

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 504 | Samenvatting

De klacht ziet op een Europese openbare procedure voor een overheidsopdracht voor diensten voor WMO vervoer. Geklaagd wordt dat de relatieve beoordelingsmethode bij twee subgunningscriteria in strijd is met de beginselen van transparantie en gelijke behandeling en niet leidt tot de keuze van de economisch meest voordelige inschrijving. Bij de beoordeling van de klacht heeft de Commissie zich laten bijstaan door zes experts. De Commissie acht de klacht gegrond.

Relatieve beoordeling in het algemeen (zie overweging 5.6 van het advies)

Bij een relatieve beoordeling wordt de aan een inschrijving voor een bepaald gunningscriterium toe te kennen score bepaald op basis van een vergelijking met één of meer andere inschrijvingen. Er zijn vele methoden van relatief beoordelen van de inschrijvingen op basis van de gunningscriteria. Bij sommige daarvan bestaat de mogelijkheid van 'rank reversal', bij andere niet. 'Rank reversal' houdt in dat bij het wegvallen van een inschrijving of bij toevoeging van een nieuwe inschrijving een nieuwe beoordeling van de inschrijvingen op basis van de gunningscriteria leidt tot een andere rangorde van de eerder beoordeelde en niet weggevallen inschrijvingen: het leidt tot een 'herschikking' van de positie van de inschrijvers in de rangorde.

De Commissie ziet geen aanbestedingsrechtelijke bezwaren tegen relatieve beoordelingsmethoden zonder de mogelijkheid van 'rank reversal' enkel op grond van het relatieve karakter van deze beoordelingsmethoden.

Vervolgens is het de vraag of relatieve beoordelingsmethoden met de mogelijkheid van 'rank reversal' altijd in strijd zijn met het aanbestedingsrecht. Het Hof van Justitie EU heeft zich over deze vraag nog niet uitgelaten. Mede op basis van raadpleging van de bij deze zaak ingeschakelde experts constateert de Commissie dat over het antwoord op deze vraag verschillend kan worden gedacht. De Commissie komt tot het volgende oordeel, waarmee niet alle experts het overigens even eens zijn.

Naar het oordeel van de Commissie is het hanteren van een relatieve beoordelingsmethode met de mogelijkheid van rank reversal in strijd met de artikelen 67, lid 5, Richtlijn 2014/24/EU en 2.115, lid 4 en 5, Aw 2012 en de beginselen van gelijke behandeling en transparantie in het geval dat de inhoud van de scoreregels van een of meer subgunningscriteria pas na inschrijving komt vast te staan en deze inhoud de voorbereiding van de inschrijvingen wezenlijk kan beïnvloeden (zie voor de onderbouwing 5.6.5-5.6.7 van het advies). Naar het oordeel van de Commissie bestaat in dat geval bovendien het risico dat de opdracht niet wordt gegund aan de inschrijver met de – naar het oordeel van de aanbestedende dienst – economisch meest voordelige inschrijving. Daarmee handelt de aanbestedende dienst in het hiervoor bedoelde geval ook in strijd met art. 2.114 Aw 2012.

De beantwoording van de vraag of de inhoud van de scoreregels van een of meer subgunningscriteria de voorbereiding van de inschrijvingen wezenlijk kan beïnvloeden, vergt een beoordeling van de in het concrete geval toegepaste beoordelingsmethode.

Relatieve beoordeling in deze aanbestedingsprocedure (zie overweging 5.7 van het advies)

De Commissie constateert dat de aanbesteder bij twee subgunningscriteria (milieueisen en prijs) een relatieve beoordeling met de mogelijkheid van 'rank reversal' heeft gehanteerd. De te beantwoorden vraag is vervolgens of het eerst na inschrijving vast komen te staan van de inhoud van de scoreregels voor deze subgunningscriteria in het onderhavige geval de voorbereiding van de inschrijvingen wezenlijk kan beïnvloeden.

Naar het oordeel van de Commissie blijkt uit de diverse rekenvoorbeelden die de ondernemer heeft gegeven dat de uiteindelijke inhoud van de scoreregels voor deze twee subgunningscriteria de voorbereiding van de inschrijvingen wezenlijk kan beïnvloeden. De aanbesteder heeft dit ook overigens onvoldoende weersproken. Daarmee komt de Commissie tot het oordeel dat de aanbesteder met de onderhavige relatieve beoordelingsmethoden in strijd handelt met de artikelen 67, lid 5, Richtlijn 2014/24/EU en 2.115, lid 4 en 5, Aw 2012 en de beginselen van gelijke behandeling en transparantie. Naar het oordeel van de Commissie handelt de aanbesteder daarmee bovendien een methode die het risico in zich draagt dat de opdracht niet wordt gegund aan de inschrijver met de – naar het oordeel van aanbesteder – economisch meest voordelige inschrijving. Daarmee acht de Commissie de klacht gegrond.

Ten overvloede (zie overweging 5.8 van het advies)

De hiervoor gegeven algemene regel sluit niet uit dat een relatieve beoordelingsmethode met de mogelijkheid van 'rank reversal' aanbestedingsrechtelijk toelaatbaar is. De Commissie heeft daarom nog enkele overwegingen ten overvloede gegeven voor het geval dat een aanbestedende dienst gebruik maakt van een relatieve beoordelingsmethode met de mogelijkheid van 'rank reversal' en de inhoud van de scoreregels van een of meer subgunningscriteria de voorbereiding van de inschrijvingen niet wezenlijk kan beïnvloeden.

Een relatieve beoordelingsmethode met de mogelijkheid van 'rank reversal' kan een goede methode zijn bij inkoopprocedures met complexe gunningscriteria en inschrijvingen (bijvoorbeeld bij een concurrentiegericht dialog). De methode kan het geven van waardeoordelen in dat geval namelijk eenvoudiger maken. Voor eendimensionale éénvoudige gunningscriteria die objectief meetbaar zijn – zoals in de onderhavige aanbestedingsprocedure – raadt de Commissie – en overigens ook alle bij de beoordeling van de onderhavige klacht ingeschakelde experts – deze beoordelingsmethode echter af.

Indien een aanbestedende dienst kiest voor een relatieve beoordelingsmethode met de mogelijkheid van 'rank reversal' beveelt de Commissie verder aan alle inschrijvingen ten opzichte van elkaar te beoordelen, dus niet alleen ten opzichte van de beste inschrijving.

Indien een aanbestedende dienst kiest voor een relatieve beoordelingsmethode met de mogelijkheid van 'rank reversal' moet de concrete invulling en toepassing van die methode in ieder geval in overeenstemming zijn met de overige aanbestedingsrechtelijke beginselen en regels. Indien een aanbestedende dienst kiest voor een relatieve beoordeling met de mogelijkheid van 'rank reversal', dient hij in ieder geval in overeenstemming met het transparantiebeginsel te handelen. Het moet transparant zijn hoe de methode zal worden toegepast. Ook zal hij de inschrijvers gelijk moeten behandelen.

Verder is naar het oordeel van de Commissie – en van alle bij de beoordeling van de onderhavige klacht ingeschakelde experts – een voorwaarde voor toepassing van een relatieve beoordeling met de mogelijkheid van 'rank reversal' dat de

voor de beoordeling in aanmerking genomen inschrijvingen in ieder geval vergelijkbaar moeten zijn. Dat betekent dat van alle inschrijvingen die invloed hebben op de rangschikking, al vóór of tijdens de beoordeling daarvan (aan de hand van de gunningscriteria) moet worden vastgesteld dat er zich ten aanzien van de inschrijvers die deze inschrijvingen hebben ingediend geen uitsluitingsgronden voordoen, dat zij voldoen aan de (geschiktheids)eisen en dat hun inschrijvingen regelmatig en aanvaardbaar zijn (zie onder meer artikel 2.26 en 2.28, lid 3 en 4, Aw 2012). Bij de Europese openbare procedure is op basis van artikel 2.101, lid 3, Aw 2012 het uitgangspunt dat de aanbestedende dienst alleen bij de inschrijver aan wie hij voornemens is de overheidsopdracht te gunnen op basis van bewijsstukken nagaat of deze inschrijver niet moet worden uitgesloten en of hij voldoet aan de gestelde geschiktheidseisen. Artikel 2.101, lid 1, Aw 2012 biedt echter ruimte om in een eerder stadium bewijsstukken bij de inschrijvers op te vragen 'indien dit noodzakelijk is voor het goede verloop van de procedure'. Naar het oordeel van de Commissie is dat bij een relatieve beoordelingsmethode met de mogelijkheid van 'rank reversal' het geval.

De Hoge Raad heeft in het arrest Ricoh/Gemeente Utrecht en Xerox geoordeeld dat het niet in strijd is met het transparantiebeginsel of beginsel van gelijke behandeling indien de inschrijving van de beoogde winnaar, na de beoordeling daarvan aan de hand van de gunningscriteria, alsnog wegvalt en de opdracht op basis van de aanbestedingsstukken wordt gegund aan de oorspronkelijk als tweede geëindigde inschrijver. Indien bij een relatieve beoordelingsmethode met de mogelijkheid van 'rank reversal', na de beoordeling van een inschrijving aan de hand van de gunningscriteria, die inschrijving alsnog wegvalt, is deze echter niet vergelijkbaar met de andere inschrijvingen die in de beoordeling zijn meegewogen. Indien de weggevallen inschrijving van invloed is geweest op de beoordeling van de andere inschrijvers is naar het oordeel van de Commissie – en van alle bij de beoordeling van de onderhavige klacht ingeschakelde experts – de enige mogelijkheid de overgebleven inschrijvingen opnieuw te beoordelen (zie meer uitgebreid in 5.8.8 van het advies).

Bij de inrichting van een beoordelingsmethode ter bepaling van de economisch meest voordelige inschrijving dienen aanbestedende diensten te voorkomen dat relevante objectieve verschillen worden geneutraliseerd. Aanbestedende diensten hanteren regelmatig een scoregrafiek met een knik om te voorkomen dat er een negatieve score kan worden behaald (zie meer uitgebreid 5.8.8 van het advies). Zo ook de aanbesteder in de onderhavige aanbestedingsprocedure. Het is echter goed mogelijk te werken met scorefuncties met negatieve scores, terwijl een knik in een scoregrafiek tot gevolg kan hebben dat een relevant objectief verschil wordt geneutraliseerd en bij elke relatieve beoordelingsmethode zorgt voor de mogelijkheid van rank reversal. Het hanteren van een scoregrafiek met knik voor prijs kan er toe leiden dat een zeer hoge prijs kan worden gevraagd, terwijl zich dat onvoldoende vertaalt in de te behalen score. Bovendien kan bij een absolute beoordelingsmethode het prijs criterium geheel wegvallen als alle inschrijvers een prijs na de knik aanbieden. Het is aan de aanbestedende diensten om voorafgaand aan een aanbestedingsprocedure tijdens een marktonderzoek te onderzoeken binnen welke marge de waarden van de offertes voor de betrokken subgunningscriteria gelegen zijn en daarmee rekening te houden bij het kiezen van een passende scorefunctie. Daarbij is het dus goed mogelijk te werken met scorefuncties met negatieve punten.

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 504

1. Feiten

- 1.1. Aanbesteder heeft op 9 oktober 2018 een Europese openbare procedure aangekondigd voor een overheidsopdracht voor diensten voor WMO vervoer.
- 1.2. In de Aanbestedingsleidraad van oktober 2018 is, onder meer, het volgende bepaald:

3 Voorwaarden

(...)

3.1.6 Duurzaamheid

[Aanbesteder] wil de stad op duurzame wijze vormgeven en wil hierin een voorbeeldrol spelen door onder andere een duurzaam inkoopbeleid te voeren. Om die reden stelt [Aanbesteder] duurzaamheidseisen aan producten en diensten die [hij] inkoop. Door deel te nemen aan deze aanbesteding verklaren Inschrijvers dat bij de totstandkoming c.q. uitvoering van de in deze aanbesteding te leveren producten en/of diensten zo veel als mogelijk gekozen wordt voor een duurzame werkwijze. Door het invullen en rechtsgeldig ondertekenen van de Verklaring van Inschrijving (Bijlage 2) verklaart de Inschrijver dat zijn onderneming voldoet of zal voldoen aan de duurzaamheidseisen.

In deze Aanbestedingsleidraad en bijbehorend Programma van Eisen geeft [Aanbesteder] concreet aan welke eisen en/of vragen [hij] voor de onderhavige opdracht stelt in het kader van duurzaamheid.

[Aanbesteder] werkt aan een betere luchtkwaliteit (Actieplan luchtkwaliteit 2015 – 2018 (...)). Daarbij zet [hij] in op het terugdringen van uitstoot van fijnstof en NOx. [Aanbesteder] wil daarom met [zijn] inkoopbeleid zorgen voor schoner transport, voor [zijn] eigen wagenpark, voor de transportdiensten die [hij] inhuurt en voor de leveringen aan [Aanbesteder].

In dat kader is besloten dat het vervoer vanaf 2025 zero emissie dient te zijn. Om het extra belang van dit criterium verder te duiden, is dit een gunningscriterium en zijn er 20 punten te verdienen met het gunningscriterium 'milieueisen'; Des te schonere voertuigen de inschrijver inzet, des te meer EMVI-punten de inschrijver verkrijgt.

(...)

4 Beoordeling

(...)

4.2 Procedure van beoordelen

De beoordeling van de inschrijvingen vindt plaats volgens de onderstaande stappen, te weten:

1. Opening van de inschrijvingen;

2. Controle van inschrijvingen op de vormvereisten en volledigheid;
3. Beoordeling van de inschrijvingen op basis van uitsluitingsgronden en minimum geschiktheidseisen:
 - a. Beoordeling op basis van de uitsluitingsgronden (hoofdstuk 5);
 - b. Beoordeling op basis van minimum geschiktheidseisen (hoofdstuk 6)
4. Inhoudelijke beoordeling van de inschrijving:
 - a. Beoordeling van de inschrijvingen op basis van de gestelde eisen in hoofdstuk 7.
 - b. Beoordeling van de inschrijvingen op basis van de antwoorden op de gunningscriteria zoals gesteld in hoofdstuk 8 van deze Aanbestedingsleidraad.

(...)

4.3 Gunningscriterium/Beoordelingssystematiek

De opdracht wordt gegund aan de Inschrijver met de economisch meest voordelige inschrijving, vastgesteld op basis van het totaal aantal punten voor de prijs en kwaliteit. De maximale score voor beide onderdelen gezamenlijk bedraagt 100 punten. Vervolgens weegt het onderdeel kwaliteit voor 60 punten mee en het onderdeel prijs voor 40 punten.

4.3.1 Kwaliteit

Voor het onderdeel kwaliteit kijkt [Aanbesteder] naar uw antwoorden op de gunningscriteria zoals geformuleerd in hoofdstuk 8. Voor elk antwoord kunt u maximaal het aantal punten ontvangen dat aangegeven staat in onderstaande tabel. Bij elk gunningscriterium staan aspecten beschreven waarnaar bij de beoordeling in ieder geval gekeken wordt. Er vindt een integrale beoordeling plaats per gunningscriterium op basis van de vermelde beoordelingsaspecten. Tenzij anders aangegeven in hoofdstuk 8 wegen de beoordelingsaspecten even zwaar mee. Hoe meer uw antwoord tegemoet komt aan de wensen en behoeften van [Aanbesteder], des te meer punten u scoort.

Vraag	Maximale aantal punten
1 Milieueisen	20
2 Communicatie	15
3 Evenementen en verkeerscongestie	15
4 Vervoer dagbesteding en groepsvervoer	10
Totaal	60

De beoordeling van het antwoord zal als volgt plaatsvinden:

- Uitwerking wordt gekwalificeerd als 'uitstekend' en daarnaast blijkt uit de uitwerking duidelijk omschreven wat voor [Aanbesteder] de relevante toegevoegde waarde is. U kunt hierbij o.a. denken aan creatieve en innovatieve oplossingen t.o.v. de minimeisen van het door Inschrijver aangeboden in relatie tot het desbetreffende subgunningcriterium = 100% van de punten;
- Uitwerking wordt gekwalificeerd als 'goed' en daarnaast blijkt uit de uitwerking duidelijk de voor [Aanbesteder] beperkte toegevoegde waarde t.o.v. de minimeisen van het door Inschrijver aangeboden in relatie tot het desbetreffende subgunningcriterium = 70% van de punten;
- Uitwerking wordt gekwalificeerd als 'voldoende' en daarnaast blijkt uit de uitwerking voor [Aanbesteder] geen toegevoegde waarde t.o.v. de minimeisen van het door Inschrijver aangeboden in relatie tot het desbetreffende subgunningcriterium = 30% van de punten;
- Uitwerking wordt gekwalificeerd als 'onvoldoende' en daarnaast blijkt uit de uitwerking voor [Aanbesteder] geen toegevoegde t.o.v. de minimeisen van het door Inschrijver aangeboden dan wel is er niet adequaat ingegaan op het

gevraagde in relatie tot het desbetreffende subgunningcriterium = 0% van de punten.

4.3.2 Prijs

De inschrijver dient in het prijzenblad (bijlage 6) het gevraagde declarabele kilometertarief te offren. Er mogen geen aanvullende kosten in rekening worden gebracht door Inschrijver. Uw prijs omvat alle werkzaamheden zoals zijn aangegeven in hoofdstuk 1.2 (omschrijving van de opdracht). Daarnaast dient u op een apart A4 een open calculatie toe te voegen waarin zichtbaar is hoe uw inschrijfprijs van de declarabele kilometerprijs is opgebouwd. In deze open calculatie dienen minimaal de genoemde componenten terug te komen, hierin dient u rekening te houden met het inzichtelijk maken van de vertaling van kosten per uur naar uw inschrijfprijs per kilometer.

Kostencomponenten:

- Kosten van de beroepskracht (Chauffeur) inclusief alle werkgeverslasten
- Kosten voor niet productieve uren van de beroepskrachten
- Reis en opleidingskosten
- Redelijke overheadkosten
- Overige kosten
- Vaste voertuigkosten per uur
- Kilometerkosten per uur
- Kosten intake en planning per uur

Het niet volledig invullen van het prijsinvulformulier zal leiden tot uitsluiting voor de verdere gunningprocedure.

[Aanbesteder] accepteert alleen inschrijvingen met een realistische prijs. Dit betekent dat de prijsstelling kostendekkend moet zijn. Dit dient de inschrijver bij inschrijving aan te tonen door het toevoegen van zijn uitgewerkte kosten calculatie.

De inschrijver met de laagste prijs krijgt het maximale aantal van 40 punten. De overige inschrijvingen worden hieraan gerelateerd.

$$\text{score} = \left(1 - \frac{(P \text{ aangeboden} - P \text{ laagste})}{P \text{ laagste}} \right) \times 40$$

Minimale score = 0

Waarbij *prijs laagste* staat voor de laagst aangeboden prijs en *prijs aangeboden* voor de door de Inschrijver geboden prijs.

Indien de Inschrijver met de laagste prijs na de beoordeling onverhoopt mocht afvallen, dan wordt het onderdeel 'prijs' opnieuw beoordeeld. De Inschrijver met de op een na laagste prijs wordt in dat geval de Inschrijver met de laagste prijs en krijgt het maximale aantal punten toegekend.

4.3.3 Eindscore

Uw eindscore wordt als volgt berekend:

$$\text{Totale score} = \text{score kwaliteit} + \text{score prijs}$$

De opdracht wordt gegund aan de Inschrijver met de hoogste totale score.

Indien meerdere Inschrijvers dezelfde hoogste totale score behalen, dan wordt de opdracht gegund aan die Inschrijver die voor het gunningcriterium Kwaliteit de hoogste score heeft behaald. Indien ook de scores welke behaald zijn voor het gunningcriterium Kwaliteit gelijk blijken, dan wordt de opdracht gegund aan die

Inschrijver die voor het kwalitatieve sub-gunningcriterium "Milieueisen" de hoogste score heeft behaald. Indien ook in dit geval de scores gelijk blijken, vindt een loting plaats tussen de gelijk scorende Inschrijvers.

(...)

5 Uitsluitingsgronden

(...)

5.2 Bewijsstukken uitsluitingsgronden

De Inschrijver aan wie [Aanbesteder] de opdracht voornemens is te gunnen, dient de bewijsstukken terzake de niet-toepasselijkheid van de uitsluitingsgronden binnen 15 kalenderdagen na de voorgenomen gunning te overleggen.

(...)

Blijkt een Inschrijver bij de verificatie hier niet aan te kunnen voldoen, dan wordt de inschrijving (alsnog) ongeldig verklaard.

Het gaat om de volgende bewijsstukken:

Verplichte uitsluitingsgronden	Bewijsstuk	Geldigheidsduur (vanaf tijdstip van het indienen van de inschrijving)
Deel III A	GVA	GVA niet ouder dan 2 jaar
Deel III B	Verklaring belastingdienst	Niet ouder dan 6 maanden
Facultatieve uitsluitingsgronden	Bewijsstuk	Geldigheidsduur (vanaf tijdstip van het indienen van de inschrijving)
Deel III C	Uittreksel Handelsregister	Niet ouder dan 6 maanden
	GVA	GVA niet ouder dan 2 jaar

(...)

6 Minimum geschiktheidseisen

Inschrijver dient te voldoen aan de onderstaande minimumgeschiktheidseisen.

6.1 Economische en Financiële draagkracht

De Inschrijver voldoet aan de volgende eisen en verklaart dit door middel van het invullen en ondertekenen van het Uniform Europees Aanbestedingsdocument (Bijlage 1). De Inschrijver aan wie [Aanbesteder] de opdracht voornemens is te gunnen, dient de originele bewijsstukken behorend bij de onderstaande eisen binnen 15 kalenderdagen na de voorgenomen gunning te overleggen.

