

Gepubliceerd in Tijdschrift Aanbestedingsrecht 2006, p. 101

De economische dimensie van het criterium ‘economisch voordeligste aanbidding’ Tsong Ho Chen*

In een eerder artikel in dit tijdschrift werden wiskundige eigenschappen van gunningssystemen geanalyseerd.¹ In het onderhavige artikel worden gunningssystemen vanuit economisch oogpunt geanalyseerd. In de praktijk blijkt dat aanbestedende diensten soms onvoldoende oog hebben voor de economische kanten van een gunningssysteem waardoor vreemde uitslagen van de gunning kunnen optreden. In dit artikel wordt een eenvoudige methode beschreven waarmee aanbestedende diensten rekening kunnen houden met de economische realiteit, ook indien de desbetreffende markt niet transparant is.

De richtlijnen en de jurisprudentie van het Hof van Justitie

Aangenomen moet worden dat aanbestedende diensten in beginsel geen gunningscriteria mogen hanteren die niet een economische dimensie hebben, aldus het bekende standaardwerk van Pijnacker Hordijk.² Als uitzondering op deze regel noemt dit werk ‘esthetische aspecten’. Uit een in 2002 gewezen arrest van het Hof van Justitie is bekend dat ook milieucriteria toegelaten zijn, mits deze verband houden met het voorwerp van de opdracht, de aanbestedende dienst geen onvoorwaardelijke keuzevrijheid geven en van te voren bekend gemaakt zijn.³ Een jaar eerder had de Commissie in een tweetal interpretatieve mededelingen gesteld dat het toepassen van milieucriteria en sociale criteria in beginsel toegelaten is.⁴ Daarnaast heeft de aanbestedende dienst nog de mogelijkheid om een aanvullende bijzondere voorwaarde te stellen, zoals door het Hof van Justitie vastgesteld is in het bekende arrest Beentjes.⁵ Voor al deze criteria geldt dat zij moeilijk in economische termen uit te drukken zijn. Hoofdregeel blijft evenwel dat aanbestedende diensten moeten nagaan welke inschrijving de beste prijs-kwaliteitverhouding biedt als het criterium van de economisch voordeligste aanbidding wordt gehanteerd.⁶ Het transparantiebeginsel eist dat de inschrijvers vooraf op de hoogte worden gesteld van de criteria en – hoewel dit nergens met zoveel woorden gezegd wordt – aangenomen moet worden dat deze eis tot doel heeft de inschrijvers in staat te stellen op *economische* wijze hun best mogelijke aanbidding te bepalen. In de praktijk blijkt echter bij veel aanbestedingen dat het gunningssysteem de inschrijvers niet in staat stelt tot een dergelijke economisch rationele handelwijze.

De casus van de Gemeente X

Aanleiding voor dit artikel is een arbitraal vonnis, dat enige tijd geleden in dit tijdschrift is gepubliceerd.⁷ De casus is als volgt. De Gemeente X heeft een openbare aanbidding met voorafgaande selectie gehouden voor de uitvoering van brand- en inbraakbeveiliging van schoolgebouwen. De opdracht is gegund aan G die de economisch meest voordelige aanbidding heeft gedaan volgens de Gemeente X. D betwist dit door het gehanteerde gunningssysteem aan te vechten en stelt daarbij dat “[...] het systeem betekent dat de slechtste aanbidding bepaalt hoe de feitelijke gewichtsverdeling tussen prijs en kwaliteit uitvalt. Daardoor kan het gebeuren, en is het feitelijk in het onderhavige geval gebeurd, dat doordat de hoogste inschrijfsom hoog uitviel, de aanbidding van D. niet de economisch meeste voordelige aanbidding bleek te zijn, hetgeen wel het geval zou zijn als de hoogste inschrijfsom minder hoog zou zijn geweest.” Hieruit blijkt dat als de inschrijving met de hoogste prijs als niet-marktconform niet wordt meegeteld in de beoordeling, de winnende inschrijver niet G, maar D is. Anders gezegd: de onderlinge rangorde tussen D en G wordt beïnvloed door de

* Mr. Drs. T.H. Chen is legal advisor bij LogicaCMG, divisie Public Sector.

¹ *Wiskundige eigenschappen van gunningssystemen en hun juridische consequenties*, TA 2005, p. 51.

² E.H. Pijnacker Hordijk, G.W. van der Bend, J.F. van Nouhuys, *Aanbestedingsrecht*, 3^e druk, Sdu 2004, p. 362.

³ HvJ 17 september 2002, C-513/99, Concordia Bus Finland, r.o. 64.

⁴ 4 juli 2001, COM (2001) 274 respectievelijk 15 oktober 2001, COM (2001) 566.

⁵ HvJ 20 september 1988, 31/87.

⁶ Considerans Richtlijn 2004/18/EG, punt 46; considerans Richtlijn 2004/17/EG, punt 55.

⁷ RvA 3 oktober 2005, nr. 27.859, TA 2005 p. 292.

inschrijving van een derde. In het hierboven genoemde artikel wordt dit verschijnsel een ‘rangordeparadox’ genoemd.

