de gemeente in de correspondentie gebruikte naam [betrokkene 4] /Tya Horn B.V. en de naam PZD Vastgoed B.V. die in een krantenartikel wordt vermeld als koper van het HKA-terrein, waarna door Tya Horn onweersproken is toegelicht dat zij de inschrijver is, dat de (door de gemeente) gebezigde naam een samenstelling is van Tya Horn en haar bestuurder de heer [betrokkene 4] en dat PZD Vastgoed een werkmaatschappij is van Tya Horn. WBC en de gemeente hebben vervolgens geen verweer gevoerd tegen de tussenkomst van Tya Horn. Tya Horn heeft een rechtstreeks en in rechte te erkennen belang om als tussenkomende partij in het geding te komen, omdat Tya Horn de inschrijver is aan wie de aanbestedende dienst voornemens is de opdracht te gunnen. Daarom zal Tya Horn worden toegelaten als tussenkomende partij. WBC en de gemeente zullen in de kosten van het incident worden veroordeeld, welke kosten worden begroot op nihil.

in de hoofdzaak

4.2. Het spoedeisend belang vloeit voort uit de stellingen van WBC.

4.3. Vooropgesteld wordt dat de gemeente niet verplicht was/is om het HKA-terrein via een Europese aanbestedingsprocedure te verkopen. Partijen zijn het er over eens dat de manier waarop de verkoop van het HKA-terrein is vormgegeven de gemeente verplicht om de fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht, waaronder het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel, in acht te nemen. Bij de beoordeling van het onderhavige geschil zal dan ook aan die beginselen worden getoetst.

4.4. De gemeente heeft ter zitting niet langer betwist dat haar brief van 16 april 2015 dient te worden beschouwd als mededeling van het voornemen tot verkoop van het HKA-terrein aan Tya Horn. WBC heeft de gemeente op 1 mei 2015 gedagvaard, hetgeen dan ook binnen de in punt 15. van paragraaf 3.2. van het Verkoopdocument gestelde termijn van twintig dagen, en daarmee tijdig, is.

4.5. WBC legt aan haar vorderingen ten grondslag dat de gemeente de inschrijvingen niet conform de regels die zijn opgenomen in het Verkoopdocument heeft beoordeeld. Daartoe voert zij vier redenen aan, te weten dat de gemeente niet per subcriterium 0, 2, 4 of 5 punten heeft toegekend, dat de inschrijvingen niet steeds zijn beoordeeld door inhoudelijk deskundige beoordelaars, dat het cijfer van ten minste één beoordelaar – die zich heeft onthouden van puntentoekening op andere vakgebieden dan zijn eigen vakgebied – ten aanzien van drie van de vier onderwerpen zonder beoordeling is vastgesteld op 2 punten

en tot slot dat één beoordelaar op de hoogte was van het bod van de inschrijvers. Deze punten zullen hierna nader worden besproken.

4.6. Allereerst de klacht van WBC dat de beoordelaars van de gemeente niet per subcriterium 0, 2, 4 of 5 punten hebben toegekend. Gebleken is dat de beoordeling van de subcriteria Programma, Ruimtelijke kwaliteit, Verkeerskundig en Duurzaamheid, groen, water en milieu door zes beoordelaars is uitgevoerd. De gemeente heeft de beoordeling zo vormgegeven dat iedere beoordelaar per subcriterium 0, 2, 4 of 5 punten diende toe te kennen. Vervolgens is als eindcijfer het gemiddelde van die zes individueel toegekende punten berekend en toegekend aan iedere inschrijver. Dit is niet in overeenstemming met de manier waarop de beoordeling zou plaatsvinden volgens het bepaalde in paragraaf 6.1.1 van het Verkoopdocument. Het Verkoopdocument laat zich niet anders lezen dan dat 0, 2, 4 of 5 punten per onderwerp zouden worden toegekend en dat vervolgens deze punten naar verhouding zouden worden omgerekend naar de score aan de hand van de op dat onderdeel te behalen maximale score. Als voorbeeld is weergegeven dat als een inschrijver op het onderdeel Programma 4 punten krijgt, de score als volgt wordt bepaald:  $(4/5) \times 25 = 20$  punten. Dit alles laat geen ruimte voor de gedachte dat er ook een ander aantal punten (al dan niet in de vorm van breukgetallen) kan worden toegekend. Immers het toekennen van 0, 2, 4 of 5 punten per onderwerp is expliciet opgenomen in het Verkoopdocument, zodat de gemeente zich hieraan dient te houden en niet in afwijking hiervan een andere wijze van puntentoekening dient te hanteren. Indien beoogd was de cijfers op elk onderdeel door middel van middeling van individuele cijfers tot stand te laten komen, had het op de weg van de gemeente gelegen om dat expliciet in het Verkoopdocument op te nemen. Dat heeft zij evenwel niet gedaan. Voor de wijze waarop thans de punten zijn toegekend, te weten het nemen van het gemiddelde van zes door de beoordelaars toegekende punten, ontbreekt dan ook ieder aanknopingspunt.