Eis 1: Verklaring omtrent verzekering beroeps c.q. bedrijfsrisico's

Inschrijver dient afdoende verzekerd te zijn inzake aansprakelijkheid door middel van een beroeps c.q. bedrijfsaansprakelijkheidsverzekering. U kunt bij de inschrijving volstaan met het invullen en ondertekenen van het Uniform Europees Aanbestedingsdocument zoals opgenomen in Bijlage 1. De Inschrijver aan wie de opdracht wordt gegund dient aan te tonen dat de premie voor deze verzekering is

voldaan en dient tevens een kopie van een geldig polisblad te overleggen van:
(...)

Eis 2: financiële draagkracht

De financiële draagkracht van Inschrijver is zodanig dat hij de onderhavige opdracht volledig tot stand kan brengen. U kunt bij de inschrijving volstaan met het invullen en ondertekenen van het Uniform Europees Aanbestedingsdocument zoals opgenomen in (Bijlage 1).

De Inschrijver aan wie de opdracht wordt gegund, dient in staat te zijn een (meest) recente accountantsverklaring over de jaarrekening zonder een continuïteitsparagraaf af te geven.

6.2 Technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid

De opdrachtnemer (en in geval van inschrijving als combinatie: alle combinanten) dient bij gunning te beschikken over de volgende documenten:

- Vergunning waaruit blijkt dat deze op grond van de Wet Personenvervoer 2000 gerechtigd is de opdracht uit te voeren.
- Indien wordt ingeschreven als hoofd-onderaanneming: verklaring van onderaannemer(s) waarin deze aangeeft de voor het vervoer benodigde middelen ter beschikking stelt aan de hoofdaannemer.
- Cao-verklaring: De inschrijver is verplicht om door middel van een verklaring van Sociaal Fonds Taxi (hierna: SFT) aan te tonen dat de bepalingen van de Collectieve Arbeidsovereenkomst Taxivervoer getrouwelijk wordt nageleefd. Uit de (actuele en geldige) verklaring van SFT moet blijken dat de Cao-naleving van de vervoerder door SFT als voldoende wordt beoordeeld. Gedurende de looptijd van de overeenkomst zorgt de opdrachtnemer dat er altijd een actuele verklaring bij de opdrachtgever ligt.
- Een geldig TX-keurmerk (of aantoonbaar vergelijkbaar).

(...)

8 Gunningscriteria

In deze paragraaf staan de gunningscriteria vermeld op basis waarvan [Aanbesteder] de inschrijvingen zal beoordelen. Beoordeling vindt plaats op de wijze als beschreven in paragraaf 4.3. De Inschrijver met de hoogste eindscore als bedoeld in paragraaf 4.3.3 zal worden aangemerkt als de Inschrijver met de economisch meest voordelige inschrijving. De opdracht wordt gegund aan deze Inschrijver

8.1 Kwaliteit

8.1.1 Milieueisen	20
8.1.2 Communicatie	15
8.1.3 Evenementen en verkeerscongestie	15
8.1.4 Vervoer dagbesteding en groepsvervoer	10

Het subgunningscriterium Kwaliteit richt zich op het onderscheidend vermogen van Inschrijvers met betrekking tot:

- a) de wijze waarop aan de gestelde eisen voldaan gaat worden, en;
- b) de wijze waarop bovenop de minimumeisen feitelijk extra toegevoegde (creatieve en innovatieve) waarde aan [Aanbesteder] wordt geleverd, binnen de gestelde randvoorwaarden en gegarandeerd (dus niet vrijblijvend, wordt onderdeel van de nieuw te sluiten overeenkomst). Hierbij kan de werkwijze van Inschrijver aan de orde komen, die vorm moet geven aan het gewenste partnerschap.

Inschrijvingen worden inhoudelijk beoordeeld. Naarmate de antwoorden concreter, helderder en realistischer (SMART) zijn, zullen zij meer vertrouwen wekken. Zo wenst [Aanbesteder] de "experts" te contracteren die gedurende de looptijd van de Overeenkomst optimaal voorzien in de behoefte van [Aanbesteder] en de risico's weten te beheersen en minimaliseren. Van Inschrijvers wordt gevraagd het gunningscriterium zo te beantwoorden dat de inhoud ook door niet-materiedeskundigen beoordeeld kan worden en niet op verschillende manieren geïnterpreteerd kan worden. Zinnen als "de inschrijver kan..." dienen voorkomen te worden en vervangen te worden door "De inschrijver zal..."

De beoordelingscommissie zal punten toekennen op basis van de vooraf gegeven beoordelingsaspecten. De beoordelingsaspecten zijn aangegeven zodat enerzijds een objectieve en transparante beoordeling mogelijk is, maar anderzijds ruimte wordt gelaten aan de expert om zich op basis van zijn uniciteit positief te onderscheiden.

De beoordeling van het antwoord zal plaatsvinden zoals aangegeven in hoofdstuk/paragraaf 4.3.1

8.1.1 Milieueisen

[Aanbesteder] werkt aan een betere luchtkwaliteit (Actieplan luchtkwaliteit 2015 – 2018 (...)). Daarbij zet [hij] in op het terugdringen van uitstoot van fijnstof en NOx. [Aanbesteder] wil daarom met [zijn] inkoopbeleid zorgen voor schoner transport, voor [zijn] eigen wagenpark, voor de transportdiensten die [hij] inhuurt en voor de leveringen aan [Aanbesteder].

In dat kader is besloten dat het vervoer vanaf 2025 zero emissie dient te zijn. Om het extra belang van dit criterium verder te duiden, zijn er 20 punten te verdienen met het gunningscriterium 'milieueisen'; Des te schonere voertuigen de inschrijver inzet, des te meer EMVI-punten de inschrijver verkrijgt.

Wij zien graag van de inschrijver op welke wijze hieraan invulling wordt gegeven bij de uitvoering van de ritten, zodat dit een bijdrage zal leveren aan de realisatie van deze doelstelling. Hierbij ontvangen we graag de invulbijlage gunningscriterium: Milieueisen. (zie bijlage 11)

De inschrijver met de hoogste score op gunningscriterium milieueisen krijgt het maximale aantal van 20 punten. De overige inschrijvingen worden hieraan gereleateerd op basis van onderstaande formule.

$$\text{score} = \left(1 - \frac{\text{Waarde hoogste} - \text{Waarde aangeboden}}{\text{Waarde aangeboden}} \right) \times 20$$

Minimale score = 0
Afronding 2 decimalen

(...)'

- 1.3. In de eerste Nota van Inlichtingen van 8 november 2018 zijn, onder meer, de volgende mededelingen opgenomen:
 - 1.3.1. 'M7) Leidraad, paragraaf 4.3.1 Kwaliteit en 8.1 Kwaliteit
De punten waarderingstabel wordt als onderstaand aangepast:

8.1.1 Milieueisen	15 punten
8.1.2 Communicatie	20 punten
8.1.3 Evenementen en verkeerscongestie	15 punten
8.1.4 Vervoer dagbesteding en groepsvervoer	10 punten

1.3.2. 'M8) Leidraad, paragraaf 8.1.1 Milieueisen

De formule voor de waarde bepaling wordt zoals onderstaand aangegeven aangepast:

De inschrijver met de hoogste score op gunningscriterium milieueisen krijgt het maximale aantal van 15 punten. De overige inschrijvingen worden hieraan gereleateerd op basis van onderstaande formule.

$$\text{score} = \frac{\text{Waarde aangeboden}}{\text{Waarde hoogste}} \times 15$$

Minimale score = 0

Afronding 2 decimalen

Indien de Waarde aangeboden (uit bijlage 11) op 0 uitkomt, dan is ook de score "0" punten op dit onderdeel.'

1.3.3. 'M9) Leidraad, paragraaf 8.1.1 Milieueisen

Bij deze NvI 1 wordt een nieuw bestand "Bijlage 11 Excelsheet gunning Milieueisen NvI 1.xlsx" meegeleverd.

Milieuklasse Groen gas is toegevoegd. Deze sheet dient ingevuld te worden. Het oude exemplaar komt hiermee te vervallen.'

1.4. Tevens zijn in de eerste Nota van Inlichtingen van 8 november 2018, onder meer, de volgende vragen en antwoorden opgenomen:

1.4.1. Vraag 151 (betreffende paragraaf 8.8.1 van de Aanbestedingsleidraad): 'De in de vorige vraag [*bedoeld is vraag 152, Commissie*] genoemde relatieve beoordeling heeft als gevolg dat [Aanbesteder] niet vraagt om de economisch voordeligste inschrijving, maar om de speltheoretisch voordeligste inschrijving (zie het artikel daarover in TA 2007, p. 458). Wanneer een inschrijver bijvoorbeeld vermoedt dat zijn concurrenten 0% Emissie vrij aanbieden, zal hij kiezen voor 1% Emissie vrij en daarmee 20 punten scoren, terwijl zijn concurrenten (vermoedelijk) 0 punten krijgen. Vermoedt hij dat een of meer concurrenten 100% Emissie vrij aanbieden, dan zal hij kiezen tussen ofwel 0% ofwel een percentage tussen 50% en 100%. Iedere inschrijver zal dus zijn inschrijving afstemmen op aannames die hij maakt over de andere inschrijvingen, waarbij hij ook nog rekening moet houden met de mogelijkheid dat een 'stroman' bijvoorbeeld 100% Emissie vrij zou kunnen bieden. Ook bij het prijs criterium spelen dit soort speltheoretische overwegingen een rol. Zoals gezegd in het vorige punt is de gekozen gunningsmethodiek in strijd met het Europese aanbestedingsrecht.'

Antwoord: 'U stelt geen vraag maar poneert uitsluitend een verder niet met jurisprudentie of regelgeving gemotiveerde stelling over vermeende strijdigheid van de gunningsmethodiek met Europees recht. Zie ook het antwoord op vraag 152.

Zie tevens "Mededelingen vanuit [Aanbesteder]" M7 en M8.'

1.4.2. Vraag 152 (betreffende paragraaf 8.8.1 van de Aanbestedingsleidraad): 'In paragraaf 8.1.1 ontbreekt bij de formule een regel over herberekening van de uitkomsten in geval van afvallen van de inschrijving met de hoogste geboden waarde. Ook is de formule ondeugdelijk omdat hij bij een aangeboden waarde van 0 niet toegepast kan worden ("Delen door nul is flauwekul."). Volgens het arrest HR

9 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1078, NJ 2016, 342, m.nt. C.E.C. Jansen, is een herberekening niet vereist op grond van het gelijkheidsbeginsel of het transparantiebeginsel. Dit kan vreemde gevolgen hebben, bijvoorbeeld zou een (eventueel buitenlands) bedrijf als 'stroman' gevraagd kunnen worden om 100% Emissie vrij te bieden, met als gevolg dat waarschijnlijk veel of alle andere inschrijvers zeer laag scoren op dit gunningscriterium (immers de stroman krijgt 50 punten en wie 25 punten of minder scoort krijgt 0 punten volgens de formule). Overigens ontstaat door de relatieve beoordeling een vreemd speelveld. Wie bijvoorbeeld 25 punten scoort in bijlage 11, kan na toepassing van de formule zowel op 0 punten als op het maximum van 20 punten uitkomen. Een verschil van 20 punten zal veelal doorslaggevend zijn omdat bij de andere gunningscriteria zulke grote verschillen niet te verwachten zijn. Dit soort absurde mogelijke uitkomsten zijn vermoedelijk voor annotator Jansen bij het genoemde arrest aanleiding geweest om te stellen dat op grond van de eis dat de economisch meest voordelige inschrijving moet worden gekozen de relatieve beoordelingssystematiek onrechtmatig is (want in strijd met het Europese aanbestedingsrecht). Ook is het merkwaardig dat een inschrijver die 1% Emissie vrij aanbiedt zowel 0 punten (wanneer een ander 2% aanbiedt) als 20 punten (wanneer de rest ≤ 1 % aanbiedt) kan scoren bij dit gunningscriterium. Naar onze mening kunt u dit niet uitleggen. Daarbij komt dat invullen van Bijlage 11 leidt tot een score tussen 0 en 50 punten. Die score zou eenvoudig omgerekend kunnen worden door deze te vermenigvuldigen met 0,4, waarna de uitkomst tussen 0 en 20 punten ligt. Wanneer nu een inschrijver moet kiezen tussen geen, weinig of veel Emissie vrij aanbieden, heeft hij geen idee wat hem dat oplevert. Met bijvoorbeeld 50% Emissie vrij kan hij 0 punten scoren, maar ook 20 punten. Een economische afweging is hierbij dus niet mogelijk, in strijd met de doelstelling van Europees aanbestedingsrecht.'

Antwoord: 'Indien de Inschrijver met de hoogste score na de beoordeling overhoopt mocht afvallen, dan wordt het onderdeel '8.1.1 Milieueisen' opnieuw beoordeeld. De Inschrijver met de op een na hoogste score wordt in dat geval de Inschrijver met de hoogste score en krijgt het maximale aantal punten toegekend.

Indien de waarde uit bijlage 11 op 0 uitkomt, dan is ook de score "0" punten op dit onderdeel.

Zie ook de "Mededelingen vanuit [Aanbesteder]" M7, M8 en M9.

Voor het overige stelt u geen vraag maar poneert een verder niet gemotiveerde stelling over vermeende strijdigheid met Europees recht. Met betrekking tot het door u aangehaalde arrest van de Hoge Raad merkt [Aanbesteder] op dat een relatieve beoordelingssystematiek als zodanig door de Hoge Raad niet als strijdig met het gelijkheids- of transparantiebeginsel wordt aangemerkt.'

- 1.5. In de tweede Nota van Inlichtingen van 22 november 2018 zijn, onder meer, de volgende vraag en het volgende antwoord opgenomen:

Vraag 176 (vervolgvraag nav nvi vraag 151 en 152): 'U heeft naar wij aannemen naar aanleiding van onze vragen 151 en 152 het beoordelingsmodel aangepast. Dit is bij Milieueisen nog steeds een relatieve beoordeling, terwijl de basis van de beoordeling absoluut is. Zonder enige noodzaak heeft u dus een objectief systeem omgezet in een relatieve beoordeling die een speltheoretische optimalisatie van de inschrijvingen uitlokt. Het resultaat is minder absurd dan het oorspronkelijke model, maar nog steeds in strijd met het Europese aanbestedingsrecht dat eist dat gezocht wordt naar de economisch meest voordelige aanbidding (en dus niet naar de speltheoretisch meest voordelige aanbidding).

Daarbij komt dat volgens het arrest HvJ EU 10 mei 2012, C-368/10, r.o. 55 het niet toegestaan is om in de Nota van Inlichtingen "de belangrijkste voorwaarden van de opdracht – waaronder de technische specificaties en de gunningscriteria" te wijzigen. Ook is vele malen door het Hof van Justitie EU overwogen dat de gewichten van de gunningscriteria niet gewijzigd mogen worden in de loop van de procedure. Het toevoegen van de mogelijkheid van groen gas, het veranderen van de formule en het wijzigen van het gewicht bij gunningscriterium 8.1.1. Milieueisen zijn ieder voor zich handelingen in strijd met de genoemde jurisprudentie.

Naar onze mening betekent dit dat de aanbesteding moet worden gestaakt. Bent u hiertoe bereid?

Indien het antwoord nee is, wat is uw motivatie dit niet te doen ?'

Antwoord: 'Op dit onderdeel verwijst [Aanbesteder] naar het antwoord op de vragen 151 en 152. De Hoge Raad merkt een relatieve beoordelingssystematiek als zodanig niet aan als strijdig met het gelijkheids- of transparantiebeginsel (HR 9 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1078).

Met het oog op de aanvullingen/aanpassingen is gekozen voor een formele rectificatie die op 8 november 2018 op TenderNed is gepubliceerd onder verlenging van de termijnen (art. 2.67 Aanbestedingswet 2012). De rectificatie verwijst inhoudelijk naar de eveneens op die datum gepubliceerde 1e nota van inlichtingen. Dit is op deze wijze toegestaan.'

- 1.6. In de derde Nota van Inlichtingen van 6 december 2018 zijn, onder meer, de volgende vraag en het volgende antwoord opgenomen:

Vraag 214 (nav vraag 176 NvI2): 'In vragen 151 en 152 van de 1e Nota van Inlichtingen hebben wij geprobeerd duidelijk te maken dat de relatieve beoordelingsmethode ertoe leidt dat de inschrijvers geen economische afwegingen kunnen maken bij het gunningscriterium Milieueisen. In reactie hierop heeft [Aanbesteder] de maximumscore bij dit criterium verlaagd van 20 punten naar 15 punten en de formule voor omrekening van de absolute scores gewijzigd. Deze aanpassing komt niet tegemoet aan onze bezwaren. Nog steeds kan de inschrijver alleen met speltheoretische methoden zijn inschrijving optimaliseren en - in strijd met het Europese aanbestedingsrecht - niet met economische methoden. Volgens het Europese aanbestedingsrecht moet gekozen worden voor de economisch meest voordelige inschrijving en [Aanbesteder] handelt in strijd met dit meest fundamentele beginsel van het aanbestedingsrecht. Het merkwaardige is dat de uitkomst van het excelsheet van Bijlage 11 een absolute score oplevert en er dus geen enkele noodzaak is om die uitkomst met een kunstgreep (namelijk een onnodige wiskundige formule) om te rekenen tot een relatieve score. [Aanbesteder] heeft dus bewust gekozen voor het creëren van een speltheoretisch beoordelingsmodel en dwingt daarmee de inschrijvers tot het maken van niet-economische afwegingen bij het opstellen van hun inschrijving - in strijd met het Europese aanbestedingsrecht. Ook bij Prijs wordt relatief beoordeeld, waardoor de inschrijvers net als bij Milieueisen geen economische afwegingen kunnen maken. Wij zijn nog steeds van mening dat de aanbesteding gestaakt moet worden. Bent u hiertoe bereid. Zo nee, waarom niet?'

Antwoord: '[Aanbesteder] verwijst naar de eerdere antwoorden over de door u aangekaarte onderwerpen en gaat niet in op uw verzoek om de aanbesteding te staken. In het verlengde daarvan zijn twee economische afwegingen denkbaar.

Deel te nemen aan de aanbesteding door inschrijving of daarvan om moverende redenen af te zien.

Verder wijst [Aanbesteder] het gebruik van het woord "Speltheoretisch" pertinent af.

De samenstelling van het in te zetten wagenpark is geenszins onderdeel van een spel en is in het geheel niet vrijblijvend maar wordt onderdeel van de af te sluiten overeenkomst. Het niet nakomen heeft nadrukkelijke gevolgen.'

- 1.7. Ondernemer heeft op 18 december 2018 de volgende klacht bij aanbesteder ingediend:

\(...)

[Ondernemer] maakt bezwaar tegen de volgende aspecten van de aanbesteding:

1. Relatieve beoordeling van de absolute scores bij het gunningscriterium Milieueisen;
 2. Relatieve beoordeling bij het gunningscriterium Prijs;
- (...)

Deze bezwaren worden hieronder puntsgewijs toegelicht:

1. In vragen 151 en 151 (*bedoeld zal zijn: 151 en 152, Commissie*) van de 1e Nota van Inlichtingen hebben wij geprobeerd duidelijk te maken dat de relatieve beoordelingsmethode ertoe leidt dat de inschrijvers geen economische afwegingen kunnen maken bij het gunningscriterium Milieueisen. In reactie hierop heeft [Aanbesteder] de maximumscore bij dit criterium verlaagd van 20 punten naar 15 punten en de formule voor omrekening van de absolute scores gewijzigd. Deze aanpassing komt niet tegemoet aan onze bezwaren. Nog steeds kan de inschrijver alleen met speltheoretische methoden zijn inschrijving optimaliseren en - in strijd met het Europese aanbestedingsrecht - niet met economische methoden. Volgens het Europese aanbestedingsrecht moet gekozen worden voor de economisch meest voordelige inschrijving en [Aanbesteder] handelt in strijd met dit meest fundamentele beginsel van het aanbestedingsrecht.