Het oordeel van de arbiters

De arbiters hebben begrip voor de bezwaren van D, maar accepteren de gunningsmethode niettemin: *“Dat in die berekening een zeker speculatief element zit, bestaande in de vooraf onbekende hoogste inschrijfsom, was vooraf aan alle partijen bekend en is door alle partijen aanvaard, althans is daar vooraf niet door enige partij tegen geprotesteerd. Dit speculatieve element kan betekenen dat niet per definitie de werkelijk economische meest voordelige aanbieder te voorschijn komt terwijl het kwantitatieve aspect aan gewicht wint, maar dat is in dezen niet relevant en is door de Gemeente en inschrijvers vooraf aanvaard. Het in dit geval gebruikte criterium/de berekeningswijze bevat een door partijen niet te beïnvloeden onbekende, maar is volkomen transparant, eenduidig en objectief. Dat betekent dat de berekeningswijze moet worden toegelaten.”* De arbiters achten het optreden van een rangordeparadox dus aanvaardbaar. Een voor de praktijk interessante vraag is hoe dit oordeel zal uitvallen indien er vooraf wel geprotesteerd wordt tegen een dergelijk speculatief element. De vraag is relevant omdat – nu steeds vaker door aanbestedende diensten de gunningscriteria in detail worden vermeld in het bestek – blijkt dat bij veel aanbestedingen zo’n rangordeparadox kan optreden. Merkwaardig is dat de arbiters aannemen dat er een *“werkelijk economisch meest voordelige aanbieder”* bestaat, die niet noodzakelijk de beste score hoeft te behalen in het gunningssysteem. Het is immers duidelijk de bedoeling van de richtlijnen dat die werkelijk economisch meest voordelige aanbieder gekozen wordt. Dat deze berekeningsmethode door partijen niet te beïnvloeden zou zijn, kan overigens onder omstandigheden onjuist zijn: indien er onduidelijkheid bestaat of de hoogste inschrijving geldig is, kan de Gemeente X de uitslag beïnvloeden door al dan niet de hoogste inschrijving aan een nader onderzoek te onderwerpen. Als mocht blijken dat de hoogste inschrijving ongeldig is dan dient deze buiten beschouwing te worden gelaten.⁸ Uit het vervolg zal blijken dat het door de Gemeente X toegepaste gunningssysteem niet transparant is in de economische betekenis van het woord: de inschrijvers kunnen vooraf niet inschatten wat de beste aanbieder is die zij onder de gegeven omstandigheden kunnen doen.

Analyse van het gunningssysteem

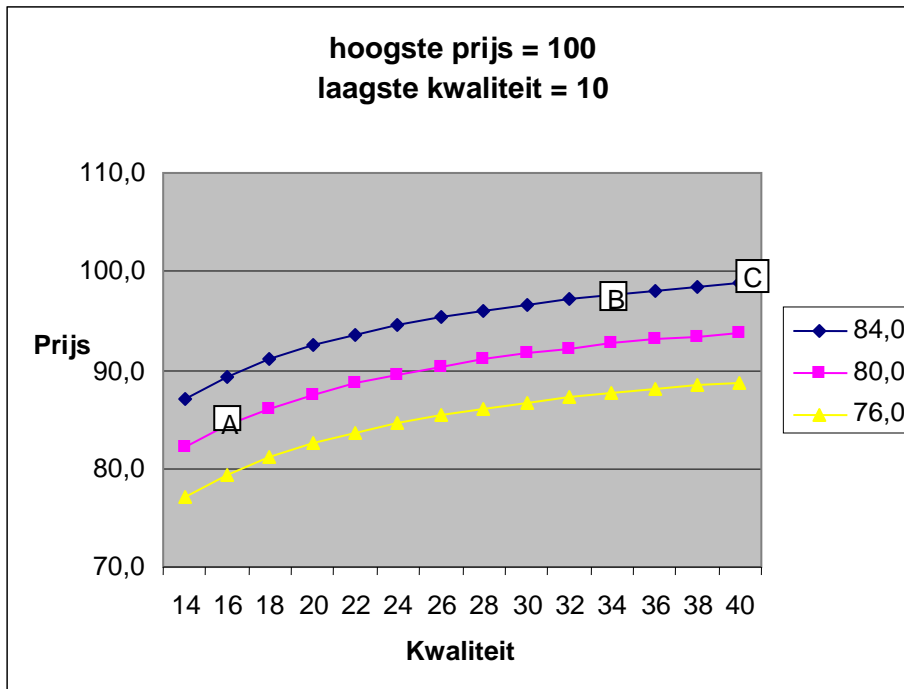
Het gunningscriterium wordt in het vonnis als volgt omschreven: *“Het aandeel dat de aanneemsom in het gewicht wordt toegekend wordt bepaald door 80% van de aanneemsom van de betreffende offerte te delen door de hoogste ingediende inschrijfprijs. Op dezelfde wijze wordt 20% van de laagste kwaliteit, verdeeld over twee subcriteria met betrekking tot gegarandeerde levensduur en gegarandeerde beschikbaarheid van componenten, gedeeld door de aangeboden kwaliteit.”* In de eerste plaats zij opgemerkt dat er in dit gunningssysteem twee ‘speculatieve elementen’ zitten die vooraf niet bekend zijn: niet alleen de hoogste prijs, maar ook de laagste kwaliteit kan van invloed zijn op de einduitslag. Het is in theorie dus ook mogelijk dat het ongeldig verklaren van de inschrijving met de laagste kwaliteit tot gevolg heeft dat G niet de economisch meest voordelige aanbieder heeft gedaan. De wiskundige formule voor de score is de volgende: $S = 80 \times P / HP + 20 \times LK / K$, waarbij S = score, P = geboden prijs, HP = hoogste prijs, LK = laagste kwaliteit en K = geboden kwaliteit.⁹ Zou een inschrijving tegelijkertijd zowel de hoogste prijs als de laagste kwaliteit geboden hebben – wat onwaarschijnlijk is – dan scoort die inschrijving 100 punten. Alle andere inschrijvers hebben een lagere uitkomst, zodat in dit gunningssysteem de inschrijving met de laagste score de winnaar is. Op grond van het SIAC-arrest moeten *“alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers in staat zijn deze criteria op dezelfde wijze te interpreteren”*.¹⁰ Het is de vraag of met het door de Gemeente X gehanteerde systeem aan deze eis voldaan is: een inschrijver kan immers niet inschatten wat de hoogste prijs is die geboden zal worden, zeker als deze niet marktconform is, wat in de casus gesteld werd door de eiser. Dat hij die informatie nodig heeft om tot zijn aanbieder te komen, kan

⁸ RvA 22 december 1995, No. 18.406, besproken in Pijnacker Hordijk (zie noot 2), p. 152.

⁹ Voor het gemak zijn niet de factoren 0,80 en 0,20 gebruikt die overeenkomen met 80% respectievelijk 20%. Voor de einduitslag maakt dit geen verschil.

¹⁰ HvJ 18 oktober 2001, C-19/00 SIAC, r.o. 42.

met de volgende twee hypothetische voorbeelden worden aangetoond. In het eerste voorbeeld wordt aangenomen dat de hoogste prijs 100 is en de laagste kwaliteit 10. Zou een inschrijver dit van te voren weten, dan kan hij de volgende grafiek tekenen:



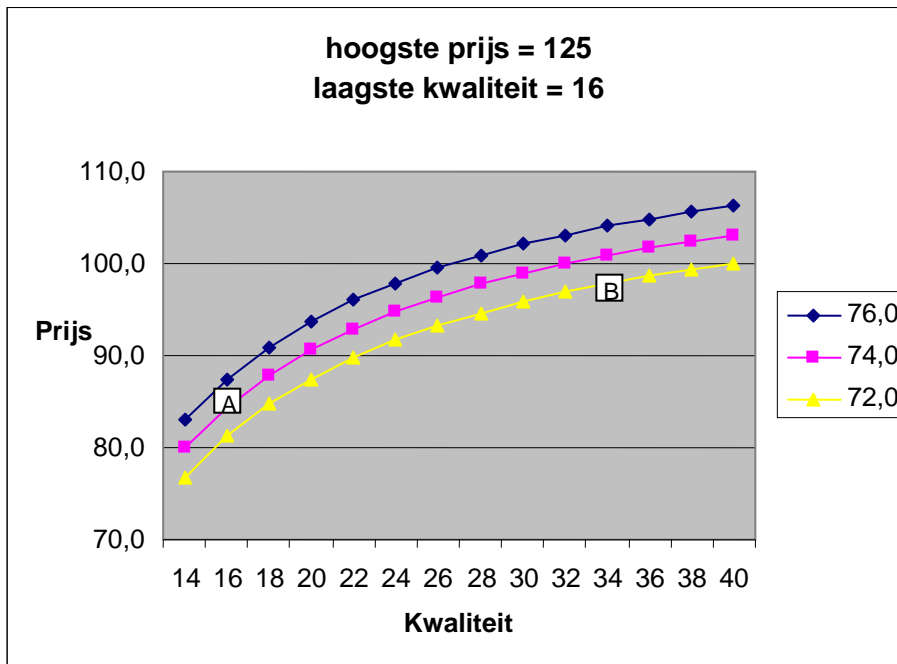
Figuur 1

De volgens de gunningscriteria beste aanbiedingen liggen rechtsonder in de figuur: daar is immers de kwaliteit hoog en de prijs laag. Evenzo ziet men dat de slechtste aanbiedingen linksboven in de figuur liggen. Voor alle punten die op dezelfde curve liggen, geldt dat zij dezelfde score hebben, bijvoorbeeld alle punten op de curve door B en C behalen een score van 84 punten. Men noemt de getekende curven *indifferentiecurven* of *isonutscurven* omdat alle punten die op dezelfde curve liggen voor de Gemeente X hetzelfde nut opleveren. Stel nu dat een inschrijver de keus heeft tussen twee verschillende oplossingen die hij kan aanbieden en dat varianten niet toegestaan zijn:

Oplossing	kwaliteit	prijs
A	16	84,4
B	34	97,6

Volgens figuur 1 is A een betere aanbieding dan B omdat de score van A lager is dan de score van B.¹¹ In het tweede voorbeeld is als hoogste prijs 125 genomen en als laagste kwaliteit 16. De isonutscurven lopen nu iets anders doordat de twee parameters HP en LK in de formule veranderd zijn. Het plaatje ziet er nu als volgt uit:

¹¹ De scores worden als volgt berekend. A scoort $80 \times 84,4 / 100 + 20 \times 10 / 16 = 80$. B scoort $80 \times 97,6 / 100 + 20 \times 10 / 34 = 84$. Hoe *lager* de score, hoe *beter* de aanbieding is.