4.7. Uit het Verkoopdocument volgt dat per onderwerp één cijfer (0, 2, 4 of 5) zou worden toegekend, zodat de leden van de beoordelingscommissie consensus hadden moeten bereiken over het per onderwerp toekennen van een cijfer, waarna aan de hand daarvan de scores voor de inschrijvers volgens de in het Verkoopdocument als voorbeeld weergegeven berekening hadden kunnen worden bepaald. Daarnaast is nog van belang dat het Verkoopdocument niet verplicht tot het toekennen van afzonderlijke cijfers door iedere beoordelaar. Dit betekent dat de gemeente zich dus niet heeft gehouden aan de systematiek zoals in het Verkoopdocument bekend is gemaakt. Door bij de beoordeling een andere systematiek toe te passen dan vooraf bekend was gemaakt, heeft de gemeente in strijd met het transparantiebeginsel gehandeld. Daarbij is het mogelijk dat het rekenen met gemiddelden tot een andere uitslag heeft geleid dan wanneer was gerekend met de vooraf in het Verkoopdocument weergegeven puntenaantallen van 0, 2, 4 of 5.

4.8. WBC heeft voorts aangevoerd dat het beoordelen van de onderwerpen niet steeds heeft plaatsgevonden door inhoudelijk deskundige beoordelaars. De voorzieningenrechter overweegt te dien aanzien dat in paragraaf 6.1.3. van het Verkoopdocument is bepaald dat het bod eerst aan de hand van de schriftelijke indiening wordt beoordeeld door inhoudelijk deskundigen bij wie de prijs niet bekend is. Hieruit kan niet worden afgeleid dat een beoordelaar ten aanzien van ieder onderwerp deskundig dient te zijn. De gemeente heeft, zo is ter zitting toegelicht, een commissie samengesteld van zes personen waarin ten aanzien van ieder onderwerp de nodige deskundigheid aanwezig was. Binnen die commissie dienden de deskundigen met inachtneming van hun eigen deskundigheid tot een beoordeling te komen (en zoals hiervoor reeds onder 4.7. is overwogen op basis van consensus 0, 2, 4 of 5 punten per onderwerp toe te kennen). Het verkoopdocument biedt geen aanknopingspunten om aan te nemen dat elk lid van de beoordelingscommissie individueel deskundig diende/dient te zijn ten aanzien van ieder onderwerp. Een andere opvatting zou de samenstelling van de beoordelingscommissie ook ten zeerste bemoeilijken. Onvoldoende aannemelijk is dan ook geworden dat op dit punt de gemeente in strijd met de in het Verkoopdocument opgenomen bepalingen heeft gehandeld.

