

Advies 691

1. Waar gaat dit advies over?

Niet beoordeeld volgens beoordelingskader

- 1.1. Ondernemer klaagt allereerst over de situatie dat aanbesteder in de opdrachtverlening voor het live registreren van een toeristische markt, het gunningscriterium voor de invulling van pauzes tijdens die liveregistratie anders heeft beoordeeld dan ondernemer mocht verwachten. Daardoor is opdrachtnemer onterecht benadeeld in de beoordeling van zijn inschrijving.

Winnaar heeft geen marktconforme prijs aangeboden

- 1.2. Daarnaast klaagt ondernemer dat aanbesteder heeft bepaald dat inschrijvers met marktconforme prijzen moeten inschrijven, maar dat aanbesteder dit vervolgens niet toetst. Volgens ondernemer heeft de winnende inschrijver geen marktconforme prijs ingediend en onderbouwt aanbesteder niet op welke gronden aanbesteder meent dat de winnende inschrijving een marktconforme inschrijving is.
- 1.3. In onderdeel 2 wordt het advies kernachtig weergegeven, in onderdeel 3 worden kort de relevante feiten geschetst, in onderdeel 4 wordt de kern van de klacht van ondernemer weergegeven, in onderdeel 5 in het kort de reactie van aanbesteder en in onderdeel 6 de onderbouwing van het advies.

2. Hoe luidt dit advies?

- 2.1. Voor wat betreft het eerste klachtonderdeel is de Commissie van oordeel dat aanbesteder ten aanzien van het kwaliteitsonderdeel 'Invulling pauzes', waarvoor een plan van aanpak moet worden ingediend, onvoldoende transparant heeft gehandeld. Niet iedere redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver zal op basis van de aanbestedingsstukken de begrippen 'pauze' en 'filmploeg' zoals genoemd in dit kwaliteitsonderdeel en de daarin genoemde aspecten op dezelfde wijze uitleggen. Hierdoor wordt inschrijvers te weinig houvast geboden bij het opstellen van hun plan van aanpak. Omdat niet duidelijk was aan welke (kwaliteits)criteria de inschrijvingen ten aanzien van dit onderdeel moesten voldoen heeft de aanbesteder in strijd gehandeld met het transparantiebeginsel. De Commissie kan dan ook niet nagaan of aanbesteder de inschrijving van ondernemer op het Kwaliteitsonderdeel 'Invulling pauzes' juist heeft beoordeeld. De Commissie acht dit klachtonderdeel **gegrond**.
- 2.2. De Commissie constateert ten aanzien van klachtonderdeel 2 dat de klacht van ondernemer, dat de inschrijving van de winnaar niet voldoet aan de voorwaarde van marktconformiteit zoals gesteld in het Aanbestedingsdocument, summier is en slechts met enkele argumenten onderbouwd. Toch is de Commissie van oordeel dat *onder de gegeven omstandigheden* de onderbouwing van ondernemer voldoende objectieve gegevens bevat waardoor de vraag of de winnaar met een marktconforme prijs heeft ingeschreven, betwijfeld kan worden en op aanbesteder een onderzoeksplicht rust. De Commissie constateert dat aanbesteder in reactie op de klacht enkel stelt dat naar zijn mening de door de winnaar aangeboden prijs niet abnormaal laag is, dat wil zeggen niet zó laag dat er gegronde redenen zijn om te vrezen dat de winnende inschrijver zijn aanbieding niet gestand kan doen.

De Commissie ziet niet waaruit het onderzoek van aanbesteder heeft bestaan op grond waarvan hij tot deze conclusie is gekomen. Bovendien geeft aanbesteder aan dat de door de winnaar aangeboden prijs *niet abnormaal laag* is, terwijl de onderzoeksplicht zich richt op de vraag of de prijs van de winnende inschrijver *marktconform* is. De Commissie oordeelt dan ook dat aanbesteder niet heeft voldaan aan zijn onderzoeksplicht en dat door de gebrekkige motivering ondernemer is geschaad in zijn recht op doeltreffende rechtsbescherming. De Commissie acht dit klachtonderdeel **gegrond**.

3. Wat zijn de relevante feiten?

- 3.1. Aanbesteder heeft op 2 december 2022 meerdere ondernemingen, waaronder ondernemer, uitgenodigd om in te schrijven op een meervoudig onderhandse aanbesteding voor een overheidsopdracht voor diensten voor het live registreren van een toeristische markt in de gemeente van aanbesteder. De live registratie zal worden getoond op een groot LED-scherm op het plein waar de markt plaatsvindt. De aanbesteding wordt namens aanbesteder uitgevoerd door een bureau dat Nederlandse gemeenten bijstaat op het gebied van inkoop.

De aanbestedingsstukken

- 3.2. In het Aanbestedingsdocument van 2 december 2022 is, onder meer, het volgende bepaald:

1.2.2 Scope van de opdracht:

Tijdens de [toeristische] markt wordt er een live registratie gemaakt. Deze wordt uitgezonden op het grote LED scherm dat op het Waagplein staat. De registratie dient gedaan te worden met minimaal 3 camera's voor een zo gevarieerd mogelijk beeld. Daarnaast zal een regisseur de beelden selecteren naar het LED scherm. Hierbij is het van groot belang dat er op de juiste wijze met het scherm en bijbehorende aansturing en software gewerkt kan worden.

2.5 Meldplicht en rechtsverwerking

Dit aanbestedingsdocument is met grote zorg samengesteld. Indien inschrijver desondanks van oordeel is over te weinig informatie te beschikken om een adequate inschrijving in te dienen, wordt zij nadrukkelijk verzocht gebruik te maken van de mogelijkheid om vragen te stellen. Hetzelfde geldt voor het melden van eventuele tegenstrijdigheden en/of onvolkomenheden. Na verstrijken van de deadline heeft inschrijver haar recht verwerkt op het claimen van onvoldoende informatieverschaffing of het zich beroepen op tegenstrijdigheden of onvolkomenheden in de aanbestedingsstukken.

5. Gunningcriteria en beoordelingsprocedure

5.1 Toetsing en beoordeling

5.1.1 Stap 1: Volledigheid, juistheid en voldoen aan de eisen

Na het openen van de kluis wordt eerst vastgesteld of de inschrijving volledig en juist is. (...)

Vervolgens wordt getoetst of de inschrijving voldoet aan de gestelde eisen zoals genoemd in het aanbestedingsdocument en het Programma van Eisen (Bijlage 4A). Aan de gestelde eisen moet de inschrijver onvoorwaardelijk voldoen. Elke inschrijver die **niet** onvoorwaardelijk voldoet aan de gestelde eisen in het aanbestedingsdocument en het Programma van Eisen (Bijlage 4A), wordt uitgesloten van verdere deelname en komt niet voor gunning in aanmerking.

5.1.2 Stap 2: Analyse en beoordeling

Nadat is vastgesteld dat Stap 1 succesvol is doorlopen, volgt de analyse en beoordeling van de inschrijvingen op basis van de gekozen methodiek.

5.2 Analyse en beoordeling

Beoordeling in consensus

Alle leden van het beoordelingsteam beoordelen per inschrijving individueel en kennen per onderdeel een waardering in punten toe. Er wordt een absolute beoordeling gehanteerd.(...)

Na de individuele beoordeling van de inschrijvingen vindt een plenaire bijeenkomst van het beoordelingsteam plaats, waar de individuele beoordelingsresultaten van de kwaliteitscriteria worden besproken. Per kwaliteitsonderdeel bespreken de betrokken beoordelaars hun individuele beoordelingen en motiveren zij waarom zij tot een bepaald puntentoekenning zijn gekomen. Hierna wordt door alle beoordelaars in consensus één waardering in punten per kwaliteitsonderdeel vastgesteld (dus geen gemiddeld of anderszins mathematisch bepaald beoordelingscijfer). Dit is het aantal punten dat inschrijver krijgt voor het kwaliteitsonderdeel.