Figuur 2

De punten A en B zijn dezelfde als in figuur 1. Volgens figuur 2 is B een betere aanbieding dan A.¹² Bij vergelijking van figuur 1 met figuur 2 is te zien dat in figuur 1 de prijs de doorslag geeft en in figuur 2 de kwaliteit de doorslag geeft. Met andere woorden: *het relatieve gewicht van het subcriterium prijs is in figuur 1 groter dan in figuur 2*. Doordat de isonutscurven niet van tevoren bekend zijn, kan de inschrijver geen rationele keus tussen A en B maken, ook niet als er volledige transparantie is ten aanzien van de score voor kwaliteit. Men zou derhalve kunnen stellen dat het gunningssysteem elementen bevat die, indien zij bij de voorbereiding van de offertes bekend waren geweest, deze voorbereiding hadden kunnen beïnvloeden, iets wat volgens het Hof van Justitie in strijd met het Gemeenschapsrecht is.¹³

Gunningscriteria onder de nieuwe Richtlijnen

Het arbitrale vonnis is gewezen onder vigeur van de oude Richtlijn Werken en het UAR 2001. Onder de oude richtlijnen bestond in de Nederlandse jurisprudentie onenigheid over de vraag in welke mate de aanbestedende dienst transparantie dient te betrachten ten aanzien van de gunningscriteria.¹⁴ De nieuwe Richtlijnen 2004/17/EG (Nutssectoren) en 2004/18/EG (Werken, Leveringen, Diensten), die per 1 december 2005 in het Nederlandse recht geïmplementeerd zijn, lijken op dit punt duidelijk te zijn. In de aankondiging of in het bestek dienen de gunningscriteria te worden vermeld

1. met hun relatieve gewichten; of
2. met een marge met een passend verschil tussen minimum en maximum; of
3. in dalende volgorde van belangrijkheid indien om aantoonbare redenen geen weging mogelijk is.¹⁵

Zoals hierboven betoogd, zijn in de besproken casus de relatieve gewichten van de twee subcriteria van te voren niet bekend omdat deze afhangen van de inschrijvingen die gedaan zullen worden. De

¹² A scoort nu $80 \times 84,4 / 125 + 20 \times 16 / 16 = 74$ en B scoort nu $80 \times 97,6 / 125 + 20 \times 16 / 34 = 72$.

¹³ HvJ 24 november 2005, C-331/04 ATI/ACTV, r.o. 28 en 29.

¹⁴ Voor een overzicht zie: C.J.G.M. Bartels, *Transparantie ten aanzien van gunningscriteria*, in *Capita Selecta selectie- en gunningscriteria in het aanbestedingsrecht*, Najaarsvergadering N.V.v.A. 4 december 2002, en meer recent: Chantal Bartels, *De rijdende trein der transparantie!*, Redactioneel TA 2005, p.127 en Anne Fischer-Braams, *Een goede controle achteraf, wat houdt dat in?*, Redactioneel TA 2006, p. 3.

¹⁵ Artikel 53 Richtlijn 2004/18/EG en artikel 54 Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten respectievelijk artikel 55, Richtlijn 2004/17/EG en artikel 56 Besluit aanbestedingen speciale sectoren.



tweede mogelijkheid doet zich bij dit gunningssysteem niet voor. Tenslotte is ook de derde mogelijkheid in het door de Gemeente X gehanteerde gunningssysteem uitgesloten omdat – daargelaten of aangetoond kan worden dat geen weging mogelijk is – niet van te voren vastgesteld kan worden welke van de twee subcriteria prijs en kwaliteit het belangrijkste is. Zou bijvoorbeeld na de inschrijving blijken dat de laagste kwaliteit relatief hoog is, terwijl de hoogste prijs uitzonderlijk hoog is, dan is de prijs het belangrijkste subcriterium.¹⁶ Zouden daarentegen de laagste kwaliteit uitzonderlijk laag zijn en de hoogste prijs relatief laag, dan is de kwaliteit het belangrijkste subcriterium. Dit argument is overigens ook geldig in het geval dat de relatieve gewichten wél vermeld worden: aan het relatieve gewicht op zich is niet te zien hoe belangrijk een subcriterium is.¹⁷ De logische conclusie is daarom dat het door de Gemeente X gehanteerde gunningssysteem in strijd is met de nieuwe Richtlijn. Het was overigens voor de Gemeente X heel goed mogelijk geweest om de isonutscurven wel van te voren vast te leggen door in de gebruikte formule te werken met een *vooraf bepaalde* maximumprijs en minimumkwaliteit.¹⁸ Al wordt dan nog steeds niet letterlijk aan de eisen van de Richtlijn voldaan, men kan toch zonder meer stellen dat er sprake is van volledige transparantie zodat dan in ieder geval in de geest van de Richtlijn wordt gehandeld.

Het risico van indienen van een variant

Het lijkt in het door de Gemeente X gehanteerde gunningssysteem verstandig te zijn om zoveel mogelijk varianten aan te bieden: de gunning heeft immers enigszins het karakter van een loterij, zodat een variant de kans op succes lijkt te vergroten.¹⁹ Maar een variant kan ook in het nadeel van de inschrijver werken: het is immers mogelijk dat door het indienen van een variant met een hoge prijs of een lage kwaliteit een inschrijver een opdracht misloopt, die hij zonder die variant wel gekregen had. Dit lijkt geen aanvaardbare consequentie te zijn van het toepassen van dit gunningssysteem. Zeker als er een ‘irreële’ variant zou zijn aangeboden die de einduitslag beïnvloedt, kan men zich afvragen of de aanbestedende dienst deze variant wel zou moeten meetellen. In de casus van de Gemeente X zagen de arbiters geen aanleiding om de hoogste inschrijving als niet-marktconform buiten beschouwing te laten. Er zijn echter ook uitspraken van rechters waaruit blijkt dat de aanbestedende dienst onder omstandigheden ‘irreële’ inschrijvingen buiten beschouwing mag laten.²⁰ Omdat in deze jurisprudentie nauwelijks een lijn valt te ontdekken, is het een voor de praktijk relevante open vraag of de aanbestedende dienst ‘irreële’ inschrijvingen buiten beschouwingen *moet* laten.

De beste prijs-kwaliteitverhouding

Voor een inschrijver geldt in veel gevallen de ‘wet van de verminderende meeropbrengst’: naarmate men een hogere kwaliteit moet bieden, zal de inspanning en dus de prijs onevenredig hoog stijgen.²¹ Bij de isonutscurven in de figuren 1 en 2 stijgt daarentegen de prijs juist relatief steeds minder naarmate de kwaliteit toeneemt. Hoewel die isonutscurven dus in strijd lijken te zijn met een bekende economische wet, hoeft dit voor een inschrijver geen bezwaar te zijn. Het is voor een inschrijver heel goed mogelijk om de oplossing met de beste prijs-kwaliteitverhouding te kiezen *mits de isonutscurven*

¹⁶ Anders gezegd: de inschrijvingen ontlopen elkaar niet veel ten aanzien van kwaliteit, terwijl er een groot prijsverschil is tussen de hoogste en laagste inschrijving.

¹⁷ *Wiskundige eigenschappen van gunningssystemen en hun juridische consequenties*, TA 2005, p. 58.

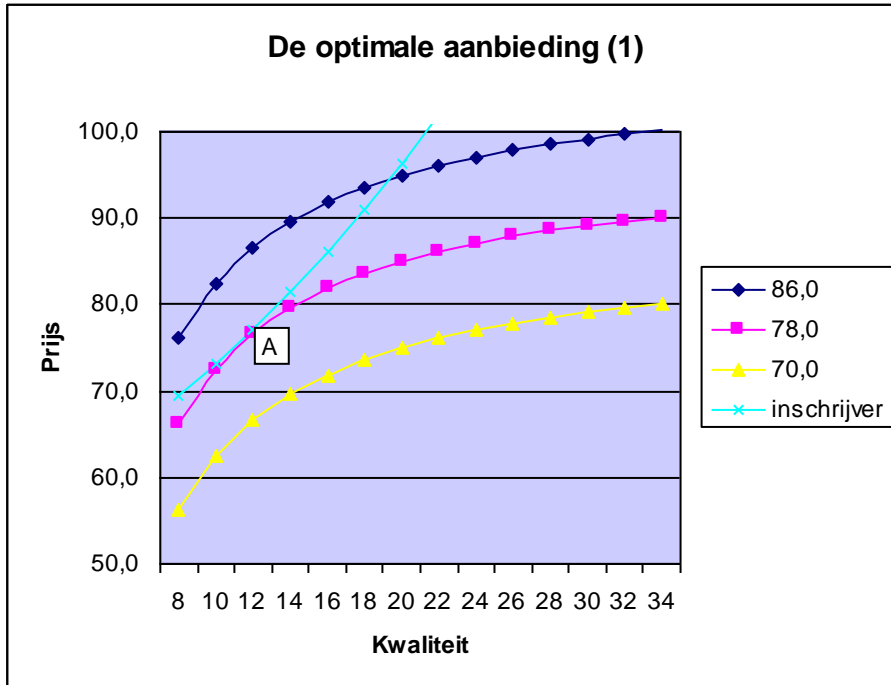
¹⁸ Door alleen de formule te vermelden, is het voor de inschrijvers niet mogelijk om daaruit af te leiden welke prijs de Gemeente X begroot heeft. Stel dat de formule luidt: $Score = 0,000010673 \times P + 200 / K$, dan is daaruit niet af te leiden welke prijs de Gemeente X in gedachten heeft. De formule kan immers zowel herleid worden tot $Score = 80 \times P / 7495549 + 20 \times 10 / K$ als tot $Score = 75 \times P / 7027077 + 25 \times 8 / K$, zodat zowel een begroting van 7,5 miljoen als een begroting van 7 miljoen denkbaar zijn (en nog vele andere).

¹⁹ Uit het vonnis is niet op te maken of de Gemeente X het indienen van varianten heeft toegestaan.

²⁰ Bijvoorbeeld Vزر. Amsterdam 30 januari 2003, BR 2003/531 (negatieve prijs niet toegestaan), in dezelfde zin RvA 9 oktober 2002, BR 2003/260, RvA 6 december 2002, BR 2003/533 (irreële uitvoeringstermijn, verderop in dit artikel besproken). Anders: Hof 's-Gravenhage 28 april 2005, TA 2005, p. 242 (irreële tarieven toegestaan), Vزر. CBB 3 mei 2005, LJN AT7627 (prijs nul euro voor vervoerspas toegestaan).

²¹ Let wel dat we hier kijken naar het verband tussen prijs en *kwaliteit*. Gaat het om het verband tussen prijs en *kwantiteit* dan geldt doorgaans dat naarmate men een grotere kwantiteit vraagt, de prijs per eenheid daalt omdat de vaste kosten over een groter aantal eenheden worden uitgesmeerd.

van te voren bekend zijn. Dit is te zien in de onderstaande grafiek, waarin naast de isonutscurven een curve is getekend die het verband tussen de prijs en de kwaliteit voor één bepaalde inschrijver weergeeft.²²



Figuur 5

In de grafiek is te zien dat het punt A de optimale aanbidding voor deze inschrijver is, omdat dit de laagst mogelijke uitkomst van de formule voor de score oplevert. Aan de vorm van de isonutscurven is te zien dat de door de Gemeente X gekozen formule inschrijvers stimuleert om vooral lage prijzen te bieden. Een ‘neutrale’ strategie voor de Gemeente X zou zijn om rechte lijnen als isonutscurven te kiezen. In de volgende paragraaf zullen we zien dat zo’n strategie goed aansluit bij de wetten van de economie.

Een economisch verantwoorde gunningsmethode

Laten we eens veronderstellen dat in de casus door de Gemeente X wordt gevraagd om een alarmcentrale voor scholen in te richten met een minimale gegarandeerde beschikbaarheid van 99%.²³ En stel dat de Gemeente X bij het opstellen van het bestek overweegt om één van de onderstaande systemen toe te passen op dit subcriterium:

Gegarandeerde beschikbaarheid	Score in systeem 1	Score in systeem 2
< 99,0%	knock out	knock out
99,0% - 99,1%	10	10
99,1% - 99,2%	11	11
99,2% - 99,3%	12	13
99,3% - 99,4%	13	16

²² Uiteraard onder de aanname dat de inschrijver de keus heeft uit meerdere mogelijkheden. Dit zal zeker het geval zijn als bijvoorbeeld als kwaliteitscriterium de lengte van de geboden garantieperiode of de gegarandeerde opleverdatum wordt gehanteerd.

²³ Onder *beschikbaarheid* van een systeem verstaat men het percentage van de tijd dat het systeem zonder storingen operationeel is. Een beschikbaarheid van 99% betekent dat per jaar niet meer dan 1% van de tijd (dus niet meer dan ca. 3,7 dagen) het systeem buiten gebruik is wegens storing.

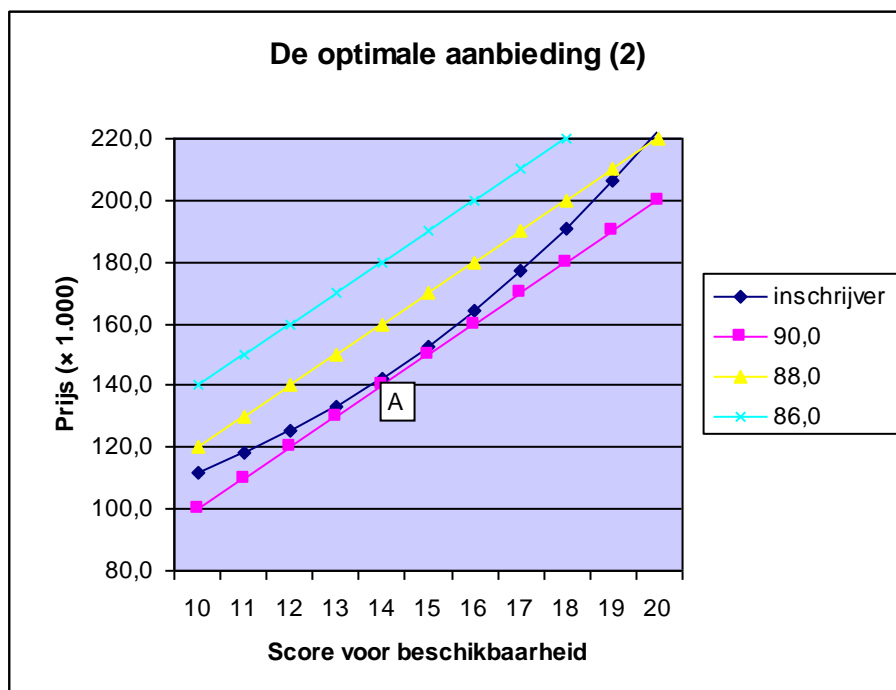
99,4% - 99,5%	14	20
99,5% - 99,6%	15	25
99,6% - 99,7%	16	31
99,7% - 99,8%	17	38
99,8% - 99,9%	18	46
99,9% - 100%	19	55

In het eerste systeem is geen rekening gehouden met het verschijnsel dat de kosten meer dan evenredig stijgen bij hoger wordende beschikbaarheid (de ‘wet van de verminderende meeropbrengst’). Indien de Gemeente X zou kiezen voor dit systeem zullen de meeste inschrijvers een lage beschikbaarheid bieden, omdat een hogere beschikbaarheid meer puntenverlies oplevert op de prijs dan puntenwinst op de beschikbaarheid.²⁴ Het tweede systeem probeert aan deze economische wet tegemoet te komen, maar of deze puntentelling in een goede verhouding tot de puntentelling voor de prijs staat kan alleen beoordeeld worden als de kostenstructuur van de aanbieders bekend is. Hoewel het eerste systeem economisch niet correct lijkt, is dit toch het beste systeem dat men kan kiezen in geval van onbekendheid met de marktprijzen voor gegarandeerde beschikbaarheid. Het is met dit systeem namelijk heel eenvoudig om de prijs in de hand te houden. Allereerst bepaalt men welke meerprijs men bereid is te betalen voor elke volgende trede in de staffel. Stel dat die meerprijs 10.000 euro bedraagt. Vervolgens kiest men het puntensysteem voor de prijs zodanig dat voor elke 10.000 euro dat de prijs hoger wordt, er 1 punt lager gescoord wordt op het prijs criterium.²⁵ De markt zal vervolgens het bij deze meerprijs per 0,1% extra beschikbaarheid behorende beste aanbod doen. In dit systeem zijn de isonutscurven rechte lijnen, zoals te zien is in de onderstaande figuur waarin de isonutscurven getekend zijn bij de scores van 86, 88 en 90.²⁶

²⁴ Het kan bijvoorbeeld zijn dat voor een beschikbaarheid van minder dan 99,5% de standaard voorziening van elektriciteit voldoende is, terwijl voor een hogere beschikbaarheid een dure noodstroomvoorziening en dubbel uitgevoerde systemen noodzakelijk zijn.

