

Advies 554 | Samenvatting

De klacht ziet op een Europese openbare aanbesteding voor het sluiten van raamovereenkomsten met meerdere ondernemers voor inhuur van flexibele arbeidskrachten. Geklaagd wordt, onder meer, dat de (relatieve) beoordelingsmethode bij het financiële subgunningscriterium het risico in zich bergt dat de inschrijver die als winnaar uit de bus komt niet steeds de partij is die – per saldo – de beste prijs-kwaliteitverhouding aanbiedt. De Commissie acht die klacht gegrond.

Klachtonderdeel 1

De ondernemer klaagt dat aanbesteder in strijd handelt met de artikelen 1.4, lid 2, en 2.114 Aw 2012 door een gunningssystematiek te hanteren die het risico in zich bergt dat de inschrijver die als winnaar uit de bus komt niet steeds de partij is die – per saldo – de beste prijs-kwaliteitverhouding aanbiedt.

Bij de beoordeling van dit klachtonderdeel sluit de Commissie aan bij het toetsingskader in Advies 504. Naar het oordeel van de Commissie is het hanteren van een relatieve beoordelingsmethode met de mogelijkheid van rank reversal in strijd met de artikelen 67, lid 5, Richtlijn 2014/24/EU en 2.115, lid 4 en 5, Aw 2012 en de beginselen van gelijke behandeling en transparantie in het geval dat de inhoud van de scoreregels van een of meer subgunningscriteria pas na inschrijving komt vast te staan en deze inhoud de voorbereiding van de inschrijvingen wezenlijk kan beïnvloeden. Naar het oordeel van de Commissie bestaat in dat geval bovendien het risico dat de opdracht niet wordt gegund aan de inschrijver met de – naar het oordeel van de aanbestedende dienst – economisch meest voordelige inschrijving. Daarmee handelt de aanbestedende dienst in het hiervoor bedoelde geval ook in strijd met art. 2.114 Aw 2012.

De Commissie constateert dat aanbesteder een relatieve beoordelingsmethode met de mogelijkheid van 'rank reversal' heeft gehanteerd. De klacht betreft het financiële subgunningscriterium. Het maximaal aantal te behalen punten (200 punten) wordt toegekend aan de inschrijving met het laagst gewogen gemiddeld bedrijfstarief. De daarop volgende inschrijvingen in de rangorde krijgen met stappen van 15 punten in mindering punten toegekend. De aan een inschrijving voor dit subgunningscriterium toe te kennen score wordt dus bepaald op basis van een vergelijking met één of meer andere inschrijvingen. Er is bovendien sprake van een relatieve beoordelingsmethode met de mogelijkheid van 'rank reversal'.

De te beantwoorden vraag is vervolgens of het eerst na inschrijving vast komen te staan van de inhoud van de scoreregels voor het financiële subgunningscriterium in het onderhavige geval de voorbereiding van de inschrijvingen wezenlijk kan beïnvloeden. De Commissie constateert dat aan het financiële subgunningscriterium geen overheersende invloed is gegeven door aanbesteder. Voor de kwalitatieve subgunningscriteria zijn maximaal 800 punten te behalen, waarbij het volledige spectrum van 0 tot 800 punten wordt gebruikt. Voor het financiële subgunningscriterium kunnen maximaal 200 punten worden behaald. Anders dan bij de kwalitatieve subgunningscriteria, is het bij het financiële subgunningscriterium afhankelijk van het aantal inschrijvers of het volledige spectrum van 0 tot 200 punten wordt gebruikt. De stappen tussen de opeenvolgende gewogen gemiddelde bedrijfstarieven bedragen 15 punten.

Verder constateert de Commissie dat de score van een inschrijving voor het financiële subgunningscriterium volledig afhankelijk is van het aantal inschrijvers dat een lager gewogen gemiddeld bedrijfstarief heeft geboden. De Commissie neemt aan dat dat aantal vóór inschrijving voor een inschrijver moeilijk zal zijn in te schatten. Dit betekent dat een inschrijver vóór inschrijving niet goed kan inschatten of een hogere kwaliteit met een hoger tarief beter of slechter zal scoren dan een lagere kwaliteit met een lager tarief. Een inschrijver heeft dus onvoldoende informatie om zijn inschrijving in het kader van deze gunningssystematiek te kunnen optimaliseren. Naar het oordeel van de Commissie kan de uiteindelijke inhoud van de scoreregule voor het financiële subgunningscriterium dan ook de voorbereiding van de inschrijvingen wezenlijk beïnvloeden. Dat ondernemer verwacht dat de gewogen gemiddelde bedrijfstarieven maar zeer beperkt van elkaar zullen verschillen, doet aan het voorgaande niet af. Bij een groot aantal inschrijvers kan een klein verschil in de geboden bedrijfstarieven immers een groot effect op de score hebben. Bovendien betreft het een gewogen gemiddeld bedrijfstarief en kunnen kleine verschillen in dat tarief bij grote afnamevolumes tijdens de uitvoering toch grote effecten hebben.

Daarmee komt de Commissie tot het oordeel dat aanbesteder met de onderhavige relatieve beoordelingsmethode in strijd handelt met de artikelen 67, lid 5, Richtlijn 2014/24/EU en 2.115, lid 4 en 5, Aw 2012 en de beginselen van gelijke behandeling en transparantie. Naar het oordeel van de Commissie hanteert aanbesteder daarmee bovendien een methode die het risico in zich draagt dat de opdracht niet wordt gegund aan de inschrijver met de – naar het oordeel van aanbesteder – economisch meest voordelige inschrijving. Daarmee acht de Commissie klachtonderdeel 1 **gegrond**.

Klachtonderdeel 2

In dit klachtonderdeel klaagt de ondernemer dat de aanbesteder zijn klacht niet goed heeft afgehandeld. De Commissie is – in lijn met haar eerdere adviezen op dit punt – van oordeel dat de wijze waarop een aanbestedende dienst omgaat met een klacht die bij hem is ingediend weliswaar als een handelen of nalaten van die aanbestedende dienst kwalificeert, maar niet als een handelen of nalaten dat binnen de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012 valt. De Commissie neemt dit klachtonderdeel derhalve **niet in behandeling**.

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 554

1. Feiten

- 1.1. Aanbesteder heeft op 15 augustus 2019 een Europese openbare aanbesteding aangekondigd voor het sluiten van raamovereenkomsten met meerdere ondernemers voor inhuur van flexibele arbeidskrachten. De opdracht is verdeeld in drie percelen.
- 1.2. Perceel 1 betreft algemene functies. Voor dit perceel zal een raamovereenkomst met drie ondernemers worden afgesloten. Perceel 2 betreft personeel voor het klantencontactcentrum en voor dit perceel heeft aanbesteder de intentie met vijf ondernemers een raamovereenkomst af te sluiten. Perceel 3 betreft juridische functies in het kader van bezwaar en beroep en voor dit perceel zal een raamovereenkomst met twee ondernemers worden afgesloten.
- 1.3. In de Uitnodiging tot Inschrijving Openbare Europese aanbesteding Inhuur Flexibele Arbeidskrachten van 15 augustus 2019 (hierna: Uitnodiging tot Inschrijving) is, onder meer, het volgende bepaald:

'2 Inhoud van de opdracht

2.1 Inhoudelijke beschrijving van de opdracht

2.1.1 Doelstelling van de opdracht en omschrijving inkoopbehoefte

De onderhavige opdracht ziet samengevat op de levering van Flexibele Arbeidskrachten. Aanbesteder beoogt derhalve met deze opdracht te komen tot raamovereenkomsten met landelijk opererende leveranciers.

(...)

8 Gunning

(...)

8.2 Gunningscriteria

8.2.1 Algemeen

Bij deze aanbesteding wordt als gunningscriterium dat van de beste prijs- kwaliteitsverhouding gehanteerd. Aanbesteder maakt hierbij onderscheid tussen gunningscriteria van kwalitatieve aard en gunningscriteria van financiële aard. Voor de diverse criteria geldt op hoofdniveau de onderstaande maximale puntenverdeling:

Perceel 1 – Algemene functies / Perceel 2- (...) Klantencontact en Perceel 3 B&B Juridische functie

Gunningscriteria	Verdeling
1. Kwalitatieve gunningscriteria	80%
2. Financieel gunningscriterium	20%
Totaal	100%

8.2.2 Kwalitatieve aspecten van de Inschrijving

De kwalitatieve aspecten van deze aanbesteding worden beoordeeld door middel van de combinatie papier / presentatie van de uitgevraagde casussen op hieronder vermelde gunningscriteria.

Perceel 1 Algemeen

Inschrijver levert bij Inschrijving per casus op papier zijn antwoord op de gestelde vragen aan. Tijdens de presentatie geeft Inschrijver een toelichting en is er voor de beoordelingscommissie gelegenheid om verificatievragen te stellen. (...)

Perceel 2 (...) Klantencontact

(...)

Perceel 3 B&B Juridische functie

(...)

8.2.3 Beoordelingsmethodiek kwaliteit

Naarmate de aangeboden kwaliteit op de uitgevraagde kwalitatieve aspecten van de Inschrijving beter is, wordt de Inschrijving beter beoordeeld conform de beoordelingsmethodiek zoals hieronder is beschreven.

Beoordeling	Te behalen percentage	Omschrijving
Uitstekend	100%	Inschrijver scoort uitstekend indien zijn schriftelijke uitwerking in combinatie met de presentatie alle gevraagde onderdelen bevat, de beantwoording bovendien duidelijk, begrijpelijk en realistisch is en Inschrijver daarnaast Aanbesteder overtuigt dat uitstekende dienstverlening wordt geboden.
Goed	85%	Inschrijver scoort goed indien zijn schriftelijke uitwerking in combinatie met de presentatie alle gevraagde onderdelen bevat, de beantwoording bovendien duidelijk, begrijpelijk en realistisch is en Inschrijver daarnaast Aanbesteder overtuigt dat goede dienstverlening wordt geboden.
Voldoende	55%	Inschrijver scoort voldoende indien zijn schriftelijke uitwerking in combinatie met de presentatie alle gevraagde onderdelen bevat maar de beantwoording niet geheel duidelijk, begrijpelijk, concreet of overtuigend is en/of Inschrijver Aanbesteder overtuigt dat voldoende dienstverlening wordt geboden.
Onvoldoende	25%	Inschrijver scoort onvoldoende indien zijn schriftelijke uitwerking in combinatie met de presentatie niet alle gevraagde onderdelen bevat en/of de beantwoording merendeels niet duidelijk, niet begrijpelijk of niet realistisch is en/of Inschrijver Aanbesteder overtuigt dat onvoldoende dienstverlening wordt geboden.
Slecht	0%	Inschrijver heeft geen informatie aangeleverd en/of de vraag in zijn geheel niet beantwoord.

8.2.4 Financiële aspecten van de inschrijving

Voor het indienen van de gegevens ten behoeve van het gunningcriterium prijs wordt gebruik gemaakt van de TarievenTool op basis waarvan Uurtarieven afgesproken worden. (...)

8.2.5 Beoordelingsmethodiek financieel

Het is de wens van Aanbesteder om te komen tot een fair en transparant tarief voor beide Partijen en tot het inzichtelijk maken van de toegevoegde waarde van een Inschrijver. In de Overeenkomst wordt een TarievenTool gehanteerd op basis waarvan Uurtarieven afgesproken worden.

(...)

De maximaal te behalen score voor de prijs is 200 punten.

De beoordeling van het gunningcriterium prijs gebeurt aan de hand van een rangorde principe, waarbij de positie van de Inschrijver in de rangorde wordt bepaald middels het gewogen gemiddeld bedrijfstarief (het gewogen gemiddeld

bedrijfstarief wordt bepaald door de TCO berekening van de TarievenTool, afgerond op 2 decimalen). Het maximaal aantal te behalen punten (200 punten) wordt toegekend aan de Inschrijver met het laagst gewogen gemiddeld bedrijfstarief. De daarop volgende Inschrijvers in de rangorde krijgen met stappen van 15 punten in mindering de punten toegekend.
(...)'

1.4. In de eerste Nota van Inlichtingen zijn, onder meer, de volgende vragen en antwoorden opgenomen:

1.4.1. Vraag 25: 'Par 8.2.5 (...) Kunt u de prijsbeoordeling nader toelichten? Als wij het goed begrijpen is het aantal inschrijvers een belangrijke factor in het uiteindelijk aantal punten dat inschrijvers voor prijs kunnen behalen en niet het relatieve prijsverschil dat tussen de aangeboden prijzen bestaat. Stel er zijn in totaal 3 inschrijvers waarbij inschrijver 2 tarieven indient die 30% hoger zijn dan inschrijver 1 en inschrijver 3 tarieven hanteert die 50% hoger zijn dan inschrijver 1 dan ontvangen inschrijver 2 en 3 respectievelijk 185 en 170 punten voor prijs. Wanneer er 7 inschrijvers zijn en inschrijvers dicht bij elkaar zitten en slechts marginale verschillen in prijs hebben oplopend tot bijvoorbeeld 15% dan eindigt inschrijver 7 met 110 punten. Met andere woorden een relatief groot prijs verschil bij weinig inschrijvers kan leiden tot meer punten voor prijs dan een klein prijsverschil en veel inschrijvers. Wij denken dat een prijsbeoordeling die recht doet aan de werkelijke verschillen tussen de aangeboden prijzen meer recht doet aan het inkoopproces. Wij verzoeken u daarom de puntenverdeling recht evenredig te laten zijn met het relatieve verschil in prijs. Dit kan bijvoorbeeld met een formule $200 * (\text{laagste prijs} / \text{gedeeld door aangeboden prijs})$. Bent u bereid tot een dergelijke aanpassing?'

Antwoord: 'Hier is Aanbesteder niet toe bereid. Zie ook antwoord op vraag 116.'

1.4.2. Vraag 116 (vraag van ondernemer): 'Paragraaf 8.2.5. De beoordeling van het gunningscriterium prijs gebeurt aan de hand van het rangorde principe. Inschrijver met het laagst gewogen gemiddelde bedrijfstarief krijgt 200 punten toegekend. De daarop volgende inschrijvers in de rangorde krijgen met stappen van 15 punten in mindering de punten toegekend. Wij zien hierin een risico dat prijs onbedoeld een veel groter aandeel krijgt in deze Aanbesteding, dan de aangegeven 80/20 verhouding. Wanneer -bijvoorbeeld- 10 partijen inschrijven ontstaat er direct een groot gat van 150 punten dat dichtgelopen moet worden op kwaliteit. Het verschil in prijs kan echter minimaal zijn, echter door de stap van 15 in te bouwen wordt het verschil absoluut gezien veel groter. Wij adviseren u om een methodiek te hanteren waarin de prijsbeoordeling meer relatief wordt gedaan zodat het verschil representatiever is. Kunt u hiermee akkoord gaan? Zo niet, kunt u uw antwoord dan gemotiveerd uitleggen.'

Antwoord: 'Nee, de keuze voor deze stappen is bewust gekozen aangezien het relatief berekenen juist ervoor kan zorgen dat prijs in zijn geheel niet meeweegt. Derhalve zijn de stappen van 15 punten in mindering in optiek van Aanbesteder goed.'

1.4.3. Vraag 197 (betreffende 'UTI versus TarievenTool - Punten aftrek': 'In de UTI geeft u aan dat Inschrijvers in de rangorde steeds met stappen [*de tekst lijkt hier af te breken, Commissie*]'

Antwoord: 'Deze objectieve wijze van beoordelen heeft de voorkeur van Aanbesteder [*deze tekst is mogelijk afgebroken, Commissie*]'

1.5. In de tweede Nota van Inlichtingen zijn, onder meer, de volgende vragen en antwoorden opgenomen:

- 1.5.1. Vraag 25 (vraag van ondernemer): 'Nota van Inlichtingen 1, vraag 25 + 116 "In vraag 25 en 116 delen inschrijvers hun zorgen mbt de beoordeling van de prijs. In uw antwoord op vraag 116 geeft u aan dat dit een bewuste keuze is en dat het relatief berekenen ervoor zorgt dat prijs in zijn geheel niet meeweegt. Inschrijver deelt die mening niet. De beoordeling op basis van het rangorder principe kan ervoor zorgen ervoor dat prijs juist een veel groter aandeel krijgt. Het is namelijk ook afhankelijk van het aantal inschrijvers. Immers, bij 5 inschrijvers zullen de punten voor prijs tussen de 200 en de 140 punten liggen, maar bij 10 inschrijvers zullen de punten tussen 200 en 65 liggen. Er kan in dit laatste geval een minimaal verschil in prijs zijn tussen nr 1 en nr 10 van bijv slechts €0,20. Ondanks dit kleine verschil in prijs moet deze inschrijver die het laagst scoort op prijs wel 135 punten op de kwaliteit goedmaken om nog te kunnen winnen. Dit kan ertoe leiden dat niet de inschrijver met de beste prijs kwaliteit verhouding de aanbesteding wint, maar de kwalitatief minder scorende partij met de laagste prijs. Bij weinig inschrijvers, bijvoorbeeld 4, zou het kunnen voorkomen dat de nr 4 in prijs veel duurder is dan de eerste 3 partijen. Het verschil op het gemiddeld tarief tussen nr 1 en nr 4 zou bijvoorbeeld €2,00 kunnen zijn. Deze partij hoeft dan 'slechts' 40 punten beter te scoren met kwaliteit om alsnog te winnen. Ook in dit geval heeft u niet de beste prijs kwaliteit verhouding. Inschrijver is van mening dat dit niet de bedoeling kan zijn en wil u nogmaals verzoeken om de methodiek voor de prijsbeoordeling te herzien. Een goed alternatief is een relatieve formule waarbij de puntenverdeling meer evenredig is. Bijvoorbeeld: $200 * (\text{laagste prijs} / \text{aanboden prijs}) = \text{score prijs}$. Bent u bereid dit alsnog aan te passen?"'

Antwoord: 'De beoordelingssystematiek is bewust zo gekozen omdat Aanbesteder van de Inschrijvers verwacht dat zij marktconforme tarieven aanbieden. Dat wordt gediend door afwijkingen ten opzichte van de laagste offerte niet met een relatieve beoordeling te belonen. Dit uitgangspunt heeft Aanbesteder versleuteld in de gekozen beoordelingsmethodiek.'

- 1.5.2. Vraag 116: 'U geeft aan dat het relatief berekenen ervoor kan zorgen dat prijs in zijn geheel niet meeweegt. Kunt u dit toelichten? Verwacht u per perceel dan weinig inschrijvers? Zo ja, waar is uw aanname dan op gebaseerd.'

Antwoord: 'Zie antwoord op vraag 25.'

- 1.6. Op 16 oktober 2019 heeft ondernemer een brief aan aanbesteder gestuurd met onder meer de volgende inhoud:

'Graag wil ik [Aanbesteder] attent maken op een aantal aspecten aangaande de wijze waarop de aanbesteding voor de inhuur van flexibele arbeidskrachten is vormgegeven, dat ons serieuze zorgen baart. De gunningssystematiek (op het prijsdeel) vertoont sterke gelijkenis met de aanbesteding van [Aanbesteder] (...) vier jaar geleden. Hierdoor loopt [Aanbesteder] opnieuw het risico dat de gunningsuitslag een suboptimaal resultaat zal laten zien, omdat niet de leveranciers worden geselecteerd die de beste prijs- kwaliteitverhouding aanbieden. In de nota's van Inlichtingen hebben wij hier verschillende malen op gewezen, maar onze waarschuwingen lijken keer op keer in de wind te worden geslagen.

(...)

Ondeugdelijke gunningssystematiek

[Aanbesteder] heeft gekozen voor het gunningscriterium beste prijs-kwaliteitverhouding waarbij de kwaliteit voor 80% meeweegt en de prijs voor 20%. Een aanbestedende dienst heeft weliswaar een ruime vrijheid om te kiezen welke

gunningssystematiek zal worden gehanteerd, maar deze vrijheid is niet onbegrensd. De gekozen systematiek zal er in ieder geval toe moeten leiden dat gegund wordt aan de inschrijving die, van de verschillende ingediende inschrijvingen, ook daadwerkelijk de beste verhouding tussen prijs en kwaliteit biedt. Alleen op die manier kan worden voldaan aan de verplichting in artikel 1.4 lid 2 van de Aanbestedingswet: "het leveren van zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen." Dat houdt in dat de aanbestedende dienst de beste kwaliteit voor de beste prijs inkoop.

De door [Aanbesteder] gebruikte gunningsmethodiek draagt het risico in zich dat de opdracht wordt gegund aan de inschrijver die de laagste prijs biedt, maar tegelijkertijd ook dienstverlening van lage(re) kwaliteit aanbiedt. Aan de hand van een aantal rekenvoorbeelden (zie de excel sheet die als bijlage is aangehecht) volgt dat dit ertoe kan leiden dat de aanbieding van een inschrijver, wiens inschrijving lager wordt gerangschikt, per saldo een betere prijs-kwaliteitverhouding biedt dan een inschrijving die hoger is gerangschikt. De ondeugdelijkheid van de gunningssystematiek is hiermee gegeven.

Uit het eerste rekenvoorbeeld volgt dat de aanbieding van inschrijver D, die op plek 4 is geëindigd, per saldo een betere prijs-kwaliteit verhouding kent dan inschrijving A die op plaats drie is geëindigd. *[Noot 1: Aangezien de eerste drie inschrijvers de opdracht gegund krijgen is er in dit eerste rekenvoorbeeld voor gekozen een vergelijking te maken tussen de nrs. 3 en 4., Commissie]* De prijs die inschrijver D heeft geboden is 2,2 % lager *[ondernemer heeft dit handmatig gewijzigd in 'hoger', Commissie]* dan de prijs van inschrijver A, maar de kwaliteit van inschrijver D is 7,6% *[Noot 2: $680:632 \times 100\% = 7,59$, Commissie]* hoger dan de kwaliteit van inschrijver A. Dit is aldus een suboptimale uitkomst. Dit wordt in de hand gewerkt door het feit dat een prijsverschil van slechts 2,2% correspondeert met een puntenverschil van 30%. Dit verschil in score voor het onderdeel prijs houdt geen enkel verband met het daadwerkelijke verschil in prijs.

Het tweede rekenvoorbeeld - waarbij sprake is van meer inschrijvers is nóg duidelijker. De prijs van Inschrijver B die op plaats zes is geëindigd is slechts 1,2% lager *[ondernemer heeft dit handmatig gewijzigd in 'hoger', Commissie]* dan de prijs van inschrijver A die op plaats 1 is geëindigd, terwijl de kwaliteit van inschrijver B maar liefst 14% hoger ligt. *[Noot 3: $710:623 \times 100\% = 13,96\%$, Commissie]* Deze suboptimale uitkomst wordt in de hand gewerkt door het feit dat een prijsverschil van slechts 1,2% correspondeert met een puntenverschil van 67,5%. Opnieuw geldt: de score voor het onderdeel prijs houdt geen enkel verband met het daadwerkelijke verschil in prijs.

De winnende Inschrijver A offreert een tarief van € 25,- en ontvangt voor het onderdeel kwaliteit 623 punten. Dat betekent dat voor iedere EURO 24,92 punten aan kwaliteit wordt geleverd. *[Noot 4: $623:25=24,92$, Commissie]* Inschrijver B die op plaats zes is geëindigd heeft een net iets hogere prijs van €25,30 geboden en ontvangt voor diens kwaliteit 710 punten. Dat betekent dat inschrijver B voor iedere EURO 28,06 punten aan kwaliteit biedt. *[Noot 5: $710:25,30=28,06$, Commissie]* Dat is 12,6% meer! Uit dit tweede rekenvoorbeeld volgt dat ook inschrijvers G en I die respectievelijk op plaats 4 en op plaats 8 zijn geëindigd, per saldo een betere prijs- kwaliteitverhouding aanbieden dan de winnaar.

Wij vragen u opnieuw – onder verwijzing naar de vragen 25 en 116 in de eerste Nvl en vraag 25 in de tweede Nvl – de gunningssystematiek aan te passen, zodat deze alsnog voldoet aan de eisen die daaraan op grond van de aanbestedingswet worden gesteld. Wij begrijpen dat [Aanbesteder] vreest dat een relatieve beoordelingssystematiek ervoor zorgt dat het onderdeel prijs nauwelijks onderscheidend

vermogen zal hebben indien de tarieven die worden geoffreerd dichtbij elkaar liggen, maar daar zijn andere oplossingen voor dan de onrechtmatige oplossing waarvoor [Aanbesteder] nu heeft gekozen.

(...)'

- 1.7. Ondernemer heeft, onder meer, de volgende rekenvoorbeelden bij zijn brief van 16 oktober 2019 gevoegd.

'Voorbeeld weinig inschrijvers, groot prijsverschil

	inschrijver A	inschrijver B	inschrijver C	inschrijver D	inschrijver E
gem tarief	24,64	25,16	24,90	25,18	24,86
ranking	1	4	3	5	2
Prijs score	200	155	170	140	185
Kwaliteit	632	632	680	686	668
Totaal	832	787	850	826	853
Eindscore	3	5	2	4	1

Laagste prijs	24,64					
% verschil in prijs tov LP		0,0%	2,1%	1,1%	2,2%	0,9%
% verschil in punten prijs tov LP		0,0%	-22,5%	-15%	-30%	-7,5%
% verschil in punten kwaliteit tov hoogst scorende partij		-7,9%	-7,9%	-0,9%	0,0%	-2,6%
hoogste kwaliteit	686					

Voorbeeld veel inschrijvers, klein prijsverschil

	inschrijver A	inschrijver B	inschrijver C	inschrijver D	inschrijver E	inschrijver F	inschrijver G	inschrijver H	inschrijver I	inschrijver J
gem tarief	25,00	25,30	25,25	25,15	25,05	25,10	25,27	25,03	25,28	25,17
ranking	1	10	7	5	3	4	8	2	9	6
Prijs score	200	65	110	140	170	155	95	185	80	125
Kwaliteit	623	710	542	623	623	665	698	623	680	623
Totaal	823	775	652	763	793	820	793	808	760	748
Eindscore	1	6	10	7	4	2	4	3	8	9

Laagste Prijs	25,00										
% verschil in prijs tov LP		0,0%	1,2%	1,0%	0,6%	0,2%	0,4%	1,1%	0,1%	1,1%	0,7%
% verschil in punten prijs tov LP		0,0%	-67,5%	-45%	-30%	-15%	-22,5%	-52,50%	-7,5%	-60,0%	37,5%
% verschil in punten kwaliteit tov hoogst scorende partij		-12,3%	0,0%	-23,7%	-12,3%	-12,3%	-6,3%	-1,7%	-12,3%	-4,2%	-12,3%
Hoogste kwaliteit	710										

Bij relatieve berekening	200,00	197,63	198,02	198,81	199,60	199,20	197,86	199,76	197,78	198,65
--------------------------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------

- 1.8. Aanbesteder heeft op de brief van 16 oktober van ondernemer als volgt gereageerd:

'Dank voor uw brief dd 16 oktober jl. waarin u aangeeft dat er v.w.b. de Europese aanbesteding inhuur flexibele arbeidskrachten in uw optiek nog een aantal aandachtspunten open staan. Onderstaand ga ik in op de verschillende facetten van uw brief.

Gunningssystematiek

De gekozen gunningsystematiek is een in de markt gangbare methodiek. Het klopt dat een verschil in prijs een verschil van 15 punten binnen het financieel gunningscriterium te weeg brengt. Dit is ook zo binnen het gunningscriterium kwaliteit: voor één vraag kan je 100 punten scoren, maar ook 85, 55, 25 of 0. Bij één vraag net iets weg laten scheelt, net als bij het financieel gunningscriterium, ook gelijk 15 punten. Laat je nog iets meer weg scheelt het gelijk 45 punten.

Prijs is hierbij niet dominant dan kwaliteit. Dit kan ook niet omdat het kwalitatief gunningscriterium voor 80% mee telt en het financieel gunningscriterium slechts voor 20%. Het is de som van prijs en kwaliteit die leidt tot de beste prijs-kwaliteitsverhouding en daarmee is dit een evenwichtige methode.

(...)'

- 1.9. Op 24 oktober 2019 heeft ondernemer de onderstaande klacht per brief ingediend bij het klachtenmeldpunt van aanbesteder:

'Met deze brief wenst [Ondernemer] een klacht in te dienen bij het [Klachtenmeldpunt] inzake de openbare Europese aanbesteding Inhuur Flexibele Arbeidskrachten ("Aanbesteding" (...)) overeenkomstig het bepaalde in paragraaf 4.16 van de uitnodiging tot inschrijving.

[Ondernemer] is van mening dat de wijze waarop de Aanbesteding is vormgegeven ondeugdelijk is en dat daarmee in strijd met het aanbestedingsrecht wordt gehandeld. In de Aanbesteding heeft [Aanbesteder] gekozen voor het gunningscriterium 'beste prijs-kwaliteitverhouding' waarbij de kwaliteit voor 80% meeweegt en de prijs voor 20%. De door [Aanbesteder] gehanteerde gunningsmethodiek (op het prijsdeel) kan met zich meebrengen dat de opdracht wordt gegund aan de inschrijver die de laagste prijs biedt, maar tegelijkertijd ook dienstverlening van (veel) lage(re) kwaliteit aanbiedt dan een inschrijver die (veel) hogere kwaliteit levert voor een marginaal hogere prijs. [Ondernemer] licht dit hieronder nader toe aan de hand van een tweetal rekenvoorbeelden [*dit betreft de rekenvoorbeelden die ook bij de brief van ondernemer van 16 oktober 2019 waren gevoegd, zie in 1.7 hiervoor, Commissie*]. In een dergelijk geval zal er geen sprake zijn van een beste prijs-kwaliteitverhouding, nu [Aanbesteder] dan niet de beste kwaliteit voor de beste prijs inkoop.

Daarmee wordt niet voldaan aan de verplichting in artikel 1.4 lid 2 van de Aanbestedingswet: "*het leveren van zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen.*"

[Ondernemer] heeft [Aanbesteder] in de nota's van inlichtingen en per brief van 16 oktober 2019 gewezen op de geconstateerde onregelmatigheden in de gehanteerde gunningssystematiek alsook met betrekking tot een groot aantal andere onjuistheden c.q. onduidelijkheden in de aanbestedingsstukken. [Aanbesteder] heeft de constatering van [Ondernemer] echter van de hand gewezen, laatstelijk in reactie op de brief van [Ondernemer] van 16 oktober 2019. Als gevolg daarvan dient [Ondernemer] onderhavige klacht in. (...)

Korte weergave toepasselijk juridisch kader

Op grond van artikel 1.4 lid 2 van de Aanbestedingswet is een aanbestedende dienst verplicht om zorg te dragen voor het leveren van "zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen". Het creëren van 'zoveel mogelijk maatschappelijke waarde' betekent dat de aanbestedende dienst de beste kwaliteit voor de beste prijs koopt. [*Noot 7: Kamerstukken 1 2011/12, 32 440, C, p. 10, Commissie*] Een aanbestedende dienst heeft daarbij weliswaar een ruime vrijheid om te kiezen welke gunningssystematiek zal worden gehanteerd, maar deze vrijheid is niet onbegrensd. De gekozen systematiek zal er in ieder geval toe moeten leiden dat gegund wordt aan de inschrijving die, van de verschillende ingediende inschrijvingen, ook daadwerkelijk de beste verhouding tussen prijs en kwaliteit biedt. Alleen op die manier kan worden voldaan aan voornoemde verplichting in artikel 1.4 lid 2 van de Aanbestedingswet voor wat betreft het leveren van zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen.

Nadere toelichting op klacht

In reactie op de brief van [Ondernemer] van 16 oktober 2019 (...) heeft [Aanbesteder] aangegeven dat de gunningssystematiek op het gebied van prijs niet dominant is dan de gunningssystematiek op het gebied van kwaliteit gelet op de gehanteerde verhoudingen. Het is de som van prijs en kwaliteit die leidt tot de

beste prijs-kwaliteitsverhouding en is daarmee volgens [Aanbesteder] een evenwichtige methode. Met deze reactie miskent [Aanbesteder] echter dat vanwege de gehanteerde gunningssystematiek op prijs sprake kan zijn dat er gegund wordt aan een inschrijver terwijl er juist geen sprake is van 'de beste prijs-kwaliteitsverhouding'.

De door [Aanbesteder] gebruikte gunningsmethodiek draagt het risico in zich dat de opdracht wordt gegund aan de inschrijver die de laagste prijs biedt, maar tegelijkertijd ook dienstverlening van lage(re) kwaliteit aanbiedt. Aan de hand van een aantal rekenvoorbeelden (zie [de rekenvoorbeelden in 1.7 hiervoor]) volgt dat dit ertoe kan leiden dat de aanbieder van een inschrijver, wiens inschrijving lager wordt gerangschikt, per saldo een betere prijs-kwaliteitverhouding biedt dan een inschrijving die hoger is gerangschikt. De ondeugdelijkheid en onevenwichtigheid van de gunningssystematiek is hiermee gegeven.

[Ondernemer herhaalt de toelichting uit zijn brief van 16 oktober 2019, zie 1.6 hiervoor, Commissie]

[Aanbesteder] kan de geconstateerde onregelmatigheid inzake de gehanteerde gunningssystematiek (op het gebied van prijs) echter verhelpen door inschrijvers niet aan de hand van een relatieve prijsformule (op basis van een rangorde) te beoordelen, maar aan de hand van een absolute prijsformule waarbij de prijzen van inschrijvers niet in vergelijking met prijzen van andere inschrijvers worden beoordeeld. Een dergelijke absolute prijsformule vormt een transparantere en evenwichtigere gunningssystematiek omdat een inschrijver bij inschrijving al weet hoeveel punten hij krijgt voor de geoffreerde prijs. De prijs van een inschrijver wordt bij een absolute prijsformule niet afgezet tegen de laagste prijs van een andere inschrijver, waardoor de prijs van de inschrijver in verhouding blijft staan met hetgeen de inschrijver gaat bieden aan dienstverlening. De prijs-kwaliteit verhouding van een inschrijver wordt dus niet gedevalueerd door de inschrijving af te zetten tegen een inschrijver met de laagste prijs (hetgeen in de regel vaak gerelateerd is aan mindere kwaliteit). Er treed dus geen onevenwichtige vergelijking op. Daarbij geldt ook dat bij een absolute prijsformule het aantal inschrijvers (wat vooraf niet bekend is) niet van invloed zal zijn op de hoeveelheid punten die een inschrijver op prijs gaat scoren (waarvan bij de huidige gunningssystematiek van [Aanbesteder] wel sprake is). Bij een absolute prijs formule is vooraf objectief en transparant vast te stellen hoeveel punten er gescoord gaan worden voor de prijs die geoffreerd wordt door een inschrijver.

Hieronder heeft [Ondernemer] een voorbeeld opgenomen van een absolute prijsformule die als gangbare systematiek wordt gehanteerd in de markt. De in het voorbeeld gebruikte getallen en definities dienen bovenal ter illustratie van een te hanteren rekenmethodiek (in de Aanbesteding wordt bijvoorbeeld geen gebruik gemaakt van omrekenfactoren, maar van nominale marges). Van belang is dat er geen vergelijking plaatsvindt ten opzichte van de inschrijver met de laagste nominale marge, maar dat een inschrijver vooraf weet hoeveel punten hij krijgt bij het aanbieden van een bepaalde nominale marge.

"Aan de Tariefstelling wordt een score toegekend die wordt bepaald door de door Inschrijver aangeboden totale gewogen gemiddelde Omrekenfactor (gewogen gemiddelde Omrekenfactor 1 plus gewogen gemiddelde Omrekenfactor 2 in een procentuele verhouding zoals vermeld in tabblad 3), mits deze ligt tussen 1,6000 en 2,0000. Indien de totale gewogen gemiddelde Omrekenfactor hoger is dan 2,0000 dan wordt de Inschrijving terzijde gelegd en komt de Inschrijver niet in aanmerking voor gunning. Indien de gewogen gemiddelde Omrekenfactor gelijk is aan 2,0000 dan krijgt Inschrijver nul punten.

Indien de totale gewogen gemiddelde Omrekenfactor 1,6000 of lager is, dan scoort de Inschrijver het maximaantal te behalen punten voor het

subgunningscriterium prijs, te weten 300 punten. De Inschrijver krijgt niet meer punten bij een nog lagere gewogen gemiddelde Omrekenfactor. Indien de totale gewogen gemiddelde Omrekenfactor ligt tussen 1,6000 en 2,0000, wordt een score toegekend die ligt tussen 0 en 300 punten. De score komt tot stand aan de hand van de volgende formule:

Score prijscriterium = 750,000 x (2,0000 -/- aangeboden totale gewogen gemiddelde Omrekenfactor) = score in punten"

Conclusie

Gelet op het voorgaande is [Ondernemer] van mening dat de op dit moment gehanteerde gunningssystematiek in strijd is met artikel 1.4 lid 2 van de Aanbestedingswet. [Ondernemer] verzoekt het [Klachtenmeldpunt] om onderhavige klacht gegrond te verklaren en [Aanbesteder] te adviseren om de gehanteerde gunningssystematiek aan te passen. (...)'

- 1.10. Op 27 oktober 2019 heeft het klachtenmeldpunt van aanbesteder de onderstaande reactie naar ondernemer gestuurd:

'(...)

De Klachtencommissie heeft de stukken bestudeerd en navraag gedaan bij de betrokken medewerkers van [Aanbesteder]. De Klachtencommissie is van mening dat [Aanbesteder] correct heeft gehandeld en geen onregelmatigheden geconstateerd. Hierna wordt dit op basis van de voorgestelde punten nader gemotiveerd.

In uw brief wordt door u gesteld dat de wijze waarop [Aanbesteder] deze aanbestedingsprocedure heeft vormgegeven ondeugdelijk is en dat er in strijd met het aanbestedingsrecht wordt gehandeld. U motiveert dit met een aantal voorbeelden en verwijst hierbij tevens naar artikel 1.4 lid 2 van de Aanbestedingswet. Tevens wijst u op de gestelde vragen en antwoorden over de hierbij vermelde aspecten uit de nota's van inlichtingen en op een brief dd. 16 oktober 2019 waarin u eveneens uw standpunten heeft verwoord. Het komt erop neer dat u de door [Aanbesteder] gehanteerde beoordelingsmethodiek binnen deze aanbestedingsprocedure contesteert, en stelt dat deze niet gebruikelijk is in de markt. De gehanteerde beoordelingsmethode zou in uw ogen niet leiden tot de gestelde "beste prijs/kwaliteit verhouding". Hierin stelt u dat het beter zou zijn om een andere beoordelingsmethodiek, te hanteren bij deze aanbestedingsprocedure om te komen tot een beste resultaat. U motiveert dit ook met een aantal rekenvoorbeelden.

Het feit dat u nu een formele klacht indient betekent blijkbaar dat u niet door [Aanbesteder] bent overtuigd over de door [Aanbesteder] gekozen beoordelingsmethodiek om te komen tot de beste prijs/kwaliteitsverhouding ten opzichte van de door uzelf voorgestelde beoordelingsmethodiek. Dat vinden wij jammer. De Klachtencommissie van [Aanbesteder] heeft weliswaar begrip voor de door u gestelde argumenten in de door u gestelde context, maar kan daar helaas niet in mee gaan.

Uit navraag blijkt dat [Aanbesteder] zeer bewust heeft gekozen voor de in de Uitnodiging tot Inschrijving vermelde beoordelingsmethodiek juist om te komen tot de beste prijs/kwaliteitverhouding als resultaat van deze aanbestedingsprocedure. Hierbij is expliciet gekozen voor een verhouding met een weging van 80% kwaliteit en 20% prijs. Met deze methodiek wordt gesteld dat kwaliteit een belangrijkere factor vormt ten opzichte van de prijs. Binnen de gestelde componenten geldt evenwel dat de resultaten van de beoordeelde inschrijvingen betreffende de kwaliteit en de prijs ten opzichte van elkaar worden vergeleken. Juist om te komen tot

de beste prijs kwaliteitsverhouding. Om de verschillen van de resultaten in rangorde nog duidelijker te accentueren is voor deze methode gekozen, aldus [Aanbesteder].

U definieert en interpreteert de term "Beste Prijs/ Kwaliteitsverhouding". Deze term is door de wetgever bedacht. Het is niet anders dan de wijze waarop de weging van de gevraagde kwaliteit en de gevraagde prijs zich tot elkaar verhouden. Voor de beste Prijs/ Kwaliteitverhouding bestaat geen uniforme standaard. Elke rekenmethodiek heeft specifieke voor- en nadelen, ook de rekenmethodiek die u in uw brief aanbeveelt. Wat in het concrete geval de beste kwaliteit voor de beste prijs is, is maatwerk en de aanbestedende dienst moet hierin bij iedere aanbesteding opnieuw een afweging maken.

Tevens wijst u op art. 1.4 lid 2 uit de AW waarbij aanbestedende diensten dienen te voldoen aan het leveren van zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen. Uit navraag blijkt dat [Aanbesteder] er juist voor heeft gekozen om een hoge kwaliteitsweging te stellen vooral om te komen tot de levering van zoveel mogelijk maatschappelijke waarde. Deze is vormgegeven in de gestelde kwaliteitscriteria.

De term 'maatschappelijke waarde' wordt door de wetgever uitgelegd als: 'het inschakelen van langdurig werkelozen of arbeidsgehandicapten bij de uitvoering van de opdracht' en 'duurzaamheid'. En dat zijn nu precies de zaken die door [Aanbesteder] in deze aanbesteding als kwaliteitscriteria zijn meegenomen.

Uiteindelijk stelt [Aanbesteder] dat het beoogde doel is om te komen tot de gunning van de opdracht aan de inschrijving met de hoogste score op prijs-kwaliteitverhouding.

Wij kunnen bevestigen dat [Aanbesteder] hierbij vrij is om te kiezen welke beoordelingsmethodiek bij de aanbestedingsprocedure wordt gehanteerd op voorwaarde dat deze wel op heldere wijze is uitgelegd aan de inschrijvers. [Aanbesteder] heeft hieraan voldaan. De methodiek is uitgebreid beschreven in de Uitnodiging tot Inschrijving. Vragen over de methodiek zijn via de nota's van inlichtingen beantwoord. En is er schriftelijk gereageerd op een brief waarin de beoordelingsmethodiek aan de orde is gesteld. Hierbij heeft [Aanbesteder] in de procedure gewoon voldaan aan hetgeen wordt gesteld.

Dat de door [Aanbesteder] gekozen methodiek u niet past en u zelf liever voor een andere beoordelingsmethodiek zou kiezen vinden wij jammer. Wij hebben begrepen dat [Aanbesteder] er voor open staat om u alsnog te overtuigen dat dit nu eenmaal de door [Aanbesteder] gewenste beoordelingsmethodiek is om te komen tot het beste resultaat. [Aanbesteder] is hierbij niet verplicht om andere beoordelingsmethodieken te hanteren die afwijken van de door henzelf gekozen methodiek.

Kortom verklaart De Klachtencommissie uw klacht als ongegrond. Doordat de gestelde klacht geen opschortende werking heeft blijft ook de verdere voortgang van de aanbestedingsprocedure in stand.

(...)'

2. Beschrijving klacht

2.1. Klachtonderdeel 1

Aanbesteder handelt in strijd met de artikelen 1.4, lid 2, en 2.114 Aw 2012 door een gunningssystematiek te hanteren die het risico in zich bergt dat de inschrijver die als winnaar uit de bus komt niet steeds de partij is die – per saldo – de beste prijs-kwaliteitverhouding aanbiedt.

2.2. Klachtonderdeel 2

De objectieve behandeling van de klacht door het klachtenmeldpunt was onvoldoende gewaarborgd doordat het klachtenmeldpunt navraag heeft gedaan bij betrokken medewerkers van aanbesteder.

3. Onderbouwing klacht

3.1. Klachtonderdeel 1

3.1.1. Ondernemer heeft deelgenomen aan de door aanbesteder georganiseerde aanbestedingsprocedure voor de inhuur van flexibele arbeidskrachten. Ondernemer kan zich niet vinden in een aantal aspecten van deze procedure, waaronder de gunningssystematiek. In de twee nota's van inlichtingen die zijn verschenen heeft ondernemer zijn bezwaren voor het eerst kenbaar gemaakt. Zie vraag 116 in de eerste nota van inlichtingen (zie 1.4.2 hiervoor) en (de aanvullende) vraag 25 in de tweede nota van inlichtingen (zie 1.5.1 hiervoor).

3.1.2. Ook een of meer concurrenten van ondernemer hebben de ondeugdelijkheid van de gunningssystematiek blijkbaar opgemerkt, want ook de vragen 25 en 197 van de eerste nota van inlichtingen gaan hierover (zie 1.4.1 en 1.4.3 hiervoor), alsmede (de aanvullende) vraag 116 in de tweede nota van inlichtingen (zie 1.5.2 hiervoor). Deze (aanvullende) vragen zijn niet door ondernemer gesteld.

3.1.3. Bij brief van 16 oktober 2016 heeft ondernemer zijn bezwaren nader uiteengezet (zie 1.6-1.7 hiervoor). Daarop kwam een reactie van aanbesteder (zie 1.8 hiervoor). Vervolgens heeft ondernemer bij brief van 24 oktober 2019 een klacht ingediend bij het klachtenmeldpunt (zie 1.9 hiervoor). Het klachtenmeldpunt heeft de klacht op 27 oktober 2019 ongegrond verklaard (zie 1.10 hiervoor). Ondernemer heeft besloten om tóch een inschrijving in te dienen, maar wenst de klacht ook voor te leggen aan de Commissie van Aanbestedingsexperts.

3.1.4. In de kern komt de klacht van ondernemer erop neer dat aanbesteder gebruik maakt van een gunningssystematiek die het risico in zich bergt dat de inschrijver die als winnaar uit de bus komt niet steeds de partij is die – per saldo – de beste prijs-kwaliteitverhouding aanbiedt. Dit is in strijd met het bepaalde in de artikelen 1.4, lid 2, en 2.114 Aw 2012.

3.1.5. Het gunningscriterium is de beste prijs-kwaliteitverhouding waarbij kwaliteit voor 80% meeweegt en prijs voor 20%. Door de rekenmethodiek die wordt gebruikt om de score op het onderdeel prijs te berekenen, ontstaat echter het risico dat het prijscriterium een zodanig dominante rol krijgt dat een lage prijs niet goed te compenseren valt met een aanbieding die substantieel beter scoort op kwaliteit. Ondernemer heeft dit aan de hand van twee rekenvoorbeelden inzichtelijk gemaakt (zie 1.7 hiervoor). Deze rekenvoorbeelden heeft ondernemer zowel bij brief van 16 oktober 2019 als bij brief van 24 oktober 2019 naar aanbesteder, respectievelijk het klachtenmeldpunt toegezonden. Nóch de behandelend inkoper van

[Aanbesteder], nóch het klachtenmeldpunt is in de verzonden reactie op de rekenvoorbeelden ingegaan.

- 3.1.6. De rekenvoorbeelden zien op perceel 1, waarvoor geldt dat de eerste drie inschrijvers een contract krijgen. Uit de voorbeelden blijkt naar de mening van ondernemer duidelijk dat het bieden van de laagste prijs ten onrechte een disproportioneel gunstig effect kan hebben op de einduitkomst, waardoor de winnaar wellicht een iets lagere prijs aanbiedt, maar – procentueel gezien – een veel lagere score behaalt op kwaliteit. Per saldo biedt dan dus niet de winnaar, maar een andere inschrijver aan wie de opdracht voorbij gaat de beste prijs-kwaliteitverhouding.
- 3.1.7. De onrechtmatige uitwerking van de onderhavige gunningssystematiek ontstaat met name doordat de bedrijfstarieven die de inschrijvers moeten offreren maar zeer beperkt van elkaar zullen (kunnen) verschillen.
- 3.1.8. Dat komt in de eerste plaats doordat de parameters waaruit de loonkostenfactor is opgebouwd voor het overgrote deel zijn voorgeschreven. De inschrijvers kunnen zich hierop dus nauwelijks van elkaar onderscheiden. En voor de weinige variabelen die er wel zijn, geldt dat aanbesteder een maximum heeft opgenomen. Daar komt bij dat voor de bureaumarge een zeer beperkte bandbreedte is voorgeschreven, zodat ook op dat onderdeel differentiatie nauwelijks mogelijk is.
- 3.1.9. Het feit dat de geoffreerde bedrijfstarieven zeer dicht bij elkaar zullen liggen, maakt dat de stappen van 15 punten die bij een hogere prijs dan de laagste prijs in mindering worden gebracht (zie de laatste alinea van paragraaf 8.2.5 van de uitnodiging tot inschrijving in 1.3 hiervoor) disproportioneel groot zijn. Dit kan worden voorkomen door een systematiek te hanteren waarbij de score van een deelnemer correspondeert met het relatieve prijsverschil ten opzichte van de andere deelnemers. Dat is nu niet het geval waardoor de puntentoekenning een zeer willekeurig karakter heeft met als risico dat niet de inschrijving met de beste prijs-kwaliteitverhouding wordt geselecteerd, maar inschrijvingen met een net iets lagere prijs die kwalitatief aanzienlijk minder zijn.
- 3.1.10. Aanbesteder erkent dat de bedrijfstarieven van de verschillende inschrijvers dichtbij elkaar zullen liggen – dit kan worden afgeleid uit het antwoord op vraag 116 in de eerste nota van inlichtingen en het antwoord op vraag 25 in de tweede nota van inlichtingen – maar is niet bereid de gunningsmethodiek aan te passen.

3.2. Klachtonderdeel 2

- 3.2.1. In de tweede alinea van de reactie van het klachtenmeldpunt van 27 oktober 2019 (zie 1.10 hiervoor) staat dat het klachtenmeldpunt navraag heeft gedaan bij de betrokken medewerkers van aanbesteder. En verderop staat: "Uit navraag blijkt dat [Aanbesteder] zeer bewust heeft gekozen voor de in de Uitnodiging tot Inschrijving vermelde beoordelingsmethodiek juist om te komen tot de beste prijs-kwaliteitverhouding als resultaat van de aanbestedingsprocedure."
- 3.2.2. Contact tussen de leden van het klachtenmeldpunt en de betrokken behandelaars kan wat ondernemer betreft niet aan de orde zijn. De objectiviteit van de leden van het klachtenmeldpunt is hierdoor niet langer gewaarborgd. Het tweede klachtonderdeel richt zich hierop. Voor zover de Commissie zich niet vrij acht – gelet op haar taakomschrijving zoals vastgelegd in het Reglement – om over de werkwijze van het klachtenmeldpunt een oordeel te vellen, zou de Commissie hieraan wellicht een overweging ten overvloede kunnen wijden in haar advies.

4. Reactie aanbesteder

- 4.1. Aanbesteder heeft als volgt gereageerd op de klacht.
- 4.2. Aanbesteder heeft zijn standpunt reeds verwoord in de reactie van het klachtenmeldpunt van 27 oktober 2019 (zie 1.10 hiervoor). Aanbesteder is van mening dat elke prijs-rekenmethodiek specifieke voor- en nadelen heeft, ook de methodiek die ondernemer in zijn klachtbrief van 24 oktober 2019 zelf als 'beter' alternatief aanbeveelt (zie 1.9 hiervoor). Dat een prijs-rekenmethodiek in theorie enkele nadelen zou kunnen hebben, betekent nog niet dat de methodiek daarom wettelijk niet is toegestaan.
 - 4.2.1. Een rekenmethodiek met ál te grote onvoorspelbare effecten zou mogelijk nog lastig verdedigbaar kunnen zijn, maar zelfs dat zou nog wettelijk toegestaan zijn als partijen vooraf hierover voldoende transparant zijn geïnformeerd.
 - 4.2.2. Aanbesteder meent dat zijn prijs-rekenmethodiek juist in hoge mate voorspelbaar is en bovendien ook algemeen gangbaar is in de markt.

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder op 15 augustus 2019 een Europese openbare aanbesteding heeft aangekondigd voor het sluiten van raamovereenkomsten met meerdere ondernemers voor inhuur van flexibele arbeidskrachten. De opdracht is verdeeld in drie percelen. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en 2 van de Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit.
- 5.2. Klachtonderdeel 1
- 5.3. Klachtonderdeel 1 betreft de gunningssystematiek. Ondernemer klaagt dat aanbesteder in strijd handelt met de artikelen 1.4, lid 2, en 2.114 Aw 2012 door een gunningssystematiek te hanteren die het risico in zich bergt dat de inschrijver die als winnaar uit de bus komt niet steeds de partij is die – per saldo – de beste prijs-kwaliteitverhouding aanbiedt.
- 5.4. In Advies 504 heeft de Commissie geoordeeld over relatieve beoordelingsmethoden. Voor het relevante toetsingskader verwijst de Commissie naar overwegingen 5.3.1-5.3.14 van Advies 504.
- 5.5. De Commissie zal nu overgaan tot de beoordeling van de klacht en sluit daarbij aan bij overwegingen 5.5-5.6.9 van Advies 504.
- 5.6. De Commissie zal eerst ingaan op de relatieve beoordeling van inschrijvingen op basis van gunningscriteria in het algemeen (zie 5.7 hierna) en zal vervolgens de door aanbesteder in het onderhavige geval gehanteerde relatieve beoordelingsmethode beoordelen (zie 5.8 hierna).
- 5.7. Met betrekking tot de relatieve beoordeling van inschrijvingen op basis van gunningscriteria in het algemeen overweegt de Commissie het volgende.
 - 5.7.1. Bij een relatieve beoordeling wordt de aan een inschrijving voor een bepaald subgunningscriterium toe te kennen score bepaald op basis van een vergelijking met één of meer andere inschrijvingen.

- 5.7.2. Er zijn vele methoden van relatief beoordelen van de inschrijvingen op basis van de gunningscriteria. Bij sommige daarvan bestaat de mogelijkheid van 'rank reversal', bij andere niet. 'Rank reversal' houdt in dat bij het wegvallen van een inschrijving of bij toevoeging van een nieuwe inschrijving een nieuwe beoordeling van de inschrijvingen op basis van de gunningscriteria leidt tot een andere rangorde van de eerder beoordeelde en niet weggevallen inschrijvingen: het leidt tot een 'herschikking' van de positie van de inschrijvers in de rangorde. Toevoeging van een inschrijving zou zich kunnen voordoen als blijkt dat een inschrijving voortgaande aan de eerste beoordeling ten onrechte als ongeldig terzijde is gelegd.
- 5.7.3. De Commissie ziet geen aanbestedingsrechtelijke bezwaren tegen relatieve beoordelingsmethoden zonder de mogelijkheid van 'rank reversal' enkel op grond van het relatieve karakter van deze beoordelingsmethoden.
- 5.7.4. Vervolgens is het de vraag of relatieve beoordelingsmethoden met de mogelijkheid van 'rank reversal' altijd in strijd zijn met het aanbestedingsrecht. Het Hof van Justitie EU heeft zich over deze vraag nog niet uitgelaten. Mede op basis van raadpleging van de zes bij Advies 504 ingeschakelde experts constateert de Commissie dat over het antwoord op deze vraag verschillend kan worden gedacht. De Commissie oordeelt als volgt.
- 5.7.5. Het relatieve gewicht van een subgunningscriterium wordt bepaald door de weging van het subgunningscriterium en de formule die wordt gebruikt om de score voor dat subgunningscriterium te bepalen (de scoreregel) gezamenlijk (zie ook Advies 515, overweging 5.5.13 en Advies 311, overweging 5.4.10). De inhoud van de scoreregel is dus van invloed op het relatieve gewicht van een subgunningscriterium.
- 5.7.6. Kenmerkend voor een relatieve beoordelingsmethode met de mogelijkheid van rank reversal is dat de inhoud van de scoreregel wordt bepaald door de inhoud van de ingediende inschrijvingen. Zonder kennisname van die inschrijvingen is de scoreregel dus nog onvolledig.
- 5.7.7. Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU kan worden afgeleid dat het achteraf bekend maken van de wegingscoëfficiënten van de subgunningscriteria niet is toegestaan wanneer zij de voorbereiding van de inschrijvingen wezenlijk hadden kunnen beïnvloeden (zie Advies 504, overwegingen 5.3.7-5.3.8). Naar het oordeel van de Commissie geldt dat ook voor de concrete inhoud van de scoreregels omdat die tevens van invloed is op het relatieve gewicht van een subgunningscriterium (zie 5.7.5 hiervoor). Verder geldt dat naar het oordeel van de Commissie ook voor de situatie dat de inhoud van de scoreregels pas na inschrijving komt vast te staan, zoals het geval is bij een relatieve beoordelingsmethode.
- 5.7.8. Naar het oordeel van de Commissie is het hanteren van een relatieve beoordelingsmethode met de mogelijkheid van rank reversal dan ook in strijd met de artikelen 67, lid 5, Richtlijn 2014/24/EU en 2.115, lid 4 en 5, Aw 2012 en de beginselen van gelijke behandeling en transparantie in het geval dat de inhoud van de scoreregels van een of meer subgunningscriteria pas na inschrijving komt vast te staan en deze inhoud de voorbereiding van de inschrijvingen wezenlijk kan beïnvloeden. Naar het oordeel van de Commissie bestaat in dat geval bovendien het risico dat de opdracht niet wordt gegund aan de inschrijver met de – naar het oordeel van de aanbestedende dienst – economisch meest voordelige inschrijving. Daarmee handelt de aanbestedende dienst in het hiervoor bedoelde geval ook in strijd met art. 2.114 Aw 2012.
- 5.7.9. De beantwoording van de vraag of de inhoud van de scoreregels van een of meer subgunningscriteria de voorbereiding van de inschrijvingen wezenlijk kan

beïnvloeden, vergt een beoordeling van de in het concrete geval toegepaste beoordelingsmethode.

- 5.8. De Commissie zal nu de door aanbestede in het onderhavige geval gehanteerde relatieve beoordelingsmethode beoordelen in het licht van de in 5.7.8 gegeven regel.
- 5.8.1. De Commissie constateert dat aanbestede een relatieve beoordelingsmethode met de mogelijkheid van 'rank reversal' heeft gehanteerd.
- 5.8.2. De klacht betreft het financiële subgunningscriterium (zie paragraaf 8.2.5 van de Uitnodiging tot Inschrijving in 1.3 hiervoor). Het maximaal aantal te behalen punten (200 punten) wordt toegekend aan de inschrijving met het laagst gewogen gemiddeld bedrijfstarief. De daarop volgende inschrijvingen in de rangorde krijgen met stappen van 15 punten in mindering punten toegekend. De aan een inschrijving voor dit subgunningscriterium toe te kennen score wordt dus bepaald op basis van een vergelijking met één of meer andere inschrijvingen. Dat er sprake is van een relatieve beoordelingsmethode met de mogelijkheid van 'rank reversal' blijkt wel uit de volgende voorbeelden.
 - a. In het eerste rekenvoorbeeld van ondernemer (zie 1.7 hiervoor) zal er in geval de inschrijving van de op de vijfde plaats geëindigde inschrijver B ongeldig wordt verklaard 'rank reversal' plaatsvinden. De op de vierde plaats staande inschrijver D zal naar de derde plaats stijgen, terwijl de oorspronkelijk als nummer drie geëindigde inschrijver A dan naar de vierde plaats daalt.
 - b. In het tweede rekenvoorbeeld van ondernemer (zie 1.7 hiervoor) zal de op de gedeelde vierde plaats staande inschrijver G naar een gedeelde derde plaats stijgen wanneer een of meer van de niet-winnende inschrijvingen C, D, F of J ongeldig verklaard zouden worden.
- 5.8.3. De te beantwoorden vraag is vervolgens of het eerst na inschrijving vast komen te staan van de inhoud van de scoreregule voor het financiële subgunningscriterium in het onderhavige geval de voorbereiding van de inschrijvingen wezenlijk kan beïnvloeden (zie 5.7.5-5.7.9 hiervoor).
- 5.8.4. De Commissie constateert dat aan het financiële subgunningscriterium geen overheersende invloed is gegeven door aanbestede. Voor de kwalitatieve subgunningscriteria zijn maximaal 800 punten te behalen, waarbij het volledige spectrum van 0 tot 800 punten wordt gebruikt. Voor het financiële subgunningscriterium kunnen maximaal 200 punten worden behaald. Anders dan bij de kwalitatieve subgunningscriteria, is het bij het financiële subgunningscriterium afhankelijk van het aantal inschrijvers of het volledige spectrum van 0 tot 200 punten wordt gebruikt. De stappen tussen de opeenvolgende gewogen gemiddelde bedrijfstarieven bedragen 15 punten.
- 5.8.5. Verder constateert de Commissie dat de score van een inschrijving voor het financiële subgunningscriterium volledig afhankelijk is van het aantal inschrijvers dat een lager gewogen gemiddeld bedrijfstarief heeft geboden. De Commissie neemt aan dat dat aantal vóór inschrijving voor een inschrijver moeilijk zal zijn in te schatten. Dit betekent dat een inschrijver vóór inschrijving niet goed kan inschatten of een hogere kwaliteit met een hoger tarief beter of slechter zal scoren dan een lagere kwaliteit met een lager tarief. Een inschrijver heeft dus onvoldoende informatie om zijn inschrijving in het kader van deze gunningssystematiek te kunnen optimaliseren. Naar het oordeel van de Commissie kan de uiteindelijke inhoud van de scoreregule voor het financiële subgunningscriterium dan ook de voorbereiding van de inschrijvingen wezenlijk beïnvloeden. Dat ondernemer verwacht dat de gewogen gemiddelde bedrijfstarieven maar zeer beperkt van elkaar zullen

verschillen (zie 3.1.7-3.1.9 hiervoor), doet aan het voorgaande niet af. Bij een groot aantal inschrijvers kan een klein verschil in de geboden bedrijfstarieven immers een groot effect op de score hebben (zie het tweede rekenvoorbeeld in 1.7 hiervoor en vgl. Vزر. Rb. Leeuwarden 21 januari 2005, ECLI:NL:RBLEE:2005:AS3521, Van der Wiel/Weststellingwerf, r.o. 6). Bovendien betreft het een gewogen gemiddeld bedrijfstarief en kunnen kleine verschillen in dat tarief bij grote afnamevolumes tijdens de uitvoering toch grote effecten hebben.

5.8.6. Daarmee komt de Commissie tot het oordeel dat aanbesteder met de onderhavige relatieve beoordelingsmethode in strijd handelt met de artikelen 67, lid 5, Richtlijn 2014/24/EU en 2.115, lid 4 en 5, Aw 2012 en de beginselen van gelijke behandeling en transparantie. Naar het oordeel van de Commissie hanteert aanbesteder daarmee bovendien een methode die het risico in zich draagt dat de opdracht niet wordt gegund aan de inschrijver met de – naar het oordeel van aanbesteder – economisch meest voordelige inschrijving.

5.8.7. Daarmee acht de Commissie klachtonderdeel 1 gegrond.

5.9. Klachtonderdeel 2

5.10. De Commissie constateert dat dit onderdeel van de klacht zich richt tegen de (beveerdelijk gebrekkige) wijze waarop de aanbestedende dienst met de klacht is omgegaan. De Commissie beoordeelt het klachtonderdeel in lijn met haar eerdere adviezen als volgt (onder meer Advies 550, overweging 5.11 en Advies 525, overweging 5.3).

5.11. Art. 1 sub c van het Reglement van de Commissie definieert het begrip “klacht” als volgt:

‘Een uiting van ongenoegen van een partij over het handelen of het nalaten van een andere partij voor zover dat handelen of nalaten binnen de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012 valt.’

5.12. De Commissie is van oordeel dat de wijze waarop een intern klachtenmeldpunt omgaat met een klacht die bij dat meldpunt is ingediend tegen de aanbestedende dienst weliswaar als een handelen of nalaten van die aanbestedende dienst kwalificeert, maar niet als een handelen of nalaten dat binnen de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012 valt.

5.13. De Commissie neemt dit klachtonderdeel derhalve niet in behandeling.

5.14. De Commissie overweegt ten overvloede nog het volgende. Het voorgaande oordeel laat onverlet dat – voor zover een aanbestedende dienst een bij hem ingediende klacht afwijst – de Commissie zich bij de behandeling van een klacht inhoudelijk kan uitlaten over de wijze waarop die afwijzing door de aanbestedende dienst is onderbouwd.

6. Advies

De Commissie acht klachtonderdeel 1 **gegrond** en neemt klachtonderdeel 2 niet in behandeling.

Den Haag, 22 februari 2021

Mr. A.C.M Fischer-Braams
Voorzitter

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid