

Advies 610 | Samenvatting

De klacht ziet op een Europese openbare aanbestedingsprocedure voor een overheidsopdracht voor diensten van calamiteitenbestrijding waterverontreiniging, kleine objecten en beheer en onderhoud materieel. Geklaagd wordt dat de aanbesteder in strijd handelt met artikel 2.130 Aw 2012 door in de gunningsbeslissing niet in te gaan op de relatieve kenmerken en voordelen van de winnende inschrijver. De Commissie acht de klacht gegrond.

De Commissie onderkent dat aanbesteder bij het naleven van de op hem rustende motiveringsplicht rekening dient te houden met de gerechtvaardigde commerciële belangen van de winnaar en dat van aanbesteder in beginsel niet gevraagd mag worden om in strijd daarmee te handelen. De Commissie acht het echter niet aanvaardbaar dat aanbesteder geen enkele nadere inhoudelijke motivering kan verstrekken zonder schending van de gerechtvaardigde commerciële belangen van de winnende inschrijver. Zo wijst de Commissie er op dat ook een motivering denkbaar is waarin inzicht wordt gegeven in de kenmerken van de winnende inschrijving in termen van aangeboden resultaten, zonder inzage te geven in de daaraan ten grondslag liggende commercieel vertrouwelijke oplossingen. In zoverre acht de Commissie de klacht gegrond.

Voorts heeft ondernemer aangevoerd dat aanbesteder ten onrechte niet de kenmerken van de winnende inschrijving heeft medegedeeld voor zover deze gelijk of slechter heeft gescoord dan de inschrijving van ondernemer zelf. Op grond van artikel 2.130 Aw 2012 dient een aanbestedende dienst in de mededeling van de gunningsbeslissing de relevante redenen voor die beslissing op te nemen. Daartoe worden in ieder geval de kenmerken én de relatieve voordelen van de uitgekozen inschrijver gerekend. Ratio van artikel 2.130 Aw 2012 is immers dat een afgewezen inschrijver voldoende informatie moet krijgen om te kunnen beoordelen of het aanhangig maken van een juridische procedure zinvol is. Naar het oordeel van de Commissie zal een aanbestedende dienst dan ook de relevante kenmerken van de winnende inschrijving bekend moeten maken, voor zover dat voor de afgewezen inschrijver nodig is om te kunnen beoordelen of het aanhangig maken van een juridische procedure zinvol is. Deze relevante kenmerken kunnen ook zien op onderdelen waarop de winnende inschrijver gelijk of lager heeft gescoord dan de afgewezen inschrijver. Indien aan een winnende inschrijver voor deze onderdelen een te hoge score is toegekend, kan dat immers invloed hebben op de uitkomst van de aanbestedingsprocedure in die zin dat overheidsopdracht aan de afgewezen inschrijver moet worden gegund. Nu aanbesteder geen inzage heeft gegeven in de relevante kenmerken van de winnende inschrijving op onderdelen waarop deze gelijk aan of lager dan de inschrijving van ondernemer heeft gescoord, acht de Commissie de klacht ook in zoverre gegrond.

Advies 610

1. Feiten

- 1.1. Aanbesteder heeft op 8 juli 2020 een Europese openbare aanbestedingsprocedure aangekondigd voor een overheidsopdracht voor diensten van calamiteitenbestrijding waterverontreiniging, kleine objecten en beheer en onderhoud materieel. De opdracht is verdeeld in 4 geografische percelen. De klacht heeft betrekking op perceel 3.
- 1.2. Ondernemer heeft een inschrijving ingediend.
- 1.3. In de mededeling van de gunningsbeslissing van 6 november 2020 heeft aanbesteder aan ondernemer meegedeeld dat er voor perceel 3 twee inschrijvingen zijn ingediend, dat zijn inschrijving niet is gekwalificeerd als de inschrijving met de beste prijs-kwaliteitverhouding ("BPKV") en dat aanbesteder voornemens is de opdracht voor perceel 3 te gunnen aan ondernemer X. In dat kader geeft aanbesteder aan dat de scores op de gunningscriteria in combinatie met de aangeboden prijzen tot gevolg hebben dat de inschrijving van ondernemer X de beste prijs-kwaliteitverhouding heeft. Bij de mededeling van de gunningsbeslissing is een bijlage gevoegd met de motivering van de gunningsbeslissing. Aanbesteder kondigt in de mededeling van de gunningsbeslissing aan dat in de bijlage de scores van alle inschrijvers op de gunningscriteria zijn vermeld, alsmede alle inschrijvingsommen en fictieve inschrijvingsommen, de inhoudelijke motivering van de scores van ondernemer en de kenmerken en de relatieve voordelen van de winnende inschrijving. In de bijlage motiveert aanbesteder zeer uitvoerig de scores van ondernemer zelf. Verder is in de bijlage de volgende motivering opgenomen:

