

# Commissie van Aanbestedingsexperts

## Advies 738

### 1. Waar gaat dit advies over?

- 1.1. De klacht ziet op een meervoudig onderhandse procedure voor video- en animatiediensten ten behoeve van een onderwijsinstelling. Doel is het sluiten van een raamovereenkomst met twee ondernemers. Aanbesteder heeft negen ondernemers uitgenodigd in te schrijven. Uiteindelijk hebben acht ondernemers ingeschreven. Ondernemer is niet geselecteerd.
- 1.2. De Commissie heeft de klacht van ondernemer onderverdeeld in zes klachtonderdelen. In klachtonderdelen 1 en 2 klaagt ondernemer kort gezegd dat het disproportioneel is om van negen genodigde inschrijvers in een meervoudig onderhandse procedure te verlangen dat zij ten behoeve van de beoordeling van hun inschrijving vele kosten maken en inspanningen verrichten zonder dat daar een inschrijvergoeding tegenover staat. Iedere inschrijver moet vier verschillende video's maken. In klachtonderdeel 3 klaagt ondernemer dat de zittende dienstverleners bij het maken van een video ten behoeve van Kwaliteitsvraag 4 een dusdanige voorsprong hebben, dat het gelijke speelveld wordt verstoord. In klachtonderdelen 4, 5 en 6 klaagt ondernemer over de beoordeling van een aantal kwaliteitsvragen.

### 2. Hoe luidt dit advies?

#### Klachtonderdeel 1 en 2

- 2.1. De Commissie overweegt dat het proportionaliteitsbeginsel en de Gids Proportionaliteit ook van toepassing zijn bij een meervoudig onderhandse procedure (artikel 1.16 Aw 2012). De Commissie is op grond van het bepaalde in de Aanbestedingswet en de Gids Proportionaliteit van oordeel dat aanbesteder het beginsel van proportionaliteit heeft geschonden door: (1) negen ondernemers uit te nodigen voor zijn meervoudig onderhandse procedure en van alle negen genodigde ondernemers te verlangen dat zij in het kader van de beoordeling van hun inschrijving vier videoproducties maken, (2) waardoor inschrijvers onnodig veel kosten moeten maken en inspanningen moeten verrichten zonder dat daar een inschrijvergoeding tegenover staat. De Commissie acht deze klachtonderdelen **gegrond**.

#### Klachtonderdeel 3

- 2.2. De Commissie overweegt dat op grond van de wet en de rechtspraak de beginselen van gelijkheid en transparantie ook van toepassing zijn op een meervoudig onderhandse procedure. De Commissie acht dit klachtonderdeel **ongegron**d, omdat niet kan worden vastgesteld dat inschrijvers bij Kwaliteitsvraag 4 geen gelijke kansen hebben gekregen wegens een ongeoorloofde voorsprong van de zittende dienstverleners. Ondernemer heeft dit klachtonderdeel onvoldoende concreet onderbouwd.

#### Klachtonderdeel 4, 5 en 6

- 2.2.1. Klachtonderdeel 4 acht de Commissie **gegrond**. De Commissie is van oordeel dat aanbesteder het transparantiebeginsel heeft geschonden omdat uit de motivering in de gunningsbeslissing ten aanzien van Kwaliteitsvraag 2 niet blijkt wat

inschrijver nu precies goed en minder goed heeft gedaan en hoe hij het beter had kunnen doen. Dit heeft tot gevolg dat ondernemer niet kan controleren of de beoordeling de gunningsbeslissing rechtvaardigt. De Commissie **staakt de verdere behandeling** van klachtonderdeel 5 waarin ondernemer klaagt dat aanbesteder Kwaliteitsvraag 1 niet heeft beoordeeld volgens zijn eigen beoordelingskader. De Commissie is hiertoe genoodzaakt omdat het beoordelingskader zelf niet transparant is, waardoor de Commissie ook niet kan vaststellen of aanbesteder de inschrijving van ondernemer volgens zijn eigen beoordelingskader heeft beoordeeld. Klachtonderdeel 6 waarin ondernemer klaagt dat aanbesteder Kwaliteitsvraag 4 onjuist heeft beoordeeld, acht de Commissie **gegrond**. De Commissie is van oordeel dat aanbesteder het transparantiebeginsel heeft geschonden, omdat uit de motivering van de gunningsbeslissing niet blijkt dat de beoordeling van de kwaliteitsvraag heeft plaatsgevonden overeenkomstig het beoordelingskader dat aanbesteder vooraf heeft geschetst.

### **3. Wat is de achtergrond?**

- 3.1. Aanbesteder, een onderwijsinstelling, heeft op 4 april 2024 negen ondernemingen, waaronder ondernemer, uitgenodigd om in te schrijven op een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure voor video- en animatiediensten. Doel is het sluiten van een raamovereenkomst met twee ondernemers voor de komende drie jaar. Gegund wordt aan de twee inschrijvers met de beste prijs-kwaliteitsverhouding (BPKV). In de huidige situatie beschikt aanbesteder via een raamovereenkomst over drie vaste dienstverleners voor de betreffende diensten.
- 3.2. Op de aanbesteding hebben acht gegadigden ingeschreven, waaronder ondernemer.
- 3.3. Op 12 juni 2024 heeft aanbesteder de voorlopige gunningsbeslissing meegedeeld aan de inschrijvers. Ondernemer is als derde geëindigd en komt daarmee niet in aanmerking voor de opdracht.
- 3.4. Nog op dezelfde dag, 12 juni 2024, heeft ondernemer een klacht ingediend bij het klachtenmeldpunt van aanbesteder, waarbij ondernemer onder meer ook klaagt over de onvolledige motivering van de gunningsbeslissing.
- 3.5. Op 18 juni 2024 heeft aanbesteder op de motivering van 12 juni 2024 een, zoals aanbesteder het noemt, toelichting gegeven.
- 3.6. Op 19 juni heeft ondernemer, zoals ondernemer het noemt, een definitieve klacht naar aanbesteder gezonden, waarin ondernemer aangeeft zijn klacht van 12 juni 2024 te handhaven en hij nader ingaat op de aspecten genoemd in de motivering van de gunningsbeslissing van 18 juni 2024.
- 3.7. Op 1 juli 2024 heeft het klachtenmeldpunt de klacht van ondernemer op alle onderdelen ongegrond verklaard.
- 3.8. Op 2 juli 2024 heeft ondernemer een klacht ingediend bij de Commissie. De Commissie heeft aanbesteder op 15 juli 2024 laten weten de klachtonderdelen die ondernemer bij aanbesteder kenbaar heeft gemaakt in behandeling te nemen.
- 3.9. Op 13 augustus heeft aanbesteder op de door ondernemer bij de Commissie ingediende klacht gereageerd. Aanbesteder laat de Commissie weten dat hij inmiddels tot definitieve gunning is overgegaan overeenkomstig paragraaf 2.10 van de offerteaanvraag (te weten: 'de overeenkomst wordt niet eerder gesloten dan 15 dagen na mededeling van de voorlopige gunningsbeslissing').

#### **4. Wat zijn de standpunten van partijen?**

- 4.1. Hoewel de klacht van ondernemer bij de Commissie bestaat uit zes klachtonderdelen, zal de Commissie zich in dit advies beperken tot de klachtonderdelen 2 tot en met 6 van ondernemer. Klachtonderdeel 1 heeft ondernemer namelijk niet eerder schriftelijk kenbaar gemaakt aan aanbesteder, wat op grond van artikel 9 lid 1 onder a van het reglement van de Commissie een voorwaarde is om de klacht in behandeling te kunnen nemen. De Commissie heeft vervolgens de overige vijf klachtonderdelen geherformuleerd hetgeen uiteindelijk heeft geleid tot zes klachtonderdelen die de Commissie in behandeling heeft genomen.

##### *Ondernemer*

- 4.2. De klacht van ondernemer komt er kort gezegd op neer dat het niet proportioneel is om in deze procedure van alle negen genodigde ondernemers vier videoproductions te verlangen ten behoeve van de beoordeling van hun inschrijvingen (klachtonderdeel 1) en dat het ook niet proportioneel is om geen tenderkostenvergoeding te geven voor al het videomateriaal dat wordt verlangd (klachtonderdeel 2). Daarnaast zouden de zittende dienstverleners een ontoelaatbare kennisvoorsprong hebben (klachtonderdeel 3), zou de gunningsbeslissing ten aanzien van het tweede gunningscriterium innerlijke tegenstrijdigheden bevatten (klachtonderdeel 4) en zou de gunningsbeslissing ten aanzien van het eerste gunningscriterium beoordelingsaspecten bevatten die niet in het beoordelingskader stonden (klachtonderdeel 5). Tot slot zou het vierde gunningscriterium onjuist zijn beoordeeld (klachtonderdeel 6). Zie voor een uitgebreide behandeling van de klacht onder 5 van dit advies.

##### *Aanbesteder*

- 4.3. Aanbesteder stelt kort gezegd dat het proportioneel is om bij een aanbesteding voor de inkoop van video- en animatiediensten beeldmateriaal te verlangen van de inschrijvers om daarmee hun kwaliteit te beoordelen. Vanwege budgettaire overwegingen heeft hij er niet voor gekozen tenderkosten te vergoeden, maar heeft hij zich wel ingespannen de omvang en het aantal video's en de kosten voor inschrijvers zoveel mogelijk te beperken. Van een eventuele voorsprong van de zittende leveranciers is geen sprake omdat hij een aantal maatregelen heeft genomen ter voorkoming daarvan. Wat betreft de gestelde innerlijke tegenstrijdigheden in de gunningsbeslissing stelt aanbesteder dat enige tekstuele verschillen tussen de voorlopige gunningsbeslissing en de toelichting daarop logisch zijn. Tot slot stelt aanbesteder dat hij in zijn gunningsbrief geen nieuwe beoordelingsaspecten heeft meegenomen en dat hij het vierde gunningscriterium juist heeft beoordeeld. Zie voor een uitgebreide behandeling van de stellingen van aanbesteder onder 5 van dit advies.

#### **5. Hoe beoordeelt de Commissie deze klacht?**

##### *Inleiding*

- 5.1. De Commissie stelt voorop dat zij bij de beoordeling van deze klacht een meervoudig onderhandse procedure tot uitgangspunt heeft genomen omdat aanbesteder deze procedure heeft gevolgd ten behoeve van de onderhavige aanbesteding van de video- en animatiediensten. De Commissie plaatst hierbij de kanttekening dat de omvang van de opdracht voor deze diensten de Europese drempelwaarde lijkt te overstijgen. Daarnaast stelt de Commissie voorop dat zij, daar waar aanbesteder in zijn aanbestedingsstukken artikelen van toepassing heeft verklaard die zien op Europese procedures (in tegenstelling tot de meervoudig onderhandse procedures), zij die artikelen tot uitgangspunt heeft genomen.

- 5.2. De klacht, bestaande uit verschillende klachtonderdelen, heeft de Commissie in eigen woorden samengevat en worden aan de hand van vragen in de volgende volgorde besproken: Is het proportioneel om van negen genodigde ondernemers videomateriaal te verlangen in deze onderhandse procedure (klachtonderdeel 1)? Is het proportioneel om inschrijvers geen inschrijfvergoeding te geven voor de vier te maken videoproducties (Klachtonderdeel 2)? Hebben de zittende dienstverleners een dusdanige voorsprong dat het gelijke speelveld is verstoord (klachtonderdeel 3)? Bevat de beoordeling van Kwaliteitsvraag 2 tegenstrijdigheden (klachtonderdeel 4)? Heeft aanbesteder Kwaliteitsvraag 1 beoordeeld volgens zijn eigen beoordelingskader (klachtonderdeel 5)? Is Kwaliteitsvraag 4 onjuist beoordeeld (Klachtonderdeel 6)?

***Klachtonderdeel 1: Is het proportioneel om van alle negen genodigde ondernemers videomateriaal te verlangen in deze onderhandse procedure?***

- 5.3. Ondernemer klaagt dat het niet proportioneel is dat aanbesteder van inschrijvers heeft verlangd dat zij ten behoeve van de beoordeling videomateriaal produceren, nota bene in een onderhandse procedure. Ondernemer stelt dat hierover verscheidene vragen zijn gesteld en voorstellen zijn gedaan in de nota van inlichtingen, maar dat aanbesteder daar geen gehoor aan heeft gegeven.
- 5.4. Aanbesteder stelt dat hij de omvang en het aantal te maken video's heeft beperkt om daarmee ook rekening te houden met het proportionaliteitsbeginsel en de inspanningen van de inschrijvers. Aanbesteder stelt dat het in zijn ogen proportioneel is om bij een aanbesteding voor de inkoop van video- en animatiediensten beeldmateriaal te ontvangen van de inschrijvers om daarmee hun kwaliteit te beoordelen. Tot slot stelt aanbesteder dat hij een wat groter aantal partijen heeft uitgenodigd, omdat hij in deze aanbesteding twee partijen zal selecteren. Volgens aanbesteder is een winkans van 25% wel proportioneel.
- 5.5. De Commissie acht de klacht van ondernemer voor wat betreft dit onderdeel **gegrond**. Zij is van oordeel dat aanbesteder in strijd met het proportionaliteitsbeginsel ongemotiveerd is afgeweken van Voorschrift 3.4B Gids Proportionaliteit door negen ondernemers uit te nodigen voor deelname in deze meervoudig onderhandse procedure en van hen allemaal te verlangen dat zij videomateriaal produceren ten behoeve van de beoordeling van de inschrijvingen.
- 5.6. De Commissie onderbouwt dit als volgt.
- 5.7. De Commissie overweegt dat zij om de klacht van ondernemer in dit klachtonderdeel te kunnen beoordelen moet onderzoeken of het proportioneel is om negen ondernemers uit te nodigen voor een meervoudig onderhandse procedure en van hen te verlangen dat zij in het kader van hun inschrijving videomateriaal moeten aanleveren.

