

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 344

1. Feiten

1.1. Beklaagde heeft een Europese openbare aanbestedingsprocedure gehouden tot het sluiten van een raamovereenkomst met één ondernemer voor regiotaxi vervoer.

1.2. In het Aanbestedingsdocument is in paragraaf 1.3 op p. 4, onder meer, bepaald:

'Regiotaxi [X] kent een scheiding tussen de ruitvoering (drie percelen Vervoer), ritaanname (Regiecentrale), monitoring en klachtenaanname.

In 2013 heeft een aanbesteding plaatsgevonden van zowel Regiotaxi [X] Regiecentrale als Regiotaxi [X] Vervoer Perceel 1, 2 en 3. De afgesloten overeenkomsten hebben een looptijd tot 15 augustus 2018 en een mogelijkheid tot eenzijdige verlenging door de Opdrachtgever met een periode van 1 maal 2 jaar. De huidige uitvoerder van Regiotaxi [...] Perceel 1 stopt met de uitvoering op 1 juli 2016. Om die reden wordt Regiotaxi Vervoer perceel 1 nu opnieuw aanbesteed.'

1.3. In de eerdere aanbesteding voor de Regiecentrale in 2013 door [Y] was in het document '1. Inleiding aanbesteding Regiotaxi [X] Regiecentrale' van 11 maart 2013 in paragraaf 1.6 op p. 3 bepaald:

'1.6 Relatie tussen Regiecentrale en Vervoer (beoordeling en gunning)

De rechtspersoon die uitvoering gaat geven aan deze opdracht (uitvoering van de Regiecentrale) mag niet op enigerlei wijze betrokken zijn bij en/of verantwoordelijk zijn voor de uitvoering van het vervoer van Regiotaxi [X] dan wel nu of in de toekomst een direct of indirect belang hebben of krijgen in de betreffende organisatie of anderszins banden hebben met vervoerders van Regiotaxi [X]..

De inschrijvers op het bestek "Regiotaxi [X] - Vervoer" kunnen ook inschrijven op het bestek "Regiotaxi [X] - Regiecentrale". Selectie en gunning zullen als eerste plaatsvinden op "Regiotaxi [X] - Vervoer" perceel 1 t/m 3 en vervolgens wordt "Regiotaxi [X] -Regiecentrale" beoordeeld en gegund. Mocht een perceel van "Regiotaxi [X] - Vervoer" gegund worden aan een inschrijver, die ook tegelijkertijd op "Regiotaxi [X] - Regiecentrale" heeft ingeschreven, dan komt deze inschrijver niet meer in aanmerking voor gunning van "Regiotaxi [X] - Regiecentrale".'

1.4. Klager heeft in de onderhavige aanbestedingsprocedure een klacht ingediend bij het Klachtenmeldpunt Aanbestedingen van beklaagde. In het advies van 14 maart 2016 van het Klachtenmeldpunt is, onder meer, vermeld:

'16. De aanbestedingsprocedure in 2013 is uitgevoerd door [Y]. De activiteiten van [Y] zijn inmiddels in verband met de in werking getreden Wet afschaffing plusregio's (Wap) in 2015 overgeheveld naar beklaagde. Beklaagde heeft in die hoedanigheid de lopende overeenkomsten Regiotaxi [X] - Regiecentrale en Regiotaxi [X] - Vervoer perceel 1, 2 en 3 overgenomen.

17. De huidige uitvoerder, [Z], van de overeenkomst Regiotaxi [X] Vervoer perceel 1 was het niet eens met de contractovername door beklaagde, waarop [Y]

een kort gedingprocedure bij de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam in 2015 aanhangig heeft gemaakt.

18. Bij vonnis van 2 december 2015 heeft de voorzieningenrechter bepaald, dat [Z] niet gebonden is aan de contractovername door beklagde. Naar aanleiding van het vonnis van de voorzieningenrechter zijn [Y] en [Z] een beëindiging van de huidige overeenkomst overeengekomen, waarbij de huidige overeenkomst tot 1 juli 2016 wordt uitgevoerd in verband met de belangen van de groep reizigers, die gebruik maken van het vervoer van de Regiotaxi perceel 1. Parallel hierin wordt een nieuwe aanbestedingsprocedure georganiseerd voor een nieuwe overeenkomst Vervoer perceel 1, zodat de continuïteit voor dit vervoer vanaf 1 juli 2016 wordt geborgd.

19. De onderhavige aanbestedingsprocedure vindt derhalve noodgedwongen plaats en binnen de context van nog drie lopende overeenkomsten, te weten: Regiotaxi [X] Regiecentrale en Regiotaxi [X] Vervoer perceel 2 en perceel 3.'

1.5. In de onderhavige aanbestedingsprocedure zijn in de Nota van Inlichtingen van 4 februari 2016 (NvI 2), voor zover relevant, de volgende vragen en bijbehorende antwoorden opgenomen:

1.5.1. 'Vraag 2: Kunt u in het verlengde van de vorige aanbesteding voor zowel de regie als het vervoer van de 3 percelen bevestigen dat de huidige regievoerder direct of indirect niet mag inschrijven op het vervoer van perceel 1?

Antwoord: Opdrachtgever kan dit niet bevestigen.'

1.5.2. 'Vraag 3: Uit uw antwoord maken wij op dat alle lopende aanbestede contracten Regiotaxi [X] met uitzondering van perceel 1 ongewijzigd zijn overgegaan naar de [beklage]. Dit geldt dan ook voor het aanbestede contract Regiecentrale, de einddatum en mogelijke verlenging is gelijk aan de looptijd van het thans in aanbesteding zijnde contract perceel 1. Ten aanzien van de contracthouder Regiecentrale is in de thans ongewijzigd van toepassing zijnde aanbestedingstukken "Inleiding aanbesteding Regiotaxi [X] Regiecentrale" met kenmerk 2013-00686 op pagina 3 het volgende bepaald:

"1.6 Relatie tussen Regiecentrale en Vervoer (beoordeling en gunning)

De rechtspersoon die uitvoering gaat geven aan deze opdracht (uitvoering van de Regiecentrale) mag niet op enigerlei wijze betrokken zijn bij en/of verantwoordelijk zijn voor de uitvoering van het vervoer van Regiotaxi [X] dan wel nu of in de toekomst een direct of indirect belang hebben of krijgen in de betreffende organisatie of anderszins banden hebben met vervoerders van Regiotaxi.

Antwoord: Opdrachtgever kan dit niet bevestigen.

De vorige aanbesteding vond plaats onder de oude aanbestedingswet. Op basis van de nieuwe aanbestedingswet moet opdrachtgever een zwaarwegend motief hebben om de toegang tot inschrijving te beperken.

De aanbesteding van Regiotaxi [X] perceel 1 is een nieuwe zelfstandige aanbesteding. Opdrachtgever heeft geen zwaarwegend motief om de huidige uitvoerder van de Regiecentrale op voorhand uit te sluiten omdat:

1. De toedeling van de ritten aan de drie percelen van Regiotaxi [X] vindt plaats op basis van door de opdrachtgever opgestelde criteria. Deze criteria zijn transparant en controleerbaar. De Regiecentrale heeft geen invloed op deze verdeling van ritten.

2. Regiotaxi [X] wordt in opdracht van de Opdrachtgever gemonitord door de een partij die los staat van de uitvoering. Opdrachtgever is hierdoor in staat controle uit te oefenen op de prestaties van de uitvoerders (Regiecentrale en vervoerders).'