'Bijlage: Motivering Beoordeling voor inschrijver

Motivering Beoordeling voor inschrijver [Ondernemer]							
Overzicht inschrijvingsommen en fictieve inschrijvingsommen							
Naam inschrijver	Inschrijvingsom				Fictieve inschrijvingsom		
[Ondernemer]	€ 1.584.029,60				€ 1.236.044,60		
[X]	€ 1.286.927,00				€ 986.562,00		
Overzicht van de scores op de BPKV-criteria							
Inschrijver	Score (Sub) Criterium:						
	1.1	1.2	2.1	2.2	3.1	3.2	3.3
[Ondernemer]	8	10	10	6	8	8	10
[X]	10	8	10	6	6	8	10
Kenmerken en relatieve voordelen van de winnende inschrijver							
Door een goede score op de verschillende subcriteria, waaronder 1.1 en een zeer scherpe inschrijfprijs heeft [X] de inschrijving met de beste prijs-kwaliteitverhouding.							
Eigen Beoordeling [Ondernemer]							
(...)							

1.4. Ondernemer heeft op 11 november 2020 een uitvoerige klachtbrief naar aanbestedder gezonden waarin hij onder meer aangeeft geen motivering van de relatieve voordelen van de winnende inschrijver te hebben ontvangen en dat hij daar alsnog om verzoekt.

1.5. Op 17 november 2020 heeft aanbestedder een reactie gegeven op de klachtbrief van ondernemer. Aanbestedder geeft, onder meer, de volgende reactie:

'(...)

U stelt: 'In uw brief wordt onderaan aangegeven, dat u ons een motivering geeft en de relatieve voordelen van de winnende inschrijver. Nergens komen deze terug.'
In de bijlage bij de brief is hierover evenwel het volgende vermeld:

Kenmerken en relatieve voordelen van de winnende inschrijver

Door een goede score op de verschillende subcriteria, waaronder 1.1 en een zeer scherpe inschrijfprijs heeft [X] de inschrijving met de beste prijs-kwaliteitverhouding.

U stelt: 'Graag ontvangen wij uitgebreide informatie hoe en waarop [X] op de verschillende subcriteria heeft gescoord.'

Uitgebreide informatie over de inschrijving en de beoordeling van andere inschrijvers zal niet verstrekt worden. Dit is bovendien concurrentiegevoelige informatie.

(...)

Tot slot

U stelt: 'Op grond van onze op- en aanmerkingen zijn wij van mening dat de offerte van [X] ter zijde gelegd had moeten worden. Wij willen dit nader concretiseren door met name het prijsgedeelte (de volledige inschrijfstaat) van deze offerte toegestuurd te krijgen. Bij deze vragen wij u daarnaar.'

Zoals al eerder in deze brief gemeld wordt geen concurrentiegevoelige informatie van inschrijvers gedeeld.

(...)

1.6. Op 26 november 2020 heeft de advocaat van ondernemer een brief met de onderstaande inhoud aan aanbestedder gestuurd:

'(...)

[Ondernemer] betreurt het ten eerste dat [Aanbestedder] niet inziet dat de uitslag van de onderhavige aanbestedingsprocedure op een luchtspiegeling is gebaseerd. Niet alleen wordt volstrekt voorbijgegaan aan aangeboden, bewezen kwaliteitsaspecten, maar vooral wordt niet onderkend dat [X] niet in staat is de kwaliteit te bieden die voor de gevraagde diensten noodzakelijk is. [Aanbestedder] creëert een papieren werkelijkheid en [Ondernemer] acht het van belang dat '[Aanbestedder] daarvoor bij deze gewaarschuwd is. En [Ondernemer] hoopt ook dat áls eenmaal blijkt dat [X] wanpresteert, [Aanbestedder] daaraan consequenties verbindt in plaats van dat te bedekken met de mantel der liefde.

