

JAAAN 2016/242, Commissie van Aanbestedingsexperts, 26-07-2016, Zaaknummer onbekend (annotatie)

Instantie: Commissie van Aanbestedingsexperts
Datum uitspraak: 26-07-2016
Publicatie: JAAAN 2016/242 (Sdu Jurisprudentie Aanbesteding), aflevering 7, 2016
Annotator: <ul style="list-style-type: none"> • mr. T. van Wijk en mr. drs. F.J.J. Cornelissen
Zaaknummer: Zaaknummer onbekend
Rechtsgebied: Aanbestedingsrecht
Rubriek: Commissie van Aanbestedingsexperts
Rechters: <ul style="list-style-type: none"> • mr. Janssen • mr. Jansen • mr. Chen
Partijen:
Regelgeving: <ul style="list-style-type: none"> • Aanbestedingswet 2012 - 1.9 • Aanbestedingswet 2012 - 1.10 • Gids Proportionaliteit Voorschrift 3.5F

Inhoudsindicatie

Gunningscriterium, Geschiktheid, Verhouding tot voorwerp van de opdracht, Wijziging beoordelingssystematiek, Transparantiebeginsel, Synthetische wijze van beoordeling

Ga direct naar

- [Samenvatting](#)
- [Uitspraak](#)
- [Noot](#)

Samenvatting

Op 13 mei 2016 heeft beklagde een Europese openbare aanbestedingsprocedure aangekondigd voor een raamovereenkomst met meerdere ondernemingen (zes) voor (grafisch) ontwerp- en vormgevingsdiensten.

Klachtonderdeel 1

Klager stelt dat het gunningscriterium 'feeling met de cultuur van beklagde' in strijd is met het non-discriminatiebeginsel.

Vraag is of beklagde in de Offerteaanvraag objectief en eenduidig heeft voorzien in een beoordeling van de inschrijvingen op het gunningscriterium 'feeling met de cultuur van beklagde'. Indien beklagde niet op deze wijze in een beoordeling van de inschrijvingen heeft voorzien, staat vast dat zij heeft gehandeld in strijd met haar verplichting om transparant te handelen zoals omschreven in art. 1.9 Aw 2012. In dat geval zal de Commissie niet kunnen vaststellen dat beklagde ieder risico van favoritisme en willekeur heeft uitgebannen en het klachtonderdeel gegrond

oordelen.

Op basis van hetgeen in de Offerteaanvraag is bepaald over de beoordeling van de inschrijvingen op het gunningscriterium 'feeling met de cultuur van beklaagde' kan worden vastgesteld dat indien een inschrijver in het gebied van beklaagde is gevestigd én heeft aangegeven te waarborgen de taal van beklaagde te spreken, het maximum aantal van 5 punten ontvangt.

In de Offerteaanvraag is bepaald dat een inschrijver 0 punten krijgt indien hij niet in het gebied van beklaagde is gevestigd. Een inschrijver krijgt ook 0 punten indien hij naar het oordeel van de beoordelingscommissie onvoldoende heeft aangegeven de taal van beklaagde te spreken.

Naar aanleiding van de vele vragen van potentiële inschrijvers heeft beklaagde in de Nota van Inlichtingen aangegeven dat een inschrijver die niet in het gebied van beklaagde is gevestigd, maar naar het oordeel van de beoordelingscommissie voldoende heeft aangegeven de taal van beklaagde te spreken, wel 5 punten kan krijgen. Daarmee heeft beklaagde de beoordelingsystematiek gewijzigd ten opzichte van de systematiek zoals zij die bekend heeft gemaakt in de Offerteaanvraag. Bovendien is met die wijziging niet duidelijk hoeveel punten een inschrijver zal krijgen – 0 of 5 punten? – wanneer hij wel in het gebied van beklaagde is gevestigd, maar naar het oordeel van de beoordelingscommissie onvoldoende heeft aangegeven de taal van beklaagde te spreken.

De Commissie is op grond van het voorgaande van oordeel dat beklaagde in de Offerteaanvraag niet zodanig heeft voorzien in een beoordeling van de inschrijvingen op het gunningscriterium 'feeling met de cultuur van beklaagde' dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers in staat zijn de Offerteaanvraag op dezelfde wijze te interpreteren. Dat betekent dat beklaagde heeft gehandeld in strijd met haar transparantieplichting zoals bedoeld in art. 1.9 Aw 2012 en dat het klachtonderdeel gegrond is.

Ten overvloede

De Commissie is van oordeel dat het subcriterium 'plaats van vestiging' – als onderdeel van het gunningscriterium 'feeling met de cultuur van beklaagde' – ziet op de geschiktheid van de inschrijver. Op grond van vaste jurisprudentie van het HwJ EU mogen aspecten die zien op de geschiktheid van een inschrijver echter niet worden meegenomen bij de beoordeling van de inschrijvingen op gunnings-criteria.

Op basis van art. 1.10 lid 1 en 2, Aw 2012 rust op beklaagde de verplichting uitsluitend gunningscriteria te hanteren die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht. Het is de vraag of het gunningscriterium 'feeling met de cultuur van beklaagde' voldoende verband houdt met het voorwerp van de opdracht. De Commissie is van oordeel dat de plaats van vestiging van de inschrijver in ieder geval onvoldoende verband houdt met het voorwerp van de opdracht.

De Commissie gaat er verder vanuit dat beklaagde het subcriterium 'spreken van de taal van beklaagde' figuurlijk heeft bedoeld. De Commissie kan zich voorstellen dat het voor de uitvoering van de opdracht relevant is dat de opdrachtnemer goed kan communiceren, zich goed kan verdiepen in beklaagde en haar burgers en voldoende inlevingsvermogen heeft. Dit zouden kerncompetenties kunnen zijn in het kader van de selectie van gegadigden of inschrijvers (zie Voorschrift 3.5 F Gids Proportionaliteit). Het onderhavige gunningscriterium 'feeling met de cultuur van beklaagde' en het subcriterium 'spreken van de taal van beklaagde' lijken verder te gaan dan voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijk is. Daarmee houdt het gunningscriterium 'feeling met de cultuur van beklaagde' naar het oordeel van de Commissie in zoverre onvoldoende verband met het voorwerp van de opdracht.

Ten slotte heeft klager met recht aangevoerd dat het subcriterium van de vestigingsplaats (verkapt) discriminatoir is. Het is de Commissie niet gebleken dat het hanteren van dit subcriterium wordt gerechtvaardigd door redenen van algemeen belang.

Klachtonderdeel 2

De Commissie stelt vast dat het beoordelingsmodel van de gunningscriteria uit een aantal beslisregels bestaat. De Commissie heeft aan de hand van een model verschillende mogelijkheden doorgerekend en geconstateerd dat met deze gunningssystematiek niet is gezegd dat de zes inschrijvers met de beste prijs/kwaliteitverhouding een raamovereenkomst gegund krijgen en dat beklaagde zorgdraagt voor het leveren van zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen. Het hanteren van een gefaseerde inschrijvings- en gunningssystematiek zoals beklaagde die heeft beoogd is naar het oordeel van de Commissie alleen toelaatbaar wanneer uitsluitend partijen na de eerste beoordelingsronde afvallen die daadwerkelijk geen enkele kans op gunning hebben ongeacht hun score op het laatste subcriterium.

De Commissie overweegt verder dat het door beklaagde gehanteerde beoordelingsmodel van de gunningscriteria geen synthetische wijze van beoordeling van die criteria oplevert. Een synthetische wijze van beoordeling betekent dat de gunningscriteria alle tezamen op enige wijze worden samengevoegd – bijvoorbeeld met behulp van een wiskundige formule – tot één totaalscore die de rangorde bepaalt. In het door beklaagde gehanteerde beoordelingsmodel worden niet alle inschrijvingen op basis van alle gunningscriteria met elkaar vergeleken, waardoor er geen rangorde van alle inschrijvingen wordt bepaald door het model. Het door beklaagde gehanteerde beoordelingsmodel is derhalve ook in strijd met jurisprudentie van het Hof van Justitie EU.

Advies

De Commissie acht onderdelen 1 en 2 van de klacht gegrond.

Uitspraak

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

Noot

In haar advies 362 gaat de CvAE in op twee klachtonderdelen. Naar aanleiding van het eerste klachtonderdeel stelt de CvAE vast dat het gunningscriterium 'feeling met de cultuur van beklaagde' op verschillende wijzen in de aanbestedingsstukken is beschreven, en dus voor meerderlei uitleg vatbaar is. Hierdoor is in strijd met het transparantiebeginsel gehandeld.¹ Ten overvloede overweegt de CvAE dat het subgunningscriterium 'plaats van vestiging' ziet op de geschiktheid van de inschrijver en – ten onrechte – niet op de *inschrijving*,² dat het (ook anderszins) disproportioneel is³ en dat het criterium discriminatoir is.⁴ Het advies van de CvAE op dit onderdeel komt ons zeer begrijpelijk voor; opmerkelijk is uitsluitend dat de aanbestedende dienst een gunningscriterium heeft verdedigd dat zo evident in strijd is met het aanbestedingsrecht.

Het tweede klachtonderdeel is interessanter. Zoals in de praktijk vaker voorkomt, heeft de aanbestedende dienst de beoordeling in twee fasen opgedeeld. Inschrijvers dienen eerst een (deel)inschrijving in ter beoordeling. De 15 best scorende inschrijvers moeten vervolgens een casus uitwerken, de inschrijvingen van anderen worden afgewezen. Die uitwerking wordt vervolgens beoordeeld aan de hand van het laatste criterium en die beoordeling bepaalt, tezamen met de beoordeling op de eerdere criteria, de (zes) winnende inschrijvingen.

De CvAE acht deze gunningssystematiek om twee redenen ontoelaatbaar. Zij stelt allereerst vast dat die systematiek niet in alle gevallen leidt tot de beste prijs/kwaliteitverhouding. Het is immers mogelijk dat een inschrijving die vroegtijdig afvalt tot de beste zes had behoord indien zij, aangevuld met een casusuitwerking, op alle gunningscriteria was

beoordeeld. Op die theoretische overweging valt wel wat af te dingen. Zij kan namelijk worden gezegd te berusten op een cirkelredenering. De gunningssystematiek leidt weliswaar niet in alle gevallen tot selectie van de zes 'beste' inschrijvingen, maar zulks geldt alleen als die 'beste' inschrijvingen worden bepaald aan de hand van alle criteria, gewogen op hetzelfde moment (zie citaat uit paragraaf 6.1 Offerteaanvraag, bij 1.2 in het advies). Met andere woorden, een gefaseerde beoordeling leidt inderdaad niet noodzakelijkerwijs tot hetzelfde resultaat als een niet-gefaseerde beoordeling op basis van dezelfde criteria en weegfactoren. Alleen als a priori zou vaststaan dat de laatste methode leidt tot bepaling van de economisch meest voordelige inschrijving, geldt dat de gefaseerde beoordeling daar niet (noodzakelijkerwijs) toe leidt.

Zo wordt in feite voorbijgegaan aan de fundamentele vraag: kan de weging van gunningscriteria ook tot uitdrukking komen in een samenspel van zowel de weegfactoren (de maximale punten per criterium) als in de fasering van de beoordeling? Wij menen dat daartegen geen principieel bezwaar bestaat. Voorop staat in dit verband de vrijheid van de aanbestedende dienst om de subgunningscriteria en hun weging te kiezen.⁵ Met een gefaseerde gunningssystematiek brengt de aanbestedende dienst tot uitdrukking dat de criteria die hij in de eerste fase toepast op een bepaalde manier zwaarder wegen dan later toegepaste criteria. Fasering is zo gezien slechts een bijzondere methode van weging van criteria. De aanbestedende dienst was in de onderhavige zaak kennelijk niet op zoek naar 'de zes inschrijvingen met de hoogste gewogen totaalscores op alle subgunningscriteria' maar naar de zes inschrijvingen met 'de hoogste gewogen totaalscores op alle subgunningscriteria van de 15 inschrijvingen en met de hoogste gewogen totaalscores op drie van de vier subgunningscriteria'. Naar ons idee kan in voorkomende gevallen ook die laatste gunningssystematiek tot de beste prijs/kwaliteitverhouding en dus tot zo veel mogelijk maatschappelijke meerwaarde voor de publieke middelen (art. 1.4 lid 2 Aw) leiden.

Opgemerkt zij dat een gefaseerde gunningssystematiek kan bijdragen aan een beperking van de kosten van een aanbestedingsprocedure. In de onderhavige zaak hoefde de aanbestedende dienst zo 'slechts' vijftien casus te beoordelen. Die besparing draagt dus bij aan (maatschappelijke) meerwaarde voor de publieke middelen. Ook voor inschrijvers blijven de (gemiddelde) kosten beperkter: een deel van de inschrijvers hoeft immers geen casus uit te werken. Vanuit het perspectief van het evenredigheidsbeginsel kan een gefaseerde beoordeling daarom juist wenselijk zijn. Dat is met name het geval als kostbaardere delen van de inschrijving, als een interview of een demomodel, pas hoeven te worden 'ingediend' nadat de eerste inschrijvers zijn afgevallen.

De CvAE overweegt verder dat de gefaseerde gunningssystematiek hier ten onrechte geen 'synthetische wijze van beoordeling' zou opleveren. Zij interpreteert deze eis uit het arrest *EVN en Wienstrom* van het HvJ EU⁶ zodanig dat alle inschrijvingen moeten worden beoordeeld op basis van alle gunningscriteria.⁷ Het vereiste wordt daarmee, naar onze mening, te streng toegepast. Het HvJ EU heeft in zijn arrest onder verwijzing naar *Beentjes* en *Concordia Bus Finland* een grens gesteld aan de vrijheid van aanbesteders om de weging van criteria te bepalen. Wij leggen die beperking zo uit dat een aanbestedende dienst bij de *toepassing* van de gunningssystematiek geen beleidsvrijheid of keuzevrijheid meer toekomt.⁸ De beoordeling op de subgunningscriteria moet dus 'automatisch' en op vooraf kenbare wijze de economisch meest voordelige inschrijving aanwijzen.⁹ Met de voorzieningenrechter van de rechtbank 's-Hertogenbosch lezen wij 'synthetisch' hier dus met name als 'systematisch'.¹⁰ Anders beschouwd worden ook in een gefaseerde systematiek alle criteria samengevoegd tot een totaalscore. Inschrijvingen die op basis van de eerste drie criteria niet tot de vijftien beste behoren, ontvangen een score van '0' op het laatste criterium. Er is dus nog steeds een rangorde van alle inschrijvingen. Dat kan ook met behulp van een – ingewikkelder – wiskundige formule gebeuren.

Kortom, de CvAE keurt een wijze van gefaseerd gunnen af die in de praktijk met regelmaat wordt gebruikt. Dat doet ze naar onze mening ten onrechte. Tot slot merken wij op dat aanbestedende diensten die (zekerheidshalve) de strengere uitleg van de CvAE willen volgen nog steeds enige fasering kunnen toepassen. Zij mogen ondernemers wettelijk uit een

tweede fase die (theoretisch) geen enkele kans op gunning hebben.¹¹

mr. T. van Wijk en mr. drs. F.J.J. Cornelissen, advocaat bij Dirkzwager

Voetnoten

1

Advies 362, 5.2.2.-5.2.7.

2

Advies 362, 5.2.9.-5.2.10.

3

Advies 362, 5.2.11.-5.2.13.

4

Advies 362, 5.2.14.

5

Zie onder meer HvJ EU 20 september 1988, 31/87, ECLI:EU:C:1988:422 (Beentjes), r.o. 19; HvJ EU 17 september 2002, C-513/99, ECLI:EU:C:2002:495, **«JAAN» 2007/5013** (Concordia Bus Finland), r.o. 59.

6

HvJ EU 4 december 2003, C-448/01, ECLI:EU:C:2003:651 (EVN en Wienstrom).

7

Advies 362, bij 5.3.7.; advies 286, bij 5.2.7.

8

Het is dus in ieder geval ontoelaatbaar om een gefaseerde beoordeling toe te passen die niet als zodanig in de aanbestedingsstukken (of aankondiging) kenbaar is gemaakt. Zie Vزر. Rb. Rotterdam 6 januari 2015, **ECLI:NL:RBROT:2015:45**, **«JAAN» 2015/48**, m.nt. mr.drs. T.H. Chen.

9

De ontoelaatbare beleidsvrijheid of keuzevrijheid moet worden onderscheiden van enige beoordelingsruimte bij de waardering van de inschrijvingen, die uiteraard wel toelaatbaar is.

10

Vزر. Rb. 's-Hertogenbosch 30 juni 2005, **ECLI:NL:RBSHE:2005:AV7830**, r.o. 4.2.4.

11

Advies 362, bij 5.3.5.
