

# Commissie van Aanbestedingsexperts

## Advies 421

### 1. Feiten

- 1.1. Beklaagden zijn op 24 mei 2017 een meervoudig onderhandse procedure gestart voor een raamovereenkomst met één onderneming voor een periode van vier jaar voor het leveren van juridische dienstverlening. In dat kader hebben zij vijf ondernemingen, waaronder klager, uitgenodigd tot het doen van een inschrijving.
- 1.2. In het Aanbestedingsdocument van 24 mei 2017 is, onder meer, het volgende bepaald:

#### 1. Inleiding (...)

#### 1.3 Omschrijving opdracht

Ten behoeve van de twee gemeenten voormeld dient er gekomen te worden tot een (nieuwe) overeenkomst voor juridische dienstverlening.

De twee deelnemende gemeenten werken reeds samen en willen hun samenwerking nog verder intensiveren en harmoniseren, in het kader waarvan zij ieder voor zich een afzonderlijk contract willen afsluiten met één en dezelfde contractspartij.

De juridische dienstverlening ziet i.c. toe op de inschakeling van een advocatenkantoor t.b.v. een gerechtelijke procedure, het geven van advies/second opinion, het verlenen van een helpdesk functie, het geven van in house lezingen (actualiteiten) en het verstrekken van een nieuwsbrief.

De rechtsgebieden die gewoonlijk worden afgenomen betreffen de volgende rechtsgebieden;

- Privaatrecht (vastgoed/huurrecht daar onder begrepen)
- Omgevingsrecht/Ruimtelijke ordening
- Bestuursrecht/Subsidierecht/Staatsteun/Jeugdwet
- Aanbestedingsrecht
- Ambtenarenrecht

(...)

### 3. Gunning en beoordeling

De opdracht wordt gegund op basis van de Economisch Meest Voordelige Inschrijving (EMVI) waarbij gekozen is voor de variant laagste prijs.

De reden daarvoor is dat de kwaliteit van de werkzaamheden al voldoende kan worden vastgelegd in het Programma van Eisen omdat de werkzaamheden vast omschreven zijn. Hierdoor is er beperkte meerwaarde om te gunnen op kwaliteit omdat het onderscheidend vermogen van de inschrijvers beperkt is.

Op deze opdracht valt door de inschrijvende partijen weinig of geen meerwaarde te creëren. Eventueel mogelijke geringe meerwaarde staat niet in verhouding tot de administratieve lasten die de inschrijving en beoordeling van EMVI (prijs en

kwaliteit) in dat geval voor Inschrijvers en Opdrachtgever met zich mee brengt. Daarom is gekozen voor het gunningscriterium laagste prijs.'

1.3. In het Programma van Eisen zijn, onder meer, de volgende eisen opgenomen:

'E1.4: Opdrachtnemer draagt er zorg voor dat de in te zetten advocaten staan ingeschreven bij de Nederlandse Orde van Advocaten.

E2.1: Opdrachtnemer levert dienstverlening en heeft expertise op de volgende vijf rechtsgebieden:

- Privaatrecht (waaronder Vastgoedrecht)
- Omgevingsrecht
- Bestuursrecht
- Aanbestedingsrecht
- Ambtenarenrecht

Opdrachtnemer voorziet hierin vanuit haar eigen kantoor of middels combinatie of onderaanneming.

Kwalificatie met behulp van inzet van derden kan alleen indien de derde die bij de uitvoering van de opdracht ingezet zal worden ook deel heeft genomen aan de Inschrijving (als combinant of onderaannemer). Er is geen verschil in tarifiering.

E2.3: Opdrachtnemer draagt er zorg voor dat hij gedurende de looptijd van de overeenkomst -met inachtneming van het bepaalde in dit Programma van Eisen- de dienstverlening en de expertise /service levert overeenkomstig het kwaliteitsniveau dat redelijkerwijs van een gerenommeerd advocatenkantoor verwacht mag worden. Dit houdt in ieder geval in dat bewezen diensten de rechterlijke toets doorstaan, dan wel dat vooraf is aangegeven wat de risico's zijn. Daarnaast voldoet de dienstverlening aan kwalitatief hoogstaande eisen, waarbij rekening wordt gehouden met de complexe bestuurlijke omgeving die kenmerkend is voor een gemeentelijke organisatie

E2.4 De inhoud en scope van Servicedesk juridische dienstverlening die door Opdrachtnemer wordt aangeboden is gegarandeerd van hoge kwaliteit. Dit houdt in ieder geval in dat deze de rechterlijke toets kan doorstaan.

E2.5 Opdrachtnemer levert faciliteiten op het gebied van kennis-overdracht. Dit houdt in dat opdrachtgever in ieder geval aanspraak maakt op incompany cursussen en dat opdrachtgever kennis krijgt van de nieuwsbrieven. Opdrachtgever kan bij opdrachtnemen gevraagde informatie (uitspraak/ publicatie) direct online inzien. Opdrachtgever stelt aanwezige modelcontracten op aanvraag kosteloos ter beschikking

E2.7 Opdrachtnemer garandeert dat hij voldoende gekwalificeerd personeel beschikbaar heeft om ook bij samenloop van verzoeken de expertise en dienstverlening en de benodigde kwaliteit te kunnen bieden.

E3.2 Opdrachtnemer heeft een vaste contactpersoon voor de Opdrachtgever. Contacten en alle verzoeken die worden ingediend verlopen in beginsel via deze contactpersoon.

Opdrachtnemer verzorgt een plaatsvervanger van de vaste contactpersoon bij langdurige afwezigheid.

E3.4 Contactpersoon van Opdrachtnemer heeft goed zicht op alle rechtsgebieden en kan daardoor functioneren als eerste aanspreekpunt. Contactpersoon is bij voorkeur Senior of Partner.

E3.6 Opdrachtnemer kan pas starten met een opdracht (niet van toepassing bij Servicedesk en advies minder dan 3 uur) na oplevering van een beknopt Plan van Aanpak (conform SMART-methode) met mijlpalen en urenraming dat is geaccordeerd door de contactpersoon van de afdeling Juridische Zaken van Opdrachtgever.

Opdrachtnemer draagt er zorg voor dat in het Plan van Aanpak de belangrijkste mijlpalen helder omschreven zijn en informeert Opdrachtgever actief over de keuzes die men kan maken gedurende een juridisch traject.

E3.9 Opdrachtnemer draagt er zorg voor dat hij proactief handelt ten aanzien van de voortgang van de opdracht en hij Opdrachtgever tijdig informeert. Opdrachtnemer houdt daarbij rekening met termijnen voor bestuurlijke besluitvorming.

E4.1 Opdrachtnemer levert 2 keer per jaar uiterlijk 1 maand na afloop van een contractjaar een rapportage over de geleverde dienstverlening in dat contractjaar aan bij de contactpersoon van de afdeling Juridische Zaken van de Opdrachtgever.

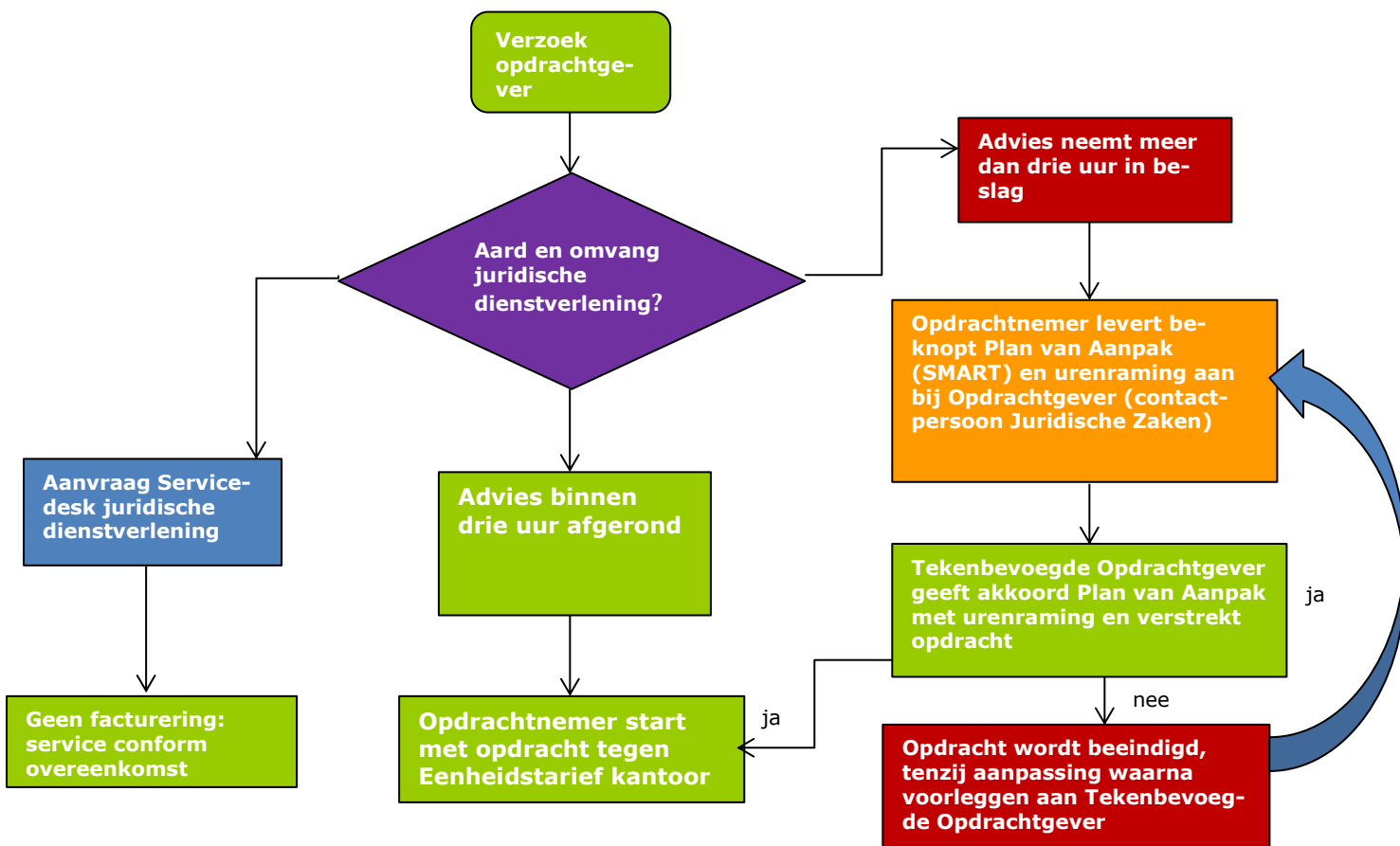
E4.2 Opdrachtnemer geeft de volgende zaken aan in de rapportage:

- Aantal aanvragen Servicedesk juridische dienstverlening
- Aantal opdrachten juridische advisering minder dan 3 uur
- Aantal opdrachten juridische advisering meer dan 3 uur
- Aantal opdrachten juridische vertegenwoordiging

Per type aanvraag of opdracht wordt de volgende informatie vermeld:

- Afdeling Opdrachtgever
- Beschrijving opdracht (beknopt voor servicedesk)
- Startdatum en looptijd
- Aantal uren inzet
- Status voortgang
- Resultaten
- Aanbevelingen aan Opdrachtgever'

1.4. Het 'Stroomschema procesafspraken bij verzoek opdrachtgever juridische dienstverlening', bijlage behorend bij het Programma van Eisen, ziet er als volgt uit:



1.5. In de Nota van Inlichtingen van 14 juni 2017 is, onder meer, de volgende vraag en het volgende antwoord opgenomen:

1.5.1. Vraag 11: 'Wij waarderen het dat u uw best doet om de inschrijfkosten te beperken. Maar met uw keuze voor uitsluitend het laagste uurtarief als enig gunningscriterium wijkt u af van artikel 1.13 Aw en van paragraaf 3.5.5 van de Gids Proportionaliteit. U doet uzelf er overigens mee tekort.

U motiveert uw keuze door te stellen dat de kwaliteit al voldoende is vastgelegd in het Programma van Eisen, omdat de werkzaamheden vast omschreven zijn en dat er daardoor maar beperkte meerwaarde valt te creëren. Deze motivering vol doet o.i. niet.

De werkzaamheden zijn bij uitstek niet vast omschreven in deze raamovereenkomst en het PvE en dat zou ook niet kunnen: het is immers niet bekend hoeveel werk en van welke soort (proces/advies) of op welk rechtsgebied gevraagd zal worden. Voor wat betreft de gevraagde kwaliteit bevat het PvE slechts zeer algemene eisen als datgene "dat van een gerenommeerd advocatenkantoor verwacht mag worden" en "diensten [die ] de rechterlijk toets [dienen te] doorstaan".

Maar ook anderszins voldoet uw motivering niet, omdat deze zich beperkt tot slechts één aspect dat de prijs van de dienst bepaalt, t.w. het tarief. U miskent daarmee bijvoorbeeld dat mogelijk is dat partij A weliswaar een uurtarief hanteert dat 10% hoger is dan B, maar advocaten kan inzetten met een zodanige ervaring dat zij een zelfde zaak in de helft van de tijd kunnen oplossen die partij B daarvoor nodig heeft, zodat de prijs van A (resultante van uren x tarief) 45% lager is bij een veronderstelde gelijkblijvende dienst.

Dit eenvoudige voorbeeld toont aan dat het gehanteerde gunningscriterium (1) niet voldoet aan de eisen die te stellen zijn aan het gunningscriterium laagste prijs – het tarief is immers niet gelijk te stellen met de prijs – en (2) niet voldoet aan de eisen te stellen aan een invulling van het gunningscriterium Beste prijs/kwaliteitsverhouding – er wordt immers nadrukkelijk niet de ruimte geboden aan een inschrijver om zich op kwaliteitsaspecten te onderscheiden en geen impuls geboden om dat te doen. Met dit laatste raakt u ook in conflict met artikel 1.4 Aw, dat voorschrijft dat gestreefd moet worden naar maatschappelijke meerwaarde.

Wij vragen u dan ook om uw keuze op dat punt te heroverwegen. Wij melden u vast dat naar ons oordeel deze materie zich leent om te worden voorgelegd aan de commissie bedoeld in artikel 4.27 Aw.'

Antwoord: 'Alle kantoren die zijn uitgenodigd zijn bij ons bekend en hebben in onze ervaring een vergelijkbare kwaliteit. De keuze om op laagste tarief te gunnen is mede hierop gebaseerd. Advocatenkantoren hebben bovendien hun eigen kwaliteitscriteria door middel van permanente (bij)scholing geborgd. Er kan daarom worden aangenomen dat het kwaliteitsniveau van de geselecteerde advocatenkantoren niet veel verschilt en vergelijkbaar is.'

1.6. Op 21 juni 2017 heeft klager de volgende brief aan beklagde verzonden:

'Langs deze weg leg ik een klacht aan u voor in het kader van bovengenoemde aanbesteding. De klacht heb ik verwoord in bijgaand klachtformulier van de Commissie van Aanbestedingsexperts.  
(...)

Gevraagd wordt om één uniform uurtarief op te geven. Dat is meteen het enige gunningscriterium. Dat is op p. 10 van het Aanbestedingsdocument als volgt gemotiveerd:

"De opdracht wordt gegund op basis van de Economisch Meest Voordelige Inschrijving (EMVI) waarbij gekozen is voor de variant laagste prijs.

De reden daarvoor is dat de kwaliteit van de werkzaamheden al voldoende kan worden vastgelegd in het Programma van Eisen omdat de werkzaamheden vast omschreven zijn. Hierdoor is er beperkte meerwaarde om te gunnen op kwaliteit omdat het onderscheidend vermogen van de inschrijvers beperkt is. Op deze opdracht valt door inschrijvende partijen weinig of geen meerwaarde te creëren.

Eventueel mogelijke geringe meerwaarde staat niet in verhouding tot de administratieve lasten die de inschrijving en beoordeling van EMVI (prijs en kwaliteit) in dat geval voor Inschrijvers en Opdrachtgever met zich mee brengt. Daarom is gekozen voor het gunningscriterium laagste prijs"

De motivering om af te wijken van het wettelijk uitgangspunt deugt niet.

De werkzaamheden zijn bij uitstek niet vast omschreven in deze raamovereenkomst en het PvE en dat zou ook niet kunnen: het is immers niet bekend hoeveel werk en van welke soort (proces/advies) of op welk rechtsgebied gevraagd zal worden. Voor wat betreft de gevraagde kwaliteit bevat het PvE slechts zeer algemene eisen als datgene "dat van een gerenommeerd advocatenkantoor verwacht mag worden" en "diensten [die ] de rechterlijk toets [dienen te] doorstaan". Daarmee is de kwaliteit volstrekt niet vastgelegd.

Of het onderscheidend vermogen van de inschrijvers beperkt is en of zij wel of geen meerwaarde kunnen bieden, zijn louter subjectieve veronderstellingen, die geen enkele feitelijke basis hebben.

Maar ook anderszins voldoet de motivering niet, omdat deze zich beperkt tot slechts één aspect dat de prijs van de dienst bepaalt, t.w. het tarief. Miskend wordt daarmee bijvoorbeeld dat mogelijk is dat partij A weliswaar een uurtarief hanteert dat 10% hoger is dan B, maar advocaten kan inzetten met een zodanige ervaring dat zij een zelfde zaak in de helft van de tijd kunnen oplossen die partij B daarvoor nodig heeft, zodat de prijs van A (resultante van uren x tarief) 45% lager is bij een veronderstelde gelijkblijvende dienst.

Dit eenvoudige voorbeeld toont aan dat het gehanteerde gunningscriterium (1) niet voldoet aan de eisen die te stellen zijn aan het gunningscriterium laagste prijs – het tarief is immers niet gelijk te stellen met de prijs – en (2) niet voldoet aan de eisen te stellen aan een invulling van het gunningscriterium Beste prijs/kwaliteitsverhouding – er wordt immers nadrukkelijk niet de ruimte geboden aan een inschrijver om zich op kwaliteitsaspecten te onderscheiden en geen impuls geboden om dat te doen.

De reactie op deze klacht, die in het kader van de inlichtingenronde naar voren is gebracht, beperkt zich ertoe dat het de aanbestedende dienst niet uitmaakt door welk kantoor zij wordt geholpen, omdat zij allemaal voldoende kwaliteit zouden bieden, en dat zij daarom het kantoor met het laagste uurtarief kiest.

Maar omdat uurtarief slechts één factor is die voor de prijs van de te leveren dienst van belang is, maar deze zeker niet bepaalt, is het gekozen gunningscriterium in hoge mate willekeurig.

Daarop is in de reactie niet ingegaan (zie NvI).'

1.7. Op 4 juli 2017 heeft beklagde als volgt gereageerd op de klacht van klager:

'De gemeenten [A] en [B] enerzijds en de gemeenten [C], [D], [E] en [F] anderzijds hebben ieder een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure georganiseerd voor de juridische dienstverlening (huisadvocaat). Deze gemeenten gezamenlijk worden hierna 'de Gemeenten' genoemd.

In beide aanbestedingen heeft uw kantoor [Klager] geklaagd over (kort gezegd) het gehanteerde gunningscriterium van de laagste prijs en de motivering daarvan door de Gemeenten. Naar het oordeel van [Klager] volstaat die motivering niet

en dienen de Gemeenten het gunningscriterium aan te passen door toelating van kwalitatieve elementen.

(...)

### **Motivering standpunt Gemeenten**

Beide aanbestedingen (...) betreffen meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedures van een opdracht tot juridische dienstverlening (huisadvocaat). In artikel 2.24 Aanbestedingswet 2012 (hierna: Aw) is voor een aantal opdrachten bepaald dat deze niet onder de (Europese) aanbestedingsplicht van deel 2 Aw vallen. In de aanhef, sub h van voormeld artikel wordt een aantal juridische diensten genoemd. Kort gezegd gaat het daar om advocatuurlijke adviesdiensten ter voorbereiding van gerechtelijke procedures en vertegenwoordiging in rechte. Ten aanzien van deze diensten bestaat dus geen aanbestedingsplicht en is de Aw dan ook niet van toepassing.

Naast voormelde advocatuurlijke diensten zien onderhavige opdrachten (hierna: de Opdracht) ook op andere (algemene) juridische diensten (bijvoorbeeld advisering vooraf, zonder dat sprake is van een (naderende) gerechtelijke procedure). Dergelijke juridische diensten vallen niet onder het bereik van artikel 2.24 aanhef, sub h Aw, maar onder de uitzonderingscategorie 'sociale en andere specifieke diensten'(art. 2.6a Aw). Voor deze uitzonderingsgrond geldt een verlicht aanbestedingsregime. Dat houdt (kort gezegd) in dat deze opdrachten met een geraamde waarde hoger dan € 750.000 op TenderNed moeten worden aangekondigd (art. 2.38 en 2.39 Aw).

Nu de geraamde waarde van iedere opdracht ruimschoots onder voormeld drempelbedrag blijft, hebben de Gemeenten de Opdracht via een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure uitgevraagd.

Voor een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure gelden de artikelen 1.4-1.6 Aw (beginselen en uitgangspunten bij aanbesteden) en artikelen 1.14-1.16 Aw (uitgangspunten bij een meervoudig onderhandse procedure). Deel 2 van de Aw is (aldus) niet van toepassing op onderhavige Aanbestedingen.

In artikel 2.114 Aw is het uitgangspunt geformuleerd dat aanbestedende diensten het gunningscriterium van beste prijs-kwaliteitverhouding (BKPV) hanteren. In afwijking hiervan mogen aanbestedende diensten het gunningscriterium van de laagste prijs of laagste kosten hanteren, maar dat moet op grond van artikel 2.114 lid 4 Aw wel worden gemotiveerd in de aanbestedingsstukken.

Nu Deel 2 van de Aw niet van toepassing is op onderhavige Aanbestedingen, staat daarmee vast dat artikel 2.114 Aw evenmin van toepassing is. De Gemeenten zijn dan ook niet verplicht te gunnen op basis van de in dat artikel genoemde gunningscriteria, t.w. de BKPV, laagste kosten of laagste prijs. Nu artikel 2.114 Aw niet van toepassing is, geldt evenmin de motiveringsplicht van artikel 2.114 lid 4 Aw bij het hanteren van het gunningscriterium.

Voorts gaat het hier om de categorie sociale en andere specifieke diensten, waarop artikelen 2.38 en 2.39 Aw van toepassing zijn voor opdrachten met een geraamde waarde van € 750.000 of hoger. Vast staat dat de geraamde waarde van de onderhavige opdrachten (ruimschoots) lager is dan voormeld drempelbedrag, zodat voornoemde artikelen niet van toepassing zijn.

Zelfs in het geval voornoemde artikelen 2.38 en 2.39 Aw (om wat voor reden dan ook) wel van toepassing zouden zijn (hetgeen naar het oordeel van de Gemeenten niet het geval is), geldt dat in artikel 2.39 lid 2 Aw uitsluitend een aantal ge-

noemde afdelingen en paragrafen van Deel 2 Aw van toepassing zijn verklaard. Afdeling 2.3.8.4 Aw waarin artikel 2.114 Aw is opgenomen, is niet genoemd in artikel 2.39 lid 2 Aw. Gelet daarop is artikel 2.114 Aw in het onderhavige geval niet van toepassing. Het uitgangspunt van "BPKV, tenzij" van artikel 2.114 Aw dat door [Klager] wordt aangehaald, is daarmee dan ook niet van toepassing op onderhavige Aanbestedingen.

