

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 414

1. Feiten

- 1.1. Beklaagde heeft op 14 maart 2017 een Europese openbare procedure aangekondigd voor een raamovereenkomst met één ondernemer voor het leveren van cateringproducten.
- 1.2. In het Beschrijvend document van 14 maart 2017 is onder andere het volgende bepaald:

'Hoofdstuk 2 Aanbestedingsprocedure

2.5 Overige voorwaarden

(...)

3. De Opdrachtgever behoudt zich het recht voor alle verstrekte gegevens op hun juistheid te controleren. Indien de Inschrijving onduidelijkheden bevat kan de Opdrachtgever verzoeken om een nadere toelichting op de Inschrijving. Het verstrekken van onjuiste gegevens kan tot uitsluiting leiden. Inschrijvers dienen onder meer de door hen in het kader van de gunning overlegde getuigschriften en documenten op verzoek van de Opdrachtgever toe te lichten.

(...)

Hoofdstuk 3 Beoordelingssystematiek

(...)

3.3. Gunningscriterium en wijze van beoordelen

Beoordeling zal plaatsvinden op basis van de vanuit het oogpunt van de Opdrachtgever economische meest voordelige inschrijving (EMVI), gelet op onderstaande gunningscriteria.

- Prijs 65%
- Kwaliteit 35%

3.3.1 Prijs

Voor het onderdeel 'prijs' geldt dat de Inschrijver met de laagste prijs per jaar, inclusief BTW, per onderdeel de maximale score krijgt voor dat onderdeel. Bij het onderdeel prijs zullen de onderdelen prijsniveau van het Kernassortiment en betalingskorting op het Randassortiment als volgt worden gescoord:

- Prijsniveau Kernassortiment: maximale score 50
- Betalingskorting Randassortiment: maximale score 15

(...)

G.1.2 Betalingskorting Randassortiment

Daarnaast wil de Opdrachtgever graag een opgave van de betalingskorting regeling betreft het Randassortiment. Het gaat hierbij om één kortingspercentage voor het gehele Randassortiment. Het kortingspercentage geldt op alle producten uit het Randassortiment van Inschrijver. Het kortingspercentage dient tevens te gelden op de catalogusprijzen van de Inschrijver. Aan de winnende Inschrijver zal de handelsgebruikelijke brutoprijslijst, waar alle prijzen van de producten uit het Randassortiment op vermeld staan, worden opgevraagd. Deze lijst hoeft Inschrijver dus niet bij zijn Inschrijving in te dienen.

De Inschrijver met de hoogste korting ontvangt hiervoor **maximaal 15 punten**. De punten van de overige Inschrijvers worden percentagegewijs aan het hoogste rapportcijfer gerelateerd, middels onderstaande formule:

te beoordelen score op korting

----- X maximaal aantal punten = gewogen score
hoogste score op korting

Prijsopgave dient te geschieden volgens Bijlage 7 Gunningscriterium Prijs

(...)

Hoofdstuk 5 Programma van Eisen & gunningscriteria

(...)

5.1 Programma van Eisen

De uit te voeren werkzaamheden, als ook het eisenpakket voor Levering Cateringproducten, is als Bijlage 6 Programma van Eisen opgenomen. Het niet voldoen aan de gestelde eisen betekent uitsluiting van verdere beoordeling.

5.2 Gunningscriteria

In de onderstaande scoretabel staan de gunningscriteria met de bijbehorende puntenscores per subcriterium.

G.1 Prijs		Max. punten
G.1.1 Prijsniveau Kernassortiment		50
G.1.2 Kortingsregeling Randassortiment		15
Totaal maximale puntenscore Prijs		65
G.2 Kwaliteit		Max. punten
G.2.1 Kwaliteitsplan		10
G.2.2 Klachtenprocedure		10
G.2.3 Management Rapportage		10
G.2.4 Duurzaamheid en milieu		5
Totaal maximale puntenscore Kwaliteit		35
Totaal maximale puntenscore		100

5.2.1 Prijs

Er zijn maximaal 65 punten te behalen voor het onderdeel Prijs. Opgave dient te geschieden volgens Bijlage 7 Gunningscriterium Prijs.

De beoordeling op Prijs is onderverdeeld in een 2-tal onderdelen:

G.1.1 Kernassortiment

Met betrekking tot listprijs Kernassortiment dienen de prijzen per verpakkings-eenheid, excl. BTW, opgegeven te worden. Deze lijst is als losse bijlage, behorende tot Bijlage 7 Gunningscriterium prijs, bij dit Beschrijvend Document toegevoegd. Prijzen dienen marktconform en realistisch te zijn.

De Inschrijver met de laagste prijsopgave ontvangt hiervoor **maximaal 50 punten**.

G.1.2 Kortingsregeling Randassortiment

Daarnaast wil de Opdrachtgever graag een opgave van de betalingskorting regeling betreft het Randassortiment. Het gaat hierbij om een kortingspercentage voor het gehele Randassortiment. Het kortingspercentage geldt op alle producten uit het Randassortiment van Inschrijver. Het kortingspercentage dient tevens te gelden op de catalogusprijzen van de Inschrijver. Aan de winnende Inschrijver zal de handelsgebruikelijke brutoprijslijst, waar alle prijzen van de producten uit het Randassortiment op vermeld staan, worden opgevraagd. Deze lijst hoeft Inschrijver dus niet bij zijn Inschrijving in te dienen.

De Inschrijver met de hoogste korting ontvangt hiervoor **maximaal 15 punten**. De punten van de overige Inschrijvers worden percentagegewijs aan het hoogste rapportcijfer gerelateerd.

(...)'

- 1.3. In bijlage 6 ("Programma van Eisen") van het Beschrijvend document is onder andere het volgende bepaald:

'Bijlage 6. Programma van Eisen

Het formulier dient door de Inschrijver naar waarheid te worden ingevuld en dient te worden ondertekend door een persoon die blijkens het handelsregister of een volmacht van degene die blijkens het handelsregister bevoegd is om Inschrijver te vertegenwoordigen en om namens Inschrijver dit formulier te ondertekenen.
Indien een eis of vraag met "nee" wordt beantwoord zal de Inschrijving voor verdere beoordeling worden uitgesloten.

Programma van eisen: prijzen en facturatie			
(...)			
33.	De door Inschrijver aangeboden prijzen blijven minimaal tot het eind van het kalenderjaar 2018 ongewijzigd. Vervolgens bestaat de mogelijkheid om eenmaal per jaar, aan het einde van het betreffende jaar, de prijzen op basis van het " <u>consumentenprijsindexcijfer</u> : Voedingsmiddelen en alcoholvrije dranken", waarbij 2015=100, te wijzigen, mits de Inschrijver de Opdrachtgever minimaal twee (2) maanden voorafgaand aan de wijzigingsdatum van zijn voornemen schriftelijke op de hoogte heeft gebracht. De kortingspercentages op zowel het Kern- en Randassortiment blijven gelden als minimale kortingspercentages gedurende de gehele contractduur	Ja <input type="checkbox"/>	Nee <input type="checkbox"/>
(...)			

(...)'

- 1.4. In Bijlage 7 ("Gunningscriterium Prijs") van het Beschrijvend document is onder meer het volgende bepaald:

'Bijlage 7. Gunningscriterium Prijs

Het formulier dient door de Inschrijver naar waarheid te worden ingevuld en dient te worden ondertekend door een persoon die blijkens het handelsregister, of een volmacht van degene die blijkens het handelsregister, bevoegd is om Inschrijver te vertegenwoordigen en om namens Inschrijver dit formulier te ondertekenen.

Het is *NIET* toegestaan de opmaak van de prijsbijlage te wijzigen. Het door een Inschrijver zelfstandig wijzigen van de opmaak van deze bijlage maakt de Inschrijving onvergelijkbaar met andere Inschrijvingen en kan leiden tot uitsluiting van Inschrijver. (...)

Prijsopgave Kernassortiment:

(...)

Prijsopgave Randassortiment:

Opdrachtgever wordt verzocht om een kortingspercentage voor het Randassortiment op te geven. Dit kortingspercentage dient te gelden op het hele Randassortiment en catalogusprijzen van Inschrijver.

Kortingspercentage Randassortiment%

(...)'

- 1.5. In de eerste Nota van Inlichtingen van 6 april 2017 is, onder meer, de volgende vraag en het volgende antwoord opgenomen:

Vraag 9: 'Per productgroep is een afwijkende kortingspercentage mogelijk. Het is niet mogelijk om 1 dezelfde percentage toe te passen over alle productgroepen. Kunt u instemmen met een gedifferentieerde kortingspercentage waarbij het gemiddelde wordt gehanteerd voor de toekenning van het aantal punten?'

Antwoord: 'Opdrachtgever stemt hier niet mee in. Inschrijver dient één kortingspercentage, dat geldt voor alle producten van het randassortiment, op te geven.'

- 1.6. Op 11 mei 2017 heeft beklagde de mededeling van de gunning aan klager verzonden:

'(...)

De afgelopen periode zijn de inschrijvingen grondig beoordeeld door het beoordeelingssteam. Deze beoordeling heeft plaatsgevonden op basis van de in het Beschrijvend document opgenomen beoordelingsmethodiek.

Bij controle van het door u opgegeven kortingspercentage ten behoeve van het gunningscriterium G.1.2 Kortingsregeling Randassortiment hebben wij geconstateerd dat u heeft ingeschreven met "≥5%". Hiermee biedt u geen eenduidig kortingspercentage aan, maar een kortingspercentage dat zich op verschillende manieren laat uitleggen (namelijk als 5% of hoger). Dit is in strijd met hetgeen is beschreven in paragraaf 5.2.1 en bijlage 7 Gunningscriterium Prijs van het Beschrijvend document waarin wordt gevraagd om een vast kortingspercentage ten behoeve van het randassortiment. Dit is bovendien verduidelijkt in Nota van in-

lichtingen 1, d.d. 6 april 2017, waar in het antwoord op vraag 9 opnieuw wordt aangegeven dat er één kortingspercentage opgegeven dient te worden. Het door u opgegeven kortingspercentage is tot slot niet in te voeren in de in paragraaf 3.3.1 van het Beschrijvend document opgegeven scoringsmethodiek.

Op basis hiervan is besloten uw inschrijving als ongeldig aan te merken en uit te sluiten van verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure. (...)'

1.7. Klager heeft op 11 mei 2017 naar aanleiding van de gunningsbeslissing de volgende brief aan beklagde verzonden:

'Hierbij delen wij u mede bezwaar aan te tekenen tegen de beslissing om onze inschrijving uit te sluiten van verdere deelname. Wij beroepen ons hierbij op de volgende punten:

- Het door ons aangeboden kortingspercentage laat zich – in tegenstelling tot hetgeen in uw brief staat vermeld – niet op verschillende manieren uitleggen.
U geeft hierbij zelf al aan dat onze schrijfwijze inhoudt dat het kortingspercentage '5% of hoger' bedraagt Er is geen enkele andere manier om dit uit te leggen en dus bedraagt het kortingspercentage ten minste 5%, mogelijk meer doch in geen enkel geval minder.
- Voorts schrijft u dat onze wijze van aanbieden 'in strijd is met hetgeen is beschreven in paragraaf 5.2.1 en bijlage 7 Gunningscriterium Prijs van het Beschrijven document waarin wordt gevraagd om een vast kortingspercentage ten behoeve van het randassortiment'.
Zowel in paragraaf 5.2.1 als in bijlage 7 wordt nergens benoemd dat het kortingspercentage 'vast' dient te zijn.
- U refereert vervolgens aan de Nota va inlichtingen 'waar in het antwoord opnieuw wordt aangegeven dat er één kortingspercentage opgegeven dient te worden'.
Deze vraag betrof echter de mogelijkheid om gedifferentieerde kortingspercentages toe te passen waarbij het gemiddelde zou worden gehanteerd voor de toekenning van het aantal punten. Dat is in deze geheel niet aan de orde. Er is één kortingspercentage (5%) aangeboden voor alle productgroepen. Bovendien wordt in de beantwoording van de vraag wederom niet gesproken van een 'vast' kortingspercentage.

Met onze schrijfwijze ($\geq 5\%$) wilden wij u in alle oprechtheid laten weten dat kortingen mogelijk hoger kunnen uitvallen. Dit kan het gevolg zijn van:

- 1) De door u vereiste prijsvastheid van een jaar waardoor brutoprijzen weliswaar kunnen stijgen, maar uw nettoprijs dat niet kan/mag en het kortingspercentage dus kan toenemen.
- 2) Mogelijke promoties (actiekortingen) die ook aan [Beklaagde] zullen worden verstrekt en waardoor het kortingspercentage (tijdelijk) hoger kan liggen.

U had in deze dus kunnen concluderen – hetgeen wij ook verwachtten – dat 5% het percentage was waarmee gecalculeerd diende te worden. Er kan namelijk geen enkel misverstand bestaan over het feit dat de korting te allen tijde ten minste 5% bedraagt, hetgeen u in uw schrijven ook beaamt. Dat eventuele hogere doch niet gegarandeerde kortingen buiten beschouwing worden gelaten vinden wij overigens begrijpelijk.

Tenslotte willen wij u graag wijzen op Bijlage 6, eis 33 waarin u zelf aangeeft dat 'de kortingspercentages op zowel het Kern- en het Randassortiment blijven gel-

den als minimale kortingspercentages gedurende de gehele contractduur'. De feitelijk enige gedocumenteerde verwijzing naar de aard van de aangeboden korting stelt dus ook dat dit een minimaal percentage betreft, dus ook hoger kan/mag liggen en derhalve niet 'vast' is.

In het licht van bovenstaande zien wij meer dan voldoende redenen om bezwaar op deze beslissing te kunnen maken. Wij hechten echter de voorkeur aan een dialoog en constructief overleg boven het aanwenden van rechtsmiddelen, zeker gezien de jarenlange en aangename samenwerking tussen [Klager] en [Beklaagde]. Wij willen u daarom zonder meer de gelegenheid bieden om uw beslissing uit eigen beweging te herzien en onze inschrijving alsnog in behandeling te nemen.

(...)'

1.8. Op 23 mei 2017 heeft tussen klager en beklagde een gesprek plaatsgevonden.

1.9. Op 24 mei 2017 heeft beklagde de volgende reactie aan klager gezonden:

'Op 11 mei jl. hebben wij uw schriftelijk bezwaar inzake de uitsluiting van de aanbesteding "Levering Catering producten" ontvangen. Hierop hebben wij besloten u uit te nodigen voor een nadere mondelinge toelichting, welke heeft plaatsgevonden op 23 mei jl. In dit gesprek is toegezegd dat wij ook een schriftelijke reactie aan u zouden doen toekomen, welke u hierbij ontvangt.

Uw bezwaar van 11 mei jl. komt er op neer dat u vindt dat u onterecht bent uitgesloten. U verzoekt ons om deze beslissing te herzien en uw inschrijving alsnog in behandeling te nemen. Wij hebben besloten dit verzoek niet in te willigen, maar vast te houden aan de uitsluiting. Hiertoe overwegen wij het volgende:

In paragraaf 5.2.1 van het Beschrijvend Document, onder G.1.2 Kortingspercentage Randassortiment is opgenomen:

Daarnaast wil Opdrachtgever graag een opgave van de betalingskorting betreft het Randassortiment. Het gaat hierbij om een kortingspercentage voor het gehele Randassortiment. Het kortingspercentage geldt op alle producten uit het Randassortiment van Inschrijver.

Opdrachtgever geeft hiermee ondubbelzinnig aan dat er niet wordt gezocht naar een kortingspercentage per product of productgroep, maar dat er een kortingspercentage wordt gevraagd dat van toepassing is op het gehele assortiment. Een kortingspercentage van $\geq 5\%$, waarmee u hebt ingeschreven voldoet hier niet aan, omdat zoals u ook in uw bezwaar aangeeft, de korting "hoger uit kan vallen" en daarmee niet eenduidig voor Opdrachtgever is.

In paragraaf 3.3.1 van het Beschrijvend Document is bovendien opgenomen:
De Inschrijver met de hoogste korting ontvangt hiervoor maximaal 15 punten. De punten van de overige Inschrijvers worden percentagegewijs aan het hoogste rapportcijfer gerelateerd.

Deze beoordelingsmethodiek vereist een eenduidig kortingspercentage. Een inschrijving waarbij de werking van de beoordelingsmethodiek wordt gefrustreerd moet als manipulatieve inschrijving worden aangemerkt en ongeldig worden verklaard.

Het door u aangeboden kortingspercentage op onderdeel G.1.2 Kortingspercentage Randassortiment betreft $\geq 5\%$. Dit kortingspercentage laat zich uitleggen als groter of gelijk aan vijf procent en zou dus in de praktijk kunnen betekenen

dat u een korting van 5% of elk willekeurig kortingspercentage groter dan vijf procent kunt berekenen.

Ook in uw bezwaar van 11 mei jl. geeft u aan dat dit percentage in elk geval 5% bedraagt, maar ook hoger kan zijn. Dit kortingspercentage is daarmee niet eenduidig en voldoet niet aan het gevraagde in het betreffende gunningscriterium. Voor Opdrachtgever is het niet duidelijk welk kortingspercentage u nu aanbiedt voor het totale randassortiment en welk kortingspercentage wij zouden moeten meenemen in de beoordelingssystematiek. Uw inschrijving is daarom ongeldig verklaard en niet meegenomen in de verdere beoordeling. Wij hebben overwogen om verduidelijking te vragen op grond van paragraaf 2.5, lid 3 van het Beschrijvend document. Echter het vragen van een verduidelijking of het bieden van gelegenheid tot herstel zou leiden tot het wijzigen van uw inschrijving en daarmee in strijd zijn met het gelijkheidsbeginsel..

In uw bezwaar geeft u verder aan dat er in eis 33 van het Programma van Eisen wordt gevraagd om een minimaal kortingspercentage. Echter heeft deze eis betrekking op indexatie en dient ook in dit licht te worden gelezen. De bij inschrijving opgegeven minimale kortingspercentages blijven bij indexatie geldig. Uiteraard kan een opdrachtnemer bij de uitvoering van het contract besluiten een hogere korting te geven. Dit is echter niet relevant in het kader van de beoordeling, waarbij om inschrijvingen vergelijkbaar te houden er uitgegaan moet worden van het in G.1.2 omschreven kortingspercentage dat van toepassing is op het gehele randassortiment.'

2. Beschrijving klacht

2.1. Klachtonderdeel 1

Beklaagde heeft de inschrijving van klager ten onrechte als ongeldig terzijde gelegd.

2.2. Klachtonderdeel 2

Beklaagde heeft klager ten onrechte niet om verduidelijking van het kortingspercentage gevraagd. In dat kader heeft beklagde de door klager beoogde verduidelijking van het door haar aangeboden kortingspercentage ten onrechte op voorhand als een ongeoorloofde wijziging van haar inschrijving aangemerkt.

3. Onderbouwing klacht

3.1. Klachtonderdeel 1

3.1.1. Klager stelt dat beklagde de inschrijving terzijde heeft gelegd op grond van het feit dat het door klager aangeboden kortingspercentage ('5% of hoger') niet eenduidig zou zijn en daarmee in strijd is met de vraag om een vast kortingspercentage ten behoeve van het randassortiment.

3.1.2. Beklaagde verwijst in de mededeling van de gunningsbeslissing naar de paragrafen 5.2.1 (zie 1.2 hiervoor) en bijlage 7 (zie 1.4 hiervoor) van het Beschrijvend document, waarin volgens haar gevraagd wordt om een vast percentage. Klager is echter van mening dat zowel in paragraaf 5.2.1 als in bijlage 7 niet van een vast percentage gesproken wordt.

3.1.3. Verder verwijst beklagde naar vraag 9 van de Nota van Inlichtingen (zie 1.5 hiervoor). Volgens klager betreft deze vraag de toepassing van een gedifferentieerd kortingspercentage waarvan in dit geval geen sprake is.

3.1.4. Klager stelt dat beklaagde zelf in bijlage 6, eis 33, van het Beschrijvend document aangeeft dat de kortingspercentages, waarbij klager vraagtekens plaatst bij het meervoud, als minimale kortingspercentages blijven gelden gedurende de duur van het contract (zie 1.3 hiervoor). Klager verwijst daarbij ook naar haar brief van 11 mei 2017 aan beklaagde (zie 1.7 hiervoor).

3.2. Klachtonderdeel 2

3.2.1. Naar de mening van klager heeft beklaagde ten onrechte van de mogelijkheid van een verificatiegesprek afgezien. Klager is van mening dat het niet aangaan van een verificatiegesprek en de directe uitsluiting van klager op basis van een vermeende onduidelijkheid in de inschrijving disproportioneel is.

3.2.2. Voorts stelt klager dat er naar aanleiding van haar brief van 11 mei 2017 een gesprek heeft plaatsgevonden met beklaagde. In dat gesprek zijn bovengenoemde punten besproken. Volgens klager heeft beklaagde aangegeven dat het hantieren van '5%' in plaats van '5% of hoger' een wezenlijke wijziging van de inschrijving zou veroorzaken. Klager is het daarmee niet eens.

4. Reactie beklaagde

4.1. Klachtonderdeel 1

4.1.1. Beklaagde voert de volgende argumenten aan ten aanzien van de uitsluiting van klager van onderhavige aanbesteding.

4.1.2. Ten eerste verwijst beklaagde naar paragraaf 5.2.1 van het Beschrijvend Document, G.1.2 Kortingspercentage Randassortiment (zie 1.2 hiervoor):

'Daarnaast wil de Opdrachtgever graag een opgave van de betalingskorting betreft het Randassortiment. Het gaat hierbij om een kortingspercentage voor het gehele Randassortiment. Het kortingspercentage geldt op alle producten uit het Randassortiment van Inschrijver.'

4.1.3. Beklaagde stelt dat zij hiermee ondubbelzinnig aangeeft dat er niet wordt gezocht naar een kortingspercentage per product of productgroep, maar dat er een kortingspercentage wordt gevraagd dat van toepassing is op het gehele randassortiment. Een kortingspercentage van 5% of hoger, waarmee klager heeft geschreven voldoet hier niet aan, omdat zoals klager ook in haar bezwaar van 11 mei jl. (zie 1.7 hiervoor) aangeeft, de korting "hoger uit kan vallen" en daarmee niet eenduidig voor Opdrachtgever is.

4.1.4. Voorts verwijst beklaagde naar de volgende passage opgenomen in paragraaf 3.3.1 van het Beschrijvend Document:

'De Inschrijver met de hoogste korting ontvangt hiervoor maximaal 15 punten. De punten van de overige Inschrijvers worden percentagegewijs aan het hoogste rapportcijfer gerelateerd.'

4.1.5. Deze beoordelingsmethodiek vereist volgens beklaagde een eenduidig kortingspercentage. Een inschrijving waarbij de werking van de beoordelingsmethodiek wordt gefrustreerd moet naar de mening van beklaagde als een manipulatieve inschrijving worden aangemerkt en ongeldig worden verklaard.

4.1.6. Klager geeft voorts aan dat het antwoord op vraag 9 van de Nota van Inlichtingen (zie 1.5 hiervoor) geenszins verduidelijking geeft over de bedoeling van be-

klaagde om een vast kortingspercentage te ontvangen. Alhoewel de vraag betrekking had op de mogelijkheid tot het indienen van een gedifferentieerd kortingspercentage, had klager naar de mening van beklagde hieruit af kunnen leiden dat er één kortingspercentage opgegeven diende te worden. Eén kortingspercentage is bijvoorbeeld 5 % en niet 5% maar misschien meer dan 5%. Dit is volgens beklagde niet eenduidig en laat ruimte voor discussie. Eén is niet 5% maar misschien (wanneer dan?) meer dan 5% (hoeveel dan?).

- 4.1.7. Klager geeft verder aan dat er in eis 33 van het Programma van Eisen wordt gevraagd om een minimaal kortingspercentage. Eis 33 van het Programma van Eisen (zie 1.3 hiervoor) ziet op de indexering en dient volgens beklagde in het licht daarvan gelezen te worden. De bij inschrijving opgegeven minimale kortingspercentages blijven bij indexatie geldig. Uiteraard kan een Opdrachtnemer bij de contractuitvoering besluiten een hogere korting te geven. Dit is volgens beklagde echter niet relevant in het kader van de beoordeling, waarbij om inschrijvingen vergelijkbaar te houden er uitgegaan moet worden van het in G.1.2 omschreven kortingspercentage voor het gehele randassortiment.
- 4.1.8. Het door klager aangeboden kortingspercentage op onderdeel G.1.2 Kortingspercentage Randassortiment betreft $\geq 5\%$. Dit kortingspercentage laat zich volgens beklagde uitleggen als groter of gelijk aan vijf procent en zou dus in de praktijk kunnen betekenen dat een korting van 5% of elk willekeurig kortingspercentage groter dan vijf procent kan worden berekend. Ook in het bezwaar van klager van 11 mei 2017 wordt aangegeven dat het aangeboden percentage in elk geval 5% bedraagt, maar ook hoger kan zijn. Dit kortingspercentage is daarmee niet eenduidig en voldoet niet aan het gevraagde in het betreffende gunningscriterium. Voor beklagde is het niet duidelijk welk kortingspercentage wordt aangeboden voor het totale randassortiment en welk kortingspercentage meegenomen zou moeten worden in de beoordelingsmethodiek.
- 4.1.9. Op basis van bovenstaande argumentatie is de inschrijving van klager ongeldig verklaard en niet meegenomen in de verdere beoordeling.

4.2. Klachtonderdeel 2

Beklaagde geeft aan dat zij heeft overwogen om verduidelijking te vragen op grond van paragraaf 2.5, lid 3 van het Beschrijvend document. Echter, het vragen van een verduidelijking of het bieden van gelegenheid tot herstel zou leiden tot het wijzigen van de inschrijving van klager en daarmee in strijd zijn met het gelijkheidsbeginsel. Daarnaast heeft beklagde de mogelijkheid om een verificatievraag te stellen, maar is zij van mening dat zij hier niet toe verplicht is.

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt vast dat beklagde op 14 maart 2017 een Europese openbare procedure heeft aangekondigd voor een raamovereenkomst met één ondernemer voor het leveren van cateringproducten. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en 2 van de ten tijde van de aankondiging van de raamovereenkomst geldende Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit.
- 5.2. Klachtonderdeel 1
 - 5.2.1. Bij de beoordeling van de klacht moet worden vooropgesteld dat een aanbestedende dienst op grond van artikel 1.9, eerste lid, Aw 2012 transparant dient te handelen.

- 5.2.2. De te beantwoorden vraag is of beklagde aan haar hiervoor bedoelde verplichting heeft voldaan, in die zin dat zij het subgunningscriterium G.1.2 'Kortingsregeling Randassortiment' in de aanbestedingsstukken zodanig heeft geformuleerd dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers dit gunningscriterium en de wijze waarop daarop kon worden ingeschreven op dezelfde wijze zullen uitleggen. In het geval dat deze vraag bevestigend kan worden beantwoord, komt vervolgens de vraag aan de orde welke uitleg aan de omschrijving van dit subgunningscriterium moet worden gegeven, meer in het bijzonder de vraag of het subgunningscriterium de ruimte bood om in te schrijven op de wijze waarop klager dat heeft gedaan. Bij de beantwoording van deze onderling met elkaar verband houdende vragen geldt als uitgangspunt dat voor de uitleg van de aanbestedingsdocumenten de bewoordingen van de bepalingen, gelezen in het licht van de gehele tekst van die stukken, in beginsel van doorslaggevende betekenis zijn. Daarbij komt het aan op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin de stukken zijn gesteld.
- 5.2.3. Alvorens tot beantwoording van de voorgaande vragen over te gaan, merkt de Commissie op dat beklagde door '≥ 5%' in te vullen niet is afgeweken van de opmaak van Bijlage 7 van het Beschrijvend document.
- 5.2.4. Enerzijds blijkt naar het oordeel van de Commissie uit paragraaf 3.3.1 ("Prijs") en 5.2.1 ("Prijs") van Beschrijvend document onder G.1.2 (zie 1.2 hiervoor), uit Bijlage 7 (zie 1.4 hiervoor) en uit het antwoord op vraag 9 in de eerste Nota van Inlichtingen van 6 april 2017 (zie 1.5 hiervoor) dat er één kortingspercentage moest worden geboden voor alle producten van het randassortiment. Anderzijds heeft beklagde het kortingspercentage in het Programma van Eisen zelf aangeduid als een minimumpercentage (zie eis 33 in Bijlage 6 in 1.3 hiervoor). Dat heeft beklagde ook gedaan in haar reactie van 24 mei 2017 op de bij haar ingediende klacht (zie 1.9 hiervoor) en in haar reactie op de bij de Commissie ingediende klacht (zie 4.1.7 hiervoor): daarin heeft zij aangegeven dat de opdrachtnemer bij de uitvoering van de raamovereenkomst uiteraard kan besluiten een hogere korting te geven.
- 5.2.5. Naar het oordeel van de Commissie zullen alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers subgunningscriterium G.1.2 'Kortingsregeling Randassortiment' uitleggen in die zin dat één kortingspercentage voor alle producten van het randassortiment moet worden geoffreerd en dat dit kortingspercentage als een minimumpercentage heeft te gelden. Dat betekent dat de winnende inschrijver tijdens de uitvoering van de raamovereenkomst ten minste het door hem geoffreerde kortingspercentage zal moeten berekenen, maar dat hij op dat moment ook kan besluiten een hoger kortingspercentage te geven.
- 5.2.6. De te beantwoorden vervolgvraag is dan of een inschrijving met een kortingspercentage van '≥ 5%' als een geldige inschrijving kan worden aangemerkt, gegeven deze uitleg van het subgunningscriterium. De Commissie is van oordeel dat deze vraag bevestigend moet worden beantwoord. Door in haar inschrijving als kortingspercentage '≥ 5%' op te nemen, heeft klager immers expliciet aangegeven dat het door haar aangeboden kortingspercentage ten minste 5 bedroeg. In zoverre kan beklagde dan ook niet worden gevolgd in haar betoog dat het voor haar onduidelijk was "welk kortingspercentage door klager werd aangeboden en welk percentage meegenomen zou moeten worden in de beoordelingsmethodiek" (zie 4.1.8 hiervoor). Waar het immers om gaat is dat het voor beklagde niet onduidelijk kan zijn geweest dat klager conform het Beschrijvend document voor alle producten van het randassortiment een minimumpercentage heeft aangeboden en dat dit percentage 5 bedroeg. De toevoeging '≥' maakt dat niet anders. De Commissie is dan ook van oordeel dat klager met haar inschrijving niet is afge-

weken van de voorwaarden van de aanbesteding en dat haar inschrijving door beklagde ten onrechte als ongeldig terzijde is gelegd.

5.2.7. Daarmee acht de Commissie het eerste klachtonderdeel gegrond.

5.3. Klachtonderdeel 2

5.3.1. Bij het slagen van het eerste klachtonderdeel behoeft het tweede klachtonderdeel geen behandeling meer.

5.4. Ten overvloede overweegt de Commissie nog het volgende.

5.5. Zoals de Commissie heeft overwogen in haar gecombineerde Advies 83/84 (zie overweging 6.1.6), Advies 333 (overweging 5.3) en Advies 362 (overweging 5.3.3) moet een aanbestedende dienst, wanneer hij kiest voor de toepassing van het gunningscriterium van de beste prijs-kwaliteitverhouding (voorheen 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, Vزر. Rb. Noord-Nederland 25 oktober 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:7100, JAAN 2014/13 m.nt. E. Verweij, r.o. 4.3; Vزر. Rb. Den Haag 3 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:10440, 10441, 10442, JAAN 2015/220-222 m.nt. C.E.C. Jansen r.o. 4.2 respectievelijk 5.2 en Vزر. Rb. Overijssel 30 september 2016, ECLI:NL:ROVE:2016:3761, JAAN 2016/252, m.nt. G. Verberne en T. Ruers, r.o. 4.2). Hoewel de inschrijving met de beste prijs-kwaliteitsverhouding niet altijd de inschrijving is met de laagste prijs, moet een nader criterium dat ziet op de prijs leiden tot een economisch voordeligere inschrijving. In het kader van een prijs-criterium is een goedkopere inschrijving noodzakelijkerwijs, vanuit economisch oogpunt, voordeliger dan een duurdere inschrijving. Een gunningssystematiek die ertoe leidt dat de opdracht bij gelijke kwaliteit wordt gegund aan een duurdere inschrijving, is niet in overeenstemming met het criterium van de beste prijs-kwaliteitverhouding (zie Gerecht van Eerste Aanleg EU van 16 september 2013 in zaak T-402/06 (Spanje/Commissie) r.o. 76 en 77 en ook Vزر. Rb. Den Haag 25 februari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2965, r.o. 4.10).

5.6. In het kader van het subgunningscriterium 'Kortingsregeling Randassortiment' als onderdeel van het gunningscriterium prijs dienen de inschrijvers slechts een kortingspercentage te offeren, zonder dat zij de prijslijsten voor het randassortiment hoeven in te dienen (zie paragraaf 3.3.1 en 5.2.1 onder G.1.2 van het Beschrijvend Document in 1.2 hiervoor). Daarmee is het mogelijk dat een inschrijver hoge catalogusprijzen heeft en een hoog kortingspercentage biedt, terwijl hij duurder is dan een inschrijver met lage catalogusprijzen die een lagere korting biedt. Net als in Advies 333 kan dit subgunningscriterium ertoe leiden dat wanneer twee inschrijvingen kwalitatief gelijkwaardig zijn, de raamovereenkomst wordt gegund aan de duurdere aanbieder van de twee. Daarmee handelt beklagde in strijd met haar in 5.5 hiervoor bedoelde verplichting.

6. **Advies**

De Commissie acht onderdeel 1 van de klacht **gegrond** en komt daardoor niet toe aan de behandeling van het tweede klachtonderdeel.

7. Aanbeveling

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

Den Haag, 28 juli 2017

w.g.:
Prof.mr. C.E.C. Jansen
Voorzitter

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid