

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 686

1. Feiten

- 1.1. Aanbesteder heeft op 4 augustus 2022 een Europese openbare aanbesteding aangekondigd voor een Raamovereenkomst met één opdrachtnemer voor het onderhouden van de openbare verlichtingsinstallatie en het uitvoeren van openbare verlichtingsprojecten in de regio van aanbesteder. De inhoud van de opdracht is vastgelegd in een RAW-bestek.
- 1.2. In de Inschrijvingsleidraad van 4 augustus 2022 is, onder meer, het volgende bepaald:

Paragraaf 2.5 (Contractvorm)

`(...)

De navolgende documenten vormen gezamenlijk de overeenkomst. Voor zover deze documenten met elkaar in tegenspraak zijn, prevaleert het eerdergenoemde document boven het later genoemde:

1. de opdrachtverstrekking/raamovereenkomst;
2. verificatie (indien van toepassing);
3. de nota van inlichtingen;
4. RAW Raamovereenkomst LVC-22-02 met bijlagen;
5. UAV-2012;
6. Inschrijvingsleidraad;
7. de Inschrijving'.

Paragraaf 5.2.1 (Algemeen)

'Dit document is met grote zorg samengesteld. Mocht u echter onvolkomenheden, procedurefouten en/of tegenstrijdigheden constateren, dan dient u deze zo spoedig mogelijk kenbaar aan ons te maken door middel van het stellen van vragen. Dit kan tot de uiterste datum van vragenstellen, zoals in de planning is opgenomen. Ook eventuele bezwaren tegen (delen van) dit document (bijv. m.b.t. criteria, termijnen, werkwijze) dient u, zo spoedig mogelijk, doch uiterlijk bij het stellen van de vragen voor de nota van inlichtingen, schriftelijk aan de [aanbesteder] kenbaar te maken'.

Paragraaf 7.2 (Gunningscriterium Kwaliteit)

'Beoordeling

De beoordeling vindt plaats door een multidisciplinair team van beoordelaars, zie paragraaf 6.2.

Allereerst worden de inschrijvingen door de beoordelaars individueel beoordeeld waarna in overleg de definitieve score wordt bepaald.

De inschrijvingen worden beoordeeld aan de hand van het ingediende Plan van Aanpak.

De weging per criterium is als volgt:

Onderdeel: Weging totaal:
Plan van Aanpak tijdigheid 15 %
Kwaliteit werkzaamheden 10 %
Plan van Aanpak kwaliteit 10 %
Plan van Aanpak duurzaamheid 5 %

Voor elk van de genoemde criteria kan de inschrijver 10, 7, 3, 0 punten scoren. De uiteindelijke punten worden per criterium vastgesteld met de formule: (score criterium /10) x deelpercentage.

(...)

Plan van Aanpak Tijdigheid (15%)

De [aanbesteder] wilt graag dat de werkzaamheden tijdig worden uitgevoerd.

De inschrijver beschrijft:

* de wijze waarop de tijdigheid van verwerkingen van storingen en facturatie plaatsvindt en hoe de responsetijden en doorlooptijden worden gehaald.

* hoe wordt omgegaan met kleine snelle klussen zoals het met spoed (ver)plaatsen of verwijderen van een lichtmast.

* hoe omgegaan wordt met het beheren van voorraden en hoe door het plaatsen van tijdelijke materialen voldaan wordt aan de doorlooptijden.

* hoe de coördinatie van de werkzaamheden met de netbeheerder en veiligstellen van aangereden lichtmasten plaatsvindt.

* wat beschouwd wordt als meerwerk.

Beoordelingswijze:

A) 10 punten: Door de gegeven beantwoording is [aanbesteder] van oordeel dat de aangedragen omschrijving een zeer goede bijdrage leveren voor het tijdig uitvoeren van de werkzaamheden. Het commentaar beperkt zich slechts tot details.

B) 7 punten: Door de gegeven beantwoording is [aanbesteder] van oordeel dat de aangedragen omschrijving een goede bijdrage leveren aan het tijdig uitvoeren van de werkzaamheden.

C) 3 punten: Door de gegeven beantwoording is [aanbesteder] van oordeel dat de aangedragen omschrijving een redelijke bijdrage leveren aan het tijdig uitvoeren van de werkzaamheden.

D) 0 punt: Door de gegeven beantwoording is [aanbesteder] van oordeel dat de aangedragen omschrijving een zeer beperkte bijdrage leveren aan het tijdig uitvoeren van de werkzaamheden.

(...)

Plan van aanpak Duurzaamheid (5%)

Bij de inschrijving moet door de inschrijver een PvA worden gevoegd waarin door de inschrijver de volgende criteria worden beschreven. Het PvA mag maximaal een pagina op A4 formaat omvatten exclusief voorkant, colofon en inhoudsopgave.

[Aanbesteder] wilt graag dat de werkzaamheden op een zo duurzaam mogelijke wijze worden uitgevoerd.

De inschrijver beschrijft:

* De wijze waarop duurzaamheid een rol speelt bij de uitvoering van de werkzaamheden. In het plan wordt aangegeven hoe omgegaan wordt met de volgende aspecten: maatschappelijk verantwoord ondernemen (MVO), beperken transport, inzetten schone vervoermiddelen, beperken van hinder (geluid, trillingen, stank, stof, licht, et cetera), beperken van verkeersoverlast.

- * Omschrijving welke maatregelen de inschrijver treft ten aanzien van het milieu, zoals o.a. het op milieuvriendelijke wijze afvoeren van materialen.
- * Duurzaamheidscertificaten (CO2-prestatieladder).

Beoordelingswijze:

- A) 10 punten: Door de gegeven beantwoording is de [aanbesteder] van oordeel dat de inschrijver op een zeer duurzame manier de werkzaamheden uitvoert en zij de hoogste duurzaamheidsscore realiseert in vergelijking met de andere inschrijvers.
- B) 7 punten: Door de gegeven beantwoording is de [aanbesteder] van oordeel dat de inschrijver op een duurzame manier de werkzaamheden uitvoert en zij een goede duurzaamheidsscore realiseert in vergelijking met de andere inschrijvers.
- C) 3 punten: Door de gegeven beantwoording is de [aanbesteder] van oordeel dat de inschrijver op een duurzame manier de werkzaamheden uitvoert en zij een matige duurzaamheidsscore realiseert in vergelijking met de andere inschrijvers.
- D) 0 punt: Door de gegeven beantwoording is de [aanbesteder] van oordeel dat de inschrijver op een beperkt duurzame manier de werkzaamheden uitvoert en zij een matige duurzaamheidsscore realiseert in vergelijking met de andere inschrijvers'.

Paragraaf 7.3 (Beoordeling Prijs-Kwaliteit Verhouding)

'De uiteindelijke beoordeling vindt plaats op basis van 60% Prijscriterium en 40% Kwaliteitscriteria.

Het percentage Prijs wordt bepaald met de formule: $(\text{laagste inschrijfsom} - \text{korting}) / (\text{inschrijfsom} - \text{korting}) \times 60\%$. Het percentage Kwaliteit volgt uit de som van de behaalde resultaten van de afzonderlijke kwaliteitscriteria. (...)'.

Paragraaf 8.3 (Opschortende termijn)

'Indien een inschrijver bezwaren heeft tegen de gunningsbeslissing dient hij binnen de in het ARW 2016 genoemde opschortende termijn van 20 kalenderdagen na verzending van de mededeling van de gunningsbeslissing een kort geding aanhangig te hebben gemaakt tegen die beslissing bij de bevoegde burgerlijke rechter van de Rechtbank Noord-Brabant kantoor 's-Hertogenbosch. De genoemde termijn is een vervaltermijn. Dat wil zeggen dat indien een inschrijver niet binnen 20 kalenderdagen na verzending van de mededeling van de gunningsbeslissing daadwerkelijk een kort geding aanhangig heeft gemaakt, de betreffende inschrijver geen bezwaar meer kan maken met betrekking tot die beslissing; zijn recht is dan verwerkt. De aanbesteder is in dat geval vrij om (verder) gevolg te geven aan de gunningsbeslissing'.

- 1.3. In de Nota van Inlichtingen van 13 oktober 2022 is, onder meer, de volgende vraag en antwoord opgenomen:
 - 1.3.1. Vraag 31 [ziend op Paragraaf 7.3, zie 1.2] Nota van Inlichtingen: 'Wij gaan er vanuit dat in de formule wordt bedoeld dat de laagste combinatie van inschrijfsom en korting wordt gebruikt in het eerste deel van de formule en niet de laagste inschrijfsom zonder aftrek van de korting. Kunt u dit bevestigen?'

Antwoord: 'Ja, dit kunnen wij bevestigen.'

- 1.4. Op 15 november 2022 heeft aanbesteder de gunningsbeslissing aan inschrijver verstuurd.

- 1.5. In de gunningsbeslissing valt, onder meer, het volgende te lezen:
- '(...) Een eventuele motivering vindt u in de bijgevoegde bijlage.
- Als u bezwaar kunt maken dan staat dat in de aanbestedingsstukken
- (...)'.
- 1.6. De bijlage bij gunningsbeslissing bevat een overzicht van de beoordelingen, waarin per inschrijver de behaalde scores op kwaliteit en prijs zijn opgenomen.
- 1.7. Bij brief d.d. 17 november 2022 heeft ondernemer aan aanbesteder laten weten het niet eens te zijn met de gunningsbeslissing en heeft hij aanbesteder verzocht de gunningsbeslissing nader te motiveren.
- 1.8. Aanbesteder heeft op 22 of 23 november een toelichting op de gunningsbeslissing aan ondernemer verstrekt. In deze nadere motivering van de gunningsbeslissing valt, onder meer, te lezen dat:

'Een eventuele motivering op basis van de inschrijvingsleidraad vindt u onderstaand:

De Economisch Meest Voordelige Inschrijving is vastgesteld op basis van de beste Prijs-Kwaliteit verhouding (PKV) De uiteindelijke beoordeling heeft, zoals volledig beschreven in de inschrijvingsleidraad, plaats gevonden op basis van 60% Prijscriterium en 40% Kwaliteitscriteria, ofwel totaal kan men 100% scoren. Stap 1 beoordeling kwaliteit: In deze fase zijn de kwalitatieve gunningscriteria van de verschillende geldige inschrijvers beoordeeld. De leden van het beoordelingsteam, met uitzondering van de voorzitter, hebben in deze fase geen weet van de ingediende prijzen gehad.

[Ondernemer] heeft het beste plan van aanpak geschreven waarmee op alle onderdelen, met uitzondering van de 'hoe de coördinatie van de werkzaamheden met de netbeheerder en veiligstellen van aangereden lichtmasten plaatsvindt', maximaal heeft gescoord. Het beoordelingsteam heeft in de omschrijving onvoldoende details teruggelezen om hier eveneens de maximale score aan te kunnen geven. De gegunde partij was hier gedetailleerder en heeft hier wel maximaal gescoord.

Stap 2 beoordeling prijs: Nadat de beoordeling op de kwalitatieve gunningscriteria heeft plaatsgevonden en het beoordelingsteam tot een unaniem oordeel is gekomen, zijn de inschrijfsommen zichtbaar voor de overige leden van het beoordelingsteam. Alle beoordelingen zijn in een beoordelingsmatrix verwerkt. Stap 3 beoordeling PKV: In deze fase zijn de prijzen beoordeeld en de inschrijfsom per inschrijver vastgesteld en verminderd met de fictieve waarde volgens ingediende kortingen en waarden vanuit de PKV beoordeling. Deze fictieve inschrijfsommen zijn vervolgens vergeleken. Na het invoeren van de beoordelingen in de matrix ontstond een voorlopige rangorde met de beste PKV-score. Van de inschrijver welke in deze rangorde op nummer 1 staat is de inschrijvingsstaat gecontroleerd op de volledigheid en het acceptabel zijn van de eenheidsprijzen.

