

# Commissie van Aanbestedingsexperts

## Advies 742

### 1. Waar gaat dit advies over?

Dit advies gaat over een raamovereenkomst voor de levering van hout en beschoeiingsmateriaal. De vraag is of de beoordelingsmethodiek toelaatbaar is en of de beoordeling van een inschrijving op een subgunningscriterium deugdelijk is. Ook komt de beweerdelijk gebrekkige communicatiewijze van aanbesteder aan de orde.

### 2. Hoe luidt dit advies?

#### 2.1. Klachtonderdeel 1

In dit klachtonderdeel stelt ondernemer dat de beoordelingsmethodiek van het subgunningscriterium K1. Duurzaamheid niet toelaatbaar is. Een gering verschil in de beoordeling heeft buitenproportioneel veel impact door de schaling en toekenning van de punten. De Commissie overweegt dat ondernemer ten aanzien van klachtonderdeel 1 een onvoldoende proactieve houding heeft aangenomen door pas ná de gunningsbeslissing te hebben ontvangen een klacht over de beoordelingsmethodiek bij aanbesteder in te dienen waardoor klachtonderdeel 1 **ongegron**d is.

Met het oog op het bewerkstelligen van een leereffect wijdt de Commissie toch enkele overwegingen aan dit klachtonderdeel en concludeert de Commissie dat de beoordelingsmethodiek niet in strijd is met artikel 2.114 lid 1 Aw 2012. Hoewel inderdaad fictieve situaties denkbaar zijn waarin toepassing van een andere schaal tot een andere uitkomst zou kunnen hebben geleid, leidt dat niet zonder meer tot de conclusie dat de methode aan de hand waarvan punten worden toegekend onrechtmatig is.

#### 2.2. Klachtonderdeel 2

In dit klachtonderdeel stelt ondernemer dat hij ten onrechte een te lage score heeft toegekend gekregen voor het subgunningscriterium K1. Duurzaamheid. De Commissie overweegt dat ondernemer onvoldoende onderbouwd heeft waarom er ten onrechte een te lage score aan zijn inschrijving zou zijn toegekend voor het subgunningscriterium K.1 Duurzaamheid en aanbesteder op grond van het beoordelingsmodel tot een andere score dan de reeds aan zijn inschrijving toegekende score had moeten komen waardoor de Commissie dit klachtonderdeel **ongegron**d verklaart.

#### 2.3. Klachtonderdeel 3

De Commissie overweegt dat de (vermeend) gebrekkige communicatiewijze waarop een intern klachtenmeldpunt van aanbesteder omgaat met een klacht die bij aanbesteder is ingediend als een handelen of nalaten van die aanbestedende dienst kwalificeert maar niet kan worden gezien als een handelen of nalaten dat binnen de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012 valt. Hoewel de Commissie op die lijn uitzonderingen denkbaar acht, is haar in dit geval niet gebleken van

omstandigheden die aanleiding zouden geven voor het oordeel dat de handelwijze van het klachtenmeldpunt is te beschouwen als een handelen of nalaten van aanbesteder binnen de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012. De Commissie **staakt de behandeling** van klachtonderdeel 3.

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

- 3.1. Aanbesteder heeft op 31 januari 2024 een Europese openbare aanbesteding georganiseerd voor de levering van hout en beschoeiingsmateriaal. Op 18 maart 2024 heeft ondernemer een inschrijving ingediend en op 29 maart 2024 heeft aanbesteder de gunningsbeslissing schriftelijk aan ondernemer kenbaar gemaakt. Ondernemer stelt dat de beoordeling van zijn inschrijving op één van de gunningscriteria, het gunningscriterium Duurzaamheid, niet deugdelijk is.
- 3.2. Ondernemer heeft op 3 april 2024 via TenderNed een brief gestuurd naar aanbesteder waarin hij zijn bezwaren kenbaar heeft gemaakt.
- 3.3. Op 10 juni 2024 heeft ondernemer telefonisch contact opgenomen met aanbesteder om te informeren naar de reactie op zijn klacht.
- 3.4. Op 13 juni 2024 verstuurt het Klachtenmeldpunt van aanbesteder een e-mail aan ondernemer. Aangegeven wordt: *'Vanwege een systeemtechnische fout is bovengenoemde klacht niet door ons ontvangen op 03 april 2024. Na telefonisch contact en mailwisseling heeft u per mail de klacht aan [naam aanbesteder] gestuurd op 10 juni 2024. Wij nemen na 18 juni contact met u op over de klacht'.*
- 3.5. Op 19 juli 2024 ontvangt ondernemer een reactie op zijn klacht van het Klachtenmeldpunt van aanbesteder.
- 3.6. Ondernemer heeft op 25 juli 2024 een klacht bij de Commissie ingediend.
- 3.7. Aanbesteder heeft op 10 oktober 2024 op de door ondernemer bij de Commissie ingediende klacht gereageerd.

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

*Ondernemer*

#### Klachtonderdeel 1

- 4.1. Ten eerste stelt ondernemer dat een gering verschil in de beoordeling van subgunningscriterium 'K1. Duurzaamheid' buitenproportioneel veel impact heeft door de "schaling en toekenning van de punten".
- 4.2. Ondernemer onderbouwt dit als volgt. Het scoren van een '6' in plaats van een '8' of ook wel een 'voldoende' in plaats van een 'goed' bij het ontbreken van een score van een '7' heeft geleid tot een waardering van 7 punten in plaats van 15 punten. Als dit omgerekend wordt naar de maximale waarde gesteld op €1.900.000, dan zou dit meer dan 10% van dit bedrag kunnen vertegenwoordigen gezien de maximale score van 70 voor de prijs.

#### Klachtonderdeel 2

- 4.3. Ten tweede had aanbesteder uit de inschrijving van ondernemer moeten begrijpen dat ondernemer voldeed aan de gevraagde voorwaarden voor het

subgunningscriterium duurzaamheid en had hij voor dit subgunningscriterium daarom een hogere beoordeling moeten krijgen.

- 4.4. Volgens ondernemer sluit zijn inschrijving voor het subgunningscriterium duurzaamheid namelijk voldoende aan bij het, door de aanbesteder, gevraagde. De stelling van aanbesteder dat het beoordelingsteam de wijze mist waarop inschrijver proactief adviseert over circulariteit en duurzame beschikbare alternatieven snijdt tevens geen hout. Ondernemer omschrijft namelijk duidelijk hoe afval en verspilling tijdens de productie, levering en installatie van het materiaal wordt geminimaliseerd. Ook beschrijft ondernemer in zijn inschrijving concreet op welke manier gepast advies wordt gegeven binnen de raamovereenkomst op het gebied van circulariteit en duurzame beschikbare alternatieven. Dit wordt voor verschillende soorten opdrachten toegelicht, aldus ondernemer.

#### Klachtonderdeel 3

- 4.5. Ten slotte stelt ondernemer dat hij aanzienlijke inspanningen geleverd en kosten gemaakt heeft om tot een goede inschrijving te komen. Pas na herhaald contact tot bezwaar is de klacht door aanbesteder opgepakt.

#### *Aanbesteder*

- 4.6. Aanbesteder is van mening dat de klacht van ondernemer ongegrond is. De Commissie vat de reactie van aanbesteder als volgt samen.

#### Klachtonderdeel 1

- 4.7. Ten eerste stelt aanbesteder dat de gehanteerde beoordelingsmethode voorafgaand aan de inschrijving op transparante wijze kenbaar is gemaakt in de aanbestedingsdocumenten. Wanneer ondernemer pas na de gunningsbeslissing klaagt over de beoordelings- en/of scoremethodiek, is dat te laat. Zeker omdat de betreffende ondernemer tijdens de aanbesteding hierover geen vragen heeft gesteld. Datzelfde geldt voor een klacht over de inhoud van de aanbestedingsstukken, die pas naar voren wordt gebracht na de voorlopige gunningsbeslissing, aldus aanbesteder.

- 4.8. Aanbesteder stelt zich vervolgens op het standpunt dat geen sprake is van een zeer gering verschil in de beoordeling tussen een cijfer 6 en een cijfer 8. Dat sprake is van een "buitenproportioneel effect" zoals ondernemer stelt kan aanbesteder niet plaatsen.

#### Klachtonderdeel 2

- 4.9. Ten tweede stelt aanbesteder dat ondernemer niet voldoet aan de gevraagde voorwaarden voor het subgunningscriterium duurzaamheid en de toegekende beoordeling daarom correct is. Aanbesteder onderbouwt dit als volgt.

- 4.10. Ondernemer heeft geen onderscheid gemaakt tussen de twee gestelde vragen binnen het subgunningscriterium duurzaamheid. Ondernemer is slechts op verhalende wijze ingegaan op de vragen en is voorbijgegaan aan de tweede vraag. Het antwoord hierop komt niet expliciet uit de beantwoording naar voren.

#### Klachtonderdeel 3

- 4.11. Tot slot merkt aanbesteder op te betreuren dat door een systeemtechnische fout de klacht van ondernemer van 3 april 2024 het Klachtenmeldpunt van aanbesteder niet eerder heeft bereikt dan 10 juni 2024. Echter vindt aanbesteder het erg

jammer dat ondernemer aanbesteder niet eerder heeft verzocht om de afhandeling van de klacht, te meer omdat er in de periode tussen 3 april 2024 en 10 juni 2024 meerdere contactmomenten zijn geweest tussen ondernemer en aanbesteder.

## 5. Hoe beoordeelt de Commissie deze klacht?

- 5.1. De Commissie overweegt dat de klacht van ondernemer uiteenvalt in drie klachtonderdelen, te weten (1) de toelaatbaarheid van de beoordelingsmethodiek voor het subgunningscriterium 'K1. Duurzaamheid', (2) de toegekende score aan de inschrijving van ondernemer op het subgunningscriterium 'K1. Duurzaamheid' (3) en ten slotte het klachtonderdeel dat pas na herhaald contact tot bezwaar de klacht van ondernemer door het Klachtenmeldpunt van aanbesteder is opgepakt.

### Klachtonderdeel 1. Beoordelingsmethodiek toelaatbaar?

#### *Onvoldoende proactieve houding*

- 5.2. De Commissie oordeelt dat ondernemer ten aanzien van klachtonderdeel 1 een onvoldoende proactieve houding heeft aangenomen door pas ná de gunningsbeslissing te hebben ontvangen een klacht over de beoordelingssystematiek bij aanbesteder in te dienen waardoor klachtonderdeel 1 **ongegrond** is.
- 5.3. De Commissie onderbouwt dit als volgt.
- 5.4. De Commissie overweegt dat van een deelnemer aan een aanbestedingsprocedure een proactieve houding mag worden verwacht. Dit houdt in dat een ondernemer – mogelijke – inbreuken op het op de aanbestedingsprocedure van toepassing zijnde recht bij de aanbesteder dient te signaleren zodra hij die redelijkerwijs behoort op te merken. De ratio daarvan is dat de aanbesteder daarmee mogelijk in staat wordt gesteld (de gevolgen van) die inbreuk ongedaan te maken in een stadium waarin de nadelige gevolgen daarvan voor alle betrokken partijen zoveel mogelijk beperkt kunnen blijven (zie bijvoorbeeld Advies 708).
- 5.4.1. De Commissie stelt voorop dat ondernemer heeft nagelaten in de Nota van Inlichtingen vragen te stellen over de beoordelingsmethodiek. Door pas ná het ontvangen van de gunningsbeslissing een klacht bij aanbesteder in te dienen, heeft ondernemer naar het oordeel van de Commissie voormelde verplichting om een proactieve houding aan te nemen niet nageleefd. Met aanbesteder is de Commissie van oordeel dat ondernemer zijn bezwaar ten aanzien van de beoordelingsmethodiek daarmee op een te laat tijdstip naar voren heeft gebracht. De Commissie ziet niet in waarom ondernemer zijn bezwaar niet eerder naar voren had kunnen brengen. Daarmee verklaart de Commissie klachtonderdeel 1 **ongegrond**.
- 5.4.2. Ten overvloede wijdt de Commissie enkele overwegingen aan de toelaatbaarheid van de beoordelingsmethodiek voor het subgunningscriterium 'K1. Duurzaamheid'.
- 5.5. De vraag die centraal staat is of de puntentoekenning in het beoordelingsmodel leidt tot gunning aan de economisch meest voordelige inschrijving. Volgens ondernemer heeft een klein verschil in kwaliteit een niet proportioneel effect op de rapportcijfers en daaruit volgende puntentoekenning, omdat rapportcijfers '6' of '8' kunnen worden gescoord, maar het rapportcijfer '7' niet.

#### *Toetsingskader*

- 5.6. Vooropgesteld dient te worden dat aanbestedende diensten op grond van artikel 2.114, lid 1, Aw 2012 verplicht zijn overheidsopdrachten te gunnen aan de naar

hun oordeel economisch meest voordelige inschrijving. Verder moeten zij op grond van artikel 2.114, lid 2, Aw 2012 de economisch meest voordelige inschrijving vaststellen op basis van ófwel de beste prijs-kwaliteitverhouding, ófwel de laagste kosten berekend op basis van kosteneffectiviteit, zoals de levenscycluskosten, ófwel de laagste prijs.

- 5.7. In beginsel heeft te gelden dat aanbestedende diensten een grote mate van vrijheid genieten in het bepalen van hun behoefte (zie considerans 89 en 90 Richtlijn 2014/24/EU, Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 13 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:122, r.o. 3.13 en Advies 674 overweging 4.3.2). Het is daarom in uitgangspunt aan de aanbestedende dienst de criteria, de wegingsfactoren en het beoordelingskader vast te stellen dat hij passend acht. De Commissie overweegt dat het maken van sprongen in de toekenning van scores en daaruit volgende punten daarmee in beginsel is toegestaan. Een methodiek mag echter niet leiden tot dermate disproportionele puntentoekenningen dat de systematiek het (reële) risico in zich bergt dat de opdracht niet wordt gegund aan de economisch meest voordelige inschrijving.

#### *Puntentoekening*

- 5.8. De Commissie stelt vast dat aanbesteder in het beschrijvend document heeft bepaald dat hij de economisch meest voordelige inschrijving (EMVI) vaststelt op basis van de beste prijs-kwaliteitverhouding waarbij de prijs meetelt voor 70% en de kwaliteit meetelt voor 30%.
- 5.9. In het beschrijvend document is in paragraaf 5.3 beschreven hoe de beoordeling van de kwaliteitsaspecten plaatsvindt.

### **'5.3 Kwaliteit**

(...)

De beoordeling van de gunningcriteria kwaliteit (K.1 en K.2) verloopt als volgt: De leden van het beoordelingsteam van de Aanbestedende dienst kennen individueel aan iedere Inschrijver afzonderlijk voor de beantwoording van het gunningcriterium een score in de vorm van een cijfer per gunningscriterium (Zeer slecht tot Uitmuntend, zie tabel Beoordeling) toe.

(...)

Cijfer	Omschrijving	Toelichting
10	Uitmuntend	<ul style="list-style-type: none"> <li>• De beantwoording gaat in op alle gevraagde onderdelen;</li> <li>• En de beantwoording sluit uitstekend aan bij het gevraagde en geeft blijk van uitstekend inzicht in de behoefte van de Aanbestedende dienst;</li> <li>• En de beantwoording is zeer goed onderbouwd, concreet en realistisch;</li> <li>• En de beantwoording bevat elementen die in relatie tot het gevraagde een meerwaarde betekenen voor de Aanbestedende dienst.</li> </ul>
8	Goed	<ul style="list-style-type: none"> <li>• De beantwoording gaat in op alle gevraagde onderdelen;</li> <li>• En de beantwoording sluit goed aan bij</li> </ul>

		<p>het gevraagde en geeft blijk van goed inzicht in de behoefte van de Aanbestedende dienst;</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• En de beantwoording is goed onderbouwd, concreet en realistisch;</li> <li>• De beantwoording biedt voor de Aanbestedende dienst deels meerwaarde ten opzichte van het gevraagde.</li> </ul>
6	Voldoende	<ul style="list-style-type: none"> <li>• De beantwoording gaat in op een groot deel van de gevraagde onderdelen;</li> <li>• En de beantwoording sluit voldoende aan bij het gevraagde;</li> <li>• En de beantwoording is in voldoende mate onderbouwd, concreet en realistisch.</li> </ul>
4	Onvoldoende	<ul style="list-style-type: none"> <li>• De beantwoording gaat slechts in op een deel van de gevraagde onderdelen;</li> <li>• Of de beantwoording sluit slechts gedeeltelijk aan bij het gevraagde;</li> <li>• Of de beantwoording is in beperkte mate onderbouwd, concreet en realistisch.</li> </ul>
2	Zeer slecht	In hetgeen Inschrijver aanbiedt ontbreekt (een deel van) de gevraagde informatie, of is inhoudelijk niet relevant of voldoet geheel niet aan het criterium.
0	Niet aangeleverd	Inschrijver heeft geen toelichting geüpload waardoor er geen beoordeling kan plaatsvinden.

*Tabel beoordeling*

(...)

- In onderstaand schema is aangegeven wat het aantal punten per gegeven cijfer is voor de twee gunningscriteria:

Cijfer	Punten K.1: Duurzaamheid Maximaal 20 punten	Punten K.2: Levertijden Maximaal 10 punten
10	20	10
8	15	7
6	7	3
4	0	0
2	0	0

(...)'.

- 5.10. De Commissie begrijpt uit de klacht van ondernemer dat hij meent dat de door aanbesteder gekozen methodiek kan leiden tot gunning aan een inschrijving die volgens aanbesteder zelf niet de economisch meest voordelige is. Hij onderbouwt dat met een rekenvoorbeeld dat als volgt kan worden weergegeven.

*Rekenvoorbeeld*

- 5.11. Stel dat aanbesteder twee inschrijvingen ontvangt. Inschrijver A schrijft in met een prijs van € 950.000 en krijgt de maximale score toegekend voor 'K2. Levertijden' (10 punten) en een voldoende voor 'K1. Duurzaamheid' (7 punten). Inschrijver B

schrijft in met een prijs van € 1.000.000 en krijgt eveneens de maximale score toegekend voor 'K2. Levertijden' (10 punten) en een voldoende voor 'K1. Duurzaamheid' (7 punten). Dat leidt tot de volgende scoretabel, waarbij Inschrijving A de economisch meest voordelige is:

	<b>Inschrijving A</b>	<b>Inschrijving B</b>
<b>Prijs</b>	70	66,5
<b>Kwaliteit</b>	17	17
<b>Totaalscore</b>	<b>87</b>	83,5

- 5.12. De klacht van ondernemer gaat over de situatie dat de beoordelaars de kwaliteit van Inschrijving B op het gebied van duurzaamheid weliswaar beter vinden dan de kwaliteit van Inschrijving A, maar niet dusdanig veel beter dat de toename in kwaliteit een sprong van 8 kwaliteitspunten rechtvaardigt. Stel dat de beoordelaars met elkaar eens zijn dat de toename in kwaliteit een aanvullende puntentoekening van 4 punten zou rechtvaardigen, dus niet de 7 punten die horen bij een voldoende, maar 11 punten – exact tussen 'voldoende' en 'goed' in. Omdat geen 11 punten kunnen worden toegekend, maar uitsluitend 7 of 15, zorgt de methodiek, volgens ondernemer, ervoor dat de opdracht niet wordt gegund aan de economisch meest voordelige inschrijving. Als wel 4 punten kunnen worden toegekend, zou dat namelijk leiden tot de volgende scoretabel:

	<b>Inschrijving A</b>	<b>Inschrijving B</b>
<b>Prijs</b>	70	66,5
<b>Kwaliteit</b>	17	21
<b>Totaalscore</b>	87	<b>87,5</b>

- 5.13. Daarmee zou de methodiek, in strijd zijn met artikel 2.114, lid 1, Aw 2012, omdat de methodiek kan leiden tot gunning aan een andere inschrijving dan de economisch meest voordelige, namelijk Inschrijving A in de hiervoor geschetste denkbeeldige situatie.
- 5.14. De Commissie acht de methodiek niet in strijd met artikel 2.114 lid 1 Aw 2012. Hoewel inderdaad fictieve situaties denkbaar zijn waarin toepassing van een andere schaal tot een andere uitkomst zou kunnen hebben geleid, leidt dat niet zonder meer tot de conclusie dat de methode aan de hand waarvan punten worden toegekend onrechtmatig is. Voor iedere discrete schaal is namelijk wel een fictieve combinatie van inschrijvingen te bedenken die tot een andere uitkomst van de beoordeling van de inschrijvingen aan de hand van de gunningscriteria zou hebben geleid, wanneer de toegepaste schaal een tussenliggende waarde had gekend. Voor het oordeel dat de systematiek het (reële) risico in zich bergt dat de opdracht niet wordt gegund aan de economisch meest voordelige inschrijving, zijn bijkomende omstandigheden vereist en die zijn de Commissie niet gebleken.

Klachtonderdeel 2. Ten onrechte een te lage score toegekend aan de inschrijving?

- 5.15. Naar het oordeel van de Commissie heeft ondernemer onvoldoende onderbouwd waarom er ten onrechte een lage score aan zijn inschrijving zou zijn toegekend voor het subgunningscriterium K.1 Duurzaamheid en aanbesteder op grond van het beoordelingsmodel tot een andere score dan de reeds aan zijn inschrijving toegekende score, had moeten komen. Daarom acht de Commissie dit klachtonderdeel **ongegrond**. De Commissie onderbouwt dit als volgt.

- 5.16. Ondernemer stelt dat zijn inschrijving voor subgunningscriterium 'K.1 duurzaamheid' voldoende aansluit bij het, door de aanbestedende dienst, gevraagde. Een onderbouwing van deze stelling in het licht van het beoordelingskader, ontbreekt.
- 5.17. Ook de stelling van ondernemer dat het beoordelingsteam van aanbesteder ten onrechte de wijze mist waarop inschrijver proactief adviseert over circulariteit en duurzame beschikbare alternatieven volgt de Commissie niet. In de door aanbesteder overgelegde inschrijving van ondernemer leest de Commissie, met aanbesteder, niet dat ondernemer proactief adviseert over circulariteit en duurzame beschikbare alternatieven. Nu ondernemer zijn stelling ook niet verder heeft onderbouwd acht de Commissie dit klachtonderdeel ongegrond.

### Klachtonderdeel 3. Beweerdelijk gebrekkige communicatiewijze aanbesteder

- 5.18. De Commissie constateert dat dit onderdeel van de klacht zich richt tegen de (beveerdelijk) gebrekkige communicatiewijze waarop het klachtenmeldpunt van aanbesteder met de klacht is omgegaan.
- 5.19. Artikel 1 sub c van het Reglement van de Commissie definieert het begrip "klacht" als volgt: 'Een uiting van ongenoegen van een partij over het handelen of het nalaten van een andere partij voor zover dat handelen of nalaten binnen de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012 valt.'
- 5.20. De Commissie overweegt dat de (vermeend) gebrekkige communicatiewijze waarop een intern klachtenmeldpunt van aanbesteder omgaat met een klacht die bij aanbesteder is ingediend als een handelen of nalaten van die aanbestedende dienst kwalificeert maar niet kan worden gezien als een handelen of nalaten dat binnen de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012 valt (zie bijv. Advies 197 (overweging 5.2), Advies 242 (overweging 5.8), Advies 287 (overweging 5.7) en Advies 388 (overweging 5.4), Advies 409 (overweging 6.8), Advies 426-I (overweging 5.4), Advies 451 (overweging 5.6), Advies 467 (overweging 5.3), Advies 482 (overweging 5.5) en Advies 525 (overweging 5.3.1)).
- 5.21. Hoewel de Commissie op die lijn uitzonderingen denkbaar acht, is haar in dit geval niet gebleken van omstandigheden die aanleiding zouden geven voor het oordeel dat de handelwijze van het klachtenmeldpunt is te beschouwen als een handelen of nalaten van aanbesteder binnen de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012. De Commissie **staakt de behandeling** van klachtonderdeel 3.



## 6. Advies

De Commissie acht klachtonderdelen 1 en 2 **ongegron**d en **staakt de behandeling** van klachtonderdeel 3.

Omdat het haar vanwege conflicterende belangen niet vrijstond, is de Voorzitter van de Commissie, mr. G.R. Werkman-Bouwkamp niet betrokken geweest bij de behandeling van deze klacht.

Den Haag, 20 december 2024

Mr. M.C. Pinto

Vicevoorzitter

Mr. dr. A.J. van Heeswijck

Commissielid