



# AANBESTEDING VAN BROKERDIENSTEN? KIJK NIET ALLEEN NAAR DE FEES!



## DE ZAAK

Een aanbestedende dienst houdt een Europese openbare aanbesteding inzake brokerdienstverlening voor ICT functies. Het betreft een raamovereenkomst die wordt gesloten met één opdrachtnemer. De maximale waarde van de raamovereenkomst bedraagt € 14.500.000 exclusief BTW. Die waarde is opgebouwd uit een fee voor searching, een fee voor contracting en de uurtarieven van de professionals. Het gunningscriterium is de beste prijs-kwaliteitverhouding. Bij het subgunningscriterium prijs kijkt de aanbestedende dienst alleen naar de fees voor searching en contracting. Voor de uurtarieven van professionals geeft de aanbestedende dienst alleen een bandbreedte mee waar de opdrachtnemer bij de uitvoering van de raamovereenkomst binnen moet blijven.

Ondernemer klaagt in de nota's van inlichtingen herhaaldelijk over deze systematiek. De gekozen systematiek leidt er volgens hem toe dat de opdrachtnemer bij de uitvoering van de opdracht geen prikkel heeft om scherp aan te bieden, omdat het uurtarief van de professional op dat moment niet in concurrentie tot stand komt. Ondernemer onderbouwt dit aan de hand van het volgende voorbeeld:

*Inschrijver A: uurtarief professional € 100 + searching fee € 1,50 = € 101,50*

*Inschrijver B: uurtarief professional € 95 + searching fee € 6,00 = € 101,00*

Aanbesteder houdt evenwel vast aan de bekendgemaakte systematiek. Ondernemer besluit niet in te schrijven, maar dient wel een klacht in. Eerst bij aanbesteder en vervolgens, nadat deze de klacht ongegrond heeft verklaard, bij de Commissie van Aanbestedingsexperts ("Commissie"). Omdat slechts een klein deel van de totale kosten van de aanbesteder (alleen de fees en niet het tarief van de ingehuurd professionals) in concurrentie wordt bepaald, wordt volgens Ondernemer niet gekomen tot invulling van het criterium economisch meest voordelige inschrijving.

De Commissie acht de klacht gegrond (Advies 659). De gehanteerde beoordelingssystematiek draagt het risico in zich dat de opdracht niet wordt gegund aan de inschrijver met de beste prijs-kwaliteitverhouding. Omdat de uurtarieven van de in te zetten professionals geen rol spelen bij de beoordeling van de inschrijvingen, kan niet op voorhand worden vastgesteld dat degene die in de aanbesteding de economisch meest voordelige inschrijver lijkt te zijn, bij de uitvoering van de raamovereenkomst ook daadwerkelijk de economisch meest voordelige inschrijver is. Een beoordelingssystematiek die ertoe leidt dat de opdracht bij gelijke kwaliteit wordt gegund aan een (in potentie) duurdere inschrijving, is niet in overeenstemming met het criterium van de beste prijs-kwaliteitverhouding. Hierdoor bestaat ook het risico dat niet wordt voldaan aan de verplichting van artikel 1.4 lid 2 Aanbestedingswet 2012 (Aw 2012) om zorg te dragen voor het leveren van zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen.



## JURIDISCH KADER

- Op grond van artikel 2.114 lid 1 Aw 2012 gunt een aanbestedende dienst een overheidsopdracht op grond van de naar het oordeel van de aanbestedende dienst economisch meest voordelige inschrijving. De economisch meest voordelige inschrijving wordt door de aanbestedende dienst vastgesteld op basis van (a) de beste prijs-kwaliteitverhouding, (b) de laagste kosten berekend op basis van kosteneffectiviteit, of (c) de laagste prijs.
- Op grond van artikel 1.4 lid 2 Aw 2012 draagt een aanbestedende dienst zorg voor het leveren van zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen bij het gunnen van een overheidsopdracht.
- Artikel 2.45 en artikel 2.142 Aw 2012 bepalen dat als een raamovereenkomst is gesloten met een enkele ondernemer, de op die raamovereenkomst gebaseerde overheidsopdrachten worden gegund volgens de in de raamovereenkomst gestelde voorwaarden.



