GEMEENTE HOORN

Aan de leden van de gemeenteraad

Gemeente Hoorn
Nieuwe Steen 1
Postbus 603
1620 AR Hoorn
T 0229 25 22 00
www.hoorn.nl

Contactpersoon
J. Bulteel

Zaaknummer: 1996008
Bijlage: Advies Delta Advocaten

Hoorn, 30 november 2022

Onderwerp: Brief n.a.v. raadscommissie rapport Hoofd 2b

Geachte raadsleden,

Op dinsdag 15 november 2022 vond de commissiebehandeling van het rapport over de aanbesteding van het Hoofd 2b plaats. Tijdens de vergadering is toegezegd dat het college terug zou komen op een aantal vragen en opmerkingen. In deze brief vindt u meer informatie.

Gunning is rechtmatig
Tijdens de commissie is gesproken over de vraag of het toekennen van punten voor het criterium 'Duurzaamheid in relatie tot toerisme' een onrechtmatigheidsfout was. En zo ja, wat dit dan voor de aanbesteding betekent, In het rapport wordt geconcludeerd dat deze puntentoekenning niet doorslaggevend is geweest voor de uitkomst. Conclusie is dan ook dat de gunningsbeslissing juist is geweest en dat de gemeente dus op de juiste gronden een overeenkomst heeft afgesloten.

Bij wijze van second opinion hebben wij deze kwestie ook voorgelegd aan een externe aanbestedingsadvocaat. Gevraagd is of in dit geval sprake was van onrechtmatigheid en zo ja, wat hiervan de juridische consequenties zijn. In de bijlage vindt u de reactie op deze vragen. Bevestigd wordt dat, hoewel de puntentoekenning voor het criterium 'Duurzaamheid in relatie tot toerisme' niet juist was, dit niet heeft geleid tot een verkeerde gunningsbeslissing. Conclusie is dat er geen fundamentele gebreken kleven aan de aanbesteding en dat de gunning rechtmatig was.

Overigens is het uitgangspunt 'Maatschappelijk verantwoord ondernemen' in het inkoop- en aanbestedingsbeleid op dit punt in februari 2022 wel aangescherpt. Hierdoor is duidelijker geworden wat er met deze term bedoeld wordt.

Juridische consequenties aanbeveling 4
Er is gevraagd naar de juridische consequenties van het overnemen van aanbeveling 4. Het overnemen van de aanbeveling is in heel letterlijke zin juridisch niet uitvoerbaar. Formeel bezwaar maken was alleen mogelijk door binnen 10 dagen na de voorlopige gunning bezwaar aan te tekenen via de rechtbank. Hier is geen gebruik van gemaakt. De aanbesteding is dus afgerond en definitief. Het heroverwegen van de brief van Rederij Hoorn als bezwaar zal dus nooit kunnen leiden tot een andere uitkomst van de gunning.

Zoals gezegd is een minder letterlijke lezing van deze aanbeveling wel uitvoerbaar. Het college is van plan met alle betrokkenen in gesprek te gaan over het rapport. In het gesprek met Rederij Hoorn worden dan ook de betreffende brief en de vragen over de beoordeling besproken.

Aflopen concessieovereenkomst
De huidige concessieovereenkomst is afgesloten voor de duur van 5 jaar. Deze loopt tot 9 augustus 2026. Zoals toegezegd, komen wij vóór het aflopen van deze concessieovereenkomst bij u terug om u mee te nemen in de verdere plannen.

Status havenplan
Ook is gevraagd naar de status van het Havenplan. Het college heeft het Havenplan in juli 2020 vastgesteld. Dit is een uitvoeringsplan, gebaseerd op de door de raad vastgestelde Havenvisie. Het bevat dus geen nieuwe beleidskeuzes. Gezien het belang van de haven en de discussie rond het dossier Hoofd 2b begrijpen wij dat de raad behoefte heeft om met elkaar in gesprek te gaan over de toekomst en koers van de haven. De Havenvisie heeft een looptijd van 2013 tot 2025. Het komende jaar is alles erop gericht om de basisvoorzieningen in de havens verder op orde te brengen, waaronder afvalverwerking, stroomvoorzieningen en handhaving. Plan is om in 2024 te starten met de evaluatie en actualisatie van de Havenvisie. In dit kader gaan we graag met de raad in gesprek over de toekomst en koers van de haven.

Informatievoorziening richting de raad
Een ander punt dat vaker genoemd werd is de informatievoorziening richting de raad. Daarbij is gesteld dat de raad niet alle gevraagde informatie heeft gekregen, of dat er bewust informatie is achtergehouden. Dat wordt niet door het rapport ondersteund.

Het punt van het verzenden van zwartgelakte informatie lichten we graag toe. Een verzoek om ambtelijke ondersteuning is op basis van de Verordening Ambtelijke Ondersteuning afgewezen. Het verzoek was te omvangrijk om uit te kunnen voeren. Vervolgens is het Wob-verzoek van het Noord-Hollands Dagblad gedeeld met de raad. Dit was inderdaad voor een deel zwartgelakt, omdat het openbaar gedeeld werd. Op basis van de WOB en de AVG kunnen we niet zomaar alle gegevens openbaar maken, zonder dat de informatie geanonimiseerd wordt verstrekt.

De raad heeft uiteraard de bevoegdheid om Wob- (en Woo-) verzoeken ongelakt in te zien, al dan niet onder geheimhouding (afhankelijk van de status van de documenten). De ongelakte versie van het bestaande Wob-verzoek was echter niet bewaard. Dit was onder de Wob niet verplicht. Daardoor moesten de ruim 1.000 documenten die bij dit Wob-verzoek hoorden dus weer opnieuw verzameld worden. Daardoor duurde het langer dan gewenst om de documenten ter inzage te leggen. Dat is uiteindelijk wel gebeurd. In de tussentijd hebben betrokken raadsleden kunnen aangeven welke documenten zij met voorrang zouden willen inzien. Deze zijn met prioriteit ter inzage gelegd, in afwachting van het gehele dossier.

Goed te weten is dat we dit jaar het proces rond Woo-verzoeken hebben aangepast. Er is een Woo-coördinator aangetrokken die de verzoeken uitzet en coördineert. De Woo-coördinator zorgt er ook voor dat van alle Woo-verzoeken zowel de openbare (en op punten eventueel zwartgelakte) documenten als het originele dossier de maximale wettelijke termijn van 5 jaar worden bewaard. Hierdoor kunnen dit soort verzoeken vanuit de raad in het vervolg ook sneller en eenvoudiger afgehandeld worden.

Vervolg conclusies en aanbevelingen
U heeft gevraagd naar een concrete vertaling van de conclusies en aanbevelingen uit het rapport in acties, of eventuele maatregelen. In onze reactie op het onderzoeksrapport staat een aantal acties benoemd, richting betrokken ondernemers, de interne organisatie en de gemeenteraad.

In het eerste kwartaal van 2023 komen we graag in de vorm van een memo terug op de opbrengst van deze acties en eventuele concrete maatregelen die daaruit volgen. Het gaat dan enerzijds over het vervolg van de samenwerking in de haven en anderzijds over de opbrengsten van de interne gesprekken en evaluatie.

Met vriendelijke groet,

Burgemeester en wethouders van Hoorn

de secretaris

de burgemeester

DELTA
ADVOCATEN

JURIDISCH ADVIES

Aan:	Ron van der Vuurst (Gemeente Hoorn)
Van:	Stefan Dalmolen (Delta Advocaten)
Inzake:	Aanbesteding concessie Hoofd 2B
Datum:	28 november 2022

Geachte heer Van der Vuurst, beste Ron,

Hierbij ontvang je mijn advies met betrekking tot de vraag of de aanbesteding voor de concessieopdracht voor de exploitatie van pand Hoofd 2B rechtmatig is verlopen. Mijn conclusie is dat de gunningsbeslissing rechtmatig was en dat de overeenkomst dus rechtsgeldig is gegund aan RentTourBuy. Wel is het zo dat de beoordelingscommissie bij de beoordeling van het criterium "duurzaamheid in relatie tot toerisme" ten onrechte aspecten heeft betrokken die verband houden met "social return on investment". Ik licht deze conclusie als volgt toe.

1. Inleiding en feiten

In dit advies ben ik ervan uitgegaan dat de gemeente in april 2021 een aanbestedingsprocedure is gestart met als doel om met een ondernemer een concessieovereenkomst te sluiten, op grond waarvan deze ondernemer voor eigen rekening en risico het pand Hoofd 2B in de haven van Hoorn onder de door de gemeente gestelde voorwaarden mag exploiteren.

De aanbestedingsstukken bestonden uit een uitnodiging tot inschrijving met daarbij gevoegd vijf bijlagen: een inschrijfformulier, een document met voorwaarden en beoordeling, een oprichtingstekening, de concept-concessieovereenkomst en de algemene inkoopvoorwaarden.

De gunningssystematiek van de aanbesteding voorzag in een onderdeel prijs en een onderdeel kwaliteit. Met het onderdeel prijs waren maximaal 20 punten te behalen en met het onderdeel kwaliteit maximaal 80 punten. Het onderdeel kwaliteit is beoordeeld door een beoordelingscommissie aan de hand van het plan van aanpak dat door de inschrijvers opgesteld diende te worden. Dat plan van aanpak is beoordeeld op basis van een viertal criteria:

1) Vertrouwen dat met het plan het door gewenste resultaat kan worden behaald (max. 20 punten)
2) Meerwaarde voor de gemeente (max. 20 punten)
3) Duurzaamheid in relatie tot toerisme (max. 20 punten)
4) Bijdrage versterken toerisme (max. 20 punten)

Voor deze aanbesteding zijn onder meer uitgenodigd Rederij Hoorn en RentTourBuy.

De opdracht is gegund aan RentTourBuy. Op 9 juni 2021 heeft Rederij Hoorn een afwijzingsbrief ontvangen, waaruit duidelijk is geworden dat zij hetzelfde puntenaantal heeft gescoord op het onderdeel prijs, maar minder punten heeft gekregen op het onderdeel kwaliteit. Op een tweetal onderwerpen heeft RentTourBuy hoger gescoord, waaronder op het onderdeel "duurzaamheid in relatie tot toerisme". Als onderbouwing heeft de gemeente hiervoor gegeven:

> *Het voorstel sluit voldoende aan bij de gewenste situatie en is onderbouwd met duidelijke informatie. Het plan is realistisch en heeft onderscheidend vermogen. De winnende inschrijving scoort hoger omdat zij duurzame vervoersmiddelen verhuren en daarnaast sociaal ondernemerschap meer uitdraagt.*

Rederij Hoorn was het met de uitkomst van de aanbesteding niet eens. Zij heeft echter geen kort geding aangespannen, maar heeft middels een brief aan de portefeuillehouder haar ongenoegen geuit. Naar aanleiding van een discussie in de gemeenteraad heeft het college besloten om een onafhankelijk onderzoek te laten verrichten naar de gang van zaken rondom de aanbestedingsprocedure. Dit onderzoek heeft geleid tot een rapport van het bestuurlijk onderzoeks- en adviesbureau Partners+Pröpper van 21 oktober 2022.

Een van de conclusies in het rapport is de puntentoekenning aan RentTourBuy met betrekking tot sociaal ondernemerschap niet rechtmatig is omdat daarmee wordt getoetst op een onderdeel dat in de aanbestedingsstukken niet is aangegeven als een beoordelingscriterium[1].

U heeft mij verzocht om deze conclusie juridisch te toetsen.

2. De toepasselijke regels van aanbestedingsrecht

In dit advies ben ik ervan uitgegaan dat de geraamde waarde van de opdracht beneden de drempelwaarde voor Europese aanbestedingen ligt. Ik heb dit zelf niet nader getoetst omdat dit geen onderwerp van discussie is.

Dit betekent dat deel 2 van de Aanbestedingswet 2012 niet van toepassing is op deze procedure. Deel 1 van de Aanbestedingswet 2012 is wel van toepassing, aangezien dat deel betrekking heeft op alle aanbestedingsprocedures. Daarnaast gelden de algemene beginselen van aanbestedingsrecht, waaronder met name het gelijkheidsbeginsel en het daaruit voortvloeiende transparantiebeginsel.

Op grond van het transparantiebeginsel rust op een aanbestedende dienst de verplichting om alle voorwaarden en modaliteiten in het kader van een aanbestedingsprocedure op een zodanig duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze te formuleren dat alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en deze op dezelfde manier interpreteren[2].

[1] Zie onder meer p. 40 van het rapport
[2] HvJ EU 29 april 2004, Succhi de Frutta, ECLI:EU:C:2004:236

Daarbij moeten de bepalingen van de aanbestedingstukken, binnen de grenzen van het transparantiebeginsel, worden uitgelegd aan de hand van de zogenaamde CAO-norm, waarbij de bewoordingen van de desbetreffende bepalingen, gelezen in het licht van de gehele tekst van de aanbestedingstukken, in beginsel van doorslaggevende betekenis zijn[3].

Op grond van de beginselen van transparantie en gelijkheid moet een aanbestedende dienst de inschrijvingen bovendien beoordelen conform de gunningscriteria, eisen en beoordelingsmethodiek zoals deze in de aanbestedingsstukken zijn weergegeven[4]. De aanbestedende dienst mag bij de beoordeling dus geen nieuwe gunningscriteria introduceren of punten meenemen in de beoordelingsmethodiek die niet in de aanbestedingsstukken zijn genoemd[5].

Binnen deze kaders is het uitgangspunt dat enige mate van subjectiviteit inherent is aan de beoordeling van een kwalitatief criterium en de rechter slechts een beperkte toetsingsvrijheid toekomt wanneer het aankomt op de beoordeling van een kwalitatief criterium. Dit is niet in strijd met de beginselen van transparantie en gelijke behandeling zolang:

(i) voor een kandidaat-inschrijver duidelijk is wat van hem wordt verwacht,
(ii) de inschrijvingen aan de hand van een zo objectief mogelijk systeem worden beoordeeld en
(iii) de gunningsbeslissing zodanig wordt gemotiveerd dat het voor een afgewezen inschrijver redelijkerwijs mogelijk is om de wijze waarop de beoordeling heeft plaatsgevonden te toetsen[6].

3. Het standpunt van Partners+Pröpper

In de kern genomen wordt aan de gemeente het verwijt gemaakt dat zij in de beoordeling van subgunningscriterium 'duurzaamheid in relatie tot toerisme' meer onderwerpen heeft meegenomen dan in de aanbestedingsstukken zijn genoemd. Het gaat daarbij om onderdelen die verband houden met social return on investment, zoals de gemeente dat definieert in de Nota Inkoop- en Aanbestedingsbeleid. Social return on investment is echter niet als beoordelingscriterium opgenomen, zodat daarop ook niet beoordeeld kan worden, aldus Partners+Pröpper.

4. Juridische beoordeling

A. Juridische relevantie

Allereerst merk ik op dat zelfs als de gunningsbeslissing of de daaraan ten grondslag liggende beoordeling onrechtmatig zou zijn geweest, dit geen invloed meer kan hebben op de gegunde overeenkomst aan RentTourBuy. Er is na gunning geen kort geding aangespannen, terwijl die mogelijkheid wel was opengesteld. De overeenkomst kon dus rechtsgeldig worden aangegaan. Een eventueel achteraf geconstateerd gebrek in de aanbesteding heeft in dit stadium geen gevolgen meer voor de rechtsgeldigheid van de overeenkomst.

---

[3] Vzr. rb. Den Haag 11 augustus 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:9898
[4] Vzr. rb. Den Haag 15 oktober 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:14023
[5] Vzr. rb. Midden-Nederland 11 juni 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:2477
[6] Vzr. rb. Amsterdam 8 februari 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:1370

De enige manier waarop de onderhavige discussie juridisch nog een rol zou kunnen spelen, is indien Rederij Hoorn besluit een vordering tot schadevergoeding in te stellen, met als argument dat de gemeente onrechtmatig jegens haar heeft gehandeld door de opdracht te gunnen aan RentTourBuy. Zoals ik hieronder nader zal toelichten, heeft een dergelijke vordering echter evenmin enige reële kans van slagen.

B. Onjuist beoordelingskader in het rapport van Partners+Pröpper

De conclusie van Partners+Pröpper ten aanzien van de rechtmatigheid van de aanbesteding berust op een onjuist beoordelingskader. Zoals vermeld gaat het aanbestedingsrechtelijk om de vraag hoe een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver een bepaling of voorwaarde redelijkerwijs heeft geïnterpreteerd. Daarbij moet worden uitgegaan van de bewoordingen van de betreffende bepaling gelezen in het licht van de gehele tekst van de aanbestedingsstukken.

Het Inkoop- en Aanbestedingsbeleid waarnaar Partner+Pröpper verwijst, maakt geen deel uit van de aanbestedingsstukken. Om die reden kan het beoordelingscriterium "duurzaamheid in relatie tot toerisme" niet mede aan de hand daarvan worden uitgelegd. Dus dat het Inkoop- en Aanbestedingsbeleid een onderscheid maakt tussen "duurzaam inkopen" enerzijds en "social return on investment" anderzijds, heeft geen relevantie voor de vraag hoe het beoordelingscriterium in het kader van deze aanbesteding moet worden uitgelegd.

C. Juridische beoordeling

Maar het feit dat het beoordelingskader dat door Partner+Pröpper is gehanteerd, onjuist is, betekent natuurlijk nog niet dat de conclusie ook onjuist is. De kernvraag is of het voor een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver aan de hand van de aanbestedingsstukken voldoende duidelijk is geweest dat de beoordelingscommissie in haar beoordeling van het criterium "duurzaamheid in relatie tot toerisme" eveneens aspecten zou betrekken die verband houden met sociaal ondernemerschap.

Aangezien het beoordelingscriterium nergens in de aanbestedingsstukken is geconcretiseerd en er ook geen vragen over zijn gesteld, komt het aan op de vraag hoe dit begrip in redelijkheid doorgaans wordt geïnterpreteerd. Daarbij is het aan de ene kant zo dat het begrip "duurzaamheid" in aanbestedingen een containerbegrip is, waaronder ook andere maatschappelijke voordelen worden begrepen. In zoverre is het dus niet volstrekt onlogisch dat de beoordelingscommissie ook onderwerpen bij haar beoordeling heeft betrokken die betrekking hebben op sociaal ondernemerschap.

Aan de andere kant is het ook zo dat er een begrip bestaat dat lading nog beter dekt, namelijk het begrip "maatschappelijk verantwoord ondernemen". Dit begrip lijkt nog meer een verzamelbegrip te zijn dan "duurzaamheid". Daar komt bij dat het wel degelijk zo is dat in veel aanbestedingen de begrippen "duurzaamheid" en "social return on investment" als afzonderlijke criteria worden gebruikt.

In rechtspraak is geen duidelijk voorbeeld te vinden van een vergelijkbare kwestie. Wel heeft de Commissie van Aanbestedingsexperts zich over een vergelijkbaar geval uitgelaten. Het oordeel van die Commissie was dat het voor een inschrijver niet zonder meer duidelijk is dat bij de

beoordeling van het begrip "duurzaamheid" ook gelet zou worden op onderwerpen die normaliter onder het begrip "social return on investment" worden begrepen[7].

Zeker als dat advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts in aanmerking moet worden genomen, betekent dit mijns inziens dat de beoordelingscommissie in het kader van de beoordeling van het criterium "duurzaamheid in relatie tot toerisme" geen hogere beoordeling had mogen toekennen op de onderdelen van het plan van aanpak van RentTourBuy die betrekking hebben op onderwerpen die doorgaans vallen onder het begrip social return on investment.

D. Consequenties

Dit betekent echter niet dat de uitkomst van de aanbesteding ongeldig is of dat de gunning aan RentTourBuy onrechtmatig is geweest. Het gaat hier niet om een fundamenteel gebrek in de aanbestedingsprocedure, maar hooguit om een onjuistheid in de wijze van beoordelen zonder dat daardoor een verkeerde gunningsbeslissing tot stand is gekomen. In een dergelijke situatie is er geen plaats voor ingrijpen door de rechter[8]. Dus zelfs als Rederij Hoorn een kort geding zou hebben aangespannen, zou de aanbestedingsprocedure naar alle waarschijnlijkheid in stand zijn gebleven.

Om verschillende redenen kan worden geconcludeerd dat de onjuistheid in de beoordeling geen invloed heeft gehad op de gunningsbeslissing. In de eerste plaats heeft de winnende inschrijver weliswaar meer punten ontvangen op het onderdeel "duurzaamheid in relatie tot toerisme", maar dat is gelet op de motivering niet alleen omdat die inschrijving sociaal ondernemerschap meer uitdraagt, maar óók om dat zij duurzame vervoersmiddelen verhuurt. Deze laatste reden houdt zonder enige twijfel verband met het aangehaalde criterium. Dus ook zonder acht te slaan op het sociaal ondernemerschap, zou de inschrijving van RentTourBuy op het subonderdeel "duurzaamheid in relatie tot toerisme" naar alle waarschijnlijkheid hoger hebben gescoord.

Maar ook als dat niet zo zou zijn geweest, dan nog zou de beoordeling in het voordeel van RentTourBuy zijn uitgevallen. Deze onderneming heeft immers ook op het onderdeel "meerwaarde voor de gemeente" meer punten gescoord. Dus ook als zij niet meer punten had gekregen op het onderdeel "duurzaamheid in relatie tot toerisme", dan nog zou RentTourBuy als winnende inschrijver zijn aangewezen.

Gelet hierop is de conclusie dat de onjuistheid in de beoordeling van het beoordelingscriterium "duurzaamheid in relatie tot toerisme" geen invloed heeft gehad op de beoordeling als het geheel en dus ook niet heeft geleid tot een onrechtmatige aanbesteding.

---

[7] Zie advies 78 van de Commissie van Aanbestedingsexperts. Om precies te zijn oordeelt de Commissie in dat advies: "*Door in het Programma van Eisen slechts te spreken van "duurzaamheid" zonder een nadere toelichting op dat begrip te geven, anders dan die welke beklaagde heeft gegeven, behoefde klager er niet van uit te gaan dat het kwaliteitsaspect "duurzaamheid" mede het aspect "SROI" omvatte. Dat andere inschrijvers SROI wel in de door hen aangeboden werkplannen hebben betrokken, doet aan het voorgaande oordeel niet af.*"

[8] Zie bijvoorbeeld Vzr. rb. Amsterdam 8 oktober 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:4890

5. Conclusie

Mijn conclusie is dat het aannemelijk is dat de beoordelingscommissie in het kader van de beoordeling van het criterium "duurzaamheid in relatie tot toerisme" ten onrechte acht heeft geslagen op aspecten die verband houden met sociaal ondernemerschap. Een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver had er niet op bedacht hoeven te zijn dat deze aspecten een rol zouden spelen in het kader van dat criterium.

Dat betekent echter niet dat aan de aanbestedingsprocedure fundamentele gebreken kleven en ook niet dat de gunning aan RentTourBuy onrechtmatig is geweest. Het gaat om een niet-wezenlijk gebrek in de beoordeling van een gunningscriterium dat niet van invloed is geweest op de uitkomst van de procedure.

Ten overvloede merk ik nog op dat ook een eventuele vordering tot schadevergoeding geen kans van slagen zal hebben. Zoals vermeld heeft het gebrek in de beoordeling niet geleid tot een verkeerde gunningsbeslissing. Ook indien geen acht geslagen zou zijn op de punten die verband houden met het sociaal ondernemerschap, zou de opdracht aan RentTourBuy zijn gegund. De gunning aan RentTourBuy was derhalve rechtmatig.

Met vriendelijke groet,



Stefan Dalmolen