

## Advies 271

### 1. Feiten

1.1. Beklaagde is op 2 juli 2015 een Europese openbare aanbestedingsprocedure gestart voor een raamovereenkomst met meerdere ondernemingen voor het tijdelijk ter beschikking stellen van ICT-personeel en de verwerving van kleinschalige resultaatverplichte opdrachten ten behoeve van een Rijksdienst. De opdracht is verdeeld in twee percelen.

1.2. In paragraaf 1.2 ("Aanleiding en doel van deze aanbesteding") van het "Aanbestedingsdocument Europese aanbesteding volgens de openbare procedure voor het tijdelijk ter beschikking stellen van ICT-personeel en de verwerving van kleinschalige resultaatverplichte opdrachten" (hierna: het Aanbestedingsdocument) is onder andere het volgende bepaald:

'Opdrachtgever wenst met vijf inschrijvers in perceel A en met vijf inschrijvers in perceel B die de economisch meest voordelige inschrijving hebben gedaan, raamovereenkomsten te sluiten.'

1.3. In paragraaf 1.6 ("Omvang van de opdracht") van het Aanbestedingsdocument is het volgende bepaald:

'De aanbestedende dienst gaat uit van een geraamde totale opdrachtwaarde van euro 40 tot 60 Miljoen (exclusief btw) voor het samenstel van alle te gunnen opdrachten binnen de raamovereenkomsten. Het betreft een gemiddelde inzet van circa 30 tot 50 FTE, en ca 120 aanvragen om offerte per jaar.'

1.4. In paragraaf 2 ("Beoordelings- en gunningsprocedure") van het Aanbestedingsdocument is het volgende bepaald:

'(...)

#### *2.1.4 Economisch meest voordelige inschrijving*

Er zal uiteindelijk per perceel worden gegund aan de voor de aanbestedende dienst economisch meest voordelige inschrijvingen, op basis van de subgunningscriteria, met de daarbij behorende toekenningsmethodiek en weging, die in hoofdstuk 6 nader is uitgewerkt. De voor de aanbestedende dienst economisch meest voordelige inschrijvingen zijn de inschrijvingen met de hoogste definitieve totale eindscores.

(...)

De rangorde van de inschrijvers wordt bepaald per perceel. De definitieve totale eindscore van een inschrijver bepaalt de positie van de inschrijver in de rangorde. Indien twee of meer inschrijvers een gelijke definitieve totale eindscore hebben behaald dan bepaalt voor die inschrijvers onderling de score voor het subgunningscriterium kwaliteit de rangorde. Indien de dan resulterende rangorde tot gevolg heeft dat de aanbestedende dienst aan meer dan het gewenste aantal inschrijvers zou moeten gunnen, zal de aanbestedende dienst, voor zover het be-

treft de partijen die gelijk in de rangorde zijn geëindigd en die op basis daarvan al dan niet voor gunning in aanmerking kunnen komen, middels loting bepalen aan welk van die inschrijvers de opdracht gegund zal worden.'

- 1.5. In paragraaf 3 ("Procedurele bepalingen en voorschriften") van het Aanbestedingsdocument is het volgende bepaald:

'(...)

### **3.15 Vorm en inhoud van de inschrijving**

(...)

Aan de beantwoording van de wensen worden de volgende eisen gesteld:

1. De antwoorden op alle sub(sub)gunningscriteria van het subgunningscriterium kwaliteit mogen niet liggen buiten de in hoofdstuk 6.3 aangegeven toegestane waarden. Wanneer een inschrijving hier niet aan voldoet, dan zal de inschrijving voor verdere deelname aan deze aanbesteding worden uitgesloten en niet verder worden beoordeeld.
2. De antwoorden op alle sub(sub)gunningscriteria van het subgunningscriterium prijs mogen niet liggen buiten de in hoofdstuk 6.3 aangegeven toegestane waarden. Wanneer een inschrijving hier niet aan voldoet, dan zal de inschrijving voor verdere deelname aan deze aanbesteding worden uitgesloten en niet verder worden beoordeeld.

(...)

### **3.23 Geen voorbehouden bij inschrijving**

De inschrijving van inschrijver zal geen voorbehoud(en) bevatten. Door het uitbrengen van een inschrijving verklaart inschrijver zijn inschrijving stellig en zonder enig voorbehoud te hebben gedaan en verklaart zich akkoord met alle in deze fase van de aanbesteding door de aanbestedende dienst verstrekte documenten en vermelde voorschriften. Een inschrijving met een of meer voorbehouden zal worden uitgesloten.

(...)

### **3.27 Toelichting op en verificatie van inschrijving**

De aanbestedende dienst kan verlangen dat inschrijver zijn inschrijving nader toelicht en/of voorziet van ondersteunende bescheiden. De aanbestedende dienst is gerechtigd, doch niet gehouden om alle op basis van de inschrijving in te dienen gegevens en verklaringen op hun juistheid te controleren.'

- 1.6. In paragraaf 4.2.2 ("Referentiegegevens (technische bekwaamheid)") is het volgende bepaald:

'**Eisen** met betrekking tot Perceel A/Kerncompetentie 1:

1. Het onderwerp van de referentieopdracht dient te zijn het ter beschikkingstellen van eigen personeel dan wel het werven, preselecteren en ter beschikking stellen van zzp'ers en/of personeel van derden voor tijdelijke inhuuropdrachten.
2. Omvat het ter beschikkingstellen van minimaal zes verschillende personen voor inhuuropdrachten op ICT-gebied, waarvan minimaal de helft afkomstig is uit het eigen personeel van Inschrijver.

(...).'

- 1.7. In paragraaf 5 ("Programma van eisen") van het Aanbestedingsdocument is het volgende bepaald:

'Bij toepassing en uitvoering van de te gunnen Raamovereenkomsten zal opdrachtgever voor de toetsing van de prestaties van opdrachtnemers steeds gebruik maken van de in bijlage 9 opgenomen KPI's. Voor een samenhangend begrip van dit sturingsmodel is een tekstuele toelichting op deze KPI's bij dit Aanbestedingsdocument opgenomen als bijlage 9b.

Tegelijkertijd vormt deze set van KPI's het kader voor de inhoudelijke beoordeling en waardering van de in deze Aanbestedingsprocedure ontvangen Inschrijvingen (zie hoofdstuk 6).'

- 1.8. In paragraaf 6 ("Programma van wensen") van het Aanbestedingsdocument is het volgende bepaald:

### **'6.1 Wensen ten aanzien van gunningscriterium kwaliteit**

De wensen waarvoor punten toegekend worden voor het subgunningscriterium kwaliteit bestaan uit een vijftal kengetallen die verband houden met de normering voor de in het programma van eisen aangegeven Kritische Prestatie Indicatoren (KPI's). Van Inschrijver wordt gevraagd om de door hem bij de uitvoering van raamovereenkomst als opdrachtnemer te realiseren kwaliteit van dienstverlening op te geven in de vorm van percentages op de volgende, in hoofdstuk 5 en in Bijlagen 9 bij dit Aanbestedingsdocument omschreven KPI's:

<b>Aanduiding</b>	<b>Omschrijving</b>
KPI-1	Tevredenheid over ingezette medewerkers (aangeduid als BM% <sub>on</sub> )
KPI-2	Aanbiedingsbetrouwbaarheid (aangeduid als AB% <sub>on</sub> )
KPI-4	UitValpercentage incidenten (Aangeduid als UV% <sub>on</sub> )
KPI-5	Tevredenheid over dienstverlening opdrachtnemer) (aangeduid als BDVM% <sub>on</sub> )
KPI-7	Aanvullend Percentage Social Return (aangeduid als APSR% <sub>on</sub> )

1 subgunningscriteria KPI's kwaliteit

NB: Voor de volgende KPI's hoeft door inschrijver geen waarde te worden opgegeven (hiervoor geldt een vaste normerings- en sanctiemethodiek, zoals vastgelegd in bijlage 9 "Programma van Eisen", tabblad KPI's):

- KPI-3: Terugtrekkingspercentage
- KPI-6: Aanleveringsbetrouwbaarheid rapportages

(...)

Aan deze beantwoording van de kwaliteitswensen worden voor dit subgunningscriterium kwaliteit punten toegekend naar de mate waarin de Inschrijving naar het oordeel van Aanbestedende dienst hogere kwaliteit biedt.

De door Inschrijver op deze KPI's opgegeven percentages zullen door Opdrachtgever worden gehanteerd als minimaal door opdrachtnemer te behalen kwaliteit in de naleving van de afgesloten raamovereenkomst. Zie ook paragraaf 3.15 van dit Aanbestedingsdocument.

(...)

## 6.2 Wensen ten aanzien van subgunningscriterium prijs

De wensen voor het subgunningscriterium prijs bestaan uit een drietal financiële normen die randvoorwaardelijk zijn voor de voor inzet van medewerkers te hanteren tarieven.

(...)

Aanduiding	Omschrijving
Norm 1	De maximale eenmalige vergoeding (EVE) voor de initiële beschikbaarstelling van een doorgeleende medewerker. Deze vergoeding wordt niet in rekening gebracht, maar is van invloed op het tarief zoals vastgelegd in PvE-eis T.11.
Norm 2	De maximale vergoeding per uur (MU€) voor de beschikbaarstelling van een doorgeleende medewerker. Deze vergoeding wordt niet in rekening gebracht, maar is van invloed op het tarief zoals vastgelegd in PvE-eis T.11.
Norm 3	De door Inschrijver aanvaarde extra tariefsverlaging (aangeduid als ASE), die een extra tariefsverlaging inhoudt zoals bedoeld in PvE-eis K.6., indien bij de uitvoering van de aan hem gegunde raamovereenkomst wordt vastgesteld dat de bij zijn Inschrijving genoemde kwaliteits-KPI's bij uitvoering niet worden behaald. De aanvullende sanctie zal worden toegepast in combinatie met de tariefsverlaging als omschreven in PvE-eisen K.5 en K.6.

2 subgunningscriteria KPI's Prijs

Normen 1) en 2) maken onderdeel uit van de formules voor het bepalen van het Initieel tarief en Verlengd tarief. Zij bepalen - bij doorlezen van medewerkers - welke marge opdrachtnemer mag toepassen ten opzichte van diens eigen inkoop-tarief.

Norm 3): In uw Inschrijving geeft u aan, welke kwaliteitsniveaus van uw dienstverlening mogen worden verwacht. Dit heeft u gedaan middels de door u zelf opgegeven KPI-percentages op de wensen uit paragraaf 6.1. van dit aanbestedingsdocument. Bij de norm 3) dient u het bedrag in Euro's op te geven, waarmee het gehanteerde sanctiemodel voor u als opdrachtnemer zal worden verzwaard, indien de in uw inschrijving in het vooruitzicht gestelde kwaliteitspercentages niet worden behaald. Naar de mate waarin u meer zelfvertrouwen heeft in uw eigen dienstverlening, verwacht aanbestedende dienst dat u voor deze norm een hoger bedrag zult durven aangeven. Het door u bij deze norm opgegeven bedrag wordt - in geval van gunning - in uw raamovereenkomst als aanvullende sanctie opgenomen, naast het generieke sanctiemodel rondom de KPI's.

(...)

## 6.3 Toekenningsmethodiek

In onderstaande tabellen staat per perceel aangegeven welke beoordelingscriteria toegepast worden en wat per criterium het maximum aantal toe te kennen punten is. Hieruit kan afgeleid worden welke aandachtspunten bij een wens van groot belang zijn en welke minder van belang.

Perceel A				
Subgunnings-criterium	sub(sub)gunningscriterium	Scorebepaling	Minimale/ Maximale score	Toegestane waarden
Kwaliteit (maximaal 80 punten)	BM% <sub>ON</sub>	1,5*(opgegeven waarde - 80%)	0/30	80-100%
	AB% <sub>ON</sub>	2*(opgegeven waarde - 88%)	0/20	88-98%
	UV% <sub>ON</sub>	10% - opgegeven waarde	0/10	0-10%
	BDVM% <sub>ON</sub>	0,75*(opgegeven waarde - 80%)	0/15	80-100%
	APSR% <sub>ON</sub>	1*opgegeven waarde	0/5	0-5%
Prijs (maximaal 20 punten)	EV€	7,5*(2000-opgegeven waarde)/2000	0/7,5	€ 0,- t/m € 2.000,-
	MU€	11,25-1,5*opgegeven waarde	0/7,5	€ 2,50 t/m € 7,50
	AS€	2,5*opgegeven waarde	0/5	€ 0,- t/m € 2,-

Perceel B				
Subgunnings-criterium	sub(sub)gunningscriterium	Scorebepaling	Minimale/ Maximale score	Toegestane waarden
Kwaliteit (maximaal 70 punten)	BM% <sub>ON</sub>	1,25*(opgegeven waarde - 80%)	0/25	80-100%
	AB% <sub>ON</sub>	opgegeven waarde - 88%	0/20	88-98%
	UV% <sub>ON</sub>	10% - opgegeven waarde	0/10	0-10%
	BDVM% <sub>ON</sub>	0,5*(opgegeven waarde - 80%)	0/10	80-100%
	APSR% <sub>ON</sub>	1*opgegeven waarde	0/5	0-5%
Prijs (maximaal 30 punten)	EV€	(2000-opgegeven waarde)/160	0/12,5	€ 0,- t/m € 2.000,-
	MU€	18,75-2,5*opgegeven waarde	0/12,5	€ 2,50 t/m € 7,50
	AS€	2,5*opgegeven waarde	0/5	€ 0,- t/m € 2,-

Inschrijvingen met in de door inschrijver ingediende bijlagen 10 en of 11 opgegeven percentages buiten de hier genoemde grenswaarden zullen in de beoordeling als ongeldig terzijde gelegd. Voor uw gemak heeft Aanbestedende dienst in bijlage 17 een rekentool bijgevoegd, aan de hand waarvan u zelf kunt zien, hoe uw KPI's zich vertalen naar een puntenscore.'

- 1.9. In Bijlage 9 ("Programma van eisen") van het Aanbestedingsdocument is het volgende bepaald:

'(...)

*KPI-1: Tevredenheid over ingezette ingehuurd medewerkers*

K.16 Deze KPI wordt door opdrachtgever per opdrachtnemer vastgesteld door het rekenkundig gemiddelde over de door opdrachtnemer ingezette ingehuurd medewerkers binnen de raamovereenkomst vast te stellen, voor zover die in de meetperiode minimaal 1 maand werkzaam zijn geweest bij de deelnemende dienst.

K.17 De vaststelling van deze KPI vindt op het eerste KPI-meetmoment plaats dat minimaal 12 maanden na ingangsdatum van de raamovereenkomst valt en wordt één maal per 6 maanden herhaald. De meetperiode betreft de voorgaande periode van 6 maanden.

K.18 De beoordeling per ingehuurde medewerker wordt vastgesteld d.m.v. toekenning van een cijfer tussen 1 en 10 door de leidinggevende bij de deelnemende dienst. De leidinggevenden krijgen daartoe een voor alle opdrachtnemers en alle ingehuurde medewerkers gelijklopende instructie.

K.19 Opdrachtnemer heeft in diens inschrijving een opgave gedaan van een beoordelingsmarge ( $BM\%_{ON}$ ), die medebepalend is of een sanctie, verbonden aan de KPI, wordt opgelegd.

K.20 Onder de volgende aan deze KPI verbonden voorwaarden wordt een sanctie van kracht:

#beoordeelde ingehuurde medewerkers > 3

En

Minimaal 70% van de te beoordelen ingehuurde medewerkers is beoordeeld.

En

#verschillende beoordelaars > 2

En

$[\text{gemiddelde tevredenheid}]_{ON} < [\text{beoordelingsmarge (} BM\%_{ON} \text{)}] * [\text{Gemiddelde beoordeling}]_{\text{alle ON (perceel A en B tesamen)}}$

K.21 "De sanctie houdt in dat:

- De tarieven van opdrachtnemer, enkel ten behoeve van de beoordeling, fictief worden verhoogd met 5€ per uur bij minicompetities gedurende 6 maanden.

En

- Opdrachtnemer een gele kaart krijgt gedurende 6 maanden.

K.22 De beoordelingen per medewerker worden vertrouwelijk behandeld.

#### *KPI-2: Aanbiedingsbetrouwbaarheid*

K.23 Het aanbiedingsbetrouwbaarheidspercentage ( $AB\%_{ON}$ ) wordt gedefinieerd als:

$AB\%_{ON} = 100 * [\text{aantal keer binnen gestelde termijn aanbieden van een kandidaat die voldoet aan minimumeisen in de aanvraag}]/[\text{totaal aantal aanvragen}]$

(voor zover een aanvraag ruimte biedt voor het aanbieden van meer kandidaten ziet deze KPI op het aanbieden van 1 kandidaat die voldoet aan de minimumeisen)

K.24 De vaststelling van deze KPI vindt op het eerste KPI-meetmoment plaats dat minimaal 6 maanden na ingangsdatum van de raamovereenkomst valt en wordt één maal per 6 maanden herhaald. De meetperiode betreft de voorgaande periode van 6 maanden.

K.25 Aanvragen waarvoor een deelnemende dienst een maximum uurtarief heeft afgegeven worden niet meegerekend bij het vaststellen van de aanbiedingsbetrouwbaarheid.

K.26 Opdrachtnemer heeft in diens inschrijving een opgave gedaan van de norm voor  $AB\%_{ON}$ .

K.27 Aan het niet behalen van deze norm is de volgende sanctie verbonden:

- Opdrachtnemer mag gedurende 6 maanden geen kandidaten aanbieden voor nieuwe aanvragen, tenzij er een opdrachtnemer is die eveneens diens norm voor  $AB\%_{ON}$  niet heeft behaald, en die een lagere actuele waarde heeft voor  $AB\%_{ON}$ .
- Opdrachtnemer krijgt een gele kaart gedurende 6 maanden.

#### *KPI-4: Uitvalpercentage*

K.36 Onder uitval van een medewerker wordt verstaan dat deze niet beschikbaar is voor minimaal 75% van het in de nadere overeenkomst vastgelegde aantal uren, tenzij deelnemende dienst daartoe toestemming heeft verleend.

K.37 Het uitvalpercentage ( $UV\%_{ON}$ ) wordt gedefinieerd als:

$UV\%_{ON} = 100 * [\text{aantal keer uitval in laatste 6 maanden}] / [\text{totaal aantal ingezette medewerkers}]_{ON}$ , waarbij uitval wordt veroorzaakt door:

- Ander opdracht
- Wanprestatie
- Integriteitsschending
- Onjuiste informatieverstrekking bij werving
- Overige redenen waarbij sprake is van verwijtbaarheid aan opdrachtnemer.

K.38 De vaststelling van deze KPI vindt op het eerste KPI-meetmoment plaats dat minimaal 6 maanden na ingangsdatum van de raamovereenkomst valt en wordt eenmaal per 6 maanden herhaald. De meetperiode betreft de voorgaande periode van 6 maanden.

K.39 Indien de uitval voor een relevant deel door een deelnemende dienst of opdrachtgever wordt veroorzaakt, dan wordt de betreffende uitval niet meegeteld voor de vaststelling van  $UV\%_{ON}$ .

K.40 Opdrachtnemer heeft in diens inschrijving een opgave gedaan van diens norm voor  $UV\%_{ON}$ , die medebepalend is of een sanctie, verbonden aan de KPI, wordt opgelegd.

K.41 Indien het aantal medewerkers dat uitvalt  $> 1$  en opdrachtnemer voldoet niet aan diens norm voor  $UV\%_{ON}$ , dan wordt een sanctie van kracht.

K.42 Deze sanctie houdt in dat:

- De tarieven van opdrachtnemer, enkel ten behoeve van de beoordeling, fictief worden verhoogd met 5€ per uur bij minicompetities gedurende 6 maanden.
- Opdrachtnemer krijgt een gele kaart gedurende 6 maanden.

#### *KPI-5: Tevredenheid over dienstverlening opdrachtnemer*

K.43 De beoordeling over de dienstverlening van opdrachtnemer ( $BDV_{ON}$ ) wordt vastgesteld door het gemiddelde van toe te kennen cijfers (tussen 1 en 10) door functionarissen van opdrachtgever en deelnemende dienst die belast zijn met de- centraal contractbeheer, centraal contractbeheer, leidinggeven aan de door opdrachtnemer ingezette ingehuurde medewerkers[, en het opdrachtgeverschap ten aanzien van resultaatverplichte opdrachten.] De beoordelaars krijgen daartoe een voor alle opdrachtnemers gelijklopende instructie.

K.44 De beoordeling ziet onder andere op de handelswijze van en samenwerking met de contactpersonen, procesmatige kant van aanbieden en begeleiden van ingezette medewerkers, bereikbaarheid, reactiesnelheid, BLAF-processen, communicatie, ontzorging deelnemende dienst, bijdrage aan verbetering inhuurproces-

sen bij deelnemende diensten, bijdrage aan kennisborging bij deelnemende dienst.

K.45 De vaststelling van deze KPI vindt op het eerste KPI-meetmoment plaats dat minimaal 6 maanden na ingangsdatum van de raamovereenkomst valt en wordt eenmaal per 6 maanden herhaald. De meetperiode betreft de voorgaande periode van 6 maanden.

K.46 De vaststelling beperkt zich waar het leidinggevenden betreft tot de medewerkers die in de meetperiode werkzaamheden hebben uitgevoerd bij de deelnemende dienst, en resultaatverplichte opdrachten die in die periode geheel of gedeeltelijk zijn uitgevoerd.

K.47 Opdrachtnemer heeft in diens inschrijving een opgave gedaan van diens beoordelingsmarge  $BDVM_{ON}\%$ , die medebepalend is of een sanctie, verbonden aan de KPI, wordt opgelegd.

K.48 De sanctie wordt van kracht indien:

#geraadpleegde leidinggevenden > 5

Minimaal 70% van geraadpleegde (voor de betreffende opdrachtnemer) leidinggevenden heeft beoordeeld.

En

$BDVON < [beoordelingsmarge (BDVM\%_{ON})] * [Gemiddelde BDVM_{ON}]_{Alle ON}$

K.49 Deze sanctie houdt in dat:

- De tarieven van opdrachtnemer, enkel ten behoeve van de beoordeling, fictief worden verhoogd met 5€ per uur bij minicompetities gedurende 6 maanden.
- Opdrachtnemer krijgt een gele kaart gedurende 6 maanden.

(...)

#### *KPI-7: Social Return*

K.56 Het percentage resultaat social return ( $PRSR\%_{ON}$ ) wordt gedefinieerd als  $100\% * [\text{aantal door opdrachtnemer aangeboden kandidaten uit doelgroep, die voldoen aan de gestelde minimumeisen}]_{ON} / [\text{totaal aantal aangeboden kandidaten}]_{ON}$ .

K.57 De vaststelling van deze KPI vindt op het eerste KPI-meetmoment plaats dat minimaal 12 maanden na ingangsdatum van de raamovereenkomst valt en wordt eenmaal per 12 maanden herhaald. De meetperiode betreft de voorgaande periode van 12 maanden.

K.58 Opdrachtnemer heeft in diens inschrijving een opgave gedaan van [aanvullend percentage social return] $_{ON}$  ( $APSR\%_{ON}$ ).

K.59 Indien  $PRSR\%_{ON} < 3\% + APSR\%_{ON}$ , dan wordt de volgende sanctie van kracht.

- De tarieven van opdrachtnemer, enkel ten behoeve van de beoordeling, worden fictief verhoogd met 2,50 € per uur bij minicompetities gedurende de 12 maanden volgend op het meetmoment, voor zover het betreft de kandidaten die niet onder de doelgroep van social return vallen.

K.60 Indien  $PRSR\%_{ON} < APSR\%_{ON}$ , dan worden de volgende sancties van kracht.

- De tarieven van opdrachtnemer, enkel ten behoeve van de beoordeling, worden fictief verhoogd met 5€ per uur bij minicompetities gedurende de 12 maanden



volgens op het meetmoment, voor zover het betreft de kandidaten die niet onder de doelgroep van social return vallen.

- Opdrachtnemer krijgt een gele kaart gedurende 12 maanden.

K.61 In verband met de lastige toetsbaarheid en de beperking van administratieve lasten worden resultaatverplichte opdrachten niet in PRSR%<sub>ON</sub> betrokken.'

1.10. In de 1<sup>e</sup> Nota van Inlichtingen zijn – voor zover relevant – de volgende vragen met bijbehorende antwoorden opgenomen.

1.10.1. 'Vraag 144858: Om voor gunning in aanmerking te komen zullen leveranciers de vragen omtrent de KPI's zo beantwoorden dat zij maximaal zullen scoren. Je moet namelijk als leverancier de afweging maken tussen 4 jaar geen aanvragen omdat je geen raampartij bent of af en toe een half jaar geen aanvragen vanwege het niet behalen van de KPI's. Omdat er verder geen open vragen zijn omtrent de invulling van de kwaliteit van de dienstverlening roept de aanbestedende dienst het strategisch inschrijven dus op zich af. Het zal dus uitdraaien op een grote loterij waarbij de aanbestedende dienst geen enkele invloed heeft op de te selecteren partijen. Op welke manier gaat de aanbestedende om met deze manier van inschrijven?

Antwoord: De Gids Proportionaliteit, het grote aantal potentieel goede inschrijvers en de moeilijkheid om hiertussen een objectieerbare keuze te maken, en de toenemende juridisering van het aanbestedingsdomein hebben Aanbestedende dienst aangezet tot het ontwikkelen van een gunningsmodel, dat zich richt op het meetbaar maken van kwaliteit van dienstverlening, en dat de risico's van subjectieve beoordeling tot het minimum beperkt. Waar in deze aanbesteding meer dan het gezochte aantal partijen zichzelf in staat achten, om op alle onderdelen de maximale score in te vullen, bevat het aanbestedingsdocument in paragraaf 2.1.4. inderdaad als laatste beslissing het instrument loting, om het aantal geldige en kwalificerende inschrijvingen tot het gewenste aantal raamovereenkomsten terug te brengen.

De partijen die op deze wijze een raamovereenkomst hebben verworven, zullen zichzelf naar verwachting ook op het prijselement AS(e) vastgelegd hebben op een hogere vrijwillig aanvaarde sanctie dan nul Euro, omdat zij ook op dit element de laatst te verdienen punten niet hebben willen missen.

Zie ook antwoord 144860.'

1.10.2. 'Vraag 144860: Aanbestedende dienst vindt het belangrijk om partijen te selecteren die kennis hebben van de bedrijfsprocessen waarvoor inzet wordt gevraagd, die kwaliteit leveren in het matchingproces en een scherp en actueel overzicht hebben van de op ieder moment beschikbare ICT deskundigen en hun marktprijs zodat zij succesvol voldoende gekwalificeerde tijdelijke ICT kandidaten voor deze opdracht aan kunnen bieden (pagina 11 van de aanbestedingsleidraad).

Het verbaast inschrijver enorm dat deze voor de aanbestedende dienst zeer belangrijke eisen aan een leverancier niet getoetst worden bij de inschrijvende partijen. Een inschrijvende partij behoeft enkel en alleen de verwachting van haar dienstverlening aan te geven, (elke partij die een kans wil hebben om te winnen zal deze maximaal invullen) zonder dat er gecontroleerd wordt of de inschrijvende partij deze dienstverlening waar kan maken.

Dit gecombineerd met de zeer lage minimum eisen, zeker voor de gevraagde omvang van dienstverlening, zal leiden tot een zeer hoog aantal van inschrijven-

de partijen en daarmee ook tot een zeer hoog aantal partijen wat een zelfde puntenaantal realiseert vanwege bovenstaande reden.

De aanbesteding zal dus uitdraaien op een grote loterij waarbij de winnaars niet getoetst worden of ze de gevraagde invulling van dienstverlening kunnen realiseren. Dit kan nooit de wens zijn van aanbestedende dienst.

Is dit hetgeen aanbestedende dienst met deze aanbesteding wil bereiken? Zo nee, op welke manier gaat aanbestedende dienst ervoor zorgen dat inschrijvende partijen op de in de eerste alinea criteria getoetst gaan worden?

Antwoord: Aanbestedende dienst neemt uw bezorgdheid over het gunningsmodel ter kennisgeving aan. De Aanbestedende dienst ziet geen aanleiding dit momenteel aan te passen, maar zal uiteraard de ervaringen met dit model evalueren. Met de keuze voor het nu voorliggende gunningsmodel heeft Aanbestedende dienst bewust afgezien van vragen naar kwalitatieve beschrijvingen, waarvan de beoordeling en waardering een subjectief element in zich kunnen dragen, en waaromtrent het voorspellend karakter voor de uitvoering voor discussie vatbaar is. Het voorliggende gunningsmodel is gestoeld op een alternatieve wijze van prestatiegericht inkopen, waarbij met name van inschrijvers gevraagd wordt aan te geven welke prestaties (WAT) de Aanbestedende dienst van inschrijvers kan verwachten en niet/nauwelijks meer aandacht geschonken wordt aan de wijze waarop (HOE) inschrijver deze prestaties wil realiseren. De nu gekozen KPI's maken de door opdrachtnemers te leveren dienstverlening meetbaar en transparant. Deze functionele set van KPI's geeft de Aanbestedende dienst de mogelijkheid de door inschrijvers beloofde prestaties te beoordelen in de aanbesteding en vervolgens - na gunning - tijdens de contractmanagementfase de mogelijkheid om de daadwerkelijke prestaties van opdrachtnemers te monitoren en af te zetten tegen de gedane beloftes. Zowel het gunningsmodel als de wijze van toekomstig prestatie management zijn volledig transparant en objectief; iedere inschrijver weet vooraf wat zijn scores kunnen worden en waarop hij afgerekend kan worden. Het 'toetsen' van beloftes is naar de mening van Aanbestedende dienst ongewenst; inschrijvers doen immers beloftes voor toekomstige prestaties. Bij een vergelijking met door inschrijver reeds gerealiseerde prestaties blijft discutabel in hoeverre deze prestaties (rekenkundig en kwalitatief) vergelijkbaar en controleerbaar zijn. Het eventueel toepassen van deze toetsing zou het gunningsmodel aanbestedingstechnisch discutabel maken. Aanbestedende dienst verwacht dat het in de raamovereenkomst verwerkte sanctiemodel, alsmede de mate van concurrentie binnen de raamovereenkomsten, in het algemeen zal leiden tot het aanbrenge van 'scherpte' in de dienstverlening door opdrachtnemers. Met het gekozen aantal raamovereenkomsten kan de Aanbestedende dienst zich veroorloven om een of enkele opdrachtnemers gedurende de looptijd van de raamovereenkomst af te zien vallen.'

1.11. In de 2e Nota van Inlichtingen zijn – voor zover relevant – de volgende vragen met bijbehorende antwoorden opgenomen.

1.11.1. 'Vraag 153959: Op voorhand is niet gezegd dat de grotere opdrachtnemers per definitie meer medewerkers zullen leveren. Waar gegund wordt op kwaliteit van de aangeboden medewerkers is de kans evenzeer aanwezig dat 'kleinere' opdrachtnemers bovengemiddeld veel medewerkers gaan leveren". U spreekt over een kans. Dan is er ook een kans dat kleinere spelers minder dan de drempelwaarde aanbieden en inzetten. Wanneer beide kansen worden vergeleken kan de conclusie niet anders zijn dan dat de 2e kans significant groter is dan de 1e en dat daarmee een ongelijk speelveld wordt geïntroduceerd. Deelt u deze visie? Overigens blijkt ook uit de bewoordingen "op voorhand is niet gezegd" en "per

definitie", dat ook aanbestedende dienst het waarschijnlijk acht dat grotere leveranciers meer medewerkers zullen inzetten dan kleinere.

Antwoord: Aanbestedende dienst heeft de voor- en nadelen, de kansen en de risico's van dit gunnings- en sturingsmodel in ogenschouw genomen. Aanbestedende dienst deelt uw visie niet. Aanbestedende dienst heeft een model toegepast waarin alle opdrachtnemers gelijke kansen hebben op het verkrijgen van opdrachten, onafhankelijk van de omvang van opdrachtnemer.'

1.11.2. Vraag 154333: Uw Nota van Inlichtingen 1 d.d. 6 augustus 2015 hebben wij nauwkeurig bestudeerd. Na bestudering van de verstrekte antwoorden blijkt dat u aan vrijwel géén van de door Inschrijvers geuite bezwaren tegemoet komt. Dat maakt dat wij, ook na het verschijnen van de eerste NvI, van mening zijn dat de aanbesteding sterk eenzijdig is ingericht en dat de door u gehanteerde systematiek een effectieve marktwerking in de weg staat. Kortom; wij zijn het niet eens met hetgeen door u in de aanbestedingsdocumenten en de eerste Nota van Inlichtingen is gesteld. Onze bezwaren hebben in ieder geval betrekking op de navolgende punten:

1. Wij sluiten ons aan bij het bezwaar zoals geuit onder vragen 144858, 144860 en 148876. Het gunningsmodel van onderhavige aanbesteding is zodanig ingericht dat 'opportunistisch' inschrijven wordt uitgelokt. Iedere inschrijver weet immers bij inschrijving al of er bij de beoordeling maximaal gescoord gaat worden. In een sterk concurrerende markt betekent dit dat (vrijwel) iedere Gegadigde zal gaan inschrijven met een maximale score, nu iedere Gegadigde zich van gunning wil verzekeren. Feitelijk verwordt onderhavige aanbesteding daarmee tot een loting, waarbij niet zozeer de beste prijs-kwaliteit verhouding, maar het lot bepaalt welke Gegadigden voor gunning in aanmerking komen. Deze situatie lijkt ons strijdig met de doelstellingen van het (Europese) aanbestedingsrecht. Gezien het aantal bezwaren dat hierover reeds is geuit, verzoeken wij u nogmaals om het gunningsmodel te herzien. Bent u hiertoe bereid?

2. Uit, onder meer, het antwoord op vraag 147169 blijkt dat KPI 5 - Medewerkerstevredenheid, van toepassing is op zowel eigen personeel als doorgeleende medewerkers. Dit bevreemdt ons nu een broker, in tegenstelling tot een softwarehuis, feitelijk veel minder sturing en invloed uit kan oefenen op (de tevredenheid van) de doorgeleende medewerkers en aldus ook niet direct beoordeeld kan worden op de KPI 'Tevredenheid' zoals door u gedefinieerd. Daarmee past deze KPI in onze beleving niet bij de aard van de brokerdienstverlening. Ons voorstel is dan ook om KPI 5 voor perceel B te laten vervallen. Hoe staat u hier tegenover?

3. In algemeenheid hebben wij bezwaren tegen uw boetesystematiek, nu deze zeer eenzijdig is ingericht. De systematiek ziet enkel toe op het 'straffen' van opdrachtnemers en voorziet niet in een beloning voor bovengemiddeld presterende leveranciers. Om de overeenkomst meer evenwichtig te maken is ons voorstel om bij bovengemiddeld presteren een van kracht zijnde of een toekomstige gele kaart weg te kunnen strepen. Hoe staat u hier tegenover?

4. Zoals blijkt uit uw antwoord op vraag 148821 is het mogelijk dat de opslag van opdrachtnemer negatief wordt en dat er dus feitelijk betalingen moeten worden verricht aan de Aanbestedende dienst voor het plaatsen van een kandidaat. Een dergelijke situatie kan de continuïteit van de onderneming in gevaar brengen en is daarmee niet proportioneel. Uw stelling dat deze negatieve opslag onderdeel uit maakt van het ondernemersrisico, is naar onze mening niet terecht. Opdrachtnemer is voor de toekenning van de boetes immers sterk afhankelijk van de beoordeling door (de individuele medewerkers van) de Deelnemende dienst en

daarmee niet direct beheersbaar. Om Opdrachtnemers te behoeden voor onnodige en niet proportionele financiële risico's, verzoeken wij u om de minimale opslag voor een kandidaat vast te stellen op € 0,- en negatieve opslagen uit te sluiten. Hoe staat u hier tegenover?

Antwoord: Ad 1. Aanbestedende dienst heeft kennis genomen van de in deze procedure geuite zorgen en bezwaren, maar heeft daarin geen aanleiding gezien het gunningsmodel te herzien. Vraagsteller haalt geen nieuwe argumenten aan die een aanvulling op de eerder gegeven antwoorden in de gerefereerde vragen vergen. T.a.v. de gesuggereerde strijdigheid met het aanbestedingsrecht van de toepassing van loting: zie de antwoorden 147425/147427. Wij gaan er van uit, dat een inschrijver in overweging neemt, dat een gegunde inschrijving waargemaakt zal moeten worden. Opdrachtnemers hebben er meer schade dan baat van als dat problemen zou opleveren.

Ad 2. U refereert aan KPI-5 Medewerkerstevredenheid. Wij zijn er bij de beantwoording van uit gegaan, dat u bedoeld heeft KPI-1 Medewerkerstevredenheid, en dat u met uw verwijzing naar tevredenheid van medewerkers, bedoeld heeft de tevredenheid over de medewerkers. Het bevreedt Aanbestedende dienst, dat de vraagsteller geen of minder sturing of input zou kunnen uitoefenen op de (prestaties van) de doorgeleende medewerkers. Aanbestedende dienst verwacht van opdrachtnemer, dat zijn preselectie leidt tot het steeds voorstellen van kwalitatief geschikte en competente kandidaten, die naar tevredenheid van de Deelnemende dienst de werkzaamheden kunnen uitvoeren. Ook bij uitvoering van de Nadere overeenkomst zou Opdrachtnemer er belang bij moeten hebben (ongeacht een eventuele sanctie) om waar nodig bij te sturen om een 'tevreden klant' te houden. Aanbestedende dienst handhaaft KPI-1.

Ad 3. Uw voorstel wordt niet overgenomen. Het kunnen wegstrepen van gele kaarten doet afbreuk aan het commitment van opdrachtnemers aan de zelf afgegeven normen voor KPI's. Aanbestedende dienst acht het niet wenselijk dat een partij een onderprestatie op een KPI wegstreept tegen een wellicht irrelevante overprestatie op een andere KPI. Het in algemene zin toevoegen van 'positieve prikkels' (ten opzichte van sancties) is door Aanbestedende dienst in ogenschouw genomen, maar de Aanbestedende dienst ziet hierin momenteel nog meer nadelen dan voordelen. De Aanbestedende dienst is hierbij overigens van mening dat een sanctie voor de ene Opdrachtnemer (bijvoorbeeld fictieve verhoging te beoordelen tarief) ook opgevat kan worden als een positief effect voor de andere Opdrachtnemer (die immers dan een tijdelijk voordeel geniet ten opzichte van de gesanctioneerde Opdrachtnemer). In de evaluatie van deze Aanbesteding en de voorbereiding van volgende procedures zal worden geëvalueerd of en zo ja in welke context uw voorstel kan worden gevolgd.

Ad 4. Aanbestedende dienst neemt uw voorstel niet over. Bij indiening van uw Inschrijving bent u zelf in de gelegenheid om voor uw onderneming een realistisch niveau van dienstverlening aan te bieden. Als er in de uitvoering al sprake zou zijn van disproportionaliteit, dan heeft u in uw Inschrijving blijkbaar een te hoge verwachting gekozen voor de door uw onderneming te leveren kwaliteit van dienstverlening en/of een te hoge AS€ ten opzichte van de MU€. Zowel de omvang van het mogelijke verlies, de oorzaken hiervan alsmede de mogelijkheden tot verbetering, zijn volledig of in zeer grote mate bepaald/te beïnvloeden door uzelf. Wanneer een partij zelf kiest voor(te) hoge prestatienormen die hij over een breed front niet kan waarmaken in combinatie met financiële normen die hem onaanvaardbare risico's opleveren, dan kan dat niet aan aanbestedende dienst verweten worden of disproportioneel worden genoemd. Ten aanzien van uw concrete vraag zie antwoord 154227.'

## **2. Beschrijving klacht**

### 2.1. Klachtonderdeel 1

De prestaties worden niet objectief vastgesteld, er wordt niet beoordeeld naar aanleiding van past performance.

### 2.2. Klachtonderdeel 2

Aangekondigde sancties op niet halen van KPI's zijn niet op alle potentiële opdrachtnemers gelijkmatig van toepassing.

### 2.3. Klachtonderdeel 3

Beklaagde zet art. 2.113 Aw 2012 buiten spel en stuurt zo aan op gunning middels loting zonder kwalitatieve toetsing van de inschrijvingen.

## **3. Onderbouwing klacht**

### 3.1. Klachtonderdeel 1

3.1.1. Als achtergrond van de beoordelingssystematiek geeft beklagde aan dat het van belang is om de prestaties van opdrachtnemers in het domein ICT Inhuur op een werkbare, zo objectief mogelijke wijze vast te stellen.

3.1.2. Klager is echter van oordeel dat van deze objectieve vaststelling voor het nemen van de gunningsbeslissing geen sprake kan zijn. Immers het is voor inschrijvers eenvoudig om bij de uitgevraagde KPI's de maximale score in te vullen. Beklaagde kan deze score pas verifiëren na de gunning. De aangekondigde sancties zullen dit niet voorkomen omdat deze niet voor iedere inschrijver gelijk zullen gelden en pas toegepast worden geruime tijd na de gunning van de Raamovereenkomst. Ter illustratie vindt de eerste vaststelling middels rapportage van KPI-1 pas twaalf maanden na de aanvang van de Raamovereenkomst plaats. Nieuwkomers voor de inhuurmantel hebben niets te verliezen en zullen gemakkelijker maximaal scoren om zo een voor hen nieuw marktaandeel te bemachtigen. De mate van sanctioneren achteraf heeft hier geen invloed op.

### 3.2. Klachtonderdeel 2

Voor KPI-1 en KPI-5 geldt dat deze een sanctie opleveren wanneer de KPI niet gehaald wordt. Deze KPI's worden niet gemeten wanneer het aantal ingezette medewerkers (KPI-1) of het aantal geraadpleegde leidinggevenden (KPI-5) lager is dan de daarvoor geldende drempelwaarde. Door het toepassen van de drempelwaarde worden partijen die minder dan vier medewerkers leveren niet beoordeeld op deze KPI's. Kleinere inschrijvers kunnen daarop anticiperen door hun prestatienormen op deze KPI's bij de inschrijving op de maximale waarde te zetten, immers in de praktijk kan de kans op een negatieve beoordeling nihil geacht worden. Evenzo geldt voor KPI-4 dat de kans op aan opdrachtnemer toe te rekenen uitval van medewerkers groter is naarmate de opdrachtnemer meer mensen ingezet heeft. Hierdoor ontstaat een ongelijk speelveld, te weten leveranciers die in de praktijk wel en leveranciers die in de praktijk niet op het behalen van de KPI's beoordeeld zullen worden.

### 3.3. Klachtonderdeel 3

- 3.3.1. De door beklagde geformuleerde KPI's en de percentages die inschrijvers daarop dienen aan te geven kunnen niet worden aangemerkt als transparante en objectieve normen, functionele eisen en eisen aan de prestatie zoals bedoeld in art. 2.113 van de Aw 2012. Inschrijvers worden verleid om maximale scores op te geven, vanwege gronden als hiervoor genoemd.
- 3.3.2. Klager geeft als voorbeeld de overwegingen van alle inschrijvers om bij KPI-4 een uitvalpercentage op te geven van 0% voor de maximale score van 10 punten. De kans om de KPI-4 niet te halen en een sanctie te krijgen, is groter naarmate het aantal ingezette medewerkers groter is. Dit is een stimulans voor kleinere aanbidders om 0% op te geven. Andere aanbidders zijn daardoor snel geneigd dit ook te doen als zij nog enige kans op een overeenkomst willen maken. Dit zal leiden tot een mogelijk groot aantal inschrijvers met een gelijke rangorde hetgeen tot gevolg heeft dat beklagde aan meer dan het gewenste aantal inschrijvers zou moeten gunnen. Vervolgens wordt dan middels loting bepaald aan welk van die inschrijvers de opdracht gegund zal worden. Omdat de gevraagde scores op de KPI's feitelijk niet meer dan een rekenkundige oefening oplevert, is de kans dat sprake zal zijn van loting zeer groot. Dat is in strijd met de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht die de keuzevrijheid van de aanbestedende dienst beperken tot de uitkomst van een transparant en objectief beoordelingsproces.

## 4. **Reactie beklagde**

- 4.1. Beklagde geeft allereerst aan dat de kluis van deze aanbesteding op TenderNed reeds is geopend en dat is gebleken dat klager, ondanks de nu kenbaar gemaakte klachten, een inschrijving heeft ingediend. Het Aanbestedingsdocument stipuleert in paragraaf 3.1., 3.11 en 3.23 de voorwaarde dat inschrijver zich door het indienen van een inschrijving akkoord verklaart met de in het Aanbestedingsdocument genoemde bepalingen en voorwaarden. Door tot inschrijving over te gaan heeft klager zich met het hierboven gestelde akkoord verklaard. Daartegenover wekt de nu bij de Commissie ingediende klacht de suggestie dat klager de in zijn ingediende inschrijving afgegeven schriftelijke akkoordverklaring zelf ter discussie stelt.
- 4.2. Inschrijvers wordt gevraagd om op het gunningscriterium "Kwaliteit" op vijf specifiek benoemde subcriteria (verder: KPI's) aan te geven welke dienstverlening zij leveren. Deze KPI's zijn binnen de in het Aanbestedingsdocument beschreven context zodanig gekozen dat zij een zinvolle en toetsbare betekenis geven aan de door inschrijver opgegeven kwaliteitsniveaus van de gevraagde dienstverlening. De in de inschrijving opgegeven KPI's zijn bindend. De door een opdrachtnemer geleverde dienstverlening zal worden vergeleken met de door hem in zijn inschrijving aangeboden KPI's: als bij uitvoering van de opdracht de feitelijk geleverde kwaliteit achterblijft bij de in de inschrijving toegezegde kwaliteit wordt de opdrachtnemer geconfronteerd met de vastgelegde sancties. Daarnaast wordt inschrijvers gevraagd drie financiële normen (subcriteria) te benoemen, die er in samenhang toe leiden dat het doorlopen van kandidaten beheersbaar en transparant wordt. Bij de ruimte voor inschrijvers om zelf de eigen op te geven, zijn bij iedere KPI toegestane grenswaarden voorgeschreven. Deze grenswaarden zijn aangebracht op grond van verschillende overwegingen:
- het benoemen van de minimaal vereiste kwaliteit van dienstverlening.
  - ter voorkoming, dat inschrijvers zichzelf in een periodiek terugkomende of structureel verlieslatende positie brengen.

- om te zorgen voor een proportionele, redelijke verhouding tussen de inschrijvingen en de gevraagde dienstverlening.

4.3. De gunningsmethodiek op basis van deze KPI's (inclusief de beschrijving van het KPI- en sanctiemodel) leidt er bij uitstek toe dat de beoordeling op een objectieve (voor subjectieve beoordeling is geen enkele ruimte) en transparante wijze tot stand komt: de definities van de KPI's, het monitoring model en de sancties bij afwijking liggen in het Aanbestedingsdocument vast; de inschrijver geeft in zijn inschrijving aan wat van hem zowel op kwalitatief als financieel gebied verwacht mag worden; de raamovereenkomst, de nadere overeenkomst en het programma van eisen geven daarbij aan wat in de uitvoering van de opdracht de wederzijdse rechten en plichten zullen zijn. Tevens is een bijlage (9b) aan het Aanbestedingsdocument toegevoegd waarin een uitgebreidere toelichting is verstrekt op de gunningsmethodiek en het hieraan gerelateerde sanctiemodel dat van toepassing wordt bij het sluiten van de raamovereenkomsten. De bijlage 17 geeft hiernaast inschrijvers inzicht in de scoretoekenning voor de diverse subgunningscriteria.

#### 4.4. Klachtonderdeel 1

4.4.1. In het Aanbestedingsdocument en in de Nota's van Inlichtingen is uitgebreid aandacht besteed aan het bindende karakter van de door inschrijver opgegeven KPI-waarden. Uit door inschrijvers gestelde vragen in de Nota's van Inlichtingen blijkt dat zij begrijpen dat hun inschrijving niet vrijblijvend is en dat zij de benoemde sancties als concreet en serieus ervaren. Een inschrijver dient een waarheidsgetrouwe inschrijving in te dienen waaraan hij wordt gehouden. Paragraaf 3.22 van het Aanbestedingsdocument vereist dit ook van de inschrijvers.

4.4.2. Het verschil in organisatie-omvang tussen de verschillende inschrijvers heeft geen relatie met het succes van opdrachtnemers om op basis van de minicompetities nadere overeenkomsten gegund te krijgen. Voor zover de stelling van klager zou opgaan dat grotere partijen beter zijn in het aanbieden van geschikte kandidaten, wordt dit effect teniet gedaan doordat alle opdrachtnemers personeel (in beginsel elke ICT'er in de markt) kunnen doorlenen, en doordat alle partijen worden gehouden aan een door hen opgegeven norm voor aanbiedingsbetrouwbaarheid. De omvang van de organisatie van inschrijver/opdrachtnemer is daarmee niet bepalend voor de vraag of de sancties zullen worden toegepast.

4.4.3. Klager wekt in de toelichting bij deze klacht de suggestie, dat beklagde zichzelf eraan gebonden heeft, (het waarheidsgehalte van) de door inschrijvers toegezegde prestaties voorafgaand aan de gunningsbeslissing objectief te toetsen en vast te stellen.

4.4.4. In de eerste Nota van Inlichtingen is over dit onderwerp het volgende gecommuniceerd:

*'Met de keuze voor het nu voorliggende gunningsmodel heeft Aanbestedende dienst bewust afgezien van vragen naar kwalitatieve beschrijvingen, waarvan de beoordeling en waardering een subjectief element in zich kunnen dragen, en waaromtrent het voorspellend karakter voor de uitvoering voor discussie vatbaar is.*

*Het voorliggende gunningsmodel is gestoeld op een alternatieve wijze van prestatiegericht inkopen, waarbij met name van inschrijvers gevraagd wordt aan te geven welke prestaties (WAT) de Aanbestedende dienst van inschrijvers kan verwachten en niet/nauwelijks meer aandacht geschonken wordt aan de wijze waarop (HOE) inschrijver deze prestaties wil realiseren.*

*De nu gekozen KPI's maken de door opdrachtnemers te leveren dienstverlening meetbaar en transparant. Deze functionele set van KPI's geeft de Aanbestedende*

*dienst de mogelijkheid de door inschrijvers beloofde prestaties te beoordelen in de aanbesteding en vervolgens - na gunning - tijdens de contractmanagementfase de mogelijkheid om de daadwerkelijke prestaties van opdrachtnemers te monitoren en af te zetten tegen de gedane beloftes.*

*Zowel het gunningsmodel als de wijze van toekomstig prestatie management zijn volledig transparant en objectief; iedere inschrijver weet vooraf wat zijn scores kunnen worden en waarop hij afgerekend kan worden.*

*Het 'toetsen' van beloftes is naar de mening van Aanbestedende dienst ongewenst; inschrijvers doen immers beloftes voor toekomstige prestaties.*

*Bij een vergelijking met door inschrijver reeds gerealiseerde prestaties blijft discutabel in hoeverre deze prestaties (rekenkundig en kwalitatief) vergelijkbaar en controleerbaar zijn. Het eventueel toepassen van deze toetsing zou het gunningsmodel aanbesteding-technisch discutabel maken.*

*Aanbestedende dienst verwacht dat het in de raamovereenkomst verwerkte sanctiemodel, alsmede de mate van concurrentie binnen de raamovereenkomsten, in het algemeen zal leiden tot het aanbrengen van 'scherpte' in de dienstverlening door opdrachtnemers.*

*Met het gekozen aantal raamovereenkomsten kan de Aanbestedende dienst zich veroorloven om een of enkele opdrachtnemers gedurende de looptijd van de raamovereenkomst af te zien vallen.'*

- 4.4.5. Klager kan niet worden gevolgd, voor zover zij beoogt dat aard en omvang van de opdracht door het gehanteerde gunningsmodel objectief gezien als onvoldoende bepaalbaar moet worden geacht. De in het Aanbestedingsdocument gegeven omschrijving van opdracht, opdrachtvolumes, organisatievraag, perceelindeling en gehanteerde methodiek van KPI's, monitoring en sancties geven een voldoende objectieve bepaalbaarheid van de prestaties waarop inschrijvers hun inschrijving moeten indienen. Deze inschrijvingen worden vervolgens door aanbestedende dienst beoordeeld op de wijze zoals die in hoofdstuk 2 van het Aanbestedingsdocument is beschreven. Bij iedere aanbesteding – ongeacht hoe die wordt ingestoken – kan pas na contractering, tijdens de uitvoering van de opdracht, worden geconstateerd of opdrachtnemer (winnende inschrijver) zijn inschrijving in de praktijk ook daadwerkelijk gestand doet.
  - 4.4.6. In zijn algemeenheid – en ook voor deze aanbesteding – geldt dat iedere inschrijver op eigen gronden afweegt om al dan niet in te schrijven op een aanbesteding en om te bepalen hoe zijn inschrijving eruit ziet. Beklaagde ziet niet in waarom nieuwkomers in deze aanbesteding zouden worden bevoordeeld.
  - 4.4.7. Klager wijst er overigens in dit klachtonderdeel voor het eerst op dat 'niet beoordeeld wordt naar aanleiding van past performance.' Ten eerste is 'past performance' onder de huidige Aanbestedingswet geen toegestaan instrument. Daarnaast geldt, zoals ook in de eerste Nota's van Inlichtingen is gecommuniceerd, dat het "toetsen" van beloftes ongewenst is; inschrijvers doen immers beloftes voor toekomstige prestaties. Bij een vergelijking met door inschrijver reeds gerealiseerde prestaties blijft discutabel in hoeverre deze prestaties (rekenkundig en kwalitatief) vergelijkbaar en controleerbaar zijn. Het eventueel toepassen van deze toetsing zou het gunningsmodel aanbestedingstechnisch discutabel maken.
- 4.5. Klachtonderdeel 2
- 4.5.1. Afhankelijk van de door Inschrijvers zelf opgegeven KPI "aanbiedingsbetrouwbaarheid", heeft iedere opdrachtnemer steeds de verplichting om kandidaten aan te bieden. Iedere opdrachtnemer heeft daarmee hetzelfde risicoprofiel ten opzichte van de KPI's. Het verschil in omvang tussen de verschillende opdrachtnemers hoeft geen enkele relatie te vertonen met – en heeft geen voorspellende



waarde als het gaat om – het succes in het voorstellen van kandidaten en het op opdracht geplaatst krijgen van tijdelijke medewerkers.

- 4.5.2. De getalsmatige ondergrens voor de bedoelde KPI's is opgenomen om te voorkomen dat sancties worden opgelegd op basis van incidenten. Deze alleszins redelijke bescherming van opdrachtnemer staat zoals aangegeven volledig los van de omvang van opdrachtnemer. Overigens wordt bij iedere aanbesteding de schaalgrootte van het KPI-model aangepast op basis van het financiële volume van de opdracht. Dit verklaart waarom er in de andere twee soortgelijke aanbestedingen een andere KPI-schaal wordt gehanteerd dan in de onderhavige.
- 4.5.3. Ten slotte mag niet onbenoemd blijven, dat het KPI-sanctiemodel een regie-instrument is voor de opdrachtgever, en bij de uitvoering van raam- en nadere overeenkomsten niet het enige sanctie-instrumentarium. De Rijksdienst ten behoeve waarvan beklagde deze aanbestedingsprocedure uitvoert beschikt primair over de directe sanctie dat de nadere overeenkomst met de tijdelijke medewerker terstond beëindigd kan worden, als de geleverde prestaties niet voldoen aan de daaraan gestelde eisen. Deze sanctie bestaat feitelijk vanaf dag één van de inzet.
- 4.5.4. Over de omvang van opdrachtnemers en het (volgens klager) ongelijke speelveld dat daarmee ontstaat, merkt beklagde nog het volgende op: Beklaagde ziet een onderscheid in (1) de omvang van de opdrachtnemers, en (2) het aantal opdrachten dat aan verschillende opdrachtnemers kan worden gegund. Op voorhand is niet gezegd dat de grotere opdrachtnemers per definitie meer medewerkers zullen leveren. Waar gegund wordt op de kwaliteit van de aangeboden medewerkers is de kans evenzeer aanwezig, dat "kleinere" opdrachtnemers bovengemiddeld veel medewerkers gaan leveren.
- 4.5.5. Beklaagde vertrouwt op de kwaliteit van de aangeboden medewerkers en de marktwerking bij de nadere offerteaanvragen. Een gelijk speelveld is al aanwezig en behoeft zoals klager stelt niet gerealiseerd te worden. Beklaagde wil voorkomen dat een sanctie aan een opdrachtnemer moet worden toegekend (in het geval van de KPI's over tevredenheid) op basis van een te laag aantal metingen, die door het casuïstische karakter een vertekend beeld kunnen geven. Om dit te voorkomen heeft beklagde bij de eisen K.20 en K.48 een aantal voorwaarden bepaald waaraan voldaan moet worden voordat de sanctie op deze betreffende KPI's (KPI-1 en KPI-5) van kracht kan zijn. Deze voorwaarden zijn gelijk voor alle opdrachtnemers en zijn in dat opzicht niet discriminerend.

#### 4.6. Klachtonderdeel 3

- 4.6.1. Het door klager aangehaalde art. 2.113 Aw 2012 ziet op de verplichting dat een aanbestedende dienst zich bij de beoordeling van de ontvangen inschrijvingen strikt houdt aan de door hemzelf in de aanbestedingsdocumenten gestelde normen en eisen. De bepaling is niet bedoeld als referentiekader om te bepalen wat al dan niet als transparante en objectieve norm, functionele eis of prestatie-eis zou moeten worden beschouwd. In de motivering van klager wordt op dit onderdeel geen enkel argument aangedragen dat ondersteunend is aan zijn geponeerde stelling.
- 4.6.2. Beklaagde kan deze klacht dan ook niet plaatsen. De klacht is ingediend vóór de sluitingstermijn voor het indienen van de inschrijvingen. Dus nog voordat de inschrijvingen zijn geopend, laat staan beoordeeld. Klager kan in deze fase dus helemaal niet beoordelen c.q. concluderen dat de toetsing van de inschrijvingen niet conform artikel 2.113 Aw heeft plaatsgevonden/plaatsvindt.

- 4.6.3. Zoals eerder gesteld: de in het Aanbestedingsdocument gegeven omschrijving van de opdracht, opdrachtvolumes, organisatievraag, perceelindeling en gehanteerde methodiek van KPI's, monitoring en sancties geven een voldoende objectieve bepaalbaarheid van de prestaties waarop inschrijvers hun inschrijving konden indienen. Daarnaast hebben de rondom deze opdracht in het Aanbestedingsdocument gestelde eisen en wensen, normen, functionele- en prestatie-eisen, een directe relatie met – en staan in redelijke verhouding tot – (de omvang van) de omschreven opdracht. De inschrijvingen zullen worden getoetst conform artikel 2.113 Aw 2012. Voor de wijze waarop deze toetsing zal plaatsvinden wordt verwezen naar hoofdstuk 2 van het Aanbestedingsdocument waarin de beoordelings- en gunningsprocedure duidelijk is beschreven.
- 4.6.4. Iedere inschrijver heeft een eigen, zelfstandige verantwoordelijkheid in het indienen van een concurrerende, realistische en waarheidsgetrouwe en verantwoorde inschrijving. Van een redelijk geïnformeerd en redelijk deskundig inschrijver mag verwacht worden dat hij een reële inschatting kan maken van de concurrentie die hij op enig acquisitietraject tegemoet kan zien. Er wordt dus niet ingezien waarom inschrijvers 'onder druk van de kleinere inschrijver' de maximale score zullen invullen.
- 4.6.5. Er wordt niet aangestuurd op een loting zonder kwalitatieve toetsing van de inschrijvingen. Om te beginnen ingaande op het aspect 'zonder kwalitatieve toetsing van de inschrijvingen' kan klager in dit stadium (het moment van indienen van de klacht) niet concluderen dat geen toetsing van de inschrijvingen zal uitvoeren conform art. 2.113 Aw 2012. Als klager met deze stelling beoogt te beweren dat "kwaliteit" niet in de aanbesteding wordt meegenomen, dan wordt dat met klem weerlegd. Dat kwaliteit een wezenlijke rol speelt, blijkt uit de volgende feiten:
- gunning vindt plaats op basis van EMVI waarbij het criterium kwaliteit zwaar meeweegt: in perceel A wordt kwaliteit voor 80% meegewogen in de beoordeling, in perceel B voor 70% (zie paragraaf 6.3 ("Toekenningsmethodiek") van het Aanbestedingsdocument);
  - er wordt met kwalitatieve ondergrenzen gewerkt: inschrijvingen die bij de beantwoording van de kwalitatieve wensen niet voldoen aan bepaalde percentages, zullen in de beoordeling conform de paragrafen 3.15 en 6.3 van het Aanbestedingsdocument als ongeldig terzijde worden gelegd;
  - uit de eisen die aan de dienstverlening worden gesteld, blijkt duidelijk dat er een goede kwalitatieve dienstverlening wordt geëist (zie hoofdstuk 5 "Programma van eisen" en met name bijlage 9 van het Aanbestedingsdocument).
- 4.6.6. Klager meent blijkbaar op voorhand te kunnen opmaken dat na afronding van de beoordeling te veel inschrijvers voor gunning in aanmerking komen, met loting tot gevolg. De onderbouwing die klager hierbij geeft is matig en staft zijn stelling niet. Allereerst zij opgemerkt dat niet de intentie bestaat om te gunnen op basis van loting. Ten tweede stuurt de wijze waarop de aanbesteding is ingericht ook niet op loting aan. Gunning vindt plaats op basis van EMVI. Het criterium "kwaliteit" bestaat uit vijf subcriteria waarvoor punten kunnen worden gehaald, het criterium "prijs" bestaat uit drie subcriteria waarvoor punten kunnen worden gehaald. In totaal zijn er dus acht subcriteria waarop punten kunnen worden gehaald: dus acht onderdelen waarop de inschrijvingen zich van elkaar kunnen onderscheiden.
- 4.6.7. De aanbesteding is dusdanig ingericht dat mededinging daadwerkelijk wordt bereikt. Inschrijvers kunnen gissen (het voorbeeld van klager is niet meer dan een veronderstelling) maar kunnen niet weten wat andere inschrijvers zullen offeren. Net zoals beklagde dat niet kan weten. Er is voldoende mate van onvoorspel-

baarheid over de uitkomst van de beoordeling aanwezig. En zelfs in de situatie dat twee of meer inschrijvers op een gelijke definitieve eindscore uitkomen, bevat het Aanbestedingsdocument nog een extra stap. Dan wordt bij die inschrijvers gekeken wie op het criterium kwaliteit de hoogste score heeft gehaald. Pas als daarna nog blijkt dat de rangorde tot gevolg heeft dat aan meer dan het gewenste aantal inschrijvers zou moeten worden gegund, zal tot loting worden overgegaan (zie paragraaf 2.1.4 van het Aanbestedingsdocument). Dit systeem is een veel toegepaste vorm in aanbestedingsland.

- 4.6.8. Klager geeft in de toelichting bij haar klacht aan dat de geformuleerde KPI's en de percentages die inschrijvers daarop dienen af te geven niet transparant en objectief zijn. Vervolgens stelt klager wel dat de gevraagde scores op de KPI's feitelijk niet meer dan een rekenkundige oefening opleveren. Deze beweringen naast elkaar leggend, kunnen niet worden gevolgd. Als de KPI's in de ogen van klager niet meer zijn dan een rekenkundige oefening, dan kan klager toch niet volhouden dat de KPI's en percentages niet transparant en objectief zijn.
- 4.6.9. Inhoudelijk zijn de KPI's naar het oordeel van beklagde duidelijk omschreven en niet voor meerdere uitleg vatbaar. Hetzelfde geldt voor de daarbij behorende scores. Omdat klager verder niet duidelijk stelt waar hij precies op doelt met de stelling dat de KPI's en percentages niet transparant en niet objectief zijn, kan beklagde hier niet inhoudelijk nader op ingaan.
- 4.6.10. Met de nu gehanteerde handelwijze van (1) een concrete opdrachtingsomschrijving, met inbegrip van eisen en wensen, (2) een objectief en transparant beoordelingskader, (3) een gepubliceerd gunningsmodel en dus een controleerbare puntentoekenning, heeft beklagde iedere vorm van favoritisme of willekeur tegenover welke inschrijver dan ook volledig uitgesloten en transparant gehandeld.

## **5. Beoordeling**

- 5.1. De Commissie stelt voorop dat beklagde een Europese openbare aanbesteding heeft gehouden. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en 2 Aw 2012; Gids Proportionaliteit.
- 5.2. De Commissie heeft allereerst nota genomen van de stelling van beklagde dat klager door het indienen van een inschrijving zich volledig akkoord heeft verklaard met de in het Aanbestedingsdocument genoemde bepalingen en voorwaarden en dat klager door het indienen van een klacht de suggestie zou wekken die akkoordverklaring nu zelf ter discussie te stellen (zie 4.1 hiervoor). De Commissie overweegt met betrekking tot die stelling van beklagde het volgende.
  - 5.2.1. De Commissie vermag niet in te zien welke consequenties beklagde in het kader van de onderhavige klachtprocedure aan haar stelling verbindt. Voor zover beklagde met haar stelling betoogt dat de Commissie de klacht niet in behandeling zou kunnen nemen, kan de Commissie beklagde daarin niet volgen. Nog afgezien van het feit dat beklagde in paragraaf 3.13 van het Aanbestedingsdocument de mogelijkheid tot het indienen van een klacht bij de Commissie en het aanhangig maken van een geschil bij de bevoegde rechter – ten overvloede – zelf heeft bevestigd, vindt de stelling dat een inschrijver een klacht of een geschil met betrekking tot een aanbestedingsprocedure niet (meer) aan de Commissie respectievelijk een rechter zou kunnen voorleggen, wanneer die inschrijver in het kader van die procedure een inschrijving heeft ingediend en zich daarmee akkoord heeft verklaard met de voor die procedure geldende voorwaarden, ook overigens geen steun in het recht.

5.2.2. De Commissie vermag evenmin in te zien welke consequenties beklaagde in het kader van de onderhavige aanbestedingsprocedure aan haar stelling verbindt. Voor zover beklaagde met haar stelling aan de Commissie de vraag voorlegt of zij klager – dan wel iedere andere inschrijver die zich met de voorwaarden in de aanbestedingsstukken akkoord heeft verklaard en vervolgens een klacht indient bij de Commissie of een geschil aanhangig maakt bij de bevoegde rechter – van verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure mag uitsluiten, dient die vraag naar het oordeel van de Commissie ontkennend te worden beantwoord. Nog afgezien van het feit dat de aanbestedingsstukken geen enkel aanknopingspunt voor een bevestigende beantwoording van die vraag bieden, zou het in de aanbestedingsstukken creëren van een dergelijke mogelijkheid tot uitsluiting ook overigens in strijd zijn met het recht.

### 5.3. Klachtonderdeel 1

5.3.1. Op beklaagde rust de verplichting de eisen en gunningscriteria in de aanbestedingsstukken en nota's van inlichtingen op zodanige wijze te formuleren dat iedere redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver deze op dezelfde wijze zal interpreteren. Daarnaast rust op beklaagde de verplichting nauwgezet de door haarzelf vastgestelde criteria in acht te nemen, niet alleen tijdens de aanbestedingsprocedure als zodanig, waarin de offertes worden beoordeeld en de opdrachtnemer wordt gekozen, maar meer in het algemeen tot aan het einde van de fase van uitvoering van de gegunde opdracht. De Commissie zal bij dit klachtonderdeel toetsen of beklaagde aan beide verplichtingen heeft, respectievelijk zal gaan voldoen.

5.3.2. Beklaagde heeft een gunningsmodel opgesteld waarin alle criteria zijn gebaseerd op begrippen die gedefinieerd zijn als eindimensionale variabelen die meetbaar zijn op een gewone rekenkundige intervalschaal. De door de inschrijvers behaalde scores worden berekend met wiskundige formules die duidelijk worden beschreven en die op volstrekt eenduidige wijze tot een totaalscore leiden die de rangorde bepaalt. Het model is volkomen objectief en kent dus geen enkele beoordelingsvrijheid. Het model kan ook slechts op één manier geïnterpreteerd worden, zodat iedere redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver dit model zeker op dezelfde wijze zal interpreteren. De Commissie is van oordeel dat beklaagde daarmee heeft voldaan aan de eerste in 5.3.1 genoemde verplichting.

5.3.3. Voor de verdere behandeling van dit klachtonderdeel interpreteert de Commissie het onderdeel als volgt. Het gunningsmodel maakt het volgens klager aantrekkelijk om een irreële inschrijving te doen, juist doordat het gemakkelijk is overall waarden in te vullen die de maximale score opleveren. Sommige inschrijvers zullen van die mogelijkheid misbruik maken, ten nadele van een inschrijver die reële – dat wil zeggen in de praktijk realiseerbare – waarden invult.

5.3.4. Het is bekend dat het bij aanbestedingen als de onderhavige inderdaad soms voorkomt dat inschrijvers mogelijk irreële inschrijvingen doen, dat wil zeggen: inschrijvingen waarin een prestatie wordt aangeboden die niet zal kunnen worden nagekomen of waarin onjuiste (al dan niet toekomstige) feiten worden vermeld. In de casus die speelde in de zaak Rb. Den Haag (vzr.) 10 september 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BN6416 werd door de eiseres bijvoorbeeld gesteld dat enkele andere inschrijvers bij het gunningscriterium leveringbetrouwbaarheid hadden opgegeven vele tienduizenden ICT-specialisten in dienst te hebben respectievelijk te kunnen doorleveren. De voorzieningenrechter oordeelde dat die inschrijvers hadden ingeschreven met irreëel hoge aantallen ICT-specialisten, maar in appel werd dit oordeel vernietigd (zie Hof Den Haag 18 januari 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BP1258). In r.o. 9 overweegt het Hof:

'Atos Origin en ABC, die bij wens-1.2 en wens-6 in totaal 108.255, respectievelijk 79.270 ICT-specialisten hebben aangeboden, zijn daarbij opnieuw als eerste en tweede geëindigd.'

En in r.o. 18 overweegt het Hof:

'Verificatie van de inschrijving aan de hand van een eigen verklaring of opgave is in het aanbestedingsrecht ongebruikelijk noch verboden (vergelijk: artikel 49 BAO) en de Staat mag er voorts van uitgaan dat inschrijvers naar waarheid verklaren en voor de (juistheid van) door hen verstrekte gegevens instaan.'

- 5.3.5. De Commissie is van oordeel dat wanneer in de markt partijen opereren die, zo niet over vele tienduizenden, dan in ieder geval toch wel over duizenden ICT-specialisten kunnen beschikken, het denkbaar is dat die partijen bij de door beklagde gevraagde Aanbiedingsbetrouwbaarheid AB% (KPI-2) het maximale percentage van 98% kunnen aanbieden zonder een irreële aanbieding te doen. Het gaat immers om ca. 120 aanvragen voor een ICT-specialist per jaar (zie 1.3 hiervoor).
- 5.3.6. Uit de in het Aanbestedingsdocument opgenomen geschiktheidseisen met betrekking tot de technische bekwaamheid blijkt dat een inschrijver ervaring moet hebben met het uitlenen van minimaal zes personen voor inhuuropdrachten op ICT gebied (zie 1.6 hiervoor). Denkbaar is dus – en dat lijkt te volgen uit de stelling van klager – dat kleine ondernemingen niet in staat zullen zijn een maximale aanbiedingsbetrouwbaarheid van 98% na te komen, maar toch die maximale waarde zouden kunnen bieden in hun inschrijving. Op zich is dus de vrees dat dit zal gebeuren en hierdoor de markt verstoord raakt, gerechtvaardigd en zou klager er op moeten kunnen vertrouwen dat beklagde maatregelen heeft genomen om dergelijk irreëel biedgedrag tegen te gaan.
- 5.3.7. Die maatregelen bestaan uit enerzijds een procedure van verificatie van de inschrijving, zoals beschreven in paragraaf 3.27 van het Aanbestedingsdocument (zie 1.5 hiervoor) en anderzijds uit sancties die worden getroffen wanneer tijdens de uitvoering van de opdracht de geboden Aanbiedingsbetrouwbaarheid AB% niet wordt gerealiseerd. Daarbij moet bedacht worden, zoals ook beklagde in haar reactie aanvoert (zie 4.5.3 hiervoor), dat naast de in het Aanbestedingsdocument voorziene sancties ook de gebruikelijke contractuele remedies, zoals een vordering tot nakoming of ontbinding, tot de sanctiemogelijkheden behoren. Of die sancties voldoende effectief zullen zijn, zal in de praktijk moeten blijken, maar kan niet a priori in het kader van deze klachtprocedure worden vastgesteld. Voor de beoordeling van het klachtonderdeel is het voldoende dat uit de aanbestedingsstukken en de nota's van inlichtingen blijkt dat beklagde serieus het voornemen heeft om er op toe te zien dat inschrijvers de door hen in hun inschrijving gedane toezeggingen nakomen. Uit het Aanbestedingsdocument en de reactie van beklagde blijkt dat dit in casu het geval is.
- 5.3.8. Voor de gunningscriteria "Tevredenheid over de ingezette medewerkers" (KPI-1), "Uitvalpercentage incidenten" (KPI-4), "Tevredenheid over dienstverlening opdrachtnemer" (KPI-5) en "Aanvullend Percentage Social Return" (KPI-7) geldt mutatis mutandis hetzelfde als voor "Aanbiedingsbetrouwbaarheid" (KPI-2).
- 5.3.9. De stelling van klager dat de hiervoor besproken gunningscriteria niet zien op prestaties uit het verleden is weliswaar juist, maar daarmee heeft beklagde niet gehandeld in strijd met enige aanbestedingsrechtelijke verplichting, integendeel. Een fundamentele regel van het aanbestedingsrecht is immers dat de gunnings-

criteria verband moeten houden met het voorwerp van de opdracht, dus met toekomstige prestaties.

5.3.10. Het eerste klachtonderdeel is derhalve ongegrond.

#### 5.4. Klachtonderdeel 2

5.4.1. In art. 1.8 Aw 2012 is bepaald dat een aanbestedende dienst ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze dient te behandelen. De bij dit klachtonderdeel te beantwoorden vraag is of beklagde aan deze verplichting heeft voldaan.

5.4.2. Klager voert terecht aan dat beneden bepaalde ondergrenzen de sancties die beschreven zijn bij gunningscriteria KPI-1 en KPI-5 niet zullen worden toegepast. De Commissie volgt in dezen echter het verweer van beklagde dat hiermee wordt voorkomen dat sancties automatisch worden opgelegd op basis van incidenten. Pas bij grotere aantallen tekortkomingen kan worden vastgesteld dat er sprake is van systematisch tekortschieten. Beklaagde heeft aangegeven dat beneden de drempelwaarden wordt teruggevallen op de gewone contractuele remedies, zodat ook kleinere opdrachtnemers wel degelijk conform de door hen aangeboden waarden zullen moeten presteren, willen zij niet geconfronteerd worden met een beëindiging van hun contract.

5.4.3. Er is – anders dan klager stelt – geen sprake van een ongelijke behandeling, aangezien gelijke gevallen in gelijke situaties door beklagde op dezelfde manier zullen worden behandeld. Dat zou anders zijn wanneer opdrachtnemers beneden de drempelwaarden volledig vrij spel zouden hebben en naar believen hun gang zouden kunnen gaan. Daarvan is echter geen sprake en de Commissie ziet niet in waarom kleine ondernemingen de nakoming van hun verplichtingen minder serieus zouden opvatten dan grote ondernemingen.

5.4.4. Het tweede klachtonderdeel is derhalve ongegrond.

#### 5.5. Klachtonderdeel 3

5.5.1. De Commissie begrijpt het derde klachtonderdeel aldus, dat klager daarmee twee verwijten aan beklagde maakt.

5.5.2. In de eerste plaats stelt klager dat beklagde in strijd zou handelen met art. 2.113 Aw 2012: de door beklagde geformuleerde KPI's en de percentages die inschrijvers daarop dienen aan te geven, kunnen volgens klager niet worden aangemerkt als transparante en objectieve normen, functionele eisen en eisen aan de prestatie zoals bedoeld in het genoemde artikel.

5.5.3. Anders dan klager stelt, is de Commissie van oordeel – zie 5.3.2 hiervoor – dat beklagde wel degelijk transparante en objectieve normen, functionele eisen en eisen aan de prestatie in de aanbestedingsstukken heeft gesteld, zoals bedoeld in art. 2.113 Aw 2012. In zoverre is het klachtonderdeel dan ook ongegrond.

5.5.4. In de tweede plaats stelt klager dat beklagde met de door haar geformuleerde KPI's aanstuurt op gunning van de opdracht middels loting zonder kwalitatieve toetsing van de inschrijvingen. De inschrijvers worden volgens klager verleid om maximale scores op te geven, hetgeen zal leiden tot een mogelijk groot aantal inschrijvers met een gelijke rangorde. Dat heeft tot gevolg dat beklagde aan meer dan het gewenste aantal inschrijvers zou moeten gunnen, zodat ten slotte door middel van loting zal moeten worden bepaald aan welk van die inschrijvers de opdracht gegund zal worden. Dat laatste is volgens klager in strijd met de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht die de keuzevrijheid van de aan-

bestedende dienst beperken tot de uitkomst van een transparant en objectief beoordelingsproces. De Commissie beoordeelt dit deel van het klachtonderdeel als volgt.

- 5.5.5. Vooropgesteld moet worden dat beklagde – anders dan klager stelt – voorafgaande aan de gunning van de opdracht wel degelijk een kwalitatieve beoordeling van de inschrijvingen zal uitvoeren. Wat klager met het onderdeel in de kern echter betoogt, is dat er een reële kans bestaat dat beklagde haar gunningsbeslissing – gelet op het bepaalde in paragraaf 2.1.4 *in fine* van het Aanbestedingsdocument – niet zal baseren op een vergelijkende beoordeling van de inschrijvingen, maar op de uitkomst van een loting.
- 5.5.6. Uitgaande van die lezing van het klachtonderdeel dient er allereerst op te worden gewezen dat schaarse rechten – zoals het recht om tegen betaling een overheidsopdracht uit te voeren – door middel van verschillende procedures kunnen worden verdeeld. Elk van die procedures worden gekenmerkt door een of meer verdelingscriteria op basis waarvan wordt bepaald wie wel en wie niet in aanmerking komt voor verlening van het betreffende recht. In dit verband worden de volgende verdelingsprocedures onderscheiden: de vergelijkende toets, de verdeling op volgorde van binnenkomst van de aanvragen of inschrijvingen, de loting en de veiling (vergelijk ook C.J. Wolswinkel, *Verdelingsprocedures: een zoektocht naar een zinvol onderscheid*, in: F.J. van Ommeren, W. Den Ouden en C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2011, p. 177; C.J. Wolswinkel, *De verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten*. Op zoek naar algemene regels van verdelingsrecht, diss. VU Amsterdam, Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2013, p. 150 e.v.).
- 5.5.7. Anders dan klager betoogt, is het naar het oordeel van de Commissie niet zo dat in de context van de aanbesteding van overheidsopdrachten de keuze voor een verdelingscriterium dat is gebaseerd op een andere procedure dan de vergelijkende toets – zoals bijvoorbeeld de procedure van loting – in strijd zou zijn met de beginselen van aanbestedingsrecht (anders: Rb. Den Haag (vzr.) 3 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:20438 t/m 10442, r.o. 5.4). Ook de lotingprocedure is immers een procedure die – mits deugdelijk ontworpen en uitgevoerd – recht doet aan die beginselen.
- 5.5.8. In dit verband kan verder worden opgemerkt dat een aanbestedende dienst in een aantal gevallen ook overigens de bevoegdheid heeft om zelf te bepalen aan de hand van welke procedure en met behulp van welk verdelingscriterium hij de winnende inschrijving kiest, vooropgesteld dat hij dat dan doet in overeenstemming met de beginselen van aanbestedingsrecht. Te denken valt aan art. 76 van de nieuwe Richtlijn 2014/24/EU, waarin met betrekking tot de aanbesteding van sociale diensten en andere specifieke diensten is geregeld dat de lidstaten kunnen bepalen dat de keuze van de dienstenaanbieder geschiedt op basis van de beste prijs-kwaliteitsverhouding. Voorts valt te denken aan de wettelijke regeling van de nationale en de meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedures in de afdelingen 1.2.3 respectievelijk 1.2.4 Aw 2012. Deze laatste regelingen bepalen weliswaar dat een aanbestedende dienst de beginselen van aanbestedingsrecht in acht moeten nemen, maar laten de aanbestedende dienst verder vrij in de keuze van het toe te passen gunningscriterium. Bij die keuze moet hij vervolgens niet alleen de beginselen van aanbestedingsrecht in acht nemen, maar ook het bepaalde in afdeling 1.2.1 van de Aw 2012, in het bijzonder art. 1.4 Aw 2012 (zo ook: Rb. Den Haag (vzr.) 3 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:20438 t/m 10442, r.o. 5.4).
- 5.5.9. In het geval echter dat sprake is van een Europese aanbesteding van een reguliere overheidsopdracht onder de werkingssfeer van Deel 2 van de Aw 2012, zo-

als in het onderhavige geval, is de keuzevrijheid van een aanbestedende dienst verder aan banden gelegd. In een dergelijk geval moet een aanbestedende dienst op grond van art. 2.114 en 2.115 Aw 2012 immers een vergelijkende toets uitvoeren. Dat blijkt nadrukkelijk ook uit overweging 90 van Richtlijn 2014/24/EU, waarin onder andere is bepaald:

‘Uitdrukkelijk moet worden bepaald dat bij het vaststellen van de economisch meest voordelige inschrijving de beste prijs-kwaliteitsverhouding bepalend is; deze moet altijd een prijs- of kostenelement bepalen.’

5.5.10. Het voorgaande blijkt ook uit overweging 92 van Richtlijn 2014/24/EU, waarin onder andere is bepaald:

‘Met het oog op het beoordelen van de beste prijs-kwaliteitsverhouding moet de aanbestedende dienst bepalen welke economische en kwalitatieve criteria in verband met het voorwerp van het contract hij zal aanleggen. Deze criteria moeten dus een vergelijkende beoordeling van het prestatieniveau van iedere inschrijving mogelijk maken met betrekking tot het voorwerp van de opdracht, zoals omschreven in de technische specificaties.’

5.5.11. Tot slot dient nog te worden gewezen op hetgeen in overweging 93 *in fine* van Richtlijn 2014/24/EU is bepaald:

‘Gelet op de talrijke mogelijkheden om de prijs-kwaliteitsverhouding te beoordelen aan de hand van essentiële criteria, moet loting als enig middel voor de gunning van de opdracht worden vermeden.’

Deze overweging lijkt te impliceren dat loting als methode om tot gunning van de opdracht te komen is toegestaan als onderdeel van een meeromvattende vergelijkende toets. Opgemerkt dient echter te worden dat de geciteerde overweging betrekking heeft op het bijzondere geval dat de beloning voor bepaalde diensten of de prijzen voor bepaalde leveringen in nationale wet- en regelgeving zijn vastgesteld (zie ook art. 53 lid 1 Richtlijn 2004/18/EG en overweging 92 *in fine* en art. 67 lid 1 Richtlijn 2014/24/EU). Van een dergelijk bijzonder geval is in de onderhavige aanbesteding naar het oordeel van de Commissie echter geen sprake.

5.5.12. Het voorgaande betekent dat beklagde met het bepaalde in paragraaf 2.1.4 *in fine* van het Aanbestedingsdocument heeft gehandeld in strijd met haar verplichting op grond van art. 2.114 en 2.115 Aw 2012 door te voorzien in een bepaling die het mogelijk maakt haar gunningsbeslissing te baseren op de uitkomst van een loting.

5.5.13. Het voorgaande betekent dat het klachtonderdeel in zoverre gegrond is.

5.5.14. De Commissie overweegt ten overvloede nog het volgende. De stelling van klager dat veel inschrijvers ervoor zullen kiezen om de maximale – in hun geval mogelijk zelfs irreële – waarden te bieden voor de gunningscriteria KPI-1, KPI-2, KPI-4, KPI-5 en KPI-7 is uiteraard op voorhand niet te controleren. De Commissie acht het echter bepaald niet uitgesloten dat dit gebeurt, gelet op de samenstelling van de markt die relevant is voor de openbare aanbesteding van een opdracht als de onderhavige, waarop veel grote en kleine ondernemingen zouden kunnen inschrijven. Aldus zou het kunnen gebeuren dat bij de gestelde gunningscriteria diverse inschrijvers dezelfde, maximale, score behalen.



## 6. Advies

De Commissie acht klachtonderdelen 1 en 2 **ongegrond** en klachtonderdeel 3 **gegrond** voor zover beklagde in paragraaf 2.1.4 van het Aanbestedingsdocument heeft voorzien in een bepaling die het mogelijk maakt haar gunningsbeslissing te baseren op de uitkomst van een loting.

## 7. Aanbeveling

De Commissie ziet geen kans tot het doen van een aanbeveling.

Den Haag, 8 oktober 2015

w.g.:

Mr. J.G.J. Janssen  
Voorzitter

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

Mr. drs. T.H. Chen  
Commissielid