De Gemeenten zijn dan ook van oordeel dat zij vrij zijn bij de keuze van het te hanteren gunningscriterium. Zij zijn niet gebonden aan artikel 2.114 Aw en zijn derhalve dan ook niet verplicht te gunnen op basis van BPKV of laagste prijs. Evenmin zijn zij verplicht hun beslissing voor het te hanteren gunningscriterium te motiveren.

Ik verwijs in dit kader nog naar het bepaalde in artikel 1.16 lid 2 Aw, welk artikel van toepassing is op meervoudig onderhandse procedures. Daarin is niet bepaald dat de aanbestedende dienst, anders dan in artikel 1.10 lid 2 sub f Aw (Europese procedures) en artikel 1.13 lid 2 sub f Aw (Nationale procedures), bij de te stellen eisen die in redelijke verhouding moeten staan tot de opdracht, acht moet slaan op de gunningscriteria. Hieruit blijkt een te meer dat aanbestedende diensten in meervoudig onderhandse procedures de vrijheid hebben bij het bepalen van een gunningscriterium.

(...)

### **Motivering Gemeenten**

#### *Toetsingskader motivering gunningscriterium*

Het vraagstuk van de laagste prijs als gunningscriterium en de motivering daarvan, is in de zaak BAM/Gemeente Zevenaar aan de orde gekomen. Daarin is ten aanzien van de motiveringsplicht bij laagste prijs het volgende overwogen:

"Dat is desbewust gebeurd naar aanleiding van een desbetreffend amendement dat is gemotiveerd met de wens dat de overheid een omslag moet maken als het gaat om duurzaam en innovatief inkopen en dat de overheid de markt moet uitdagen om de meest optimale oplossingen aan te dragen en ruimte te bieden voor innovatie en duurzaamheid. Als de aanbestedende dienst deugdelijk kan motiveren waarom zij in de gegeven omstandigheden kiest voor de laagste prijs, dan staat haar dat vrij. Anders zal zij het gunningscriterium op basis van EMVI moeten hanteren. Verwezenlijking van de in de wet neergelegde doelstellingen brengt met zich dat tot op zekere hoogte toetsbaar moet zijn of er een deugdelijke motivering is voor laagste prijs en of het door de aanbestedende dienst gehanteerde gunningscriterium werkelijk EMVI is. Aan die verwezenlijking zou in de weg staan als steeds en onder alle omstandigheden elk kwaliteitsaspect, hoe gering ook, dat een aanbestedende dienst als gunningscriterium aan de laagste prijs toevoegt, maakt dat aangenomen moet worden dat sprake is van gunning op EMVI. Uiteraard is het in beginsel aan de aanbestedende dienst te bepalen hoeveel gewicht zij aan kwaliteitsonderdelen wil toekennen. Het kan zich echter voordoen dat de kwaliteitselementen van zo geringe betekenis zijn dat redelijkerwijs niet meer kan worden aangenomen dat nog sprake is van EMVI. Uiteraard kleeft hieraan, ook voor aanbestedende diensten, het praktische bezwaar dat in zijn algemeenheid niet te bepalen is waar het omslagpunt ligt. Datzelfde geldt overigens voor het antwoord op de vraag of er een deugdelijke motivering is voor de keuze van laagste prijs. Waar dat omslagpunt ligt kan slechts van geval tot geval worden vastgesteld, rekening houdend met alle omstandigheden van het geval, zoals de specifieke gunningscriteria, hun (relatieve) gewicht, het voorwerp van de aanbesteding, de markt waarin de aanbesteding plaatsvindt, de mate waarin gunning

op EMVI zinvol is met het oog op de daarmee te verwezenlijken door de wetgever relevant geachte doelen enz. enz..”

In een tweetal adviezen van de Commissie van Aanbestedingsexperts (CvA) is dit onderwerp eveneens aan de orde gesteld. De CvA is van oordeel dat een aanbestedende dienst voor toepassing van het criterium van de laagste prijs mag kiezen wanneer de keuze voor toepassing van het criterium BPKV ondoelmatig is. Die keuze zal ondoelmatig mogen worden geacht wanneer het in de gegeven omstandigheden van het geval redelijkerwijs niet te verwachten valt dat daarmee een zodanige ruimte voor marktpartijen zal worden gecreëerd dat zij zich voldoende uitgedaagd zullen mogen voelen om innovatieve en duurzame oplossingen aan te bieden. Duurzaam en innovatief inkopen dient te gebeuren door niet alleen te kijken naar het productieproces, maar ook naar de gebruiksfase van een product. Uit de toelichting bij artikel 2.114 Aw blijkt verder dat de wetgever in de eerste plaats heeft gedacht aan het bevorderen van levering van duurzame producten met een laag energieverbruik, waarbij niet alleen naar de (laagste) prijs zou moeten worden gekeken, maar ook naar de Total Cost of Ownership (TCO, zie Kamerstukken II 2011/12, 32440, nr. 25), aldus de CvA.

De CvA overweegt verder dat alvorens kan worden gekozen voor toepassing van het criterium van de laagste prijs, een aanbestedende dienst eerst een afweging zal moeten maken van alle relevante omstandigheden van het geval ten einde te bepalen of de keuze voor toepassing van het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving inderdaad ondoelmatig is in de hiervoor bedoelde zin. Daarbij komt het naar het oordeel van de CvA in het bijzonder aan op de volgende door de voorzieningenrechter van de Vzr. Rb. Gelderland 3 juni 2014 (ECLI:NL:RGBEL:2014:3493, r.o. 4.8) genoemde omstandigheden: het voorwerp van de aanbesteding, de markt waarin de aanbesteding plaatsvindt en de mate waarin gunning op basis van het criterium van de economische meest voordelige inschrijving zinvol is met het oog op de daarmee te verwezenlijken door de wetgever relevant geachte doelen, namelijk dat aanbestedende diensten een omslag gaan maken als het gaat om duurzaam en innovatief inkopen.

#### Toetsingskader in casu uitgewerkt

Allereerst zijn de Gemeenten van oordeel dat toepassing van BPKV in het onderhavige geval ondoelmatig is, aangezien in de gegeven omstandigheden van het onderhavige geval redelijkerwijs niet te verwachten valt dat daarmee een zodanige ruimte voor de uitgenodigde advocatenkantoren zal worden gecreëerd dat zij zich voldoende uitgedaagd zullen voelen om innovatieve en duurzame oplossingen aan te bieden. Bij de onderhavige Aanbestedingen is immers geen sprake van levering van producten (waar een dergelijke uitdaging in beginsel wel mogelijk is), maar van het leveren van juridische diensten. Bij dergelijke adviesdiensten als zodanig is het aanbieden van duurzame en innovatieve oplossingen niet aan de orde.

Het voorwerp van de Aanbestedingen, namelijk juridische dienstverlening, is voldoende basis om af te wijken van de 'hoofdregel' om op basis van BPKV te gunnen (welke hoofdregel naar het oordeel van de Gemeenten overigens niet geldt bij onderhavige meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure van een dienst die onder de uitzonderingscategorie van sociale en andere specifieke diensten valt). Verwezenlijking van de doelen van de wetgever, namelijk dat door middel van het gunnen op BPKV aanbestedende diensten een omslag gaan maken als het gaat om duurzaam en innovatief inkopen, is niet aan de orde bij de aanbesteding van juridische dienstverlening.



Daarnaast geldt dat bij een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure het gebruikelijk is dat uitsluitend partijen worden uitgenodigd die met elkaar kunnen concurreren. In de Nota van Inlichtingen is reeds aan u bericht dat de Gemeenten in het onderhavige geval alleen kantoren hebben uitgenodigd die bij hen bekend zijn en die op basis van ervaringen van de Gemeenten een vergelijkbare kwaliteit hebben. Er is (aldus) tussen de inschrijvers geen/beperkte meerwaarde te behalen op kwaliteit.

Iedere advocaat is WO afgestudeerd, dient gedurende de eerste 3 jaren een opleiding te volgen die met een examen wordt afgesloten, wordt (in ieder geval) gedurende de eerste jaren begeleid door een andere ervaren advocaat en dient ieder jaar permanent te worden bijgeschoold. Voorts stelt de Nederlandse Orde van Advocaten bepaalde eisen aan de uitoefening van een advocatenpraktijk (bijvoorbeeld ten aanzien van een Stichting Derdengeldrekening, verzekeringen en communicatie). Met dit alles is enig kwaliteitsniveau geborgd.

Daarnaast hebben de Gemeenten in het PvE op een aantal onderdelen (eisen algemeen, eisen onderdeel dienstverlening, eisen onderdeel procesafspraken dienstverlening en eisen onderdeel rapportage) een bepaald kwaliteitsniveau uitgevraagd. Zo dient de opdrachtnemer bijvoorbeeld faciliteiten te kunnen leveren op het gebied van kennisoverdracht.

Hiermee is naar het oordeel van de Gemeenten het gewenste kwaliteitsniveau reeds geborgd.

De beslissing om de laagste prijs als gunningscriterium te hanteren is weloverwogen genomen, met inachtneming van de relevante omstandigheden van het geval, waaronder de administratieve lasten voor zowel de Gemeenten als de inschrijvers. De Gemeenten hebben willen voorkomen dat partijen onnodig worden belast met gunnings- en beoordelingsmethodieken, terwijl onderscheid op kwaliteit in feite haast niet mogelijk is. Deze afweging van de Gemeenten is gebaseerd op eigen ervaringen, aangezien de vorige aanbesteding wel op basis van het gunningscriterium EMVI (huidige BPKV) is gegund. Nu weer op basis van BPKV gunnen zou leiden tot onnodige lasten die de Gemeenten hebben willen besparen, terwijl de baten onvoldoende aanwezig zijn.

Laagste prijs als gunningscriterium is voorts proportioneel tegenover de inschrijvers, aangezien de kans op gunning voor iedere partij 20% is. De onnodige lasten en kosten voor inschrijvers bij een gunningscriterium BPKV wegen naar het oordeel van de Gemeenten niet op tegen de kleine kans op gunning van de opdracht.

De stelling van [Klager] dat thans niet bekend is hoeveel werk en van welk soort (proces/advies) of op welk rechtsgebied gevraagd zal worden, verdient nuanceering. Het betreft hier een opdracht voor juridische dienstverlening, waarbij evident is dat op voorhand niet vast staat welke werkzaamheden en in welke omvang gevraagd gaan worden. Daarom wordt met de partijen een raamovereenkomst aangegaan. Dit lijkt [Klager] ook te onderkennen.

Relevant is dan nog wel dat in de NvI op verzoek van een van de partijen wordt gemeld wat de gemiddelde omvang van opdracht was over de afgelopen drie jaren en dat dit bedrag indicatief is voor de komende jaren (aan welke informatie geen rechten kunnen worden ontleend). In het geval van [A][B] is dat circa € 140.000 (voor beide gemeenten gezamenlijk) en in het geval van [C], [D], [E] en [F] is dat circa € 129.000 (voor alle vier gemeenten gezamenlijk). Ook hebben de Gemeenten expliciet in de aanbestedingsstukken gemeld welke rechtsgebieden de Opdracht betreft, namelijk Privaatrecht (waaronder Vastgoedrecht), Omge-

vingsrecht, Bestuursrecht, Aanbestedingsrecht en Ambtenarenrecht. Bovendien is het proces van de dienstverlening in het 'Stroomschema Procesafspraken' uitgeschreven. Hiermee hebben de Gemeenten de (aard en de omvang van de) Opdracht zo concreet mogelijk beschreven.

Een ander verwijt van [Klager] is nog dat de motivering van de Gemeenten zich beperkt tot slechts één aspect dat de prijs van de dienst bepaalt, t.w. het tarief. Daarmee zou worden miskend dat partij A een hoger uurtarief hanteert dan partij B, maar naar verhouding veel minder tijd kwijt zal zijn aan de opdracht (omdat A ervaren advocaten kan inzetten). Bij een gelijkblijvende dienst zou de prijs van A in de praktijk lager zijn, terwijl haar uurtarief hoger is.

Te dien aanzien geldt vooraleerst dat de Gemeenten vrij zijn in het te kiezen gunningscriterium, aangezien het hier om een meervoudig onderhandse procedure gaat van een dienst die onder de categorie sociale en andere specifieke diensten valt (een en ander zoals hiervoor reeds aan de orde gesteld). Dat betekent dat de Gemeenten het gunningscriterium van de laagste prijs naar eigen inzicht mogen inrichten.

Los daarvan geldt in dit kader dat het aspect 'tijd' als gunningscriterium naar het oordeel van de Gemeenten niet aan te merken is als een objectief criterium en niet, althans niet goed meetbaar is, en daarom niet als meetinstrument voor kwaliteit kan worden ingezet. Ieder gunningscriterium dient immers zo objectief mogelijk te zijn gesteld, teneinde een rangorde binnen de inschrijvingen aan te brengen. Objectiviteit suggereert logischerwijze de mogelijkheid van feitelijke en controleerbare vaststelling van de opgegeven kwaliteitsaspecten.

[Klager] stelt (kort gezegd) dat in het gunningscriterium van de Gemeenten geen rekening is gehouden met de tijd die een advocaat nodig zal hebben voor het uitvoeren van de werkzaamheden. In het onderhavige geval, waarbij het voorwerp van de opdracht juridische dienstverlening betreft, is tijd echter een 'kwaliteitsaspect' dat tijdens de aanbestedingsfase (en dus vooraf) niet, dan wel niet goed objectief in al haar finesses kan worden getoetst, zonder een onevenredige belasting voor aanbestedende dienst of inschrijver met zich te brengen. Iedere vraag naar tijd zal immers een subjectief en volledig oncontroleerbaar antwoord opleveren, waarbij het nog maar de vraag is of de eventueel voorgelegde casus tijdens de aanbesteding representatief is voor de uiteindelijk, na totstandkoming van de overeenkomst, gevraagde dienstverlening. Het aantal uren dat aan een zaak moet worden besteed is immers sterk afhankelijk van de omstandigheden van het geval en niet enkel ondubbelzinnig te herleiden tot de mate van deskundigheid van de behandelend advocaat zelf.

Voor zover mogelijk, hebben de Gemeenten het tijdsaspect wel proberen te ondervangen in het 'Stroomschema Procesafspraken'. In dat schema is het proces van de dienstverlening vastgelegd. Daarin is onderscheid gemaakt tussen adviezen die binnen 3 uur kunnen worden afgerond en adviezen die meer tijd in beslag zullen nemen.

Ten aanzien van adviezen die binnen 3 uur kunnen worden afgerond, is het verwijt van [Klager] onterecht, althans is het effect van het verwijt in de praktijk nihil. Ongeacht wie de opdrachtnemer is, geldt immers voor die gevallen dat de adviezen binnen 3 uur moeten zijn afgerond. Tussen de kantoren zal dan ook geen/weinig verschil bestaan in het aantal te besteden uren voor dergelijke kwesties, ongeacht de ervaring van de in te zetten advocaten.

Wat betreft de adviezen die langer dan 3 uur in beslag nemen, geldt dat opdrachtnemer eerst een beknopt Plan van Aanpak (SMART) én een urenraming

aan opdrachtgever moet verstrekken. Indien opdrachtgever akkoord gaat met het Plan van Aanpak én de urenraming, kan opdrachtnemer starten met de werkzaamheden. Indien opdrachtgever niet akkoord gaat met het Plan van Aanpak én de urenraming, wordt de opdracht beëindigd, tenzij aanpassingen worden aangebracht in het Plan van Aanpak en/of de urenraming. Eventuele aanpassingen moeten vervolgens weer aan de opdrachtgever ter goedkeuring worden voorgelegd.

Dit werkproces voorkomt dat opdrachtnemer naar het oordeel van opdrachtgever te veel uren en daarmee een te hoge prijs in rekening brengt. Uit het Plan van Aanpak volgt immers op welke wijze opdrachtnemer de Opdracht zal uitvoeren (Plan van Aanpak moet immers SMART worden uitgewerkt). Aan de hand van de urenraming in samenhang met het Plan van Aanpak kan de opdrachtgever beoordelen of het aantal te besteden uren redelijk is.

Deze beoordeling kan door de (juristen van de) Gemeenten goed worden uitgevoerd en bovendien hebben de Gemeenten jarenlange ervaring met de dienstverlening van advocatenkantoren, zodat zij vooraf goed kunnen vaststellen of de urenraming enigszins reëel is. Het doet er dan niet toe of een advocaat-partner de werkzaamheden uitvoert met minder uren of dat een advocaat-stagiaire de werkzaamheden uitvoert met meer uren. Relevant is slechts het totaalbedrag (uren x tarief). Indien dat totaalbedrag redelijk is naar het oordeel van de Gemeenten, zal goedkeuring worden gegeven. Indien dat totaalbedrag onredelijk voorkomt naar het oordeel van de Gemeenten, zal geen goedkeuring worden gegeven.

Hiermee wordt voorkomen dat een opdrachtnemer wordt gecontracteerd die naar verhouding te veel uren in rekening zal brengen, waardoor de prijs te hoog wordt. Het door [Klager] geschetste risico is door middel van deze werkwijze gneutraliseerd.

Overigens geldt dat de Gemeenten advocatenkantoren hebben uitgenodigd die (naar het oordeel van de Gemeenten) vergelijkbare kwaliteitsniveau hebben, zodat naar verwachting weinig verschil zal zijn tussen de urenramingen van de verschillende kantoren.

[Klager] stel nog met een beroep op artikel 1.4 lid 2 Aw dat de Gemeenten geen dan wel onvoldoende zorg dragen voor het leveren van zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen. Dit standpunt wordt verder onvoldoende onderbouwd.

Indien [Klager] daarmee suggereert dat laagste prijs als gunningscriterium per definitie betekent dat daarmee in strijd wordt gehandeld met artikel 1.4 lid 2 Aw (zorgen voor zoveel mogelijk maatschappelijke waarde), is dat een onjuiste suggestie. Met het gunningscriterium van de laagste prijs kan evengoed geborgd worden dat zoveel mogelijk maatschappelijk waarde wordt geleverd. Immers, partijen wordt gevraagd om op prijs met elkaar te concurreren, terwijl de vereiste kwaliteit reeds aanwezig is bij alle partijen. Daarmee wordt voor de laagste prijs een partij gecontracteerd die over voldoende kwaliteit beschikt om het werk uit te voeren.'

## **2. Beschrijving klacht**

### **2.1. Klachtonderdeel 1**

Beklaagden hebben als gunningscriterium gekozen voor het criterium van de laagste prijs. In dat kader hebben zij de inschrijvers gevraagd om één uniform uurtarief te offreren. Klager stelt dat het uurtarief de prijs van de te leveren diensten slechts zeer gedeeltelijk bepaalt en een in hoge mate willekeurig criterium vormt.

### **2.2. Klachtonderdeel 2**

Beklaagden zijn op grond van artikel 1.16 Aw 2012 en het bepaalde op pagina 53-54 van de Gids Proportionaliteit verplicht om de raamovereenkomst te gunnen op basis van de beste prijs-kwaliteitverhouding. In afwijking van dit uitgangspunt kunnen beklagden de raamovereenkomst gunnen op grond van de laagste prijs. In dat geval moeten zij de toepassing van dat criterium motiveren in de aanbestedingsstukken. Beklaagden hebben weliswaar gemotiveerd waarom zij in het onderhavige geval het criterium van de laagste prijs toepassen, maar die motivering kan volgens klager de gemaakte keuze niet dragen. Dat betekent dat beklagden hebben gehandeld in strijd met artikel 1.16, vierde lid, Aw 2012.

## **3. Onderbouwing klacht**

### **3.1. Klachtonderdeel 1**

- 3.1.1. Door het hanteren van enkel dit gunningscriterium miskennen beklagden volgens klager dat het nu mogelijk is dat partij A weliswaar een uurtarief van 10% hoger hanteert dan partij B, maar dat partij A advocaten in kan zetten met een zodanige ervaring dat zij een zelfde zaak in de helft van de tijd kan oplossen die partij B daarvoor nodig heeft. Resultaat hiervan is volgens klager dat de prijs van partij A (resultante van uren x tarief) 45% lager is bij een veronderstelde gelijkblijvende dienst.
- 3.1.2. Het voorbeeld toont volgens klager aan dat het gehanteerde gunningscriterium niet voldoet aan de eisen die te stellen zijn aan het gunningscriterium laagste prijs. Het tarief is volgens klager namelijk niet gelijk te stellen met de prijs.
- 3.1.3. De reactie van beklagden, dat zij zelf de urenbesteding in de hand zal houden (zie 1.7 hiervoor), gaat er volgens klager aan voorbij dat bij een uitvraag met één uniform tarief aan de te contracteren partij geen eisen gesteld kunnen worden aan ervaring (of specifieke expertise) van de voor het betreffende tarief op een concrete opdracht in te zetten advocaat.
- 3.1.4. Klager volgt beklagden dan ook niet in haar reactie dat een aanbesteding op basis van één uurtarief er gemakkelijk toe leidt dat de prijs die voor een concrete dienst wordt betaald hoger is, hoewel het geoffreerde uurtarief lager is. Er is volgens klager immers geen enkele prikkel in deze systematiek om de meest geschikte advocaat op een dossier te zetten. Beklaagden concluderen uiteindelijk dat slechts het totaalbedrag (uren x tarief) relevant is. Klager stelt dat dit juist niet relevant is als er geen eisen worden gesteld aan de kwaliteit, ervaring etc. van de in dat uur te leveren dienst.
- 3.1.5. Voorts voert klager aan dat beklagden niet hebben onderzocht of de kantoren die zij heeft uitgenodigd van vergelijkbare kwaliteit zijn. Volgens klager kan beklagde dat niet weten c.q. heeft beklagde dat niet serieus onderzocht. Daarbij

merkt klager op dat het in dit geval overigens ook niet van belang is, maar dat van belang is door wat voor advocaat c.q. met welk ervaringsniveau binnen zo'n kantoor de gemeente geholpen wordt. En daarin werkt een uniform tarief naar de mening van klager absoluut niet sturend, hetgeen tot willekeur leidt. Klager stelt dat het gunningscriterium daarom niet in redelijke verhouding tot de opdracht staat.

### 3.2. Klachtonderdeel 2

- 3.2.1. Klager stelt dat artikel 1.10, lid 1, Aw 2012 voorschrijft dat de aanbestedende dienst de beginselen van proportionaliteit naleeft, ook bij een meervoudig onderhandse procedure. De bepaling is volgens klager voor wat dat betreft gelijklopend aan het door beklagde aangehaalde artikel 1.16, lid 1, Aw 2012. Op grond van artikel 1.16, lid 4, Aw dient volgens klager de aanbestedende dienst de Gids Proportionaliteit te volgen, of een afwijking daarvan te motiveren. Klager verwijst daarbij ook naar pagina 53-54 van de Gids Proportionaliteit:

'De wetgeving laat de keuze tussen de gunningscriteria laagste prijs (LP), laagste kosten op basis van kosteneffectiviteit (Laagste KBK) en beste prijs-kwaliteitverhouding (Beste PKV), maar neemt bij de keuze Beste PKV als uitgangspunt. Teneinde de innovatie vanuit de markt te kunnen benutten, is het ook wenselijk op basis van Beste PKV te gunnen (Beste PKV tenzij). Het criterium Beste PKV biedt de mogelijkheid om onderscheidende (kwalitatieve) aanbiedingen vanuit de markt te verkrijgen.

(...) Als er echt geen voldoende onderscheidende criteria zijn, waarop inschrijvers toegevoegde waarde kunnen leveren, dan is het verstandiger om expliciet te kiezen voor LP of Laagste KBK, dan om hier impliciet /pro forma voor te kiezen. Wanneer de aanbestedende dienst in afwijking van de hoofdregel wil gunnen op basis van LP of Laagste KBK, dan dient hij dit voldoende gemotiveerd in de aanbestedingsstukken aan te geven.'

- 3.2.2. Klager stelt dat de Gids Proportionaliteit op dit punt geen onderscheid maakt tussen nationale en meervoudig onderhandse aanbestedingen en dat daarmee een motiveringsplicht is gegeven. Dat in artikel 1.16, lid 2, Aw 2012, dat volgens klager een uitdrukkelijk niet-limitatieve opsomming betreft, waarbij de aanbestedende dienst het proportionaliteitsbeginsel in acht dient te nemen – het gunningscriterium niet wordt genoemd, doet daar volgens klager niet aan af.
- 3.2.3. Volgens klager blijkt uit bovenstaande dat beklagde haar standpunt dat het voorwerp van de aanbesteding, te weten juridische dienstverlening, voldoende basis is om af te wijken van de hoofdregel om op basis van BPKV te gunnen, in het geheel niet onderbouwd heeft.
- 3.2.4. Daarnaast merkt klager op dat de opmerking van beklagden dat het gebruikelijk is om bij een meervoudig onderhandse procedure uitsluitend partijen worden uitgenodigd die met elkaar kunnen concurreren in het algemeen niet onjuist zal zijn, maar biedt dit volgens klager geen motivering om hen uitsluitend op prijs te laten concurreren.
- 3.2.5. Bovendien is het volgens klager niet mogelijk om de juridische dienstverlening gelijk te stellen met de levering van elektriciteit (Advies 348) of verregaand gestandaardiseerde werkzaamheden voor onderhoud van verkeersinstallaties (Advies 224), zoals beklagde doet.
- 3.2.6. De opmerking van beklagden dat het onderscheid maken op kwaliteit haast niet mogelijk is, is volgens klager in strijd met de ervaringen en gangbare praktijk elders. Klager stelt dat dit berust op een eenmalige ervaring, te weten een aanbe-

steding voor juridische diensten in 2012. In die aanbesteding is volgens klager echter weldegelijk mede op kwaliteit geselecteerd en is een rangorde uit de bus gekomen, die niet door prijs alleen werd bepaald. Deze eenmalige ervaring kan volgens klager niet gelden als een gedegen onderzoek.

- 3.2.7. De door beklaagden gegeven motivering is naar de mening van klager ondeugdelijk, zodat zij hiermee niet voldoet aan de motiveringsplicht.

#### **4. Reactie beklaagden**

- 4.1. Voordat beklaagden inhoudelijk ingaat op de klacht verwijzen zij nog naar de inhoud van haar brief van 4 juli 2017. Om herhalingen te voorkomen, verzoeken beklaagden de Commissie om de inhoud van die brief hier als integraal ingelast en herhaald te beschouwen (zie 1.7 hiervoor).

#### **4.2. Klachtonderdeel 1**

- 4.2.1. Dat het tarief de prijs 'slechts zeer gedeeltelijk' zou bepalen en volstrekt niet sturend zou werken, is een stelling van klager die door beklaagden niet wordt onderschreven. Beklaagden zijn van oordeel dat het tarief in voldoende mate de prijs van de dienst bepaalt en voldoende sturend werkt, hetgeen afdoende is gewaarborgd door beklaagden. Dit komt hierna nog aan de orde (denk aan uitnodigen vergelijkbare kantoren, het PvE (zie 1.3 hiervoor) waarin kwaliteit is vastgelegd, eisen van de Nederlandse Orde van Advocaten, het Stroomschema, etc.).
- 4.2.2. Beklaagden stellen dat klager verder nalaat te onderbouwen waarom onderhavig gunningscriterium tot willekeur zou leiden. Van willekeur is in het onderhavige geval evident geen sprake. Aanbestedende diensten dienen te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur wordt uitgebannen. Alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure dienen op een duidelijke, precieze en on dubbelzinnige wijze te worden geformuleerd opdat, enerzijds, alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en deze op dezelfde manier interpreteren, en, anderzijds, de aanbestedende dienst in staat is om metterdaad na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria welke op de betrokken opdracht van toepassing zijn. Beklaagden verwijzen naar HvJ EU 29 april 2005 C-496/99 (Succhi di Frutta) en HR 7 december 2012 (KPN/Staat).
- 4.2.3. Het gehanteerde eenheidstarief is volgens beklaagden een gunningscriterium dat bij uitstek transparant en helder is. Het is duidelijk, precies en ondubbelzinnig geformuleerd. Alle inschrijvers kunnen naar de mening van beklaagden de juiste draagwijdte ervan begrijpen en zullen dit op dezelfde manier interpreteren. Beklaagden zijn voorts in staat om metterdaad na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan het van toepassing zijnde criterium, namelijk het laagste eenheidstarief.
- 4.2.4. Het eenheidstarief als gunningscriterium kan volgens beklaagden dan ook op geen enkele wijze tot willekeur leiden bij de gunning van de opdracht. Beklaagden merken op dat dat anders zou zijn indien een beoordelingssystematiek was gehanteerd die ruimte zou hebben geboden aan beklaagden om achteraf bij de beoordeling al naar gelang het uitkomt een keuze te maken voor een (welgevallige) offerte. Een dergelijke ruimte wordt hier echter niet geboden, zodat willekeur ook niet aan de orde is.

#### 4.3. Klachtonderdeel 2

- 4.3.1. Voorts merken beklagden op dat klager onterecht stelt dat artikel 1.10 lid 1 Aanbestedingswet 2012 (hierna: Aw) voorschrijft dat de aanbestedende dienst beginselen van proportionaliteit naleeft ook bij een meervoudig onderhandse aanbesteding. Artikel 1.10 Aw ziet volgens beklagden immers toe op Europese aanbestedingen (want is opgenomen in Afdeling 1.2.2. 'Beginselen bij Europese aanbestedingen') en niet op meervoudig onderhandse aanbestedingen.
- 4.3.2. Beklaagden merken op dat artikel 1.16 Aw wel toeziet op meervoudig onderhandse aanbestedingen (want is opgenomen in Afdeling 1.2.4 'Uitgangspunten bij de meervoudig onderhandse procedure').
- 4.3.3. Daarnaast merken beklagden op dat het juist is dat in artikel 1.16 lid 4 Aw is bepaald dat de aanbestedende dienst de voorschriften uit de Gids Proportionaliteit (hierna: de Gids) moet toepassen of een afwijking daarvan moet motiveren.
- 4.3.4. Beklaagden verwijzen naar paragraaf 3.5.5. van de Gids:  
*'De wetgeving laat de keuze tussen de gunningscriteria laagste prijs (LP), laagste kosten op basis van kosteneffectiviteit (Laagste KBK) en beste prijs-kwaliteitverhouding (Beste PKV), maar neemt bij de keuze Beste PKV als uitgangspunt (...)'*  
(onderstreping toegevoegd door beklagden)
- 4.3.5. Hierbij merken beklagden op dat de Gids terecht stelt dat de wetgeving de keuze laat tussen de gunningscriteria laagste prijs, laagste kosten op basis van kosteneffectiviteit of beste prijs-kwaliteitverhouding en daarbij beste prijs-kwaliteitverhouding als uitgangspunt neemt. De wetgeving doet dat in artikel 2.114 Aw.
- 4.3.6. In het onderhavige geval is artikel 2.114 Aw volgens beklagden echter niet van toepassing, aangezien onderhavige opdracht onder de categorie van sociale en andere specifieke diensten valt. Nu deze opdracht door middel van een meervoudig onderhandse procedure is uitgevraagd, is voormeld artikel hier niet aan de orde. Beklaagden verwijzen in dit kader ook naar de brief van 4 juli 2017 (zie 1.7 hiervoor).
- 4.3.7. Nu artikel 2.114 Aw niet van toepassing is, is het uitgangspunt van beste prijs-kwaliteitverhouding, dat als uitgangspunt in artikel 2.114 Aw is opgenomen, evenmin van toepassing volgens beklagden.
- 4.3.8. Dat beklagden in het onderhavige geval niet verplicht zijn te gunnen op basis van de laagste prijs dan wel beste prijs-kwaliteitverhouding (of laagste kosten op basis van kosteneffectiviteit) volgt eveneens uit het vonnis van de V.zr. Rb. Den Haag 12 januari 2017 ECLI:NL:RBDHA:2017:4854 (r.o. 4.1). Beklaagden stellen zich op het standpunt dat zij in dit geval vrij zijn bij hun keuze voor het te hantieren gunningscriterium. Ze zijn verder niet verplicht om hun beslissing voor het gekozen gunningscriterium te motiveren, aangezien artikel 2.114 lid 4 Aw niet van toepassing is.
- 4.3.9. Dat de Gids (zoals ook door klager aangehaald) voorschrijft dat de aanbestedende dienst in afwijking van de hoofdregel de keuze voor laagste prijs dan wel laagste kosten op basis van kosteneffectiviteit moet motiveren, is ingegeven vanuit de achtergrond dat de wetgeving beste prijs-kwaliteitverhouding als uitgangspunt neemt in artikel 2.114 Aw. Zoals reeds gesteld, is voormeld artikel hier echter

niet aan de orde. De 'hoofregel' van beste prijs-kwaliteitverhouding uit de Gids is volgens beklagden dus evenmin aan de orde.

4.3.10. Beklaagden stellen dat dit argument voorts wordt ondersteund door de inhoud van artikel 1.16 Aw (zie ook de brief van 4 juli 2017, 1.7 hiervoor). In artikel 1.16 lid 2 Aw is volgens beklagden, uitdrukkelijk anders dan in artikel 1.10 lid 2 sub f Aw (Europese procedures) en artikel 1.13 lid 2 sub f Aw (Nationale procedures), niet bepaald dat de aanbestedende dienst bij de te stellen eisen die in redelijke verhouding moeten staan tot de opdracht, acht moet slaan op de gunningscriteria. De achtergrond hiervan is, zoals hiervoor aan de orde gesteld, dat bij meervoudig onderhandse procedures de regels van artikel 2.114 Aw ten aanzien van gunningscriteria niet van toepassing zijn. Bij de keuze van het te hantieren gunningscriterium is de aanbestedende dienst aldus vrij, gelijk ook het oordeel van de Voorzieningenrechter in voormeld vonnis.

4.3.11. In de MvT (2009-2010, 32.440, nr. 3 p. 56) staat over artikel 1.16 Aw (in het wetsvoorstel nog genummerd als artikel 1.15) nog het volgende:

*"Dit artikel bepaalt dat ook bij de meervoudig onderhandse procedure proportioneel moet worden gehandeld. Net als bij alle andere genoemde procedures zal de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf bij een meervoudig onderhandse procedure moeten nagaan of de eisen die het heeft gesteld in redelijke verhouding staan tot een goede uitvoering van de opdracht. Uit het toepassingsbereik van afdeling 1.2.3 [bedoeld is huidige Afdeling 1.2.4] vloeit evenwel voort dat proportionaliteit hier een beperktere betekenis heeft dan in de afdelingen 1.2.1 en 1.2.2. [bedoeld is de huidige Afdelingen 1.2.2 en 1.2.3] Onderwerpen als uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen spelen hierbij geen rol. Het gaat immers om een situatie waarin een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf reeds bepaalde ondernemers heeft uitgenodigd om een inschrijving te doen. Daarom is de opsomming in het tweede lid, die aangeeft waarop in ieder geval acht moet worden geslagen, ook beperkt van omvang. De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf zal in ieder geval acht moeten slaan op de redelijkheid van de te stellen termijnen en de eventueel aan de aanbesteding verbonden kosten." (onderstreping toegevoegd door beklagden)*

4.3.12. Hieruit volgt naar de mening van beklagden wederom dat de wetgever er in het kader van het proportionaliteitsbeginsel bewust voor heeft gekozen om bij meervoudig onderhandse procedures, anders dan bij Europese en Nationale procedures, aanbestedende diensten niet te verplichten acht te slaan op de te hanteren gunningscriteria. Aanbestedende diensten zijn immers vrij ter zake.