²⁵ Waarbij uiteraard de prijs en het beschikbaarheidscriterium hetzelfde gewicht moeten hebben. Bij verschillende gewichten moet er nog een kleine rekensom gemaakt worden om deze twee subcriteria te balanceren.

²⁶ Hierbij is de volgende formule genomen: voor een prijs van 100.000 euro krijgt men 80 punten, voor elke 10.000 euro dat de prijs hoger is, wordt 1 punt afgetrokken. De uitkomst wordt opgeteld bij de score voor beschikbaarheid. Bij deze formule geldt: hoe *hoger* de uitkomst, hoe *beter* de aanbidding.



Figuur 3

Een rationele inschrijver berekent welke prijs hij moet rekenen voor elke mogelijke beschikbaarheid en tekent de uitkomsten in de bovenstaande grafiek (de gebogen lijn). Zijn optimale aanbidding is dan te bepalen door te zoeken naar een raakpunt met een isonutlijn: dat is punt A in de grafiek. Alle andere punten op de curve hebben immers een slechtere score, zodat vanuit het gezichtspunt van deze inschrijver het punt A de beste prijs-kwaliteitverhouding weergeeft die hij onder deze omstandigheden kan bieden. Een andere inschrijver heeft een andere kostenstructuur en prijsstrategie, waardoor er voor hem een ander punt in de grafiek optimaal zal zijn. Bij dit gunningssysteem zal elke inschrijver de voor hem optimale aanbidding doen, waarna de aanbestedende dienst kan kiezen wat hij wenst: een zo hoog mogelijke beschikbaarheid tegen een vooraf bepaalde meerprijs per 0,1% extra beschikbaarheid boven het vereiste minimumniveau van 99%. Aldus verkrijgt de aanbestedende dienst de beste prijs-kwaliteitverhouding die de markt kan bieden.

Een voorbeeld van een bedrijfseconomisch onhandig gunningssysteem

De aanbestedende diensten worden door de richtlijn gedwongen om transparantie te betrachten met betrekking tot de gunningscriteria, maar de leveranciers zijn niet gedwongen transparantie te betrachten omtrent hun kostenstructuur. In deze asymmetrie zit een van de kernproblemen van het aanbestedingsrecht: door onbekendheid met de kostenstructuur van leveranciers zal een aanbestedende dienst wel eens een gunningssysteem kiezen dat in hoge mate in strijd is met de bedrijfseconomische realiteit. Het gevolg kan zijn een vreemde uitslag van de gunning met een verhoogde kans dat een afgewezen inschrijver een kort geding aanspant. In een vonnis van de Raad van Arbitrage van enkele jaren geleden kan men een voorbeeld zien van een gunningssysteem dat onhandig gekozen is.²⁷ Bij een openbare aanbesteding van het werk "Aansluiting V. A1" door het Ontwikkelingsbedrijf V. B.V. heeft B ingeschreven met een inschrijfsom van 7.165.000,- Euro. Er zijn twee gunningscriteria: de prijs en de uitvoeringsduur, welke niet langer dan 18 maanden mocht zijn. In geval bij de uitvoering van de opdracht een maand tijdoverschrijding optreedt, wordt er een boete van 13.600,- Euro verbeurd. De hoogte van de boete staat echter in geen verhouding tot de prijs, waardoor het heel aantrekkelijk wordt om een korter dan 'reële' uitvoeringsduur te garanderen en de dan zeker te verbeuren boete te compenseren in een iets hogere prijs. B heeft ingeschreven met een uitvoeringsduur

²⁷ RvA 6 december 2002, nr. 24.954, BR 2003, 533.

van 1 dag! Volgens de formule heeft B daarmee de economisch meest voordelige aanbieding gedaan. V heeft de inschrijving van B terzijde gelegd, waartegen B in beroep gaat. De arbiters wijzen de eis tot gunning aan B af met als belangrijkste argument dat het niet aanvaardbaar is een aanbieding te doen waarvan op voorhand vaststaat dat deze bij gunning zal leiden tot toerekenbaar tekortschieten door de inschrijver. V heeft derhalve terecht de inschrijving van B als abnormaal lage aanbieding conform artikel 63 lid1 UAR EG 1991 terzijde gelegd.

Stel nu eens dat de inschrijvers P en Q de volgende ‘reële’ mogelijkheden hebben:

Inschrijving	Gegarandeerde uitvoeringsduur	Reële prijs in euro
1 ^e optie voor inschrijver P	16 maanden	7.000.000
2 ^e optie voor inschrijver P	14 maanden	7.500.000
Inschrijving van Q	14 maanden	7.050.000

