

# Commissie van Aanbestedingsexperts

## Advies 362

### 1. Feiten

- 1.1. Op 13 mei 2016 heeft beklagde een Europese openbare aanbestedingsprocedure aangekondigd voor een raamovereenkomst met meerdere ondernemingen (zes) voor (grafisch) ontwerp- en vormgevingsdiensten.
- 1.2. In de Offerteaanvraag Grafisch ontwerp (hierna: "Offerteaanvraag") is onder meer het volgende bepaald:

### 6. Gunningsmethode

Wij gunnen de opdracht gunnen de economisch meest voordelige inschrijvingen (EMVI). Bij EMVI wegen, naast prijs, ook andere kwalitatieve subcriteria mee. Aan ieder subcriterium is een weging gekoppeld. Naarmate een subcriterium belangrijker is, weegt deze zwaarder mee en is hieraan een hogere weging gekoppeld. In onderstaande paragrafen werken wij de subcriteria die van toepassing zijn. Eerst geven wij een totaaloverzicht. Daarna werken we ieder subcriterium uit in een korte beschrijving, de beoordeling en de wijze waarop we punten toekennen.

#### 6.1 Totaaloverzicht subcriteria

Criterion	Maximum te behalen punten
Uurtarieven – Total Cost of Ownership	35
Visie op creativiteit & innovatie	30
Feeling [cultuur Beklaagde]	5
Casus*	30

\* We nodigen alleen de best scorende inschrijvers uit om een casus te behandelen. Voor meer informatie zie paragraaf 6.5.

(...)

#### 6.4 Feeling met [cultuur van Beklaagde]

Tijdens een fase waarin zaken worden vormgegeven is persoonlijk contact essentieel. Dit kan inzicht geven in nieuwe ideeën en zorgt ervoor dat het eindresultaat daadwerkelijk past bij dat wat gevraagd wordt. Niets is immers lastiger dan op voorhand op papier aan te moeten geven wat de doelstelling van een opdracht is. De praktijk wijst uit dat het persoonlijke contact in een andere omgeving een extra dimensie brengt. Een andere omgeving zorgt ervoor dat "buiten de structuren" gedacht kan worden. De andere omgeving is in de praktijk veelal het kantoor van de leverancier die de opdracht uitvoert. En niets is dan zo prettig als deze leverancier ook nog eens dezelfde [taal van Beklaagde] spreekt. Snapt en voelt wat er in de stad speelt, met welke doelgroep [Beklaagde] daadwerkelijk te maken heeft én weet wat de invloed van de politiek is op de dagelijkse praktijk van [Beklaagde].

### ***Wat moet u doen?***

U vult bijlage IX Feeling met [cultuur van Beklaagde] in, waarin u aangeeft waar u gevestigd bent. Daarnaast beschrijft u hoe u kunt waarborgen dat u de [taal van Beklaagde] spreekt. De bijlage mag niet meer dan 2A4 zijn.

### ***Hoe gaan wij dit beoordelen?***

Voor dit onderdeel kunt u **maximaal 5 punten** behalen. Bent u in [het gebied van Beklaagde] gevestigd en hebt u aangegeven hoe u waarborgt dat u de [taal van Beklaagde] spreekt? Dan ontvangt u 5 punten. Bent u niet in [het gebied van Beklaagde] gevestigd of hebt u, naar het oordeel van de beoordelingscommissie, niet voldoende aangegeven hoe u de [taal van Beklaagde] spreekt? Dan ontvangt u 0 punten.

## **6.5 Casus – best scorende inschrijvers**

Voor de casus worden alleen de vijftien best scorende inschrijvers uitgenodigd deel te nemen. De best scorende inschrijvers ontvangen digitaal een (voor iedere inschrijver eenzelfde) casus. Binnen een vastgestelde termijn dienen zij op basis van de casus een infographic vorm te geven. Zij sturen deze infographic digitaal naar [e-mailadres Beklaagde].

### ***Hoe bepalen we de best scorende inschrijvers?***

De best scorende Inschrijvers zijn de inschrijvers die op de navolgende onderdelen in totaal de meeste punten hebben behaald: uurtarieven – Total Cost of Ownership, visie op creativiteit & innovatie en vestiging & feeling [cultuur van Beklaagde].

Daarbij geldt:

- Wij nodigen de Inschrijvers uit die op de 1<sup>ste</sup> tot en met de 15<sup>de</sup> plaats eindigen. Eindigen er twee of meer Inschrijvers met een gelijke score op de 1<sup>ste</sup> of navolgende plaats(en)? Dan worden de zestiende, zeventiende, etc. Inschrijvers niet uitgenodigd voor de uitvoering van de casus.
- Als het verschil tussen de best scorende Inschrijvers zo groot is dat op basis van de maximaal te behalen score op de casus het verschil niet meer te overbruggen is, nodigen wij alleen de Inschrijver(s) uit die nog voor gunning in aanmerking kan/kunnen komen.
- Indien er minder dan 15 inschrijvers zijn, worden alle inschrijvers uitgenodigd voor de casus. Tenzij het verschil tussen de best scorende Inschrijvers zo groot is dat op basis van de maximaal te behalen score op de casus het verschil niet meer te overbruggen is.

Wij beperken ons tot het laten deelnemen van de best scorende Inschrijvers om hiermee de (aanbestedings)kosten voor de Inschrijver zo veel mogelijk te beperken.

### ***Hoe gaan we dit beoordelen?***

Voor dit onderdeel kunnen **maximaal 30 punten** behaald worden.

Punten waar wij bij de beoordeling van de casus op gaan letten zijn:

- Sluit de toon en stijl aan bij de doelstelling(en) van de casus?
- Draagt de uitwerking bij aan het behalen van het gewenste doel?
- Brengt de uitwerking de gewenste boodschap over?

Zowel de toon en stijl, als het doel en de boodschap zullen in de casus verder worden uitgewerkt. Het beoordelingsteam kent vervolgens in consensus één oordeel toe aan de casus op basis van onderstaande methodiek. Het oordeel wordt gemoeteerd.

Oordeel	Toelichting
<i>Goed – 30 punten</i>	Naar het oordeel van het beoordelingsteam heeft de Inschrijver een infographic ontworpen welke volledig aansluit bij de toon en stijl zoals gevraagd. Daarnaast is het beoordelingsteam van mening dat ook het doel volledig behaald en dat de gewenste boodschap volledig zal overkomen.
<i>Voldoende – 15 punten</i>	Naar het oordeel van het beoordelingsteam heeft de Inschrijver een infographic ontworpen welke niet geheel aansluit bij de toon en stijl zoals gevraagd. Of het beoordelingsteam twijfelt dat het doel niet volledig zal worden behaald en/of de gewenste boodschap niet volledig zal overkomen.
<i>Onvoldoende – 0 punten</i>	Naar het oordeel van het beoordelingsteam heeft de Inschrijver een infographic ontworpen welke niet aansluit bij de toon en stijl zoals gevraagd. Of het beoordelingsteam is van mening dat het doel niet zal worden behaald en/of de gewenste boodschap niet zal overkomen.'

1.3. In de Nota van Inlichtingen van 13 juni 2016 is, voor zover relevant, het volgende bepaald:

1.3.1. Vraag 12: 'Wat is de relevantie van het hebben van feeling met de [cultuur van Beklaagde] dan wel het spreken van de [taal van Beklaagde] voor de effectiviteit van de communicatie tussen gemeente en haar burgers? Dit is hooguit waar als het gaat om een carnavalsvereniging, niet om een vormgevings- of reclamebureau. Het is juist onze expertise als communicatie-deskundigen dat wij, in ons geval, visuele taal begrijpelijk kunnen maken voor elke doelgroep binnen de Nederlandse cultuur, het land waarbinnen wij werkzaam zijn.'

Antwoord: 'De relevantie van het hebben van feeling met de [Cultuur van Beklaagde] hebben wij getracht te verwoorden in het gunningscriterium. U kunt voor dit onderdeel maximaal 5 punten van de in totaal 100 punten behalen. Als een en ander voor u onduidelijk is geformuleerd, hadden wij van u verwacht dat u daar een vraag over stelt. Wij kunnen uit de door u gestelde vraag niet herleiden wat u nu daadwerkelijk wilt vragen.'

1.3.2. Vraag 15: 'U schrijft hier dat u alleen de (15) best scorende inschrijvers uitnodigt voor het indienen van een casus. De andere slechter scorende inschrijvers vallen af. Bent u het met ons eens dat dit niet gebruikelijk, zelfs niet toegestaan is in een openbare procedure?'

Antwoord: 'De procedure zoals wij hebben uitgeschreven is voor u wellicht ongebruikelijk, maar hij wordt door ons als [Beklaagde] vaker gebruikt. Het is toegestaan om bij een openbare procedure een dergelijke fasering aan te brengen. De reden waarom we de procedure op deze manier opbouwen komt juist voort uit het feit dat wij onvoldoende objectieve, niet-discriminerende selectiecriteria (die gaan over de inschrijver zelf) kunnen formuleren om te komen tot een selectie van inschrijvers. Niet door onkunde, maar door het beperkt aantal mogelijkheden die ons geboden worden deze selectie te kunnen maken.

Onze ervaring van vorige aanbesteding (een niet openbare aanbesteding een tijdrovende, niet proportionele, procedure is (voor inschrijvers én de aanbestedende) en uiteindelijk niet tot het gewenste selectieresultaat leidt. Aspecten waar bij de selectiefase op beoordeeld worden zijn veelal referenties. Een criterium waar veel discussie over kan ontstaan en wat zeer lastig is om objectief en transparant te beoordelen. Andere criteria, zoals financiële draagkracht en/of certificeringen, achten wij voor de onderhavige opdracht niet proportioneel.

