

Advies 161

1. Feiten

1.1 Beklaagde is een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure gestart met behulp van TenderNed. Doel van de aanbesteding is het sluiten van een aantal raamovereenkomsten met ICT-dienstverleners voor het inlenen en doorlenen van tijdelijke ICT-medewerkers.

1.2 In paragraaf 2.2 ("Inhoud van de opdracht") van het Aanbestedingsdocument is het volgende bepaald:

'[Beklaagde] heeft behoefte aan externe deskundigheid, vanwege:

1. tijdelijk benodigde extra capaciteit voor werkzaamheden in projecten;
2. tijdelijke vervanging i.v.m. ziekte en vacatures;
3. tijdelijk benodigde specialistische expertise.

Het zal gaan om onder andere, maar niet uitsluitend de volgende functiegroepen:

- Projectleider/projectmanager;
- ICT Architect;
- Systeembeheerder;
- Netwerkbeheerder;
- Databasebeheerder;
- Functioneel beheerder/applicatiebeheerder.

Beklaagde, een Gemeente, wil de selectie van ICT-medewerkers op twee manieren kunnen uitvoeren:

1. gunnen door partijen opnieuw op te roepen tot mededinging (mini-competitie);
2. gunnen door toepassing van in de raamovereenkomst bepaalde voorwaarden, zonder partijen opnieuw tot mededinging op te roepen (doorlenen).'

1.3 In paragraaf 2.3 ("Raamovereenkomst en looptijd") van het Aanbestedingsdocument is het volgende bepaald:

'De raamovereenkomst wordt aangegaan met maximaal vijf en tenminste drie leveranciers, mits het aantal inschrijvingen dat aan de gunningcriteria voldoet, voldoende groot is.'

1.4 In paragraaf 6.3 ("Programma van wensen") van het Aanbestedingsdocument worden drie wensen beschreven ten aanzien waarvan een inschrijver een antwoord dient te geven in een bijlage bij diens inschrijving:

Nr.	Omschrijving wens	Max punten
W1	Matchingproces: Voor [beklaagde] is het belangrijk dat een leverancier in staat is om tijdig geschikte kandidaten aan te bieden. Inschrijver dient een beschrijving in te dienen waaruit blijkt hoe het proces van de beoordeling van een profielbeschrijving en het matchen van deze vraag met beschikbare geschikte kandidaten is	800

	<p>ingericht. De beschrijving moet aantonen dat de door Inschrijver gehanteerde werkwijze leidt tot het aanbieden van kandida(a)t(en) die voldoen aan de gestelde eisen en wensen met name ten aanzien van kennis/competenties en ervaring. De beschrijving van het interne proces dient in ieder geval de volgende onderdelen te bevatten:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Een beschrijving van de matchingsmethode waaruit blijkt hoe inschrijver beoordeelt of de potentiële kandida(a)t(en) voldoende(n) aan de gevraagde kennis, competenties en ervaring; - Op welke wijze wordt geborgd dat binnen de gestelde termijn van vijf werkdagen een of meerdere geschikte kandidaten worden aangeboden - Op welke wijze gaat inschrijver om met een 'slechte' match, nadat een geselecteerde kandidaat niet goed blijkt te functioneren 	
W2	<p>Breedte van ICT expertise: De inschrijver dient over een kandidatenbestand te beschikken waarin zoveel mogelijk functiegroepen zijn gedekt. Bij dit criterium zal worden beoordeeld in welke mate inschrijver een leverbetrouwbaarheid garandeert op de verschillende functiegroepen. Inschrijver dient een beschrijving in te dienen waarin de verwachte dekking per functiegroep (zie par. 1.4) is toegelicht. Het aantal kandidaten dat inschrijver opgeeft per functiegroep leidt tot het behalen van punten.</p>	500
W3	<p>[Beklaagde] heeft maatschappelijk verantwoord ondernemen en duurzaamheid hoog in het vaandel staan. De inschrijver neemt maatregelen of heeft maatregelen genomen waarmee de milieubelasting die direct gerelateerd is aan de uitvoering van de opdracht voor [beklaagde] wordt verminderd. Deze tekst bevat tenminste de volgende onderdelen:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Al genomen of voorgestelde maatregelen; • Beheer of invoering en beheer van de maatregel (communicatie, organisatie, monitoring en evaluatie); • Planning. <p>Voorbeelden van maatregelen:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Maatregelen gericht op het verminderen van het aantal vervoersbewegingen; • Zoveel mogelijk papierloos werken en overzichtslijsten/itemlijsten digitaal beschikbaar stellen in Word of Excel zodat de ingevulde lijsten digitaal kunnen worden afgedaan; • Andere maatregelen gericht op het verminderen van de milieubelasting, bijvoorbeeld aanpassingen in het wagenpark. <p>De maatregelen gelden voor de gehele looptijd van de overeenkomst en moeten zijn getroffen op het moment dat de overeenkomst ingaat of maximaal 3 maanden na ingangsdatum van de overeenkomst.</p> <p>Er wordt gescoord op basis van de indicatoren innovatie, aantal en effect van maatregelen.</p>	100

1.5 Klager heeft een inschrijving ingediend. In de bijlage bij haar inschrijving heeft zij de drie wensen van beklaagde beantwoord (zie 1.4 hiervoor). In de beantwoording van wens 1 heeft klager in die bijlage een schematische beschrijving van het matchingsproces gegeven, waarna onder meer het volgende wordt vermeld:

'Iedere fase in het dienstverleningsproces heeft een maximale doorlooptijd. Wanneer wij iedere fase correct uitvoeren binnen de gestelde tijd, resulteert ons proces als geheel in de juiste kandidaat binnen 5 werkdagen.'

- 1.6 Aan het slot van wens 1 heeft klager in haar bijlage bij de inschrijving het volgende gemeld:

'Wij garanderen de juiste kandidaten binnen een doorlooptijd van 5 werkdagen na aanvraag.'

- 1.7 Beklaagde heeft de inschrijving van klager afgewezen. In de afwijzingsbrief d.d. 6 oktober 2014 heeft beklagde onder andere het volgende opgemerkt:

'In onderstaande overzicht geven wij de door u behaalde puntentotalen ten opzichte van de maximaal haalbare punten per wens.'

Wens		Maximale score	Behaalde punten
1	Matchingsproces	800,0	750,0
	- Matchingsmethode	500,0	500,0
	- Borging binnen 5 werkdagen	200,0	150,0
	- Omgang met slechte match	100,0	100,0
2	Breedte van ICT expertise	500,0	250,0
3	Duurzaamheid	100,0	93,8
	TOTAAL	1400,0	1093,8

- 1.8 De afwijzingsbrief van beklagde vermeldt daarnaast de onderstaande puntenmatrix die beklagde heeft gebruikt bij de toetsing van de inschrijvingen aan wens 2, met de verdere vermelding dat de aantallen zijn gerelateerd aan de verwachte behoefte van beklagde:

Functieprofiel	Aantal medewerkers	Punten	Aantal punten inschrijver
Projectleider	0	0	1
	1 – 19	1	
	20 en meer	2	
ICT architect	0	0	0
	1 – 4	1	
	5 en meer	2	
Systeembeheer	0	0	2
	1 – 19	1	
	20 en meer	2	
Netwerkbeheerder	0	0	1
	1 – 19	1	
	20 en meer	2	
Databasebeheerder	0	0	1
	1 – 19	1	
	20 en meer	2	
Functioneel beheerder/ applicatiebeheerder	0	0	1
	1 – 19	1	
	20 en meer	2	
Totaal		12	6

1.9 De afwijzingsbrief van beklagde vermeldt met betrekking tot wens 2 voorts: 'Op deze wens heeft u als volgt gescoord: $6/12 * 500$ punten = 250 punten.'

