

Advies 208

1. Feiten

- 1.1. Beklaagde houdt een Europese openbare aanbestedingsprocedure met betrekking tot een overeenkomst voor het installeren en/of leveren van audiovisuele middelen.
- 1.2. Het gaat hierbij om een overeenkomst van 3 jaar met twee maal een optie tot verlenging van de opdracht met een jaar.
- 1.3. In Hoofdstuk 3. ("Eisen ten aanzien van inschrijvers") van het Aanbestedingsdocument is op p. 11 bepaald:

'3.2.1 Geschiktheidseisen met betrekking tot financiële en economische draagkracht

Met het oog op de gewenste continuïteit in dienstverlening stelt de opdrachtgever een minimumeis aan de solvabiliteit (0,25) en liquiditeit (1,0) van de inschrijver over de afgelopen 2 boekjaren. Op verzoek van [Beklaagde] kan aan inschrijver worden gevraagd een kopie van goedgekeurde jaarrekeningen te weerleggen om de verstrekte financiële gegevens te verifiëren.

Inschrijver kan deze gegevens invullen bij de bijlage 'Bedrijfsgegevens'.

Solvabiliteit = Eigen vermogen / Totaal vermogen

Liquiditeit = (Vlottende activa - voorraad) / Kort vreemd vermogen.'

- 1.4. In Hoofdstuk 4. ("Eisen en vragen ten aanzien van de opdracht") van het Aanbestedingsdocument is op p. 12 bepaald:

'4.2 Vragen ten aanzien van de opdracht

In deze paragraaf worden vragen gesteld en bijlages aangegeven waarop inschrijver een antwoord dient te geven of de bijlage in dient te vullen. De kwaliteit van een inschrijver wordt beoordeeld aan de hand van de antwoorden op onderstaande open vragen en gevraagde bijlagen.

Alle antwoorden (maximaal 1*A4 per antwoord, vraag 8 maximaal 3*A4) en aangeleverde bijlagen zullen worden beoordeeld als subgunningscriteria. Per subgunningscriteria zijn er de volgende punten te behalen.

Sub gunnings-criteria	Omschrijving	Punten	Totaal
1	Inschrijver levert de gegevens aan van 2 referenties en gebruikt hiervoor Bijlage 3: Referenties.	Maximaal 5 punten per referentie	Maximaal 10 punten
2	Inschrijver levert de Bijlage 4: MVO ingevuld aan.		Maximaal 5 punten
3	Inschrijver levert de Bijlage 5:		Maximaal 5

	BPV ingevuld aan.		punten
4	Inschrijver dient implementatieplan in voor overgang naar het nieuwe samenwerkingsverband waarin de inschrijver de nieuwe contractpartner van [beklaagde] wordt.		Maximaal 10 punten
5	Hoe garandeert de inschrijver dat de kwaliteit van dienstverlening. gewaarborgd blijft gedurende de looptijd van het contract		Maximaal 10 punten
6	Hoe draagt de inschrijver bij aan de ontwikkeling van de huidige of toekomstige AV Standaard binnen [beklaagde]		Maximaal 15 punten
7	Hoe ondersteund de inschrijver [beklaagde] en met name het team AV-beheer in haar ontwikkeling op het gebied van audio visuele ontwikkelingen en technologieën.		Maximaal 15 punten
8	Beschrijf het proces om tot een implementatieplan en mogelijke uitvoering van het project ALWI 2015 te komen.		Maximaal 20 punten
9	Beschrijf de procedure van uw serviceorganisatie ten behoeve van het afhandelen van de gemelde storingen.		Maximaal 10 punten

1.5. In Bijlage 3 wordt gevraagd om gegevens van referenties in te vullen.

1.6. In Bijlage 4 – MVO is het volgende bepaald:

‘Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen (MVO) is een onderwerp dat bij veel organisaties op de agenda staat. Hoe kan een organisatie een bijdrage leveren aan de maatschappij waarin wij allen samenleven en werken? Hoe kan door een goede visie en een helder beleid aan duurzaamheid worden gewerkt? [Beklaagde] hecht veel waarde aan organisaties die een extra bijdrage leveren aan de maatschappij.

De inschrijver dient in maximaal 500 woorden te beschrijven welke bijdrage de inschrijver levert aan de maatschappij en op welke wijze Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen en Social Return toegepast wordt in het beleid van de onderneming van de Inschrijver.’

1.7. In Bijlage 5 – BPV (*Beroepspraktijkvorming, aanvulling Commissie*) is het volgende bepaald:

1. Inschrijver verklaart hierbij te beschikken over een BPV-erkenning of een voorlopige BPV-erkenning, danwel voorafgaand aan de definitieve gunning een BPV-erkenning te zullen aanvragen;
2. Inschrijver verklaart zich tevens bereid om bij gunning gedurende minimaal de looptijd van de overeenkomst tenminste één (extra) stageplaats vrij te maken en aan te bieden aan [Beklaagde].

.... **aantal** stageplaatsen.

De combinatie kan volstaan met ondertekening van deze verklaring door de gemachtigde van de combinatie.

Beschrijf hoe u de BPV-plaatsen in uw organisatie gaat organiseren, en hoe u als organisatie buiten het leveren van producten toevoeging kunt bieden aan het onderwijs. Denkt u hierbij aan workshops, voorlichtingen en dergelijke.'

