

**JAAAN 2018/168, Rechtbank Midden-Nederland, 27-07-2018,
ECLI:NL:RBMNE:2018:3577, C/16/460471 / KG ZA 18-290 (annotatie)**

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland
Datum uitspraak: 27-07-2018
Publicatie: JAAAN 2018/168 (Sdu Jurisprudentie Aanbesteding), aflevering 6, 2018
Annotator: <ul style="list-style-type: none"> • mr. dr. P. Heijnsbroek
ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2018:3577
Zaaknummer: C/16/460471 / KG ZA 18-290
Overige publicaties: <ul style="list-style-type: none"> • ECLI:NL:RBMNE:2018:3577
Rechtsgebied: Aanbestedingsrecht
Rechters: <ul style="list-style-type: none"> • mr. Verschoof
Partijen: de stichting STICHTING JADE AMV statutair gevestigd en kantoorhoudende te Geeuwenbrug, gemeente Westerveld, eiseres, hierna te noemen: Jade advocaten mrs. P.P.R. Hoekstra en R.G. Jengibarjan tegen de stichting STICHTING NIDOS statutair gevestigd en kantoorhoudende te Utrecht gedaagde hierna te noemen: Nidos advocaten mrs. P.F.C. Heemskerk en C.M.C. Wagemakers
Regelgeving:

Inhoudsindicatie

Deskundigheid beoordelingscommissie, Beoordelingskader, Uitleg gunningscriteria, Herbeoordeling

Ga direct naar

- [Samenvatting](#)
- [Uitspraak](#)
- [Beslissing/besluit](#)
- [Noot](#)

Samenvatting

Nidos is vanaf 1 januari 2016 verantwoordelijk voor de kleinschalige opvang van alleenstaande minderjarige vreemdelingen (vluchtelingen) van 15 tot 18 jaar met een status. Nidos heeft besloten om het aantal opdrachtnemers terug te brengen tot zes, of hoogstens acht, en heeft daartoe een openbare aanbestedingsprocedure georganiseerd. Spirit, Xonar en Jade hebben onder meer daarop ingeschreven.

Nidos heeft bij brief van 25 april 2018) haar voorlopig gunningsvoornemen aan de inschrijvers kenbaar gemaakt. Jade

behoort niet tot de winnende inschrijvers. Jade vordert primair, dat de opdracht wordt heraanbesteed, subsidiair, dat de inschrijvingen worden herbeoordeeld, en op basis daarvan een nieuwe voorlopige gunningsbeslissing wordt genomen, en meer subsidiair, dat de voorlopige gunningsbeslissing van 28 april 2018 beter c.q. nader wordt gemotiveerd.

Jade heeft geen argumenten aangevoerd die maken dat Nidos kan worden geboden om de opdracht heraan te besteden. Als het argument van Jade zou opgaan dat de subgunningscriteria B1 en B2, samen bezien, in strijd zijn met het gelijkheidsbeginsel, zou dat mogelijk tot een heraanbesteding kunnen leiden. Maar Jade is, zoals Nidos aanvoert, te laat met het aanvoeren van dit argument. Zij had hierover vóór de inschrijving moeten klagen en heeft dit niet gedaan.

Jade stelt zich op het standpunt dat alle inschrijvingen helemaal door een nieuwe beoordelingscommissie moeten worden herbeoordeeld, want de deskundigheid van de beoordelingscommissie was onvoldoende om de inschrijvingen te kunnen beoordelen en de beoordelingscommissie heeft niet besteksconform beoordeeld.

Leden van een beoordelingscommissie worden verondersteld deskundig te zijn. Maar een directeur financiën en een adviseur met betrekking tot methodiekontwikkeling zijn niet op het eerst gezicht door hun functie deskundig op het gebied waarop de aanbestedingsprocedure ziet, namelijk de opvang van alleenstaande minderjarige vreemdelingen, ook omdat de prijs al door Nidos vooraf was gefixeerd en het dus alleen om de kwaliteit van de opvang ging. Dat deze personen, zoals Nidos aanvoert, zeer betrokken bij deze opvang zijn, wil nog niet zeggen dat zij daarmee deskundig zijn om de inschrijvingen in deze aanbestedingsprocedure te beoordelen. Méér heeft Nidos niet toegelicht over de deskundigheid. Dat is te weinig. De conclusie is dat alle inschrijvingen helemaal moeten worden herbeoordeeld door een nieuw samen te stellen deskundigencommissie.

Hierna zal worden beoordeeld of er nog punten zijn die bij die herbeoordeling in acht moeten worden genomen. Eerst de beoordeling van het standpunt van Jade dat de beoordelingscommissie bij de beoordeling van subgunningscriterium A.3 en B.1 buiten het beoordelingskader is getreden door gewicht toe te kennen aan de grotere veelzijdigheid van het aanbod. Er moet volgens Jade alleen worden getoetst op de inhoud van het maatwerk. Nidos betwist dat gewicht is toegekend aan de (grotere) veelzijdigheid van het aanbod. Zo moet haar toelichting niet worden begrepen. De reden dat Jade niet het maximaal aantal punten heeft gehaald is dat de inschrijving van Jade minder goed aansluit op de behoeften van de jongeren en dat is precies waar het in dit subgunningscriterium om draait.