[Ondernemer] wijst [Aanbestedder] er ook op dat [Aanbestedder] de noodzakelijke informatie achterhoudt om te onderbouwen dat [X] ten onrechte de opdracht toegeschoven krijgt. Zoals ook in het bezwaar tegen de brief 'gunningsbeslissing' naar voren is gebracht, heeft [Aanbestedder] geen enkel inzicht gegeven in de relevante verschillen tussen de inschrijvingen van [Ondernemer] en [X]. Zonder die

informatie kan [Ondernemer] niet aanduiden dat de kwaliteitsverschillen veel groter zijn dan [Aanbesteder] veronderstelt. De eenzijdige mededeling van [Aanbesteder] dat aan [X] bepaalde scores zijn toegekend en dat [Aanbesteder] [X] per saldo beter acht, is bij gebreke van elke onderbouwing volstrekt willekeurig en oncontroleerbaar. Op deze manier kan [Aanbesteder] elke door haar gewenste inschrijver tot winnaar uitroepen, zonder dat er enige controle plaatsvindt.

Het voorgaande heeft formeel tot consequentie dat er nog geen sprake is van een gunningsbeslissing in de zin van de aanbestedingswet en er geen bezwaartermijn (doorgaans aangeduid als 'Alcateltermijn') is aangevangen.

[Ondernemer] zal naar aanleiding van uw brief van 17 november jl. op korte termijn een klacht bij de Commissie van Aanbestedingsexperts neerleggen over het feit dat de wettelijk vereiste informatie ontbreekt in het document dat thans ten onrechte door [Aanbesteder] als 'gunningsbeslissing' is aangeduid. Indachtig de duidelijke tekst van de wet, lijdt het voor [Ondernemer] geen twijfel dat haar klacht zal worden erkend door deze Commissie.

(...)'

- 1.7. Vervolgens heeft ondernemer op 9 december 2020 een klacht bij de Commissie ingediend (zie paragrafen 2 en 3 hierna).
- 1.8. Aanbesteder heeft op 17 december 2020 een reactie ingediend (ze paragraaf 4 hierna).

2. Beschrijving klacht

Aanbesteder handelt in strijd met artikel 2.130 Aw 2012 door in de gunningsbeslissing niet in te gaan op de relatieve kenmerken en voordelen van de winnende inschrijver.

3. Onderbouwing klacht

- 3.1. De kern van de klacht is dat de motivering in het document dat door aanbesteder als 'gunningsbeslissing' wordt aangemerkt niet voldoet aan de eisen van de Aanbestedingswet 2012. In de 'gunningsbeslissing' ontbreken de op grond van artikel 2.130 Aw 2012 vereiste kenmerken en relatieve voordelen van de winnende inschrijver (ondernemer X). Als gevolg daarvan is het niet mogelijk om de uitkomst van de aanbestedingsprocedure op juistheid te toetsen. Weliswaar kan de eigen score min of meer worden getoetst op correcte toepassing van de gunningscriteria, maar of de verschillen in punten met de winnaar overeenstemmen met daadwerkelijke verschillen tussen de inschrijvingen, is op geen enkele manier controleerbaar. En dat is voor ondernemer van belang, omdat hij uit de praktijk weet dat de kwaliteitsverschillen met ondernemer X groot zijn. Maar bij gebrek aan de genoemde informatie kan ondernemer aanbesteder niet uitleggen dat de kwaliteitsverschillen verkeerd zijn gewaardeerd. En evenmin kan hij, in voorkomend geval, toelichten dat ondernemer X zaken aanbiedt waarvan in de praktijk al is gebleken dat hij die niet kan nakomen.
- 3.2. Een mededeling van de gunningsbeslissing dient op grond van artikel 2.127 jo 2.130 Aw 2012 (en de Europese wetgeving die met genoemde artikelen is geïmplementeerd) transparant te zijn ten aanzien van de beoordeling en de bevindingen die tot de uitslag hebben geleid. Daarvoor moet de (afgewezen) inschrijver zowel kunnen controleren hoe zijn eigen inschrijving is beoordeeld, maar ook of de

winnende inschrijving correct is beoordeeld en of de aangetroffen verschillen tussen de inschrijvingen conform de bekendgemaakte systematiek zijn gewaardeerd. Dat geschiedt door de verschillen met de winnende inschrijving in de gunningsbeslissing te benoemen. Die verschillen moeten het verschil in toegekende waardering staven. Dit geldt voor alle gunningscriteria, óók voor de (sub)gunningscriteria waarop de winnende inschrijver lager of gelijk heeft gescoord. Het is een misvatting om de formulering "relatieve voordelen" van artikel 2.130 Aw2012 beperkt uit te leggen, in die zin dat alleen een verschil moet worden uitgelegd als de winnaar beter scoort op het desbetreffende criterium. Het bedoelde "relatieve voordeel" betekent dat de winnaar over alle criteria genomen beter is. Een klein nadeel op een subcriterium is derhalve ook een aspect van het relatieve voordeel van de winnaar dat moet worden toegelicht. Dat geldt temeer, omdat áls dat verschil verkeerd is beoordeeld en de winnaar een nóg lagere score op dat subcriterium had moeten krijgen, het relatieve voordeel van de winnaar afneemt en mogelijk moet worden geconcludeerd dat een andere uitslag zou moeten volgen uit de procedure. In dit kader verwijst ondernemer naar Rechtbank Amsterdam (vzr.) 6 oktober 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:4896, r.o. 4.7; Rechtbank Midden-Nederland (vzr.) 3 juli 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:2584, r.o. 4.20; Rechtbank Gelderland (vzr.) 7 november 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:5011, r.o. 4.3 en Advies 551 van de Commissie van Aanbestedingsexperts.

- 3.3. Aanbesteder heeft op geen enkele wijze in de 'gunningsbeslissing' uitgelegd waarom aan ondernemer X voor wat betreft subgunningscriterium 1.1 een hogere score is toegekend ten opzichte van ondernemer, voor wat betreft subgunningscriteria 1.2 en 3.1 een lagere score en voor wat betreft subgunningscriteria 2.1, 2.2, 3.2 en 3.3 een gelijke score. Het enige dat aanbesteder ter motivering en bij wijze van 'Kenmerken en relatieve voordelen van de winnende inschrijving' in de gunningsbeslissing heeft opgenomen is (zie 1.3 hiervoor):

'Door een goede score op de verschillende subcriteria, waaronder 1.1 en een zeer scherpe inschrijfprijs heeft ondernemer X de inschrijving met de beste prijs-kwaliteitverhouding.'

- 3.4. De voornoemde nietszeggende 'motivering' voldoet niet aan de eisen die artikel 2.130 Aw 2012 daaraan stelt. Dat aanbesteder ondernemer X per saldo beter heeft beoordeeld, volgt reeds uit het feit dat aanbesteder aan ondernemer X wil gunnen in plaats van aan ondernemer. Het gaat erom dat wordt onderbouwd dat deze beslissing volgt uit een correcte toepassing van de gunningscriteria. De daarvoor noodzakelijke en door de wet vereiste kenmerken en relatieve voordelen van de winnende inschrijver ontbreken echter volledig. Dat klemt te meer, omdat ondernemer de aan ondernemer X toegekende scores op geen enkele manier kan plaatsen in het licht van de (voorts bij aanbesteder) bekende ondermaatse prestaties van ondernemer X in het verleden. Het valt niet uit te sluiten dat ondernemer X zaken heeft aangeboden, waarvan op basis van historische prestaties of afwezigheid van het daartoe benodigde, unieke materieel, moet worden aangenomen dat hij die niet kan waarmaken. Dat maakt het des te belangrijker dat aanbesteder inzicht geeft in de kenmerken en relatieve voordelen van de inschrijving van ondernemer X.

- 3.5. Ondernemer merkt tot slot op dat aanbesteder de ontbrekende kenmerken en relatieve voordelen van de winnende inschrijver in de 'gunningsbeslissing' niet kan rechtvaardigen door het standpunt in te nemen dat er sprake is van concurrentiegevoelige informatie (zie de brief van 17 november 2020 in 1.5 hiervoor). Het vermelden van 'de kenmerken en relatieve voordelen van de uitgekozen inschrijver' betekent niet dat de kenmerken van de inschrijving tot in detail bekend hoeven te worden gemaakt. Het gaat vooral om "wat" is aangeboden – iets dat ook bij uitvoering van de opdracht in de openbaarheid zal komen – en niet om het "hoe"

(lees: de wijze waarop ondernemer X de aangeboden prestatie organiseert, betaalt, etc.). Partijen zijn al bekend met elkaars diensten, materieel en kwaliteit en kunnen dat in de dagelijkse praktijk ook van elkaar waarnemen. In die zin is er geen sprake van bedrijfsgeheimen, maar is enkel onbekend wat van die diensten in dit concrete geval is aangeboden. Aanbesteder had ook zonder in bedoelde details omtrent het 'hoe' te treden en zonder de commerciële belangen van de winnende inschrijver te schaden, de relevante verschillen kunnen duiden.