Het verschil tussen de inschrijfsom van [ondernemer] en de gegunde partij was dermate groot dat dit de uitslag, tezamen met de uitslag van onderdeel kwaliteit, heeft bepaald. Deze conclusie kan eveneens getrokken worden uit het eerder gedeelde scoreblad. Op basis van de PKV beoordeling conform de inschrijvingsleidraad (zie het eerder gedeelde scoreblad) scoort [de winnaar] een score van 94.10%, [ondernemer] een score van 91.60% en [ondernemer x] een score van

74.60%. Conform de inschrijfleidraad scoort [de winnaar] het beste voor de PKV beoordeling en is derhalve de winnende inschrijver en hebben wij conform de inschrijvingsleidraad de voorlopige gunningsbeslissing op [de winnaar] laten vallen.

(...)'.

- 1.9. Op 23 november 2022 heeft ondernemer gereageerd op de toelichting, inhoudende dat de motivering van de gunningsbeslissing nog steeds niet voldoende is en dat aanbesteder niet gehandeld heeft conform de voorgeschreven werkwijze/procedure zoals neergelegd in de aanbestedingsleidraad.
- 1.10. Aanbesteder heeft op 24 november 2022 de bezwaren van ondernemer van de hand gewezen.
- 1.11. Vervolgens heeft ondernemer op 28 november 2022 een klacht bij de Commissie ingediend (zie paragraaf 2 hierna). Op verzoek van de Commissie heeft de aanbesteder de procedure opgeschort. Aanbesteder heeft de Commissie verzocht om binnen 14 dagen een advies uit te brengen, aan welk verzoek de Commissie gehoor heeft kunnen geven. Aanbesteder heeft op 8 december 2022 een reactie op de klacht bij de Commissie ingediend (zie paragraaf 3 hierna). Op 22 december 2022 heeft de Commissie een advies uitgebracht aan partijen.

2. Beschrijving klacht en onderbouwing

2.1 Klachtonderdeel 1

- 2.1.1. Ondernemer klaagt dat de motivering van de gunningsbeslissing niet voldoet aan de vereisten zoals neergelegd in artikel 2.130 Aw 2012.
- 2.1.2. De door aanbesteder verzonden gunningsbeslissing voldoet niet aan de wettelijke vereisten. De mee gezonden bijlage bevat enkel een matrix met scores, zonder enige inhoudelijke toelichting op de totstandkoming van deze scores.
- 2.1.3. Ook de latere aanvulling van de gunningsbeslissing voldoet niet aan de wettelijke vereisten. Deze aanvulling geeft enkel aan dat ondernemer op een van de punten niet de maximale score heeft gekregen omdat 'de gegunde partij gedetailleerder was'. Zonder de kenmerken en relatieve voordelen van de uitgekozen inschrijving kan ondernemer niet beoordelen of de punten zoals toegekend aan de winnende inschrijver, terecht zijn toegekend en kan ondernemer zijn rechtspositie niet bepalen.
- 2.1.4. Tevens bevat de gunningsbeslissing geen nauwkeurige omschrijving van de opschortende termijn in de zin van artikel 2.127 Aw 2012 waardoor ook om die reden de opschortende termijn niet is gaan lopen.

2.2 Klachtonderdeel 2

- 2.2.1. Ondernemer klaagt vervolgens dat op meerdere onderdelen de beoordeling van de inschrijvingen niet in overeenstemming is met het bepaalde in de aanbestedingsdocumenten. Ondernemer draagt voor zijn stelling een drietal gronden aan.

1. Er is ten onrechte een gemiddeld cijfer per criterium toegekend

- 2.2.2. Op grond van een passage uit de aanbestedingsleidraad [Paragraaf 7.2.1, zie 1.2] wordt het plan van aanpak beoordeeld op vier kwalitatieve criteria. De aanbestedende dienst geeft hierbij aan dat per criterium de inschrijver 10, 7, 3 of 0

punten kan scoren. In de door aanbestede verstrekte beoordelingsmatrix zijn echter punten toegekend per beoordelingsaspect die door de inschrijvers beschreven dienden te worden. Dit resulteert in het feit dat per criterium een gemiddelde van de cijfers voor de beoordelingsaspecten is toegekend in plaats van een 10, 7, 3 of 0 punten per criterium.

2. Ten onrechte zijn er gelijke (de hoogste) scores aan meerdere inschrijvingen toegekend op een criterium waarbij dit niet mogelijk is gezien de relatieve beoordelingssystematiek

- 2.2.3. Met betrekking tot het criterium duurzaamheid is in de inschrijvingsleidraad opgenomen dat een inschrijver beoordeeld wordt op haar duurzaamheidsscore in vergelijking met andere inschrijvers, oftewel een relatieve beoordelingssystematiek. Vanuit die beoordelingssystematiek, waarbij inschrijvers met elkaar worden vergeleken, is het volgens ondernemer onmogelijk dat andere partijen op dit criterium ook de maximale score van 10 punten kunnen ontvangen zoals in casu wel gebeurd is.

3. Aanbesteder heeft niet de prijsformule gehanteerd zoals gecommuniceerd in de Nota van Inlichtingen

- 2.2.4. Ten slotte heeft volgens ondernemer de beoordeling van de inschrijfprijzen ook niet plaatsgevonden op de wijze zoals bepaald is in de Nota van Inlichtingen. In de door aanbestede verstrekte beoordelingsmatrix is de laagste inschrijfprijs genomen en daar per inschrijver de korting van de inschrijver afgehaald. Dit is echter onjuist in relatie tot het antwoord wat door aanbestede is verstrekt in de Nota van Inlichtingen, waarin bevestigd is dat in de formule bedoeld wordt dat de laagste combinatie van inschrijfsom en korting gebruikt wordt in het eerste deel van de formule en niet de laagste inschrijfsom zonder aftrek van de korting.

3. Reactie aanbestede

3.1. Klachtonderdeel 1

- 3.1.1. Aanbestede geeft aan bij de gunningsbeslissing een overzicht meegestuurd te hebben met alle scores op de verschillende gunningscriteria. In twee brieven is deze beslissing nader woordelijk toegelicht waardoor ondernemer voldoende in staat gesteld is om haar rechtspositie te bepalen.
- 3.1.2. Aanbestede geeft vervolgens aan dat de opschortende termijn in de leidraad vermeld staat waarin aangegeven is dat de genoemde termijn een vervaltermijn is.
- 3.1.3. Tevens geeft aanbestede aan van mening te zijn dat de Alcateltermijn niet opgeschort hoeft te worden, omdat er bij de voorlopige gunningsbeslissing een matrix met de behaalde score beschikbaar is gesteld waaruit blijkt dat niet de beoordeling van de kwaliteit maar de door ondernemer ingediende inschrijfprijs uiteindelijk doorslaggevend is geweest.
- 3.1.4. Aanbestede merkt hiernaast op dat wanneer dit klachtonderdeel gegrond zou worden verklaard door de Commissie, ondernemer geen rechtens te respecteren belang heeft bij een intrekking van de gunningsbeslissing. Immers, uit de door aanbestede verstrekte tabel is het evident dat er (inmiddels) een voldoende motivering is, zodat na intrekking een nieuwe gunningsbeslissing zou volgen met (wederom) deze motivering en dan komt ondernemer nog steeds niet voor gunning in aanmerking.

3.2. Klachtonderdeel 2

1. Er is ten onrechte een gemiddeld cijfer per criterium toegekend

- 3.2.1. Aanbesteder geeft aan van mening te zijn juist gehandeld te hebben en de waardering conform de leidraad verwerkt te hebben.
- 3.2.2. De zin in de aanbestedingsleidraad "voor elk van de genoemde criteria kan de inschrijver 10, 7, 3, 0 punten scoren" kan volgens aanbesteder niet los worden gezien van de toelichting die in de leidraad daarna wordt gegeven met een nadere uitwerking van de subgunningscriteria in bullits gevolgd door de opsomming van de toe te kennen punten 10, 7, 3 en 0 met toelichting. Hierdoor had ondernemer kunnen en moeten verwachten dat de betreffende punten aan ieder subgunningscriterium zouden worden toegekend en niet (slechts) als totaalscore op het criterium daarboven.

2. Ten onrechte zijn er gelijke (de hoogste) scores aan meerdere inschrijvingen toegekend op een criterium waarbij dit niet mogelijk is gezien de relatieve beoordelingssystematiek

- 3.2.3. Aanbesteder geeft aan van mening te zijn juist gehandeld te hebben en de waardering conform de leidraad verwerkt te hebben.
- 3.2.4. De uitleg dat professionele inschrijvers volgens ondernemer hadden mogen verwachten dat als een inschrijver een vergelijkbaar plan van aanpak heeft ingediend, de beoordelingcommissie (toch) aan hem meer of minder punten moet toekennen dan aan de andere inschrijver(s) is onlogisch, en zou leiden tot het gedwongen zonder enige grondslag/ rechtvaardiging toekennen van extra punten aan een bepaalde inschrijver.
- 3.2.5. Vervolgens geeft aanbesteder aan dat ondernemer geen rechtens relevant belang heeft althans haar rechten heeft verwerkt door hierover in het kader van de Nota van Inlichtingen geen verduidelijkingsvragen te stellen en zonder voorbehoud in te schrijven.
- 3.2.6. Aanbesteder hecht er vervolgens aan om te benadrukken dat indien de klacht inhoudelijk gegrond zou zijn, dit niet tot een intrekking van de gunningsbeslissing kan leiden (bij gebreke van rechtens relevant belang). De wijze van puntentoe-kening per criterium of subcriterium is niet van invloed, laat staan een relevante invloed, geweest bij het opstellen van de inschrijving. En ook als de punten als-nog samengevoegd zouden moeten worden tot een totaalscore, dan blijft de huidige winnaar de winnaar van de aanbesteding.

3. Aanbesteder heeft niet de prijsformule gehanteerd zoals gecommuni-ceerd in de Nota van Inlichtingen

- 3.2.7. Aanbesteder geeft aan de stelling dat de berekening van de score in strijd is met de Nota van Inlichtingen een gezocht argument is waar ondernemer geen belang bij heeft. In de bijlage [die aanbesteder heeft toegevoegd als reactie op de klacht bij de Commissie] is ook de score op het gunningscriterium prijs berekend op de wijze hoe ondernemer dat wenst en ook in dat geval blijft de huidige winnaar, de winnaar waarbij aanbesteder benadrukt dan in dat geval de score van onderne-mer op prijs zelfs lager uitvalt (5,20 in plaats van 5,27 punten).

4. Beoordeling

- 4.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder op 4 augustus 2022 een Europese openbare aanbesteding heeft aangekondigd voor een Raamovereenkomst met één opdrachtnemer voor het onderhouden van de openbare verlichtingsinstallatie en het uitvoeren van openbare verlichtingsprojecten in de regio van aanbesteder. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Delen 1 en 2 van de Aw 2012, ARW 2016 en de Gids Proportionaliteit (3^e herziene versie die op 1 januari 2022 in werking getreden is).

Klachtonderdeel 1

- 4.2. Ondernemer klaagt dat de gunningsbeslissing niet aan de wettelijke vereisten voldoet, omdat de relevante redenen en een nauwkeurige omschrijving van de opschortende termijn ontbreken.

Beknopt oordeel

De Commissie oordeelt dat aanbesteder geen inzage heeft gegeven in de kenmerken van de winnende inschrijving. De Commissie verklaart dit klachtonderdeel daarom **gegrond**.

Toelichting

Toetsingskader

- 4.3. In artikel 2.130 Aw 2012 is, voor zover van belang, bepaald:
- ‘1. De mededeling van de gunningsbeslissing aan iedere betrokken inschrijver of betrokken gegadigde bevat de relevante redenen voor die beslissing, alsmede een nauwkeurige omschrijving van de opschortende termijn, bedoeld in artikel 2.127, eerste lid, die van toepassing is.
2. Voor de toepassing van het eerste lid wordt onder relevante redenen in ieder geval verstaan de kenmerken en relatieve voordelen van de uitgekozen inschrijving alsmede de naam van de begunstigde of de partijen bij de raamovereenkomst.
(...)’.
- 4.3.1. De inhoud van het hier toepasselijke artikel 2.36.5 ARW 2016 wijkt niet af van de inhoud van artikel 2.130 Aw 2012. De Commissie overweegt dat de toepasselijkheid van het ARW 2016 ertoe leidt dat het toetsingskader – op dit punt – gelijk is aan het toetsingskader voor een Europese (niet) openbare aanbestedingsprocedure.
- 4.3.2. In de initiële gunningsbeslissing heeft aanbesteder slechts een matrix met scores bekendgemaakt. In Adviezen 30, 78, 86, 138, 209, 244 en 326, 417, 425, 551 en 553 heeft de Commissie overwogen dat niet aan de motiveringsverplichting van artikel 2.130 lid 1 en 2 Aw 2012 is voldaan wanneer aanbesteder slechts een matrix met scores bekendmaakt, zonder enige toelichting op de wijze waarop die scores tot stand zijn gekomen.
- 4.4. De Commissie overweegt dat de plicht om de gunningsbeslissing te motiveren twee doelen dient: 1. de afgewezen inschrijver duidelijk maken hoe zijn inschrijving is beoordeeld, wat hij goed en wat hij minder goed heeft gedaan en hoe hij het beter had kunnen doen, en 2. de afgewezen inschrijver duidelijk maken dat de beoordelingsprocedure correct en volgens de regels van het aanbestedingsdocument is uitgevoerd door een vergelijking te maken tussen de aan de afgewezen

inschrijver gegeven beoordeling en de beoordeling van de winnende inschrijving (zie Advies 639 onder 4.3.1).

- 4.4.1. In haar adviezen 30, 389, 417 en 551 heeft de Commissie verduidelijkt dat het bij de motivering van de gunningsbeslissing in de kern gaat om de vraag of aanbesteder met de verstrekte motivering van de gunningsbeslissing de afgewezen inschrijver voldoende houvast heeft geboden om te kunnen beoordelen of het aanhangig maken van een juridische procedure zinvol is.
- 4.4.2. In Advies 551 heeft de Commissie uitvoerig het toetsingskader beschreven voor de beoordeling van motivering van de gunningsbeslissing, waarnaar hier kortheidshalve verwezen wordt. Kort samengevat, heeft de Commissie in dat advies overwogen dat niet alleen de kenmerken en relatieve voordelen van de winnende inschrijver moeten worden meegedeeld, maar dat ook het volgende geldt (zie ov. 5.3.5):

'Naar het oordeel van de Commissie zal een aanbestedende dienst dan ook de relevante kenmerken van de winnende inschrijvingen bekend moeten maken, voor zover dat voor de afgewezen inschrijver nodig is om te kunnen beoordelen of het aanhangig maken van een juridische procedure zinvol is. Deze relevante kenmerken kunnen ook zien op onderdelen waarop de winnende inschrijvers gelijk of lager hebben gescoord dan de afgewezen inschrijver (anders: Rb. Den Haag (vzr.) 1 februari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:1190, r.o. 5.7).

Gunningsbeslissing voldoende gemotiveerd (2.130 lid 1 en 2 Aw 2012)?

- 4.5. Aanbesteder heeft in de initiële gunningsbeslissing van 15 november 2022 middels een scoretabel aangegeven welke score de inschrijvers hebben behaald. Vervolgens heeft aanbesteder op 22 of 23 november 2022 [dat is de Commissie niet duidelijk geworden] de gunningsbeslissing aangevuld. Deze aanvulling zag op het enige aspect waarop ondernemer minder goed gescoord heeft dan de winnende inschrijver, zijnde één beoordelingsaspect binnen het criterium 'plan van aanpak tijdigheid'. Hierbij heeft aanbesteder aangegeven [zie 1.8] dat de winnende inschrijver op het desbetreffende aspect meer gedetailleerd is ingegaan dan ondernemer en daarom wél maximaal heeft gescoord.
- 4.5.1. De Commissie overweegt allereerst dat deze motivering onvoldoende aansluit op het beoordelingskader. Uit het beoordelingskader ('beoordelingswijze' zie 1.2 hiervoor) blijkt niet dat de mate van gedetailleerdheid van het plan van aanpak een van de aspecten is waarop zou worden beoordeeld.
- 4.5.2. Daarnaast stelt de Commissie vast dat aanbesteder geen kenmerken van de winnende inschrijver heeft gegeven op de onderdelen waarop de winnende inschrijver gelijk of lager heeft gescoord dan de afgewezen inschrijver. Behalve een tabel met scores is er geen enkele onderbouwing gegeven ten aanzien van de toegekende scores op criteria waarop de winnende inschrijver gelijk of slechter heeft gescoord dan ondernemer. De Commissie overweegt dat uit een tabel met scores geen inhoudelijke informatie volgt waaruit blijkt welke inhoud (welke 'kenmerken') hebben geleid tot de toegekende scores.
- 4.5.3. Doordat aanbesteder geen enkele informatie over de kenmerken van de winnende inschrijving op het kwalitatieve onderdeel heeft verstrekt, heeft hij op grond van het voorgaande niet voldaan aan zijn motiveringsplicht op grond van artikel 2.130 Aw 2012.
- 4.5.4. Uit het voorgaande volgt dat klachtonderdeel 1 **gegrond** is.

Overweging ten overvloede t.a.v. de opschortende termijn

- 4.6. Uit artikel 2.130 lid 1 Aw 2012 blijkt tevens dat de gunningsbeslissing een *nauwkeurige* omschrijving van de opschortende termijn moet bevatten. Het betreft de wettelijk bepaalde opschortende termijn zoals bedoeld in artikel 2.127 lid 1 Aw 2012. Deze termijn wordt ook wel aangeduid als standstilltermijn of Alcateltermijn. Deze opschortende termijn waarborgt dat gedurende een bepaalde periode rechtsbescherming tegen een gunningsbeslissing mogelijk is. De ondernemer moet helderheid krijgen over op welke dag de opschortende termijn verloopt en hoeveel dagen hij heeft om een kort geding aanhangig te maken (MvT, Kamerstukken 2 2009/2010, 32440, nr.3, p. 94/95). Aanbestedende diensten mogen binnen deze opschortende termijn niet overgaan tot het sluiten van de overeenkomst. De wet formuleert deze wachtermijn niet als een wettelijke vervaltermijn. In de aanbestedingsstukken heeft aanbesteder aanvullend gesteld dat de vorenbedoelde termijn een vervaltermijn betreft, waarbinnen een kort geding aanhangig dient te worden gemaakt, op straffe van verval van dat recht (zie 1.2).
- 4.6.1. De Commissie overweegt het volgende. In eerste instantie is in de gunningsbeslissing alleen verwezen naar een matrix met scores, waarmee aanbesteder niet aan de motiveringsverplichting van artikel 2.130 lid 1 en 2 Aw 2012 heeft voldaan. In die gunningsbeslissing is de opschortende termijn niet genoemd. Aanbesteder heeft die gunningsbeslissing vervolgens aangevuld (zie 4.5) en daarin verwezen naar paragraaf 8.3 uit de aanbestedingsleidraad (zie 1.2). De tekst in de aanvulling op de gunningsbeslissing luidt als volgt:

“Indien een inschrijver bezwaren heeft tegen de gunningsbeslissing, staat eveneens in de leidraad onder H8.3 opschortende termijn, dient hij binnen de in het ARW 2016 genoemde opschortende termijn van 20 kalenderdagen na verzending van de mededeling van de gunningsbeslissing een kort geding aanhangig te hebben gemaakt tegen die beslissing bij de bevoegde burgerlijke rechter van de Rechtbank Noord-Brabant kantoor 's-Hertogenbosch. De genoemde termijn is een vervaltermijn. Dat wil zeggen dat indien een inschrijver niet binnen 20 kalenderdagen na verzending van de mededeling van de gunningsbeslissing daadwerkelijk een kort geding aanhangig heeft gemaakt, de betreffende inschrijver geen bezwaar meer kan maken met betrekking tot die beslissing; zijn recht is dan verwerkt. De aanbesteder is in dat geval vrij om (verder) gevolg te geven aan de gunningsbeslissing.”

- 4.6.2. De Commissie overweegt dat het verwijzen naar een bepaling in de inschrijvingsleidraad waarin staat dat een inschrijver bij bezwaren tegen de gunningsbeslissing binnen een termijn van 20 kalenderdagen na verzending van de mededeling van de gunningsbeslissing een kort geding aanhangig moet maken (zie 4.6.1 hierboven) gelijk gesteld kan worden aan het geven van een nauwkeurige omschrijving van de opschortende termijn zoals artikel 2.130 lid 1 Aw 2012 vereist. Een inschrijver verkrijgt immers middels een dergelijke verwijzing helderheid over de dag waarop de opschortende termijn verloopt en wordt daarmee niet in zijn rechtspositie geschaad, in casu het moment dat de aanvulling op de gunningsbeslissing door aanbesteder verstuurd is aan alle betrokken inschrijvers en gegadigden.

Klachtonderdeel 2

- 4.7. Ondernemer meent dat op meerdere onderdelen de beoordeling van de inschrijvingen niet in overeenstemming is met het bepaalde in de aanbestedingsdocumenten. Ondernemer draagt hiervoor een drietal gronden aan. Alvorens deze drie gronden inhoudelijk te behandelen gaat de Commissie eerst in op het in behandeling nemen van de tweede grond van klachtonderdeel 2.

In behandeling nemen tweede grond (ii) van klachtonderdeel 2

- 4.8. Van een (potentiële) gegadigde of inschrijver mag een proactieve houding worden verwacht. Dit houdt in dat een inschrijver – mogelijke – inbreuken op het op de aanbestedingsprocedure van toepassing zijnde recht bij de aanbesteder dient te signaleren zodra hij die redelijkerwijze behoorde op te merken. De ratio daarvan is dat de aanbesteder daarmee mogelijk in staat wordt gesteld (de gevolgen van) die inbreuk ongedaan te maken in een stadium waarin de nadelige gevolgen daarvan voor alle betrokken partijen zoveel mogelijk beperkt kunnen blijven (zie Advies 562 overweging 7.2.1).
- 4.9. Omdat de Commissie zich echter kan voorstellen dat ondernemer de beoordelingswijze van een gunningscriterium op een bepaalde wijze heeft geïnterpreteerd en pas nadat ondernemer de uitkomst van de gunningsbeslissing tot zich genomen had er vragen rezen over de uitleg wat betreft de beoordelingswijze van een gunningscriterium, neemt de Commissie grond ii van klachtonderdeel 2 wel in behandeling.

Beknopt oordeel

Aanbesteder heeft op alle drie de door ondernemer aangedragen gronden zich niet gehouden aan zijn eigen regels ten aanzien van de beoordeling van prijs en kwaliteit. Daarmee is een schending van het transparantiebeginsel vastgesteld. Derhalve acht de Commissie dit klachtonderdeel dan ook **gegrond**. Wel merkt de Commissie op dat door de ondernemer niet gesteld noch gebleken is dat een juiste toepassing van de door aanbesteder gehanteerde beoordelingsregels, zou hebben geleid tot een situatie waarin voor de ondernemer een kans op gunning aannemelijk was.

Toelichting

Toetsingskader

- 4.10. Een aanbesteder dient op grond van artikel 1.9 lid 1 Aw 2012 transparant te handelen.
- 4.11. Aanbesteder is gehouden om inschrijvingen overeenkomstig de door hem gestelde eisen te beoordelen en mag geen afwegingsregels of subgunningscriteria toepassen die hij niet vooraf ter kennis van de inschrijvers heeft gebracht, omdat anders in strijd met het transparantie- en gelijkheidsbeginsel zou worden gehandeld (zie onder meer Advies 477, overweging 5.2.2 en Advies 448, overweging 5.2.3 en de aldaar aangehaalde adviezen en jurisprudentie).
- i. Ten onrechte een gemiddeld cijfer per criterium toegekend?*
- 4.12. De te beantwoorden vraag is of aanbesteder aan zijn hiervoor onder 4.10 bedoelde verplichting heeft voldaan, in die zin dat hij de in paragraaf 7.2 (zie 1.2) van de Inschrijvingsleidraad genoemde wijze van beoordeling/puntentoekenning van de kwalitatieve criteria van het Plan van Aanpak (zie 1.2 hierboven) zodanig heeft geformuleerd dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers deze wijze van beoordeling/puntentoekenning op dezelfde wijze zullen uitleggen (zie HvJ EU, 29 april 2004, zaak C-496/99, *Succhi di Frutta*, randnummers 110-111). In het geval dat deze vraag bevestigend kan worden beantwoord, komt vervolgens de vraag aan de orde welke uitleg aan de omschrijving van deze wijze van beoordeling/puntentoekenning moet worden gegeven. Bij de beantwoording van deze onderling met elkaar verband houdende vragen geldt als uitgangspunt dat

voor de uitleg van de aanbestedingsdocumenten de bewoordingen van de bepalingen, gelezen in het licht van de gehele tekst van die stukken, in beginsel van doorslaggevende betekenis zijn. Daarbij komt het aan op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin de stukken zijn gesteld (zie conclusie A-G Keus 19 mei 2017, ECLI:NL:PHR:2017:467, randnr. 2.5.).

- 4.13. Aanbesteder heeft in paragraaf 7.2 van zijn Inschrijvingsleidraad (zie 1.2) het volgende bepaald:

“De weging per criterium is als volgt:

Onderdeel: Weging totaal:

Plan van Aanpak tijdigheid 15 %

Kwaliteit werkzaamheden 10 %

Plan van Aanpak kwaliteit 10 %

Plan van Aanpak duurzaamheid 5 %

Voor elk van de genoemde criteria kan de inschrijver 10, 7, 3, 0 punten scoren. De uiteindelijke punten worden per criterium vastgesteld met de formule: (score criterium /10) x deelpercentage.”

- 4.14. De Commissie onderzoekt allereerst op welke wijze redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers de in paragraaf 7.2 (zie 1.2) benoemde beoordelingswijze/puntentoekenning uitleggen. De Commissie merkt op dat aanbestederen aanzien van het criterium ‘Plan van Aanpak duurzaamheid’ weliswaar de te beschrijven elementen waaraan aandacht moet worden besteed om aan te geven dat de werkzaamheden op een zo duurzaam mogelijke wijze worden uitgevoerd, aanduidt als ‘criteria’, maar dat aanbesteder vervolgens bij de omschrijving van de puntentoekenning ten aanzien van dit criterium enkel teruggrijpt op de term ‘duurzaamheid’ en niet op de inhoud van deze afzonderlijke elementen (zie de omschrijving hiervoor in 4.13 hierboven). Bovendien vermeldt aanbesteder de wegingspercentages alleen ten aanzien van de vier afzonderlijke kwalitatieve *criteria*. Dit alles wijst er naar het oordeel van de Commissie op dat een redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver de betreffende paragraaf in de Inschrijvingsleidraad in die zin zal uitleggen dat enkel voor de vier afzonderlijke kwalitatieve gunningscriteria van het Plan van Aanpak punten zullen worden toegekend en niet aan de per criterium beschreven beoordelingsaspecten waaraan per criterium aandacht moet worden besteed.
- 4.15. De Commissie constateert aan de hand van de door aanbesteder verstrekte beoordelingsmatrix die aanbesteder aan zijn gunningsbeslissing heeft toegevoegd, dat aanbesteder bij de feitelijke beoordeling de bovengenoemde punten (10, 7, 3 of 0) aan ieder afzonderlijk beoordelingsaspect heeft toegekend en vervolgens per criterium een gemiddelde van de cijfers voor de verschillende beoordelingsaspecten heeft genomen.
- 4.16. Op grond van de constatering van de Commissie zoals hierboven onder 4.15 vermeld en de uitleg die een redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver aan paragraaf 7.2 (zie 1.2) van de Inschrijvingsleidraad zal geven (zie 4.14 hierboven), is de conclusie van de Commissie dat aanbesteder de inschrijvingen voor wat betreft het Plan van Aanpak niet heeft beoordeeld overeenkomstig de door hem bekendgemaakte beoordelingswijze.

ii. Gelijke (hoogst haalbare) scores toegekend aan meerdere inschrijvingen

- 4.17. Aanbesteder heeft in paragraaf 7.2 van de Inschrijvingsleidraad in de toelichting op de puntentoekenning ten aanzien van het criterium 'Plan van Aanpak duurzaamheid' opgenomen dat voor het behalen van onder meer het maximale aantal punten vereist is dat de inschrijver op een 'zeer duurzame manier de werkzaamheden uitvoert en zij de hoogste duurzaamheidsscore realiseert *in vergelijking met de andere inschrijvers*' (zie laatste zin onder 4.13 hierboven). De zinsnede 'in vergelijking met de andere inschrijvers' wordt in de toelichting bij de overige toe te kennen punten herhaald.
- 4.18. De Commissie onderzoekt of redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers de in paragraaf 7.2 bij het criterium 'Plan van Aanpak duurzaamheid' opgenomen zinsnede 'in vergelijking met de andere inschrijvers' ten aanzien van de maximale te behalen score van 10 punten op dezelfde wijze uitleggen, in die zin dat zij daaronder verstaan dat slechts één inschrijver de 'hoogste' duurzaamheidsscore zou mogen ontvangen. De Commissie merkt op dat aanbesteder de zinsnede 'in vergelijking met de andere inschrijvers' herhaalt bij alle toe te kennen punten ten aanzien van het betreffende gunningscriterium. Dit zou erop kunnen wijzen dat aanbesteder het van belang vindt dat de toekenning van het aantal punten bij het betreffende criterium plaatsvindt in vergelijking met de andere inschrijvers. De Commissie overweegt dat de zinsnede bij de toekenning van 10 punten 'en zij de hoogste duurzaamheidsscore realiseert in vergelijking met andere inschrijvers' taalkundig gezien zonder meer een relatieve component in zich heeft die doet vermoeden dat deze formulering het niet toelaat dat meerdere inschrijvers op dit onderdeel het maximale aantal punten behalen.
- 4.19. De Commissie overweegt dat deze taalkundige uitleg met zich meebrengt dat, wanneer het de bedoeling van aanbesteder was de mogelijkheid te laten bestaan dat meerdere inschrijvers de maximale score kunnen behalen, hij de wijze van beoordeling duidelijker onder woorden had moeten brengen. Dit had aanbesteder kunnen doen door een heldere regeling in de aanbestedingsstukken op te nemen hoe om te gaan met de situatie wanneer meerdere inschrijvers de maximale score behalen.
- 4.20. Op grond van de hierboven onder 4.18 en 4.19 door de Commissie gedane constatering en overwegingen zou naar het oordeel van de Commissie een redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver, overeenkomstig de stelling van ondernemer, de aanbestedingsstukken in die zin kunnen uitleggen dat slechts één inschrijver de hoogste score op het criterium 'Plan van Aanpak duurzaamheid' kan behalen.
- 4.21. De Commissie concludeert dan ook dat het gestelde criterium een gelijke score van inschrijvers niet toe lijkt te staan. Door wel gelijke scores toe te kennen heeft aanbesteder in wezen de gunningcriteria gedurende de procedure gewijzigd althans anders toegepast.

iii. Verschil prijsformule zoals gecommuniceerd in NvI en Inschrijvingsleidraad

- 4.22. In de Inschrijvingsleidraad is bepaald dat het percentage prijs wordt bepaald met de formule: $(\text{laagste inschrijfsom} - \text{korting}) / (\text{inschrijfsom} - \text{korting}) \times 60\%$. In de nota van inlichtingen heeft aanbesteder vervolgens bevestigd dat in deze formule bedoeld wordt dat de laagste combinatie van inschrijfsom en korting wordt gebruikt in het eerste deel van de formule en niet de laagste inschrijfsom zonder aftrek van de korting.
- 4.23. Wanneer de formule in de Inschrijvingsleidraad toegepast wordt betekent dit concreet dat er een score van een x aantal punten (5,27 punten) toegekend dient te worden aan de prijsbeoordeling van inschrijver. Wanneer de formule uit de nota

van inlichtingen toegepast wordt dient er een andere score toegekend te worden aan de prijsbeoordeling van ondernemer.

- 4.24. In de Inschrijvingsleidraad is tevens bepaald dat wanneer documenten met elkaar in tegenspraak zijn de nota van inlichtingen prevaleert boven de inschrijvingsleidraad.
- 4.25. De Commissie overweegt dat aanbesteder in strijd heeft gehandeld met het transparantiebeginsel nu aanbesteder niet de formule zoals verwoord in de nota van inlichtingen, heeft toegepast. Immers, ondernemer mocht erop vertrouwen dat in de prijsbeoordeling de formule zoals gecommuniceerd in de nota van inlichtingen, toegepast zou worden door aanbesteder.
- 4.26. Gelet op hetgeen de Commissie heeft overwogen ten aanzien van de drie gronden kan geconcludeerd worden dat aanbesteder zich op alle drie de door ondernemer aangedragen gronden niet gehouden heeft aan zijn eigen regels ten aanzien van de beoordeling van prijs en kwaliteit. Daarmee is een schending van het transparantiebeginsel vastgesteld. Derhalve acht de Commissie dit klachtonderdeel dan ook **gegrond**. Wel merkt de Commissie op dat door de ondernemer niet gesteld noch gebleken is dat een juiste toepassing van de door aanbesteder gehanteerde beoordelingsregels, zou hebben geleid tot een situatie waarin voor de ondernemer een kans op gunning aannemelijk was.

5. Advies

De Commissie acht beide klachtonderdelen **gegrond**.

Den Haag, 15 juni 2022

Mr. G.R. Werkman-Bouwkamp Mr. M.C. Pinto

Voorzitter

Vicevoorzitter