*Toetsingskader*

- 5.8. Vooropgesteld moet worden dat een aanbestedende dienst het proportionaliteitsbeginsel in acht moet nemen. Dit beginsel heeft tot doel dat de aanbestedende dienst zich reeds bij de voorbereiding van een aanbestedingsprocedure afvraagt of de voorgenomen eisen, voorwaarden en criteria die aan de inschrijving en inschrijver worden gesteld in redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht. Het proportionaliteitsbeginsel is voor meervoudig onderhandse aanbestedingen neergelegd in artikel 1.16 Aw 2012 en wordt verder uitgewerkt in de Gids Proportionaliteit (3<sup>e</sup> herziening, 1 januari 2022).

- 5.8.1. In Voorschrift 3.4B Gids Proportionaliteit wordt voorgeschreven dat een aanbestedende dienst bij een meervoudig onderhandse procedure onder de Europese aanbestedingsdrempel ten minste drie en ten hoogste vijf inschrijvers uitnodigt tot het doen van een inschrijving. In de toelichting bij dit voorschrift wordt opgemerkt dat meer ondernemers uitnodigen betekent dat er ook meer (ondernemers) aan het werk gezet worden om een offerte te maken, hetgeen de transactiekosten verhoogt. Verder wordt in de toelichting verduidelijkt dat het type product dat wordt uitgevraagd, de soort markt waarop de aanbesteding betrekking heeft en de inspanningen die bij inschrijving worden gevraagd, van invloed zullen zijn op de keuze van de te volgen aanbestedingsprocedure.

#### *Omstandigheden*

- 5.9. De Commissie overweegt dat aanbesteder voor deze meervoudig onderhandse procedure negen ondernemers heeft uitgenodigd, van wie uiteindelijk acht ondernemers hebben ingeschreven. Uit de aanbestedingsstukken begrijpt de Commissie dat inschrijvers op grond van de vier gestelde kwaliteitscriteria (d.w.z. de Kwaliteitsvragen 1 t/m 4) vier videoproducten moesten maken ten behoeve van de beoordeling van hun inschrijving. Het gaat om twee compilatievideo's van eerder voltooide projecten (Kwaliteitsvragen 1 en 2), één animatievideo waarin de resultaten van een eerder in opdracht van aanbesteder uitgevoerd onderzoeksproject op een boeiende manier worden overgebracht aan potentiële doelgroepen van aanbesteder (Kwaliteitsvraag 3), en één videoproductie die gericht is op het aantrekken van potentiële studenten voor een open dag van aanbesteder (Kwaliteitsvraag 4).
- 5.9.1. De Commissie ziet dat in de nota van inlichtingen verscheidene vragen zijn gesteld over de proportionaliteit van de grote hoeveelheid te maken videoproducties door in totaal negen genodigde ondernemers (onder meer de vragen 23, 28 en 123). Er zijn verscheidene voorstellen gedaan om de transactiekosten die het maken van deze video's met zich meebrengt te reduceren. Bijvoorbeeld door enkel video's te verlangen bij Kwaliteitsvragen 1 en 2, en voor de Kwaliteitsvragen 3 en 4 enkel een plan van aanpak te accepteren.
- 5.9.2. Uit de antwoorden op deze vragen begrijpt de Commissie dat aanbesteder geen gehoor heeft gegeven aan deze verzoeken. Aanbesteder heeft aangegeven dat hij de video's van inschrijvers nodig heeft om een goed beeld te kunnen krijgen van de kwaliteit van hun inschrijvingen. Om rekening te houden met de inspanningen die daarbij van inschrijvers worden gevraagd, zou aanbesteder daarom bij Kwaliteitsvraag 3 bepaald hebben dat inschrijvers zelf de lengte van de video kunnen bepalen, en bij Kwaliteitsvraag 4 een deel van een videoproductie kunnen maken.
- 5.9.3. Uit het advies van het klachtenmeldpunt van aanbesteder van 1 juni 2024 op de klacht van ondernemer begrijpt de Commissie dat het klachtenmeldpunt het uitnodigen van negen marktpartijen – gelet op de totale transactiekosten aan de kant van de markt - aan de hoge kant vindt. Daarnaast heeft het klachtenmeldpunt opgemerkt dat het beter was geweest wanneer aanbesteder zijn keuze om af te wijken van Voorschrift 3.4B Gids Proportionaliteit, waarin staat dat bij een meervoudig onderhandse procedure in beginsel ten hoogste vijf inschrijvers worden uitgenodigd, nader had onderbouwd in de aanbestedingsstukken.

#### *Proportionaliteit keuze procedure*

- 5.10. In Voorschrift 3.4B Gids Proportionaliteit staat dat de aanbestedende dienst bij een meervoudig onderhandse procedure onder de Europese aanbestedingsdrempel ten minste drie en ten hoogste vijf inschrijvers uitnodigt tot het doen van een inschrijving. Meer ondernemers uitnodigen betekent dat er ook meer ondernemers aan

het werk gezet worden om een offerte te maken, hetgeen de transactiekosten verhoogt.

- 5.10.1. De Commissie merkt op, evenals het klachtenmeldpunt van aanbestedder dat doet, dat aanbestedder niet in de aanbestedingsstukken heeft onderbouwd wat de concrete aanleiding is geweest om van dit voorschrift af te wijken. Uit artikel 1.10 lid 4 Aw 2012 volgt dat een aanbestedende dienst een afwijking van de voorschriften uit de Gids Proportionaliteit in de aanbestedingsstukken moet motiveren. Aanbestedder heeft in zijn reactie op de klacht aan de Commissie wel meegedeeld dat hij een wat groter aantal partijen heeft uitgenodigd omdat hij in deze aanbesteding twee partijen zal selecteren. Of aanbestedder daarmee suggereert een onderbouwing te hebben gegeven voor de afwijking van voornoemd Voorschrift, wordt de Commissie niet duidelijk. Het enkele feit dat aanbestedder twee ondernemers selecteert, kan de beslissing om van voornoemd voorschrift af te wijken in elk geval niet dragen. Uit de aanbestedingsstukken wordt namelijk niet duidelijk op welke wijze de opdracht wordt verdeeld over de twee opdrachtnemers, waardoor onduidelijk is of beide opdrachtnemers een substantieel deel van de nadere opdrachten zullen verkrijgen. Daar komt bij dat door twee ondernemers te selecteren weliswaar de winkans percentageel wordt vergroot, maar het aantal inschrijvers dat niet wordt geselecteerd, voor wie de inschrijfkosten tevergeefs gemaakte kosten zijn, in absolute zin ook groter is. Hoe het ook zij, aanbestedder had zijn onderbouwing tijdig, voor eenieder toegankelijk en inhoudelijk afdoende beargumenteerd in de aanbestedingsstukken kenbaar moeten maken.
- 5.10.2. Nu aanbestedder meer ondernemers heeft uitgenodigd tot het doen van een inschrijving dan op grond van de Gids Proportionaliteit als proportioneel wordt gezien, betekent dit dat meer ondernemers aan het werk worden gezet een offerte te maken, hetgeen, aldus de Gids Proportionaliteit, de transactiekosten verhoogt. De Commissie constateert dat aanbestedder in deze procedure een aanzienlijke inspanning vraagt van ondernemers voor het doen van een inschrijving. Om in aanmerking te komen voor gunning moeten inschrijvers bij inschrijving vier videoproducties indienen (zie 5.9 hierboven), waarvan twee videoproducties op maat gemaakt moeten worden voor het doen van een inschrijving. Het indienen van vier videoproducties ten behoeve van de beoordeling zal de transactiekosten van ondernemers substantieel laten stijgen. In combinatie met het aantal uitgenodigde ondernemers zijn de inspanningen die hier worden gevraagd gezien de kosten die dit met zich meebrengt naar het oordeel van de Commissie disproportioneel.
- 5.10.3. Wanneer aanbestedder het daadwerkelijk van belang vindt dat inschrijvers vier videoproducties bij inschrijving aanleveren, had aanbestedder ook kunnen kiezen voor een procedure met voorselectie, waarbij slechts een beperkt aantal ondernemers de verlangde hoeveelheid videomateriaal zou hoeven te maken. Dit zou de totale transactiekosten aanzienlijk reduceren. De Commissie leest ook in de tekst in de Leeswijzer van de Gids Proportionaliteit (zie p. 3) dat een dergelijke niet-openbare procedure in dit geval het meest voor de hand ligt.
- 5.11. De Commissie komt tot de slotsom dat aanbestedder het beginsel van proportionaliteit heeft geschonden door af te wijken van Voorschrift 3.4B Gids Proportionaliteit zonder een motivering te geven die de afwijking van dit voorschrift rechtvaardigt. Daarmee acht de Commissie dit klachtonderdeel **gegrond**.

**Klachtonderdeel 2: Is het proportioneel om inschrijvers geen inschrijvergoeding te geven voor de vier te maken videoproducties?**

- 5.12. Ondernemer klaagt dat het disproportioneel is om van inschrijvers te verlangen dat zij vier videoproducties produceren zonder daar een tenderkostenvergoeding tegenover te stellen. Volgens ondernemer is in deze aanbesteding van inschrijvers

'een extreme inspanning' gevraagd. Ondernemer stelt dat hierover verscheidene vragen in de nota van inlichtingen zijn gesteld, maar dat aanbesteder hierop afwijzend heeft gereageerd.

- 5.13. Aanbesteder stelt dat hij er zoveel mogelijk naar heeft gestreefd de hem ter beschikking staande budgetten te besteden aan zijn primaire taak, het bieden van onderwijs. Aanbesteder heeft daarom kritisch naar indirecte kosten voor bedrijfsvoering gekeken, en dus ook naar een eventuele vergoeding van tenderkosten. Aanbesteder erkent (middels het oordeel van het klachtmeldpunt dat aanbesteder onderschrijft) dat er weliswaar 'substantiële inspanningen' zijn gevraagd van inschrijvers, maar volgens aanbesteder is het niet zo dat er dusdanig extreme inspanningen van inschrijvers zijn gevraagd dat het onevenredig zou zijn om geen tenderkostenvergoeding te verschaffen. Bovendien, zo stelt aanbesteder, stond het inschrijvers ook vrij om niet in te schrijven.
- 5.14. De Commissie acht de klacht van ondernemer voor wat betreft dit onderdeel **gegrond**. Zij is van oordeel dat aanbesteder het proportionaliteitsbeginsel heeft geschonden door in deze specifieke aanbesteding aan inschrijvers geen inschrijvergoeding te geven voor de vier videoproducties die zij moeten maken ten behoeve van de beoordeling van hun inschrijving.
- 5.15. De Commissie onderbouwt dit als volgt.

#### *Toetsingskader*

- 5.16. Vooropgesteld moet worden dat een aanbestedende dienst het proportionaliteitsbeginsel in acht moet nemen. Dit beginsel heeft tot doel dat de aanbestedende dienst zich reeds bij de voorbereiding van een aanbestedingsprocedure afvraagt of de voorgenomen eisen, voorwaarden en criteria die aan de inschrijving en inschrijver worden gesteld in redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht. Het proportionaliteitsbeginsel is voor meervoudig onderhandse aanbestedingen neergelegd in artikel 1.16 Aw 2012 en wordt verder uitgewerkt in de Gids Proportionaliteit (3<sup>e</sup> herziening, 1 januari 2022).
- 5.16.1. Hoewel het proportionaliteitsbeginsel voor meervoudig onderhandse procedures is vastgelegd in artikel 1.16 Aw 2012, heeft aanbesteder in paragraaf 2.1 van de offerteaanvraag het proportionaliteitsbeginsel zoals vastgelegd in artikel 1.10 Aw 2012 van toepassing verklaard op zijn meervoudig onderhandse procedure (aangebesteder verwijst overigens naar 'paragraaf' 1.10 Aw 2012, maar dat lijkt een verschrijving en is door de Commissie opgevat als een verwijzing naar artikel 1.10 Aw).
- 5.16.2. Volgens artikel 1.16 lid 2 onder c Aw 2012 moet een aanbestedende dienst op grond van het proportionaliteitsbeginsel, bij de voorbereiding van en het tot stand brengen van een overheidsopdracht, in ieder geval acht slaan op de aan een inschrijving verbonden kosten. Volgens artikel 1.10 lid 2 onder g Aw 2012 moet een aanbestedende dienst overeenkomstig hetzelfde beginsel, in ieder geval acht slaan op een vergoeding voor hoge kosten van een inschrijving. In dit advies heeft de Commissie de verplichting tot vergoeding van kosten onderzocht aan de hand van artikel 1.10 lid 2 sub g, omdat daarin de verplichting expliciet wordt genoemd. Dat betekent niet dat een dergelijke verplichting niet zou kunnen worden afgeleid uit artikel 1.16 Aw 2012, maar omdat in dit geval 1.10 van toepassing is verklaard, heeft de Commissie geen verdere aandacht besteed aan het verschil tussen de verplichtingen die voortvloeien uit artikel 1.10 en 1.16 Aw 2012.
- 5.16.3. Het proportionaliteitsbeginsel wordt nader uitgewerkt in de Gids Proportionaliteit (3<sup>e</sup> herziening, 1 januari 2022). In paragraaf 3.5.5 Gids Proportionaliteit, dat

inleidende en algemene informatie bevat over gunningscriteria, wordt verduidelijkt dat de wetgever het gunningscriterium beste prijs-kwaliteitsverhouding tot uitgangspunt heeft genomen bij de keuze tussen de verschillende gunningscriteria (artikel 2.114 Aw 2012). Aangegeven wordt dat een aanbestedende dienst bijvoorbeeld de uitwerking van een plan van aanpak moet vragen aan de hand van objectieve en heldere criteria. Hierbij dient de inspanning die dit vraagt van elke inschrijver in acht te worden genomen; bij extreme eisen in het kader van een inschrijving kan een inschrijververgoeding beschikbaar worden gesteld. In Voorschrift 3.8A Gids Proportionaliteit en de toelichting daarop staat onder meer dat het proportioneel is een inschrijver een inschrijververgoeding te geven wanneer bij inschrijving een gedeelte van de te plaatsen opdracht moet worden uitgevoerd en het onvermijdelijk is dat er verhoudingsgewijs aanzienlijke kosten per inschrijving moeten worden gemaakt. Hierbij valt te denken aan visiepresentaties, maquettes, modellen, schetsen of (constructie-)doorberekeningen.

#### *Proportionaliteit inschrijververgoeding*

- 5.17. De Commissie overweegt dat aanbesteder in paragraaf 2.1 van de offerteaanvraag heeft opgenomen dat in deze aanbesteding zal worden gegund aan de inschrijver met de beste prijs-kwaliteitverhouding. In paragraaf 5.2 van de offerteaanvraag geeft aanbesteder aan dat hij in deze aanbesteding een optimale verhouding wenst te verkrijgen tussen prijs en kwaliteit. Beoordeling van het gunningscriterium kwaliteit zal plaatsvinden op basis van het principe 'gunnen op waarde'. Er worden vier kwaliteitsvragen gesteld, die als bijlage 5 tot en met 8 aan de offerteaanvraag zijn toegevoegd. Per (kwaliteits)vraag is een kwaliteitswaarde aangegeven. De verschillende kwaliteitswaarden leiden tot fictieve aftrek in euro's op de inschrijfprijs van de inschrijver. Per kwaliteitsvraag wordt verlangd dat een videoproductie wordt gemaakt. De vier videoproducties tezamen kunnen tot een fictieve aftrek leiden van maximaal € 1.400.000,-.
- 5.17.1. De Commissie overweegt dat artikel 1.10 Aw 2012 (dat op deze procedure van toepassing is verklaard, zie 5.16.1 hierboven) het overkoepelende artikel is voor wat betreft de plicht van een aanbestedende dienst proportionaliteit in acht te nemen bij het stellen van eisen, voorwaarden en criteria. De Commissie overweegt vervolgens dat in artikel 1.10 lid 2 onder g Aw 2012 nader wordt uitgelegd dat deze plicht tot het in acht nemen van proportionaliteit ook geldt bij beslissingen over een vergoeding voor hoge kosten van inschrijving.
- 5.17.2. Hoewel Voorschrift 3.8A Gids Proportionaliteit betrekking heeft op de proportionaliteit van het verlenen van een inschrijververgoeding aan inschrijvers, constateert de Commissie dat dit voorschrift toepassing mist in deze klacht. Het voorschrift bepaalt dat het proportioneel is een vergoeding aan te bieden wanneer ten behoeve van de inschrijving een gedeelte van de te plaatsen opdracht moet worden uitgevoerd. De in dat voorschrift bedoelde 'vergoeding' ziet blijkens de toelichting bij dit voorschrift (p. 64) op specifieke gevallen waarin het onvermijdelijk is dat inschrijvers bij inschrijving verhoudingsgewijs aanzienlijke kosten moeten maken. Als voorbeeld wordt in de toelichting verwezen naar 'visiepresentaties, maquettes en modellen, schetsen of (constructie-)doorberekening'.
- 5.17.3. De Commissie constateert dat in de huidige aanbesteding de verlangde video's niet hoeven te worden gemaakt in het kader van een gedeeltelijke uitvoering van de opdracht, zoals bedoeld in Voorschrift 3.8A Gids Proportionaliteit. De video's worden uitsluitend gevraagd in het kader van de gunningscriteria (de Kwaliteitsvragen 1 t/m 4) waarvoor punten kunnen worden gescoord. Het niet indienen van een of meerdere video's kan ertoe leiden dat een fictieve aftrek op basis van het principe 'gunnen op waarde' niet zal worden toegekend (zie het waarderingsschema in paragraaf 5.2.3 van de offerteaanvraag).



- 5.17.4. Zodoende zal de Commissie zich bij de vraag of het proportioneel is om voor de verlangde video's in deze aanbesteding een inschrijfvergoeding te verlenen, zich moeten richten op het overkoepelend artikel 1.10 lid 2 onder g Aw 2012 en hetgeen is bepaald in paragraaf 3.5.5 Gids Proportionaliteit. De Commissie leest in artikel 1.10 lid 2 onder g Aw 2012 dat de vraag of het proportioneel is een inschrijfvergoeding te verlenen voor de kosten van inschrijving ook kan spelen bij de te stellen criteria in een aanbesteding, namelijk wanneer het gaat om hoge kosten die in het kader van deze criteria moeten worden gemaakt. Uit paragraaf 3.5.5 Gids Proportionaliteit begrijpt de Commissie dat een aanbestedende dienst bij het opstellen van kwalitatieve criteria en bij hetgeen hij met het oog op deze criteria van inschrijvers verlangt, rekening moet houden met de inspanningen die hij daarbij vraagt van inschrijvers. Bij extreme eisen in het kader van een inschrijving wordt het redelijk geacht een inschrijfvergoeding beschikbaar te stellen.
- 5.17.5. De Commissie constateert dat inschrijvers in deze aanbesteding ten behoeve van de beoordeling van hun inschrijving substantiële inspanningen moeten verrichten en als gevolg daarvan kosten maken.
- 5.17.6. Inschrijvers moeten in totaal vier videoproducties aanleveren. De Commissie gaat ervan uit dat het maken van een enkele video op zich al de nodige tijd in beslag zal nemen en de nodige kosten met zich mee zal brengen. De Commissie beseft dat de ene video meer of minder tijd in beslag zal nemen dan de andere. Zo zullen de eerste twee video's op grond van de Kwaliteitsvragen 1 en 2, waarbij een (animatie)video wordt gevraagd bestaande uit een compilatie van verschillende voltooide projecten, zeker minder inspanning vragen dan de te maken video's op grond van de Kwaliteitsvragen 3 en 4, waarbij niet kan worden teruggegrepen op eerder gemaakte video's. Dit neem echter niet weg dat vier video's zullen moeten worden gemaakt, die alle voorbereiding vragen en zullen moeten worden gemoniteerd.
- 5.17.7. De Commissie constateert dat met name de laatste twee video's op grond van de Kwaliteitsvragen 3 en 4 voor wat betreft de gevraagde inspanningen en daaraan gerelateerde kosten belastend zullen zijn voor inschrijvers. Voor de video bij Kwaliteitsvraag 3 moet inschrijver zich niet alleen verdiepen in een onderzoek dat aanbesteder heeft uitgevoerd in opdracht van de gemeente waarin de onderwijsinstelling van aanbesteder zich bevindt, maar moet hij ook de resultaten van dit onderzoek zodanig verwerken dat hij deze op een boeiende manier in een animatievideo zal kunnen overbrengen aan toekomstige studenten. Voor de video van een open dag bij Kwaliteitsvraag 4 moet inschrijver zich allereerst verdiepen in de bij de kwaliteitsvraag (in aparte bijlagen) bijgeleverde stijlgids en campagnegids. Daarnaast zal inschrijver, omdat aanbesteder het passend vindt dat studenten van de onderwijsinstelling van aanbesteder worden gebruikt (zie antwoord op vraag 76 in de nota van inlichtingen), afspraken moeten maken met bereidwillige studenten om te worden geïnterviewd en te worden gefilmd. Dit zal onder meer de nodige logistieke uitdagingen met zich meebrengen.
- 5.17.8. Dat het hier om aanzienlijke inspanningen gaat leidt de Commissie ook af uit de vier kwaliteitsvragen zelf waarin aanbesteder uitlegt dat het hem gaat om hoogwaardige, innovatieve en impactvolle animaties en video's. Ook duiden verscheidene vragen in de nota van inlichtingen hierop. Daarin wordt aanbesteder gettendeerd op de aanzienlijke inspanningen die het maken van vier video's met zich meebrengt, en worden voorstellen gedaan om de inspanningen te reduceren.
- 5.17.9. Het bovenstaande leidt tot het oordeel van de Commissie dat in de huidige aanbesteding dusdanige inspanningen van inschrijvers in het kader van de inschrijving worden verlangd, dat zij hoge kosten voor inschrijving moeten maken. Op grond

hiervan en mede vanwege de omstandigheid dat deze inspanningen worden verlangd van alle negen genodigde ondernemers in deze meervoudig onderhandse procedure, is de Commissie van oordeel dat het verlenen van een inschrijfvergoeding in dit geval proportioneel is.

- 5.18. Commissie is van oordeel dat aanbesteder het proportionaliteitsbeginsel heeft geschonden door geen inschrijfvergoeding toe te kennen. Wanneer aanbesteder niet voldoende budget heeft voor een inschrijfvergoeding had het op de weg van aanbesteder gelegen zijn aanbesteding daarop aan te passen. Daarmee acht de Commissie dit klachtonderdeel **gegrond**.

**Klachtonderdeel 3: Hebben de zittende dienstverleners dusdanige voor-  
sprong dat het gelijke speelveld is verstoord?**

- 5.19. Ondernemer klaagt dat de zittende opdrachtnemers een voorrangspositie hebben, omdat zij gemakkelijker vanuit bestaand materiaal videomateriaal kunnen aanleveren ten behoeve van de gestelde kwaliteitsvragen. Dit creëert een ongelijk speelveld, aldus ondernemer.
- 5.20. Aanbesteder stelt dat de klacht van ondernemer ten aanzien van dit klachtonderdeel ongegrond is, en wel om de volgende redenen.
- 5.20.1. Allereerst stelt aanbesteder dat iedere inschrijver hetzelfde bronmateriaal heeft ontvangen om te gebruiken bij de kwaliteitsvragen.
- 5.20.2. Voor wat betreft de compilatievideo's uit de Kwaliteitsvragen 1 en 2 stelt aanbesteder dat hij niet specifiek heeft verzocht om materiaal uit de onderwijssector. Dit blijkt ook uit een aantal antwoorden op vragen in de nota van inlichtingen.
- 5.20.3. Wat betreft de op grond van Kwaliteitsvraag 4 te maken video stelt aanbesteder dat hij in deze kwaliteitsvraag nadrukkelijk heeft meegegeven dat ook een 'deel van een product', en dus niet alleen een volledig afgewerkte videoproductie, kon worden ingediend. Aanbesteder heeft op vragen in de nota van inlichtingen geantwoord dat hierbij mag worden uitgegaan van een video van rond de 1 minuut (in plaats van de oorspronkelijk vereiste 3 minuten). De keuze voor een geheel of gedeeltelijk product heeft volgens aanbesteder geen invloed gehad op de beoordeling.
- 5.20.4. Voor wat betreft Kwaliteitsvraag 4 stelt aanbesteder daarnaast dat inschrijvers allemaal dezelfde mogelijkheden en kansen hebben gekregen om op locatie te filmen als dat nodig was. Bovendien is het bestaande video- en filmmateriaal van de huidige bureaus niet van belang, aldus aanbesteder, omdat deze materialen niet worden gebruikt in de aanbesteding.
- 5.20.5. Tot slot stelt aanbesteder dat uit het feit dat juist niet de zittende opdrachtnemers het hoogste hebben gescoord op de kwaliteitsvragen blijkt dat er geen voordeel is geweest voor de zittende opdrachtnemers. Zo heeft opdrachtnemer zelf de op een na hoogste kwaliteitsscore behaald op de kwaliteitsvragen.
- 5.21. De Commissie acht de klacht van ondernemer voor wat betreft dit onderdeel **on-gegrond**, omdat niet kan worden vastgesteld dat inschrijvers bij Kwaliteitsvraag 4 geen gelijke kansen hebben gekregen wegens een ongeoorloofde voorsprong van de zittende dienstverleners.
- 5.22. De Commissie onderbouwt dit als volgt.

- 5.23. Bij de behandeling van dit klachtonderdeel heeft de Commissie enkel Kwaliteitsvraag 4 tot uitgangspunt genomen. Bij de Kwaliteitsvragen 1 en 2 kan naar het oordeel van de Commissie moeilijk worden gesproken over een mogelijk voordeel van de zittende dienstverleners, omdat in beide criteria compilatievideo's worden gevraagd van verschillende voltooide projecten die niet gelijk hoefden te zijn aan het soort organisatie van aanbesteder. Concrete omstandigheden die voor zittende opdrachtnemers een voordeel zouden opleveren zijn ook niet door ondernemer gesteld. Voor wat betreft Kwaliteitsvraag 3 overweegt de Commissie dat in de nota van inlichtingen geen vragen zijn gesteld over een mogelijk voordeel van de zittende dienstverleners bij dit gunningscriterium. Bovendien acht de Commissie het niet aannemelijk dat deze kwaliteitsvraag zal hebben geleid tot enig voordeel van de zittende dienstverleners. In de kwaliteitsvraag wordt gevraagd om de resultaten van een eerder voor aanbesteder uitgevoerd onderzoek op een boeiende manier over te brengen door middel van een video. Aanbesteder heeft in de betreffende kwaliteitsvraag duidelijk aangegeven dat de te maken video alleen voor de onderhavige aanbesteding wordt gebruikt en bovendien was het onderzoek volgens aanbesteder voor iedere inschrijver online in te zien.

#### *Toetsingskader*

- 5.24. Als uitgangspunt geldt dat een aanbestedende dienst ondernemers op gelijke wijze behandelt. Deze verplichting voor aanbestedende diensten is voor meervoudig onderhandse aanbestedingen neergelegd in artikel 1.16 Aw 2012. Op deze wijze wordt een gezonde en daadwerkelijke mededinging bevorderd, waarbij alle inschrijvers dezelfde kansen krijgen om een opdracht uit te mogen voeren (HvJ EG 29 april 2004, C-496/99, *Succhi di Frutta*). Het waarborgen van het level playing field vloeit voort uit het beginsel van gelijke behandeling.
- 5.24.1. Hoofregel in de jurisprudentie in situaties waarin kan worden voortgebouwd op eerdere dienstverlening of leveringen, is dat inherent aan dergelijke situaties is dat de zittende dienstverlener/leverancier enige (kennis)voorsprong heeft (zie GvEA EG 12 maart 2008, T-345/03 *Evropaïki Dynamiki*, r.o. 70). Dit betekent niet automatisch dat daarmee het gelijke speelveld wordt geschonden (zie HvJ EG 17 september 2002, C-513/99, *Concordia Bus Finland*, ro. 85).
- 5.24.2. Van een schending van het gelijke speelveld is pas sprake wanneer deze (kennis)voorsprong leidt tot een ongeoorloofde kennisvoorsprong, namelijk tot vervalssing of uitschakeling van de mededinging waardoor er ongelijke kansen voor inschrijvers ontstaan (zie onder meer Rb. Midden-Nederland, 25 september 2024, ECLI:NL:RBMNE:2024:5631 en Rb. Midden-Nederland 27 september 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:4581).
- 5.24.3. Om te voorkomen dat inschrijvers geen gelijke kansen krijgen een concurrerende inschrijving te doen, is een aanbestedende dienst verplicht het level playing field zoveel als mogelijk te waarborgen (Gerechtshof Den Haag 13 december 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:BC0036, r.o 26). Dit kan hij doen door alle inschrijvers dezelfde relevante informatie te verstrekken (zie het hiervoor vermelde arrest van het gerechtshof Den Haag, r.o 26), of door het op andere wijze nemen van neutraliserende ('passende') maatregelen (zie GvEA EG 12 maart 2008, T-345/03, *Evropaïki Dynamiki*, r.o. 73-76).
- 5.24.4. Ook wat betreft de neutraliserende maatregelen geldt dat een aanbestedende dienst niet verplicht is alle voordelen die worden genoten door de huidige dienstverlener/leverancier volledig te neutraliseren (zie GvEA EG 12 maart 2008, T-345/03 *Evropaïki Dynamiki*, r.o. 73). Bij de keuze voor neutraliserende maatregelen moet een aanbestedende dienst een afweging maken van de betrokken belangen, waarbij de mogelijke bevoordeling in zijn context wordt beoordeeld. Daarbij

gaat het enerzijds om het belang van de aanbestedende dienst om zonder veel extra kosten en inspanningen een overeenkomst te kunnen sluiten en anderzijds het belang van gelijke behandeling van inschrijvers. Het neutraliseren van de voordelen van de zittende dienstverlener/leverancier is echter slechts vereist voor zover dit vanuit technisch oogpunt eenvoudig te realiseren valt, economisch gezien aanvaardbaar is en geen inbreuk maakt op de rechten van de zittende dienstverlener/leverancier (zie GvEA EG 12 maart 2008, zaak T-345/03 *Evropaiki Dynamiki*, r.o. 73 tot en met 76; advies 729 overweging 5.4.1).

#### *Aanbestedingsstukken*

- 5.25. Kwaliteitsvraag 4 is als bijlage 8 opgenomen in de offerteaanvraag. Het gunningscriterium houdt in dat inschrijver een video moet maken voor een open dag van aanbesteder die gericht is op het aantrekken van potentiële studenten. In de kwaliteitsvraag is voor zover relevant het volgende opgenomen:

#### **‘Introductie**

[Aanbesteder] neemt momenteel voorstellen van gekwalificeerde film- en animatieproductiebureaus aan voor een komende aanbesteding. Wij zijn op zoek naar Inschrijvers die in staat zijn om hoogwaardige, innovatieve en impactvolle animaties te maken.

(...)

#### **Doelstelling:**

Creëer een impactvolle videoproductie die gericht is op het aantrekken van potentiële studenten voor de open dag van [Aanbesteder] (zie 5.17.8 hierboven). Het doel is om zoveel mogelijk geïnteresseerde te bereiken en aan te moedigen de open dag bij te wonen, waar ze zelf de mogelijkheid hebben om verschillende studies te verkennen en te ontdekken. Het moet duidelijk zijn waarom het belangrijk is voor de doelgroep om naar de open dag te komen en welke voordelen het kan bieden. Geef dus duidelijk antwoord op de vraag vanuit de doelgroep: “What’s in it for me?” De video moet worden verspreid via social media (betaald en organisch) en worden geplaatst op de website.

#### **Opdracht**

De opdracht die moet worden uitgewerkt op basis van de doelstelling en de onderstaande richtlijnen bestaat uit twee onderdelen:

- Het concept en de aanpak: Een document van maximaal 4 A4 waarin de keuzes die worden gemaakt t.b.v. het concept en de aanpak en uitvoering van de uiteindelijke videoproductie worden onderbouwd en uitgewerkt. Houd hierbij rekening met de richtlijnen die zijn gesteld. De uitwerking en onderbouwing kan zowel in tekst als visueel zoals bijv. een storyboard of uitgewerkte scènes in de vorm van stills.
- Het uiteindelijke product: Een videoproductie op basis van het concept. Het is aan de inschrijver zelf om ervoor te kiezen een volledig product uit te werken of een deel van het product. Zolang de uitwerking en doorvertaling van het concept naar product duidelijk is en beoordeeld kan worden. Bij een volledig videoproduct mag de eindvideo maximaal 3 minuten duren.

Beide onderdelen worden als een geheel beoordeeld en gezien als een antwoord op de vraag en uitwerking van de opdracht.’

#### **Richtlijnen**

- Duidelijke Conceptpresentatie:

Er moet een gedetailleerde conceptpresentatie geboden worden die de keuzes en overwegingen achter het voorgestelde concept duidelijk en gestructureerd uiteenzet. Benadruk de relatie tussen het concept en de campagne 'Morgen is van jou', en toon aan hoe het concept de doelstellingen van [Aanbesteder] ondersteunt. Geef aan waarom het concept goed aansluit bij de doelgroep en effect kan hebben.

- Onderbouwing Creatieve Keuzes:

Onderbouw de creatieve keuzes bij het vertalen van de waarde propositie van [Aanbesteder] en de campagne naar visueel aantrekkelijke inhoud. Leg uit hoe deze creatieve elementen de doelgroep aantrekken en betrekken.

- Relevantie voor Doelgroep:

Zorg ervoor dat de voorgestelde boodschap relevant is voor de belevingswereld en behoeften van de doelgroep. Toon begrip voor de druk die jongeren ervaren en hoe [Aanbesteder] ondersteuning biedt en een open dag kan helpen bij het maken van een keuze.

- Kwaliteit en Esthetiek:

Het moet professioneel ogen en overeenkomen met de normen en waarde van [Aanbesteder]. Het visuele aspect moet aansluiten bij de moderne en dynamische uitstraling van De Haagse.

- Doelgroepgerichte Creativiteit:

Creativiteit die specifiek gericht is op het aantrekken van de doelgroep. De visuele elementen moeten de interesse wekken en de boodschap effectief communiceren. Overweeg de diversiteit in de doelgroep en zorg voor inclusiviteit in de creatieve benadering.

- Duidelijk Productieproces:

Het volledige productieproces moet beschreven worden, van conceptontwikkeling tot oplevering. Benoem de rollen die een verantwoordelijkheid hebben binnen het proces en wat de taken zijn.

- Feedback en Samenwerking:

Bied duidelijke richtlijnen voor feedback vanuit [Aanbesteder] tijdens het productieproces. Geef aan hoe de communicatie verloopt om eventuele aanpassingen soepel te laten verlopen. Benoem de waarde van samenwerking tussen opdrachtnemer en de artdirector van [Aanbesteder].

- Innovatieve Elementen:

Sta open voor innovatieve elementen in de videoproductie die de impact op de doelgroep kunnen vergroten. Beschrijf hoe het voorgestelde concept vernieuwend is en zich onderscheidt van eerdere benaderingen.

Deze richtlijnen dienen als leidraad voor het beoordelen van de voorgestelde videoproductie voor de open dag van [Aanbesteder]. Het uiteindelijke product moet niet alleen voldoen aan technische normen, maar ook de boodschap op een overtuigende en aantrekkelijke manier aan het beoogde publiek overbrengen.

(...)

## **Beoordeling**

Uw antwoord van kwaliteitsvraag 4 wordt beoordeeld op de volgende aspecten:

- Kwaliteit: De esthetische en technische kwaliteit van de videoproductie.
- Strategische benadering en concept: De strategische overwegingen en hoe het voorgestelde concept bijdraagt aan de doelstelling.
- Creativiteit bij boodschap vertaling: Hoe effectief de boodschap wordt overgebracht en inspeelt op het campagneconcept. De creativiteit waarmee de waarde propositie van [Aanbesteder] en de boodschap van de campagne wordt vertaald naar visueel aantrekkelijke inhoud die de doelgroep aanspreekt en aantrekt.
- Relevantie voor doelgroep: In hoeverre de boodschap aansluit bij de belevingswereld en behoeften van de doelgroep.
- Proces: De beschreven samenwerking en het proces vanaf concept tot oplevering, inclusief de onderbouwing.

### **Score**

Inschrijver kan voor kwaliteitsvraag 4. Video Productie voor de Open Dag van [Aanbesteder] maximaal € 420.000,00 fictieve aftrek scoren. De vraag zal in zijn geheel worden beoordeeld. Inschrijver mag maximaal 4 A 4 en maximaal 3 minuten) gebruiken voor de beantwoording van de bovenstaande onderwerpen. Als u meer dan 4 A 4 of maximaal 3 minuten indient worden deze niet meegewogen in de beoordeling.

(...)'

- 5.26. In de nota van inlichtingen zijn verscheidene vragen gesteld over Kwaliteitsvraag 4, waaronder de vraag over het mogelijke voordeel dat de zittende leveranciers hebben bij dit gunningscriterium. Zij zouden kunnen putten uit bestaand materiaal (vraag 129).
- 5.26.1. Als antwoord op de vraag 129 over het mogelijke voordeel van de zittende dienstverleners bij Kwaliteitsvraag 4, heeft aanbesteder aangegeven dat het niet van belang is dat de huidige partijen al kant-en-klaar materiaal hebben, omdat voor aanbesteder enkel de (Commissie: achterliggende) onderbouwing en aanpak van de video relevant is. Daarom is een 'glimp' van een video voldoende. Als antwoord op de vragen 69 en 76 heeft aanbesteder aangegeven dat filmen op de locatie van aanbesteder mogelijk was bij het maken van een video voor Kwaliteitsvraag 4.

### *Overwegingen vooraf*

- 5.27. De Commissie begrijpt dat drie ondernemingen video- en animatiediensten leveren aan aanbesteder. Uit de reactie van aanbesteder op de klacht bij de Commissie, begrijpt de Commissie bovendien dat deze drie ondernemingen ook hebben ingeschreven op de huidige aanbesteding.
- 5.27.1. Op grond van deze informatie acht de Commissie het aannemelijk dat de drie zittende dienstverleners, zoals ondernemer stelt, videomateriaal dat zij eerder hebben gemaakt voor aanbesteder, nog 'op de plank hadden liggen'. De Commissie acht het ook aannemelijk dat dit materiaal de zittende dienstverleners enig (inherent) voordeel zal hebben opgeleverd in de onderhavige aanbesteding.
- 5.27.2. De Commissie begrijpt dat deze wetenschap bij ondernemer, als niet-zittende inschrijver, vragen oproept over een mogelijke verstoring van het gelijke speelveld ten aanzien van Kwaliteitsvraag 4. Toch rechtvaardigt deze wetenschap niet zomaar de conclusie dat inschrijvers geen gelijke kansen hebben gekregen bij dit gunningscriterium.
- 5.27.3. Van een schending van het gelijke speelveld kan pas sprake zijn wanneer de inherente voorsprong van de zittende dienstverleners heeft geleid tot een ongeoorloofde kennisvoorsprong of ander voordeel, waarbij de mededinging is vervalst of uitgeschakeld.
- 5.27.4. Alvorens te beoordelen of sprake is van vervalsing of uitschakeling van de mededinging, onderzoekt de Commissie de door ondernemer ter onderbouwing van zijn klacht aangedragen objectieve gegevens. Vervolgens kan de Commissie beoordelen in hoeverre aanbesteder 'passende' maatregelen heeft genomen ter voorkoming van vervalsing van de mededinging.

### *Onderbouwing ondernemer*

- 5.28. Allereerst heeft de Commissie onderzocht of ondernemer voldoende objectieve gegevens heeft aangedragen die wijzen op een voorsprong die heeft geleid tot een vervalsing of uitschakeling van de mededinging.
- 5.28.1. Naar het oordeel van de Commissie heeft ondernemer onvoldoende concreet onderbouwd waarom de zittende dienstverleners een voorsprong zouden hebben gehad waardoor de niet-zittende inschrijvers geen gelijke kansen zouden hebben gekregen en de mededinging is vervalst of uitgeschakeld. Het had op de weg van ondernemer gelegen de Commissie duidelijk te maken op welke wijze het voordeel dat de zittende dienstverleners zouden hebben gehad tot schending van het gelijke speelveld heeft geleid. Ondernemer is daarin niet geslaagd.
- 5.28.2. In zijn klacht aan de Commissie heeft ondernemer enkel gesteld dat 'het voor zittende opdrachtnemers gemakkelijker is om vanuit bestaand materiaal te komen tot het op te leveren videomateriaal voor de inschrijving'. In zijn klacht aan het klachtenmeldpunt van aanbesteder heeft ondernemer enkel gesteld dat het hem bevreemdt dat bestaande leveranciers meedoen aan deze uitvraag, omdat zij ontzettend veel videomateriaal tot hun beschikking hebben waarmee ze een voorrangspositie hebben. Dit zou een ongelijk speelveld creëren. De Commissie overweegt dat ondernemer zijn klacht voor wat betreft dit onderdeel zeer algemeen heeft geformuleerd. Uit deze algemene formulering kan de Commissie niet afleiden dat het materiaal dat voor video's van eerdere open dagen is gebruikt ook daadwerkelijk kon worden ingezet bij het maken van een video voor een open dag in het kader van Kwaliteitsvraag 4. Ondernemer had naar het oordeel van de Commissie moeten onderbouwen welke bevindingen van hem tot deze stellingen hebben geleid.

#### *Maatregelen*

- 5.28.3. De Commissie merkt op dat aanbesteder een aantal maatregelen heeft getroffen ter bewaking van het gelijke speelveld. Zo heeft aanbesteder toegestaan dat inschrijvers voor Kwaliteitsvraag 4 ook 'een deel' van een videoproduct konden maken en dat zij voor het maken van de video op de locatie van aanbesteder mochten filmen. Nu ondernemer onvoldoende concreet heeft onderbouwd waarom de zittende dienstverleners een voorsprong zouden hebben gehad waardoor de mededinging zou zijn vervalst of uitgeschakeld, komt de Commissie niet meer toe aan de vraag of de genomen maatregelen passend waren.
- 5.29. De Commissie oordeelt dat niet kan worden vastgesteld dat inschrijvers bij Kwaliteitsvraag 4 geen gelijke kansen hebben gekregen wegens een ongeoorloofde voorsprong van de zittende dienstverleners. Zij verklaart dit klachtonderdeel daarom **ongegrond**.

#### **Klachtonderdeel 4: Bevat de beoordeling van Kwaliteitsvraag 2 tegenstrijdigheden?**

- 5.30. De kern van de klacht van ondernemer in dit onderdeel is dat uit de gunningsbeslissing blijkt dat de beoordeling van Kwaliteitsvraag 2 tegenstrijdigheden bevat.
- 5.30.1. Ondernemer heeft zijn klacht in dit klachtonderdeel nader verwoord in zijn klacht aan aanbesteder d.d. 19 juni 2024. Hierin verwijst ondernemer naar de gunningsbrief van 12 juni 2024. Daarin staat volgens ondernemer ten aanzien van Kwaliteitsvraag 2 het volgende: 'Dit succesvol gemonteerde portfolio bewijst dat de Inschrijver met gemak animaties in verschillende stijlen en genres kan produceren. Zeer goede voorbeelden waarmee Inschrijver laat zien zijn flexibiliteit in verschillende stijlen, genres, soorten media en technieken om diverse doelgroepen aan te spreken.' In de op 18 juni 2024 toegestuurde motivering lijkt aanbesteder daar op

terug te komen, aldus ondernemer: '[Ondernemer] heeft voor kwaliteitsvraag 2 Portfolio Animatie niet de maximale score uitstekend behaald omdat de diversiteit van de verschillende animaties stijlen naar het oordeel van de beoordelingscommissie nog uitgebreider had gekund.' Ondernemer is van mening dat de terminologie in de eerdere beoordeling suggereert dat aanbesteder geen ruimte ziet voor verbetering. De gegeven aftrek in het kader van Gunnen op waarde is hier dus ten onrechte toegepast, aldus ondernemer.

- 5.31. Aanbesteder stelt dat het logisch is dat de tweede motivering van 18 juni 2024, die een uitbreiding vormt van de motivering in de gunningsbeslissing van 12 juni 2024, tekstueel afwijkt van de eerder verstrekte toelichting in de brief van 12 juni. Het is immers een opnieuw opgestelde brief, maar wel op basis van dezelfde beoordeling van de beoordelingscommissie. Het is volgens aanbesteder niet juist dat ondernemer de tekstuele verschillen interpreteert alsof bepaalde aspecten nu ineens als 'minder positief' zijn beoordeeld'. Het klachtenmeldpunt van aanbesteder, bij wiens oordeel aanbesteder zich aansluit, geeft bovendien aan dat het feit dat in de gunningsbeslissing van 12 juni 2024 een goede/uitstekende score voor Kwaliteitsvraag 2 is toegekend, niet betekent dat daaruit kan worden geconcludeerd dat ten onrechte niet de maximale score is toegekend.
- 5.32. De Commissie acht de klacht van ondernemer voor wat betreft dit onderdeel **gegrond**. De Commissie is van oordeel dat aanbesteder het transparantiebeginsel heeft geschonden omdat uit de motivering in de gunningsbeslissing ten aanzien van Kwaliteitsvraag 2 niet blijkt wat inschrijver nu precies goed en minder goed heeft gedaan en hoe hij het beter had kunnen doen. Dit heeft tot gevolg dat ondernemer niet kan controleren of de beoordeling de gunningsbeslissing rechtvaardigt.

#### *Toetsingskader*

- 5.33. Hoewel de Aanbestedingswet voor de meervoudig onderhandse procedure weinig regels stelt, stelt de Aanbestedingswet ten aanzien van een meervoudig onderhandse procedure wel dat een aanbestedende dienst bij gebruikmaking van deze procedure inschrijvers op gelijke wijze dient te behandelen; zie artikel 1.15 lid 1 Aw 2012. Uit de Europese rechtspraak volgt dat het beginsel van gelijke behandeling eveneens tot transparantie verplicht opdat de naleving van het beginsel van gelijke behandeling kan worden gecontroleerd (zie het Succhi di Frutta-arrest van 29 april 2004, ECLI:EU:C:2004:236, C-496/99, randnummers 108-109). De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 25 maart 2016 (ECLI:NL:HR:2016:503, HLA BV/het Kadaster, randnummer 4.2.2) dit uitgangspunt van de Europese rechter bekrachtigd specifiek ten aanzien van de meervoudig onderhandse procedures: 'Indien een aanbestedende dienst kiest voor de vrijwillige nationale aanbesteding of de meervoudig onderhandse procedure dan zijn de uitgangspunten gelijkheid en transparantie van toepassing.'
- 5.33.1. De transparantieverplichting is met betrekking tot kwalitatieve gunningscriteria in de jurisprudentie als volgt in de zogenaamde driedelige toets geconcretiseerd. Van belang is dat (i) zodanige criteria worden geformuleerd dat het voor een kandidaat-inschrijver volstrekt duidelijk is aan welke kwaliteitseisen hij moet voldoen, (ii) de inschrijvingen aan de hand van een zo objectief mogelijk systeem worden beoordeeld en (iii) de aanbestedende dienst zijn uiteindelijke keuze motiveert op een wijze die het voor de afgewezen inschrijvers mogelijk maakt om (a) de wijze waarop de beoordeling heeft plaatsgevonden te toetsen en (b) te controleren of de beoordeling de (voorlopige) gunningsbeslissing rechtvaardigt. Deze verplichtingen rusten ook op een aanbestedende dienst in het geval van een meervoudig onderhandse procedure (zie aldus Rb. Den Haag (vzr.) 27 november 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:16579, r.o. 4.2, Rb. Noord-Nederland (vzr.) 2 februari



2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:376, r.o. 4.18 en Advies 109, overweging 5.2.4, Advies 226, overweging 5.2 en Advies 242, overweging 5.3 en Advies 389, overweging 5.4.2). De motiveringsplicht zoals genoemd in artikel 1.15 lid 2 Aw 2012 voor meervoudig onderhandse procedures heeft dezelfde strekking als de motiveringsplicht van artikel 2.130 Aw 2012 voor Europese aanbestedingen (zie Advies 389, overwegingen 5.4.5 en 5.4.6 en de aldaar aangehaalde jurisprudentie en adviezen). Het gebruik van de woorden 'relevante redenen' in zowel artikel 2.130 lid 1 Aw 2012 als in artikel 1.15 lid 2 Aw 2012 duidt hierop.

- 5.33.2. De Commissie overweegt dat voor het overige geldt dat de aanbestedende dienst binnen de kaders van de hierboven genoemde (drieledige) toets een ruime beoordelingsvrijheid heeft bij de beoordeling van kwalitatieve criteria. In beginsel moet worden uitgegaan van de deskundigheid van de aangewezen beoordelingscommissie. Slechts indien sprake is van – procedurele dan wel inhoudelijke – onjuistheden c.q. onduidelijkheden, die zouden kunnen meebrengen dat de gunningsbeslissing niet deugt, is plaats voor ingrijpen door de rechter (zie bijvoorbeeld Vzr. Rb. Den Haag 21 december 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:18433, r.o. 4.2; advies 259 overweging 5.4.1).
- 5.33.3. Tot slot overweegt de Commissie dat de plicht om de gunningsbeslissing te motiveren twee doelen dient: 1. de afgewezen inschrijver duidelijk maken hoe zijn inschrijving is beoordeeld, wat hij goed en wat hij minder goed heeft gedaan en hoe hij het beter had kunnen doen, en 2. de afgewezen inschrijver duidelijk maken dat de beoordelingsprocedure correct en volgens de regels van het aanbestedingsdocument is uitgevoerd door een vergelijking te maken tussen de aan de afgewezen inschrijver gegeven beoordeling en de beoordeling van de winnende inschrijving.

#### *Vooraf*

- 5.34. Hoewel ondernemer dit niet met zoveel woorden zegt in zijn klacht aan de Commissie, constateert de Commissie dat de klacht van ondernemer in dit onderdeel specifiek betrekking heeft op de beoordeling van Kwaliteitsvraag 2, en wel op de innerlijke tegenstrijdigheden in de beoordeling daarvan. Dit betekent dat zij zal moeten onderzoeken of aanbesteder bij de beoordeling van dit gunningscriterium aan zijn verplichting tot transparantie heeft voldaan. In dat kader zal zij moeten nagaan of aanbesteder zijn uiteindelijke keuze heeft gemotiveerd op een wijze die het voor de afgewezen inschrijvers mogelijk maakt om (a) de wijze waarop de beoordeling heeft plaatsgevonden te toetsen en (b) te controleren of de beoordeling de (voorlopige) gunningsbeslissing rechtvaardigt.

#### *Kwalificatie beide gunningsbrieven door aanbesteder*

- 5.35. Allereerst heeft de Commissie onderzocht hoe de beide gunningsbrieven van aanbesteder, die van 12 juni 2024 en die van 18 juni 2014, moeten worden gekwalificeerd.
- 5.35.1. De Commissie constateert dat aanbesteder op 12 juni 2024 een eerste gunningsbrief aan inschrijver heeft toegezonden. Na een klacht van ondernemer met onder meer de vraag waarom hij (ondernemer) bij de beoordeling van de Kwaliteitsvragen 1 en 2 niet de maximale score heeft behaald, heeft aanbesteder op 18 juni 2024 een tweede gunningsbrief aan inschrijver toegezonden. Aanbesteder omschrijft deze tweede brief, in de brief zelf, als een aanvullende toelichting op zijn gunningsbeslissing van 12 juni 2024. Aanbesteder merkt daarbij op dat de argumenten die hij in zijn brief van 12 juni heeft benoemd, in stand blijven, omdat deze nog steeds het oordeel van het beoordelingsteam weergeven. In zijn reactie aan

de Commissie d.d. 13 augustus 2024, benadrukt aanbesteder dat er middels de brief van 18 juni 2024 geen herbeoordeling heeft plaatsgevonden.

- 5.35.2. De Commissie begrijpt uit de bovengenoemde uitleg van aanbesteder in zijn brief van 18 juni 2024 dat hij daarmee heeft willen verduidelijken dat de inhoud van deze brief niet moet worden gezien als een ontoelaatbare aanvulling van de relevante redenen van de gunningsbeslissing van 12 juni 2024 maar slechts als een toelaatbare toelichting daarop en zodoende in lijn is met hetgeen bepaald is in het arrest van de Hoge Raad van 7 december 2012 (ECLI:NL:HR:2012:BW9233).
- 5.35.3. Uit het arrest van de Hoge Raad van 7 december 2012 (ECLI:NL:HR:2012:BW9233) volgt dat het onder meer op grond van het beginsel van transparantie in beginsel niet is toegestaan de motivering van de gunningsbeslissing (d.w.z.: de 'relevante redenen' van de gunningsbeslissing) later aan te vullen, tenzij sprake is van bijzondere redenen of omstandigheden. Uit het arrest volgt ook dat de in de gunningsbeslissing vermelde redenen door de aanbestedende dienst wel nader kunnen worden toegelicht voor zover geen sprake is van het aanvoeren van nieuwe redenen.
- 5.35.4. De Commissie overweegt dat aan deze uitspraak een zekere reflexwerking toekomt op gunningsbeslissingen in meervoudig onderhandse procedures. Uit eerdere jurisprudentie en adviezen van de Commissie blijkt immers dat de verplichting tot inachtneming van transparantie bij kwalitatieve criteria ook geldt ten aanzien van de motivering van de gunningsbeslissing bij meervoudig onderhandse procedures (zie 5.33.1 hierboven). Maar ook het gebruik van de woorden 'relevante redenen' in zowel artikel 2.130 lid 1 Aw 2012 (dat gaat over de motivering van de gunningsbeslissing bij Europese aanbestedingen) als in artikel 1.15 lid 2 Aw 2012 (dat gaat over de motivering van de gunningsbeslissing bij meervoudig onderhandse procedures) duidt er naar het oordeel van de Commissie op dat de motiveringsverplichting bij beide artikelen (en procedures) dezelfde strekking heeft (zie 5.33.1 hierboven).
- 5.35.5. Uit de uitleg van aanbesteder in zijn brief van 18 juni 2024 begrijpt de Commissie bovendien dat in zijn zienswijze de gunningsbrief van 18 juni 2024 geen nieuwe gunningsbeslissing bevat, ook al heeft aanbesteder via zijn aanbestedingsplatform een nieuwe opschortende termijn van 15 dagen in acht genomen na de mededeling van de gunningsbrief van 18 juni.

#### *Kwalificatie beide gunningsbrieven door de Commissie*

- 5.36. De Commissie volgt de zienswijze van aanbesteder. Naar het oordeel van de Commissie vormt de informatie die aanbesteder heeft gegeven in zijn brief van 18 juni 2024 ten aanzien van Kwaliteitsvraag 2 een toelaatbare toelichting op de motivering die aanbesteder heeft gegeven in zijn brief van 12 juni 2024 en is deze informatie in lijn met hetgeen bepaald is in het arrest van de Hoge Raad van 7 december 2012. De Commissie onderbouwt dit als volgt.
  - 5.36.1. In Kwaliteitsvraag 2 (Bijlage 6 bij de offerteaanvraag) heeft aanbesteder de richtlijnen beschreven waaraan een inschrijving met betrekking tot deze kwaliteitsvraag moet voldoen. Er wordt een animatievideo gevraagd bestaande uit een compilatie van verschillende voltooide projecten, waarbij de veelzijdigheid in stijl, genre en de doelgroep engagement wordt aangetoond. Uit de antwoorden op vraag 9 en 59 in de nota van inlichtingen blijkt dat aanbesteder met 'doelgroep engagement' bedoelt 'hoe je op creatieve wijze de doelgroep meer betrokken laat voelen bij het overbrengen van een boodschap of het vertellen van een verhaal'. De inzendingen kunnen verschillende soorten animaties omvatten. De bedoeling is dat inschrijver de technische capaciteiten van zijn bureau onder de aandacht brengt, inclusief alle

innovatieve technieken, technologieën of apparatuur die in uw producties worden gebruikt.

- 5.36.2. In zijn gunningsbrief van 12 juni 2024 heeft aanbesteder de inschrijving van ondernemer ten aanzien van Kwaliteitsvraag 2, kort samengevat, als volgt omschreven: '(...) een zeer goed en succesvol gemonteerde portfolio', waaruit blijkt dat inschrijver 'met gemak animaties in verschillende stijlen en genres kan produceren'. 'Zeer goede voorbeelden waarmee Inschrijver laat zien zijn flexibiliteit in verschillende stijlen, genres, soorten media en technieken om diverse doelgroepen aan te spreken.'. Dit laat zien 'hoe flexibel [Ondernemer] is' en maakt 'het aanpassingsvermogen [van Ondernemer] duidelijk zichtbaar'.
- 5.36.3. In zijn brief van 18 juni 2024 heeft aanbesteder vervolgens in de eerste alinea aan de hand van de gegeven aftrek uitgelegd dat ondernemer een score tussen 'goed en uitstekend' heeft behaald. Daarnaast legt aanbesteder in de derde alinea uit: 'De Inschrijver met de hoogste aftrek op kwaliteitsvraag 2 heeft met tekenstijl en beweging laten zien dat zij meer technische kwaliteiten in huis hebben op het gebied van animatie.' In de tweede alinea licht aanbesteder toe: '(...) voor kwaliteitsvraag 2 Portfolio Animatie [heeft ondernemer] niet de maximale score uitstekend behaald omdat de diversiteit van de verschillende animaties stijlen naar het oordeel van de beoordelingscommissie nog uitgebreider had gekund. De stijlen lijken veel op elkaar en zowel de tekenstijl als de bewegingen van de animaties werden enigszins als simpel beoordeeld.'
- 5.36.4. De Commissie is van oordeel dat de kern van de boodschap van aanbesteder in zijn brief van 18 juni 2024 een toelichting betreft op de gunningsbrief van 12 juni 2024. In de eerste en derde alinea heeft aanbesteder toegelicht waarom hij in de inschrijving van ondernemer toch nog enige ruimte voor verbetering ziet, hoewel de score van ondernemer dicht bij de allerhoogste score 'uitstekend' ligt. De winnaar heeft zijn technische kwaliteiten beter onder de aandacht gebracht, en hiernaar is ook gevraagd in de richtlijnen bij de kwaliteitsvraag.
- 5.36.5. De tweede alinea geeft, ook bij de Commissie, aanleiding tot enige verwarring. De redenen die in deze tweede alinea worden genoemd zouden mogelijkerwijs kunnen worden gezien als 'nieuwe redenen' ten opzicht van de redenen genoemd in de brief van 12 juni 2024. Immers, aanbesteder heeft in zijn eerdere brief niet vermeld dat de stijlen ten aanzien van Kwaliteitsvraag 2 nog uitgebreider hadden kunnen worden behandeld en ook niet dat de stijlen veel op elkaar lijken. Naar het oordeel van de Commissie moet zij zich echter bij de vraag of in de brief van 18 juni 2024 sprake is van een 'toelichting op' of van een 'nadere aanvulling van' de gunningsbeslissing van 12 juni 2024 ten aanzien van de kwaliteitsvraag, richten op de kern van de boodschap in de brief van 18 juni. En deze betreft naar het oordeel van de Commissie een toelichting op de eerdere gunningsbeslissing.
- 5.36.6. De Commissie oordeelt daarom dat de brief van 18 juni 2024 ten aanzien van Kwaliteitsvraag 2 niet kwalificeert als een tweede gunningsbeslissing waarin een nieuwe (tweede) beoordeling is vervat, omdat sprake is van een toelichting in de brief van 18 juni 2024 op de brief van 12 juni 2024. Dit betekent dat de Commissie de beoordeling van de inschrijving van ondernemer op deze kwaliteitsvraag zal toetsen aan de hand van de argumenten die aanbesteder heeft opgenomen in zowel zijn gunningsbrief van 12 juni 2024 als in zijn brief van 18 juni 2024.

#### *Innerlijke tegenstrijdigheden in beoordeling?*

- 5.37. Vervolgens heeft de Commissie onderzocht of uit de motivering blijkt dat sprake is van innerlijke tegenstrijdigheden in de beoordeling van Kwaliteitsvraag 2.

- 5.37.1. Voor de inhoud van Kwaliteitsvraag 2 en de beide gunningsbrieven verwijst de Commissie naar 5.36.1 - 5.36.3 hierboven.
- 5.37.2. De Commissie heeft zich voor de beantwoording van de vraag of sprake is van innerlijke tegenstrijdigheden in de beoordeling van Kwaliteitsvraag 2 in de twee brieven, voor wat betreft de toelichtende brief van 18 juni 2024 enkel gericht op de tweede alinea van de beoordeling van deze kwaliteitsvraag. De klacht van ondernemer in dit klachtonderdeel betreft namelijk de beoordeling van het gebruik van stijlen door ondernemer, en enkel in deze tweede alinea gaat aanbesteder in op het gebruik van deze stijlen. De beoordeling van de inschrijving van ondernemer ten aanzien van Kwaliteitsvraag 2 in de gunningsbrief van 12 juni 2024 richt zich daarentegen voor een groot deel op het gebruik van stijlen.
- 5.37.3. Allereerst heeft de Commissie gekeken naar de passage in de brief van 18 juni 2024 waarin aanbesteder oordeelt dat de diversiteit van de verschillende animatiestijlen in de inschrijving van ondernemer nog wat uitgebreider had gekund. De Commissie overweegt dat deze beoordeling niet in tegenspraak lijkt te zijn met het oordeel in de brief van 12 juni 2024 dat ondernemer een grote flexibiliteit toont in het gebruik van verschillende stijlen. Immers het gegeven dat ondernemer *flexibel* is in het gebruik van verschillende stijlen betekent niet dat ondernemer ook niet nog wat meer voorbeelden van stijlen had kunnen geven (cursivering door Commissie).
- 5.37.4. Hierna heeft de Commissie gekeken naar de passage aan het begin van de tweede zin in de tweede alinea van de brief van 18 juni 2024. Hierin zegt aanbesteder dat de stijlen van ondernemer veel op elkaar lijken. Deze mededeling komt de Commissie wel verwarrend voor. Aanbesteder heeft in de motivering van zijn beoordeling in de brief van 12 juni 2024 duidelijk aangegeven dat ondernemer goed in staat is *verschillende* stijlen te gebruiken (cursivering door Commissie). De mededeling dat de stijlen veel op elkaar lijken lijkt niet te stroken met deze eerdere mededeling dat ondernemer juist veel verschillende stijlen kan hanteren.
- 5.37.5. Gelet op de voorgaande constatering ziet de Commissie niet zozeer tegenstrijdigheden in beide gunningsbrieven ten aanzien van Kwaliteitsvraag 2, als wel onduidelijkheden. De motiveringen in beide brieven vormen naar het oordeel van de Commissie geen consistent geheel. Naar het oordeel van de Commissie kan een redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver uit de motivering van de gunningsbeslissing niet afleiden wat hij nu precies goed en wat hij minder goed heeft gedaan en hoe hij het beter had kunnen doen.
- 5.37.6. Het bovenstaande betekent dat de gunningsbeslissing ten aanzien van Kwaliteitsvraag 2 niet transparant is. Aanbesteder heeft zijn uiteindelijke keuze immers gemotiveerd op een wijze die het voor de afgewezen inschrijvers niet mogelijk maakt om (a) de wijze waarop de beoordeling heeft plaatsgevonden te toetsen en (b) te controleren of de beoordeling de (voorlopige) gunningsbeslissing rechtvaardigt (zie de 'driedelige toets' onder (iii) hierboven onder 5.33.1). De gunningsbeslissing biedt ondernemer onvoldoende houvast om te kunnen beoordelen of het starten van een juridische procedure zinvol is.
- 5.38. De Commissie acht dit klachtonderdeel daarom **gegrond**.
- Klachtonderdeel 5: Heeft aanbesteder Kwaliteitsvraag 1 beoordeeld volgens zijn eigen beoordelingskader?**
- 5.39. Ondernemer klaagt dat aanbesteder in zijn beoordeling buiten het beoordelingsprotocol om nieuwe beoordelingsaspecten heeft meegenomen.

- 5.39.1. Ondernemer heeft zijn klacht in dit klachtonderdeel nader verwoord in zijn klacht aan aanbesteder d.d. 19 juni 2024. Hierin verwijst ondernemer naar de gunningsbrief van 18 juni 2024. Daarin staat volgens ondernemer het volgende: 'De portfolio van [Ondernemer] heeft in kwaliteitsvraag 1 Portfolio Video niet de maximale score uitstekend behaald omdat het portfolio van [Ondernemer] qua diversiteit van de doelgroepen minder goed heeft gescoord dan de andere Inschrijvers. Enkele beoordelaars vonden dat de nadruk te veel lag op de doelgroep jongeren.'
- 5.39.2. Ondernemer stelt dat het beoordelen van 'diversiteit qua doelgroepen' een nieuw beoordelingscriterium is, dat niet wordt genoemd in de beoordelingsaspecten in Kwaliteitsvraag 1.
- 5.40. Aanbesteder stelt dat de beoordeling is uitgevoerd conform het beschreven proces in de aanbesteding en dat hij geen nieuwe beoordelingsaspecten aan het beoordelingskader heeft toegevoegd na het verzoek van ondernemer om nadere toelichting. De motivatie bij de beoordeling in de gunningsbrief van 18 juni 2024 is slechts anders en uitgebreider verwoord. Dit is juist gedaan in een poging om aan ondernemer helder te maken waar de verschillen met de andere inschrijvers zaten en waarom ondernemer geen uitstekend had behaald.
- 5.41. De Commissie **staakt de verdere behandeling** van dit klachtonderdeel, omdat aanbesteder in strijd met het beginsel van gelijkheid en transparantie het derde gunningscriterium in Kwaliteitsvraag 1 zodanig heeft geformuleerd dat het voor redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers niet duidelijk was aan de hand van welke eisen, voorwaarden, richtlijnen, visies of missies hun aanbiedingen met elkaar zouden worden vergeleken en hoe deze zouden worden beoordeeld. Hierdoor kan de Commissie niet vaststellen of aanbesteder de inschrijving van ondernemer niet volgens zijn eigen beoordelingskader heeft beoordeeld.

#### *Toetsingskader*

- 5.42. Zoals hierboven onder 5.33 verwoord dient een aanbestedende dienst inschrijvers op gelijke wijze te behandelen en is hij tot transparantie verplicht, ook bij een meervoudig onderhandse procedure.
- 5.42.1. De verplichting voor een aanbesteder om transparant te handelen heeft tot doel om elk favoritisme en willekeur uit te sluiten (HvJ EG 29 april 2004, C-496/99, *Succhi di Frutta*, r.o. 111). Het impliceert dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure in het aanbestedingsbericht of in het bestek worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze, opdat alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier interpreteren (vgl. HvJ EG 29 april 2004, zaak C-496/99 '*Succhi di Frutta*', r.o. 111, en ECLI:NL:PHR:2005:AU2806).
- 5.42.2. De transparantieverplichting is met betrekking tot kwalitatieve gunningscriteria in de jurisprudentie als volgt geconcretiseerd. Van belang is dat (i) zodanige criteria worden geformuleerd dat het voor een kandidaat-inschrijver volstrekt duidelijk is aan welke kwaliteitseisen hij moet voldoen, (ii) de inschrijvingen aan de hand van een zo objectief mogelijk systeem worden beoordeeld en (iii) de aanbestedende dienst zijn uiteindelijke keuze motiveert op een wijze die het voor de afgevoerde inschrijvers mogelijk maakt om (a) de wijze waarop de beoordeling heeft plaatsgevonden te toetsen en (b) te controleren of de beoordeling de (voorlopige) gunningsbeslissing rechtvaardigt.
- 5.42.3. Een aanbestedende dienst is gehouden om een inschrijving overeenkomstig de door hem gestelde eisen te beoordelen en mag geen afwegingsregels of sub-

criteria toepassen die hij niet vooraf ter kennis van de inschrijvers heeft gebracht, omdat anders in strijd met het transparantie- en gelijkheidsbeginsel zou worden gehandeld (zie onder meer Advies 448 overweging 5.2.3 en Advies 477 overweging 5.2.2, en Gerechtshof Den Haag 30 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2878, r.o. 5.4 en 5.5 ).

- 5.42.4. Volgens vaste rechtspraak geldt ook dat gunningscriteria op grond van de beginselen van gelijkheid en transparantie objectief moeten zijn, zodat verzekerd is dat aanbiedingen objectief en op basis van daadwerkelijke mededinging met elkaar kunnen worden vergeleken en kunnen worden beoordeeld. Dat zou niet het geval zijn met criteria die de aanbestedende dienst een onvoorwaardelijke keuzevrijheid zouden laten bij de gunning van de opdracht aan een inschrijver (zie o.a. HvJ EU 10 mei 2012, C-368/10, Commissie/Nederland, r.o. 87; HvJ EG 17 september 2002, Concordia Bus Finland, C-513/99, r.o. 61; HvJ EG 20 september 1988, nr. 31/87, Beentjes, r.o. 26; en Advies 311 overweging 5.4.3).

*Vooraf*

- 5.43. Hoewel ondernemer dit niet met zoveel woorden zegt in zijn klacht aan de Commissie, constateert de Commissie dat de klacht van ondernemer in dit onderdeel specifiek betrekking heeft op de beoordeling van Kwaliteitsvraag 1, en wel op de vraag of aanbesteder in de beoordeling van dit criterium buiten het beoordelingskader om nieuwe beoordelingsaspecten heeft meegenomen, hetgeen een schending van het transparantiebeginsel zou betekenen.

*Kwaliteitscriteria voldoende duidelijk geformuleerd?*

- 5.44. Hoewel ondernemer daarover niet heeft geklaagd, heeft de Commissie allereerst onderzocht of aanbesteder aan zijn hiervoor in 5.33.1 genoemde transparantieverplichting onder (i) heeft voldaan. De Commissie kan immers niet nagaan of aanbesteder de inschrijving van ondernemer op Kwaliteitsvraag 1 onjuist, namelijk niet volgens zijn eigen beoordelingskader, heeft beoordeeld, als niet duidelijk is aan welke kwaliteitscriteria de inschrijving met betrekking tot dit criterium (i) moest voldoen (zie onder meer advies 477 overweging 5.3.2).

- 5.44.1. In Kwaliteitsvraag 1 (Bijlage 5 bij offerteaanvraag) staat onder de kop 'Beoordeling' het volgende:

'Uw antwoord op kwaliteitsvraag 1 wordt beoordeeld op de volgende aspecten:

- Creativiteit en innovatie: het unieke karakter en de creativiteit van de tentoongestelde projecten.
- Technische vaardigheid: Aantoonbare expertise in film- en videoproductietechnieken.
- Relevantie voor de eisen, missie en visie van de opdrachtgever: Afstemming van het portfolio op de specifieke eisen zoals vastgelegd in de aanbesteding.'

- 5.44.2. De Commissie overweegt dat een redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver uit de bovengenoemde tekst in Kwaliteitsvraag 1 zal begrijpen hoe zijn inschrijving aan de hand van de eerste twee aspecten zal worden beoordeeld. Beoordeling zal plaatsvinden aan de hand van het unieke innovatieve en creatieve karakter van het door hem te maken portfolio en de technische vaardigheid die uit het portfolio blijkt. Dat is echter niet het geval met betrekking tot het derde gunningscriterium, de relevantie van de projecten voor de eisen, missie en visie van de opdrachtgever. Uit de vervolgttekst bij dit criterium begrijpt de Commissie dat aanbesteder hierbij zal toetsen in hoeverre het door inschrijver in te dienen portfolio is afgestemd op de specifieke eisen zoals vastgelegd in de aanbesteding.

- 5.44.3. De Commissie overweegt dat aanbesteder dit derde gunningscriterium zodanig heeft geformuleerd dat voor redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers niet duidelijk is aan de hand van welke eisen, voorwaarden, richtlijnen, visies of missies hun aanbiedingen voor Kwaliteitsvraag 1 met elkaar zullen worden vergeleken en hoe deze zullen worden beoordeeld. Aanbesteder verwijst immers voor deze eisen en voorwaarden naar de aanbestedingsstukken in het algemeen, zonder daarbij aan te geven welke eisen en voorwaarden hij daarbij specifiek voor ogen heeft. Door het derde gunningscriterium op deze wijze te formuleren wordt aanbesteder een onvoorwaardelijke keuzevrijheid gelaten bij de gunning van de opdracht aan een inschrijver. Dit werkt favoritisme en willekeur in de hand, wat in strijd is met de beginselen van gelijke behandeling en transparantie (zie 5.42.1 en 5.42.4 hierboven; HvJ EG 29 april 2004, zaak C-496/99 'Succhi di Frutta', r.o. 110 en 111 ).
- 5.44.4. Zo ziet de Commissie dat aanbesteder in zijn gunningsbrief van 18 juni 2024, in de motivering van de beoordeling van Kwaliteitsvraag 1, heeft vermeld dat enkele beoordelaars vonden dat de nadruk te veel lag op de 'doelgroep jongeren'. De term 'doelgroep jongeren' wordt in Kwaliteitsvraag 1 niet benoemd, ook niet als een van de richtlijnen waarmee bij het maken van de compilatievideo rekening moet worden gehouden. De Commissie ziet deze term daarentegen wel terug in Kwaliteitsvraag 4, waarin 'jongeren' wel in de richtlijnen worden benoemd als doelgroep waarmee rekening moet worden gehouden. Naar het oordeel van de Commissie blijkt uit de aanbestedingsstukken niet duidelijk dat de beoordeling van de video voor Kwaliteitsvraag 1 aan de hand van een richtlijn uit Kwaliteitsvraag 4 zou worden beoordeeld.
- 5.44.5. Nu voor redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers niet duidelijk is aan de hand van welke eisen, voorwaarden, richtlijnen, visies of missies hun aanbiedingen voor Kwaliteitsvraag 1 met elkaar zullen worden vergeleken en hoe deze zullen worden beoordeeld en op grond daarvan niet verzekerd is dat aanbiedingen objectief en op basis van daadwerkelijke mededinging met elkaar zullen worden vergeleken en beoordeeld, is de Commissie dan ook van oordeel dat aanbesteder daarmee niet aan zijn in 5.33.1 onder (i) genoemde verplichting heeft voldaan.
- 5.45. Omdat aanbesteder de beginselen van gelijkheid en transparantie heeft geschonden door de criteria voor Kwaliteitsvraag 1 zodanig te formuleren dat het voor een kandidaat-inschrijver niet volstrekt duidelijk is aan welke kwaliteitseisen hij moet voldoen (zie onder (i) in 5.33.1 hierboven), kan de Commissie ook niet vaststellen of aanbesteder de inschrijving van ondernemer onjuist, namelijk niet volgens zijn eigen beoordelingskader, heeft beoordeeld. Dit betekent dat de Commissie niet meer kan toekomen aan de beoordeling van dit klachtonderdeel. De Commissie **staakt daarom de verdere behandeling** van dit klachtonderdeel.

#### **Klachtonderdeel 6: Is Kwaliteitsvraag 4 onjuist beoordeeld?**

- 5.46. Ondernemer klaagt dat de beoordelingscommissie Kwaliteitsvraag 4 onjuist heeft beoordeeld.
- 5.46.1. Volgens ondernemer volgt uit de gunningsbeslissing dat hem minpunten op dit kwaliteitscriterium zijn gegeven, omdat aanbesteder bij de beoordeling van de inschrijving van ondernemer op dit criterium is uitgegaan van een volledig in te dienen videoconcept. Ondernemer heeft echter slechts een deel van een volledig videoconcept ingediend, omdat dit volgens het kwaliteitscriterium was toegestaan.
- 5.46.2. Ook uit antwoorden op vragen in de nota van inlichtingen blijkt volgens ondernemer dat een deel van een volledig videoconcept zou zijn toegestaan. In antwoorden

op vragen over wat wordt verstaan onder 'een deel van een videoproduct' en hoe dit deel vervolgens zou worden beoordeeld (onder meer vragen 27, 28, 76 118), zou aanbesteder hebben aangegeven dat een glimp van een videoproduct voldoende was en dat juist een volledige uitleg van het concept en de aanpak voor de beoordeling van belang zou zijn.

- 5.47. Aanbesteder stelt dat het feit dat de inschrijving van ondernemer slechts een 'glimp' van het product betrof, niet de reden is geweest dat ondernemer niet een score 'uitstekend' heeft behaald. Volgens aanbesteder was de reden dat dat in de video van ondernemer de keuzestress die wordt ervaren door de doelgroep meer naar voren had kunnen komen. Aanbesteder benadrukt dat hij heeft beoordeeld volgens zijn richtlijnen dat een 'glimp' van een videoproduct voldoende was samen met de onderbouwing door middel van een plan van aanpak.
- 5.48. De Commissie overweegt dat in dit klachtonderdeel de vraag moet worden beantwoord of aanbesteder de inschrijving van ondernemer op Kwaliteitsvraag 4 onjuist, namelijk niet volgens zijn eigen beoordelingskader, heeft beoordeeld. Ondernemer stelt namelijk dat aanbesteder zijn videoproduct op basis van Kwaliteitsvraag 4 enkel heeft beoordeeld aan de hand van de video zelf, terwijl aanbesteder in de nota van inlichtingen duidelijk heeft aangegeven dat het plan van aanpak bij de (gedeeltelijke) video en de onderbouwing daarvan doorslaggevend zouden zijn voor de beoordeling van deze kwaliteitsvraag.
- 5.49. De Commissie acht de klacht van ondernemer voor wat betreft dit onderdeel **gegrond**. De Commissie is van oordeel dat aanbesteder het gelijkheids- en transparantiebeginsel heeft geschonden omdat uit de motivering van de gunningsbeslissing van 12 juni 2024 niet blijkt dat de beoordeling van de aanbieder van inschrijver voor Kwaliteitsvraag 4 heeft plaatsgevonden overeenkomstig het vooraf geschetste beoordelingskader.
- 5.50. De Commissie onderbouwt dit als volgt.

*Toetsingskader beoordeling Kwaliteitsvraag 4*

- 5.51. Zoals hierboven onder 5.33 verwoord dient een aanbestedende dienst inschrijvers op gelijke wijze te behandelen en is hij tot transparantie verplicht, ook bij een meervoudig onderhandse procedure.
- 5.51.1. De verplichting voor een aanbesteder om transparant te handelen heeft tot doel om elk favoritisme en willekeur uit te sluiten (HvJ EG 29 april 2004, C-496/99, *Succhi di Frutta*, r.o. 111). Het impliceert dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure in het aanbestedingsbericht of in het bestek worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze, opdat alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier interpreteren (vgl. HvJ EG 29 april 2004, zaak C-496/99 '*Succhi di Frutta*', r.o. 111, en ECLI:NL:PHR:2005:AU2806).
- 5.51.2. De transparantieverplichting is met betrekking tot kwalitatieve gunningscriteria in de jurisprudentie in de zogenaamde drieledige toets als volgt geconcretiseerd. Van belang is dat (i) zodanige criteria worden geformuleerd dat het voor een kandidaat-inschrijver volstrekt duidelijk is aan welke kwaliteitseisen hij moet voldoen, (ii) de inschrijvingen aan de hand van een zo objectief mogelijk systeem worden beoordeeld en (iii) de aanbestedende dienst zijn uiteindelijke keuze motiveert op een wijze die het voor de afgewezen inschrijvers mogelijk maakt om (a) de wijze waarop de beoordeling heeft plaatsgevonden te toetsen en (b) te controleren of de beoordeling de (voorlopige) gunningsbeslissing rechtvaardigt. Deze



verplichtingen rusten ook op een aanbestedende dienst in het geval van een meervoudig onderhandse procedure (zie 5.33.1 hierboven).

- 5.51.3. Een aanbestedende dienst is daarnaast gehouden om een inschrijving overeenkomstig de door hem gestelde eisen te beoordelen en mag geen afwegingsregels of sub-criteria toepassen die hij niet vooraf ter kennis van de inschrijvers heeft gebracht, omdat anders in strijd met het transparantie- en gelijkheidsbeginsel zou worden gehandeld (zie onder meer Advies 448 overweging 5.2.3 en Advies 477 overweging 5.2.2, en Gerechtshof Den Haag 30 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2878, r.o. 5.4 en 5.5).

#### *Inhoud Kwaliteitsvraag 4*

- 5.52. Kwaliteitsvraag 4 is als bijlage 8 opgenomen in de offerteaanvraag. Het gunningscriterium houdt in dat inschrijver een video moet maken voor een open dag van aanbesteder die gericht is op het aantrekken van potentiële studenten. In de kwaliteitsvraag zijn een aantal richtlijnen opgenomen waaraan inschrijver aandacht moeten besteden. Tevens worden in het kwaliteitscriterium onder de kop 'Beoordeling' een vijftal beoordelingscriteria benoemd. Scores worden bepaald aan de hand van een scoretabel met vijf scores die oplopen van 'voldoet niet' tot 'uitstekend'. Wanneer wordt geoordeeld dat een inschrijving niet voldoet wordt geen aftrek toegekend in het kader van 'gunnen op waarde', wanneer wordt geoordeeld dat een inschrijving 'uitstekend' is wordt de maximale aftrek van 100% toegekend, wat gelijkstaat aan een bedrag van € 420.000,-. Voor de inhoud van het kwaliteitscriterium verwijst de Commissie naar 5.25 hierboven.

#### *Kwaliteitscriteria in Kwaliteitsvraag 4 voldoende duidelijk geformuleerd?*

- 5.53. De Commissie overweegt dat eerst moet worden onderzocht of aanbesteder aan zijn hiervoor in 5.51.2 genoemde transparantieplichting onder (i) van de bovengenoemde drieledige toets heeft voldaan. De Commissie kan immers niet nagaan of aanbesteder de inschrijving van ondernemer op Kwaliteitsvraag 4 onjuist, namelijk niet volgens zijn eigen beoordelingskader, heeft beoordeeld, als niet duidelijk is aan welke kwaliteitscriteria de inschrijving met betrekking tot dit criterium (i) moest voldoen (zie onder meer advies 477 overweging 5.3.2).
- 5.53.1. De Commissie merkt op dat in de opdrachtschrijving van Kwaliteitsvraag 4 staat dat een inschrijver er zelf voor kan kiezen een volledig product (Commissie: video) uit te werken of een deel van het product. Van belang is volgens de opdrachtschrijving dat de uitwerking en doorvertaling van het concept naar product duidelijk is en beoordeeld kan worden. Bij een volledig videoproduct mag de eindvideo maximaal 3 minuten duren. De Commissie constateert dat in de verdere uitwerking van Kwaliteitsvraag 4, zoals in de richtlijnen en gunningscriteria, geen onderscheid wordt gemaakt tussen een zogenaamd 'volledig product' dat kan worden ingediend en een 'deel van een product' dat kan worden ingediend.
- 5.53.2. De Commissie begrijpt uit de vragen in de nota van inlichtingen dat bij inschrijvers veel vragen bestonden over wat moet worden verstaan onder 'een deel van het product' en hoe de beoordeling plaatsvindt van een volledig ingediend product en een product waarvan een deel wordt ingediend (zie onder meer vragen 39, 90, 91, 118, 126 en 128).
- 5.53.3. De Commissie begrijpt uit de antwoorden van aanbesteder dat aanbesteder bij 'een deel van het product' doelt op een 'glimp' van een product waarbij mag worden uitgegaan van een video van rond de 1 minuut

- 5.53.4. Vervolgens constateert de Commissie dat aanbesteder op de meeste van de hierboven genoemde vragen over de beoordeling van een 'deel van het product' een standaardantwoord heeft gegeven met de volgende inhoud: 'Kwaliteitsvraag 4 gaat niet over een volledig afgewerkt product. Een glimp van een product en een volledige uitleg van het concept en de aanpak zijn belangrijk. De kwaliteit van het antwoord is niet alleen afhankelijk van een eindproduct maar van de gehele opbouw van het concept. Zo zal onderbouwing, beschrijving en een storyboard ook kunnen bijdragen aan de kwaliteit.
- 5.53.5. Ten slotte ziet de Commissie dat aanbesteder het bovengenoemde standaardantwoord heeft verduidelijkt in zijn antwoord op vraag 129. In vraag 129 wordt onder meer gevraagd het produceren van de video voor Kwaliteitsvraag 4 geheel te laten vervallen en enkel het concept en de uitleg te beoordelen. Aanbesteder heeft hierop het volgende geantwoord: 'Wij hoeven geen compleet product te zien, maar wel een glimp ervan en een goede, uitgebreide concept uitleg en onderbouwing. Dat de huidige partijen al kant-en-klare materiaal hebben is niet relevant. Uw aanpak is belangrijk.' De Commissie begrijpt hieruit dat aanbesteder weliswaar een korte video wenst te ontvangen maar bij de beoordeling de nadruk zal leggen op de aanpak, waarbij onder aanpak moet worden verstaan een plan van aanpak bestaande uit een inhoudelijke onderbouwing van de video en een storyboard.
- 5.53.6. De Commissie leidt uit het bovenstaande af dat aanbesteder aanvankelijk in de richtlijnen en beoordelingscriteria in Kwaliteitsvraag 4 geen onderscheid heeft gemaakt tussen enerzijds inschrijvers met een volledige video en anderzijds inschrijvers met een gedeeltelijke video. Hierdoor konden inschrijvers niet weten hoe zij hun inschrijving het beste konden inrichten om de maximale score te kunnen behalen. Aanbesteder heeft deze onduidelijkheid hersteld door in de nota van lichtingen aan te geven dat de video zelf voor hem niet zozeer zou tellen bij de beoordeling. De richtlijnen en beoordelingscriteria uit Kwaliteitsvraag 4 zouden bovenal worden getoetst aan het in te dienen plan van aanpak bij de video.
- 5.53.7. Hoewel de Commissie uit het antwoord van aanbesteder in de nota van inlichtingen niet kan afleiden in welke verhouding vervolgens de video zelf en het plan van aanpak zullen worden beoordeeld, en het beoordelingskader van Kwaliteitsvraag 4 in de ogen van de Commissie zodoende nog de nodige onduidelijkheden bevat, laat de Commissie deze constatering bij de beoordeling van dit klachtonderdeel in het midden. Immers het huidige onderzoek naar de vraag of aanbesteder de kwaliteitscriteria in Kwaliteitsvraag 4 voldoende duidelijk heeft geformuleerd, heeft in dit geval enkel betrekking op de vraag of uit deze criteria in Kwaliteitscriterium 4 (richtlijnen en gunningscriteria) voldoende duidelijk blijkt dat inschrijvingen zullen worden beoordeeld niet alleen aan de hand van de video, al dan niet volledig, maar ook en bovenal aan de hand het plan van aanpak.
- 5.53.8. Naar het oordeel van de Commissie is het voor redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers voldoende duidelijk dat aanbesteder de aanbiedingen zal beoordelen op basis van de video, al dan niet volledig, én het plan van aanpak, waarbij de nadruk bij beoordeling zal liggen op het plan van aanpak. Dit blijkt weliswaar niet uit het Kwaliteitscriterium zelf, maar wel uit de antwoorden van aanbesteder op vragen in de nota van inlichtingen. De Commissie is dan ook van oordeel dat aanbesteder daarmee aan zijn in 5.51.2 onder (i) genoemde verplichting heeft voldaan.

*Is video beoordeeld volgens beoordelingskader?*

- 5.54. Vervolgens heeft de Commissie onderzocht of uit de motivering van de gunningsbeslissing van 12 juni 2024 blijkt dat aanbesteder de video die inschrijver overeenkomstig Kwaliteitsvraag 4 heeft ingediend, heeft beoordeeld aan de hand van

het bovengenoemde beoordelingskader. Dit betekent dat de Commissie heeft onderzocht of aanbesteder bij de beoordeling van Kwaliteitsvraag 4 aan zijn verplichting tot transparantie heeft voldaan.

- 5.54.1. De Commissie begrijpt uit de beoordelingen van de verschillende kwaliteitsvragen in de gunningsbrief van 12 juni 2024 dat de beoordelingscommissie bestond uit twee beoordelaars. Per kwaliteitsvraag werden twee beoordelingen gegeven. De Commissie constateert dat de ene beoordelaar bij de beoordeling van de inschrijving van ondernemer op Kwaliteitsvraag 4 zich enkel heeft gericht op de video-beelden die ondernemer heeft gemaakt. Zo is hij ingegaan op de stem die in de video wordt gebruikt, op de sfeer die de video uitstraalt en de informatie die in de video wordt gegeven. De andere beoordelaar is weliswaar kort ingegaan op de omschrijving die ondernemer ten aanzien van een specifiek onderwerp heeft gegeven bij de video, maar is vervolgens verder ingegaan op de promobeelden in de video. Deze vond hij mooi, maar mochten wat de beoordelaar betreft verder worden uitgebouwd zodat de studiekeizer zich er beter in kan herkennen.
- 5.54.2. Op grond van het bovenstaande stelt de Commissie vast dat de beoordeling van de video van inschrijver ten aanzien van Kwaliteitsvraag 4, zoals verwoord in de gunningsbrief van 12 juni 2024, niet heeft plaatsgevonden overeenkomstig het bovengenoemde beoordelingskader dat aanbesteder heeft geschetst in Kwaliteitsvraag 4 en zijn antwoorden in de nota van inlichtingen. Uit de motivering van beide beoordelaars blijkt niet dat de nadruk bij hun beoordeling heeft gelegen op het plan van aanpak bij de video. Hoewel een van de twee beoordelaars weliswaar kort ingaat op de omschrijving bij de video, blijkt uit zijn/haar opmerking dat de video van ondernemer wat hem betreft nog wat meer had kunnen worden uitgebouwd, niet dat de beoordelaar rekening heeft gehouden met het feit dat een 'glimp' van een video voldoende zou zijn voor de beoordeling van Kwaliteitsvraag 4.
- 5.54.3. De Commissie overweegt dat een redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver, en dus ook ondernemer, uit de formulering van Kwaliteitsvraag 4 en de antwoorden van aanbesteder in de nota van inlichtingen niet hoefde te begrijpen dat aanbesteder uiteindelijk de video zelf meer zou laten meewegen in zijn beoordeling dan het plan van aanpak bij de video. Omdat uit de motivering in de gunningsbrief van 12 juni 2024 blijkt dat aanbesteder dit wel heeft gedaan, is de Commissie van oordeel dat aanbesteder zich daarmee niet aan zijn eigen beoordelingskader heeft gehouden en zodoende niet de vereiste transparantie heeft geboden.
- 5.55. Het bovenstaande betekent dat aanbesteder het beginsel van transparantie heeft geschonden. De Commissie acht dit klachtonderdeel daarom **gegrond**.

## 6. Advies

De Commissie acht de klachtonderdelen 1, 2, 4 en 6 **gegrond**, klachtonderdeel 3 **ongegron**d, en klachtonderdeel 5 kan zij niet **verder in behandeling nemen**.

Den Haag, 18 december 2024

Mr. G.R. Werkman-Bouwkamp Mr. M.C. Pinto Mr. dr. A.J. van Heeswijck

Voorzitter

Vicevoorzitter Commissielid