

Advies 83

1. Feiten

- 1.1 Beklaagde heeft een openbare nationale aanbestedingsprocedure gehouden voor een raamovereenkomst van 24 maanden voor het verlenen van vertaaldiensten onder de titel "Nationale IIB aanbesteding Vertaaldiensten 2014". Het gunningscriterium is volgens de aankondiging en paragraaf 2.1 van het Beschrijvend Document de economisch meest voordelige inschrijving, hierna ook aangeduid met "EMVI". Het gunningscriterium is met subgunningscriteria uitgewerkt in Bijlage 12 bij het Beschrijvend Document.
- 1.2 Twee partijen hebben met betrekking tot deze aanbesteding klachten ingediend over de gunningscriteria en de bijbehorende beoordelingssystematiek. De klachten hebben grotendeels een vergelijkbare aard en inhoud. Daarom zullen zij gezamenlijk in dit advies worden behandeld.
- 1.3 De kwaliteit van de inschrijving wordt beoordeeld aan de hand van de wensen van beklaagde zoals beschreven in bijlage 7 (Programma van Eisen) en bijlage 12 (Beoordelingssystematiek gunningscriteria / wensen) bij het Beschrijvend Document. Subgunningscriteria W-1 t/m W-3 betreffen de kwaliteit van het gehele vertaalproces en de vertalingen. Inschrijvers schrijven daarvoor drie voorstellen met betrekking tot het proces van waarmerking (W-1), de uitvoering van de opdrachten (W-2) en de leveringszekerheid binnen de gestelde doorlooptijden (W-3).
- 1.4 Subgunningscriteria W-4 t/m W-8 worden in het bestek de "Commerciële Wensen" van beklaagde genoemd. Inschrijvers vullen hun tarieven in een bijgeleverd Excel sheet in dat de totaalbedragen automatisch uitrekent (bijlage 8b bij het Beschrijvend Document). Hierbij zijn invulinstructies gevoegd (bijlage 8a bij het Beschrijvend Document).
- 1.5 Inschrijvers vullen onder subgunningscriterium W-5 het woordtarief per taal in. Die tarieven worden vermenigvuldigd met 1100, omdat dit aantal een gemiddeld aantal woorden per vertaalopdracht vertegenwoordigt. De uitkomsten worden vervolgens opgeteld tot een fictieve totaalprijs voor W-5.
- 1.6 Het tarief dat door Inschrijvers onder subgunningscriterium W-7 wordt ingevuld voor het waarmerken van het betreffende document, wordt vermenigvuldigd met 195, dat een verwacht aantal opdrachten voor waarmerken vertegenwoordigt. De uitkomst is een fictieve prijs voor W-7.
- 1.7 De totaalbedragen van W-5 en W-7 worden bij elkaar opgeteld tot de fictieve totaalprijs van de opdracht. De uitkomst wordt hierna aangeduid met "Totaalprijs". De inschrijving met de laagst aangeboden Totaalprijs krijgt de maximale score van 300 punten. De overige aanbiedingen worden hieraan gerelateerd middels de volgende formule:

Score X = (laagst aangeboden Totaalprijs/aangeboden Totaalprijs Inschrijving X) * 300 punten = x,xx punten (afgerond op 2 cijfers achter de komma).