- 1.6. In de Nota van Inlichtingen van 10 februari 2016 (NvI 3) is, voor zover relevant, de volgende vraag en het volgende antwoord opgenomen:

Vraag 6: U geeft aan dat perceel 1 een geheel nieuwe aanbesteding betreft en dat u geen zwaarwegend motief heeft om de huidige uitvoerder van de Regiecentrale op voorhand uit te sluiten. Wij kunnen niet plaatsen waarom u thans voor doet komen alsof er geen relatie is met de andere percelen. In paragraaf 1.3, pagina 4 van het bestek koppelt u de onderhavige aanbesteding nadrukkelijk aan de initiële aanbesteding in 2013 van perceel 1,2 en 3 en de Regiecentrale. Onderhavige aanbesteding betreft het opnieuw aanbesteden van perceel 1, het is dus geen "geheel nieuwe aanbesteding". Dit blijkt ook uit het feit dat de looptijd en mogelijke verlengingen exact synchroon lopen met die van perceel 2, 3 en Regiecentrale.

Wat betreft het zwaarwegende motief dat er volgens u zou moeten zijn om tot de conclusie te komen dat de huidige uitvoerder van perceel Regiecentrale niet mag inschrijven: dit is niet een afweging die u in het kader van de onderhavige aanbesteding hoeft te maken. Uit het bestek Regiecentrale (2013), paragraaf 1.6 blijkt ondubbelzinnig dat de partij(en), zoals omschreven in vraag 3 NvI 2, niet tegelijkertijd een perceel Regiecentrale en een perceel vervoer uit kan voeren. De huidige opdrachtnemer van het perceel Regiecentrale heeft zich hieraan gecommitteerd door indiening van zijn offerte en ondertekening van de overeenkomst waarin het bestek onverkort van toepassing wordt verklaard. Het is dus geen kwestie van ene afweging welke u nu moet maken maar een contractuele verplichting tussen de opdrachtnemer Regiecentrale en de Opdrachtgever. U nodigt deze opdrachtnemer nu impliciet uit om die verplichting met voeten te treden. Daarnaast hebben wij destijds besloten om niet in te schrijven op perceel Regiecentrale omdat deze opdracht niet gelijktijdig met een perceel vervoer verworven kon worden. Door uw antwoord blijken wij achteraf benadeeld te zijn en in onze mededinging beperkt. De huidige uitvoerder krijgt zo immers wel de kans om beide opdrachten te verwerven terwijl die voor alle overige inschrijvers op voorhand was uitgesloten.

De huidige opdrachtnemer Regiecentrale wordt door de handhaving van de reeds geldende uitsluiting niet benadeeld omdat de periode waarvoor perceel 1 thans wordt aanbesteed exact gelijk loopt met de ongewijzigde opdrachten perceel 2, 3 en Regiecentrale.

a. Kunt u bevestigen dat de huidige uitvoerder van het perceel Regiecentrale uitgesloten is van inschrijving op de huidige aanbesteding.

b. Zo nee, kunt u bevestigen dat u het perceel Regiecentrale opnieuw aanbesteed zodat het gelijktijdig kan aanvangen met de start van de opdracht van de onderhavige aanbesteding, nu u kennelijk de voorwaarden van de aanbesteding perceel Regiecentrale wezenlijk wijzigt.

Antwoord:

a) Opdrachtgever kan niet bevestigen dat de huidige uitvoerder van de Regiecentrale uitgesloten is van de inschrijving op de huidige aanbesteding Regiotaxi [X] perceel 1.

b) Opdrachtgever kan dit niet bevestigen.'

- 1.7. In het Aanbestedingsdocument is met betrekking tot de gunningscriteria onder meer het volgende bepaald:

'4.2 Gunningcriteria

De opdracht zal worden gegund aan de vervoerder met de economisch meest voordelige aanbieding. Hierbij gelden een tweetal subcriteria: prijs en kwaliteit. De verhouding tussen de subcriteria prijs en kwaliteit is 660:340.

Scores

In totaal zijn er maximaal 1.000 punten te behalen. De puntentelling voor de bepaling van de economisch meest voordelige aanbieding is als volgt opgebouwd:

Sub-criterium	Sub-sub-criterium	Maximum score	Totaal sub-criterium
Prijs	Prijs per declarabele zone	660	660
Kwaliteit	Operationeel plan	220	
	Implementatieplan	80	
	Duurzaamheid (gebruik duurzame brandstof)	40	
TOTAAL			1000

Subgunningscriterium prijs

Het subgunningscriterium 'prijs' bestaat uit één criterium: *Kosten per declarabele zone*

Kosten per declarabele zone

Voor het bepalen van de score op dit criterium zullen de inschrijvingen worden beoordeeld op de ingediende de prijs per declarabele zone.

De "Prijs per declarabele zone" wordt gevormd door een door de vervoerder te offrenen tarief (exclusief BTW) per declarabele zone. De geoffreerde prijs is prijspeil 2016 en is exclusief BTW. Hierbij geldt voor het tarief van de vervoerder de volgende bandbreedte: $\geq \text{€ } 4,75$ en $\leq \text{€ } 6,25$. De inschrijving wordt uitgesloten indien het tarief van de vervoerder: $< \text{€ } 4,75$. Toekenning van punten gebeurt aan de hand van de volgende systematiek:

$$\frac{\text{€ } 6,25 - (\text{gevraagd tarief per declarabele zone})}{(\text{€ } 6,25 - \text{€ } 4,75)}$$

Indien echter een vervoerder meent de opdracht niet te kunnen uitvoeren onder de gestelde bovengrens van de bandbreedte, dient hij op het prijsinvulformulier aan te geven voor welk tarief de vervoerder de opdracht wel kan uitvoeren. Tevens dient de vervoerder hier een onderbouwing voor te geven. Na ontvangst van de inschrijvingen zal de opdrachtgever allereerst de inschrijvingen beoordelen waarin een tarief is geoffreerd dat zich binnen de gestelde bandbreedte bevindt. Als de opdrachtgever één of meer inschrijvingen ontvangt waarin een tarief is geoffreerd binnen de bandbreedte, zullen inschrijvingen die een hoger tarief hebben geoffreerd niet in behandeling worden genomen.

Uitsluitend indien geen geldige inschrijvingen zijn ingediend binnen de gestelde bandbreedte, zal een beoordeling plaatsvinden van de inschrijvingen met een hoger geoffreerd tarief. De opdrachtgever behoudt zich in het recht voor om de opdracht in dat geval niet te gunnen.

In het geval er alleen inschrijvingen zijn met een prijs hoger dan de gestelde bandbreedte krijgt de vervoerder met het laagst geoffreerde tarief voor dit gunningscriterium het maximum aantal punten (te weten 660). De overige vervoerders worden hieraan gerelateerd aan de hand van de volgende formule: *Aantal punten vervoerder = (tarief laagste vervoerder / tarief vervoerder) x 660*.

(...)

Subgunningscriterium kwaliteit

Het subgunningscriterium 'kwaliteit' bestaat uit drie criteria:

- Operationeel plan

- Duurzaamheid (gebruik duurzame brandstof)
- Implementatieplan

(...)

Duurzaamheid (gebruik duurzame brandstof)

De inschrijver dient in zijn inschrijving aan te geven aan welke eisen de voertuigen voldoen wat betreft de duurzaamheid van de brandstof. Hierbij kunnen de volgende punten per brandstofsoort/norm gescoord worden.

Alle voertuigen moeten vanaf de start van het vervoer minimaal voldoen aan de milieu norm Euro 5. Vervoerders kunnen extra punten gegund krijgen indien zij aan hogere normen voldoen. In onderstaand overzicht worden de te behalen punten weergegeven.

Percentage ritten dat vanaf 1 oktober 2016 uitgevoerd wordt met	Aantal punten wanneer minimaal 75% van de ritten uitgevoerd wordt met	Aantal punten wanneer minimaal 90% van de ritten uitgevoerd wordt met
Gecertificeerd groen gas of elektrisch	35 punten	40 punten
Aardgas	30 punten	35 punten
Diesel euro 6	25 punten	30 punten

(...)

4.3 Wijze van beoordelen kwaliteitscriteria en onderdelen

De beoordeling van de kwaliteit geschiedt door een door opdrachtgever in te stellen beoordelingscommissie. (...)

Bij de kwalitatieve gunningscriteria kent de beoordelingscommissie per gunningscriterium een waardering toe in de vorm van een geheel cijfer tussen minimaal 1 en maximaal 10 punten.

(...)

De waardering van de beoordelingscommissie wordt vervolgens omgezet in een score. Hierbij geldt dat een waardering met het cijfer 10 gelijk staat aan de maximaal te behalen score op het desbetreffende gunningscriterium. Een lager cijfer leidt tot een evenredig lagere score. Zie onderstaand voorbeeld waarbij maximaal 200 punten te behalen zijn.

Cijfer beoordelingscommissie	Score
10	$10/10 * 200 = 200$ punten
9	$9/10 * 200 = 180$ punten
8	$8/10 * 200 = 160$ punten
7	$7/10 * 200 = 140$ punten
6	$6/10 * 200 = 120$ punten
5	$5/10 * 200 = 100$ punten
4	$4/10 * 200 = 80$ punten
3	$3/10 * 200 = 60$ punten
2	$2/10 * 200 = 40$ punten
1	$1/10 * 200 = 20$ punten

(...)'

- 1.8. In de Nota van Inlichtingen van 20 januari 2016 (NvI 1) is, voor zover relevant, de volgende vraag en het volgende antwoord opgenomen:

Vraag 8: Stel de inschrijver gaat het vervoer uitvoeren met 60% elektrische voertuigen en 40% euro 5 voertuigen.

a) Worden dan de punten naar rato toegekend? In dit geval 28 punten ($35 \times (60\%/75\%)$).

b) Of kunnen we in dit geval uitgaan van 32 punten ($40 \times (60\%/75\%)$)?

Antwoord: Indien de inschrijver minder dan 75% van het aantal ritten uitvoert met voertuigen uit de 3 genoemde categorieën ontvangt de inschrijver geen punten.

a. Inschrijver ontvangt 0 punten

b. Inschrijver ontvangt 0 punten.'

- 1.9. In de Nota van Inlichtingen van 23 februari 2016 (NvI 5) is, voor zover relevant, de volgende vraag en het volgende antwoord opgenomen:

Vraag 4: In de aanbestedingsstukken heeft u opgenomen dat de verhouding prijs-kwaliteit 660:340 zou moeten betreffen. Na het onderzoeken van de door u gebruikte formules voor de bepaling van de subgunningscriteria komen wij echter tot de conclusie dat de werkelijke verhouding prijs-kwaliteit "912:88" belooft. Dit heeft tot gevolg dat het subgunningscriterium kwaliteit slechts voor 8,8% bepalend is voor de eindscore.

Onder verwijzing naar de uitspraak ECLI:NL:RBGEL:2014:454 van de rechtbank Gelderland mogen gunningscriteria op grond van EMVI niet zodanig zijn ingericht dat deze eigenlijk het gunningscriterium 'laagste prijs' betreft. Gelet op het vorengenoemde percentage van 8,8% is ook bij deze aanbesteding in werkelijkheid sprake van de toepassing van het gunningscriterium 'Laagste prijs'. Als gevolg daarvan dient gelijk als in de vorengenoemde zaak de onderhavige aanbestedingsprocedure te worden gestaakt en dient een heraanbesteding te worden georganiseerd. Dit gebrek op het punt van de gunningscriteria van de onderhavige aanbesteding kan niet meer worden hersteld. Immers, het tijdens een lopende aanbestedingsprocedure wijzigen van een (sub)gunningscriterium houdt een ongeoorloofde, wezenlijke wijziging in.

De vaststelling van de vorengenoemde werkelijke inrichting van het gunningscriterium volgt uit het navolgende. Voor de berekening van de subscore van beide subgunningscriteria prijs en kwaliteit worden twee van elkaar afwijkende formules gebruikt. Door die ongelijkheid van de twee formules is een negatief lineair verband ontstaan tussen de punten toekenning.

Bij de berekening van de subscore voor het subgunningscriterium prijs wordt het verschil van maximale tarief en het gevraagde tarief gedeeld door het verschil van de bandbreedte en niet uitsluitend door het minimale tarief. Deze systematiek wijkt af van de wijze van berekening van de subscore voor het subgunningscriterium kwaliteit. Dit heeft tot gevolg dat de subscore voor het subgunningscriterium prijs sneller stijgt en daalt ten opzichte van het subgunningscriterium kwaliteit. Hier kan worden gesproken over een negatief lineair verband tussen de te behalen scores op de subgunningscriteria prijs en kwaliteit.

In deze opzet van de gunningssystematiek speelt het subgunningscriterium kwaliteit slechts bij 26% van alle mogelijke inschrijfprijzen een rol of een winnende offerte neer te leggen ten opzichte van een offerte met de laagste prijs en nul punten voor kwaliteit. Als gevolg hiervan is duidelijk dat het subgunningscriterium kwaliteit een ondergeschikte rol speelt en kan geen enkele inschrijver die

kwaliteit wil bieden én een kans wil maken op gunning van de opdracht aan hem, inschrijven met een prijs hoger dan € 5,52. Ook hieruit volgt dat de opzet van de gunningssystematiek primair is gericht op het offeren van offertes met de laagst mogelijke inschrijfprijs.

Voor de volledigheid treft u hieronder de huidige formule uit het aanbestedingsdocument aan die wordt gebruikt voor de berekening van de eindscore:

$$\{(\text{€ } 6,25 - \text{Prijs})/(\text{€ } 6,25 - \text{€ } 4,75)\} * 660 + (\text{Kwaliteitscijfer}/10) * 340$$

Prijs om met laagste prijs in te schrijven:

De in de aanbestedingsstukken gehanteerde formule heeft tot gevolg dat bij een prijsverschil van meer dan € 0,77 tussen twee offertes, waarbij de inschrijver met een prijs van € 5,52 en een maximale score van 10 punten voor kwaliteit, nooit zal kunnen winnen van een inschrijver met de laagst mogelijke inschrijfprijs van € 4,75 en een score van nul punten voor de kwaliteit. Zodra één inschrijver een offerte indient met een prijs van € 4,75 zal iedere inschrijver met een geoffreerde prijs van € 5,52 of hoger, ongeacht hun score op het onderdeel kwaliteit, niet in aanmerking kunnen komen voor gunning van deze opdracht.

