

Advies 202

1. Feiten

- 1.1. Beklaagde heeft op 11 november 2014 een Europese openbare aanbestedingsprocedure aangekondigd met betrekking tot een raamovereenkomst voor media-plaatsingen.
- 1.2. In Hoofdstuk 6. ("Selectie en gunning") van het Aanbestedingsdocument is op p. 16-18 onder andere bepaald:

6.2 Beoordelingscommissie

Inschrijvingen worden beoordeeld door een multidisciplinaire beoordelingscommissie van de Aanbestedende Dienst op basis van vormvereisten, Uitsluitingsgronden, Selectie-eisen, het Programma van Eisen en Gunningcriteria. Deze criteria en de wijze waarop wordt beoordeeld, zijn vastgelegd in de beoordelingsprocedure. De beoordelingscommissie bestaat uit materiedeskundigen van de Dienst Marketing & Communicatie, een adviseur Juridische Zaken en een adviseur Inkoop. De beoordelingscommissie bestaat daarmee uit 7 personen.

6.3. Fases in de selectie en gunning

[...]

6.3.4. Gunningscriteria

De overgebleven Inschrijvingen worden beoordeeld en gewaardeerd.

In totaal kunnen maximaal 100 punten behaald worden. Per (sub)gunningscriterium is de wegingsfactor aangegeven en kan een maximum aantal punten vergaard worden. Aspecten waarop per (sub) criterium wordt beoordeeld hebben, tenzij anders vermeld, eenzelfde zwaarte/weging.

Voor de beschrijving en waardering van de (sub)gunningscriteria: zie hoofdstuk 11.

Beoordeling kwalitatieve Gunningscriteria (Par. 11.1)

Het resultaat van de beoordeling van de antwoorden op de vragen is een beoordelingslijst welke gerangschikt is op de Inschrijver met de hoogste score. Scores worden per vraag toegekend volgens een "rapportcijfersysteem", waarbij het cijfer 10 de best mogelijke score is en het cijfer 0 de laagst mogelijke score. Voor de toekenning van de cijfers gelden de volgende grondslagen:

0. antwoord ontbreekt; antwoord voldoet absoluut niet;
2. antwoord is slecht en de wijze van beantwoording geeft nauwelijks antwoord op de vraag of sluit onvoldoende aan bij de wensen van Aanbestedende Dienst;

4. onvoldoende, er ontbreekt meer dan één onderdeel in het antwoord, de wijze van invulling is onvoldoende of sluit onvoldoende aan bij de wensen van Aanbestedende Dienst;
6. voldoende. Er ontbreken minder significante punten, wijze van invulling is redelijk of sluit voldoende aan bij de wensen van Aanbestedende Dienst;
8. goed. Antwoord geeft duidelijk het inzicht dat gevraagd is en sluit goed aan bij de wensen van Aanbestedende Dienst en bevat eventueel creatieve en/of innovatieve elementen;
10. uitmuntend, volledig overtuigend.

Bij twijfel (meer dan, maar net niet....) is de beoordelaar vrij tussenliggende cijfers toe te kennen. Ieder lid van de beoordelingscommissie geeft onafhankelijk van de andere leden zijn oordeel. De eindscore voor elke te beoordelen vraag komt tot stand door de scores van de leden van het beoordelingsteam ongewogen te middelen, te delen door 10 en vervolgens te vermenigvuldigen met de wegingsfactor zoals aangegeven in paragraaf 11.1.

De antwoorden zoals die in het kader van de Gunningscriteria worden verstrekt, worden opgevat als toezeggingen over de wijze waarop invulling wordt gegeven aan de Raamovereenkomst. Aldus verstrekte antwoorden worden derhalve onderdeel van de te sluiten Raamovereenkomst.

[...]

Verificatie

De Inschrijver met de meeste punten wordt uitgenodigd voor een gesprek over de ingediende Inschrijving en een verificatie van gegevens. Aanbestedende Dienst stelt ter voorbereiding de onderdelen vast op welke punten de door de Inschrijver geleverde informatie geverifieerd moet worden, c.q. welke documenten of nadere informatie door de Inschrijver overlegd dienen te worden. Indien blijkt dat hetgeen de Inschrijver verklaard dan wel geoffreerd heeft onjuist is, heeft de Aanbestedende Dienst het recht de Inschrijver van deelname uit te sluiten, dan wel, indien de Raamovereenkomst reeds afgesloten is, de Raamovereenkomst met onmiddellijke ingang te ontbinden. Aanbestedende Dienst heeft vervolgens de mogelijkheid het traject voort te zetten met de Inschrijver die als 2e, 3e etc. is geëindigd. De desbetreffende Inschrijver is als dan schadeplichtig. Alle kosten die gemaakt zijn om tot een nieuwe Raamovereenkomst te komen, worden verhaald, onverminderd overige rechten. Door in te schrijven op deze aanbesteding stemt u hier als Inschrijver expliciet mee in.'

- 1.3. In Hoofdstuk 11. ("Gunningscriteria") van het Aanbestedingsdocument is op p. 34 onder andere bepaald:

`11.1 Kwaliteit

(...)

Opgelet. Teneinde een minimaal kwaliteitsniveau te borgen, worden inschrijvingen die lager dan 7,00 op een 10,00 puntenschaal op het subcriterium presentatie/ pitch scores van verdere deelname aan de aanbesteding uitgesloten.

(...)

11.1.5. Subcriterium 5. Presentatie/ pitch

De Inschrijvers die op basis van hun beoordeling tot dan toe nog redelijkerwijs in aanmerking komen voor gunning van de opdracht, worden uitgenodigd om op donderdag 22 januari een presentatie te geven.

Het is het streven uiterlijk vrijdag 9 januari Inschrijvers in kennis te stellen van de uitnodiging dan wel het afzien daarvan.

In de presentatie dienen de antwoorden m.b.t. uw visie partnership en doelgroepen, de organisatie en kwaliteit van dienstverlening, uw financiële randvoorwaarden alsmede de uitgewerkte case aan de orde te komen.

De kaders waarbinnen de presentatie dient plaats te vinden.

- De presentatie dient gegeven te worden door één of meerdere personen van het beoogde kernteam, waarbij de vaste contactpersoon een prominente rol heeft.
- De presentatie vindt plaats op locatie van Opdrachtgever en duurt maximaal 90 minuten waarvan er ten minste 30 minuten beschikbaar zijn voor het stellen van vragen door het beoordelingsteam.
- Er geldt geen restrictie met betrekking tot de methodische aanpak. Ter beschikking staat een flap-over / whiteboard en presentatiemonitor (1.50 x 0,75 meter).
- Locatie: [Adres].

De presentatie wordt o.a. beoordeeld op de volgende aspecten:

- De mate waarin de vaste contactperso(n)en uit het kernteam blijk geeft van professionele en diepgaande kennis van de doelgroepen van de Opdrachtgever;
- De getoonde adviesvaardigheid en kennis van online media-advies en inkoopprocessen;
- De mate waarin beoordelingscommissie een klik ervaart welke een goede basis vormt voor het starten van langdurige partnership.

De presentatie wordt beschouwd als samenhangend geheel en [Beklaagde] beoordeelt de kwaliteit op volledigheid en samenhang. Opdrachtgever kent geen score toe per onderwerp, maar beoordeelt het totaalbeeld.'

1.4. Klager heeft op 2 februari 2015 een brief ontvangen, waarin wordt meegedeeld dat de raamovereenkomst voorlopig gegund wordt aan X. Uit de brief blijkt dat klager bij elk van de eerste vier subcriteria de hoogste score heeft behaald, maar dat zij bij subcriterium 5 Presentatie zoveel lager gescoord heeft dan X dat X de hoogste totaalscore heeft behaald. Aan klager zijn voor het subcriterium 5 Presentatie 18,3 punten toegekend van de maximale 30 punten.

1.5. Het toekennen van een matige score aan klager voor de presentatie wordt in de brief als volgt gemotiveerd:

'5. Presentatie/ pitch

Brengen een duidelijke focus aan in hun keuzes. Op media en inzet daarvan veel expertise aanwezig op deelgebieden. Nog beperkt bekend met branche maar willen hiervoor wel effort doen. Inhoudelijk gezien heeft [klager] op met name social en online een hele goede indruk achtergelaten. Ze hebben veel energie in de case gestoken, waaronder een filmpje op locatie.