- 1.8. In Hoofdstuk 5. ("Beoordeling van inschrijvingen") van het Aanbestedingsdocument is op p. 13 e.v. onder andere bepaald:

'In dit hoofdstuk wordt beschreven hoe inschrijvingen worden beoordeeld.

5.1 Toetsing aan de vormvereisten

Tijdig ingediende inschrijvingen worden allereerst getoetst aan het voldoen aan de vormvereisten. Inschrijvingen die niet aan de vormvereisten voldoen worden uitgesloten van verdere beoordeling.

5.2 Voldoen aan de eisen ten aanzien van de opdracht

Inschrijvingen die voldoen aan de vormvereisten worden getoetst op het voldoen aan de eisen ten aanzien van de opdracht. Dat gebeurt met behulp van een door inschrijver ingevulde Akkoordverklaring Eisen en Concept Overeenkomst (Bijlage 2). Inschrijvingen waarbij de verklaring ontbreekt of waarop wordt aangegeven dat niet aan alle eisen wordt voldaan worden uitgesloten van verdere beoordeling.

Van inschrijvingen die voldoen aan de eisen ten aanzien van de opdracht worden de antwoorden op de open vragen beoordeeld. Dat gebeurt aan de hand van het vastgestelde beoordelingskader. Zie hieronder.

5.3 Beoordeling van de kwaliteit (antwoorden op de openvragen)

Van inschrijvingen die voldoen aan de vormvereisten worden de antwoorden op de open vragen door de leden van de beoordelingscommissie beoordeeld.

De kwaliteit van de uitwerking van de opgeleverde documenten is afhankelijk van de mate waarin de inschrijver laat zien of aantoont dat zijn organisatie hiertoe in staat is. Het beoordelingsteam kent punten toe van één tot tien, waarbij een één correspondeert met een slechte kwaliteit en een tien met een uitstekende kwaliteit van de uitwerking.

De score per subgunningscriterium wordt bepaald door de gemiddelde score van de beoordelaars voor dat subgunningscriterium en wordt in verhouding gebracht met het maximale aantal punten voor dat gunningscriterium.

De Inschrijver dient tenminste 6 punten te scoren als gemiddelde score van het beoordelingsteam per subgunningscriterium. Indien minder dan 6 punten worden behaald, wordt de Inschrijver uitgesloten van verdere beoordeling.'

- 1.9. In Bijlage D ("Informatie AV opstellingen [Beklaagde]") van het Aanbestedingsdocument is onder andere bepaald:

'[Beklaagde] heeft een groot assortiment van AV middelen, variërend van oude producten tot nieuwe producten.

[Beklaagde] beschikt over de volgende aantallen apparatuur over het algemeen verdeeld over onderstaande standaard opstellingen. Daar waar het nog niet gestandaardiseerd is zal in de komende jaren een inhaal slag gemaakt worden.

Aantal Projectoren: 532 Aantal Digitale schoolborden: 197

(...) Opstelling A: "Tentioned scherm"

(...)

De gebruikte apparatuur en benodigde specificaties zijn:

Optoma W306st

Resolutie (native): 1280 x 800
ANSI lumen: 3600
Contrast: 18.000 : 1
Input (benodigd): HDMI, 2 x 15 Pin D-sub VGA, 3,5 mm Audio Mini Jack
Output (benodigd): 15 Pin D-sub VGA, 3,5 mm Audio Mini Jack
Bediening (benodigd): RS232 – 9 Pin D-sub
Throw Ratio: 0.52:1
Projectie afstand (huidig):
Garantie: 3 jaar

Euroscreen Elektrisch bedienbaar projectiescherm

De gebruikte en benodigde specificaties zijn:

Type scherm: Tentioned screen met blackdrop
Afmetingen scherm: standaard 200x125 16:10, Tenzij anders nodig blijkt
Bediening (benodigd): Elektrisch te bedienen middels knoppenpaneel

(...)

Opstelling B: "Digitaal schoolbord"

(...)

De gebruikte apparatuur en benodigde specificaties zijn:

Legamaster Eboard touch 87"

Beeldoppervlak: 87" (intern bord, h x b, 1156 x 1859 mm)
Bediening: vinger, stylus of een ander penachtig voorwerp (multi-touch)
PC interface: USB 2.0
Projectie oppervlak: Hybride staal, droog uitwisbaar en beschrijfbaar met whiteboard stift.

Optoma W307ust

Resolutie (native): 1280 x 800
Ansi lumen: 3500
Contrast: 15.000 : 1
Input (benodigd): HDMI, 2 x 15 Pin D-sub VGA, 3,5 mm Audio Mini Jack
Output (benodigd): 15 Pin D-sub VGA, 3,5 mm Audio Mini Jack
Bediening (benodigd): RS232 – 9 Pin D-sub
Throw Ratio: 0.35:1
Projectie afstand (huidig):
Garantie: 3 jaar

(...)

Opstelling C: "Projectie bord"

(...)

Voor de uitwisselbaarheid (modulair) van deze opstellingen is gekozen voor Legamaster.

(...)

De gebruikte apparatuur en benodigde specificaties zijn:

Legamaster Eboard 87"

Beeldoppervlak: 87" (intern bord, h x b, 1156 x 1859 mm)
Bediening: geen
Projectie oppervlak: Hybride staal en droog uitwisbaar. Beschrijfbaar met whiteboard stift.

Optoma W307ust

Resolutie (native): 1280 x 800
Ansi lumen: 3500
Contrast: 15.000 : 1
Input (benodigd): HDMI, 2 x 15 Pin D-sub VGA, 3,5 mm Audio Mini Jack
Output (benodigd): 15 Pin D-sub VGA, 3,5 mm Audio Mini Jack
Bediening (benodigd): RS232 – 9 Pin D-sub
Throw Ratio: 0.35:1
Projectie afstand (huidig):
Garantie: 3 jaar

(...)

Opstelling A,B,C: "Algemeen materiaal"

Alle bovenstaande opstellingen zijn minimaal voorzien van onderstaande onderdelen waarbij per onderdeel aangegeven staat welk merk en type we nu gebruiken;

De gebruikte apparatuur en benodigde specificaties zijn:

Neets bedieningspaneel(benodigd)
Neets Echo 8 knops av besturing
Neets LCE Level Control Expansion (volumeregelaar)
Apart speakers:
Apart SDQ5P/W actieve luidspreker set.'

1.10. In Bijlage B – Programma van Eisen is in eis 14 het volgende bepaald:

nr.	cat.	Eis
14	Organisatie	De aanbiedingen die door de inschrijver worden aangeboden zijn conform de huidige [Beklaagde]standaarden of minimaal technisch en functioneel gelijkwaardig.

1.11. In Bijlage 6 – Prijzenblad worden staffelprijzen gevraagd voor elk van de drie opstellingen A, B en C alsmede staffelprijzen voor vier met merknaam en type-nummer genoemde projectoren. Het prijzenblad is een excelsheet dat beveiligd is. Het is daardoor onmogelijk de merk- en typenamen te wijzigen.

1.12. In de Nota van Inlichtingen van 9 maart 2015 zijn – voor zover relevant – de volgende vragen met bijbehorende antwoorden opgenomen:

1.12.1. Vraag 2: Aanbestedende dienst verwijst naar bijlage D. In bijlage D staat opgenomen wat de huidige situatie is op [de locatie van Beklaagde]. Inschrijver zou graag willen weten of dit ook de gewenste situatie betreft.

Antwoord: Dit is de situatie zoals we die momenteel hebben, de inschrijver wordt gevraagd om dezelfde of technisch / functioneel soortgelijk voor te stellen.'

1.12.2. Vraag 7: De financiële geschiktheidseisen vinden wij aan de hoge kant. U selecteert hiermee partijen met een bovengemiddelde financiële draagkracht, daar zijn geschiktheidseisen niet voor bedoeld. Kunt u de solvabiliteitseisen naar beneden bijstellen?

Antwoord: Ja, de aanbestedende dienst wil graag een langdurige overeenkomst met een betrouwbare leverancier aangaan en stelt de solvabiliteit bij naar 0,15.'

1.12.3. Vraag 10: Inschrijver acht de beoordeling op gemiddeld een 6 per subgunningscriterium buitenproportioneel en discriminatoir. Het beoordelen op deze manier staat haaks op het level-playing-field en gelijkheidsbeginsel zoals geformuleerd in de Europese aanbestedingswet. Het is volledig subjectief hoe kwaliteit beoordeeld wordt op dit moment, Aanbestedende dienst maakt niet duidelijk op welke wijze het beoordelingsteam tot een oordeel komt en uit welke en hoeveel personen het team bestaat. Kan Aanbestedende dienst bovenstaand verduidelijken?

Bovendien kan een kwaliteitseis nooit leiden tot een knock-out, in de optiek van Inschrijver zou het dan een eis moeten zijn en geen kwaliteitscriterium. Inschrijver wil Aanbestedende dienst met klèm verzoeken deze manier van beoordelen te laten vervallen en enkel te gunnen op kwaliteit zonder daarbij een knock-out te hanteren. Gaat Aanbestedende dienst hiermee akkoord?

Antwoord: Nee, hiermee gaat de aanbestedende dienst niet akkoord. De aanbestedende dienst wil met antwoorden op de open vragen een partij selecteren die kan voldoen aan het bieden van de gevraagde oplossing. Criteria waar de leden van het beoordelingsteam op letten bij de beoordeling zijn: kwaliteit, haalbaarheid, planning, communicatie en procesbeschrijving. Een gemiddelde score van 6 moet worden gezien als een 'voldoende' in schoolcijfers.'

1.12.4. Vraag 23: 'Indien het bij vraag 3 de gewenste situatie betreft het volgende; Aanbestedende dienst vraagt om levering van bepaalde merken en of fabrikanten op grond van artikel 23 lid 8 van de Europese aanbestedingswetgeving is het helaas niet toegestaan dergelijke eisen te stellen zonder daarvoor de toevoeging te doen: 'of vergelijkbaar' Kan Aanbestedende dienst bevestigen dat waar merknamen of fabrikanten genoemd worden gelezen kan worden 'of vergelijkbaar'?

Antwoord: Zoals eerder in het document beschreven kan de inschrijver het product leveren zoals geoffreerd maar mag er zeker ook een vergelijkbaar product aangeboden worden.

Mits deze functioneel en technisch vergelijkbaar zijn. Zie ook Bijlage B Nr 14.'

1.13. In de vragen 27, 28, 29, 30 en 39 wordt gevraagd of andere gelijkwaardige producten eveneens aangeboden mogen worden. Het antwoord is daarop steeds in telkens bijna gelijke bewoordingen:

'Ja, dat is toegestaan. Mits technisch en functioneel gelijkwaardig of beter (...).'

2. Beschrijving klacht

2.1. Klachtonderdeel 1

De door beklagde gestelde geschiktheidseisen zijn disproportioneel en discriminerend.

2.2. Klachtonderdeel 2

De door beklagde opgestelde gunningscriteria zijn niet transparant.

2.3. Klachtonderdeel 3

Beklaagde noemt merken en schrijft dwingend merken voor hetgeen niet toegestaan is.

3. Onderbouwing klacht

3.1. Klachtonderdeel 1

De geschiktheidseisen die door beklagde zijn gesteld aan de solvabiliteit en de liquiditeit (Quick Ratio) van inschrijvers zijn niet noodzakelijk om de continuïteit in de dienstverlening te borgen. De waarden die beklagde voorschrijft staan ver af van de gemiddelde prestaties in de audiovisuele branche. Daarnaast stelt de Gids Proportionaliteit volgens klager uitdrukkelijk dat er terughoudend omgegaan moet worden met het stellen van eisen aan financiële ratio's, omdat deze kentalen niet meer zijn dan momentopnamen, die slechts iets zeggen over de financiële situatie van een onderneming ten tijde van de verslaglegging.

In de audiovisuele branche is het – volgens klager – gebruikelijk om te eisen dat in de jaarstukken een de zogenoemde "continuïteitsparagraaf" ontbreekt, [*waarmee, naar de Commissie begrijpt, bedoeld wordt een paragraaf in de jaarstukken, waarin de accountant zijn twijfel uit omtrent het kunnen voortbestaan van de onderneming*] wat aanbestedende diensten voldoende zekerheid biedt met betrekking tot de continuïteit in de dienstverlening.

3.2. Klachtonderdeel 2

In het Aanbestedingsdocument staat dat inschrijvers beoordeeld worden aan de hand van de antwoorden op een aantal open vragen en gevraagde bijlagen. De kwaliteit van de uitwerking van de opgeleverde documenten wordt afhankelijk gesteld van de mate waarin de inschrijver laat zien of aan toont dat zijn organisatie hiertoe in staat is. De aanbestedende dienst maakt hiermee op geen enkele wijze duidelijk wat er exact van inschrijvers wordt verwacht. In het Aanbestedingsdocument worden geen doelen of andere aspecten benoemd waar de aanbestedende dienst op gaat beoordelen. Daardoor wordt het onmogelijk om een objectief en transparant beoordelingskader vast te stellen en is het voor inschrijvers onduidelijk op welke wijze punten gescoord kunnen worden. Klager is van mening dat deze beoordelingssystematiek te veel ruimte voor subjectieve interpretatie laat en daarom niet transparant is.

3.3. Klachtonderdeel 3

Beklaagde schrijft dwingend producten voor, met naam en toenaam. Deze producten moeten door de inschrijvers afgeprijsd worden. Het vermelden van merk-

namen is niet toegestaan bij aanbestedingen. De gedachte die hier achter zit is dat daardoor mogelijke alternatieven (leveranciers of producten) niet worden uitgesloten. Door aan de inschrijvers dwingend de apparatuur voor te schrijven handelt beklagde in strijd met art. 2.76 lid 5 Aw 2012.

4. Reactie beklagde

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

4.2. Beklaagde verwijst allereerst naar haar mail van 17 maart 2015 waarin zij aan klager heeft aangegeven in welke vragen van de Nota van Inlichtingen van 9 maart 2015 de klachtonderdelen zijn behandeld.

4.3. Klachtonderdeel 1

Beklaagde geeft aan een langdurige overeenkomst met een betrouwbare leverancier te wensen en daarom de financiële geschiktheidseisen met betrekking tot solvabiliteit te blijven hanteren maar deze te hebben bijgesteld naar 0,15.

4.4. Klachtonderdeel 2

Beklaagde geeft aan met de antwoorden op de open vragen een partij te willen selecteren die kan voldoen aan het bieden van de gevraagde oplossing. De criteria waar de leden van het beoordelingsteam op letten bij de beoordeling zullen zijn: kwaliteit, haalbaarheid, planning, communicatie en procesbeschrijving. Daarbij moet een gemiddelde score van 6 worden gezien als een 'voldoende' in schoolcijfers.

4.5. Klachtonderdeel 3

4.5.1. Beklaagde geeft aan geprobeerd te hebben in bijlage D de huidige situatie c.q. standaarden zo goed mogelijk weer te geven. Hierbij heeft zij gekozen voor een specifieke benaming van de diverse zaken. Hiermee worden volgens beklagde alle partijen, ook de partijen die niet op de georganiseerde informatiebijeenkomst zijn verschenen, van deze *[naar de Commissie begrijpt: dezelfde]* informatie voorzien zodat zij een *[naar de Commissie opnieuw begrijpt: dezelfde]* voorstelling krijgen van de huidige situatie en een passende aanbidding kunnen maken *[waarbij, naar de Commissie begrijpt, die aanbiddingen onderling vergelijkbaar zullen zijn omdat zij alle op dezelfde door beklagde verstrekte informatie zijn gebaseerd]*. In eis 14 van Bijlage B staat omschreven dat de aangeboden aanbiddingen conform de huidige standaarden of minimaal technisch en functioneel gelijkwaardig dienen te zijn.

4.5.2. Beklaagde geeft verder nog aan dat klager naar aanleiding van de eerste Nota van Inlichtingen geen vragen heeft gesteld voorafgaand aan de tweede Nota van Inlichtingen. Tenslotte stelt beklagde dat voor de onderhavige opzet is gekozen om de kwalitatieve aspecten te benadrukken van de inschrijvers. Iedere inschrijver die aan de eisen voldoet kan haar onderscheidend vermogen en expertise meegeven en verwoorden in de inschrijving. Daarmee wenst beklagde op de expertise van de AV-branche te vertrouwen *[waarmee beklagde, naar de Commissie begrijpt, beoogt duidelijk te maken dat deskundige inschrijvers in haar visie op basis van de kennis van de huidige configuratie passende en onderling vergelijkbare aanbiddingen van vergelijkbare apparaten kunnen doen]*.

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; Gids Proportionaliteit.

5.2. Klachtonderdeel 1

5.2.1. In art. 1.10 Aw 2012 is bepaald dat een aanbestedende dienst bij de voorbereiding en het tot stand brengen van een opdracht uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijvers en de inschrijvingen stelt die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht. In Voorschrift 3.5B van de Gids Proportionaliteit is bepaald dat indien een aanbestedende dienst geschiktheidseisen stelt, hij alleen geschiktheidseisen stelt die verband houden met daadwerkelijke risico's die de opdracht meebrengt, of terug te voeren zijn op de gewenste competentie(s).

5.2.2. Op blz. 34 van de Toelichting op de Gids Proportionaliteit is daarnaast bepaald:

'Het verlangen van een zekere financiële en of economische draagkracht voor de specifieke opdracht kan iets zeggen over de continuïteit van de onderneming, maar deze eis zegt nadrukkelijk niets over de vakbekwaamheid van marktpartijen. Wanneer er na zorgvuldige overweging behoefte blijkt te zijn aan enig capaciteitsvereiste in termen van draagkracht, is het van belang dit capaciteitsvereiste vervolgens helder en eenduidig te formuleren. De wetgeving geeft daarvoor in het hierboven genoemde artikel 2.91, eerste lid, van de wet drie mogelijkheden. Dit zijn de wijzen waarop financiële draagkracht in beginsel moet worden aangetoond. Het is raadzaam om met het stellen van afwijkende eisen, bijvoorbeeld financiële ratio's, terughoudend om te gaan. Er ontstaan nogal eens problemen met onderlinge vergelijkbaarheid van die ratio's vanwege diversiteit in boekhoudmethoden, hetgeen het gebruik ervan niet wenselijk maakt. Problemen met de vergelijkbaarheid van ratio's zijn in voorkomend geval te voorkomen door de ratio's duidelijk te definiëren in de aanbestedingsdocumenten.'

5.2.3. De Gids Proportionaliteit biedt geen andere (concrete) handvatten voor de beantwoording van de vraag of een bepaalde financiële geschiktheidseis proportioneel is, dan de in Voorschrift 3.5B gegeven regel dat een dergelijke eis verband moet houden met de daadwerkelijke risico's die de opdracht met zich meebrengt. De Commissie zal in het navolgende dan ook beoordelen of de door beklagde gestelde financiële geschiktheidseisen aan die regel voldoet.

5.2.4. Bij de beantwoording van die vraag moet het volgende worden vooropgesteld. Het gaat in het onderhavige om een opdracht bestaande uit levering van audiovisuele middelen gedurende een looptijd van drie jaar met optionele verlengingen van twee keer één jaar. Een van de risico's die de opdrachtgever daarbij loopt is het risico van discontinuïteit van de bedrijfsvoering van de leverancier. Een van de bedreigingen van de continuïteit kan zijn een zwakke financiële en economische draagkracht die – in het uiterste geval – zou kunnen leiden tot een faillissement van de leverancier. Zoals uit de Toelichting op de Gids Proportionaliteit blijkt (zie 5.2.2 hiervoor) moet een aanbestedende dienst terughoudend omgaan met het stellen van andere dan de in art. 2.91 Aw 2012 genoemde eisen (zoals financiële ratio's), omdat er nogal eens problemen ontstaan met de onderlinge vergelijkbaarheid van die ratio's. Dergelijke problemen kunnen volgens de Toelichting echter worden voorkomen door de ratio's duidelijk te definiëren, hetgeen beklagde in casu heeft gedaan (zie hierboven onder 1.3 en 1.12.2).