4.9. Als derde reden waarom de gemeente de beoordeling niet conform de regels zoals opgenomen in het Verkoopdocument zou hebben uitgevoerd, heeft WBC aangevoerd dat de verhouding prijs-kwaliteit niet is toegepast doordat de gemeente de score van twee, althans één, inhoudelijk niet deskundige beoordelaar(s), die weigerde(n) een onderwerp ten aanzien waarvan zij zichzelf onvoldoende deskundig achtte(n) te beoordelen, heeft bepaald op 2 punten. Vastgesteld kan worden dat de gemeente er voor heeft gekozen om ieder lid van de beoordelingscommissie individueel een cijfer per onderwerp te laten geven en dat onweersproken is dat tenminste één lid zichzelf onvoldoende deskundig achtte om de drie andere onderwerpen dan Verkeer te beoordelen en daar een punt aan toe te kennen. Deze beoordelaar heeft zich onthouden van het geven van een punt. De gemeente heeft vervolgens besloten om de onderwerpen van de inschrijvingen waaraan die beoordelaar geen punten wilde toekennen te waarderen met 2 punten. Volgens de gemeente was dat in de gegeven omstandigheden de meest acceptabele oplossing waarmee het gelijkheidsbeginsel zou worden gerespecteerd omdat iedere inschrijver op deze wijze hetzelfde cijfer (een 2, en daarmee een voldoende, zoals minimaal was vereist) zou krijgen.

4.10. In de eerste plaats dient er aan herinnerd te worden dat in het Verkoopdocument niet is bepaald dat ieder lid van de beoordelingscommissie individueel een cijfer diende toe te kennen aan elk onderwerp. Afgezien daarvan is het toekennen van 2 punten niet de goede oplossing in een dergelijk geval, omdat anders dan de gemeente stelt wel sprake kan zijn van bevoor- of benadeling van een inschrijver. De stelling van de gemeente miskent dat indien de betreffende beoordelaar wel zelf cijfers had gegeven, deze hoger (4 of 5 punten) of lager (0 punten) dan het thans toegekende puntenaantal van 2 hadden kunnen zijn. Door dit niet te doen (en iedere inschrijver 2 punten toe te kennen), bestaat de mogelijkheid van benadeling dan wel bevoordeling. Deze door de gemeente zelf bedachte systematiek van puntentoekenning doet dan ook geen recht aan de gehanteerde manier van beoordelen, nu de toegekende punten (steeds 2) wel meetellen voor het gemiddelde aantal punten.

De kans bestaat dat de uitslag anders zou zijn geweest indien het lid wel zelf punten had toegekend. De door de gemeente gepresenteerde schaduwberekeningen houden daar ten onrechte geen rekening mee. Deze zien immers slechts op de situatie dat bij alle inschrijvers de scores van de zesde beoordelaar geheel zijn weggelaten en op de situatie dat de door de zesde beoordelaar daadwerkelijk gegeven cijfers op het onderwerp dat tot zijn deskundigheid behoort wel zijn meegenomen, maar de scores ten aanzien van de andere onderwerpen niet. Ook in de door Tya Horn gemaakte schaduwberekeningen is onvoldoende rekening gehouden met de mogelijkheid dat de cijfers per onderwerp hoger (4 of 5 punten) of lager (0 punten) dan het thans toegekende puntenaantal van 2 hadden kunnen zijn. Ten aanzien van dit punt is de wijze van beoordelen, althans het toekennen van de hiervoor weergegeven puntenaantallen dan ook in strijd met het transparantie- en/of gelijkheidsbeginsel.

4.11. Tot slot heeft WBC betoogd dat mevrouw [betrokkene 1], projectmanager bij de gemeente én lid van de beoordelingscommissie, volledig op de hoogte was van de biedingen van de inschrijvers, hetgeen in strijd zou zijn met het bepaalde in paragraaf 6.1.3 van het Verkoopdocument, waarin is bepaald dat het bod eerst aan de hand van de schriftelijke indiening wordt beoordeeld door inhoudelijk deskundigen bij wie de prijs niet bekend is. De gemeente heeft niet betwist dat [betrokkene 1] als projectmanager én lid van de beoordelingscommissie als enige op de hoogte was van de prijsaanbiedingen, zodat dit voldoende is komen vast te staan. [betrokkene 1] is ook bij opening van de enveloppen aanwezig geweest en heeft kennis kunnen nemen van de prijzen, waarmee was ingeschreven. Evenmin is weersproken dat [betrokkene 1] als deskundige deel heeft uitgemaakt van de beoordelingscommissie. In het Verkoopdocument is vermeld dat de inhoudelijk deskundigen niet met de prijs bekend zijn, maar in de eerste nota van inlichtingen is vermeld dat voor de projectmanager een uitzondering wordt gemaakt. WBC wist dus op het moment dat zij de eerste (en tweede) nota van inlichtingen van 4 februari 2015, die volgens de gemeente gelijktijdig is gepubliceerd met het Verkoopdocument dat dateert van 5 februari 2015, onder ogen kreeg dat deze uitzondering bestond en had hier desgewenst vragen over kunnen stellen, hetgeen zij niet heeft gedaan. Daar komt bij dat gesteld noch gebleken is dat [betrokkene 1] de overige beoordelaars op de hoogte heeft gesteld van de ingediende prijzen en/of dat de wetenschap bij [betrokkene 1] op een andere wijze heeft geleid tot het handelen in strijd met het gelijkheids- en/of het transparantiebeginsel. Onvoldoende aannemelijk is dan ook geworden dat de gemeente zich ten aanzien van dit punt niet heeft gehouden aan hetgeen is bepaald in het Verkoopdocument en aanverwante stukken.

4.12. Dit alles leidt tot de conclusie dat de door de gemeente uitgevoerde beoordeling van de inschrijvingen op twee van de vier door WBC aangedragen punten niet in overeenstemming is met hetgeen in het Verkoopdocument is vermeld. Niet ondenkbaar is dat, indien de gemeente de beoordeling wel op de in het Verkoopdocument beschreven wijze had uitgevoerd, deze tot een andere uitslag zou hebben geleid. Geen van de partijen heeft met een juiste benadering onomstotelijk kunnen aantonen dat de uitslag geen andere zou zijn dan de huidige uitslag, hetgeen overigens ook moeilijk is gelet op de vele denkbare scenario's. Het is in een geval als dit niet aan de voorzieningenrechter om een prognose te geven. Het volstaat dat niet kan worden uitgesloten dat door de wijziging in de beoordelingssystematiek (door te rekenen met gemiddelden in plaats van de in het Verkoopdocument weergegeven puntenaantallen van 0, 2, 4 of 5 en door het cijfer van ten minste één beoordelaar – die zich heeft onthouden van puntentoekening op andere vakgebieden dan zijn eigen vakgebied – ten aanzien van drie van de vier onderwerpen vast te stellen op 2 in plaats van 0, 4 of 5 punten) zich een discriminatoir effect op (één van) de inschrijvers heeft kunnen voordoen.

4.13. WBC heeft tot slot nog bezwaar gemaakt tegen de motivering van de gemeente van haar beslissing. Daargelaten of deze voldoende of onvoldoende is geweest, moet worden vastgesteld dat de gemeente gehouden is om een herbeoordeling uit te voeren, nu zij op twee punten evident in strijd met de vooraf bekendgemaakte beoordelingscriteria heeft gehandeld. Bij deze stand van zaken heeft WBC geen belang bij een nadere motivering van de achterhaalde eerste gunningsbeslissing. Dat de gemeente gezien de aard van het project er belang bij heeft dat het project op korte termijn wordt voortgezet (en het terrein wordt verkocht, waarna gestart kan worden met de ontwikkeling hiervan), kan zo zijn, maar leidt niet tot een ander oordeel.

4.14. Ten aanzien van de wijze van herbeoordeling geldt dat deze dient plaats te vinden door een nieuw door de gemeente samen te stellen commissie van deskundigen, met inachtneming van hetgeen in het Verkoopdocument en in dit vonnis onder 4.6., 4.7., 4.8. en 4.10. is overwogen, waarbij de samenstelling van de beoordelingscommissie aan de gemeente moet worden overgelaten. Voor verdergaande maatregelen met betrekking tot de herbeoordeling zoals die door WBC zijn gevorderd bestaat onvoldoende aanleiding. Voor het toewijzen van het onder 4. en 5. gevorderde bestaat vooralsnog geen grond.

4.15. De vorderingen zullen dus worden toegewezen, zoals hierna volgt. De voorzieningenrechter gaat er vanuit dat de gemeente als overheidsorgaan een rechterlijke beslissing nakomt – hetgeen zij ook ter zitting heeft toegezegd – zodat voor het opleggen van een dwangsom onvoldoende aanleiding bestaat.

4.16. In hetgeen hiervoor is overwogen, ligt besloten dat de vorderingen van Tya Horn, als tussenkomen partij, dienen te worden afgewezen.

4.17. De gemeente en Tya Horn zullen als de in het ongelijk gestelde partijen in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van WBC worden begroot op:

- dagvaarding € 77,84

- griffierecht 613,00

- salaris advocaat 816,00

Totaal € 1.506,84

4.18. De door WBC gevorderde veroordeling in de nakosten is in het kader van deze procedure slechts toewijsbaar voor zover deze kosten op dit moment reeds kunnen worden begroot. De nakosten zullen dan ook worden toegewezen op de wijze zoals in de beslissing vermeld.

## 5 De beslissing

De voorzieningenrechter

in het incident tot tussenkomst van Tya Horn

5.1. laat Tya Horn toe als tussenkomende partij in het kort geding van WBC tegen de gemeente,

5.2. veroordeelt WBC en de gemeente in de proceskosten in het incident tot tussenkomst, aan de zijde van Tya Horn tot op heden begroot op nihil,

in de hoofdzaak

5.3. verbiedt de gemeente een gunningsvoornemen te uiten jegens Tya Horn of een andere partij,

5.4. verbiedt de gemeente de verkoop van het HKA-terrein te gunnen aan Tya Horn of een andere partij,

5.5. gebiedt de gemeente de inschrijvingen voor de verkoop van het HKA-terrein opnieuw te laten beoordelen door een door de gemeente nieuw samen te stellen beoordelingscommissie met inachtneming van hetgeen in het Verkoopdocument en in dit vonnis is overwogen,

5.6. veroordeelt de gemeente en Tya Horn in de proceskosten, aan de zijde van WBC tot op heden begroot op € 1.506,84, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW over dit bedrag met ingang van de veertiende dag na betekening van dit vonnis tot de dag van volledige betaling,

5.7. veroordeelt de gemeente en Tya Horn in de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op € 131,00 aan salaris advocaat, te vermeerderen, onder de voorwaarde dat de gemeente niet binnen veertien dagen na aanschrijving aan het vonnis heeft voldaan en er vervolgens betekening van de uitspraak heeft plaatsgevonden, met een bedrag van € 68,00 aan salaris advocaat en de exploitkosten van betekening van de uitspraak, en te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW over de nakosten met ingang van veertien dagen na de betekening van dit vonnis tot aan de voldoening,

5.8. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad,

5.9. wijst het meer of anders gevorderde door WBC af,

5.10. wijst de vorderingen van Tya Horn af.

## Noot

Kernvragen in deze zaak zijn of in strijd met het transparantie- en/ of gelijkheidsbeginsel is gehandeld doordat (i) de puntentoekenning niet op basis van consensus heeft plaatsgevonden en (ii) op een aspect door een beoordelaar aan alle inschrijvers een 'voldoende' is gegeven omdat de beoordelaar zich op dat punt onvoldoende deskundig achtte. De rechter oordeelt op beide punten dat van deze strijd sprake is. Enige nuancering is echter op zijn plaats.

## Achtergrond

De gemeente Arnhem heeft een Europese aanbestedingsprocedure gehouden om te komen tot verkoop van grond met opstallen. Blijkens het vonnis stond tussen partijen niet ter discussie dat de aanbestedingsrechtelijke beginselen, waaronder het gelijkheids- en het transparantiebeginsel, van toepassing zijn gelet op de manier waarop de verkoop is

vormgegeven. [\[noot:1\]](#)

### Gebreken in de beoordelingsmethode

De gemeente heeft naar het oordeel van de voorzieningenrechter op twee punten gehandeld in strijd met het transparantiebeginsel. Ten eerste had zij in het 'Verkoopdocument' beschreven dat inschrijvers per kwalitatief criterium 0, 2, 4 of 5 punten zouden ontvangen. Aan de hand van dit puntenaantal zou de score per criterium worden berekend. Bij de gunningsbeslissing bleek dat ieder lid van de beoordelingscommissie zelfstandig een aantal punten had toegekend, en dat de score per criterium was gebaseerd op een gemiddelde van die punten. De voorzieningenrechter oordeelt dat aldus een andere systematiek is gehanteerd dan was aangekondigd, zodat de gemeente heeft gehandeld in strijd met het transparantiebeginsel.