Zodra een inschrijver met die laagste prijs nog een score van meer dan nul punten voor kwaliteit behaalt, wordt op het punt van het prijsverschil waarbij de score op het punt van kwaliteit nog enige invloed kan hebben op de eindscore nog beperkter dan vorengenoemde € 0,77. Een inschrijver met een geoffreerd tarief van € 4,75 en een kwaliteitsbeoordeling 7 wint van een gegadigde met een geoffreerd tarief € 5,00 en een kwaliteitsbeoordeling 10. Het prijsverschil is in die situatie is dan maximaal € 0,25.

Op basis van de in 2013 door u georganiseerde aanbesteding voor de opdracht Regiotaxi, waarbij daadwerkelijk werd geoffreerd tegen de laagst mogelijke inschrijfprijs, is het realistisch om uit te gaan van de situatie dat ook nu offertes zullen worden ontvangen met de laagste prijs, zijnde € 4,75. Evenzeer is het realistisch op basis van diezelfde aanbesteding om uit te gaan van de situatie dat alle gegadigden een offerte indienen, waarbij op het subgunningscriterium minimaal een kwaliteitsbeoordeling 7 wordt behaald. Voorts is het op grond van de huidige aanbestedingsstukken voor een inschrijver mogelijk om met een score van nul punten voor kwaliteit in te schrijven en voor gunning in aanmerking te komen.

Berekening werkelijke EMVI

Gelet op het vorenbedoelde prijsverschil tussen € 4,75 en € 5,52 zal, zodra tenminste één offerte wordt aangeboden met de laatste inschrijfprijs, procentueel gezien bij slechts maximaal 26% van alle mogelijke inschrijfprijzen de kwaliteit nog enige invloed kunnen uitoefenen op de rangorde van de eindscores van de verschillende inschrijvers. Omdat het maximum aantal punten voor het gunningscriterium kwaliteit 340 is, zal kwaliteit nog maar voor $0,26 \times 0,340 \times 100\% = 8,8\%$ bijdragen.

Deze puntensystematiek impliceert dat de werkelijke prijs-kwaliteit verhouding 912:88 is en niet zoals u aangeeft 660:340. Dit benadert een gunning op prijs en niet op economisch meest voordelige aanbidding.

Aangezien de onderhavige aanbesteding ingericht is op gunning op basis van laagste prijs, dient zij te worden gestaakt en dient een heraanbesteding te worden georganiseerd.

Kunt u bevestigen dat u gaat heraanbesteden?

Antwoord: U gaat in uw berekeningen uit van een zeer uitzonderlijk scenario, namelijk dat slechts één Inschrijver offreert op het minimaal toegestane bedrag.

De aanbestedende dienst gaat uit van een optimale doch realistische concurrentie in de betreffende markt waarbij juist u als potentieel Inschrijver het best in staat bent om te beoordelen of het door u geschetste, zeer uitzonderlijk scenario, zich gaat voordoen of dat een meer realistisch scenario van Inschrijvingen (zoals u zelf al in uw voorbeeld aanhaalt als meer waarschijnlijk) gaat plaatsvinden. In dit laatste geval is juist het criterium kwaliteit van doorslaggevend belang.

De aanbestedende dienst zet bovendien zwaar in op een goede prijs. Er is daartoe ruimte geboden met een formule indien alle geoffreerde prijzen hoger zijn dan de maximale bandbreedte.

De aanbestedende dienst deelt uw aanname niet en gaat daarom niet over tot een heraanbesteding.'

- 1.10. Naar aanleiding van de klachten van klager heeft het Klachtenmeldpunt Aanbestedingen van beklagde op 14 maart 2016 een uitvoerig gemotiveerd advies uitgebracht. Het klachtenmeldpunt komt hierin op p. 9 tot het volgende advies:

'Het Klachtenmeldpunt is van oordeel, dat beide klachtonderdelen ongegrond zijn en geeft [beklaagde] voor de volledigheid het volgende in overweging. In het geval [de uitvoerder van de regieopdracht] wordt toegelaten tot de onderhavige aanbesteding en als gevolg daarvan de onderhavige opdracht Vervoer perceel 1 gegund krijgt, adviseert het klachtenmeldpunt om de huidige overeenkomst Regiecentrale te onderwerpen aan een juridische analyse in verband met het leerstuk van de wezenlijke wijziging van de opdracht. Het niet langer hanteren van de contractuele voorwaarde van functiescheiding in de huidige overeenkomst Regiecentrale zou mogelijk tot een verplichting van her-aanbesteding kunnen leiden.'

2. Beschrijving klacht

2.1. Klachtonderdeel 1

Het toelaten tot de onderhavige aanbestedingsprocedure van de onderneming die in 2013 de regieopdracht gegund heeft gekregen, is in strijd met de voorwaarden van de eerdere aanbesteding van die regieopdracht.

2.2. Klachtonderdeel 2

Door de inrichting van het 'gunningscriterium economisch meest voordelige inschrijving' (hierna: EMVI) is feitelijk sprake van de toepassing van het gunningscriterium 'laagste prijs'.

3. Onderbouwing klacht

3.1. Klachtonderdeel 1

- 3.1.1. Bij een eerder gehouden aanbesteding voor een regieopdracht was in de aanbestedingsstukken opgenomen dat het voor de inschrijver die de regieopdracht ge-

gund zou krijgen uitdrukkelijk was verboden om mee te dingen naar de vervoersopdracht, waarop de onderhavige aanbestedingsprocedure ziet. Beklaagde staat nu toe dat in strijd met dat uitdrukkelijke verbod (contractueel vastgelegd tussen beklagde en de uitvoerder van de regieopdracht) de uitvoerder van de regieopdracht nu wel mag meedingen naar de vervoersopdracht.

- 3.1.2. Het toelaten tot de onderhavige aanbestedingsprocedure van de onderneming die in 2013 de regieopdracht gegund heeft gekregen, is in strijd met de voorwaarden van de eerdere aanbesteding van de regieopdracht. De aanbestedende dienst van destijds had uitdrukkelijk gekozen voor de scheiding tussen de regie- en de vervoersopdracht, wat heeft geresulteerd in een uitdrukkelijk verbod om mee te dingen naar de vervoersopdracht.
- 3.1.3. De uitvoerder van de regieopdracht dient te worden uitgesloten van de onderhavige aanbesteding van de vervoersopdracht.

3.2. Klachtonderdeel 2

- 3.2.1. Het gunningscriterium economisch meest voordelige aanbieding is zodanig door de aanbestedende dienst ingericht dat feitelijk sprake is van de toepassing van het gunningscriterium 'laagste prijs' zonder dat die toepassing is gemotiveerd, noch dat die toepassing in de gegeven omstandigheden is toegestaan.
- 3.2.2. Het subgunningscriterium moet zodanig worden gewijzigd dat de score op het subgunningscriterium kwaliteit een bepalende of wezenlijke invloed kan hebben op de eindscore van de verschillende inschrijvers, bijvoorbeeld door de subgunningscriteria prijs en kwaliteit zodanig in te richten c.q. op elkaar af te stemmen, dat het subgunningscriterium kwaliteit op alle mogelijk te bieden inschrijfprijzen binnen de bandbreedte een wezenlijke invloed kan uitoefenen op de eindscore. Het gebrek is echter zodanig in strijd met het aanbestedingsrecht dat herstel niet meer mogelijk is (op grond van het leerstuk 'wezenlijke wijziging' of het herstel is in strijd met de rechtspraak, zoals Wienstrom, HvJ EG 4 december 2003, C-448/01). Dat betekent dat de onderhavige aanbestedingsprocedure moet worden gestaakt en een nieuwe, deugdelijke aanbesteding moet worden georganiseerd.