Echter, was er ook weinig dialoog bij de pitch. De interactie tussen de teamleden onderling en de interactie met [beklaagde] was minimaal. Dit draagt niet bij aan het vertrouwen dat nodig is om een partnerschap aan te gaan. In de presentatie door 5 personen kwam een beeld naar voren van (teveel?) hiërarchie in de samenwerking. Tevens: het (zeker niet onbelangrijke) financiële aspect is slechts zijdelings en zeer kort aan de orde gekomen. Opmerkingen verder: teveel aandacht voor beperkingen i.p.v. mogelijkheden. Case teveel uitgediept (daardoor geen tijd voor financiële aspect?). Omdat inschrijver er van leek te gaan dat alles wat men vertelde nieuw voor [beklaagde] is, zijn waardevolle punten verspeeld.'

2. Beschrijving klacht

2.1. Klachtonderdeel 1

Beklaagde heeft gehandeld in strijd met artikel 1.12 Aw 2012 door X eerder op de hoogte te stellen van de voorlopige gunning dan klager.

2.2. Klachtonderdeel 2

Beklaagde heeft de door klager gegeven presentatie onjuist beoordeeld.

3. Onderbouwing klacht

3.1. Klachtonderdeel 1

Dit klachtonderdeel wordt door klager in haar tot de Commissie gerichte klacht niet onderbouwd. Uit de stukken blijkt dat klager van een door haar niet met name genoemde persoon te horen heeft gekregen dat beklaagde vóór de mededeling van de gunningsbeslissing met X heeft gesproken over inhoudelijke aspecten van de raamovereenkomst.

3.2. Klachtonderdeel 2

3.2.1. Ten onrechte is volgens klager een negatieve beoordeling gegeven op grond van weinig dialoog en interactie tijdens de presentatie. Dit beoordelingsaspect wordt niet genoemd in het Aanbestedingsdocument. In paragraaf 11.1.5 ("Subcriterium 5. Presentatie / pitch") van het Aanbestedingsdocument is bepaald: 'Er geldt geen restrictie met betrekking tot de methodische aanpak.'

3.2.2. De conclusie van beklaagde – 'Teveel hiërarchie in het team' – werd getrokken naar aanleiding van de omvang van het presentatieteam in combinatie met de gebruikte presentatiemethoden. Uit de beoordeling blijkt volgens klager dat beklaagde hier niet zeker van is. Toch zijn er geen vragen over gesteld tijdens de presentatie. Met andere woorden: een negatieve beoordeling is het gevolg van onzekerheid terwijl de mogelijkheid om hier duidelijkheid in te verschaffen zich wel voor heeft gedaan.

3.2.3. Met betrekking tot de conclusie van beklaagde – 'Teveel aandacht voor beperkingen in plaats van mogelijkheden' – heeft klager de presentatie en beoordeling met haar team geëvalueerd maar kan zij nergens terugvinden waar op wordt geëvalueerd. Klager stelt dat dit een onterechte negatieve beoordeling is.

3.2.4. Beklaagde heeft aangegeven dat de case te ver was uitgediept en dat ten onrechte is aangenomen dat alle informatie nieuw zou zijn voor beklaagde. Uit paragraaf 6.2 van het Aanbestedingsdocument blijkt dat minimaal 2 beoordelaars

géén materiedeskundigen zijn. In de beschrijving van het subcriterium Presentatie / pitch wordt niet ingegaan op het kennisniveau van de beoordelaars waar van uit moet worden gegaan. Ook in de uitnodiging voor de presentatie is hier geen nader informatie over gegeven waardoor klager hier niet beter op heeft kunnen inspelen dan zij heeft gedaan.

4. Reactie beklagde

4.1. Beklaagde heeft uitgebreid op de klacht gereageerd. Haar reactie komt op het volgende neer.

4.2. Klachtonderdeel 1

Beklaagde heeft gehandeld conform de in paragraaf 6.3.4 van het Aanbestedingsdocument genoemde procedure, volgens welke de inschrijver met de meeste punten wordt uitgenodigd voor een gesprek ter verificatie van gegevens. Ten tijde van dat gesprek was nog geen sprake van een voorlopige gunning en er zijn daarbij ook geen onderhandelingen gevoerd.

4.3. Klachtonderdeel 2

Beklaagde wijst op het in paragraaf 11.1.5 van het Aanbestedingsdocument beschreven beoordelingskader en stelt dat in de mededeling van de gunningsbeslissing de drie benoemde aspecten waarop de beoordeling is gebaseerd voldoende helder onderbouwd zijn.

5. Beoordeling

5.1. De Commissie stelt voorop dat beklagde een Europese openbare aanbestedingsprocedure heeft gehouden. Op deze procedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en 2 Aw 2012.

5.2. Klachtonderdeel 1

5.2.1. De Commissie stelt allereerst vast dat tussen partijen niet ter discussie staat dat beklagde voorafgaande aan de mededeling van de gunningsbeslissing een gesprek heeft gehad met X en dat beklagde in dat gesprek aan X heeft laten weten dat zij met haar inschrijving de meeste punten had behaald. De Commissie acht het aannemelijk dat beklagde met deze bespreking uitvoering heeft gegeven aan de in par. 6.3.4 van het Aanbestedingsdocument vastgelegde procedure in die zin dat zij, na te hebben vastgesteld dat X de meeste punten had behaald, X heeft uitgenodigd voor een gesprek over de door X ingediende inschrijving en voor een verificatie van gegevens, alvorens over te gaan tot het doen van de mededeling van de gunningsbeslissing.

5.2.2. De Commissie is van oordeel dat een dergelijk handelen van beklagde conform de door haar in par. 6.3.4 van het Aanbestedingsdocument vastgelegde procedure geen strijd oplevert met het gelijkheidsbeginsel dat is vastgelegd in artikel 1.12 Aw 2012.

5.2.3. De Commissie is ook overigens van oordeel dat beklagde uitvoering zal moeten geven aan de procedures die zij heeft voorgeschreven in het Aanbestedingsdocument en dat haar – door dat laatste te doen – evenmin verweten kan worden het gelijkheidsbeginsel te hebben geschonden.

5.2.4. Dit klachtonderdeel is derhalve ongegrond.

5.3. Klachtonderdeel 2

5.3.1. Bij de behandeling van dit klachtonderdeel stelt de Commissie het volgende voorop. Evenals de rechter in kort geding kan de Commissie niet 'op de stoel van de aanbestedende dienst gaan zitten' en een inschrijving beoordelen. Wel kan de Commissie toetsen of de aanbestedende dienst aan zijn verplichtingen heeft voldaan met betrekking tot het hanteren van transparante gunningscriteria, het correct toepassen van het beoordelingsmodel en het geven van een deugdelijke motivering van de gunningsbeslissing.

5.3.2. In dit verband wijst de Commissie op overweging 6.1.5 van haar Advies 81, die als volgt luidt:

'6.1.5 Uit andere jurisprudentie blijkt echter dat de aanbestedende dienst een ruime beoordelingsvrijheid heeft, dat enige mate van subjectiviteit bij de beoordeling van een kwalitatief gunningscriterium onvermijdelijk is en dat de aanbestedende dienst bij een kwalitatief gunningscriterium de inschrijvers enige vrijheid kan laten om hun inventiviteit te tonen. In het vonnis V.zr. Rb. Den Haag 23 december 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:18433, r.o. 4.2 wordt hieromtrent overwogen:

'Van belang is dat (i) het voor een kandidaat-inschrijver volstrekt duidelijk is wat van hem wordt verwacht, (ii) de inschrijvingen aan de hand van een zo objectief mogelijk systeem worden beoordeeld, en (iii) de gunningsbeslissing zodanig inzichtelijk wordt gemotiveerd dat het voor de afgewezen inschrijvers mogelijk is om de wijze waarop de beoordeling heeft plaatsgevonden te toetsen. Voor het overige komt de rechter slechts een beperkte toetsingsvrijheid toe wanneer het aankomt op de beoordeling van een kwalitatief criterium.'

5.3.3. De te beantwoorden vraag is vervolgens of beklagde heeft voldaan aan haar verplichtingen zoals die kunnen worden afgeleid uit de onderdelen (i) t/m (iii) in r.o. 4.2 van het hiervoor bedoelde vonnis. De Commissie overweegt daarover het volgende.

5.3.4. Voor wat betreft onderdeel (i) is de Commissie van oordeel dat beklagde aan haar verplichtingen heeft voldaan. Voor een redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver zullen de in 1.3 weergegeven verwachtingen die beklagde ten aanzien van de inhoud en de randvoorwaarden van de presentatie heeft gehad voldoende duidelijk moeten zijn geweest.

5.3.5. Voor wat betreft onderdeel (ii) is de Commissie van oordeel dat met 'een zo objectief mogelijk systeem' niet wordt bedoeld een systeem dat geen enkele subjectieve beoordelingsvrijheid kent, maar een systeem (een beoordelingsmodel) dat in voldoende mate waarborgen bevat om te subjectieve beoordelingen uit te sluiten. Een dergelijk systeem kan bijvoorbeeld bestaan uit een puntentelling, waarbij voor elk van de onderdelen van de presentatie en/of elk van de beoordelingsaspecten op een bepaalde vooraf bekend gemaakte schaal wordt gescoord, met een beschrijving van wat van belang is om een goede score te behalen.

- 5.3.6. De Commissie constateert dat beklagde duidelijk heeft meegedeeld welke onderwerpen tijdens de presentatie behandeld moesten worden, binnen welke kaders de presentatie diende plaats te vinden en op welke aspecten de presentatie zou worden beoordeeld. Het systeem dat beklagde hanteerde om tot een oordeel te komen, voldoet naar het oordeel van de Commissie echter niet aan de hiervoor in 5.3.5 gegeven beschrijving van 'een zo objectief mogelijk systeem'. Beklaagde heeft als systeem beschreven dat zij het totaalbeeld beoordeelt. Dit betekent dat elk lid van de beoordelingscommissie een rapportcijfer tussen 0 en 10 geeft voor dat totaalbeeld. Een dergelijk systeem brengt een groot risico met zich dat het ene lid van de beoordelingscommissie een groot gewicht toekent aan een bepaald beoordelingsaspect, terwijl bij een ander lid de nadruk op een ander aspect ligt. Daarnaast is op geen enkele wijze vast te stellen op welke wijze de individuele leden van de beoordelingscommissie de diverse beoordelingsaspecten integreren tot een totaalbeeld. Ook overigens is op geen enkele wijze uit het systeem af te leiden waarom aan klager voor de Presentatie gemiddeld 6,1 punten zijn toegekend. Beklaagde heeft voor wat betreft onderdeel (ii) dan ook niet aan haar verplichtingen voldaan.
- 5.3.7. Voor wat betreft onderdeel (iii) is de Commissie van oordeel dat beklagde evenmin haar verplichtingen heeft voldaan. Volgens de hierboven in 1.3 weergegeven beschrijving van het subcriterium Presentatie zijn er drie aspecten waarop de presentaties dienden te worden beoordeeld. Kort samengevat zijn dat: 1. professionele en diepgaande kennis van de doelgroepen; 2. adviesvaardigheid en kennis van online media en inkoopprocessen; en 3. het ervaren van een 'klik' als goede basis voor het partnership. De Commissie is van oordeel dat de motivering van de gunningsbeslissing onvoldoende duidelijk en concreet ingaat op deze drie beoordelingsaspecten, waardoor klager ten onrechte niet in staat is geweest om de wijze waarop de beoordeling heeft plaatsgevonden te toetsen.
- 5.3.8. Of het eerste aspect een rol gespeeld heeft bij de beoordeling, is uit de motivering niet op te maken. Uit de opmerkingen 'veel expertise aanwezig' en 'met name social en online een hele goede indruk achtergelaten' zou men kunnen concluderen dat aan het tweede aspect in ruime mate voldaan is. De negatieve opmerkingen over dialoog, interactie, vertrouwen en hiërarchie in de motivering lijken enigszins verband te houden met het derde aspect, de 'klik' als basis voor het partnership, maar de Commissie is van oordeel dat de motivering van beklagde op het punt van dit – ook overigens zeer subjectieve – beoordelingsaspect tekortschiet.
- 5.3.9. Dit klachtonderdeel is derhalve gegrond.

6. Advies

De Commissie acht onderdeel 1 van de klacht **ongegrond** en onderdeel 2 van de klacht **gegrond**.

7. Aanbeveling

De Commissie ziet in dit stadium van de aanbestedingsprocedure geen kans tot het doen van een aanbeveling.

De Commissie heeft zich ten behoeve van dit advies laten bijstaan door mr. drs. T.H. Chen die als Commissie-Expert aan de Commissie is verbonden.

Den Haag, 5 maart 2015

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

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