(...)

De inschrijvingen voor deze aanbesteding worden beoordeeld aan de hand van de Beste Prijs Kwaliteit Verhouding (BPKV) methodiek, de aanbestedende hanteert de volgende gunningscriteria; Gunningscriteria Waardering in punten Kwaliteit

Gunningscriteria	Waardering in punten	
Kwaliteit		750
1. Invulling pauzes	450	
2. Presentatie	300	
Prijs		250
Totaal		1.000

5.2.1 Gunningscriteria

Het onderdeel Kwaliteit is de score die u behaalt op de volgende twee (2) kwaliteitsonderdelen, de [Aanbesteder] is op zoek naar een Opdrachtnemer die hem kan voorzien van toegevoegde waarde. Hoe meer toegevoegde waarde een Inschrijver biedt, hoe hoger hij op deze onderdelen kan scoren. De uitwerkingen van deze kwaliteitsonderdelen dienen volledig, logisch en SMART te zijn geformuleerd.

Kwaliteitsonderdeel 1 Invulling pauzes (450 punten)

De [Aanbesteder] zou graag een plan van aanpak zien hoe er ook tijdens de pauzes live beeld is.

Het plan van aanpak is representatief voor de Inschrijver hoe de pauzes worden verzorgd en zullen beoordeeld worden op:

- Aan opdracht voldaan zoals bovenstaand benoemd
- Overbrengen van het complete beeld van het evenement aan de kijker. Hierbij rekening houdend met sfeer, traditie en op gezette tijden aandacht voor details.
- Creativiteit
- Rustig en stabiel beeld
- Logisch en juist gebruik van technieken

Resultaat beoordeling	Omschrijving beoordeling	Te behalen punten
Voldoet en heeft veel meerwaarde	Uw ingediende invulling van de pauzes geeft voldoende uitwerking van de wens en voldoet optimaal aan de gestelde eisen	450

	en de doelstellingen van de [Aanbesteder].	
Voldoet en heeft meerwaarde	Uw ingediende invulling van de pauzes geeft voldoende uitwerking van de wens en voldoet meer dan aan de gestelde eisen en de doelstellingen van de [Aanbesteder].	300
Voldoet	Uw ingediende invulling van de pauzes geeft voldoende uitwerking van de wens en voldoet aan de gestelde eisen en de doelstellingen van de [Aanbesteder]. Er is geen sprake van een duidelijke meerwaarde.	150
Voldoet gedeeltelijk	Uw ingediende invulling van de pauzes geeft niet voldoende uitwerking van de wens of draagt niet bij aan de gestelde eisen en de doelstellingen van de [Aanbesteder].	50
Onvoldoende	Uw ingediende invulling van de pauzes geeft onvoldoende uitwerking van de wens of draagt niet bij aan de gestelde eisen en de doelstellingen van de [Aanbesteder].	0

(...)

Kwaliteitsonderdeel 2 Presentatie (300 punten)

De kwaliteit van de eindverantwoordelijke of projectleider wordt beoordeeld in een presentatie.

(...)

5.2.2 Prijs

(...)

De ingediende prijs dient marktconform te zijn. Niet-marktconforme/ manipulatieve aanbiedingen kunnen door de [Aanbesteder] worden uitgesloten van verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure.'

Beoordeling:

De prijs is de fixed (dus vaste) totaalprijs per [...]marktdag (ongeacht dag- of avondmarkt) conform de eisen uit de aanbestedingsdocumenten en de garanties uit de inschrijving van de Inschrijver, inclusief alle kosten en kortingen. U dient Bijlage 8 Prijsformulier te gebruiken om de prijs in te dienen voor deze aanbesteding.

De Inschrijver met de laagste fixed 'all-in' totaalprijs per [...]marktdag (ongeacht dag- of avondmarkt), exclusief BTW ontvangt 250 punten. De andere Inschrijvers zullen conform onderstaand scoren:

Beoordelingsprijs per pagina (exclusief BTW)	Waardering in aantal punten
Laagste inschrijver	250
Bandbreedte > 0% en ≤ 5%	237
Bandbreedte > 5% en ≤ 10%	224

Bandbreedte > 10% en ≤ 15%	211
Bandbreedte > 15% en ≤ 20%	198
Bandbreedte > 20% en ≤ 25%	185
Bandbreedte > 25% en ≤ 30%	172
Bandbreedte > 30% en ≤ 35%	159
Bandbreedte > 35% en ≤ 40%	146
Bandbreedte > 40% en ≤ 45%	133
Bandbreedte > 45% en ≤ 50%	120
Bandbreedte > 50% en ≤ 55%	107
Bandbreedte > 55% en ≤ 60%	94
Bandbreedte > 60% en ≤ 65%	81
Bandbreedte > 65% en ≤ 70%	68
Bandbreedte > 70% en ≤ 75%	55
Bandbreedte > 75% en ≤ 80%	42
Bandbreedte > 80% en ≤ 85%	29
Bandbreedte > 85% en ≤ 90%	16
Bandbreedte > 90%	0

- 3.3. Het Programma van Wensen dat als Bijlage 4B aan het Aanbestedingsdocument is toegevoegd, is een letterlijke herhaling van de tekst zoals in het Aanbestedingsdocument onder paragraaf 5.2.1 met betrekking tot de gunningscriteria opgenomen (zie het Kwaliteitsonderdeel 'Invulling pauzes' en het Kwaliteitsonderdeel 'Presentatie' onder 3.2 hierboven)
- 3.4. In het Programma van Eisen staat onder meer in Eis 1 dat de in te zetten filmploeg uit een vaste ploeg bestaat die altijd op de [toeristische] markt aanwezig is. Deze dient minimaal te bestaan uit 3 personen waarvan minimaal 2 cameramensen en 1 regisseur. In Eis 5 staat dat Inschrijver ervoor dient te zorgen dat 1 vaste projectleider/eindverantwoordelijke altijd ter plekke aanwezig is op de [toeristische] markt.
- 3.5. In het prijzenblad dat als Bijlage 8 aan het Aanbestedingsdocument is toegevoegd staat als voorwaarde opgenomen dat inschrijver uitsluitend marktconforme, d.w.z. handelsgebruikelijke en realistische prijzen moet indienen. Ondertekening van het prijzenblad betekent dat inschrijver zich akkoord verklaart met de in het prijzenblad genoemde voorwaarden.
- 3.6. In de eerste Nota van Inlichtingen van 23 december 2022 zijn, onder meer, de volgende vragen en de volgende antwoorden opgenomen:
- 3.6.1. Vraag 5 [11 en eis 5]: 'Voor het maken van een prijs per [toeristische] markt moeten we uitgaan van de volgende dingen: compleet faciliteiten pakket, inclusief 3 4K camera's en 1 regisseur en minimaal 2 cameramensen en 1 projectleider. Qua bezetting dus minimaal 4 mensen. Is deze aanname correct?
- Antwoord: Nee, drie mensen zijn voldoende op locatie. D.w.z. 2 cameramensen en 1 regisseur.'
- 3.6.2. Vraag 6 [m.b.t. het Programma van Wensen, Commissie]: 'A: is het de wens het inhoudelijke voorstel ook daadwerkelijk toe te voegen aan de [toeristische] markt? B: Hoe gaat u om dat een winnaar op basis van prijzen wint en dus een kwalitatief minder inhoudelijk voorstel gaat toevoegen aan de [toeristische] markt?'
- Antwoord: 'A) Ja, de [Aanbesteder] ziet graag het inhoudelijke voorstel worden toegepast in de praktijk. B) De prijs wordt voor 25% meegenomen in de

beoordeling en kwaliteit 75%. De [Aanbesteder] denkt op deze wijze de kwaliteit voldoende te hebben gewaarborgd.'

- 3.6.3. Vraag 8 [Definitie pauzes]: 'A) Wat is de definitie van "pauzes" zoals beschreven in het aanbestedingsdocument? Gaat het om rustige momenten op het plein wanneer de [acteurs die de optredens verzorgen] bijvoorbeeld even pauze hebben?

Antwoord: 'A) Nee, het gaat hierom de pauzes van de filmploeg. Hoe gaat de inschrijver om met pauzes zodat de beelden gewoon door blijven gaan. B) Nee, zie antwoord vraag A.'

- 3.7. In de tweede Nota van Inlichtingen van 9 januari 2023 zijn, onder meer, de volgende vragen en de volgende antwoorden opgenomen:

- 3.7.1. Vraag 1: 'Wil aanbestedende partij motiveren waarom er een extra, derde camera bij moet komen? Welke inzichten hebben geleid tot deze keuze?'

Antwoord: 'De aanbestedende dienst begrijpt deze vraag niet. In de 1e Nota van Inlichtingen is aangegeven dat er 2 camera's aanwezig dienen te zijn.'

- 3.7.2. Vraag 2: 'Hoe kunnen we live beelden laten zien van het complete evenement en rekening houden met sfeer, traditie en details als de filmploeg pauze heeft? Klopt jullie antwoord wel op deze vraag?'

Antwoord: 'Het gaat de [Aanbesteder] erom dat niet de hele ploeg tegelijkertijd pauze hebben. Het gaat dus juist om de continuïteit van de beelden. Het gaat dus juist om de continuïteit van de beelden.'

Verdere verloop van de feiten

- 3.8. Op 16 januari 2023 dient ondernemer een inschrijving in. Van de bedrijven die zijn uitgenodigd hebben er twee een inschrijving uitgebracht.

- 3.9. Op 20 februari 2023 stuurt aanbesteder aan ondernemer een brief met de gunningsbeslissing. De inschrijving van ondernemer is niet als beste beoordeeld. Zowel de winnaar van de aanbesteding als ondernemer hebben een gelijk aantal punten op het onderdeel Kwaliteit (500 punten) behaald. Voor het Kwaliteitsonderdeel 'Invulling pauzes' hebben beiden 300 punten behaald, voor het onderdeel 'Presentatie' ieder 200 punten. Op het onderdeel Prijs heeft de winnaar de maximale score van 250 punten behaald; ondernemer daarentegen 146 punten.

- 3.9.1. In de brief wordt onder meer de volgende toelichting gegeven op de scores:

'Ten aanzien van gunningscriterium: Invulling pauzes

Het maximaal aantal te behalen punten op dit onderdeel is 450,00. U heeft hierbij 300,00 punten gehaald (voldoet en heeft meerwaarde). De beoordelingscommissie oordeelde:

✓ Inschrijver geeft aan dat er altijd mensen aanwezig zijn die live kunnen filmen.

✓ Voldoende kennis van de [toeristische] markt rekening houdend met sfeer, tradities en details

✓ Live opnemen belluiden en weer in beeld brengen op het moment dat de luidspreker er later die dag over vertelt.

De beoordelingscommissie is van mening dat de inschrijver te veel aandacht voor het scherm met videomateriaal heeft. In de ogen van de

beoordelingscommissie het is een live evenement.

□ Inschrijver geeft aan bij attentiepunten dat er meerkosten zijn voor het maken van de video's met rondleidingen. Het is onduidelijk hoe de storyline eruit gaat zien als de [Aanbesteder] hier geen gebruik van maakt.

- Algemene opmerking: inschrijver geeft veel opties, zijn niet in alle gevallen concreet. Duidelijk is dat mogelijkheden genoeg zijn maar welke consequenties dit heeft is niet altijd duidelijk en lastig te beoordelen.

Ten aanzien van gunningscriterium: Presentatie

Het maximaal aantal te behalen punten op dit onderdeel is 300,00. U heeft hierbij 200,00 punten gehaald (voldoet en heeft meerwaarde). De beoordelingscommissie oordeelde:

(...)'

- 3.10. Op 24 februari 2023 maakt ondernemer per brief bezwaar tegen de gunningsbeslissing. Op 3 maart 2023 wijst aanbesteder de bezwaren van de hand onder de mededeling dat de opdracht daarom definitief zal worden gegund aan de winnende inschrijver.
- 3.11. Vervolgens dient ondernemer op 10 maart 2023 een klacht in bij de Commissie. Op 20 maart 2023 dient aanbesteder een reactie in, waarbij hij verwijst naar zijn eerdere antwoord op de klacht van ondernemer bij het klachtenmeldpunt van aanbesteder.

4. Waar komt de klacht in de kern op neer?

Klachtonderdeel 1 – niet beoordeeld volgens beoordelingskader

- 4.1. Ondernemer verwoordt zijn klacht als volgt: 'Bij de beoordeling behoort de aanbestedende partij de uitgangspunten van de aanbestedingswet te hanteren. De beoordeling moet gedaan worden naar aanleiding van het beoordelingskader en in lijn hiermee. Wij zijn van mening dat dit niet het geval is geweest en vinden dat het beoordelingskader dus niet duidelijk/transparant genoeg is geweest. Een gegeven dat niet bij de nota van inlichtingen periode naar voren kon komen en dus gevraagd kon worden.'
- 4.2. De Commissie begrijpt uit de bovengenoemde klacht dat ondernemer van mening is dat aanbesteder de inschrijving van ondernemer op het Kwaliteitsonderdeel 'Invulling pauzes' anders heeft beoordeeld dan dat ondernemer op grond van de aanbestedingsstukken mocht verwachten. Daarmee is het Aanbestedingsdocument voor wat betreft het Kwaliteitsonderdeel 'Invulling pauzes' naar de mening van ondernemer niet transparant. Mocht de Commissie oordelen dat het Aanbestedingsdocument op het kwaliteitsonderdeel wél transparant is, dan heeft aanbesteder naar de mening van ondernemer niet beoordeeld overeenkomstig zijn eigen beoordelingskader. Voor ondernemer bestond ten tijde van de nota van inlichtingen geen onduidelijkheid met betrekking tot het Kwaliteitsonderdeel 'Invulling pauzes', zodat hij daarover geen vragen heeft kunnen stellen.
- 4.3. Ondernemer onderbouwt dit klachtonderdeel door een tweetal gronden aan te voeren, die hieronder samenvattend zullen worden weergegeven.

Videomateriaal

- 4.3.1. De kritiek van aanbesteder op het plan van aanpak van ondernemer (Kwaliteitsonderdeel 'Invulling pauzes') inhoudende dat ondernemer te veel aandacht voor

het scherm met videomateriaal heeft terwijl de opdracht een live evenement betreft, is naar de mening van ondernemer niet terecht. Nergens staat in het Aanbestedingsdocument dat een inschrijver geen gebruik van videomateriaal mag maken ter ondersteuning van de live registratie. Bovendien is ondernemer van mening dat het woord 'te veel' in de kritiek van aanbesteder op het gebruikte videomateriaal door ondernemer erg subjectief is. In het beoordelingskader wordt niets vermeld over een verhouding tussen het gebruik van live beelden en videomateriaal die wel zou zijn toegestaan.

Meerkosten

- 4.3.2. Ook de kritiek van aanbesteder op de meerkosten die ondernemer benoemt in zijn plan van aanpak (Kwaliteitsonderdeel 'Invulling pauzes') voor het maken van video's met rondleidingen, inhoudende dat het onduidelijk is hoe de storyline eruit gaat zien als aanbesteder hier geen gebruik van maakt, begrijpt ondernemer niet. In het Aanbestedingsdocument wordt gevraagd naar een plan van aanpak. Er wordt niet gevraagd om een alternatief te bieden. In de beantwoording van de eerste nota van inlichtingen bij vraag 6 bekrachtigt aanbesteder zelfs dat hij graag ziet dat het inhoudelijke voorstel (van inschrijver) wordt toegepast in de praktijk. Volgens ondernemer maakt dit kritiekpunt van aanbesteder op zijn plan van aanpak wederom duidelijk dat de beoordelingscommissie in de praktijk andere uitgangscriteria hanteert dan in het beoordelingskader in het Aanbestedingsdocument staat vermeld.