Wij lichten dit toe met onderstaande voorbeelden, die uitgaan van drie inschrijvers A, B en C:

Inschrijving	A	B	C
Absolute score	1	0	0
Relatieve score	15	0	0

Tabel 1

inschrijvers A, B en C:

Inschrijving	A	B	C
Absolute score	1	25	50
Relatieve score	0,3	7,5	15

Tabel 2

Voor inschrijving A is er geen verschil tussen de absolute scores van tabel 1 en tabel 2, maar in het eerste geval scoort hij uiteindelijk maximaal en in het tweede geval bijna 0 punten, en dat met precies hetzelfde percentage zero-emissie. Het aanbieden van zero-emissie of CNG vergt grote investeringen in het wagenpark, waardoor de Prijs van de inschrijving sterk stijgt naarmate er meer zero-emissie of CNG wordt aangeboden. In het voorbeeld van tabel 1 scoort inschrijver A met een minimale investering maximaal ten opzichte van zijn concurrenten en kan hij een onevenredig hoge Prijs bieden en toch de aanbesteding gemakkelijk winnen. Inschrijver B die 100% CNG aanbiedt kan daarmee 15 punten sco-

ren, maar even goed slechts 7,5 punt. Hij weet dus niet hoeveel compensatie hij krijgt voor de onvermijdelijk hogere Prijs die hij moet bieden om die 100% CNG te realiseren. A en B kunnen dus geen economische afwegingen maken, maar moeten hun inschrijving afstemmen op de verwachtingen die zij hebben van de inschrijvingen van de concurrenten. Weet A dat iedereen hier 0% gaat bieden, dan kan hij dus volstaan met slechts 2% zero-emissie en toch zijn Prijs flink verhogen. Verwacht hij dat iemand 100% CNG of zelfs 100% zero-emissie gaat bieden, dan zal hij waarschijnlijk ofwel ook een hoog percentage moeten bieden of kiezen van een bodemprijs met 0% CNG en 0% zero-emissie. De inschrijvers zullen dus een aantal scenario's als de bovenstaande opstellen en op basis van de verwachtingen omtrent de concurrentie hun inschrijving opstellen. Dat is dus een speltheoretische optimalisatie en degene die dit 'spel' het beste speelt, maakt de grootste kans om te winnen. Wanneer de inschrijver weet wat het referentiepunt is waaraan de inschrijvingen getoetst worden, kunnen zij wel een economische afweging maken. Maar dat referentiepunt - het hoogste bod van de Bijlagen 11 - kan net zo goed 1 zijn (als in tabel 1) als 50 (als in tabel 2). Het is duidelijk dat dit een 'wereld van verschil' maakt. Het merkwaardige is dat de uitkomst van het Excel sheet van Bijlage 11 een absolute score oplevert en er dus geen enkele noodzaak is om die uitkomst met een kunstgreep (namelijk een onnodige wiskundige formule) om te rekenen tot een relatieve score. [Aanbesteder] heeft dus bewust gekozen voor het creëren van een speltheoretisch beoordelingsmodel en dwingt daarmee de inschrijvers tot het maken van niet-economische afwegingen bij het opstellen van hun inschrijving - in strijd met het Europese aanbestedingsrecht.

Uit het antwoord op vraag 214 uit de Derde Nota van Inlichtingen blijkt dat [Aanbesteder] kennelijk niet op de hoogte is van het fenomeen "speltheorie". Anders dan [Aanbesteder] redeneert, is dit een wetenschap die zich op het grensgebied van de wiskunde en de econometrie begeeft. Speltheoretische methoden kunnen op vele gebieden nuttig zijn, maar juist bij inschrijvingen op aanbestedingen zouden zij niet gebruikt moeten worden, omdat het daar gaat om de economisch meest voordelige inschrijving. [Ondernemer] stelt voor dat [Aanbesteder] - na staking van de huidige procedure - de aanbesteding op rationele wijze inricht.

2. Ook bij Prijs wordt relatief beoordeeld, waardoor de inschrijvers net als bij Milieueisen geen economische afwegingen kunnen maken. Wanneer een inschrijver moet kiezen uit twee mogelijke aanbiedingen met tarieven van € 0,50 en € 0,60, weet hij alleen dat het eerste meer punten oplevert, maar niet hoeveel meer. Dat is het gevolg van de relatieve beoordeling die ook hier een economische afweging onmogelijk maakt. Chris Jansen heeft in zijn annotatie in de NJ bij het bij [Aanbesteder] bekende arrest HR 9 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1078 er op gewezen dat de Hoge Raad weliswaar oordeelt dat relatieve beoordeling niet in strijd is met het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel, maar dat deze wijze van beoordeling daarentegen wel degelijk in strijd is met het Europese aanbestedingsrecht om de hier en in punt 1 genoemde redenen.

(...)'

- 1.8. Het klachtenmeldpunt van aanbesteder heeft bij brief van 10 januari 2019, onder meer, als volgt op de klacht van ondernemer gereageerd:

'(...)

Ad I - Relatieve beoordeling gunningscriterium milieueisen

Klachtonderdeel op hoofdlijnen

1.1 In dit subonderdeel stelt [Ondernemer], kort samengevat, dat omdat sprake is van een relatieve beoordeling van het (sub)gunningscriterium met betrekking

tot milieueisen, [Aanbesteder] niet heeft gevraagd om de economisch meest voordelige inschrijving, maar om de '*speltheoretisch* voordeligste inschrijving'. Deze handelwijze, zo stelt [Ondernemer] voorts, is in strijd met het Europees aanbestedingsrecht. (...)

Reactie [Aanbesteder]

1.3.1 [Aanbesteder] heeft allereerst aangegeven zijn standpunt zoals weergegeven in de antwoorden op vragen 150-152, 176 en 214 te handhaven. (...)

1.3.2 Aanvullend op de gegeven antwoorden in de Nota's van Inlichtingen reageert [Aanbesteder] op de stelling van [Ondernemer] dat '*de formule voor omrekening van de absolute scores is gewijzigd [noot 1, niet opgenomen, Commissie]*'. [Aanbesteder] stelt namelijk dat hij de beoordelingssystematiek niet heeft gewijzigd in de mededelingen van de eerste Nota van Inlichtingen. De doorgevoerde wijzigingen zien op de inhoudelijk te beoordelen elementen en niet op de (relatieve) beoordelingssystematiek als zodanig. De wijzigingen zijn daarnaast, in lijn met de regelgeving en met het oog op mogelijke nieuwe in de opdracht geïnteresseerde ondernemers, in een rectificatie op TenderNed gepubliceerd en doorgevoerd in combinatie met een verlenging van de toepasselijke termijnen en een aanvullende mogelijkheid tot het stellen van vragen in een derde Nota van Inlichtingenronde.

1.3.3 Daarnaast stelt [Aanbesteder] dat, anders dan [Ondernemer] aanneemt, de wijziging van de maximaal te behalen score op het subgunningscriterium Milieueisen niet als reactie op de bezwaren van [Ondernemer] ten aanzien van de relatieve beoordelingsmethode is doorgevoerd. De wijziging is het gevolg van hernieuwde inzichten binnen [Aanbesteder], naar aanleiding van interne discussie.

1.3.4 Het toepassen van een relatieve beoordelingssystematiek, zo stelt [Aanbesteder] vervolgens, vindt haar rechtvaardiging in het feit dat het voor [Aanbesteder] redelijkerwijs niet mogelijk was een gedegen inschatting te maken van wat realistisch c.q. haalbaar was voor de markt ten aanzien van de milieunormen en er dus een noodzaak was om een formule te gebruiken die de uitkomst in verhouding bracht met de overige gunningscriteria.

1.3.5 Ten slotte herhaalt [Aanbesteder] zijn eerdere standpunt ten aanzien van de stelling van [Ondernemer] dat inschrijvers bij hun inschrijving geen economische afwegingen kunnen maken, maar dat zij hun inschrijving moeten afstemmen op verwachtingen die zij hebben van de inschrijvingen van de concurrenten. [Aanbesteder] meent dat het afstemmen van de inschrijving op concurrenten een inherent onderdeel is van marktwerking en niet per definitie een gevolg is van het toepassen van een relatieve beoordeling.

Toetsingskader (algemeen)

1.4 [Het Klachtenmeldpunt] heeft de onderdelen van de gepubliceerde aanbestedingsstukken waarop de klacht betrekking heeft, getoetst aan het nationale en Europese aanbestedingsrecht. Bij [zijn] beoordeling heeft [het Klachtenmeldpunt] de huidige stand van de wetgeving en jurisprudentie gevolgd. Ook met de door [Ondernemer] aangehaalde annotatie van de heer C.E.C. Jansen [*noot 2 HR 9 mei 2014 (Rico/Gemeente en Xerox), ECLI:NL:HR:2014:1078, m.nt. C.E.C. Jansen, Commissie*] is door [het Klachtenmeldpunt] bij [zijn] beoordeling rekening gehouden, voor zover deze te verenigen is met de onderliggende uitspraak van de Hoge Raad. [Het Klachtenmeldpunt] merkt hierbij namelijk op dat hij tot [zijn] taak ziet het ter beoordeling van klachten toepassen van het *geldende rechtska-*

der en dat hij hierbij uitdrukkelijk **geen** bevoegdheid voor zichzelf ziet om af te wijken van de huidige stand van het recht.

Toetsingskader (economisch meest voordelige inschrijving)

1.5 Op grond van artikel 2.114 lid 1 Aanbestedingswet 2012 is de aanbestedende dienst, voor zover hij overgaat tot gunning en behoudens in de wet beschreven uitzonderingsgevallen, verplicht de overheidsopdracht te gunnen aan de economisch meest voordelige inschrijving. Lid 2 van voornoemd artikel bepaalt vervolgens dat de economische meest voordelige inschrijving dient te worden vastgesteld op basis van de beste prijs-kwaliteitverhouding, de laagste kosten, ofwel de laagste prijs.

1.6 Uit de wetgeschiedenis volgt dat de verplichting tot gunning aan de meest voordelige inschrijving geen op zichzelf staand aanbestedingsbeginsel is, maar dat zij rechtstreeks voortvloeit uit de beginselen van transparantie en gelijke behandeling. Deze beginselen brengen namelijk met zich mee dat aanbestedende diensten de daadwerkelijke mededinging tijdens een aanbesteding moeten waarborgen.

"De gunning van de opdracht dient te geschieden op basis van objectieve criteria waarbij het discriminatieverbod en de beginselen van transparantie en gelijke behandeling in acht worden genomen en de beoordeling van de inschrijvingen onder voorwaarden van daadwerkelijke mededinging wordt gewaarborgd. Derhalve mogen slechts twee gunningscriteria worden toegepast, namelijk het criterium van de „laagste prijs” en het criterium van de „economisch voordeligste inschrijving.” [noot 3: Richtlijn EU/2004/18, overweging 46., Commissie].

1.7 Voorts bepaalt de Europese wetgever dat om onder omstandigheden van een effectieve mededinging te kunnen bepalen welke inschrijving de meest voordelige inschrijving is, de gunning dient te geschieden op basis van objectieve criteria die ervoor zorgen dat de beginselen van transparantie en gelijkheid in acht worden genomen:

*"Om tot een objectieve vergelijking van de relatieve waarde van de inschrijvingen te kunnen komen en aldus, onder omstandigheden van effectieve mededinging, te kunnen bepalen welke inschrijving de economisch meest voordelige is, dient de gunning van de opdracht te geschieden op basis van objectieve criteria die ervoor zorgen dat **de beginselen transparantie, non-discriminatie en gelijke behandeling** in acht worden genomen (...)" [noot 4: Richtlijn EU/2014/24, overweging 90., Commissie].*

1.8 Dat het beginsel van gelijke behandeling ten grondslag ligt aan de verplichting tot het gunnen onder voorwaarden van een gezonde en daadwerkelijke mededinging, beaamt ook het Europese Hof:

"Het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers beoogt de ontwikkeling van een gezonde en daadwerkelijke mededinging tussen de aan een overheidsopdracht deelnemende ondernemingen te bevorderen en vereist dat alle inschrijvers bij het opstellen van het in hun offertes gedane voorstel dezelfde kansen krijgen. Het betekent derhalve dat voor deze offertes voor alle mededingers dezelfde voorwaarden moeten gelden." [noot 5: HvJ EG 29 april 2004 (Succhi di Frutta), C-496/99, r.o. 110., Commissie]

1.9 Gezien het bovenstaande, dient om de vraag te kunnen beantwoorden of een aanbestedende dienst al dan niet daadwerkelijk heeft gegund aan de meest economische inschrijving, gecontroleerd te worden of sprake is geweest van gunning onder omstandigheden van een effectieve mededinging en op basis van criteria

die de beginselen van transparantie, non-discriminatie en gelijke behandeling waarborgen.

Toetsingskader (relatieve beoordeling)

1.10 De Hoge Raad heeft bij arrest van 9 mei 2014 bepaald dat een relatieve beoordelingssystematiek in zijn algemeenheid niet in strijd is met het gelijkheids- of transparantiebeginsel. Of een specifieke beoordelingssystematiek al dan niet is toegestaan, is afhankelijk van de wijze waarop zij in het concrete geval is ingericht of toegepast en de vraag of zij daardoor in strijd komt met het gelijkheids- of transparantiebeginsel.

"In zijn algemeenheid kan een zogeheten relatieve beoordelingssystematiek niet enkel op grond van haar relatieve karakter als strijdig met het gelijkheids- of transparantiebeginsel worden aangemerkt. Het hangt af van de wijze waarop een bepaalde beoordelingssystematiek in het concrete geval is ingericht of toegepast, of zij, mede in verband met haar relatieve karakter, in strijd komt met de (genoemde) beginselen van het aanbestedingsrecht." [noot 6: HR 09 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1078, 9 mei 2014 (Rico/Gemeente en Xerox), r.o. 3.5., Commissie]

Beoordeling klachtonderdeel I

Interpretatie van het klachtonderdeel

1.11 Het klachtonderdeel lijkt zich met name te richten op de (on)toelaatbaarheid van een relatieve beoordelingssystematiek *an sich*. Het gebruik van de relatieve beoordelingssystematiek, zo stelt [Ondernemer], is in strijd met het Europese aanbestedingsrecht, omdat de inschrijvers geen economische afwegingen kunnen maken bij hun inschrijving en daardoor feitelijk niet gekozen wordt voor de economisch meest voordelige inschrijving, maar voor de *speltheoretisch* meest voordelige inschrijving.

1.12 Opgemerkt dient te worden dat [Ondernemer] niet stelt dat de toepassing of inrichting van de gekozen beoordelingssystematiek *in dit concrete geval* in strijd is met het transparantiebeginsel, dan wel het gelijkheidsbeginsel. Het primaire beklag richt zich er juist op dat, relatieve beoordeling weliswaar niet in strijd is met het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel, daarentegen wel degelijk in strijd is met het Europese aanbestedingsrecht, omdat niet gekozen wordt voor de economisch voordelige inschrijving:

"Volgens het Europese aanbestedingsrecht moet gekozen worden voor de economisch meest voordelige inschrijving en [Aanbesteder] handelt in strijd met dit meest fundamentele beginsel van het aanbestedingsrecht." [noot 7: niet opgenomen, Commissie]

en voorts:

Chris Jansen heeft in zijn annotatie (...) er op gewezen dat de Hoge Raad weliswaar oordeelt dat relatieve beoordeling niet in strijd is met het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel, maar dat deze wijze van beoordeling daarentegen wel degelijk in strijd is met het Europese aanbestedingsrecht (...). [noot 8: niet opgenomen, Commissie]

1.13 In paragraaf 4.3 van de aanbestedingsleidraad stelt [Aanbesteder] dat gunning zal plaatsvinden op basis van de economisch meest voordelige inschrijving en meer specifiek, op basis van de beste prijs-kwaliteit verhouding.

De opdracht wordt gegund aan de Inschrijver met de economisch meest voordelige inschrijving, vastgesteld op basis van het totaal aantal punten voor de prijs en kwaliteit. [noot 9: niet opgenomen, Commissie]

Beoordeling van de toelaatbaarheid van relatieve beoordelingssystematieken in het algemeen

1.14 Zoals reeds vermeld onder 1.12, stelt [Ondernemer] niet dat in dit concrete geval sprake is van enige strijd met het transparantiebeginsel, dan wel het beginsel van gelijke behandeling. Het beklag van [Ondernemer] richt zich op de toelaatbaarheid van relatieve beoordelingssystematieken in het algemeen. Deze lijn, die feitelijk erop neer komt dat alle wijzen van relatieve beoordeling ontoelaatbaar moeten worden geacht in het licht van het Europese recht, kan [het Klachtenmeldpunt] niet volgen. De Hoge Raad stelt immers in het reeds aangehaalde arrest dat de relatieve beoordelingssystematiek niet per definitie in strijd is met de in dit kader relevante Europese aanbestedingsbeginselen, namelijk het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel.

1.15 De stelling van [Ondernemer] dat een relatieve beoordelingssystematiek weliswaar niet in strijd is met het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel, doch met een op zich zelf staand beginsel van Europees aanbestedingsrecht, namelijk de verplichte gunning aan de economisch meest voordelige inschrijving, is daarmee naar het oordeel van [het Klachtenmeldpunt] een *contradictio in terminis*. De verplichting tot het toepassen van de emvi-methodiek vloeit immers, gelet op het in overwegingen 1.6 tot en met 1.9 uiteengezette beoordelingskader, nu juist voort uit de toepassing van de beginselen van transparantie en gelijke behandeling. Deze beginselen leiden er immers toe dat de aanbestedende dienst een effectieve mededinging gedurende de aanbestedingsprocedure dient te waarborgen.

1.16 Gelet op overweging 1.15 en het onder overwegingen 1.6 tot en met 1.19 [waarschijnlijk is 1.9 bedoeld, Commissie] uiteengezette toetsingskader, dient naar het oordeel van [het Klachtenmeldpunt] aan de hand van het transparantie- en gelijkheidsbeginsel te worden beoordeeld of in dit concrete geval daadwerkelijk gunning plaatsvindt aan de economisch meest voordelige inschrijving.

1.17 Ten overvloede merkt [het Klachtenmeldpunt] op dat hij de mening van annotator dhr. C.E.C. Jansen deelt dat de mogelijkheden tot relatief beoordelen in de toekomst wellicht worden ingeperkt. Deze taak is echter uitdrukkelijk voorbehouden een aan de wetgever, of rechter.

Beoordeling van de concrete relatieve beoordelingssystematiek in het licht van transparantie en gelijkheid

1.18 Hoewel door [Ondernemer] niet wordt gesteld dat de wijze van (relatief) beoordelen in dit concrete geval in strijd is met de transparantiebeginsel of het beginsel van gelijke behandeling, acht [het Klachtenmeldpunt], gelet op hetgeen gesteld onder 1.5 tot en met 1.10, deze beginselen het relevante toetsingskader ter beoordeling van de vraag of de gekozen beoordelingssystematiek al dan niet hier toelaatbaar moet worden geacht.

1.19 Meer concreet is voor [het Klachtenmeldpunt] van belang (het antwoord op) de vraag of in casu de inrichting c.q. toepassing van de onderhavige beoordelingssystematiek zodanig is dat de beoordelingssystematiek in strijd is met het beginsel van gelijke behandeling en/of het transparantiebeginsel.

Gelijkheid

1.20 Het gelijkheidsbeginsel vereist dat alle inschrijvers bij het opstellen van hun inschrijvingen dezelfde kansen krijgen [noot 10: *HvJ EG 29 april 2004 (Succhi di Frutta), C-496/99, Commissie*]. [Het Klachtenmeldpunt] stelt allereerst vast dat de onderhavige beoordelingssystematiek gelijkelijk van toepassing is op alle inschrijvers. Voorts worden alle inschrijvingen op gelijke wijze ten opzichte van dezelfde referentiepunten gewaardeerd. [Het Klachtenmeldpunt] wijst hier mede op de conclusie van A-G Keus in het Rico/Gemeente en Xerox-arrest:

"Dat volgens die onderlinge rangorde van de resterende inschrijvers de ene inschrijver hoger is geïndigd dan de andere, vindt niet zijn oorzaak in een ongelijke behandeling van die inschrijvers, maar in de inherente eigenschappen van hun inschrijvingen, waardoor de ene inschrijving beter dan de andere aan de wensen van de aanbestedende dienst voldoet, ook al is dat laatste niet door een rechtstreekse onderlinge vergelijking, maar door een vergelijking met steeds dezelfde referentiepunten vastgesteld." [noot 11: *HR 09 mei 2014 (Rico/Gemeente en Xerox), ECLI:NL:HR:2014:1078, r.o. 3.17., bedoeld zal zijn: Conclusie 24 januari 2014, ECLI:NL:PHR:2014:31, overweging 3.17, Commissie*]

1.21 Voorts merkt [het Klachtenmeldpunt] op dat het in onderhavig geval aan alle inschrijvers vrij staat in dezelfde mate naar eigen inzicht gebruik te maken van de mogelijkheid van het speltheoretisch c.q. strategisch inschrijven. Een schending van het gelijkheidsbeginsel kan daarom naar het oordeel van [het Klachtenmeldpunt] hier niet worden aangenomen.

Transparantie

1.22 Het transparantiebeginsel strekt in de eerste plaats ertoe dat de inschrijvers op voorhand op de hoogte zijn van de door de aanbestedende dienst te hanteren beoordelingssystematiek. De beoordelingssystematiek is voor alle geïnteresseerde inschrijvers vooraf voldoende duidelijk bekend gemaakt en is op zichzelf controleerbaar en transparant. Om die reden kan volgens [het Klachtenmeldpunt] evenmin aangenomen worden dat met de door [Aanbesteder] toegepaste beoordelingssystematiek het transparantiebeginsel wordt geschonden.

1.23 Ten aanzien van het transparantiebeginsel merkt [het Klachtenmeldpunt] nog het volgende op. In overweging 1.3.3 is uiteengezet dat [Aanbesteder] de wijziging van de maximaal te behalen score ten aanzien van de milieueisen heeft aangepast naar aanleiding van gewijzigde inzichten binnen [Aanbesteder]. Volgens [Aanbesteder] stelt [Ondernemer] (dus) ten onrechte dat de wijziging is doorgevoerd als reactie op de bezwaren van [Ondernemer]. Dat [Ondernemer] hier van een onjuiste veronderstelling uitgaat, is echter naar het oordeel van [het Klachtenmeldpunt] niet aan [Ondernemer] toe te rekenen. De wijziging is namelijk niet door [Aanbesteder] gemotiveerd. In het kader van de transparantie zou [Aanbesteder], wanneer hij besluit tot het doorvoeren van (wezenlijke) wijzigingen in de aanbestedingsstukken, er goed aan doen wijzigingen te motiveren, zodat de achterliggende redenen kenbaar zijn voor gegadigden en zij de wijziging op toelaatbaarheid kunnen controleren.

Strategisch inschrijven en manipulatie

1.24 [Het Klachtenmeldpunt] onderkent dat een relatieve beoordelingssystematiek inschrijvers de mogelijkheid biedt strategisch, of zoals [Ondernemer] stelt *speltheoretisch*, in te schrijven, waardoor andere inschrijvers elkaar kunnen bevoordelen maar ook benadelen. Strategisch inschrijven is echter in beginsel toegestaan, zolang dit niet leidt tot het manipuleren van de relatieve beoordeling

[noot 12: Hof Den Haag 20 november 2012, Vz Rb. Den Bosch 5 maart 2014, ECLI:2014:1110, Arnhem 13 december 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BY8408; Rb. 's-Gravenhage 23 februari 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BP7444., Commissie]. Door [Ondernemer] zijn geen gronden aangevoerd, noch ziet [het Klachtenmeldpunt] anderszins aanwijzingen om aan te nemen dat de gekozen beoordelings-systematiek misbruik van de beoordelingsmaatstaf respectievelijk de aanwending een oneigenlijk middel om aan de concurrentie van mede-inschrijvers te ontkomen, mogelijk maakt.

1.25 Desalniettemin acht [het Klachtenmeldpunt] het mogelijk voor [Aanbesteder] aanvullende waarborgen te treffen om manipulatief gedrag van inschrijvers gedurende de aanbestedingsprocedure tegen te gaan. Allereerst kan hier erop gewezen worden dat niet expliciet uit de aanbestedingsstukken volgt dat het inschrijvers niet is toegestaan meerdere inschrijvingen in te dienen. Gelet op het feit dat het aanbestedingsrecht het in beginsel niet verbiedt dat één onderneming meerdere inschrijvingen uitbrengt, bestaat hierin een (theoretische) mogelijkheid voor inschrijvers de relatieve beoordelingssystematiek te manipuleren door meerdere inschrijvingen uit te brengen. Om deze reden acht [het Klachtenmeldpunt] het raadzaam dat, in het geval een relatieve beoordeling wordt toegepast, [Aanbesteder] in de aanbestedingsstukken expliciteert dat per inschrijver slechts één inschrijving ingediend mag worden.

1.26 Ten tweede kan gewezen worden op het risico dat met elkaar verbonden ondernemingen, (bijvoorbeeld behorend tot hetzelfde concern) hun inschrijvingen onderling afstemmen en hierdoor de mogelijkheid hebben de relatieve beoordelingssystematiek te frustreren. Om een dergelijk risico te vermijden, acht [het Klachtenmeldpunt] het voorts raadzaam in de aanbestedingsstukken op te nemen dat dat verschillende ondernemingen die tot één concern behoren niet elk afzonderlijk mogen inschrijven, tenzij de betreffende ondernemingen kunnen aantonen dat hun onderlinge relatie het gedrag bij de aanbesteding niet heeft beïnvloed.

1.27 Ten derde raadt [het Klachtenmeldpunt] [Aanbesteder] aan een passage in de aanbestedingsstukken op te nemen ter voorkoming van (overig) manipulatief gedrag. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan de expliciete bepaling dat het indienen van een irreële of manipulatieve inschrijving leidt tot uitsluiting. Hierbij kan per concreet geval nader gespecificeerd worden welke gedragingen in ieder geval als zodanig zullen worden aangemerkt.

1.28 Ten slotte wijst [het Klachtenmeldpunt] op het feit dat ten aanzien van de relatieve beoordeling van de milieueisen [Aanbesteder] niet heeft gespecificeerd wat er gebeurt indien de inschrijving met de beste score ten aanzien van dit subgunningscriterium achteraf ongeldig wordt verklaard. Doordat de mogelijkheid bestaat dat de rangorde van de overige inschrijvingen kan veranderen, bestaat hiermee het risico van een zogenoemd rangordeparadox. [Aanbesteder] doet er daarom goed aan te specificeren wat er gebeurt, in het geval de inschrijving met de hoogste score op dit subgunningscriterium wegvalt.

Toelaatbaarheid vs. wenselijkheid van relatief beoordelen

1.29 [Het Klachtenmeldpunt] merkt ten slotte het volgende op. De toets die [het Klachtenmeldpunt] uitvoert, is beperkt tot de vraag of de specifieke relatieve beoordelingssystematiek al dan niet toelaatbaar moet worden geacht in het licht van (de beginselen van) het aanbestedingsrecht. [Het Klachtenmeldpunt] toetst aldus enkel op toelaatbaarheid en niet op wenselijkheid. De wenselijkheid van het toepassen van een relatieve beoordelingssystematiek dient naar het oordeel van de Klachtencommissie echter wel door [Aanbesteder] uitdrukkelijk te worden af-

gewogen. [Aanbesteder] dient immers de beoordelingssystematiek zorgvuldig vast te stellen en dient hierbij ook te onderzoeken of het toepassen van een bepaalde beoordelingssystematiek, mede uit het oogpunt van mededinging en de mogelijkheid van strategisch inschrijven, het door hem gewenste effect zal hebben.

1.30 Bij het zorgvuldig vaststellen van de beoordelingssystematiek hoort, naar het oordeel van [het Klachtenmeldpunt], ook een onderzoek naar de vraag of het mogelijk is een alternatieve, en wellicht betere, wijze van beoordeling toe te passen. Het uitvoeren van een marktconsultatie, dan wel marktverkenning kan [Aanbesteder] hierin van waardevolle informatie voorzien. Door [Aanbesteder] is in overweging 1.3.4 aangegeven dat het voor hem niet mogelijk was een gedegen inschatting te maken van wat realistisch c.q. haalbaar was voor de markt ten aanzien van de milieunormen. De aanbestedende dienst heeft echter zelf nagelaten deze informatie door middel van een marktconsultatie uit de markt te verkrijgen. Het uitvoeren van een marktconsultatie had het wellicht mogelijk gemaakt voor de aanbestedende dienst een andersoortige beoordelingssystematiek toe te passen. [Het Klachtenmeldpunt] acht het daarom raadzaam dat middels een marktconsultatie of -verkenning wordt onderzocht of alternatieve beoordelingswijzen mogelijk zijn, alvorens tot het toepassen van een relatieve beoordeling wordt overgegaan.

Advies

1.31 [Het Klachtenmeldpunt] acht het klachtonderdeel **ongegrond**.

[Het Klachtenmeldpunt] adviseert de aanbestedende dienst om:

- a. vast te houden aan de door hem toegepaste beoordelingssystematiek en de aanbestedingsprocedure voort te zetten.
- b. indien hij in toekomstige gevallen na publicatie overgaat tot wijziging van (gedeelten van) de aanbestedingsstukken, de wijzigingen gemotiveerd kenbaar te maken aan gegadigden.
- c. gelet op hetgeen uiteengezet in overweging 1.29, bij de keuze voor een (relatieve) beoordelingssystematiek in toekomstige procedures uitdrukkelijk de gevolgen voor transparantie, gelijke behandeling en een effectieve mededinging per concreet geval af te wegen.
- d. gelet op het in overweging 1.30 gestelde, alvorens tot het toepassen van een relatieve beoordeling over te gaan, te onderzoeken of alternatieve beoordelingswijzen mogelijk zijn, bijvoorbeeld door middel van het organiseren van een marktconsultatie.
- e. indien besloten wordt tot het toepassen van een relatieve beoordelingssystematiek, de onder overwegingen 1.25 tot en met 1.28 uiteengezette aanvullende waarborgen tegen manipulatief inschrijven op te nemen in de aanbestedingsstukken.

Ad II- Relatieve beoordeling gunningscriterium Prijs

Klachtonderdeel op hoofdlijnen

2.1 In dit subonderdeel stelt [Ondernemer] dat de relatieve beoordeling van het gunningscriterium Prijs in strijd is met de Europese aanbestedingsbeginselen, omdat niet gekozen wordt voor de economisch meest voordelige inschrijving. Voor de onderbouwing van dit klachtonderdeel verwijst [Ondernemer] naar de onder het eerste klachtonderdeel gevoerde argumentatie.

Reactie [Aanbesteder]

2.2 De reactie van [Aanbesteder] ten aanzien van dit klachtonderdeel is weergegeven in overwegingen 1.3.1 tot en met 1.3.5.

Toetsingskader

2.3 Het toetsingskader voor dit klachtonderdeel is gelijk aan het toetsingskader beschreven in overwegingen 1.4 tot en met 1.10.

Beoordeling klachtonderdeel II

2.4 Omdat in dit klachtonderdeel geen andere argumenten worden aangedragen, is de beoordeling van dit klachtonderdeel, met uitzondering van het gestelde in overwegingen 2.5 en 2.6, niet anders dan de beoordeling van het eerste klachtonderdeel.

Waarborgen tegen manipulatieve inschrijvingen

2.5 Aanvullend op hetgeen gesteld onder 1.24 en 1.27, merkt [het Klachtenmeldpunt] op dat [Aanbesteder] voor wat betreft dit onderwerp wel degelijk waarborgen heeft getroffen om manipulatie ten aanzien van de prijs tegen te gaan.

Ten aanzien van prijsmanipulatie bevat de aanbestedingsleidraad de volgende passage:

"De gemeente accepteert alleen inschrijvingen met een realistische prijs. Dit betekent dat de prijsstelling kostendekkend moet zijn. Dit dient de inschrijver bij inschrijving aan te tonen door het toevoegen van zijn uitgewerkte kosten calculatie." [noot 13: §4.3.2 aanbestedingsleidraad, (...), Commissie]

[Aanbesteder] heeft hier aldus aanvullende waarborgen getroffen om inzicht te verkrijgen in de prijsopbouw en manipulatie ten aanzien van prijs tegen te gaan.

2.6 Ook met de onder 1.28 beschreven rangordeparadox is ten aanzien van het prijscomponent wel degelijk rekening gehouden door [Aanbesteder]:

"Indien de Inschrijver met de laagste prijs na de beoordeling onverhoopt mocht afvallen, dan wordt het onderdeel 'prijs' opnieuw beoordeeld. De Inschrijver met de op een na laagste prijs wordt in dat geval de Inschrijver met de laagste prijs en krijgt het maximale aantal punten toegekend." [noot 14: §4.3.2 aanbestedingsleidraad, (...), Commissie]

Advies

2.7 [Het Klachtenmeldpunt] acht het klachtonderdeel **ongegrond**.

[Het Klachtenmeldpunt] adviseert [Aanbesteder] om:

- a. vast te houden aan de door hem toegepaste beoordelingssystematiek en de aanbestedingsprocedure voort te zetten.
- b. indien hij in toekomstige gevallen na publicatie overgaat tot wijziging van (gedeelten van) de aanbestedingsstukken de wijzigingen gemotiveerd kenbaar te maken aan gegadigden.
- c. gelet op hetgeen uiteengezet in overweging 1.29, bij de keuze voor een (relatieve) beoordelingssystematiek in toekomstige procedures uitdrukkelijk de gevol-

gen voor transparantie, gelijke behandeling en een effectieve mededinging per concreet geval af te wegen.

d. gelet op het in overweging 1.30 gestelde alvorens tot het toepassen van een relatieve beoordeling over te gaan, te onderzoeken of alternatieve beoordelingswijzen mogelijk zijn, bijvoorbeeld door middel van het organiseren van een marktconsultatie.

e. indien besloten wordt tot het toepassen van een relatieve beoordelingssystematiek, de onder overwegingen 1.25 en 1.26 uiteengezette aanvullende waarborgen tegen manipulatief inschrijven op te nemen in de aanbestedingsstukken.

(...)'

2. Beschrijving klacht

De relatieve beoordeling bij het subgunningscriterium Milieueisen en het subgunningscriterium Prijs leidt niet tot de keuze van de economisch meest voordelige aanbieder en is in strijd met de beginselen van gelijke behandeling, transparantie en proportionaliteit.

3. Onderbouwing klacht

3.1. Ondernemer benadrukt in de eerste plaats dat hij grote waardering heeft voor het zeer degelijke en juridisch buitengewoon zorgvuldig onderbouwde oordeel van het klachtenmeldpunt van aanbesteder. Desondanks meent hij dat dit oordeel nog ruimte laat voor een andere kijk op zijn klacht. Daarnaast is het voor de moederverenootschap van ondernemer van belang te weten of relatieve beoordeling nu wel of niet toelaatbaar is, omdat hij ook een aanbestedende dienst is en een speciale-sectorbedrijf.

3.2. Het klachtenmeldpunt acht zich niet bevoegd om af te wijken van de huidige stand van het recht (zie punten 1.4 en 1.17 van zijn advies in 1.8 hiervoor). Ondernemer kan dat begrijpen en hoopt dat de Commissie zich wel bevoegd acht om in een advies te concluderen dat relatieve beoordeling bij het bepalen van de economisch meest voordelige inschrijving niet toelaatbaar is. Wellicht kan het feit dat de Portugese wetgever relatieve beoordeling verboden heeft een rol spelen bij de oordeelsvorming. In artikel 139 lid 4 van de Código dos Contratos Públicos is bepaald:

'Na elaboração do modelo de avaliação das propostas não podem ser utilizados quaisquer dados que dependam, directa ou indirectamente, dos atributos das propostas a apresentar, com excepção dos da proposta a avaliar.'

Vertaling:

'In de uitwerking van het beoordelingsmodel van de inschrijvingen mag geen gebruik worden gemaakt van gegevens die, direct of indirect, afhangen van kenmerken van de ingediende inschrijvingen, met uitzondering van gegevens van de inschrijving die beoordeeld wordt.'

3.3. Ondernemer heeft belang bij zijn klacht omdat in geval van gegrond verklaren de kans bestaat dat aanbesteder de aanbesteding staakt en een heraanbesteding uitvoert met gunningscriteria waarbij ondernemer wel in staat zal zijn een economisch verantwoorde inschrijving te doen. Om diverse redenen, waaronder het niet tegemoet komen aan een ander bezwaar van ondernemer, heeft ondernemer afgezien van het indienen van een inschrijving.

- 3.4. Het klachtenmeldpunt merkt terecht op dat ondernemer niet heeft gesteld dat de gekozen beoordelingssystematiek in het concrete geval in strijd is met het transparantiebeginsel, dan wel het gelijkheidsbeginsel (zie punt 1.12 van zijn advies in 1.8 hiervoor). Ondernemer stelt dat dit ook niet nodig is, omdat partijen kunnen volstaan met het stellen van de feiten en de Commissie vervolgens op basis van die feiten het recht toepast. Naar de mening van ondernemer kan uw Commissie dus – ook zonder dat ondernemer dat gesteld heeft – beoordelen of in het concrete geval sprake is van schending van een of meer van de genoemde beginselen. Zoals het klachtenmeldpunt in punt 1.10 van zijn advies terecht stelt heeft de Hoge Raad hierover een uitspraak gedaan, die dus tot het geldende recht behoort. Ondernemer meent derhalve dat uw Commissie wel degelijk kan toetsen aan de hand van de concrete omstandigheden of de relatieve beoordelingssystematiek, mede in verband met haar relatieve karakter, in strijd komt met de (genoemde) beginselen van het aanbestedingsrecht. Mocht die toets voor ondernemer negatief uitvallen, dan blijft nog staan het argument dat die systematiek in strijd is met het minstens zo belangrijke beginsel dat de economisch meest voordelige inschrijving moet worden gekozen. In het vervolg maakt ondernemer geen onderscheid tussen beide argumenten en laat het aan uw Commissie over om te beoordelen of de hierna aangevoerde argumenten leiden tot een conclusie dat ofwel het transparantiebeginsel en/of het gelijkheidsbeginsel, dan wel de plicht om de economisch meest voordelige inschrijving te kiezen geschonden zijn.
- 3.5. Van belang is nog, en ondernemer vermoedt dat aanbesteder dit zal beamen (anders had hij wel 100% zero emissie geëist), dat het aanbieden van zero emissie veel duurder is dan het aanbieden van euro 6 voertuigen. Dat komt doordat volledig elektrische voertuigen thans nog veel duurder zijn dan diesel voertuigen. Aanbieden van bijvoorbeeld 50% zero emissie vergt dus een forse investering in een vloot die in de zeer korte looptijd van de overeenkomst van 2 jaar en 3 maanden (zie paragraaf 1.3 van de Aanbestedingsleidraad) alleen terug te verdienen is met een extreem hoog kilometertarief. Hetzelfde geldt voor CNG voertuigen, die na de wijziging in de eerste Nota van Inlichtingen ook mochten worden aangeboden. Ondernemer stelt dat een rationele inschrijver alvorens een dergelijke investering aan te bieden niet alleen moet weten of hij die kan terugverdienen, maar ook wat hem dat oplevert in de zin van verhoogde kans op gunning. Dit laatste is bij deze aanbesteding volstrekt onmogelijk als gevolg van de relatieve beoordeling.
- 3.6. In Bijlage 11, zoals deze oorspronkelijk door aanbesteder is gepubliceerd, wordt aan de hand van de ingevulde aantallen kilometers een score berekend, die in de geel gekleurde cel G32 leidt tot een Waarde tussen 0 en 30 punten. Alleen het invullen van een positieve waarde in kolom B bij Emissie vrij (cellen B18, B24 en B30) leidt tot een positieve score. Vult men in die cellen het maximum 58.000 in, dan is de Waarde 30 punten, vult men in die cellen 29.000 in, dan is de Waarde 15 punten, etc. Er is hier dus sprake van een absolute eerstegraads formule, waarbij alleen naar de door de inschrijver ingevulde Waarde wordt gekeken en de door andere inschrijvers ingevulde Waarden geen rol spelen. Om onbekende redenen, althans voor ondernemer niet te begrijpen redenen, heeft aanbesteder ervoor gekozen om de uitkomst van die berekening niet op de meest voor de hand liggende manier te gebruiken bij het bepalen van de score voor het subgunningscriterium Milieueisen, die maximaal 20 punten bedraagt. Men had immers eenvoudig de uitkomst van de berekening in Bijlage 11 kunnen vermenigvuldigen met $\frac{2}{3}$, waarna er altijd een score tussen 0 en 20 punten ontstaat. In plaats van deze absolute beoordeling heeft aanbesteder in paragraaf 8.1.1 van de Aanbestedingsleidraad de volgende formule toegepast:

$$\text{Score} = \left(1 - \frac{(\text{Waarde hoogste} - \text{Waarde aangeboden})}{(\text{Waarde aangeboden})} \right) \times 20$$

- 3.7. Volkomen onnodig wordt dus de door een inschrijver aangeboden Waarde vergeleken met het referentiepunt van de hoogste aangeboden Waarde. De inschrijver die de hoogste Waarde heeft aangeboden, krijgt 20 punten en de inschrijver die de helft van die hoogste waarde heeft aangeboden krijgt 0 punten. Wie nog lager dan de helft van de hoogste waarde aanbiedt zou volgens die formule een negatieve score krijgen, maar onder die formule wordt vermeld dat de minimum score 0 punten is.
- 3.8. Ook de Prijs van de inschrijving (het kilometertarief) wordt met een relatieve formule omgerekend. Deze formule staat in paragraaf 4.3.2 van de Aanbestedingsleidraad en luidt als volgt:

$$\text{Score} = \left(1 - \frac{(P_{\text{aangeboden}} - P_{\text{laagste}})}{P_{\text{laagste}}} \right) \times 40$$

- 3.9. Hier geldt dat de inschrijving met de laagste prijs de maximale score van 40 punten krijgt en dat een inschrijving waarvan de Prijs 2 keer zo hoog is als de laagste prijs 0 punten scoort.
- 3.10. Wanneer de Waarde hoogste = 30, krijgt dus zowel de inschrijver die de Waarde 15 aanbiedt als de inschrijver die de Waarde 0 aanbiedt 0 punten, terwijl er toch een significant verschil is tussen beide aanbiedingen. Zie onderstaande tabel:

Inschrijving	Waarde aangeboden	score
A	30	20
B	15	0
C	0	0

Tabel 3

- 3.11. Dit zou kunnen leiden tot de volgende uitslag van de aanbesteding:

Inschrijving	Waarde aangeboden	Score	Tarief	Score voor tarief	Overige kwaliteitscriteria	Totaal
A	30	20	0,60	20	30	70
B	15	0	0,40	40	30	70
C	0	0	0,40	40	31	71

Tabel 2

- 3.12. Dat C beter scoort dan A is te billijken, want A is (doordat hij 100% zero emissie aanbiedt) veel duurder dan C. Maar dat C beter scoort dan B, lijkt toch overduidelijk in strijd met het proportionaliteitsbeginsel, want B biedt 50% zero emissie aan tegen dezelfde prijs als C, terwijl C maar een heel klein beetje beter scoort op de overige drie kwaliteitscriteria. Ook hier geldt dat ondernemer niet in zijn klachtbrief van 18 december 2018 (zie 1.7 hiervoor) heeft gesteld dat er in strijd met het proportionaliteitsbeginsel gehandeld is, maar dat de Commissie naar de mening van ondernemer toch aan dit beginsel mag toetsen, omdat dit tot het geldende recht behoort. Overigens zou men hier ook kunnen spreken van strijd met het gelijkheidsbeginsel, want hoewel zowel B als C worden vergeleken met hetzelfde referentiepunt, pakt die vergelijking voor B veel ongunstiger uit dan voor C. Waarom mag de Waarde van B alleen vergeleken worden met de maximale Waarde en niet met de veel lagere Waarde van C?
- 3.13. Een nog vreemdere mogelijke uitkomst van de aanbesteding staat in de onderstaande tabel:

Inschrijving	Waarde aangeboden	Score	Tarief	Score voor tarief	Overige kwaliteitscriteria	Totaal
A	2	20	0,55	25	25	70
B	1	0	0,40	40	29	69
C	0	0	0,40	40	29	69

Tabel 3

- 3.14. Hoewel A maar een heel klein beetje meer zero emissie aanbiedt dan de andere twee inschrijvers, wint hij met een prijs die maar liefst 37,5% hoger is dan de andere prijzen de aanbesteding. En hoewel B en C gelijk scoren op het subgunningscriterium, is de aanbieding van B objectief beter dan de aanbieding van C. Dit laatste is met een kleine variatie in strijd met het arrest Gerecht EU 16 september 2013, T-402/06, ECLI:EU:T:2013:445, r.o. 77:

‘Hoewel de economisch voordeligste aanbieding niet altijd de aanbidding is met de laagste prijs, moet worden vastgesteld dat, wanneer de aanbiedingen wat alle overige relevante criteria – met inbegrip van technische criteria – betreft volkomen gelijk zijn, een goedkopere aanbidding noodzakelijkerwijs, vanuit economisch oogpunt, moet worden aangemerkt als voordeliger dan een duurdere aanbidding. In een dergelijke situatie kan de methode van gemiddelde prijzen, die ertoe leidt dat de opdracht wordt gegund aan een duurdere aanbidding, niet worden gekwalificeerd als zijnde in overeenstemming met het criterium van de economisch voordeligste aanbidding.’

- 3.15. Naar analogie van deze uitspraak stelt ondernemer dat het ook ontoelaatbaar is dat wanneer twee aanbiedingen wat alle overige relevante criteria betreft volkomen gelijk zijn, een aanbidding die op één kwaliteitscriterium beter is, niet een hogere score krijgt dan de (objectief slechtere) andere aanbidding. De omstandigheid dat de inschrijvingen van B en C worden vergeleken met hetzelfde referentiepunt (namelijk de door A aangeboden Waarde) is blijkens dit voorbeeld niet afdoende om te garanderen dat zij gelijk behandeld worden. C wordt immers bevoordeeld ten opzichte van B. Zou de inschrijving van A wegvallen, dan was in de Aanbestedingsleidraad niet gespecificeerd wat er gebeurt (zie punt 1.28 van het advies van het klachtenmeldpunt), zodat aanbesteder krachtens het bekende arrest van de Hoge Raad niet gehouden was om het referentiepunt van A te laten vervallen en wordt, indien aanbesteder de inschrijvingen van B en C zou beoordelen aan de hand van dat referentiepunt overgegaan tot loting (zie 4.3.3 van de Aanbestedingsleidraad), waarna C dus de kans krijgt om te winnen, ondanks dat zijn inschrijving objectief slechter is dan de inschrijving van B. Overigens heeft aanbesteder in het antwoord op vraag 152 bepaald dat na wegvallen van A de door B geboden Waarde als referentiepunt wordt gebruikt, zodat deze fout in de Aanbestedingsleidraad gerepareerd is. Het klachtenmeldpunt heeft dit in punt 1.28 van zijn advies over het hoofd gezien.
- 3.16. Terzijde merkt ondernemer op dat het voorbeeld wel aantoonde dat het vasthouden aan een referentiepunt van een achteraf ongeldig verklaarde inschrijving dus wel degelijk in strijd kan komen met het gelijkheidsbeginsel, zodat men zich zelfs kan afvragen of de Hoge Raad in zijn door partijen genoemde arrest Ricoh/Gemeente en Xerox zich niet vergist heeft. Maar de Commissie hoeft een dergelijk ingrijpend oordeel niet te geven, want het volstaat immers te constateren dat in het concrete geval er sprake is van strijd met het gelijkheidsbeginsel.
- 3.17. Ondernemer vermoedt (hoewel dat door aanbesteder ontkend wordt, zie 1.23 van het advies van het klachtenmeldpunt) dat aanbesteder toch enigszins geschrokken is van de door ondernemer aangevoerde argumenten in de vragen 151 en 152 van de eerste Nota van Inlichtingen (waarbij vraag 152 in vraag 151 bij vergissing de “vorige vraag” genoemd wordt). De hiervoor genoemde absurde

uitkomst van Tabel 3 waarbij C na wegvallen van A zou kunnen winnen bijvoorbeeld is in het antwoord op vraag 152 onmogelijk gemaakt door te bepalen dat na wegvallen van een inschrijving het referentiepunt gebaseerd wordt op de resterende inschrijvingen. En aanbesteder heeft een andere formule gekozen voor het omrekenen van de aangeboden Waarde naar een score, een formule die de ongewenste effecten van relatieve beoordeling verkleint.

- 3.18. In die eerste Nota van Inlichtingen heeft aanbesteder bij de mededelingen het gewicht van Milieueisen verlaagd van 20 punten naar 15 punten en een andere, eveneens relatieve, formule hiervoor vastgesteld (zie M7 en M8 in 1.3.1 en 1.3.2 hiervoor):

$$\text{score} = \frac{\text{waarde aangeboden}}{\text{waarde hoogste}} \times 15$$

- 3.19. Ook is er een nieuwe Bijlage 11 door aanbesteder gepubliceerd, waarin naast punten voor zero emissie ook punten voor CNG (groen gas) kunnen worden behaald. Met de nieuwe formules in Bijlage 11 wordt op een soortgelijke wijze als in de oorspronkelijke Bijlage 11 een score berekend die ditmaal tussen 0 en 50 punten ligt (in de oorspronkelijke Bijlage 11 was het maximum 30 punten).
- 3.20. Anders dan in het advies van het klachtenmeldpunt wordt overwogen (zie punt 1.3.2) heeft aanbesteder door het verlagen van het gewicht, toevoegen van CNG en het toepassen van een andere formule wel degelijk de beoordelingssystematiek gewijzigd. Die wijziging is correct gepubliceerd in een rectificatie met verlenging van de termijnen, zodat de klacht van ondernemer niet ziet op de wijziging op zich.
- 3.21. Wel blijft ondernemer van mening dat ook na de wijziging van het gewicht en de formule er nog steeds sprake is van een ontoelaatbare toepassing van relatieve beoordeling. De hiervoor genoemde bezwaren tegen de oorspronkelijke beoordelingssystematiek zijn door de wijziging wel verminderd, maar niet verdwenen. Dit wordt toegelicht aan de hand van de onderstaande tabel die een mogelijke uitslag van de aanbesteding laat zien:

Inschrijving	Waarde aangeboden	Score	Tarief	Score voor tarief	Overige kwaliteitscriteria	Totaal
A	2	15	0,60	20	35	70
B	1	7,5	0,50	30	32	69,5
C	0	0	0,40	40	29	69

Tabel 4

- 3.22. A is 20% duurder dan B en biedt maar weinig meer zero emissie/CNG dan B, terwijl hij toch hoger scoort dan B. Het prijsverschil van 50% met de goedkoopste aanbieder C is zonder meer enorm te noemen, maar toch wint A ook van C, met maar een klein beetje meer zero emissie/CNG. Dit lijkt toch wel erg sterk in strijd met het proportionaliteitsbeginsel: immers de maximale waarde die kan worden aangeboden in de gewijzigde Bijlage 11 is 50 punten en dan is een aanbidding van slechts 2 punten toch wel erg mager. Ook het feit dat B met een veel hogere prijs dan C en een heel klein beetje meer zero emissie/CNG hoger scoort dan C lijkt in strijd met het proportionaliteitsbeginsel.
- 3.23. Zoals het klachtenmeldpunt in punt 1.25 van zijn advies opmerkt, heeft aanbesteder op dit moment geen maatregelen genomen om te voorkomen dat een inschrijver meerdere inschrijvingen indient en geen maatregelen genomen om manipulatief inschrijven tegen te gaan. Meerdere inschrijvingen indienen kan zinvol zijn, aangezien varianten aanbieden niet toegestaan is, bijvoorbeeld een inschrij-

ving met 0% zero emissie/CNG en een inschrijving met 100% zero emissie. Dit kan leiden tot de volgende uitslag:

Inschrijving	Waarde aangeboden	Score	Tarief	Score voor tarief	Overige kwaliteitscriteria	Totaal
A1	50	15	0,80	0	40	55
A2	0	0	0,20	40	10	50
B	25	7,5	0,50	0	40	47,5
C	10	3	0,40	0	40	43

Tabel 5

- 3.24. Inschrijver A heeft berekend dat de minimale kostendekkende Prijs 0,40 is bij 0% zero emissie/CNG. Daarom heeft hij twee inschrijvingen ingediend, waarbij als gevolg van de extreem lage, manipulatieve prijs van A2 het verschil tussen de scores voor Prijs tussen A1, B en C nihil is en A1 dus glansrijk wint met een extreem hoge prijs, terwijl B en C kansloos zijn doordat hun significant lagere prijs niet met extra punten ten opzichte van A1 beloond wordt. A weet dat zijn inschrijving A2 nooit kan winnen omdat hij met vrijwel 100% zekerheid kan uitrekenen wat A1 en A2 zullen scoren voor Milieueisen en Prijs. Door een extreem lage kwaliteit bij A2 te bieden, kan hij dat zwaar verliesgevende bod A2 zonder risico op gunning doen omdat dit bod altijd lager zal scoren dan A1. Door twee inschrijvingen te doen, kan A beide relevante referentiepunten bepalen en daardoor het speelveld domineren. Het feit dat deze uitslag in het concrete geval mogelijk is, toont naar de mening van ondernemer aan dat er sprake is van strijd met het gelijkheidsbeginsel, althans met de plicht om de economisch meest voordelige inschrijving te kiezen. Zouden beide inschrijvingen van A ongeldig verklaard worden, dan zal trouwens niet B, maar C de aanbesteding winnen:

Inschrijving	Waarde aangeboden	Score	Tarief	Score voor tarief	Overige kwaliteitscriteria	Totaal
B	25	15	0,50	30	40	85
C	10	6	0,40	40	40	86

Tabel 6

- 3.25. Een zelfde uitkomst als in Tabel 5 is mogelijk wanneer twee verbonden ondernemingen hun inschrijvingen op deze manier op elkaar afstemmen, iets wat op grond van de Mededingingswet niet verboden is. Ook dit risico heeft aanbesteder niet uitgesloten (zie punt 1.26 van het advies van het klachtenmeldpunt in 1.8 hiervoor).
- 3.26. De door het klachtenmeldpunt voorgestelde maatregelen (zie punten 1.24 tot en met 1.28, 1.31 en 2.7 van het advies in 1.8 hiervoor) kunnen de door ondernemer genoemde bezwaren overigens wel wat verzachten, maar niet wegnemen. Er is bijvoorbeeld op zich geen grond om aan te nemen dat er in Tabel 4 sprake is van manipulatief biedgedrag. Uit die aanbevelingen en diverse overwegingen van het klachtenmeldpunt leidt ondernemer af dat het klachtenmeldpunt wel degelijk ziet dat de bezwaren van ondernemer ernstig zijn, maar het klachtenmeldpunt – begrijpelijk – desondanks niet de stap durft te nemen om te oordelen dat de door aanbesteder gekozen beoordelingssystematiek onrechtmatig is.
- 3.27. Tot slot maakt ondernemer nog een enkele opmerking over het verschil tussen een speltheoretische optimalisatie van de inschrijving versus een economische optimalisatie. Om met dit laatste te beginnen: stel dat voor een tarief van 0,40 een score van 40 punten wordt gehaald en voor elke cent dat het tarief hoger wordt één punt wordt afgetrokken (waarbij vanaf 0,80 altijd 0 punten worden gescoord). En stel dat de aangeboden waarde in de gewijzigde Bijlage 11 met 0,3 wordt vermenigvuldigd (zodat de uitkomst tussen 0 en 15 punten ligt). Wanneer

een inschrijver in staat is om enerzijds een Waarde van 25 punten voor zero emissie/CNG te bieden en daarbij een tarief van 0,55 heeft berekend, terwijl hij anderzijds met een Waarde van 0 punten voor zero emissie/CNG een tarief van 0,50 heeft berekend, dan zal hij zeker die Waarde van 25 punten bieden omdat hij dan voor die twee criteria tezamen in het eerste geval $25 + 7,5 = 32,5$ punten scoort en in het tweede geval $30 + 0 = 30$ punten. Zou die inschrijver echter berekenen dat om een Waarde van 25 punten voor zero emissie/CNG aan te bieden zijn tarief zou moeten stijgen naar 0,60, dan zal hij zeker geen Waarde van 25 punten aanbieden, want dat scoort lager dan een Waarde van 0 punten. Met economische overwegingen kan hij dus besluiten of en hoeveel zero emissie/CNG hij zal aanbieden. Bij het beoordelingsmodel van aanbesteder weet de inschrijver die bijvoorbeeld 50% zero emissie aanbiedt wel wat zijn aangeboden waarde is (namelijk 25) maar niet welke score dit oplevert na vergelijking met de hoogste aangeboden waarde: het kan zijn 15 punten, maar het kan ook 7,5 punten zijn. Dit nog afgezien van het feit dat hij ook omtrent de score die hij voor zijn tarief haalt geen enkele zekerheid heeft aangezien die ook wordt bepaald door vergelijking met een onbekend referentiepunt.

- 3.28. Een speltheoretische benadering is totaal anders, omdat dan de concurrentie een grote rol speelt. Om te beginnen zal een rationele inschrijver altijd minimaal een laag percentage zero emissie/CNG aanbieden. Immers wanneer alle concurrenten 0% zero emissie/CNG aanbieden, dan scoort hij maximaal bij elk positief percentage, dus ook al bij 1%. Aldus doordenkend zal de inschrijver bedenken dat zijn concurrenten natuurlijk ook allemaal minstens iets als 1% zullen aanbieden. Gaat de inschrijver uit van de veronderstelling dat de anderen allemaal 1% bieden, dan is hij met 2% al spekkoper, omdat hij dan 15 punten scoort en zijn concurrenten 7,5 punt. Deze manier van redeneren lijkt dus op het bekende Prisoner's Dilemma uit de speltheorie waarover op internet veel publicaties te vinden zijn (bijvoorbeeld op Wikipedia). Wie al dan niet toevallig de speltheoretisch beste keuze heeft gemaakt, heeft bij dit model de grootste kans op gunning. Dit garandeert echter absoluut niet dat de inschrijving van de winnaar ook economisch voordelig is.
- 3.29. Het is ondernemer bekend dat met dit soort speltheoretische analyses grote voordelen zijn te behalen bij inschrijvingen op aanbestedingen, met name wanneer de andere inschrijvers zich hiervan niet bewust zijn. Daarover is ook in de vakliteratuur gepubliceerd (TA 2007, p. 458). Naar de mening van ondernemer is het niet alleen ongewenst, maar ook onrechtmatig om een dergelijke wijze van inschrijven mogelijk te maken.

4. Reactie aanbesteder

- 4.1. Allereerst stelt aanbesteder de bevoegdheid van de Commissie ter discussie en voert daartoe twee redenen aan.
- 4.2. De eerste reden ziet op de samenstelling van de Commissie.
- 4.2.1. De Commissie heeft aanbesteder meegedeeld dat de vicevoorzitter mevrouw mr. A.C.M. Fischer-Braams en het commissielid de heer mr. drs. T.H. Chen zich onttrekken aan behandeling van de klacht. Dit met verwijzing naar artikel 9 lid 5 van het Reglement Commissie van Aanbestedingsexperts 1 februari 2016. De klacht wordt (uitsluitend) door de voorzitter prof. mr. C.E.C. Jansen behandeld.
- 4.2.2. Aanbesteder stelt voorop dat het de Commissie siert dat twee leden uit oogpunt van onafhankelijkheid, onpartijdigheid en objectiviteit afzien van behandeling van de klacht en de Commissie dat transparant communiceert. Mede als gevolg daar-

van is aanbestede echter wel van mening dat de Commissie niet bevoegd is tot behandeling van de klacht.

- 4.2.3. Overeenkomstig het Reglement van de Commissie bestaat de Commissie minimaal uit een voorzitter én een vicevoorzitter. De leden van de Commissie worden door de minister benoemd. 'De Commissie' heeft tot taak advies te geven naar aanleiding van 'een klacht'.
- 4.2.4. Nu twee leden van de Commissie waaronder de vicevoorzitter zich om moverende reden onttrekken aan de afhandeling van de klacht is naar de mening van aanbestede geen sprake (meer) van een (meervoudige) 'Commissie' in de zin van het Reglement die bevoegd is tot behandeling van 'een klacht'.
- 4.2.5. Het Reglement voorziet weliswaar in onderlinge vervanging bij ontstentenis van één van de (3) door de minister benoemde leden maar dat biedt in dit geval geen uitkomst nu twee leden waaronder de vicevoorzitter zich terugtrekken. Het Reglement voorziet evenals het Instellingsbesluit Commissie van Aanbestedingsexperts verder niet in andersoortige vervanging of aanvulling van commissieleden in geval van ontstentenis van twee leden. Als gevolg daarvan dient de Commissie zich naar mening van aanbestede te onthouden van behandeling van de klacht en advies daarover en dient zij zich onbevoegd te verklaren.
- 4.3. Als tweede reden voert aanbestede aan dat hij zich afvraagt of hij een 'fair chance' zal krijgen.
 - 4.3.1. Aanbestede vraagt zich af of er enig uitzicht en kans bestaat op een voor hem gunstig advies op het klachtonderdeel 'relatief beoordelen' nu de Commissie(leden), op onderdelen in afwijking van geldend recht (HR 9 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1078), naar de mening van aanbestede in overwegende mate een kritisch oordeel en uitgesproken standpunt heeft over deze beoordelingsmethode. Daarbij wijst aanbestede op de volgende artikelen:
 - T.H. Chen (Met dank aan mr. Anne Fischer-Braams), Wiskundige eigenschappen van gunningssystemen en hun juridische consequenties, TA maart 2005;
 - T.H. Chen en F. van Nouhuys, Gunningsmethodieken, ideeën voor de nieuwe aanbestedingswetgeving, TA september 2008;
 - T.H. Chen, De rangordeparadox na HR 9 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1078, hoe nu verder?, TA 2014/141 en
 - HR 9 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1078, NJ 2016, 342, m.nt. C.E.C. Jansen.
 - 4.3.2. Daar komt bij dat ondernemer de belangrijkste cliënt is van commissielid de heer Chen waar hij eerst als advocaat en daarna als zelfstandig adviseur betrokken was bij vele aanbestedingen. Naar de mening van aanbestede is het niet ondenkbaar dat de heer Chen in die hoedanigheid ook betrokken was bij de aanbesteding waarop het litigieuze klachtonderdeel ziet en zo mogelijk ondernemer ook inhoudelijk over de nu bij uw Commissie voorliggende klacht heeft geadviseerd. Aanbestede merkt op dat ondernemer alle eerdere klachtonderdelen laat vallen met uitzondering van specifiek de klacht over de relatieve beoordelingsmethode. Een klacht die vervolgens door het enig overgebleven collega Commissielid, de voorzitter, moet worden beslecht.
 - 4.3.3. In die constellatie en het beeld dat uit al het voorgaande (ook voor de neutrale lezer) volgt, vraagt aanbestede zich af of in dit geval de voltallige Commissie geen toepassing dient te geven aan artikel 9 lid 5 Reglement Commissie en zich

van de behandeling moet onttrekken, dan wel zich (al dan niet op andere gronden) onbevoegd verklaart om van deze specifieke klacht kennis te nemen.

4.4. Vervolgens stelt aanbesteder zich op het standpunt dat de Commissie de klacht niet in behandeling kan nemen om de volgende redenen.

4.4.1. In dit kader voert aanbesteder aan dat ondernemer volgens hem onvoldoende belang heeft bij de behandeling van de klacht, nu ondernemer (als aanbestedende dienst en speciale sectorbedrijf) heeft aangegeven dat het van belang is om te weten of relatieve beoordeling wel of niet toelaatbaar is (zie 3.1 hiervoor). Ondernemer wil daarmee duidelijkheid verkrijgen over hoe hij bij toekomstige aanbestedingsprocedures kan handelen. Nu ondernemer met het aanhangig maken van de klacht kennelijk een ander belang nastreeft dan strikte klachtoplossing overeenkomstig de doelstelling van de Commissie, meent aanbesteder dat de 'klacht' (ook) om die reden niet dient te worden behandeld.

4.4.2. Daarnaast meent aanbesteder dat ondernemer 1) (nieuwe) klachtonderdelen bij de Commissie aankaart die niet eerder aan aanbesteder zijn voorgelegd en dat 2) de klacht op onderdelen niet of onvoldoende is gemotiveerd. Aanbesteder stelt dat deze nieuwe of niet gemotiveerde klachtaspecten om die reden buiten beschouwing dienen te blijven in de beoordeling door de Commissie. Bijzondere omstandigheden om deze toch in behandeling te nemen zijn door ondernemer niet gesteld, daarvan is verder ook niets gebleken en voor zover bekend is daarvan ook geen sprake, aldus aanbesteder.

4.4.3. In de bij de Commissie ingediende klacht geeft ondernemer aan dat de klacht uitsluitend de klachtonderdelen 1 en 2 (relatieve beoordeling subgunningscriteria milieueisen en prijs) van de klachtbrief aan het klachtenmeldpunt van aanbesteder omvat. Aanbesteder stelt dat ondernemer in de bij de Commissie ingediende klacht een aanzienlijke uitbreiding heeft gegeven aan deze klachtonderdelen.

