

**Advies 529 | Samenvatting**

De klacht ziet op een Europese openbare procedure voor een raamovereenkomst met meerdere ondernemers voor diensten voor de inhuur van inkoopadviseurs en contractbeheerders. Geklaagd wordt dat de aanbestedingsprocedure in strijd is met artikel 2.114 en 2.115 Aw 2012 en de aanbestedingsrechtelijke beginselen doordat een raamovereenkomst wordt gesloten (louter) op basis van loting, zonder dat daar een deugdelijke vergelijking op prijs- en kwaliteitscriteria tussen twee of meer inschrijvingen aan vooraf is gegaan.

De enkele omstandigheid dat de ondernemer in de onderhavige aanbestedingsprocedure een inschrijving heeft ingediend en daarmee zou hebben ingestemd met de voorwaarden van de aanbestedingsprocedure, ontnemt hem naar het oordeel van de Commissie niet het recht om ten aanzien van de loting een klacht in te dienen bij de Commissie. De Commissie neemt de klacht dan ook in behandeling.

De aanbesteder stelt zich onder andere op het standpunt een inkoopprocedure te hebben gehanteerd die in lijn is met de arresten Falk Pharma en Tirkkonen van het Hof van Justitie van de Europese Unie. Uit deze arresten kan – kort gezegd – worden afgeleid dat Richtlijn 2014/24/EU niet van toepassing is op een inkoopprocedure die de kenmerken heeft van een toelatingsprocedure, waarbij aan alle ondernemingen die aan bepaalde eisen voldoen toegang wordt verleend tot de overeenkomst die het object is van de procedure. De Commissie stelt vast dat de door de aanbesteder gehanteerde inkoopprocedure niet de kenmerken vertoont van een toelatingsprocedure zoals in deze arresten bedoeld. Anders dan het geval was in de zaken Falk Pharma en Tirkkonen, zal de aanbesteder met slechts een aantal ondernemingen die aan de toelatingseisen voldoen een raamovereenkomst sluiten. De Commissie is dan ook van oordeel dat Richtlijn 2014/24/EU van toepassing is op de onderhavige inkoopprocedure.

Vervolgens gaat de Commissie in op de vraag of de gunning van de raamovereenkomsten enkel mag worden bepaald door een loting. Anders dan ondernemer bevoogt, is het naar het oordeel van de Commissie niet zo dat in de context van de aanbesteding van overheidsopdrachten en raamovereenkomsten de keuze voor een verdelingscriterium dat is gebaseerd op een andere procedure dan de vergelijkende toets – zoals bijvoorbeeld de procedure van loting – in strijd zou zijn met de beginselen van aanbestedingsrecht. Ook de lotingprocedure is immers een procedure die – mits deugdelijk ontworpen en uitgevoerd – recht doet aan die beginselen.

In het geval echter dat sprake is van een Europese aanbesteding van een reguliere raamovereenkomst onder de werkingsfeer van Deel 2 van de Aw 2012, zoals in het onderhavige geval, moet een aanbestedende dienst op grond van artikel 2.114 en 2.115 Aw 2012 een vergelijkende toets uitvoeren. Nu sprake is van een Europese openbare procedure handelt de aanbesteder naar het oordeel van de Commissie in strijd met artikel 2.114 en 2.115 Aw 2012 door de gunningsbeslissing voor het sluiten van de raamovereenkomsten enkel te baseren op de uitkomst van een loting. Daarmee is de klacht naar het oordeel van de Commissie gegrond.

# Commissie van Aanbestedingsexperts

## Advies 529

### 1. Feiten

- 1.1. Aanbesteder heeft op 28 maart 2019 een Europese openbare procedure aangekondigd voor een raamovereenkomst met meerdere ondernemers voor diensten voor de inhuur van inkoopadviseurs en contractbeheerders.
- 1.2. In het Aanbestedingsdocument van 28 maart 2019 is, onder meer, het volgende bepaald:

#### **"1 De aanbestedende dienst en beschrijving van de opdracht**

(...)

#### **1.2 Doel van deze aanbesteding.**

De Regio heeft behoefte aan externe capaciteit op het gebied van inkoopadviseurs en contractbeheerders. Het doel van deze aanbesteding is dan ook om een raamovereenkomst te sluiten met drie partijen voor de inhuur van inkoopadviseurs en contractbeheerders.

#### Looptijd van de opdracht

De raamovereenkomst zal worden aangegaan voor de duur van vier jaar betreffende de periode van 1 juli 2019 tot en met 30 juni 2023. Met de overige partijen die voldoen aan de eisen, wordt een wachtkamerovereenkomst gesloten. Op de uitvoering van de opdracht zullen de [Algemene Inkoopvoorwaarden] en de concept raamovereenkomst van toepassing zijn.

(...)

#### **1.3 Beschrijving van de opdracht.**

Het onderwerp van deze Aanbesteding is de inhuur van inkoopadviseurs en contractbeheerders voor de RVE Inkoop en Contractbeheer van [aanbesteder]. De functies zijn verdeeld in onderstaande niveaus:

1. Junior inkoopadviseurs en contractbeheerders: voert met name ondersteunde, operationele taken uit t.a.v. Inkoop en Contractbeheer.
2. Medior inkoopadviseurs en contractbeheerders: voert zelfstandig minder complexe inkooptrajecten en/of taken rondom Contractbeheer uit.
3. Senior inkoopadviseurs: voert zelfstandig complexe inkooptrajecten uit. Complexe inkooptrajecten zijn Europese Aanbestedingen, hebben meerdere deelnemers en/of bijzondere procedures.

Bijlage D en E geven een uitgebreidere beschrijving van de functiekenmerken per functie en niveau. Per nadere uitvraag worden de exacte functie-eisen en profielen in de minicompitie opgesteld.

Beoogd resultaat van deze Aanbesteding is een op professionele en effectieve wijze afgesloten Raamovereenkomst met drie Opdrachtnemers voor de duur van vier jaar. Voor de Opdrachtnemers geldt dat zij over de hele breedte van de vraag moeten kunnen aanbieden. Dit betekent dat Opdrachtnemers Inkoopadviseurs en Contractbeheerders op alle niveaus kunnen aanbieden voor het Sociale Domein, het Fysieke Domein en het domein van Facilitair en Bedrijfsvoering. De drie

Opdrachtnemers waarmee een raamovereenkomst wordt gesloten, moeten voldoen aan de eisen genoemd in Hoofdstuk 3 en 4. Vervolgens worden de raamcontractanten geselecteerd door middel van een loting (zie hoofdstuk 5. Bij elke toekomstige concrete aanvraag zal [Aanbesteder] op basis van een functieprofiel en opdrachtbeschrijving middels een minicompetitie op basis van beste prijs-kwaliteitsverhouding (BKV) onder alle drie Opdrachtnemers een keuze maken uit de voorgestelde kandidaten. Iedere Opdrachtnemer dient per mini competitie twee CV's aan te leveren. De verhouding prijs/kwaliteit kan per minicompetitie verschillen.

Deze voortdurende concurrentiestelling moet garanderen dat voor de komende jaren blijvend tegen marktconforme tarieven inkoopadviseurs en contractbeheerders kan worden afgenomen die voldoen aan de door de Aanbestedende Dienst gestelde eisen.

(...)

### **1.5 Loting**

Als de toets op het UEA, de geschiktheidseisen en het Programma van Eisen geen aanleiding geeft tot uitsluiting, geschiedt de gunning van de opdracht voor inhuur van inkoopadviseurs en contractbeheerders voor de deelname in de raamovereenkomst op basis van selectie door middel van loting. Er wordt met drie (3) partijen een raamovereenkomst wordt afgesloten.

(...)

## **2 Uitgangspunten, procedure en planning aanbesteding**

### **2.1 Algemeen**

Deze aanbesteding vindt plaats volgens de richtlijn nr. 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 24 februari 2014 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten (PbEU 2014, L94) en de per 1 juli 2016 van kracht geworden herziende Aanbestedingswet 2012 (Staatsblad 2012, 542 gewijzigd bij wet van 22 juni 2016, Staatsblad 2016, 241).

- Met het indienen van een offerte stemt u in met de bepalingen van deze offerteaanvraag procedure en alle hierbij behorende stukken.
- (...)

(...)

## **4 Gunningscriteria**

U wordt verzocht ten aanzien van alle onderstaande eisen te verklaren dat u eraan voldoet, waar nodig blijktend uit de bijlagen bij uw offerte. U dient hiervoor bijlage C te gebruiken.

### **4.1 Programma van eisen.**

#### Algemene eisen

1. Opdrachtnemer staat er voor in dat hij de dienstverlening zoals omschreven in de aanbestedingsdocumenten, gedurende de looptijd van de raamovereenkomst (4 jaar) kan leveren in de soort en kwaliteit zoals in deze aanbesteding is gevraagd.

2. De Opdrachtnemer zet zich gedurende de looptijd van de Overeenkomst in voor een optimale samenwerking tussen Opdrachtnemer en Opdrachtgever.
  3. (...)
- (...)

#### Eisen nadere uitvraag

1. De Opdrachtnemer dient één medewerker aan te wijzen als contactpersoon voor de Opdrachtgever. Bij afwezigheid van de contactpersoon wordt deze adequaat vervangen.
2. "Opdrachtnemer dient een VOG verklaring te overleggen van de ingehuurde medewerker en die werkzaamheden bij Opdrachtgever gaan uitvoeren. De kosten voor deze VOG verklaring zijn voor de Opdrachtnemer. Met betrekking tot deze Verklaring omtrent het gedrag betreft het in ieder geval de volgende risicogebieden:
  - Informatie
  - Geld
  - Goederen
  - Diensten
  - Zakelijke transacties
  - Proces
  - Aansturen organisatie
  - Personen

Opdrachtgever geeft per opdracht aan welke functieaspecten van toepassing zijn. Indien een ingehuurde medewerker geen VOG krijgt, kan Opdrachtnemer deze niet inzetten bij Opdrachtgever.

3. Indien Opdrachtgever behoefte heeft aan inhuur van medewerkers en zal als volgt gehandeld worden:
  - Opdrachtgever zal een functieprofiel met functie-eisen voor de ingehuurde medewerker opstellen;
  - Dit functieprofiel zal bij de Opdrachtnemers met wie de raamovereenkomst is aangegaan, worden uitgezet;
  - Opdrachtnemer heeft bij een spoedaanvraag 48 uur de tijd om maximaal 2 kandidaten aan te dragen, inclusief CV;
  - Opdrachtnemer heeft bij een reguliere aanvraag 5 werkdagen de tijd om maximaal 2 kandidaten aan te dragen, inclusief CV per kandidaat.
  - Op basis van de geleverde CV's volgt een minicompetitie. De criteria voor de minicompetitie wordt per uitvraag uitwerkt en is afhankelijk van de inhoud van de te verlenen opdracht.
  - Opdrachtgever zal in de aanvraag duidelijk vermelden of het een spoedaanvraag of reguliere aanvraag betreft. Opdrachtgever geeft per opdracht aan welke functieaspecten van toepassing zijn.
4. Opdrachtnemer heeft de verplichting om geschikte kandidaten aan te bieden voor de minicompetities. Indien Opdrachtnemer drie keer niet in staat is gebleken om geschikte kandidaten aan te leveren voor de minicompetitie heeft Aanbestedende Dienst het recht om de Raamovereenkomst te ontbinden. Onder geschikte kandidaten worden kandidaten verstaan die aan de functie-eisen, die in de uitvraag staan, voldoen.
5. Voor iedere ingehuurde medewerker dient, na schriftelijk akkoord van Opdrachtgever, de opdrachtbevestiging voor aanvang van de start van de inhuur periode door Opdrachtnemer te worden verstuurd aan de contactpersoon. Indien er sprake is van een wijziging in de gegevens van de oorspronkelijke opdrachtbevestiging dient Opdrachtnemer een nieuwe opdrachtbevestiging te versturen naar Opdrachtgever.
6. Als tijdens de uitvoering van de opdracht blijkt dat de geselecteerde kracht niet of niet meer aan de functie-eisen voldoet en/of niet over de vereiste

competenties beschikt en/of er andere dringende redenen zijn waardoor de tewerkstelling beëindigd dient te worden, zal Opdrachtgever de tewerkstelling onmiddellijk beëindigen en in overleg treden met de Opdrachtnemer voor het vervolg. De Opdrachtnemer neemt het initiatief richting Opdrachtgever met betrekken tot vervanging.

7. Opdrachtnemer dient een uurtarief per functie te hanteren die binnen de volgende bandbreedte valt:
  - Junior Inkoopadviseur: € 60 - € 75
  - Medior Inkoopadviseur: € 75 - € 90
  - Senior Inkoopadviseur: € 90 - € 110
  - Junior Contractbeheerder: € 60 - € 75
  - Medior Contractbeheerder: € 75 - € 90
8. Opdrachtnemer hanteert een all-in uurtarief, waarin o.a., maar niet limitatief, rekening is gehouden met:
  - Het risico op het uitkeren van transitievergoedingen
  - Administratie- en servicekosten
  - Reiskosten ingehuurde medewerker woon-werkverkeer
  - Opleidingskosten
  - Ziekte- en vakantiedagen
  - Collectief roostervrije dagen en nationale feestdagen.

Bovenstaande zaken worden door Opdrachtgever niet aan Opdrachtnemer vergoed.

(...)

## **5 Beoordeling en toelating tot de raamovereenkomst**

De gunning van de opdracht zal plaatsvinden aan de drie inschrijvers die worden ingeloot. De lotingsprocedure is als volgt:

- De loting geschiedt door twee medewerkers van [Aanbesteder].
- Alle Inschrijvers worden uitgenodigd om in persoon of bij vertegenwoordiging bij de loting aanwezig te zijn.
- Alle personen die aanwezig zijn bij de loting moeten een presentielijst invullen. Personen die dit niet doen, worden niet tot de bijeenkomst toegelaten.
- De namen van de Inschrijvers die voor loting in aanmerking komen worden op loten geschreven. Loting geschiedt door het ongezien trekken van alle loten.
- Alle handelingen in het kader van een loting worden zichtbaar voor alle aanwezigen uitgevoerd.
- Er worden achtereenvolgens drie inschrijvers getrokken aan wie de opdracht (voorlopig) gegund wordt.
- Het resultaat van een loting wordt na de loting door aanbestedende dienst vastgelegd in een proces verbaal en verwerkt in de brieven met de gunningsbeslissing, waarna de opschortende termijn ingaat.

### **5.1 Beoordelingsmethode**

De inschrijvingen worden als volgt beoordeeld:

- Eerst wordt elke inschrijving gecontroleerd op compleetheid van de aangeleverde stukken.
- Vervolgens wordt van elke inschrijving gecontroleerd of deze voldoet aan de uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen en het Programma van Eisen zoals opgenomen in dit document en het UEA. Voldoet u niet aan deze eisen dan valt uw offerte af en wordt deze niet verder beoordeeld.

Bovenstaande wordt gedaan door de begeleidende inkoopadviseur. Wanneer Inschrijvers voldoen aan de eisen worden ze toegelaten tot de lotingsprocedure zoals beschreven in hoofdstuk 5.2.

## 5.2 Loting

De gunning van de opdracht zal plaatsvinden aan de drie inschrijvers die worden ingeloot. De lotingsprocedure is als volgt:

- De loting geschiedt door twee medewerkers van Regio Gooi en Vechtstreek.
- Alle Inschrijvers worden uitgenodigd om in persoon of bij vertegenwoordiging bij de loting aanwezig te zijn.
- Alle personen die aanwezig zijn bij de loting moeten een presentielijst invullen. Personen die dit niet doen, worden niet tot de bijeenkomst toegelaten.
- De namen van de Inschrijvers die voor loting in aanmerking komen worden op loten geschreven. Loting geschiedt door het ongezien trekken van alle loten.
- Alle handelingen in het kader van een loting worden zichtbaar voor alle aanwezigen uitgevoerd.
- Er worden achtereenvolgens drie inschrijvers getrokken aan wie de opdracht (voorlopig) gegund wordt.
- Het resultaat van een loting wordt na de loting door aanbestedende dienst vastgelegd in een proces verbaal en verwerkt in de brieven met de gunningsbeslissing, waarna de opschortende termijn ingaat.

(...)'

1.3. In de eerste Nota van Inlichtingen van 19 april 2019 zijn, voor zover van belang, de volgende vragen en antwoorden gepubliceerd:

1.3.1. Vraag 1: 'De verhouding prijs/kwaliteit kan per minicompetitie verschillen'. Wanneer maakt u deze criteria bekend? En hoe verhoudt zich deze aanpak tot de plicht om cv's aan te leveren, met mogelijke contractontbinding als gevolg? Immers zijn er op dit moment alleen maar bandbreedtes van tarieven bekend en zal de ON dus bij de aanvraag van de minicompetitie pas kunnen bepalen (obv van de gevraagde prijs/kwaliteitverhouding) of zij in wil aanbieden.'

Antwoord: 'De verhouding prijs / kwaliteit wordt bij een concrete opdracht (minicompetitie) bekend gemaakt. De bandbreedtes van de tarieven zijn marktconform en het is vervolgens aan aanbieder om te bepalen of / en hoe zij inschrijft op een opdracht.'

1.3.2. Vraag 5: 'Volgens de website van Europa Decentraal is loting als enige instrument om een winnende inschrijver te bepalen niet toegestaan. Zie: <https://europadecentraal.nl/praktijkvraag/tweewinnaars/>

Een loting kan niet gebruikt worden als het enige instrument om een winnende inschrijver te bepalen (overweging 93 considerans richtlijn 2014/24). Een loting is een willekeurig proces en biedt onvoldoende waarborgen voor een daadwerkelijke mededinging. Bij een loting wordt er geen relatieve rangorde van de inschrijvingen vastgesteld. Het op voorhand vaststellen van het gebruik van een loting om te bepalen wie voor de gunning in aanmerking komt, zou niet aansluiten op het karakter en doel van aanbestedingsprocedures (zie rechtsoverweging 4.5 zaak C-09/490029, KG ZA 15/810).

Kunt u toelichten hoe u dit ziet in relatie tot de door u gekozen procedure?'

Antwoord: 'De aanbestedende dienst is op de hoogte van het oordeel van de rechter in de aangehaalde zaak dat de toepasselijke wet- en regelgeving, loting als methode om tot gunning van de opdracht te komen niet verbiedt en in bepaalde gevallen gezien kan en mag worden een passend middel om tot een uitslag te komen waarbij favoritisme wordt vermeden. Ook is de aanbestedende dienst buiten de inkoopprocedure om op de hoogte gesteld van bedenkingen rondom de procedure van loting. De aanbestedende dienst heeft kennis genomen van de bedenkingen. De aanbestedende dienst hecht eraan dit in het kader van volledige transparantie mede te delen. Het standpunt van de aanbestedende dienst op de formele vraagstelling is hieronder weergegeven. Dit standpunt is gelijk aan het standpunt wat de aanbestedende dienst heeft t.a.v. de bedenkingen maar wat niet tot een formele reactie van de aanbestedende dienst behoort conform de in de leidraad genoemde procedure.

Gezien het feit dat er geen aanvullende prijs- en/of kwaliteitscriteria van de inschrijvers wordt verwacht ziet de aanbestedende dienst geen aanleiding om te veronderstellen dat de methode in strijd is met de geldende wet en regelgeving.

Immers de wetgeving heeft immers de mogelijkheid dat ook het inkopen zonder een kwalitatieve en kwalitatieve concurrentie mogelijk is. De aanbestedende dienst is immers niet verplicht om bij de selectie voor partijen in deze fase concurrentie te stellen en wenst dat ook expliciet niet. Hiervan is ook melding gemaakt in de leidraad. Daarbij acht de aanbestedende dienst het onmogelijk om de kwalitatieve concurrentie uit de tweede fase van de beschreven minicompetitie als te betrekken in de eerste fase. Praktisch gezien wordt de structuur gevolgd van een niet-openbare procedure, waarbij eerst aanbidders geselecteerd worden op hun geschiktheid en pas in een tweede fase met elkaar in concurrentie treden. Daarbij is de verbijzondering dat de tweede fase meermaals doorlopen wordt, namelijk per uitvraag voor de betreffende dienstverlening.

Daarbij is de aanbestedende dienst gezien bovenstaande van mening dat zij niet in strijd handelt met de doelstellingen van de aanbestedingswetgeving. Immers de procedure kenmerkt zich naar de mening van de aanbestedende dienst als transparant, objectief, Non-discriminator en proportioneel. De aanbestedende dienst merkt daarbij op dat de vergelijking tot de aangehaalde uitspraak niet op gaat omdat er in de betreffende procedure wel degelijk sprake was van een directe combinatie tussen EMVI en Loting. In de procedure die thans gehouden wordt is ontbreekt in de eerste fase een weging op basis van kwaliteit in relatie tot een (fictieve) prijs. Zoals gesteld is er geen directe relatie met de tweede fase waarbij de factoren uit de weging van de beste prijskwaliteitsverhouding. Overigens is dat niet anders dan dat de aanbestedende dienst had gekozen voor een inkoopprocedure via een zgn. Dynamisch Aankoop Systeem. Ook deze wettelijke procedure staat het toe dat er geen prijs-kwaliteitverhouding wordt opgenomen bij de selectie voor aanbidders. De aanbestedende dienst is echter van mening dat deze procedure niet proportioneel is gezien het aantal aanbidders wat vervolgens dient te concurreren in de tweede fase. De aanbestedende dienst beoogt derhalve een kleinere groep aan aanbidders toe te laten als gegunde partijen. De aanbestedende dienst heeft immers naast de wettelijke verplichtingen ook de taak om marktpartijen een reële kans om een opdracht te verwerven te garanderen. Dit is dan ook de motivatie waarom voor de onderhavige methodiek binnen de aanbesteding is gekozen. De aanbestedende dienst kan zich voorstellen dat indien zij een dergelijke uitgebreide motivatie heeft dat mogelijk marktpartijen zich afvragen waarom deze overweging niet is toegevoegd aan de leidraad. De reden hiervoor is dat er geen verwachting was bij de aanbestedende dienst dat de wijze van selectie in de eerste fase tot weerstand zou leiden bij mogelijke gegadigden. De aanbestedende dienst gaat er vanuit dat met de bovenstaande uitleg de mogelijke bezwaren zijn

weggenomen. Volledigheidshalve wijst de aanbestedende dienst op dat inschrijving in de eerste fase gezien de uitgebreide uitleg ook een aanvaarding van de motivatie van de zijde van de inschrijver behelst.'

- 1.3.3. Vraag 16: 'Inschrijver is benieuwd waarom er wordt gekozen voor een systeem waarin de inschrijver niet worden beoordeeld op kwaliteit, buiten de uitsluitingsgronden en referentie, maar vanuit een grote pot geloot worden. In de ogen van de inschrijver creëer je zo niet een situatie waarin je gebruik maakt van de 3 beste partijen uit de markt. Kunt u ons uitleggen waarom voor deze methode is gekozen?'

Antwoord: 'De aanbestedende heeft in haar antwoord op vraag 5 uiteengezet waarom ze voor de betreffende systematiek heeft gekozen. De aanbestedende dienst is in de eerste fase dan ook zeker niet op zoek naar de in de ogen van de inschrijver "beste" aanbieders maar naar aanbieders die aan de gestelde vereisten voldoen. Enkel in de tweede fase wordt uit deze partijen gezocht naar de beste kandidaten die via hen ter beschikking staan i.r.t. tot specifieke opdrachten.'

- 1.3.4. Vraag 40: 'Gegadigde is van mening dat de door u te hanteren gunningsmethodiek (selectie op basis van loting) in strijd is met Richtlijn 2014/24 en met een recente uitspraak van de Voorzieningenrechter uit Den Haag.

Zo is in overweging 93 van Richtlijn 2014/24 het volgende bepaald: gelet op de talrijke mogelijkheden om de prijs-kwaliteitsverhouding te beoordelen aan de hand van essentiële criteria, moet loting als enig middel voor de gunning van de opdracht worden vermeden.

Anders gezegd: er moeten criteria zijn waarop inschrijvers zich kunnen onderscheiden, dan wel dat er in ieder geval één criterium is waarop dit mogelijk is. Door gunning op basis van loting te laten plaatsvinden voldoet u niet aan deze verplichtingen. Gezien bovenstaande, verzoeken we u om de gunningsmethodiek aan te passen op een wijze die voldoet aan de relevante wetgeving en jurisprudentie.'

Antwoord: 'De aanbestedende dienst heeft in haar antwoord op vraag 5 uiteengezet waarom de rechtsspraak niet één op één toepasbaar is op de specifieke situatie van de onderhavige uitvraag. Daarbij geeft de inschrijver een interpretatie waarbij zij stelt dat er criteria moeten zijn. Dit is echter niet wat de uitspraak aangeeft. Zoals correct gemeld staat er in de uitspraak moet worden vermeden, dit is iets anders dan dat de methode niet zou zijn toegestaan.'

- 1.3.5. Vraag 49: 'U schaarst het programma van eisen en de overige eisen onder het kopje 'gunningscriteria'. Kunnen we ervan uitgaan dat het hier gaat om een kennelijke verschrijving? Immers, de eisen die in het kader van een opdracht worden gesteld, zien toe op de inschrijVER. De gunningscriteria zien toe op de inschrijvING. In het verlengde hiervan, kunnen we ervan uitgaan dat het enige gunningscriterium dat van toepassing is, de loting is?'

Antwoord: 'Dit klopt. Uiteindelijke gunning geschiedt d.m.v. loting.'

- 1.4. Ondernemer heeft op 23 april 2019 een klacht ingediend bij aanbesteder door middel van een bericht in TenderNed. Hierin zijn tevens vragen voor de Nota van Inlichtingen opgenomen. De klacht is opgenomen in vraag 63 en de vragen zijn opgenomen in vragen 58 tot en met 62 van de Nota van Inlichtingen van 19 mei 2019 (zie 1.6 hierna).



1.5. Aanbesteder heeft ondernemer op 23 april 2019 via TenderNed geantwoord. Het antwoord is ook opgenomen in het antwoord op vraag 63 van de Nota van Inlichtingen van 19 mei 2019 (zie 1.6 hierna).

1.6. In de tweede (definitieve) Nota van Inlichtingen van 2 mei 2019 zijn met rood lettertype aanvullende antwoorden gegeven op vragen uit de eerste Nota van Inlichtingen. Tevens zijn nieuwe vragen en antwoorden toegevoegd. Aanbesteder merkt deze Nota van Inlichtingen als de definitieve Nota van Inlichtingen aan. Het gaat hierbij voor zover van belang om de volgende vragen en antwoorden:

1.6.1. Vraag 49: '[zie hiervoor in 1.3.5, Commissie]'

Antwoord: 'Uiteindelijke toelating geschiedt d.m.v. loting. Definitieve gunning gebeurt per nadere opdracht. Zie verder de rectificaties die worden aangegeven in vraag 58.

Zie ook onze antwoorden op vragen 5, 16 en 40'

1.6.2. Vraag 58: 'In uw antwoorden op vragen 5, 16 en 40 licht u nader toe waarom gebruikmaking van loting als enig gunningscriterium volgens u is toegestaan. Hierbij gaat u op onderdelen voorbij aan de vraagstelling. Zo gaat u niet in op hetgeen gesteld in de considerans van Richtlijn 2014/24/EG (overweging 93).

Daarnaast verbaast de toelichting die u geeft ons ten zeerste, en wel omdat:

- U als aanbestedende dienst op grond van artikel 1.4 Aanbestedingswet dient zorg te dragen voor het leveren van zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen, hetgeen volgens de wetsgeschiedenis betekent dat u de beste kwaliteit voor de beste prijs inkoopt (EK 2011-2012, 32440, C, p.10). Dit brengt met zich mee dat inschrijvers op enigerlei wijze met elkaar moeten kunnen worden vergeleken om te kunnen vaststellen wat de beste optie is;

- In overweging 93 van Richtlijn 2014/24 het volgende is bepaald: gelet op de talrijke mogelijkheden om de prijs-kwaliteitsverhouding te beoordelen aan de hand van essentiële criteria, moet loting als enig middel voor de gunning van de opdracht worden vermeden.

- Relevante jurisprudentie bovengenoemde wettelijke kaders alleen maar bevestigen. De rechtbank Den Haag is daar in de reeds aangehaalde uitspraak ook zeer duidelijk in. Zo stelt zij dat:

o Een loting zich niet verdraagt met het karakter van een aanbestedingsprocedure en om die reden een gebrek is dat een zo wezenlijk onderdeel van de procedure betreft, dat de aanbestedingsprocedure moet worden afgebroken;

o Een loting niet de basis kan zijn voor een selectie of om een winnende inschrijver te bepalen. Dit omdat het een willekeurig proces is en onvoldoende waarborgen biedt voor daadwerkelijke mededinging;

o Indien, zoals hier, wordt gekozen voor het in de markt zetten van een opdracht via een aanbesteding, er criteria moeten zijn waarop inschrijvers zich kunnen onderscheiden, dan wel dat er in ieder geval één criterium is waarop dit mogelijk is. Een van de wezenlijke doelen van een aanbesteding is immers mededinging, het stimuleren van concurrentie tussen aanbieders.

Dit alles leidt tot de onvermijdelijke conclusie dat de gunningsmethodiek die u hier voorschrijft, geen stand kan houden. Bent u dit met ons een en kiest u er (dus)

voor om een andere methodiek voor te schrijven, die wel voldoet aan de in de Aanbestedingswet gestelde kaders?’

Antwoord: ‘De aanbestedende dienst bestrijdt dat zij niet is ingegaan op de considerans. Immers in de eerste zin van de toelichting geeft de aanbestedende dienst aan dat zij op de hoogte is van de toepasselijke wet- en regelgeving. Waarbij de aanbestedende dienst er op heeft gewezen dat de wetgever de loting niet verbiedt maar slechts adviseert om deze te vermijden. In de rechtspraak bij zaaknummer C/09/498012 / KG ZA 15/1567 van 16-12-2015 wordt tevens vermeld dat “Een algemeen verbod op loting kan ook niet uit overweging 93 van de Richtlijn worden afgeleid”

In antwoord op uw opgesomde punten:

Het is zeker zo dat de aanbestedende dienst beoogd zoveel mogelijk maatschappelijke waarde dient na te streven. Deze intentie heeft zij ook, echter zij verschilt met u van mening dat dit dient plaatst te vinden door het vergelijken van inschrijvers. Immers het gaat uiteindelijk niet om de inschrijvers in deze onderhavige inkoopprocedure maar om het aanbod wat wordt geleverd bij de daadwerkelijke dienstverlening. In dit deel van de procedure is daadwerkelijk sprake van een onderling vergelijk.

V.w.b. uw tweede punt is reeds uiteengezet in de toelichting dat de aanbestedende dienst geen gebruik wenst te maken van om een prijs-kwaliteitsverhouding verhouding tussen de inschrijvers. Dit is ook niet mogelijk omdat de prijs is vastgesteld en er derhalve geen sprake kan zijn van een verhouding. Daarbij is gewezen op het feit dat de wetgever het toestaat dat de aanbestedende dienst diensten kan inkopen zonder kwalitatieve of kwantitatieve concurrentie te stellen. Feitelijk doet zij dat in de eerste fase van haar inkoopprocedure ook niet.

De aanbestedende dienst wijst erop dat zij niet op zoek is naar een winnende inschrijver althans de beste inschrijver. De aanbestedende dienst is van mening dat in de eerste fase van haar inkoopprocedure geen instrument is aan te wijzen op basis waarvan de kwaliteit van de inschrijver objectief meetbaar is. Als zij dat al zou kunnen dan had de inschrijver naar de mening van de aanbestedende dienst in haar klacht en of haar aanvullende vragen een objectief model dienen aan te leveren waaruit de kwaliteit van de inschrijver objectief meetbaar als instrument kan worden gebruikt voor de selectie. De aanbestedende dienst geconcludeerd echter dat de inschrijver enkel wijst naar jurisprudentie waarin de situatie niet vergelijkbaar is met deze aanbesteding.

De aanbestedende dienst wijst er dan ook op dat er na de eerste fase geen sprake kan zijn van een gunning. De aanbestedende dienst kan zich voorstellen dat de benaming van hoofdstuk vier en/of tekst uit hoofdstuk 5 mogelijk tot verwarring heeft geleid en verzoekt inschrijvers kennis te nemen van het feit dat:

Hoofdstuk 4:

Oude tekst: Gunningscriteria

Nieuwe tekst: toelatingscriteria

Hoofdstuk 5 eerste alinea:

Vervalt compleet en is niet meer van toepassing

Hoofdstuk 5.2 eerste zin:

Oude tekst: De gunning van de opdracht zal plaatsvinden aan de drie inschrijver die worden ingeloot.

nieuwe tekst: De toelating tot de raamovereenkomst zal plaatsvinden aan de drie inschrijver die worden ingeloot.

Hoofdstuk 5.2 laatste aandachtstreepje:

Oude tekst: Het resultaat van een loting wordt na de loting door aanbestedende dienst vastgelegd in een proces verbaal en verwerkt in de brieven met de gunningsbeslissing, waarna de opschortende termijn ingaat.

Nieuw tekst: Het resultaat van de onderhavige loting wordt na de loting door aanbestedende dienst vastgelegd in een proces verbaal en verwerkt in de brieven met de beslissing voor toelating tot de raamovereenkomst, waarna de opschortende termijn ingaat.

Nieuw Hoofdstuk 5.3

### **Tweede fase**

Na loting zal de Opdrachtgever bij nadere opdrachten welke dienen te voldoen aan de eisen zoals beschreven bij de eisen rondom de nadere uitvraag aan het einde van hoofdstuk 4 de tot de raamovereenkomst toe te laten inschrijver conform artikel 1.3. in staat stellen kandidaten aan te leveren welke op basis van prijskwaliteit worden beoordeeld. Binnen dit aanbod krijgt de inschrijver de mogelijkheid om haar aanbod onderscheidend te laten zijn en zal ook dit aanbod op basis van een prijs-kwaliteit verhouding leiden tot gunning van de onderliggende opdrachten.

U geeft aan dat een loting zich niet verdraagt met karakter van een aanbestedingsprocedure. De aanbestedende dienst wijst erop dat de inkoopmethodiek die zij in dit geval hanteert naar haar mening volledig rekening heeft gehouden met de uitgangspunten van de Europese verdragen en dat de methodiek om slechts in de tweede fase een verhouding tussen prijs en kwaliteit aan te brengen tevens in het kader van proportionaliteit gerechtvaardigd is.

De aanbestedende dienst deelt u conclusie derhalve niet om dat zowel de toelatingsmethodiek als de gunningsmethodiek op het uiteindelijke aanbod alle beginselen naar haar mening kunnen doorstaan. Daarbij is het nog steeds zo dat concurrentie tussen het uiteindelijke aanbod van de dienstverlening blijft bestaan.'

1.6.3. Vraag 59: 'In uw antwoord op vraag 5 geeft u het volgende aan:

"Immers de wetgeving heeft immers de mogelijkheid dat ook het inkopen zonder een kwalitatieve en kwalitatieve concurrentie mogelijk is".

Waar in de relevante wetgeving is dit bepaald?'

Antwoord: 'De aanbestedende dienst heeft zoals bekend bij inschrijver mede vorm gegeven aan een inkoopmethodiek die momenteel bekend staat als OpenHouse. De aanbestedende dienst is van mening dat hoewel er verschillende zijn in het domein waarin deze procedure wordt gehanteerd en onderhavige inkoopprocedure dat niet zondermeer gesteld kan worden dat elementen waarover jurisprudentie is verschenen niet van toepassing zouden kunnen zijn op andere domeinen en/of de onderhavige inkoopprocedure. De aanbestedende dienst heeft in een eerder stadium aan de inschrijver in een ander kader een informatiesessie begeleid waarbij de jurisprudentie in ruime zin is behandeld. Volledigheidshalve meldt zij voor andere inschrijver dat het specifiek gaat om het zgn. Falk Pharma-arrest en het arrest Trikkonen.'

1.6.4. Vraag 60: 'In uw antwoord op vraag 5 geeft u het volgende aan:

"Volledigheidshalve wijst de aanbestedende dienst op dat inschrijving in de eerste fase gezien de uitgebreide uitleg ook een aanvaarding van de motivatie van de zijde van de inschrijver behelst."

Wat bedoelt u hiermee?'

Antwoord: 'De aanbestedende dienst bedoelt hiermee specifiek dat indien u inschrijft op de opdracht dat u de motivatie zoals gegeven in de toelichting onder de beantwoording van vraag 5 volledig aanvaard. Dit houdt in dat u als inschrijver kunt kiezen voor het onthouden van inschrijven en een gerechtelijke procedure kunt starten tegen de gevolgde inkoopmethodiek of dat u bij inschrijving zich akkoord verklaart met de gekozen procedure.'

1.6.5. Vraag 61: 'In uw antwoord op vraag 5 geeft u het volgende aan:

"Overigens is dat niet anders dan dat de aanbestedende dienst had gekozen voor een inkoopprocedure via een zgn. Dynamisch Aankoop Systeem".

Naar onze mening gaat enige vergelijking tussen een dynamisch aankoopstelsel en een stelsel van loting, volledig mank. Immers, juist bij een dynamisch aankoopstelsel wordt uit een grote poule van gegadigden gekozen door middel van het criterium prijs-kwaliteitsverhouding. Wij kunnen de vergelijking die u trekt dan ook geenszins plaatsen. Kunt u dit nader toelichten?'

Antwoord: 'De aanbestedende dienst wijst enkel op de vergelijking van de methodiek van een DAS over het element van de tweede fase om te komen tot een uiteindelijke aanvaarding van het aanbod. Tevens wijst zij erop dat ook in de eerste fase van de DAS procedure geen prijs-kwaliteit verhouding wordt gehanteerd. De aanbestedende dienst is zich er van bewust dat het verschil wat u aangeeft aanwezig is en heeft haar inziens ook helder uiteengezet waarom zij, los van het feit dat het naar de mening van de aanbestedende dienst in de onderhavige inkoopprocedure niet om gangbare diensten, producten of werken gaat, geen gebruik maakt van een dergelijk stelsel.'

1.6.6. Vraag 62: 'In uw antwoord op vraag 40 geeft u het volgende aan:

"Zoals correct gemeld staat er in de uitspraak moet worden vermeden, dit is iets anders dan dat de methode niet zou zijn toegestaan."

Wilt u hiermee zeggen dat u het advies van de rechter om een loting niet als enig gunningscriterium bij aanbestedingsprocedure, terzijde legt?'

Antwoord: 'Ja, de aanbestedende dienst heeft immers naar haar mening aangetoond dat de jurisprudentie niet automatisch van toepassing is op de onderhavige inkoopprocedure. Dit is overigens een normale gang van zaken dat niet elke uitspraak algemeen toepasbaar is. De aanbestedende dienst bestrijdt tevens dat de methodiek voor loting in de onderhavige procedure wordt gebruikt voor gunning maar slechts voor toelating en dat gunning slechts in de tweede fase wordt toegepast. Hiermee is er ook een werkelijk verschil met de huidige uitspraak waarbij de betreffende fases in omgekeerde volgorde aan de orde waren. Alleen al om deze reden is de jurisprudentie niet direct één op één toepasbaar.'

1.6.7. Vraag 63: 'Door een van de potentiële gegadigden is een klacht ingediend. Deze klacht luidt als volgt:

Conform paragraaf 3.13 van het inkoopbeleid [van Aanbesteder] dienen wij hierbij een formele klacht in ten aanzien van de Europese openbare aanbestedingsprocedure Inhuur inkoopadviseurs en contractbeheerders [Aanbesteder], die op 28 maart 2019 is gepubliceerd.

Door de klacht op deze wijze aan u voor te leggen (en dus niet rechtstreeks aan de Commissie van Aanbestedingsexperts dan wel de Voorzieningenrechter) geven wij gehoor aan uw verzoek. Wij vertrouwen er dan ook op dat u handelt naar hetgeen Richtlijn 2014/24/EU, de Aanbestedingswet en de relevante jurisprudentie in dit kader voorschrijft en de aanbestedingsprocedure intrekt. De klacht ziet op paragrafen 1.5, 5.1 en 5.2 van het [Aanbestedingsdocument] en op de door u gegeven antwoorden op de vragen 5, 16 en 40, zoals op 16 april 2019 gepubliceerd in de nota van inlichtingen.

In uw antwoorden op vragen 5, 16 en 40 licht u nader toe waarom gebruikmaking van loting als enig gunningscriterium volgens u is toegestaan. Deze beantwoording is onjuist, onrechtmatig en niet in lijn met de relevante wetgeving en jurisprudentie. De door u voorgeschreven gunningsmethodiek en de antwoorden op de gestelde vragen leiden dan ook tot de onvermijdelijke conclusie dat de gunningsmethodiek die u hier voorschrijft, geen stand kan houden.

Wij eisen dat u de aanbestedingsprocedure intrekt en op een wijze aanbesteedt die wel voldoet aan de verplichtingen die aan u door de wetgever en de rechtelijke macht zijn opgelegd.

Voor een verdere onderbouwing van deze eis verwijzen wij u naar de vervolgvragen B2, B3, B4, B5 en B6. Voor de volledigheid zijn deze vervolgvragen hieronder ook integraal opgenomen.

Graag ontvangen we uiterlijk 30 april 2019 uw reactie op deze klacht.'

Antwoord: 'De aanbestedende dienst heeft op 23 april als volgt gereageerd naar de indiener van de klacht:

U verzoekt ons de klacht zoals genoemd onder A van uw schrijven individueel te behandelen volgens onze klachtenprocedure. Wij maken u er echter allereerst op attent dat er geen sprake is van een door u gesuggereerde separate klachtenprocedure zoals deze zou zijn beschreven in ons inkoopbeleid onder paragraaf 3.13. (noot 1)

Paragraaf 3.13 bepaalt wel dat de beantwoording van een klacht wordt meegenomen binnen de nota van inlichtingen. Wij zijn niet voornemens de procedure in te trekken en zullen een dergelijk besluit dan ook pas na de publicatie van de nota van inlichtingen of gunning nemen indien dit aan de orde mocht zijn. Dit mede gezien het feit dat wij als aanbestedende dienst buiten de inkoopprocedure om door uw organisatie op de hoogte gesteld waren van bedenkingen rondom de procedure van loting en op basis daarvan reeds het besluit hebben genomen de procedure ongewijzigd voort te moeten zetten en tevens niet over te gaan tot uitsluiting van uw organisatie wegens mogelijke beïnvloeding van de aanbestedende dienst.

Omdat u enerzijds vraagt om een individuele behandeling en anderzijds opname van de relevante vragen in de nota van inlichtingen verzoeken wij u om aan te geven of en welke vragen u gestand wenst te houden voor de nota van inlichtingen, waarbij de tekst van de klacht zoals omschreven onder A ook als vraag wordt gezien. Dit betekent dat u ook alleen via de nota van inlichtingen en daar alleen een reactie zult krijgen op uw vragen. Indien u geen openbare vermelding van uw

klacht zoals genoemd onder A wenst dan dient u dit expliciet aan ons aan te geven. Het staat u overigens volledig vrij om na beantwoording van de nota van inlichtingen u te melden met uw bezwaren bij de Commissie van Aanbestedingsexperts.

Tot slot maken wij u er op attent dat u kunt begrijpen wij vanuit de algemene beginselen van transparantie en gelijke behandeling uw vraag niet op twee wijzen (individueel en via de nota van inlichtingen) kunnen beantwoorden. Graag vernemen wij in verband met de tijd die wij nodig hebben voor het beantwoorden van vragen vandaag uw reactie.

(Noot 1): Het advies Klachtafhandeling bij aanbesteden bevat een vrijwillige standaard voor het afhandelen van klachten bij aanbestedingen. Het advies maakt deel uit van het flankerend beleid bij de Aanbestedingswet 2012.

Inhoudelijk antwoord op de klacht:

De aanbestedende dienst deelt u mening niet dat de beantwoording van de vragen 5, 16 en 40 zoals op 16 april gepubliceerd in de nota van inlichtingen onjuist, onrechtmatig en niet in lijn zijn met relevante wetgeving en jurisprudentie. In de aanvullende vragen die indiener heeft gesteld en welke zijn omgenummerd van B2 t/m B6 naar vraag 58 t/m 62 en daar beantwoord geeft de aanbestedende dienst verder toelichting en/of verduidelijking waarom zij deze mening is toegedaan.

Tevens geeft de aanbestedende dienst geen gehoor aan het verzoek/eis van indiener zonder dat daar een rechtelijke uitspraak aan ten grondslag ligt of het moment dat de aanbestedende dienst zelfstandig besluit tot staking van de onderhavige inkoopprocedure. De aanbestedende dienst wijst er daarbij tevens op dat er nimmer een verplichting bestaat tot heraanbesteding in die zin dat de aanbestedende dienst kan kiezen voor een andere vorm van verwerving van het gewenste aanbod indien de uitgangspunten van de Europese verdragen en/of nationale wet- en regelgeving geborgd worden.'

- 1.7. Op 8 mei 2019 heeft ondernemer via een bericht in TenderNed het onderstaande voorstel aan aanbesteder gedaan:

'Aan de hand van de aanbestedingsprocedure 'Inhuur inkoopadviseurs en contract-beheerders' wil [Aanbesteder] onder meer (externe) adviseurs op het gebied van inkoopadvisering aantrekken. De opzet van deze aanbestedingsprocedure is evident in strijd met de aanbestedingsrechtelijke beginselen. [Aanbesteder] meent dat zij een raamovereenkomst kan sluiten (louter) op basis van loting, en dat zij pas bij het plaatsen van (nadere) opdrachten binnen deze raamovereenkomst daadwerkelijk een inhoudelijke beoordeling van de inschrijvingen hoeft te doen. Dat is onjuist.

Kern van het aanbestedingsrecht is dat een aanbestedende dienst de gunning van een overheidsopdracht baseert op de economisch meest voordelige inschrijving (zie onder andere artikel 67 van richtlijn 2014/24/EU). Dit uitgangspunt geldt ook voor het gunnen van een raamovereenkomst; op het gunnen van raamovereenkomsten is deel 2 van de Aanbestedingswet onverkort van toepassing. [Aanbesteder] miskent dit. De gedachte van [Aanbesteder] (zoals ook verwoord in antwoorden in de Nota van Inlichtingen) dat het gunnen van een raamovereenkomst te vergelijken is met de twee-fasen aanpak van een niet-openbare procedure, getuigt van fundamenteel onbegrip van de aanbestedingsrechtelijke beginselen.

Meerdere potentiële inschrijvers hebben [Aanbesteder] inmiddels (onderbouwd!) gewezen op de wezenlijke gebreken in de opzet van de aanbestedingsprocedure. [Aanbesteder] heeft de bezwaren ongemotiveerd verworpen en ook de glasheldere

jurisprudentie op dit punt volledig genegeerd. Volledigheidshalve wijzen wij nogmaals op de uitspraak van de voorzieningenrechter in ECLI:NL:RBDHA:2015:14662:

*De voorzieningenrechter is van oordeel dat de toepasselijke wet- en regelgeving, zoals hiervoor vermeld, loting als methode om tot gunning van de opdracht te komen niet verbiedt als onderdeel van een meeromvattende vergelijkende toets, mits eerst de verplichte vergelijking aan de hand van prijs- en/of kwaliteitscriteria heeft plaatsgevonden. Indien na een deugdelijke vergelijking op prijs- en kwaliteitscriteria twee of meer inschrijvingen als de economisch meest voordelige inschrijvingen worden beoordeeld, is loting een passend middel om tot een uitslag te komen waarbij favoritisme wordt vermeden.*

[Aanbesteder] is van plan een raamovereenkomst te gunnen aan de hand van loting, zonder dat daar een deugdelijke vergelijking op prijs- en kwaliteitscriteria tussen twee of meer inschrijvingen aan vooraf gegaan is. Dit is ontoelaatbaar.

In het licht van de onrechtmatige opzet van de aanbestedingsprocedure is het des te kwalijker dat [Aanbesteder] inschrijvers als het ware dwingt deze onrechtmatigheid te aanvaarden (zie het antwoord op vraag 60 van de NvI). Wanneer wij zouden inschrijven op de aanbesteding, is daarmee de onrechtmatigheid niet gerepareerd: het naleven van de aanbestedingsregels is een taak van [Aanbesteder], en niet van de inschrijvers. Wij behouden ons dan ook uitdrukkelijk alle rechten voor, ongeacht of wij inschrijven of niet.

Nu [Aanbesteder] en wij (maar ook andere geïnteresseerden, zo volgt onomwonden uit de nota's) zó lijnrecht tegenover elkaar staan ten aanzien van de gekozen aanpak van [Aanbesteder] én een spoedig oordeel over de aanpak voor ons beiden van belang is, hebben wij tot slot ook een voorstel. Wij stellen voor dat wij gezamenlijk (dus: [Aanbesteder] en wij) een onafhankelijke derde (deskundige) aanwijzen voor een objectieve juridische toets over de juridische toelaatbaarheid van de gekozen route. Zo kunnen wij gezamenlijk de Commissie van Aanbestedings-experts aanschrijven of in gezamenlijkheid een advocaat als "arbiter" laten optreden. Deze derde zal een advies uitbrengen waar wij ons dan beiden bij neer zullen leggen. Wij vernemen graag uiterlijk 9 mei a.s. uw reactie op dit voorstel.'

- 1.8. Op 9 mei 2019 heeft aanbesteder met een bericht in TenderNed het onderstaande antwoord op dit voorstel gegeven:

'(...)

Wij hebben uw schrijven ter kennisgeving aangenomen.

In verband met de inhoud wijzen wij u erop dat de termijnen voor het indienen van vragen verstreken zijn.

Op 2 mei 2019 hebben wij de uitgebreide gemotiveerde antwoorden van de vragenrondes definitief vastgesteld en openbaar gepubliceerd.

Wij hebben u reeds in de beantwoording van vraag/klacht onder nummer 63 expliciet gewezen op de mogelijkheid die uw organisatie heeft in geval van aanhoudende bezwaren, citaat: "Het staat u overigens volledig vrij om na beantwoording van de nota van inlichtingen u te melden met uw bezwaren bij de Commissie van Aanbestedingsexperts."

Bovendien hebben wij u in de beantwoording van dezelfde vraag/klacht onder nummer 63 het volgende gemeld, citaat: "Tevens geeft de aanbestedende dienst geen gehoor aan het verzoek/eis van indiener zonder dat daar een rechtelijke

*uitspraak aan ten grondslag ligt of het moment dat de aanbestedende dienst zelfstandig besluit tot staking van de onderhavige inkoopprocedure”.*

Ten overvloede hechten wij eraan expliciet aan te geven dat de aanbestedende dienst zich - bij het nemen van een zelfstandig besluit tot staking - zou kunnen baseren op de weliswaar zwaarwegende maar niet bindende uitspraak van de Commissie van Aanbestedingsexperts.

Aanvullende verzoeken, vragen en of bezwaren kunnen echter niet meer via de procedure -zoals opgenomen in artikel 3.13 in het inkoopbeleid van [aanbesteder]- worden afgehandeld binnen de informatieronde. Dit omdat de fatale termijnen zoals gesteld in artikel 2.3 van de inkoopdocumentatie gepasseerd zijn.

Gezien het bovenstaande verwijzen we u naar de mogelijkheden die wij reeds openbaar hebben gepubliceerd en gaan op dit moment niet in op uw (individuele) voorstel en/of de inhoudelijke zaken uit uw schrijven. Wij wijzen u er op dat uw organisatie aannames doet die reeds in de definitieve nota van inlichtingen gemotiveerd zijn weersproken en/of tot aanpassingen hebben geleid van de inkoopprocedure.’

- 1.9. Op 10 mei 2019 heeft ondernemer een klacht ingediend bij de Commissie van Aanbestedingsexperts.
- 1.10. Ondernemer heeft een inschrijving ingediend.
- 1.11. Aanbesteder heeft op 21 mei 2019 een loting gehouden. Daarbij is een rangorde vastgesteld van 11 inschrijvers. Ondernemer staat op plaats 9 in deze rangorde.

## **2. Beschrijving klacht**

De opzet van deze aanbestedingsprocedure is in strijd met artikel 2.114 en 2.115 Aw 2012 en de aanbestedingsrechtelijke beginselen doordat een raamovereenkomst wordt gesloten (louter) op basis van loting, zonder dat daar een deugdelijke vergelijking op prijs- en kwaliteitscriteria tussen twee of meer inschrijvingen aan vooraf is gegaan. Pas bij het plaatsen van (nadere) opdrachten binnen deze raamovereenkomst zal daadwerkelijk een inhoudelijke beoordeling van de inschrijvingen plaatsvinden.

## **3. Onderbouwing klacht**

- 3.1. Kern van het aanbestedingsrecht is dat een aanbestedende dienst de gunning van een overheidsopdracht baseert op de economisch meest voordelige inschrijving (zie onder andere artikel 67 van Richtlijn 2014/24/EU en artikel 2.114 Aw 2012). Dit uitgangspunt geldt ook voor het gunnen van een raamovereenkomst; op het gunnen van raamovereenkomsten is deel 2 van de Aanbestedingswet onverkort van toepassing. Aanbesteder] miskent dit.
- 3.2. De gedachte van aanbesteder, dat het gunnen van een raamovereenkomst te vergelijken is met de twee-fasen aanpak van een niet-openbare procedure, getuigt van fundamenteel onbegrip van de aanbestedingsrechtelijke beginselen.
- 3.3. Aanbesteder heeft eerdere bezwaren ongemotiveerd verworpen en ook de glasheldere jurisprudentie op dit punt volledig genegeerd. De uitspraak van de voorzieningenrechter rechtbank Den Haag van 16 december 2015 (ECLI:NL:RBDHA:2015:14662, JAAN 2016/53 m.nt. C.J. Wolswinkel) laat aan



duidelijkheid niets te wensen over: de voorzieningenrechter is van oordeel dat de toepasselijke wet- en regelgeving, zoals hiervoor vermeld, loting als methode om tot gunning van de opdracht te komen niet verbiedt als onderdeel van een meeromvattende vergelijkende toets, mits eerst de verplichte vergelijking aan de hand van prijs- en/of kwaliteitscriteria heeft plaatsgevonden.

3.4. Aanbesteder handelt op deze wijze in strijd met:

- a. Artikel 1.4 Aw 2012, die stelt dat aanbesteder op basis van dit artikel dient zij zorg te dragen voor het leveren van zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen, hetgeen volgens de wetsgeschiedenis betekent dat zij de beste kwaliteit voor de beste prijs inkoopt (EK 2011-2012, 32440, C, p.10). Dit brengt met zich mee dat inschrijvers op enigerlei wijze met elkaar moeten kunnen worden vergeleken om te kunnen vaststellen wat de beste optie is. Daar is hier op geen enkele wijze sprake van.
- b. Richtlijn 2014/24/EU, waarbij in overweging 93 het volgende is bepaald: gelet op de talrijke mogelijkheden om de prijs-kwaliteitsverhouding te beoordelen aan de hand van essentiële criteria, moet loting als enig middel voor de gunning van de opdracht worden vermeden.
- c. Relevante jurisprudentie, die bovengenoemde wettelijke kaders alleen maar bevestigt. De rechtbank Den Haag is daar in voormeld vonnis zeer duidelijk in. Zo stelt zij dat:
  - o Een loting zich niet verdraagt met het karakter van een aanbestedingsprocedure en om die reden een gebrek is dat een zo wezenlijk onderdeel van de procedure betreft, dat de aanbestedingsprocedure moet worden afgebroken;
  - o Een loting niet de basis kan zijn voor een selectie of om een winnende inschrijver te bepalen. Dit omdat het een willekeurig proces is en onvoldoende waarborgen biedt voor daadwerkelijke mededinging;
  - o Indien, zoals hier, wordt gekozen voor het in de markt zetten van een opdracht via een aanbesteding, er criteria moeten zijn waarop inschrijvers zich kunnen onderscheiden, dan wel dat er in ieder geval één criterium is waarop dit mogelijk is. Een van de wezenlijke doelen van een aanbesteding is immers mededinging: het stimuleren van concurrentie tussen aanbieders.

#### 4. Reactie aanbesteder

- 4.1. Aanbesteder is van mening dat het belang van ondernemer niet wordt geschaad door het voortzetten van de procedure. Aanbesteder dient in alle gevallen te handelen vanuit de grondbeginselen van de vigerende wetgeving. Naar zijn oordeel worden deze grondbeginselen op geen enkele wijze geschaad binnen de eerste fase van de onderhavige inkoopprocedure. Immers, de methodiek die hier wordt gehanteerd, kan in grote mate vergeleken worden met de methodiek die heeft geleid tot het arrest Falk-Pharma. Wellicht roept dit de vraag op of de vergelijking gerechtvaardigd is, omdat het niet enkel gaat om onderdelen maar ook om het geheel van maatregelen. Anderzijds kan niet worden ontkend dat binnen de fase zelf alle ondernemers die deelnemen aan de procedure op een gelijke wijze worden behandeld en er ook geen afbreuk wordt gedaan aan de overige grondbeginselen. Er worden geen selectiecriteria gesteld, waarbij een weging plaatsvindt op basis van een onderlinge vergelijking. De mededinging – waar ondernemer een beroep op doet – is immers geen onderdeel van de grondbeginselen. Daarbij speelt voor aanbesteder in belangrijke mate mee dat ondernemer zich heeft ingeschreven en ook onvoorwaardelijk akkoord is gegaan met de procedure. Gelijktijdig klaagt

ondernemer over een deel van de inkoopprocedure waarbij de mededinging in het geheel niet aan de orde is.

- 4.2. Aanbesteder wenst de Commissie ervan op de hoogte te stellen dat ondernemer direct na het verschijnen van de leidraad op zijn minst de indruk heeft gewekt geen problemen te hebben met de voorgestelde inkoopprocedure. Dit blijkt niet alleen uit de huidige inschrijving, maar tevens uit een schriftelijk uitwisseling van standpunten tussen aanbesteder en ondernemer waarin laatste heeft aangegeven de inkoopprocedure "oké" te vinden indien er maar goed over was nagedacht. Desgewenst kan deze correspondentie worden overgelegd aan de Commissie. Er kan de aanbestedende dienst mogelijk van alles worden verweten maar zeker niet dat er onvoldoende is nagedacht over de opzet van de procedure. Aanbesteder heeft een belangrijke rol gespeeld bij het tot stand komen van de inkoopmethodiek rondom 'Open House'. Ook in die gevallen is door nadere duiding middels jurisprudentie gebleken dat het samenstel van regelgeving niet leidend is boven de doelstelling van de grondbeginselen. Sterker nog: het gehele samenstel van regelgeving is in die zaken buiten werking gesteld.
- 4.3. Dat aanbesteder zich mogelijk in een lastige positie zou kunnen begeven indien zij de eerste fase doorzet zonder een advies of een gerechtelijk oordeel af te wachten, is hem bekend. Anderzijds is aanbesteder van mening dat er nog voldoende mogelijkheden voor rechtsbescherming open staan. Immers de Alcatelperiode wordt door de aanbestedende dienst pas ingesteld ná de loting, maar vóór het sluiten van een overeenkomst. Tevens is het exclusieve recht beperkt gezien de mogelijkheid om, in bijzondere gevallen, gebruik te maken van de wachtkamervereenkomst. De ratio achter de huidige procedure is tevens dat aanbesteder meent dat zijn werkwijze voldoet aan de doelstellingen van de aanbestedingswetgeving, zoals reeds weergegeven in antwoord 5 van de definitieve nota van inlichtingen (zie de eerste Nota van Inlichtingen in 1.3.2 hiervoor, het antwoord op deze vraag is niet gewijzigd in de tweede Nota van Inlichtingen).
- 4.4. Aanbesteder zal voorafgaand aan het sluiten van de definitieve overeenkomst het advies van de Commissie, indien dit tijdig beschikbaar is, meenemen in haar overweging of zij daadwerkelijk overgaat tot het sluiten van de betreffende raamovereenkomsten. Los van de planning in het aanbestedingsdocument geeft aanbesteder aan dat hij verwacht dat het systeem van facturering en rapportages dat in het Programma van Eisen is omschreven pas begin 2020 van kracht wordt.
- 4.5. De opzet van de inkoopprocedure is naar de mening van aanbesteder niet evident in strijd met de beginselen. Immers, de beginselen die primair bestaan uit transparantie, objectiviteit, non-discriminatie, proportionaliteit en gelijke behandeling worden zowel afzonderlijk als gezamenlijk gerespecteerd. Ondernemer heeft net als alle andere gegadigden een gelijke kans op een positieve dan wel negatieve uitslag van de loting. Voor het beperken van de groep van inschrijvers heeft aanbesteder een heldere uitleg. Aanbesteder heeft voor de afzonderlijke functies een reële financiële bandbreedte bepaald waarbinnen het aanbod in de tweede fase dient te blijven. In tegenstelling tot een systematiek zoals een Dynamisch Aankoop Systeem waarbij alle ondernemers worden toegelaten tot de tweede fase maakt aanbesteder gebruik van de mogelijkheid tot beperking van het aantal ondernemers. Dit doet zij conform een procedure waarbij de aanbestedende dienst geen enkel gunningcriterium gebruikt voor het vergelijken en rangschikken van de ontvangen inschrijvingen. Dit is analoog aan de methodiek die ter discussie stond in het arrest Tirkkonen. Naar de mening van aanbesteder is het dan ook de vraag of de gehele eerste fase inclusief het afsluiten van een overeenkomst ressorteert onder de aanbestedingswetgeving. Immers pas nadat de rangschikking heeft plaatsgevonden kan er bij een nadere uitvraag een overheidsopdracht ontstaan.

- 4.6. Aanbesteder kan zich voorstellen dat de Commissie wil weten waarom de aanbestedende dienst kiest voor een samenstel van inkoopmethodieken, waaruit een nieuwe inkoopmethodiek ontstaat, die enerzijds redelijk eenvoudig van opzet lijkt maar anderzijds een principiële juridisch vraagstuk oplevert. Er kan zeker gesteld worden dat deze situatie voorzienbaar was. Dit komt doordat aanbesteder op inkoopgebied wenst te onderzoeken of nieuwe methodieken kunnen leiden tot een betere aansluiting bij de doelstelling van de grondbeginselen van de vigerende wetten en regelgeving. Aanbesteder is van mening dat het niet waardevol is om een selectie te maken tussen aanbieders als hij primair op zoek is naar het beste aanbod. Zeker daar waar het de inkoop van diensten betreft. In tegenstelling tot goederen en werken gaat het bij diensten niet zozeer om de kwaliteit van de aanbieder maar om de kwaliteit van het aanbod, waarbij er zeker niet kan worden gesteld dat de 'beste aanbieder' ook een garantie betekent voor het leveren van het 'beste aanbod'. Het aanbod bestaat immers uit unieke dienstverleners. De vraag is dan ook gerechtvaardigd of onderscheid tussen de aanbieders onderling relevant is voor de aanbestedende dienst. Naar de mening van aanbesteder bestaat er ook geen meetlat die een dergelijk onderscheid objectief kan vaststellen. Aanbesteder stelt zich daarom op het standpunt dat de onderhavige procedure een beter alternatief biedt. In het antwoord op vraag 58 van de Nota van Inlichtingen heeft aanbesteder dit uitvoerig toegelicht (zie 1.6.2 hiervoor).
- 4.7. Vervolgens gaat aanbesteder in op de vraag waarom hij geen gebruik maakt van een in de wet vastgelegde methodiek van een dynamisch aankoopstelsel. Ook bij een dynamisch aankoopstelsel wordt een selectie gemaakt tussen aanbieders. Enerzijds is aanbesteder van mening dat inhuur met personen niet tot gangbare producten kunnen worden gerekend. Anderzijds is aanbesteder van mening dat de procedure niet proportioneel is gezien het feit dat de ondernemers binnen een dynamisch aankoopstelsel reëel gezien een zeer kleine kans hebben op verwerving van de nadere opdrachten. Dit is overigens niet enkel disproportioneel voor ondernemers maar ook voor aanbestedende diensten. Aanbesteder is daarbij van mening dat hij door de methodiek van het dynamisch aankoopstelsel geen invulling kan geven aan het uitgangspunt van artikel 1.4 Aw 2012 waarbij hij zorg dient te dragen voor het leveren van zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen. Ondernemer wijst hier terecht op in haar vraagstelling. Het optuigen van systemen waarmee dergelijke methodieken in de lucht moeten worden gehouden is naar de mening van aanbesteder geen goed voorbeeld van het doelmatig besteden van overheidsuitgaven.
- 4.8. Ondernemer wijst erop dat er talrijke mogelijkheden zouden zijn om de prijs-kwaliteitsverhouding te beoordelen. Ondernemer heeft er echter niets op tegen dat aanbesteder een vaste financiële bandbreedte hanteert. Volgens aanbesteder kan er dan ook helemaal geen sprake zijn van een verhouding, omdat binnen de onderhavige inkoopprocedure prijs niet wordt gewogen ten opzichte van kwaliteit. Ondernemer heeft evenmin bezwaar gemaakt tegen het ontbreken van kwaliteitscriteria. Ondernemer stelt weliswaar dat dergelijke criteria er zouden moeten zijn maar benoemt er zelf geen. Het zou toch in de rede hebben gelegen dat ondernemer op zijn minst één objectief essentieel criterium had aangedragen, indien er wezenlijke zaken ontbraken. Aanbesteder constateert dat dit niet het geval is.
- 4.9. Voorts stelt ondernemer dat een van de wezenlijke doelen het stimuleren van concurrentie zou zijn. Naar de mening van de aanbesteder is dit echter geen juiste weergave. De 'spelregels' van de wetgeving zijn immers primair opgesteld om het vrij verkeer van goederen, diensten en kapitaal binnen of tussen EU-lidstaten te bevorderen en een optimale marktwerking te bereiken. Optimale marktwerking is echter iets anders dan het stimuleren van concurrentie of het bevorderen van mededinging. Bij een optimale marktwerking is immers een van de randvoorwaarden dat het gaat om homogene producten of diensten. Bij het inhuren van personeel is

echter geen sprake van een homogeen product of dienst maar van maximaal een geclusterde indeling van kenmerken van kennis en competenties.

- 4.10. In de klacht van ondernemer wordt tevens aangegeven dat aanbesteder eerdere bezwaren van de ondernemer ongemotiveerd heeft verworpen. Aanbesteder kan zich niet verenigen met dit standpunt. Op alle bezwaren van ondernemer heeft aanbesteder zowel in de eerste als in de definitieve Nota van Inlichtingen gereageerd.
- 4.11. Daarnaast stelt ondernemer dat aanbesteder jurisprudentie op het gebied van loting volledig genegeerd zou hebben. Ook dit punt is onjuist. Aanbesteder heeft uitgebreid kennis genomen van de jurisprudentie zoals blijkt uit antwoord 40 van de Nota van Inlichtingen. Aanbesteder is echter van mening dat deze specifieke jurisprudentie niet toepasbaar is op de onderhavige procedure en heeft dat ook expliciet toegelicht aan ondernemer. Dat er verschil van mening bestaat tussen ondernemer en aanbesteder is hem duidelijk, echter dat staat niet gelijk aan het negeren van een uitspraak.
- 4.12. Tot slot stelt ondernemer dat aanbesteder handelt met het principe "BPK, tenzij". Aanbesteder deelt deze mening niet. Immers dit zou inhouden dat aanbesteder volledig aan dit principe voorbij zou zijn gegaan. Dit is niet juist, aanbesteder heeft er echter voor gekozen om dit principe enkel te gebruiken voor daadwerkelijke gunning bij het verwerven van het aanbod en niet bij de 'selectie' om te komen tot een gereduceerd aantal aanbieders. Juist vanwege dit essentiële verschil heeft aanbesteder ook gekozen voor een 'selectiemethode' die niet enkel niet verboden is in de aanbestedingswetgeving maar waarvan mogelijk tevens gesteld kan worden dat de wetgeving in de betreffende fase mogelijk helemaal nog geen rechtswerking kent.
- 4.13. Aanbesteder is gezien bovenstaande reactie in combinatie met de uiteenzetting die hij reeds heeft gedaan in de Nota van Inlichtingen van mening dat hij een zeer bedachtzaam en zorgvuldig proces heeft doorlopen. Toetsing door de Commissie acht hij, mede gezien het feit dat de ondernemer zich op voorhand benadeeld acht, dan ook van belang, omdat aanbesteder beseft dat hij in afwijking van gangbare methodieken een inkoopmethodiek presenteert die naar zijn mening weliswaar volledig voldoet aan geldende jurisprudentie alsmede de grondbeginselen van de aanbestedingswetgeving maar anderzijds een kanteling teweeg kan brengen binnen de inkoop in het algemeen en de inkoop van diensten in het bijzonder. Een advies van de Commissie acht zij dan ook zeer waardevol. Of het advies van de Commissie voldoende grond heeft tot staking, wijziging of voorzetting van de procedure en/of mogelijk het ontbinden van een gesloten overeenkomst acht aanbesteder een afweging die hij zelfstandig zal moeten maken, tenzij er sprake is van een gerechtelijke uitspraak die daartoe aanleiding geeft. Het is daarbij zeker niet zo dat aanbesteder primair op een gerechtelijke uitspraak koerst. Aanbesteder is echter momenteel nog van mening dat zijn inkoopprocedure geen enkele ondernemer direct of indirect benadeelt.

## 5. Reactie ondernemer

Dat ondernemer in een eerder stadium heeft aangegeven de inkoopprocedure "oké" te vinden (zie 4.2 hiervoor), is volgens ondernemer compleet uit zijn verband gehaald. Ondernemer geeft aan dat deze discussie startte met de volgende opmerking van ondernemer: "ik begrijp niet dat jullie voor loten hebben gekozen om inkoopadviseurs in de markt te zetten. Begrijp ik écht niet..."

## 6. Beoordeling

- 6.1. De Commissie stelt vast dat aanbestede op 28 maart 2019 een Europese openbare procedure heeft aangekondigd voor een raamovereenkomst met meerdere ondernemers voor diensten voor de inhuur van inkoopadviseurs en contractbeheerders. Noch in de aankondiging, noch in het Aanbestedingsdocument heeft aanbestede aangegeven een ander soort procedure te hanteren. In paragraaf 2.1 van het Aanbestedingsdocument heeft aanbestede nog eens bepaald dat deze aanbesteding plaatsvindt volgens Richtlijn 2014/24/EU en de Aanbestedingswet 2012. Op deze aanbestedingsprocedure zijn in beginsel dan ook – onder andere – de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en 2 van de Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit. De Commissie gaat hier in het kader van de behandeling van de klacht nog uitvoeriger op in (zie 6.5 hierna).
- 6.2. Allereerst zal de Commissie de vraag behandelen of zij de klacht in behandeling kan nemen. De enkele omstandigheid dat ondernemer in de onderhavige aanbestedingsprocedure een inschrijving heeft ingediend en daarmee zou hebben ingestemd met de voorwaarden van de aanbestedingsprocedure, ontnemt hem naar het oordeel van de Commissie niet het recht om ten aanzien van de loting een klacht in te dienen bij de Commissie. Ondernemer heeft zijn bezwaren immers reeds vóór inschrijving kenbaar gemaakt (vgl. Advies 415, overweging 5.2.4).
- 6.3. Alvorens vervolgens tot behandeling van de klacht over te gaan, geeft de Commissie eerst het toetsingskader weer.
- 6.3.1. In artikel 2.44, 46 en 47 Aw 2012 is bepaald:

### 'Artikel 2.44

Een aanbestedende dienst die een raamovereenkomst wil sluiten, past daartoe een van de volgende procedures toe:

- a. de openbare procedure;
- b. de niet-openbare procedure;
- c. indien dat op grond van artikel 2.28 is toegestaan, de procedure van de concurrentiegerichte dialoog;
- d. indien dat op grond van artikel 2.30 is toegestaan, de mededingingsprocedure met onderhandeling;
- e. indien dat op grond van de artikelen 2.32 tot en met 2.36 is toegestaan, de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging;
- f. indien dat op grond van artikel 2.31a is toegestaan, de procedure van het innovatiepartnerschap;
- g. indien dat op grond van artikel 2.38 is toegestaan, de procedure voor sociale en andere specifieke diensten.

(...)

### Artikel 2.46

Een aanbestedende dienst die een overheidsopdracht wil plaatsen met gebruikmaking van een raamovereenkomst die hij gesloten heeft met meer dan één

ondernemer, past de procedure voor het gunnen van een overheidsopdracht door middel van een raamovereenkomst met meer dan één ondernemer toe, indien deze raamovereenkomst overeenkomstig artikel 2.44 is gesloten.

#### **Artikel 2.47**

1. In het in artikel 2.46 bedoelde geval past de aanbestedende dienst de voorwaarden van de raamovereenkomst toe, zonder de betrokken ondernemers opnieuw tot mededinging op te roepen.
2. Indien niet alle voorwaarden in de raamovereenkomst zijn bepaald, doorloopt de aanbestedende dienst de volgende stappen. De aanbestedende dienst:
  - a. vraagt de betrokken ondernemers de inschrijvingen in te dienen;
  - b. beoordeelt de aangevulde inschrijvingen volgens de in de raamovereenkomst of aanbestedingsstukken vastgestelde gunningscriteria;
  - c. kan de overeenkomst sluiten.'

6.3.2. In artikel 2.114, lid 1 en 2, en 2.115, lid 1, Aw 2012 is bepaald:

#### **'Artikel 2.114**

1. De aanbestedende dienst gunt een overheidsopdracht op grond van de naar het oordeel van de aanbestedende dienst economisch meest voordelige inschrijving.
2. De economisch meest voordelige inschrijving wordt door de aanbestedende dienst vastgesteld op basis van de:
  - a. beste prijs-kwaliteitverhouding,
  - b. laagste kosten berekend op basis van kosteneffectiviteit, zoals de levenscycluskosten, bedoeld in artikel 2.115a, of
  - c. laagste prijs.
3. (...)

#### **Artikel 2.115**

1. De aanbestedende dienst die de economisch meest voordelige inschrijving vaststelt op basis van de beste prijs-kwaliteitverhouding, maakt in de aankondiging van de overheidsopdracht bekend welke nadere criteria hij stelt met het oog op de toepassing van dit criterium.
2. (...)

6.4. De Commissie zal nu overgaan tot de beoordeling van de klacht.

6.5. Aanbesteder stelt zich onder andere op het standpunt (zie onder meer 4.1 en 4.5 hiervoor) een inkoopprocedure te hebben gehanteerd die in lijn is met de arresten Falk Pharma (HvJ EU van 2 juni 2016, zaak C-410/14, ECLI:EU:C:2016:399) en Tirkkonen (HvJ EU van 1 maart 2018, zaak C-9/17, ECLI:EU:C:2018:142). De Commissie overweegt ten aanzien van dit standpunt het volgende.

6.5.1. Uit de door aanbesteder genoemde arresten kan – kort gezegd – worden afgeleid dat Richtlijn 2014/24/EU niet van toepassing is op een inkoopprocedure die de kenmerken heeft van een toelatingsprocedure, waarbij aan alle ondernemingen die aan bepaalde eisen voldoen toegang wordt verleend tot de overeenkomst die het object is van de procedure (vgl. Advies 441).

6.5.2. De Commissie stelt vast dat de door aanbesteder gehanteerde inkoopprocedure niet de kenmerken vertoont van een toelatingsprocedure zoals hiervoor bedoeld. Anders dan het geval was in de zaken Falk Pharma en Tirkkonen, zal aanbesteder immers met slechts een aantal ondernemingen die aan de toelatingseisen voldoen een raamovereenkomst sluiten. Met de overige ondernemingen zal hij dat niet doen, hoewel ook die ondernemingen aan de (toelatings)eisen voldoen. Dat die andere ondernemingen wel in aanmerking komen voor een "wachtkamerovereenkomst" met aanbesteder, doet aan het voorgaande niet af.

- 6.5.3. Aanbesteder erkent een en ander ook zelf: wat hij naar eigen zeggen doet, is gebruik maken van de mogelijkheid tot beperking van het aantal ondernemers met wie hij een raamovereenkomst zal sluiten (zie 4.5 hiervoor). Aanbesteder merkt in dat kader nog op dat hij geen enkel gunningcriterium gebruikt voor het vergelijken en rangschikken van de ontvangen inschrijvingen (zie opnieuw 4.5 hiervoor). Aanbesteder gaat er daarmee echter aan voorbij dat hij wel degelijk een verdelingsprocedure toepast – een loting – en dat hij met behulp van die procedure een selectie maakt van ondernemers aan wie hij exclusief een raamovereenkomst gunt (zie het arrest Falk Pharma (HvJ EU van 2 juni 2016, zaak C-410/14, ECLI:EU:C:2016:399), rov. 35 t/m 37).
- 6.5.4. Alles overwegende is de Commissie dan ook van oordeel dat Richtlijn 2014/24/EU van toepassing is op de onderhavige inkoopprocedure, nu die procedure kwalificeert als een aanbesteding van een raamovereenkomst met meerdere ondernemers.
- 6.6. Vervolgens zal de Commissie ingaan op de vraag of de gunning van de raamovereenkomsten enkel mag worden bepaald door een loting. Daarbij sluit de Commissie aan bij haar oordeel in Advies 271, overwegingen 5.5.6-5.5.11 (JAAN 2016/107, m.nt. C.J. Wolswinkel). Anders dan ondernemer betoogt, is het naar het oordeel van de Commissie niet zo dat in de context van de aanbesteding van overheidsopdrachten en raamovereenkomsten de keuze voor een verdelingscriterium dat is gebaseerd op een andere procedure dan de vergelijkende toets – zoals bijvoorbeeld de procedure van loting – in strijd zou zijn met de beginselen van aanbestedingsrecht. Ook de lotingprocedure is immers een procedure die – mits deugdelijk ontworpen en uitgevoerd – recht doet aan die beginselen.
- 6.6.1. In dit verband kan verder worden opgemerkt dat een aanbestedende dienst in een aantal gevallen ook overigens de bevoegdheid heeft om zelf te bepalen aan de hand van welke procedure en met behulp van welk verdelingscriterium hij de winnende inschrijving kiest, vooropgesteld dat hij dat dan doet in overeenstemming met de beginselen van aanbestedingsrecht. Te denken valt aan de wettelijke regelingen voor sociale diensten en andere specifieke diensten van artikel 2.38 en 2.39 Aw 2012 en de wettelijke regelingen van de nationale en de meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedures in de afdelingen 1.2.3 respectievelijk 1.2.4 Aw 2012. Deze regelingen bepalen weliswaar dat een aanbestedende dienst de beginselen van aanbestedingsrecht in acht moeten nemen, maar laten de aanbestedende dienst verder vrij in de keuze van het toe te passen gunningscriterium. Bij die keuze moet hij vervolgens niet alleen de beginselen van aanbestedingsrecht in acht nemen, maar ook het bepaalde in afdeling 1.2.1 van de Aw 2012, in het bijzonder art. 1.4 Aw 2012 (zie hierover ook C.E.C. Jansen, 'Gunnings op basis van een loting in geval van een vrijwillige aanbesteding', JAAN 2015/220).
- 6.6.2. In het geval echter dat sprake is van een Europese aanbesteding van een reguliere raamovereenkomst onder de werkingssfeer van Deel 2 van de Aw 2012, zoals in het onderhavige geval, is de keuzevrijheid van een aanbestedende dienst verder aan banden gelegd. In een dergelijk geval moet een aanbestedende dienst op grond van artikel 2.114 en 2.115 Aw 2012 immers een vergelijkende toets uitvoeren. Dat blijkt nadrukkelijk ook uit overweging 90 van Richtlijn 2014/24/EU, waarin onder andere is bepaald:

'Uitdrukkelijk moet worden bepaald dat bij het vaststellen van de economisch meest voordelige inschrijving de beste prijs-kwaliteitsverhouding bepalend is; deze moet altijd een prijs- of kostenelement bevatten.'

6.6.3. Het voorgaande blijkt ook uit overweging 92 van Richtlijn 2014/24/EU, waarin onder andere is bepaald:

‘Met het oog op het beoordelen van de beste prijs-kwaliteitsverhouding moet de aanbestedende dienst bepalen welke economische en kwalitatieve criteria in verband met het voorwerp van het contract hij zal aanleggen. Deze criteria moeten dus een vergelijkende beoordeling van het prestatieniveau van iedere inschrijving mogelijk maken met betrekking tot het voorwerp van de opdracht, zoals omschreven in de technische specificaties.’

6.6.4. Tot slot dient nog te worden gewezen op hetgeen in overweging 93 in fine van Richtlijn 2014/24/EU is bepaald:

‘Gelet op de talrijke mogelijkheden om de prijs-kwaliteitsverhouding te beoordelen aan de hand van essentiële criteria, moet loting als enig middel voor de gunning van de opdracht worden vermeden.’

6.6.5. Deze overweging lijkt te impliceren dat loting als methode om tot gunning van de opdracht te komen is toegestaan als onderdeel van een meeromvattende vergelijkende toets. Opgemerkt dient echter te worden dat de geciteerde overweging betrekking heeft op het bijzondere geval dat de beloning voor bepaalde diensten of de prijzen voor bepaalde leveringen in nationale wet- en regelgeving zijn vastgesteld. In het vonnis van de rechtbank Den Haag van 12 december 2015 heeft de voorzieningenrechter geoordeeld dat de toepasselijke wet- en regelgeving loting als methode om tot gunning van de opdracht te komen niet verbiedt als onderdeel van een meeromvattende vergelijkende toets, mits eerst de verplichte vergelijking op prijs- en kwaliteitscriteria heeft plaatsgevonden. Naar het oordeel van de rechter had de in die zaak gehanteerde beoordelingsmethodiek niet geleid tot gunning op basis van een vergelijkende beoordeling (ECLI:NL:RBDHA:2015:14662, JAAN 2016/53 m.nt. C.J. Wolswinkel, r.o. 5.4-5.8). Aangezien in de onderhavige zaak een vergelijkende toets echter in het geheel geen deel uitmaakt van de gunningsmethode, laat de Commissie in dit advies in het midden of en in hoeverre loting, als onderdeel van een meeromvattende vergelijkende toets, ook buiten het hiervoor genoemde bijzondere geval naar haar oordeel is toegestaan.

6.6.6. Aanbesteder heeft aangekondigd een Europese openbare procedure te houden. Noch in de aankondiging, noch in het Aanbestedingsdocument heeft aanbestededer aangegeven een ander soort procedure te hanteren. Er is gesteld noch gebleken dat aanbestededer een procedure als bedoeld in artikel 2.44, sub c, d, e, f of g, Aw 2012 heeft toegepast. Aanbesteder past derhalve overeenkomstig artikel 2.44, onder a, Aw 2012 een Europese openbare procedure toe voor het sluiten van een raamovereenkomst met meerdere ondernemers.

6.6.7. Nu sprake is van een Europese openbare procedure zijn de artikelen 2.114 en 2.115 Aw 2012 van toepassing en dienen de raamovereenkomsten te worden gesloten met de drie ondernemingen die de economisch meest voordelige inschrijving hebben gedaan.

6.6.8. Het voorgaande betekent dat aanbestededer naar het oordeel van de Commissie in strijd handelt met artikel 2.114 en 2.115 Aw 2012 door de gunningsbeslissing voor het sluiten van de raamovereenkomsten enkel te baseren op de uitkomst van een loting.



6.7. Daarmee is de klacht naar het oordeel van de Commissie gegrond.

**7. Advies**

De Commissie acht de klacht **gegrond**.

Den Haag, 6 juni 2019

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

Mr. drs. T.H. Chen  
Commissielid