

# **Public Procurement Research Centre**

---

*Een samenwerkingsverband van de Universiteit Utrecht en de Universiteit Twente*

## **Hoe wordt uitzendwerk gegund? Analyse van aanbestedingen**

Onderzoek naar gunningsmethodieken voor uitzendwerk:  
een economische en juridische analyse

Utrecht / Twente  
September 2013

Wouter Lohmann MSc  
Prof. mr. Elisabetta Manunza  
Prof. dr. Jan Telgen

Dit onderzoek werd mede mogelijk gemaakt door een financiële bijdrage van Randstad Nederland BV

## Samenvatting

Een aantal recente aanbestedingen van uitzendwerk is geanalyseerd op de gehanteerde systematiek voor gunning. Daaruit zijn verschillende onderwerpen naar voren gekomen die achtereenvolgens aan een economische en een juridische analyse zijn onderworpen. De economische analyse was met name gericht op de geschiktheid (en mogelijke onbedoelde neveneffecten) van de betreffende methodiek en daarmee op de doelmatigheid. De juridische analyse richtte zich met name op de rechtmatigheid van het gebruik van de methodiek.

De resultaten van de analyse zijn samengevat in de tabel op pagina 3, waarbij een hoger % rood in de achtergrond kleur een hogere mate van potentiële problemen - van zowel inkooptechnische als van juridische aard - aanduidt.

Voor dit onderzoek moesten wij ons baseren op relatief fundamentele uitgangspunten. Wij hebben geconstateerd dat noch op economisch en inkooptechnisch vlak noch op juridisch vlak in de vakliteratuur veel aandacht is besteed aan het onderwerp "methodiek van gunning". Voor de economische analyses is gebruik gemaakt van inzichten uit de beslissingstheorie (multi-criteria decision making) en relatief eenvoudige wiskundige analyses.

Juridisch is een van de voornaamste problemen de gebrekkige regulering van deze problematiek, waardoor de problemen uit de praktijk in onvoldoende mate door de rechter (kunnen) worden beslecht. Te hopen is dat de rechter in de toekomst steeds meer economische analyses, zoals in dit onderzoek uitgevoerd, bij zijn oordeel zal betrekken.

## Overzichtstabel

Element gunningsmethodiek	Economische analyse	Juridische analyse
Het criterium prijs bestaat uit verschillende financiële subcriteria (pagina 14)	Een samengesteld prijs criterium nodigt uit tot strategische inschrijvingen. Zeker wanneer de subcriteria offerteprijzen zijn voor verschillende producten zullen leveranciers strategische prijzen bieden i.p.v. realistische prijzen. Zo vergroten zij hun kans op gunning zonder de aanbestedende dienst een betere offerte te bieden.	Indien de systematiek voldoet aan de beginselen van gelijke behandeling, transparantie, proportionaliteit en de systematiek verder objectief is, dan is de systematiek toelaatbaar. Wel zijn bepaalde inschrijvingen die als strategisch worden gezien juridisch niet toelaatbaar.
De methodiek waarmee per gunningscriterium een score wordt berekend is niet vermeld in de stukken (pagina 17)	Leveranciers die meerdere offertes kunnen aanbieden hebben niet de mogelijkheid om te berekenen welke offerte de aanbestedende dienst prefereert; het kan voorkomen dat de beste offerte de aanbestedende dienst nooit bereikt. Bovendien kan de gunning na ontvangst van de offertes gemanipuleerd worden doordat de winnende offerte afhankelijk is van de keuze voor een scoremethodiek.	Op basis van jurisprudentie van het Hof van Justitie EU dienen alle modaliteiten van de gunning vooraf bekend te worden gemaakt. Het niet bekend maken van de gunningsmethodiek is dan ook juridisch aanvechtbaar.
Voor een gunningscriterium worden relatieve scores gehanteerd (pagina 20)	Het gebruik van relatieve scores is niet professioneel; het belang van het verschil in prestatie tussen twee aanbieders is afhankelijk van de offerte van een derde aanbieder. Bovendien kan de rangorde paradox optreden wanneer een niet competitieve offerte wordt toegevoegd of weggelaten.	In Portugal zijn relatieve scores bij wet verboden. De systematiek kan in strijd zijn met het transparantiebeginsel. Incidenteel heeft de nationale rechter geoordeeld dat wanneer een dergelijk systematiek absurde uitkomsten tot gevolg kan hebben, deze ontoelaatbaar is.
Een beoordelingscriterium is 'vlak' (maakt nauwelijks onderscheid tussen verschillende offertes) (pagina 24)	Een vlak criterium heeft geen invloed op de gunning. Doordat het criterium wel een wegingsfactor heeft, maar geen feitelijk belang, krijgen andere criteria een groter belang dan beoogd. Omdat het werkelijke belang van criteria bij aanbieders nu onbekend blijft, dienen zij niet noodzakelijkerwijs de offerte in die voor de aanbestedende dienst de beste is.	Zolang de beoordelingssystematiek transparant is medegedeeld en aan de algemene aanbestedingsbeginselen voldoet is het gebruiken van vlakke beoordelingscriteria niet per definitie juridisch ontoelaatbaar. Wanneer het vlakke criterium geïnterpreteerd wordt als een begrensd criterium – zonder dat in de aanbestedingsstukken van te voren is vermeld – is dit mogelijk juridisch wel aanvechtbaar.
Offertes die op een gunningscriterium lager scoren dan een ondergrens worden uitgesloten (pagina 25)	Door een ondergrens te stellen voor de score op een gunningscriterium wordt feitelijk de beoordelingsschaal en daarmee het onderscheidend vermogen verkleind. Ook hierdoor krijgen andere criteria een groter belang dan beoogd en ontvangt de aanbestedende dienst niet noodzakelijkerwijs de beste offertes.	Zolang de beoordelingssystematiek transparant is medegedeeld en aan de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht voldoet is het gebruiken van extra ondergrenzen niet per definitie juridisch ontoelaatbaar.
De scoregrafiek voor een beoordelingscriterium heeft een holle vorm (pagina 27)	De aanbestedende dienst is zich vaak niet bewust van de vorm van de scoregrafiek, terwijl deze belangrijke implicaties heeft voor de gunning. Een holle prijsgrafiek levert – ongeacht de wegingsfactor - een sterke voorkeur op voor de laagste offerteprijs.	Een aparte vorm van de scoringsgrafiek heeft niet per definitie tot gevolg dat een beoordelingssystematiek juridisch ontoelaatbaar is, zolang aan de aanbestedingsbeginselen wordt voldaan.
De scores op een beoordelingscriterium worden toegekend op basis van rangorde (pagina 28)	Het verschil in scores geeft nu geen informatie over het verschil in prestatie. De aanbestedende dienst bepaalt nu niet zelf hoeveel geld hij overheeft voor een betere prestatie op kwalitatieve criteria. Bovendien is deze scoremethodiek relatief en gelden ook de daarbij horende nadelen.	Scores op basis van rangorde is niet per definitie juridisch ontoelaatbaar, zolang aan de algemene aanbestedingsbeginselen is voldaan. Omdat de systematiek als relatief kan worden gezien, is dat wat van toepassing is op relatieve scores ook hier onverkort van toepassing.

## Inhoudsopgave

Samenvatting.....	2
Overzichtstabel.....	3
Inleiding.....	5
1. Beschrijving van de onderzochte aanbestedingen.....	7
2. De gunningsmethodieken .....	10
3.1 De opbouw van het criterium “prijs” vanuit verschillende sub-criteria.....	14
3.2 Het achterwege laten van het vermelden van de te hanteren scoremethodiek voor een gunningscriterium.....	17
3.3 Het gebruiken van relatieve scores voor gunningscriteria.....	20
3.4 Het gebruiken van vlakke beoordelingscriteria.....	24
3.5 Het gebruiken van extra ondergrenzen .....	25
3.6 De vorm van de scoregrafiek.....	27
3.7 Puntentoekenning op basis van rangorde .....	28
4. Welke mogelijkheden hebben inschrijvers om zich te verzetten tegen een gehanteerde beoordelingssystematiek?.....	30
Bijlage 1. Wanneer is het fenomeen ‘strategische inschrijving’ niet geoorloofd?.....	34

## Inleiding

In het kader van dit onderzoek - een 3e geldstroom project - zijn 22 relatief grote overheidsopdrachten voor uitzendwerk in Nederland die in de jaren 2011-2013 zijn aanbesteed, geanalyseerd<sup>1</sup>.

Alle geanalyseerde aanbestedingen betreffen opdrachten van ofwel een centrale of decentrale overheid of een publiekrechtelijke instelling in de zin van art. 1 lid 9 van de Europese richtlijn 2004/18/EG (zie tabel 1 in para 2).

In de meerderheid van deze opdrachten werd als gunningscriterium de *economisch meest voordelige inschrijving* (EMVI) gehanteerd maar kreeg de prijs *de facto* een grotere rol bij de beoordeling van de offertes dan wellicht oorspronkelijk door de opdrachtgever beoogd, waardoor kwalitatieve aspecten in het gedrang kwamen.

Om vast te stellen of dit effect werd veroorzaakt door de gehanteerde beoordelingsmethodiek in de gunningsfase,<sup>2</sup> zijn de beoordelingsmethodieken van de geselecteerde 22 overheidsopdrachten geanalyseerd mede in het licht van hun potentiële effecten op het resultaat van de gunning.

Het is geenszins de bedoeling geweest om *alle* aanbestedingen voor uitzendwerk uit de betreffende periode (2011-2013) te analyseren om een representatief beeld te geven.

Het onderzoek is met het uitsluitende doel uitgevoerd om door de opgedane kennis de doelmatigheid en rechtmatigheid in toekomstige aanbestedingsprocedures te verbeteren. Dat doel kon ook worden bereikt door slechts een (relatief) beperkt aantal beoordelingsmethodieken te analyseren, zonder specifieke steekproeftechniek uit te voeren. Geselecteerd zijn die methodieken die in aanbestedingsdocumenten eenvoudig te vinden en te verzamelen waren.

De problematiek is zowel vanuit economisch als vanuit juridisch oogpunt bestudeerd. Daar waar vanuit economisch oogpunt is geconcludeerd dat de inzet van een specifieke methodiek tot een ander – ongewenst of onvoorzien – resultaat kan leiden dan door de opdrachtgever beoogd, is vanuit juridische optiek bestudeerd of een dergelijke methodiek juridisch wel of niet toelaatbaar is.

Daarbij dient met het volgende rekening te worden gehouden. In Nederland zijn vanaf 1 april 2013 de Aanbestedingswet 2012 en de Gids Proportionaliteit in werking getreden; deze wet en de Gids Proportionaliteit hebben een aantal noviteiten gebracht die ook voor de onderhavige problematiek interessant kunnen zijn. Deze wijzigingen kunnen echter uitsluitend voor toekomstige aanbestedingen relevant zijn. Immers alle onderzochte opdrachten zijn vóór de inwerkingtredingdatum van de Wet en van de Gids aanbesteed en vallen juridisch gezien dus onder het oude regime.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Auteurs danken mr. Dennis Santbulte voor zijn bijdrage bij de voorbereidende werkzaamheden gericht op de uitvoering van de opdracht.

<sup>2</sup> In dit onderzoek hanteren we de termen 'gunningsmethodiek', 'beoordelingssystematiek', 'beoordelingsmethodiek' of 'scoremethodiek' als synoniemen.

<sup>3</sup> Van de geanalyseerde tweeëntwintig (22) opdrachten zijn er twee volgens een nationale openbare procedure geplaatst; twee volgens de meervoudige onderhandse procedure; de rest viel onder de werking van Richtlijn

Omdat het doel van dit onderzoek is een bijdrage leveren aan de toekomstige aanbestedingspraktijk, zijn de juridische aspecten van de in kaart gebrachte economische en inkooptechnische problemen besproken op basis van het nieuwe recht en niet van het recht dat van toepassing was op de geselecteerde en onderzochte procedures en betreffende methodieken.

Tot slot. Aan het einde van dit onderzoek (para 4) is kort en op eenvoudige wijze in kaart gebracht welke mogelijkheden *inschrijvers* hebben om zich te verzetten tegen de wijze waarop aanbesteders beoordelingssystematieken kiezen dan wel hanteren. Daarbij is aandacht besteed aan vragen zoals op welk moment van een procedure, waar (bij de aanbesteder, bij de nieuw in het leven geroepen Commissie van Aanbestedingsexperts, bij de rechter) en op basis waarvan mogen inschrijvers klagen en wat mogen zij bij de betreffende instantie eisen.

---

2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, PbEG 2004, L 134/114 en van het Bao, ofwel het Besluit van 16 juli 2005, houdende regels betreffende de procedures voor het gunnen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten), *Stbl.* 408, p. 1-117, voor zover het om aanbestedingen gaat met een waarde hoger dan de Europese drempel.

## 1. Beschrijving van de onderzochte aanbestedingen

De lijst met onderzochte aanbestedingen is opgenomen in onderstaande tabel. Alle aanbestedingen betreffen uitzendwerk, voor dit onderzoek gedefinieerd als aanbestedingen met CPV-code 96.200.00-6 of 796.000.00-0.

Nr.	Publicatie	opdrachtgever	beschrijving
1	1-mrt-2013	Sanquin Bloedvoorziening	Flexibele arbeidskrachten
2	18-feb-2013	Universiteit Twente	Uitzendkrachten
3	20-dec-2012	Gemeente Zoetermeer	Uitzendkrachten
4	27-nov-2012	Gemeente Rotterdam	Flexibele arbeid
5	13-nov-2012	AMC	Inhouse uitzendbureau
6	9-okt-2012	Wageningen UR	Payrolling
7	25-sep-2012	BanenpleinLimburg	Inhuur flexibele arbeid
8	15-jun-2012	UMC St Radboud	Flexibele arbeid
9	20-apr-2012	Belastingdienst	Inhuur flexibele arbeidskrachten
10	2-apr-2012	Noorderpoort	Flexibele arbeid
11	2-apr-2012	Gemeenten Twente	Uitzenddiensten en payroll
12	28-mrt-2012	Gemeenten Achterhoek	Flexibele arbeid
13	8-mrt-2012	Provincie Utrecht	Raamovereenkomst Payrolling
14	7-mrt-2012	Ministerie EL&I	Inhuur flexibele arbeidskrachten
15	30-dec-2011	CJIB	Uitzendkrachten en payrollmedewerkers
16	23-sep-2011	ROC van Twente	Inhuur flexibele arbeid en payrolldiensten
17	1-sep-2011	UMCG	Flexibele arbeid
18	31-aug-2011	Hoogheemraadschap Schieland en Krimpenerwaard	Inhuur tijdelijk personeel
19	14-jun-2011	Ministerie v. Defensie	Inhuur diensten uitzendbureaus
20	17-mei-2011	Gemeente Almere	Flexibele arbeidskrachten
21	13-apr-2011	Politie	Flexibele arbeidskrachten
22	24-jan-2011	Wetterskip Fryslân	Payrolling en leveren uitzendkrachten

De gunning van een aanbesteding zoals hierboven opgenomen kan gebeuren op basis van de *Laagste Prijs* en op basis van de zogenoemde *Economisch Meest Voordelige Inschrijving* (EMVI).

Bij de onderzochte aanbestedingen komt gunnen op Laagste Prijs nauwelijks voor<sup>4</sup>:

Gunningscriterium	Aantal malen aangetroffen	Percentage
Laagste Prijs	2	9%
EMVI	21	95%

<sup>4</sup> Eén aanbesteding bestond uit zowel percelen gegund op laagste prijs als percelen gegund op basis van EMVI.

Bij gunningen op basis van EMVI kunnen verschillende criteria gehanteerd worden. De volgende criteria zijn aangetroffen:

Gunningscriterium	Aantal malen aangetroffen
Prijs	22
Implementatieplan	8
Social return	5
Werving en selectie	5
Opleidingsmogelijkheden	5
Samenwerking	5
Plan van aanpak	4
Procesbeschrijving	4
Visie	3
Administratie	3
Presentatie	3
Verzuimpreventie	2
Rapportage	2
Referenties	2

Het criterium “prijs” is in de meeste aanbestedingen een samenstel van een aantal subcriteria. Wij hebben de volgende subcriteria aangetroffen.

Subcriterium	Aantal malen aangetroffen
Uitzenden	10
Detacheren	9
Payrolling	9
Loonsomfactor	5
Risicogroepen	5
Vakantiekrachten	3
Bureaumarge	2
Werving en Selectie fee	1
Omzetretourkorting	1
Omzetstaffel	1
Afkooppercentage	1
Duurkorting	1

Aan de verschillende gunningscriteria worden gewichten toegekend om het relatieve belang voor de gunningsbeslissing aan te geven. In het merendeel van de geanalyseerde aanbestedingen worden de scores van ieder van de offertes vermenigvuldigd met die gewichten om de bijdrage aan de eindscore te bepalen. Een aantal van de geanalyseerde aanbestedingen maakt gebruik van gunnen op waarde, één aanbesteding van (een variant op) de *lowest acceptable bid* methode.



De gewichten per gunningscriterium dienen volgens de geldende wettelijke regels vermeld te worden in de aanbestedingsstukken.

Gewichten vermeld	Aantal malen aangetroffen	Percentage
Ja	22	100%
nee	0	0%

De scoremethodiek per gunningscriterium geeft de manier aan waarop de offerte wordt beoordeeld en uiteindelijk een score krijgt op dat gunningscriterium. Voor onze analyse onderscheiden we een aantal kenmerken van scoremethodieken die in de aanbestedingen naar voren komen.

Subcriterium	Aantal malen aangetroffen
Niet vermeld	4
Relatieve scores	14
Vlakke beoordeling	16
Extra ondergrenzen	5
Bijzondere vorm van de scoregrafiek	9
Puntentoekenning o.b.v. rangorde	1

## 2. De gunningsmethodieken

### Juridische aspecten

In het aanbestedingsrecht is er - zowel op Europees als op nationaal niveau - weinig gereguleerd over gunningsmethodieken.

Slechts art. 53 van de Europese richtlijn 2004/18/EG<sup>5</sup>, dat over gunningscriteria gaat, bevat het algemene uitgangspunt dat de aanbesteder in de aankondiging, in het bestek of bij de concurrentiegerichtede dialoog in het beschrijvend document van de opdracht, *het relatieve gewicht (de weging) toekent aan elk van de door hem gekozen criteria* voor de bepaling van de economisch voordeligste inschrijving (eerste alinea, tweede lid).

Hetzelfde artikel bepaalt verder dat dit gewicht in een marge kan worden uitgedrukt met een passend verschil tussen een minimum en een maximum (tweede alinea, tweede lid).

Deze eis wordt afgezwakt door toevoeging van de uitzondering dat wanneer om aantoonbare redenen geen weging mogelijk is, de aanbesteder kan volstaan met een vermelding van de criteria in dalende volgorde van belangrijkheid (derde alinea, tweede lid).<sup>6</sup>

Deze bepaling is onlangs geïmplementeerd in artikel 2.115 Aanbestedingswet 2012<sup>7</sup> dat bepaalt dat een aanbestedende dienst in de aankondiging van de overheidsopdracht bekend dient te maken welke nadere criteria hij stelt met het oog op de toepassing van dit criterium.<sup>8</sup> Of de bewoordingen 'met het oog op *de toepassing* van dit criterium' ook kunnen betekenen dat aanbesteders naast de criteria ook het systeem vooraf bekend dienen te maken dat zij zullen hanteren voor de beoordeling van die criteria, is niet met zekerheid te stellen.

Een fundamentele rol bij de interpretatie en toepassing van het aanbestedingsrecht spelen de aanbestedingsbeginselen (het beginsel van non-discriminatie, van gelijke behandeling in ruime zin, van transparantie en van proportionaliteit) die de uitgangspunten vormen van de Europese en Nederlandse aanbestedingsregelgeving.<sup>9</sup> Deze beginselen spelen dus ook een

---

<sup>5</sup> Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PbEG L 134).

<sup>6</sup> Zie voor de gunningscriteria in de richtlijn 2009/81/EG op defensiegebied art. 47. Richtlijn 2009/81/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 13 juli 2009 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen door aanbestedende diensten van bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied, en tot wijziging van richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG (Pb EG L 216).

<sup>7</sup> Art. 47 van richtlijn 2009/81/EG op defensiegebied is met art. 2.106 van de Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied geïmplementeerd.

<sup>8</sup> Art. 2.115 lid 1 Aanbestedingswet 2012.

<sup>9</sup> Zie supra voetnoot 3 en 5. Zie ook Richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten (PbEG L 134). Zie tot slot ook Richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van de richtlijnen 89/665/EG en 92/13/EEG van de Raad met betrekking tot de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten (PbEG L 335).

doorslaggevende rol bij de beantwoording van de vraag of een gunningsmethodiek wel of niet als juridisch geoorloofd is te beschouwen.

Naast overweging 2<sup>10</sup> en art. 2<sup>11</sup> van richtlijn 2004/18/EG die beide in algemene termen het belang van de werking van de aanbestedingsbeginselen tot uitdrukking brengen, is overweging 46 van richtlijn 2004/18/EG relevant die luidt: 'de gunning van de opdracht dient te geschieden op basis van *objectieve criteria* waarbij het discriminatieverbod en de beginselen van transparantie en gelijke behandeling in acht worden genomen en de beoordeling van inschrijvingen onder voorwaarden van daadwerkelijke mededinging wordt gewaarborgd.'<sup>12</sup>

De Nederlandse wetgever heeft in de Aanbestedingswet 2012 een boeiende bepaling geïntroduceerd. Het gaat om art. 1.4 dat bepaalt (lid 1) dat een aanbestedende dienst op basis van *objectieve criteria* de keuze bepaalt zowel voor de procedure als voor de ondernemer of ondernemers die tot de aanbestedingsprocedure worden toegelaten. Goed verdedigbaar is het standpunt dat ook gunningsmethodieken op basis van deze bepaling op objectieve wijze dienen te worden gekozen en gehanteerd. Het belang van deze verantwoording blijkt uit de motiveringsplicht die in lid 3 van dit artikel is neergelegd.

De Nederlandse wetgever heeft vier categorieën aanbestedingen onderscheiden (zie hoofdstuk 1.2: Europese aanbestedingen<sup>13</sup>, aanbestedingen met een grensoverschrijdend belang<sup>14</sup>, nationale aanbestedingen<sup>15</sup> en meervoudig onderhandse aanbestedingen)<sup>16</sup> en heeft er voor gekozen om de toepassing en werking van de beginselen af te laten hangen van de categorie.<sup>17</sup>

Een belangrijke rol heeft in de Aanbestedingswet 2012 het proportionaliteitsbeginsel gekregen. Op basis van de Wet is een richtsnoer opgesteld waarin voorschriften zijn vervat met betrekking tot de wijze waarop aanbestedende diensten uitvoering dienen te geven aan dit beginsel.<sup>18</sup> Dit richtsnoer is de *Gids Proportionaliteit* geworden. De Gids vermeldt ten aanzien van welke aspecten aanbesteders proportioneel dienen te handelen. Verder geeft de Gids ook aanwijzingen voor wat als proportioneel aangemerkt dient te worden. Ten aanzien van de Gids geldt het uitgangspunt 'pas toe of leg uit' waarbij een verplichte motivering geldt wanneer aanbesteders van de aanwijzingen in de Gids afwijken.<sup>19</sup>

---

<sup>10</sup> Overweging 2 bepaalt dat aanbesteders bij de plaatsing van overheidsopdrachten de uit het Verdrag afgeleide beginselen (zoals gelijke behandeling, het discriminatieverbod, wederzijdse erkenning, evenredigheid en transparantie) in acht dienen te nemen.

<sup>11</sup> In art. 2 van dezelfde richtlijn vinden we een algemene verwijzing naar de beginselen: 'Aanbestedende diensten behandelen ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en betrachten transparantie in hun handelen.'

<sup>12</sup> Gelijkkluidende bewoordingen zijn te vinden in overweging 15, overweging 69 en artikel 4 van de defensierichtlijn.

<sup>13</sup> Zie art. 1.7-1.10 Aanbestedingswet 2012.

<sup>14</sup> Zie art. 1.7-1.10 Aanbestedingswet 2012.

<sup>15</sup> Zie art. 1.11-1.13 Aanbestedingswet 2012.

<sup>16</sup> Zie art. 1.14 -1.16 Aanbestedingswet 2012.

<sup>17</sup> In de Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied is deze scheiding niet aangebracht. Zie afdeling 2.1.1 van de aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied.

<sup>18</sup> Art. 1.10 en art. 1.13 Aanbestedingswet 2012.

<sup>19</sup> De Gids is niet altijd even duidelijk ten aanzien van de eisen die voor deze motiveringen gelden; hopelijk zal de rechtsbescherming door de rechter en de handhaving van de nieuwe regels door de onlangs ingestelde

Ten aanzien van beoordelingssystematieken bevestigt de Gids (par. 3.5.5) de jurisprudentie<sup>20</sup> door te bepalen dat deze objectief en eenduidig moeten zijn geformuleerd en op het voorwerp van de opdracht moeten zien.

Bij Europese aanbestedingen (zoals bij de meerderheid van de procedures die in dit onderzoek zijn onderzocht) en bij aanbestedingen met een grensoverschrijdend belang, dient een aanbestedende dienst uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria te stellen aan de inschrijvers en de inschrijvingen die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht en bij de toepassing hiervan acht te slaan op diverse aspecten van de aanbesteding, waaronder de gunningscriteria (art. 1.13 sub f).

Naast de beginselen van aanbestedingsrecht dienen aanbestedende diensten die tevens bestuursorganen zijn in de zin van de Awb, de beginselen van behoorlijk bestuur in acht te nemen uit het geschreven en ongeschreven bestuursrecht. Dat deze beginselen ook gelden voor overheidsoptreden in het kader van aanbestedingsprocedures is meermaals bevestigd in rechtspraak.<sup>21</sup> Deze kunnen dus ook van invloed zijn op beoordelingssystematieken. Een fundamentele rol speelt de bestuursrechtelijke variant van het gelijkheidsbeginsel.<sup>22</sup>

#### Overzicht beginselen en uitgangspunten

Beginselen en uitgangspunten	Europese vindplaats in richtlijn 2004/18/EG	Vindplaats in nationale wetgeving			Meervoudig onderhandse aanbestedingen
		Europese aanbestedingen	Aanbestedingen met een grensoverschrijdend belang	Nationale aanbestedingen	
Gelijke behandeling	Art. 2	Art. 1.8	Art. 1.8	Art. 1.12 lid 1	Art. 1.15
Transparantie	Art. 2	Art. 1.9	Art. 1.9	Art. 1.12 lid 2	-
Objectiviteit	Overweging 46	Art. 1.4 lid 1			
Proportionaliteit	Overweging 2 en art. 44 lid 2	Art. 1.10 en Gids Proportionaliteit	Art. 1.10 en Gids Proportionaliteit	Art. 1.13 en Gids Proportionaliteit	Art. 1.16 en Gids Proportionaliteit
Non-discriminatie	Art. 2	Art. 1.8	Art. 1.8	Art. 1.12	-
Algemene beginselen van Behoorlijk Bestuur	-	Geschreven in de Algemene Wet Bestuursrecht (AWB), ook in ongeschreven recht			

*Beginselen en uitgangspunten zoals door de Europese en nationale rechter geïnterpreteerd*  
De aanbestedingsbeginselen zijn nader uitgekristalliseerd in de jurisprudentie van de Europese en van de nationale rechter (die in het laatste decennium nogal omvangrijk is

Commissie van experts hierover meer duidelijkheid brengen. Zie over de Commissie van Experts deel 2 van het Advies Klachtafhandeling bij aanbesteden en <http://www.commissievanaanbestedingsexperts.nl/>

<sup>20</sup> Zie bijv: Vزر. Rb. Maastricht 23 februari 2006, LJN:AV2496, Vزر. Rb. Den Bosch 26 april 2005, LJN:AT4942, Vزر. Rb. Utrecht 20 juni 2008, LJN:BD4839.

<sup>21</sup> Onder andere in: Hof Den Bosch, 4 april 2006, NJF 2006, p. 1046, Pres. Rb. Haarlem, 14 augustus 1998, BR 1998 p. 888, Vزر. Rb. Den Haag, 27 april 2005, LJN: BC1953, Hof Den Bosch 3 augustus 2000, rol nr. 47331/KGZA, Pres. Rb. Alkmaar, 29 december 1994, BR 1995 p. 690, Vزر. Rb. Zutphen 28 december 2011, LJN:BU9991.

<sup>22</sup> Zie bijvoorbeeld Vزر. Rb. Zutphen 28 december 2011, LJN:BU9991.

geworden).<sup>23</sup> De codificatie van de beginselen in de Aanbestedingswet en de Gids Proportionaliteit dient overigens niet als een eindpunt te worden beschouwd: de uitwerking van deze beginselen is uit de aard van de zaak een dynamisch proces.

Belangrijk voor de beantwoording van de vraag wanneer een gunningsmethodiek wel of dan juist niet als geoorloofd moet worden beschouwd, is het arrest van het Hof van Justitie van de EU in de zaak *Succhi di Frutta* uit 2004, waarin het Hof bepaalde dat het beginsel van gelijke behandeling:

“(…) beoogt de ontwikkeling van een gezonde en daadwerkelijke mededinging tussen de aan een overheidsopdracht deelnemende ondernemingen te bevorderen en vereist dat alle inschrijvers bij het opstellen van het in hun offertes gedane voorstel dezelfde kansen krijgen. Het betekent derhalve dat voor deze offertes voor alle mededingers dezelfde voorwaarden moeten gelden.”<sup>24</sup>

In hetzelfde arrest bepaalde het Hof verder dat:

"het beginsel van doorzichtigheid dat er het corollarium van vormt, heeft in essentie ten doel te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen. 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, enerzijds, alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier interpreteren, en, anderzijds, de aanbestedende dienst in staat is om metterdaad na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria welke op de betrokken opdracht van toepassing zijn (cursivering auteurs)".<sup>25</sup>

De nationale rechter heeft meerdere malen bevestigd dat keuze en toepassing van gunningscriteria en van beoordelingssystematieken objectief dient te zijn en in de aankondiging of de nota van inlichtingen bekend dient te worden gemaakt.<sup>26</sup> Verder dienen volgens de rechter beoordelingssystematieken objectief en eenduidig te zijn geformuleerd en moeten ze op het voorwerp van de opdracht zien.<sup>27</sup>

---

<sup>21</sup> Enkele van de belangrijkste uitspraken zijn: HvJ EG 25 april 1996, zaak C-87/94, *Jur.* 1996, p. I-2043, *Waalse bussen*, HvJ EG 18 november 1999, zaak C-275/98, *Jur.* 1999, p. I-8291, *Unitron Scandinavia*, HvJ EG 29 april 2004, zaak C-496/99P, *Jur.* 2004, p. I-03801, *Succhi di Frutta*, HvJ EG 21 juli 2005, zaak C-231/03, *Jur.* 2005, p. I-7287, *Coname*, HvJ EG 7 december 2000, zaak C-324/98, *Jur.* 2000, p. I-10745, *Telaustria*, HvJ EG 13 oktober 2005, zaak C-458/03, *Jur.* 2005, p. I-08612, r.o 49-50, *Parking Brixen*.

<sup>24</sup> HvJ EG 29 april 2004, zaak C-496/99P, *Jur.* 2004 p. I-03801, *Succhi di Frutta*, ro. 110.

<sup>25</sup> *Idem*, ro. 111.

<sup>26</sup> Zie bijvoorbeeld recentelijk: Gerechtshof Arnhem 9 april 2013, lijn:BZ8213; maar ook: v.zr. Rb. Rotterdam 18 september 2008, LJN:BF1369. Niet gehonoreerd in: V.zr. Rb. 's-Gravenhage 11 december 2006, LJN:AZ7517. V.zr. Rb. 's-Hertogenbosch 8 februari 2008, LJN:BC3956. "Voorwaarde is wel dat de beoordeling objectief en transparant is." V.zr. Rb. Breda 15 mei 2007, LJN:BA8374: bij hantering van een gunningssysteem op basis van de EMVI dient "de aanbestedende dienst een ruime beoordelingsmarge te hebben bij de vergelijking van ingediende offertes, mits deze beoordeling is gebaseerd op objectieve criteria, die expliciet en uitputtend in de aankondiging of de Nota van Inlichtingen dienen te worden vermeld."

<sup>27</sup> Zie bijv: V.zr. Rb. Maastricht 23 februari 2006, LJN:AV2496, V.zr. Rb. Den Bosch 26 april 2005, LJN:AT4942, V.zr. Rb. Utrecht 20 juni 2008, LJN:BD4839.

Aangezien in de Aanbestedingswet het uitgangspunt is gekozen dat als gunningscriterium de EMVI wordt gehanteerd en alleen in gemotiveerde uitzonderingsgevallen het criterium van de laagste prijs (art. 2.114) kan worden toegepast, komt de vraag op in hoeverre een aanbesteding op basis van EMVI, waarbij het prijsaspect in de gunningscriteria zoveel zwaarder weegt dan de kwaliteitsaspecten dat de facto sprake is van de laagste prijs als gunningscriterium, in conflict kan zijn met het uitgangspunt van de Aanbestedingswet 2012 om op basis van EMVI te gunnen.

## **Opsomming van de voor de analyse geselecteerde elementen van de gunningsmethodiek**

Tegen deze achtergrond zijn onderstaande elementen van de gehanteerde gunningsmethodieken geanalyseerd. Alle elementen hebben – in meer of mindere mate – betrekking op de scoremethodiek: de wijze waarop de kwaliteit die een aanbieder biedt op een gunningscriterium wordt omgezet naar een score. Dit is expliciet niet hetzelfde als de gewichten die worden gehanteerd om scores gewogen op te tellen. De bijdrage van een criterium aan de eindscore wordt bepaald door de score te vermenigvuldigen met het gewicht. Zowel de scoremethodiek als de gewichten hebben dus invloed op de bijdrage aan de eindscore en daarmee op het belang van een criterium.

- De opbouw van het criterium “prijs” vanuit verschillende sub-criteria (zie verder para 3.1);
- Het achterwege laten van het vermelden van de te hanteren scoremethodiek voor een gunningscriterium (zie verder para 3.2);
- Het gebruiken van relatieve scores voor gunningscriteria (zie verder para 3.3);
- Het gebruiken van vlakke beoordelingscriteria (zie verder para 3.4);
- Het gebruiken van extra ondergrenzen (zie verder para 3.5);
- De vorm van de scoregrafiek (per criterium) (zie verder para 3.6).
- Puntentoekenning op basis van rangorde (zie verder para 3.7).

### **3.1 De opbouw van het criterium “prijs” vanuit verschillende sub-criteria**

#### **Economische analyse**

Het criterium prijs kan een combinatie zijn van verschillende financiële subcriteria. Bijvoorbeeld wanneer een aanbestedende dienst meerdere producten uitvraagt, waarvoor individueel een prijs geoffreerd moet worden. Deze methode wordt vaak gebruikt wanneer de aanbestedende dienst niet exact weet hoeveel exemplaren hij van elk product tijdens de looptijd van het contract zal afnemen. Doorgaans geeft de aanbestedende dienst een schatting van het inkoopvolume per product; die schattingen worden vermenigvuldigd met de geboden prijzen per product om een totaalprijs te berekenen.

Een dergelijk samengesteld prijscriterium nodigt uit tot strategische inschrijvingen. Zeker wanneer een leverancier de aantallen af te nemen exemplaren per product anders inschat (of zelfs zelf kan beïnvloeden). Door voor een product waarvan de afname is overschat een lage prijs te offeren en een hoge prijs voor een product, waarvan de afname is onderschat,

komt de leverancier op een gunstige totaalprijs en heeft daardoor meer kans om de aanbesteding te winnen. Indien de afname zich ontwikkelt volgens het door de leverancier ingeschatte patroon, zijn de kosten voor de aanbestedende dienst hoger dan strikt noodzakelijk.

Het komt zelfs voor dat leveranciers in dergelijke gevallen 'negatieve' prijzen offeren of bepaalde producten gratis aanbieden, zodat ze zeer hoge prijzen kunnen vragen voor het product dat het meest onderschat is door de aanbestedende dienst (of voor het product waarvan de leverancier de afname het gemakkelijkste kan beïnvloeden).

Ook komt het voor dat de kosten voor één product twee keer worden meegenomen in het criterium prijs: één keer met een standaardprijs en één keer met een kortingspercentage. Ook dit nodigt uit tot strategische inschrijvingen. De aanbestedende dienst zal immers moeten aangeven op welke wijze beide subcriteria gecombineerd worden. Met die informatie kunnen leveranciers uitrekenen welke combinatie van standaardprijs en korting het beste resultaat voor hen oplevert in termen van kans op gunning en een hoge prijs.

### **Juridische analyse**

Een systematiek waarbij het prijscriterium wordt opgebouwd uit verschillende sub-criteria is niet per definitie juridisch ongeoorloofd. Wel dient de systematiek te voldoen aan de eisen die door de beginselen van aanbestedingsrecht worden gesteld, specifiek de beginselen van gelijke behandeling, transparantie en proportionaliteit. De systematiek dient ook objectief te zijn.

Het is vraag of een beoordelingssystematiek aan deze eisen voldoet en dus geoorloofd is wanneer men bij een aanbesteding rekenkundig kan aantonen dat vanwege de gehanteerde opbouw van het prijscriterium een inschrijver de aanbesteding kan winnen met een offerte die niet de economisch meest voordelige is; bijvoorbeeld wanneer de inschrijver hoge prijzen bij laag wegende sub-criteria heeft opgegeven en lage prijzen bij hoog wegende sub-criteria.

De nationale rechter heeft zich slechts een keer negatief (in 2005) uitgelaten over de ondeugdelijkheid van een beoordelingssystematiek, in de zaak *Van der Wiel/Weststellingwerf*.<sup>28</sup> De aanbesteder had *in casu* een beoordelingssystematiek gehanteerd op basis waarvan de aanbesteding kon worden gewonnen door de inschrijver die een kwaliteit bood gelijk aan die van zijn concurrent maar wel een hogere prijs.

De rechter oordeelde als volgt:

“Een systeem dat zulke onredelijke of zelfs absurde uitkomsten mogelijk maakt voldoet niet aan de daaraan te stellen deugdelijkheidseisen.”<sup>29</sup>

En verder:

“Hoewel in het onderhavige geval geen sprake is van een uitkomst waarvan op het eerste gezicht kan worden gezegd dat de winnende inschrijving evident niet de economisch meest voordelige aanbieding betreft, ziet de rechter desalniettemin in *de ondeugdelijkheid* van het door de gemeente gehanteerde systeem van puntentoekenning aanleiding om de gemeente te verbieden tot gunning aan Heijmans over te gaan en de gemeente te gebieden tot

---

<sup>28</sup> Vزر. Rb. Leeuwarden, 31 januari 2005, LJN: AS3521, *Van der Wiel/Weststellingwerf*.

<sup>29</sup> *Idem*, ro. 6.

heraanbesteding over te gaan (behalve als de gemeente alsnog wil afzien van aanbesteding en gunning van het werk). [Cursivering auteurs].”<sup>30</sup>

#### *Wanneer is het fenomeen ‘strategische inschrijving’ niet geoorloofd?*

Hoewel de systematiek waar het prijs criterium in sub-criteria wordt opgesplitst niet snel als ‘ondeugdelijk’ en dus als juridisch ontoelaatbaar kan worden verklaard, kunnen de problemen die door de splitsing van het prijs criterium in sub-criteria kunnen optreden, zoals het zich voordoen van de zogenoemde *strategische inschrijvingen*, wel in bepaalde situaties juridisch aan banden worden gelegd.

Het fenomeen strategische inschrijvingen is een onderwerp waarover partijen met regelmaat een zaak bij de rechter (hebben) aan(ge)spannen. Ondernemers schrijven strategisch in met het doel een zo hoog mogelijke score in de beoordeling van de aanbesteding te behalen. In beginsel - zoals ook door de rechter meerdere malen bevestigd – zijn strategische inschrijvingen toegestaan.<sup>31</sup> Men mag dus schuiven met bedragen om een betere score te krijgen.

Er is echter een aantal situaties waarin de rechter bepaald heeft dat een strategische inschrijving juridisch niet is geoorloofd.

Dit is het geval (zie ook het schema onderaan):

- a. wanneer strategisch inschrijven in de *aanbestedingsdocumenten is verboden*;
- b. wanneer een strategische inschrijving een ‘wiskundige onmogelijkheid’ tot gevolg heeft;
- c. wanneer strategisch inschrijven gezien kan worden als een *irreële inschrijving*;
- d. wanneer strategisch inschrijven gezien kan worden als een *manipulatieve inschrijving*;
- e. een *abnormale lage inschrijving* is niet *per se* ontoelaatbaar maar kan onder omstandigheden door de aanbesteder worden afgewezen.

Voor een uitgebreide behandeling van elk van deze situaties, zie bijlage 1.

#### *Tot slot*

Op basis van de Aanbestedingswet 2012 en de Gids Proportionaliteit dienen aanbestedende diensten opdrachten op basis van het gunningscriterium van de EMVI te gunnen. Afwijken van dit uitgangspunt mag slechts indien in de aanbestedingsstukken gemotiveerd.

De Gids Proportionaliteit gaat zelfs een stap verder en bepaalt dat in beide gevallen (gunning op de laagste prijs en EMVI) niet alleen gekeken wordt naar de laagste aankoop prijs, maar naar de *total cost of ownership*, oftewel de kosten over de gebruiksduur.<sup>32</sup>

De *total cost of ownership* kan op twee verschillende manieren worden bepaald. De aanbesteder kan één prijs verlangen voor de gehele levensduur (bijvoorbeeld aankoop prijs en onderhoud), welke prijs dan als één onderdeel wordt meegenomen in de beoordeling. Ook kan de aanbesteder deze kosten 'splitsen' bijvoorbeeld in een aankoop prijs en een onderhoudsprijs. Let op dat wanneer deze laatste methode wordt gebruikt, er eerder het

<sup>30</sup> *Idem*, ro. 7.

<sup>31</sup> Hof 's-Gravenhage 28 april 2005, TA 2005, p. 242, Hof 's-Gravenhage 15 maart 2007, LJN: BA0867, Vزر. Rb. 's-Gravenhage 13 augustus 2007, LJN: BB1626, Vزر. Rb. Utrecht 13 juni 2007, LJN: BA7015, TA 2007/108, vزر. College van beroep van het bedrijfsleven, 3 mei 2005, LJN AT7627, vزر. Rb. Arnhem, 6 december 2010, LJN BO9068, sector kanton Rb. Arnhem, 1 maart 2010, LJN BL6509.

<sup>32</sup> Gids Proportionaliteit paragraaf 3.5.5.



riscio bestaat op de problemen die in deze paragraaf 3.1 zijn behandeld, waaronder in het bijzonder de problemen die kunnen voortvloeien uit een strategische inschrijving.

### **Een nieuwe regeling over levenscycluskosten in het voorstel van de Europese Commissie voor een nieuwe richtlijn in de Klassieke sectoren van 20 december 2011**

De Europese Commissie heeft in de voorstellen tot wijziging van de richtlijnen overheidsopdrachten van 20 december 2011<sup>33</sup> bepaald dat aanbestedende diensten hun gunningsbeslissingen mogen baseren op de zogenoemde levenscycluskosten:

“De levenscyclus dekt alle fasen van het bestaan van een product of werk of verrichting van een dienst, vanaf de aanschaf van de grondstof of het opwekken van de hulpbronnen tot het verwijderen, het opruimen of het afwerken ervan. De kosten waarmee rekening moet worden gehouden, bevatten niet alleen de directe monetaire uitgaven maar ook de externe milieukosten indien deze in geld kunnen worden uitgedrukt en gecontroleerd.

Wanneer in de Europese Unie een gemeenschappelijke methodologie voor de berekening van levenscycluskosten wordt ontwikkeld, zullen aanbestedende diensten verplicht worden daar gebruik van te maken.”<sup>34</sup>

## **3.2 Het achterwege laten van het vermelden van de te hanteren scoremethodiek voor een gunningscriterium**

### **Economische analyse**

Bij de beoordeling van een offerte wordt de kwaliteit die een aanbieder biedt op een gunningscriterium omgezet naar een score. Als eerder vermeld heet de wijze waarop dit gebeurt de scoremethodiek. Vervolgens worden de scores op verschillende criteria – eventueel gewogen – gecombineerd. Hoe de criteria gecombineerd worden en wat de gewichten zijn wordt vaak vermeld in de aanbestedingsstukken; de scoremethodiek wordt echter vaak niet vermeld.

Inkoop-technisch gezien moet een aanbestedende dienst de scoremethodiek beslist vermelden. Het achterwege laten leidt tot minder goede aanbiedingen en laat mogelijkheden tot manipulatie open.

### Minder goede aanbiedingen

Vaak kunnen leveranciers verschillende offertes aanbieden: bijvoorbeeld sneller leveren tegen hogere prijs of minder garantie tegen een lagere prijs. Zij willen daarom weten welke

<sup>33</sup> Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende het gunnen van overheidsopdrachten, COM/2011/896 def (20 december 2011); voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende het gunnen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten COM/2011/896 def (20 december 2011); voorstel voor een richtlijn betreffende de gunning van concessieopdrachten COM/2011/897 def (20 december 2011).

<sup>34</sup> De ambitie om door middel van deze levenscyclus kosten tot meer duurzaamheid te komen is ook bevestigd in overweging 39 van de concept richtlijn voor de klassieke sector.

offerte het beste aansluit bij de wensen van de aanbestedende dienst. Daarvoor moeten leveranciers de voorkeuren van de aanbestedende dienst kennen; voorkeuren die blijken uit de gehele gunningssystematiek, inclusief scoremethodiek. Leveranciers kunnen met behulp van deze methodiek meerdere opties voor hun offerte evalueren, waarna ze de beste optie zullen indienen. Het vermelden van de scoremethodiek kan zo leiden tot betere aanbiedingen voor de aanbestedende dienst.

Voorbeeld: een aanbestedende dienst besteedt een opdracht aan voor de levering van auto's die zal worden beoordeeld op twee criteria: prijs en levertijd. In de stukken staat dat weighted factor score wordt gebruikt met gewichten prijs : levertijd als 4 : 1.

Een buitenlandse leverancier produceert auto's die voldoen aan de eisen en kan deze aanbieden voor € 15.000 en in 10 weken leveren. Hij kan ook dezelfde auto's 4 weken eerder opleveren voor € 3000 extra. Zonder kennis van de scoremethodiek kan de leverancier nu niet bepalen welke offerte hij het beste kan indienen.

De leverancier besluit erop te gokken dat de aanbestedende dienst de volgende methodiek hanteert:

- prijs: € 0 levert 80 punten op, € 40.000 levert 0 punten op
- levertijd: directe levering 20 punten, 20 weken 0 punten

De normale offerte is dan beter dan de snellere offerte:

	Prijs	Levertijd	Score prijs	Score levertijd	Totaalscore	Rang
Normale offerte	€ 15.000	10 weken	50	10	60	1
Snellere offerte	€ 18.000	6 weken	44	14	58	2

Tabel 1 – Beoordeling van twee mogelijke offertes

Echter, zelfs met de eerder genoemde gegevens, is het mogelijk dat de aanbestedende dienst een andere scoremethodiek hanteert: directe levering is nog steeds 20 punten, 10 weken levertijd levert nu al 0 punten op. Met deze scoremethodiek is de snellere offerte beter:

	Prijs	Levertijd	Score prijs	Score levertijd	Totaalscore	Rang
Normale offerte	€ 15.000	10 weken	50	0	50	2
Snellere offerte	€ 18.000	6 weken	44	8	52	1

Tabel 2 – Beoordeling van twee mogelijke offertes

De leverancier zou dan zijn normale offerte kunnen hebben ingediend, terwijl de snellere offerte beter aan de wensen van de aanbestedende dienst voldoet. De aanbestedende dienst is een betere offerte misgelopen door haar scoremethodiek niet bekend te maken aan de leveranciers.

### Mogelijkheden tot manipulatie:

Het bovenstaande voorbeeld laat zien dat de inzet van verschillende scoremethodieken tot andere winnaars kan leiden. Naast het mislopen van goede offertes levert dit nog een nadeel op. Stel dat offertes van verschillende aanbieders ontvangen zijn en de scoremethodiek nog niet bekend is gemaakt. De keuze voor een scoremethodiek kan nu gebruikt worden om de gewenste leverancier te 'selecteren'.

In bovenstaand voorbeeld – wanneer de normale offerte van leverancier A afkomstig is en de snellere offerte van leverancier B – kan de eerst genoemde scoremethodiek gekozen worden als er een voorkeur is voor leverancier A en de laatst genoemde als er een voorkeur is voor leverancier B. Zo wordt de aanbesteding gemanipuleerd om de opdracht aan een voorkeursleverancier te gunnen in plaats van aan de beste leverancier. Iedereen die invloed heeft op de beoordeling heeft nu de mogelijkheid om achteraf de gunning te manipuleren: de inkoper zelf, de budgethouder en zelfs de politiek verantwoordelijke.

### **Juridische analyse**

Zoals eerder vermeld verlangt art. 53 van de Richtlijn 2004/18/EG en art. 2.115 van de Aanbestedingswet 2012 dat ook de relatieve weging<sup>35</sup> van de specifieke gunningscriteria van tevoren bekend moet worden.<sup>36</sup>

Het Hof van Justitie van de EU had eerder (in 2001 en 2003) reeds bepaald dat gunningscriteria gedurende de aanbesteding steeds op dezelfde wijze uitgelegd moeten blijven worden<sup>37</sup> en dat deze niet tussentijds gewijzigd mogen worden.<sup>38</sup> In 2008, in het arrest Lianakis, bevestigde het Hof dat de gunningscriteria van te voren medegedeeld moeten worden.<sup>39</sup>

In het arrest in de zaak *Succhi di Frutta* uit 2004 bepaalde het Hof van Justitie van de EU 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, enerzijds, alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier interpreteren, en, anderzijds, de aanbestedende dienst in staat is om metterdaad na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria welke op de betrokken opdracht van toepassing zijn (cursivering auteurs)".<sup>40</sup>

Een jaar later, in 2005, bepaalde het Hof in het *ATI Arrest*<sup>41</sup> dat het introduceren van een puntenverdeling voor de bekendgemaakte sub-gunningscriteria na inschrijving niet toegestaan is. Maar volgens het Hof verzet het gemeenschapsrecht zich er niet tegen dat "een aanbestedingscomité een relatief gewicht toekent aan subelementen van een vooraf gesteld gunningscriterium, door de bij de vaststelling van het bestek de door de aanbestedende dienst voor dat criterium vastgestelde punten onder te verdelen over deze subelementen, mits een degelijk besluit:

<sup>35</sup> Het betreft hier de gewichten, niet de gehanteerde scoremethodiek.

<sup>36</sup> Artikel 53 van Richtlijn 2004/18/EG, resp. art. 2.115 Aanbestedingswet 2012. Zie ook Vزر. Rb. Zwolle-Lelystad 31 januari 2007, LJN:7506, Vزر. Rb. Alkmaar 16 februari 2006, LJN:AV2994.

<sup>37</sup> HvJEG 18 oktober 2001, zaak C-19/00, *SIAC Construction Ltd en County Council of Mayo*.

<sup>38</sup> HvJEG 4 december 2003, zaak C-448/01, *Wienstrom*.

<sup>39</sup> HvJEG 24 januari 2008, zaak C-532/06, *Lianakis*.

<sup>40</sup> HvJ EG 29 april 2004, zaak C-496/99P, *Jur.* 2004 p. I-03801, *Succhi di Frutta*, ro. 111. Zie ook bv. Vزر. Rb. Zwolle 19 september 2006, LJN:AZ9305.

<sup>41</sup> HvJEG 24 november 2005, zaak C-331/04, *ATI EAC*.

- geen wijziging brengt in de in het bestek vastgelegde gunningscriteria voor de opdracht;
- geen elementen bevat die, indien zij bij de voorbereiding van de offertes bekend waren geweest, deze voorbereiding hadden kunnen beïnvloeden;
- niet is genomen met inaanmerkingneming van elementen die discriminerend kunnen werken jegens een van de inschrijvers.”<sup>42</sup>

Het in zijn geheel niet mededelen van de beoordelingssystematiek is derhalve in strijd met het transparantiebeginsel zoals uitgelegd in de zaak *Succhi di Frutta* en *ATI* dat stelt dat *alle* modaliteiten van de gunningsprocedure *vooraf* bekend moeten zijn en is dan ook juridisch aanvechtbaar.

**Kortom:**

Een aanbestedende dienst dient dus van te voren de beoordelingssystematiek bekend te maken. Bij de beoordeling van inschrijvingen heeft de aanbestedende dienst enige ruimte.

Maar let op(!):

- hij mag geen wijziging aanbrengen in de in de besteksdocumenten vastgestelde gunningscriteria voor de opdracht;
- en geen elementen toevoegen die, indien zij bij de voorbereiding van de offertes bekend waren geweest, deze voorbereiding hadden kunnen beïnvloeden.
- Ten slotte mag de aanbestedende dienst bij de beoordeling niet discriminerend optreden jegens één van de inschrijvers.

### 3.3 Het gebruiken van relatieve scores voor gunningscriteria

#### Economische analyse

Bij relatieve scores wordt de score op een gunningscriterium bepaald door het gebodene in een offerte te vergelijken met het gebodene in andere offertes. De maximale score op het criterium wordt vervolgens toegekend aan de beste offerte. De overige offertes krijgen een score die gerelateerd is aan de score van de beste offerte. Dit betekent dat het beoordelen van een offerte onmogelijk is zonder kennis van andere offertes.<sup>43</sup>

Een groot probleem van dit scoringsmechanisme is dat de rangorde tussen twee leveranciers af kan hangen van de offerte van een derde leverancier. Het toevoegen of weglaten van een leverancier kan derhalve een effect hebben op de scores van alle leveranciers en op de rangorde van de leveranciers. De *rangorde paradox* die kan optreden is het gevolg van de relatieve scores.

<sup>42</sup> Idem ro. 32. In dezelfde zin de nationale rechter: zie bv. Vzr. Rb. Rotterdam 18 september 2008, LJN:BF1369. Een voorbeeld waar dit niet zo was is: Vzr. Rb. Rotterdam 3 november 2004, LJN:AS3395. Zie verder ook Vzr. Rb. Rotterdam 7 juni 2011, LJN: BR2793 en Vzr. Rb. Leeuwarden 6 juli 2011, LJN: BR2162.

<sup>43</sup> Mateus, R., Ferreira, J.A. and Carreira, J. (2010). Full disclosure of tender evaluation models: Background and application in Portuguese public procurement. *Journal of purchasing and supply management*, 16 (3), pp.206-215

Voorbeeld: een aanbestedende dienst besteedt een opdracht aan voor adviesdiensten die zal worden beoordeeld op twee criteria: prijs en kwaliteit. Het criterium prijs heeft een gewicht van 20% en de bijbehorende scoremethodiek is: financiële score =  $100 * (\text{beste prijs} / \text{prijs})$ . De aanbestedende dienst ontvangt vier offertes en berekent de scores en rangorde als volgt:

Leverancier	Prijs	Score prijs	Score kwaliteit	Totaalscore	Rang
A	€ 50.000	100	70	76	4
B	€ 125.000	40	89	79,2	3
C	€ 156.250	32	92	80	2
D	€ 200.000	25	94	80,2	1

Tabel 3: Beoordeling van vier offertes

Wanneer de offerte van leverancier A om een of andere reden wordt ingetrokken, worden de overgebleven leveranciers als volgt beoordeeld:

Leverancier	Prijs	Score prijs	Score kwaliteit	Totaalscore	Rang
A	Offerte ingetrokken				
B	€ 125.000	100	90	92	1
C	€ 156.250	80	92	89,6	2
D	€ 200.000	62,5	94	87,7	3

Tabel 4: Beoordeling van drie overgebleven offertes

De resulterende rangorde is compleet omgedraaid ten opzichte van de eerdere evaluatie waar leverancier A nog bij betrokken was. Opmerkelijk is dat leverancier A laatste werd in de eerste evaluatie; zelfs een offerte die niet concurrerend is kan de rangorde beïnvloeden.

Relatieve scores nodigen ook uit voor collusie door aanbieders. In bovenstaand voorbeeld verliest leverancier B de aanbesteding als leverancier A zijn offerte indient, maar wint hij wanneer leverancier A dit niet doet. Leverancier B is er dus veel aan gelegen leverancier A over te halen zijn offerte niet in te dienen. Ook mogelijk is dat initieel slechts drie aanbieders (B, C en D) een offerte indienen. Leverancier D wordt nu laatste, maar zal de aanbesteding winnen als hij leverancier A kan overhalen om een offerte in te dienen.

Bovendien is het hanteren van relatieve scores niet professioneel; feitelijk geef je als aanbestedende dienst aan niet te weten hoe belangrijk je een verschil in prestatie vindt.

In bovenstaand voorbeeld wordt door de ontvangen offertes bepaald hoeveel geld de aanbestedende dienst over heeft voor een betere score op kwaliteit: het verschil in de geboden prijzen van offertes B en D is de ene keer 15 punten waard en de andere keer 37,5 punten. Dit kan niet als professioneel worden aangemerkt: op deze manier is het min of meer toeval hoe een aanbidding beoordeeld zal worden. Dit moet een aanbestedende dienst niet aan toeval overlaten, maar zelf bepalen.

Relatieve scores zijn vanuit een economisch en inkooptechnisch oogpunt absoluut ongeschikt om te hanteren in gunningsmethodieken.

## Juridische analyse

Het gebruiken van relatieve beoordelingssystematieken in aanbestedingen is in Nederland niet ongebruikelijk en niet uitdrukkelijk in de regelgeving verboden.<sup>44</sup>

De jurisprudentie van de gewone rechter over relatieve beoordelingssystematieken is gering. Diverse malen is een beroep hierover op procedurele gronden afgewezen<sup>45</sup> of heeft de rechter zich op het standpunt gesteld dat er aan het transparantiebeginsel is voldaan zolang de systematiek van te voren is medegedeeld.<sup>46</sup>

Bij het hanteren van een relatieve systematiek voor de beoordeling van inschrijvingen geldt hetzelfde bezwaar dat het voor inschrijvers tevoren onmogelijk is om te weten hoe hun offerte zal worden beoordeeld, al wordt dat niet veroorzaakt door een later toegevoegd beoordelingscriterium maar door de inrichting van de overige inschrijvingen.

Hoewel dit in de Nederlandse rechtspraak nog niet eerder aan de orde is geweest, kan het interessant zijn om in rechte te stellen dat dit systeem in strijd is met de voorwaarden die door het Hof van Justitie in o.a. het ATI arrest zijn geformuleerd ten aanzien van gunningscriteria. Het Hof heeft namelijk duidelijk gemaakt dat een aanbestedingscomité een relatief gewicht mag toekennen aan subelementen van een vooraf gesteld gunningscriterium, maar daaraan toegevoegd dat dit slechts mag indien een degelijk besluit geen elementen bevat die, indien zij bij de voorbereiding van de offertes bekend waren geweest, deze voorbereiding hadden kunnen beïnvloeden.

De economische en inkooptechnische onwenselijkheid van relatieve beoordelingssystematieken kan juridisch behalve met de hiervoor bedoelde redenering op basis van de ATI-criteria wellicht ook ondersteund worden met een beroep op het beginsel van de objectieve criteria van art. 1.4 Aanbestedingswet.

Art. 1.4 van de Aanbestedingswet (in het hoofdstuk: Beginselen en uitgangspunten bij aanbesteden) eist dat de keuze voor de wijze waarop de overeenkomst tot stand wordt gebracht geschiedt op basis van objectieve criteria. De parlementaire geschiedenis geeft geen inzicht in de strekking die de wetgever voor ogen stond bij deze bepaling.

Ten slotte kan een gevolg van de inzet van een relatieve beoordelingssystematiek de *absurde uitkomst* zijn, zoals die in de zaak *Van der Wiel/Weststellingwerf*<sup>47</sup> aan de orde was, en daar als juridisch onaanvaardbaar werd beoordeeld. Maar tot nu toe is deze beslissing door andere rechters niet gevolgd.

---

<sup>44</sup> Uit para 2 in dit onderzoek blijkt ook dat deze ook in het kader van uitzendwerk veel gebruikt worden.

<sup>45</sup> Bv. in: Hof Den Haag 13 september 2007, LJNBC1279. Soms wordt wel een schending van het transparantiebeginsel geconcludeerd: Hof Leeuwarden 12 mei 2009, LJN:BI5096. Zie ook paragraaf 4.4 en 4.5.

<sup>46</sup> Zie bijv: Vzr. Rb. Rotterdam 7 juni 2011, LJN:BR2793 en Hof Den Haag 13 september 2007, LJNBC1279, Vzr. Rb. Den Haag 29 november 2006, LJN:AZ5047.

<sup>47</sup> Zie paragraaf 4.3.

## Rangorde paradox

De specifieke problemen bij relatieve systematieken kunnen (verstreckende) gevolgen hebben, waarvan de rangorde paradox één van de voornaamste is.<sup>48</sup>

Juridisch gaat het hier om een lastige materie, om diverse praktische redenen. Bijvoorbeeld wanneer in een bepaald geval een herberekening van scores plaatsvindt na het in een laat stadium van de aanbestedingsprocedure alsnog uitvallen van een inschrijver en hierdoor een rangorde paradox optreedt.

Bij de rechter eisen dat er een herbeoordeling moet plaatsvinden komt in de praktijk niet voor, wellicht wegens de praktische onmogelijkheid voor inschrijvers om de offertes van andere inschrijvers te mogen inzien.

Inschrijvers die naar aanleiding hiervan een kort geding aanspannen<sup>49</sup> lopen ook hier het risico op procedurele gronden te worden afgewezen door de rechter op basis van het *Grossmann* arrest.<sup>50</sup> Zie daarover hierna paragraaf 4 in het bijzonder onder het kopje rechtsverwerking.

Indien na beoordeling alsnog blijkt dat een inschrijving ongeldig verklaard had moeten worden, om wat voor reden dan ook, dan zal op basis van het gelijkheidsbeginsel een herbeoordeling moeten plaatsvinden waarbij deze inschrijving niet meegenomen wordt.

Alle inschrijvers moeten immers op dezelfde manier behandeld worden. Als een inschrijver die tijdig uitgesloten werd niet in de beoordeling wordt meegenomen maar een andere wel dan is het gelijkheidsbeginsel geschonden, zoals de voorzieningenrechter te Utrecht in 2011 bepaalde.<sup>51</sup> In hoger beroep oordeelde het Hof Arnhem in deze zaak<sup>52</sup> dat een dergelijke herbeoordeling slechts mogelijk is indien dit van te voren in de stukken transparant is medegedeeld. Het Hof overwoog “uit het gelijkheidsbeginsel vloeit geen regel voort dat een (na verificatie gebleken) ongeldige inschrijving geen rol mag spelen in de beoordeling van de resterende inschrijvingen”.<sup>53</sup> Dit oordeel staat ons inziens op gespannen voet met de (Europese) uitleg van het gelijkheidsbeginsel.

In de Aanbestedingswet 2012 is geregeld dat alleen van de voorlopige winnaar de bewijsstukken van hetgeen verklaard is in de Eigen Verklaring gecontroleerd mogen worden. Dit brengt een groter risico dan onder het oude recht met zich mee dat nadat de beoordeling heeft plaatsgevonden een inschrijver alsnog ongeldig blijkt.

Bij het hanteren van relatieve beoordelingssystematieken is de kans op het optreden van de rangorde paradox onder de nieuwe wet dan ook groter dan onder het oude Nederlandse aanbestedingsrecht het geval was.

---

<sup>48</sup> Strategische inschrijvingen kunnen ook hier, net als bij het opdelen van het prijs criterium, een rol spelen. Een ander belangrijk gevolg kan samenspanning van inschrijvers zijn. Hierop zijn de mededingingsregels van toepassing.

<sup>49</sup> Zie bijv: Vzr. Rb. Utrecht 16 september 2011, zaaknummer: 309740 KG ZA 11- 636.

<sup>50</sup> Zie bijv: Hof Den Haag 13 september 2007, LJNBC1279. Zie ook paragraaf 4.4 en 4.5. Zie voor het Grossmann arrest hierna paragraaf 4.

<sup>51</sup> Zie ook: Vzr. Rb. Utrecht 16 september 2011, zaaknummer: 309740 KG ZA 11- 636.

<sup>52</sup> Hof Arnhem, 9 oktober 2012, LJN:BX9806.

<sup>53</sup> Idem ro. 3.6.

Gezien de ingrijpende onwenselijke gevolgen die bij toepassing van deze methodiek kunnen optreden, heeft Portugal (EU-lidstaat) de inzet van relatieve beoordelingssystematieken in het nationale recht verboden.<sup>54</sup>

### 3.4 Het gebruiken van vlakke beoordelingscriteria

#### Economische analyse

Het gebruik van een 'vlak' criterium verkleint het belang van het betreffende criterium en leidt daarom tot een andere gewichtsverdeling tussen de criteria dan door de aanbestedende dienst bedoeld is. Met 'vlak' wordt bedoeld dat de scoringsmethodiek die voor het criterium gehanteerd wordt zodanig is dat alle offertes ongeveer dezelfde score toegekend krijgen. Het criterium verliest daarmee zijn onderscheidend vermogen; de gunning zal door de andere criteria worden bepaald (wanneer deze niet vlak zijn).

Een vlak criterium ontstaat vaak wanneer een beoordelingscommissie een oordeel moet vellen over de offertes aan de hand van een 10-puntsschaal. Dit komt geregeld voor bij de beoordeling van een plan van aanpak of een beschrijving van de visie van de leverancier op de opdracht. De leden van de beoordelingscommissie zullen (onbedoeld) het scoren op de 10-puntsschaal ervaren als het uitdelen van rapportcijfers. Daarbij wordt een zeer slechte prestatie beoordeeld met een 5 en een zeer goede prestatie met een 9. Het toekennen van een 4 (of lager) of een 10 wordt als zeer extreem gezien en is daarom ongebruikelijk. In de praktijk worden cijfers uitgedeeld tussen de 5 en de 9; een range die slechts half zo groot is als de 10-puntsschaal. Het belang van het criterium wordt daarmee gehalveerd.

Bovenstaand voorbeeld is een scenario dat leidt tot een vlak criterium; er kunnen ook andere oorzaken zijn. Een tweede voorbeeld is een 5-puntsschaal waarbij de laagste score alleen wordt toegekend als de leverancier geen antwoord heeft gegeven; omdat dit in de praktijk niet voorkomt wordt 20% van de schaal niet gebruikt.

Het probleem van een vlak criterium is telkens hetzelfde; als je niet de gehele range van scores gebruikt verklein je het belang van het criterium (als eerder gesteld, het belang van een criterium wordt bepaald door de bijdrage aan de eindscore: het gewicht van het criterium vermenigvuldigd met de score). Wanneer alle criteria in dezelfde mate vlak zijn levert dit in de eindbeoordeling geen probleem op. Immers, omdat het belang van alle criteria in dezelfde mate verkleind wordt, blijft het relatieve belang van de criteria gelijk.

Vaak worden er echter zowel vlakke als niet vlakke criteria gehanteerd. Een bekend voorbeeld is een beoordelingssystematiek die voor kwaliteit een vlak criterium hanteert, maar niet voor de prijs. Kwaliteit wordt bijvoorbeeld op een 10-puntsschaal gescoord - waarbij de maximale score bijna nooit wordt toegekend - en prijs met behulp van een relatieve scoremethodiek - waarbij de maximale score bijna altijd wordt toegekend. Doordat slechts één van beide criteria vlak is wordt ook het relatieve belang van de criteria beïnvloed: door deze methode toe te passen is het belang van prijs t.o.v. kwaliteit groter dan beoogd.

---

<sup>54</sup> Zoals vermeld door: Mateus, R., Ferreira, J.A. and Carreira, J. (2010). Full disclosure of tender evaluation models: Background and application in Portuguese public procurement. *Journal of purchasing and supply management*, 16 (3), pp.206-215.



## **Juridische analyse**

De inzet van vlakke beoordelingscriteria kan tot gevolg hebben dat de weging van bepaalde aspecten de facto minder wordt dan van tevoren bekendgemaakt omdat uiteindelijk niet de volledige range van scores wordt gebruikt.

Een aanbestedende dienst introduceert op deze manier feitelijk ondergrenzen die van te voren niet zijn medegedeeld. De aanbestedende dienst voegt dan immers in de beoordelingsfase van de aanbesteding elementen toe die, indien deze bij de voorbereiding van de offerte bekend waren, tot een andere voorbereiding hadden kunnen leiden.

Dit staat op gespannen voet met het transparantiebeginsel zoals door het Hof van Justitie in het ATI-arrest uitgelegd (zie het tweede van de drie cumulatieve eisen die het Hof formuleerde). Wel zal moeten worden bewezen dat de aanbestedende dienst daadwerkelijk ondergrenzen heeft geïntroduceerd bij de beoordeling en dit van te voren niet heeft bekendgemaakt.

Het toekennen van slechts de helft van de bekendgemaakt range van een score is slechts mogelijk indien de inschrijvingen dit daadwerkelijk rechtvaardigen.

In de praktijk zal het niet eenvoudig zijn aan te tonen dat een aanbestedende dienst van te voren wist dat bepaalde scores niet zouden worden gegeven. Hiertegen in beroep gaan kan bewijstechnisch complex zijn.

## **3.5 Het gebruiken van extra ondergrenzen**

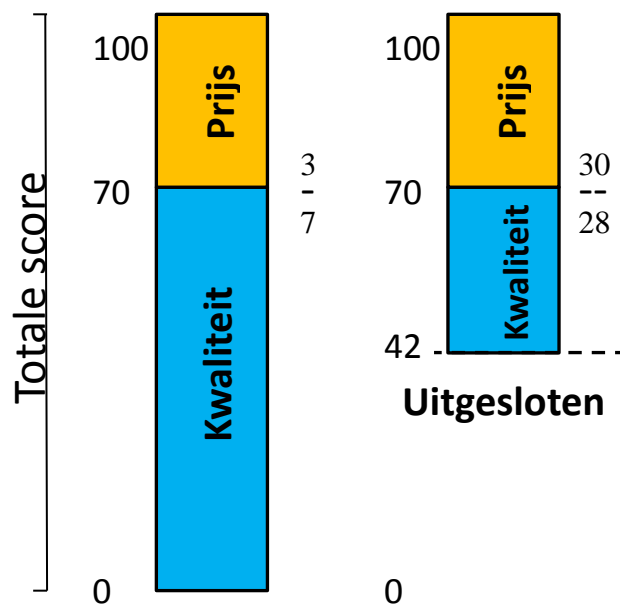
### **Economische analyse**

In aanbestedingsstukken wordt wel eens een ondergrens vermeld voor één van de gunningscriteria. Bijvoorbeeld door te stellen dat een offerte minstens een 6 moet scoren op kwaliteit om niet uitgesloten te worden. Een minimum stellen aan bepaalde prestaties is op zich niet verkeerd, maar vaak wordt er geen rekening gehouden met het gevolg van een ondergrens voor wat betreft het belang van het criterium in de gunning.

Neem als voorbeeld een aanbesteding met twee criteria: prijs en kwaliteit. Het criterium prijs heeft een wegingsfactor van 30%; 30 van de mogelijke 100 punten zijn gebaseerd op prijs, de overige 70 punten op kwaliteit. Het belang van prijs ten opzichte van kwaliteit is daarom 3:7. Bovendien wordt een ondergrens gesteld voor kwaliteit; alle offertes die lager dan een 6 scoren op kwaliteit zullen worden uitgesloten van de aanbesteding. Deze ondergrens is bedoeld om kwaliteit een nog belangrijker factor te maken in het gunningsmodel; de aanbestedende dienst is zo verzekerd van een aanbieding die minstens een 6 scoort op kwaliteit. Echter, de combinatie van de ondergrens en het grote gewicht op kwaliteit resulteert in het omgekeerde effect.

Met een 6 als ondergrens zullen alle offertes die lager dan een 6 scoren worden uitgesloten. Elke offerte die overblijft zal dus minstens een 6 hebben gescoord en kan daarom nooit minder dan  $(60\% * 70) = 42$  punten van de 100 als totaalscore (prijs en kwaliteit gecombineerd) krijgen. Van de overige 58 punten kunnen aanbieders er 28 verdienen door zich te onderscheiden op kwaliteit en 30 door een goede prijs te bieden. Kwaliteit is nu dus ongeveer even belangrijk als prijs. De aanbestedende dienst heeft willen gunnen met een

prijs-kwaliteit ratio van 3:7, maar gunt – door de toevoeging van een ondergrens – uiteindelijk met een ratio van 30:28.



Figuur 1: Het relatieve belang van prijs

De toevoeging van een ondergrens resulteert onbedoeld in een groter belang van prijs in de gunning. Dit negatieve effect kan worden voorkomen door de beoordelingsschaal te herkalibreren nadat leveranciers zijn uitgesloten, die de ondergrens niet halen. De nieuwe schaalverdeling moet zo gekozen worden dat leveranciers die de ondergrens exact halen nul punten scoren. Bijvoorbeeld, als de minimumscore een 6 is, resulteert die 6 in nul punten op de nieuwe schaal. Een 8 op de originele schaal levert een 5 op de nieuwe schaal, een 9 een 7.5, etc. Door de beoordelingsschaal op deze wijze te herkalibreren blijft het belang van prijs ten opzichte van kwaliteit zo groot als door de aanbestedende dienst bedoeld.

### Juridische analyse

In geval een aanbestedende dienst extra ondergrenzen hanteert, maar de beoordeling herkalibreert zoals hierboven onder de economische analyse beschreven én deze procedure vermeldt in de aanbestedingsstukken is er vanuit inkooptechnisch uitgangspunt geen bezwaar tegen de methode. Wanneer een dergelijke beoordelingssystematiek ook voldoet aan de eisen die door de algemene aanbestedingsbeginselen worden gesteld, zoals in regelgeving en jurisprudentie uitgekristalliseerd, is de methode juridisch toelaatbaar.

Wanneer de aanbestedende dienst herkalibreert, maar dit niet vermeldt in de stukken heeft hij niet de scoremethodiek op de juiste wijze gecommuniceerd. Immers, hij voegt nu een element toe dat, indien het bij de voorbereiding van de offertes bekend was geweest, deze voorbereiding had kunnen beïnvloeden. Zie voor de juridische consequenties paragraaf 3.2.

Het meest voorkomend is echter het gebruik van extra ondergrenzen zonder te herkalibreren. Door het op deze wijze hanteren van extra ondergrenzen kan de weging van gunningscriteria minder zijn dan op basis van de wegingsfactoren verwacht kon worden. Dit

moet bij de voorbereiding van de offerte al bekend zijn om niet in dezelfde (juridische) problemen te geraken die reeds hierboven bij de behandeling van de vlakke beoordelingscriteria zijn aangestipt.

De vraag is of een beroep tegen het hanteren van extra ondergrenzen die op het transparantiebeginsel wordt gebaseerd kans van slagen heeft. Zolang de beoordelingssystematiek aan de eisen voldoet die door de algemene aanbestedingsbeginselen worden gesteld, zoals in regelgeving en jurisprudentie uitgekristalliseerd, is het gebruiken van extra ondergrenzen juridisch toelaatbaar.

Indien door het gebruik van ondergrenzen de weging van kwaliteitsaspecten echter zeer laag dreigt te worden, dan kan gesteld worden dat het *in casu* en *de facto* om een laagste prijs aanbesteding gaat.

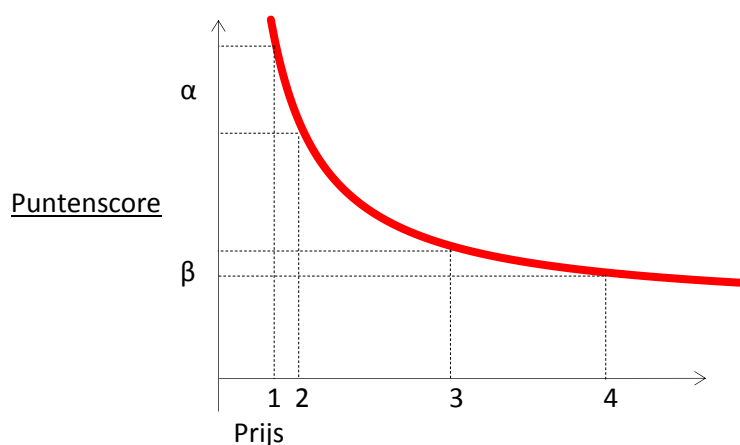
De keuze voor de facto de laagste prijs is een afwijking van het uitgangspunt in de Aanbestedingswet 2012 en de Gids Proportionaliteit dat op grond van de EMVI moet worden aanbesteed, die gemotiveerd dient te worden. Indien goed gemotiveerd kan deze methodiek dus juridisch wel toelaatbaar zijn. Indien niet goed gemotiveerd, kan de inzet daarvan als een schending van het proportionaliteitsbeginsel worden gezien.

### 3.6 De vorm van de scoregrafiek

#### Economische analyse

In de meest voorkomende gunningsmethodieken wordt de geboden offerteprijs omgezet naar een puntenscore. Met de formule die hiervoor gebruikt wordt kan een scoregrafiek worden gemaakt; prijs uitgezet tegen de bijbehorende puntenscore. Die grafiek kan verschillende vormen hebben, bijvoorbeeld een rechte lijn (lineair verband) of een holle of bolle vorm. Vaak is de aanbestedende dienst zich niet bewust van de vorm van de scoregrafiek, terwijl deze belangrijke implicaties heeft voor de gunning.

Het meest ongunstige onbedoelde effect treedt op wanneer een scoregrafiek met een holle vorm wordt gebruikt. Bijvoorbeeld de formule  $Score(i) = Maxpunten * \frac{Vaste\ prijs}{Prijs(i)}$ , waarbij Prijs(i) de prijs van offerte i is, resulteert in een holle scoregrafiek.



Figuur 2: Scoregrafiek met een holle vorm

Figuur 2 laat zien dat een klein prijsverschil tussen twee relatief lage prijzen (prijs 1 en prijs 2) resulteert in een groot puntenverschil (verschil  $\alpha$ ). Een groot prijsverschil tussen twee relatief hoge prijzen (prijs 3 en prijs 4) leidt tot een klein puntenverschil (verschil  $\beta$ ). Dat betekent dat een prijs die slechts iets hoger ligt dan prijs 1 zwaar wordt bestraft met aftrek van veel punten. Dus bij een aantal gunstige prijzen tellen andere criteria al nauwelijks mee: de score op prijs bepaalt grotendeels het eindresultaat. Het omgekeerde is het geval bij prijzen die veel hoger liggen dan gewenst.

Beide effecten zijn ongunstig; de twee lage prijzen die dicht bij elkaar liggen zouden ongeveer dezelfde puntenscore moeten krijgen (zodat de gunning bepaald kan worden gebaseerd op kwalitatieve criteria). De allerhoogste prijs (prijs 4), daarentegen, zou veel minder punten moeten krijgen dan de middelhoge prijs (prijs 3). De holle grafiek - die bij hogere prijzen steeds horizontaler gaat lopen - geeft feitelijk aan dat er een prijsniveau is waarna het de aanbestedende dienst niet veel meer uitmaakt als de offerteprijs nog hoger is.

Een lineaire scoregrafiek lost dit probleem op: een bepaald prijsverschil tussen twee offertes levert met een lineaire grafiek altijd hetzelfde puntenverschil op, ongeacht of het twee hoge of twee lage prijzen betreft. Dit geeft de offerte met de op één na laagste prijs meer kans om te winnen van de offerte met de laagste prijs. Bovendien zal de offerte met de allerhoogste prijs nu niet meer in staat zijn om te winnen van een offerte met een middelhoge prijs.

Het criterium prijs is hier gebruikt om het belang van de vorm van de scoregrafiek te illustreren. Ook bij andere criteria komen formules met dergelijke vormen voor om puntenscores te berekenen.

### **Juridische analyse**

Ook voor bepaalde vormen van de scoringsgrafiek die gebruikt worden bij de gunningsbeoordeling geldt dat deze niet per definitie juridisch ontoelaatbaar zijn. Ook hier, net zoals bij de eerder besproken elementen van gunningsmethodieken, hangt het antwoord op de vraag of een dergelijk methodiek juridisch toelaatbaar is af van de mate waarin het transparantie, gelijkheids- en proportionaliteitsbeginsel in acht zijn genomen en in hoeverre de methodiek als objectief kan worden bestempeld.

Wanneer de scoregrafiek echter niet in overeenstemming lijkt te zijn met de tekst in de aanbestedingsstukken - bijvoorbeeld wanneer de stukken vermelden dat prijs en kwaliteit even belangrijk zijn, maar uit de scoregrafiek een ander verdeling blijkt - kan dit in strijd zijn met het transparantiebeginsel en met de overige aanbestedingsbeginselen.

Wanneer deze methodiek een strategische inschrijving 'uitlokt' dan zal die specifieke inschrijving beoordeeld dienen te worden aan de hand van de criteria zoals beschreven in de bijlage over strategische inschrijvingen.

## **3.7 Puntentoekening op basis van rangorde**

### **Economische analyse**

Bij de evaluatie van offertes wordt per criterium de prestatie van een leverancier beoordeeld. In de meeste gevallen wordt (impliciet) een scoregraph gehanteerd. Er zijn

echter ook methodieken die punten niet direct toekennen op basis van de prestatie, maar indirect op basis van de rangorde. Een dergelijk methodiek kan bijvoorbeeld worden gehanteerd voor het criterium prijs. De aanbestedende dienst rangschikt hierbij de offertes op basis van prijs met de laagste prijs bovenaan. De bovenste offerte (laagste prijs) krijgt het maximum aantal punten voor het criterium prijs, nummer twee 90% van het maximum aantal punten, nummer drie 80%, etc.

De meetschaal die de aanbestedende dienst in deze situatie gebruikt is ordinaal; de schaal geeft uitsluitend de rangorde van de offertes weer, maar geeft geen informatie over de mate van verschil tussen twee offertes. Het gevolg is dat het verschil tussen de offerte die 100% van de punten krijgt en de offerte die 90% krijgt niet gelijk hoeft te zijn aan het verschil tussen de offerte die 90% krijgt en de offerte die 80% krijgt. De aanbestedende dienst bepaalt nu niet zelf hoeveel geld zij overheeft voor een betere prestatie op kwalitatieve criteria; dit hangt af van de prijzen van de ontvangen offertes. Als eerder gesteld; een professionele aanbestedende dienst moet dit zelf bepalen.

Bovendien loopt de aanbestedende dienst mogelijk de EMVI mis door deze methodiek te hanteren. Een offerte die marginaal duurder is dan de offerte met de laagste prijs krijgt significant minder punten voor het criterium prijs en zal dit verschil moeilijk kunnen compenseren op kwalitatieve criteria. In bovenstaand voorbeeld, wanneer prijs een belang heeft van 50 uit 100 punten, krijgt de offerte met de laagste prijs 50 punten en een offerte die 1€ duurder is 45 punten. Laatstgenoemde offerte zal op de kwalitatieve criteria gemiddeld minstens 2 punten hoger op een 10-puntsschaal moeten scoren om dit verschil te compenseren. Het gevolg is dat een aanbestedende dienst die deze methodiek hanteert een opdracht zal moeten gunnen aan een leverancier die een 6,5 op kwaliteit biedt voor €80.000 ten koste van een leverancier die een 8 biedt op kwaliteit voor €80.001 (tabel 4).

Aanbieder	Prijs	Score prijs	Kwaliteit	Score kwaliteit	Totaalscore	Rang
A	€ 80.000	50	6,5	32,5	82,5	1
B	€ 80.001	40	8	40	80	2

Tabel 5: Beoordeling offertes met puntentoekening o.b.v. rangorde

Een ander nadeel aan puntentoekening op basis van rangorde is dat het een relatieve beoordeling is en daarom uitnodigt tot collusie door aanbieders (para 3.3 behandelt meer nadelen van relatieve beoordelingen). Wanneer een aanbieder een andere partij kan overhalen om een niet competitieve offerte in te dienen die marginaal duurder is dan zijn eigen offerte, is hij verzekerd van een grote voorsprong op zijn echte concurrenten. In bovenstaand voorbeeld heeft aanbieder A – wanneer aanbieder B zijn offerte niet indient - een voorsprong van 10 punten (uit 100) op alle offertes met een offerteprijs van €80.002 of hoger, maar een voorsprong van 20 punten wanneer aanbieder B zijn offerte wel indient.

## Juridische analyse

Ook ten aanzien van een systematiek waarin de puntentoekening geschiedt op basis van rangorde geldt dat deze niet per definitie juridisch ontoelaatbaar is. Ook hier, net zoals bij de eerder besproken vormen van gunningsmethodieken, hangt het antwoord op de vraag of een dergelijk methodiek juridisch toelaatbaar is, af van de mate waarin het transparantie,

gelijkheids- en proportionaliteitsbeginsel in acht zijn genomen en in hoeverre de methodiek als objectief kan worden bestempeld.

Wel is een dergelijke puntentoekenning per definitie een relatieve systematiek. Op de systematiek is dan ook onverkort van toepassing wat eerder is besproken ten aanzien van de inzet van relatieve scores voor gunningscriteria.

#### **4. Welke mogelijkheden hebben inschrijvers om zich te verzetten tegen een gehanteerde beoordelingssystematiek?**

De mogelijkheden tot rechtsbescherming in het aanbestedingsrecht zijn gelaagd en zullen hieronder uiteengezet worden van meest laagdrempelig tot meest hoogdrempelig. Er kan geklaagd worden bij:

- De aanbestedende dienst via de nota van inlichtingen;
- De aanbestedende dienst via de Klachtenregeling;
- De Commissie van Aanbestedingsexperts;
- De nationale rechter;
- De Europese rechter.

##### *De nota van Inlichtingen*

Hoewel het aankaarten van problemen bij een aanbestedende dienst in een nota van inlichtingen (vragenronde) geen echte rechtsbescherming biedt, is het wel de eerste mogelijkheid om bezwaren tegen, bijvoorbeeld, beoordelingssystematieken kenbaar te maken.

Gelet op het risico van rechtsverwerking (zie het kopje hieronder) verdient het aanbeveling om juridisch aanvechtbare systematieken tijdig aan te kaarten bij de aanbestedende dienst in een vragenronde. In dit stadium kan ook een juridisch toelaatbare maar inkooptechnisch onwenselijke systematiek worden aangekaart. Een aanbestedende dienst is niet verplicht om hieraan gehoor te geven maar krijgt wel de kans om dit aan te passen indien hij dat wenst.

##### *De Klachtenregeling*

De tweede mogelijkheid om te klagen bij de aanbestedende dienst is via de Klachtenregeling. In de memorie van toelichting bij de Aanbestedingswet 2012 werd aangekondigd dat het initiatief zal worden genomen - in samenwerking met aanbestedende diensten en ondernemers - om tot een uniforme klachtenregeling te komen die kan bijdragen aan een snelle en zorgvuldige afhandeling van klachten.

De '*standaard voor de klachtafhandeling door aanbestedende diensten en ondernemers*' is hiervan de uitwerking. Aanbestedende diensten wordt aangeraden deze standaard voor klachtafhandeling onderdeel te laten zijn van hun aanbestedingsbeleid.<sup>55</sup>

Aanbestedende diensten zijn echter niet verplicht om deze klachtenregeling ook daadwerkelijk op te nemen in hun beleid.

---

<sup>55</sup> Standaard klachtafhandeling bij aanbesteden, deel 1 paragraaf 1.

Indien dit wel plaatsvindt, dan kan deze regeling gebruikt worden door ondernemers, die belang hebben bij het verwerven van een specifieke overheidsopdracht, om een klacht in te dienen over een aanbesteding die onder de Aanbestedingswet 2012 valt.

Onder belanghebbende ondernemers vallen:

- geïnteresseerde ondernemers;
- (potentiële) inschrijvers en gegadigden;
- onderaannemers van (potentiële) inschrijvers en gegadigden;
- brancheorganisaties en branchegerelateerde adviescentra van ondernemers.

Het onafhankelijke klachteninstituut van de aanbestedende dienst onderzoekt vervolgens de klacht en bekijkt of deze terecht is of niet. De Standaard vermeldt geen termijnen waarbinnen een klacht afgehandeld moet zijn. Dit moet echter wel voortvarend gebeuren en er dient rekening gehouden te worden met de planning van de aanbestedingsprocedure.<sup>56</sup> Een klacht die in behandeling is, schort de aanbestedingsprocedure niet op. Een klacht kan worden toegewezen of afgewezen.

#### *De Commissie van Aanbestedingsexperts*

Met de invoering van de Aanbestedingswet 2012 is een onafhankelijke Commissie van Aanbestedingsexperts ingesteld die evenwichtige en bruikbare adviezen kan leveren aan ondernemers en aanbestedende diensten (art. 4.27 Aanbestedingswet).<sup>57</sup> De werkwijze van deze Commissie is neergelegd in de eerder genoemde Standaard Klachtenafhandeling.

In beginsel wordt een ondernemer verzocht zijn klacht eerst in te dienen bij de aanbestedende dienst alvorens deze bij de Commissie van Aanbestedingsexperts aan te brengen.

Ingeval een aanbestedende dienst geen klachtenmeldpunt heeft ingesteld dan wel heeft nagelaten om binnen een redelijke tijd de klacht in behandeling te nemen en daarover te beslissen, kan de klacht voor bemiddeling of advies aan de Commissie worden voorgelegd.<sup>58</sup>

De Commissie kan besluiten de klacht al dan niet in behandeling te nemen. Adviezen zijn niet bindend maar wel zwaarwegend. Dit houdt in dat een aanbestedende dienst, maar ook een rechter niet gebonden is aan het advies van de Commissie.

Een rechter kan dit advies wel meenemen in zijn uitspraak. Aangenomen moet worden dat de rechter juist in de gevallen waarin zijn eigen deskundigheid tekortschiet gewicht zal toekennen aan het oordeel van de Commissie. Te denken valt aan inkooptechnische aspecten, waaronder de techniek die gehanteerd wordt voor de gunning.

#### *De nationale rechter*

De eerste gerechtelijke procedure die een inschrijver bij een rechter kan aanspannen is een kort geding bij de voorzieningenrechter. Een dergelijke spoedprocedure kan op elk moment in de aanbesteding worden aangespannen. Met betrekking tot beoordelingssystematieken kan dit bijvoorbeeld voor de uiterste datum voor het inleveren van de inschrijving, maar ook na het bericht van voorlopige gunning / afwijzing.

Om met succes een kort geding aan te spannen is wel een procesbelang nodig. Dit houdt in dat er iets gevorderd dient te worden waar de klagende inschrijver belang bij heeft (veelal

---

<sup>56</sup> Standaard klachtafhandeling bij aanbesteden, deel 1 paragraaf 4.

<sup>57</sup> Standaard klachtafhandeling bij aanbesteden, deel 2 paragraaf 1.

<sup>58</sup> Standaard klachtafhandeling bij aanbesteden, deel 2 paragraaf 6.

zal dat verkrijging van de opdracht of het krijgen van een tweede kans door een heraanbesteding zijn).

Afhankelijk van de specifieke grond voor het kort geding kunnen verschillende vorderingen worden ingesteld. In het geval van een klacht over de ondeugdelijkheid van een beoordelingssystematiek zal vooral een vordering tot heraanbesteding in aanmerking komen. Ook kan in rechte opgekomen worden tegen een gunningsbeslissing van een aanbestedende dienst aan een inschrijver die juridisch ontoelaatbaar strategisch heeft ingeschreven.

Indien niet op tijd (dat wil zeggen: voorafgaand aan de inschrijving) geklaagd is omtrent een beoordelingssystematiek kan rechtsverwerking worden aangenomen door de rechter (zie verder hieronder).

Indien er een uitspraak in kort geding is geweest kan een inschrijver (indien deze het er niet mee eens is) een bodemprocedure starten<sup>59</sup>. Een bodemprocedure is een volwaardige procedure en geen spoedprocedure zoals een kort geding. In een bodemprocedure kan een rechter dieper op de materie ingaan. Omdat de opdracht dan in de regel reeds aan een andere inschrijver zal zijn gegund kan men in een bodemprocedure slechts schadevergoeding vorderen.

Ook kan tegen de uitspraak in een kort geding procedure hoger beroep worden ingesteld bij een gerechtshof. Ook dan zal in de regel de opdracht reeds aan een derde zijn verstrekt.

Wanneer de aanbesteding de uitvoering van werken of diensten betreft kan in hoger beroep in beginsel wel beëindiging van de verstrekte opdracht worden gevorderd.<sup>60</sup>

Als laatste is het mogelijk om tegen een uitspraak van een Hof in cassatie te gaan bij de Hoge Raad. Deze toets echter alleen of de rechtsregels goed zijn gevolgd. Het is niet zoals bij een hoger beroep een volledige herbeoordeling van de zaak, de feiten zoals vastgesteld door de lagere instanties staan bij de Hoge Raad niet ter discussie. De Hoge Raad kan zelf uitspraak doen in de zaak en een uitspraak van een Hof vernietigen maar kan de zaak ook terugverwijzen naar een gerechtshof.

### *De Europese rechter*

Voor een volledig beeld van rechtsbeschermingsmogelijkheden in het aanbestedingsrecht dient ook het Hof van Justitie van de EU genoemd te worden. Hoewel direct beroep bij dit Hof door een ondernemer niet mogelijk is, kan een nationale rechter zich wel tot het Hof wenden om uitleg over het Europees recht te vragen. Dit wordt gedaan door middel van een prejudiciële vraag.<sup>61</sup>

Het is echter de discretionaire bevoegdheid van de rechter om hiervoor te kiezen (dat geldt niet voor de hoogste rechter wanneer geen sprake is van een zogenoemde 'acte claire' of 'acte éclairé'. In die gevallen geldt een verplichting tot het stellen van een prejudiciële vraag).

De Europese Commissie kan ook besluiten de lidstaat Nederland aan te klagen voor het niet goed implementeren van het Europese recht door middel van een inbreukprocedure op basis van art. 258 EUWV.

---

<sup>59</sup> Dit kan ook direct, maar veelal zal vanwege de spoed eerst een kort geding aangespannen worden.

<sup>60</sup> Zie bijvoorbeeld Hof Den Haag 21mei 2013, LJN CA0901

<sup>61</sup> Art. 234 van het Verdrag tot werking van de Europese unie.



### *Rechtsverwerking*

Het verdient aanbeveling om als inschrijver bij een aanbesteding tijdig te klagen indien een aspect van de procedure (bijvoorbeeld de beoordelingssystematiek) juridisch niet toelaatbaar wordt geacht. In Nederlandse rechtspraak<sup>62</sup> is meermaals aangenomen dat indien dit niet gebeurt, het recht op klagen is verwerkt. Op basis van deze procedurele grond heeft een rechter met regelmaat een beroep afgewezen.

Deze rechtsverwerking is gebaseerd op een arrest van het Europese Hof van Justitie in de *Grossmann* zaak.<sup>63</sup> In dit arrest werd geoordeeld dat een klagende partij die geen deelnemer was bij een aanbestedingsprocedure geen recht tot klagen heeft over aspecten van die aanbesteding. In lagere rechtspraak van Nederlandse rechters is dit arrest met regelmaat<sup>64</sup> opgerekt en wordt de regel gehanteerd dat indien niet op tijd geklaagd is er niet meer geklaagd kan worden.

De toelaatbaarheid van de ruime uitleg van dit arrest is zeer betwistbaar, zeker wanneer het gaat om een nationale aanbesteding waarin richtlijn 2004/18/EG niet van toepassing is (zie daarover bijvoorbeeld de conclusie van A-G Keus voor het arrest van de Hoge Raad van 26 juni 2009, NJ 2009, 306 sub 4.9).<sup>65</sup>

Het verdient daarom aanbeveling om toch tijdig te klagen indien een aspect van een aanbestedingsprocedure juridisch niet toelaatbaar lijkt te zijn, bijvoorbeeld in een vragenronde (nota van inlichtingen) of door middel van een klacht.

---

<sup>62</sup> Zie bijv: Vزر. Rb. Utrecht 30 januari 2013, LJN:BZ0197, Gerechtshof Leeuwarden 5 juni 2012, LJN:BW7551.

<sup>63</sup> HvJEG 12 februari 2004, zaak C-230/02, *Grossmann*.

<sup>64</sup> Zie bv.: Vزر. Rb. Arnhem, 25 oktober 2010, LJN BO1568, vزر. Rb. Utrecht 16 september 2011, zaaknummer: 309740 KG ZA 11- 636, Vزر. Rb. Den Haag, 11 maart 2009, LJNBI2441.

<sup>65</sup> Zie ook Vزر. Rb. Amsterdam 1 mei 2013, LJN:BZ9202. In appel vernietigd: Amsterdam, 30 juli 2013, ECLI: GHAMS: 2013: 2318.

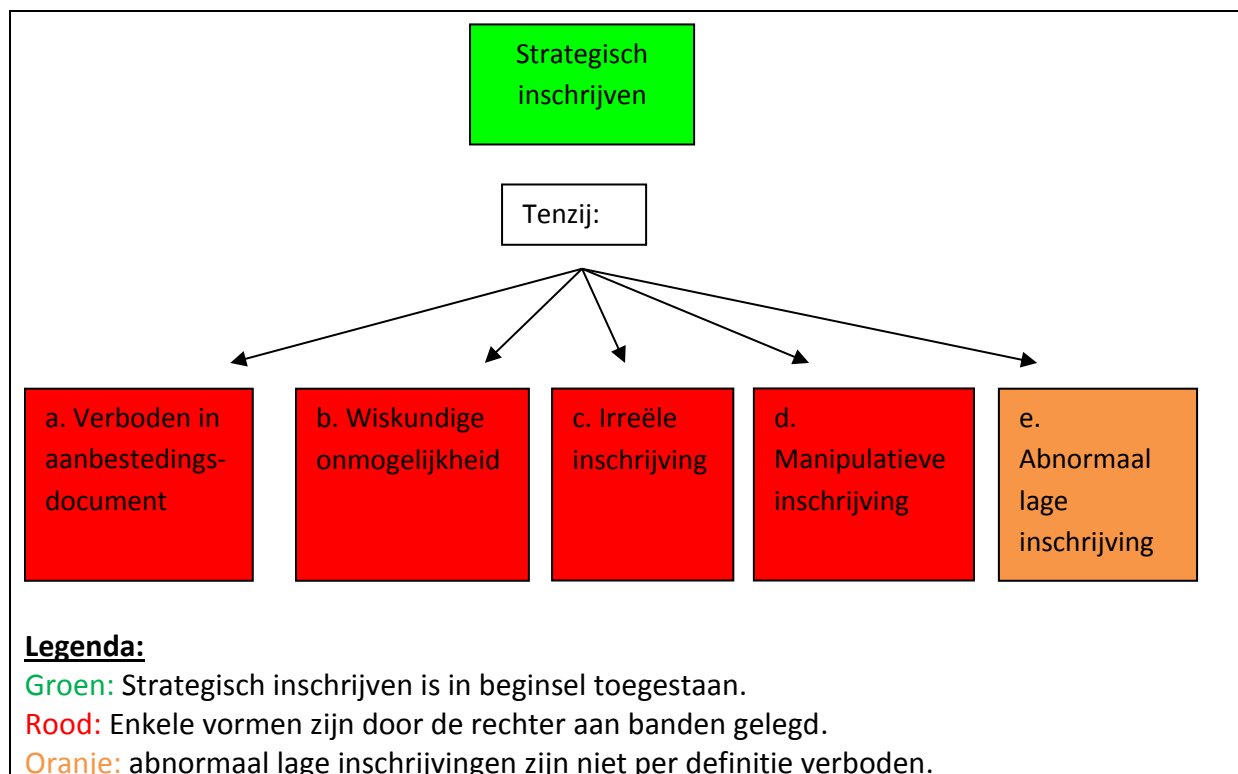
## Bijlage 1. Wanneer is het fenomeen 'strategische inschrijving' niet geoorloofd?

Het fenomeen strategische inschrijvingen is een onderwerp waarover partijen met regelmaat een zaak bij de rechter (hebben) aan(ge)spannen. Ondernemers schrijven strategisch in met het doel een zo hoog mogelijke score in de beoordeling van de aanbesteding te behalen. In beginsel - zoals ook door de rechter meerdere malen bevestigd - zijn strategische inschrijvingen toegestaan.<sup>66</sup> Men mag dus schuiven met bedragen om een betere score te krijgen.

Er is echter een aantal situaties waarin de rechter bepaald heeft dat een strategische inschrijving juridisch niet is geoorloofd.

Dit is het geval (zie ook het schema onderaan):

- a. wanneer strategisch inschrijven in de *aanbestedingsdocumenten is verboden*;
- b. wanneer een strategische inschrijving een 'wiskundige onmogelijkheid' tot gevolg heeft;
- c. wanneer strategisch inschrijven gezien kan worden als een *irreële inschrijving*;
- d. wanneer strategisch inschrijven gezien kan worden als een *manipulatieve inschrijving*;
- e. een *abnormale lage inschrijving* is niet *per se* ontoelaatbaar maar kan onder omstandigheden door de aanbesteder worden afgewezen.



<sup>66</sup> Hof 's-Gravenhage 28 april 2005, TA 2005, p. 242, Hof 's-Gravenhage 15 maart 2007, LJN: BA0867, Vزر. Rb. 's-Gravenhage 13 augustus 2007, LJN: BB1626, Vزر. Rb. Utrecht 13 juni 2007, LJN: BA7015, TA 2007/108, vزر. College van beroep van het bedrijfsleven, 3 mei 2005, LJN AT7627, vزر. Rb. Arnhem, 6 december 2010, LJN BO9068, sector kanton Rb. Arnhem, 1 maart 2010, LJN BL6509.

Verder zij opgemerkt dat volgens de rechtbank Arnhem het schuiven met bedragen om een betere score te krijgen, niet is toegestaan, maar deze lijn is door andere rechters verder niet gevolgd.<sup>67</sup> Evenmin is toegestaan, volgens de rechtbank Dordrecht, het schuiven met besteksposten bij een bestek in de besteksystematiek zoals opgesteld door de stichting CROW (RAW bestek).<sup>68</sup>

De scheidslijn tussen al deze vormen van strategische inschrijvingen is in de praktijk niet eenvoudig te trekken waardoor het problematisch blijft om gevolgen aan de onwenselijke inschrijving te verbinden.

#### Ad a. de strategische inschrijving is verboden in aanbestedingsdocumenten

Een strategische inschrijving kan in strijd worden geacht met de aanbestedingsdocumenten, bijvoorbeeld omdat daartoe een *expliciet verbod in het bestek* is opgenomen.

Dat dit het geval is, zal niet altijd even eenvoudig te bewijzen zijn. Alles hangt af van wat expliciet in de aanbestedingsdocumenten als niet toegestane/ verboden gedrag is omschreven.