4.3.13. Klager stelt voorts dat artikel 1.16 lid 2 Aw een 'uitdrukkelijk niet-limitatieve opsomming noemt van aspecten, waarbij de aanbestedende dienst het proportionaliteitsbeginsel in acht moet nemen' en dat het niet noemen van het gunningscriterium verder niets afdoet aan het standpunt van klager. Klager laat volgens beklagden na om deze stelling verder te onderbouwen.

4.3.14. Beklaagden voeren aan dat de wetgever echter de inhoud en redactie van artikelen 1.10 Aw (Europese procedures) en 1.13 Aw (Nationale procedures) op een eenvoudige wijze in artikel 1.16 Aw (meervoudig onderhandse procedures) had kunnen overnemen, indien de wetgever voor meervoudig onderhandse procedures dezelfde verplichtingen had willen toekennen als die gelden voor Europese en nationale procedures. Dat heeft de wetgever volgens beklagden echter welbewust niet gedaan, omdat zij van mening is dat de aanbestedende dienst bij meervoudig onderhandse procedures ten aanzien van het gunningscriterium niet aan dezelfde verplichtingen is gebonden als bij Europese en Nationale procedures.



- 4.3.15. Nu de wetgever bewust niet heeft gekozen voor een dergelijke verplichting bij meervoudig onderhandse procedures, kan een dergelijke verplichting achteraf ook niet 'geforceerd' en zonder wettelijke basis worden gecreëerd.
- 4.3.16. Bovendien geldt volgens beklagden nog dat voor sociale en andere specifieke diensten met een geraamde waarde gelijk aan of hoger dan € 750.000 de wetgever een aantal verplichtingen heeft opgelegd in artikelen 2.38 en 2.39 Aw (verlicht aanbestedingsregime). Zoals ook al in de brief van 4 juli jl. aan de orde gesteld, geldt artikel 2.114 Aw en daarmee het uitgangspunt van 'Beste PKV, tenzij' niet voor dergelijke diensten (zie ook voormelde uitspraak Vزر. Rb. Den Haag 12 januari 2017 ECLI:NL:RBDHA:2017:4854 (r.o. 4.1). Met andere woorden, aanbestedende diensten zijn volgens beklagden in dergelijke gevallen vrij in de keuze voor het te hanteren gunningscriterium.
- 4.3.17. Beklagden stellen dat het in het onderhavige geval zelfs om een opdracht gaat met een geraamde waarde die ruimschoots lager ligt dan € 750.000, zodat voormelde artikelen 2.38 en 2.39 Aw niet eens van toepassing zijn. Indien beklagden in dit geval wel zouden zijn gebonden aan het bepaalde in artikel 2.114 Aw en daarmee aan het uitgangspunt van 'Beste PKV, tenzij', zou volgens beklagden de onwenselijke situatie ontstaan dat voor sociale en andere specifieke diensten onder de drempel van € 750.000 strengere eisen zouden gelden dan voor dezelfde diensten boven de drempel. Daarmee zouden aanbestedende diensten juist beperkter worden in hun vrijheid bij sociale en andere specifieke diensten met een waarde onder de drempel ten opzichte van dezelfde diensten met een waarde boven de drempel. Een dergelijke beperking van de vrijheid van aanbestedende diensten volgt volgens beklagden niet uit de aanbestedingsregelgeving en/of de rechtspraak en is dan ook niet aan de orde. Beklagden stellen dat evenmin de werking van de Gids (door middel van uitleg achteraf) dusdanig kan worden opgerekt dat hiermee een zwaardere verplichting ontstaat voor aanbestedende diensten dan de (lichte) verplichtingen die de wetgever heeft opgelegd in geval van sociale en andere specifieke diensten en meervoudig onderhandse procedures.
- 4.3.18. Beklagden zijn primair dan ook van oordeel dat op hen geen motiveringsplicht rust ter zake het gekozen gunningscriterium.
- 4.3.19. Geheel ten overvloede zal hieronder (subsidiar) nog inhoudelijk worden ingegaan op de motivering van beklagden en het verwijt van klager ter zake.
- 4.3.20. Beklagden verwijzen nogmaals naar de brief van 4 juli 2017 (zie 1.7 hiervoor) en voeren daarnaast het volgende aan.
- 4.3.21. Beklagden hebben gesteld dat het voorwerp van de aanbestedingen, namelijk juridische dienstverlening, voldoende basis is om af te wijken van de vermeende 'hoofdregel' om op basis van beste prijs-kwaliteitverhouding te gunnen (voor zover deze hoofdregel in het onderhavige geval al zou gelden, hetgeen wordt betwist, zie hiervoor). Klager stelt thans onterecht dat beklagden die stelling niet hebben onderbouwd. Beklagden verwijzen de onderbouwing van die stelling naar de brief d.d. 4 juli 2017.
- 4.3.22. Kort gezegd hebben beklagden onderbouwd dat toepassing van beste prijs-kwaliteitverhouding in het onderhavige geval ondoelmatig is, aangezien in de gegeven omstandigheden van het onderhavige geval redelijkerwijs niet te verwachten valt dat daarmee een zodanige ruimte voor de uitgenodigde advocatenkantoren zal worden gecreëerd dat zij zich voldoende uitgedaagd zullen voelen om innovatieve en duurzame oplossingen aan te bieden. Bij onderhavige opdracht,

namelijk juridische dienstverlening, is het aanbieden van duurzame en innovatieve oplossingen immers niet, althans onvoldoende aan de orde. Daarom is het voorwerp van de aanbesteding (namelijk juridische dienstverlening) volgens beklagden voldoende basis om af te wijken van de vermeende 'hoofdregel' om op basis van beste prijs-kwaliteitverhouding te gunnen.

- 4.3.23. Verwezenlijking van de doelen van de wetgever, namelijk dat door middel van het gunnen op beste prijs-kwaliteitverhouding aanbestedende diensten een omslag gaan maken als het gaat om duurzaam en innovatief inkopen, is volgens beklagden niet, althans onvoldoende aan de orde bij de aanbesteding van juridische dienstverlening.
- 4.3.24. Beklaagden hebben ter zake reeds verwezen naar een uitspraak (Vzr. Rb. Gelderland 3 juni 2014 ECLI:NL:RBGEL:2014:3493, r.o. 4.8) en een tweetal Adviezen van uw Commissie (CvAE 10 mei 2016 Advies 348 en CvAE 1 mei 2015 Advies 224). Uit die uitspraak en de twee Adviezen volgt volgens beklagden dat het doel van de wetgever is dat door middel van het gunnen op beste prijs-kwaliteitverhouding aanbestedende diensten een omslag gaan maken als het gaat om duurzaam en innovatief inkopen. Juist deze aspecten, namelijk duurzaamheid en innovatie, zijn volgens beklagden echter niet, althans onvoldoende aanwezig bij de inkoop van juridische dienstverlening.
- 4.3.25. Beklaagden zijn dan ook van mening dat klager geheel terecht stelt dat onderhavige juridische dienstverlening op geen enkele wijze kan worden gelijkgesteld met de levering van elektriciteit, zoals aan de orde was in het aangehaalde Advies van uw Commissie met nummer 348 of verregaand gestandaardiseerde werkzaamheden voor het onderhoud van verkeersregelininstallaties (Advies 224). Juridische dienstverlening laat zich inderdaad nauwelijks vergelijken met levering van elektriciteit of onderhoud van verkeersregelininstallaties. Dat is volgens beklagden nou juist het punt. Bij deze laatste werkzaamheden zou immers, anders dan bij juridische dienstverlening, een omslag kunnen worden gemaakt naar innovatieve oplossingen en het inkopen van duurzame producten, zoals de wetgever voor ogen heeft gestaan bij zijn beslissing om beste prijs-kwaliteitverhouding als uitgangspunt te nemen (welk uitgangspunt hier overigens niet van toepassing is). Bij juridische dienstverlening spelen innovatie en duurzaamheid echter geen, althans in onvoldoende mate een rol, zodat een 'geforceerde' keuze voor beste prijs-kwaliteitverhouding ondoelmatig is.
- 4.3.26. Klager geeft in het kader van nieuwe en innovatieve werkwijzen bij de uitvraag van juridische dienstverlening als voorbeeld het delen van elektronische dossiers, het gebruik van juridische bronnen en databanken op afstand e.d. Naar het oordeel van beklagden zijn die voorbeelden thans (in 2017) eerder standaard dan nieuw en innovatief te noemen.
- 4.3.27. Beklaagden merken op dat zij reeds uitvoerig hebben onderbouwd dat de door hen vereiste kwaliteit reeds gewaarborgd is in deze aanbestedingen. Anders dan klager lijkt te suggereren, is bij onderhavige aanbestedingen niet relevant wat klager voor ogen heeft ten aanzien van het kwaliteitsniveau van advocatenkantoren die aan de aanbesteding meedoen, maar aan beklagden als aanbestedende dienst om te bepalen wat voor kwaliteitsniveau zij verlangen en op welke wijze zij dat gewaarborgd willen hebben. Indien het gewenste kwaliteitsniveau in de uitvraag voldoende is gewaarborgd naar het oordeel van beklagden, bestaat voor beklagden geen verplichting om een nóg hoger kwaliteitsniveau uit te vragen, indien dit laatste in het onderhavige geval al aan de orde zou zijn (waarover hierna meer).

- 4.3.28. Indien een inschrijver al (substantieel) meer kwaliteit in huis zou hebben dan uitgevraagd, is dat een gegeven dat voor beklagden onder de gegeven omstandigheden geen meerwaarde biedt. Beklagden stellen dat zij over de vrijheid behoren te beschikken om zelf te bepalen wat het gewenste kwaliteitsniveau is.
- 4.3.29. Dat de gewenste kwaliteit gewaarborgd is, volgt volgens beklagden onder meer uit het PvE, meer specifiek eisen E1.4, E2.1, E2.3, E2.4, E2.5, E2.7, E3.2, E3.4, E3.6, E3.9, E4.1 en E4.2 (zie 1.3 hiervoor). Door middel van het indienen van een inschrijving gaan inschrijvers akkoord met deze eisen. Voorts zijn advocaten academisch geschoold. Bovendien schrijft de Nederlandse Orde van Advocaten eveneens allerlei kwaliteitseisen voor waaraan advocatenkantoren moeten voldoen, zoals bijvoorbeeld permanente bijscholing. Tevens geldt dat beklagden kantoren van vergelijkbare kwaliteiten hebben uitgenodigd.
- 4.3.30. Waarom beklagden hiermee niet aan reële kwaliteitsborging zouden hebben gedaan, wordt door klager niet verder toegelicht. Beklagden stellen dat het op de weg van klager had gelegen om op basis van objectieve gronden uiteen te zetten wanneer sprake is van reële kwaliteitsborging, nu zij zich op het standpunt stelt dat beklagden daar niet aan voldaan hebben. Naar het oordeel van beklagden is het aan de aanbestedende dienst en niet aan afzonderlijke marktpartijen om vast te stellen of er sprake is van een reële kwaliteitsborging.
- 4.3.31. Verder is volgens beklagden van groot belang dat beklagden de keuze voor de uit te nodigen advocatenkantoren op een zorgvuldige wijze hebben gemaakt. Beklagden hebben in de meeste gevallen op basis van eigen ervaringen en in sommige gevallen op basis van de ervaringen van buurgemeenten een lijst opgesteld van advocatenkantoren die aan het gewenste kwaliteitsniveau voldoen.
- 4.3.32. Beklagden stellen dat de geselecteerde kantoren stuk voor stuk gerenommeerde, grote, regionale dan wel landelijke advocatenkantoren zijn die hun kwaliteiten in het verleden hebben bewezen bij de Gemeenten of bij buurgemeenten. Aangezien goede ervaringen zijn opgedaan met deze kantoren, hebben beklagden weloverwogen besloten om deze kantoren uit te nodigen.
- 4.3.33. Deze uitgenodigde kantoren beschikken volgens beklagden over de gewenste expertise ten aanzien van de gevraagde specifieke rechtsgebieden, zijn goed geëquipeerd (bibliotheek, lopende abonnementen e.d.), hebben voldoende personeel waardoor er niet snel "nee" verkocht hoeft te worden in geval van spoedeisendheid en staan garant voor een zekere continuïteit, anders dan kleinere kantoren. Alle uitgenodigde kantoren hebben voldoende ervaring met het leveren van kwalitatief hoogstaande juridische dienstverlening aan overheden, waarbij specifiek rekening wordt gehouden met de complexe bestuurlijke omgeving die kenmerkend is voor een gemeentelijke organisatie.
- 4.3.34. Gelet hierop is de stelling van klager dat beklagden niet kunnen weten dat de kwaliteit van de uitgenodigde kantoren vergelijkbaar is of dat beklagden dat niet serieus zouden hebben onderzocht, onjuist. Het gaat hier immers om wetenschap uit eigen ervaring in de meeste gevallen en in sommige gevallen ervaring van buurgemeenten waarmee uitvoerig hierover is overlegd. Die wetenschap is overigens niet gebaseerd op een eenmalige ervaring (zoals door klager wordt gesuggereerd), doch op langdurige samenwerkingen. Beklagden hebben het kwaliteitsniveau van de uit te nodigen deelnemers uitvoerig onderzocht en hebben dan ook weldegelijk kunnen vaststellen dat het kwaliteitsniveau vergelijkbaar is. Indien klager suggereert dat beklagden thans ook de werkwijze van het onderzoek en de resultaten daarvan aan klager zouden moeten verstrekken en dat dan pas zou kunnen worden vastgesteld of sprake is van een gedegen onderzoek, stellen be-