Andere inschrijvers sloten met hun inschrijving beter aan op de behoeften van de jongeren; zij hadden bijvoorbeeld duidelijk omschreven op welke manier zij hen een rol geven bij het bereiken van hun doelen. De voorzieningenrechter is van oordeel dat de woordkeuze in de toelichting niet erg gelukkig gekozen. Je kan er meerdere kanten mee op. Het is daardoor onduidelijk of de beoordelingscommissie bij de beoordelingen van de inschrijvingen wel of geen gewicht heeft toegekend aan de veelzijdigheid van het aanbod. Of dit het zo is, maakt in dit geval niet uit. Er zal een volledige herbeoordeling van alle inschrijvingen moeten plaatsvinden en partijen zijn het erover eens dat bij de beoordeling van subgunningscriterium A.3 de veelzijdigheid van het aanbod geen wegingsfactor kan zijn.

Dan subgunningscriterium B.1. Dit criterium gaat over de kwaliteit van samenwerking met gemeenten. Jade maakt hieruit op dat de beoordelingscommissie buiten het beoordelingskader is getreden, omdat de waardering van de inschrijving niet aansluit bij de vraagstelling. Er kon volgens het subgunningscriterium onderbouwd worden door overeenkomsten bij te voegen of de afspraken te beschrijven. Dan kan het niet zo zijn dat de inschrijver die de samenwerking onderbouwt door overeenkomsten bij te voegen meer punten krijgt dan de inschrijver die de samenwerking onderbouwt door een beschrijving van de afspraken te geven. De voorzieningenrechter stelt vast dat Nidos het ermee eens is dat bij de beoordeling van subgunningscriterium B.1 geen gewicht mag worden toegekend aan de vraag of in het kader van de onderbouwing een beschrijving is gedaan of bijlagen zijn bijgevoegd. Zij is alleen van mening dat dit ook niet is gebeurd. Of dat nu wel of niet het geval is, maakt in dit geval niet meer uit, want er komt een volledige herbeoordeling van alle inschrijvingen en het is duidelijk dat wat Jade nu aan Nidos verwijt niet mag.

Dan nu nog de bespreking van het standpunt van Jade dat de beoordelingscommissie de inschrijvingen met betrekking tot subgunningscriterium A.5. relatief heeft beoordeeld, wat niet is toegestaan, omdat in de aanbestedingsstukken is bepaald dat absoluut zal worden beoordeeld. Volgens Jade volgt uit de toelichting van 18 mei 2018 dat relatief is

beoordeeld, omdat in die toelichting is geschreven: “winnende inschrijvers zijn concreter en uitgebreider in hun beschrijving”. Dit bezwaar gaat niet op. Het is juist dat in de aanbestedingsstukken is bepaald dat er in absolute zin zal worden beoordeeld en niet in relatieve zin. Uit de toelichting van Nidos valt niet op te maken, dat de door Spirit genoemde subgunningscriteria (A.2, A.4 en B.1) relatief zijn beoordeeld. In de toelichting van 18 mei 2018 wordt een motivering gegeven voor de door Spirit per subgunningscriterium behaalde score. Daarbij wordt mede aan de hand van relevante kenmerken en voordelen van de winnende inschrijvingen uitgelegd waarom Jade minder punten dan die andere inschrijver heeft behaald. Dat is iets anders dan relatief beoordelen.

De conclusie is dat de voorlopige gunningsbeslissing niet in stand kan blijven en moet worden ingetrokken en dat alle inschrijvingen helemaal opnieuw moeten worden beoordeeld door een andere beoordelingscommissie. Aan de beoordeling van de meer subsidiaire vordering van Jade (hermotivering voorlopige gunningsbeslissing) wordt niet meer toegekomen, omdat de subsidiaire vordering wordt toegewezen.

Uitspraak

1 De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding
- de akte overlegging producties met een toelichting op de aanbestedingsrechtelijke bezwaren en een eisvermeerdering die Jade voor de mondelinge behandeling aan de voorzieningenrechter en Nidos heeft opgestuurd
- de conclusie van antwoord met producties die Nidos voor de mondelinge behandeling aan de voorzieningenrechter en Jade heeft opgestuurd
- de mondelinge behandeling van 6 juli 2018
- de pleitnota van Jade
- de pleitnota van Nidos.

1.2. Deze zaak is tegelijk behandeld met twee andere kort gedingen die tegen Nidos zijn aanhangig gemaakt. Het gaat daarbij om de zaak tussen:

- Stichting Xonar (Xonar) en Nidos, bekend onder nummer C/16/460567 / KG ZA

18-294, en

- Stichting Spirit (Spirit) en Nidos, bekend onder nummer C/16/460674/ KG ZA 18/300.

1.3. Ten slotte is vonnis bepaald.

1.4. Jade heeft tijdens de mondelinge behandeling nog nieuwe argumenten aan haar vorderingen inzake de in deze procedure centraal staande aanbestedingsprocedure ten grondslag gelegd. Nidos heeft daartegen bezwaar gemaakt, omdat dit volgens haar te laat is. De voorzieningenrechter deelt dit bezwaar. Deze nieuwe argumenten worden daarom niet meegenomen bij de beoordeling.

2 Het geschil en de beoordeling daarvan

Het gaat om het volgende

2.1. Nidos is vanaf 1 januari 2016 verantwoordelijk voor de kleinschalige opvang van alleenstaande minderjarige vreemdelingen (vluchtelingen) van 15 tot 18 jaar met een status. Nidos heeft hiervoor met zestien opdrachtnemers een overeenkomst gesloten.

Nidos heeft besloten om het aantal opdrachtnemers terug te brengen tot zes, of hoogstens acht, en heeft daarvoor een openbare aanbestedingsprocedure georganiseerd. Het gaat daarbij om opvang van alleenstaande minderjarige vreemdelingen in:

- kleine woonheden (KWE) waar in de regel vier jongeren samenwonen en waar op de

momenten dat de jongeren thuis zijn begeleiding beschikbaar is, en/of

- kinderwoongroepen (KWG), waar maximaal twaalf jongeren tegelijkertijd verblijven en waar 24 uur per dag begeleiding aanwezig is.

2.2. Aan deze aanbestedingsprocedure hebben vijftien van de zestien huidige opdrachtnemers meegedaan, onder wie Jade en Xonar en Spirit (de eisers in de andere twee zaken).

2.3. In de aanbestedingsdocumenten is onder meer het volgende bepaald.

Gunning vindt plaats op basis van de beste kwaliteit bij de door Nidos gestelde prijs die voor iedere inschrijver geldt. Ten aanzien van het gunningscriterium kwaliteit zijn tien subgunningscriteria geformuleerd in vier categorieën: A. Kwaliteit van de begeleiding, B. Netwerk, C. Organisatie en D. Capaciteit. Er kunnen maximaal 100 punten worden behaald.

Er moeten minimaal 70 punten worden behaald om voor gunning in aanmerking te komen. Er wordt gegund aan de zes aanbieders met de hoogste score. De inschrijvingen worden beoordeeld door een beoordelingscommissie die wordt samengesteld door de directeur-bestuurder van Nidos. Deze beoordelingscommissie beoordeelt de inschrijvingen inhoudelijk door iedere offerte hoofdelijk per gunningscriterium te scoren en de resultaten te bespreken, wat leidt tot een totaalscore per offerte.

2.4. Nidos heeft bij brief van 25 april 2018 (productie 1 van Nidos) haar voorlopig gunningsvoornemen aan de inschrijvers kenbaar gemaakt. Jade behoort niet tot de winnende inschrijvers; zij heeft 68,33 punten gehaald. Jade is het hiermee om verschillende redenen niet eens en heeft daarom dit kort geding aanhangig gemaakt.

2.5. Jade vordert (na vermeerdering van eis):

met betrekking tot de aanbesteding:

primair, dat de opdracht wordt heraanbesteed,

subsidiar, dat de inschrijvingen worden herbeoordeeld, en op basis daarvan een nieuwe voorlopige gunningsbeslissing wordt genomen, die goed gemotiveerd moet zijn, en een nieuwe termijn van 20 dagen wordt gegeven om tegen de voorlopige gunningsbeslissing op te komen,

meer subsidiar, dat de voorlopige gunningsbeslissing van 28 april 2018 beter c.q. nader wordt gemotiveerd, waarbij een nieuwe termijn van 20 dagen wordt gegeven om tegen de nieuw gemotiveerde voorlopige gunningsbeslissing op te komen

met betrekking tot de lopende overeenkomsten:

dat Nidos wordt geboden:

- om tegenover de contractpartners transparant te zijn over de instroom en plaatsing van alleenstaande minderjarige vreemdelingen en de contractpartners iedere twee weken een overzicht te geven van de aantallen ingestroomde alleenstaande minderjarige vreemdelingen en de aantallen per contactpartner geplaatste alleenstaande minderjarige vreemdelingen

- om inzake de lopende overeenkomsten haar oude bestendige plaatsingsbeleid te handhaven en weer toe te passen tot minimaal het moment dat duidelijkheid bestaat over de overgang

(transitie).

De vorderingen met betrekking tot de aanbesteding

De primaire vordering: heraanbesteding

2.6. Jade heeft geen argumenten aangevoerd die maken dat Nidos kan worden geboden om de opdracht heraan te besteden. Als het argument van Jade zou opgaan dat de subgunningscriteria B1 en B2, samen gezien, in strijd zijn met het gelijkheidsbeginsel, zou dat mogelijk tot een heraanbesteding kunnen leiden. Maar Jade is, zoals Nidos aanvoert, te laat met het aanvoeren van dit argument. Zij had hierover vóór de inschrijving moeten klagen en heeft dit niet gedaan. De primaire vordering zal daarom worden afgewezen.

De subsidiaire vordering: herbeoordeling

Wat wil Jade?

2.7. Jade stelt zich op het standpunt dat alle inschrijvingen helemaal door een nieuwe beoordelingscommissie moeten worden herbeoordeeld, want:

- de deskundigheid van de beoordelingscommissie was onvoldoende om de inschrijvingen te kunnen beoordelen
- de beoordelingscommissie heeft niet besteksconform beoordeeld.

Geen rechtsverwerking

2.8. Nidos beroept zich primair op rechtsverwerking. Dit beroep gaat niet op.

Jade is – zoals zij ook aanvoert – pas na de voorlopige gunningsbeslissing van 25 april 2018 met de problemen waartegen ze nu bezwaar maakt bekend geworden. Jade kon hierover dus niet eerder klagen.

Nidos wilde verder de samenstelling van de beoordelingscommissie niet vóór de inschrijving bekend maken. Dat deed zij pas na aandringen van enkele inschrijvers op

18 mei 2018. Er kon dus niet voor de inschrijving al over de samenstelling van de beoordelingscommissie worden geklaagd.

Deskundigheid beoordelingscommissie

2.9. Uit de brief van Nidos van 18 mei 2018 volgt dat de beoordelingscommissie heeft bestaan uit:

- de heer [A] , extern adviseur m.b.t. methodiekontwikkeling Nidos
- de heer [B] , adjunct-directeur voogdij Nidos, en
- mevrouw [C] , adjunct-directeur financiën Nidos.

Leden van een beoordelingscommissie worden verondersteld deskundig te zijn. Maar een directeur financiën en een

adviseur met betrekking tot methodiekontwikkeling zijn niet op het eerst gezicht door hun functie deskundig op het gebied waarop de aanbestedingsprocedure ziet, namelijk de opvang van alleenstaande minderjarige vreemdelingen, ook omdat de prijs al door Nidos vooraf was gefixeerd en het dus alleen om de kwaliteit van de opvang ging. Dat deze personen (de financieel directeur en extern adviseur), zoals Nidos aanvoert, zeer betrokken bij deze opvang zijn, wil nog niet zeggen dat zij daarmee deskundig zijn om de inschrijvingen in deze aanbestedingsprocedure te beoordelen. Méér heeft Nidos niet toegelicht over de deskundigheid. Dat is te weinig.

Dat ieder lid van de beoordelingscommissie een score heeft toegekend en dat deze scores vervolgens zijn gemiddeld, heeft, anders dan Nidos kennelijk meent, het ontbreken van voldoende deskundigheid bij de beoordelingscommissie niet. Een dergelijke maatregel dient er alleen toe om de subjectiviteit die inherent is aan een beoordeling door deskundigen te objectiveren.

2.10. De conclusie is dat alle inschrijvingen helemaal moeten worden herbeoordeeld door een nieuw samen te stellen deskundigencommissie.

2.11. Hierna zal worden beoordeeld of er nog punten zijn die bij die herbeoordeling in acht moeten worden genomen. Jade heeft namelijk aangevoerd dat de beoordelingscommissie bij de beoordeling buiten het beoordelingskader is getreden.

Besteksconforme beoordeling?

2.12. Jade stelt zich op het standpunt dat de beoordelingscommissie de inschrijvingen niet besteksconform heeft toegepast, omdat zij:

- bij de beoordeling van subgunningscriteria A.3 en B.1 buiten het

beoordelingskader is getreden

- subgunningscriterium A.5 relatief heeft beoordeeld in plaats van absoluut.

2.13. Eerst de beoordeling van het standpunt van Jade dat de beoordelingscommissie bij de beoordeling van subgunningscriterium A.3 en B.1 buiten het beoordelingskader is getreden.

2.14. Subgunningscriterium A.3 gaat over de kwaliteit met betrekking tot maatwerk luidt als volgt:

“Beschrijf hoe u maatwerk levert (of gaat leveren) in de begeleiding. Denk daarbij in brede zin aan het aansluiten bij de behoeften van jongeren binnen de grenzen van het kader van de kleinschalige opvang.”

In de toelichting op de door Jade behaalde score van 18 mei 2018 (hierna: de toelichting van 18 mei 2018,) schrijft Nidos:

“ Met betrekking tot maatwerk in de begeleiding wordt uw praktijkgerichtheid door de beoordelingscommissie als voldoende tot goed beoordeeld, evenals het aansluiten bij de behoefte van de amv en het (methodisch) werken door gebruik van het verblijfsplan. Het door u gegeven voorbeeld is echter naar het oordeel van de beoordelingscommissie onduidelijk ten opzichte van de vraagstelling (de grenzen van de kleinschalige opvang).

Winnende inschrijvers hebben op dit criterium enigszins hoger gescoord, met name ook door een grotere veelzijdigheid van het aanbod (aansluitend op de behoefte van de amv) te beschrijven.”

Jade stelt zich nu op het standpunt dat de beoordelingscommissie bij de beoordeling van de inschrijvingen buiten het beoordelingskader is getreden door gewicht toe te kennen aan de grotere veelzijdigheid van het aanbod. Er moet volgens haar alleen worden getoetst op de inhoud van het maatwerk.

Nidos betwist dat gewicht is toegekend aan de (grotere) veelzijdigheid van het aanbod. Zo moet haar toelichting niet

worden begrepen. De reden dat Jade niet het maximaal aantal punten heeft gehaald is dat de inschrijving van Jade minder goed aansluit op de behoeften van de jongeren en dat is precies waar het in dit subgunningscriterium om draait.

Andere inschrijvers sloten met hun inschrijving beter aan op de behoeften van de jongeren; zij hadden bijvoorbeeld duidelijk omschreven op welke manier zij hen een rol geven bij het bereiken van hun doelen.

2.15. De voorzieningenrechter is van oordeel dat de woordkeuze in de toelichting niet erg gelukkig gekozen. Je kan er meerdere kanten mee op. Het is daardoor onduidelijk of de beoordelingscommissie bij de beoordelingen van de inschrijvingen wel of geen gewicht heeft toegekend aan de veelzijdigheid van het aanbod. Of dit het zo is, maakt in dit geval niet uit. Er zal een volledige herbeoordeling van alle inschrijvingen moeten plaatsvinden en partijen zijn het erover eens dat bij de beoordeling van subgunningscriterium A.3 de veelzijdigheid van het aanbod geen wegingsfactor kan zijn.

2.16. Dan subgunningscriterium B.1. Dit criterium gaat over de kwaliteit van samenwerking met gemeenten en luidt als volgt:

“ Beschrijf de kwaliteit van de samenwerking met gemeenten op het gebied van (de opvang van) amv en wat het resultaat is van die samenwerking.

Maak perspectief op huisvesting en financiën en waar nodig vervolgbegeleiding zo concreet mogelijk.

Probeer dit zoveel mogelijk te onderbouwen (bijvoorbeeld met overeenkomsten of beschrijving van afspraken). Beschrijf ook welke acties u zelf neemt om de kwaliteit van de samenwerking te verhogen.”

In de toelichting van 18 mei 2018 schrijft Nidos aan Jade:

“Met betrekking tot de samenwerking met gemeenten op het gebied van (de opvang van) amv heeft u concrete invulling gegeven aan de samenwerkingsafspraken met de gemeente Almere. Dit wordt positief beoordeeld. Met betrekking tot andere gemeenten zijn geen samenwerkingsafspraken met of referenties van gemeenten bij uw inschrijving gevoegd. De winnende inschrijvers hebben veel meer aantoonbare en concrete afspraken en/of overeenkomsten met gemeenten op het gebied van (opvang van) amv.”

Jade maakt hieruit op dat de beoordelingscommissie buiten het beoordelingskader is getreden, omdat de waardering van de inschrijving niet aansluit bij de vraagstelling. Er

kon volgens het subgunningscriterium onderbouwd worden door overeenkomsten bij te voegen of de afspraken te beschrijven. Dan kan het niet zo zijn dat de inschrijver die de samenwerking onderbouwt door overeenkomsten bij te voegen meer punten krijgt dan de inschrijver die de samenwerking onderbouwd door een beschrijving van de afspraken te geven.

Nidos betwist dat dit is gebeurd. De inschrijvingen zijn op inhoud beoordeeld en niet op het aantal bijlagen. Dat dit zo is, volgt volgens Nidos ook uit de toelichting, want die gaat verder dan Jade aanhaalt en moet daarmee in onderlinge samenhang worden gezien.

Het gaat daarbij om de volgende toelichting:

“ Het resultaat op het gebied van tijdige vervolghuisvesting wordt voor enkele gemeenten onvoldoende duidelijk uit uw beschrijving, evenals de financiële situatie van amv na hun 18e verjaardag. Winnende inschrijvers hebben concreter en/of voor een groter aandeel van de betrokken gemeenten beschreven hoe vervolghuisvesting vanaf de 18e verjaardag is gegarandeerd en hoe (en wanneer) de financiën van de jongere zijn geregeld. Helder benoemde acties ter verbetering in gemeenten waar (nog) niet op alle domeinen een goede uitstroom is gegarandeerd, ontbreken in uw inschrijving.”

2.17. De voorzieningenrechter stelt vast dat Nidos het ermee eens is dat bij de beoordeling van subgunningscriterium B.1 geen gewicht mag worden toegekend aan de vraag of in het kader van de onderbouwing een beschrijving is gedaan of bijlagen zijn bijgevoegd. Zij is alleen van mening dat dit ook niet is gebeurd. Of dat nu wel of niet het geval is, maakt in dit geval niet meer uit, want er komt een volledige herbeoordeling van alle inschrijvingen en het is duidelijk dat wat Jade nu aan Nidos verwijt niet mag.

2.18. Dan nu nog de bespreking van het standpunt van Jade dat de beoordelingscommissie de inschrijvingen met betrekking tot subgunningscriterium A.5. relatief heeft beoordeeld, wat niet is toegestaan, omdat in de aanbestedingsstukken is bepaald dat absoluut zal worden beoordeeld.

Dat subgunningscriterium gaat over opleiding en ervaring van het personeel. Gevraagd is om een beschrijving te geven van de mate waarin het personeel dat wordt ingezet voor de KSO geëquipeerd is en blijft.

Volgens Jade volgt uit de toelichting van 18 mei 2018 dat relatief is beoordeeld, omdat in die toelichting is geschreven: "winnende inschrijvers zijn concreter en uitgebreider in hun beschrijving".

2.19. Dit argument gaat niet op. Het is juist dat in de aanbestedingsstukken is bepaald dat er in absolute zin zal worden beoordeeld en niet in relatieve zin. Iedereen is het daarover eens. Maar uit de toelichting van Nidos valt niet op te maken, dat dit subgunningscriterium relatief is beoordeeld.

Een relatieve beoordeling houdt in dat de inschrijvingen met betrekking tot de gehanteerde gunningscriteria onderling worden vergeleken waarbij de kwalitatieve verschillen tussen de inschrijvingen bepalen welke inschrijving de hoogste score op een bepaald gunningscriterium behaalt, waarvan de punten van de andere inschrijvers dan worden afgeleid. In de toelichting van 18 mei 2018 wordt een motivering gegeven voor de door Jade voor dit subgunningscriterium behaalde score. Daarbij wordt mede aan de hand van relevante kenmerken en voordelen van de winnende inschrijvingen uitgelegd waarom Jade minder punten dan die andere inschrijver heeft behaald. Dat is iets anders dan relatief beoordelen.

Conclusie over de subsidiaire eis

2.20. De conclusie is dat de voorlopige gunningsbeslissing niet in stand kan blijven en moet worden ingetrokken en dat alle inschrijvingen helemaal opnieuw moeten worden beoordeeld door een andere beoordelingscommissie.

Vervolgens zal een nieuwe voorlopige gunningsbeslissing moeten worden genomen en daarbij zal een nieuwe termijn van 20 dagen moeten worden gegeven om daartegen op te komen.

Overigens wordt ook in de zaak tussen Xonar en Nidos en tussen Spirit en Nidos geoordeeld dat alle inschrijvingen helemaal moeten worden herbeoordeeld door een nieuw samen te stellen beoordelingscommissie en dat vervolgens een nieuwe voorlopige gunningsbeslissing moeten worden genomen waarbij een nieuwe termijn van 20 dagen moeten worden gegeven om daartegen op te komen.

In de zaak tussen Xonar en Nidos wordt daarbij verder nog bepaald dat de herbeoordeling moet gebeuren met inachtneming van wat is overwogen over de toepassing van subgunningscriterium A.1. Dit criterium is toegepast als geschiktheidseis en dat is niet toegestaan.

2.21. De door Jade in verband met deze subsidiaire vordering gevorderde dwangsom zal worden afgewezen. De advocaat van Nidos heeft tijdens de mondelinge behandeling verklaard dat Nidos dit vonnis zal nakomen. Er is op dit moment daarom geen aanleiding tot het opleggen van een dwangsom.

De meer subsidiaire vordering: hermotivering voorlopige gunningsbeslissing

2.22. Aan de beoordeling van de meer subsidiaire vordering van Jade (hermotivering voorlopige gunningsbeslissing) wordt niet meer toegekomen, omdat de subsidiaire vordering wordt toegewezen.

De vorderingen met betrekking tot de lopende overeenkomsten

2.23. En dan nu de beoordeling van de vorderingen met betrekking tot de lopende overeenkomsten.

2.24. Jade legt aan die vorderingen ten grondslag dat Nidos de lopende overeenkomsten met de zittende contractanten, onder wie Jade, niet nakomt. Volgens Jade zou Nidos het plaatsingsbeleid niet nakomen en in strijd met dat beleid geen alleenstaande minderjarigen vreemdelingen meer bij haar plaatsen. Jade vordert daarom dat Nidos wordt geboden om transparant tegenover handelen en het bestendige plaatsingsbeleid te handhaven.

2.25. Nidos betwist dat zij niet transparant is; zij stuurt wekelijks een overzicht van de instroom van de kinderen in Nederland, zodat een grove inschatting kan worden gemaakt hoeveel kinderen er mogelijk in aanmerking komen voor kleinschalige opvang.

Verder voert Nidos aan dat zij het plaatsingsbeleid nakomt. Reden dat er geen of weinig alleenstaande minderjarige vreemdelingen bij Jade worden geplaatst is dat er weinig instroom is en dat de doorstroom van kinderen vanuit het COA fors zijn afgenomen. De huidige aanbestedingsprocedure is ook georganiseerd omdat vanwege de geringe instroom het aantal contractpartners omlaag moet.

2.26. De standpunten van partijen staan lijnrecht tegen over elkaar. Niet valt te zeggen wie gelijk heeft en wie niet. De tabel die uitvoerig tijdens de zitting is besproken geeft daarvoor onvoldoende houvast. Er is dan ook een nader onderzoek naar de feiten en misschien zelfs wel bewijslevering nodig. Dat is niet iets wat in kort geding kan worden gedaan. Dit betekent dat de vorderingen van Jade zullen worden afgewezen; ze zijn onvoldoende aannemelijk geworden.

Proces- en nakosten

2.27. Nidos zal als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van Jade worden begroot op:

- dagvaarding € 109,61
- griffierecht 626,00
- salaris advocaat 816,00

Totaal € 1.551,61

2.28. De gevorderde veroordeling in de nakosten zal op de in de beslissing te noemen manier worden toegewezen. De over de proceskosten en nakosten gevorderde wettelijke rente zullen ook worden toegewezen.

3 De beslissing

De voorzieningenrechter

3.1. gebiedt Nidos om de voorlopige gunningsbeslissing van 25 april 2018 in te trekken

3.2. gebiedt Nidos om een nieuwe beoordelingscommissie samen te stellen en alle inschrijvingen door deze nieuwe beoordelingscommissie in zijn geheel te laten herbeoordelen

3.3. veroordeelt Nidos in de proceskosten, aan de zijde van Jade tot op heden begroot op € 1.551,61, te vermeerderen met de wettelijke rente met ingang van veertien dagen na de datum van dit vonnis tot de dag van volledige betaling

3.4. veroordeelt Nidos in de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op € 157,00 aan salaris advocaat, te vermeerderen, onder de voorwaarde dat Nidos niet binnen 14 dagen na aanschrijving aan het vonnis heeft voldaan en er vervolgens betekening van de uitspraak heeft plaatsgevonden, met een bedrag van € 82,00 aan salaris advocaat en de

explootkosten van betekening van de uitspraak, en te vermeerderen met de wettelijke rente over de nakosten met ingang van veertien dagen na de betekening van dit vonnis tot aan de voldoening

3.5. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad

3.6. wijst het meer of anders gevorderde af.

Noot

Herbeoordeling vanwege ondeskundige beoordelingscommissie

In drie kort gedingen over één aanbesteding komt de Utrechtse voorzieningenrechter tot dezelfde conclusie: de beoordelingscommissie is onvoldoende deskundig en daarom moet er een herbeoordeling volgen. Dit is bij mijn weten de eerste keer dat een dergelijke conclusie door de rechter wordt getrokken. Hoewel deze conclusie op zichzelf begrijpelijk lijkt (een deskundige beoordelingscommissie lijkt per slot van rekening een beter idee dan een ondeskundige), roept deze nog wel de nodige juridische en praktische (vervolg)vragen op.

Wat is de aanbestedingsrechtelijke grondslag?

De voorzieningenrechter noemt geen enkele juridische grondslag in zijn beoordeling van de deskundigheid van de beoordelingscommissie. Hij overweegt dat *'leden van een beoordelingscommissie worden verondersteld deskundig te zijn'*, dat de toelichting van aanbesteder Nidos *'te weinig'* is en dat het middelen van de scores van de leden van de beoordelingscommissie *'het ontbreken van voldoende deskundigheid bij de beoordelingscommissie niet [heelt]'*. Bij geen van die overwegingen is een verwijzing terug te vinden naar de wet of eerdere jurisprudentie.

Een mogelijke verklaring hiervoor is dat de Aanbestedingswet 2012 geen duidelijke grondslag bevat voor de stelling dat de beoordelingscommissie deskundig moet zijn. De wet en de toelichting reppen daar met geen woord over en ook de achterliggende Aanbestedingsrichtlijn (2014/24/EU) bevat geen bepalingen over de beoordelingscommissie en diens deskundigheid.

In de jurisprudentie komt de deskundigheid van de beoordelaars in beeld als de beoordeling is uitgevoerd op (sub)gunningscriteria die subjectieve elementen bevatten en een inschrijver het niet eens is met die beoordeling.¹ In veel Nederlandse vonnissen is dan de volgende overweging te vinden (of een variant daarop):²

'De voorzieningenrechter stelt in dat verband voorop dat enige mate van subjectiviteit inherent is aan de beoordeling van kwalitatieve subsubgunningscriteria, zoals hier aan de orde. (...) Van belang is dat (i) het voor een potentiële inschrijver volstrekt duidelijk is wat er van hem wordt verwacht, (ii) de inschrijvingen aan de hand van een zo objectief mogelijk systeem worden beoordeeld en (iii) de gunningsbeslissing zodanig inzichtelijk wordt gemotiveerd dat het voor een afgewezen inschrijver mogelijk is om de wijze waarop de beoordeling heeft plaatsgevonden te toetsen. (...) Aan de aangewezen – deskundige – beoordelingscommissie moet dienaangaande de nodige vrijheid worden gegund, te meer nu van de rechter niet kan worden verlangd dat hij specifieke deskundigheid bezit op het gebied van het onderwerp van de opdracht. Slechts wanneer sprake is van procedurele dan wel inhoudelijke onjuistheden en/of onduidelijkheden, die zouden kunnen meebrengen dat de gunningsbeslissing niet deugt, is plaats voor ingrijpen door de rechter.'

In deze jurisprudentie wordt telkens de deskundigheid van de beoordelingscommissie verondersteld. Om die reden kan de rechter volstaan met een beperktere toets en hoeft hij niet zelf op de stoel van de aanbestedende dienst te gaan zitten. Hieruit kan in mijn ogen worden afgeleid dat een deskundige beoordelingscommissie een vereiste is om de uitgevoerde beoordeling op (met name) subjectieve elementen achteraf voor de rechter toetsbaar te maken. Alleen op die manier kan namelijk inzichtelijk worden of de opdracht daadwerkelijk aan degene met de beste (lees: economisch meest voordelige) inschrijving wordt gegund.³

Een andere denkbare grondslag is het verbod op willekeur, dat samenhangt met het (aanbestedings)beginsel van gelijke behandeling. Bij een beoordeling door ondeskundige beoordelaars dreigt willekeur omdat de beoordelaars mogelijk niet goed weten wat zij doen en het daardoor moeilijk kan zijn om de aanbestedingsprocedure op onpartijdigheid te toetsen.⁴ Ook zouden wellicht de algemene beginselen van behoorlijk bestuur kunnen nopen tot een deskundige beoordelingscommissie. Zo overwoog het Gerecht dat het beginsel van goed bestuur verlangt *'dat de beoordelaars die de offertes van de inschrijvers moeten beoordelen, zulks, althans in het begin, onafhankelijk doen door op grond van hun persoonlijke deskundigheid cijfers te geven'*.⁵

Sociale en andere specifieke diensten

In de onderhavige drie zaken was het mogelijk een complicerende factor dat het een aanbesteding betrof onder het regime voor sociale en andere specifieke diensten. Die kwalificatie blijkt niet uit de vonnissen zelf, maar wel uit de (vermoedelijke) aanbestedingsstukken die op TenderNed zijn gepubliceerd.⁶ Binnen dit regime zijn de reguliere bepalingen over gunningscriteria niet van toepassing.⁷ De grondslag voor de deskundigheid van de beoordelingscommissie zou derhalve moeten worden gezocht in de aanbestedingsbeginselen en/of de verplichting om zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen te leveren uit hoofdstuk 1 van de Aanbestedingswet 2012.

Vervolg vragen

Op grond van het voorgaande valt er in ieder geval bij volledig gereguleerde aanbestedingsprocedures veel voor te zeggen dat de beoordelingscommissie voldoende deskundig moet zijn, zeker bij de beoordeling op subjectieve elementen. Dit leidt tot de onvermijdelijke vervolgvraag naar wat 'voldoende deskundig' is.

Die vraag speelt ten eerste op individueel niveau. Het lijkt nagenoeg onmogelijk om op voorhand in te kleuren hoeveel kennis en kunde een persoon nodig heeft om 'deskundig' te zijn. Volgens de voorzieningenrechter waren twee van de drie leden van de beoordelingscommissie niet voldoende deskundig. De diskwalificatie van de directeur financiën lijkt begrijpelijk, omdat prijs geen rol speelde in de beoordeling en de aanbestedende dienst kennelijk geen overige omstandigheden heeft aangevoerd waaruit de deskundigheid bleek. De onvoldoende deskundigheid van het tweede lid, een methodiekontwikkelingsadviseur, is in mijn ogen minder duidelijk. Uit een van de drie uitspraken blijkt namelijk dat het *'methodisch werken'* en het werken *'volgens de amv-methodiek'* relevant waren bij de beoordeling.⁸

Ten tweede speelt de mate van deskundigheid op het niveau van de beoordelingscommissie. De deskundigheid van één op de drie commissieleden was voor de voorzieningenrechter te weinig om de beoordelingscommissie als voldoende deskundig te kwalificeren. Onduidelijk is of volgens hem deskundigheid van alle leden zou zijn vereist, al lijkt dat voor de hand te liggen. Daarmee is echter nog niet gezegd dat alle leden op alle aspecten die zij beoordelen deskundig moeten zijn. Dat zou enerzijds wel de logische gevolgtrekking van de hiervoor genoemde redenering zijn: als

een lid alsnog aspecten beoordeelt waarop hij niet deskundig is, staat dat gelijk aan een beoordeling door een (volledig) ondeskundig lid. Anderzijds zou dit in de praktijk tot een nogal zware eis leiden. Elke deskundige zou dan alleen die aspecten mogen beoordelen waarop hij (aantoonbaar?) deskundig is en hij zou zich moeten onthouden van beoordeling van alle andere aspecten.

Conclusie en vuistregels voor de praktijk

Het vereiste van een voldoende deskundige beoordelingscommissie komt mij in het licht van de Aanbestedingswet 2012 en de daaraan ten grondslag liggende beginselen gerechtvaardigd voor. In een volgend kort geding over dit onderwerp – dat er vermoedelijk wel zal komen – verdient het sterk aanbeveling als de voorzieningenrechter zou duiden wat de grondslag van deze verplichting is. Ook is duiding wenselijk over wat ‘voldoende’ deskundigheid is voor enerzijds elk afzonderlijk lid van de beoordelingscommissie en voor anderzijds de beoordelingscommissie als geheel.

In ieder geval lijkt het nuttig om bij een aanbestedingsprocedure waarbij (ook) wordt beoordeeld op subjectieve elementen, voorafgaand aan inschrijving te weten wie er in de beoordelingscommissie zitten. Om hun deskundigheid na te kunnen gaan is het wellicht al voldoende om te weten wat voor ‘soort’ mensen (functie, ervaring, etc.) er in de commissie zitten, zonder hun namen te kennen.

De deskundigheid van de beoordelingscommissie pas na het gunningbesluit aankaarten is riskant, gelet op de ruim toegepaste (en gehonoreerde) ‘Grossmann-verweren’. In de onderhavige zaken werd dat verweer gepasseerd omdat de aanbestedende dienst voorafgaand aan inschrijving had geweigerd de samenstelling van de beoordelingscommissie bekend te maken, maar dat desgevraagd na de gunningsbeslissing alsnog wel had gedaan. Als de aanbestedende dienst voet bij stuk had gehouden was dit verweer mogelijk wel succesvol geweest en was de voorzieningenrechter niet toegekomen aan zijn overwegingen over de vereiste deskundigheid.

mr. dr. P. Heijnsbroek, advocaat bij Straatman Koster advocaten

Voetnoten

1

Gunningscriteria mogen de aanbestedende dienst geen ‘onvoorwaardelijke keuzevrijheid’ geven, maar mogen wel subjectieve elementen bevatten zoals de ‘esthetische kenmerken’. Zie HvJ EG 20 september 1988, zaak 31/87 (Beentjes), pt. 26 resp. art. 67 lid 2 sub a Richtlijn 2014/24/EU.

2

Vzr. Rb. Den Haag 27 oktober 2016, **ECLI:NL:RBDHA:2016:13154**, «JAAN» 2016/264, r.o. 4.2.1. Zie bijvoorbeeld recent ook Vzr. Rb. Den Haag 17 juli 2018, **ECLI:NL:RBDHA:2018:9744**, r.o. 4.5: ‘Aan de aangewezen beoordelingscommissie, waarvan de deskundigheid in beginsel moet worden aangenomen, moet dienaangaande de nodige vrijheid worden gegund, mede waar van een rechter niet kan worden verlangd dat deze specifieke deskundigheid bezit op het gebied van het onderwerp van de opdracht.’ Zo ook Vzr. Rb. Midden-Nederland 18 mei 2018, **ECLI:NL:RBMNE:2018:2195**, r.o. 2.14.2: ‘(...) Het is dus aan de beoordelaar overgelaten om op basis van zijn deskundigheid de mate van die toegevoegde waarde te bepalen.’

3

Conform art. 2.114 Aw 2012.

4

Vgl. HvJ EG 7 december 2000, zaak C-324/98 (Telaustria), pt. 62.

5

Gerecht 28 november 2002, zaak T-40/01 (Scan Office Design), pt. 66.

6

<https://www.tenderned.nl/tenderned-tap/aankondigingen/131205>

7

Art. 2.39 lid 2 Aw 2012.

8

Het betreft het door Spirit ingestelde kort geding, **ECLI:NL:RBMNE:2018:3581**, r.o. 2.16-2.18.
