

TA 2016(6) 96 Art. - De bekendmaking van de beoordelingsmethodiek; een acte clair?

12-12-2016

Auteur(s): Fimerius, Mr. M.M.; Goedegebure, mr. H.P.C.

Omdat kennis van de beoordelingsmethodiek bijna altijd voor inschrijvers van belang zal zijn bij de voorbereiding van de inschrijving, is het opmerkelijk dat het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: 'Hof') heeft geoordeeld dat er in beginsel geen verplichting bestaat om deze beoordelingsmethodiek van tevoren bekend te maken. In onderhavige annotatie wordt ingegaan op het oordeel van het Hof, waarbij tevens wordt ingegaan op de eerdere jurisprudentie van het Hof ten aanzien van de bekendmaking van de gunningscriteria, de nadere gunningscriteria, eventuele subgunningscriteria en het relatieve gewicht van deze criteria.

Inleiding

Kennis van het gunningscriterium¹, de nadere gunningscriteria², eventuele subgunningscriteria³ en het relatieve gewicht van deze criteria is voor inschrijvers van groot belang bij de voorbereiding van hun inschrijving. Het is dan ook niet voor niets dat in de aanbestedingsregelgeving en jurisprudentie is bepaald dat de (nadere) gunningscriteria en hun relatieve gewicht in de aankondiging of aanbestedingsstukken bekend moeten worden gemaakt.

In Nederland is het gebruikelijk dat ook de beoordelingsmethodiek in de aanbestedingsstukken bekend wordt gemaakt. Onder beoordelingsmethodiek wordt verstaan:

*'alle voorschriften en methoden volgens welke een aanbestedende dienst aan de verschillende offertes een bepaalde score of beoordeling zal toekennen afhankelijk van de mate waarin aan een van de criteria (en/of in voorkomend geval, subcriteria) voor de gunning van een overheidsopdracht is voldaan.'*⁴

Omdat kennis van de beoordelingsmethodiek bijna altijd voor inschrijvers van belang zal zijn bij de voorbereiding van de inschrijving, is het opmerkelijk dat het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: 'Hof') heeft geoordeeld dat er in beginsel geen verplichting bestaat om deze beoordelingsmethodiek van tevoren bekend te maken. In onderhavige annotatie wordt ingegaan op het oordeel van het Hof, waarbij tevens wordt ingegaan op de eerdere jurisprudentie van het Hof ten aanzien van de bekendmaking van de gunningscriteria, de nadere gunningscriteria, eventuele subgunningscriteria en het relatieve gewicht van deze criteria.

De casus

In januari 2012 schrijft het Agentschap Wonen-Vlaanderen (hierna: aanbestedende dienst) een overheidsopdracht voor diensten uit. Deze opdracht heeft als titel 'Woonsurvey 2012: survey naar de woning en de woonconsument in Vlaanderen' en heeft een waarde boven de Europese aanbestedingsdrempel. De aanbesteding van deze opdracht verloopt volgens de Europese openbare procedure.

Het gunningscriterium was 'EMVI'⁵, waarbij prijs en kwaliteit even zwaar wegen (het bestek vermeldt een weging van '50/100' bij het (nadere) gunningscriterium 'kwaliteit' en '50/100' bij het (nadere) gunningscriterium 'prijs'). Uit het gunningsverslag⁶ volgt dat de inschrijvingen eerst worden beoordeeld aan de hand van het criterium 'kwaliteit', waarbij elke inschrijving een unaniem bepaalde score (hoog-voldoende-laag) krijgt (de zogeheten 'ordinaire schaal'⁷). Vervolgens wordt het criterium 'prijs' beoordeeld.

Drie van de vier inschrijvers, waaronder TNS Dimarso (hierna: 'Dimarso'), hebben de score 'hoog' behaald op het criterium 'kwaliteit'. De vierde inschrijver heeft de score 'laag' behaald. Dimarso heeft de duurste inschrijving gedaan; op het criterium 'prijs' scoort Dimarso derhalve het laagst. De opdracht wordt vervolgens gegund aan Ipsos Belgium. Deze inschrijver heeft (ook) de score 'hoog' gehaald op het criterium kwaliteit en viel qua prijs lager uit dan Dimarso.

Dimarso gaat in beroep tegen het gunningsbesluit. Dimarso stelt onder meer dat de aanbestedende dienst verplicht was om de beoordelingsmethodiek (hoog-voldoende-laag) in de aankondiging of in het bestek bekend te maken. Dimarso wijst in dit verband op overweging 46 van de Richtlijn, waarvan de derde volzin als volgt luidt:

*'Teneinde de inachtneming van het beginsel van gelijke behandeling bij de gunning van opdrachten te waarborgen, moet worden voorzien in de door de jurisprudentie bevestigde verplichting om de nodige transparantie te garanderen teneinde iedere inschrijver de mogelijkheid te bieden redelijkerwijs kennis te nemen van de criteria en de nadere regelingen die zullen worden toegepast ter bepaling van de economisch voordeligste inschrijving.'*⁸

Onder 'nadere regelingen ter bepaling van de economisch voordeligste inschrijving' dient ook de *beoordelingsmethodiek* te worden verstaan, aldus Dimarso.

Dimarso wijst in dit verband ook op artikel 53 lid 2 van de Richtlijn, waarin – zakelijk weergegeven – is bepaald dat de aanbestedende dienst het relatieve gewicht van de (nadere) gunningscriteria dient te vermelden in de aankondiging of het bestek.

Volgens de vaste jurisprudentie van de Belgische Raad van State bestaat er geen verplichting om de beoordelingsmethodiek van tevoren bekend te maken.⁹ Dimarso stelt dat deze jurisprudentie onhoudbaar is geworden in het licht van de jurisprudentie van het Hof ten aanzien van het transparantiebeginsel.¹⁰

De Raad van State stelt bij zijn beoordeling van de stellingen van Dimarso vast dat noch in artikel 53 lid 2 van de Richtlijn, noch in overweging 46 van de Richtlijn, een verplichting is opgenomen om de beoordelingsmethodiek van tevoren bekend te maken.¹¹

Anderzijds biedt de door Dimarso en de aanbestedende dienst aangehaalde jurisprudentie van het Hof volgens de Belgische Raad van State geen decisief antwoord op de vraag of een dergelijke verplichting bestaat. Om deze reden gaat de Raad van State over tot het stellen van een prejudiciële vraag aan het Hof.

Prejudiciële vraag

De door de Raad van State gestelde prejudiciële vraag wordt door het Hof als volgt geherformuleerd:

'Met zijn vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 53, lid 2, van Richtlijn 2004/18, gelezen in het licht van het gelijkheidsbeginsel en de daaruit voortvloeiende transparantieplichting, aldus moet worden uitgelegd dat de aanbestedende dienst, indien een overheidsopdracht voor diensten dient te worden gegund volgens het criterium van de vanuit het oogpunt van deze dienst economisch voordeligste inschrijving, steeds gehouden is om de beoordelingsmethode of de afwegingsregels aan de hand waarvan de offertes zullen worden beoordeeld volgens de gunningscriteria die in de aankondiging van de betrokken opdracht en het desbetreffende bestek zijn bekendgemaakt, in die aankondiging of dat bestek ter kennis te brengen van de potentiële inschrijvers, dan wel, indien er geen dergelijke algemene verplichting is, of de specifieke omstandigheden van de betrokken opdracht een dergelijke verplichting kunnen meebrengen.'

Beantwoording prejudiciële vraag

Het Hof stelt voorop dat uit artikel 53 lid 2 van Richtlijn 2004/18/EG volgt dat een aanbestedende dienst – indien hij het EMVI-criterium hanteert – gehouden is om het *relatieve gewicht* van de (nadere) gunningscriteria te vermelden. Zoals in overweging 46 van Richtlijn 2004/18/EG wordt verklaard, beoogt dit vereiste iedere inschrijver de mogelijkheid te bieden redelijkerwijs kennis te nemen van de criteria en de nadere regelingen die zullen worden toegepast ter bepaling van de economisch voordeligste inschrijving. Deze verplichting is ingegeven door het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel, aldus het Hof.

Wel volgt uit de jurisprudentie van het Hof dat een aanbestedende dienst na het verstrijken van de termijn voor het indienen van inschrijvingen wegingscoëfficiënten (i.e. het relatieve gewicht) kan vaststellen voor de *subcriteria* die in wezen aansluiten op de criteria die vooraf ter kennis zijn gebracht van inschrijvers, mits (i) deze achteraf vastgestelde wegingscoëfficiënten geen wijziging aanbrengen in de in de aankondiging of het bestek gedefinieerde criteria, (ii) deze

wegingscoëfficiënten geen elementen bevatten die, indien zij bij de voorbereiding van de inschrijvingen bekend waren geweest, deze voorbereiding hadden kunnen beïnvloeden en (iii) bij de vaststelling ervan geen elementen in aanmerking zijn genomen die discriminerend kunnen werken jegens een van de inschrijvers.¹²

Noch uit artikel 53 lid 2 van de Richtlijn, noch uit enige andere bepaling ervan volgt volgens het Hof evenwel een verplichting om de *methode* aan de hand waarvan een aanbestedende dienst de inschrijvingen *in concreto* zal beoordelen en rangschikken vooraf bekend te maken door vermelding in de aankondiging van de opdracht of het bestek. Een dergelijke verplichting is volgens het Hof ook niet af te leiden uit de jurisprudentie van het Hof.¹³

Onbehandeld blijft in het arrest de stelling van Dimarso dat onder '*nadere regelingen* die zullen worden toegepast ter bepaling van de economisch voordeligste inschrijving' tevens de beoordelingsmethodiek dient te worden begrepen.¹⁴ Uit het oordeel van het Hof lijkt te kunnen worden afgeleid dat deze stelling van Dimarso onjuist is. Wat wel dient te worden verstaan onder deze '*nadere regelingen*' blijft evenwel onduidelijk.

In zijn overwegingen dat er geen verplichting bestaat om de beoordelingsmethodiek bekend te maken, wijst het Hof op de vrijheid waarover een aanbestedende dienst moet kunnen beschikken om zijn werkzaamheden voor de beoordeling van de inschrijvingen te structureren.¹⁵ Deze vrijheid wordt volgens het Hof ook gerechtvaardigd door praktische overwegingen. De aanbestedende dienst moet de methode die hij zal toepassen om de inschrijvingen te beoordelen en te rangschikken, kunnen aanpassen naargelang van de omstandigheden van het geval, aldus het Hof.¹⁶

Wel geldt volgens het Hof – gelet op de in artikel 2 van Richtlijn 2004/18/EG neergelegde beginselen – dat de beoordelingsmethodiek in beginsel niet na de opening van de inschrijvingen door de aanbestedende dienst wordt *vastgesteld*, dit om elk risico van favoritisme uit te sluiten. Indien de beoordelingsmethodiek echter om aantoonbare redenen niet vóór opening kan worden vastgesteld, kan de aanbestedende dienst volgens het Hof niet worden verweten dat hij deze pas heeft vastgesteld nadat kennis is genomen van de inhoud van de inschrijvingen. Deze latere vaststelling mag evenwel niet tot gevolg hebben dat de gunningscriteria of het relatieve gewicht ervan worden gewijzigd.¹⁷

Gelet op het voorgaande wordt de door de Raad van State gestelde prejudiciële vraag door het Hof beantwoord met de overweging dat:

'(...) artikel 53, lid 2, van richtlijn 2004/18, gelezen in het licht van het gelijkheidsbeginsel en de daaruit voortvloeiende transparantieplichting, aldus moet worden uitgelegd dat de aanbestedende dienst, indien een opdracht voor het verrichten van diensten dient te worden gegund volgens het criterium van de vanuit het oogpunt van deze dienst economisch voordeligste inschrijving, niet gehouden is om de methode aan de hand waarvan hij de offertes in concreto zal beoordelen en rangschikken, in de aankondiging van de betrokken opdracht of het desbetreffende bestek ter kennis te brengen van de potentiële inschrijvers. Deze methode mag evenwel niet tot gevolg hebben dat de gunningscriteria en het relatieve gewicht ervan worden gewijzigd.'

Wijziging van het relatieve gewicht van de gunningscriteria

Uit het voorgaande volgt dat er in beginsel geen verplichting bestaat om de beoordelingsmethodiek vooraf bekend te maken. Wel geldt hierbij als randvoorwaarde dat de (niet-bekendgemaakte) beoordelingsmethodiek niet tot gevolg mag hebben dat de (nadere) gunningscriteria en het relatieve gewicht ervan worden gewijzigd.

In de woorden van Advocaat-Generaal Mengozzi:

*'Evenmin als kan worden aanvaard dat een beoordelingsmethode achteraf de vooraf aan de inschrijvers medegedeelde gunningscriteria kan wijzigen, is het aanvaardbaar dat die methode de weging van diezelfde criteria zou wijzigen. Indien dat het gevolg is van het feit dat achteraf een methode voor de beoordeling van de offertes wordt vastgesteld, dan had deze methode vooraf aan de inschrijvers moeten worden medegedeeld en is de litigieuze gunningsprocedure onrechtmatig.'*¹⁸

De Advocaat-Generaal merkt vervolgens op dat het aan de verwijzende rechter is om te bepalen of de door de aanbestedende dienst gehanteerde beoordelingsmethodiek achteraf de weging van de gunningscriteria heeft gewijzigd. Wel spreekt de Advocaat-Generaal een vermoeden uit dat dit het geval heeft kunnen zijn. De Advocaat-Generaal onderbouwt zijn vermoeden als volgt (geparafraseerd).¹⁹

Aangezien drie van de vier inschrijvingen (waaronder die van Dimarso) voor het criterium 'kwaliteit' de score 'hoog' hebben gekregen en er geen scores zijn gegeven om deze inschrijvingen van elkaar te onderscheiden en naar hun inhoudelijke eigenschappen te rangschikken, is het criterium 'prijs' bij de gunning van de opdracht beslissend geweest. Aangezien de door de aanbestedende dienst gekozen methode erop neerkwam dat bij de beoordeling van de draagwijdte van het criterium 'kwaliteit' werd afgevlakt ten aanzien van het criterium 'prijs', lijkt dit laatste criterium bij de keuze van degene aan wie de opdracht werd gegund een relatief hoger gewicht te hebben gehad dan de in het bestek vermelde weging van 50% redelijkerwijs kon doen vermoeden. Het is dus aannemelijk dat, indien de inschrijvers van tevoren waren geïnformeerd over de keuze van deze methode voor de toetsing van de inschrijvingen aan het criterium 'kwaliteit', zij zich meer op de prijs van hun diensten zouden hebben gericht.

De Advocaat-Generaal haalt ter illustratie het volgende voorbeeld aan. Indien één van de inschrijvingen kwalitatief gezien ver boven de drie andere (ook de inschrijvingen met als score 'hoog') zou uitstijgen, zou aan deze inschrijving de score 'excellent' kunnen worden toegekend. De door deze inschrijver voorgestelde prijs zou dan de excellente kwaliteit van de door deze inschrijver aangeboden diensten hebben weerspiegeld en zou derhalve waarschijnlijk hoger zijn geweest dan de door de andere inschrijvers aangeboden prijzen. De score 'excellent' kwam evenwel niet voor in de door de aanbestedende dienst gekozen scoreschaal (hoog-voldoende-laag). De maximale score voor deze inschrijving is derhalve 'hoog'. Aangezien de door de inschrijver voorgestelde prijs hoger is dan die van de andere inschrijvers zal de 'excellente' inschrijving in dit voorbeeld worden afgewezen.

Het betoog van de Advocaat-Generaal achten wij overtuigend. In dit verband kan nog worden gewezen op r.o. 35 van het arrest van het Hof, waarin het Hof overweegt dat relevant is of het bekendgemaakte gewicht van elk van de gunningscriteria *daadwerkelijk* bij de beoordeling van de inschrijvingen in acht is genomen.

Gegeven het overtuigende betoog van de Advocaat-Generaal menen wij dan ook dat de Raad van State in België tot de conclusie zou moeten komen dat niet voldaan is aan de door het Hof gestelde randvoorwaarde. Of de Raad van State ook daadwerkelijk aldus zal oordelen (en derhalve tot de conclusie komt dat de beoordelingsmethodiek bekend had moeten worden gemaakt), is maar de vraag. In België is het namelijk niet gebruikelijk om de beoordelingsmethodiek van tevoren bekend te maken en wordt een verplichting daartoe in de jurisprudentie van de Belgische Raad van State bovendien niet aangenomen.²⁰

Het is onzes inziens niet eenvoudig om aan deze randvoorwaarde te voldoen. Dit geldt met name indien een bepaalde methode slechts bij één (of meerdere, maar niet alle) nadere gunningscriteria wordt gebruikt. Indien een ordinale/interval-schaal wordt gebruikt voor de beoordeling van bijvoorbeeld het criterium 'kwaliteit', waardoor de verschillen binnen één categorie (bijvoorbeeld: 'hoog' of 'onvoldoende') geen betekenis hebben voor de beoordeling, terwijl voor bijvoorbeeld het criterium 'prijs' een methode wordt gebruikt waarbij ieder verschil in kosten betekenis heeft, is onzes inziens al snel sprake van wijziging van het relatieve gewicht van deze nadere gunningscriteria.

In de Gids Proportionaliteit worden enkele voorzorgen genoemd die een aanbestedende dienst in acht moet nemen om te voorkomen dat de prijs een te groot gewicht krijgt.²¹ Zo schrijft de Gids voor dat bij alle beoordelingscriteria een deugdelijke en transparante schaalverdeling moet worden gebruikt, waarbij wordt voorkomen dat sprake is van ongelijke grootheden, zoals het gebruik van een schaal van 0 tot 10 voor waardering van het ene criterium en waardering met goed/slecht voor het andere criterium. Daarnaast stelt de Gids dat voldoende differentiatie dient te bestaan in de beoordelingsschaal, waarbij bij de *beoordeling* de volle breedte van de beoordelingsschaal wordt gebruikt. Ook wordt aangegeven dat het aanbeveling verdient de te hanteren beoordelingsschaal vooraf te testen. Ook door PIANOo wordt dat laatste aanbevolen. PIANOo schrijft in haar handreiking 'Hoe bepaal je de beste prijs-kwaliteitverhouding?'²² dat het *werkelijke* gewicht²³ van de subcriteria kan worden geschat met behulp van een gevoeligheidsanalyse. Hierbij rekent de aanbestedende dienst – bijvoorbeeld met een Excelsheet – een aantal mogelijke scenario's uit.

Indien voornoemde handreikingen niet worden meegenomen bij het opstellen van de beoordelingsmethodiek is het risico groot dat de beoordelingsmethodiek tot gevolg heeft dat het relatieve gewicht van de (nadere) gunningscriteria wordt gewijzigd. Uitgaande van een weging van 50% voor het criterium 'prijs' en een weging van 50% voor het criterium 'kwaliteit' zal, indien bijvoorbeeld gebruik wordt gemaakt van ongelijke grootheden, het daadwerkelijke relatieve gewicht van deze criteria al snel wijzigen.

Het valt, tot slot, niet goed te begrijpen waarom het Hof voor het niet-bekendmaken van de beoordelingsmethodiek enkel als voorwaarde heeft gesteld dat het relatieve gewicht van de gunningscriteria niet mag wijzigen. Een toevoeging dat de niet-bekendgemaakte beoordelingsmethodiek daarnaast geen invloed mag kunnen hebben op de voorbereiding van de inschrijvingen (zoals het Hof in het arrest-Lianakis²⁴ ook voor de bekendmaking van het relatieve gewicht van subgunningscriteria heeft overwogen) zou onzes inziens passend zijn geweest.

Eerdere jurisprudentie van het Hof

Onderhavig arrest kan worden toegevoegd aan de lijst met jurisprudentie van het Hof ten aanzien van de gunningscriteria. Bezien we deze jurisprudentie in vogelvlucht dan leidt dit tot het volgende beeld.

Gunningscriterium: de aanbestedende dienst moet het gunningscriterium vooraf bekendmaken.²⁵

Nadere gunningscriteria: de aanbestedende dienst dient de nadere gunningscriteria van tevoren bekend te maken.²⁶

Dit volgt onder meer uit het arrest-Lianakis, waarin het Hof oordeelde dat alle elementen die door de aanbestedende dienst in aanmerking worden genomen ter bepaling van de economisch voordeligste aanbidding, alsook het relatieve gewicht van deze criteria, van tevoren bij de potentiële inschrijvers bekend dienen te zijn.²⁷

Relatieve gewicht nadere gunningscriteria: de aanbestedende dienst dient het relatieve gewicht van de nadere gunningscriteria van tevoren bekend te maken. Deze verplichting is sinds Richtlijn 2004/18/EG opgenomen in de aanbestedingsrichtlijnen.²⁸

Subgunningscriteria: ook eventuele subgunningscriteria dienen van tevoren bekend te worden gemaakt.²⁹

Relatieve gewicht subgunningscriteria: het relatieve gewicht van de subgunningscriteria hoeft onder omstandigheden niet bekend te worden gemaakt. Alleen indien het relatieve gewicht c.q. de wegingsfactor (i) niet leidt tot een wijziging van de subgunningscriteria, (ii) geen invloed kan hebben op de voorbereiding van de inschrijvingen, en (iii) niet discriminerend werkt jegens een of meer inschrijvers, zal het niet-bekendmaken van het relatieve gewicht c.q. de wegingsfactor zijn toegestaan.³⁰ Het behoeft weinig toelichting dat niet snel aan deze drie voorwaarden zal zijn voldaan. Met name zal niet snel zijn voldaan aan het vereiste dat het relatieve gewicht c.q. de wegingsfactor geen invloed heeft op de voorbereiding van de inschrijvingen.³¹

Door Arrowsmith wordt opgemerkt dat voornoemde criteria mogelijk ook gelden ten aanzien van de niet-bekendmaking van subgunningscriteria.³² Ook hier geldt evenwel dat niet snel aan deze criteria zal zijn voldaan. Arrowsmith merkt in dit verband op dat *'knowledge of actual criteria, at whatever level, will almost always affect tenders (...)*'.³³

Afsluitende opmerkingen

De vraag of de beoordelingsmethodiek van tevoren zou moeten worden gepubliceerd is al enige tijd onderwerp van discussie.³⁴ Door de beantwoording van de prejudiciële vraag door het Hof lijkt deze discussie nu te kunnen worden beëindigd.

Interessant is dat voornoemde vraag in sommige landen (waaronder: Portugal) reeds is beantwoord door de nationale wetgever.³⁵ In deze landen is namelijk in nationale wetgeving een verplichting opgenomen om de beoordelingsmethodiek vooraf bekend te maken.³⁶ In Nederland ontbreekt een wettelijke verplichting. Wel wordt het bestaan van deze verplichting aangenomen in de jurisprudentie.³⁷ Interessant is in dit verband een vonnis van een Haagse voorzieningenrechter³⁸, waarin het bestaan van deze verplichting wordt afgeleid uit het eerder aangehaalde

ATI -EAC-arrest via de redenering dat de in deze aanbesteding gehanteerde (maar niet bekendgemaakte) beoordelingsmethode de voorbereiding van de inschrijvingen had kunnen beïnvloeden.³⁹

De wens van aanbestedende diensten om af te kunnen zien van bekendmaking van de beoordelingsmethodiek is vaak ingegeven door de angst voor strategische inschrijvingen.⁴⁰ Een dergelijke angst is onzes inziens niet reëel, mits aanbestedende diensten een *deugdelijke* beoordelingsmethodiek hanteren. In dat kader zijn de voorzorgen zoals genoemd in de Gids Proportionaliteit en de genoemde handrekening van PIANOo zeer welkom.

Indien de beoordelingsmethodiek niet wordt gepubliceerd, terwijl niet wordt voldaan aan de door het Hof gestelde randvoorwaarde (kort gezegd: het niet wijzigen van de relatieve weging van de gunningscriteria), is sprake van een onrechtmatige aanbesteding en zal een heraanbesteding moeten volgen. Hiermee is het belang van een goede toetsing aan de door het Hof gestelde randvoorwaarden gegeven. Ingeval van twijfel is het vanzelfsprekend raadzaam om de beoordelingsmethodiek in de aankondiging of de aanbestedingsstukken te vermelden.

Ten slotte wordt nog opgemerkt dat het besproken arrest zijn relevantie behoudt voor de thans geldende Richtlijn 2014/24. De relevante bepaling (artikel 67 lid 5) wijkt immers niet wezenlijk af van artikel 54 lid 2 Richtlijn 2004/18.

Mr. M.M. Fimerius en mr. H.P.C. Goedegebure

Greetje Fimerius en Hugo Goedegebure zijn advocaat bij AKD.

VOETNOTEN

- 1) Onder 'gunningscriterium' wordt in deze annotatie verstaan: 'EMVI' of 'laagste prijs' (onder Richtlijn 2004/18/EG).
- 2) Onder 'nadere gunningscriteria' wordt in deze annotatie verstaan: de criteria voor de bepaling van de economisch meest voordelige inschrijving, zie in dit verband de (niet-limitatieve) opsomming in artikel 67 lid 2 Richtlijn 2014/24/EU (voorheen: artikel 53 lid 1 sub a van Richtlijn 2004/18/EG).
- 3) Onder 'subgunningscriteria' wordt in deze annotatie verstaan: de eventuele criteria waaruit de nadere gunningscriteria zijn opgebouwd.
- 4) Conclusie Advocaat-Generaal P. Mengozzi, 10 maart 2016, C-6/15.
- 5) Op onderhavige aanbesteding was Richtlijn 2004/18/EU van toepassing. In verband met de leesbaarheid wordt in deze annotatie derhalve de terminologie uit deze richtlijn aangehouden.
- 6) Met de Belgische term 'gunningsverslag' wordt bedoeld op een schriftelijke weergave van de beoordeling van de inschrijvingen.
- 7) Zie over de toelaatbaarheid van een dergelijke beoordelingsmethode: 'T.H. Chen 'Rangordemethoden in België en het arrest RvS nr. 229.723 van 6 januari 2015', TA 2016/32.
- 8) Deze volzin uit overweging 46 is in gewijzigde vorm opgenomen in overweging 90 van Richtlijn 2014/24, welke als volgt luidt: '*Om te garanderen dat bij de gunning het beginsel van gelijke behandeling in acht wordt genomen, moet de aanbestedende dienst worden verplicht de nodige transparantie te betrachten, zodat iedere inschrijver redelijkerwijs kennis kan nemen van de criteria en regelingen die bij de gunning van de opdracht worden toegepast.*'
- 9) Zie onder meer Raad van State, Afdeling Bestuursrechtspraak 29 juli 2014, nr. 228.133, r.o. 11.3: '*(...) Wat betreft de beoordelingsmethode lijkt er in de huidige stand van het recht in beginsel geen algemene verplichting te bestaan om de beoordelingsmethodiek voorafgaand bekend te maken, om met andere woorden op voorhand aan te kondigen hoe, naast de weging, de punten op de offertes zullen worden toegepast.*'
- 10) Door Dimarso wordt in dit verband verwezen naar HvJ EG 24 januari 2008, C-532/06 (*Lianakis*).
- 11) Raad van State, Afdeling Bestuursrechtspraak 6 januari 2015, nr. 229.723, r.o. 20.

- 12) HvJ EU 21 juli 2011, C-252/10, (*Evropaiki Dynamiki/EMSA*), pt. 33; zie in dit verband ook HvJ EG 24 november 2005, C-311/04, (*ATI-EAC*), pt. 32.
- 13) HvJ EU 14 juli 2016, C-6/15 (*TNS Dimarso*), pt. 28.
- 14) Raad van State, Afdeling Bestuursrechtspraak 6 januari 2015, nr. 229.723, r.o. 4.3.
- 15) HvJ EU 21 juli 2011, C-252/10, (*Evropaiki Dynamiki/EMSA*), pt. 35.
- 16) HvJ EU 14 juli 2016, C-6/15 (*TNS Dimarso*), pt. 29-30.
- 17) HvJ EU 14 juli 2016, C-6/15 (*TNS Dimarso*), pt. 31-32.
- 18) Conclusie Advocaat-Generaal P. Mengozzi, 10 maart 2016, C-6/15, r.o. 51.
- 19) Conclusie Advocaat-Generaal P. Mengozzi, 10 maart 2016, C-6/15, r.o. 55 e.v.
- 20) Raad van State, Afdeling Bestuursrechtspraak 11 september 2012, nr. 220.566, r.o. 22; Raad van State, Afdeling Bestuursrechtspraak 14 februari 2013, nr. 222.516, r.o. 11; Raad van State, Afdeling Bestuursrechtspraak 16 mei 2013, nr. 223.487, p. 17-18; Raad van State, Afdeling Bestuursrechtspraak 14 januari 2014, nr. 226.031, r.o. 14.
- 21) Gids Proportionaliteit, 1e herziening, april 2016, p. 54.
- 22) Handreiking 'Hoe bepaal je de beste prijs-kwaliteitverhouding', PIANOo, juni 2016, p. 38 e.v. (te raadplegen via <https://www.pianoo.nl/sites/default/files/documents/documents/hoe-bepaal-je-beste-prijs-kwaliteitverhouding-juni2016.pdf>).
- 23) Vgl. r.o. 35 van het arrest van het Hof, waarin wordt overwogen dat relevant is of het bekendgemaakte gewicht van elk van de gunningscriteria *daadwerkelijk* bij de beoordeling van de inschrijvingen in acht is genomen.
- 24) HvJ EG 24 januari 2008, C-532/06 (*Lianakis*), pt. 38.
- 25) HvJ EG 12 december 2002, C-470/99 (*Universale Bau*).
- 26) Deze verplichting volgt (impliciet) uit de richtlijnen. De verplichting om *het relatieve gewicht* van de subgunningscriteria te vermelden omvat noodzakelijkerwijs immers ook de verplichting om de subgunningscriteria bekend te maken.
- 27) HvJ EG 24 januari 2008, C-532/06 (*Lianakis*), pt. 36.
- 28) Artikel 53 lid 2 Richtlijn 2004/18/EG, artikel 67 lid 5 Richtlijn 2014/24/EU; zie in dit verband ook HvJ EG 24 januari 2008, C-532/06 (*Lianakis*), pt. 36.
- 29) HvJ EG 24 januari 2008, C-532/06 (*Lianakis*), pt. 38; E.H. Pijnacker Hordijk, G.W. van der Bend & J.F. van Nouhuys, *Handboek van het Europese en het Nederlandse aanbestedingsrecht*, Den Haag: Sdu 2009, p. 426.
- 30) HvJ EG 24 november 2005, C-331/04 (*ATI -EAC*). pt. 32; HvJ EG 24 januari 2008, C-532/06 (*Lianakis*), pt. 43.
- 31) G. 't Hart wijst in dit verband op het 'hoog academische gehalte' van de door het Hof geformuleerde voorwaarden in zijn annotatie bij HvJ EG 24 januari 2008, C-532/06 (*Lianakis*), BR 2008/61.
- 32) S. Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement, regulation in the EU and UK*, Volume 1, London: Sweet & Maxwell 2014, p. 786.
- 33) Idem.
- 34) Zie in dit verband bijvoorbeeld de paper die is opgesteld door ir. MAB Bert Baeyens, naar aanleiding van het congres 'Aanbestedingsrecht in België en Nederland' op 23 september 2014.
- 35) R. Mateus, J.A. Ferreira, Joao Carreira, 'Full disclosure of tender evaluation models: Background and application in Portuguese public procurement', *Journal of Purchasing & Supply Management*, 2010, 16, p 208.
- 36) De vraag rijst in dit verband hoe de (Portugees rechtelijke) verplichting zich verhoudt tot de vrijheid die het Hof met het onderhavige arrest aan de aanbestedende diensten in de Europese Unie laat.

- 37) Zie in dit verband de aangehaalde jurisprudentie in M.J.M. Essers, *Aanbestedingsrecht voor overheden*, Amsterdam: Reed Business Education 2013, p. 304 e.v.
- 38) Vزر. Rb. 's-Gravenhage 11 januari 2008, ECLI:NL:RBSGR:2007:BC9314, JAAN/2007/157, r.o. 3.2 e.v.
- 39) HvJ EG 24 november 2005, C-331/04 (*ATI-EAC*).
- 40) Zie in dit verband Vزر. Rb. 's-Gravenhage 11 januari 2008, ECLI:NL:RBSGR:2007:BC9314, JAAN 2007/157, r.o. 3.4, waarin de aanbestedende dienst opmerkt '*dat zij met het vooraf niet kenbaar maken van de methodiek die zij voornemens was te hanteren, wilde voorkomen dat de inschrijvers strategisch gingen inschrijven. Zij wenste de marktwerking te bevorderen en commercieel concurrerende biedingen te ontvangen*'.

Copyright 2022 - Sdu - Alle rechten voorbehouden.