Wij vinden juist dat de kwaliteit van dienstverlening (grafisch ontwerp) het onderscheidende vermogen is van een inschrijver. En dat vertaalt zich door in de gunningscriteria, aangezien dit over de uitvoering van de opdracht gaat.'

- 1.3.3. Vraag 24: 'Gegadigden gaat ervan uit dat wanneer hij niet in [het gebied van Beklaagde] gevestigd is, nog steeds 5 punten kan behalen door aan te tonen dat hij de '[taal van Beklaagde]'' vloeiend spreekt. Kunt u dat bevestigen?'

Antwoord: 'Dit is correct.'

- 1.3.4. Vraag 25: 'U vraagt Gegadigden op te geven waar zij gevestigd zijn. Dit gegeven, in relatie tot de feeling die Gegadigden dienen te hebben met de [cultuur van Beklaagde], doet vermoeden dat een Opdrachtnemer die gevestigd is in [het gebied van Beklaagde] hoger op dit onderdeel scoort dan een Gegadigde die niet gevestigd is in [het gebied van Beklaagde]. Hoe gaat u voorkomen dat u [ondernemers uit het gebied van Beklaagde] voortrekt in de beoordeling van dit onderdeel, aangezien dit in strijd is met de Aanbestedingswet 2012 (op basis van het grondbeginsel non-discriminatie)? Gezien het door u gestelde in paragraaf 7.4 op pagina 24 ziet Gegadigde zich genoodzaakt u hierop te attenderen.'

Antwoord: 'Uw constatering is niet correct. Een inschrijver kan 5 of 0 punten behalen. Zie ook het antwoord op vraag 24.'

- 1.3.5. Vraag 53: 'Onder paragraaf 6.4 in het aanbestedingsdocument staat: Hoe gaan wij dit beoordelen?'

Voor dit onderdeel kunt u maximaal 5 punten behalen. Bent u in [het gebied van Beklaagde] gevestigd en hebt u aangegeven hoe u waarborgt dat u de [taal van Beklaagde] spreekt? Dan ontvangt u 5 punten. Bent u niet in [het gebied van Beklaagde] gevestigd of hebt u, naar het oordeel van de beoordelingscommissie, niet voldoende aangegeven hoe u de [taal van Beklaagde] spreekt? Dan ontvangt u 0 punten.

Vraag: Maken bedrijven die buiten [het gebied van Beklaagde] gevestigd zijn wel kans op een contract?'

Antwoord: 'Ja. Zie het antwoord op vraag 24 en 25.'

- 1.3.6. Vraag 54: 'Onder paragraaf 6.4 in het aanbestedingsdocument staat: Hoe gaan wij dit beoordelen?'

Voor dit onderdeel kunt u maximaal 5 punten behalen. Bent u in [het gebied van Beklaagde] gevestigd en hebt u aangegeven hoe u waarborgt dat u de [taal van Beklaagde] spreekt? Dan ontvangt u 5 punten. Bent u niet in [het gebied van Beklaagde] gevestigd of hebt u, naar het oordeel van de beoordelingscommissie, niet voldoende aangegeven hoe u de [taal van Beklaagde] spreekt? Dan ontvangt u 0 punten.

Vraag: Betekent dit dat indien je NIET in [het gebied van Beklaagde] gevestigd bent, maar wél de [taal van Beklaagde] spreekt ook geen punten krijgt?'

Antwoord: 'Nee. Zie het antwoord op vraag 24 en 25.'

- 1.3.7. Vraag 56: 'Voor de helderheid: wanneer wij voldoen aan de 5 kerncompetenties worden wij op de stapel gelegd waarbij u op subcriteria (6.1) gaat beoordelen. De hoogst scorende bureau's mogen daarna vervolgens de casus invullen. Is dit correct?'

Antwoord: 'Nee, wanneer u voldoet aan de selectiecriteria (waar kerncompetenties een onderdeel van zijn) gaat u mee in de verdere procedure. De onderdelen 6.2, 6.3 en 6.4 worden dan eerst inhoudelijk beoordeeld. Vervolgens maken we

een rangorde van alle inschrijvers. De 15 best scorende inschrijvers worden uitgenodigd voor het uitwerken van de casus. Van die partijen worden vervolgens de zes best scorende partijen (de punten van alle subgunningscriteria tezamen) gecontracteerd.'

1.3.8. Vraag 57: '4 U geeft aan dat u in de uitvoering van de projecten binnen het contract een aantal zaken essentieel vindt. Wij noemen ze hier kort:

- persoonlijk contact
- een andere locatie/omgeving. (=kantoor opdrachtgever)
- snappen en voelen wat er in de stad speelt, en politieke invloed.

