



Motivering gunningsbeslissingen
blijft bron van conflicten

Nieuwe EU-regels voor IT-aanbestedingen op komst

Ook dit jaar is er weer fors geprocedeerd over aanbestedingen. Menno de Wijs en Sonja Geldermans geven een actuele inkijk in de juridische wereld van IT-aanbestedingen. Twee onderwerpen sprongen eruit: de wijziging van gegunde overeenkomsten en (gebrekkige) motivering van de gunningsbeslissing.





DE NEDERLANDSE AANBESTEDINGSWET IS GEBASEERD OP EUROPESE RICHTLIJNEN. De huidige regelgeving uit Europa is inmiddels ruim tien jaar oud en daarom werkt de Europese Commissie aan een update. Bijna duizend reacties kwamen binnen. Wat is daarin te lezen? De drempelbedragen die bepalen of een opdracht moet worden aanbesteed, worden als te laag ervaren. Veel partijen merken op

dat die drempelbedragen het afgelopen decennium niet zijn geïndexeerd. Ook wordt gepleit voor ruimere herstel-mogelijkheden voor inschrijvers, daarbij wordt de UEA-verklaring vaak genoemd.

Natuurlijk kan ook AI niet ontbreken. Een aantal partijen verzoekt om een regeling over het verantwoord gebruik van AI bij het doen van een inschrijving. Wij achten het echter onwaarschijnlijk dat dit een plaats krijgt in de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen. Voor AI heeft de Europese Commissie immers al specifieke regelgeving vastgesteld via de AI-verordening.

Er zijn twee belangrijke signalen die in het bijzonder bij IT-aanbestedingen een rol spelen. Allereerst de wens voor een langere looptijd van raamovereenkomsten. Momenteel bedraagt de maximale looptijd in beginsel vier jaar. Veel partijen ervaren dit als te kort, getuige op de investeringen die vaak moeten worden gedaan om een opdracht uit te kunnen voeren.

Een tweede belangrijk signaal is de roep om meer flexibiliteit na gunning. De huidige wetgeving kent al een regeling waarbij wijzigingen toelaatbaar zijn als die 'niet-wezenlijk' zijn, maar partijen vragen om verduidelijking en versoepeling van die regeling. Zo wordt voorgesteld om de drempel van 10% te verruimen, zodat meer wijzigingen na gunning toelaatbaar zijn. De Europese Commissie verwacht dat medio 2026 een nieuw wetsvoorstel kan worden gepresenteerd.

Tussentijds een opdracht wijzigen

Het is geen verrassing dat zowel aanbestedende diensten als inschrijvers behoefte hebben aan een duidelijkere regeling om de (on)toelaatbaarheid van wijzigingen te beoordelen, zo blijkt uit de praktijk.

Uitstel deadline oplevering?

De RDW besteedde de bouw van een

Veel partijen vragen om meer flexibiliteit na gunning

nieuw platform aan (Contact Center as a Service-oplossing). Na gunning wenste de RDW de opleverdatum uit te stellen. De oplevering verschoof van 31 mei naar 1 oktober. Dat was een gevoelig punt, omdat 31 mei als hard knock-out-criterium in de aanbesteding was opgenomen. Een van de verliezende inschrijvers startte een kort geding, omdat het uitstel een (ontoe-laatbare) wezenlijke wijziging zou zijn. De winnende inschrijver kreeg meer tijd om het platform te bouwen en dat is een kostenvoordeel.

Uiteindelijk boog ook het Hof zich over deze kwestie. Het Hof vond het daarbij van belang dat de verlenging op verzoek van de RDW plaatsvond, en niet op initiatief van de winnende inschrijver. De RDW bleek meer tijd nodig te hebben. Verder bleven alle verplichtingen gelijk. Het uitstel vloeyde dus voort uit omstandigheden aan de zijde van de aanbestedende dienst. Als het uitstel zou moeten leiden tot heraanbesteding, dan zou de winnende inschrijver, die geen schuld had aan



de vertraging, daar onterecht de dupe van worden. Reden waarom volgens het Hof geen sprake was van een wezenlijke wijziging.

Het Hof 's-Hertogenbosch oordeelde hetzelfde over een gegunde opdracht waarvan de ingangsdatum met een heel jaar verschoof, maar waarbij verder niets wijzigde⁽¹⁾. Kortom: het verschuiven van een ingangs- of opleverdatum is toegestaan wanneer het initiatief daarvoor bij de aanbestedende dienst ligt en de overige voorwaarden van de overeenkomst ongewijzigd blijven.

Tekortkomingen en sancties?

Maar wat nu als de winnende inschrijver tijdens de uitvoering van de overeenkomst toerekenbaar tekortkomt? Bijvoorbeeld omdat deze de bestelde

lance of beëindiging. Het niet behalen van de fatale termijn kan dus een grond voor ontbinding van de overeenkomst opleveren, maar brengt niet die verplichting met zich mee. Volgens ons wringt dit met het aanbestedingsrecht en rechtvaardigheidsgevoel. Feitelijke wijziging van een zeer belangrijk kenmerk van de prestatie, namelijk de deadline voor het gereedkomen van de transitie. Inschrijvers zullen bij hun inschrijving rekening moeten houden met die deadline. Het past volgens ons niet binnen het aanbestedingsrecht om spelregels te stellen en die vervolgens niet te handhaven. Vermoedelijk was de uitkomst anders geweest als de aanbestedende dienst zichzelf had verplicht, bijvoorbeeld in de NvI of de overeenkomst, om in die situatie tot beëindiging van de overeenkomst over te gaan. In dat geval had de aanbestedende dienst zich verbonden aan het toepassen van een sanctie.

Vervanging onderaannemer toegestaan?

Mag een aanbestedende dienst toestaan dat een opdrachtnemer zijn onderaannemer wijzigt? Zowel het Hof Arnhem-Leeuwarden als de rechtbank Den Haag oordeelden dat dit is toegestaan, mits de keuze voor de oorspronkelijke onderaannemer geen doorslaggevende rol heeft gespeeld bij gunning van de opdracht. Dat moet blijken uit de motivering.

Prijswijzigingen

Ook over prijswijzigingen is het afgelopen jaar meerdere keren geoordeeld. Een prijsverlaging levert geen voordeel op voor de inschrijver en is daarom al snel toegestaan. Bij een prijsverhoging ligt dat anders. In een zaak waarin de opdrachtnemer geconfronteerd werd met hogere kosten, oordeelde de rechter dat een prijsverhoging tot maximaal 10% van de opdrachtwaarde is toegestaan. Maar in een andere kwestie bleek een verdubbeling van de opdrachtwaarde niet toelaatbaar.

De eindscores op elk subcriterium hoeven niet precies te worden aangegeven

laptops niet kan leveren binnen de maximale levertijd, of als de ICT-dienstverlener de transitie niet voor de deadline gereed heeft? De voorzieningenrechter te Utrecht oordeelde dat het schenden van een contractuele deadline niet automatisch de aard en omvang van de opdracht wijzigt. Maar mag de aanbestedende dienst de vertraging door de vingers zien, of moet hij de overeenkomst beëindigen? De verliezende inschrijver had een sympathiek argument: als vooraf bekend was geweest dat de aanbestedende dienst soepel met de deadline zou omgaan, had hij mogelijk anders ingeschreven. De rechter overweegt dat de aanbestedende dienst zelf mag bepalen hoe hij in een dergelijke situatie handelt: cou-



Motivering van beslissingen

Na alle discussie over wat er wel en niet mag veranderen na gunning, is het tijd voor een ander heet hangijzer: de motivering van gunningsbeslissingen. De motivering van gunningsbeslissingen blijft een bron van frustratie, verwarring én rechtszaken.

Voldoende motivering?

Bij een aanbesteding van Apple-apparatuur motiveerde Stichting Digid@ct de gunningsbeslissing te mager, althans dat meende een van de verliezende inschrijvers.


Voldoet een overzicht van eindscores en een toelichting op (alleen) de eigen inschrijving? Dat is niet voldoende, ondervond Digid@ct toen de rechter haar motivering onder de loep nam. Volgens de rechter moet uit de gunningsbeslissing duidelijk blijken waarom de winnende inschrijving beter is. Alleen eindcijfers opsommen voldoet niet. Ook een latere toelichtingsbrief redt de zaak niet: de relevante redenen moeten in één keer, volledig en tijdig worden verstrekt. De motivering is dus niet zomaar een formaliteit, maar een essentieel onderdeel van het gunningsbesluit. Wees aldus alert.

Verstreken inzage in winnende inschrijving niet vereist

In een vergelijkbare zaak viel het oordeel van de rechter niet in het voordeel van de verliezende inschrijver uit. Gemeente Amersfoort had een aanbesteding georganiseerd voor het IT-systeem voor het beheer van de openbare ruimte. Een van de verliezende inschrijvers vond dat de gunning onvoldoende gemotiveerd was, doordat de volledige scoringslijst van de winnaar niet was bijgevoegd. Wel was duidelijk wat de eindscore was op de verschillende subcriteria, maar dus niet hoe die exact tot stand was gekomen. De rechter oordeelt dat niet met mathematische precisie hoeft te worden aangegeven hoe de eindscores op ieder

subcriterium tot stand zijn gekomen, zolang maar wel duidelijk is wat de redenen zijn voor score op iedere wens. De motiveringsplicht gaat niet zo ver dat ook inzicht in de integrale inschrijving of beoordeling van de winnaar moet worden verschaft. Ook in een aanbesteding van hardware door de landelijke politie benadrukte de rechter dat een aanbestedende dienst geen inzage hoeft te verstrekken in de winnende inschrijving om aan de motiveringsplicht te voldoen. Een inschrijving wordt immers vertrouwelijk gedaan en kan concurrentiegevoelige informatie bevatten. Een nadere motiveringsplicht kan pas ontstaan wanneer er onderbouwde twijfels zijn over een abnormaal lage, manipulatieve of irreële inschrijving én die informatie niet bedrijfsvertrouwelijk is. Daar was hier echter geen sprake van.

Wijzigingen en motivering

Ook dit jaar is er dus weer volop geprocedeerd over aanbestedingen, waarbij met name het tussentijds wijzigen en motivering van de gunningsbeslissing populaire discussiepunten waren. Volgend jaar presenteert de Europese Commissie een nieuw voorstel, vermoedelijk ook met wijzigingen op deze aspecten. Volgend jaar ongetwijfeld meer daarover. 

Referenties

[1] <https://uitspraken.rechtspraak.nl/details?id=ECLI:NL:GHSHE:2024:1913>



Menno de Wijs is advocaat (IT-)aangebestedingsrecht bij De CLERCQ Advocaten Notariaat.



Sonja Geldermans is advocaat (IT-)aangebestedingsrecht bij De CLERCQ Advocaten Notariaat.

Reacties en bijdragen

Voor reacties en nieuwe bijdragen van IT-experts:
Tanja de Vrede
020-2467230
t.d.vrede@agconnect.nl