Ten tweede had minimaal een van de leden van de beoordelingscommissie zichzelf onvoldoende deskundig geacht ten aanzien van drie van de vier kwalitatieve criteria. De gemeente heeft dit 'opgelost' door inschrijvers op die criteria namens deze beoordelaar 2 punten ('voldoende') toe te kennen. Terecht constateert de voorzieningenrechter dat daarmee de uitslag wordt beïnvloed en (wel) sprake kan zijn van bevoordeling of benadeling van inschrijvers. De wijze van beoordelen is dus ook op dit punt in strijd met het transparantie en/of gelijkheidsbeginsel.

Geen strijd met de aanbestedingsrechtelijke beginselen is aanwezig op grond van het feit dat niet alle beoordelaars ten opzichte van alle criteria inhoudelijk deskundig waren, noch vanwege het feit dat de projectmanager ook beoordelaar was.

### Rechterlijke toets

Het is vaste rechtspraak dat de rechter slechts een beperkte toetsingsvrijheid toekomt ten aanzien van de juistheid van de beoordeling van kwalitatieve criteria. Als relevante maatstaf geldt of sprake is van aperte – procedurele dan wel inhoudelijke – onjuistheden c.q. onduidelijkheden. [\[noot:2\]](#) Een mogelijke onjuistheid is onvoldoende: het moet gaan om een gekwalificeerd gebrek.

Nu de voorzieningenrechter de vaste formule niet gebruikt, rijst de vraag of hij die maatstaf hier heeft gehanteerd. Ten aanzien van het eerste gebrek blijkt de aperte onjuistheid wel uit de volgende zin 'Voor de wijze waarop thans punten zijn toegekend [...] ontbreekt dan ook ieder aanknopingspunt'. [\[noot:3\]](#)

Niettemin kun je je afvragen óf ieder aanknopingspunt inderderdaad ontbreekt. Volgens het Verkoopdocument zouden de 'toegekende punten (max 5)' naar verhouding worden omgerekend. Dit sluit ons inziens niet volledig de mogelijkheid uit dat iedere beoordelaar 0, 2, 4 of 5 punten toekent en dat vervolgens door te middelen het aantal toe te kennen punten (max 5) wordt bepaald. In 2008 overwoog de voorzieningenrechter van 's-Hertogenbosch nog dat het niet in strijd is met het transparantiebeginsel als vooraf niet is aangekondigd dat de beoordeling van de inschrijvingen zal geschieden door individuele beoordelaars en dat dus geen gebruik zal worden gemaakt van het consensusmodel. [\[noot:4\]](#) Terecht achtte de rechter van 's-Hertogenbosch daarbij van belang dat de keuze voor de wijze waarop de punten zouden worden toegekend (consensus of niet) waarschijnlijk niet van invloed is op het opstellen van de inschrijving. [\[noot:5\]](#)

Over de aperte onjuistheid inzake het tweede gebrek (toekenning van 2 punten waar een beoordeling is geweigerd) is de voorzieningenrechter minder stellig. Hij overweegt daarover dat 'de mogelijkheid van benadeling dan wel

beoordeling' bestaat, en verder dat '[d]e kans bestaat dat de uitslag anders zou zijn geweest indien het lid wel zelf punten had toegekend'. [noot:6] Alleen de mogelijkheid van benadeling gaf hier dus reeds aanleiding tot rechterlijk ingrijpen. De gemeente heeft nog schaduwberekeningen uitgevoerd. Deze tonen aan dat de rangorde van inschrijvers niet anders was geweest als de ontbrekende dan wel alle scores van de weigerachtige beoordelaar geheel waren weggelaten. De uitgevoerde schaduwberekeningen bieden volgens de rechter echter geen soelaas omdat deze niet het scenario bevatte dat de cijfers per onderwerp hoger (4 of 5 punten) of lager (0 punten) zouden zijn.

De voorzieningenrechter van 's-Hertogenbosch oordeelde in het hiervoor reeds aangehaalde uitspraak ook op dit punt afwijkend. Juist doordat in die zaak scores van één van de beoordelaars buiten beschouwing zijn gelaten omdat daarin twee van de inschrijvers zouden zijn beoordeeld, kon volgens de rechter niet worden gesproken van een willekeurige werkwijze. [noot:7] Met name als vooraf niet bekend is gemaakt hoeveel beoordelaars er zullen zijn, de omvang van het beoordelingsteam substantieel is en er bovendien geen sprake is van willekeur, is ons inziens een praktische en voor alle inschrijvers gelijke invulling aan de afwezigheid van een enkele beoordeling door een beoordelaar niet zonder meer onrechtmatig althans apert onjuist.

### Slotsom

Aanbestedende diensten doen er (uiteraard) verstandig aan vooraf duidelijk te beschrijven op welke wijze punten worden toegekend (individuele beoordelingen en deze punten optellen of middelen dan wel op basis van consensus punten vaststellen) en de vooraf bekendgemaakte wijze van puntentoekening ook toe te passen.

Wij raden in het algemeen aan een beoordelingscommissie op basis van consensus tot een gezamenlijk oordeel te laten komen. Had de gemeente hier voor deze beoordelingsmethode gekozen, dan had de beoordelingscommissie gezamenlijk per criterium tot een score (van 0, 2, 4 of 5) kunnen komen. De weigerachtige beoordelaar had zich bij de beoordeling van drie criteria ook dan bescheiden kunnen opstellen; hij was niet tot een zelfstandig oordeel gedwongen geweest. Bijkomend voordeel van een beoordeling 'in consensus' is het feit dat de zoektocht naar consensus vaak de motivering van de gunningsbeslissing oplevert. De motivering van een gemiddelde van zeer uiteenlopende zelfstandige beoordelingen is voor een aanbestedende dienst vaak lastig.

mr. drs. F.J.J. Cornelissen en mr. T. van Wijk, advocaat bij Dirkwager

## Voetnoten

[1]

Zie onder andere HvJEU 25 maart 2010, C451/08 (Helmut Müller) over de afwezigheid van een aanbestedingsplicht bij grondverkoop. Zie onder andere HR 3 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2900, «JAAN» 2013/111 over de toepasselijkheid van de beginselen bij vrijwillige aanbesteding.

[2]

Vzr. Rb. Amsterdam 22 september 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7292. Vzr. Rb. Amsterdam 15 juni 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:3965, «JAAN» 2015/183. Vzr. Rb. Rotterdam 6 mei 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:3380, «JAAN» 2015/157, m.nt. L.C.E. van der Wal. Vzr. Rb. 's-Gravenhage 15 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:5561, «JAAN» 2015/146, m.nt. C.S. Leunissen. Een gelijksoortige maatstaf, namelijk 'aperte onjuistheden en/of onregelmatigheden', volgt uit onder meer de volgende uitspraken: Hof Arnhem-Leeuwarden 13 oktober 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:7792; Vzr. Rb. Oost-Brabant 23 april 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:2500, «JAAN» 2015/119; Vzr. Rb. Overijssel 26 maart 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:1689, «JAAN» 2015/111.

[3]

R.o. 4.6.

[4]

Vzr. Rb. 's-Hertogenbosch 8 februari 2008 ECLI:NL:RBSHE:2008:BC3956, «JAAN» 2008/8, r.o. 4.1.

[5]

Vgl. HvJ 24 januari 2008, nr. C-532/06 (Lianakis), r.o. 43.

[6]

R.o. 4.10.

[7]

Vzr. Rb. 's-Hertogenbosch ECLI:NL:RBSHE:2008:BC3956, «JAAN» 2008/8, r.o. 4.1.

---