4. **Reactie beklagde**

4.1. Klachtonderdeel 1

- 4.1.1. Het Klachtenmeldpunt Aanbestedingen van beklagde heeft reeds op 14 maart 2016 een uitvoerige uiteenzetting gegeven waarin zij de beide klachten van klaagster ongegrond verklaart. De klachten die bij het Klachtenmeldpunt Aanbestedingen van beklagde zijn ingediend, komen geheel overeen met de klachten die klager bij de Commissie van Aanbestedingsexperts heeft ingediend.
- 4.1.2. Beklaagde betoogt dat klachtonderdeel 1 van klager ongegrond dient te worden verklaard. Zij voert hiertoe het volgende aan.
- 4.1.3. De huidige overeenkomsten Regiotaxi [X] – Vervoer perceel 1, 2 en 3 en Regiotaxi [X] – Regiecentrale zijn door [Y] in 2013 in twee afzonderlijke aanbestedingsprocedures in de markt gezet. Uit de toenmalige aanbestedingsdocumenten van [Y] blijkt dat een directe relatie tussen de twee aanbestedingen is gelegd, door voorwaarden toe te passen die een strikte scheiding tussen de uitvoering van de Regiecentrale en het Vervoer mogelijk maakten. De gunning in die twee aanbestedingen vond – zo blijkt uit de stukken – volgordeplaats, waardoor de inschrijvingen die voor gunning in aanmerking kwamen op de overeenkomsten

Regiotaxi [X] Vervoer (perceel 1, 2, of 3) niet meer in aanmerking konden komen voor gunning op de overeenkomst Regiotaxi [X] Regiecentrale. In de overeenkomsten zijn de bepalingen van het Bestek integraal van toepassing verklaard.

- 4.1.4. De onderhavige aanbestedingsprocedure is ontstaan door de omstandigheid dat de overeenkomst voor Regiotaxi [X] Vervoer perceel 1 op verzoek van de huidige opdrachtnemer voortijdig wordt beëindigd (buiten toedoen van beklagde). Hierdoor werd beklagde gedwongen een nieuwe aanbestedingsprocedure te organiseren, waarbij het in beginsel iedere potentiële inschrijver vrij staat om te besluiten om wel of niet deel te nemen aan de onderhavige aanbestedingsprocedure. Beklaagde heeft hierbij de ruimte om haar vraagstelling naar haar eigen inzicht in te richten. In het aanbestedingsdocument van de onderhavige aanbesteding wordt in hoofdstuk 1 een duidelijke relatie gelegd met de huidige lopende overeenkomsten in het kader van de uitvoering van Regiotaxi [X]. Daarnaast wordt ook de looptijd van de beoogde nieuwe overeenkomst Regiotaxi [X] Vervoer perceel 1 gerelateerd aan de looptijd van de lopende overeenkomsten (Regiecentrale, Vervoer perceel 2 en perceel 3).
- 4.1.5. Beklaagde heeft duidelijk in de beantwoording van vraag 3 in de Nota van Inlichtingen nr. 2 van 4 februari 2016 te kennen gegeven dat er geen zwaarwegend motief meer bestaat om de huidige uitvoerder van de Regiecentrale op voorhand uit te sluiten, omdat:

'1. De toebedeling van de ritten aan de drie percelen van Regiotaxi [X] plaatsvindt op basis van door opdrachtgever opgestelde criteria. Deze criteria zijn transparant en controleerbaar. De Regiecentrale heeft geen invloed op deze verdeling van ritten; 2. Regiotaxi [X] wordt in opdracht van de Opdrachtgever gemonitord door een partij die los staat van de uitvoering. Opdrachtgever is hierdoor in staat controle uit te oefenen op de prestaties van de uitvoerders (Regiecentrale en Vervoerders).'
- 4.1.6. Beklaagde heeft derhalve, in tegenstelling tot [Y] in de aanbestedingsprocedure uit 2013, geen voorkeur voor een strikte scheiding tussen de uitvoerders van het vervoer en de uitvoerder van de regiecentrale. Op grond van het voorgaande bestaat derhalve geen grondslag meer om de uitvoerder van de Regiecentrale bij voorbaat uit te sluiten van deelname aan de onderhavige aanbestedingsprocedure.
- 4.1.7. Het is beklagde in beginsel niet toegestaan een potentiële inschrijver bij voorbaat uit te sluiten van een aanbestedingsprocedure. In het onderhavige geval gaat het om een nieuwe aanbestedingsprocedure met betrekking tot een deel van het vervoer ten behoeve van de Regiotaxi. In het kader van het gelijkheidsbeginsel kan beklagde een potentiële inschrijver niet automatisch uitsluiten van deelname en zou dat alleen kunnen als hiervoor zwaarwegende argumenten bestaan (HvJ EU 12 maart 2015, C-538/13, (e-Vigilo)). Een aanbestedende dienst dient bij een uitsluitingsmaatregel derhalve in de onderhavige aanbesteding opnieuw te beoordelen of het toelaten van een specifieke potentiële inschrijver de eerlijke mededinging verstoort. In aanvulling hierop dient de aanbestedende dienst in een dergelijk geval de potentiële inschrijver eveneens in de gelegenheid te stellen om aan te tonen dat geen sprake is van een verstoring van de eerlijke mededinging (nogmaals het arrest eVigilo).
- 4.1.8. Voorts merkt beklagde op dat er geen uitdrukkelijk verbod gold om mee te dingen naar de vervoersopdracht. Dit gold slechts voor zover een inschrijver een vervoersopdracht gegund zou krijgen en vervolgens nog in aanmerking wilde komen voor de uitvoering van de regie. Inschrijven op de regieopdracht bleef destijds dus mogelijk voor iedere potentiële inschrijver. Indien een potentiële in-

schrijver besloot niet in te schrijven op de vervoersopdracht of de opdracht voor regie, was dit een bedrijfseconomische afweging vooraf van de potentiële inschrijver zelf.

- 4.1.9. Beklaagde voegt daaraan nog toe dat de klacht van klager prematuur is. Het is geenszins gezegd dat de opdracht aan de uitvoerder van de regieopdracht zal worden gegund. Er zijn een aantal inschrijvers en de gunningsbeslissing is nog niet genomen. In het scenario dat niet zal worden gegund aan de uitvoerder van regieopdracht, doet zich geen probleem voor. Vervoer en regie blijven bij verschillende partijen. De huidige aanbestedingsprocedure kan dus zeer goed leiden tot een uitkomst waarbij zich geen strijd voordoet met de regieovereenkomst. De kans daarop is zelfs aanmerkelijk groter dan de situatie waarbij regie en vervoer (ten dele) in één hand komen. Beklaagde handelt nu dus nog niet in strijd met de regieovereenkomst.
- 4.1.10. Mocht de opdracht toch aan de uitvoerder van de regieopdracht worden gegund, kan beklagde de regieovereenkomst beëindigen of ontbinden (artikel 15 Regieovereenkomst) of eventueel de gunning verbinden aan een beëindigingsregeling van de Regieovereenkomst. Er kan dus zelfs niet van een potentiële tekortkoming worden gesproken in het hypothetische geval dat de uitvoerder van de regieopdracht de vervoersopdracht gegund zou krijgen.