Klachtonderdeel 2 – geen marktconforme prijs aangeboden

- 4.4. Het tweede onderdeel van de klacht die die bij de Commissie voorligt is dat de winnaar van de aanbesteding, in strijd met de in het Aanbestedingsdocument opgenomen verplichting om met marktconforme prijzen in te schrijven, niet met een marktconforme prijs heeft ingeschreven.
 - 4.4.1. Ondernemer onderbouwt zijn klacht door te stellen dat het moeilijk is te controleren wanneer iets marktconform is en wanneer niet. Maar wanneer hij, naar zijn zeggen, de berekening van aanbesteder zelf op de prijs van de winnaar zou toepassen, zou daar een inschrijfprijs van de winnaar uitkomen van 1213 euro. Dit is volgens ondernemer geen marktconforme prijs, zeker niet met de prijsstijgingen van de afgelopen tijd.

5. Wat is de reactie van aanbesteder?

- 5.1.1. Aanbesteder stelt ten aanzien van klachtonderdeel 1 met betrekking tot het Kwaliteitsonderdeel 'Invulling pauzes' (plan van aanpak) en het Kwaliteitsonderdeel 'Presentatie' zoals omschreven in paragraaf 5.2.1 van het Aanbestedingsdocument, dat de [Aanbesteder] op zoek is naar een opdrachtnemer die hem kan voorzien van toegevoegde waarde. Hoe meer toegevoegde waarde de inschrijving biedt, des te hoger kan er op dit gunningscriterium worden gescoord. De inschrijving van ondernemer is op beide kwaliteitscriteria positief beoordeeld met de kwalificatie 'voldoet en heeft meerwaarde'. De opmerkingen van aanbesteder op beide criteria dienen volgens aanbesteder dan ook niet te worden gelezen als reden waarom niet aan de vereisten van één van beide criteria zou zijn voldaan, met als gevolg de afwijzing van de inschrijving van ondernemer. De bedoeling was om inschrijver inzicht te geven in de wijze waarop wellicht een maximale toegevoegde waarde had kunnen worden bereikt, aldus ondernemer.
- 5.1.2. De reactie van aanbesteder op klachtonderdeel 2 luidt als volgt: 'Tenslotte vindt u dat de door de andere aanbieder geboden prijs niet marktconform is. U geeft hierbij zelf al aan dat dat moeilijk valt te controleren. De aangeboden prijs is niet

abnormaal laag. Dat wil zeggen: zo laag dat er gegronde redenen zijn om te vrezen dat de winnende inschrijver zijn aanbieding niet gestand kan doen.'

6. Hoe luidt de onderbouwing van dit advies?

- 6.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder op 2 december 2022 meerdere ondernemers heeft uitgenodigd om in te schrijven op een meervoudig onderhandse aanbesteding. Op deze procedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 van de Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit (3e herziene versie die op 1 januari 2022 in werking is getreden).

Klachtonderdeel 1 - niet beoordeeld volgens beoordelingskader

- 6.2. Om over dit klachtonderdeel te kunnen adviseren, beantwoordt de Commissie eerst de vraag of aanbesteder in strijd met zijn verplichtingen om transparant te handelen, het Kwaliteitsonderdeel 'Invulling pauzes' dermate onduidelijk en ruim heeft geformuleerd dat niet alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers het kwaliteitsonderdeel op dezelfde wijze hebben kunnen uitleggen. In dat geval was het voor ondernemer niet duidelijk aan welke kwaliteitseisen hij moest voldoen.

Toetsingskader

Meervoudig onderhandse procedure en aanbestedingsbeginselen

- 6.3. Hoewel de Aanbestedingswet voor de meervoudig onderhandse procedure weinig regels stelt, stelt de Aanbestedingswet ten aanzien van een meervoudig onderhandse procedure wel dat een aanbestedende dienst bij gebruikmaking van deze procedure inschrijvers op gelijke wijze dient te behandelen; zie artikel 1.15 lid 1 Aw 2012. Uit de Europese rechtspraak volgt dat het beginsel van gelijke behandeling eveneens tot transparantie verplicht opdat de naleving van het beginsel van gelijke behandeling kan worden gecontroleerd (zie het Succhi di Frutta-arrest van 29 april 2004, ECLI:EU:C:2004:236, C-496/99, randnummers 108-109). De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 25 maart 2016 (ECLI:NL:HR:2016:503, HLA BV/het Kadaster, randnummer 4.2.2) dit uitgangspunt van de Europese rechter bekrachtigd specifiek ten aanzien van de meervoudig onderhandse procedures: 'Indien een aanbestedende dienst kiest voor de vrijwillige nationale aanbesteding of de meervoudig onderhandse procedure dan zijn de uitgangspunten gelijkheid en transparantie van toepassing.'

Transparantie

- 6.4. Een aanbestedende dienst dient ook bij een meervoudig onderhandse procedure transparant te handelen (zie 6.3 hierboven). Deze transparantieverplichting is met betrekking tot kwalitatieve gunningscriteria in de jurisprudentie als volgt geconcretiseerd. Van belang is dat (i) zodanige criteria worden geformuleerd dat het voor een kandidaat-inschrijver volstrekt duidelijk is aan welke kwaliteitseisen hij moet voldoen, (ii) de inschrijvingen aan de hand van een zo objectief mogelijk systeem worden beoordeeld en (iii) de aanbestedende dienst zijn uiteindelijke keuze motiveert op een wijze die het voor de afgewezen inschrijvers mogelijk maakt om (a) de wijze waarop de beoordeling heeft plaatsgevonden te toetsen en (b) te controleren of de beoordeling de (voorlopige) gunningsbeslissing rechtvaardigt. Een aanbestedende dienst is gehouden om de inschrijving overeenkomstig de door hem gestelde eisen te beoordelen en mag geen afwegingsregels of subcriteria toepassen die hij niet vooraf ter kennis van de inschrijvers heeft gebracht, omdat anders in strijd met de beginselen van gelijke behandeling en transparantie zou worden gehandeld.

Uitleg gunningscriterium

- 6.5. Bij de uitleg van een gunningscriterium gaat het erom hoe een redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver het desbetreffende criterium heeft kunnen begrijpen. Gezien het eenzijdige karakter van de aanbestedingsstukken die naar hun aard bestemd zijn (ook) de rechtspositie van derden te beïnvloeden, ligt bij de uitleg van een criterium doorgaans een uitleg naar objectieve maatstaven in de rede. Dit betekent dat zal moeten worden uitgegaan van de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen van het criterium (zie conclusie A-G Keus, 18 mei 2017, ECLI:NL:PHR:2017:467, JBM Koeriers/UvA, randnummer 2.5). Daarbij kan onder meer acht worden geslagen op de elders in de aanbestedingsstukken gebruikte formuleringen en op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe de verschillende interpretaties zouden leiden. Indien de bedoeling van de aanbestedende dienst naar objectieve maatstaven volgt uit de bepalingen in de aanbestedingsstukken en de eventueel daarbij behorende schriftelijke toelichting en dus kenbaar zijn voor alle potentiële inschrijvers die niet bij de totstandkoming van de aanbestedingsstukken betrokken zijn geweest, kan ook daaraan bij de uitleg betekenis worden toegekend (zie Hoge Raad, 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427, DSM/Fox, randnummer 4.4). Bedoelingen en opvattingen van de aanbestedende dienst die niet in de aanbestedingsstukken tot uitdrukking zijn gebracht moeten echter bij de uitleg buiten beschouwing worden gelaten, omdat deze tot ongelijke behandeling zouden kunnen leiden (zie advies 688, overweging 5.5).

Was het voor ondernemer duidelijk aan welke eisen hij moest voldoen?

- 6.6. Het gunningscriterium Kwaliteitsonderdeel 'Invulling pauzes', dat in paragraaf 5.2.1 van het Aanbestedingsdocument nader is uitgewerkt, is één van de twee gunningscriteria waarvoor punten kunnen worden gescoord. Het Kwaliteitsonderdeel 'Invulling pauzes' houdt in dat inschrijver een plan van aanpak dient aan te leveren waarin hij uiteenzet hoe hij ervoor kan zorgen dat er ook tijdens de pauzes live beeld is te zien. In het kwaliteitsonderdeel wordt een vijftal aspecten genoemd waaraan inschrijver aandacht dient te besteden bij het opstellen van zijn plan.
- 6.7. Op vraag 8 van de eerste nota van inlichtingen, of het begrip 'pauze' zoals genoemd in het Kwaliteitsonderdeel 'Invulling pauzes' in het Aanbestedingsdocument, betrekking heeft op de rustige momenten op het plein wanneer de acteurs die de optredens verzorgen even pauze hebben, antwoordt aanbesteder dat het hierbij gaat om de pauzes van de filmploeg (en dus niet om de pauzes van de acteurs). Van belang is dat inschrijver in zijn plan van aanpak aangeeft hoe hij omgaat met de pauzes zodat de beelden gewoon door blijven gaan, aldus aanbesteder.
- 6.8. Ondernemer heeft in zijn plan van aanpak ten aanzien van de pauzes van de filmploeg kort meegedeeld dat zijn cameramensen gewend zijn om lange shifts te draaien en dat daarop de drie uur durende markt van aanbesteder geen uitzondering hoeft te zijn. Het camerateam kan daarom volgens ondernemer van start tot einde van het evenement onafgebroken live beelden verzorgen, ook tijdens de pauzemomenten. Voor het overige heeft ondernemer in zijn plan van aanpak voor wat betreft de invulling van de pauzes uitgebreid aandacht besteed aan de invulling van de pauzes van de ladspeaker, die de optredens die plaatsvinden op de markt becommentarieert.
- 6.9. De Commissie stelt voorop dat een aanbesteder kwalitatieve criteria niet zodanig hoeft te beschrijven dat hij zeer exact en zeer gedetailleerd aangeeft wat nodig is om een maximale score te behalen. Aanbesteder kan inschrijvers bij een dergelijk criterium enige vrijheid laten om hun inventiviteit te tonen (zie onder meer

advies 598, overweging 5.2.2). Wel is van belang dat inschrijvers enig houvast wordt geboden opdat inschrijvers zich een voorstelling kunnen maken van wat van hen wordt verwacht. Het benoemen van aspecten waarop inschrijvers moeten ingaan is een van de mogelijkheden daartoe.

- 6.10. De Commissie merkt op dat aanbesteder ten aanzien van het Kwaliteitsonderdeel 'Invulling pauzes' inschrijvers veel vrijheid heeft gelaten en dat hij weliswaar een aantal aspecten heeft benoemd waarmee inschrijvers bij het schrijven van hun plan van aanpak rekening moeten houden, en zich zodoende moeite heeft getroost om inschrijvers enig houvast te bieden, maar dat aanbesteder met name op het gebied van de definiëring en uitleg van de door hem gebezigde begrippen voor verwarring heeft gezorgd.
- 6.11. Zo blijkt uit de aanbestedingsstukken niet duidelijk wat onder het begrip 'pauze' moet worden verstaan en wordt niet meegedeeld wie wanneer hoeveel pauze heeft. De Commissie begrijpt uit vraag en antwoord 8 van de eerste nota's van inlichtingen dat er niet alleen pauzemomenten zijn voor de acteurs die het drie uur durende evenement verzorgen, maar ook voor de filmploeg van ondernemer. Daarnaast begrijpt de Commissie uit het plan van aanpak van ondernemer, die de zittende dienstverlener is voor de live opnames van het evenement, dat er ook nog pauzemomenten zijn gedurende deze drie uur voor de ladyspeaker die de optredens van commentaar voorziet. Op grond van de aanbestedingsstukken wordt het de Commissie echter niet duidelijk gedurende welke tijdsvakken er pauzes zijn en voor wie. Ten aanzien van de pauzes voor de filmploeg is de Commissie niet duidelijk of het bijvoorbeeld om enkel korte sanitaire stops gaat of om iets langer durende koffie- en eetpauzes. Het antwoord van aanbesteder op vraag 8 vermeldt daar niets over. Uit het antwoord op vraag 2 in de tweede nota van inlichtingen blijkt dat het niet de bedoeling is dat de gehele filmploeg tegelijkertijd pauze heeft. Betekent dit dan dat de filmploeg en de afzonderlijke leden daarvan vrij zijn om hun pauzemomenten te kiezen? En bestaat er niet een 'echte' pauze voor de filmploeg als geheel, zoals er blijkens vraag 8 in de eerste nota van inlichtingen wel bestaat voor de acteurs? De Commissie constateert dat aanbesteder dit niet nader uitlegt in zijn antwoord op vraag 2 in de tweede nota van inlichtingen, noch in zijn antwoord op vraag 8 in de eerste nota van inlichtingen. Ook vraagt de Commissie zich af of pauzes voor een filmploeg mogelijk verplicht zijn op grond van regelgeving, zoals de Arbo-regelgeving? Of mag een inschrijver er ook voor kiezen om, zoals ondernemer van plan is, geen pauzemomenten voor de filmploeg in te lassen gedurende de drie uur dat het evenement duurt? Ook daar ziet de Commissie geen nadere uitleg over, noch in de aanbestedingsstukken, noch in de antwoorden van aanbesteder in beide nota's van inlichtingen. Naar het oordeel van de Commissie had aanbesteder de geplande pauzes veel specifiekere kunnen en moeten omschrijven om inschrijvers daarmee bij het schrijven van hun plan van aanpak meer houvast te kunnen bieden. Dit had hij bijvoorbeeld kunnen doen in het programma van eisen maar ook in de omschrijving van het Kwaliteitsonderdeel 'Invulling pauzes' en bij de aandachtspunten in dit onderdeel.
- 6.12. Ook merkt de Commissie op dat het begrip 'filmploeg' voor de nodige verwarring zorgt. Het plan van aanpak moet volgens het Kwaliteitsonderdeel 'Invulling pauzes' gericht zijn op de pauzes van de filmploeg. Maar waar bestaat de filmploeg nu uit? In Eis 2 van het programma van eisen staat dat de filmploeg uit minimaal 2 cameramensen en 1 regisseur bestaat. In Eis 5 daarentegen staat dat inschrijver ervoor dient te zorgen dat 1 vaste projectleider/eindverantwoordelijke altijd ter plekke aanwezig is op de markt. Maakt de projectleider onderdeel uit van de filmploeg en neemt hij daarom ook deel aan de pauzes? Of is de projectleider en de regisseur één en dezelfde persoon? Hoewel aanbesteder in de scope van de opdracht (zie 3.2 hierboven) aangeeft dat een regisseur de beelden moet selecteren naar het LED scherm, merkt de Commissie op dat aanbesteder in zijn aanbestedingsstukken

geen duidelijke omschrijving geeft van de afzonderlijke taken van de regisseur en de projectleider/eindverantwoordelijke. Uit vraag 5 tijdens de eerste nota van inlichtingen blijkt dat ook inschrijvers in verwarring verkeren over de bezetting van het team voor de opnames. Gevraagd wordt of het klopt dat de bezetting vier personen betreft, 1 regisseur, minimaal 2 cameramensen en 1 projectleider. Aanbesteder antwoordt dat dat niet klopt en dat drie mensen voldoende zijn op locatie, dat wil zeggen 2 cameramensen en 1 regisseur. De Commissie constateert dat aanbesteder in zijn antwoord niet aangeeft wat vervolgens de rol is van de projectleider die volgens Eis 5 altijd ter plekke aanwezig moet zijn op de markt. Mag deze nu wel op afstand werken en komt daarmee Eis 5 te vervallen? Aanbesteder maakt dit in zijn antwoord niet duidelijk. De Commissie vraagt zich ook af of het plan van aanpak dat geschreven moet worden voor de invulling van de pauzes van de filmploeg, enkel gaat over de pauzes van de twee cameramensen. Het zijn namelijk de cameramensen die zorgen voor het live beeld. De Commissie ziet niet in hoe een inschrijver een plan van aanpak kan schrijven over het continu blijven verzorgen van live beeld tijdens de pauze van één van de twee cameramensen (eventueel samen met de regisseur). Wanneer de ene cameraman blijft doordraaien tijdens de korte pauze van de andere cameraman wordt al voldaan aan de wens van aanbesteder dat gedurende de pauzes van de filmploeg live beeld blijft bestaan.

