

# Commissie van Aanbestedingsexperts

## Advies 659 | Samenvatting

De klacht ziet op een Europese openbare aanbesteding voor een raamovereenkomst met een enkele ondernemer voor brokerdienstverlening voor ICT functies.

### Klachtonderdeel 1

Ondernemer klaagt, dat omdat slechts een klein deel van de totale out-of-pocket kosten van de aanbesteder (alleen de fee en niet het tarief van de ingehuurde professionals) in concurrentie wordt bepaald, er niet gekomen wordt tot invulling van het criterium economisch meest voordelige aanbieder. Daarmee hanteert aanbesteder een methode die het risico in zich draagt dat de opdracht niet wordt gegund aan de inschrijver met de – naar het oordeel van aanbesteder – economisch meest voordelige inschrijving.

De Commissie verklaart dit klachtonderdeel **gegrond**.

### Klachtonderdeel 2

Ondernemer klaagt, dat een slechte score op het onderdeel "prijs" nauwelijks is goed te maken op het onderdeel "kwaliteit". Daardoor is in feite sprake van het gunningscriterium "laagste prijs".

Nu de Commissie klachtonderdeel 1 gegrond acht, kan de behandeling van klachtonderdeel 2 achterwege blijven, omdat dit klachtonderdeel voortvloeit uit een onjuist gekozen beoordelingssystematiek.

## Advies 659

### 1. Feiten

- 1.1. Aanbesteder heeft op 20 september 2021 een openbare Europese aanbestedingsprocedure gepubliceerd inzake brokerdienstverlening voor ICT functies. Het betreft een raamovereenkomst met een looptijd van twee jaar, die tweemaal met een jaar verlengd kan worden en die wordt gesloten met één opdrachtnemer. De maximale waarde van de raamovereenkomst bedraagt € 14.500.000 exclusief BTW, welke waarde is opgebouwd uit een fee voor searching, een fee voor contracting en de uurtarieven van de professionals. De te sluiten raamovereenkomst moet voorzien in inhuur van professionals op het gebied van ICT, waarvoor de opdrachtnemer ook de contractadministratie moet verzorgen. De opdrachtnemer moet zowel de searching (werven, voorselecteren, en inzetten van professionals inclusief het afhandelen van de administratieve processen) als de contracting (inzetten van door aanbesteder aangedragen of van aanbesteder overgenomen professionals inclusief het afhandelen van de administratieve processen) uitvoeren binnen de raamovereenkomst.

#### *Relevante passages*

- 1.2. De Inschrijvingsleidraad van 20 september 2021 bevat, onder meer, de volgende passages:
- 1.3. '3.3 Voorschriften voor het stellen van vragen
1. De Aanbestedingsstukken zijn met zorg vastgesteld. In geval van kennelijke of gepercipieerde fouten of omissies in de Aanbestedingsstukken, tegenstrijdigheden daaronder begrepen, zijn de Ondernemers gehouden de Aanbestedende dienst **uiterlijk voor de laatste sluitingsdatum voor het stellen van vragen zoals opgenomen in de planning** ter zake te waarschuwen dan wel om opheldering te vragen. Het moment van ontvangst van de vragen is maatgevend. Op vragen die na de termijn zijn ontvangen is de Aanbestedende dienst niet verplicht te antwoorden.
2. Indien een Ondernemer verzuimt de Aanbestedende dienst tijdig te waarschuwen voor kennelijke of gepercipieerde fouten of omissies in de Aanbestedingsstukken dan wel om opheldering te vragen, verwerkt hij zijn rechten dienaangaande en zijn de mogelijke gevolgen voor rekening en risico van de Ondernemer. In dat geval kan een Ondernemer op een later moment tijdens Of na de aanbesteding dus niet meer met succes klagen, zowel bij de Aanbestedende dienst als in rechte, over deze onderwerpen.'
- 1.4. '3.3.2 Klachtenregeling
1. Klachten over deze aanbesteding dienen door Ondernemers in eerste instantie te worden geuit door het tijdig stellen van vragen. Indien de klacht in de Nota('s) van inlichtingen niet afdoende wordt behandeld, kan een klacht worden ingediend bij [aangebesteder]. Voor de procedure bij eventuele klachten verwijst de Aanbestedende dienst u naar [klachtenloket aanbesteder]'

#### 1.5. '5.1. Gunningscriterium

Er wordt gegund op basis van het criterium 'economisch meest voordelige inschrijving', waarbij de Inschrijver met de Inschrijving die naar het oordeel van de Aanbestedende dienst de beste prijs-kwaliteitverhouding kent de Opdracht gegund krijgt.

De beoordeling van de Inschrijvingen vindt plaats op basis van de subgunningscriteria. Deze beoordeling vindt plaats op basis van het principe 'gunnen op waarde'. De waarde die per subgunningscriterium aan de Inschrijving wordt toegekend wordt van de totaalprijs (de inschrijfprijs zoals vermeld op het prijzenblad) afgetrokken. Hierdoor ontstaat een 'vergelijkingsprijs'.

**Totaalprijs vermeld op het prijzenblad – totale waardevermindering op de subgunningscriteria kwaliteit = vergelijkingsprijs**

Het bepalen van de 'economisch meest voordelige inschrijving' vindt plaats op basis van deze vergelijkingsprijs. De Inschrijver die voldoet aan alle gestelde eisen en na de beoordeling de laagste vergelijkingsprijs heeft wordt gekenmerkt als 'economisch meest voordelige inschrijving' en komt in aanmerking voor gunning.

In totaal is een waardevermindering van € 10.500 te behalen, verdeeld over de subgunningscriteria Kwaliteit. Deze subgunningscriteria bestaan op hun beurt weer uit één of meerdere onderdelen.'

#### 1.6. '5.4 Subgunningscriterium Prijs

(...)

In het prijzenblad worden twee fee's uitgevraagd. In alle gevallen betreft het een fee per gewerkt uur van de Professional. Inschrijver mag de van toepassing zijnde fee per gewerkt uur van de Professional in rekening brengen. Er wordt onderscheid gemaakt naar de volgende fee's:

1. Searching fee: een fee per gewerkt uur van de Professional in het geval de Professional door Opdrachtnemer is geworven. De werving, voorselectie, het inzetten van de Professional, inclusief het afhandelen van de administratieve processen is door Opdrachtnemer uitgevoerd.

2. Contracting fee: een fee per gewerkt uur van de Professional in het geval de Professional is aangedragen door de Aanbestedende dienst of omdat de Professional wordt overgenomen omdat deze reeds werkzaam is voor de Aanbestedende dienst. Het inzetten van de Professional inclusief het afhandelen van de administratieve processen is door Opdrachtnemer uitgevoerd.

De contracting fee mag niet hoger zijn dan de searching fee. Indien Inschrijver een hogere prijs offreert leidt dit tot uitsluiting.

Alle op het prijzenblad opgenomen aantallen zijn indicatief. Inschrijver kan hier geen rechten aan ontleen.

De gevraagde prijzen worden vermenigvuldigd met de indicatieve aantallen. Deze bedragen worden bij elkaar opgeteld. Op deze manier ontstaat de (fictieve) totaalprijs. Dit is de inschrijfprijs voor de beoordeling van de prijs.'