klaagden dat ze daartoe niet zullen overgaan en overigens ook niet toe verplicht zijn.

- 4.3.35. Beklaagden betwisten het standpunt van klager dat het volkomen gebruikelijk zou zijn bij aanbestedingen voor juridische dienstverlening om kwalitatieve aspecten mee te laten wegen in het gunningscriterium. Nu klager deze stelling niet nader heeft onderbouwd, zullen beklagden hier verder ook niet op ingaan.
- 4.3.36. Voorts merken beklagden op dat klager meent dat de kwalitatieve aspecten wel degelijk toetsbaar zijn. Beklaagden stellen dat ook dit standpunt in het geheel niet wordt onderbouwd, terwijl dit standpunt in het licht van de gehele discussie een kernstandpunt lijkt te zijn van klager. Klager heeft nagelaten om nader toe te lichten op welke wijze de kwalitatieve aspecten in het onderhavige geval getoetst hadden kunnen worden.
- 4.3.37. Wat daar ook verder van zij, vast staat dat beklagden in de onderhavige aanbestedingen gerechtigd waren om een dergelijke kwaliteitstoetsing achterwege te laten (zie hiervoor over de vrijheid van de Gemeenten om af te wijken van het uitgangspunt 'Beste PKV, tenzij').
- 4.3.38. De reden dat de kwaliteitstoetsing achterwege is gelaten heeft volgens beklagden overigens te maken met onder meer het feit dat er kwalitatief vergelijkbare kantoren zijn uitgenodigd en omdat in het PvE eisen zijn gesteld ten aanzien van de kwaliteit. Die kwaliteit omvat overigens ook de snelheid van dienstverlening. Van de uitgenodigde kantoren mag worden verwacht dat geen grote verschillen zullen zitten in de snelheid van de dienstverlening tussen de verschillende advocaten.
- 4.3.39. Door juist een uniform uurtarief uit te vragen en dat tarief contractueel overeen te komen, wordt in de uitvoering van de contractfase ook onnodige discussie voorkomen welke advocaat tegen welk tarief voor een bepaalde zaak ter zake een bepaald rechtsgebied moet worden ingezet. Dit werkt twee kanten op; de ene keer zal het belang van de zaak een partner of senior-advocaat rechtvaardigen die alsdan tegen een goedkoper tarief werkt. De andere keer kan echter volstaan worden met een advocaat-stagiaire die daarentegen tegen een relatief hoger uurtarief werkzaam is. Per saldo is dit afhankelijk van de specifieke omstandigheden van het geval die vooraf niet uit te vragen zijn in het kader van een aanbesteding, terwijl de praktijk geleerd heeft dat dit verschil teniet gedaan wordt door een uniform tarief overeen te komen. Ook hier speelt de ervaring van de (aflopende) contracten en opdrachten met de huidige kantoren (waaronder een aantal van de huidige Inschrijvers) een grote rol.
- 4.3.40. Van belang is dus dat beklagden ook af wilden van de discussies die onder de vorige overeenkomsten aan de inzet van advocaten vooraf gingen. Dergelijke discussies vertroebelden volgens beklagden de samenwerking, kwamen de snelheid van dienstverlening niet ten goede en legden onnodig beslag op de beschikbare tijd van het ambtelijk apparaat. De belangen van beklagden waren derhalve gediend bij een helder mogelijke overeenkomst met de kantoren, waar zo min mogelijk ruimte voor discussie is, maar waar de gewenste kwaliteit van het advies gewaarborgd is. Ook hier geldt dus dat uit ervaringen is gebleken dat een standaard uurtarief hier het gewenste effect zou hebben.
- 4.3.41. Zoals al eerder aan de orde gesteld, heeft klager wel gesteld dat kwaliteit van juridische dienstverlening toetsbaar is, maar heeft zij volgens beklagden verder echter nagelaten toe te lichten op welke wijze dat zou kunnen. Volgens haar eigen website is de hoogte van het te hanteren uurtarief onder meer afhankelijk van het financieel belang van de zaak of de spoedeisendheid van de zaak. Dit (fi-

nancieel belang en spoedeisendheid) zijn bij uitstek factoren die niet, althans niet op een deugdelijke wijze kunnen worden uitgevraagd in het kader van een aanbesteding, maar afhankelijk zijn van de omstandigheden van het geval in de uiteindelijke uitvoeringsfase. Ook hier geldt overigens dat een raamovereenkomst wordt afgesloten, waarmee niets kan worden gezegd over welke omstandigheden ten aanzien van het financieel belang of de spoedeisendheid in de nabije toekomst een rol zullen spelen.

- 4.3.42. Beklaagden stellen dat verder bedacht moet worden dat rechtsbijstand wordt gevraagd ter zake vijf verschillende rechtsgebieden. Beklaagden vragen zich af of dit inhoudt dat zij de kwaliteit per kantoor ter zake deze vijf verschillende rechtsgebieden afzonderlijk toetsen. Immers, een specialistische advocaat op het gebied van privaatrecht heeft in beginsel niet de gewenste expertise op het terrein van bestuursrecht (en vice versa). Dit zou dan betekenen dat beklagden de kwaliteit moeten beoordelen van alle inschrijvers ter zake de vijf afzonderlijke uitgevraagde rechtsgebieden. Nog daargelaten de vraag op welke wijze die kwaliteit dan daadwerkelijk zou kunnen worden getoetst, hetgeen naar het oordeel van beklagden niet, althans niet op een deugdelijk wijze kan, zou een dergelijke omvangrijke exercitie tevens een onevenredige en disproportionele belasting met zich brengen voor zowel beklagden als de inschrijvers en leiden tot een ingewikkelde beoordelingssystematiek.
- 4.3.43. Dit zou volgens beklagden betekenen dat de kantoren alsdan extra kosten moeten maken, terwijl er bovendien maar een betrekkelijke kleine kans is dat een kantoor de opdracht ook daadwerkelijk gegund krijgt (zeker in vergelijking met de vorige aanbesteding toen van de 5 kantoren er uiteindelijk 4 waren die zeker waren van een te gunnen perceel; thans is immers de kans veel kleiner (in plaats van 80% zoals in de vorige aanbesteding, is de kans nu 20%)). Het risico dat inschrijvers daardoor zouden afhaken door niet in te schrijven, wensten beklagden te voorkomen.
- 4.3.44. Beklaagden stellen aldus bij de keuze van het gunningscriterium tevens rekening te hebben gehouden met de regels van proportionaliteit, d.w.z. de administratieve belasting van zowel beklagden als de inschrijvers afgezet tegen een contractwaarde en de kans van gunning (slechts 20%).
- 4.3.45. Zouden in het kader van de kwaliteitsbeoordeling cv's worden opgevraagd, dan kan naar het oordeel van beklagden de objectiviteit bij de beoordeling niet voldoende worden gewaarborgd. Wanneer is het cv van de een per definitie beter dan het cv van de ander? Zijn dan uitsluitend de ervaringsjaren van belang of ook andere zaken, zoals publicaties, verzorgen van seminars, proceservaring, etc.? Betekent meer publiceren bijvoorbeeld zonder meer dat de kwaliteit beter is, ook indien de ander in plaats van publiceren meer (declarabele) dossiers heeft afgehandeld? Deze vragen laten volgens beklagden zien dat kwaliteit van juridische dienstverlening tijdens het aanbestedingstraject niet, althans onvoldoende kan worden getoetst.
- 4.3.46. Los daarvan stellen beklagden dat er wordt gegund aan een advocatenkantoor; niet aan individuele advocaten zelf. Het is algemeen bekend dat binnen de advocatuur een groot verloop bestaat van advocaten en soms complete secties bij kantoren opstappen om vervolgens een eigen niche kantoor te beginnen. In hoeverre zijn de vooraf opgevraagde cv's dan nog representatief voor de kwaliteit die het advocatenkantoor tijdens de uitvoeringsfase biedt, indien de betreffende advocaten zijn opgestapt? Ook hier geldt dat beklagden gebaat zijn bij enige continuïteit die door gerenommeerde kantoren (zoals hier uitgenodigd) eerder wordt gewaarborgd.

- 4.3.47. Anders dan klager stelt, is de factor 'tijd' als kwaliteitscriterium volgens beklagden niet als een objectief criterium aan te merken en is voorts niet, althans niet goed meetbaar in het kader van het aanbestedingstraject. De factor 'tijd' kan dan ook niet worden ingezet als meetinstrument voor kwaliteit. Daarnaast verwijzen beklagden naar de brief van 4 juli 2017 (zie 1.7 hiervoor).
- 4.3.48. Klager stelt voorts dat een partij A een uurtarief kan hanteren dat 10% hoger is dan B, maar advocaten kan inzetten met een zodanige ervaring dat zij een zelfde zaak met een kortere tijdsbesteding dan partij B kunnen oplossen. Klager laat volgens beklagden verder na toe te lichten welke omstandigheden zij ziet ter rechtvaardiging van het hogere uurtarief dat kantoor A hanteert.
- 4.3.49. Dat kantoren verschillende uurtarieven hanteren kan naar de mening van beklagden onder meer gerechtvaardigd worden door hoge kantoorkosten of een bepaald expertiseniveau. Ten aanzien van de hoge kantoorkosten geldt dat beklagden (en overigens ook een gemiddelde cliënt) niet bereid zijn (is) meer voor een advocaat per uur te betalen omdat deze nu eenmaal in een groot 'mooi' kantoorpand kantoor houdt. Wat de expertise en kwaliteit van de juridische dienstverlening betreft, is het gehanteerde tarief een indicatie ter rechtvaardiging daarvan. Die indicatie is getoetst door de eigen ervaring van de Gemeenten en de ervaring van de buurgemeenten met de uitgenodigde kantoren. Ook is een en ander ten aanzien van de kwaliteit vastgelegd in het PvE en in de regels van de Nederlandse Orde van Advocaten. Alsdan is het niet opportuun om andermaal kwaliteit te beoordelen, een en ander ook in het licht van de betrokken aanbestedingsvorm (meervoudig onderhands) van een dienst die onder de categorie sociale en ander specifieke diensten valt, de vrijheid van beklagden ter zake en voorts de administratieve lasten voor zowel beklagden als de inschrijvers (proportionaliteit).
- 4.3.50. In dit verband geldt overigens nog dat de gedachte dat advocaten met minder ervaringsjaren per definitie langer nodig zouden hebben voor een opdracht en wellicht minder kwaliteit zouden leveren, niet juist is. Meer ervaringsjaren kán een indicatie zijn voor toename van kwaliteit en snelheid, maar is dat naar de mening van beklagden zeker niet zonder meer.
- 4.3.51. Voorts is het voorbeeld dat klager aanhaalt over het uurtarief niet ter zake doende, aangezien i.c. gelijkwaardige kantoren zijn uitgenodigd ter zake de vijf uitgevraagde rechtsgebieden en allen voldoen aan de gewenste kwaliteitseisen.
- 4.3.52. Klager meent dat het gehanteerde gunningscriterium er gemakkelijk toe leidt dat de prijs voor een dienst hoger wordt terwijl het geoffreerde uurtarief lager is. Daarmee zou geen enkele prikkel zijn in deze systematiek om de meest geschikte advocaat op een dossier in te zetten. Dat is naar het oordeel van beklagden een merkwaardige stelling. Klager suggereert hiermee immers dat advocatenkantoren een externe (financiële) prikkel nodig zouden hebben om de juiste advocaat op een dossier te zetten. Betekent zulks dat bij gebreke van een dergelijke externe prikkel (indien daar al sprake van zou zijn) een aanbestedende dienst er niet vanuit moet gaan dat de meest geschikte advocaat op een dossier wordt gezet? Beklagden zijn (onder meer op basis van ervaringen) van oordeel dat een dergelijke prikkel niet noodzakelijk is om de juiste advocaat op het dossier te krijgen en betwisten voorts dat deze stelling van klager ook voor andere advocatenkantoren zou gelden.
- 4.3.53. Bovendien hebben beklagden door middel van het Stroomschema (zie 1.4 hiervoor) en de daarin vastgelegde werkwijze (Plan van Aanpak en urenraming indienen alvorens de werkzaamheden worden gestart) voor zover mogelijk voldoende zicht en sturing in het proces van de dienstverlening van de opdrachtne-

mer, zie daarover ook pagina's 7 en 8 van de brief van 4 juli 2017 (zie 1.7 hiervoor).

- 4.3.54. Wat de in te zetten advocaat betreft zijn in het PvE procesafspraken gemaakt. De contactpersoon van de opdrachtnemer is bij voorkeur een Senior of Partner (eis E3.4). Voorts dient bij opdrachten die langer dan 3 uur in beslag zullen nemen, een Plan van Aanpak te worden verstrekt aan opdrachtgever inclusief een urenraming (eis E3.6). Het Plan van Aanpak en de urenraming dienen eerst te worden geaccordeerd door opdrachtgever, alvorens opdrachtnemer de werkzaamheden kan starten, zie in dit verband ook het Stroomschema (zie 1.4 hiervoor). Hiermee stellen beklagden voldoende zicht en sturing te hebben in het proces van de dienstverlening van de opdrachtnemer.
- 4.3.55. De stelling van klager dat niet de kwaliteit van het advocatenkantoor, maar de kwaliteit van de desbetreffende advocaat (en zijn ervaringsjaar) van belang is en dat dit laatste relevant zou moeten zijn voor beklagden en vooraf getoetst zou moeten worden, is onjuist. Allereerst miskent klager hiermee dat bij de aanbesteding advocatenkantoren zijn uitgenodigd die de gevraagde vijf rechtsgebieden leveren en niet (individuele) advocaten. Bij de toetsing van de kwaliteit is dan ook de ervaring met de advocatenkantoren meegenomen en niet de ervaring met de desbetreffende advocaten.
- 4.3.56. Er wordt gevraagd om een kwalitatief hoogwaardige juridische dienstverlening; welke jurist dat uiteindelijk levert, is voor beklagden in het kader van de aanbesteding en de beoordeling van de inschrijvingen niet relevant. Anders dan klager lijkt te suggereren, is het overigens aan beklagden (als aanbestedende dienst) om te bepalen of zij de kwaliteit van het te contracteren advocatenkantoor wenst te toetsen dan wel de kwaliteit van een individuele advocaat. In de praktijk werkt dit niet anders; een rechtzoekende neemt in de regel contact op met een advocatenkantoor en vervolgens wordt binnen het kantoor bepaald welke advocaat ter zake geschikt en beschikbaar is.
- 4.3.57. Gelet op het vorenstaande zijn beklagden van oordeel dat zij (geheel onverplicht) een deugdelijke motivering hebben verstrekt voor het gekozen gunningscriterium.

## **5. Beoordeling**

- 5.1. De Commissie stelt vast dat beklagden op 24 mei 2017 een meervoudig onderhandse procedure zijn gestart voor een raamovereenkomst met één onderneming voor een periode van vier jaar voor het leveren van juridische dienstverlening.
- 5.2. Deze raamovereenkomst heeft betrekking op een zogenoemde specifieke dienst in de zin van artikel 74 e.v. Richtlijn 2014/24/EU. Zou de waarde van de overeenkomst meer dan € 750.000 bedragen, dan zou deze onder de werkingssfeer van Richtlijn 2014/24/EU vallen en zouden de bepalingen van Deel 2 Aw 2012 beperkt van toepassing zijn. Tussen partijen lijkt echter niet ter discussie te staan dat de overeenkomst een waarde heeft die minder dan € 750.000 bedraagt. Dat betekent dat Richtlijn 2014/24/EU – en daarmee ook Deel 2 Aw 2012 – in het geheel niet op de onderhavige aanbestedingsprocedure van toepassing zijn. Op deze procedure zijn alleen de bepalingen van afdeling 1.2.1 en 1.2.4 van de op 24 mei 2017 geldende Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit van toepassing.

### 5.3. Klachtonderdeel 1

- 5.3.1. In artikel 1.15, eerste lid, Aw 2012 is bepaald dat een aanbestedende dienst de inschrijvers op gelijke wijze dient te behandelen. In de rechtspraak is daarnaast algemeen aanvaard dat wanneer een aanbestedende dienst een opdracht aanbesteedt met gebruikmaking van de meervoudige onderhandse procedure, hij ook transparantie in zijn handelen moet betrachten (zie HR 25 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:503, JAAN 2016/69, m.nt. G. 't Hart, TBR 2016/159, m.nt. J.H.J. Bax, r.o. 4.2.2 en ook Advies 147, overweging 7.2.3, Advies 161, overweging 5.2.3, Advies 242, overweging 5.2, Advies 389, overweging 5.4.1 en Advies 417, overweging 5.2.1).
- 5.3.2. De Commissie begrijpt het klachtonderdeel aldus dat klager daarmee betoogt dat beklagden met hun keuze voor het uurtarief – als enige criterium binnen het gunningscriterium van de laagste prijs – een criterium hebben gekozen waarmee zij het risico van willekeur in het leven roepen.
- 5.3.3. De Commissie kan klager daarin niet volgen. Dat het uurtarief – zoals klager stelt – de prijs van de te leveren diensten slechts zeer gedeeltelijk bepaalt, zou op zich aanleiding kunnen geven tot het stellen van de vraag of beklagden met dat criterium niet in zoverre een “willekeurig” criterium hebben gekozen dat het nog maar de vraag is of zij er daarmee in zullen slagen diensten in te kopen die een zo groot mogelijke waarde vertegenwoordigen in relatie tot de prijs die zij uiteindelijk voor die diensten moeten betalen (zie daarover nog 5.5 hierna). Maar daarmee is nog niet gezegd dat beklagden met de keuze voor het uurtarief als gunningscriterium hebben gehandeld in strijd met hun in 5.3.1 hiervoor bedoelde verplichtingen, in die zin dat zij daardoor het risico in het leven zouden hebben geroepen dat toepassing van dat criterium zal leiden tot een willekeurige behandeling van de inschrijvers.
- 5.3.4. Daarmee is het eerste klachtonderdeel ongegrond.

### 5.4. Klachtonderdeel 2

- 5.4.1. Klager betoogt met dit klachtonderdeel dat beklagden op grond van artikel 1.16 Aw 2012, gelezen in verband met het bepaalde op pagina 53-54 van de Gids Proportionaliteit, verplicht zouden zijn om de raamovereenkomst in beginsel te gunnen op basis van het gunningscriterium van de beste prijs-kwaliteitverhouding. De Commissie begrijpt dit betoog allereerst aldus dat aan artikel 2.114 Aw 2012 reflexwerking zou toekomen in de context van een meervoudig onderhandse procedure en dat die reflexwerking zou kunnen worden gebaseerd op de toelichting op pagina 53-54 van de Gids Proportionaliteit.
- 5.4.2. De Commissie kan klager daarin niet volgen. De door klager bedoelde passage in de Gids Proportionaliteit slaat duidelijk terug op de eerder in de Gids op pagina 52-53 geciteerde artikelen 2.113 t/m 2.115 Aw 2012, die in het onderhavige geval zoals gezegd niet van toepassing zijn (zie 5.2 hiervoor).
- 5.4.3. Voorzover klager met het klachtonderdeel betoogt dat de in 5.4.1 bedoelde verplichting op beklagden zou rusten op grond van artikel 1.16, eerste en tweede lid, Aw 2012, kan de Commissie haar daarin evenmin volgen. Aan klager moet worden toegegeven dat – anders dan beklagden in hun reactie op het klachtonderdeel betogen – niet valt in te zien waarom de in die bepalingen opgenomen verplichting van een aanbestedende dienst om uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijvers en de inschrijvingen te stellen die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht, zich niet mede zou uitstrek-



ken tot de gunningscriteria. Artikel 1.16, tweede lid, Aw 2012 bevat immers geen limitatieve opsomming, terwijl artikel 1.16, eerste lid, ook overigens melding maakt van "criteria". Maar het voorgaande laat onverlet dat de verplichting van een aanbestedende dienst tot het hanteren van gunningscriteria, die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht, zich niet laat concretiseren in een verplichting om een overheidsopdracht of raamovereenkomst in beginsel te gunnen op basis van het gunningscriterium van de beste prijs-kwaliteitverhouding.

5.4.4. Daarmee is ook het tweede klachtonderdeel ongegrond.

5.5. De Commissie overweegt ten overvloede nog het volgende. Zoals de Commissie hiervoor in 5.3.3 heeft overwogen, kan het door beklagden gekozen gunningscriterium mogelijk nog buiten de kaders van de klachtonderdelen worden geproblematiseerd. De Commissie vraagt zich in dat verband af of beklagden met de keuze voor het uurtarief – als enige criterium binnen het gunningscriterium van de laagste prijs – een criterium hebben gekozen waarmee zij zorgdragen voor het leveren van zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen bij het aangaan van de beoogde raamovereenkomst, zoals bedoeld in artikel 1.4, tweede lid, Aw 2012. Aangezien klager echter uitdrukkelijk heeft aangegeven dat haar klacht niet ziet op een eventuele schending van de in die bepaling genoemde zorgplicht, en beklagden om die reden in hun reactie op de klacht hebben aangegeven niet op die kwestie te zullen ingaan, volstaat de Commissie met de voorgaande opmerkingen.

## 6. Advies

De Commissie acht beide onderdelen van de klacht **ongegrond**.

## 7. Aanbeveling

Ook wanneer aanbestedende diensten kiezen voor een meervoudig onderhandse procedure, moeten zij op grond van artikel 1.4, tweede lid, Aw 2012 zorgdragen voor het leveren van zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen bij het aangaan van de met de procedure beoogde overeenkomst. In dat kader dienen zij zich er van bewust te zijn dat deze zorgplicht hun keuzevrijheid ten aanzien van het te hanteren gunningscriterium beperkt, in die zin dat de concrete omstandigheden van het geval kunnen meebrengen dat zij in het ene geval zullen moeten kiezen voor het gunningscriterium van de beste-prijskwaliteitverhouding en in het andere geval voor het gunningscriterium van de laagste prijs.

Den Haag, 28 juli 2017

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