- 6.13. Tot slot vraagt de Commissie zich af of de aandachtspunten die worden genoemd in het Kwaliteitsonderdeel 'Invulling pauzes' niet vooral zien op het verzorgen van de live opnames gedurende het gehele (drie uur durende) evenement, en niet enkel op de korte pauzes van één van de twee cameramensen. Hoe kan een inschrijver het complete beeld van het evenement en de sfeer en traditie van het evenement overbrengen tijdens een korte sanitaire stop van een van de twee cameramensen? En hoe kan een inschrijver creativiteit tonen tijdens de korte periode dat een van de twee cameramensen live doordraait tijdens de korte pauze van de ander? De Commissie vermoedt dat alleen een rustig en stabiel beeld en een logisch en juist gebruik van technieken mogelijk van enig nut kunnen zijn tijdens deze korte pauzes. Maar ook deze twee aandachtspunten zullen niet alleen tijdens de korte pauzes in acht moeten worden genomen, maar zeker ook tijdens het gehele evenement.
- 6.14. De conclusie van de Commissie is dat niet iedere redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver op basis van de aanbestedingsstukken de begrippen 'pauze' en 'filmploeg' op dezelfde wijze zal uitleggen. Juist deze begrippen zijn van belang om een helder plan van aanpak in te kunnen dienen. De antwoorden van aanbesteder op vragen over deze begrippen in beide nota's van inlichtingen hebben de onduidelijkheden omtrent deze begrippen niet weg kunnen nemen. Naar het oordeel van de Commissie is het daarom, ondanks de antwoorden in de nota's van inlichtingen, niet verwonderlijk dat ondernemer een andere uitleg aan deze begrippen heeft gegeven dan dat aanbesteder met deze begrippen voor ogen had. Zo begrijpt de Commissie dat ondernemer het begrip pauze zoals omschreven in de eerste nota van inlichtingen, zodanig heeft geïnterpreteerd dat het ook betrekking heeft op de pauzes van de ladyspeaker. Wanneer ondernemer enkel over de pauzes van de filmploeg zou hebben moeten uitweiden, zou zijn plan van aanpak weinig hebben ingehouden vanwege het feit dat de filmploeg van ondernemer geen pauzes nodig had.
- 6.15. Een tweede conclusie van de Commissie is dat ook de omstandigheid dat de aandachtspunten die aanbesteder in het Kwaliteitsonderdeel 'Invulling pauzes' benoemt niet toegespitst zijn op enkel de pauzes van de filmploeg maar op het evenement als geheel, maakt dat niet iedere redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver deze aandachtspunten op dezelfde wijze zal uitleggen. Ook ten aanzien van deze aandachtspunten geldt dat aanbesteder middels zijn antwoord

op vraag 2 in de tweede nota van inlichtingen, de bestaande onduidelijkheid over de toepassingen van (een van) deze punten op enkel de pauzes van de filmploeg, niet heeft kunnen wegnemen. Een gevolg daarvan is dat ondernemers deze aandachtspunten niet hebben kunnen gebruiken als houvast bij het opstellen van hun plan van aanpak. De Commissie volgt ondernemer daarom in zijn keuze om in zijn plan van aanpak de aandachtspunten enerzijds toe te passen op het evenement als geheel en anderzijds op de pauzes tijdens het evenement die geen betrekking hebben op de pauzes van de acteurs. Dat de inrichting van het plan van aanpak door ondernemer daarmee een andere is dan die aanbesteder voor ogen had, verwondert de Commissie niet. Een en ander betekent naar het oordeel van de Commissie dat voor inschrijvers onvoldoende duidelijk was aan welke kwaliteitscriteria zij ten behoeve van het plan van aanpak moesten voldoen en zij op grond daarvan geen goede inschatting konden maken op basis waarvan hun plan van aanpak zou worden beoordeeld.

- 6.16. Naar het oordeel van de Commissie heeft aanbesteder op grond van de hierboven genoemde conclusies ten aanzien van het Kwaliteitsonderdeel 'Invulling pauzes' onvoldoende transparant gehandeld.
- 6.17. De Commissie acht klachtonderdeel 1 voor wat betreft het niet-transparant zijn van het Kwaliteitsonderdeel 'Invulling pauzes' **gegrond**.

Klachtonderdeel 2 – Marktconforme prijs

- 6.18. Aanleiding voor dit klachtonderdeel is de door aanbesteder gestelde voorwaarde dat de ingediende prijs marktconform dient te zijn (paragraaf 5.2.2 van het aanbestedingsdocument, zie 3.2). Ondernemer stelt dat de prijs van de winnende inschrijver niet marktconform is en heeft zijn stelling onderbouwd in zijn bij aanbesteder ingediende bezwaar (zie 4.4.1). Aanbesteder heeft in zijn reactie aangegeven dat de prijs van de winnende inschrijver niet abnormaal laag is (zie 5.1.2). De Commissie heeft onderzocht hoe de onderzoeks- en motiveringsplicht zich in een dergelijke situatie tot elkaar verhouden en wat van welke partij mag worden verwacht. Wat mag van ondernemer worden verwacht ten aanzien van de onderbouwing van zijn stelling dat een concurrerende inschrijver niet met marktconforme prijzen zou hebben ingeschreven? Waartoe is aanbesteder gehouden wanneer hij zich geconfronteerd ziet met een vraag of de winnende inschrijving wel conform de voorwaarde met marktconforme prijzen heeft ingeschreven? De Commissie bespreekt relevante jurisprudentie en past de daaruit getrokken conclusies op deze zaak toe.

Toetsingskader

Meervoudig onderhandse procedure en aanbestedingsbeginselen

- 6.19. Hoewel de Aanbestedingswet voor de meervoudig onderhandse procedure weinig regels stelt, dient een aanbestedende dienst inschrijvers bij een meervoudig onderhandse procedure wel op gelijke wijze te behandelen, en is een aanbestedende dienst verplicht ten aanzien van inschrijvers transparantie in zijn handelen te betrachten (zie 6.3 hierboven).
Waar moeten ondernemer en aanbesteder aan voldoen?
- 6.20. Het Europese Hof heeft bepaald dat een aanbestedende dienst een *actieve rol* heeft bij de toepassing van de beginselen van gelijkheid en transparantie (HvJ EU, 12 maart 2015, ECLI:EU:C:2015:166, C-538/13, eVigilo, randnummer 42). Hoewel de zaak eVigilo betrekking had op een belangenconflict tussen de gekozen inschrijver en de deskundigen die de inschrijvingen hadden beoordeeld, concludeert de

Commissie, in navolging van Advocaat-Generaal M. Campos Sánchez-Bordona het arrest Ecoservice Projektoi (Hof van Justitie EU, 22-11-2017, C 531/16, randnummers 73 en 74), dat het Hof in de zaak eVigilo een gezichtspunt heeft ontwikkeld dat kan worden toegepast op onderhavige zaak. Het Hof heeft geoordeeld dat indien door ondernemer objectieve gegevens worden verstrekt, op grond waarvan – in deze zaak – de marktconformiteit van de geboden prijzen kan worden betwijfeld (in eVigilo: de onpartijdigheid van een deskundige kan worden betwijfeld), het aan aanbestedder is om alle relevante omstandigheden te onderzoeken die hebben geleid tot de gunningsbeslissing, onder andere door partijen te verzoeken om bepaalde informatie en bewijsmateriaal te verstrekken. Volgens het Hof vloeit die verplichting voort uit de actieve rol die aanbestedder heeft bij de toepassing van de aanbestedingsrechtelijke beginselen (HvJ EU, 12 maart 2015, ECLI:EU:C:2015:166, C-538/13, eVigilo, randnummers 43 en 44). De Commissie leidt daaruit af dat, wanneer een ondernemer klaagt dat een inschrijving niet aan de vereisten van de aanbesteding voldoet en daarvoor objectieve gegevens verstrekt, op een aanbestedende dienst de plicht rust om alle relevante omstandigheden te onderzoeken.

- 6.21. Algemeen uitgangspunt in de nationale rechtspraak is dat een aanbestedende dienst in beginsel mag afgaan op de juistheid van de inhoud van een inschrijving en de verklaringen van een inschrijver. Dit neemt echter niet weg dat op de aanbestedende dienst ook een eigen (zelfstandige) onderzoeksplicht kan rusten, met name wanneer er gereede twijfel is op een onderdeel van de inschrijving (zie Vzr. Rb. Oost-Brabant, 10 april 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:1666, randnummer 4.4, waarin de zaak ook een meervoudig onderhandse procedure betrof). In een ander vonnis oordeelde de rechter dat ook indien sprake is van twijfel, bijvoorbeeld als gevolg van een melding van een belanghebbende, een aanbestedende dienst in beginsel gehouden is te onderzoeken of die twijfel gegrond is (zie Vzr. Rb. Rotterdam 10 juni 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:10105, r.o. 4.3, waarin de zaak ook een meervoudig onderhandse procedure betrof).
- 6.22. De Commissie merkt voor de volledigheid op dat nationale rechtspraak over Europese aanbestedingsprocedures een iets strengere norm lijkt op te leggen aan ondernemers voor wat betreft het onderbouwen van een stelling die zich richt op de geldigheid van de inschrijving van een andere inschrijver, dan de Europese rechtspraak en de nationale rechtspraak ten aanzien van meervoudig onderhandse procedures doen (zie 6.20 en 6.21). Zo dient een inschrijver die stelt dat de winnende inschrijver niet aan een bepaalde eis voldoet of zal voldoen, dit volgens nationale rechtspraak over Europese aanbestedingsprocedures *grondig* te onderbouwen voordat voor de aanbestedende dienst een nadere onderzoeksplicht ontstaat (zie Vzr. Rb. Den Haag 9 juli 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX2142, r.o. 4.2, en Vzr. Rb. Den Haag 19 januari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2346, r.o. 4.6).

Wanneer ontstaat voor een aanbestedder een uitgebreide(re) onderzoeksplicht?

- 6.23. Aanbestedende diensten hebben op grond van de beginselen van gelijkheid en transparantie een onderzoeksplicht wanneer een ondernemer objectieve gegevens verstrekt op grond waarvan het voldoen aan een eis of voorwaarde kan worden betwijfeld (zie hiervoor 6.20).
- 6.24. Uit Europese rechtspraak over de onderzoeksplicht van een aanbestedende dienst als het gaat om een mogelijk abnormaal lage inschrijfprijs, oordeelde de rechter dat 'wanneer een afgewezen inschrijver die niet in een uitsluitingssituatie verkeert en die voldoet aan de selectiecriteria, de aanbestedende dienst bij schriftelijk en met redenen omkleed verzoek vraagt om uiteen te zetten waarom hij de gekozen offerte niet abnormaal laag heeft geacht, deze laatste derhalve een gedetailleerd antwoord moet geven' (HvJ EU, 11 mei 2023, ECLI:EU:C:2023:396, zaak C-

101/22, Commissie/Sopra Steria Benelux en Unisys Belgium, randnummer 80). Hoewel de zaak Commissie/Sopra Steria betrekking heeft op de beoordeling of een prijs abnormaal laag is, ziet de Commissie in de uitwerking van het Europese Hof gezichtspunten die op onderhavige kwestie kunnen worden toegepast, zeker nu daarin ook sprake is van een inschrijving die volgens ondernemer niet marktconform zou zijn vanwege de lage prijs. Het Hof onderscheidt met betrekking tot de onderzoeksplicht voor aanbesteders ten aanzien van abnormaal lage prijs, twee fasen. De eerste fase betreft een 'prima facie' beoordeling, een op de eerste indruk gebaseerde controle. Dit is een summier controle waarin kan worden beoordeeld of een offerte abnormaal laag lijkt. Deze summier controle is echter alleen voor intern gebruik en kan niet worden tegengeworpen aan een afgewezen inschrijver die twijfels uit over deze beoordeling (randnummer 79). Het feit dat een inschrijver op onderbouwde wijze twijfels uit over de abnormaal lage prijs van de gekozen offerte, brengt met zich mee dat de aanbestedende dienst in de tweede fase van de controle terecht komt (randnummer 81). Afgezien van het geval waarin de door de afgewezen inschrijver aangevoerde argumenten irrelevant zijn of totaal niet worden onderbouwd, is de aanbestedende dienst in deze tweede fase dus verplicht om de gekozen offerte in detail te analyseren teneinde vast te stellen dat deze daadwerkelijk niet abnormaal laag is (randnummer 82).

Hoever reikt de motiveringsplicht van aanbesteders ten aanzien van onderzoek?

- 6.25. In voornoemd arrest gaat het Hof in randnummers 82 en 83 tevens in op de motiveringsplicht van aanbestedende diensten ten aanzien van het door hem uitgevoerde onderzoek. Aanbestedende diensten zijn verplicht om '(...) de afgewezen inschrijver die hem hierover uitdrukkelijk vragen heeft gesteld, in kennis te stellen van de hoofdlijnen van die analyse'. 'Iedere andere uitlegging zou de afgewezen inschrijver zijn recht ontnemen op een doeltreffende voorziening in rechte (...). Het zou voor een inschrijver immers onmogelijk zijn om te beoordelen of het besluit van de aanbestedende dienst dat de gekozen offerte niet abnormaal laag is, gegrond is indien deze aanbestedende dienst zich ertoe kan beperken, stellig en zonder de geringste rechtvaardiging op te merken dat deze offerte volgens hem in overeenstemming lijkt te zijn met de marktvoorwaarden van de landen van waaruit de contractanten en hun onderaannemers de gevraagde diensten moeten uitvoeren, of dat de prijs van de gekozen offerte geen abnormaal laag karakter heeft.'

Heeft ondernemer zijn stelling met objectieve gegevens onderbouwd?

- 6.26. Nu het in deze zaak een meervoudig onderhandse procedure betreft, knoopt de Commissie voor wat betreft het toetsingskader ten aanzien van de wijze waarop een ondernemer zijn stelling moet onderbouwen dat hij twijfelt aan de geldigheid van de inschrijving van een andere inschrijver aan bij hetgeen in paragraaf 6.20 en 6.21 is beschreven en stelt zichzelf de vraag: Heeft ondernemer, ten aanzien van zijn stelling dat de winnende inschrijver niet met een marktconforme prijs heeft ingeschreven, objectieve gegevens verstrekt op grond waarvan bij aanbesteders twijfel kon worden gewekt over de marktconformiteit van de inschrijfprijs van de winnende inschrijving?
- 6.27. Ondernemer heeft aangegeven dat het moeilijk controleren is of een prijs marktconform is of niet. Maar uitgaande van zijn eigen inschrijfprijs en op basis van de beoordelingsmethodiek op prijs en het toegekende aantal punten, concludeert ondernemer dat de winnende inschrijver heeft ingeschreven met een prijs van € 1213,00. Ondernemer stelt dat die prijs misschien vier jaar geleden marktconform zou zijn geweest, maar met de prijsstijgingen van de afgelopen tijd niet en vraagt aanbesteders waarom hij van mening is dat de prijs marktconform is. De Commissie constateert dat de klacht van ondernemer, dat de inschrijving van de winnaar niet voldoet aan de voorwaarde van marktconformiteit zoals gesteld in het

Aanbestedingsdocument, summier is en slechts met enkele argumenten onderbouwd. Toch is de Commissie van oordeel dat *onder de gegeven omstandigheden* de onderbouwing van ondernemer voldoende objectieve gegevens bevat waardoor de vraag of de winnaar met een marktconforme prijs heeft ingeschreven, betwijfeld kan worden. De Commissie gaat hierna in op de omstandigheden die tot dit oordeel hebben geleid.

Gebruik van onbepaalde en niet goed controleerbare eisen en voorwaarden

- 6.28. Allereerst leidt de Commissie uit de reactie van aanbesteder op de klacht (zie 5.1.2) af dat ook aanbesteder zelf van mening is dat moeilijk valt te controleren of al dan niet sprake is van marktconformiteit. Naar het oordeel van de Commissie zou aanbesteder daarmee niet voldoen aan zijn plicht om criteria zodanig te specificeren dat hij kan nagaan of aan deze criteria wordt voldaan (vgl. Wienstrom-arrest van het HvJ EU van 4 december 2003, C-488/01, randnummer 51).
- 6.29. Daarnaast twijfelt de Commissie aan de geldigheid van de door aanbesteder gebruikte voorwaarde dat de prijs marktconform dient te zijn, vanwege het sterk onbepaalde karakter daarvan. Aanbesteder geeft in het prijzenblad aan dat hij onder marktconforme prijzen, handelsgebruikelijke en realistische prijzen verstaat (zie 3.5). Zowel de begrippen 'marktconform', 'handelsgebruikelijk' en 'realistisch' zijn in de ogen van de Commissie algemeen geformuleerde begrippen die geen objectief kader bevatten aan de hand waarvan de marktconformiteit kan worden gemeten, zoals een bandbreedte of referentiepunt. Naar het oordeel van de Commissie is juist een objectief kader bij het gebruik van een dergelijke voorwaarde van belang om de beoordeling of aan deze voorwaarde is voldaan objectief en transparant te kunnen laten verlopen. Dit geldt temeer nu in casu de betreffende voorwaarde als knock-out eis en als onderdeel van het gunningscriterium is geformuleerd in het aanbestedingsdocument. Het ontbreken van een objectief kader voor de beoordeling van marktconformiteit van inschrijvingen zoals hiervoor besproken, is onverenigbaar met het transparantiebeginsel als één van de elementaire beginselen van het aanbestedingsrecht (zie Vزر. Rb. Den Haag, 24 september 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:15878, r.o. 4.10, vgl. ook Gerechtshof 9 juli 2013, Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2013:3924, r.o. 3.7 en 3.9 en Vزر. Rb. Gelderland, 28 augustus 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:4134, r.o. 4.10 – 4.13).
- 6.30. Nu de door aanbesteder gehanteerde voorwaarde van marktconformiteit algemeen geformuleerd is zonder dat gebruik wordt gemaakt van een objectief toetsingskader, kan naar het oordeel van de Commissie niet alleen de beoordeling of aan dit criterium is voldaan onvoldoende transparant en objectief plaatsvinden, maar is een ander belangrijk gevolg dat inschrijvers weinig houvast wordt geboden om te kunnen beoordelen of de door henzelf te offeren prijs of die van hun concurrenten al dan niet marktconform is. Naar het oordeel van de Commissie kan ondernemer daarom ook niet worden verweten dat hij zijn klacht omtrent het niet voldoen aan deze voorwaarde door de winnaar, summier heeft opgesteld. Onder deze omstandigheden is de Commissie dan ook van oordeel dat ondernemer voldoende objectieve gegevens heeft verschaft om een onderzoeksplicht voor aanbesteder te doen ontstaan.

Heeft aanbesteder aan zijn onderzoeksplicht voldaan?

- 6.31. Nu het in deze zaak een meervoudig onderhandse procedure betreft, knoopt de Commissie voor wat betreft het toetsingskader ten aanzien van de onderzoeks- en motiveringsplicht aan bij hetgeen in paragraaf 6.23, 6.24 en 6.25 is beschreven en stelt zichzelf de vraag: Heeft aanbesteder voldaan aan zijn plicht om alle relevante omstandigheden tot in detail te onderzoeken om tot zijn gunningsbeslissing

te komen en heeft hij ondernemer voldoende op de hoogte gesteld van de uitkomsten van dat onderzoek?

- 6.32. Allereerst stelt de Commissie vast dat in het algemeen geldt dat de mate van detaillering van een door een aanbesteder gebruikte eis, voorwaarde of criterium en de mate van diepgang en detaillering van de onderzoeks- en motiveringsplicht van aanbesteder communicerende vaten zijn. De objectieve gegevens die ondernemer moet aandragen als onderbouwing van zijn klacht, zullen alle geënt moeten zijn op de eis, voorwaarde of het criterium waarop zijn klacht ziet. Wanneer die eis, voorwaarde of dat criterium gedetailleerd en/of objectief is beschreven dan kan door aanbesteder eenvoudig worden nagegaan of een inschrijver voldoet. Laat een eis, voorwaarde of criterium veel ruimte aan invulling voor een inschrijver en is het zodoende weinig gedetailleerd en/of objectief omschreven, dan ligt een onderzoeksplicht voor aanbesteder eerder in de rede én zullen hogere eisen moeten worden gesteld aan de motivering van de uitkomst van dat onderzoek. De omstandigheden zoals beschreven in 6.28 en 6.29 zijn door de Commissie dan ook meegenomen in haar oordeel over de vraag of aanbesteder heeft voldaan aan zijn onderzoeks- en motiveringsplicht.
- 6.33. De vraag is aldus of aanbesteder zijn nadere onderzoek voldoende deugdelijk heeft uitgevoerd en met voldoende redenen omkleed heeft gemotiveerd. De Commissie constateert dat aanbesteder in reactie op de klacht van ondernemer dat de winnaar niet voldoet aan de voorwaarde van marktconformiteit, enkel stelt dat naar zijn mening de door de winnaar aangeboden prijs niet abnormaal laag is, dat wil zeggen niet zó laag dat er gegronde redenen zijn om te vrezen dat de winnende inschrijver zijn aanbieding niet gestand kan doen. De Commissie ziet niet waaruit het onderzoek van aanbesteder heeft bestaan en op grond waarvan hij tot deze conclusie is gekomen. Bovendien geeft aanbesteder aan dat de door de winnaar aangeboden prijs *niet abnormaal laag* is, terwijl de onderzoeksplicht zich richt op de vraag of de prijs van de winnende inschrijver *marktconform* is. De Commissie oordeelt dan ook dat aanbesteder niet heeft voldaan aan zijn onderzoeksplicht en dat door de gebrekkige motivering ondernemer is geschaad in zijn recht op doeltreffende rechtsbescherming (zie arrest van 20 september 2011, Evropaïki Dynamiki/EIB, T-461/08, EU:T:2011:494, punt 122 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 6.34. Op grond van het bovenstaande acht de Commissie klachtonderdeel 2 **gegrond**.

7. Advies

De Commissie acht klachtonderdeel 1 en klachtonderdeel 2 **gegrond**.

Den Haag, 28 juni 2023

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

Voorzitter

Vicevoorzitter