4.2. Klachtonderdeel 2

- 4.2.1. Beklaagde betoogt dat klachtonderdeel 2 eveneens ongegrond moet worden verklaard. Zij voert daartoe het volgende aan.
- 4.2.2. Bij het toekennen van een wegingsfactor aan de gunningscriteria bij een aanbestedingsprocedure met het gunningscriterium economisch meest voordelige inschrijving komt de aanbestedende dienst een ruime beoordelingsvrijheid toe. Het is hierbij in beginsel aan de aanbestedende dienst om te bepalen welk gewicht zij aan kwaliteitsonderdelen wil toekennen.
- 4.2.3. De weging van de gunningscriteria bij het gunningscriterium economisch meest voordelige inschrijving mag daarentegen niet feitelijk resulteren in toepassing van het gunningscriterium laagste prijs. Dit is bevestigd in de uitspraken van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Gelderland (ECLI:NL:RBGEL:2014:3493 en ECLI:NL:RBGEL:2014:454) en de Adviezen 33 en 246 van de Commissie van Aanbestedingsexperts.
- 4.2.4. Waar het omslagpunt ligt naar het gunningscriterium laagste prijs moet van geval tot geval worden vastgesteld, rekening houdend met alle omstandigheden van het geval, zoals de specifieke gunningscriteria, hun (relatieve) gewicht, het voorwerp van de aanbesteding, de markt waarin de aanbesteding plaatsvindt, de mate waarin gunning op economisch meest voordelige inschrijving zinvol is met het oog op de daarmee te verwezenlijken door de wetgever relevant geachte doelen, etc.
- 4.2.5. Het klachtenmeldpunt van beklagde heeft in haar reactie op de klacht van klager uitvoerig uiteengezet waarom in het onderhavige geval geen sprake is van het gunningscriterium laagste prijs:

“37. In de onderhavige aanbesteding is in hoofdstuk 4 van het aanbestedingsdocument het gunningscriterium emvi als volgt uitgewerkt. Voor Prijs kan maximaal 660 punten worden behaald en voor Kwaliteit (bestaande uit drie subcriteria) maximaal 340 punten. Bij het subgunningscriterium Prijs wordt door [beklaagde] daarbij eveneens een bandbreedte gehanteerd van een tarief per declarabele zo-

ne tussen de 4,75 en 6,25 euro. Indien een inschrijving lager inschrijft dan 4,75 euro dan wordt deze uitgesloten voor gunning. Bij een inschrijving hoger dan 6,25 euro wordt de inschrijving niet in behandeling genomen als er andere (geldige) inschrijvingen worden ontvangen die binnen de bandbreedte vallen. In het geval 'geen geldige inschrijvingen zijn ingediend binnen de gestelde bandbreedte' zal een beoordeling plaatsvinden van de inschrijving(en) met een hoger tarief. Daarbij behoudt [beklaagde] zich het recht voor om de opdracht in dat geval niet te gunnen. In het geval alleen inschrijvingen worden ontvangen met een prijs hoger dan de gestelde bandbreedte dan wordt er relatief gescoord op prijs (laagste tarief scoort 660 punten en de andere inschrijvingen worden hieraan gerelateerd).

38. In deze systematiek wordt door [beklaagde] sterk gestuurd op inschrijvingen, waarvan het tarief binnen de bandbreedte van 4,75 euro en 6,25 euro zullen vallen. Immers, onder de 4,75 euro betekent dat een inschrijving wordt uitgesloten en boven de 6,25 euro betekent dat de inschrijving niet in behandeling wordt genomen, tenzij er geen geldige inschrijvingen zijn ontvangen binnen de bandbreedte. Gelet op deze voorwaarden is het redelijk dat een inschrijver mag verwachten dat de concurrentie plaatsvindt binnen de gestelde bandbreedte.

39. Uit de rekenkundige uitwerking van het onderhavige gunningscriterium emvi volgt dat een inschrijving met een tarief van 4,75 euro het maximum aantal punten op prijs behaalt, te weten 660 punten. Een inschrijving met een tarief gelijk aan 6,25 euro scoort 0 punten op dit criterium. Een inschrijving wordt op de kwalitatieve subcriteria beoordeeld aan de hand van de toekenningsmethodieken die in het aanbestedingsdocument zijn vermeld. Dit betekent dat op subcriterium Operationeel Plan minimaal (rapportcijfer 1 = 10% van 220 punten) 22 punten wordt behaald, op subcriterium Implementatieplan minimaal 8 punten (rapportcijfer 1 = 10% van 80 punten) en op subcriterium Duurzaamheid (zie tabel op pagina 13 aanbestedingsdocument) minimaal 25 punten. In totaal ligt de minimale score van een inschrijving op Kwaliteit derhalve op 55 punten. Een inschrijving met de laagste inschrijfprijs (4,75 euro) en een minimale score op Kwaliteit behaalt in totaal 660 + 55 punten = 715 punten. Een opvolgende inschrijver die de maximale score haalt op Kwaliteit (340 punten) kan alleen winnen indien minimaal 375 punten wordt behaald op gunningscriterium Prijs. Daarmee ligt de grenswaarde binnen de bandbreedte op een tarief van 5,40 euro ten opzichte van de inschrijver met de laagste inschrijfsom (4,75 euro) én de laagste minimale kwaliteit. Door de gekozen formule verliest de opvolgende inschrijver bij een prijsverschil van meer dan 13,7% ten opzichte van de laagste inschrijving (4,75 euro) met een minimale kwaliteit.

40. In tegenstelling tot het standpunt van [klager] dat sprake is van een grenswaarde van 8,8%, oordeelt het Klachtenmeldpunt dat in de onderhavige aanbesteding de kwaliteit slechts invloed heeft bij een prijsverschil van minder dan 13,7%. De vraag is of deze grenswaarde als te laag moet worden beschouwd. In zaak Voorzieningenrechter rechtbank Gelderland (ECLI:NL:RBGEK:2014:454) en Advies 33 en Advies 246 van de CvA ging het om een prijsverschil (grenswaarde) van respectievelijk circa 4% en 7,5%. Daarbij is rekening gehouden met de omstandigheden van het specifieke geval, waaronder de omstandigheid of de inschrijfsom uit meerdere of slechts één prijscomponent/tarief bestaat. Bovendien heeft de CvA in haar Advies 246 een aanbeveling gedaan voor wat betreft aanbestedingen waarop een STABU-bestek wordt toegepast (hetgeen inhoudt dat inschrijvers zich moeten houden aan een uitvoerig bestek waarin de opdracht gedetailleerd en uitputtend is beschreven) en de prijs niet uit meerdere prijscomponenten bestaat. Bij een dergelijke opdracht mocht redelijkerwijs worden verwacht dat de prijzen meer bij elkaar liggen, nu ook een maximum inschrijfsom was voorgeschreven. Indien in een dergelijk geval het gunningscriterium emvi wordt

toegepast met een grenswaarde beneden de 10% is het advies van de CvA om in de aankondiging te motiveren waarom (de factor) wordt gekozen voor het criterium laagste prijs).

- 4.2.6. Uit deze uitgebreide toelichting van het klachtenmeldpunt leidt beklagde af dat géén sprake is van het gunningscriterium laagste prijs.

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt vast dat beklagde een Europese openbare aanbestedingsprocedure heeft gehouden tot het sluiten van een raamovereenkomst met één ondernemer voor regiotaxi vervoer. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en 2 Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit.

5.2. Klachtonderdeel 1

- 5.2.1. De Commissie neemt het volgende tot uitgangspunt. In 2013 heeft [Y] in twee aanbestedingsprocedures een regiotaxi-vervoersopdracht, onderverdeeld in percelen 1, 2 en 3 en een regiotaxi-regieopdracht aanbesteed. De uitvoering van vervoer en regie werd gescheiden. Inschrijvers die een vervoersopdracht gegund kregen, kwamen niet meer in aanmerking voor de regieopdracht. In de aanbestedingsstukken was vermeld dat de uitvoerder van de regieopdracht niet op enigerlei wijze betrokken mocht zijn bij het vervoer.
- 5.2.2. De activiteiten van [Y] zijn in 2015 overgeheveld naar beklagde. Beklaagde heeft de lopende regiotaxi-overeenkomsten (Regiecentrale en Vervoer perceel 1, 2 en 3) overgenomen.
- 5.2.3. De huidige uitvoerder van perceel 1 van de vervoersopdracht stopt met de uitvoering op 1 juli 2016. Om die reden wordt dit perceel nu opnieuw aanbesteed. De looptijd van de beoogde nieuwe overeenkomst voor perceel 1 wordt gerelateerd aan de looptijd van de lopende overeenkomsten (regiecentrale en vervoer perceel 2 en 3).
- 5.2.4. Klager stelt dat het toelaten van de huidige uitvoerder van de regieopdracht tot de onderhavige aanbestedingsprocedure in strijd is met de voorwaarden van de eerdere aanbesteding van de regieopdracht en dat die uitvoerder om die reden van de onderhavige aanbestedingsprocedure moet worden uitgesloten.
- 5.2.5. Vooropgesteld moet worden dat beklagde in de onderhavige aanbestedingsprocedure jegens de (potentiële) inschrijvers de bepalingen van de Aw 2012 in acht dient te nemen. Anders dan klager ziet de Commissie niet in waarom beklagde in de onderhavige aanbestedingsprocedure jegens die (potentiële) inschrijvers in strijd zou handelen met enige bepaling van de Aw 2012 door de uitvoerder van de in 2013 aanbestede regieopdracht tot de procedure toe te laten. Dat beklagde met die toelating mogelijk in strijd handelt met de aanbestedingsvoorwaarden die van toepassing waren op de eerdere aanbesteding van de regieopdracht, maakt het voorgaande oordeel niet anders.
- 5.2.6. Klachtonderdeel 1 is daarmee ongegrond.
- 5.2.7. Het voorgaande laat onverlet dat de Commissie ten overvloede nog het volgende wenst op te merken.

- 5.2.8. Indien klager in 2013 aan de aanbesteding voor de regieopdracht heeft deelgenomen, kan zij mogelijk een beroep doen op niet-nakoming van de procedure-overeenkomst die beklagde als rechtsoptvolger van [Y] destijds in het kader van de aanbesteding van de regieopdracht is overeengekomen met de ondernemingen die aan die aanbestedingsprocedure hebben deelgenomen (zie hiervoor in 1.3). De Commissie kan hierover gelet op het bepaalde in artikel 1 onder c van haar Reglement echter geen oordeel geven aangezien – zoals in 5.2.5 is overwogen – een eventuele niet-nakoming van de procedure-overeenkomst die in het kader van die eerdere aanbesteding is gesloten, in de onderhavige aanbesteding niet kwalificeert als een schending van enige bepaling van de Aw 2012.
- 5.2.9. Mogelijk handelt beklagde in het kader van de aanbesteding van de eerdere regieopdracht (ook) in strijd met het gereguleerde aanbestedingsrecht. Indien de huidige uitvoerder van de regieopdracht tevens de onderhavige vervoersopdracht verwerft, zou dit vanuit het perspectief van de eerdere aanbestedingsprocedure als een wezenlijke wijziging van de in 2013 aanbestede regieopdracht kunnen worden gekwalificeerd. Ook het interne klachtenmeldpunt van beklagde wijst op dit risico. Aangezien de Aw 2012 niet op de eerdere aanbestedingsprocedure van toepassing lijkt te zijn – het document '1. Inleiding aanbesteding Regiotaxi Utrecht Regiecentrale' dateert van 11 maart 2013 (zie 1.3 hiervoor) – en het onderhavige klachtonderdeel zich ook overigens onvoldoende op de kwestie van de mogelijke wezenlijke wijziging richt, laat de Commissie het bij deze opmerking ten overvloede.

5.3. Klachtonderdeel 2

- 5.3.1. 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. In een dergelijk geval hanteert de aanbestedende dienst weliswaar formeel het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving, maar is materieel sprake van het gunningscriterium van de laagste prijs (zie Advies 33, overwegingen 6.3 en 6.4, bevestigd door Rb. Gelderland (vzr.) 24 januari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:454, r.o. 4.6 en Advies 246, overweging 5.3.5). De te beantwoorden vraag is of de keuze van beklagde voor het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving in het onderhavige geval de facto neerkomt op een keuze voor het gunningscriterium van de laagste prijs.
- 5.3.2. Voor de beantwoording van de hiervoor bedoelde vraag moet derhalve worden nagegaan of de inschrijvers op basis van de uitwerking van het gunningscriterium in de aanbestedingsdocumenten de redelijke verwachting zullen mogen hebben dat de waardering van de kwalitatieve aspecten van de inschrijvingen – naast het aspect prijs – geen significante invloed op de rangorde daarvan zal hebben. Het gaat dan om de redelijke verwachting die zal mogen bestaan op basis van de uitwerking van het gunningscriterium in de aanbestedingsdocumenten. Zoals de Commissie in haar Advies 33 en 246 heeft overwogen, dienen bij de beoordeling van die redelijke verwachting alle omstandigheden van het geval te worden af-

gewogen (vergelijk ook Rb. Gelderland (vzr.) 3 juni 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:3493, r.o. 4.8; zie voorts Advies 224, overwegingen 5.5.3 en 5.5.4). Dat laat echter onverlet dat bij die beoordeling dient te worden geabstraheerd van de inhoud van de daadwerkelijke inschrijvingen.

- 5.3.3. In de onderhavige aanbestedingsprocedure kan voor het subgunningscriterium prijs maximaal een score van 660 punten worden behaald. Bij het subgunningscriterium prijs wordt een bandbreedte gehanteerd van een tarief per declarabele zone tussen de € 4,75 en € 6,25. Een inschrijving wordt uitgesloten indien het tarief van de vervoerder lager is dan € 4,75. Inschrijvingen met een tarief boven € 6,25 komen slechts voor gunning in aanmerking indien geen geldige inschrijvingen met een tarief binnen de bandbreedte zijn ingediend. Inschrijvers mogen dan ook de redelijke verwachting hebben dat prijzen zullen worden geoffreerd binnen de gestelde bandbreedte. Dat betekent dat de laagste prijs € 4,75 betreft en dat daarmee een score van 660 punten wordt behaald. Een tarief van € 6,25 levert een score van 0 punten op.
- 5.3.4. Voor het subgunningscriterium kwaliteit kan maximaal een score van 340 punten worden behaald. Over de minimaal te behalen score voor kwaliteit verschillen partijen van mening.
- 5.3.5. Klager lijkt er in de klacht bij het klachtenmeldpunt van beklagde onder verwijzing naar vraag 4 van de Nota van Inlichtingen van 23 februari 2016 (NvI 5, zie 1.9 hiervoor) van uit te gaan dat de minimale score voor kwaliteit 0 punten bedraagt. Wanneer de inschrijving met de laagste prijs 0 punten voor kwaliteit scoort, dan kan een inschrijving die de maximale kwaliteit van 340 punten biedt alleen winnen wanneer haar score voor prijs meer dan 320 punten bedraagt. Bij een score van 320 punten voor prijs is de prijs € 5,52. De prijs is dan 16,2% hoger dan de laagste prijs. Daarmee zou de grenswaarde dan 16,2% bedragen.
- 5.3.6. In navolging van het advies van het interne klachtenmeldpunt neemt beklagde echter tot uitgangspunt dat de minimaal te behalen score op kwaliteit 55 punten bedraagt. Volgens beklagde kan op het subgunningscriterium Operationeel Plan minimaal 22 punten (rapportcijfer 1 = 10% van 220 punten) worden behaald, op het subgunningscriterium Implementatieplan minimaal 8 punten (rapportcijfer 1 = 10% van 80 punten) en op subgunningscriterium Duurzaamheid minimaal 25 punten (daarbij verwijst zij naar de tabel op pagina 13 van het aanbestedingsdocument, zie 1.7 hiervoor). Wanneer de inschrijving met de laagste prijs 55 punten voor kwaliteit scoort, dan kan een inschrijving die de maximale kwaliteit van 340 punten biedt alleen winnen wanneer haar score voor prijs meer dan 375 punten bedraagt. Bij een score van 375 punten voor prijs is de prijs € 5,40. De prijs is dan 13,7% hoger dan de laagste prijs. Dat zou dan de grenswaarde zijn.
- 5.3.7. De Commissie komt echter uit op een andere minimale score voor kwaliteit dan partijen. Met beklagde is de Commissie van oordeel dat minimaal 22 respectievelijk 8 punten kunnen worden behaald voor de subgunningscriteria Operationeel Plan en Implementatieplan. Voor het subgunningscriterium Duurzaamheid volgt de Commissie beklagde echter niet in de minimale score van 25 punten. Kennelijk wijkt beklagde voor dit subgunningscriterium af van de in paragraaf 4.3 van het Aanbestedingsdocument omschreven beoordelingswijze met een rapportcijfer van 1 tot en met 10. Ten aanzien van dit subgunningscriterium is immers een afwijkende scoresystematiek opgenomen op p. 13 van het Aanbestedingsdocument (zie 1.7 hiervoor). Daarin is vermeld:

'Alle voertuigen moeten vanaf de start van het vervoer minimaal voldoen aan de milieu norm Euro 5. Vervoerders kunnen extra punten gegund krijgen indien zij aan hogere normen voldoen.'

De extra te behalen punten variëren tussen de 25 (wanneer minimaal 75% van de ritten worden uitgevoerd met diesel Euro 6) en 40 punten. Wanneer slechts wordt voldaan aan de milieu norm Euro 5 kunnen dus geen 25 punten worden behaald. De Commissie begrijpt de scoremethodiek aldus dat er dan voor dit subgunningscriterium geen punten worden behaald. Zie in die zin ook het antwoord op vraag 8 van de Nota van Inlichtingen van 20 januari 2016 (NVI 1).

- 5.3.8. Het voorgaande betekent dat de minimale score op kwaliteit 30 punten is (22 plus 8 punten). Wanneer de inschrijving met de laagste prijs 30 punten voor kwaliteit scoort, dan kan een inschrijving die de maximale kwaliteit van 340 punten biedt alleen winnen wanneer haar score voor prijs meer dan 350 punten bedraagt. Bij een score van 350 punten voor prijs is de prijs € 5,45. De prijs is dan 14,7% hoger dan de laagste prijs. Dat is dan de grenswaarde.
- 5.3.9. Indien de laagst mogelijke prijs van € 4,75 wordt geboden, kan een inschrijver bij een aanbesteding met een grenswaarde van 14,7% slechts op kwaliteit winnen indien het prijsverschil met de laagsteieder minder dan 14,7% bedraagt. De vraag is dan of dit percentage in een geval als het onderhavige te laag is.
- 5.3.10. In het eerdere Advies 33 van de Commissie bedroeg de hiervoor bedoelde grenswaarde ca. 4%. De Commissie heeft in dat Advies geoordeeld dat de inschrijvers in het betreffende geval de redelijke verwachting mochten hebben dat de kwalitatieve aspecten van de inschrijvingen geen significante invloed op de rangorde van de inschrijvingen zouden hebben. 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 uit elkaar zullen liggen.
- 5.3.11. In Advies 246 heeft de Commissie geadviseerd om bij een aanbesteding van een opdracht voor de uitvoering van bouwkundige en installatietechnische werkzaamheden op basis van een STABU-bestek zekerheidshalve een grenswaarde te hanteren die niet lager is dan 10% dan wel – indien een lagere grenswaarde wordt gehanteerd – in de aankondiging te motiveren waarom (de facto) wordt gekozen voor het criterium van de laagste prijs. In een dergelijk geval mag worden verwacht dat de prijzen meer bij elkaar zullen liggen dan in het geval dat zich voerde in de casus die centraal stond in Advies 33. In de casus van Advies 246 had de aanbestedende dienst bovendien een maximale inschrijfsom gehanteerd. In die zaak oordeelde de Commissie op basis van alle omstandigheden van het geval dat de aanbestedende dienst met een grenswaarde van 7,5% aan de lage kant zat, maar dat niet kon 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.
- 5.3.12. In de onderhavige zaak heeft klager in zijn klacht bij het interne klachtenmeldpunt het volgende aangevoerd:

'Het is een feit dat bij de aanbesteding voor de onderhavige opdracht in 2013 offertes zijn ingediend met de laagst mogelijke inschrijfprijs van de bandbreedte. Die laagste inschrijfprijs beliep daarenboven het bedrag van € 4,50 zijnde ruim 5% lager. Met het oog op het vorenstaande kan niet gerechtvaardigd worden gesteld of aangenomen dat het ontvangen van offertes met een inschrijfprijs van

€ 4,75 een uitzonderlijke situatie zal betreffen, het zal juist eerder een realiteit zijn.'

Kennelijk verwacht klager meerdere inschrijvingen met de laagste prijs. Dit wijst er sterk op dat diverse aanbieders niet veel hoger dan de minimumprijs zullen inschrijven en dan is de bandbreedte waarbinnen de kwaliteit nog een rol kan spelen dus redelijk groot. Net als in Advies 246 is aannemelijk dat er geen grote prijsverschillen zullen zijn bij deze aanbesteding en is er geen reden om af te wijken van de norm van een grenswaarde van minimaal 10% zoals in dat advies aangenomen.

- 5.3.13. De Commissie is alle omstandigheden van dit geval afwegende van oordeel dat met een grenswaarde van 14,8% 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.

6. Advies

De Commissie acht beide klachtonderdelen **ongegrond**.

7. Aanbeveling

De Commissie ziet geen kans tot het doen van een aanbeveling.

Den Haag, 21 april 2016

w.g.:

Mr. J.G.J. Janssen
Voorzitter

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