Dit is niet anders dan bij iedere andere gemeentelijke opdrachtgever en daarmee kunnen wij indien wij een andere gemeentelijke opdrachtgever opvoeren. Het is vanuit uw oogpunt logisch dat u deze eisen stelt want een bureau met ervaring kan inzichten en expertise sneller toepassen.

Echter: daarna koppelt u de "[Cultuur van Beklaagde]" aan vestiging in [het gebied van Beklaagde] en daarmee verdient je 5 punten. Wanneer wij niet in [het gebied van Beklaagde] zijn gevestigd krijgen wij 0 punten. Daarmee sluit u ieder niet in [het gebied van Beklaagde] gevestigd bureau uit of in ieder geval op achterstand. In het kader van de gids proportionaliteit: kunt u deze eis laten vervallen?'

Antwoord: 'Uw constatering is niet correct dat u 0 punten krijgt indien u niet in [het gebied van Beklaagde] gevestigd bent. Zie het antwoord op vraag 24 en 25.'

1.3.9. Vraag 58: 'De "[cultuur van Beklaagde]" weegt mee in de totaal weging. Dit is strijdig met de referentie-eisen zoals de richtlijnen die in de Gids Proportionaliteit zijn vermeld en daarmee vragen wij u deze eis te laten vervallen. Indien u dit wel kunt weerleggen kunt u dan aangeven op basis van welke toegestane gunningscriteria.'

Antwoord: 'Uw constatering is niet correct. Vestiging van de inschrijver is niet het enige criterium op basis waarvan de beoordeling plaatsvindt. Zie ook het antwoord op vraag 24 en 25.'

1.3.10. Vraag 59: 'Er zijn 2 A4 tekst beschikbaar voor het beschrijven van de [cultuur van Beklaagde]. Kunt u puntsgewijs aangeven wat u van ons verwacht te beschrijven, ofwel welke onderdelen moeten minimaal beschreven worden?'

Antwoord: 'U geeft in dit geval in de beschrijving aan waar u gevestigd bent en u beschrijft hoe u kunt waarborgen dat u de [taal van Beklaagde] spreekt. Het is niet verplicht om 2A4 te gebruiken. Uw beschrijving is maximaal 2A4.'

1.3.11. Vraag 60: 'U heeft het over de [cultuur van Beklaagde]: kunt u exact uitleggen wat u daaronder verstaat?'

Antwoord: 'In paragraaf 6.4 wordt aangeduid wat hier mee bedoeld wordt: Inschrijver 'Snapt en voelt wat er in de stad speelt, met welke doelgroep [Beklaagde] daadwerkelijk te maken heeft én weet wat de invloed van de politiek is op de dagelijkse praktijk van [Beklaagde]'. Ook hebben we het dan over de informele [uit de provincie van Beklaagde] bourgondische maar beslist ook zakelijke mentaliteit waarbinnen het leven, werken en genieten zich in deze stad afspeelt.'

1.3.12. Vraag 94: 'Feeling [Cultuur van Beklaagde]. U vraagt naar de vestigingsplaats. Als onze vestigingsplaats niet [in het gebied van Beklaagde] kunnen we hier dan toch het maximale aantal punten behalen? Maakt u onderscheid in a. hoofdvestiging of b. de vestiging van waar uit de klant wordt bedient?'

Antwoord: 'Indien u zowel een hoofdvestiging als een vestiging van waaruit de klant wordt bedient, dient u dit op te nemen in de beschrijving. Zie verder het antwoord op vraag 24 en 25.'

## **2. Beschrijving klacht**

### 2.1. Klachtonderdeel 1

Het gunningscriterium 'Feeling met de [cultuur van beklagde]' is in strijd met het non-discriminatiebeginsel.

### 2.2. Klachtonderdeel 2

Ten onrechte worden slechts de 15 op de eerste drie gunningscriteria best scorende inschrijvers toegelaten tot deelname aan de casus die het vierde gunningscriterium vormt.

## **3. Onderbouwing klacht**

### 3.1. Klachtonderdeel 1

3.1.1. Het gunningscriterium 'feeling met de [cultuur van beklagde]' is discriminerend ten opzichte van gegadigden die niet in het gebied van beklagde wonen of werken en/of op een andere wijze vertrouwd zijn geraakt met de cultuur van beklagde. Dit leidt volgens klager tot het op voorhand uitsluiten van een groot aantal potentiële gegadigden.

3.1.2. Klager merkt op dat beklagde zichzelf tegenspreekt in paragraaf 6.4 van de Offerteaanvraag. Beklagde wenst "buiten de structuren" (wat dat ook mag zijn) te kunnen denken door met de dienstverlener in zijn andere omgeving te kunnen spreken en zodoende een opdracht te kunnen formuleren (met een andere omgeving bedoelt beklagde het kantoor van de dienstverlener van de grafische opdracht), maar het is dan wel prettig als die dienstverlener de taal van beklagde spreekt. Daarmee bedoelt beklagde dat de opdrachtnemer snapt en voelt wat er in het gebied van beklagde speelt en met welke doelgroep beklagde te maken heeft, en wat de invloed van de politiek is op de dagelijkse praktijk van beklagde. Klager meent overigens dat indien beklagde echt "buiten de structuren" wil kunnen denken, zij juist niet bij een in het gebied van beklagde gevestigd bureau moet zijn.