1.10 De afwijzingsbrief vermeldt met betrekking tot wens 3:

'Wens 3 Duurzaamheid

Hier heeft u niet het maximale aantal punten behaald omdat de effecten van de genomen maatregelen op het gebied van duurzaamheid niet concreet beschreven staan,'

1.11 Klager heeft op 17 oktober 2014 per e-mail een klacht ingediend bij het klachtenloket van beklagde. In die email wordt onder meer geklaagd over gebrek aan transparantie bij wens 2 waarbij niet meegedeeld is hoe deze zal worden beoordeeld. Verder stelt klager in haar e-mail ten aanzien van de beoordeling van haar inschrijving op wens 3:

'Binnen de beoordeling van onze antwoorden op Wens W3 wordt beweerd dat effecten niet concreet beschreven staan van de genomen maatregelen. Onze inschrijving bevat letterlijk een kolom met effecten met de antwoorden op deze vraag. De mondelinge toelichting was dat het concreet had moeten zijn in cijfers. Dit stond niet in de vraag en is ook niet de gebruikelijke manier waarop [beklaagde] zelf communiceert. (Zie milieubeleidsplan 2012-2016 par. 4.3 Voorbeeldfunctie [...] organisatie blz. 27)'

1.12 De door klager bij het klachtenloket ingediende klacht is ongegrond verklaard in een op 6 november 2014 genomen beslissing. In die beslissing wordt onder meer het volgende vermeld:

'U heeft met de verantwoordelijke afdeling gebeld en gevraagd of het voor een bedrijf van ongeveer 30 medewerkers zin had om in te schrijven. U vond dat u het antwoord op die vraag zelf niet kon opmaken uit het aanbestedingsdocument. De medewerker van de afdeling beantwoordt uw vraag bevestigend. U stelt daarna ook nog een vraag tijdens de inlichtingenfase, vraag 10: *[Beklaagde] ziet een relatie tussen leverbetrouwbaarheid en het aantal verwachte kandidaten per functiegroep in de database van leverancier. Wij denken dat het aantal kandidaten dat men kan verwachten per functiegroep op een ander moment in tijd speculatief en subjectief is. Wij zijn zeer benieuwd naar de toelichting op bovengenoemde relatie. Hoe gaat [beklaagde] hierop beoordelen?*

De beantwoording door [beklaagde] in de Nota van Inlichtingen luidt: *Er is een relatie tussen de leverbetrouwbaarheid en het aantal medewerkers, namelijk: hoe meer medewerkers er bij een bedrijf werken, hoe groter de kans dat er een geschikte kandidaat beschikbaar is. Zoals benoemd, zal de gemeente de inschrijver beoordelen op het aantal kandidaten op het moment van inschrijving. De gemeente beseft dat een telling een momentopname is.*

[Beklaagde] geeft in haar antwoord op vraag 8 (niet door klager gesteld) van de Nota van Inlichtingen aan dat vooraf aan de inschrijvers niet bekend wordt gemaakt hoe de door de inschrijvers opgegeven aantallen zullen scoren. De punten zijn echter wel door de beoordelaars aan de hand van een vooraf opgestelde matrix toegekend. Die matrix is bij de afwijzingsbrief gevoegd.

(...)

Aan de inschrijvers is gevraagd een beschrijving te geven van de maatregelen die inschrijver neemt of heeft genomen waarmee de milieubelasting die direct gerelateerd is aan de uitvoering van de opdracht wordt verminderd. U heeft hier

93,8 punten behaald in plaats van het maximaal aantal van 100 punten. De reden is dat u de effecten/resultaten van de maatregelen wel heeft beschreven, maar niet heeft geïllustreerd met cijfers en de effecten zodoende niet heel concreet gemaakt zijn. Ook hier is vooraf niet aangegeven hoe de antwoorden zouden worden gewogen. Maar omdat de wens spreekt van het verminderen van milieubelasting, mag m.i. verondersteld worden dat door inschrijvers begrepen wordt dat de beschreven effecten worden uitgedrukt in cijfers om zo de mate van vermindering te kunnen meten/vergelijken.'

2. Beschrijving klachten

2.1. Klachtonderdeel 1

De gunningsbeslissing en de motivering daarvan zijn tot stand gekomen in strijd met de regels wegens gebrek aan transparantie.

2.2. Klachtonderdeel 2

Wens 1 is subjectief beoordeeld.

2.3. Klachtonderdeel 3

Wens 3 is subjectief en onjuist beoordeeld.

3. Onderbouwing klachten

3.1. Klager onderbouwt de verschillende klachtonderdelen kort gezegd als volgt.

3.2. Klachtonderdeel 1

'[Beklaagde] heeft geweigerd vooraf te communiceren hoe de vraag beoordeeld zou worden. Voor ons als inschrijver had dit betekend dat we als combinatie in zouden schrijven of niet in zouden schrijven. Na beoordeling blijkt dat we op aantal medewerkers ten opzichte van de andere uitgenodigde partijen geen eerlijke kans gemaakt hebben, want zelfs bij 100% score op de kwalitatieve wensen zouden we te laag scoren op aantal medewerkers blijkt, en geen gunning gekregen hebben.'

3.3. Klachtonderdeel 2

'[Beklaagde] vindt dat door gebruik van 1 woord ("wanneer") garantie niet meer gegeven wordt door [klager], terwijl later in de tekst letterlijk staat dat we de gevraagde garantie geven.'

3.4. Klachtonderdeel 3

Klager stelt dat bij wens 3 wordt gevraagd om het effect van maatregelen ter vermindering van milieubelasting, wat zij in haar inschrijving vervolgens ook heeft beschreven. Beklaagde stelt achteraf dat dit concreet had moeten worden onderbouwd met getallen, maar dat was niet bepaald in de beschrijving van de wens. Klager vindt dat op grond van de beginselen van openbaarheid van bestuur en op grond van de redelijkheid vooraf duidelijkheid verschaft moet worden over de beoordeling van het antwoord op een wens.

4. Reactie beklagde

4.1. Beklaagde heeft mondeling aangegeven geen schriftelijke reactie te geven omdat zij zich schaart achter de (hiernavolgende) beslissing en de motivering daarvan van haar klachtenloket.

4.2. Klachtonderdeel 1

Het klachtenloket stelt in zijn beslissing van 6 november 2014 dat uit de Aanbestedingswet 2012 volgt dat voldoende is dat inschrijvers op de hoogte gebracht worden van de minimaal en maximaal toe te kennen punten per (sub) gunningscriterium. Beklaagde heeft aangegeven dat uitgegaan wordt van het principe: hoe meer kandidaten, hoe beter. Daarmee kan volgens het klachtenloket niet gezegd worden dat er zo weinig inzicht was in de puntentoekenning dat de kansen op gunning onvoldoende konden worden ingeschat en evenmin dat geen goede controle achteraf kon plaatsvinden. Het is ook niet zo dat de inschrijvers wens 2 verschillend hebben kunnen opvatten. Bovendien hebben de beoordelaars gebruik gemaakt van een vooraf opgestelde matrix zodat beklagde voldoende waarborgen in het beoordelingssysteem heeft ingebouwd om een willekeurige beoordeling van de inschrijvingen uit te sluiten.

4.3. Klachtonderdeel 2

Het klachtenloket van beklagde vermeldt in zijn beslissing het volgende:

'U geeft in uw antwoord het volgende aan: *Iedere fase in het dienstverleningsproces heeft een maximale doorlooptijd. Wanneer wij iedere fase correct uitvoeren binnen de gestelde tijd, resulteert ons proces als geheel in de juiste kandidaat binnen 5 werkdagen.* Alle beoordelaars hebben, onafhankelijk van elkaar, uit dit antwoord opgemaakt, vanwege het woord 'wanneer', dat u niet onder alle omstandigheden garant staat voor levering van een kandidaat binnen 5 werkdagen.'

4.4. Klachtonderdeel 3

Het klachtenloket van beklagde vermeldt in zijn beslissing het volgende:

'Aan de inschrijvers is gevraagd een beschrijving te geven van de maatregelen die inschrijver neemt of heeft genomen waarmee de milieubelasting die direct gerelateerd is aan de uitvoering van de opdracht wordt verminderd. U heeft hier 93,8 punten behaald in plaats van het maximaal aantal van 100 punten. De reden is dat u de effecten/resultaten van de maatregelen wel heeft beschreven, maar niet heeft geïllustreerd met cijfers en de effecten zodoende niet heel concreet gemaakt zijn. Ook hier is vooraf niet aangegeven hoe de antwoorden zouden worden gewogen. Maar omdat de wens spreekt van het verminderen van milieubelasting, mag m.i. verondersteld worden dat door inschrijvers begrepen wordt dat de beschreven effecten worden uitgedrukt in cijfers om zo de mate van vermindering te kunnen meten/vergelijken.'

5. Beoordeling

5.1. Bij de beoordeling van de klachtonderdelen stelt de Commissie het volgende voorop. Beklaagde heeft een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure gehouden. Op deze procedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Afdeling 1.2.4 Aw 2012.

5.2. Klachtonderdeel 1

5.2.1. De Commissie stelt allereerst vast dat uit de beslissing van het klachtenloket van beklagde blijkt dat zij de beoordelingsmatrix, met daarin een nadere detaillering van de beoordelingsmarge zoals zij die heeft toegepast bij de beoordeling van de inschrijvingen ten aanzien van wens 2, vóór ontvangst van de inschrijvingen heeft opgesteld maar deze niet vooraf aan de inschrijvers bekend heeft gemaakt.

5.2.2. De vraag waar het in dit klachtonderdeel in de kern om gaat, is of op beklagde de verplichting rustte om die nader gedetailleerde beoordelingsmatrix vóór het indienen van de inschrijvingen bekend te maken teneinde er geen enkele twijfel over te laten bestaan dat die detaillering niet pas na ontvangst van de inschrijvingen – en mogelijk zelfs met de kennis van de inhoud daarvan – zou worden opgesteld.

5.2.3. Naar het oordeel van de Commissie moet deze vraag bevestigend worden beantwoord. De hiervoor bedoelde verplichting vloeit ook in het geval van een meervoudig onderhandse procedure voort uit de samenhang tussen de verplichting van een aanbestedende dienst tot gelijke behandeling van de inschrijvers enerzijds, en de verplichting tot het betrachten van transparantie anderzijds. Dat de wetgever de laatstbedoelde verplichting – anders dan de verplichting tot gelijke behandeling (zie art. 1.15 lid 1 Aw 2012) – niet expliciet in afdeling 1.2.4 Aw 2012 heeft geregeld, doet aan het voorgaande niet af. De Commissie verwijst voor een nadere uitwerking van dit laatste oordeel naar overweging 7.2.3 van haar Advies 147.

5.2.4. Afgezien van hetgeen hiervoor is overwogen kan de Commissie ook overigens niet goed inzien hoe in het geval van een meervoudig onderhandse procedure de naleving door een aanbestedende dienst van zijn verplichting tot gelijke behandeling (art. 1.15 lid 1 Aw 2012) wordt gewaarborgd, wanneer het die aanbestedende dienst zou zijn toegestaan een nadere detaillering van een toegepaste beoordelingsmatrix vooraf niet aan de inschrijvers te openbaren, met de mogelijkheid dat een vóór ontvangst van de inschrijvingen vastgestelde detaillering na ontvangst van die inschrijvingen alsnog wordt bijgesteld.

5.2.5. Dit klachtenonderdeel is derhalve gegrond.

5.3. Klachtonderdeel 2

5.3.1. In de toelichting op de voldoening aan wens 1 heeft klager in de bijlage bij haar inschrijving (onder meer) geschreven dat “[W]anneer” zij iedere fase correct uitvoert binnen de voor die fase gestelde maximale tijd, haar proces als geheel resulteert in de juiste kandidaat binnen 5 werkdagen. Alle beoordelaars hebben, vanwege het gebruik van het woord “wanneer” uit dit antwoord opgemaakt dat klager niet onder alle omstandigheden garant staat voor levering van een kandidaat binnen 5 werkdagen.

5.3.2. Vooropgesteld dient te worden dat voor de uitleg van het woord “wanneer” de bewoordingen van de toelichting en van de bijlage bij de inschrijving waarin die

toelichting is opgenomen, gelezen in het licht van de gehele tekst daarvan, in beginsel van doorslaggevende betekenis zijn. Daarbij komt het aan op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin de (bijlage bij de) inschrijving is gesteld.

5.3.3. In algemene zin geldt dat het woord "wanneer" zowel gelezen kan worden als een voorbehoud als een tijdbepaling zoals het woord "nadat". De laatste zin van de beantwoording van wens 1 door klager is evenwel onmiskenbaar een garantie dat de gevraagde doorlooptijd gehaald wordt. Het woord "wanneer", gelezen in samenhang met die garantie, dient naar het oordeel van de Commissie dan ook niet gelezen te worden als een voorbehoud maar als een tijdsbepaling, zodat de door beklagde toegepaste puntenaftrek niet correct is.

5.3.4. Dit klachtonderdeel is derhalve gegrond.

5.4. Klachtonderdeel 3

5.4.1. Bij de beoordeling van dit klachtonderdeel stelt de Commissie het volgende voorop.

5.4.2. Het hanteren van een duurzaamheids criterium als gunningscriterium is op grond van art. 1.16 lid 1 en gelet op het niet limitatieve karakter van art. 1.16 lid 2 Aw 2012 alleen toegestaan wanneer dat criterium in een redelijke verhouding staat tot het voorwerp van de opdracht.

5.4.3. In wens 3 wordt gesproken over 'maatregelen [...] waarmee de milieubelasting die direct gerelateerd is aan de uitvoering van de opdracht voor [beklagde] wordt verminderd.' Naar het oordeel van de Commissie is hiermee aan de in 5.4.2 genoemde eis voldaan.

5.4.4. Naar het oordeel van de Commissie kan uit de mededeling 'Er wordt gescoord op basis van de indicatoren innovatie, aantal en effect van maatregelen' echter niet zonder meer worden afgeleid dat het effect van maatregelen (ook) kwantitatief in de inschrijving moet worden beschreven. Uit de context van de aanbesteding volgt eerder het tegendeel.

5.4.5. De opdracht betreft immers een raamovereenkomst met drie tot vijf dienstverleners, waardoor het voor een inschrijver onmogelijk is een zinvolle kwantitatieve inschatting te maken van het effect van de door hem voorgestelde maatregelen. Klager heeft bijvoorbeeld in haar inschrijving de maatregel Carpoolen voorgesteld met als effect beperking van de CO2 uitstoot, zonder concrete cijfers te noemen. Om dergelijke cijfers te kunnen noemen, zou klager een aantal speculatieve aannames moeten doen omtrent onder meer het aantal in te zetten medewerkers, de regio's waarin zij wonen, de dagen van de week waarop zij reizen en de CO2 uitstoot van de niet gereden kilometers.

5.4.6. Van een inschrijver kan niet verwacht worden dat hij op niet te funderen aannames gebaseerd cijfermateriaal in zijn inschrijving opneemt, zeker niet in het geval dat in de aanbestedingsstukken nergens expliciet wordt vermeld dat dergelijke cijfers moeten worden ingediend.

5.4.7. Dit onderdeel van de klacht is derhalve gegrond.

6. **Advies**

De Commissie acht alle klachtonderdelen **gegrond**.

7. **Aanbeveling**

De Commissie ziet 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