- 5.2.5. De solvabiliteitsratio en liquiditeitsratio van een organisatie kunnen inzicht geven in de mate waarin een organisatie aan haar verplichtingen kan voldoen. Deze cijfers zijn uiteraard afhankelijk van de branche en de ondernemingsvorm. Hoewel dergelijke kengetallen over de tijd kunnen fluctueren is de Commissie van oordeel dat het niet zo is – als klager stelt – dat zij 'niet meer zijn dan momentopnamen, die slechts iets zeggen over de financiële situatie van een onderneming ten tijde van de verslaglegging.'
- 5.2.6. Daarmee komt de vraag aan de orde of een solvabiliteitseis en een liquiditeitseis verband houden met het risico van een faillissement. Naar het oordeel van de Commissie is dit in voldoende mate het geval. In het algemeen geldt dat beide ratio's – indien zij laag zijn – een indicatie kunnen zijn van een zwakke financiële positie en een naderend faillissement. Harde grenzen zijn hierbij echter niet te trekken en bovendien geldt dat deze ratio's per marktsector verschillend geïnterpreteerd moeten worden.
- 5.2.7. Wat betreft de solvabiliteit geldt dat bij aanbestedingen waar financiële ratio's worden gehanteerd, het gebruikelijk is om als minimumeis 0,20 te stellen. Uit de statistiek van het CBS, dat dezelfde grenswaarde van 0,20 hanteert, blijkt dat een groot deel van de bedrijven aan die eis voldoet. Beklaagde heeft naar aanleiding van vraag 7 in de Nota van Inlichtingen van 9 maart 2015 (zie 1.12.2 hiervoor) de solvabiliteitseis verlaagd van 0,25 naar 0,15. Daarmee heeft beklagde naar het oordeel van de Commissie dan ook geen disproportionele eis aan de solvabiliteit gesteld.
- 5.2.8. Bij aanbestedingen waar financiële ratio's worden gehanteerd is het gebruikelijk om te eisen dat de liquiditeitsratio minimaal 1 bedraagt. Uit de statistiek van het CBS, dat voor quick ratio een grenswaarde van 1 en voor current ratio een grenswaarde van 1,1 hanteert, blijkt dat een redelijk percentage van de bedrijven aan die minimumeis voldoet. Naar het oordeel van de Commissie is de door beklagde gestelde eis daarom in zijn algemeenheid dan ook niet disproportioneel.
- 5.2.9. Klager heeft nog gesteld, dat de financiële prestaties in de audiovisuele branche lager liggen dan de door beklagde als grenswaarden gehanteerde ratio's. De Commissie is van oordeel dat een aanbestedende dienst bij het stellen van financiële geschiktheidseisen in beginsel zal mogen uitgaan van de in 5.2.7 en 5.2.8 genoemde gemiddelde ratio's, tenzij uit de statistiek van het CBS of uit een bron die – wat betreft de toegankelijkheid en betrouwbaarheid daarvan – daarmee vergelijkbaar is blijkt dat de ratio's in de betreffende branche significant lager zijn. Is dat laatste niet het geval, dan ligt het op de weg van de inschrijver die stelt dat de door de aanbestedende dienst gestelde eisen niet proportioneel zijn om die stelling te onderbouwen met voldoende verifieerbare gegevens zodat de aanbestedende dienst op basis daarvan kan handelen naar bevind van zaken. Nu klager haar stelling dat de financiële prestaties in de audiovisuele branche lager liggen dan de door beklagde als grenswaarden gehanteerde ratio's niet nader heeft onderbouwd met gegevens, moet het eerste klachtonderdeel als ongegrond worden geoordeeld.

5.3. Klachtonderdeel 2

- 5.3.1. Het klachtonderdeel klaagt er over dat beklagde met de wijze waarop zij de in hoofdstuk 4.2 ("Vragen ten aanzien van de opdracht") van het Aanbestedingsdocument opgenomen subgunningscriteria 1 t/m 9 heeft geformuleerd (zie 1.4 hiervoor), heeft gehandeld in strijd met het transparantiebeginsel. Alvorens het klachtonderdeel te behandelen, overweegt de Commissie het volgende met betrekking tot de subgunningscriteria 1 t/m 3.

- 5.3.2. Wat betreft de subgunningscriteria 1, 2 en – voor zover het betrekking heeft op het beschikken over een erkenning voor beroepspraktijkvorming (BPV) – subgunningscriterium 3, is de Commissie van oordeel dat deze criteria zijn te kwalificeren als kwalitatieve geschiktheidseisen, omdat zij duidelijk betrekking hebben op de kwaliteit en de organisatie van de inschrijver in plaats van diens inschrijving. Hoewel klager daar niet over klaagt, is de Commissie van oordeel dat beklagde daarmee heeft gehandeld in strijd met het verbod tot het hanteren van kwalitatieve geschiktheidseisen als nadere criteria binnen het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving (zie art. 2.115 Aw 2012 in verband met HvJ EG 28 januari 2008, C-532/06 (Lianakis), r.o. 30-32).
- 5.3.3. Wat betreft subgunningscriterium 3 – voor zover dat betrekking heeft op het ter beschikking stellen van stageplaatsen tijdens de uitvoering van de opdracht – is de Commissie van oordeel dat dit criterium is te kwalificeren als een bijzondere (uitvoerings-)voorwaarde die verband houdt met sociale overwegingen. Uit het arrest HvJ EG 10 mei 2012, C-368/10 (Commissie/Nederland), r.o. 91, kan weliswaar worden afgeleid dat het stellen van een dergelijke voorwaarde als gunningscriterium in beginsel is toegestaan en dat het criterium niet een kenmerkende eigenschap van het te leveren product behoeft te betreffen, maar dat laat onverlet dat wel zal moeten zijn voldaan aan de eis dat de voorwaarde verband houdt met het voorwerp van de opdracht (zie art. 2.80 Aw 2012 *jo.* HvJ EG 17 september 2002, C-513/99 (Concordia Bus Finland), r.o. 59 en HvJ EG 4 december 2003, C-448/01 (EVN Wienstrom), r.o. 33). Hoewel klager ook daar niet over klaagt, vraagt de Commissie zich sterk af of beklagde met subgunningscriterium 3 – voor zover dat dus betrekking heeft op het ter beschikking stellen van stageplaatsen tijdens de uitvoering van de opdracht – aan die laatste eis heeft voldaan. Uit het subgunningscriterium blijkt namelijk niet dat beklagde daarmee beoogt te bewerkstelligen dat de stageplaatsen die een inschrijver aan haar ter beschikking stelt, worden ingevuld met stagiaires die vervolgens moeten worden ingezet bij de uitvoering van de onderhavige opdracht voor het installeren en/of leveren van audiovisuele middelen.
- 5.3.4. Aangezien de subgunningscriteria 1 t/m 3 naar het oordeel van de Commissie reeds om andere dan door klager veronderstelde redenen in strijd zijn met de bepalingen van de Aw 2012, zal de Commissie zich hierna bij de verdere behandeling van het klachtonderdeel beperken tot de subgunningscriteria 4 t/m 9.
- 5.3.5. De te beantwoorden vraag is dan of beklagde met de wijze waarop zij die subgunningscriteria heeft geformuleerd, heeft voldaan aan haar uit het transparantiebeginsel voortvloeiende verplichtingen. Die vraag dient te worden beantwoord met inachtneming van de norm die de Commissie heeft geformuleerd in overweging 6.1.5 van haar Advies 81:

‘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 Vzr. 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.'

- 5.3.6. In het onderhavige geval gaat het dan meer specifiek om de vraag of beklagde heeft voldaan aan haar verplichtingen zoals die kunnen worden afgeleid uit de voorwaarden (i) en (ii) genoemd in r.o. 4.2 van het hiervoor bedoelde vonnis. De Commissie overweegt daarover het volgende.
- 5.3.7. De Commissie is van oordeel dat de subgunningscriteria 4 en 5 niet aan voorwaarde (i) voldoen. Beklaagde had de inschrijvers zowel ten aanzien van de vereiste beschrijving van het implementatieplan (subgunningscriterium 4) als ten aanzien van de vereiste beschrijving van de kwaliteit van de dienstverlening (subgunningscriterium 5) meer duidelijkheid moeten geven wat zij bij die beschrijving precies van hen verwachtte, bijvoorbeeld door de onderwerpen op te sommen die in ieder geval in deze twee beschrijvingen behandeld moesten worden. Daarmee zouden de inschrijvingen beter vergelijkbaar worden en zou ook de objectiviteit van de beoordeling van de inschrijvingen bij de toepassing van deze twee criteria worden vergroot. Door het ontbreken van die nadere verduidelijking voldoen de subgunningscriteria 4 en 5 naar het oordeel van de Commissie ook niet aan voorwaarde (ii) omdat de beoordelaars door het ontbreken van enige beoordelingsmaatstaf geen enkel (objectief te noemen) houvast hebben om tot hun oordeel te komen.
- 5.3.8. Wat de subgunningscriteria 6 en 7 betreft, stelt de Commissie allereerst vast dat deze in sterke mate een beroep doen op de creativiteit en inventiviteit van de inschrijver. Dat betekent dat bij de beantwoording van de in 5.3.6 gestelde vraag vooropgesteld moet worden hetgeen is overwogen in Rb. Haarlem (vzr.) 2 april 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BH9534, r.o. 4.7:
- 'Het voorgaande neemt niet weg, en vereist zelfs, dat in een aanbestedingsprocedure waarbij kwaliteit feitelijk als enige gunningscriterium geldt (sub)criteria worden gehanteerd die het voor de inschrijver begrijpelijk maken waarop zijn inschrijving zal worden beoordeeld en aan welke kwaliteitseisen hij zal moeten voldoen. Voorts zullen de inschrijvingen aan de hand van een zo objectief mogelijk systeem dienen te worden beoordeeld. Daar staat weer tegenover dat van de aanbesteder niet kan worden verlangd dat hij exact omschrijft hoe hij wenst dat de inschrijver een bepaald kwaliteitscriterium invult om een maximale score te kunnen behalen. Daarmee zou de facto elke concurrentie en inventiviteit uit de markt worden gehaald. Inventieve ideeën kunnen bovendien doorgaans eerder van de inschrijvende partijen worden verwacht – zij hebben immers in beginsel de kennis op het gebied van de opdracht – dan van de aanbestedende dienst of onderneming. Een gunningssystematiek op basis van kwaliteit zal daarom aan de inschrijvers ruimte moeten laten om de gestelde vragen naar eigen inzicht te beantwoorden. Anders dan TCA heeft aangevoerd maakt dat de gunningssystematiek nog niet ondeugdelijk. Integendeel, juist doordat een inschrijver de gelegenheid heeft de gestelde vragen naar eigen inzicht te beantwoorden, wordt hij optimaal gestimuleerd om inventief in te schrijven en door middel van de beantwoording van de vraag maximaal kenbaar te maken begrip te hebben voor en inzage te hebben in die aspecten van de opdracht die naar zijn oordeel relevant zullen zijn voor de aanbesteder.'
- 5.3.9. Gelet op het voorgaande is de Commissie van oordeel dat het niet noodzakelijk is dat een beoordelingsmodel alle aspecten van de beoordeling van de inschrijvingen volledig en tot in het kleinste detail vastlegt. In het onderhavige geval kunnen echter niet minder dan 30 van de 100 punten verdiend worden op basis van de gunningscriteria 6 en 7 die niet ingekaderd zijn en die daardoor niet alleen de inschrijver grote vrijheid laten bij het beantwoorden van de in die criteria gefor-

muleerde vragen, maar ook de aanbestedende dienst een grote mate van vrijheid toekennen bij de beoordeling van de inschrijvingen. Naar het oordeel van de Commissie is het percentage van 30% te hoog en zou dat in de regel niet meer dan 20% dienen te bedragen. Het voorgaande betekent dat ook de subgunningscriteria 6 en 7 niet aan de eerder genoemde voorwaarden (i) en (ii) voldoen.