4.4.4. Dit geldt volgens aanbesteder, onder meer, voor de volgende onderdelen van de klacht (zie 3.4 hiervoor):

'[Het Klachtenmeldpunt] merkt terecht op dat [Ondernemer] niet gesteld heeft dat de gekozen beoordelingssystematiek in het concrete geval in strijd is met het transparantiebeginsel, dan wel het gelijkheidsbeginsel (zie punt 1.12 van het [advies van het klachtenmeldpunt]). [Ondernemer] stelt dat dit ook niet nodig is, omdat partijen kunnen volstaan met het stellen van de feiten en uw Commissie vervolgens op basis van die feiten het recht toepast. Naar de mening van [Ondernemer] kan uw Commissie dus - ook zonder dat [Ondernemer] dat gesteld heeft - beoordelen of in het concrete geval sprake is van schending van een of meer van de genoemde beginselen.'

4.4.5. Aanbesteder merkt op dat ondernemer hem geen gelegenheid heeft geboden om op dit bezwaar te reageren. Het klachtenmeldpunt heeft dit ook opgemerkt. Aanbesteder voegt hieraan toe dat het klachtenmeldpunt zich hierover heeft uitgelaten (zie overweging 1.14-1.23 en aanvullend 1.24-1.30 van het advies in 1.8 hiervoor hiervoor).

4.4.6. Ook wijst aanbesteder op de volgende passage uit de klacht (zie 3.5 hiervoor):

'Van belang is nog, en [Ondernemer] vermoedt dat [Aanbesteder] dit zal beamen, dat het aanbieden van zero emissie veel duurder is dan het aanbieden van euro 6 voertuigen. (...) [Ondernemer] stelt dat een rationele inschrijver alvorens een dergelijke investering aan te bieden niet alleen moet weten of hij die kan terugverdienen, maar ook wat hem dat oplevert in de zin van verhoogde kans op

gunning. Dit laatste is bij deze aanbesteding volstrekt onmogelijk als gevolg van de relatieve beoordeling.'

- 4.4.7. Vervolgens brengt aanbesteder naar voren dat ondernemer eerder heeft geklaagd over 'favoritisme' en dat de klacht nu kennelijk ziet op proportionaliteit en wijst daarbij op het volgende deel van de klacht (zie 3.12 hiervoor):

'Dat C beter scoort dan A is te billijken, want A is (doordat hij 100% zero emissie aanbiedt) veel duurder dan C. Maar dat C beter scoort dan B, lijkt toch overduidelijk in strijd met het proportionaliteitsbeginsel, want B biedt 50% zero emissie aan tegen dezelfde prijs als C, terwijl C maar een heel klein beetje beter scoort op de overige drie kwaliteitscriteria. Ook hier geldt dat [Ondernemer] niet in [zijn] Klachtbrief heeft gesteld dat er in strijd met het proportionaliteitsbeginsel gehandeld is, maar dat de Commissie naar de mening van [Ondernemer] toch aan dit beginsel mag toetsen, omdat dit tot het geldende recht behoort. (...).'

- 4.4.8. Aanbesteder benadrukt dat ondernemer zelf ook aangeeft dat dit een nieuw klachtonderdeel is waarover aanbesteder zich niet heeft kunnen uitlaten (proportionaliteit).

- 4.4.9. Volgens aanbesteder is het volgende deel van de klacht bij de Commissie ook nieuw (zie 3.14 hiervoor):

'Hoewel A maar een heel klein beetje meer zero emissie aanbiedt dan de andere twee inschrijvers, wint hij met een prijs die maar liefst 37,5% hoger is dan de andere prijzen de aanbesteding. En hoewel B en C gelijk scoren op het subgunningscriterium, is de aanbieding van B objectief beter dan de aanbieding van C. Dit laatste is met een kleine variatie in strijd met het arrest Gerecht EU 16 september 2013, T-402/06, waaruit [Ondernemer] r.o. 77 citeert.'

- 4.4.10. Verder merkt aanbesteder hierover op dat voornoemd arrest alleen van toepassing is als er uitkomsten mogelijk zijn waar een inschrijver met de beste score op alle criteria toch niet de winnaar wordt. Dit is hier niet aan de orde.

- 4.4.11. Als laatste wijst aanbesteder op de volgende passage uit de klacht bij de Commissie (zie 3.17 hiervoor):

'[Ondernemer] vermoedt (hoewel dat door [Aanbesteder] ontkend wordt (...). Wel blijft [Ondernemer] van mening dat ook na de wijziging van het gewicht en de formule er nog steeds sprake is van een ontoelaatbare toepassing van relatieve beoordeling (...). Dit lijkt toch wel erg sterk in strijd met het proportionaliteitsbeginsel'

- 4.4.12. Volgens aanbesteder is dit niet eerder aan aanbesteder voorgelegd in relatie tot het proportionaliteitsbeginsel.

- 4.4.13. Aanbesteder is dan ook van mening dat de bovenstaande onderdelen en de klachtonderdeel 'de inhoud en/of toepassing is in strijd met het proportionaliteitsbeginsel' buiten beschouwing gelaten dient te worden bij de beoordeling van de klacht. Dit onderdeel is niet eerder aan aanbesteder voorgelegd voor een reactie en voor het overige is het onvoldoende gemotiveerd of toegelicht.

- 4.5. Inhoudelijk conformeert aanbesteder zich aan het advies van zijn klachtenmeldpunt. In aanvulling daarop brengt aanbesteder de volgende algemene opmerkingen naar voren.

- 4.5.1. Ondernemer is gezien zijn vragen in de inlichtingenrondes en de klachten een verklaard en overtuigd opposant van relatieve beoordeling en ziet zich daarin bevestigd in diverse artikelen en commentaren over dat onderwerp. Desalniettemin is het voor ondernemer van belang om te weten of relatieve beoordeling nu wel of niet is toegestaan 'omdat zij ook een aanbestedende dienst is en een speciale sectorbedrijf'.
- 4.5.2. Dat roept de vraag op wat de handelwijze van ondernemer wordt in het geval de Commissie zou oordelen dat de relatieve beoordelingsmethode zoals die door aanbesteder is gehanteerd (in dit geval) toelaatbaar is. Is die methode dan in eens wel acceptabel en gaat ondernemer die methode dan in weerwil van zijn weerzin toch ook toepassen? Met zijn klacht over de beoordelingsmethode vraagt ondernemer bij de Commissie naar de voor hem bekende weg.
- 4.5.3. Ondernemer tamboereert structureel op de nadelen van de in deze aanbesteding gekozen relatieve beoordelingsmethode maar is in het algemeen en in deze aanbesteding in het bijzonder de enige die een klacht heeft ingediend op dit punt. Daarmee heeft de kwestie voor aanbesteder een nogal theoretisch academische gehalte. Theoretisch 1) omdat er een herberekening van de uitslag plaatsvindt bij uitval van een inschrijver maar vooral 2) omdat ondernemer geen betrokken inschrijver is. Een beslissing die naar inschatting van aanbesteder overigens geheel los staat van de nu bekritiseerde beoordelingsmethode.
- 4.5.4. Naar de mening van aanbesteder is ondernemer verstrikt geraakt in een web van theoretische wiskundige 'speltheorie' die uitgaat van calculerende, manipulerende of samenspannende marktpartijen. De gangbare praktijk van aanbestedingsrecht is volgens de ervaring van aanbesteder dat een inschrijvende ondernemer primair uitgaat van de eigen kwaliteiten en mogelijkheden en daarbij hooguit rekening houdt met de marktomgeving. Niet dat de marktomgeving allesbepalend is voor de eigen opstelling en inschrijving. Malversatie en (gunnings)manipulatie is uitzondering. Geen regel.
- 4.5.5. Aanbesteder is los van de klacht voorstander van een zo absoluut mogelijke beoordelingsmethode en hanteert die doorgaans ook. In de aanbesteding Wmo vervoer is in (incidentele) uitzondering daarop voor de gunningscriteria milieunorm en prijs daarvan afgeweken. Voor een toelichting op die keus wordt gewezen op 1.3.4 van het advies van zijn klachtenmeldpunt (zie 1.8 hiervoor):
- 'Het toepassen van een relatieve beoordelingssystematiek, zo stelt [Aanbesteder] vervolgens, vindt haar rechtvaardiging in het feit dat het voor [Aanbesteder] redelijkerwijs niet mogelijk was een gedegen inschatting te maken van wat realistisch c.q. haalbaar was voor de markt ten aanzien van de milieunormen en er dus een noodzaak was om een formule te gebruiken die de uitkomst in verhouding bracht met de overige gunningscriteria.'
- 4.5.6. In het verlengde daarvan vindt herberekening van de uitslag plaats bij onverhoopte uitval van een inschrijver.
- 4.5.7. Het resultaat van de door ondernemer bekritiseerde aanbesteding en beoordelingsmethode heeft geleid tot vier kwalitatief goede en concurrerende inschrijvingen.
- 4.5.8. Over de betwiste rechtmatigheid van relatief beoordelen merkt aanbesteder op dat dit als zodanig niet in strijd is met beginselen van aanbestedingsrecht waaronder het gelijkheids- en transparantiebeginsel. Zolang er geen andersluidend oordeel is, wordt de methode geacht niet in strijd te zijn met Nederlands of Europees recht. Ook notoire tegenstanders van de methode lijken zich daar inmiddels

vooral nog bij neer te leggen. In dat kader citeert aanbesteder T.H. Chen (De rangordeparadox na HR 9 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1078, hoe nu verder?, TA 2014/141):

'Omdat ook lagere rechters steevast relatieve beoordeling toelaatbaar achten, kan thans geconcludeerd worden dat naar Nederlands recht relatieve beoordeling toelaatbaar is.

(...)

Conclusie

Het hier besproken arrest van de Hoge Raad biedt voor de praktijk in een aantal situaties zekerheid omtrent de te volgen procedure in geval van een rangordeparadox. In diverse andere situaties is dat minder duidelijk en zal teruggevallen moeten worden op lagere jurisprudentie die ervan uit gaat dat ongeldige inschrijvingen niet mogen meewegen bij het vaststellen van de rangorde van de geldige inschrijvingen. De Hoge Raad heeft gesproken, (...).'

4.6. Tenslotte geeft aanbesteder een reactie op enkele stellingen van ondernemer.

4.6.1. Allereerst gaat aanbesteder in op de volgende stelling van ondernemer (zie 3.16 hiervoor):

'Terzijde merkt [Ondernemer] op dat het voorbeeld wel aantoont dat het vasthouden aan een referentiepunt van een achteraf ongeldig verklaarde inschrijving dus wel degelijk in strijd kan komen met het gelijkheidsbeginsel, zodat men zich zelfs kan afvragen of de Hoge Raad in zijn door partijen genoemde arrest Ricoh/Gemeente en Xerox zich niet vergist heeft. Maar uw Commissie hoeft een dergelijk ingrijpend oordeel niet te geven, want het volstaat immers te constateren dat in het concrete geval er sprake is van strijd met het gelijkheidsbeginsel.'

Aanbesteder merkt op dat de Commissie het mogelijk als bijzonder geruystellend zal ervaren dat ondernemer 'een dergelijk ingrijpend oordeel' niet van de Commissie verlangt. Voor het wél verlangde oordeel over de stelling dat in het concrete geval sprake is van strijd met het gelijkheidsbeginsel verwijst aanbesteder naar het eerder aangehaalde arrest van de Hoge Raad. Daarin is uitgemakt dat relatief beoordelen niet in strijd is met beginselen van aanbestedingsrecht waaronder het gelijkheids- en transparantiebeginsel.

4.6.2. Verder heeft ondernemer gesteld dat het klachtenmeldpunt heeft opgemerkt dat aanbesteder geen maatregelen heeft genomen om te voorkomen dat een inschrijver meerdere inschrijvingen indient of dat een inschrijver manipulatief inschrijft (zie 3.23 hiervoor). Aanbesteder geeft daarop aan dat hij kennis heeft genomen van de aanbevelingen van het klachtenmeldpunt in dit verband (overwegingen 1.24-1.28, zie 1.8 hiervoor) en dat hij deze overeenkomstig het advies in toekomstige aanbestedingen zal toepassen. Aanbesteder voegt daaraan toe dat dat overigens gebruikelijk is maar om onduidelijke redenen in deze aanbesteding is weggefallen. Aanbesteder merkt in het verlengde hiervan nog op dat het door ondernemer voorziene onheil zich niet heeft gerealiseerd.

4.6.3. Ondernemer acht het gebruik van de relatieve beoordelingsmethode ongewenst. Een dergelijke mening staat hem vrij. Aanbesteder betreurt het dat ondernemer niet gewoon heeft deelgenomen aan de aanbesteding ondanks zijn bezwaren.

4.7. Aanbesteder verzoekt de Commissie 1) om zich niet bevoegd te verklaren de klacht te behandelen. In het geval de Commissie dit verzoek niet honoreert 2) de klacht geheel of gedeeltelijk niet in behandeling te nemen en voor zover (nog) van toepassing 3) deze voor het overige als ongegrond te beoordelen omdat met

relatief beoordelen op zichzelf geen sprake is van strijdigheid met geldend Nederlands of Europees recht.

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder op 9 oktober 2018 een Europese openbare procedure heeft aangekondigd voor een overheidsopdracht voor diensten voor WMO vervoer. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en 2 van de Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit.
- 5.2. De Commissie zal zich allereerst uitlaten over de vraag of zij de klacht in behandeling kan nemen. Zij overweegt in dat kader het volgende.
 - 5.2.1. Aanbesteder vraagt zich in de eerste plaats af of de Commissie bevoegd is om de klacht te behandelen nu twee van haar drie leden zich aan die behandeling hebben onttrokken, met als gevolg dat geen sprake (meer) is van een (meervoudige) 'Commissie' in de zin van het Reglement (zie 4.2 hiervoor). De Commissie overweegt daarover het volgende.
 - 5.2.2. Op grond van artikel 3, lid 1 van het Reglement van de Commissie dient de Commissie minimaal uit een voorzitter en een vice-voorzitter te bestaan. Daaraan wordt voldaan: de Commissie bestaat op dit moment uit een voorzitter, vice-voorzitter en een lid. In de onderhavige zaak hebben twee van de drie leden van de Commissie (de vice-voorzitter en het lid) zich aan de behandeling van de klacht onttrokken op basis van artikel 9, lid 5 van het Reglement. Anders dan aanbesteder meent, laat het voorgaande echter onverlet dat de behandeling van een klacht op basis van artikel 10, lid 4 van het Reglement ook door één van de leden van de Commissie kan plaatsvinden. Dat geval doet zich hier voor.
 - 5.2.3. Aanbesteder vraagt zich in de tweede plaats af of hij een 'fair chance' zal krijgen bij de behandeling van de klacht. In dat verband plaatst aanbesteder twee opmerkingen (zie 4.3 hiervoor).
 - 5.2.4. Aanbesteder werpt allereerst de vraag op of er enig uitzicht en kans bestaat op een voor hem gunstig advies nu 'de Commissie(leden)' blijkens een aantal publicaties 'op onderdelen in afwijking van geldend recht [noot 1:HR 9 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1078, *Commissie*], naar de mening van [Aanbesteder] in overwegende mate een kritisch oordeel en uitgesproken standpunt heeft' over het gebruik van een relatieve beoordelingsmethode zoals die ook door aanbesteder in de onderhavige aanbesteding is toegepast (zie 4.3.1 hiervoor). De Commissie wijst er op dat haar leden in het verleden over tal van aanbestedingsrechtelijke kwesties hebben gepubliceerd die daarna onderwerp zijn geweest van klachtprocedures bij de Commissie. Zij heeft in die procedures geen aanknopingspunten gevonden voor de aannemelijkheid van de veronderstelling dat de Commissie die klachten zou hebben behandeld op een wijze die op gespannen voet staat, of zelfs in strijd is, met haar Instellingsbesluit en haar Reglement. Het voorgaande laat echter onverlet dat de Commissie, gelet op het bijzondere karakter van de onderhavige klachtprocedure, heeft gemeend een maatregel te moeten treffen om het door aanbesteder gesuggereerde risico van vooringenomenheid te beheersen (zie 5.2.8 hierna).
 - 5.2.5. In de tweede plaats merkt aanbesteder op dat één van de leden van de Commissie zich mogelijk aan de behandeling van de klacht heeft onttrokken vanwege een zakelijke verbintenis met ondernemer (zie artikel 9 lid 5 Reglement). Aanbesteder sluit niet uit dat ondernemer zich in dat kader zowel wat betreft zijn deel-

name aan de onderhavige aanbesteding als wat betreft de voorbereiding van de onderhavige klachtprocedure mogelijk door dat lid heeft laten adviseren (zie 4.3.2 hiervoor). Aanbesteder plaatst in het verlengde hiervan vraagtekens bij de behandeling van de klacht door het enig overgebleven lid van de Commissie, gelet op diens collegiale samenwerkingsverhouding met het lid dat zich aan die behandeling heeft onttrokken (zie 4.3.2 en 4.3.3 hiervoor). De Commissie wijst er op dat in de formulering van artikel 9 lid 5 Reglement de mogelijkheid besloten ligt dat ook wanneer een lid van de Commissie enige zakelijke verbintenis met een partij in een klachtprocedure heeft en zich om die reden van behandeling van de klacht onttrekt, die klacht door de overige leden van de Commissie wordt behandeld (zie ook 5.2.2 hiervoor). Die overige leden zullen dat laatste alleen dan niet kunnen doen wanneer ook zichzelf enige zakelijke verbintenis met een van partijen hebben, of enig belang hebben bij de uitkomst van de klachtprocedure. Het enkele bestaan van een collegiale samenwerkingsverhouding tussen de leden van de Commissie kwalificeert niet als een zodanige zakelijke verbintenis of belang. Zou dat laatste wel het geval zijn, dan zou in elke situatie waarin slechts één lid van de Commissie zich vanwege enige zakelijke verbintenis met een van partijen van behandeling van de klacht moet onttrekken, de voltallige Commissie zich automatisch van behandeling van de klacht moeten onttrekken. Een dergelijke lezing strookt noch met de tekst noch met de bedoeling van artikel 9 lid 5 Reglement. Ook het voorgaande laat echter onverlet dat de Commissie, gelet op het bijzondere karakter van de onderhavige klachtprocedure, heeft gemeend een maatregel te moeten treffen om het door aanbesteder gesuggereerde risico van vooringenomenheid te beheersen (zie 5.2.8 hierna).

- 5.2.6. Verder voert aanbesteder nog aan dat de Commissie de klacht niet in behandeling kan nemen omdat ondernemer onvoldoende belang heeft bij de behandeling van de klacht aangezien hij heeft aangegeven dat het van belang is om te weten of relatieve beoordeling al dan niet toelaatbaar is (zie 4.4.1 hiervoor). Het feit dat ondernemer niet op de onderhavige overheidsopdracht heeft ingeschreven en een klacht indient bij de Commissie met het oog op toekomstige aanbestedingsprocedures brengt niet met zich mee dat de Commissie de klacht op basis van artikel 9, lid 1, sub d, e of h, van haar Reglement niet in behandeling kan nemen. Wanneer de behandeling van een klacht onverhoopt niet leidt tot een oplossing daarvan, kan die behandeling desalniettemin bijdragen aan de in artikel 2, lid 1, van het Reglement genoemde verdere verbetering van de professionaliteit van de aanbestedingspraktijk en leereffecten teweegbrengen (zie, onder meer, Advies 449, overweging 5.2.2).
- 5.2.7. Ten slotte meent aanbesteder dat de Commissie de klacht niet in behandeling kan nemen omdat ondernemer in de bij de Commissie ingediende klacht nieuwe argumenten aanvoert die hij niet eerder bij aanbesteder heeft aangevoerd. Naar het oordeel van de Commissie heeft ondernemer aanbesteder in de bij hem ingediende klacht voldoende duidelijk gemaakt dat ondernemer zich op het standpunt stelt dat de door aanbesteder gehanteerde methode van relatieve beoordeling van de gunningscriteria in strijd is met het aanbestedingsrecht. De Commissie ziet dan ook geen reden om de klacht niet in behandeling te nemen.
- 5.2.8. De Commissie overweegt ten overvloede nog het volgende. Zij heeft op zich begrip voor een aantal van de kanttekeningen die aanbesteder plaatst bij de beslissing van de Commissie om de onderhavige klacht in behandeling te nemen, niettegenstaande het feit dat twee van haar drie leden zich aan die behandeling hebben onttrokken (zie 5.2.1-5.2.5 hiervoor). De Commissie heeft zich over die kanttekeningen gebogen in het licht van het bijzondere karakter van de onderhavige klachtprocedure. Deze klachtprocedure gaat in de kern over de vraag of en in hoeverre relatieve beoordelingssystemen aanbestedingsrechtelijk toelaatbaar zijn. Over de beantwoording van die vraag wordt in Nederland al langere tijd ver-

schillend gedacht. De Commissie meent dat de overheidsinkoop- en rechtspraak er belang bij heeft dat zij zich over die vraag uitlaat. Om dat met voldoende gezag te kunnen doen en in dat kader alle relevante argumenten en visies aan bod te laten komen, heeft de Commissie ten behoeve van de beoordeling van deze klacht een zestal experts aan zich verbonden.

5.3. Alvorens tot inhoudelijke beoordeling van de klacht over te gaan, geeft de Commissie eerst het toetsingskader weer.

5.3.1. In overweging 90 van de considerans van Richtlijn 2014/24/EU is, onder meer, bepaald:

‘Om tot een objectieve vergelijking van de relatieve waarde van de inschrijvingen te kunnen komen en aldus, onder omstandigheden van effectieve mededinging, te kunnen bepalen welke inschrijving de economisch meest voordelige is, dient de gunning van de opdracht te geschieden op basis van objectieve criteria die ervoor zorgen dat de beginselen transparantie, non-discriminatie en gelijke behandeling in acht worden genomen. Uitdrukkelijk moet worden bepaald dat bij het vaststellen van de economisch meest voordelige inschrijving de beste prijs-kwaliteitsverhouding bepalend is; deze moet altijd een prijs- of kostenelement bevatten. Tevens moet worden verduidelijkt dat de economisch meest voordelige inschrijving ook alleen op basis van de prijs of de kosteneffectiviteit kan worden vastgesteld. (...)

Om te garanderen dat bij de gunning het beginsel van gelijke behandeling in acht wordt genomen, moet de aanbestedende dienst worden verplicht de nodige transparantie te betrachten, zodat iedere inschrijver redelijkerwijs kennis kan nemen van de criteria en regelingen die bij de gunning van de opdracht worden toegepast. De aanbestedende dienst moet daarom worden verplicht de gunningscriteria en hun relatieve gewicht aan te geven. De aanbestedende dienst moet echter, mits deugdelijk gemotiveerd, kunnen afwijken van de verplichting tot vermelding van het relatieve gewicht van de criteria, indien het relatieve gewicht met name wegens de complexiteit van de opdracht niet vooraf te bepalen is. In die gevallen moet hij de criteria in volgorde van afnemende belangrijkheid vermelden.’

5.3.2. In artikel 67 Richtlijn 2014/24/EU is, voor zover relevant, bepaald:

**‘Artikel 67
Gunningscriteria**

1. Onverminderd de nationale wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de prijs van bepaalde leveringen of de vergoeding van bepaalde diensten, baseren de aanbestedende diensten de gunning van overheidsopdrachten op de economisch meest voordelige inschrijving.

2. De economisch meest voordelige inschrijving uit het oogpunt van de aanbestedende dienst wordt vastgesteld op basis van de prijs of de kosten, op basis van kosteneffectiviteit, zoals de levenscycluskosten, overeenkomstig artikel 68, waarbij onder meer de beste prijs-kwaliteitsverhouding in aanmerking kan worden genomen, te bepalen op basis van criteria, waaronder kwalitatieve, milieu- en/of sociale aspecten, die verband houden met het voorwerp van de betrokken opdracht.

(...)

5. De aanbestedende dienst specificiert in de aanbestedingsstukken het relatieve gewicht dat hij voor de bepaling van de economisch meest voordelige inschrijving aan elk van de gekozen criteria toekent, behalve wanneer deze uitsluitend op basis van de prijs wordt bepaald.

Dit relatieve gewicht kan worden uitgedrukt in een marge met een passend verschil tussen minimum en maximum.

Wanneer weging om objectieve redenen niet mogelijk is, vermeldt de aanbestedende dienst de criteria in afnemende volgorde van belangrijkheid.'

- 5.3.3. Artikel 1.8 Aw 2012 bepaalt dat aanbestedende diensten ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze dienen te behandelen.
- 5.3.4. Op basis van artikel 1.9, lid 1, Aw 2012 dient een aanbestedende dienst ook transparant te handelen.
- 5.3.5. In artikel 2.114 en 2.115 Aw 2012 is, voor zover relevant, bepaald:

'Artikel 2.114

1. De aanbestedende dienst gunt een overheidsopdracht op grond van de naar het oordeel van de aanbestedende dienst economisch meest voordelige inschrijving.

2. De economisch meest voordelige inschrijving wordt door de aanbestedende dienst vastgesteld op basis van de:

- a. beste prijs-kwaliteitverhouding,
- b. laagste kosten berekend op basis van kosteneffectiviteit, zoals de levenscycluskosten, bedoeld in artikel 2.115a, of
- c. laagste prijs.

(...)

Artikel 2.115

(...)

4. De aanbestedende dienst specificeert in de aanbestedingsstukken het relatieve gewicht van elk van de door hem gekozen nadere criteria voor de bepaling van de economisch meest voordelige inschrijving op basis van de beste prijs-kwaliteitverhouding. Dit gewicht kan worden uitgedrukt door middel van een marge met een passend verschil tussen minimum en maximum.

5. Indien om objectieve redenen geen weging mogelijk is, vermeldt de aanbestedende dienst in de aanbestedingsstukken de nadere criteria in afnemende volgorde van belang.'

- 5.3.6. Artikel 67 Richtlijn 2014/24/EU en artikel 2.115 Aw 2012 verplichten tot voorafgaande bekendmaking van de gunningscriteria en hun onderlinge gewicht, maar bevatten niet een dergelijke verplichting voor de beoordelingsmethodiek. Het Hof van Justitie EU heeft dit bevestigd in het arrest Dimarso (HvJ EU 14 juli 2016, zaak C-6-15, ECLI:EU:C:2016:555, r.o. 25-26).
- 5.3.7. Volgens vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie EU brengt de afwezigheid van een verplichting tot voorafgaande bekendmaking van de wegingscoëfficiënten van de subgunningscriteria echter niet mee dat deze na afloop naar believen kunnen worden vastgesteld door de aanbestedende dienst (zie HvJ EG 24 november 2005, zaak C-331/04, ECLI:EU:C:2005:718, r.o. 32 (ATI EAC); HvJ EG 24 januari 2008, zaak C-532/06, ECLI:EU:C:2008:40 (Lianakis), r.o. 43 en HvJ EU 14 juli 2016, zaak C-6-15, ECLI:EU:C:2016:555, r.o. 26). Het vaststellen van de wegingscoëfficiënten van de subgunningscriteria achteraf is slechts toelaatbaar, indien:
 - 1) deze achteraf vastgestelde wegingscoëfficiënten geen wijziging brengen in de in het bestek of de aankondiging van de opdracht gedefinieerde criteria voor de gunning van de opdracht;
 - 2) zij geen elementen bevatten die, indien zij bij de voorbereiding van de inschrijvingen bekend waren geweest, deze voorbereiding hadden kunnen beïnvloeden, en,

3) bij de vaststelling ervan geen elementen in aanmerking zijn genomen die discriminerend kunnen werken jegens een van de inschrijvers.

5.3.8. Het tweede criterium, namelijk dat de wegingscoëfficiënten elementen bevatten die, indien zij bij de voorbereiding van de inschrijvingen bekend waren geweest, deze voorbereiding hadden kunnen beïnvloeden, zou zodanig ruim kunnen worden opgevat dat hiermee elke vaststelling van wegingscoëfficiënten achteraf problematisch is, omdat elk achteraf vastgesteld element van een wegingscoëfficiënt mogelijk relevant kan zijn voor de voorbereiding van de inschrijvingen. Zover lijkt de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU echter niet te gaan. Zo overwoog het Hof in de zaak Commissie/Ierland dat het relatieve gewicht van de gunningscriteria zoals meegedeeld aan de leden van de beoordelingscommissie, de potentiële inschrijvers geen inlichtingen zou hebben verschaft die, indien zij daarmee bekend zouden zijn geweest ten tijde van de voorbereiding van de inschrijvingen, op die voorbereiding van wezenlijke invloed zouden zijn geweest en heeft het relatieve gewicht evenmin tot een wijziging van deze criteria geleid (HvJ EU 18 november 2010, zaak C-226/09, ECLI:EU:C:2010:697 (Commissie/Ierland), r.o. 48). In dit arrest heeft het Hof van Justitie EU aan het tweede criterium dus toegevoegd dat sprake moet zijn van wezenlijke beïnvloeding van de voorbereiding van de inschrijvingen. Dit zou betekenen dat de enkele (theoretische) mogelijkheid van beïnvloeding van de voorbereiding niet zonder meer een ontoelaatbare vaststelling achteraf impliceert.

5.3.9. Verder is in de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU meermalen geoordeeld dat de door de aanbestedende dienst te bepalen (sub)gunningscriteria moeten leiden tot gunning aan de inschrijver met de economisch meest voordelige inschrijving, de beste prijs-kwaliteitverhouding of de 'beste aanbidding'.

HvJ EU 17 september 2002, C-513/99, ECLI:EU:C:2002:495, r.o. 59 (Concordia Bus Finland):

'Hoewel de aanbestedende dienst volgens artikel 36, lid 1, sub a, van richtlijn 92/50 kan kiezen welke gunningscriteria hij zal toepassen, kan hij evenwel enkel criteria kiezen die ertoe strekken de economisch voordeligste aanbidding te bepalen (zie in die zin met betrekking tot overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, de reeds aangehaalde arresten Beentjes, punt 19; Evans Medical en Macfarlan Smith, punt 42, alsmede SIAC Construction, punt 36). Aangezien een aanbidding noodzakelijkerwijs verband houdt met het voorwerp van de opdracht, volgt daaruit dat de gunningscriteria die overeenkomstig genoemde bepaling kunnen worden gehanteerd, zelf ook verband moeten houden met het voorwerp van de opdracht.'

HvJ EU 7 oktober 2004, zaak C-247/02, ECLI:EU:C:2004:593, r.o. 40 (Sintesi SpA/Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici):

'Het feit dat de nationale wetgever op een abstracte en algemene wijze, één criterium voor de gunning van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken vastlegt, ontnemt de aanbestedende diensten de mogelijkheid om rekening te houden met de aard en de specificiteit van dergelijke opdrachten – afzonderlijk beschouwd – door voor elke opdracht het criterium te kiezen dat het meest geschikt is om de vrije mededinging en op die manier de keuze van de beste aanbidding te verzekeren.'

HvJ EU 10 mei 2012, zaak 368/10, ECLI:EU:C:2012:284, r.o. 86 (Commissie/Nederland):

'In de tweede plaats bepaalt artikel 53, lid 1, sub a, van richtlijn 2004/18 dat de gunningscriteria verband moeten houden met het voorwerp van de opdracht. Dienaangaande preciseert punt 46 van de considerans van de richtlijn in de derde alinea dat „bij de vaststelling van deze criteria [...] rekening [wordt] gehouden met het voorwerp van de opdracht, aangezien de criteria het mogelijk moeten maken het prestatieniveau van iedere inschrijving in verhouding tot het in de technische specificaties omschreven voorwerp van de opdracht te beoordelen, en de prijs-kwaliteitverhouding van iedere inschrijving te bepalen“, waarbij „de economisch voordeligste inschrijving“ de inschrijving is die „de beste prijs-kwaliteitverhouding“ biedt.'

GEA EU 16 september 2013, zaak T-402/06, ECLI:EU:T:2013:445, r.o. 76:

'Dienaangaande zij eraan herinnerd dat, hoewel de aanbestedende dienst volgens artikel 36, lid 1, sub a, van richtlijn 92/50 – en, op soortgelijke wijze, volgens artikel 30, lid 1, sub b, van de richtlijn overheidsopdrachten voor werken 93/37 – kan kiezen welke gunningscriteria hij zal toepassen, hij evenwel enkel criteria kan kiezen die ertoe strekken de economisch voordeligste aanbidding te bepalen (zie in die zin arrest Hof van 17 september 2002, Concordia Bus Finland, C-513/99, Jurispr. blz. I-7213, punt 59 en aldaar aangehaalde rechtspraak). De economisch voordeligste aanbidding kan worden gedefinieerd als de aanbidding welke, van de verschillende ingediende aanbiddingen, de beste verhouding tussen kwaliteit en prijs biedt, rekening gehouden met op grond van het voorwerp van de opdracht gerechtvaardigde criteria (zie in die zin en naar analogie arrest Gerecht van 6 juli 2005, TQ3 Travel Solutions Belgium/Commissie, T-148/04, Jurispr. blz. II-2627, punt 48). Derhalve dienen de aanbestedende diensten, wanneer zij besluiten om de opdracht te gunnen aan de economisch voordeligste aanbidding, na te gaan welke aanbidding de beste prijs-kwaliteitverhouding biedt [zie naar analogie arrest Hof van 10 mei 2012, Commissie/Nederland, C-368/10, punt 86, met betrekking tot punt 46, derde alinea, van de considerans van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PB L 134, blz. 114)].'

- 5.3.10. De Commissie heeft de in 5.3.9 hiervoor vermelde jurisprudentie van het Hof van Justitie EU reeds meermalen ten grondslag gelegd aan haar adviezen. In haar gecombineerde Advies 83/84 (zie overweging 6.1.6), Advies 333 (overweging 5.3); Advies 362 (overweging 5.3.3) en Advies 414 (overweging 5.5) heeft de Commissie geoordeeld dat 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 beoordelingsmethode moet 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:RBOVE:2016:3761, JAAN 2016/252, m.nt. G. Verberne en T. Ruers, r.o. 4.2). Hoewel de inschrijving met de beste prijs-kwaliteitverhouding niet altijd de inschrijving is met de laagste prijs, moet worden vastgesteld dat, wanneer de aanbiddingen wat alle overige relevante criteria

betreft volkomen gelijk zijn, een goedkopere aanbidding noodzakelijkerwijs, vanuit economisch oogpunt, moet worden aangemerkt als voordeliger dan een duurder aanbidding. Een beoordelingsmethode die ertoe leidt dat de opdracht bij gelijke kwaliteit wordt gegund aan een duurder 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).

- 5.3.11. De Hoge Raad heeft op 9 mei 2014 in de zaak Ricoh/Gemeente Utrecht en Xerox geoordeeld over een relatieve beoordelingsmethode (ECLI:NL:HR:2014:1078, NJ 2016/342 m.nt. C.E.C. Jansen en JAAN 2014/126 m.nt. M.J. Mutsaers). De Hoge Raad heeft geoordeeld dat een relatieve beoordelingsmethode niet enkel op grond van haar relatieve karakter als strijdig met het gelijkheids- of transparantiebeginsel kan worden aangemerkt. De oordelen van het gerechtshof dat (de toepassing van) de relatieve beoordelingsmethode in het betreffende geval niet in strijd is met het transparantiebeginsel en het beginsel van gelijke behandeling laat de Hoge Raad in stand. Onder verwijzing naar de conclusie van A-G Keus oordeelt de Hoge Raad ten slotte dat het hof evenmin het bepaalde in het arrest Storebaelt van het Hof van Justitie EU (22 juni 1993, zaak C-243/89, ECLI:EU:C:1993:257) heeft miskend dat een ongeldige inschrijving terzijde moet worden gelegd. Zie rechtsoverwegingen 3.3-3.8:

'3.3 Volgens onderdeel 1 heeft het hof miskend dat de beginselen van het aanbestedingsrecht met zich brengen dat een ongeldige inschrijving geen rol mag spelen in de totstandkoming van de gunningsbeslissing. Dit geldt in ieder geval bij de door de Gemeente gehanteerde relatieve beoordelingssystematiek, waarin de positie van een inschrijver in de rangorde mede afhankelijk is van hetgeen door de andere inschrijvers is aangeboden. Daartoe voert het onderdeel in het bijzonder aan dat een ongeldige inschrijving wordt geacht niet te zijn gedaan, hetgeen in de praktijk betekent dat zij terzijde wordt gelegd en geen rol meer speelt bij de bepaling van de relatieve rangorde.

3.4 Bij de beoordeling van de klachten van het onderdeel wordt het volgende vooropgesteld.

Uit vaste rechtspraak van het HvJEU (zie onder meer HvJEU 29 april 2004, C-496/99 P, ECLI:NL:XX:2004:BG2419 (Socchi di Frutta), punten 108 en 110) volgt dat de aanbestedende dienst het beginsel van gelijke behandeling moet respecteren. Dit beginsel beoogt de ontwikkeling van een gezonde en daadwerkelijke mededinging tussen de deelnemende ondernemingen te bevorderen en vereist dat alle inschrijvers bij het opstellen van het in hun offertes gedane voorstel dezelfde kansen krijgen. Het betekent derhalve dat voor deze offertes voor alle mededingers dezelfde voorwaarden moeten gelden.

De aanbestedende dienst dient voorts het transparantiebeginsel in acht te nemen (zie genoemd arrest Socchi di Frutta, punt 111). Dat beginsel heeft in essentie ten doel te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen. Het impliceert dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure in het aanbestedingsbericht of in het bestek worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze, opdat, enerzijds, alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en zij 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 die op de betrokken opdracht van toepassing zijn. Deze eisen betreffen mede de door de aanbestedende dienst te hanteren beoordelingssystematiek.

3.5 In zijn algemeenheid kan een zogeheten relatieve beoordelingssystematiek niet enkel op grond van haar relatieve karakter als strijdig met het gelijkheids- of transparantiebeginsel worden aangemerkt. Het hangt af van de wijze waarop een bepaalde beoordelingssystematiek in het concrete geval is ingericht of toegepast, of zij, mede in verband met haar relatieve karakter, in strijd komt met de (genoemde) beginselen van het aanbestedingsrecht.

3.6 Het hof heeft de hiervoor in 3.1 onder (iii) geciteerde paragraaf 3.2 van de offerte-aanvraag van de Gemeente aldus uitgelegd dat daarin als procedure is vastgelegd dat, indien de als eerste geëindigde inschrijver alsnog afvalt omdat onjuiste informatie is verstrekt of op andere punten onoverkomelijke bezwaren bestaan, de Gemeente geen herbeoordeling van de scores zal uitvoeren maar de oorspronkelijke rangorde zal handhaven en een bespreking met de als tweede geëindigde inschrijver zal beleggen. Uitgaande van die – niet onbegrijpelijke – uitleg, geeft het oordeel van het hof dat het in overeenstemming is met het transparantiebeginsel dat de Gemeente, na het afvallen van Océ, een verificatiebespreking diende te beleggen met de als tweede geëindigde Xerox zonder een herbeoordeling van de scores uit te voeren, geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Dat beginsel strekt er immers mede toe dat de te volgen aanbestedingsprocedure en -systematiek aan de inschrijvers vooraf duidelijk kenbaar moet zijn gemaakt, teneinde het risico van willekeur en favoritisme uit te bannen. Het met een waardering van de feiten verweven oordeel van het hof dat de gevolgde procedure in een geval als het onderhavige, waarin na het afvallen van de als eerste geëindigde inschrijver slechts twee inschrijvers resterden, niet in strijd is met het transparantiebeginsel, is ook niet onbegrijpelijk.

3.7 Anders dan het onderdeel betoogt, is het op zichzelf evenmin in strijd met het gelijkheidsbeginsel dat de score van de twee resterende inschrijvers, zoals die was vastgesteld (mede) in relatie tot de afgevallen inschrijver die aanvankelijk als eerste was geëindigd, in stand wordt gelaten. Die score is immers, evenals de daaruit voortvloeiende onderlinge rangorde tussen de twee resterende inschrijvers, tot stand gekomen door een gelijkelijk op hen toegepaste beoordelingssystematiek, waarbij ieders inschrijving per onderdeel telkens op gelijke wijze ten opzichte van steeds dezelfde referentiepunten is gewaardeerd. Het daaruit voortvloeiende verschil in onderlinge rangorde is dan ook het gevolg van de waardering van hun inschrijvingen volgens de vooraf bekend gemaakte methodiek, zonder dat sprake is geweest van een ongelijke behandeling. Daarom brengt de enkele omstandigheid dat een andere onderlinge rangorde van de twee overgebleven inschrijvingen zou zijn verkregen indien deze zouden zijn beoordeeld zonder daarbij de aanvankelijk als eerste geëindigde inschrijving te betrekken, niet mee dat sprake is van strijd met het gelijkheidsbeginsel.

Zoals is uiteengezet in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 3.17, miskent het oordeel van het hof ook niet hetgeen het HvJEU heeft geoordeeld in zijn arrest van 22 juni 1993, zaak C-243/89, ECLI:NL:XX:1993:BE7219 (Storebaelt).

3.8 Op het vorenstaande stuiten de klachten van onderdeel 1 af.'

5.3.12. Advocaat-Generaal Keus had in zijn conclusie van 24 januari 2014 onder 3.17, onder meer, overwogen (ECLI:NL:PHR:2014:31):

'3.17 (...) Met het (aanbestedingsrechtelijk ontoelaatbare) "in aanmerking nemen" van de offerte van ESG bedoelde het HvJ EG niet meer en niet minder dan de door de Commissie gewraakte gang van zaken volgens welke Storebaelt, alhoewel de offerte van ESG niet aan een fundamenteel voorschrift van het bestek voldeed, niettemin met ESG in onderhandeling trad en met haar een overeenkomst sloot die van het bestek afweek [*noot 39, niet overgenomen, Commissie*]. Waar ten gunste van één inschrijver van het bestek werd afgeweken, was het

evident dat jegens de overige inschrijvers in strijd met het gelijkheidsbeginsel werd gehandeld. Van een afwijking van de eisen van de offerteaanvraag ten gunste van Océ is echter geen sprake, als, na het wegvallen van Océ, de oorspronkelijke rangorde van de resterende inschrijvers wordt gehandhaafd: anders dan ESG is Océ uit de race gehaald en is zij van gunning van de opdracht uitgesloten. Het arrest Storebaelt laat niet zonder meer de conclusie toe dat het gelijkheidsbeginsel tevens zou vorderen dat de resterende inschrijvingen na het wegvallen van de ongeldige inschrijving opnieuw worden beoordeeld, ook niet als voor mogelijk moet worden gehouden dat een herbeoordeling in verband met de toepasselijke rekenmethode tot een andere onderlinge rangorde zou leiden.'

- 5.3.13. De Commissie stelt vast dat uit het voorgaande blijkt (zie 5.3.11 hiervoor) dat de Hoge Raad niet heeft geoordeeld dat een relatieve beoordelingsmethode in algemene zin aanbestedingsrechtelijk toelaatbaar is. Het hangt volgens de Hoge Raad af van de wijze waarop een bepaalde beoordelingsmethode in het concrete geval is ingericht of toegepast, of zij, mede in verband met haar relatieve karakter, in strijd komt met de (genoemde) beginselen van het aanbestedingsrecht. De Hoge Raad heeft zich in dit arrest bovendien niet uitgesproken over de vraag of en onder welke omstandigheden (de toepassing van) de relatieve beoordelingsmethode in strijd is met de verplichting de opdracht te gunnen aan de inschrijver met de – naar het oordeel van de aanbestedende dienst – economisch meest voordelige inschrijving (zie artikel 2.114 Aw 2012 en de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU in 5.3.9 hiervoor). Deze vraag was namelijk niet aan de Hoge Raad voorgelegd.
- 5.3.14. In het kader van het gunningscriterium beste prijs-kwaliteitverhouding heeft een aanbestedende dienst een ruime vrijheid bij de keuze van de nadere criteria (zie onder meer Advies 449, overweging 5.5.1). Daarbij moet hij uiteraard wel in overeenstemming handelen met de aanbestedingsrechtelijke beginselen.
- 5.4. De Commissie zal nu overgaan tot de beoordeling van de klacht.
- 5.5. De Commissie zal eerst ingaan op de relatieve beoordeling van inschrijvingen op basis van gunningscriteria in het algemeen (zie 5.6 hierna) en zal vervolgens de door aanbestedende in het onderhavige geval gehanteerde relatieve beoordelingsmethode beoordelen (zie 5.7 hierna).
- 5.6. Met betrekking tot de relatieve beoordeling van inschrijvingen op basis van gunningscriteria in het algemeen overweegt de Commissie het volgende.
 - 5.6.1. Bij een relatieve beoordeling wordt de aan een inschrijving voor een bepaald subgunningscriterium toe te kennen score bepaald op basis van een vergelijking met één of meer andere inschrijvingen.
 - 5.6.2. Er zijn vele methoden van relatief beoordelen van de inschrijvingen op basis van de gunningscriteria. Bij sommige daarvan bestaat de mogelijkheid van 'rank reversal', bij andere niet. 'Rank reversal' (in het Nederlands vaak ongelukkig vertaald als 'rangorde-paradox') houdt in dat bij het wegvallen van een inschrijving of bij toevoeging van een nieuwe inschrijving een nieuwe beoordeling van de inschrijvingen op basis van de gunningscriteria leidt tot een andere rangorde van de eerder beoordeelde en niet weggevalen inschrijvingen: het leidt tot een 'herschikking' van de positie van de inschrijvers in de rangorde. Toevoeging van een inschrijving zou zich kunnen voordoen als blijkt dat een inschrijving voorafgaande aan de eerste beoordeling ten onrechte als ongeldig terzijde is gelegd.

- 5.6.3. De Commissie ziet geen aanbestedingsrechtelijke bezwaren tegen relatieve beoordelingsmethoden zonder de mogelijkheid van 'rank reversal' enkel op grond van het relatieve karakter van deze beoordelingsmethoden.
- 5.6.4. Vervolgens is het de vraag of relatieve beoordelingsmethoden met de mogelijkheid van 'rank reversal' altijd in strijd zijn met het aanbestedingsrecht. Het Hof van Justitie EU heeft zich over deze vraag nog niet uitgelaten. Mede op basis van raadpleging van de bij deze zaak ingeschakelde experts constateert de Commissie dat over het antwoord op deze vraag verschillend kan worden gedacht. De Commissie komt tot het volgende oordeel, waarmee niet alle experts het overigens even eens zijn.
- 5.6.5. Het relatieve gewicht van een subgunningscriterium wordt bepaald door de weging van het subgunningscriterium en de formule die wordt gebruikt om de score voor dat subgunningscriterium te bepalen (de scoreregel) gezamenlijk (zie Advies 515, overweging 5.5.13 en Advies 311, overweging 5.4.10). De inhoud van de scoreregel is dus van invloed op het relatieve gewicht van een subgunningscriterium.
- 5.6.6. Kenmerkend voor een relatieve beoordelingsmethode met de mogelijkheid van rank reversal is dat de inhoud van de scoreregel wordt bepaald door de inhoud van de ingediende inschrijvingen. Zonder kennisname van die inschrijvingen is de scoreregel dus nog onvolledig.
- 5.6.7. Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU kan worden afgeleid dat het achteraf bekend maken van de wegingscoëfficiënten van de subgunningscriteria niet is toegestaan wanneer zij de voorbereiding van de inschrijvingen wezenlijk hadden kunnen beïnvloeden (zie 5.3.7-5.3.8 hiervoor). Naar het oordeel van de Commissie geldt dat ook voor de concrete inhoud van de scoreregels omdat die tevens van invloed is op het relatieve gewicht van een subgunningscriterium (zie 5.6.5 hiervoor). Verder geldt dat naar het oordeel van de Commissie ook voor de situatie dat de inhoud van de scoreregels pas na inschrijving komt vast te staan, zoals het geval is bij een relatieve beoordelingsmethode.
- 5.6.8. Naar het oordeel van de Commissie is het hanteren van een relatieve beoordelingsmethode met de mogelijkheid van rank reversal dan ook in strijd met de artikelen 67, lid 5, Richtlijn 2014/24/EU en 2.115, lid 4 en 5, Aw 2012 en de beginselen van gelijke behandeling en transparantie in het geval dat de inhoud van de scoreregels van een of meer subgunningscriteria pas na inschrijving komt vast te staan en deze inhoud de voorbereiding van de inschrijvingen wezenlijk kan beïnvloeden. Naar het oordeel van de Commissie bestaat in dat geval bovendien het risico dat de opdracht niet wordt gegund aan de inschrijver met de – naar het oordeel van de aanbestedende dienst – economisch meest voordelige inschrijving. Daarmee handelt de aanbestedende dienst in het hiervoor bedoelde geval ook in strijd met art. 2.114 Aw 2012.
- 5.6.9. De beantwoording van de vraag of de inhoud van de scoreregels van een of meer subgunningscriteria de voorbereiding van de inschrijvingen wezenlijk kan beïnvloeden, vergt een beoordeling van de in het concrete geval toegepaste beoordelingsmethode.
- 5.7. De Commissie zal nu de door aanbesteder in het onderhavige geval gehanteerde relatieve beoordelingsmethode beoordelen in het licht van de in 5.6.8 gegeven regel.
- 5.7.1. De Commissie constateert dat aanbesteder een relatieve beoordelingsmethode met de mogelijkheid van 'rank reversal' heeft gehanteerd.

- 5.7.2. De klacht betreft de volgende twee subgunningscriteria: het kwalitatieve subgunningscriterium "milieueisen" en het subgunningscriterium "prijs". De inschrijver met de hoogste score op het subgunningscriterium milieueisen krijgt het maximale aantal van 15 punten. De overige inschrijvingen worden hieraan gerelateerd op basis van onderstaande formule (zie de eerste Nota van Inlichtingen in 1.3.1 en 1.3.2 hiervoor):

$$\text{score} = \frac{\text{Waarde aangeboden}}{\text{Waarde hoogste}} \times 15$$

De inschrijver met de laagste prijs krijgt het maximale aantal van 40 punten. De overige inschrijvingen worden hieraan gerelateerd volgens de volgende formule (zie paragraaf 4.3.2 van de Aanbestedingsleidraad in 1.2 hiervoor):

$$\text{score} = \left(1 - \frac{P \text{ aangeboden} - P \text{ laagste}}{P \text{ laagste}} \right) \times 40$$

Voor beide subgunningscriteria is de minimale score 0.

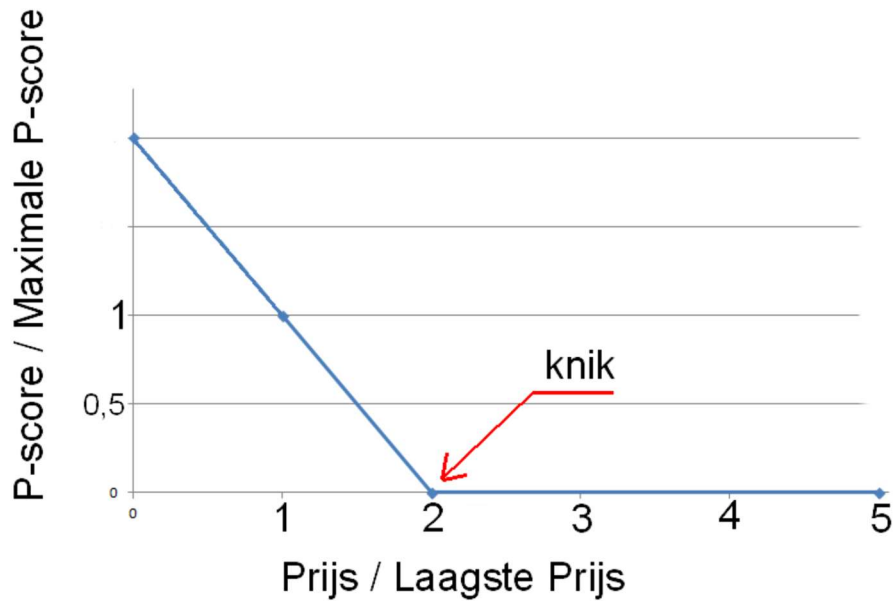
- 5.7.3. De te beantwoorden vraag is vervolgens of het eerst na inschrijving vast komen te staan van de inhoud van de scoreregels voor het kwalitatieve subgunningscriterium milieueisen en het subgunningscriterium prijs in het onderhavige geval de voorbereiding van de inschrijvingen wezenlijk kan beïnvloeden (zie 5.6.5-5.6.9 hiervoor).
- 5.7.4. Naar het oordeel van de Commissie blijkt uit de diverse rekenvoorbeelden die ondernemer aan aanbesteder heeft gegeven in de vragen 151, 152 en 214, de bij aanbesteder ingediende klacht en de onderbouwing van de bij de Commissie ingediende klacht (zie 1.4.1, 1.4.2, 1.6, 1.7 en 3.5-3.28 hiervoor) dat de uiteindelijke inhoud van de scoreregels voor het kwalitatieve subgunningscriterium milieueisen en het subgunningscriterium prijs de voorbereiding van de inschrijvingen wezenlijk kan beïnvloeden. Aanbesteder heeft dit ook overigens onvoldoende weersproken.
- 5.7.5. Daarmee komt de Commissie tot het oordeel dat aanbesteder met de onderhavige relatieve beoordelingsmethode in strijd handelt met de artikelen 67, lid 5, Richtlijn 2014/24/EU en 2.115, lid 4 en 5, Aw 2012 en de beginselen van gelijke behandeling en transparantie. Naar het oordeel van de Commissie hanteert aanbesteder daarmee bovendien een methode die het risico in zich draagt dat de opdracht niet wordt gegund aan de inschrijver met de – naar het oordeel van aanbesteder – economisch meest voordelige inschrijving.
- 5.7.6. Daarmee acht de Commissie de klacht gegrond.
- 5.8. Ten overvloede merkt de Commissie nog het volgende op.
- 5.8.1. De in 5.6.8 gegeven regel sluit niet uit dat een relatieve beoordelingsmethode met de mogelijkheid van 'rank reversal' aanbestedingsrechtelijk toelaatbaar is. De Commissie geeft daarom hierna nog enkele overwegingen ten overvloede voor het geval dat een aanbestedende dienst gebruik maakt van een relatieve beoordelingsmethode met de mogelijkheid van 'rank reversal' en de inhoud van de scoreregels van een of meer subgunningscriteria de voorbereiding van de inschrijvingen niet wezenlijk kan beïnvloeden.
- 5.8.2. Een relatieve beoordelingsmethode met de mogelijkheid van 'rank reversal' kan een goede methode zijn bij inkoopprocedures met complexe gunningscriteria en

inschrijvingen (bijvoorbeeld bij een concurrentiegerichte dialoog). De methode kan het geven van waardeoordelen in dat geval namelijk eenvoudiger maken. Voor eendimensionale éénvoudige gunningscriteria die objectief meetbaar zijn – zoals in de onderhavige aanbestedingsprocedure – raadt de Commissie – en overigens ook alle bij de beoordeling van de onderhavige klacht ingeschakelde experts – deze beoordelingsmethode echter af.

- 5.8.3. Indien een aanbestedende dienst kiest voor een relatieve beoordelingsmethode met de mogelijkheid van 'rank reversal' beveelt de Commissie verder aan alle inschrijvingen ten opzichte van elkaar te beoordelen, dus niet alleen ten opzichte van de beste inschrijving.
- 5.8.4. Indien een aanbestedende dienst kiest voor een relatieve beoordelingsmethode met de mogelijkheid van 'rank reversal' moet de concrete invulling en toepassing van die methode in ieder geval in overeenstemming zijn met de overige aanbestedingsrechtelijke beginselen en regels.
- 5.8.5. Indien een aanbestedende dienst kiest voor een relatieve beoordeling met de mogelijkheid van 'rank reversal', dient hij in ieder geval in overeenstemming met het transparantiebeginsel te handelen. Het moet transparant zijn hoe de methode zal worden toegepast. Ook zal hij de inschrijvers gelijk moeten behandelen.
- 5.8.6. Verder is naar het oordeel van de Commissie – en van alle bij de beoordeling van de onderhavige klacht ingeschakelde experts – een voorwaarde voor toepassing van een relatieve beoordeling met de mogelijkheid van 'rank reversal' dat de voor de beoordeling in aanmerking genomen inschrijvingen in ieder geval vergelijkbaar moeten zijn. Dat betekent dat van alle inschrijvingen die invloed hebben op de rangschikking, al vóór of tijdens de beoordeling daarvan (aan de hand van de gunningscriteria) moet worden vastgesteld dat er zich ten aanzien van de inschrijvers die deze inschrijvingen hebben ingediend geen uitsluitingsgronden voordoen, dat zij voldoen aan de (geschiktheids)eisen en dat hun inschrijvingen regelmatig en aanvaardbaar zijn (zie onder meer artikel 2.26 en 2.28, lid 3 en 4, Aw 2012). Bij de Europese openbare procedure is op basis van artikel 2.101, lid 3, Aw 2012 het uitgangspunt dat de aanbestedende dienst alleen bij de inschrijver aan wie hij voornemens is de overheidsopdracht te gunnen op basis van bewijsstukken nagaat of deze inschrijver niet moet worden uitgesloten en of hij voldoet aan de gestelde geschiktheidseisen. Artikel 2.101, lid 1, Aw 2012 biedt echter ruimte om in een eerder stadium bewijsstukken bij de inschrijvers op te vragen 'indien dit noodzakelijk is voor het goede verloop van de procedure'. Naar het oordeel van de Commissie is dat bij een relatieve beoordelingsmethode met de mogelijkheid van 'rank reversal' het geval. Indien de bewijsstukken van de inschrijvingen die invloed hebben op de rangschikking niet vóór de mededeling van de gunningsbeslissing worden opgevraagd en beoordeeld, wordt een beoordelingsmethode gehanteerd die het risico in zich draagt dat de opdracht niet wordt gegund aan de inschrijver met de – naar het oordeel van de aanbestedende dienst – economisch meest voordelige inschrijving. Daarmee zou een aanbestedende dienst naar het oordeel van de Commissie alsnog in strijd met artikel 2.114 Aw 2012 handelen.
- 5.8.7. Nog daargelaten dat de klacht zoals gezegd reeds gegrond is gelet op het in 5.7.5 hiervoor gegeven oordeel – merkt de Commissie in het verlengde van de vorige overweging nog het volgende op over de onderhavige aanbestedingsprocedure. In paragraaf 5 en 6 van de Aanbestedingsleidraad is bepaald dat aanbestedender slechts de bewijsstukken met betrekking tot de uitsluitingsgronden en de geschiktheidseisen controleert van de inschrijver aan wie hij voornemens is de opdracht te gunnen. Indien de beoogd winnaar voor wat betreft de subgunningscriteria milieueisen en prijs niet de beste inschrijving heeft gedaan, gaat de aan-

besteder dus tot gunning van de opdracht over, terwijl hij niet alle inschrijvers, van wie de inschrijvingen van invloed zijn op de rangschikking, op basis van de bewijsstukken heeft beoordeeld op de uitsluitingsgronden en de geschiktheidseisen. Daarmee is het mogelijk dat ongeldige en daarmee onvergelykbare inschrijvingen van invloed zijn op de relatieve beoordeling en daarmee dus in strijd wordt gehandeld met de voorwaarde van 5.8.6 hiervoor.

- 5.8.8. De Hoge Raad heeft in het hiervoor genoemde arrest Ricoh/Gemeente Utrecht en Xerox geoordeeld dat het niet in strijd is met het transparantiebeginsel of beginsel van gelijke behandeling indien de inschrijving van de beoogde winnaar, na de beoordeling daarvan aan de hand van de gunningscriteria, alsnog wegvalt en de opdracht op basis van de aanbestedingsstukken wordt gegund aan de oorspronkelijk als tweede geëindigde inschrijver (r.o. 3.6 en 3.7). Indien bij een relatieve beoordelingsmethode met de mogelijkheid van 'rank reversal', na de beoordeling van een inschrijving aan de hand van de gunningscriteria, die inschrijving alsnog wegvalt, is deze echter niet vergelijkbaar met de andere inschrijvingen die in de beoordeling zijn meegewogen. Indien de weggevallen inschrijving van invloed is geweest op de beoordeling van de andere inschrijvers is naar het oordeel van de Commissie – en van alle bij de beoordeling van de onderhavige klacht ingeschakelde experts – de enige mogelijkheid de overgebleven inschrijvingen opnieuw te beoordelen. Er mag dus niet worden gegund aan de oorspronkelijk als tweede geëindigde inschrijver. Indien de weggevallen inschrijving namelijk bij de beoordeling in aanmerking is genomen, kan deze ongeldige inschrijving de rangorde van de geldige inschrijvingen hebben beïnvloed. Indien de resterende inschrijvingen vervolgens niet opnieuw worden beoordeeld, wordt in strijd gehandeld met de voorwaarde in 5.8.6 hiervoor dat de voor de beoordeling in aanmerking genomen inschrijvingen vergelijkbaar moeten zijn. Er wordt dan een methode gehanteerd die het risico in zich draagt dat de opdracht niet wordt gegund aan de inschrijver met de – naar het oordeel van de aanbestedende dienst – economisch meest voordelige inschrijving. Daarmee zou een aanbestedende dienst naar het oordeel van de Commissie alsnog in strijd met artikel 2.114 Aw 2012 handelen.
- 5.8.9. Ten slotte wijst de Commissie nog op het volgende. Bij de inrichting van een beoordelingsmethode ter bepaling van de economisch meest voordelige inschrijving dienen aanbestedende diensten te voorkomen dat relevante objectieve verschillen worden geneutraliseerd. Een aanbestedende dienst kan ervoor kiezen boven een bepaald niveau aan kwaliteit geen extra punten meer toe te kennen omdat een hogere kwaliteit voor de aanbestedende dienst geen meerwaarde oplevert. In dat geval is boven dat niveau aan kwaliteit geen sprake van een relevant verschil. In het licht van het bepalen van de economisch meest voordelige inschrijving is het echter niet toelaatbaar dat een relevant objectief verschil (bijvoorbeeld in prijs) tussen twee offertes wordt geneutraliseerd. Dat kan zich voordoen wanneer de scoregrafiek een knik vertoont, waarbij de lijn aan één zijde van de knik horizontaal loopt (zie de prijs-score-grafiek hierna). Het is dan mogelijk dat de scorefunctie geen relevant scoreverschil oplevert tussen twee inschrijvingen die niet onregelmatig of onaanvaardbaar zijn in de zin van artikel 2.28, lid 3 en 4, Aw 2012, ondanks een objectief en relevant verschil tussen de inschrijvingen voor dat subgunningscriterium.



5.8.10. Aanbestedende diensten hanteren regelmatig een scoregrafiek met een knik om te voorkomen dat er een negatieve score kan worden behaald. Zo ook aanbesteder in de onderhavige aanbestedingsprocedure. Het is echter goed mogelijk te werken met scorefuncties met negatieve scores, terwijl een knik in een scoregrafiek tot gevolg kan hebben dat een relevant objectief verschil wordt geneutraliseerd en bij elke relatieve beoordelingsmethode zorgt voor de mogelijkheid van rank reversal. Het hanteren van een scoregrafiek met knik voor prijs kan er toe leiden dat een zeer hoge prijs kan worden gevraagd, terwijl zich dat onvoldoende vertaalt in de te behalen score. Bovendien kan bij een absolute beoordelingsmethode het prijs criterium geheel wegvallen als alle inschrijvers een prijs na de knik aanbieden. Het is aan de aanbestedende diensten om voorafgaand aan een aanbestedingsprocedure tijdens een marktonderzoek te onderzoeken binnen welke marge de waarden van de offertes voor de betrokken subgunningscriteria (in casu de prijzen, milieuprestaties) gelegen zijn en daarmee rekening te houden bij het kiezen van een passende scorefunctie. Daarbij is het dus goed mogelijk te werken met scorefuncties met negatieve punten.

6. Advies

De Commissie acht de klacht **gegrond**.

De Commissie heeft zich ten behoeve van dit advies laten bijstaan door ir. M.A.B. Baeyens, mr. H.J. van der Horst, ir. J.C. Kuiper, drs. G.J. Schut, prof. dr. J. Telgen en prof. mr. dr. C.J. Wolswinkel, die voor de behandeling van deze klacht allen als Commissie-Experts aan de Commissie zijn verbonden.

Den Haag, 18 december 2020

Prof.mr. C.E.C. Jansen
Voorzitter