- 3.6. Ondernemer concludeert dat de 'gunningsbeslissing' de wettelijke toets niet kan doorstaan. En daarmee is hij in zijn rechtspositie aangetast.

4. Reactie aanbesteder

- 4.1. Aanbesteder stelt voorop dat ondernemer zich niet beklagt over de eigen scores of over het feit dat de beoordeling niet juist zou zijn verlopen.
- 4.2. Ondernemer klaagt over de motivering van de gunningsbeslissing. Die motivering zou onvoldoende ingaan op de kenmerken en relatieve voordelen van de winnende inschrijving en zou mitsdien niet voldoen aan de vereisten volgens artikel 2.130 Aw. Door het ontbreken van de, naar het oordeel van ondernemer, relevante informatie, kan ondernemer niet nagaan of de uitkomst van de aanbestedingsprocedure juist is of de beoordelingssystematiek juist is toegepast en of de aan ondernemer X toegekende scores juist zijn. Ondernemer kan daarom aan aanbesteder niet uitleggen waarom de aan ondernemer X toegekende scores, verondersteld, onjuist zijn. Bovendien stelt ondernemer op voorhand dat in de praktijk is gebleken dat ondernemer X zijn aanbieding niet zal waarmaken, zodat de toegekende scores wel onjuist moeten zijn.
- 4.3. Aanbesteder stelt dat de veronderstellingen met betrekking tot ondernemer X geheel voor rekening van ondernemer komen en merkt op dat deze in elk geval niet worden onderbouwd. Alleen al daarom kan aanbesteder daarop niet ingaan.
- 4.4. Artikel 2.130 Aw 2012 bepaalt dat dat aanbesteder bij de gunningsbeslissing de relevante redenen voor die beslissing moet vermelden, waaronder de naam van de winnende inschrijver en de kenmerken en relatieve voordelen van de winnende inschrijving.
- 4.5. Er waren twee inschrijvers: ondernemer en ondernemer X. In de gunningsbeslissing heeft aanbesteder aangegeven:
- a. de naam van de winnende inschrijving: ondernemer X;
 - b. de scores op de (sub)gunningscriteria van de beide inschrijvers;
 - c. de vermelding dat vanwege de scores op de gunningscriteria in combinatie met de aangeboden prijs de inschrijving van ondernemer X de beste prijs-kwaliteitsverhouding geeft;
 - d. een – uitgebreide – toelichting op de scores van ondernemer.
- 4.6. Aanbesteder meent hiermee voldaan te hebben aan de motiveringsverplichtingen van artikel 2.130 Aw 2012. Volgens aanbesteder heeft hij de kenmerken en relatieve voordelen van de winnende inschrijver voldoende aangegeven door de score van ondernemer X bekend te maken en de motivering op de eigen score van ondernemer. Dat geen gedetailleerde toelichting is verstrekt op de scores van ondernemer X, maakt dat volgens aanbesteder niet anders. Het is de aanbesteder niet toegestaan om bedrijfsvertrouwelijke gegevens van een inschrijver bekend te maken aan concurrerende inschrijvers. Aanbesteder stelt in dit kader dat het kwalitatieve deel van een inschrijving in zijn algemeenheid als bedrijfsvertrouwelijk en concurrentiegevoelig kan worden aangemerkt.

- 4.7. Bovendien heeft de gunningsbeslissing volgens aanbesteder niet tot doel een andere inschrijver in staat te stellen om de beoordeling van de winnende inschrijver te controleren en om na te gaan of de winnende inschrijving juist is beoordeeld. Aanbesteder voert aan dat dit wordt ondersteund door jurisprudentie, zoals: Rb. Den Haag (vzr.) 16 juli 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:7115 en, recentelijk, Rb. Den Haag (vzr.) 12 november 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:11408.

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder op 8 juli 2020 een Europese openbare aanbestedingsprocedure heeft aangekondigd voor een overheidsopdracht voor diensten van calamiteitenbestrijding waterverontreiniging, kleine objecten en beheer en onderhoud materieel. De opdracht is verdeeld in 4 geografische percelen. De klacht heeft betrekking op perceel 3. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Delen 1 en 2 van de Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit (2^e herziene versie die op 1 juli 2020 in werking is getreden).
- 5.2. Alvorens tot de beoordeling van de klacht over te gaan, geeft de Commissie eerst het toetsingskader weer.
- 5.2.1. In artikel 1.9 Aw 2012 is bepaald dat een aanbestedende dienst transparant moet handelen. Deze transparantieverplichting is ten aanzien van de kwalitatieve gunningscriteria in de jurisprudentie als volgt geconcretiseerd. Van belang is dat (i) zodanige criteria worden geformuleerd dat het voor een kandidaat-inschrijver volstrekt duidelijk is aan welke kwaliteitseisen hij moet voldoen, (ii) de inschrijvingen aan de hand van een zo objectief mogelijk systeem worden beoordeeld en (iii) de aanbestedende dienst zijn uiteindelijke keuze motiveert op een wijze die het voor de afgewezen inschrijvers mogelijk maakt om (a) de wijze waarop de beoordeling heeft plaatsgevonden te toetsen en (b) te controleren of de beoordeling de (voorlopige) gunningsbeslissing rechtvaardigt. Een aanbestedende dienst is gehouden om de inschrijving overeenkomstig de door hem gestelde eisen te beoordelen en mag geen afwegingsregels of subcriteria toepassen die hij niet vooraf ter kennis van de inschrijvers heeft gebracht, omdat anders in strijd met het transparantie- en gelijkheidsbeginsel zou worden gehandeld (zie onder meer Advies 477, overweging 5.2.2 en Advies 448, overweging 5.2.3 en de aldaar aangehaalde adviezen en jurisprudentie).
- 5.2.2. In het verlengde van de in 5.2.1 onder (iii) bedoelde verplichting is een aanbestedende dienst op grond van artikel 2.130 lid 1 en lid 2 Aw 2012 verplicht alle relevante redenen voor de gunning in de mededeling van de gunningsbeslissing op te nemen:

'Artikel 2.130

1. De mededeling van de gunningsbeslissing aan iedere betrokken inschrijver of betrokken gegadigde bevat de relevante redenen voor die beslissing, (...).
2. Voor de toepassing van het eerste lid wordt onder relevante redenen in ieder geval verstaan de kenmerken en relatieve voordelen van de uitgekozen inschrijving alsmede de naam van (...) de partijen bij de raamovereenkomst.
(...)'

- 5.2.3. Op grond van artikel 2.127 Aw 2012 dient een aanbestedende dienst een opschortende termijn van 20 kalenderdagen na de mededeling van de gunningsbeslissing in acht te nemen voordat hij de met de gunningsbeslissing beoogde overeenkomst sluit.

- 5.2.4. Voorts is in artikel 2.57, lid 1, en artikel 2.138, aanhef en onder c en d, Aw 2012 bepaald:

'Artikel 57

1. Onverminderd het in deze wet bepaalde maakt een aanbestedende dienst informatie die hem door een ondernemer als vertrouwelijk is verstrekt niet openbaar.
(...)'

'Artikel 2.138

De aanbestedende dienst maakt bepaalde gegevens betreffende de gunning van een overheidsopdracht niet bekend, indien openbaarmaking van die gegevens:
(...);

- c. de rechtmatige commerciële belangen van ondernemers zou kunnen schaden;
d. afbreuk zou kunnen doen aan de eerlijke mededinging tussen ondernemers.'

- 5.2.5. Uit de Memorie van Toelichting bij artikel 2.130 Aw 2012 blijkt dat de wetgever er voor heeft gekozen – evenals in de WIRA – om met betrekking tot de motivering van de gunningsbeslissing niet te volstaan met een verplichting van aanbestedende diensten om een samenvatting van de relevante redenen te geven, maar alle relevante redenen in de mededeling van de gunningsbeslissing op te nemen (TK 2009/10, 32440, nr. 3, p. 94). Daarmee verwijst de wetgever naar hetgeen hij naar het oordeel van de Commissie in de kern tot uitdrukking heeft willen brengen in de Memorie van Toelichting bij de WIRA: het toezenden van een samenvattende beschrijving van de relevante redenen die tot een bepaalde gunningsbeslissing hebben geleid zal aan de afgewezen inschrijver veelal onvoldoende houvast bieden om te kunnen beoordelen of het aanhangig maken van een juridische procedure zinvol is. Bij twijfel zal die inschrijver er dan toe overgaan een juridische procedure aanhangig te maken. Een dergelijke juridisering acht de wetgever echter onwenselijk en kan voorkomen worden door de gunningsbeslissing transparant en met vermelding van alle relevante redenen te motiveren (TK 2008/09, 32027, nr. 3, p. 7).
- 5.2.6. De Commissie heeft in haar Adviezen 30, 78, 86, 138, 209, 244, 326, 389 en 417 overwogen dat aan de motiveringsverplichting van artikel 2.130 Aw 2012 niet is voldaan wanneer de aanbestedende dienst slechts een matrix met de scores bekend maakt, zonder enige toelichting op de wijze waarop die scores tot stand zijn gekomen. Een aanbestedende dienst handelt ook in strijd met de motiveringsverplichting indien alleen een totaalscore voor kwaliteit van de afgewezen inschrijver wordt bekendgemaakt, maar niet het aantal punten dat op specifieke kwaliteitsaspecten is behaald (Advies 477). Een aanbestedende dienst handelt bovendien in strijd met die verplichting wanneer hij niet duidelijk maakt wat de kenmerken en voordelen van de inschrijving van de winnende inschrijver zijn (zie Adviezen 280, 326, 389, 417, 425 en 551 en Rb. Rechtbank Gelderland (vzr.) 7 november 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:5011, r.o. 4.3; Rb. Midden-Nederland (vzr.) 3 juli 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:2584, r.o. 4.20 en Rb. Amsterdam (vzr.) 6 oktober 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:4896, r.o. 4.7) en waarom de afgewezen inschrijver niet de maximale score heeft behaald (zie Adviezen 147, 389 en 417). Immers, zonder deze informatie kan de afgewezen inschrijver niet beoordelen of het aanhangig maken van een juridische procedure tegen de gunningsbeslissing zinvol is (zie TK 2008/09, 32027, nr. 3, p. 7). Waar het in de kern om gaat is of de aanbestedende dienst met de verstrekte motivering van de gunningsbeslissing de afgewezen inschrijver voldoende houvast heeft geboden om te kunnen beoordelen of het aanhangig maken van een juridische procedure zinvol is (zie Adviezen 30, 389, 417 en 551).