Verder kan een strategische inschrijving wegens strijd met de aanbestedingsdocumenten juridisch ongeoorloofd zijn, wanneer de aanbesteder uitdrukkelijk gevraagd heeft naar *realistische en marktconforme prijzen*.<sup>69</sup>

Het is echter niet eenvoudig vast te stellen wat onder realistische en marktconforme prijzen dient te worden verstaan. Aanbestedende diensten zijn zich vaak ook in onvoldoende mate bewust van de invulling die aan deze begrippen gegeven moet worden; daarnaast is dit een exercitie die per geval zal dienen te worden bepaald. Tot slot, het verbod op onrealistische en niet marktconforme prijzen kan alleen het strategisch inschrijfgedrag met betrekking tot de prijs tegengaan; moeilijk blijft op welke wijze dient te worden bepaald of een inschrijver het verbod daadwerkelijk heeft overtreden.<sup>70</sup>

#### Ad b. Wiskundige onmogelijkheid

Ook is strategisch inschrijven verboden wanneer er dankzij die inschrijving wiskundig geen beoordeling gemaakt kan worden.

Deze situatie doet zich bijvoorbeeld voor bij een inschrijving voor 0,00 euro bij een bepaald criterium, indien daardoor wiskundig met de gegeven formule geen uitkomst (score) berekend kan worden, bijvoorbeeld omdat er gedeeld moet worden door de prijs van 0,00; delen door nul kan immers niet.<sup>71</sup>

De wiskundige onmogelijkheid kan bij alle soorten beoordelingsmethodieken optreden. Bij toepassing van relatieve beoordelingsmethodieken (zie para 3.3) is de kans hierop echter groter dan bij andere methodieken.

---

<sup>67</sup> Vزر. Rb. Arnhem 29 januari 2009, LJN: BH5068

<sup>68</sup> Vزر. Rb. Dordrecht, 30 juni 2011, LJN: BQ9811, Vزر. Rb. 's-Hertogenbosch, LJN: BX6259.

<sup>69</sup> Zie bijv. Vزر. Rb. 's-Gravenhage, 6 juli 2011, LJN: BR2481.

<sup>70</sup> Zoals ook blijkt uit: vزر. rb. Den Haag, 6 juli 2011, LJN: BR2481.

<sup>71</sup> Dit is meermaals zo beoordeeld, zie bijv. : Vزر. Rb. Utrecht, 13 juni 2007, LJN: BA7015 en Vزر. Rb. Groningen, 3 augustus 2007, LJN: BB2292.

De rechter is niet altijd even streng in het tegengaan van dit soort situaties en de 'wiskundige onmogelijkheid' als een grond voor ongeldigheid te beschouwen; een enkele keer is de rechter hier zelfs aan voorbij gegaan.<sup>72</sup>

#### Ad c. irreële inschrijving

Een strategische inschrijving is eveneens niet toegestaan indien het gezien kan worden als een *irreële inschrijving*.

Het Hof Amsterdam definieerde een irreële inschrijving als een inschrijving die een aanbod bevat dat niet reëel uitvoerbaar is.<sup>73</sup> *In casu* ging het om een opdracht tot exploitatie van een veerdienst. Er werd beoordeeld op verschillende criteria, onder andere op streefwaarden als klanttevredenheid en reizigersopbrengsten. Dit op straffe van een malus (= een boetebeding) van maximaal 150.000 euro. De inschrijver diende een streefwaarde te vermelden over de te verwachten klanttevredenheid voor de komende tien jaar. Bij het niet halen van de verwachte streefwaarde zou het boetebeding in werking treden.

Eén inschrijver schreef in op de maximale klanttevredenheid met de uitleg dat omdat deze toch niet gehaald kon worden, de maximale malus zou worden afgedragen en dit door de aanbestedende dienst als een 'korting' moest worden gezien.

Een andere inschrijver kwam hiertegen in beroep en werd door de kort geding-rechter in het gelijk gesteld. Tegen dit vonnis werd bij het Hof hoger beroep ingesteld, dat enkele belangrijke aanwijzingen gaf hoe met een irreële inschrijving om te gaan:

- Het Hof oordeelde dat de inschrijving van BBA geen enkele reële betekenis meer had, omdat dit niet de werkelijke ambitie van de inschrijver weergaf.
- Verder bepaalde het Hof - in tegenstelling tot de voorzieningenrechter - dat een irreële inschrijving *moet* worden uitgesloten omdat er anders in strijd gehandeld wordt met het transparantiebeginsel. Anders dus dan de raad van arbitrage tot dan toe had beoordeeld dat een irreële inschrijving terzijde gelegd *mag* worden.<sup>74</sup>

Uit deze uitspraak volgt dat irreële inschrijvingen niet zijn toegestaan en dat een procedure waarin een inschrijver beroep heeft aangetekend tegen een concurrent die irreëel heeft ingeschreven, een veroordeling tot heraanbesteding tot gevolg kan hebben wanneer de aanbestedende dienst door de wijze waarop hij heeft aanbesteed de irreële inschrijvingen mogelijk heeft gemaakt.

In de praktijk zal niet eenvoudig zijn te bepalen wanneer een inschrijving als 'niet reëel uitvoerbaar' gezien kan worden. Doch dienen inschrijvers bewust te zijn van de risico's die aan een dergelijke inschrijving verbonden zijn.

De rechter heeft namelijk - in een recente zaak - bepaald dat niet nakoming van de in de inschrijving beloofde verplichtingen tot gevolg kan hebben dat de inschrijver tot schadevergoeding jegens de aanbestedende dienst kan worden veroordeeld indien de inschrijver de opdracht gewonnen heeft op basis van een offerte/ inschrijving die als niet uitvoerbaar dient te worden beschouwd.<sup>75</sup>

---

<sup>72</sup> Zie bijvoorbeeld: Hof Arnhem, 9 april 2013, LJN:BZ8213.

<sup>73</sup> Hof Amsterdam, 30 november 2006, BR 2007, 99, zaaknummer: 1325/06SKG

<sup>74</sup> Rva 6 december 2002, NO. 24.954, BR 2003, p. 533.

<sup>75</sup> Rb. Zutphen, 8 mei 2013, LJN:BZ9618.

In dit onderzoek hebben wij een onderscheid gehanteerd tussen irreële en manipulatieve inschrijvingen (zie onder). In rechtspraak en literatuur zijn er echter voorbeelden van irreële inschrijvingen die als manipulatieve inschrijvingen zijn aangemerkt.

#### Ad d. Manipulatieve inschrijving

Een strategische inschrijving is verder niet toegestaan indien deze als *manipulatief* kan worden aangemerkt.

Volgens de rechter is er van een *manipulatieve* inschrijving sprake wanneer de aanbesteding een bepaald resultaat krijgt 'als gevolg van miskennis door de inschrijver van bepaalde aannames van de aanbestedende dienst waardoor de beoordelingssystematiek zo wordt gemanipuleerd dat het beoogde doel wordt verstoord'.<sup>76</sup>

Er moet dus sprake zijn van de volgende drie criteria wil een inschrijving als *manipulatief* worden aangemerkt:

- er moet sprake zijn van een miskennis van bepaalde aannames van de aanbestedende dienst;
- de beoordelingssystematiek wordt gemanipuleerd;
- het beoogde doel van de aanbesteding wordt verstoord.

De aannames van de aanbestedende dienst moeten voor iedere normaal oplettende inschrijver duidelijk zijn. Zo dient ieder inschrijver te beseffen dat de geboden prijzen *realistisch* dienen te zijn (ook indien dit niet specifiek in de aanbestedingsdocumenten is vermeld).

De invulling van de bovenstaande criteria is verder uitgewerkt in rechtspraak.

Volgens de rechtbank Arnhem dient voor iedere normaal oplettende inschrijver duidelijk te zijn dat wanneer op basis van de EMVI of van de laagste prijs wordt gegund en waarbij het prijs criterium in drie sub-prijs criteria met verschillende wegingsfactoren is opgedeeld, de systematiek meebrengt dat per product(groep) per onderdeel een op zichzelf beschouwd *realistische prijs* dient te worden geboden. Deze prijs mag wel een scherpe concurrerende prijs zijn.<sup>77</sup>

Een beoordelingssystematiek wordt geacht gemanipuleerd te zijn (geweest) en het beoogde doel van de aanbesteding verstoord, wanneer door de inschrijving een winnaar uit de bus komt die naar alle redelijkheid niet gezien kan worden als de inschrijver met de beste EMVI.<sup>78</sup>

**Let op (1):** in tegenstelling tot de beslissing van de rechter in de zaak *Van der Wiel/Weststellingwerf* waar de rechter bepaalde dat een methodiek die een absurde

<sup>76</sup> O.a. zo verwoord in: Rb. Den Bosch 25 januari 2001, nr. 223812/KG.ZA 10-901.

<sup>77</sup> V.zr. Rb. Arnhem, 11 juni 2010, LJN: BN0353, para. 4.6.

<sup>78</sup> Zie bijvoorbeeld v.zr. Rb. Breda, 6 oktober 2010, LJN: BO0109; V.zr. Rb. Arnhem 11 juni 2010, BN0353; V.zr. Rb. Arnhem, 29 januari 2009, BH5068; Rb. Den Bosch, 25 januari 2011, nr. 223812/KG ZA 10-901.

uitkomst tot gevolg *kan* hebben als ondeugdelijk dient te worden beschouwd, kan de vaststelling dat een inschrijving manipulatief is slechts tot uitsluiting van de inschrijving leiden maar niet tot vaststelling dat de methodiek die de inschrijving 'uitlokte' ondeugdelijk is.

**Let op (2):** Voor de rechter in de zaak *Van der Wiel/Weststellingerwerf* was het zich voordoen van de 'mogelijkheid dat een systematiek een absurde uitkomst kon hebben voldoende grond om de systematiek als ondeugdelijk te vinden. Om vast te stellen dat een inschrijving manipulatief is, dient de eis van de absurde uitkomst ook daadwerkelijk plaats te hebben gevonden.

In de praktijk zal het niet altijd eenvoudig zijn om een manipulatieve inschrijving van een abnormaal lage inschrijving (zie hierna onder ad e.) te onderscheiden, met alle gevolgen van dien, want in tegenstelling tot een abnormaal lage inschrijving die van de aanbestedingsprocedure uitgesloten *mag* worden, *moet* een inschrijving die als manipulatief is aangemerkt, uitgesloten worden. Bij een abnormaal lage inschrijving gaat het uitsluitend om de prijs.

#### Ad e. Abnormaal lage inschrijvingen

In de richtlijn 2004/18/EG zijn abnormaal lage inschrijvingen in art. 55<sup>79</sup> gereguleerd. Thans is deze bepaling in art 2.116<sup>80</sup> van de Aanbestedingswet 2012 geïmplementeerd.

Van een abnormaal lage inschrijving kan er sprake zijn wanneer een aanbestedende dienst met een zodanig lage inschrijvingsom wordt geconfronteerd, dat hij gegronde redenen heeft te vrezen dat de inschrijver een fout heeft gemaakt of een dumpprijs heeft geboden om letterlijk tegen elke prijs de opdracht te krijgen. In dit geval dient hij, voordat hij deze inschrijving afwijst, schriftelijk nadere vragen te stellen om de samenstelling van de desbetreffende inschrijving te laten verduidelijken.<sup>81</sup>

De ratio achter deze bepaling is dat in dit soort gevallen het risico groot is dat de te lage prijs ten koste zal gaan van de kwaliteit van de uitvoering van de opdracht. Volgens de rechtbank Arnhem heeft de aanbestedende dienst dan ook een rechtmatig belang bij het ter zijde leggen van een dergelijke inschrijving.<sup>82</sup>

Zoals door het Hof van Justitie EU in o.a. de *SECAP en Santorso* gevoegde zaken bepaald mag een aanbestedende dienst een inschrijving die abnormaal laag lijkt, niet automatisch uitsluiten.<sup>83</sup> Wel kan een automatische uitsluiting alsnog legitiem zijn volgens het Hof indien:

'(...) in een nationale of lokale regeling dan wel door de betrokken aanbestedende dienst, op grond van een excessief groot aantal inschrijvingen waardoor de aanbestedende dienst zou kunnen worden gedwongen tot een contradictoire verificatie van een dusdanig groot aantal inschrijvingen dat dit zijn administratieve mogelijkheden te buiten zou gaan, of de

<sup>79</sup> Vgl. artikel 49 van richtlijn 2009/81/EG.

<sup>80</sup> Vgl. artikel 2.107 van de Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied.

<sup>81</sup> Zie bijvoorbeeld vzr. Rb. Zutphen, 6 mei 2010, LJN: BM3618.

<sup>82</sup> Zie bijvoorbeeld vzr. Rb. Arnhem, 5 november 2009, LJN: BK4044.

<sup>83</sup> HvJ EG, 15 mei 2008, gevoegde zaken C-147/06 en C-148/06 *SECAP en Santorso*. Zoals ook door de nationale rechter bevestigd: zie vVzr. Rb. Maastricht, 24 september 2009, LJN: BJ9772 en vzr. Rb. Utrecht, 16 september 2009, LJN: BJ7569.

verwezenlijking van het project in gevaar zou kunnen komen wegens de vertraging die deze verificatie met zich zou kunnen brengen, een redelijke drempel zou worden vastgesteld waarboven abnormaal lage inschrijvingen automatisch zouden worden uitgesloten.<sup>84</sup>

**Een nieuwe regeling over abnormaal lage inschrijvingen in het voorstel van de Europese Commissie voor een nieuwe richtlijn in de Klassieke sectoren van 20 december 2011**

De Europese Commissie heeft in art. 69 van haar voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende het gunnen van overheidsopdracht van 20 december 2011<sup>85</sup> een drietal cumulatieve voorwaarden geformuleerd die aanbestedende diensten verplichten om toelichting aan de ondernemers te vragen wanneer:

- de aangerekende prijs of kosten meer dan 50% lager zijn dan de gemiddelde prijs of kosten van de andere inschrijvingen;
- de aangerekende prijs of kosten meer dan 20% lager zijn dan de prijzen of kosten van de tweede laagste inschrijving;
- er ten minste vijf inschrijvingen zijn ingediend.

Indien inschrijvingen om andere redenen abnormaal laag lijken, dan heeft een aanbestedende dienst de mogelijkheid maar geen verplichting om toelichting te vragen.<sup>86</sup>

Een aanbestedende dienst kan een inschrijving omdat die abnormaal laag is slechts afwijzen wanneer het lage niveau van de prijzen of kosten niet uit het bewijsmateriaal blijkt<sup>87</sup> dan wel wanneer hij heeft vastgesteld dat de inschrijving abnormaal laag is omdat deze niet voldoet aan verplichtingen die uit hoofde van wetgeving van de Unie op het gebied van sociaal, arbeids- of milieurecht gelden of uit hoofde van de in Bijlage XI vermelde bepalingen van internationaal sociaal en milieurecht.<sup>88</sup>

---

<sup>84</sup> *Idem* ro. 35.

<sup>85</sup> Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende het gunnen van overheidsopdrachten, COM/2011/896 def (20 december 2011).

<sup>86</sup> Artikel 69 lid 2 concept richtlijn.

<sup>87</sup> Artikel 69 lid 4 concept richtlijn.

<sup>88</sup> *Idem*.