3.1.3. Klager is er van overtuigd – en beklagde blijkbaar niet – dat zij als ervaren grafisch ontwerpbureau met vestigingsplaats [X] zich uitstekend zal kunnen inleven in de doelgroepen van elke gemeente zowel in Nederland als daarbuiten.

3.1.4. Klager stelt voor het gunningscriterium te wijzigen in: bekendheid met de "Umfelt" (omgeving en/of werkveld) en burgers als doelgroep van lagere (semi-)overheden en/of publieke instellingen. Dit ter onderscheiding van de andere meest voorkomende doelgroep: consumenten.

### 3.2. Klachtonderdeel 2

3.2.1. Klager wijst er op dat beklagde de best scorende inschrijvers kiest op basis van de eerste drie gunningscriteria terwijl er vier gunningscriteria worden gehanteerd. De best scorende inschrijvers worden uitgenodigd om aan de hand van een casus het vierde gunningscriterium uit te werken. Klager stelt dat beklagde

bij een dergelijke handelswijze de niet-openbare aanbestedingsprocedure dient te volgen. Volgens klager zouden in onderhavige aanbestedingsprocedure alle geschikte inschrijvers in de gelegenheid gesteld moeten worden de casus uit te werken en kan beklagde daarna de opdracht gunnen aan de best scorende inschrijvers.

- 3.2.2. In dat kader voert klager aan dat het vierde gunningscriterium wat haar betreft het meest onderscheidende van alle vier de gunningscriteria is. Ervaring met ontwerpen voor burgers (kerncompetentie 1 en gunningscriterium 3) hebben vele grafische bureaus en dit geldt eveneens voor een visie op creativiteit en innovatie (gunningscriterium 2). Ook de uurtarieven lopen voor soortgelijke bureaus c.q. creatieve functies niet wezenlijk uiteen (gunningscriterium 1). Bovendien bepaalt beklagde de boven- en onderkant van de uurtarieven. Klager is van mening dat de 'knip' die de gemeente maakt op basis van de eerste drie gunningscriteria niet alleen niet nodig is, maar dat deze 'knip' het wezenlijke probleem van moeten kiezen tussen min of meer gelijkwaardige gegadigden er ook niet 'makkelijker' op maakt.

#### **4. Reactie beklagde**

##### **4.1. Klachtonderdeel 1**

- 4.1.1. Dat het gunningscriterium 'feeling met de cultuur van beklagde' discriminatoir zou zijn, wordt volgens beklagde zowel in de Offerteaanvraag als in de Nota van Inlichtingen van 13 juni 2016 ontkracht. In de Offerteaanvraag is het belang van het criterium als volgt weergegeven:

'En niets is dan zo prettig als deze leverancier ook nog eens dezelfde [taal van Beklaagde] spreekt. Snapt en voelt wat er in de stad speelt, met welke doelgroep [Beklaagde] daadwerkelijk te maken heeft én weet wat de invloed van de politiek is op de dagelijkse praktijk van [Beklaagde].'

- 4.1.2. Omdat de dienstverlening gericht is op communicatie over de (activiteiten van) beklagde tussen een zender en ontvanger is het volgens beklagde essentieel dat deze elkaar goed begrijpen en dus dezelfde taal spreken.

- 4.1.3. In de Offerteaanvraag is als volgt aangegeven hoe punten kunnen worden gescoord:

'Bent u in [het gebied van Beklaagde] gevestigd en hebt u aangegeven hoe u waarborgt dat u de [taal van Beklaagde] spreekt? Dan ontvangt u 5 punten. Bent u niet in [het gebied van Beklaagde] gevestigd of hebt u, naar het oordeel van de beoordelingscommissie, niet voldoende aangegeven hoe u de [taal van Beklaagde] spreekt? Dan ontvangt u 0 punten.'

- 4.1.4. In de Nota van Inlichtingen zijn over dit onderdeel meerdere vragen gesteld, onder andere over de toekenning van punten indien een inschrijver niet in het gebied van beklagde gevestigd was (zie vraag 24 in 1.3.3 hiervoor). Uit de beantwoording van deze vraag blijkt dat de puntentoeckenning zoals beschreven in de Offerteaanvraag wordt toegepast. Het is dus niet zo dat enkel inschrijvers die zijn gevestigd in het gebied van beklagde 5 punten toegekend krijgen. De beoordelingscommissie beoordeelt de motivatie die door de inschrijver is ingediend en geeft dan een eindoordeel (0 of 5 punten).

- 4.1.5. Beklaagde wijst er ten slotte op dat het een gunningscriterium betreft en dat er dus geen sprake is van uitsluiting van inschrijvers. Indien, naar het oordeel van

de beoordelingscommissie, onvoldoende is aangegeven hoe de inschrijver de taal van beklagde spreekt zal de betreffende inschrijver 0 punten behalen voor het onderdeel. Aangezien dit onderdeel slechts voor 5 punten meeweegt hebben inschrijvers naar de mening van beklagde nog kansen te over om door middel van de andere criteria punten te behalen.

#### 4.2. Klachtonderdeel 2

- 4.2.1. Beklaagde geeft aan de keuze voor een openbare procedure weloverwogen te hebben gemaakt. Zij heeft hierbij niet enkel rekening gehouden met het aantal mogelijke inschrijvers, maar vooral ook met de kansen voor MKB-bedrijven en/of startende ondernemingen en de kwaliteit van dienstverlening. Proportionaliteit is hierbij de belangrijkste overweging geweest. Beklaagde geeft aan dat het in dit geval om creaties gaat welke op maat worden gemaakt voor opdrachtgevers. Beklaagde vond het onterecht gegadigden op voorhand uit te sluiten door strenge geschiktheidseisen en onnodige selectiecriteria te hanteren, welke naar het oordeel van beklagde in dit geval niet bijdragen aan de kwaliteit van dienstverlening. Beklaagde heeft een aanbesteding willen houden die voor iedereen toegankelijk is, ongeacht ervaringen van voorgaande jaren. Desalniettemin wilde beklagde slechts zaken doen met partijen die aan een bepaald minimum (geschiktheid) zouden voldoen.
- 4.2.2. Na beraad heeft beklagde er voor gekozen geen voorselectie te doen van gegadigden, omdat dit enkel kan op geschiktheid en bekwaamheid van de gegadigden (en niet op de kwaliteit van dienstverlening). Beklaagde is in dit geval van mening dat inschrijvers dienen te voldoen aan een minimum geschiktheid (de minimale geschiktheidseisen zoals gesteld in de offerteaanvraag) en dat zij middels andere criteria (gunningscriteria) dienen aan te tonen wat de kwaliteit van dienstverlening betreft.

### **5. Beoordeling**

- 5.1. De Commissie stelt vast dat beklagde – hoewel zij in de aankondiging per abuis heeft vermeld dat sprake zou zijn van een overheidsopdracht en zij in de Offerteaanvraag het begrip raamovereenkomst niet gebruikt – op 13 mei 2016 een Europese openbare aanbestedingsprocedure heeft aangekondigd voor een raamovereenkomst met zes ondernemingen voor (grafisch) ontwerp- en vormgevingsdiensten. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Richtlijn 2014/24/EU, Delen 1 en 2 van de ten tijde van aankondiging van de raamovereenkomst geldende Aw 2012 waarin Richtlijn 2014/24/EU nog niet was geïmplementeerd en de Gids Proportionaliteit.

#### 5.2. Klachtonderdeel 1

- 5.2.1. Klager stelt dat het gunningscriterium 'feeling met de cultuur van beklagde' in strijd is met het non-discriminatiebeginsel. Alvorens tot behandeling van dit klachtonderdeel over te gaan, overweegt de Commissie het volgende.
- 5.2.2. Om dit klachtonderdeel goed te kunnen beoordelen, zal de Commissie eerst de vraag moeten beantwoorden of beklagde in paragraaf 6.1 van de Offerteaanvraag objectief en eenduidig heeft voorzien in een beoordeling van de inschrijvingen op het gunningscriterium 'feeling met de cultuur van beklagde'. Bij de beantwoording van die vraag geldt als toetsingsmaatstaf hetgeen het Hof van Justitie EG heeft overwogen in het arrest SIAC Construction (HvJ EG 18 oktober 2001, C-19/00), hetgeen betekent dat het gunningscriterium 'feeling met de cultuur van beklagde' en de wijze waarop de inschrijvingen op dat criterium zullen wor-



den beoordeeld zodanig in de Offerteaanvraag moet zijn geformuleerd, dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers in staat zijn dit criterium op dezelfde wijze te interpreteren.