Wat gebeurt er als P kiest voor de 2^e optie, maar een prijs biedt van 7.027.200, gebaseerd op een ‘reële’ termijn van 16 maanden plus de boete voor de ingecalculerde 2 maanden te late oplevering? De aanbestedende dienst krijgt als hij de opdracht gunt aan P dan in feite de 1^e optie van P, terwijl Q de economische meest voordelige aanbieding heeft gedaan als men uitgaat van ‘reële’ inschrijvingen. Gunning aan P zou dan een inefficiënte contractbreuk opleveren.²⁸ Met het door de aanbestedende dienst gehanteerde systeem is het wel erg aantrekkelijk om zo’n inefficiënte contractbreuk in te calculeren. Als dit niet al te doorzichtig gebeurt, zal het voor de aanbestedende dienst moeilijk zijn dit te ontmaskeren. Door dit systeem worden dus ‘eerlijke’ inschrijvers die geen contractbreuk incalculeren, benadeeld. Het hanteren van dergelijke gunningssystemen zou een van de verklaringen kunnen zijn voor het verschijnsel dat projecten nogal eens uitlopen. Het is in dit voorbeeld eenvoudig om een efficiënte boeteclausule op te stellen. Men moet er dan voor zorgen dat de extra punten die een inschrijver verdient door de uitvoeringstermijn korter te stellen dan de door hem geschatte ‘reële’ termijn, wegvallen tegen een gelijke puntenaftrek voor de prijsverhoging die nodig is om de boete te compenseren.²⁹ Zo’n gunningssysteem is economisch neutraal: er valt voor een inschrijver geen enkel voordeel te behalen door een ‘irreële’ uitvoeringstermijn te bieden.

Meer dimensies

Tot nog toe is steeds aangenomen dat er twee subcriteria zijn. In de praktijk zijn er vaak vele subcriteria die soms nog onderverdeeld worden in sub-subcriteria. De analyse met isonutscurven zal dan aanzienlijk ingewikkelder worden, omdat in plaats van isonutscurven gebruik moet worden gemaakt van hyperoppervlakken in een meerdimensionale ruimte. Als er drie subcriteria zijn, bijvoorbeeld prijs, garantieperiode en uitvoeringsduur, dan moet de optimale aanbieding in een driedimensionale ruimte bepaald worden. Als echter garantieperiode en uitvoeringsduur onafhankelijk van elkaar de prijs beïnvloeden, dan is nog wel de volgende eenvoudige aanpak mogelijk. Eerst kiest men één bepaalde uitvoeringsduur en bepaalt men daarmee in een tweedimensionale prijs-garantie grafiek de optimale garantieperiode. Vervolgens maakt men een tweedimensionale prijs-uitvoeringsduur grafiek bij die optimale garantieperiode en bepaalt de optimale uitvoeringsduur. Deze

²⁸ Het niet-nakomen van de verplichting om tijdig op te leveren heeft niet de hoogst mogelijke gezamenlijke welvaart tot gevolg; zie B.C.J. van Veldhoven, e.a., *Recht en efficiëntie*, 3^e druk Kluwer 2001, p. 142.

²⁹ Men kan bijvoorbeeld voor een uitvoeringstermijn van 18 maanden 2 punten toekennen en voor elke maand dat deze uitvoeringstermijn korter is 1 punt extra geven. In de casus zou B dan 20 punten gekregen hebben. Vervolgens wordt voor de inschrijving met de laagste prijs 80 punten gegeven en bij de andere inschrijvingen wordt het verschil met de laagste prijs gedeeld door 13600 (de boete per maand overschrijding), waarna de uitkomst wordt afgetrokken van 80. De formules luiden: score voor kwaliteit = $2 + (18 - \text{aantal maanden})$ en score voor prijs = $80 - (\text{prijs} - \text{laagste prijs}) / 13600$. Uiteraard werkt dit voorbeeld alleen als deze uitkomsten worden opgeteld zonder gewichten toe te passen. Het heeft overigens geen zin om gewichten toe te passen op deze formules, want het ‘echte’ gewicht zit in dit geval in het getal 13600, dat de balans tussen de prijs en uitvoeringsduur bepaalt. Door de boete te wijzigen, worden automatisch de relatieve gewichten van deze twee subcriteria gewijzigd: een hogere boete maakt het gewicht van de uitvoeringsduur groter.

methode faalt echter als er tussen garantieperiode en uitvoeringsduur een economische relatie bestaat; in zo'n geval zal men alleen met een veel lastiger driedimensionale analyse de optimale aanbidding kunnen bepalen.

Conclusies

Een enkele uitzondering daargelaten dient het criterium 'economisch voordeligste aanbidding' uitsluitend economische dimensies te hebben. Dit zou tot uiting gebracht moeten worden in het door de aanbestedende dienst gehanteerde gunningssysteem, zodat inschrijvers met economische methoden hun optimale aanbidding kunnen bepalen. Het komt echter regelmatig voor dat bij de puntentelling onvoldoende rekening wordt gehouden met de economische realiteit. Dit kan tot gevolg hebben dat niet aan de *werkelijk* economisch voordeligste aanbidding wordt gegund. Ook wordt door zo'n gunningssysteem de kans vergroot dat er 'irreële' inschrijvingen gedaan worden en dat er tegen de gunningbeslissing geprocedeerd wordt.

Deze problemen kunnen vermeden worden door te voldoen aan de volgende voorwaarden:

1. Er moet sprake zijn van een zodanige transparantie dat inschrijvers hun kansen met economische methoden kunnen inschatten. In ieder geval moeten de isonutscurven *van te voren* bekend zijn en moeten de inschrijvers een redelijke inschatting kunnen maken van hun scores op de subcriteria.
2. De isonutscurven moeten passen bij de aard van de opdracht en de kostenstructuur in de desbetreffende markt.
3. Het moet voor inschrijvers onmogelijk zijn om in het gunningssysteem voordeel te behalen met een ingecalculerde contractbreuk.