

# Commissie van Aanbestedingsexperts

## Advies 311

### 1. Feiten

1.1. Beklaagde, een gemeente, heeft in 2015 een niet-openbare aanbestedingsprocedure aangekondigd voor een overheidsopdracht voor de levering van een (ICT-) oplossing op het gebied van een volledige midofficesuite (DMS, zakensysteem, broker, gegevensmagazijn en klantcontactstelsel).

1.2. In paragraaf 4.1 ("Uitnodiging") van het Programma van eisen midoffice, fase 2 (hierna: "Programma van eisen"), is het volgende bepaald:

'Door middel van een niet-openbare aanbesteding nodigt [Beklaagde] u uit zich te kwalificeren om een offerte uit te brengen voor de levering, implementatie, training en beheer & onderhoud van een midoffice oplossing. (...)

De opdrachtgever volgt, gelet op de aard en de omvang van de opdracht, het Inkoop- en aanbestedingsbeleid van [Beklaagde] en volgt de Nationale aanbestedingsprocedure conform deel 2 van de Aanbestedingswet 2012 (AW2012). De door [Beklaagde] gehanteerde uitsluitingsgronden en selectiecriteria en de daaraan verbonden wegingen worden in hoofdstuk 5 uiteen gezet. De uiteindelijke opdracht in deze fase 2 wordt verstrekt op basis van EMVI.'

1.3. In paragraaf 2.2 ("Uitgangspunten bij de selectie") van het Programma van eisen is het volgende bepaald:

'De visie en uitgangspunten over de midoffice moet tot uiting komen in de oplossingen die de leverancier biedt. Concreet, de leverancier moet volwaardige oplossingen kunnen bieden voor zowel de onderdelen als het gehele midoffice systeem.

[Beklaagde] heeft een aantal uitgangspunten geformuleerd bij de selectie van de midoffice.

1) [Beklaagde] zoekt een ICT-oplossing op het gebied van een volledige midofficesuite, inclusief een DMS.

2) [Beklaagde] wil de volledige software van de midofficesuite laten hosten door de leverancier.

3) De te kiezen oplossing sluit aan bij de doelstellingen van de gemeente op het gebied van dienstverlening en bedrijfsvoering, en voldoet aan wet- en regelgeving;

- [Beklaagde] heeft de GEMMA architectuur onderschreven als doelstelling voor het in samenhang realiseren van hun informatievoorziening; [Beklaagde] wil door de inzet van de te kiezen oplossing beter presteren op het gebied van dienstverlening, bedrijfsvoering en bewijsvoering;

- Het systeem voldoet aan de wetgeving voor digitale duurzaamheid, de archiefwet, Archiefregeling 2009, record management en verwerkt de ontwikkeling in de wetgeving in zijn releasebeleid;

4) Alleen bewezen standaardproducten van gedegen leveranciers komen in aanmerking; maatwerk-oplossingen worden bij voorbaat uitgesloten;  
- De GEMMA architectuur en daarbij horende landelijke standaarden zijn leidend; een oplossing moet aan de eisen die hieraan verbonden zijn voldoen;  
- De gegevensmodellen voor zaaktypen, zaakgegevens en basisobjectgegevens worden gebruikt.  
- Het systeem is 'open', dat wil zeggen dat koppelingen en integratiemogelijkheden gebaseerd zijn op bestaande en toekomstige mogelijkheden.'

1.4. In paragraaf 4.6 ("Beoordelingsprocedure") van het Programma van eisen is het volgende bepaald:

'Ook in fase 2 hanteert [Beklaagde] een aantal objectieve, niet discriminerende gunningcriteria. Per criterium zal de kerngroep een beoordeling toekennen op de schaal van 10 punten. Hieruit volgt wederom per inschrijver een score op een schaal van 100 punten. Deze score wordt per inschrijver getoetst aan zijn prijsopgave en daaruit volgt een rangorde op basis van EMVI.

Omdat de beoordeling van de antwoorden uiteindelijk de doorslag zal geven voor wat betreft de gunning, is het van het grootste belang dat de gegadigde ten aanzien van elke gestelde vraag een zo duidelijk mogelijk antwoord geeft. Het is leden van de kerngroep niet toegestaan navraag te doen bij gegadigden naar opgegeven informatie. Daarom wordt u aangeraden uw antwoorden zo uitvoerig mogelijk te omschrijven en gebruik te maken van het maximaal aantal woorden dat per antwoord mag worden gebruikt.

De gunningcriteria hebben betrekking op de volgende elementen (zie hoofdstuk 5):

1. Document Management Systeem
2. Zaaksysteem
3. Broker
4. Gegevensmagazijn
5. Klantcontactstelsel
6. Algemene vragen en strategisch partnerschap
7. Servicesregister
8. Implementatie
9. Infrastructuur
10. Beheer & onderhoud
11. Proof of Concept

De criteria worden op verschillende wijze beoordeeld.

**Ja/nee vragen:** Hierbij kan een inschrijver voldoen of niet. Aan een 'nee' kan eventueel nog een knock-out (uitsluiting) gekoppeld zijn.

**Waarde vragen:** Bij deze vragen dienen inschrijvers een antwoord te geven via een beschrijvend document. Deze antwoorden worden door de kerngroep beoordeeld door middel van punten.

Uit de beoordeling van de elementen 1 t/m 10 volgt een rangorde hoe de gegadigde score op een schaal van 1000 punten (waarbij 1000 punten een optimale score is). De drie best scorende gegadigden zullen worden uitgenodigd om deel te nemen aan de Proof of Concept.

In hoofdstuk 5 wordt per criterium aangegeven hoe deze wordt beoordeeld en hoeveel punten er kunnen worden behaald. Tevens wordt per criterium het aantal punten weergegeven. De uiteindelijke score uit de Proof of Concept wordt toege-

voegd aan de score uit hoofdcriteria 1 t/m 10. Samen vormen de criteria 1 t/m 10 en de POC het onderdeel 'kwaliteit'. Deze totaalscore wordt per gegadigde getoetst aan zijn prijsopgave en daaruit volgt een rangorde op basis van economisch meest gunstige aanbieding. Daarbij weegt kwaliteit voor 60% en prijs voor 40% mee.

In de prijsopgave willen wij graag de onderdelen gespecificeerd hebben en dus per onderdeel een prijs. Uiteindelijk rekenen wij alles terug naar een TCO over 4 jaar.'

- 1.5. In paragraaf 5.1 ("Document Management Systeem") van het Programma van eisen is het volgende bepaald:

<b>\Gunningcriteria - Document Management Systeem</b>				
		<b>KO</b>	<b>Methode</b>	<b>Totaal punten</b>
6.1	Beschrijf het document management systeem in uw oplossing. Ga daarbij in op de wijze van opslag en de mogelijkheden voor metadatering. Max. 1000 woorden.	Nee	Waarde	16 punten
6.2	Beschrijf welke koppelingen u levert die bij andere gemeenten naar behoren werken. Documenten dienen vanuit de vakapplicaties raadpleegbaar te zijn. Max. 500 woorden.	Nee	Waarde	10 punten
6.3	Ondersteunt uw applicatie de conversie vanuit IRS4All/zaaksysteem en Key2documenten/ DMS van Centric? Kunt u gemeenten benoemen waar dit succesvol is verlopen?	Nee	Waarde	10 punten
6.4	Kent het DMS beperkingen ten aanzien van het aantal gelijktijdige gebruikers, aantal te beheren documenten, of andere beperkingen? Graag uw toelichting hierop.	Nee	Waarde	10 punten
6.5	Geef aan welke mogelijkheden uw applicatie biedt met betrekking tot beheer en versiebeheer. Max. 500 woorden.	Nee	Waarde	7 punten
6.6	Geef aan welke mogelijkheden uw applicatie biedt met betrekking tot raadplegen en zoeken. Max. 500 woorden.	Nee	Waarde	10 punten
6.7	Hoe is het DSP ingeregeld in het DMS? Welke DSP wordt er ondersteund?	Nee	Waarde	7 punten
6.8	Worden de mutaties in het DSP ook direct doorgevoerd in het DMS?	Nee	Waarde	7 punten'

- 1.6. In paragraaf 5.2 van het Programma van eisen ("Zaaksysteem"), is het volgende bepaald:

<b>Gunningcriteria - Zaaksysteem</b>				
		<b>KO</b>	<b>Methode</b>	<b>Totaal punten</b>
7.1	Beschikt uw zaaksysteem/DMS over een certificering o.b.v. NEN 2082 of denkt u deze binnenkort te behalen (en in dat laatste geval wanneer)? Licht uw antwoord zo mogelijk toe met bijlagen. Kunt u dit certificaat overleggen?	Nee	Waarde	6 punten
7.2	Beschrijf de behandeling van een zaak van begin tot einde in stappen qua functionaliteit. Max. 1000 woorden.	Nee	Waarde	10 punten
7.3	Beschrijf de resultaten die u hebt geboekt met het implementeren van een zaaksysteem. Max 500 woorden.	Nee	Waarde	5 punten
7.4	Kan in het zaaksysteem de standaardprocessen van I-navigator worden ingelezen en hoe is dit geregeld?	Nee	Waarde	5 punten
7.5	Worden mutaties vanuit de I-navigator direct doorgevoerd in het zaaksysteem?	Nee	Waarde	3 punten
7.6	Wij willen in staat zijn zelf processen te modelleren in het zaaksysteem. Is dit mogelijk en zo ja, hoe?	Nee	Waarde	6 punten
7.7	Hoe is de autorisatie geregeld per zaak/medewerker etc.?	Nee	Waarde	3 punten
7.8	Is er een mogelijkheid om zaken naar elkaar te laten verwijzen (koppelen)?	Nee	Waarde	2 punten
7.9	Hoe heeft u eenmalige gegevensinvoer toegepast in het zaaksysteem? Max. 150 woorden.	Nee	Waarde	4 punten
7.10	Zit er enig verschil tussen het gebruikte kanaal (balie, telefoon, e-formulier, email, post, sociale media etc.) bij het registreren van een zaak?	Nee	Waarde	5 punten
7.11	Is het mogelijk om automatisch een ontvangstbevestiging te versturen na registratie?	Nee	Waarde	4 punten'

- 1.7. In paragrafen 5.3 tot en met 5.10 van het Programma van eisen worden soortgelijke tabellen vermeld bij de subcriteria 3 tot en met 10 (zie 1.4 hiervoor).

- 1.8. In paragraaf 5.11 ("Proof of Concept (POC)") van het Programma van eisen is het volgende bepaald:

'De kerngroep aanbesteding midoffice heeft minimaal vijf onderwerpen benoemd die het straks graag wil zien in de Proof of Concept. Dit zijn in willekeurige volgorde:

1. Besluitvormingstraject collegebesluiten/raadsbesluiten
2. Het volledige proces bij de behandeling van een klantvraag in het klantcontactstelsel (KCS)

3. Raadplegen van informatie vanuit gekoppelde systemen (vanuit de techniek)
4. Registreren van stukken (prefill, metadaten, workflow etc.)
5. ...

Er zullen punten worden toegekend op basis van onder andere functionaliteit (algemeen), bedieningsgemak, presentatie van de informatie, zoekgemak en uitputtendheid.

De verdere specificaties van de Proof of Concept volgt in de uitnodiging op 24 augustus.'

1.9. In de tweede Nota van Inlichtingen zijn, voor zover relevant, de volgende vragen en antwoorden opgenomen:

1.9.1. Vraag 14: 'U stelt in de tweede alinea van deze paragraaf onder andere dat u de Nationale aanbestedingsprocedure volgt conform deel 2 van de Aanbestedingswet 2012. In de Eigen Verklaring van fase 1 geeft u echter aan dat het hier om een Europese aanbestedingsprocedure gaat. Kunt u helderheid verschaffen over welke procedure u volgt voor deze aanbesteding? Deze informatie is voor leveranciers (en ook voor de gemeente) van cruciaal belang vanwege de drempelbedragen die gelden bij de verschillende soorten aanbestedingen.'

Antwoord: 'Er is hier sprake van een kennelijke verschrijving. Bij deze aanbesteding is de **Europese** aanbestedingsprocedure gevolgd conform deel 2 van de Aanbestedingswet 2012.'

1.9.2. Vraag 18: 'U geeft aan: Per criterium zal de kerngroep een beoordeling toekennen op de schaal van 10 punten. Hieruit volgt wederom per inschrijver een score op een schaal van 100 punten. Uit de puntentelling per gunningscriterium zoals u die weergeeft in H5 blijkt dat er per gunningscriterium een wisselend maximum aantal punten te behalen is (variërend tussen 30 en 170). Wij begrijpen niet hoe zich dit verhoudt tot de 10-puntschaal die u ook noemt. Kunt u dit toelichten? Hetzelfde geldt voor de hierboven aangehaalde score per inschrijver. In H5 blijkt namelijk dat inschrijvers maximaal 1000 punten kunnen scoren op de eerste 10 gunningscriteria.'

Antwoord: 'Het is correct dat inschrijvers maximaal 1000 punten kunnen scoren. De 10-puntschaal is onjuist in deze en abusievelijk in het Programma van Eisen fase 2 terecht gekomen.

De puntenverdeling is als volgt:

1. Document Management Systeem: 130
2. Zaaksysteem: 130
3. Broker: 60
4. Gegevensmagazijn: 100
5. Klantcontactstelsel: 130
6. Algemene vragen en strategisch partnerschap: 150 (Onderdeel 6/7 samen)
7. Implementatie
8. Servicesregister 300 (Onderdeel 8/9/10 samen)
9. Infrastructuur
10. Beheer & onderhoud

Het te behalen puntenaantal per vraag vindt u in het programma van eisen bij de betreffende vraag.'

1.9.3. Vraag 19: 'Uit de beschrijving leiden wij af dat u gaat gunnen aan de partij met de laagste F in de formule  $F = (K*0,6)/(P*0,4)$ . Daarbij is K de score op de be-

haalde score samengesteld uit de gunningscriteria 1 t/m 11 en P is de TCO over 4 jaar in euro's. Is dit juist?'

Antwoord: 'Dit is niet correct. De criteria 1 t/m 10 en de POC vormen samen het onderdeel 'kwaliteit'. Hier is een maximaal aantal punten van 1500 punten te scoren. Ook bij de prijs is een maximaal aantal punten (1000) te scoren, waarbij de goedkoopste aanbieder het maximaal aantal punten toebedeeld krijgt. Dit is tevens het referentiepunt voor de beoordeling van de andere twee aanbiedingen waar het gaat om de prijs. Daarbij weegt kwaliteit voor 60% en prijs voor 40% mee.'

- 1.10. De klacht is ingediend door twee ondernemingen die ieder afzonderlijk een inschrijving hebben ingediend (hierna: klager 1 en klager 2).
- 1.11. De Commissie neemt aan dat de beklagde aan de inschrijvers – waaronder dus klagers – een schriftelijke mededeling van de gunningsbeslissing heeft gestuurd.
- 1.12. Beklaagde heeft desgevraagd een excelsheet aan de Commissie overgelegd. Beklaagde heeft deze excelsheet aan alle inschrijvers verstrekt. De Commissie neemt aan dat die excelsheet is verstrekt als bijlage bij de mededeling van de gunningsbeslissing.
- 1.13. In de hiervoor bedoelde excelsheet staan de door alle inschrijvers behaalde scores voor kwaliteit en prijs vermeld. Ook worden voor de drie inschrijvers die hebben meegedaan aan de PoC de voor die PoC behaalde scores vermeld. Bij kwaliteit worden 140 scores voor subsubcriteria vermeld en bij prijs worden voor 22 onderdelen van de opdracht bedragen vermeld alsmede een totaalprijs. Bij de PoC worden scores voor 6 onderdelen vermeld.
- 1.14. De excelsheet bevat ook een tabel met puntenscores voor geboden prijzen, uitgedrukt in een percentage dat de geboden prijs hoger is dan de laagste geboden prijs:

PERCENTAGE	PUNTEN
0-25 % duurder	950
25-50 % duurder	900
50-75 % duurder	850
75-100 % duurder	800
100-200 % duurder	700
200-300 % duurder	600
300-400 % duurder	500

**Tabel 1**

- 1.15. De rangorde van de inschrijvingen is in de excelsheet als volgt weergegeven:

	PUNTEN PRIJS	PUNTEN KWA-LITEIT	PUNTEN POC	TOTAAL
A	900,00	807	406	2113
Klager 1	1000,00	772	200	1972
Klager 2	900,00	722	344	1966
D	850,00	675		1525
E	500,00	710		1210

**Tabel 2**

- 1.16. Klagers hebben op 21 oktober 2015 in een gezamenlijke brief aan beklagde een aantal bezwaren tegen gunning van de opdracht aan A naar voren gebracht.

- 1.17. Per brief van 30 oktober 2015 heeft beklaagde alle bezwaren van klagers ongegrond verklaard.

## **2. Beschrijving klacht**

### 2.1. Klachtonderdeel 1

Beklaagde heeft in haar mededeling van de gunningsbeslissing de scores niet geanonimiseerd, zowel wat betreft de prijs als de verdere inhoud daarvan. Door in detail inzicht te geven in de prijsopbouw van klagers heeft beklaagde de commerciële belangen van klagers ernstig geschaad en gehandeld in strijd met artikel 2.138 Aw 2012.

### 2.2. Klachtonderdeel 2

Beklaagde heeft bij de beoordeling een prijssystematiek gehanteerd die bewust niet vooraf bekend gemaakt is, ondanks de in de nota van inlichtingen gestelde vragen en ondanks het feit dat deze prijssystematiek op dat moment al intern was vastgesteld. De gehanteerde systematiek doet geen recht aan de weging die in de aanbestedingsstukken is gegeven aan het prijs criterium (40% prijs, 60% kwaliteit). Als de gehanteerde prijssystematiek bekend was geweest, dan had dat tot andere aanbiedingen geleid en daarmee tot een andere uitslag. Beklaagde heeft aldus gehandeld in strijd met het transparantiebeginsel.

### 2.3. Klachtonderdeel 3

Beklaagde heeft in de Proof of Concept onderdelen uitgevraagd en meegewogen in de beoordeling die geen onderdeel waren van het verstrekte programma van eisen en waarvan ook in antwoord op vragen in de Nota van Inlichtingen niet is aangegeven dat deze onderdelen zouden worden meegewogen in de beoordeling. Wanneer vooraf duidelijk zou zijn geweest dat deze onderdelen onderdeel zouden zijn van de kwaliteitsbeoordeling, dan had dat geleid tot andere aanbiedingen en een mogelijk andere uitslag. Door hierover vooraf geen duidelijkheid te verschaffen heeft beklaagde ook op dit punt in strijd met het transparantiebeginsel gehandeld.

### 2.4. Klachtonderdeel 4

Beklaagde heeft zich laten begeleiden door een organisatie waarvan tenminste twee medewerkers die in dit traject actief hebben geadviseerd, als niet onafhankelijk moeten worden beschouwd of tenminste de schijn van partijdigheid tegen zich hebben. Specifiek gaat het hierbij om de begeleider van de aanbesteding dhr. [X] en de Projectleider masterplan informatievoorziening mevr. [Y]. Beiden zijn werkzaam voor [Advieskantoor] en waren hiervoor werkzaam als respectievelijk Applicatiebeheerder en Coördinator bij de winnende inschrijver A.

## **3. Onderbouwing klacht**

Zie paragraaf 2 hiervoor.

## **4. Reactie beklaagde**

- 4.1. Alvorens inhoudelijk op de klachtonderdelen in te gaan, merkt beklaagde het volgende op.

- 4.1.1. Voordat beklagde overging tot gunning van de opdracht aan A, heeft zij aan klagers ruim de tijd en gelegenheid gegeven om hun bezwaren naar voren te brengen. Het afwijzingsbesluit dateert van 2 oktober 2015, waarna beklagde op 15 en 20 oktober 2015 twee persoonlijke gesprekken heeft gevoerd met klagers. Op 30 oktober 2015 heeft beklagde voor een derde keer schriftelijk gereageerd op de bezwaren van klagers, waarna beklagde niets meer van klagers heeft vernomen totdat de Commissie beklagde op 20 november 2015 verzocht om een reactie op de bij de Commissie ingediende klacht te geven. Beklagde heeft klagers bericht dat zij tot gunning was overgegaan, waarna klagers wederom stil zijn gebleven. Onder de gegeven omstandigheden mocht beklagde er dus rechtmatig op vertrouwen dat klagers zich hadden neergelegd bij het afwijzingsbesluit. Het is daarom voor beklagde nadelig dat deze klachtprocedure wordt gestart op het moment dat zij al aan de uitvoering van de overeenkomst is begonnen.
- 4.1.2. Hier komt bij dat klagers tot viermaal toe nalaten om inhoudelijk te reageren op de punten die beklagde in eerdere reacties op de klacht naar voren heeft gebracht. De aan de Commissie voorgelegde klacht is letterlijk een kopie van de brief van klagers van 21 oktober 2015, en een herhaling van de bezwaren die zijn geuit in de gesprekken die zijn gevoerd op 15 en 20 oktober 2015.
- 4.1.3. Om bovenstaande redenen verzoekt beklagde de Commissie om de klacht niet in behandeling te nemen. Het is niet in het belang van de rechtsontwikkeling als inschrijvers ruim na gunning van de opdracht, zonder enig bericht aan de aanbestedende dienst, bij de Commissie een klacht indienen, zonder dat zij ook maar in enige mate voldoen aan hun stelplicht en zonder de reactie van beklagde in hun klacht te verwerken. De laagdrempeligheid van de Commissie leidt in dit geval tot ontoelaatbare gemakzucht. Beklagde is dan ook van mening dat klagers het recht om te klagen hebben verspeeld.

#### 4.2. Klachtonderdeel 1

Beklagde ziet niet in hoe klagers in hun commerciële belangen zijn geschaad door het overleggen van de beoordelingspecificatie. Dat sprake zou zijn van enige benadeling is door klagers ook op geen enkele wijze onderbouwd. Alle inschrijvers hebben dezelfde informatie ontvangen.

#### 4.3. Klachtonderdeel 2

De prijssystematiek is voldoende bekend gemaakt in het Programma van eisen en de Nota van Inlichtingen. Beklagde heeft overeenkomstig deze beoordelings-systematiek beoordeeld. Klagers maken niet concreet op welke wijze beklagde zou zijn afgeweken van deze systematiek. Als hierover onduidelijkheid zou hebben bestaan, dan hadden klagers hierover vragen kunnen stellen. Dat hebben zij niet gedaan. Daarnaast valt niet in te zien waarom klagers nadeel hebben ondervonden of waarom een andere prijssystematiek zou leiden tot een andere aanbidding. Klagers hebben de laagste prijzen geoffreerd en daarmee de hoogste scores op het onderdeel prijs behaald. De enige reden waarom klagers deze aanbesteding niet hebben gewonnen, is omdat zij op kwaliteit minder hebben gescoord.

#### 4.4. Klachtonderdeel 3

- 4.4.1. Klagers stellen zich op het standpunt dat beklagde in de Proof of Concept onderdelen zou hebben uitgevraagd en meegewogen in haar beoordeling die geen onderdeel zouden zijn van het verstrekte programma van eisen en waarvan ook in antwoord op vragen in de Nota van Inlichtingen niet zou zijn aangegeven dat



deze onderdelen zouden worden meegewogen in de beoordeling. Klagers hebben niet toegelicht welke onderdelen zouden zijn meegenomen in de beoordeling die niet vooraf kenbaar waren gemaakt.

4.4.2. Beklaagde heeft de PoC beoordeeld conform hetgeen daarover is opgenomen in het Programma van eisen en de nadere specificatie over de PoC (die drie weken voorafgaand aan de PoC aan de inschrijvers is verzonden en reeds in het Programma van eisen was aangekondigd). Evenmin heeft beklagde binnen de PoC functionaliteiten uitgevraagd die buiten de scope van de aanbestede opdracht zouden vallen.

#### 4.5. Klachtonderdeel 4

Beklaagde vat het zwaar op dat klagers opnieuw deze aantijging herhalen, terwijl beklagde reeds heeft aangegeven dat dit klachtonderdeel berust op foutieve aannames. Het is beklagde niet duidelijk op welke bronnen klagers hun informatie baseren. Beklaagde herhaalt dat dhr. X nimmer werkzaam is geweest bij de winnende inschrijver A en hij slechts ervaring heeft met hun software als gebruiker, zoals hij ook ervaring heeft met andere software programma's vanuit zijn rol als adviseur van beklagde. Daarnaast hebben mevr. Y en dhr. X geen stemrecht gehad bij de beoordeling van de inschrijvingen.

## 5. **Beoordeling**

5.1. De Commissie stelt vast dat beklagde in 2015 een niet-openbare aanbestedingsprocedure heeft aangekondigd voor een overheidsopdracht voor de levering van een (ICT-)oplossing op het gebied van een volledige midofficesuite (DMS, zakensysteem, broker, gegevensmagazijn en klantcontactsysteem). In par. 4.1 ("Uitnodiging") van het Programma van eisen is bepaald dat het een nationale procedure betreft waarop beklagde Deel 2 van de Aw 2012 van toepassing heeft verklaard (zie 1.2 hiervoor). Beklaagde heeft dat gecorrigeerd in antwoord op vraag 14 in de Nota van Inlichtingen (zie 1.9.1 hiervoor): de onderhavige aanbesteding betreft een Europese niet-openbare procedure. Dat betekent dat op deze aanbestedingsprocedure onder andere de volgende bepalingen van toepassing zijn: Delen 1 en 2 van de ten tijde van de aankondiging geldende Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit.

5.2. Alvorens tot een behandeling van de klachtonderdelen over te gaan, overweegt de Commissie het volgende met betrekking tot het verzoek van beklagde om de klacht niet in behandeling te nemen (zie 4.1.3 hiervoor).

5.2.1. In artikel 9 lid 1 van het Reglement van de Commissie is bepaald in welke gevallen de Commissie een bij haar ingediende klacht niet in behandeling neemt. De Commissie stelt vast dat de door beklagde in 4.1.1 en 4.1.2 hiervoor aangevoerde redenen geen aansluiting vinden bij een of meer van de in het Reglement van de Commissie genoemde gevallen. De Commissie stelt ook overigens vast dat klagers – nadat zij hun klacht kenbaar hebben gemaakt bij beklagde en beklagde een redelijke termijn hebben gegeven om op die klacht te reageren – een voldoende gemotiveerde en gedocumenteerde klacht bij de Commissie hebben ingediend. Daarmee hebben klagers gehandeld conform het bepaalde in artikel 9 lid 1 onder a t/m c van het Reglement.

5.2.2. Het voorgaande betekent dat de Commissie de klacht in behandeling kan nemen.

5.2.3. Aan het voorgaande oordeel doet niet af dat klagers niet dan wel onvoldoende op eerdere reacties van beklagde op de klacht zouden hebben gereageerd. Aan be-

klaagde dient weliswaar te worden toegegeven dat klagers er verstandig aan hadden gedaan om naar aanleiding van die eerdere reacties van beklagde nog eens te bezien welke onderdelen van hun klacht nadere toelichting behoeften of eventueel (deels) ingetrokken zouden kunnen worden, maar voor zover klagers hebben nagelaten dat te doen maakt dat hun klacht zoals zij die bij beklagde en vervolgens bij de Commissie hebben ingediend niet onvoldoende gemotiveerd en/of gedocumenteerd.

- 5.2.4. Aan het in 5.2.2 gegeven oordeel doet evenmin af dat klagers hun stelplicht niet dan wel onvoldoende zouden hebben nageleefd. Zoals de Commissie hiervoor heeft overwogen, hebben klagers hun klacht voldoende gemotiveerd en gedocumenteerd om de Commissie in staat te stellen tot een beoordeling daarvan over te gaan. Voor zover de door klagers in hun motivering betrokken stellingen in het licht van de aanbestedingsstukken onvoldoende grondslag bieden om tot grondverklaring van een of meer van de klachtonderdelen te oordelen, zal de Commissie die onderdelen ongegrond verklaren.

### 5.3. Klachtonderdeel 1

- 5.3.1. Klagers betogen met dit klachtonderdeel dat beklagde hun commerciële belangen ernstig heeft geschaad en heeft gehandeld in strijd met artikel 2.138 Aw 2012. De Commissie veronderstelt dat klagers – gelet op hun eerste stelling – met hun tweede stelling doelen op artikel 2.138 aanhef en onder c Aw 2012, waarin het volgende is bepaald:

‘De aanbestedende dienst maakt bepaalde gegevens betreffende de gunning van een overheidsopdracht niet bekend, indien openbaarmaking van die gegevens: (...);  
c. de rechtmatige commerciële belangen van ondernemers zou kunnen schaden; (...).’

- 5.3.2. Nog daargelaten dat klagers hun eerste stelling – namelijk: dat hun rechtmatige commerciële belangen zijn geschaad – niet hebben onderbouwd, is de vaststelling van een daadwerkelijke benadeling van hun commerciële belangen ook overigens niet vereist om te kunnen oordelen dat beklagde heeft gehandeld in strijd met het bepaalde in art. 2.138 aanhef en onder c Aw 2012. Daarvoor is blijkens de formulering van die bepaling slechts vereist dat komt vast te staan dat openbaarmaking van de bedoelde scores de rechtmatige commerciële belangen van klagers zou kunnen schaden. De Commissie zal het klachtonderdeel hierna dan ook behandelen voor zover daarin wordt geklaagd dat beklagde heeft gehandeld in strijd met artikel 2.138 aanhef en onder c Aw 2012 door de scores van klagers en van de andere inschrijvers op de diverse subcriteria in detail bekend te maken.

- 5.3.3. Bij de behandeling van het klachtonderdeel dient enerzijds te worden vooropgesteld dat een aanbestedende dienst op grond van art. 2.130, lid 1 en lid 2, Aw 2012 verplicht is om in de mededeling van de gunningsbeslissing aan iedere betrokken inschrijver de relevante redenen voor die beslissing te verstrekken, waarbij onder relevante redenen in ieder geval wordt verstaan de kenmerken en relatieve voordelen van de winnende inschrijving. Uit de Memorie van Toelichting bij de Aw 2012 (blz. 94) blijkt dat de wetgever voor wat betreft de ratio van deze motiveringsplicht aansluiting heeft gezocht bij artikel 6 van de Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden (Wira). De motiveringsplicht heeft tot doel effectieve rechtsbescherming mogelijk te maken. Aan de hand van de motivering dient een afgewezen inschrijver te kunnen vaststellen waarom zijn inschrijving niet als winnende inschrijving is beoordeeld en dient hij te kunnen con-

troleren of de aanbestedende dienst de vooraf bekendgemaakte gunningscriteria op een juiste wijze heeft toegepast (MvT Wira, blz. 18).

- 5.3.4. Anderzijds geldt dat de naleving van de motiveringsplicht van art. 2.130, leden 1 en 2, Aw 2012 in het concrete geval verenigbaar zal moeten zijn met de eveneens geldende regel dat de inschrijving die een inschrijver heeft gedaan vertrouwelijk is en dat ook dient te blijven. Het zou de onderhandelings- en concurrentiepositie van een inschrijver immers kunnen schaden wanneer de aanbestedende dienst met name de commerciële inhoud van die inschrijving aan de andere inschrijvers bekend maakt (vgl. ook Rb. Midden-Nederland (vzr.) 15 juli 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5272, r.o. 4.15). Het voorgaande betekent naar het oordeel van de Commissie dat een aanbestedende dienst bij de naleving van de motiveringsplicht van art. 2.130, leden 1 en 2, Aw 2012 enerzijds recht zal moeten doen aan de ratio van die bepalingen (zie 5.3.3 hiervoor), maar dat hij anderzijds – met het oog op de rechtmatige commerciële belangen van ieder van de betrokken inschrijvers – bij die naleving niet verder mag gaan dan strikt noodzakelijk is om recht te doen aan de hiervoor bedoelde ratio.
- 5.3.5. De Commissie is van oordeel dat beklagde bij de naleving van haar motiveeringsplicht van art. 2.130, leden 1 en 2, Aw 2012 verder is gegaan dan noodzakelijk was gelet op de ratio van die bepalingen en daarmee heeft gehandeld in strijd met het bepaalde in artikel 2.138 aanhef en onder c Aw 2012. De Commissie overweegt in dit verband het volgende.
- 5.3.6. Ten aanzien van het prijs criterium is de Commissie van oordeel dat zij geen noodzaak ziet waarom beklagde niet alleen de totaalbedragen van alle inschrijvers, maar ook de door alle inschrijvers ingediende prijzen van 22 verschillende onderdelen van de opdracht aan alle inschrijvers bekend heeft gemaakt. Immers, gelet op de ratio van art. 2.130, leden 1 en 2, Aw 2012 is enkel noodzakelijk dat een inschrijver aan wie de opdracht niet wordt gegund op de hoogte wordt gesteld van de totaalbedragen van de winnende inschrijver en van de overige inschrijvers. Daarmee kan hij immers inzicht verkrijgen in de scores die door die inschrijvers op het prijs criterium zijn behaald.
- 5.3.7. Ten aanzien van de kwalitatieve gunningscriteria overweegt de Commissie het volgende. Beklaagde heeft aan alle inschrijvers niet minder dan 140 detailscores bekend gemaakt die zij aan de inschrijvingen van alle inschrijvers heeft toegekend op de kwalitatieve subgunningscriteria. Gelet op de formulering van die criteria in de paragrafen 5.1 t/m 5.10 van het Programma van eisen (zie 1.5 t/m 1.7 hiervoor), heeft beklagde daarmee indirect veel commerciële informatie van ieder van de individuele inschrijvers met de ander inschrijvers gedeeld. De Commissie is van oordeel dat dit vanuit de ratio van art. 2.130, leden 1 en 2, Aw 2012 bezien onnodig was. Beklaagde kon zich – gelet op die ratio – immers beperken tot het bekend maken van de volgende informatie aan ieder van de inschrijvers aan wie de opdracht niet werd gegund: (i) een overzicht van de totaal scores op de kwalitatieve gunningscriteria van zowel de winnende inschrijver als van de overige inschrijvers; (ii) een overzicht van de scores op de kwalitatieve gunningscriteria van enkel de betreffende inschrijver en van de winnende inschrijver; en (iii) een schriftelijke toelichting op de door de betreffende inschrijver behaalde scores in relatie tot de kenmerken en relatieve voordelen van de inschrijving van de winnende inschrijver.
- 5.3.8. Het eerste klachtonderdeel is derhalve gegrond.

#### 5.4. Klachtonderdeel 2

- 5.4.1. Bij de beoordeling van dit klachtonderdeel zal de Commissie het handelen van beklagde toetsen aan de norm die het Hof van Justitie EU heeft gegeven in zijn arrest van 14 juli 2016, C-6/15 (TNS Dimarso), waarvan het dictum als volgt luidt:

'Artikel 53, lid 2, van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, gelezen in het licht van het gelijkheidsbeginsel en de daaruit voortvloeiende transparantieplichting, moet aldus worden uitgelegd dat de aanbestedende dienst, indien een opdracht voor het verrichten van diensten dient te worden gegund volgens het criterium van de vanuit het oogpunt van deze dienst economisch voordeligste inschrijving, niet gehouden is om de methode aan de hand waarvan hij de offertes in concreto zal beoordelen en rangschikken, in de aankondiging van de betrokken opdracht of het desbetreffende bestek ter kennis te brengen van de potentiële inschrijvers. Deze methode mag evenwel niet tot gevolg hebben dat de gunningscriteria en het relatieve gewicht ervan worden gewijzigd.'

- 5.4.2. De Commissie stelt vast dat het Hof deze norm in r.o. 32 als volgt heeft genuanceerd:

'Hoe dan ook mag het feit dat de aanbestedende dienst de beoordelingsmethode na de bekendmaking van de aankondiging van de opdracht of het bestek vaststelt, gelet op de beginselen inzake de gunning van opdrachten en op hetgeen in de punten 24 en 25 van het onderhavige arrest is vastgesteld, niet tot gevolg hebben dat de gunningscriteria of het relatieve gewicht ervan worden gewijzigd.'

- 5.4.3. De Commissie stelt voorts vast dat volgens vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie EU een gunningscriterium de aanbestedende dienst geen onvoorwaardelijke keuzevrijheid mag laten (zie o.a. HvJ EG 20 september 1988, nr. 31/87, Beentjes, r.o. 26 en HvJ EU 10 mei 2012, C-368/10, Commissie/Nederland, r.o. 87).

- 5.4.4. Beklaagde heeft in het Programma van eisen bepaald dat kwaliteit voor 60% en prijs voor 40% weegt (zie 1.4 hiervoor). De Commissie is van oordeel dat die percentages weinig zeggen over de werkelijke gewichten van kwaliteit en prijs. Die werkelijke gewichten worden immers in sterke mate mede bepaald door de formules die worden gebruikt om de totaalscore te bepalen.

- 5.4.5. In het antwoord op vraag 19 van de Nota van Inlichtingen (zie 1.9.3 hiervoor) heeft beklagde meegedeeld dat de goedkoopste aanbieder 1000 punten scoort en dat deze aanbieder het referentiepunt vormt voor het berekenen van de scores van de andere twee aanbieders [*bedoeld zal zijn: "de andere vier aanbieders" waarbij beklagde er van uitgaat dat zij uiteindelijk drie aanbieders voor de PoC zou uitnodigen, Commissie*].

- 5.4.6. Met de keuze van een referentiepunt is echter in het geheel nog niet bekend hoe de andere inschrijvingen zullen worden beoordeeld, aangezien dit op oneindig veel manieren kan. De Commissie zal hierna drie in de praktijk voorkomende formules bespreken:

a.  $Score = 1000 \times \frac{L}{P}$

b.  $Score = 1000 \times \left(2 - \frac{P}{L}\right)$

c.  $Score = 1000 \times \left(\frac{H-P}{H-L}\right)$

- 5.4.7. In deze formules staat  $L$  voor de laagste geboden prijs,  $H$  voor de hoogste geboden prijs en  $P$  voor de prijs waarvan de score berekend wordt.
- 5.4.8. Aangezien beklagde niet vooraf heeft meegedeeld welke formule zij zal gaan toepassen bij het berekenen van de scores voor prijs, heeft zij zich de vrijheid voorbehouden om die formule op enig moment tijdens de aanbestedingsprocedure vast te stellen. Uit het in 0 en 5.4.2 geciteerde arrest van het Hof van Justitie EU volgt dat dit niet mag leiden tot het wijzigen van de gunningscriteria en de relatieve gewichten.
- 5.4.9. Wanneer er drie inschrijvingen A, B en C zijn waarbij A de laagste prijs heeft, B een prijs heeft die 10% hoger is en C een prijs heeft die 20% hoger is dan de laagste prijs van A, dan worden de scores met de drie genoemde formules als volgt:

	Formule a.	Formule b.	Formule c.
Inschrijving A	1000	1000	1000
Inschrijving B	909	900	500
Inschrijving C	833	800	0

- 5.4.10. Duidelijk is dat het aantal punten voor de inschrijvingen B en C zal afhangen van de gekozen formule en dat – opnieuw: afhankelijk van de gekozen formule – het verschil met het aantal punten dat inschrijver A voor zijn inschrijving krijgt groter of kleiner zal zijn. In het verlengde daarvan zal bovendien het relatieve gewicht van prijs ten opzichte van kwaliteit variëren, afhankelijk van de gekozen formule. Dit blijkt bijvoorbeeld uit het feit dat inschrijver C bij formule c. vrijwel kansloos is omdat hij voor prijs 1000 punten achterstand oploopt op inschrijver A, terwijl hij bij formule a. een achterstand van 167 punten op A wellicht kan compenseren met een goede score voor kwaliteit (waarvoor immers 1500 punten gehaald kunnen worden, zie 1.9.3 hiervoor).
- 5.4.11. De conclusie van het voorafgaande is dat beklagde – in strijd met de in 0 bedoelde norm – pas bij het vaststellen van de formule het relatieve gewicht van prijs heeft bepaald. De Commissie leest in r.o. 32 van het geciteerde arrest van het Hof van Justitie EU (zie 5.4.2 hiervoor) dat niet alleen het wijzigen van het gewicht ontoelaatbaar is, maar dat daarmee ook het (definitief) vaststellen van dat gewicht na de bekendmaking van de gunningscriteria niet toelaatbaar is. Aldus heeft beklagde gehandeld in strijd met de eerdergenoemde norm.
- 5.4.12. De Commissie overweegt voorts dat het achteraf vaststellen van de formule waarmee de prijzen worden omgerekend naar punten beklagde een misschien niet onvoorwaardelijke, maar wel zeer grote keuzevrijheid laat, wat in strijd is met de in 5.4.3 genoemde jurisprudentie van het Hof van Justitie EU. Het is immers altijd mogelijk om de inschrijving met de hoogste kwaliteit te laten winnen door een formule te kiezen waarbij het gewicht van prijs zeer laag is en in veel gevallen is het ook mogelijk om de inschrijving met de laagste prijs te laten winnen door een formule te kiezen waarbij het gewicht van prijs zeer hoog is. Onder omstandigheden is het ook mogelijk om andere inschrijvingen te laten winnen met een geschikte keuze van de formule. Ook om deze reden heeft beklagde gehandeld in strijd met het aanbestedingsrecht.
- 5.4.13. Het in 5.4.12 hiervoor geuite bezwaar kan voor het onderhavige geval worden verduidelijkt aan de hand van het volgende. Beklagde heeft voor wat betreft het gunningscriterium prijs de puntentelling gehanteerd zoals beschreven in tabel 1 (zie 1.14 hiervoor). Wanneer beklagde echter had gekozen voor de puntentelling zoals die beschreven staat in de onderstaande tabel 3 – en die beklagde met even veel recht had kunnen kiezen – dan zou volgens tabel 2 in 1.15 de to-

taalscore van inschrijving A 1963 punten zijn geweest en had klager 1 de hoogste totaalscore behaald.

PERCENTAGE	PUNTEN
0-25 % duurder	875
25-50 % duurder	750
50-75 % duurder	625
75-100 % duurder	500
100-200 % duurder	375
200-300 % duurder	250
300-400 % duurder	125
> 400 % duurder	0

**Tabel 3**

5.4.14. Het tweede klachtonderdeel is derhalve gegrond.

5.5. Klachtonderdeel 3

5.5.1. Met beklagde is de Commissie van oordeel dat klager in het geheel niet onderbouwd heeft welke onderdelen van de Proof of Concept ten onrechte zouden zijn meegewogen.

5.5.2. Het derde klachtonderdeel is derhalve ongegrond.

5.6. Klachtonderdeel 4

5.6.1. Bij de behandeling van dit klachtonderdeel neemt de Commissie het toetsingskader in haar eerdere Adviezen 232 (overweging 5.3), 233 (overweging 5.2) en 319 (overweging 5.5.7 e.v.) tot uitgangspunt.

5.6.2. Een belangenconflict houdt het risico in dat de aanbestedende dienst zich laat leiden door overwegingen die niets met de betrokken opdracht van doen hebben en dat door dit feit alleen de voorkeur wordt gegeven aan een bepaalde inschrijver. Een dergelijk belangenconflict kan een schending van artikel 1.8 Aw 2012 vormen (vgl. HvJ EU 12 maart 2015, zaak C-538/13 (eVigilo), r.o. 35).

5.6.3. Indien een afgewezen inschrijver objectieve gegevens verstrekt op grond waarvan de onpartijdigheid van de deskundige van de aanbestedende dienst kan worden betwijfeld, moet de aanbestedende dienst alle relevante omstandigheden onderzoeken die hebben geleid tot vaststelling van de gunningsbeslissing, ten einde een belangenconflict zoals hiervoor bedoeld te voorkomen, te onderkennen en te beëindigen, in voorkomend geval onder andere door de partijen te verzoeken om bepaalde informatie en bewijsmateriaal te verstrekken (vergelijk HvJ EU 12 maart 2015, zaak C-538/13 (eVigilo), r.o. 44).

5.6.4. Gegevens zoals de argumenten van een afgewezen inschrijver met betrekking tot de banden tussen de door de aanbestedende dienst aangewezen deskundigen en de inschrijver waaraan de opdracht is gegund, vormen – indien zij waar blijken – dergelijke objectieve gegevens die aanleiding moeten geven tot een diepgaand onderzoek door de aanbestedende dienst (vergelijk HvJ EU 12 maart 2015, zaak C-538/13 (eVigilo), r.o. 45).

5.6.5. Het is onverenigbaar met de hiervoor bedoelde actieve rol van de aanbestedende dienst om de afgewezen inschrijver te verplichten concreet aan te tonen dat de door de aanbestedende dienst aangewezen deskundigen partijdig zijn (vergelijk HvJ EU 12 maart 2015, zaak C-538/13 (eVigilo), r.o. 43).

5.6.6. De Commissie is van oordeel dat de enkele stelling van klagers dat dhr. X en mevr. Y in het verleden werkzaam zijn geweest voor de winnende inschrijver A, onvoldoende kwalificeert als objectieve gegevens die beklagde aanleiding hadden moeten geven tot een diepgaand onderzoek zoals hiervoor bedoeld. De Commissie is dan ook van oordeel dat beklagde terecht geen acht heeft geslagen op die stelling (zie ook Advies 232, overweging 5.3.3).

5.6.7. Het vierde klachtonderdeel is derhalve ongegrond.

## **6. Advies**

De Commissie acht onderdeel 1 van de klacht **gegrond** voor zover klagers daarmee betogen dat beklagde heeft gehandeld in strijd met het bepaalde in artikel 2.138 onder c Aw 2012. De Commissie acht voorts onderdeel 2 van de klacht **gegrond** en de onderdelen 3 en 4 van de klacht **ongegrond**.

## **7. Aanbeveling**

De Commissie beveelt aanbestedende diensten aan om bij aanbestedingen waarbij het criterium van de beste prijs-kwaliteitverhouding toegepast wordt niet alleen de relatieve gewichten van de subcriteria vooraf bekend te maken, maar ook de formules waarmee de puntenscores worden berekend.

Den Haag, 3 februari 2017

w.g.:

Mr. J.G.J. Janssen  
Voorzitter

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

Mr. drs. T.H. Chen  
Commissielid