- 5.2.7. In de Memorie van Toelichting is ook opgemerkt dat het nalaten om de relevante redenen mee te zenden betekent dat de mededeling van de gunningsbeslissing niet voldoet aan de eisen van de wet (thans artikel 2.127 jo. artikel 2.130 Aw 2012). Het gevolg daarvan is dat in een dergelijk geval de opschortende termijn nog niet begint te lopen (TK 2008/09, 32027, nr. 3, p. 18). De Commissie heeft reeds geoordeeld dat de wetgever dat gevolg heeft willen beperken tot een geval waarin een aanbestedende dienst in zijn mededeling van de gunningsbeslissing in het geheel geen redenen van die beslissing geeft, dan wel redenen geeft die een redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver volstrekt geen houvast bieden om te kunnen beoordelen of het aanhangig maken van een juridische procedure zinvol is (zie Advies 138, overweging 5.9.6; Advies 389, overweging 5.9.5 en Advies 405, overwegingen 5.4.2 en 5.4.3; vgl. ook Hof Den Bosch 12 maart 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:974).
- 5.2.8. Ten slotte geldt dat de naleving van de motiveringsplicht van artikel 2.130, leden 1 en 2, Aw 2012 in het concrete geval verenigbaar zal moeten zijn met de eveneens geldende regel dat de inschrijving die een inschrijver heeft gedaan vertrouwelijk is en dat ook dient te blijven. Het zou de onderhandelings- en concurrentiepositie van een inschrijver immers kunnen schaden wanneer de aanbestedende dienst met name de commerciële inhoud van die inschrijving aan de andere inschrijvers bekend maakt (vgl. ook Rb. Midden-Nederland (vzr.) 15 juli 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5272, r.o. 4.15). Het voorgaande betekent naar het oordeel van de Commissie dat een aanbestedende dienst bij de naleving van de motiveringsplicht van artikel 2.130, leden 1 en 2, Aw 2012 enerzijds recht zal moeten doen aan de ratio van die bepalingen (zie 5.2.5 hiervoor), maar dat hij anderzijds – met het oog op de rechtmatige commerciële belangen van ieder van de betrokken inschrijvers – bij die naleving niet verder mag gaan dan strikt noodzakelijk is om recht te doen aan de hiervoor bedoelde ratio (Advies 551, overweging 5.2.10; Advies 311, overweging 5.3.4, vgl. ook Advies 195, overweging 5.6.3).
- 5.3. De Commissie zal nu overgaan tot de beoordeling van de klacht.
- 5.3.1. In het kader van de kenmerken en relatieve voordelen van de winnende inschrijver heeft aanbesteder in de mededeling van de gunningsbeslissing slechts gemotiveerd dat de winnende inschrijver, ondernemer X, door 'een goede score op de verschillende subcriteria, waaronder 1.1 en een zeer scherpe inschrijfprijs (...) de inschrijving met de beste prijs-kwaliteitverhouding' heeft (zie 1.3 hiervoor).
- 5.3.2. De Commissie onderkent dat aanbesteder bij het naleven van de op hem rustende motiveringsplicht rekening dient te houden met de gerechtvaardigde commerciële belangen van de winnaar en dat van aanbesteder in beginsel niet gevraagd mag worden om in strijd daarmee te handelen. De Commissie acht het echter niet aanemelijk dat aanbesteder geen enkele nadere inhoudelijke motivering kan verstrekken zonder schending van de gerechtvaardigde commerciële belangen van de winnende inschrijver, ondernemer X (zie Advies 551, overweging 5.3.4 en Advies 86, overweging 6.8 en onder meer Rb. Amsterdam (vzr.) 6 oktober 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:4896, r.o. 4.7 en ook TK 2020-2021, 34252, nr. 21, p. 9; anders: onder meer Rb. Den Haag (vzr.) 12 november 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:11408, r.o. 5.2). Zo wijst de Commissie er op dat ook een motivering denkbaar is waarin inzicht wordt gegeven in de kenmerken van de winnende inschrijving in termen van aangeboden resultaten, zonder inzage te geven in de daaraan ten grondslag liggende commercieel vertrouwelijke oplossingen (zie Advies 551, overweging 5.3.4 en Advies 86, overweging 6.8). In zoverre acht de Commissie de klacht gegrond.
- 5.3.3. Voorts heeft ondernemer aangevoerd dat aanbesteder ten onrechte niet de kenmerken van de winnende inschrijving heeft medegedeeld voor zover deze gelijk of

slechter heeft gescoord dan de inschrijving van ondernemer zelf. Op grond van artikel 2.130 Aw 2012 dient een aanbestedende dienst in de mededeling van de gunningsbeslissing de relevante redenen voor die beslissing op te nemen. Daartoe worden in ieder geval de kenmerken én de relatieve voordelen van de uitgekozen inschrijver gerekend. Ratio van artikel 2.130 Aw 2012 is immers dat een afgewezen inschrijver voldoende informatie moet krijgen om te kunnen beoordelen of het aanhangig maken van een juridische procedure zinvol is. Naar het oordeel van de Commissie zal een aanbestedende dienst dan ook de relevante kenmerken van de winnende inschrijving bekend moeten maken, voor zover dat voor de afgewezen inschrijver nodig is om te kunnen beoordelen of het aanhangig maken van een juridische procedure zinvol is. Deze relevante kenmerken kunnen ook zien op onderdelen waarop de winnende inschrijver gelijk of lager heeft gescoord dan de afgewezen inschrijver. Indien aan een winnende inschrijver voor deze onderdelen een te hoge score is toegekend, kan dat immers invloed hebben op de uitkomst van de aanbestedingsprocedure in die zin dat de overheidsopdracht aan de afgewezen inschrijver moet worden gegund (zie Advies 551, overweging 5.3.5). Nu aanbesteder geen inzage heeft gegeven in de relevante kenmerken van de winnende inschrijving op onderdelen waarop deze gelijk aan of lager dan de inschrijving van ondernemer heeft gescoord, acht de Commissie de klacht ook in zoverre gegrond.

- 5.3.4. Daarmee is de mededeling van de gunningsbeslissing naar het oordeel van de Commissie onvoldoende gemotiveerd en acht de Commissie de klacht gegrond.

6. Advies

De Commissie acht de klacht **gegrond**.

Den Haag, 26 februari 2021

Mr. A.C.M Fischer-Braams
Voorzitter

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid