

**JAAN 2016/102 Commissie van Aanbestedingsexperts, 29-06-2015,****Toelaatbaarheid geschiktheidseisen, Proportionaliteit, Transparantie****gunningscriteria, Bijzondere uitvoeringsvoorwaarden, Technische specificaties**

<b>Publicatie</b>	JAAN 2016 afl. 3
<b>Publicatiedatum</b>	11 mei 2016
<b>College</b>	Commissie van Aanbestedingsexperts
<b>Uitspraakdatum</b>	29 juni 2015
<b>Rolnummer</b>	ONBEKEND LJN
<b>Rechter(s)</b>	mr. Janssen mr. Jansen mr. Chen
<b>Partijen</b>	
<b>Noot</b>	mr. drs. F.J.J. Cornelissen
<b>Trefwoorden</b>	Toelaatbaarheid geschiktheidseisen, Proportionaliteit, Transparantie gunningscriteria, Bijzondere uitvoeringsvoorwaarden, Technische specificaties,
<b>Regelgeving</b>	<a href="#">Aanbestedingswet 2012 - 1.10</a> <a href="#">Aanbestedingswet 2012 - 2.76 lid 1, 5 en 6</a> <a href="#">Aanbestedingswet 2012 - 2.77 lid 1</a> <a href="#">Aanbestedingswet 2012 - 2.80</a> Gids Proportionaliteit - Voorschrift 3.5B

**Samenvatting**

Beklaagde houdt een Europese openbare aanbestedingsprocedure met betrekking tot een overeenkomst voor het installeren en/of leveren van audiovisuele middelen. Klager stelt, in drie klachtonderdelen, dat de gestelde geschiktheidseisen disproportioneel en discriminerend zijn, de gunningscriteria niet transparant zijn en dat beklaagde dwingend merken voorschrijft, hetgeen niet toegestaan is.

**Financiële ratio's**

De geschiktheidseisen met betrekking tot financiële en economische draagkracht gaan uit van een solvabiliteitsratio van 0,15 en een liquiditeitsratio van 1,0 over de afgelopen twee boekjaren. Het toetsingskader wordt gevormd door art. 1.10 Aw 2012 en Voorschrift 3.5B Gids Proportionaliteit.

De solvabiliteitsratio en liquiditeitsratio van een organisatie kunnen inzicht geven in de mate waarin een organisatie aan haar verplichtingen kan voldoen. Deze cijfers zijn uiteraard afhankelijk van de branche en de ondernemingsvorm en kunnen over de tijd fluctueren. Een solvabiliteitseis en een liquiditeitseis houden naar het oordeel van de Commissie voldoende verband met het risico van een faillissement. Onder verwijzing naar de door het CBS gehanteerde grenswaarden, oordeelt de Commissie dat de door beklaagde gestelde eisen niet als disproportioneel kunnen worden aangemerkt.

Een aanbestedende dienst mag in beginsel uitgaan van de gemiddelde grenswaarden van het CBS, tenzij uit de statistiek van het CBS of uit een bron die – wat betreft de toegankelijkheid en betrouwbaarheid daarvan – daarmee

vergelijkbaar is blijkt dat de ratio's in de betreffende branche significant lager zijn. Is dat laatste niet het geval, dan ligt het op de weg van de inschrijver die stelt dat de door de aanbestedende dienst gestelde eisen niet proportioneel zijn om die stelling te onderbouwen met voldoende verifieerbare gegevens zodat de aanbestedende dienst op basis daarvan kan handelen naar bevind van zaken. Nu klager dit niet heeft gedaan, moet het eerste klachtonderdeel als ongegrond worden geoordeeld.

### **Transparantie gunningscriteria**

Klachtonderdeel twee heeft betrekking op de subgunningscriteria 1 t/m 9.

Wat betreft de subgunningscriteria 1, 2 en – voor zover het betrekking heeft op het beschikken over een erkenning voor beroepspraktijkvorming (BPV) – sub-gunningscriterium 3, is de Commissie van oordeel dat deze criteria zijn te kwalificeren als kwalitatieve geschiktheidseisen, omdat zij duidelijk betrekking hebben op de kwaliteit en de organisatie van de inschrijver in plaats van diens inschrijving.

Wat betreft subgunningscriterium 3 – voor zover dat betrekking heeft op het ter beschikking stellen van stageplaatsen tijdens de uitvoering van de opdracht – is de Commissie van oordeel dat dit criterium is te kwalificeren als een bijzondere (uitvoerings-)voorwaarde die verband houdt met sociale overwegingen. Uit het arrest HvJ EG 10 mei 2012, C-368/10 (Commissie/Nederland), r.o. 91, kan weliswaar worden afgeleid dat het stellen van een dergelijke voorwaarde als gunningscriterium in beginsel is toegestaan en dat het criterium niet een kenmerkende eigenschap van het te leveren product behoeft te betreffen, maar dat laat onverlet dat wel zal moeten zijn voldaan aan de eis dat de voorwaarde verband houdt met het voorwerp van de opdracht (zie art. 2.80 Aw 2012 jo. HvJ EG 17 september 2002, C-513/99 (Concordia Bus Finland), r.o. 59 en HvJ EG 4 december 2003, C-448/01 (EVN Wienstrom), r.o. 33). De Commissie vraagt zich sterk af of beklagde aan die laatste eis heeft voldaan, omdat uit subgunningscriterium 3 niet blijkt dat beklagde daarmee beoogt te bewerkstelligen dat de stageplaatsen die een inschrijver aan haar ter beschikking stelt, worden ingevuld met stagiaires die vervolgens moeten worden ingezet bij de uitvoering van de onderhavige opdracht voor het installeren en/of leveren van audiovisuele middelen.

Voor de subgunningscriteria 4 t/m 9 is de te beantwoorden vraag of beklagde heeft voldaan aan haar uit het transparantiebeginsel voortvloeiende verplichtingen. In dit geval is het in dat kader met name van belang dat (i) het voor een inschrijver volstrekt duidelijk is wat van hem wordt verwacht en (ii) de inschrijvingen aan de hand van een zo objectief mogelijk systeem worden beoordeeld.

De subgunningscriteria 4 en 5 voldoen niet aan deze voorwaarden, omdat beklagde meer duidelijkheid had moeten geven over de vereiste beschrijving van het implementatieplan en de kwaliteit van dienstverlening. Wat de subgunningscriteria 6 en 7 betreft, stelt de Commissie vast dat deze in sterke mate een beroep doen op de creativiteit en inventiviteit van de inschrijver. Het is niet noodzakelijk dat een beoordelingsmodel alle aspecten van de beoordeling van de inschrijvingen volledig en tot in het kleinste detail vastlegt, maar in het onderhavige geval kunnen niet minder dan 30 van de 100 punten verdiend worden op basis van de subgunningscriteria 6 en 7 die niet ingekaderd zijn. Daardoor heeft niet alleen de inschrijver een grote vrijheid bij het beantwoorden van de in die criteria geformuleerde vragen, maar ook de aanbestedende dienst een grote mate van vrijheid bij de beoordeling. Naar het oordeel van de Commissie is het percentage van 30% te hoog en zou dat in de regel niet meer dan 20% dienen te bedragen. De subgunningscriteria 8 en 9 voldoen wel aan de uit het transparantiebeginsel voortvloeiende verplichtingen, omdat daarin gevraagd wordt om een beschrijving van een proces en een procedure, die plaats kan vinden aan de hand van eigen standaarden, waarvan mag worden verwacht dat inschrijvers die hebben ontwikkeld.

Gezien het oordeel van de Commissie over de subgunningscriteria 4 t/m 7 wordt het tweede klachtonderdeel gegrond verklaard.

### **Technische specificaties**

In het stelsel van de bepalingen van art. 2.76 lid 5 en lid 6 Aw 2012 ligt besloten dat het verwijzen naar merken in de opdrachtspecificatie enkel en alleen is toegestaan – onder vermelding van de woorden ‘of gelijkwaardig’ – wanneer een voldoende nauwkeurige en begrijpelijke beschrijving van het voorwerp van de opdracht door toepassing van het eerste lid van art. 2.76 of van het eerste lid van art. 2.77 Aw 2012 niet mogelijk is.

Beklaagde is in ieder geval in staat geweest om in het Aanbestedingsdocument de specificaties voor wat betreft een aantal belangrijke eigenschappen van de te leveren apparatuur functioneel te beschrijven door toepassing te geven aan het bepaalde in art. 2.76 lid 1 Aw 2012. Beklaagde heeft echter niet duidelijk gemaakt waarom het voor haar niet mogelijk was om – in aanvulling op die functionele specificaties, en met toepassing van art. 2.76 lid 1 of art. 2.77 lid 1 Aw 2012 – een voldoende nauwkeurige en begrijpelijke beschrijving van het voorwerp van de opdracht te completeren zodat zij geen andere mogelijkheid zag dan te verwijzen naar merken. De Commissie is van oordeel dat klachtonderdeel 3 reeds om die reden gegrond is.

Ten overvloede overweegt de Commissie nog dat het inschrijvers feitelijk onmogelijk is gemaakt met gelijkwaardige apparaten in te schrijven in plaats van met de genoemde merken, door het gebruik van beveiligde velden in de excelsheet van het prijzenblad.

### **Uitspraak**

Het volledige advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts is te raadplegen op [www.commissievanaanbestedingsexperts.nl](http://www.commissievanaanbestedingsexperts.nl)

### **Noot**

## **Harde grenswaarden voor financiële ratio's en niet-ingekaderde gunningscriteria**

### **Inleiding**

In het hier behandelde advies 208 van de Commissie van aanbestedingsexperts (hierna: 'Commissie'), laat de Commissie zich uit over een drietal besprekenswaardige punten:

- financiële ratio's als geschiktheidseisen;
- de vereiste duidelijkheid van de aangekondigde gunningscriteria;
- de toelaatbaarheid van vereiste specifieke merken.

Deze punten komen hieronder achtereenvolgens aan de orde.

Overigens blijkt uit het advies niet dat de aanbestedende dienst zich heeft beroepen op rechtsverwerking. Een dergelijk beroep was wellicht succesvol geweest, daar alle klachten punten betroffen die al vóór inschrijving kenbaar waren. [\[noot:1\]](#)

### **Financiële ratio's als geschiktheidseisen**

Een aanbestedende dienst mag aan inschrijvers geen disproportionele eisen stellen; zo volgt uit het proportionaliteitsbeginsel dat is neergelegd in de art. 1.10 en – in het bijzonder – art. 2.90 lid 5 Aw 2012. Met betrekking tot de financiële en economische draagkracht geeft art. 2.91 lid 1 Aw 2012 drie bewijsmiddelen die aanbestedende diensten van ondernemers kunnen verlangen om deze aan te tonen. Het betreft een niet-limitatieve lijst; een aanbestedende dienst mag ook andere eisen stellen. In dat geval moet hij het proportionaliteitsbeginsel in acht nemen.

Met financiële ratio's als geschiktheidseis moet volgens de Gids Proportionaliteit in het bijzonder terughoudend worden omgegaan omdat verschillende boekhoudmethoden de onderlinge vergelijkbaarheid belemmeren. Dat bezwaar kan echter reeds worden weggenomen met eenduidige definities in de aanbestedingsstukken. [\[noot:2\]](#) In het hier besproken advies stelt de Commissie vast dat de stukken inderdaad de vereiste duidelijkheid gaven. [\[noot:3\]](#)

De gehanteerde solvabiliteitsratio en liquiditeitsratio zijn op zichzelf niet disproportioneel. In het algemeen geven lage ratio's een indicatie van een zwakke financiële positie en een naderend faillissement. Zij geven dus inzicht in de mate waarin een inschrijver de aanbestede opdracht zal kunnen uitvoeren en in het risico van discontinuïteit. [\[noot:4\]](#) Voor de maximaal te eisen hoogte van de ratio's verwijst de Commissie naar het CBS: een vereist (minimaal) solvabiliteitsratio van 0,20 is in het algemeen nog toelaatbaar. [\[noot:5\]](#) Voor liquiditeitsratio's gelden grenswaarden van 1,0 (quick ratio) en 1,1 (current ratio). [\[noot:6\]](#)

De Commissie geeft aan dat lagere grenswaarden ten hoogste zijn toegestaan als de ratio's in de betreffende branche significant lager zijn. De aanbestedende dienst zal daarom niet in alle gevallen de bovengenoemde waarden kunnen toepassen. Enig onderzoek naar de bedrijfstak mag van een aanbestedende dienst volgens de Commissie nog wel worden verlangd: als uit toegankelijke en betrouwbare bronnen (zoals het CBS) blijkt dat bracheratio's significant lager zijn, dan zijn proportionele eisen op dit punt ook lager. Bestaan die bronnen niet, dan zal de inschrijver de bijzondere marktomstandigheden moeten onderbouwen met voldoende verifieerbare gegevens. [\[noot:7\]](#) De Commissie stelt aldus voorop dat afstemming van geschiktheidseisen op de relevante markt tot de zorgvuldigheid behoort die van een aanbesteder mag worden verwacht en stelt vervolgens terecht een grens aan de vereiste inspanningen van aanbesteders.

## Maximaal aandeel niet-gekaderde subgunningscriteria

De Commissie laat zich vervolgens uit over de vraag of de formulering van de subgunningscriteria in strijd is met het transparantiebeginsel en wijst daarbij op vaste rechtspraak volgens welke enige mate van subjectiviteit inherent is aan de beoordeling van kwalitatieve criteria. Daarbij moet aan de volgende (cumulatieve) voorwaarden worden voldaan:

- (i) Voor een kandidaat-inschrijver is volstrekt duidelijk wat van hem wordt verwacht;
- (ii) De inschrijvingen worden aan de hand van een zo objectief mogelijk systeem beoordeeld;
- (iii) De gunningsbeslissing wordt zodanig inzichtelijk gemotiveerd dat het voor de afgewezen inschrijvers mogelijk is om de wijze waarop de beoordeling heeft plaatsgevonden te toetsen. [\[noot:8\]](#)

In deze zaak speelden de eerste twee voorwaarden. De eerste voorwaarde lijkt strenger dan de tweede: verwachtingen moeten *volstrekt duidelijk* zijn. Net als bij de tweede voorwaarde (dat immers de zinsnede bevat 'zo objectief *mogelijk*') is echter ruimte voor relativering. De invulling van kwalitatieve criteria hoeft niet zodanig exact te worden beschreven dat de aanbesteder de facto voorschrijft hoe een inschrijving er in detail hoort uit te zien. Waar het gunningscriterium ertoe strekt de inventiviteit of creativiteit van inschrijvers te belonen, mag die ruimte ook worden geboden. [\[noot:9\]](#) De vereiste mate van duidelijkheid is dus afhankelijk van de strekking van het subgunningscriterium. Minder duidelijkheid volstaat indien een beroep wordt gedaan op de creativiteit en inventiviteit van ondernemers.

Om tegemoet te komen aan de bovengenoemde voorwaarden (i) en (ii) bepaalt de Commissie dat op dergelijke 'niet-gekaderde' criteria maximaal 20% van de punten mag worden toegekend. De beklagde had volgens de commissie met een percentage van 30% niet aan de voorwaarden voldaan. Met deze 20%-regel gaat de Commissie verder waar het hof Den Haag was gebleven. Dat bepaalde over de ontoelaatbaarheid van een subgunningscriterium:

'Dat klemt temeer nu de invloed van dit subjectieve onderdeel van de gunningscriteria op de eindscore relatief groot is, zodat die eindscore in belangrijke mate (immers voor bijna de helft) afhankelijk is van een beoordeling op punten ten aanzien waarvan voor een inschrijver op voorhand niet goed duidelijk is waaraan hij moet voldoen.' [\[noot:10\]](#)

Tegen de 20%-regel van de Commissie heb ik bezwaar. Ze maakt onderscheid tussen ingekaderde en niet-gekaderde kwaliteitscriteria en stelt vervolgens vast dat aan de bovengenoemde voorwaarden (en daarmee aan de beginselen van transparantie en gelijkheid) niet is voldaan als aan niet-gekaderde criteria een weging van meer dan 20% toekomt. Een binair onderscheid tussen ingekaderde en niet-gekaderde criteria bestaat echter niet. Er is sprake van een continue schaal: kwaliteitscriteria zijn in de regel in meer of mindere mate ingekaderd door de aanbestedende dienst. Bovendien moet mijns inziens ieder subgunningscriterium *an sich* aan de bovengenoemde voorwaarden voldoen. Het is een aanbestedende dienst niet toegestaan om (nodeloos) onduidelijke criteria te formuleren, zelfs al komt hun slechts weinig gewicht toe. Geen enkel subcriterium mag onduidelijker zijn dan zijn strekking vereist. [\[noot:11\]](#)

Tot slot laat de Commissie nog onduidelijkheid bestaan over de toepassing van haar 20%-regel bij verschillende gunningssystematieken. In casu werden slechts punten toegekend aan kwalitatieve subcriteria, terwijl ik aanneem dat ook prijzen een rol hebben gehad bij vaststelling van de economisch meest voordelige inschrijving. [\[noot:12\]](#) Een maximaal gewicht van 20% is in dit geval kennelijk maximaal 20% van de *kwalitatieve criteria*.

Als er dan toch een grenswaarde moet worden bepaald, dan lijkt mij een percentage gerelateerd aan de verhouding van niet-gekaderde criteria ten opzichte van het (gehele) gunningscriterium EMVI echter meer in de rede liggen. Dat een dergelijk percentage niet kan worden bepaald, gelet op de gehanteerde systematiek, had de Commissie er (ook) van moeten weerhouden om toch een percentage te noemen.

## De toelaatbaarheid van vereiste specifieke merken

De aanbestedingsstukken verwezen in de technische specificaties naar bepaalde merknamen. De aanbestedende dienst achtte dit toelaatbaar omdat uit die stukken eveneens volgt dat technisch en functioneel gelijkwaardige producten ook zijn toegestaan.

De Commissie legt uit dat de aanbestedende dienst te kort door de bocht is gegaan. Verwijzing naar merknamen is namelijk niet steeds toegestaan als een aanbestedende dienst ook uitdrukkelijk gelijkwaardige alternatieven toestaat. Die verwijzing moet ook noodzakelijk zijn, omdat een uitsluitend functionele beschrijving van het gevraagde niet kan worden gegeven. Uit art. 2.76 lid 6 Aw 2012 volgt immers dat sprake is van twee *cumulatieve* eisen. De aanbestedende dienst had in deze zaak verzuimd (in de klachtprocedure) aan te geven waarom een verwijzing naar merken nodig was zodat de Commissie (kennelijk) aannemelijk acht dat die noodzaak ontbrak.

## Conclusie en enkele vuistregels voor de praktijk

De Commissie heeft in haar advies twee typen grenswaarden geformuleerd. Ten eerste geeft ze maximale waarden voor toegestane financiële ratio's als geschiktheidseisen. Voor branches waarin gemiddelde ratio's (veel) lager liggen, zijn lagere eisen toegestaan. Voor die gevallen overweegt de Commissie terecht dat van aanbestedende diensten een *beperkt* onderzoek mag worden verwacht. Voor de praktijk geldt op grond van dit advies dat aanbesteders bij toepassing van financiële ratio's eerst toegankelijke, betrouwbare bronnen als het CBS moeten raadplegen. Wijken in de branche gebruikelijke ratio's niet significant af van de bovengenoemde waarden, dan mag de aanbestedende dienst (ten hoogste) die waarden toepassen. Ondernemers die menen dat deze in concreto niettemin disproportioneel zijn, zullen moeten aantonen met verifieerbare gegevens dat de gebruikelijke ratio's in de branche significant lager zijn.

Ten tweede geeft de Commissie een grenswaarde van 20% voor het maximale gewicht dat aan niet-gekaderde kwalitatieve criteria mag toekomen. Zij heeft aan deze vaststelling niet verstandig gedaan. Een eenduidig onderscheid tussen niet-gekaderde criteria en gekaderde, bestaat immers niet. Bovendien moet ieder (sub) criterium aan de vereisten voldoen die voortvloeien uit de beginselen van gelijkheid en transparantie. Aanbesteders doen er verstandig aan om ieder gesteld (sub)criterium zo duidelijk mogelijk te formuleren en toe te passen, waarbij de strekking van het criterium (beoordeling op inventiviteit en creativiteit) een grotere mate van subjectiviteit rechtvaardigt. Ondernemers kunnen (tijdig) bezwaar maken tegen onduidelijke criteria als hun strekking die onduidelijkheid niet rechtvaardigt. Dat geldt mijns inziens ook als aan deze criteria een gewicht van minder dan 20% is toegekend.

mr. drs. F.J.J. Cornelissen, advocaat bij Dirkszager

## Voetnoten

[1]

Zie HvJ EU 12 februari 2004, C-230/02 (Grossmann).

[2]

Gids Proportionaliteit, p. 34.

[3]

Commissie van Aanbestedingsexperts 29 juni 2015, advies 208, randnummer 5.2.4.

[4]

CvAE advies 208 (reeds aangehaald), randnummers 5.2.5 en 5.2.6.

[5]

Solvabiliteitsratio = Eigen vermogen / Totaal vermogen (zie CvAE, reeds aangehaald, randnummer 1.3).

[6]

Quick ratio = (Vlottende activa - voorraden) / Kortlopende schulden; Current ratio = Vlottende activa / Kortlopende schulden (definities, zie website CBS StatLine).

[7]

CvAE advies 208 (reeds aangehaald), randnummer 5.2.9.

[8]

CvAE advies 208 (reeds aangehaald), randnummer 5.3.5. Zie voor een uitgebreide bespreking van deze jurisprudentie: T.H. Chen, 'Beoordeling van kwaliteit: wat is een zo objectief mogelijk systeem?' *TA* 2015, afl. 6, p. 4-11.

[9]

CvAE advies 208 (reeds aangehaald), randnummer 5.3.8. De Commissie verwijst naar Vزر. Rb. Haarlem 2 april 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BH9534, «JAAN» 2009/45, r.o. 4.7.

[\[10\]](#)

Hof Den Haag 18 april 2016, ECLI:NL:GHDHA:2015:413, m.nt. mr. K.H.M. van der Woerd, «JAAN» 2015/94, r.o.16. Een soortgelijke redenering treft men ook aan in: Vزر. Rb. Zeeland-West-Brabant 9 oktober 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:7760, «JAAN» 2013/215, m.nt. mr. I.A. van Riel. In dat vonnis achtte de voorzieningenrechter 'bijvoorbeeld 5 of 10%' nog toelaatbaar (r.o. 3.11).

[\[11\]](#)

In dezelfde zin oordeelt Van der Woerd in haar annotatie bij bovengenoemd arrest van het Hof Den Haag (18 april 2016, ECLI:NL:GHDHA:2015:413, «JAAN» 2015/94).

[\[12\]](#)

Het aangehaalde advies 208 van de Commissie noemt een in te vullen prijzenblad (1.11 en 5.4.5).

---