- 1.8 Inschrijvers vullen onder subgunningscriterium W-4 het woordtarief per taal in dat betaald wordt aan de vertalers die de opdrachten uitvoeren. Deze tarieven moeten liggen tussen de 75% en de 100% van de corresponderende tarieven die bij W-5 zijn ingevuld. Die tarieven worden eveneens vermenigvuldigd met 1100. De uitkomsten worden vervolgens opgeteld tot een fictieve totaalprijs voor W-4.
- 1.9 Inschrijvers vullen onder subgunningscriterium W-6 het tarief in dat betaald wordt aan de vertalers die het waarmerken uitvoeren. Dit tarief moet liggen tussen de 75% en de 100% van het tarief dat bij W-7 is ingevuld. Het bij W-6 ingevulde tarief wordt evenals bij W-7 vermenigvuldigd met 195. De uitkomst is een fictieve totaalprijs voor W-6.
- 1.10 De totaalbedragen van W-4 en W-6 worden opgeteld tot een fictief bedrag dat ten goede komt aan de vertalers. De uitkomst wordt hierna aangeduid met "Vertalersaandeel". De Inschrijving met het hoogst aangeboden Vertalersaandeel krijgt de maximale score van 350 punten. De overige aanbiedingen worden hieraan gerelateerd op basis van de volgende formule:
- Score X = (aangeboden Vertalersaandeel Inschrijving X/hoogst aangeboden Vertalersaandeel) * 350 punten = x,xx punten (afgerond op 2 cijfers achter de komma).
- 1.11 Het gevolg van de instructies voor het invullen van subgunningscriteria W-4 t/m W-7 is dat het Vertalersaandeel een bedrag is dat ligt tussen de 75% en de 100% van de Totaalprijs. Dit percentage wordt hierna aangeduid als "Uitkeringspercentage".
- 1.12 Subgunningscriterium W-8 betreft ten slotte een uurtarief voor DTP activiteiten. Bij deze wens worden geen eisen gesteld ten aanzien van het percentage dat aan vertalers wordt betaald. De Inschrijving met het laagst aangeboden uurtarief krijgt de maximale score van 50 punten. De overige aanbiedingen worden hieraan gerelateerd middels de volgende formule:
- Score X = (laagst aangeboden totaalprijs DTP Inschrijving X/aangeboden totaalprijs DTP) * 50 punten = x,xx punten (afgerond op 2 cijfers achter de komma).
- 1.13 De maximale eindscore die een inschrijver kan behalen op de onderdelen Kwaliteit en Commerciële Wensen zijn respectievelijk 300 (per wens 100 punten) en 700 (350 voor W-4 – W-6, 300 voor W-5 – W-7 en 50 voor W8) punten. In totaal is de maximale score dus 1000 punten.

2. Beschrijving klacht

Klagers zijn in onderling verband en samenvattend van mening dat de gebruikte gunningscriteria en de bijbehorende beoordelingssystematiek niet leiden tot selectie van de economisch meest voordelige inschrijving (klachtonderdeel 1), in strijd zijn met de doelstellingen van de Aanbestedingswet 2012 (Aw 2012) om de mogelijkheden voor het Midden- en Klein Bedrijf te vergroten (klachtonderdeel 2), leiden tot concurrentievervalsing (klachtonderdeel 3) en uitnodigen tot irreële en manipulatieve inschrijvingen (klachtonderdeel 4).

3. Onderbouwing klacht

- 3.1 (Klachtonderdeel 1) Ten eerste zijn de tarieven die inschrijvers betalen aan de vertalers ten onrechte aangemerkt als kwaliteitscriterium. Het impliceert dat een

vertaler met een hoger tarief automatisch een hogere kwaliteit levert en dat is niet juist. Hiermee gaat de aanbestedende dienst ook voorbij aan het feit dat er zeer veel vertalers actief zijn die bewust een aangepast tarief hanteren in een samenwerking met vertaalbureau, omdat laatstgenoemden inspanningen verrichten die de continuïteit van de vertaler ten goede komt, zoals acquisitie en het factuurrisico. De tarieven die aan de vertalers worden betaald zijn een essentieel component van het commerciële deel van de inschrijving en had dus als prijscriterium aangemerkt moeten worden. Dit betekent dat in de daadwerkelijke beoordeling van de inschrijvingen de prijs veel zwaarder weegt dan is aangegeven in het beschrijvend document. Ten tweede is de gebruikte wiskundige formule die de punten per onderdeel verdeelt ongeschikt om de EMVI aan te wijzen. Dit wordt onderbouwd met een deskundigenrapport.

- 3.2 (Klachtonderdeel 2) Er wordt een brutomarge van maximaal 25% bij de inschrijver afgedwongen bij een geraamde, lage opdrachtwaarde die minder dan EUR 100.000 bedraagt, terwijl dit niet of nauwelijks kostendekkend is voor het MKB. Deze eis is dus disproportioneel.
- 3.3 (Klachtonderdeel 3) De gekozen beoordelingssystematiek is niet geschikt om inschrijvers met een afwijkende kostenstructuur met elkaar te vergelijken. Een coöperatie heeft naast inkomsten uit de uitvoering van opdrachten inkomsten uit bijvoorbeeld lidmaatschapsgelden die haar leden jaarlijks betalen. Door de aanbiedingen te vergelijken op basis van de bruto bemiddelingsmarge hebben coöperaties een voordeel op bemiddelingsbureaus, omdat een coöperatie de bruto bemiddelingsmarge kunstmatig laag kan houden. Een gedeelte van de vergoeding die de vertaler ontvangt voor vertalingen in het kader van de aanbesteding vloeit namelijk weer terug in de kas van de coöperatie via een "U-bocht". Dit leidt tot concurrentievervalsing.
- 3.4 (Klachtonderdeel 4) De kosten voor de leden van een coöperatie worden niet transparant meegenomen in de tarieven. Hiermee wordt ook niet het doel van het verbeteren van de positie van vertalers behaald.

4. Aangedragen suggestie(s) tot verhelpen van de klacht

Klagers stellen voor dat beklagde de aanbesteding intrekt en de onderhavige opdracht opnieuw aanbesteedt met gunningscriteria en bijbehorende beoordelingssystematiek die daadwerkelijk leiden tot het bepalen van de EMVI en in overeenstemming zijn met de Aw 2012.

5. Reactie beklagde

- 5.1 (Klachtonderdeel 1) Beklaagde betwist dat het beoordelingsmodel in strijd is met het aanbestedingsrecht en stelt dat een aanbestedende dienst vrij is om de prijs/kwaliteit verhouding binnen een EMVI gunning te bepalen. Het toepassen van relatieve formules bij beoordelingsmodellen is gebruikelijk in aanbestedingen. Er bestaan verschillende beoordelingsmodellen met elk hun specifieke voor- en nadelen. Bovendien heeft de Europeesrechtelijke jurisprudentie, waaruit zou moeten blijken dat in strijd met het aanbestedingsrecht wordt gehandeld, geen betrekking op IIB-diensten. Daarnaast vindt beklagde het belangrijk dat de vertalers voldoende beloond worden voor hun werkzaamheden. Beklaagde streeft hierbij naar het terugdringen van de kosten voor bemiddeling ten gunste van een hogere vergoeding voor de vertalers, zoals ook de wens is van de Tweede Kamer. In de aanbesteding is maar één prijscomponent uitgevraagd, namelijk die in W-5 in combinatie met W-7. In tegenstelling tot wat klagers beweren, zijn W-4 en W-6

geen prijscomponenten. De aanname dat een hoger tarief automatisch een hogere kwaliteit levert is niet correct; dit is ook niet het streven van de aanbesteden dienst. Indien wensen W-4 en W-6 buiten beschouwing gelaten zou worden, zou de winnende inschrijver met een nog groter verschil winnen. Bij deze wensen hebben juist de bemiddelaars hoger gescoord.

- 5.2 (Klachtonderdeel 2) Volgens beklagde tonen deze en een vorige aanbesteding aan dat marges onder de 25% wel mogelijk zijn, nu zij aanbiedingen van onder de 20% ontvangen heeft. Als de dienstverlening onmogelijk werd geacht had beklagde deze inschrijvingen niet ontvangen.
- 5.3 (Klachtonderdeel 3) De winnende inschrijver voldoet aan alle geschiktheids- en andere eisen die zijn gesteld in de onderhavige aanbesteding. Lidmaatschapsgelden of andere financieringsmiddelen worden niet verrekend met de behaalde omzet. Beklagde zal dit jaarlijks door middel van accountantscontroles controleren. Dat de kosten voor bedrijfsvoering gefinancierd kunnen worden door lidmaatschapsgelden is niet de zaak van beklagde. Bij de bemiddelaars controleert beklagde ook niet waar die financiering vandaan komt.
- 5.4 (Klachtonderdeel 4) Beklagde heeft ook het plan van aanpak van de winnende Inschrijver bestudeerd en zag hierin geen aanleiding om te veronderstellen dat een marge van 5% een onwerkbaar situatie met zich meebrengt. De winnaar van de aanbesteding heeft een ander soort business model dan de traditionele vertaalbureaus en keert de gehele omzet minus 5% uit aan haar leden die de dienstverlening hebben verricht. Dit komt grotendeels overeen met de tarieven van een andere dienstverlener waarmee beklagde een raamovereenkomst heeft afgesloten. Wat betreft de doelstelling ter verbetering van de positie van vertalers, stelt beklagde dat de inschrijvingen commercieel vertrouwelijk zijn en daarom kan zij hier niet verder ingaan op marges en prijsverschillen. Wat ter illustratie wel vermeld kan worden, is dat op sommige talen de vergoeding van de coöperatie hoger is dan andere inschrijvers, maar bij andere talen soms ook wat lager.

6. Beoordeling

6.1 Klachtonderdeel 1

- 6.1.1 Allereerst stelt de Commissie vast dat het hier gaat om een opdracht voor een IIB-dienst waarop de Aw 2012 en Richtlijn 2004/18/EG beperkt van toepassing zijn, zoals beklagde terecht aangeeft in het Beschrijvend document, par. 2.1.
- 6.1.2 Beklagde heeft in paragraaf 2.1 van het Beschrijvend Document echter bepaald dat zij gehouden is in deze aanbesteding de algemene aanbestedingsbeginselen na te leven. De Commissie is van oordeel dat beklagde zich met deze verwijzing in beginsel heeft gebonden tot naleving van de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht.
- 6.1.3 Uit de aankondiging en het Beschrijvend Document (paragraaf 2.1, p. 19) blijkt dat beklagde als gunningscriterium heeft gekozen voor EMVI (de economisch meest voordelige inschrijving). De Commissie is van oordeel dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers deze verwijzing naar EMVI mogen interpreteren als een verwijzing naar het begrip EMVI, zoals het Hof van Justitie EU dat gebruikt, en zoals dat ook is omschreven in artikel 53 lid 1 sub a van Richtlijn 2004/18/EG en in de artikelen 2.114-2.115 Aw 2012. De economisch meest voordelige inschrijving wordt gedefinieerd als de aanbidding welke, van de verschillende ingediende aanbiedingen, de beste verhouding tussen kwaliteit en prijs biedt, rekening houdende met op grond van het voorwerp van de opdracht

gerechtvaardigde criteria (zie o.a. arrest Gerecht van Eerste Aanleg EU van 16 september 2013 in zaak T-402/06 (Spanje/Commissie), r.o. 76).

- 6.1.4 Het staat niet ter discussie dat een aanbestedende dienst die kiest voor EMVI een ruime vrijheid heeft bij de keuze van de nadere criteria en dat ook overwegingen van niet zuiver economische aard van invloed kunnen zijn op de waarde van de aanbieding voor die aanbestedende dienst. Niettemin betekent deze vaststelling niet dat elk nader criterium van deze aard door de aanbestedende dienst mag worden gebruikt.
- 6.1.5 Het is vaste rechtspraak dat, hoewel aan een aanbestedende dienst een ruime vrijheid toekomt bij de keuze van de nadere criteria, hij enkel criteria kan kiezen die ertoe strekken de economisch meest voordelige inschrijving te kiezen. Dit wordt bevestigd door de Parlementaire Geschiedenis van art. 2.114 Aw 2012 (Memorie van Toelichting, 6 juli 2010, Kamerstukken II 2009/2010, 32 440, nr. 3, p. 90-91). Tevens is vereist dat de aanbestedende dienst zich baseert op criteria die verband houden met het voorwerp van de opdracht, de aanbestedende dienst geen onvoorwaardelijke keuzevrijheid geven, uitdrukkelijk vermeld zijn in het bestek of de aankondiging van de opdracht en alle fundamentele beginselen van het Unierecht eerbiedigen (zie o.a. arrest Hof van Justitie EU in zaak C-513/99 (Concordia Bus Finland), r.o. 59-64).
- 6.1.6 In aanvulling op het voorgaande is de Commissie van oordeel dat aanbestedende diensten, die kiezen voor de toepassing van het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving, in dat kader voor een gunningssystematiek moeten kiezen die hen in staat stelt na te gaan welke inschrijving de beste prijs/kwaliteitverhouding biedt. Door dat te doen, handelen zij bovendien in overeenstemming met art. 1.4 lid 2 Aw 2012 en dragen zij zorg voor het leveren van zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen (zie Memorie van Antwoord, 1 juni 2012, Kamerstukken I 2011/2012, 32 440, C p. 9 – 10 en Vزر. Rb. Noord-Nederland 25 oktober 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:7100, r.o. 4.3). Hoewel de economisch meest voordelige inschrijving niet altijd de inschrijving is met de laagste prijs, moet een nader criterium dat ziet op de prijs leiden tot een economisch voordeligere inschrijving. Een goedkopere inschrijving is in dat geval noodzakelijkerwijs, vanuit economisch oogpunt, voordeliger dan een duurdere inschrijving. Een gunningssystematiek die ertoe leidt dat de opdracht wordt gegund aan een duurdere inschrijving, is niet in overeenstemming met het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving. (Zie opnieuw Gerecht van Eerste Aanleg EU van 16 september 2013 in zaak T-402/06 (Spanje/Commissie) r.o. 76 en 77 en ook Vزر. Rb. Den Haag 25 februari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2965, r.o. 4.10).
- 6.1.7 De Commissie is van oordeel dat beklagde, door de nadere criteria W-4 en W-6 op te nemen in de gunningssystematiek, criteria heeft toegepast die niet ertoe strekken te gunnen aan de inschrijver met de beste prijs/kwaliteitverhouding. De criteria W-4 en W-6 hebben immers geen betrekking op het kwaliteitsdeel van de inschrijving. Niet in geschil is dat de criteria ten aanzien van de vergoeding voor de vertalers geen betrekking hebben op de kwaliteit van de dienstverlening. Beide partijen hebben gesteld dat een hogere vergoeding voor de vertalers niet (automatisch) leidt tot een betere vertaling. Daarmee staat vast dat de criteria W-4 en W-6 louter betrekking hebben op de prijs.
- 6.1.8 De nadere criteria W-4 t/m W-8, door beklagde in het Programma van Eisen ook wel de "Commerciële wensen" genoemd, bepalen samen de prijs van de inschrijving. Zij worden immers in onderlinge samenhang vastgesteld. Het Uitkeringspercentage komt tot uitdrukking in de verhouding tussen het Vertalersaandeel en de Totaalprijs van de inschrijving, maar vormt geen zelfstandig criterium. Het Verta-

lersaandeel weegt zwaarder dan de score op de Totaalprijs. Dit leidt tot onbedoelde resultaten, die worden bevestigd door een fictief rekenvoorbeeld dat de Commissie heeft opgesteld. Het resultaat wordt weergegeven in Tabel 1. De scores op W-1 t/m W-3 zijn in dit fictieve geval gelijk:

<i>Inschrijver</i>	<i>Totaalprijs</i>	<i>Uitkeringspercentage</i>	<i>Score Totaalprijs</i>	<i>Score Vertalersaandeel</i>	<i>Eindscore</i>
A	95.000	80%	268.42	329.41	597.83
B	90.000	85%	283.33	331.58	614.91
C	95.000	85%	268.42	350	618.42
D	87.000	82%	293.10	309.21	602.31
E	92.000	80%	277.17	319.01	596.18
F	85.000	85%	300	313.16	613.16

6.1.9 C is in dit voorbeeld de inschrijver met de duurste inschrijving, maar wint de opdracht boven B en F die hetzelfde Uitkeringspercentage hanteren. Hieruit volgt dat bij een gelijk Uitkeringspercentage een hogere Totaalprijs leidt tot een hogere eindscore. Omgekeerd betekent een lagere Totaalprijs een lagere eindscore. Dit betekent dat inschrijvers die op de overige nadere criteria gelijk of nagenoeg gelijk scoren niettemin de opdracht niet verkrijgen, omdat hun Totaalprijs te laag is. Het is reëel om aan te nemen dat een inschrijver die als tweede eindigt, de opdracht kan winnen als die een hogere Totaalprijs geboden had.

6.1.10 Tevens blijkt dat partijen met een laag vertalersaandeel niet het slechtste scoren in de systematiek en dat partijen met een hoog vertalersaandeel evenmin steeds het beste scoren. Uit het volgende rekenvoorbeeld blijkt dat een inschrijver met een Uitkeringspercentage van 80% en een hele hoge Totaalprijs een hogere score kan behalen dan een inschrijver met een Uitkeringspercentage van 95% en een meer marktconforme Totaalprijs:

<i>Inschrijver</i>	<i>Totaalprijs</i>	<i>Uitkeringspercentage</i>	<i>Score Totaalprijs</i>	<i>Score Vertalersaandeel</i>	<i>Eindscore</i>
A	250.000	80%	102,00	350	452
B	90.000	95%	283,33	149,63	432,96
C	85.000	95%	300	141,31	441,31
D	86.000	80%	296,51	120,40	416,91

Wellicht gaat het voorbeeld uit van een zeer hoge inschrijving van inschrijver A, maar het toont aan dat de gebruikte systematiek niet leidt tot de gunning aan de economisch meest voordelige inschrijving, zelfs niet indien sommige partijen een heel hoog Vertalersaandeel aanbieden.

6.1.11 Uit het voorgaande volgt dat de gehanteerde gunningssystematiek ertoe kan leiden dat, wanneer de scores op kwaliteit (de nadere criteria W-1 t/m W-3) gelijk zijn, de opdracht wordt gegund aan een inschrijver met een duurdere inschrijving. Daarmee heeft beklagde gekozen voor een gunningssystematiek die niet in overeenstemming is met het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving. Beklaagde handelt daarmee bovendien in strijd met haar op grond van art. 1.4 lid 2 Aw 2012 bestaande verplichting om zorg te dragen voor het leveren van zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen.

6.1.12 De Commissie is dan ook van oordeel dat het eerste klachtonderdeel gegrond is.

6.1.13 Ten overvloede merkt de Commissie nog op dat ook de wens van beklagde om een zo laag mogelijke Totaalprijs en een zo hoog mogelijke vergoeding voor de vertalers te bereiken (binnen de voorgeschreven bandbreedten), niet wordt bereikt met de gehanteerde systematiek. Dat blijkt uit bovenstaande rekenvoorbeel-

den. De Commissie spreekt daarmee echter geen oordeel uit over de beide doelstellingen van beklagde.

6.2 Klachtonderdeel 2

6.2.1 In dit klachtonderdeel stellen Klagers dat de eis om minimaal 75% van de Totaalprijs ten goede te laten komen aan de vertalers een disproportionele eis in het bestek vormt. Het proportionaliteitsbeginsel houdt in – zie voor de onderhavige aanbestedingsprocedure art. 1.13 Aw 2012 – dat bij het voorbereiden en tot stand brengen van een overeenkomst in het kader van een aanbestedingsprocedure uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria worden gesteld aan inschrijvers en inschrijvingen die in redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht. Dit is een objectief criterium, dat door de rechter getoetst kan worden. Dat betekent dat een afweging moet plaatsvinden van de gevolgen die een bepaalde maatregel veroorzaakt en van de daar tegenover staande voordelen. Daarbij moet worden bekeken in hoeverre de gekozen maatregel evenredig is aan het te bereiken doel.

6.2.2 De vraag is aldus of het voordeel dat de brutomarge van 25% oplevert, namelijk de verbetering van de positie van vertalers, opweegt tegen de gevolgen van deze maatregelen voor de toegang van ondernemers tot deze opdracht, in het bijzonder de toegang voor bedrijven uit het midden- en kleinbedrijf. De Commissie overweegt dat het aanbestedingsrecht niet vereist dat het voor alle marktdeelnemers aantrekkelijk moet zijn om zich op een aanbesteding in te schrijven. Vereist is dat binnen een aanbesteding in ieder geval effectieve mededinging mogelijk is en dat de toegang tot de opdracht voor bedrijven uit het midden- en kleinbedrijf voldoende is gewaarborgd. De Commissie is van oordeel dat klagers onvoldoende hebben aangetoond dat beklagde deze vereisten niet in acht zou hebben genomen. Bovendien heeft beklagde onweersproken gesteld dat zij in deze en vorige aanbestedingen meerdere inschrijvingen van onder de 20% heeft ontvangen. Het klachtonderdeel is naar het oordeel van de Commissie dan ook ongegrond.

6.3 Klachtonderdeel 3

Klagers menen dat de afgedwongen brutomarge leidt tot concurrentievervalsing, omdat de gekozen gunningssystematiek niet geschikt is om inschrijvers met een afwijkende kostenstructuur met elkaar te vergelijken. De Commissie is van oordeel dat een mogelijk commercieel voordeel voor inschrijvers met een coöperatieve rechtsvorm op zichzelf niet leidt tot concurrentievervalsing of in strijd is met het aanbestedingsrecht. Bedrijven behouden hun commerciële vrijheid om eigen keuzes en afwegingen te maken om aan een dergelijke eis te voldoen. Met betrekking tot de winnende inschrijver met een coöperatieve rechtsvorm voert beklagde jaarlijkse accountantscontroles uit om te controleren of lidmaatschapsgelden of andere financieringsmiddelen met de behaalde omzet worden verrekend. Dit klachtonderdeel is naar het oordeel van de Commissie dan ook ongegrond.

6.4 Klachtonderdeel 4

6.4.1 Punt 6.2.2 van het Programma van Eisen bevat een uitdrukkelijk verbod op irreële of manipulatieve inschrijvingen.

6.4.2 Een definitie van een irreële inschrijving wordt in het bestek niet gegeven. Het is vaste rechtspraak dat sprake is van een irreële inschrijving, indien op voorhand vaststaat dat de aanbieding na inschrijving van de opdracht aanstonds zal leiden tot het toerekenbaar tekortschieten van de inschrijver (zie bijvoorbeeld Vzr. Rb. Amsterdam 16 juli 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BN3506, r.o. 4.1) Weliswaar heeft de winnende inschrijver met een kleine brutomarge ingeschreven, op zichzelf is

daarmee geen bewijs gegeven van een irreële inschrijving. Terecht ziet beklagde geen aanleiding om te veronderstellen dat een marge van 5% een onwerkbaar situatie oplevert. Klagers hebben daarvoor ook overigens onvoldoende aangevoerd. De omstandigheid dat een coöperatie lidmaatschapsgelden vraagt, is op zichzelf onvoldoende om een irreële inschrijving aan te nemen. Tevens is onweersproken gesteld dat de tarieven van de winnende inschrijver grotendeels overeenkomen met de tarieven van de dienstverlener onder de huidige raamovereenkomst (zie brief beklagde van 25 februari 2014 met kenmerk 2014001, p. 3). Daarnaast zien de nadere criteria W-1 t/m W-3 toe op de haalbaarheid en kwaliteit van de uitvoering van de opdracht. Daarom is er geen reden aan te nemen dat gunning van de opdracht aanstonds zal leiden tot het toerekenbaar tekortschieten van de inschrijver.

6.4.3 Het bestek stelt dat van 'een manipulatieve inschrijving sprake [kan] zijn wanneer – als gevolg van miskenning door de Inschrijver van bepaalde aannames van de aanbestedende dienst – de beoordelingssystematiek zo wordt gemanipuleerd dat het daarmee beoogde doel, zoals het innemen van een realistische positie, wordt verstoord.' Ook hiervoor geldt dat een inschrijving met een kleine brutomarge op zichzelf geen bewijs oplevert dat er sprake is van een manipulatieve inschrijving. De winnende inschrijver heeft met een positieve marge ingeschreven en dit onderbouwd met een plan van aanpak met betrekking tot de kwaliteit van de uitvoering van de opdracht.

6.4.4 Op basis van het voorgaande acht de Commissie klachtonderdeel 4 ongegrond.

7. Advies

De Commissie acht klachtonderdeel 1 **gegrond** en klachtonderdelen 2 t/m 4 **ongegron**d.

8. Aanbeveling

Beklagde is tot opdrachtverlening overgegaan. Gesteld dat beklagde nog niet tot opdrachtverlening zou zijn overgegaan, had de Commissie aanbevolen tot heraanbesteding over te gaan met herziening van de gunningscriteria en bijbehorende gunningssystematiek.

De Commissie heeft zich ten behoeve van dit advies laten bijstaan door prof.mr. P.H.L.M. Kuypers die als Commissie-Expert aan de Commissie is verbonden.

Den Haag, 18 juni 2014

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

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