

LEGAL UPDATE

Aanbestedende dienst, zorg dat je een uitslag motiveert en kunt motiveren!

Datum: 30 november 2022

Eind november heeft het Hof van Justitie van de EU zich in een arrest ([ECLI:EU:C:2022:888, zaak C-54/21](#)) uitgelaten over twee interessante onderwerpen: 1) hoe moet een aanbestedende dienst omgaan met vertrouwelijke gegevens in de inschrijvingen die hij ontvangt? Deze vraag speelt bij de motivering van de winst van de winnaar aan een concurrent-inschrijver. En 2) hoe 'vaag' mogen de gunningscriteria die een aanbestedende dienst stelt zijn? Deze vraag speelt in het licht van het kunnen komen tot – en dus het verklaren van – een uitslag.

De zaak die bij het Hof voorlag, ging over een Poolse aanbesteding met betrekking tot waterbeheer. De aanbestedende dienst had (in overeenstemming met de Poolse wet) bedrijfsgeheimen van inschrijvers vertrouwelijk behandeld op verzoek van de inschrijvers. De inschrijvers hadden kunnen aangeven welke informatie volgens hen viel onder de kwalificatie 'bedrijfsgeheim'. Dit is volgens het Hof op zich toegestaan. Het probleem zat echter in het feit dat de aanbestedende dienst vervolgens systematisch aanvaardde dat die informatie inderdaad bedrijfsvertrouwelijk was. Dit is niet de bedoeling. De aanbestedende dienst hoort te vereisen dat een ondernemer zélf aantoont dat de informatie waarvan hij de verspreiding wil tegenhouden daadwerkelijk vertrouwelijk is. Een aanbestedende dienst is niet gebonden aan de enkele bewering van een inschrijver dat de verstrekte informatie vertrouwelijk is. Hiermee bevestigt het Hof het oordeel uit het [Klaipedos-arrest](#) van vorig jaar (waarover wij het artikel '[Bescherming van bedrijfsvertrouwelijke informatie door de aanbestedende dienst: Een kwestie van balans](#)' schreven).

Bij deze aanbesteding werd de opdracht gegund op basis van de economisch meest voordelige inschrijving. EMVI was dus het gunningscriterium. Inschrijvers konden punten scoren op kwaliteit (60% van het totaal aantal punten) aan de hand van de subgunningscriteria "opzet van de concepten" en "omschrijving van de wijze van uitvoering van de opdracht". Bij het Hof speelde de vraag of deze laatste criteria niet zodanig open en 'vaag' waren dat ze de aanbestedende dienst te veel vrijheid gaven in het toekennen van punten, waardoor een objectieve vergelijking niet meer goed mogelijk was. Het idee van gunningscriteria is namelijk dat een vergelijkende beoordeling van het prestatieniveau van iedere inschrijver mogelijk is. De conclusie van het Hof op dit punt is dat dit soort brede gunningscriteria in principe zijn toegestaan, als die maar vergezeld gaan van specificaties om de aanbestedende dienst in staat te stellen de ingediende inschrijvingen concreet en objectief te beoordelen. Die 'specificaties' kunnen worden gegeven in de vorm van sub-subgunningscriteria. Dit betekent dat het gebruiken van bijvoorbeeld het veelgebruikte gunningscriterium 'plan van aanpak' zonder nadere specificaties voor de beoordeling niet is toegestaan. Dit is in lijn met artikel 2.113a van de Aanbestedingswet.

In dit arrest wordt dus bevestigd dat een aanbestedende dienst van inschrijvers moet eisen dat zij de vertrouwelijkheid van bepaalde gegevens in hun inschrijving onderbouwen. Ook wordt met dit arrest duidelijk dat de aanbestedende dienst subgunningscriteria die open en vaag zijn moet inkaderen door het stellen van nadere specificaties (sub-subgunningscriteria). Alleen op die manier kan een eerlijke en objectieve beoordeling worden gewaarborgd.

Dit is een Legal Update van Walter Engelhart.

Voor meer informatie:

Walter Engelhart
+31 30 25 95 572
walterengelhart@vbk.nl