#### 1.7. In de Nota van Inlichtingen I zijn verschillende vragen gesteld over het financiële deel van de inschrijving.

- 1.7.1. Vraag 7: 'U geeft aan: "Voor alle Opdrachten geldt dat er naast Inschrijver, met uitzondering van de inzet van een ZZP'er, maximaal één partij in de keten mag zitten. Hiertoe zijn drie opties:
1. Inschrijver biedt een ZZP'er aan. Naast Inschrijver en de ZZP'er mag maximaal één andere partijen in de keten zitten.
  2. Inschrijver biedt een medewerker van een extern bureau aan waar de medewerker in dienst is. Naast Inschrijver en het externe bureau mogen geen andere partijen in de keten zitten."
- Inschrijver vindt dit verwarrend. In de eerste zin geeft u aan dat er een uitzondering geldt voor de inzet van een ZZP'er, terwijl 1 ingaat op de keten aangaande een ZZP'er. Kunt u aangeven hoe de ketens eruit mogen zien wat betreft:
1. Inschrijver > ZZP
  2. Inschrijver > Onderaannemer > Extern bureau > ZZP
  3. Inschrijver > Medewerker extern bureau
  4. Inschrijver > Extern bureau > ZZP
  5. Inschrijver > Onderaannemer > Medewerker extern bureau
  6. Andere optie(s)?'
- 1.7.2. Antwoord: 'In het geval van de inzet van een ZZP'er mag er naast Inschrijver en de ZZP'er één extra partij in de keten zitten. Optie 1 en 4 zijn dus mogelijk. Optie 2 is niet mogelijk omdat er naast Inschrijver en de ZZP'er twee extra partijen in de keten zitten.
- In het geval van de inzet van een medewerker in dienst van een extern bureau mogen er naast Inschrijver en dit bureau geen partijen in de keten zitten. Optie 3 is dus mogelijk. Optie 5 is niet mogelijk omdat er dan naast Inschrijver en het bureau waar de externe medewerker in dienst is een extra partij in de keten zit.'
- 1.8. Ten behoeve van de Nota van Inlichtingen II heeft ondernemer naar aanleiding van antwoorden van aanbesteder op gestelde vragen in Nota van Inlichtingen I de volgende vragen ingediend.
- 1.8.1. Vraag 56: '(...) Door alleen de searching fee uit te vragen en doordat de opdrachtnemer de enige opdrachtnemer/raamcontractant is, heeft zij bij de uitvoering van de opdracht geen prikkel om scherp aan te bieden. Tijdens de uitvoering van het raamcontract is er nl. geen concurrentie zodat de opdrachtnemer geen prikkel heeft om het uurtarief met de professional (verder) uit te onderhandelen. Vanwege de lage fee (want die is wel in concurrentie tot stand gekomen) heeft de opdrachtnemer geen prikkel om een professional te vinden die ook aan de gestelde eisen voldoet, maar genoegen wil nemen met een lager uurtarief. De aanbesteder is dus niet per se gebaat bij een lage fee van de opdrachtnemer. In tegendeel, de Aanbesteder is gebaat bij een opdrachtnemer die tijd en energie steekt in het vinden van de beste kandidaat en die met die kandidaat een scherp uurtarief onderhandelt. Die opdrachtnemer rekent wellicht een hogere searching fee maar de aanbesteder verdient dat terug in een lager uurtarief.
- Voorbeeld:  
 Inschrijver A: uurtarief professional € 100 + searching fee € 1,50 = € 101,50  
 Inschrijver B: uurtarief professional € 95 + searching fee € 6,00 = € 101,00
- B heeft een 4x hogere fee dan A maar de totaalprijs voor de aanbesteder is lager.
- De searching fee leidt ook om een andere reden niet tot de beste prijs-kwaliteit-verhouding: uit het antwoord op vraag 7 NvI blijkt dat de opdrachtnemer een tussenschakel mag hebben tussen hem en een ZZP'er. Het (eventuele) tarief dat die tussenschakel rekent aan de opdrachtnemer speelt geen rol, behalve dat het is opgenomen in het uurtarief van de professional (ZZP'er). Deze systematiek brengt mee dat een inschrijver ervoor zou kunnen kiezen om een zeer lage searching fee te offreren en om steeds een tussenschakel op te dragen een

kandidaat te zoeken en dus de feitelijke search uit te voeren. De fee die daarvoor nodig is, wordt via het uurtarief bij de aanbesteder in rekening gebracht maar is niet herkenbaar als searching fee.

Om het uurtarief dat aanbesteder betaalt zo laag mogelijk te houden en om de professional een redelijk uurtarief te bieden en om de opdrachtnemer de mogelijkheid te bieden om een reële fee te rekenen voor haar dienstverlening, verzoeken wij aanbesteder om in plaats van een searching fee een functiehuis te beschrijven waarin de meest voorkomende functies onder de raamovereenkomst (of functieschalen) zijn opgenomen en waarvoor de inschrijvers een vast uurtarief (totale out-of-pocketkosten) offeren, waarbij de verhouding tussen uurtarief en fee niet zichtbaar is omdat het niet relevant is. De beoordeling en rangschikking van de inschrijvingen vindt plaats op het totaal van de geoffreerde uurtarieven voor alle functies tezamen (al dan niet met een gewicht voor bepaalde functies). Ter voorkoming van misbruik van zzp-ers zou in de overeenkomst bepaald kunnen worden dat de searching fee die de inschrijvers offeren gemaximeerd worden doordat deze niet hoger mag zijn dan een bepaald (specifieke benoemd) percentage van het uurtarief en niet hoger mogen zijn dan een bepaald (specifiek benoemd) bedrag.

Wij verzoeken u het gunningscriterium prijs aan te passen en ook de beoordeling van dat criterium.

(...)'

1.8.2. Antwoord: 'De Aanbestedende dienst gaat hier niet mee akkoord. Doordat Opdrachtnemer op Inhuuraanvragen minimaal één, maar bij voorkeur drie, Kandidaten aan dient te bieden vindt ook op dit niveau concurrentie plaats op de uurtarieven. Daarnaast wordt hier in een van de subgunningscriteria (Onderdeel 1: inhuur proces) aandacht aan besteed. In dit criterium wordt Inschrijver namelijk gevraagd om minimaal aandacht te besteden aan de volgende aspecten:

1. De maatregelen die Inschrijver treft om voldoende passende Kandidaten aan te bieden;
2. De wijze waarop Inschrijver Kandidaten selecteert;
3. De wijze waarop Inschrijver zorg draagt voor het aanbieden van Kandidaten op basis van marktconforme tarieven.

Tevens is de Aanbestedende dienst (zie ook eis 39 van het Programma van Eisen) gerechtigd om een maximaal uurtarief op te nemen in een inhuuraanvraag. Het indien van een zeer lage searching fee en het verleggen van de feitelijke search is niet toegestaan (...).'

1.8.3. Vraag 62: 'Ten behoeve van de voorbereiding van onze inschrijving hebben wij de systematiek van criteria en wegingsfactoren doorgerekend. Wij constateren dat een relatief klein verschil in de searching fee (verschil van € 1,00) leidt tot een enorm verschil in de eindscore (€ 3.000) Dat verschil is op het criterium kwaliteit al vrijwel niet meer goed te maken (inschrijver dient dan al ruim 28,5% beter te scoren op kwaliteit). De wegingsfactor voor de searching fee is naar ons oordeel dan ook disproportioneel. Wij verzoeken u de wegingsfactoren zo aan te passen dat daadwerkelijk sprake is van de beste prijs-kwaliteitsverhouding.'

1.8.4. Antwoord: 'De wegingsfactoren worden niet aangepast. Wel is de Aanbestedende dienst bereid de indicatieve afnames op het prijzenblad aan te passen.(...).'

1.9. Ondernemer heeft ten behoeve van Nota van Inlichtingen III nieuwe vragen gesteld.

1.9.1. Vraag 65: n.a.v. het antwoord op vraag 56: '(...) In onze vraag stellen wij aan de orde dat de gekozen insteek van de beoordeling van de inschrijvingen niet leidt

tot de economisch meest voordelige inschrijving en wij doen daarin een voorstel van een systematiek die daar wel toe leidt. De vraag betreft dus de concurrentie tussen de inschrijvers tijdens de aanbestedingsprocedure.

Door de inschrijvingen te beoordelen op de hoogte van de searching fee stimuleert de aanbesteder de inschrijvers om een zo laag mogelijke searching fee aan te bieden. De aanbesteder is echter niet per sé gebaat bij een lage searching fee omdat een inschrijver/opdrachtnemer dan tijdens de uitvoering van de opdracht geen financiële dekking heeft voor het verrichten van search-werkzaamheden. Het klopt dat een beschrijving van het inhuurproces onderdeel van de inschrijving is maar de ervaring leert dat de inschrijvers elkaar niet veel ontlopen in de scores op kwaliteit (dat zegt overigens nog niet zo veel over de daadwerkelijk uitgevoerde kwaliteit).

Bovendien is een searching fee maar een deel van de prijs die de aanbesteder betaalt: ook het uurtarief van de kandidaat maakt daarvan deel uit. Het is dus veel logischer om de inschrijvers te laten concurreren op een all-in prijs (searching fee + uurtarief, en contracting fee + uurtarief), waarbij de verhouding tussen de elementen niet relevant is. Daarmee stimuleert de aanbesteder dat de inschrijver/opdrachtnemer een hogere searching fee kan offeren, om daarmee de ruimte te creëren om meer tijd te besteden aan searching en aan onderhandelingen met potentiële kandidaten over het uurtarief. Het resultaat is een betere match (dus hogere kwaliteit) en een betere prijs per uur. (...)'

1.9.2. Antwoord: 'Aanbesteder acht het gunnen van de raamovereenkomst op basis van all-in tarieven (uurtarief inclusief fee) niet wenselijk gezien het uurtarief per inhuuraanvraag en per kandidaat kan wisselen. Wel is de Aanbestedende dienst bereid eis 39 inzake het stellen van een maximaal uurtarief in een Inhuuraanvraag om te zetten naar bandbreedtes. Hierbij worden per functie, per niveau bandbreedtes gehanteerd waarbij Inschrijver bij het aanbieden van Kandidaten niet onder en boven de gestelde bandbreedte van de betreffende functie mag offeren. De Aanbestedende dienst geeft in de Inhuuraanvraag aan welke functie en welk niveau van toepassing is. (...)'

1.10. Naar aanleiding van NvI III heeft ondernemer nog een aanvullende vraag gesteld.

1.10.1. 'In NvI III heeft u bij vraag 65 uitvoerig een verdere toelichting gegeven op vraag 56 uit de voorgaande NvI.

Deze vraag betreft voor inschrijver een zeer principiële punt. Het uitgangspunt van inschrijver is in eerdere communicatie reeds helder toegelicht en komt er (kort samengevat) op neer dat de gehanteerde fee voor search activiteiten niks zegt over de economisch meest voordelige inschrijving. Er is geen 1 op 1 correlatie tussen de fee van inschrijver en de uiteindelijke "out of pocket" kosten van de [Aanbesteder]. De hoogte van de fee als gunningscriterium meenemen in de aanbesteding is om die reden niet gepast. In de praktijk komt het dikwijls voor dat leveranciers met een hogere fee juist meer aanvragen invullen (op een emvi). De [Aanbesteder] hanteert bandbreedtes t.a.v. functieprofielen waarmee u feitelijk al contractueel geregeld heeft dat er marktconforme tarieven betaald worden.

De vraag resteert: Hoe nu verder? Inschrijver begrijpt dat de NvI III feitelijk al een "toegift" was vanuit de [Aanbesteder] om nogmaals bij het onderwerp stil te staan. Dit wordt door inschrijver gewaardeerd.

Echter inschrijver kan geen genoegen nemen met de uitkomst. Is een volgende formele stap het indienen van een "klacht" (vanuit het perspectief van de inschrijver niet geheel de juiste formulering) of eventueel een stap naar de commissie van aanbestedingsexperts?'

- 1.10.2. Antwoord: 'Wij hebben uw bericht d.d. 19 november 2021 ontvangen. De Aanbestedende dienst is van mening te komen tot de economisch meest voordelige inschrijving op basis van de beste prijs-kwaliteitverhouding. De beoordeling van de prijs vindt plaats op basis van de fee's die door Inschrijvers worden gehanteerd. De uurtarieven zijn gekaderd aan de hand van de gegeven bandbreedtes. De Aanbestedende dienst acht het gunnen van de raamovereenkomst op basis van een vast all-in tarief (fee's + uurtarieven per functieomschrijving) niet wenselijk gezien de uurtarieven van Kandidaten kunnen verschillen per nadere opdracht en de marktomstandigheden hier invloed op kunnen hebben. U geeft dit zelf ook aan in uw vraagstelling (vraag 56 Nota van Inlichtingen II d.d. 5 november 2021). Alle inschrijvers dienen een fee te offeren uitgaande van de gestelde bandbreedtes (vraag 65 Nota van Inlichtingen III d.d. 15 november 2021). Het invullen van Inhuurvragen is naar het oordeel van de Aanbestedende dienst voldoende afgedekt in eis 47 van het programma van eisen, namelijk: "Op minimaal 95% van de uitvragen dient Opdrachtnemer minimaal één (1) passend profiel aan te bieden. Er is sprake van een passend profiel wanneer de aangeboden Kandidaat minimaal voldoet aan de gestelde eisen.

De Aanbestedende dienst heeft vergelijkbare aanbestedingen onderzocht, het beoordelen en gunnen op basis van de fee is zeer gebruikelijk in de markt voor brokerdienstverlening. De Aanbestedende dienst voert dus geen aanpassingen meer door in de aanbesteding voor ICT Brokerdienstverlening.

Voor wat betreft het vervolg hopen wij dat wij u middels het toepassen van de bandbreedtes voldoende tegemoet zijn gekomen om een Inschrijving in te dienen. Indien u hier zich niet in kan vinden bestaat de mogelijkheid een klacht in te dienen bij [mailadres klachtenmeldpunt]. Voor de procedure bij eventuele klachten verwijst de Aanbestedende dienst u naar [website klachtprocedure aanbesteder].

Wel staat de Aanbestedende dienst ervoor open om na afloop van de aanbesteding met u in gesprek te gaan om over de wijze waarop een prijs uitgevraagd kan worden in een aanbesteding voor brokerdiensten.'

- 1.11. De sluitingsdatum voor het indienen van de inschrijvingen was 24 november 2021. Ondernemer heeft geen inschrijving ingediend, omdat hij met het indienen van een inschrijving de juistheid van de aanbesteding zou moeten onderschrijven en dat druist in tegen zijn oordeel over de onrechtmatigheid van het subgunningscriterium Prijs.
- 1.12. Ondernemer heeft op 22 december 2021 een klacht ingediend bij het klachtenmeldpunt van aanbesteder. Op 14 januari 2022 heeft aanbesteder aan ondernemer bericht dat de klacht ongegrond is verklaard.
- 1.13. Op 24 januari 2022 heeft ondernemer een klacht ingediend bij de Commissie. Op 31 januari 2022 heeft aanbesteder per mail bericht dat aanbesteder de definitieve gunning zal uitstellen tot 5 dagen na het uitbrengen van het advies door de Commissie.

## 2. Beschrijving klacht en onderbouwing

### 2.1. Klachtonderdeel 1

2.1.1. Ondernemer klaagt dat de inschrijvingen worden beoordeeld op basis van een financieel criterium dat slechts betrekking heeft op een zeer beperkt deel van de financiële aspecten van de opdracht (de fee) en niet op het overgrote deel van de financiële aspecten (het uurtarief van de professional dat een zeer groot deel uitmaakt van de totale te betalen kosten).

2.1.2. Ondernemer geeft aan dat de aanbesteder weliswaar ten behoeve van de uurtarieven bandbreedtes heeft opgenomen in het antwoord op vraag 65, maar de verschillen tussen het hoogste en het laagste uurtarief binnen een bandbreedte zijn significant: de bandbreedtes verschillen van € 15 per uur tot zelfs € 40 per uur. Een inschrijver met een hogere fee en een tarief aan de onderkant van de bandbreedte is economisch voordeliger dan een inschrijver met een lagere fee en een uurtarief aan de bovenkant van de bandbreedte. Een inschrijver die een hogere fee rekent heeft meer financiële armslag om met een kandidaat door te onderhandelen om tot een lager uurtarief te komen; enkel het bedrag van de fee is als gunningscriterium daarom ondeugdelijk.

*Ter illustratie:*

*inschrijver A: uurtarief professional € 105 + searching fee € 1,50 = € 106,50*

*inschrijver B: uurtarief professional € 100 + searching fee € 6,00 = € 106,00*

2.1.3. Ondernemer verwijst naar Advies 652 van de Commissie. De onderhavige aanbestedingsprocedure en het beoordelingsmodel uit Advies 652 hebben met elkaar gemeen dat de gekozen beoordelingssystematiek niet leidt (of slechts bij toeval) tot de economisch meest voordelige inschrijving. Een op die wijze vormgegeven aanbestedingsprocedure is strijd met het aanbestedingsrecht en dient om die reden gestaakt te worden.

2.1.4. Naar de mening van ondernemer wordt dat bevestigd doordat met de gekozen beoordelingssystematiek niet zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen wordt gerealiseerd, als bedoeld in artikel 1.4 Aw. Door slechts een klein deel van de financiële aspecten te betrekken in het subgunningscriterium prijs, wordt niet gekomen tot de beste prijs-kwaliteitverhouding. Het feit dat 'social return' deel uitmaakt van het beoordelingsmodel maakt dat volgens ondernemer niet anders: 'Maatschappelijke waarde houdt in het gunnen van de opdracht conform een beoordelingsmodel dat daadwerkelijk leidt tot de economisch meest voordelige inschrijving (in dit geval) op grond van de beste prijs-kwaliteitverhouding.'

Ondernemer is het niet eens met aanbesteder, dat de keuze om de beoordeling van de inschrijvingsprijs te beperken tot de fee's, in plaats van (mede op) de uurtarieven, aan hem zou zijn voorbehouden. Met die stellingname miskent aanbesteder naar het oordeel van ondernemer, dat het de taak van een aanbesteder is om een beoordelingsmodel, bestaande uit subgunningscriteria, wegingsfactoren en normen, (zo) in te richten dat die daadwerkelijk leiden tot de inschrijving met, in dit geval, de beste prijs-kwaliteitsverhouding. Een aanbestedende dienst heeft daarin dus geen volledige keuzevrijheid of discretionaire bevoegdheid.

2.1.5. Dat een bepaalde systematiek vaker wordt gebruikt, betekent volgens ondernemer niet dat de systematiek deugt. Het betekent waarschijnlijk vooral dat aanbestedende diensten systematieken en beoordelingsmodellen van elkaar kopiëren. De onderhavige systematiek is ondernemer ook bij die andere aanbestedingen een doorn in het oog.



## 2.2. Klachtonderdeel 2

Ten tweede klaagt ondernemer over het feit dat een inschrijver, die op het subgunningscriterium 'prijs' een relatief lage score toegekend krijgt, vrijwel geen kans heeft om die lage score goed te maken met de score op de subgunningscriteria 'kwaliteit'. In feite is daardoor sprake van een gunning op laagste prijs. In de opzet van de beoordelingssystematiek is daarvan vooral de oorzaak dat de verschillen op de fees relatief groot kunnen zijn, maar in absolute euro's klein. Daarbij komt dat een inschrijving die op één van de kwaliteitsonderdelen als onvoldoende wordt beoordeeld, wordt uitgesloten van de aanbesteding, hetgeen betekent dat een inschrijving minimaal een 'matig' moet scoren. Aan deze score 'matig' wordt conform de inschrijvingsleidraad een monetaire waarde gekoppeld van € 2.100 (zijnde 20% van € 10.500). Daarnaast is relevant dat het uurtarief van de kandidaat niet betrokken is in subgunningscriterium 'prijs'.

De ondernemer illustreert met rekenvoorbeelden dat het met het gehanteerde beoordelingsmodel vrijwel onmogelijk is om de opdracht gegund te krijgen. De geoffreerde laagste fee is van doorslaggevende betekenis zodat de opdracht volgens ondernemer feitelijk op laagste prijs wordt gegund.

De ene inschrijver biedt bijvoorbeeld een fee van € 4,40 en een andere inschrijver van € 10. Relatief gezien is de tweede fee ruim 2x hoger dan de eerste fee, maar op de totaalprijs (uurtarief + fee) scheelt het maar € 5,60.

	<i>Inschrijver A</i>	<i>Inschrijver B</i>
<i>Contracting fee</i>	$750 * 1,50 = 1.125$	$750 * 1,50 = 1.125$
<i>Searching fee</i>	$1.500 * 4,40 = 6.600$	$1.500 * 10 = 15.000$
<i>Totaalprijs</i>	7.725	16.125
<i>Kwaliteitsscore</i>	2.100	10.500
<i>Beoordelingsprijs</i>	5.625	5.625

In dit rekenvoorbeeld is de fee van Inschrijver A gewijzigd naar € 2,40 en van inschrijver B naar € 8 en ook dan scoren beide inschrijvers hetzelfde:

	<i>Inschrijver A</i>	<i>Inschrijver B</i>
<i>Contracting fee</i>	$750 * 1,50 = 1.125$	$750 * 1,50 = 1.125$
<i>Searching fee</i>	$1.500 * 2,40 = 3.600$	$1.500 * 8 = 12.000$
<i>Totaalprijs</i>	4.725	13.125
<i>Kwaliteitsscore</i>	2.100	10.500
<i>Beoordelingsprijs</i>	2.625	2.625

## 3. **Reactie aanbesteder**

### 3.1. Klachtonderdeel 1

- 3.1.1. Aanbesteder stelt allereerst dat hij een ruime vrijheid heeft om te bepalen dat een opdracht wordt gegund op basis van het gunningscriterium beste prijs-kwaliteit-verhouding en om de inhoud van de subgunningscriteria vast te stellen. De keuze van aanbesteder om de inschrijvingen in de aanbesteding ten aanzien van het subgunningscriterium prijs te beoordelen op basis van de searching fee en contracting fee is daarom als zodanig niet in strijd met de rechtspraak.
- 3.1.2. Daarnaast stelt aanbesteder dat hij er bewust voor heeft gekozen om de uurtarieven van de in te huren ICT-specialisten niet te beoordelen in het kader van het subgunningscriterium prijs. Dit vanwege diverse variabele omstandigheden, waardoor aanbesteder het niet realistisch en proportioneel acht om inschrijvers op het moment van inschrijving een (vast) uurtarief voor de ICT-specialisten te laten aanbieden. Zo zijn de uurtarieven geen vaststaand gegeven en niet steeds hetzelfde, is het uurtarief sterk afhankelijk van de daadwerkelijke, specifieke uitvraag onder de raamovereenkomst en zouden eventuele fictieve inschrijvingen mogelijk helemaal niet passend zijn bij nadere uitvragen. Dit wordt volgens aanbesteder onderschreven door de Commissie van Aanbestedingsexperts in het door ondernemer aangehaalde Advies 652, waarin wordt geconcludeerd dat de beoordelingsmethode strijdig was met het aanbestedingsrecht, omdat onder meer *"de scores voor de prijzen van de verschillende uitvoeringswijzen bij elkaar worden opgeteld, terwijl per saldo slechts één van die voorstellen in uitvoering zal worden genomen."*
- 3.1.3. Ten derde stelt aanbesteder dat hij, om ondernemer tegemoet te komen, bandbreedtes heeft vastgesteld voor de uurtarieven van de verschillende ICT-functies. Daarmee zijn de uurtarieven (per niveau en functie) dus in zekere zin vastgelegd in een kader, maar tegelijkertijd bieden de bandbreedtes nog voldoende flexibiliteit om de juiste ICT-specialist voor de concrete nadere opdracht te vinden, die onder de raamovereenkomst wordt gegund. Inschrijvers die een aanbieding doen conformeren zich aan deze bandbreedtes, die gelden tijdens de uitvoering van de opdracht. De uurtarieven voor de verschillende ICT-functies spelen dus wel degelijk bij gunning een rol. Bovendien borgt aanbesteder met in het PvE gestelde kwaliteitseisen dat de gekozen inschrijving ook tijdens de uitvoering van de opdracht de economisch meest voordelige inschrijving blijft. Tevens is in het kwalitatieve subgunningscriterium K1 *"Inhuur proces"* inschrijvers onder meer gevraagd uit te werken hoe zij ervoor zorgen dat steeds voldoende passende kandidaten kunnen worden aangeboden op basis van marktconforme tarieven. Bovendien garandeert de inschrijver op grond van artikel 5.1 van de concept raamovereenkomst onder andere dat hij de kwaliteit zal leveren die hij in de inschrijving heeft aangeboden.
- 3.1.4. Aanbesteder concludeert dat hij het subgunningscriterium prijs terecht beoordeeld heeft op basis van een searching fee en een contracting fee, zonder daarbij het (fictieve) uurtarief van een mogelijke ICT-specialist te betrekken.
- 3.1.5. Aanbesteder weerspreekt de stelling van ondernemer, dat met de gekozen beoordelingssystematiek niet zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen wordt gerealiseerd, als bedoeld in artikel 1.4 Aw 2012 (zie 2.1.4 hiervoor). Ondernemer heeft een onjuist begrip van wat "zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen" (artikel 1.4 lid 2 Aw 2012) inhoudt. Het gaat daarbij namelijk niet enkel om het realiseren van besparingen uitgedrukt in geld. Zo blijkt uit de parlementaire geschiedenis (*Kamerstukken II 2011/12, 32 440, nr. 46*) onder meer dat maatschappelijke waarde niet altijd in euro's kan worden uitgedrukt en dat de rijksoverheid in een motie (*Handelingen II 2011/12, 32 440, nr. 48 item 4, p. 14*) wordt opgeroepen om bij haar aanbestedingen ook te letten op het criterium van "social return".
- 3.1.6. Aanbesteder stelt dat artikel 1.4 lid 2 Aw 2012 correspondeert met artikel 2.114 Aw 2012, en daarom geen zelfstandige toets behelst. Uit rechtspraak volgt

namelijk dat gunning op basis van gunningscriteria met een kwaliteitselement – waarvan sprake is in deze aanbesteding – al voldoende is om te voldoen aan de gestelde verplichting in artikel 1.4 lid 2 Aw 2012. Tevens wordt daarin onderstreept dat het bij maatschappelijke waarde van een aanbesteding gaat om de *totale* prijs-kwaliteitverhouding en *niet* om de maximale maatschappelijke waarde van ieder der aspecten of één van de aspecten.

### 3.2. Klachtonderdeel 2

3.2.1. Aanbesteder heeft in deze aanbesteding de economisch meest voordelige inschrijving vastgesteld op basis van de beste prijs-kwaliteitverhouding. Daarbij is door aanbesteder gebruik gemaakt van de beoordelingsmethode “gunnen op waarde”. Naarmate een inschrijver een hogere prijs indient en lager scoort op kwaliteit, komt de inschrijfprijs in de beoordeling meer gewicht toe. Echter, naarmate een inschrijver een lagere prijs indient en juist hoger scoort op kwaliteit, weegt de kwaliteit meer mee in de beoordeling dan de inschrijfprijs.

3.2.2. De rekenvoorbeelden van ondernemer zijn onvolledig en niet bruikbaar voor de onderbouwing van zijn stelling, omdat in de rekenvoorbeelden de *concrete weging van de prijs* niet is opgenomen (zie 2.2 hiervoor). Immers, aan de hand van de weging van de prijs kan eenvoudig worden bepaald of sprake is van (feitelijk) gunnen op basis van de laagste prijs. Als de inschrijfprijs slechts beperkt meeweegt in de vergelijkingsprijs, dan staat daarmee vast dat dus niet op basis van het gunningscriterium de laagste prijs wordt gegund. Dat laat overigens onverlet dat de prijs volgens de rechtspraak wel degelijk zwaarder kan wegen dan de kwaliteit. Aanbesteder licht dit toe door de rekenvoorbeelden van ondernemer aan te vullen met de concrete weging van de prijs:

	Inschrijver A (in EUR)	Inschrijver B (in EUR)
Contracting fee	$750 * 1,50 = 1.125$	$750 * 1,50 = 1.125$
Searching fee	$1.500 * 4,40 = 6.600$	$1.500 * 10 = 15.000$
Totaalprijs	7.725	16.125
Kwaliteitsscore (=fictieve korting)	2.100	10.500
Vergelijkingsprijs	5.625	5.625
<b>Weging prijs (= vergelijkingsprijs / totaalprijs * 100%)</b>	<b>72,8%</b>	<b>37,9%</b>

	Inschrijver A (in EUR)	Inschrijver B (in EUR)
Contracting fee	$750 * 1,50 = 1.125$	$750 * 1,50 = 1.125$
Searching fee	$1.500 * 2,40 = 3.600$	$1.500 * 8 = 12.000$
Totaalprijs	4.725	13.125
Kwaliteitsscore (=fictieve korting)	2.100	10.500
Vergelijkingsprijs	2.625	2.625
<b>Weging prijs (= vergelijkingsprijs / totaalprijs * 100%)</b>	<b>55,5%</b>	<b>20,0%</b>

### 3.2.3. Aanbesteder leidt hier het volgende uit af:

'Uit de rekenvoorbeelden van ondernemer volgt dat de inschrijfprijs van Inschrijver A meer gewicht toekomt in de beoordeling, maar dat is verklaarbaar omdat Inschrijver A steeds de allerlaagste kwaliteitsscore heeft behaald. Vanzelfsprekend weegt de prijs in dat geval meer mee in de beoordeling dan de kwaliteit van de inschrijving. Uit alle rekenvoorbeelden voor Inschrijver B blijkt daarentegen dat de kwaliteit van de inschrijving juist meer gewicht toekomt dan de inschrijfprijs. Ook dit is verklaarbaar, omdat Inschrijver B erg goed scoort op kwaliteit. Voor Inschrijver B geldt namelijk in het eerste en tweede rekenvoorbeeld dat de prijs van de inschrijving slechts voor 37,9% meetelt in de beoordeling (en kwaliteit dus voor 62,1%); in het derde rekenvoorbeeld is dat zelfs 20% (en weegt de kwaliteit dus mee voor 80%). Kortom, van gunning op basis van de laagste prijs kan hier geen sprake zijn.'

3.2.4. Aanbesteder stelt, dat voor deze aanbesteding vier ondernemingen een inschrijving hebben ingediend, waarbij het verschil tussen de hoogste en de laagste searching fee slechts € 1,70 bedroeg. Dit betekent dat de inschrijver met de hoogste searching fee alsnog de inschrijver met de laagste searching fee kon inhalen als hij een betere kwaliteitsscore zou behalen die neerkomt op een totaal van EUR 2.550 (d.w.z. EUR 1,70 (verschil in searching fee) \* 1.500 (fictief aantal)). Tussen de kwaliteitsscores matig, voldoende en goed zit steeds een verschil van 30% ten opzichte van de maximale kwaliteitsscore en dit komt neer op een verschil in kwaliteitsscore van EUR 3.150. Als een inschrijver matig scoort dan bedraagt de maximale kwaliteitsscore 20%. Als een inschrijver voldoende scoort, dan bedraagt de maximale kwaliteitsscore 50%. Als een inschrijver goed scoort, dan bedraagt de kwaliteitsscore 80%. Tussen deze drie beoordelingen zit steeds een verschil van 30% ten opzichte van de maximale kwaliteitsscore (ter hoogte van EUR 10.500) en dit komt dus neer op een verschil in kwaliteitsscore van EUR 3.150.) Dit betekent dus in het voorbeeld (zie hiervoor 3.2.2) dat de inschrijver met de hoogste searching fee - en die goed scoort op alle onderdelen - alsnog de inschrijver met de laagste searching fee - en die voldoende scoort op alle onderdelen - kan inhalen op basis van de kwaliteit van zijn inschrijving.

### 3.3. Ondernemer heeft onvoldoende proactief gehandeld

3.3.1. Aanbesteder stelt, dat de klachten die inhouden dat (i) de gehanteerde beoordelingssystematiek niet zou leiden tot zoveel mogelijk maatschappelijke waarde en (ii) er in feite gegund zou worden op basis van het gunningscriterium van de laagste prijs in plaats van beste prijs-kwaliteitverhouding te laat zijn ingediend; immers een maand na sluiting van de inschrijvingstermijn. Ondernemer had de klacht vóór de inschrijvingstermijn kenbaar moeten maken (advies van de Commissie nr. 367). Een klager kan zelfs te laat zijn als deze pas twee dagen vóór de sluiting van de inschrijvingstermijn bij de aanbestedende dienst klaagt (advies van de Commissie nr. 505).

## 4. **Beoordeling**

4.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder een Europese openbare aanbesteding heeft georganiseerd voor een raamovereenkomst met een enkele ondernemer voor brokerdienstverlening voor ICT functies. Op de procedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Delen 1 en 2 van de Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit (omdat deze aanbesteding is gepubliceerd voor 1 januari 2022, is daarop nog van toepassing de tweede herziene versie die op 1 juli 2020 in werking is getreden).

- *Rechtsverwerking?*

- 4.2. Aanbesteder stelt dat ondernemer zijn recht heeft verwerkt te klagen vanwege onvoldoende proactief handelen (zie 3.3.1). De klacht zou daarom niet in behandeling mogen worden genomen. De Commissie oordeelt dat een beroep op de rechtsverwerking niet slaagt en neemt de klacht in behandeling.

- *Toelichting in behandeling nemen*

- 4.3. In de inschrijvingsleidraad is bepaald dat indien een ondernemer verzuimt om aanbesteder tijdig te waarschuwen dan wel om opheldering te vragen, hij zijn rechten dienaangaande verwerkt. Vragen dienen uiterlijk voor de laatste sluitingsdatum voor het stellen van vragen conform planning te zijn ingediend. Klachten over de aanbesteding moeten in eerste instantie worden geuit door het tijdig stellen van vragen en indien zulks niet afdoende wordt behandeld, door een klacht in te dienen (zie 1.4).

- 4.4. Door ondernemer zijn zowel in de 1e, de 2e als in de 3e nota van inlichtingen vragen gesteld die zien op het onderwerp van de klacht. Na de derde nota van inlichtingen is nog een aanvullende vraag gesteld door ondernemer, welke vraag door aanbesteder drie dagen voor het sluiten van de inschrijftermijn is beantwoord (zie 1.10). Ondernemer heeft besloten om geen inschrijving in te dienen nu hij, mede in het licht van de door aanbesteder gegeven antwoorden, niet kon voldoen aan het voorschrift voor het indienen van een inschrijving, namelijk het volledig en onvoorwaardelijk instemmen met de in de aanbestedingsstukken gestelde eisen en voorwaarden. Vier weken na sluiting van de inschrijftermijn is door ondernemer een klacht ingediend bij het klachtenmeldpunt van aanbesteder. Deze klacht is door het klachtenmeldpunt in behandeling genomen.

- 4.5. De Commissie is van oordeel dat ondernemer zich proactief heeft opgesteld door het tijdig indienen van vragen en tot het moment van inschrijven blijven doorvragen op de door aanbesteder gegeven antwoorden. De inschrijvingsleidraad geeft enkel aan dát er een klacht bij het klachtenmeldpunt van aanbesteder kan worden ingediend, maar niet binnen welke termijn dat zou moeten plaatsvinden. Nu aanbesteder vlak voor inschrijftermijn heeft aangegeven de eisen en voorwaarden van de aanbesteding niet verder aan te passen, ondernemer gewezen werd op de klachtprocedure en aanbesteder heeft aangegeven na afloop van de aanbestedingsprocedure wel een gesprek te willen hebben met ondernemer, kan de Commissie zich indenken dat ondernemer zich in eerste instantie heeft neergelegd bij de situatie en geen inschrijving heeft ingediend. Dat ondernemer daarna toch heeft besloten om nog voor het moment van de gunningsbeslissing toch een klacht in te dienen bij het klachtenmeldpunt van aanbesteder, acht de Commissie niet onredelijk laat, althans niet dusdanig laat dat ondernemer daarmee niet voldoende proactief zou hebben gehandeld. Deze mening lijkt ook het klachtenmeldpunt van aanbesteder te zijn toegedaan, nu de klacht in behandeling is genomen en daarin door het meldpunt is geadviseerd. De verwijzingen van aanbesteder naar de adviezen 367 en 505 (zie 3.3.1 hiervoor) gaan niet op, nu de omstandigheden van dit geval anders zijn. De klacht kan daarom in behandeling worden genomen.

4.6. Klachtonderdeel 1

- 4.7. Ondernemer klaagt, dat omdat slechts een klein deel van de totale out-of-pocket kosten van de aanbesteder (alleen de fee en niet het tarief van de ingehuurde professionals) in concurrentie wordt bepaald, er niet gekomen wordt tot invulling van het criterium economisch meest voordelige aanbidding. Daarmee hanteert aanbesteder een methode die het risico in zich draagt dat de opdracht niet wordt

gegund aan de inschrijver met de – naar het oordeel van aanbesteder – economisch meest voordelige inschrijving.

### **Beknopt oordeel**

- 4.8. De Commissie acht dit klachtonderdeel gegrond. Ondernemer heeft voldoende onderbouwd dat aanbesteder een beoordelingssystematiek hanteert die het risico in zich draagt dat de opdracht niet wordt gegund aan de inschrijver met de economisch meest voordelige inschrijving in de zin van de beste prijs-kwaliteitverhouding. Nu aanbesteder niet heeft gekozen voor een beoordelingssystematiek die hem *zonder meer* in staat stelt na te gaan welke inschrijving de beste prijs-kwaliteitverhouding biedt, bestaat tevens het risico dat niet wordt voldaan aan de verplichting van artikel 1.4, lid 2, Aw 2012 om zorg te dragen voor het leveren van zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen.

### **Toelichting**

#### *Toetsingskader gunnen aan economisch meest voordelige inschrijver*

- 4.8.1. In jurisprudentie van het Hof van Justitie EU is meermalen geoordeeld dat de door de aanbestedende dienst te bepalen (sub)gunningscriteria moeten leiden tot gunning aan de inschrijver met de economisch meest voordelige inschrijving, de beste prijs-kwaliteitverhouding of de 'beste aanbidding'.
- 4.8.2. De Commissie heeft vorenbedoelde jurisprudentie van het Hof van Justitie EU reeds meermalen ten grondslag gelegd aan haar adviezen. In haar gecombineerde Advies 83/84 (zie overweging 6.1.6), Advies 333 (overweging 5.3), Advies 362 (overweging 5.3.3), Advies 414 (overweging 5.5) en Advies 504 (overweging 5.3.9 en 5.3.10) heeft de Commissie geoordeeld dat een aanbestedende dienst, wanneer hij kiest voor de toepassing van het gunningscriterium van de beste prijs-kwaliteitverhouding (voorheen de economisch meest voordelige inschrijving), in dat kader voor een beoordelingsmethode moet kiezen die hem in staat stelt na te gaan welke inschrijving de beste prijs-kwaliteitverhouding biedt. Door dat te doen, handelt hij bovendien in overeenstemming met artikel 1.4, lid 2, Aw 2012 en draagt hij zorg voor het leveren van zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen (zie Memorie van Antwoord, 1 juni 2012, Kamerstukken I 2011/2012, 32 440, C p. 9-10).
- 4.8.3. Hoewel de inschrijving met de beste prijs-kwaliteitverhouding niet altijd de inschrijving is met de laagste prijs, moet worden vastgesteld dat, wanneer de aanbiddingen op alle kwalitatieve subgunningscriteria volkomen gelijk zijn, een goedkopere aanbidding noodzakelijkerwijs, vanuit economisch oogpunt, moet worden aangemerkt als voordeliger dan een duurdere aanbidding. Een beoordelingsmethode die ertoe leidt dat de opdracht bij gelijke kwaliteit wordt gegund aan een duurdere inschrijving, is niet in overeenstemming met het criterium van de beste prijs-kwaliteitverhouding (zie Gerecht van Eerste Aanleg EU van 16 september 2013 in zaak T-402/06 (Spanje/Commissie) r.o. 76 en 77 en ook Vzr. Rb. Den Haag 25 februari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2965, r.o. 4.10).

#### *Toetsingskader raamovereenkomst met een enkele ondernemer*

- 4.8.4. Aanbesteder besteedt een raamovereenkomst aan met een enkele ondernemer. In dat geval gunt een aanbestedende dienst de nadere opdrachten *op basis van de in de raamovereenkomst gestelde voorwaarden* (artikel 2.45 lid 2, 2.142 lid 1 Aw 2012). Die voorwaarden moeten voldoende duidelijk in de raamovereenkomst zijn opgenomen. Anders dan bij een raamovereenkomst met meerdere ondernemers,

kan bij de gunning van nadere overeenkomsten onder een raamovereenkomst met één ondernemer geen sprake zijn van een nieuwe competitieronde.

- 4.8.5. Het object van een aanbesteding – in het onderhavige geval: een raamovereenkomst die met één ondernemer wordt gesloten – dient voldoende bepaalbaar te zijn (zie HR 25 januari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD6097, Advies 545, overweging 5.2.2). Inherent aan een raamovereenkomst is dat de omvang van de opdracht, zoals de exacte aantallen en specifieke functies van de uiteindelijk te leveren diensten, nog niet bekend zijn. Wel moeten inschrijvers genoeg houvast hebben om een verantwoorde inschrijving te kunnen doen. Het voorwerp van de opdracht dient, ook bij een raamovereenkomst, zodanig gespecificeerd te zijn dat een vergelijking van de inschrijving mogelijk is.
- 4.8.6. Zoals reeds eerder door de Commissie is geoordeeld (Advies 545, overweging 5.10) handelt een aanbesteder in strijd met artikel 2.142 Aw 2012 indien de voorwaarden waaronder de nadere opdrachten onder de raamovereenkomst zullen worden gegund onvoldoende in de raamovereenkomst zijn bepaald. Daarvan is sprake indien een raamovereenkomst te ruim is geformuleerd en teveel ruimte laat voor nadere invulling bij het gunnen van de nadere opdrachten. De Commissie heeft daarbij opgemerkt (Advies 545, overweging 5.12) dat het maar de vraag is of aanbesteder in het kader van die aanbestedingsprocedure bij het plaatsen van de nadere opdrachten uiteindelijk het economisch meest voordelig uit zal zijn: 'Nu de opdrachtnemer bij zijn inschrijvingen op de nadere opdrachten een opslagpercentage op zijn inkoopprijs mag aanbieden, heeft hij er belang bij om duurdere producten aan te bieden. Dat kan hij ook doen omdat hij bij de gunning van de nadere opdrachten niet meer hoeft te concurreren met andere ondernemers en de prijs-kwaliteitverhouding bij het plaatsen van die nadere opdrachten geen rol speelt.'

*Gekozen beoordelingssystematiek leidt niet (of slechts bij toeval) tot de economisch meest voordelige inschrijving; voorwaarden raamovereenkomst niet volledig*

- 4.8.7. Aanbesteder besteedt een raamovereenkomst aan met een enkele ondernemer en heeft er in eerste instantie voor gekozen om de uurtarieven van de in te schakelen professionals helemaal niet mee te nemen in de aanbestedingsprocedure. In tweede instantie is door aanbesteder een bandbreedte ten behoeve van de uurtarieven opgenomen, waaraan de gegunde ondernemer zich *tijdens de uitvoering van de raamovereenkomst* moet houden. Deze bandbreedte is afgegeven over 8 verschillende functies, alle verdeeld over 3 niveaus, waarbij de bandbreedtes van de afgegeven uurtarieven variëren tussen € 15,- tot € 40,- per uur. Op het moment dat aanbesteder een daadwerkelijke uitvraag doet, mag de raamcontractant een professional aanbieden voor een tarief dat valt binnen de gestelde bandbreedte, vermeerderd met de in de aanbestedingsprocedure aangeboden searching fee of contracting fee.
- 4.8.8. In feite heeft aanbesteder alleen de inspanning die ondernemer moet leveren voor de bemiddeling van een professional (de fee) als prijselement gehanteerd. Vrij vertaald naar andersoortige inkoopopdrachten zou dit betekenen dat het prijselement voor bijvoorbeeld advocaatdiensten enkel zou worden vastgesteld op basis van kantoorkosten of de inkoop van meubilair enkel op de kosten voor de administratieve afhandeling ervan. Het daadwerkelijke uurtarief waarvoor de professional in een inhuuraanvraag onder de raamovereenkomst wordt aangeboden, is weliswaar aan banden gelegd, maar binnen die bandbreedtes bestaat nog relatief veel ruimte voor de opdrachtnemer. Stel dat een functie wordt uitgevraagd waarvoor de bandbreedte varieert tussen de € 80 en € 95 euro, dan heeft opdrachtnemer een marge van € 15,- om zijn kandidaat aan te bieden. De door partijen overgelegde rekenvoorbeelden laten diverse fee's zien, waarvan de hoogst gehanteerde

fee € 10,- bedraagt. De Commissie laat verder in het midden wat een marktconforme fee zou kunnen bedragen, maar merkt op dat een eventueel verlies door het inschrijven met een lage fee (waarmee de kans op gunning wordt vergroot), gecompenseerd kan worden door binnen de gegeven bandbreedte een kandidaat tegen de bovenkant van de betreffende bandbreedte aan te bieden. De beoordelingsmethodiek laat derhalve veel ruimte voor strategisch inschrijven en kan in de uitvoering van de raamovereenkomst leiden tot een inschrijving die niet de beste prijs-kwaliteitverhouding biedt. Dit wordt nog versterkt door het feit dat aanbesteder toestaat dat er nog een tussenschakel zit tussen opdrachtnemer en de ingehuurde professional, wiens fee niet zichtbaar is in het tarief van die professional (zie hiervoor 1.7.2).

- 4.8.9. Nu de beoordelingsmethodiek ruimte laat om in de uitvoering niet (steeds) de economisch meest voordelige inschrijving te verkrijgen voor de nadere opdrachten, kan worden geoordeeld dat – in strijd met artikel 2.45, lid 1, jo. artikel 142, lid 1, Aw 2012 - in de raamovereenkomst niet alle voorwaarden zijn opgenomen voor het gunnen van de op de raamovereenkomst gebaseerde overheidsopdrachten.
- 4.8.10. Het feit dat aanbesteder heeft bepaald dat op nadere opdrachten onder de raamovereenkomst *minimaal één*, maar *bij voorkeur* drie kandidaten moeten worden aangeboden, brengt niet met zich mee dat in de uitvoering te allen tijde een concurrentieprikkel aanwezig is om meerdere kandidaten aan te bieden. Een concurrentieprikkel zou de kans vergroten dat een kandidaat tegen een tarief wordt aangeboden dat aan de onderkant van de bandbreedte valt, althans waarbij naar de beste prijs-kwaliteitverhouding wordt gezocht. Positief is weliswaar dat aanbesteder in de uitwerking van de kwalitatieve subgunningscriteria oog heeft voor het stimuleren van zoveel mogelijk concurrentie op de nadere opdrachten, maar daarmee gaat aanbesteder eraan voorbij dat een eventuele winnende inschrijver op dit onderdeel een lage(re) score kan behalen en dus in de uitvoering geen of weinig 'last' heeft van al te zware maatregelen die ten doel hebben om ook bij de daadwerkelijke uitvragen voor een beste prijs-kwaliteitverhouding aan te bieden.
- 4.8.11. Wanneer twee inschrijvers verschillende fee's in de aanbesteding voor de raamovereenkomst hanteren, de één een hoge fee en de andere een lage fee, en beide scoren ze gelijk op kwaliteit, dan zal de inschrijver met de laagste fee de aanbesteding winnen. Dat is de logische uitkomst van de door aanbesteder gehanteerde beoordelingssystematiek. Echter, daarmee kan nog niet worden vastgesteld dat de winnende inschrijving voor wat betreft de *uitvoering* van de raamovereenkomst ook steeds de economisch meest voordelige inschrijving voor de onder de raamovereenkomst te gunnen overheidsopdrachten zal blijven aanbieden. Dat komt doordat het uurtarief in de beoordelingssystematiek niet is meegenomen en de bandbreedtes dusdanige prijsmarges bieden die, zo komt het de Commissie voor en is door aanbesteder niet weersproken, aanmerkelijk hoger zijn dan de hoogte van de fee's. Daardoor kan niet op voorhand worden vastgesteld dat degene die op basis van de gehanteerde beoordelingsmethodiek de economisch meest voordelige inschrijver lijkt te zijn, in de uitvoering ook daadwerkelijk de economisch meest voordelige inschrijver voor de onder de raamovereenkomst te gunnen overheidsopdrachten zal zijn. Een beoordelingssystematiek die ertoe leidt dat de opdracht bij gelijke kwaliteit wordt gegund aan een (in potentie) duurdere inschrijving, is niet in overeenstemming met het criterium van de beste prijs-kwaliteitverhouding.
- 4.8.12. Nu aanbesteder niet heeft gekozen voor een beoordelingssystematiek die hem *zonder meer* in staat stelt na te gaan welke inschrijving de beste prijs-kwaliteitverhouding biedt, bestaat tevens het risico dat niet wordt voldaan aan de verplichting van artikel 1.4, lid 2, Aw 2012 om zorg te dragen voor het leveren van zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen. Het feit dat



aanbesteder een social return voorwaarde in de aanbestedingsprocedure heeft opgenomen wil niet automatisch zeggen dat aanbesteder daarmee aan de hiervoor bedoelde verplichting voldoet.

4.9. Klachtonderdeel 2

4.10. Ondernemer klaagt, dat een slechte score op het onderdeel "prijs" nauwelijks is goed te maken op het onderdeel "kwaliteit". Daardoor is in feite sprake van het gunningscriterium "laagste prijs".

4.11. Nu de Commissie klachtonderdeel 1 gegrond acht, kan de behandeling van klachtonderdeel 2 achterwege blijven, omdat dit klachtonderdeel voortvloeit uit een onjuist gekozen beoordelingssystematiek.

**5. Advies**

De Commissie acht klachtonderdeel 1 betreffende de beoordelingssystematiek **gegrond**. Behandeling van klachtonderdeel 2 kan achterwege blijven omdat dit klachtonderdeel voortvloeit uit een onjuist gekozen beoordelingssystematiek.

Den Haag, 17 februari 2022

Mr. A.C.M Fischer-Braams    Mr. G.R. Werkman-Bouwkamp    Mr. drs. T.H. Chen

Voorzitter

Vicevoorzitter

Commissielid