

## CASE 79

### 1. Feiten

- 1.1 Beklaagde heeft een Europese openbare aanbestedingsprocedure uitgeschreven voor het huis-aan-huis inzamelen van afval van kunststof verpakkingen binnen haar gemeente voor een periode van in beginsel drie jaar.
- 1.2 In het Programma van Eisen wordt met betrekking tot het te hanteren gunningscriterium het volgende vermeld (p. 12):

'Vervolgens vindt gunning plaats op basis van het gunningscriterium van economisch meest voordelige inschrijving (EMVI).

De inschrijvingen worden op de volgende punten beoordeeld:

- Prijs (kosten voor 3 jaar op basis cijfers 2012) 50%
- Inzet mensen met afstand tot arbeidsmarkt 50%

- 1.3 Met betrekking tot het tweede punt, "inzet mensen met afstand tot arbeidsmarkt", stelt het Programma van Eisen het volgende (p. 13):

'U dient (bij voorkeur op maximaal 3 pagina's A4) aan te geven of en hoe u een of meerdere mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt inzet voor de uitvoering van de opdracht.

De beoordeling van dit aspect zal als volgt plaatsvinden:

- 0: De inzet is niet ingediend of is aantoonbaar niet inzichtelijk;
- 6: De inzet voldoet aan de eisen en geeft voldoende inzicht in hoe u mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt wilt inzetten;
- 7: De inzet voldoet aan de eisen en geeft voldoende inzicht in hoe u mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt wilt inzetten. De gemeente heeft vertrouwen in de haalbaarheid van het voorstel;
- 8: De inzet voldoet aan de eisen en geeft voldoende inzicht in hoe u mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt wilt inzetten. De gemeente heeft niet alleen vertrouwen in de haalbaarheid van het voorstel, maar de inzet wordt zelfs gegarandeerd;
- 9: De inzet voldoet aan de eisen en geeft voldoende inzicht in hoe u mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt wilt inzetten. De gemeente heeft niet alleen vertrouwen in de haalbaarheid van het voorstel, maar de inzet wordt zelfs gegarandeerd. De gemeente heeft tevens de indruk dat de inzet van mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt zo maximaal mogelijk is.'

- 1.4 Beklaagde heeft tijdig op 7 oktober 2013 twee geldige inschrijvingen ontvangen, waaronder een afkomstig van klager.
- 1.5 In een bijlage bij haar inschrijving, genaamd "PvE 5.5: Inzet mensen met achterstand tot de arbeidsmarkt", beschrijft klager het gevoerde beleid met betrekking tot maatschappelijk verantwoord ondernemen, sociale betrokkenheid en social return. Hierin geeft klager een aantal voorbeelden van situaties waarin zij reeds mensen met een achterstand tot de arbeidsmarkt inzet.
- 1.6 In diezelfde bijlage stelt klager met betrekking tot de specifieke opdracht, voor zover hier relevant, het volgende:

'Zoals hiervoor benoemd worden bij de sortering van de in Drimmelen ingezamelde kunststoffen ook mensen met een achterstand tot de arbeidsmarkt ingezet. In het verlengde van voornoemde visie en de aangedragen voorbeelden gaan wij gegarandeerd voor de inzameling van kunststoffen de inzet van beladers met afstand tot de arbeidsmarkt inzetten. Dit wordt concreet vormgegeven door het werven van personeel via USG People / START uitzendbureaus. In onze aanvraag aan deze uitzendorganisatie zal nadrukkelijk om de inzet van mensen met een achterstand tot de arbeidsmarkt gevraagd worden, en bij gebleken geschiktheid zullen we deze mensen uiteraard ook inzetten. Op deze wijze geven wij naast vertrouwen in de haalbaarheid van ons voorstel ook invulling aan onze eigen doelstellingen ten aanzien van Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen.'

- 1.7 Beklaagde heeft bij brief van 25 oktober 2013 medegedeeld dat klager niet de economisch meest voordelige inschrijving heeft ingediend en dat zij voornemens is de opdracht aan de andere inschrijver te gunnen.
- 1.8 Uit de in de brief opgenomen scorematrix blijkt dat klager de hoogste score heeft behaald op het aspect "prijs". Op het aspect "inzet mensen met afstand tot arbeidsmarkt" heeft klager de score 6 behaald, tegenover de score 7 behaald door de andere inschrijver. Beklaagde motiveert de score als volgt:

'Op het beoordelingscriterium "inzet mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt" heeft u een score van 6,00 toegekend gekregen. U heeft aangegeven mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt te willen inzetten en beschrijft in uw inschrijving welke stappen u zult doorlopen om dit te bereiken. Het is echter een planning van nog te nemen stappen. Concreet heeft u op het moment van inschrijving nog geen stappen hierin gezet. Verder geeft u aan in eerste instantie een uitzendbureau te willen benaderen en pas in tweede instantie de sociale werkplaats. Dit zorgt ervoor dat u de gemeente voldoende inzicht geeft in uw werkwijze, maar dit geeft de gemeente nog geen vertrouwen dat de inzet van mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt daadwerkelijk zal worden gerealiseerd.

Aangezien X. (de andere inschrijver, Commissie) haar visie gedetailleerder heeft uitgewerkt en zij wel al concrete stappen hebben ondernomen, heeft de gemeente daar wel vertrouwen in de haalbaarheid. X. heeft daarom een hogere score op dit aspect gekregen. Het verschil in prijs bleek onvoldoende om dit verschil te compenseren. U heeft derhalve niet de hoogste eindscore gehaald en daarmee niet de economisch meest voordelige inschrijving gedaan.'

- 1.9 Klager heeft bij brief van 1 november 2013 aangegeven zich niet te kunnen verenigen met de inhoud van de in 1.8 weergegeven mededeling en beklaagde verzocht het voornemen tot gunning te heroverwegen en aan te passen. Klager geeft in de brief aan dat het voorstel de inzet van mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt garandeert en dat derhalve een score van 8 punten toegekend had moeten worden. Bovendien, aldus klager, is het gegeven dat de andere inschrijver reeds stappen heeft gezet niet relevant voor de beoordeling, aangezien dit niet als objectief criterium is gesteld.
- 1.10 Op 13 november 2013 heeft een gesprek plaatsgevonden tussen twee personen namens klager en twee personen namens beklaagde. Uit het gespreksverslag volgt dat klager heeft benadrukt dat zij in haar inschrijving de inzet van mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt garandeert. Beklaagde heeft volgens klager de inschrijvingen op dit aspect "afhankelijk beoordeeld" door de inschrijvingen onderling te vergelijken en daarmee onjuist gehandeld. Namens beklaagde is in het gesprek aangegeven dat hoewel beide inschrijvers de term "garanderen" hebben gebruikt,

zij beiden geen score 8 toegekend hebben gekregen omdat er een voorwaarde aan is verbonden, namelijk het vinden van geschikte kandidaten. Volgens beklagde zijn de inschrijvingen onafhankelijk van elkaar beoordeeld en zijn de verschillen tussen de inschrijvingen enkel aangehaald om te voldoen aan haar motiveringsverplichting.

- 1.11 Klager heeft bij brief van 19 november 2013 aan beklagde kenbaar gemaakt de antwoorden die zij tijdens het gesprek van 13 november 2013 heeft gekregen niet passend te achten. Niettemin, zo geeft klager aan, heeft zij met het oog op de kosten in verhouding tot de waarde van de opdracht geen kort geding aanhangig gemaakt.
- 1.12 Bij brief van 2 december 2013 heeft beklagde aan klager medegedeeld dat de uitslag van de procedure definitief is vastgesteld en de opdracht inmiddels aan de andere inschrijver is gegund.

## **2. Beschrijving klacht**

Beklaagde heeft klager ten onrechte op het onderdeel "inzet van mensen met afstand tot de arbeidsmarkt" 6 punten gegeven. Klager had minimaal 7 punten dienen te krijgen.

## **3. Onderbouwing klacht**

- 3.1 Klager heeft in zijn inschrijving aangegeven gegarandeerd mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt te zullen inzetten en bij gunning van de opdracht met dat doel te gaan werven. Dat de inzet van mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt is gegarandeerd, maakt dat de door beklagde gegeven motivering voor de lage score, namelijk dat de inschrijving geen vertrouwen geeft dat de inzet van mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt daadwerkelijk zal worden gerealiseerd, ondeugdelijk is.
- 3.2 Beklaagde heeft de aan klager toegekende score mede onderbouwd door er op te wijzen dat de andere inschrijver reeds concrete stappen heeft ondernomen, hetgeen ertoe heeft geleid dat die inschrijving beklagde wel het vertrouwen heeft gegeven dat de toezegging ten aanzien van de inzet van mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt gerealiseerd zal gaan worden.
- 3.3 Dit zou evenwel geen rol mogen spelen in de beoordeling, omdat er gevraagd is om een voorstel, niet om concrete stappen die al ondernomen zijn. Gelet op de door klager in haar inschrijving gegeven garantie, zou haar inschrijving op het betreffende onderdeel 8 punten toegekend hebben moeten krijgen.

## **4. Aangedragen suggestie(s) tot verhelpen van de klacht**

Het doel van klager is dat beklagde toegeeft dat zij haar beslissing onjuist heeft gemotiveerd en dat de opdracht eigenlijk aan klager gegund had dienen te worden. Klager wenst dat daarmee wordt bereikt dat beklagde in de toekomst op een eerlijke, transparante wijze te werk gaat.

## 5. Reactie beklagde

- 5.1 Beklaagde stelt in haar reactie op de klacht dat de inschrijving van klager op dit onderdeel een plan met enkele stappen omvat, zonder noemenswaardige toelichting. De voorgestelde aanpak gaf volgens de beoordelingscommissie inzicht, maar onvoldoende vertrouwen in de daadwerkelijke blijvende realisatie van de gevraagde inzet en dus de haalbaarheid.
- 5.2 Zowel klager als de andere inschrijver gebruiken de term "garanderen" in hun inschrijvingen. Hieraan wordt door beide inschrijvers echter de voorwaarde "mits er geschikte kandidaten gevonden worden" verbonden, hetgeen maakt dat er feitelijk geen sprake is van een garantie. Geen van inschrijvers heeft daarom de score 8 gekregen. Bovendien is voor de score 8 niet alleen een garantie vereist, maar ook inzichtelijkheid van het voorstel en vertrouwen in de haalbaarheid daarvan.
- 5.3 Naar de mening van beklagde verschaft de inschrijving van de andere inschrijver inzicht in de aanpak en vertrouwen in de haalbaarheid door een gedetailleerd uitgewerkt stappenplan, dat duidelijk verder ging dan wat klager heeft aangeboden. Deze uitwerking heeft beklagde niet alleen inzicht gegeven in de aanpak, maar ook vertrouwen in de haalbaarheid van het voorstel. Op grond daarvan is door beklagde de score 7 toegekend.

## 6. Beoordeling

- 6.1 Uit de artikel 1.8 t/m 1.10 Aw 2012 en uit de algemene beginselen van aanbestedingsrecht volgt dat een aanbestedende dienst in een geval als het onderhavige objectieve, transparante en proportionele (sub)gunningscriteria dient te hanteren. Bovendien moet de aanbestedende dienst deze (sub)gunningscriteria op objectieve en uniforme wijze toepassen. Hierbij dient elke vorm van willekeur of favoritisme te worden uitgebannen.
- 6.2 Uit het Programma van Eisen van beklagde blijkt dat de beoordeling van het criterium "inzet van mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt" wordt gebaseerd op een aantal elementen, die cumulatief stapsgewijs zorgen voor een hogere score: (i) inzicht in de aanpak, (ii) vertrouwen in de haalbaarheid, (iii) garantie van de inzet en (iv) maximale inzet.
- 6.3 Vooropgesteld moet worden dat enige mate van subjectiviteit inherent is aan de beoordeling van dergelijke criteria. Weliswaar staat dat – enigszins – op gespannen voet met de objectieve beoordelingssystematiek van het aanbestedingsrecht en de daarop toepasselijke beginselen van transparantie en gelijke behandeling, maar het behoeft – op zichzelf – nog niet mee te brengen dat ook daadwerkelijk sprake is van strijd met dat recht c.q. die beginselen. Uit de jurisprudentie kan worden afgeleid dat van belang is dat (i) zodanige criteria worden geformuleerd dat het voor een kandidaat-inschrijver volstrekt duidelijk is aan welke eisen hij moet voldoen, (ii) de inschrijvingen aan de hand van een zo objectief mogelijk systeem worden beoordeeld, en (iii) de aanbestedende dienst zijn uiteindelijke keuze motiveert op een wijze die het voor de afgewezen inschrijvers mogelijk maakt om (a) de wijze waarop de beoordeling heeft plaatsgevonden te toetsen en (b) te controleren of de beoordeling de (voorlopige) gunningsbeslissing rechtvaardigt. Een aanbestedende dienst is gehouden om de inschrijving overeenkomstig de door haar gestelde eisen te beoordelen en mag geen afwegingsregels of subcriteria toepassen die zij niet vooraf ter kennis van de inschrijvers heeft gebracht, omdat anders in strijd met het transparantie- en gelijkheidsbeginsel zou worden gehandeld. Daarbij geldt dat de

beoordeling van het gunningscriterium de economisch meest voordelige inschrijving niet belet dat de aanbestedende dienst de verschillende inschrijvingen vergelijkt en op basis van objectieve criteria haar keuze laat vallen op de meest voordelige, uiteraard behoudens het geval waarin het bestek voorschrijft dat de inschrijvingen onafhankelijk van elkaar worden beoordeeld.

- 6.4 Van een aanbestedende dienst kan niet worden verlangd – en ook dat volgt uit de jurisprudentie – dat zij uitputtend omschrijft hoe zij wenst dat de inschrijver een bepaald kwaliteitscriterium invult om een maximale score te kunnen behalen. Daarmee zou immers elke concurrentie en inventiviteit uit de markt worden gehaald en het onderscheidend vermogen van de inschrijvers verminderd worden. Een gunningssystematiek (mede) op basis van kwaliteit zal daarom aan een inschrijver ruimte moeten laten om de gestelde vragen naar eigen inzicht te beantwoorden. Daardoor wordt een inschrijver optimaal gestimuleerd om inventief in te schrijven en door middel van de beantwoording van de vraag zoveel mogelijk kenbaar te maken begrip te hebben voor en inzage te hebben in die aspecten van de opdracht die naar zijn oordeel relevant zijn voor de aanbestedende dienst. Tevens kan de inschrijver zo laten zien op welke wijze, in zijn perceptie, de doelstelling in het licht van de aan te besteden opdracht maximaal zal worden gerealiseerd.
- 6.5 Het is niet aan de Commissie om op de stoel van de aanbestedende dienst te gaan zitten bij het beoordelen van een inschrijving en –bijvoorbeeld – kwalificaties aan (onderdelen van) de inschrijving te hechten. Marginaal wordt getoetst of de door de aanbestedende dienst uitgevoerde beoordeling – de puntenscore plus motivering – van de inschrijving voldoende grondslag vindt in de aanbestedingsstukken. Bij de weging van de beoordeling – de bepaling van de hoogte van het cijfer dat wordt toegekend – is de aanbestedende dienst in beginsel vrij.
- 6.6 In het onderhavige geval is voor inschrijvers kenbaar dat hun inschrijvingen voor wat betreft het criterium "inzet van mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt" aan de hand van de genoemde vier elementen worden beoordeeld. De inschrijvers hebben hun inschrijvingen vervolgens naar eigen inzicht vormgegeven.
- 6.7 Klager meent dat beklaagde geen waarde heeft toegekend aan de mededeling van klager dat zij de inzet van personen met een afstand tot de arbeidsmarkt garandeert. De Commissie is van oordeel dat het enkele gebruik van de term "garanderen" niet automatisch zal moeten leiden tot een score van 8 punten. Uit de inschrijving van klager blijkt dat de inzet van personen met een afstand tot de arbeidsmarkt afhankelijk zal zijn van de beschikbaarheid en van de geschiktheid van door uitzendbureaus aangezochte personen. Door klager is niet aangegeven hoe de inzet wordt gegarandeerd indien de genoemde uitzendbureaus geen, althans geen geschikte personen uit de doelgroep weten te vinden. Het standpunt van beklaagde dat de inschrijving van klager op dit onderdeel onvoldoende vertrouwen biedt in de haalbaarheid, is daarmee naar het oordeel van de Commissie niet onbegrijpelijk.
- 6.8 Beklaagde heeft in haar afwijzingsbrief aangegeven dat klager "op het moment van inschrijven nog geen stappen" heeft gezet om mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt in te zetten, hetgeen klager opvat als toetsing aan een niet voorshands omschreven beoordelingscriterium. Met klager is de Commissie van mening dat deze zin, op zichzelf bezien, de vraag kan oproepen of hier sprake is van een – achteraf opgesteld – beoordelingscriterium of van een onderbouwing van de beoordeling met toepassing van een ander, dan op voorhand omschreven, beoordelingscriterium. Geplaatst in de context van de betreffende alinea in de brief begrijpt de Commissie het echter zo, dat beklaagde hier heeft beoogd te motiveren dat de inschrijving van klager niet voldoende vertrouwen heeft gewekt in de haalbaarheid

van het voorstel en de garantie van de inzet en derhalve geen score 7 heeft gekregen. Dit blijkt tevens uit het gegeven dat beklagde vervolgens een tweede reden geeft voor het gebrek aan voldoende vertrouwen (het pas in tweede instantie benaderen van de sociale werkplaats).

- 6.9 De Commissie tekent daarbij aan dat zij het niet onredelijk acht dat wanneer een inschrijver reeds stappen heeft ondernomen ter uitvoering van het voorstel, dit beklagde vertrouwen in de haalbaarheid geeft en aldus de bijbehorende score oplevert. Hiervoor is niet nodig dat "het al genomen hebben van stappen" als afzonderlijk beoordelingscriterium in de aanbestedingsdocumenten is opgenomen, zoals klager meent. Door stappen te ondernemen tracht de andere inschrijver immers naar eigen inzicht te laten zien op welke wijze de gevraagde doelstelling zal worden gerealiseerd. Dat beklagde een en ander mede ten grondslag heeft gelegd aan haar conclusie (meer) vertrouwen te hebben in de haalbaarheid van de aanpak van de andere inschrijver, is naar het oordeel van de Commissie niet onbegrijpelijk.
- 6.10 Klager is voorts van mening dat beklagde in strijd met de zelfgekozen beoordelingssystematiek een relatieve beoordeling in plaats van een absolute beoordeling heeft toegepast. De Commissie ziet echter niet in welke specifieke passage(s) het Programma van Eisen voorschrijft dat de inschrijvingen in absolute zin zullen worden beoordeeld. Uit de enkele omstandigheid dat is bepaald dat bij de beoordeling een score wordt toegekend van 0 tot 9, kan niet worden afgeleid dat sprake is van een beoordeling zonder dat inschrijvingen onderling met elkaar zullen worden vergeleken. Beklagde heeft naar mening van de Commissie geen andere beoordelingssystematiek toegepast dan door haar op voorhand is omschreven. Bovendien wil het gegeven dat beklagde bij de motivering van de aan klager toegekende score ook verwijst naar de inschrijving van een andere inschrijver, naar het oordeel van de Commissie niet zeggen dat een relatieve beoordeling heeft plaatsgevonden. De mededelingen van beklagde over de inschrijving van de andere inschrijver vormen volgens de Commissie niet zozeer een motivering voor de score van de klager, maar een motivering voor de (hogere) score van de andere inschrijver.

## 7. Advies

De Commissie acht de klacht **ongegrond**.

## 8. Aanbeveling

De Commissie ziet geen kans voor een aanbeveling.

De Commissie heeft zich ten behoeve van dit advies laten bijstaan door mr. G. Verberne die als Commissie-Expert aan de Commissie is verbonden.

Den Haag, 12 mei 2014

w.g.:  
Mr. J.G.J Janssen  
Voorzitter

Prof.mr. C.E.C. Jansen  
Vicevoorzitter