## RECHTERS AAN HET WOORD

- Het Gerecht van Eerste Aanleg oordeelt in een arrest uit 2013 dat, hoewel de economisch voordeligste aanbidding niet altijd de aanbidding is met de laagste prijs, wanneer de aanbiddingen wat alle overige relevante criteria betreft volkomen gelijk zijn, een goedkopere aanbidding noodzakelijkerwijs, vanuit economisch oogpunt, moet worden aangemerkt als voordeliger dan een duurder aanbidding. Een "methode van gemiddelde prijzen", waarbij de hoogste score wordt gehaald door de inschrijver die het gemiddelde van alle prijzen het dichtst benaderd, past niet binnen het gunningscriterium economisch meest voordelige aanbidding.
- In 2014 oordeelt ook de Rechtbank Den Haag dat een dergelijke "methode van gemiddelde prijzen" ontoelaatbaar is. De vrijheid van een aanbestedende dienst om zelf te kiezen welke gunningscriteria hij toepast, wordt beperkt door dat hij enkel criteria kan kiezen die leiden tot gunning aan de economisch meest voordelige inschrijving. Dat is niet het geval bij een systematiek waarbij de inschrijving met de prijs die het dichtst zit bij de gemiddelde prijs van alle inschrijvingen het hoogste scoort. Deze systematiek leidt ertoe dat, bij een (min of meer) gelijke score op de overige voorwaarden, een aanbidding met een hogere prijs hoger kan scoren dan een goedkopere aanbidding, en is daarom niet toelaatbaar.
- In 2008 oordeelt het Gerechtshof 's-Hertogenbosch dat een gunningscriterium waarbij het aspect prijs werd beoordeeld aan de hand van een 'optimale' (gemiddelde) waarde als ondeugdelijk moet worden aangemerkt.
- In 2005 oordeelt de Rechtbank Leeuwarden dat het door de aanbesteder gekozen systeem van puntentoekening (waarbij de scores op het aspect prijs 'stapsgewijs' worden toegekend) kan leiden tot een "winnende" inschrijving waarvan naar objectieve maatstaven kan worden vastgesteld dat deze zeker niet de economisch meest voordelige aanbidding betreft.
- In het arrest Canon/Staat uit 2002 oordeelt de Hoge Raad dat, gelet op de eisen van transparantie en gelijke behandeling, het object van een aanbesteding voldoende bepaald moet zijn. De Commissie verwijst naar dit arrest en merkt daarbij op dat het voorwerp van de opdracht, ook bij een raamovereenkomst, zodanig gespecificeerd moet zijn dat een vergelijking van de inschrijvingen mogelijk is.



## TIPS VOOR DE PRAKTIJK

- Let er bij de invulling van de gunningscriteria op dat de gekozen criteria er daadwerkelijk toe leiden dat de inschrijving met de beste prijs-kwaliteitverhouding het best scoort. Zorg er daarbij voor dat in ieder geval de belangrijkste prijselementen in de beoordeling worden betrokken.
- Hanteer bij het beoordelen van de prijs altijd het uitgangspunt: hoe lager, hoe beter. Werk niet met gemiddelde of 'optimale' prijzen. Om 'prijsduiken' en manipulatief inschrijven tegen te gaan kan wel worden gewerkt met minimum- en maximumprijzen.
- Is het bij de aanbesteding van een raamovereenkomst niet mogelijk op voorhand alle prijselementen uit te vragen? Kies dan bij voorkeur voor een raamovereenkomst met meerdere partijen. Op die manier vindt de prijsvorming bij nadere opdrachten op grond van de raamovereenkomst altijd in concurrentie plaats.

### EEN STRATEGISCH PARTNERSCHAP

Het **NIC.**

**VANDOORNE** ⊕

**Aeves  
Benefit** 

Vragen? Mail naar [legal@aevesbenefit.com](mailto:legal@aevesbenefit.com)