

van de opgelegde deadline benoemt de rechter niet.

Voor de praktijk blijft onduidelijk onder welke omstandigheden een overbruggingsovereenkomst toelaatbaar is. Uitgangspunt zou wat ons betreft moeten zijn dat overbruggingsovereenkomsten zo veel als mogelijk voorkomen worden, door tijdig te starten met aanbestedingsprocedures. Als er toch een

overbruggingsovereenkomst nodig is, dan dient deze zo beperkt en kortdurend mogelijk te zijn. De looptijd mag in elk geval niet langer zijn dan nodig is om een nieuwe aanbestedingsprocedure te doorlopen. In casu acht de voorzieningenrechter een periode van 6,5 maand hiertoe voldoende. Wat ons betreft een redelijke periode.

De keuze van de tijdelijke opdrachtnemer dient in een concreet geval objectiveerbaar te zijn. Een meervoudige procedure leidt wellicht tot een (beter) verdedigbare keuze, maar leidt niet automatisch tot rechtmatigheid en is in de praktijk in de meeste gevallen waarschijnlijk niet werkbaar. Wij raden aanbestedende diensten in ieder geval aan om keuzes goed en objectief te motiveren.

mr. C.W. Oudenaarden
advocaat bij Van Benthem & Keulen

mr. J.S.C. Krijbolder
advocaat Van Benthem & Keulen

200

Prijs niet af te leiden uit aanbestedingsstukken

Rechtbank Rotterdam
26 augustus 2021, C/10/620144 / KG ZA
21-486, ECLI:NL:RBROT:2021:8582
(mr. A.F.L. Geerdes)
Noot mr. drs. F.J.J. Cornelissen,
mr. T. van Wijk

Beoordelingsmethodiek. Beoordelingssysteem. Beste prijs/kwaliteitsverhouding. Kwalitatieve gunningscriteria. Intrekking gunningsbeslissing. Prijscriterium. Rechtsverwerking. Relatieve beoordeling.

[Aw 2012 art. 3.73, art. 2.115 lid 4]

Op 18 januari 2021 heeft Evides de aankondiging gedaan voor de Europese niet-openbare aanbestedingsprocedure voor de opdracht 'Lease personen- en bestelauto's'. In de Gunningsleidraad worden zes subgunningscriteria onderscheiden: vijf kwalitatieve criteria en het subgunningscriterium 'Prijs' (hierna: GC6). In de Gunningsleidraad is bepaald dat inschrijvers voor GC6 voor de in de inschrijfstaat vermelde individuele voertuigen de maandtarieven per component dienden op te geven. In de inschrijfstaat wordt vervolgens per auto het leasetarief per maand gegenereerd.

Een van de inschrijvers heeft een vraag gesteld (vraag 87) over de naast de leasetarieven op te geven matrix met daarin de tarieven voor afwijkende looptijden en/of kilometrage. Het antwoord van Evides luidde dat de matrix niet wordt beoordeeld m.b.t. gunningscriterium 'Prijs' en dat de prijs die op de inschrijfstaat wordt ingediend/weergegeven als gewogen gemiddelde wordt beoordeeld.

Na de selectiefase hebben onder meer Athlon en Arval B.V. (hierna: Arval) een inschrijving ingediend. Bij brief van 19 mei 2021 heeft Evides aan de inschrijvers meegedeeld dat zij voornemens is de Opdracht te gunnen aan Arval. Athlon heeft bezwaar gemaakt tegen de gunningsbeslissing, maar het bezwaar is door Evides ongegrond verklaard. Volgens Evides kan uit de Gunningslei-

draad niet worden afgeleid dat elk voertuig even zwaar zou meewegen en dat Athlon hierover voorafgaand aan haar inschrijving vragen had moeten stellen. Volgens de brief blijkt uit het antwoord op vraag 87 duidelijk dat de punten per voertuig juist niet even zwaar zouden meetellen. Hierbij merkt Evides verder op dat Athlon vervolgens ook geen vragen heeft gesteld over de exacte weging. Athlon heeft vervolgens een kortge-dingprocedure aanhangig gemaakt.

Beoordeling geschil

Tussen partijen is in geschil of Evides bij de beoordeling van GC6 ('Prijs') gebruik mocht maken van gewogen gemiddeldes, waarbij niet ieder voertuig even zwaar meetelt. Bij de beoordeling van het geschil is allereerst van belang of de aanbestedingstukken al dan niet een beoordeling met een gewogen gemiddelde dan wel een gewoon gemiddelde voorschrijven. Daarnaast moet worden beoordeeld of Athlon haar rechten om te klagen over de toepassing van een gewogen gemiddelde heeft verwerkt. Indien de aanbestedingstukken beoordeling met een gewogen gemiddelde niet voorschrijven en rechtsverwerking niet aan de orde is, moet worden beoordeeld of het Evides was toegestaan om de door haar vooraf gekozen systematiek toe te passen.

Naar voorlopig oordeel van de voorzieningen-rechter is uit de aanbestedingstukken niet op te maken dat het bij de beoordeling van GC6 om een gewogen of een gewoon gemiddelde ging. Uit de Gunningsleidraad volgt dat aan iedere auto punten worden toegekend, maar niet hoe deze punten uiteindelijk meewegen in de totaalscore.

Vraag 87 heeft betrekking op de naast de leasetarieven op te geven matrix met daarin de tarieven voor afwijkende looptijden en/of kilometrage. Deze matrix werd getuige het antwoord op de vraag juist niet gebruikt voor de berekening van de score op GC6. In haar antwoord heeft Evides - kennelijk ten overvloede - geschreven dat bij de beoordeling van GC6 gebruik zou worden gemaakt van een gewogen gemiddelde. Een normaal oplettende inschrijver hoeft evenwel niet te verwachten dat uit het extra antwoord op een vraag over een ander onderwerp informatie gegeven wordt over de weging van GC6. Indien Evides had bedoeld de inschrijvers nader te informeren over de beoordelingssystematiek, dan had zij dat beter expliciet kunnen doen. Het is in dit kort ge-ding ook niet duidelijk geworden waarom Evides

niet vooraf bekend heeft gemaakt dat zij vooraf vastgestelde, maar nog niet bekend gemaakte, wegingsfactoren ging toepassen. Uit het antwoord op vraag 87 is ook niet op te maken dat er nadere wegingsfactoren zijn.

De bij de beoordeling toegepaste weging was dus niet af te leiden uit de aanbestedingstukken. Daar staat tegenover dat inschrijvers ook niet zonder meer ervan konden uitgaan dat het om een gewoon gemiddelde ging. Ook dat staat er immers niet met zoveel woorden. Hoewel het zonder nadere informatie over de weging van de verschillende voertuigen alleszins redelijk en logisch is dat bij de beoordeling aan elk ervan een gelijke waarde wordt toegekend, behoeft dat niet noodzakelijkerwijs het geval te zijn. De voorlopige conclusie is dat de precieze wijze van beoordeling van GC6 niet uit de aanbestedingstukken kon worden afgeleid. Aangezien de lezing van Athlon evenwel verdedigbaar is, kan haar niet worden tegengeworpen dat zij op dit punt geen vragen heeft gesteld. Het beroep op rechtsverwerking slaagt daarom niet.

Vervolgens moet worden beoordeeld of de door Evides toegepaste nadere weging van vooraf vastgestelde subelementen was toegestaan. Naar voorlopig oordeel levert de toegepaste weging geen strijd op met art. 3.73 jo. 2.115 lid 4 Aw 2012. Op grond van deze bepalingen dient de aanbestedende dienst vooraf het relatieve gewicht van de gekozen gunningscriteria kenbaar te maken. Aan deze verplichting heeft Evides voldaan. De verdeling van de punten van het subgunningscriterium Prijs ten opzichte van de kwalitatieve subgunningscriteria was immers vooraf duidelijk.

Het is een aanbestedende dienst toegestaan om een relatief gewicht toe te kennen aan subelementen van een vooraf vastgesteld gunningscriterium, mits daarbij drie voorwaarden in acht worden genomen: 1) Deze achteraf vastgestelde wegingscoëfficiënten mogen geen wijziging brengen in de in het bestek of de aankondiging van de opdracht gedefinieerde criteria voor de gunning van de opdracht; 2) Zij mogen geen elementen bevatten die, indien zij bij de voorbereiding van de offertes bekend waren geweest, deze voorbereiding hadden kunnen beïnvloeden; 3) Bij de vaststelling ervan mogen geen elementen in aanmerking worden genomen die discriminerend kunnen werken jegens een van de inschrijvers.

Aan de vereisten onder 1 en 3 lijkt te zijn voldaan, aldus de voorzieningenrechter.

Bij het tweede vereiste gaat het om de vraag of (meer) bekendheid met de toegepaste weging de inschrijvingen had kunnen beïnvloeden. Het moet gaan om beïnvloeding van relevante betekenis; de enkele mogelijkheid van beïnvloeding is onvoldoende.

Naar het oordeel van de voorzieningenrechter valt bepaald niet uit te sluiten dat bekendheid met de door Evides toegepaste beoordelingssystematiek van significante invloed was geweest op de inschrijvingen. Aannemelijk is dat Athlon bij bekendheid met de weging, scherpere prijzen had geboden voor de voertuigen in de zwaarder wegende categorieën, hetgeen van invloed is op de rangorde en de uitvoering van de opdracht. Dat Athlon om andere redenen rekening kon houden met de te verwachten volumes is niet aannemelijk gemaakt. Dit leidt tot de conclusie dat Evides de door haar gehanteerde systematiek niet had mogen toepassen. De voorlopige gunningsbeslissing moet daarom worden ingetrokken.

Conclusie

De voorzieningenrechter gebiedt Evides de gunningsbeslissing in te trekken.

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

ATHLON CAR LEASE NEDERLAND B.V.,

gevestigd te Schiphol,

eisers,

advocaat mr. A. Stellingwerff Beintema te Rijswijk (ZH),

tegen

de naamloze vennootschap

EVIDES N.V.,

gevestigd te Rotterdam,

gedaagde,

advocaat mr. S.G. Tichelaar te Rotterdam.

Partijen worden hierna Athlon en Evides genoemd.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding van 15 juni 2021, met producties;
- de mondelinge behandeling gehouden op 17 augustus 2021;
- de pleitnota van Athlon;
- de pleitnota van Evides.

1.2. Vonnis is bepaald op heden.

2. De feiten

2.1. Op 18 januari 2021 heeft de Gemeente de aankondiging gedaan voor de Europese niet-openbare aanbestedingsprocedure voor de opdracht ‘Lease personen- en bestelauto’s’ (hierna: de Opdracht). Op de aanbestedingsprocedure is de Aanbestedingswet 2012 (Aw) van toepassing. Het gunningscriterium is ‘de beste prijs kwaliteitverhouding’.

2.2. Met de Opdracht beoogt Evides een raamovereenkomst te sluiten voor de *full operational service lease* van personen- en bestelauto’s. De te sluiten raamovereenkomst heeft een looptijd van vier jaar met vier keer de mogelijkheid tot verlenging met één jaar. De beoogde ingangsdatum van de overeenkomst is 1 oktober 2021.

2.3. De Opdracht is omschreven in de Gunningsleidraad van 9 maart 2021 (hierna: de Gunningsleidraad) en in de Nota’s van Inlichtingen.

2.4. In 3.5 van de Gunningsleidraad is opgenomen dat inschrijvers na de inschrijftermijn geen bezwaar meer kunnen maken tegen (onder meer) eventuele onduidelijkheden, onvolkomenheden of tegenstrijdigheden in de aanbestedingsprocedure.

2.5. In de Gunningsleidraad worden zes subgunningscriteria onderscheiden: vijf kwalitatieve criteria en het subgunningscriterium Prijs (hierna ook wel: GC6), waarbij Prijs voor 60% meetelt.

2.6. In de Gunningsleidraad is bepaald dat inschrijvers voor GC6 voor de in de inschrijfstaat vermelde individuele voertuigen (11 auto’s en 4 bestelauto’s) de maandtarieven per component dienden op te geven. In de (deels vooraf ingevulde) inschrijfstaat wordt vervolgens per auto het leasetarief per maand gegenereerd. De Gunningsleidraad vermeldt op dit punt het volgende:

“5.2.1.3 Financieel gunningscriterium

(...)

Het leasetarief per maand per voertuig zal individueel punten toekenning krijgen welke uiteindelijk meewegen in de totaal score van het gunningscriterium prijs.”

(...)

6.2 Beoordeling financieel gunningscriterium

Absolute beoordeling – IP max/min (Inschrijf-Prijs)

Opdrachtgever heeft een bandbreedte bepaald, waarbij IP max (InschrijfPrijs maximaal) het bedrag is dat geen meerwaarde levert en IP min (InschrijfPrijs minimaal) het bedrag is dat het maxi-

maal aantal punten bedraagt. Inschrijvingen die hoger zijn dan IPMax scoren negatieve punten.

Om te voorkomen dat inschrijver naar bepaalde bedragen toeschrijft, is door Opdrachtgever besloten deze bedragen niet te noemen. Er is een document opgesteld waarin deze bedragen zijn genoemd, waaruit blijkt dat de bandbreedte vóór het openen van de inschrijvingen is bepaald en er geen beïnvloeding heeft plaatsgevonden. Het document is in bewaring gegeven bij de jurist van Opdrachtgever.

Beoordeling geschiedt met de volgende formule:

Als IP (InschrijfPrijs) Inschrijver < als IP minimaal -> maximale punten

zo niet dan;

$(IP \text{ maximaal} - IP \text{ inschrijver}) / (IP \text{ maximaal} - IP \text{ minimaal}) \times \text{maximaal te behalen punten}$

2.7. Een van de inschrijvers heeft een vraag gesteld over de naast de leasetarieven op te geven matrix met daarin de tarieven voor afwijkende looptijden en/of kilometrage. Vraag en antwoord bij vraag 87 van de op 31 maart 2021 gepubliceerde Nota van Inlichtingen luiden als volgt:

Vraag 87:

“Eis B24, Programma van Eisen, pagina 4:

Opdrachtgever geeft aan dat tariefaanpassingen gebaseerd dienen te zijn op een marktconforme prijsstelling. De matrix dient in lijn te liggen met de leasecalculatie. Inschrijver adviseert het gemiddelde gewogen leasetarief te berekenen van de aangevraagde calculaties. Dit betekent dat u de matrix per auto opvraagt bij de uitgenodigde leasemaatschappijen. Hiermee kunt u een gewogen gemiddelde berekenen en een goed marktconform vergelijk maken. Hiermee voorkomt u dat er een niet onevenredige

pricing op een bepaald looptijd/kilometrage aangeboden wordt. Graag uw akkoord op deze werkwijze.”

Antwoord:

“De matrix wordt niet beoordeeld m.b.t gunningscriterium prijs. De prijs welke op de inschrijfstaat wordt ingediend/weergegeven wordt als gewogen gemiddelde beoordeeld.”

2.8. Na de selectiefase hebben onder meer Athlon en Arval B.V. (hierna: Arval) een inschrijving ingediend.

2.9. Bij brief van 19 mei 2021 heeft Evides aan de inschrijvers meegedeeld dat zij voornemens is de Opdracht te gunnen aan Arval, die [Score 1] punten heeft gehaald, en dat Athlon, met [Score 2] punten, als tweede is geëindigd.

In de brief aan Athlon heeft Evides een tabel toegevoegd, waaruit volgt dat Athlon op GC6 (Prijs) [Prijs 1] heeft gescoord en Arval [Prijs 2]. Ter onderbouwing van de scores op Prijs verwijst Evides onder meer naar de volgende tabel, waarin de voertuigen zijn onderverdeeld in vijf categorieën van ieder drie voertuigen en niet iedere categorie even zwaar meetelt:

2.10. Bij (advocaten)brief van 20 mei 2021 heeft Athlon tegen de gunningsbeslissing bezwaar gemaakt en Evides verzocht om de inschrijvingen opnieuw te beoordelen op het subgunningscriterium Prijs.

2.11. Bij brief van 27 mei 2021 heeft Athlon aan Evides meegedeeld dat zij heeft besloten het bezwaar ongegrond te verklaren en dat zij de gunningsbeslissing handhaaft. In deze brief schrijft Evides dat uit de Gunningsleidraad niet kan worden afgeleid dat elk voertuig even zwaar zou meewegen en dat Athlon hierover voorafgaand aan haar inschrijving vragen had moeten stellen. Volgens de brief blijkt uit het antwoord op vraag 87 van de Nota van Inlichtingen duidelijk dat de punten per voertuig juist niet even zwaar zouden meetellen. Hierbij merkt Evides verder op dat Athlon vervolgens ook geen vragen heeft gesteld over de exacte weging. In de brief schrijft Evides verder het volgende:

“Daar komt bij dat de in de gunningsbeslissing opgenomen weging van subcriterium GC6 op voorhand – voorafgaand aan het moment van inschrijving – is gedeponeerd bij de jurist. Het is derhalve ook niet zo dat wij achteraf een weging hebben kunnen bedenken (van discriminerende werking is aldus geen sprake).

(...)

Wij gaan er bovendien van uit dat inschrijvers hun best hebben gedaan om voor alle voertuigen een zo gunstige mogelijke prijs af te geven (waarbij wederom moet worden bedacht dat op voorhand duidelijk was dat beoordeeld zou worden met een gewogen gemiddelde). Wij achten het ook niet wenselijk dat inschrijvers voor bepaalde voertuigen lagere prijzen aanbieden louter vanwege een (onderliggende) weging. Dit is ook de reden dat wij de nadere wegingscoëfficiënten van het subcriterium GC6 niet op voorhand bekend hebben gemaakt. Wij verwachten dat inschrijvers een goede en reële prijs afgeven voor alle gevraagde voertuigen.”

3. Het geschil

3.1. Athlon vordert, samengevat:

primair

(1) Evides te gebieden om de mededeling van de gunningsbeslissing van 19 mei 2021 in het kader van de onderhavige aanbestedingsprocedure in te trekken;

(2) Evides te gebieden om de inschrijvingen opnieuw te beoordelen op het gunningscriterium GC6 Prijs, voor zover Evides deze opdracht nog altijd wenst te gunnen;

subsidiair

(1) Evides te gebieden om de mededeling van de gunningsbeslissing van 19 mei 2021 in het kader van de onderhavige aanbestedingsprocedure in te trekken;

(2) Evides te gebieden om de gunningsfase van de onderhavige aanbestedingsprocedure opnieuw te houden, voor zover Evides deze opdracht nog altijd wenst te gunnen.

meer subsidiair

voor zover Athlon in appel wil komen van dit vonnis en primaire en subsidiaire vorderingen worden afgewezen, Evides te verbieden om over te gaan tot gunning van de opdracht aan Arval totdat in (turbo)spoedappel door het Gerechtshof Den Haag arrest is gewezen;

primair en (meer) subsidiair met veroordeling van Evides in de proceskosten, waaronder de nakosten, te vermeerderen met de wettelijke rente.

3.2. Aan deze vordering legt Athlon het volgende ten grondslag.

Uit de aanbestedingstukken heeft Athlon (net als de door haar geraadpleegde deskundige derden) afgeleid en mogen afleiden dat bij de beoordeling van GC6 elk voertuig afzonderlijk even zwaar (en dus voor 6,67%) zou meetellen in het eindresultaat. Zou de beoordeling conform de Gunningsleidraad met een gewoon gemiddelde zijn gedaan, dan had Athlon hoogstwaarschijnlijk gewonnen, aangezien de voertuigen waarmee Athlon de laagste score heeft gehaald het zwaarst meewegen in de totaalscore.

Door bij de beoordeling een gewogen gemiddelde toe te passen, handelt Evides in strijd met het transparantiebeginsel van artikel 3:73 in verband met artikel 2.115 lid 4 Aw 2012.

De wijziging van de weging vormt voorts een ontoelaatbare wijziging, aangezien de wetenschap welke wegingsfactoren Evides hanteert invloed heeft op de prijs die Athlon per voertuig aanbiedt.

3.3. Evides voert gemotiveerd verweer en concludeert tot afwijzing van het gevorderde. Zij voert daartoe, samengevat, het volgende aan.

Uit de Gunningsleidraad volgt niet dat bij de beoordeling van GC6 uitgegaan werd van een gewoon gemiddelde, waarbij ieder voertuig even zwaar zou meetellen. Uit het antwoord op vraag 87 van de Nota van Inlichtingen volgt duidelijk dat het ging om een gewogen gemiddelde. Athlon heeft haar rechten verwerkt om de klagen over de (nadere) weging van het subgunningscriterium Prijs. Bovendien stond het Evides in de gegeven omstandigheden vrij om de wegingsfactoren per voertuig aan te passen, mede omdat bekendheid met die weging geen wezenlijke invloed op de voorbereiding van de offertes zou hebben gehad.

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

4. De beoordeling

4.1. Tussen partijen is in geschil of Evides bij de beoordeling van GC6 (Prijs) gebruik mocht maken van gewogen gemiddeldes, waarbij niet ieder voertuig even zwaar meetelt. Aannemelijk is dat het voor de uitkomst van de aanbesteding relevant is of de score van Athlon wordt berekend aan de hand van de gemiddelde score op de vijftien voertuigen of van de door Evides toegepaste formule, waarbij de auto's zijn gegroepeerd in vijf categorieën en de categorieën A en B zwaarder meewegen dan de categorieën I, II, en III. Athlon heeft immers slecht gescoord op één van de zwaarwegende categorieën, GC6 telt voor 60% mee in de eindscore, en het verschil tussen de inschrijving van Athlon en de winnende inschrijving is klein.

4.2. Bij de beoordeling van het geschil is allereerst van belang of de aanbestedingstukken al dan niet een beoordeling met een gewogen gemiddelde dan wel een gewoon gemiddelde voorschrijven. Daarnaast moet worden beoordeeld of Athlon haar rechten om te klagen over de toepassing van een gewogen gemiddelde heeft verwerkt. Indien de aanbestedingstukken beoordeling met een gewogen gemiddelde niet voorschrijven en rechtsverwerking niet aan de orde is, moet worden beoordeeld of het Evides was toegestaan om de door haar vooraf gekozen systematiek toe te passen.

4.3. Naar voorlopig oordeel is uit de aanbestedingstukken niet op te maken dat het bij de beoordeling van GC6 om een gewogen of een gewoon gemiddelde ging. Uit de door beide partijen

aangehaalde passage uit van de Gunningsleidraad (zie 2.6): “*Het leasetarief per maand per voertuig zal individueel punten toekenning krijgen welke uiteindelijk meewegen in de totaal score van het gunningscriterium prijs*”, volgt dat aan iedere auto punten worden toegekend, maar niet hoe deze punten uiteindelijk meewegen in de totaalscore. Overeenkomstig deze tekst heeft Evides voor elk van de vijftien voertuigen een puntenscore vastgesteld, waarna zij de aan de hand van de door haar vooraf vastgestelde (maar voor de inschrijvers geheime) weging de score op GC6 heeft berekend.

4.4. Op grond van de aanbestedingstukken kon de inschrijver niet vermoeden dat de voertuigen zouden worden onderverdeeld in categorieën en per categorie zouden worden gewogen waarbij de categorieën A en B samen zwaarder zouden wegen dan de categorieën I, II en III samen. Uit de Gunningsleidraad kon ook niet duidelijk worden opgemaakt dat er een gewogen gemiddelde zou worden toegepast. Het woord “*meewegen*”, al dan niet in samenhang gelezen met het woord “*uiteindelijk*” in de hiervoor aangehaalde passage is in dat verband onvoldoende.

4.5. Het antwoord op Vraag 87 in de Nota van Inlichtingen maakt dat niet anders. Vraag 87 heeft betrekking op de naast de leasetarieven op te geven matrix met daarin de tarieven voor afwijken-de looptijden en/of kilometrage. Deze matrix werd getuige het antwoord op de vraag juist niet gebruikt voor de berekening van de score op GC6. In haar antwoord heeft Evides – kennelijk ten overvloede – geschreven dat bij de beoordeling van GC6 gebruik zou worden gemaakt van een gewogen gemiddelde. Een normaal oplettende inschrijver hoeft evenwel niet te verwachten dat uit het extra antwoord op een vraag over een ander onderwerp informatie gegeven wordt over de weging van GC6. Indien Evides had bedoeld de inschrijvers nader te informeren over de beoordelingssystematiek, dan had zij dat beter expliciet kunnen doen, bijvoorbeeld in de Gunningsleidraad of in een aparte aankondiging. Het is in dit kort geding ook niet duidelijk geworden waarom Evides niet vooraf bekend heeft gemaakt dat zij vooraf vastgestelde, maar nog niet bekend gemaakte, wegingsfactoren ging toepassen, zoals zij dit wel heeft gedaan met de per voertuig bepaalde IPmin en IPmax. Uit het antwoord op Vraag 87 is ook niet op te maken dat er nadere wegingsfactoren zijn. De mededeling dat gebruik gemaakt

wordt van een gewogen gemiddelde zou kunnen terugslaan op de per voertuig bepaalde IPmin en IPmax, waardoor het leasetarief voor voertuigen met een relatief lage IPmin zwaarder zal meewegen in de totaalscore. Het (extra) antwoord op Vraag 87 rechtvaardigt in ieder geval geen beroep op rechtsverwerking.

4.6. De bij de beoordeling toegepaste weging was dus niet af te leiden uit de Aanbestedingstukken. Daar staat tegenover dat inschrijvers ook niet zonder meer ervan konden uitgaan dat het om een gewoon gemiddelde ging. Ook dat staat er immers niet met zoveel woorden. Hoewel het zonder nadere informatie over de weging van de verschillende voertuigen alleszins redelijk en logisch is dat bij de beoordeling aan elk ervan een gelijke waarde wordt toegekend, behoeft dat niet noodzakelijkerwijs het geval te zijn. De bewoordingen “*uiteindelijk meewegen*” laten ook ruimte over voor een nadere weging. Het feit dat er 1080 punten per voertuig te verdienen waren en GC6 voor 1080 punten meetelde, geeft al aan dat er een formule moest worden toegepast om de totaalscore terug te brengen tot 1080. Dat deze formule zonder meer zou bestaan uit delen door vijftien (het aantal voertuigen), blijkt nergens uit. Er staat nergens dat de individuele scores voor de voertuigen evenredig of voor gelijke delen meewegen. Evides was dus niet zonder meer verplicht om de score op GC6 te bepalen als gewoon gemiddelde van de scores op de voertuigen.

4.7. De voorlopige conclusie is dat de precieze wijze van beoordeling van GC6 niet uit de aanbestedingstukken kon worden afgeleid. Aangezien de lezing van Athlon evenwel zeer wel verdedigbaar is, kan haar niet worden tegengeworpen dat zij op dit punt geen vragen heeft gesteld. Het beroep op rechtsverwerking slaagt daarom niet.

4.8. Gelet op de hiervoor geconstateerde onduidelijkheid moet de door Evides toegepaste weging worden aangemerkt als een nadere weging van de vooraf vastgestelde subelementen. Beoordeeld moet worden of dit Evides was toegestaan.

4.9. Naar voorlopig oordeel levert de toegepaste weging geen strijd op met artikel 3:73 in verband met artikel 2.115 lid 4 Aw 2012. Op grond van deze bepalingen dient de aanbestedende dienst vooraf het relatieve gewicht van de gekozen gunningscriteria kenbaar te maken. Aan deze verplichting heeft Evides voldaan. De verdeling van de punten van het subgunningscriterium Prijs ten opzichte van de kwalitatieve subgunningscriteria

was immers vooraf duidelijk. Uit deze bepalingen volgt geen soortgelijke verplichting voor de beoordelingssystematiek en daarmee voor de weging van de subelementen binnen een subgunningscriterium, (vgl. HvJ EU 14 juli 2016, zaak C-6-15, ECLI:EU:C:2016:555 (Dimarso, ro. 25-26).

4.10. Op grond van voormeld arrest is het een aanbestedende dienst toegestaan om een relatief gewicht toe te kennen aan subelementen van een vooraf vastgesteld gunningscriterium, mits daarbij drie voorwaarden in acht worden genomen.

(1) Deze achteraf vastgestelde wegingscoëfficiënten mogen geen wijziging brengen in de in het bestek of de aankondiging van de opdracht gedefinieerde criteria voor de gunning van de opdracht;

(2) Zij mogen geen elementen bevatten die, indien zij bij de voorbereiding van de offertes bekend waren geweest, deze voorbereiding hadden kunnen beïnvloeden;

(3) Bij de vaststelling ervan mogen geen elementen in aanmerking worden genomen die discriminerend kunnen werken jegens een van de inschrijvers.

4.11. Aan de vereisten onder 1 en 3 lijkt te zijn voldaan. Aangezien de beoordelingssystematiek niet op eenduidige wijze voor de inschrijvers was vastgelegd, brengt de toegepaste weging in die systematiek geen wijziging. Verder blijkt nergens uit dat de beoordeling met een (vooraf vastgesteld) gewogen gemiddelde discriminerend werkt ten opzichte van één of meer van de inschrijvers.

4.12. Het gaat om het tweede vereiste, dus de vraag of (meer) bekendheid met de toegepaste weging de inschrijvingen had kunnen beïnvloeden. Hoewel het arrest Dimarso (net zomin als HvJ EG 24 november 2005, ECLI:EU:C:2005:718 (ATI EAC)) niet vereist dat het om een wezenlijke beïnvloeding gaat, moet het wel gaan om een beïnvloeding van relevante betekenis. De enkele mogelijkheid van beïnvloeding is dus onvoldoende.

4.13. In de toegepaste beoordelingssystematiek (zie 2.9) wegen de twee voertuigen in categorie B zwaarder dan de twee voertuigen in categorie A. De vier voertuigen in categorie A en B samen wegen aanmerkelijk zwaarder dan de elf voertuigen in de categorieën I., II. en III. samen. Ter zitting heeft Athlon toegelicht dat een zwaardere weging wijst op afname van een groter volume van een bepaald type voertuig, hetgeen Evides ter zitting

heeft bevestigd. Athlon heeft in dit verband gesteld dat zij bij de afname van hogere volumes een betere prijs kan bedingen bij haar importeur(s). Volgens Athlon had zij bij bekendheid met de beoordelingssystematiek scherper ingeschreven, omdat zij dan geweten had van welke type auto meer volume werd gevraagd. Evides heeft weliswaar nog gesteld dat ervaren inschrijvers ermee bekend konden zijn van welk type voertuig een hoger volume zou worden afgenomen, maar hier-teenover heeft Athlon verklaard dat dit in verband met de vernieuwing van het wagenpark (met elektrische auto's) onduidelijk was en dat zij haar inschrijving heeft gebaseerd op een gemiddelde afname per voertuig.

4.14. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter valt gelet op de stellingen van Athlon, waaronder de samenhang tussen volume en prijs, bepaald niet uit te sluiten dat bekendheid met de door Evides toegepaste beoordelingssystematiek van significante invloed was geweest op de inschrijvingen. Aannemelijk is dat Athlon (en mogelijk ook andere inschrijvers) bij bekendheid met de weging, scherpere prijzen had geboden voor de voertuigen in de zwaardere wegende categorieën, hetgeen van invloed is op de rangorde en de uitvoering van de Opdracht. Dat Athlon om andere redenen rekening kon houden met de te verwachten volumes is niet aannemelijk gemaakt.

4.15. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat Evides de door haar gehanteerde systematiek niet had mogen toepassen. De voorlopige gunningsbeslissing moet daarom worden ingetrokken, zoals primair en subsidiair door Athlon gevorderd. Voor toewijzing van de primaire of subsidiaire vordering onder 2. bestaat geen aanleiding, aangezien het aan Evides is om te beslissen of en hoe zij de aanbesteding van de Opdracht voortzet.

4.16. De meer subsidiaire vordering hoeft geen beoordeling meer.

4.17. De slotsom is dat de subsidiaire vordering van Athlon op de hierna te vermelden wijze wordt toegewezen. Evides wordt als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten veroordeeld. De kosten aan de zijde van Athlon worden begroot op:

- betekening oproeping € 90,67
- griffierecht € 667
- salaris advocaat € 1.016

Totaal € 1.773,67

4.18. De nakosten en de wettelijke rente worden toegewezen zoals in het dictum vermeld.

5. De beslissing

De voorzieningenrechter:

5.1. gebiedt Evides de gunningsbeslissing van 19 mei 2021 in te trekken,

5.2. veroordeelt Evides in de proceskosten, aan de zijde van Athlon tot op heden begroot op € 1.773,67, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW over dit bedrag met ingang van veertien dagen na dit vonnis tot de dag van volledige betaling,

5.3. veroordeelt Evides in de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op € 163 aan salaris advocaat, te vermeerderen, onder de voorwaarde dat Evides niet binnen 14 dagen na aanschrijving aan het vonnis heeft voldaan en er vervolgens betekening van de uitspraak heeft plaatsgevonden, met een bedrag van € 85 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,

5.4. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad,

5.5. wijst het meer of anders gevorderde af.

NOOT

Beoordelingselementen die de inhoud van inschrijvingen niet beïnvloeden: bestaan ze eigenlijk wel?

In recente zaken laten voorzieningenrechters van de Rechtbanken Rotterdam¹ en Midden-Nederland² zich uit over de vraag wanneer *elementen* van (sub)gunningscriteria nog na inschrijving kunnen worden vastgesteld en bekendgemaakt. Het Europese arrest *TNS Dimarso*³ biedt daarvoor weliswaar een opening, maar de ruimte voor aanbestedende diensten blijkt in deze recente casus erg beperkt.

Terminologie (sub)(sub)(sub)gunningscriteria en relatieve gewichten

In de praktijk zijn nogal wat begrippen in omloop om de verschillende orden van criteria te beschrijven aan de hand waarvan aanbesteders inschrijvingen beoordelen. Nadere criteria als bedoeld in artikel 2.115 Aw 2012 zijn criteria van de tweede orde, daarmee wordt in meer detail invulling gegeven aan het criterium van de eerste orde: beste prijs-kwaliteitverhouding ("BPKV"). Een dergelijk tweede-ordecriterium wordt in de praktijk ook wel "subgunningscriterium" of "subcriterium" genoemd. De Aanbestedingsrichtlijnen en de Aw 2012 kennen dergelijke begrippen overigens niet, en spreken slechts van "gunningscriteria", zonder onderscheid naar ordening van de criteria. Dat is in zoverre ongelukkig dat het onderscheid aanbestedingsrechtelijk relevant is, omdat voor de verschillende orden van criteria ten dele andere eisen gelden. Binnen subcriteria worden in de praktijk vaak criteria van de derde orde geformuleerd: "subsubcriteria" of "subsubgunningscriteria". Met name als die subsubcriteria niet op zichzelf (bijvoorbeeld met een cijfer) worden beoordeeld, wordt ook wel gesproken van "elementen".

Soms formuleren aanbesteders een subcriterium "kwaliteit", dat samen met "prijs" volgens een bepaalde weging de BPKV oplevert, en waarin alle nadere kwalitatieve criteria samenkomen. Het nadeel is dat zo weer een nieuwe orde van criteria ontstaat, zodat "nadere criteria" in de zin van artikel 2.115 Aw 2012 worden gedegradeerd tot "subsubcriteria" en dan al snel "subsubsubcriteria" ontstaan. Om al te hakkende verificatiegesprekken en aanbestedingspleidooien tegen te gaan, sluiten wij bij voorkeur aan (in ieder geval in het vervolg van deze annotatie) bij de volgende begrippenset:

- (1) "gunningscriteria" voor BPKV (of de andere criteria ex art. 2.114 Aw 2012);
- (2) "subcriteria" voor de nadere criteria bedoeld in artikel 2.115 Aw 2012 en voor het prijscriterium;
- (3) "subsubcriteria" voor de criteria waarin subcriteria nader zijn uitgesplitst.

De samenvoeging van scores op (sub)subcriteria tot de totaalscore op het gunningscriterium geschiedt aan de hand van "weegcoëfficiënten", "weegfactoren" of "(relatieve) gewichten".

1 Rb. Rotterdam (vzr.) 26 augustus 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:8582.

2 Rb. Midden-Nederland (vzr.) 15 oktober 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:4871.

3 HvJ EU 14 juli 2016, C-6/15, ECLI:EU:C:2016:555 (TNS Dimarso).

Juridisch kader bekendmaking criteria, gewichten, beoordelingsmodel

Reeds uit de tekst van artikel 2.115 lid 1 Aw 2012 volgt dat de subcriteria in de *aankondiging* van de opdracht moeten worden opgenomen. Daarbij wordt een duidelijk onderscheid gemaakt tussen de criteria zelf en hun gewichten: de relatieve gewichten van de subcriteria moeten namelijk uiterlijk in de *aanbestedingsstukken* worden opgenomen (art. 2.115 lid 4 Aw 2012). Het onderscheid is met name van belang voor procedures met voorselectie (zoals de niet-openbare) waarbij de aankondiging vóór de selectiefase wordt gedaan terwijl tot de aanbestedingsstukken ook het bestek of het beschrijvend document behoort dat pas erna, aan de geselecteerde gegadigden, wordt toegezonden. Het onderscheid tussen subcriteria en de weging ervan wordt overigens op twee fronten bestreden. De CvAE meent dat ook de gewichten het lot van de subcriteria volgen en in de aankondiging bekendgemaakt dienen te worden.⁴ Anderen betogen weer het omgekeerde, namelijk dat de subcriteria ook later in de aanbestedingsstukken (na selectie) kunnen worden ‘gepubliceerd’.⁵ Vriend en vijand zijn het er echter over eens dat zowel de subcriteria als de weging ervan niet meer op een later moment mogen worden aangevuld of gewijzigd: niet na inschrijving en ook niet bij nota van inlichtingen.⁶ Een logische gedachte zou zijn om dat wat geldt voor subcriteria en hun weging, evengoed toe te passen op subsubcriteria en de weging daarvan. In *EVN/Wienstrom* overwoog het Hof van Justitie namelijk ook dat “gunningscriteria” (dus zonder onderscheid naar ordening) gedurende de aanbestedingsprocedure niet mogen worden gewij-

zigd,⁷ en in het *Koffie*-arrest dat “de gunningscriteria” (wederom zonder onderscheid naar ordening) behoren tot de belangrijkste voorwaarden van de opdracht die niet meer bij nota van inlichtingen kunnen worden aangepast.⁸

Toch heeft het Hof van Justitie daarvoor niet gekozen. In *TNS Dimarso* bevestigde het Hof dat *wijziging* van criteria of relatieve gewichten uit het bestek of de aankondiging niet mogelijk is, maar ook dat een nadere *invulling* van die criteria door toevoeging van een beoordelingsmodel of een puntenschaal onder omstandigheden na sluiting van de inschrijvingstermijn nog is toegestaan.⁹ Het schijnbaar categorale verbod tot toevoeging van relatieve gewichten onder *Lianakis* en het *Koffie*-arrest, bleek genuanceerder te liggen.¹⁰ Voor subsubcriteria (subelementen) bestaat wel de mogelijkheid tot toevoeging van relatieve gewichten na inschrijving, maar dan alleen als is voldaan aan drie cumulatieve eisen: (1) achteraf vastgestelde wegingscoëfficiënten brengen geen wijzigingen in de subcriteria (gepubliceerd in aankondiging); (2) zij bevatten geen elementen die de voorbereiding van offertes hadden kunnen beïnvloeden als zij eerder bekend waren geweest; (3) bij de vaststelling ervan geen elementen in aanmerking zijn genomen die discriminerend kunnen werken ten opzichte van een van de inschrijvers.¹¹

4 CvAE 21 december 2018, Advies 482. CvAE 20 december 2019, Advies 515.

5 Mr. M. van Rijn en mr. T.A. Burger, ‘Nadere gunningscriteria direct in de aankondiging’, annotatie in «JAAN» 2019/77 bij CvAE 21 december 2018, Advies 482. Mr. M. van Rijn e.a., ‘Bekendmaking weging en formules nadere gunningscriteria’, annotatie in «JAAN» 2020/84 bij CvAE 20 december 2019, Advies 515.

6 Dat zou ook in strijd zijn met de richtlijnen en artikelen 2.115, lid 1 en 4 Aw 2012. Zie verder HvJ EU 14 juli 2016, C-6/15, ECLI:EU:C:2016:555 (*TNS Dimarso*), r.o. 25. HvJ EU 24 januari 2008, C-532/06 (*Lianakis*), r.o. 38 en 42. Met betrekking tot weging: CvAE 3 februari 2017, Advies 311.

7 HvJ EU 4 december 2004, C-448/01 (*Wienstrom*), r.o. 93 en 95.

8 HvJ EU 10 mei 2012, C-368/10 (*Max Havelaar*), r.o. 55 en 56. Laat staan dat het na opening van de inschrijvingen nog zou mogen: HvJ EU 24 januari 2008, C-532/06 (*Lianakis*), r.o. 44 en HvJ EU 18 november 2010, C-226/09 (*Commissie/Ierland*), r.o. 62.

9 Zie ook HvJ EU 24 november 2005, ECLI:EU:C:2005:718 (*ATI EAC*). r.o. 32; ook aangehaald in HvJ EU 24 januari 2008, C-532/06 (*Lianakis*), r.o. 42 en 43. HvJ EU 21 juli 2011, *Evropaiki Dynamiki/EMSA*, C-252/10 P, EU:C:2011:512, r.o. 33.

10 Zie Chen in TA 2017/68 die spreekt van “een stap terug”. In TA 2016/82 noemt Van Garsse het arrest ‘erg omstreden’ dat ‘menig Nederlands aanbestedingsjurist ongetwijfeld verrassen’.

11 Zie Rb. Rotterdam (vzr.) 26 augustus 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:8582, r.o. 4.10; Rb. Midden-Nederland (vzr.) 15 oktober 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:4871, r.o. 3.18.

Wanneer beïnvloedt een toevoeging van relatieve gewichten c.q. een beoordelingsmodel de voorbereiding van offertes?

De Rotterdamse Voorzieningenrechter komt tot een (voorwaardelijk) gebod tot heraanbesteding omdat de toets van de tweede eis niet wordt gehaald: de door de aanbestedder toegevoegde regels hadden de voorbereiding kunnen beïnvloeden. De rechter overweegt daarbij wel dat het moet *“gaan om een beïnvloeding van relevante betekenis. De enkele mogelijkheid van beïnvloeding is dus onvoldoende”*¹².

In dit geval was daar volgens de rechter sprake van omdat de eisende partij voldoende aannemelijk had gemaakt dat er een samenhang was tussen volume en prijs waardoor uit te sluiten was dat de (on)bekendheid van invloed was geweest op de inhoud van de inschrijvingen. In veel gevallen willen inschrijvers op alle (prijs- en kwaliteits-)criteria zo maximaal mogelijk scoren zodat een nadere invulling/weging van subsubgunningscriteria geen invloed heeft op de voorbereiding van de offertes. Vooral als dit door bezwaarmakende inschrijvers wordt betwist, zal het lastig zijn voor een aanbestedder om aan te tonen dat de wijziging niet van relevante betekenis is (geweest) voor het opstellen van een inschrijving.

De Voorzieningenrechter van de Rechtbank Midden-Nederland komt tot een soortgelijk heraanbestedingsgebod. Anders dan in de Rotterdamse zaak blijft het echter bij een algemene overweging dat de beoordelingsmethodiek ingewikkeld is beschreven. Het ligt op de weg van de gemeente om dit te verduidelijken en aannemelijk te maken dat aan de vereisten van het *TNS Dimarso-arrest* is voldaan. Volgens de rechter is de gemeente daarin niet geslaagd zodat zij is geboden tot intrekking en heraanbesteding over te gaan.

Conclusie en enkele vuistregels voor de praktijk

- Alle gunningscriteria en (subsub)gunningscriteria moeten vooraf (bij aankondiging dan wel uiterlijk in de aanbestedingsstukken) worden bekendgemaakt, net als alle andere criteria die relevant voor een inschrijver kunnen zijn bij de voorbereiding van de inschrijving;

nen zijn bij de voorbereiding van de inschrijving;

- Een latere aanvulling (na inschrijving) lijkt niettemin mogelijk met betrekking tot het beoordelingsmodel of relatieve gewichten van subsubcriteria. Hiervoor gelden de drie *Dimarso*-vereisten, waarbij vereiste 2 in de praktijk het belangrijkste is: een latere aanvulling is ontoelaatbaar indien die de voorbereiding van offertes kan beïnvloeden¹³, en wel op een relevante wijze.¹⁴
- De ‘bewijslast’ rust op de aanbestedende dienst althans degene die stelt dat is voldaan aan deze Dimarso-vereisten.

mr. drs. F.J.J. Cornelissen
advocaat bij Dirkzwager legal & tax

mr. T. van Wijk
advocaat bij Dirkzwager legal & tax

201

Voldoende onderzoek naar realistische inschrijving

Rechtbank Den Haag
14 september 2021, C/09/613515 KG ZA
21-561, ECLI:NL:RBDHA:2021:11682
(mr. T.F. Hesselink)

Abnormaal lage inschrijving. Beoordelingsmethodiek. Concurrentiegericht dialogo. Irreële inschrijving.

Feiten

Rijkswaterstaat heeft een Europese aanbesteding gehouden voor het verlenen van een opdracht voor ‘het meerjarig in stand houden van het Groen en Grijs in het beheergebied Noord Nederland’ met gebruik van de concurrentiegericht dialogo light overeenkomstig het Aanbestedingsreglement Werken 2016. De opdracht wordt verleend in de vorm van een prestatiecontract.

¹² Zie Rb. Rotterdam (vzr.) 26 augustus 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:8582, r.o. 4.12.

¹³ HvJ EU 14 juli 2016, C-6/15, ECLI:EU:C:2016:555 (TNS Dimarso).

¹⁴ Zie Rb. Rotterdam (vzr.) 26 augustus 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:8582, r.o. 4.12.