

Advies 33

1 Feiten

- 1.1 Beklaagde heeft een Europese niet-openbare procedure uitgeschreven voor de herontwikkeling en realisatie van een nieuwe locatie en huisvesting van een gemeentehuis. De werkzaamheden bestaan uit de engineering en realisatie van de bouwkundige werken, werktuigbouwkundige installaties en elektrotechnische installaties, inclusief terreininrichting en terreininstallaties, alsmede het coördineren en vervaardigen van de bestekuitwerking en de coördinatie van de overige bij de uitvoering te betrekken partijen en adviseurs.
- 1.2 Beklaagde heeft in par. 4.3 van de selectieleidraad aangekondigd het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving te (gaan) hanteren. Dat gunningscriterium is vervolgens uitgewerkt in hoofdstuk 5 van de gunningsleidraad van beklagde. Klager is toegelaten tot de inschrijvingsfase. De Commissie heeft begrepen dat de waarde van de aanbestede opdracht ligt tussen € 4 miljoen en € 5 miljoen

2 Beschrijving klachten

- 2.1 Beklaagde heeft in strijd gehandeld met art. 2.114 Aanbestedingswet. Zij heeft in de selectieleidraad weliswaar uitdrukkelijk gekozen voor toepassing van het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving, maar uit de gunningssystematiek zoals die is neergelegd in hoofdstuk 5 van de gunningsleidraad blijkt dat de met de kwaliteit van de inschrijving verband houdende subgunningscriteria slechts zeer beperkt meewegen in de beoordeling van de inschrijvingen. Dat betekent dat toepassing van het gunningscriterium economisch meest voordelige inschrijving in de praktijk (zo goed als) overeenkomt met het gunningscriterium van de laagste prijs. Beklaagde heeft deze "verkapte" toepassing van het gunningscriterium van de laagste prijs, in strijd met art. 2.114 lid 2 Aanbestedingswet, niet in de aanbestedingsdocumenten gemotiveerd.

3 Onderbouwing klachten

- 3.1 Uit de gunningssystematiek zoals die is neergelegd in hoofdstuk 5 van de gunningsleidraad blijkt dat twee van de genoemde subgunningscriteria zien op kwaliteit (A.3 Planning en A.4 Plan van Aanpak). Naar het oordeel van de klager spelen deze subgunningscriteria een ondergeschikte rol in de beoordeling van de inschrijvingen. Er bestaat een negatief lineair verband tussen de aangeboden fictieve aanneemsom en de waarde van de maximaal te behalen korting voor de subgunningscriteria A.3 en A.4. Immers, des te hoger de totale aanneemsom, des te lager het percentage van de maximale fictieve korting (dat niet "meegroeit" met de aangeboden totaal prijs) is ten opzichte van die totale aanneemsom. Bijvoorbeeld, indien de totaal aangeboden aanneemsom 4 miljoen euro bedraagt, is het aandeel van de maximale fictieve korting (het vaste bedrag van EUR 162.000,-), slechts 4 % van de totale aanneemsom. Bij een aanneemsom van 5 miljoen euro, is dit percentage nog slechts 3,2 %. Kortom: in de huidige gunningssystematiek speelt kwaliteit een ondergeschikte rol en bestaat voor in-

schrijvers amper een incentive om op dit onderdeel te willen scoren. Een dergelijk "verkapte" wijze van gunnen op laagste prijs is niet toegestaan.

4 Aangedragen suggestie(s) tot verhelpen van de klacht

- 4.1 Beklaagde dient haar gunningssystematiek zodanig aan te passen dat de op de kwaliteitsaspecten van de inschrijvingen gerichte subgunningscriteria een substantieel onderdeel uitmaken van het gunningscriterium economisch meest voordelige inschrijving.

5 Reactie beklagde

- 5.1 Beklaagde stelt zich op het standpunt in opdracht van de gemeenteraad te hebben gekozen voor een aanbesteding waarbij naast prijs ook aandacht is voor andere aspecten, maar waarbij de prijs wel een zwaarwegend onderdeel zou zijn. Dit heeft beklagde doen besluiten te kiezen voor het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving, waarbij zij het onderdeel kwaliteit relatief laag laat meewegen. Na de eerste vragen hierover van klager heeft beklagde overwogen de weging van het subgunningscriterium kwaliteit te verhogen. Beklaagde heeft vervolgens echter vastgehouden aan de oorspronkelijk gekozen gunningssystematiek gelet op de door de gemeenteraad gestelde randvoorwaarden. Een bijkomende reden daarvoor is dat zij niet gedurende de aanbestedingsprocedure de spelregels wenste te veranderen. Tot slot stelt beklagde zich op het standpunt dat er naar haar weten geen regels bestaan voor de verdere invulling van (de zwaarte van) de subgunningscriteria binnen het criterium economisch meest voordelige inschrijving.

6 Beoordeling

- 6.1 Beklaagde heeft gekozen voor de toepassing van een Europese niet-openbare procedure waarop de Aanbestedingswet van toepassing is. Op grond van art. 2.114 Aanbestedingswet is beklagde verplicht het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving te hanteren. Beklaagde kan – mits gemotiveerd – van dat wettelijk uitgangspunt afwijken en het gunningscriterium van de laagste prijs hanteren.
- 6.2 Beklaagde heeft blijkens de aanbestedingsdocumenten gekozen voor toepassing van het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving. Klager betoogt echter dat gelet op de wijze waarop dat criterium in de gunningsleidraad is uitgewerkt beklagde impliciet heeft gekozen voor het criterium van de laagste prijs.
- 6.3 Bij de beoordeling van deze klacht stelt de Commissie voorop dat nóch de Aanbestedingswet nóch de Gids Proportionaliteit bepalingen respectievelijk voorschriften bevatten die een aanbestedende dienst zouden verplichten om, bij het inrichten van de beoordelingsmethodiek in het kader van het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving, meer dan wel minder gewicht toe te kennen aan bepaalde subcriteria. Ook uit de Memorie van Toelichting op art. 2.114 Aanbestedingswet blijkt dat de wetgever de aanbestedende dienst wat dat betreft vrij heeft willen laten: "Aanbestedende diensten kunnen er voor kiezen om meer gewicht toe te kennen aan andere subcriteria van het gunningscriterium EMVI dan prijs, zoals kwaliteit of duurzaamheid". Deze toelichting van de wetgever sluit in dat een aanbestedende dienst ook de mogelijkheid heeft om aan het subcriterium prijs meer gewicht toe te kennen dan aan alle andere, op de kwaliteit van de inschrijving betrekking hebbende, subcriteria gezamenlijk.

- 6.4 Naar het oordeel van de Commissie bereikt die mogelijkheid echter haar grens daar waar de keuze van de aanbestedende dienst voor het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving de facto neerkomt op een keuze voor het gunningscriterium van de laagste prijs is. Daarvan zal sprake zijn wanneer op basis van de uitwerking van het gunningscriterium in de aanbestedingsdocumenten, alle omstandigheden van het geval afwegende, voor inschrijvers de redelijke verwachting zal mogen bestaan dat de waardering van de kwalitatieve aspecten van de inschrijvingen – naast het aspect prijs – geen significante invloed zal hebben op de rangorde daarvan. In een dergelijk geval hanteert de aanbestedende dienst weliswaar formeel het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving, maar is materieel sprake van het gunningscriterium van de laagste prijs.
- 6.5 De Commissie heeft vervolgens onderzocht of de uitwerking van het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving in hoofdstuk 5 van de gunningsleidraad van beklaagde de facto neerkomt op een keuze voor het gunningscriterium van de laagste prijs.
- 6.6 Uit de uitwerking van het gunningscriterium in de aanbestedingsdocumenten blijkt volgens de Commissie allereerst dat beklaagde voornemens is een viertal subcriteria te hanteren naast het inschrijfbedrag. Daarvan zien de subcriteria A1 en A2 ('Coördinatievergoeding Wijzigingen' en 'Coördinatievergoeding Inrichting') op het aspect prijs en de subcriteria A3 en A4 op kwalitatieve aspecten van de inschrijvingen ('Planning' en 'Plan van Aanpak'). In de tweede plaats blijkt uit de uitwerking van het gunningscriterium dat een inschrijver met een 100% score op de subcriteria A3 en A4 een maximale korting van € 162.000,-- op het inschrijfbedrag kan realiseren. De subgunningscriteria A1 en A2 hebben betrekking op de beprijzing van bepaalde door de inschrijver te leveren prestaties (coördinatiewerkzaamheden) en kwalificeren dus als prijscriteria.
- 6.7 Met betrekking tot de subcriteria A3 en A4, die als kwaliteitscriteria zijn aan te merken, hebben de geraadpleegde Experts, op basis van hun ervaring met vergelijkbare aanbestedingen en op basis van een aantal uitgevoerde simulaties van de te verwachten waarde van het aspect "kwaliteit" (hierna: de Waarde), antwoord gegeven op de centraal staande vragen:
- (a) Wat is, ten opzichte van een *theoretische* bandbreedte van de Waarde (tussen € 162.000 en € 0) de *te verwachten* bandbreedte van het aspect "kwaliteit" bij deze aanbesteding en
- (b) wat is de impact van de *te verwachten* bandbreedte op de onderlinge rangorde tussen de inschrijving met de laagste prijs (hierna: de Laagste) en met de inschrijving met de op één na laagste prijs (hierna: de Opvolger)?
- 6.7.1 Ad (a)
Het is zeer onwaarschijnlijk dat een inschrijver 100% scoort op alle kwaliteitscriteria en het is evenzeer onwaarschijnlijk dat de score op alle onderdelen 0% is. Bij de door beklaagde gekozen score methodiek (oplopend van 0 tot en met 3) blijkt in de praktijk dat de verschillen in totaalscores gering zijn. Uiteraard dient met de bijzonderheden van de opdracht rekening te worden gehouden, maar in de praktijk worden 2 vuistregels gehanteerd:
- Beoordelaars geven niet snel de maximale score van 3 punten en evenmin de minimale score van 0 punten, met dien verstande dat de maximale score (3) vaker wordt gegeven van de minimale score (0);
 - inschrijvers zullen meestal niet op *alle* aspecten goed presteren en evenmin op *alle* aspecten slecht.

Beide vuistregels hebben een nivellerend effect en gezamenlijk wordt die nivelleringsversterkt. Uitgevoerde simulaties met inachtneming van deze vuistregels leren voor het onderhavige geval:

- dat de kans dat de *te verwachten* bandbreedte groter is dan € 108.000 zeer klein is (in de orde grootte van 1% tot 5%) en
- dat naar redelijke verwachting de bandbreedte zich zal concentreren rond een bedrag van € 50.000.

6.7.2 Ad (b)

Deze vraag kan ook geformuleerd worden als: "Hoe groot is de kans dat de Opvolger de aanbesteding wint door de uitkomst van de beoordeling van de Waarde?"

De uitgevoerde simulaties leren ten aanzien van de *theoretische* bandbreedte (tussen € 162.000 en € 0):

- dat in 40% van de gevallen de beoordeling van de Waarde geen enkele invloed heeft op de uitslag (omdat het prijsverschil tussen de Laagste en de Opvolger groter zal zijn dan € 162.000) en
- dat in 10% van de gevallen de Waarde met een zekerheid grenzende waarschijnlijkheid geen invloed heeft op de uitslag (omdat de kans dat de Waarde in de bandbreedte tussen € 108.000 en € 162.000 zal liggen naar schatting hoogstens 5% is) en
- dat in de overblijvende 50% van de gevallen (waarin het prijsverschil tussen de Laagste en de Opvolger kleiner is dan € 108.000) het kwaliteitscriterium alleen een rol kan spelen wanneer de bandbreedte van de Waarde groter is dan het prijsverschil, terwijl nu juist uit de simulaties blijkt dat, naar redelijke verwachting, de bandbreedte zich zal concentreren rond een bedrag van € 50.000, zodat in zeker de helft van deze gevallen (met een prijsverschil beneden € 108.000) de Waarde geen rol speelt.

Naar schatting zal de Waarde in de *theoretische* bandbreedte (tussen € 162.000 en € 0) dus in hoogstens 25% van het totaal aantal gevallen een rol kunnen spelen.

Op basis van ervaring is, rekening houdend met de geraamde waarde van de opdracht en de gekozen contractvorm, de verwachting gerechtvaardigd dat slechts in ca. 20% van de gevallen het prijsverschil tussen de Laagste en de Opvolger kleiner is dan € 108.000.

De experts concluderen:

- dat de waarschijnlijkheid dat, uitgaande van de theoretische bandbreedte, de Waarde (naast het prijsaspect) nog impact zal hebben op de rangorde van de Laagste en de Opvolger gering is en hoogstens 25% zal zijn en
- dat, als uitgegaan wordt van de – op basis van ervaring gestoelde – verwachting dat in casu slechts in ca. 20% van de gevallen het prijsverschil kleiner is dan € 108.000, de kans dat de Waarde nog impact zal hebben op de rangorde tussen Laagste en Opvolger nog kleiner zal zijn; ca. 10%.

De Commissie is van oordeel dat, op basis van de uitwerking van het gunningscriterium in de aanbestedingsdocumenten, alle omstandigheden van het geval afwegende, voor inschrijvers de redelijke verwachting heeft mogen bestaan dat de waardering van de kwalitatieve aspecten van de inschrijvingen – naast het aspect prijs – geen significante invloed zal hebben op de rangorde daarvan. In dit geval heeft de aanbestedende dienst weliswaar formeel het gunningscriterium van economisch meest voordelige inschrijving gehanteerd, maar is materieel sprake van hantering van het gunningscriterium van de laagste prijs.

6.8 Beklaagde heeft dus, in strijd met het bepaalde van art. 2.114 Aanbestedingswet, niet voldaan aan de verplichting het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving te hanteren.

7 Advies

De Commissie acht de klacht **gegrond**.

De Commissie heeft zich ten behoeve van dit advies laten bijstaan door mr. Drs. T.H. Chen en ir. drs. J. Ponte, die beiden respectievelijk als Commissie-Expert en Branche-Expert aan de Commissie zijn verbonden.

Den Haag, 11 november 2013

w.g.:
Mr. J.G.J. Janssen
Voorzitter

Prof.mr. C.E.C. Jansen
Vicevoorzitter