- 5.2.3. In het veronderstelde geval dat beklaagde met het gunningscriterium 'feeling met de cultuur van beklaagde' niet in een beoordeling van de inschrijvingen heeft voorzien zoals hiervoor bedoeld, 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 beklaagde ieder risico van favoritisme en willekeur heeft uitgebannen en het klachtonderdeel gegrond oordelen.
- 5.2.4. De Commissie beantwoordt de in 5.2.2 bedoelde vraag als volgt. 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 naar het oordeel van de Commissie het volgende worden vastgesteld (zie 1.2 hiervoor). Indien een inschrijver in het gebied van beklaagde is gevestigd én heeft aangegeven te waarborgen de taal van beklaagde te spreken, ontvangt hij het maximum aantal van 5 punten voor het gunningscriterium 'feeling met de cultuur van beklaagde'. Indien een inschrijver niet in het gebied van beklaagde is gevestigd óf naar het oordeel van de beoordelingscommissie van beklaagde onvoldoende heeft aangegeven de taal van beklaagde te spreken, ontvangt hij 0 punten voor het gunningscriterium. Dit betekent dat 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.
- 5.2.5. Naar aanleiding van de vele vragen van potentiële inschrijvers heeft beklaagde in de Nota van Inlichtingen van 13 juni 2016 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 (antwoorden op vragen 24, 25, 53, 54, 57, 58 en 94, zie 1.3.3-1.3.7, 1.3.9 en 1.3.12 hiervoor). Daarmee heeft beklaagde naar het oordeel van de Commissie allereerst de beoordelingssystematiek gewijzigd ten opzichte van de systematiek zoals zij die bekend heeft gemaakt in de Offerteaanvraag (zie 5.2.4 hiervoor). 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.
- 5.2.6. Tevens is – ook wanneer wordt afgezien van de door beklaagde in de Nota van Inlichtingen gegeven antwoorden – niet helder of de beoordelingscommissie gaat beoordelen of een inschrijver heeft aangetoond voldoende te waarborgen de taal van beklaagde te spreken (daarbij gaat het dus om de uitvoering van de onder de raamovereenkomst vallende diensten) of dat een inschrijver voldoende heeft aangetoond de taal van beklaagde te spreken op het moment van beoordeling van de inschrijvingen.
- 5.2.7. De Commissie is op grond van het voorgaande van oordeel dat beklaagde in paragraaf 6.1 van 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 transparantieverplichting zoals bedoeld in art. 1.9 Aw 2012 en dat het klachtonderdeel gegrond is (zie 5.2.3 hiervoor).

- 5.2.8. De Commissie overweegt ten overvloede nog het volgende.
- 5.2.9. 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 HvJ EU mogen aspecten die zien op de geschiktheid van een inschrijver echter niet worden meegenomen bij de beoordeling van de inschrijvingen op gunningscriteria (zie onder meer HvJ EG 24 januari 2008, C-532/06 (Lianakis) en Advies 138, overweging 5.4.5).
- 5.2.10. Op grond van het arrest Ambisig van het HvJ EU (15 maart 2015, C-601/13) mag bij het plaatsen van een opdracht voor intellectuele diensten onder toepasselijkheid van Richtlijn 2004/18/EG weliswaar de kwaliteit van de teams die de inschrijvers specifiek hebben voorgesteld voor de uitvoering van de opdracht bij de gunning een rol spelen, maar dit geldt naar het oordeel van de Commissie niet voor het subcriterium 'plaats van vestiging'. Dit subcriterium is onvoldoende gericht op de uitvoering van de opdracht. Ook valt dit criterium niet te brengen onder het criterium 'de organisatie, de kwalificatie en de ervaring van het personeel voor de uitvoering van de opdracht, wanneer de kwaliteit van dat personeel een aanzienlijke invloed kan hebben op het niveau van de uitvoering van de opdracht' van artikel 67, lid 2, sub b, Richtlijn 2014/24/EU, dat overigens ten tijde van de aankondiging van de onderhavige raamovereenkomst nog niet in Nederland was geïmplementeerd.
- 5.2.11. De Commissie vraagt zich bovendien af of het subcriterium van het spreken van de taal van beklaagde (5.2.6 hiervoor) – als onderdeel van het gunningscriterium 'feeling met de cultuur van beklaagde' – niet op dezelfde wijze kan worden geïmplementeerd als hiervoor in 5.2.8 en 5.2.9 is gedaan ten aanzien van het subcriterium 'plaats van vestiging'. Aangezien dit klachtonderdeel reeds op andere gronden gegrond is (zie 5.2.4-5.2.7), werkt de Commissie dit niet verder uit.
- 5.2.12. De Commissie wijst voorts nog op het volgende. Op basis van artikel 1.10, leden 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 (vergelijk HvJ EG 4 december 2003, C-448/01 (EVN en Wienstrom)). 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.
- 5.2.13. 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 daardoor – nog afgezien van de kanttekeningen die in 5.2.4-5.2.7 bij deze criteria zijn geplaatst – 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.
- 5.2.14. Ten slotte heeft klager met recht aangevoerd dat het subcriterium van de vestigingsplaats (verkapt) discriminatoir is (vergelijk HvJ EU 27 oktober 2005, C-234/03 (Contse) en Advies 351 voor wat betreft de beoordeling van klachtonder-

deel 1 in dat advies). Het is de Commissie niet gebleken dat het hanteren van dit subcriterium wordt gerechtvaardigd door redenen van algemeen belang.

5.2.15. Klachtonderdeel 1 is daarmee gegrond.

### 5.3. Klachtonderdeel 2

- 5.3.1. De Commissie stelt vast dat beklagde heeft gekozen voor toepassing van een Europese openbare procedure waarbij alleen de 15 op de eerste drie gunningscriteria best scorende inschrijvers worden toegelaten tot deelname aan de casus die het vierde gunningscriterium vormt. De Commissie is van oordeel dat beklagde in beginsel kon kiezen voor toepassing van een Europese openbare procedure die voorziet in een gefaseerde inschrijvings- en gunningssystematiek, behoudens het volgende.
- 5.3.2. Uit hoofdstuk 6 van de Offerteaanvraag blijkt dat beklagde als gunningscriterium heeft gekozen voor het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving (zie 1.2 hiervoor).
- 5.3.3. Zoals de Commissie heeft overwogen in haar gecombineerde Advies 83/84 (zie overweging 6.1.6) en Advies 333 (overweging 5.3) moet een aanbestedende dienst, wanneer hij kiest voor de toepassing van het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving, in dat kader voor een gunningssystematiek kiezen die hem in staat stelt na te gaan welke inschrijving de beste prijs/kwaliteitverhouding biedt. Door dat te doen, handelt hij bovendien in overeenstemming met art. 1.4 lid 2 Aw 2012 en draagt hij zorg voor het leveren van zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen (zie Memorie van Antwoord, 1 juni 2012, Kamerstukken I 2011/2012, 32 440, C p. 9 – 10 en Vzr. Rb. Noord-Nederland 25 oktober 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:7100, r.o. 4.3).
- 5.3.4. De Commissie stelt vast dat het beoordelingsmodel van de gunningscriteria uit de onderstaande, na elkaar toe te passen, beslisregels bestaat (zie opnieuw hoofdstuk 6 van de Offerteaanvraag in 1.2 hiervoor):
- alle inschrijvingen worden beoordeeld aan de hand van gunningscriteria 1 (uurtarieven - TCO), 2 (visie op creativiteit & innovatie) en 3 (feeling met de cultuur van beklagde);
  - de indieners van de 15 inschrijvingen met de hoogste scores voor gunningscriteria 1 t/m 3 worden toegelaten tot deelname aan de casus (gunningscriterium 4), waarvoor 30 van de in totaal 100 punten te behalen zijn;
  - van deze 15 inschrijvers komen de indieners van de zes inschrijvingen met de hoogste scores voor gunningscriteria 1 t/m 4 als best scorende inschrijvers uit de bus.
- 5.3.5. De Commissie heeft aan de hand van een model verschillende mogelijkheden doorgerekend en geconstateerd dat het met deze gunningssystematiek goed mogelijk is dat op basis van de beoordeling van de gunningscriteria 1 tot en met 3 inschrijvers afvallen die tot de zes best scorende inschrijvers zouden behoren indien zij ook zouden zijn toegelaten tot deelname aan de casus (gunningscriterium 4). Met deze gunningssystematiek is dus niet gezegd dat de zes inschrijvers met de beste prijs/kwaliteitverhouding een raamovereenkomst gegund krijgen en dat beklagde zorgdraagt voor het leveren van zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen. De Commissie is van oordeel dat beklagde daarmee handelt in strijd met haar in 5.3.3 hiervoor genoemde verplichting. Het hanteren van een gefaseerde inschrijvings- en gunningssystematiek zoals beklagde 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.

- 5.3.6. De Commissie overweegt in aanvulling op het voorgaande nog het volgende. Het Hof van Justitie EG heeft in het arrest EVN en Wienstrom (HvJ EG 4 december 2003, C-448/01, r.o. 39) het volgende overwogen met betrekking tot de gewichten van de gunningscriteria (zie ook Advies 286, overweging 5.2.3):

‘Hieruit volgt dat de aanbestedende diensten met inachtneming van de voorschriften van gemeenschapsrecht niet alleen de gunningscriteria van de opdracht kunnen kiezen, maar ook de weging daartussen kunnen vaststellen, op voorwaarde dat het mogelijk is de gehanteerde criteria op synthetische wijze te beoordelen ter bepaling van de economisch voordeligste aanbieding [*onderstreping Commissie*].’

- 5.3.7. De Commissie overweegt verder dat het door beklagde 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 (zie ook Advies 286, overweging 5.2.7). In het door beklagde 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 beklagde gehanteerde beoordelingsmodel is derhalve ook in strijd met de in 5.3.6 aangehaalde jurisprudentie van het Hof van Justitie EU.

- 5.3.8. Klachtonderdeel 2 is daarmee ook gegrond.

## 6. Advies

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

## 7. Aanbeveling

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

Den Haag, 26 juli 2016

w.g.:

Mr. J.G.J. Janssen  
Voorzitter

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

Mr. Drs. T.H. Chen  
Commissielid