5.3.10. Wat de subgunningscriteria 8 en 9 betreft, is de Commissie van oordeel dat van de inschrijvers mag worden verwacht dat zij voor het daarin bedoelde proces respectievelijk procedure hun eigen standaarden hebben ontwikkeld, zodat zij kunnen volstaan met die standaarden – zo nodig op detailpunten aangepast – te beschrijven. Het voorgaande betekent dat de subgunningscriteria 8 en 9 aan de eerder genoemde voorwaarden (i) en (ii) voldoen.

5.3.11. Nu de subgunningscriteria 4 t/m 7 niet voldoen aan de in 5.3.5 genoemde voorwaarden (i) en (ii), moet het tweede klachtonderdeel gegrond verklaard worden.

5.4. Klachtonderdeel 3

5.4.1. In art. 2.76 lid 5 en lid 6 Aw 2012 is het volgende bepaald:

‘5. Een aanbestedende dienst verwijst in de technische specificaties niet naar een bepaald fabrikaat, een bepaalde herkomst of een bijzondere werkwijze, een merk (...), waardoor bepaalde ondernemingen of bepaalde producten worden bevoordeeld of uitgesloten, tenzij dit door het voorwerp van de overheidsopdracht gerechtvaardigd is.

6. Een aanbestedende dienst kan de melding of verwijzing, bedoeld in het vijfde lid, opnemen in de technische specificatie indien:

- a. een voldoende nauwkeurige en begrijpelijke beschrijving van het voorwerp van de overheidsopdracht door toepassing van het eerste lid of van art. 2.77, eerste lid, niet mogelijk is en
- b. deze melding of verwijzing vergezeld gaat van de woorden “of gelijkwaardig”.’

5.4.2. De Commissie stelt vast dat tussen partijen niet in geschil is dat beklagde de specificaties van de in het kader van de onderhavige opdracht te leveren apparatuur heeft omschreven door in Bijlage D van het Aanbestedingsdocument niet alleen te verwijzen naar een aantal functionele specificaties waaraan de door haar op dit moment reeds gebruikte apparatuur voldoet, maar ook door daarbij te verwijzen naar merknamen. Evenmin is tussen partijen in geschil dat beklagde zowel in eis 14 van Bijlage B van het Aanbestedingsdocument als in de Nota van Inlichtingen van 9 maart 2015 heeft toegestaan dat apparatuur wordt aangeboden die minimaal technisch en functioneel gelijkwaardig zijn aan de door beklagde – op de hiervoor bedoelde wijze gespecificeerde – gestelde specificaties.

5.4.3. Bij de behandeling van het klachtonderdeel dient het volgende voorop te worden gesteld. In het stelsel van de bepalingen van art. 2.76 lid 5 en lid 6 Aw 2012 – welke bepalingen een implementatie vormen van art. 23 lid 8 Richtlijn 2004/18/EG – ligt besloten dat het verwijzen naar merken in de opdrachtspecificatie enkel en alleen is toegestaan – onder vermelding van de woorden “of gelijkwaardig” – wanneer een voldoende nauwkeurige en begrijpelijke beschrijving van het voorwerp van de opdracht door toepassing van het eerste lid van art. 2.76 of van het eerste lid van art. 2.77 Aw 2012 niet mogelijk is.

5.4.4. Uit hetgeen de Commissie in 5.4.2 heeft vastgesteld, kan worden afgeleid dat beklagde in ieder geval in staat is geweest om in Bijlage D van het Aanbestedingsdocument de specificaties voor wat betreft een aantal belangrijke eigenschappen van de te leveren apparatuur functioneel te beschrijven door toepas-

sing te geven aan het bepaalde in art. 2.76 lid 1 Aw 2012. Beklaagde heeft echter niet duidelijk gemaakt waarom het voor haar niet mogelijk was om – in aanvulling op die functionele specificaties, en met toepassing van art. 2.76 lid 1 of art. 2.77 lid 1 Aw 2012 – een voldoende nauwkeurige en begrijpelijke beschrijving van het voorwerp van de opdracht te completeren zodat zij geen andere mogelijkheid zag dan te verwijzen naar merken. De Commissie is van oordeel dat de klacht reeds om die reden gegrond is.

5.4.5. De Commissie overweegt ten overvloede nog het volgende. Ook wanneer beklagde wel zou hebben duidelijk gemaakt waarom het verwijzen naar merken in het onderhavige geval gerechtvaardigd was, gelet op het bepaalde in art. 2.76 lid 6 sub b Aw 2012, laat dat onverlet dat zij het de inschrijvers onmogelijk heeft gemaakt om in het prijzenblad aan te geven dat zij niet een of meer van de in Bijlage D van het Aanbestedingsdocument genoemde merken aanbieden, maar gelijkwaardig apparaten. Beklaagde heeft in de excelsheet van het prijzenblad het merk- en typenaam van de aan te bieden apparaten immers opgenomen in beveiligde velden, zodat het de inschrijvers feitelijk onmogelijk is gemaakt merken aan te bieden die gelijkwaardig zijn aan de in Bijlage D genoemde merken.

5.4.6. Het derde klachtonderdeel is derhalve gegrond.

6. Advies

De Commissie acht onderdeel 1 van de klacht **ongegrond** en de onderdelen 2 en 3 van de klacht **gegrond**.

7. Aanbeveling

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

Den Haag, 29 juni 2015

w.g.:

Mr. J.G.J. Janssen
Voorzitter

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

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid