

JAAN 2016/64 Commissie van Aanbestedingsexperts, 05-10-2015,**246Rechtsverwerking, Geschiktheidseisen-derden, Gunningsmethodiek, Emvi-****laagste prijs**

Publicatie	JAAN 2016 afl. 2
Publicatiedatum	23 maart 2016
College	Commissie van Aanbestedingsexperts
Uitspraakdatum	05 oktober 2015
Rolnummer	246 LJN
Rechter(s)	mr. Janssen mr. Jansen mr. Chen
Partijen	
Noot	mr. J.H.J. Bax en mr. drs. F.J.J. Cornelissen
Trefwoorden	Rechtsverwerking, Geschiktheidseisen-derden, Gunningsmethodiek, Emvi-laagste prijs,
Regelgeving	

Samenvatting

Beklaagde heeft een nationale niet-openbare aanbesteding gehouden voor de bouw van een dorpsaccommodatie. De opdracht is gegund aan inschrijver 'B'. Klager heeft op twee onderdelen geklaagd over de gunningsbeslissing. Klachtonderdeel 1 heeft betrekking op de gestelde geschiktheidseisen op het gebied van financiële en economische draagkracht (jaarrekeningen 2011, 2012, 2013 en accountantsverklaring). Klager stelt dat B nog geen jaar bestaat en daarom niet aan deze eisen kan voldoen, noch aan de gestelde geschiktheidseisen op het gebied van vakbekwaamheid (vier referentiewerken). Met klachtonderdeel 2 maakt klager bezwaar tegen het gunningscriterium dat is toegepast. Het EMVI-criterium zou gelden, maar volgens klager heeft feitelijk bijna uitsluitend de prijs een rol gespeeld.

Geschiktheidseisen

Klager heeft pas op 7 april geklaagd, terwijl de gunningsbeslissing al op 20 januari 2015 was medegedeeld en klager vanaf toen op de hoogte was van de identiteit van B. Hiermee heeft klager niet de proactieve houding aangenomen die van haar verwacht had mogen worden. De klacht wordt daarom op dit onderdeel ongegrond verklaard. Ten overvloede overweegt de Commissie nog dat de klacht ook op inhoudelijke gronden ongegrond is, omdat klager over het hoofd heeft gezien dat een inschrijver ook aan een geschiktheidseis kan voldoen door middel van een beroep op een derde. In dit geval heeft B een beroep gedaan op de middelen van haar moederverenootschap, alsmede op referentieprojecten van een gefailleerde vennootschap, waarvan de activa en nagenoeg het gehele bij deze projecten betrokken personeelsbestand is overgenomen door het concern waartoe B behoort. De Commissie neemt aan dat beklagde e.e.a. zorgvuldig heeft onderzocht en acht de stellingen van beklagde in dezen voldoende geloofwaardig.

Gunningcriterium

Ook op dit onderdeel heeft klager niet op tijd geklaagd. Voor zover er onvolkomenheden kleven aan het gunningscriterium, had klager die redelijkerwijze al behoren op te merken toen zij de inhoud van de gunningsleidraad tot zich nam met het oog op de voorbereiding van haar inschrijving. Het tweede klachtonderdeel is daarom ongegrond. Ook op dit onderdeel wijdt de Commissie ten overvloede nog enkele inhoudelijke overwegingen aan de klacht.

Zoals de Commissie eerder heeft geoordeeld, heeft een aanbestedende dienst die kiest voor het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving in beginsel de mogelijkheid om aan het subcriterium prijs meer gewicht toe te kennen dan aan alle andere, op de kwaliteit van de inschrijving betrekking hebbende, subcriteria gezamenlijk. Die mogelijkheid bereikt echter haar grens daar waar de keuze van de aanbestedende dienst voor het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving de facto neerkomt op een keuze voor het gunningscriterium van de laagste prijs. Daarvan zal sprake zijn wanneer op basis van de uitwerking van het gunningscriterium in de aanbestedingsdocumenten, alle omstandigheden van het geval afwegende, voor inschrijvers de redelijke verwachting zal mogen bestaan dat de waardering van de kwalitatieve aspecten van de inschrijvingen – naast het aspect prijs – geen significante invloed zal hebben op de rangorde daarvan. Formeel wordt dan het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving gehanteerd, maar is materieel sprake van het gunningscriterium van de laagste prijs (zie Advies 33).

In de onderhavige zaak geldt dat winnen op kwaliteit alleen mogelijk is wanneer het prijsverschil met de laagste bidder minder dan 7,5% bedraagt. De te beantwoorden vraag is of dit percentage (hierna: grenswaarde) te laag is. In het eerder aangehaalde Advies 33 bedroeg de grenswaarde ca. 4%. Bedacht moet worden dat het in die zaak ging om een opdracht met betrekking tot zowel de engineering als de uitvoering van bouwkundige werken, werktuigbouwkundige installaties en elektrotechnische installaties, inclusief terreininrichting en terreininstallaties, alsmede het coördineren en vervaardigen van de bestekuitwerking en de coördinatie van de overige bij de uitvoering te betrekken partijen en adviseurs. Bij een dergelijke opdracht mag redelijkerwijze worden verwacht dat de prijzen meer uit elkaar zullen liggen dan bij een opdracht zoals de onderhavige, die beperkt is tot enkel de uitvoering van bouwkundige en installatietechnische werkzaamheden op basis van een STABU-bestek. Dat de prijzen bij een dergelijke opdracht meer bij elkaar zullen liggen dan in het geval dat zich voordeed in de casus die centraal stond in Advies 33, zal zeker mogen worden verwacht wanneer de aanbestedende dienst – zoals in het onderhavige geval ook is gebeurd – een maximale inschrijfsom hanteert.

De Commissie is alle omstandigheden van dit geval afwegende van oordeel dat beklagde met een grenswaarde van 7,5% weliswaar aan de lage kant zit, maar dat niet kan worden geoordeeld dat de inschrijvers de redelijke verwachting mochten hebben dat de kwalitatieve aspecten van de inschrijvingen geen significante invloed op de rangorde van de inschrijvingen zouden hebben.

Conclusie

De Commissie acht beide onderdelen van de klacht ongegrond. De Commissie adviseert beklagde om bij toekomstige aanbestedingen van opdrachten voor de uitvoering van bouwkundige en installatietechnische werkzaamheden op basis van een STABU-bestek in geval van een keuze voor een gunningssystematiek met een grenswaarde beneden 10% in de aankondiging te motiveren waarom (de facto) wordt gekozen voor het criterium van de laagste prijs.

Uitspraak

Het volledige advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts is te raadplegen op www.commissievanaanbestedingsexperts.nl

Noot

EMVI of de facto laagste prijs: wanneer maakt kwaliteit (nog) het verschil?

Inleiding

Wanneer heeft de kwaliteitsscore (nog) invloed op de uiteindelijke rangorde? De Commissie van Aanbestedingsexperts heeft in advies 246 een handreiking gedaan aan de aanbestedingswereld. [\[noot:1\]](#) Aan de hand van minimale grenswaarden tracht zij het omslagpunt te markeren waarbij EMVI *de facto* laagste prijs wordt. Duidelijkheid heeft zij hiermee slechts in beperkte mate geschapen.

Gunnen op EMVI: kwaliteit moet significante invloed hebben

In art. 2.114 lid 1 Aw 2012 is bepaald dat opdrachten gegund moeten worden met gebruikmaking van het gunningscriterium economisch meest voordelige inschrijving ('EMVI'). Daarbij gaat het om de beste prijs-kwaliteitverhouding. [\[noot:2\]](#) Bij de vaststelling van de EMVI wordt gebruikgemaakt van kwalitatieve criteria en in de regel ook van een prijscriterium (art. 2.115 lid 2 Aw 2012). In de memorie van toelichting bij de Aanbestedingswet 2012 constateerde de minister dat 75% van de gevallen werd aanbesteed op basis van EMVI, maar dat de prijs vaak het zwaarst weegt. [\[noot:3\]](#) Onder omstandigheden kan er dan sprake zijn van gunning op de *facto* laagste prijs. Het belang van die vaststelling hangt samen met de motiveringsplicht van de aanbestedende dienst bij toepassing van het formele gunningscriterium laagste prijs (art. 2.114 lid 2 Aw 2012). Die plicht mag niet worden ontweken door een oneigenlijke invulling van EMVI waarbij kwaliteit niet tot nauwelijks meeweegt.

In navolging van de Commissie van Aanbestedingsexperts, oordeelde de voorzieningenrechter van de rechtbank Gelderland daarom dat aanbesteders weliswaar vrijheid toekomt bij de invulling van EMVI, maar dat *'moet worden aangenomen dat die vrijheid om dat te doen haar grens bereikt daar waar de keuze van de aanbestedende dienst voor het EMVI-criterium de facto neerkomt op een keuze voor het gunningscriterium van de laagste prijs.'* [\[noot:4\]](#)

Deze vaststelling veroorzaakte onzekerheid voor aanbesteders: hoeveel gewicht mag prijs nog hebben ter invulling van EMVI? In een later vonnis van de Gelderse voorzieningenrechter werd dit probleem onderkend, doch niet opgelost:

'Het kan zich echter voordoen dat de kwaliteitselementen van zo geringe betekenis zijn dat redelijkerwijs niet meer kan worden aangenomen dat nog sprake is van EMVI. Uiteraard kleeft hieraan, ook voor aanbestedende dienst, het praktische bezwaar dat in zijn algemeenheid niet te bepalen is waar het omslagpunt ligt. (...) Waar dat omslagpunt ligt kan slechts van geval tot geval worden bepaald, rekening houdend met alle omstandigheden van het geval (...).' [\[noot:5\]](#)

De Commissie heeft in dit advies 246 getracht wel een algemeen omslagpunt te formuleren.

EMVI en de significante invloed: Commissie gaat uit van grenswaarden

In het hier besproken advies 246 klaagde één van de inschrijvers dat de prijs een te grote invloed had op de EMVI-rangorde. Een inschrijver die een prijs biedt die minimaal 7,5% lager is dan alle overige geoffreerde prijzen wint volgens de onderhavige gunningssystematiek altijd.

De Commissie acht deze klacht ongegrond, alleen al omdat de klacht ruim na het einde van de bezwaartermijn (vervaltermijn) is ingediend. Ten overvloede behandelt de Commissie de klacht inhoudelijk.

De Commissie volgt de klager in het standpunt dat kwaliteit inderdaad alleen maar het verschil kan maken als de betreffende prijs minder dan 7,5% hoger is dan de laagste prijs. Volgens de gunningssystematiek waren 200 punten te behalen voor kwalitatieve aspecten en 800 punten voor prijs. Een geldige inschrijving moet echter minimaal 80 punten hebben behaald op de kwalitatieve aspecten zodat het verschil op die sub-criteria tussen de potentieel laagste en hoogste geldige scores 120 is. De volgende formule uit de Gunningsleidraad (zie overweging 1.7.) bepaalt in deze zaak de score voor prijs.

"score voor inschrijfsom =

"("10 pt - ("door Inschrijver ingediende prijs

- laagste prijs" / "laagste prijs")"20)"80"

De grenswaarde van 7,5% is daarbij de waarde voor het gedeelte (door Inschrijver ingediende prijs - laagste prijs / laagste prijs), waarbij de *score voor inschrijfsom* gelijk is aan 680, de maximumscore van 800 minus het maximale verschil aan kwaliteitsscore tussen geldige inschrijvingen van 120. De winnende inschrijver in deze zaak had een minimale kwaliteitsscore van 80 behaald en een maximale score voor inschrijfsom van 800. Een andere inschrijver met een maximale kwaliteitsscore van 200 kan dus nog slechts winnen als zijn prijs niet meer dan 7,5% hoger is dan de inschrijfsom van de winnaar. De grenswaarde is uiteindelijk het antwoord op de vraag hoe ver de prijzen uit elkaar kunnen liggen, wil kwaliteit nog mogelijkerwijs van invloed zijn op de rangorde.

De Commissie oordeelt dat voor de onderhavige aanbestedingsprocedure de *'grenswaarde van 7,5% aan de lage kant zit, maar dat niet kan worden geoordeeld dat de inschrijvers de redelijke verwachting mochten hebben dat de kwalitatieve aspecten (...) geen significante invloed op de rangorde van de inschrijvingen zouden hebben'*. [\[noot:6\]](#)

Waarom de Commissie tot deze conclusie komt, wordt slechts summier onderbouwd. Omstandigheden die de Commissie lijkt te hebben meegewogen zijn:

- het werk is gebaseerd op de STABU-standaard en is tot in detail beschreven;
- het werk betreft uitsluitend de *uitvoering* van (bouwkundige en installatietechnische) werkzaamheden;
- er is een maximumprijs vastgesteld.

Deze omstandigheden doen de Commissie concluderen dat de prijzen waarschijnlijk niet zo ver uit elkaar liggen dat een grenswaarde van 7,5% niet voldoende is. Als prijzen immers naar verwachting minder zullen afwijken, heeft de prijs gegeven een bepaalde gunningssystematiek minder verwachte invloed op de rangorde.

Dat de genoemde omstandigheden relevant zijn voor het vaststellen van de grenswaarde, is wat ons betreft logisch. Deze omstandigheden zijn van invloed op de prijzen en bepalen (mede) of die ver(der) uit elkaar liggen. Bovendien

ligt het ook voor de hand dat de prijzen bij een standaard STABU-bestek minder ver uit elkaar liggen dan bij een geïntegreerd contract. Bij die laatste contractvariant hebben de inschrijvers meer (persoonlijke) invloed op de uitvoering van het werk.

Opvallend is wel dat de Commissie zich beperkt tot de te verwachten variatie in *prijzen*. Nu de Commissie niet alleen acht slaat op de prijsvariatie die theoretisch mogelijk is, maar op de werkelijk te verwachten variatie, zou zij evenmin moeten rekenen met de puur theoretische variatie in kwaliteitsscores. In de praktijk komt het met regelmaat voor dat de hoogst mogelijke scores niet worden gegeven. Complexe plannen worden door grote en gemêleerde beoordelingscommissies niet met een 10 beoordeeld. Als geen 'redelijke verwachting' bestaat dat een maximale kwaliteitsscore haalbaar is, dan geeft de grenswaarde volgens bovenstaande formule een te rooskleurig beeld van de invloed van kwaliteitscriteria. Wij menen dat ook deze omstandigheid zou moeten worden meegenomen bij de bepaling van de gepaste grenswaarde. Bij een mindere verwachte variatie in kwaliteit past een hogere grenswaarde.

Zekerheidshalve als grenswaarde 10% aanhouden

De Commissie besluit haar advies met de aanbeveling om in geval van aanbestedingsprocedures als de onderhavige een minimale grenswaarde van 10% aan te houden, behoudens motivering. Met deze algemeen geformuleerde aanbeveling heeft de Commissie ongetwijfeld duidelijkheid willen scheppen voor aanbestedende diensten. In voorkomende gevallen is een lager percentage toelaatbaar, maar als vuistregel zou een aanbesteder een grenswaarde van minder dan 10% *zekerheidshalve* moeten motiveren.

Deze vuistregel biedt aanbestedende diensten helaas nauwelijks houvast. Ten eerste heeft de aanbeveling van de Commissie een beperkt toepassingsbereik: 'aanbestedingen van opdrachten voor de uitvoering van bouwkundige en installatietechnische werkzaamheden op basis van een STABU-bestek'. [\[noot:7\]](#) Bij opdrachten waarbij een grotere variatie aan inschrijfprijzen wordt verwacht, is denkbaar dat een grenswaarde van 10% niet volstaat. Ten tweede heeft de rechter zich over minimale grenswaarden nog niet uitgelaten. Adviezen van de Commissie hebben in een procedure voor de civiele rechter slechts een beperkte status. [\[noot:8\]](#)

Conclusie en enkele vuistregels voor de praktijk

Het moet de Commissie wel worden nagegeven: ze heeft een dappere poging gedaan om de discussie over de invloed van de kwaliteitswaarden op de rangorde te verduidelijken. Daarin is ze helaas niet geheel geslaagd. Bij bepaling van de grenswaarde neemt zij de redelijke verwachting van variatie in kwaliteitsscores ten onrechte niet mee. Haar aanbeveling voor een minimale grenswaarde van 10% is zeer beperkt toepasbaar.

Niettemin is een aantal zaken uit het advies voor aanbesteders van belang:

- Voor de vraag of de kwaliteitsscores van invloed zijn op de rangorde, is van belang hoe ver de prijzen naar verwachting uit elkaar zullen liggen. Maak daarom in voorkomende gevallen een zorgvuldige raming van de prijsvariatie.
- Relevante omstandigheden zijn in dat verband:
 - de aard van de werkzaamheden;
 - het type aanbesteding en opdracht (STABU-bestek of geïntegreerd contract);

- een eventuele maximumprijs.
- Bepaal een minimale grenswaarde en stem de te gebruiken gunningssystematiek hierop af.
- Het gaat om de verwachting op basis van de aanbestedingsdocumenten. Niet om de inhoud van de uiteindelijke inschrijvingen. [\[noot:9\]](#) Als aannemers duiken met prijzen, betekent dit dus niet dat daarom de gunningssystematiek niet deugt.

Ondernemers kan worden aanbevolen om *voorafgaande aan inschrijving* de grenswaarde te berekenen op basis van de gunningssystematiek. Bij een lage grenswaarde kunnen zij met recht om een motivering daarvan verzoeken.

mr. J.H.J. Bax en mr. drs. F.J.J. Cornelissen,

Voetnoten

[\[1\]](#)

Commissie van Aanbestedingsexperts 5 oktober 2015, advies 246.

[\[2\]](#)

Considerans Richtlijn 2004/18/EG, overweging 46.

[\[3\]](#)

Kamerstukken II, 2009/10, 32 440, nr. 3, p. 90.

[\[4\]](#)

Vzr. Rb. Gelderland 24 januari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:454, «JAAN» 2014/56, m.nt. W.M. Ritsema van Eck, r.o. 4.8. In navolging van: Commissie van Aanbestedingsexperts 11 november 2013, advies 33.

[\[5\]](#)

Vzr. Rb. Gelderland 3 juni 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:3493, «JAAN» 2014/135 m.nt. W.M. Ritsema van Eck.

[\[6\]](#)

CvA advies nr. 246 (reeds aangehaald), randnummer 5.3.13.

[\[7\]](#)

CvA advies 246 (reeds aangehaald), onder 7.

[\[8\]](#)

Vzr. Rb. Gelderland 24 januari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:454, «JAAN» 2004/56, m.nt. W.M. Ritsema van Eck.

[\[9\]](#)

CvA advies 246 (reeds aangehaald), randnummer 5.3.7.
