

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 455

1. Feiten

- 1.1. Beklaagde, een speciale-sector bedrijf, heeft op 10 november 2017 een Europese openbare procedure aangekondigd voor een raamovereenkomst met één ondernemer voor diensten van inhuur van uitzendkrachten voor de duur van vijf jaar.
- 1.2. In de Gunningsleidraad van november 2017 is, onder meer, het volgende bepaald:

1.1 Aanleiding en doel van de aanbestedingsprocedure

(...)

Er wordt aanbesteed conform de Openbare procedure. Het doel van de Gunningsleidraad is de Gunning van de raamovereenkomst hierna te noemen Overeenkomst, betreffende de dienst Uitzenden Administratief aan Inschrijver met de *laagste prijs*.

[Beklaagde] heeft besloten de opdracht te gunnen op basis van de laagste prijs. De reden hiervoor is dat [Beklaagde] van mening is dat er onvoldoende onderscheidend vermogen is tussen de aanbidders die ervaring hebben met Master Vendorship en met een vergelijkbare schaalgrootte als [Beklaagde]. [Beklaagde] heeft de gevraagde kwaliteit gestandaardiseerd en opgenomen in een Programma van Eisen, waaraan de Inschrijvers in de uitvoering van de Opdracht moeten voldoen. Daarnaast heeft [Beklaagde] in de gunningsleidraad een minimum drempel gesteld aan het kwaliteitsniveau voor de Master Vendor die moet worden behaald, alvorens de prijs kan worden bepaald.

(...)

1.3 Begrippenlijst

(...)

Master Vendor

De Master Vendor is de Opdrachtnemer die verantwoordelijk en het enige aanspreekpunt is voor de aanvragen Uitzenden Administratief. De Master Vendor dient 100% fulfilment van alle aanvragen voor uitzendkrachten Administratief te garanderen. Tevens is de Master Vendor verantwoordelijk voor de administratie en registratie omtrent uitzendpersoneel Administratief.

(...)

2 Korte algemene omschrijving van de opdracht

(...)

2.1 Aard van de opdracht: Dienst

Omschrijving van de gevraagde dienstverlening:

- **Inhuur van Uitzendkrachten Administratief** (paragraaf 2.2)
- **Master Vendorship** (paragraaf 2.3)
- **Operational Excellence** (paragraaf 2.4)

2.2 Inhuur van Uitzendkrachten Administratief (Risicogroep I/BVI)

Tijdelijke inhuur van Uitzendkrachten *Administratief* waarvoor sociale premies betaald worden conform de (UWV) premiegroep "uitzendbedrijven IA". Tot risicogroep I (BVI) worden flexibele arbeidskrachten gerekend die ter beschikking worden gesteld voor het verrichten van werkzaamheden in de sectoren: administratie, algemeen-, productie- en managementondersteuning, sociale zaken en automatisering.

Uitzendkrachten worden bij [Beklaagde] zowel ingezet als onderdeel van de flexibele arbeidscapaciteit van [Beklaagde] om pieken en dalen op te vangen, alsook ten behoeve van de arbeidscapaciteit op projecten. Het zwaartepunt van de inzet van de Uitzendkrachten Administratief zal in [X] zijn, maar de Inschrijver moet in staat zijn de Dienst landelijk te kunnen aanbieden.

2.3 Master Vendorship

De Inschrijver die de opdracht Uitzenden *Administratief* wordt gegund, zal de rol van Master Vendor (hoofdaannemer) krijgen. Bij Master Vendorship is de Opdrachtnemer verantwoordelijk en het enige aanspreekpunt voor de aanvragen Uitzenden *Administratief*. De Master Vendor dient 100% fulfilment van alle aanvragen voor uitzendkrachten *Administratief* te garanderen. Tevens is de Master Vendor verantwoordelijk voor de administratie en registratie omtrent uitzendpersoneel. De Master Vendor mag dit voor 100% fulfilment zelf voorzien of gebruik maken van andere leveranciers. Per kwartaal wordt [Beklaagde] door de Master Vendor gerapporteerd op basis van de Balanced Scorecard KPI's en SLA. Zie Bijlagen *Programma van Eisen(PvE)* en *Opdrachtomschrijving* voor een nadere specificatie van de gevraagde dienstverlening.

Van de Master Vendor wordt een succesvolle Migratie van de zittende populatie uitzendkrachten verwacht bij aanvang Overeenkomst. Succesvol betekent dat de [bedrijfsonderdelen van Beklaagde] geen hinder ondervinden en in staat blijven hun doelstellingen te behalen tijdens de Migratie. Daarnaast eist [Beklaagde] 100% fulfilment van alle aanvragen voor uitzendkrachten. De afhandeling van het proces van bestellen tot het moment van betalen dient geautomatiseerd en foutloos te zijn.

2.4 Operational Excellence

Na de migratie van de populatie en het inrichten van alle processen rondom Master Vendorship wil [Beklaagde] met de Opdrachtnemer een Operational Excellence traject ingaan.

Operational Excellence is de overtuiging van een organisatie om te willen excelleren in de dienstverlening naar haar klanten. Dit betekent dat alles binnen de organisatie in één keer goed moet, op tijd is en tegen de overeengekomen prijs wordt geleverd. [Beklaagde] verlangt van de Master Vendor dat na het eerste contractjaar een projectteam ter beschikking wordt gesteld om invulling te geven aan Operational Excellence. Eventuele verlaging in het kostenniveau van Inschrijver als gevolg van deze inspanningen worden verdeeld door middel van Gain Sharing, waarover voorafgaand aan de inspanning duidelijke afspraken worden vastgelegd.

(...)

2.6 Uitzenden binnen [Beklaagde]

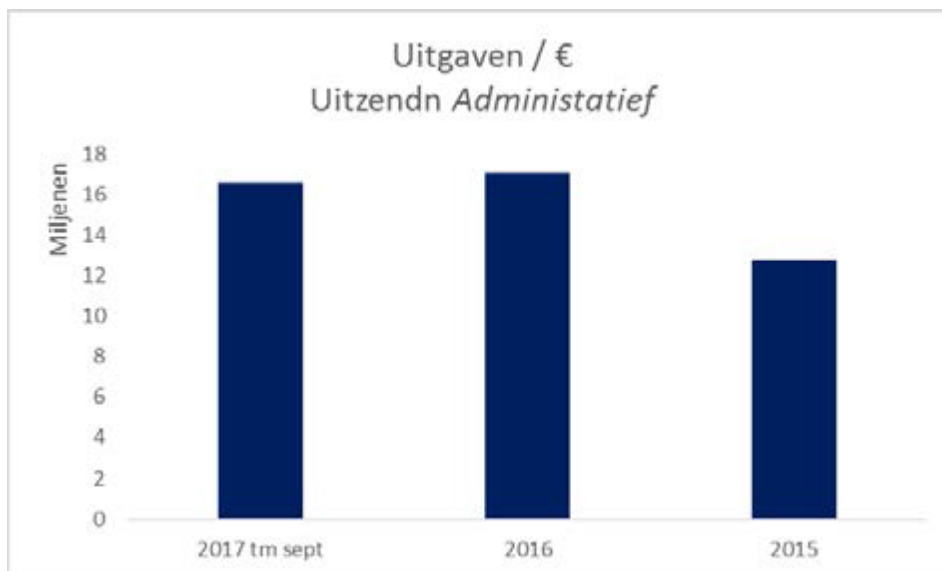
[Beklaagde] heeft in de afgelopen jaren een beroep gedaan op uitzendkrachten voor verschillende functies. In onderstaand overzicht zijn de functies opgenomen die door [Beklaagde] het meest zijn gevraagd. Let wel, dit overzicht is indicatief, gedurende de looptijd van de overeenkomst kan de vraag naar functies wijzigen (hoeveelheid en soort). Daarbij fluctueert de gemiddelde inzet van een week tot jaren.

Functies bij [Beklaagde] waarvoor Uitzendkrachten zijn ingezet	
1.	[Klantenservice medewerkers]
2.	[Medewerkers Alarmcentrale]
3.	Medewerkers Reisinformatie en medewerkers Reisbegeleiders
4.	Medewerkers Logistiek (planners, shiftleaders, coördinatoren)
5.	Enquêteurs / Promotiemedewerkers/Buitendienstregelaars
6.	Algemene Administratieve medewerkers (data-projecten)
7.	Commerciële medewerkers (o.a. crediteuren administratie)
8.	Medewerkers Recruitment
9.	Secretariële medewerkers
10.	ICT-ondersteuners

(...)

2.7 Opdrachtwaarde

Indicatie van de uitgaven van [Beklaagde] aan Uitzenden *Administratief* over de afgelopen jaren.



In 2015 is gemiddeld 500.000 uur benut voor administratieve functies. Uit bovenstaand overzicht blijkt dat de uitgaven aan Uitzenden *Administratief* fluctueert. De inzet van Uitzendkrachten binnen [Beklaagde], is van afhankelijk van diverse factoren. Factoren die ook vaak buiten de invloedssfeer van [Beklaagde] liggen. [Beklaagde] kan derhalve geen enkele garantie doen ten aanzien van de te realiseren omzet/uren.

(...)

3 Procedurevoorschriften

(...)

3.6 Beoordeling Inschrijving

(...)

3.6.4 Het voldoen van de Inschrijvingen aan de Eisen

Getoetst wordt of de Inschrijving onvoorwaardelijk aan alle Eisen voldoen, zie hiervoor hoofdstuk 5. Inschrijvingen die niet of niet onvoorwaardelijk aan alle Eisen voldoen, worden uitgesloten voor verdere beoordeling en deelname aan de aanbestedingsprocedure.

(...)

3.6.8 E-veiling

E-veiling vindt plaats op de Bureaumarge. Gunning van de opdracht vindt plaats aan de Inschrijver met de laagste Totale Uurprijs (laagste prijs) in de E-veiling. De uitgangspunten ten aanzien van de E-veiling zijn beschreven in het Veilingprotocol zie Bijlage *Veilingprotocol*.

(...)

4 Uitsluitingsgronden en Selectie-eisen

4.1 Uitsluitingsgronden

(...)

4.2 Selectie-eisen

(...)

4.2.2 Technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid

In het kader van de *Technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid* stelt [Beklaagde] eisen aan de ervaring van de Inschrijver. Inschrijver dient voldoende recente ervaring te hebben met het uitvoeren van een soortgelijke opdracht en in staat te zijn om kwalitatief hoogwaardige dienstverlening aan te bieden en de kwaliteit hiervan te meten. Dat Inschrijver deze ervaring heeft, dient hij aan te tonen door één Relevante Referentie te overleggen.

Relevante Referentie

Deze Relevante Referentie dient de volgende Kerncompetentie (KC) te bevatten (zie Standaard Invulformulier IV *Relevante Referentie*):

KC1 : Uitzenden Administratief als Master Vendor met een 100% fulfillment

De Relevante Referentie moet in de afgelopen 3 jaar (maximaal 3 jaar oud) voorafgaande aan het tijdstip van de datum "Sluitingsdatum Inschrijving" in Nederland zijn uitgevoerd en de opdrachtwaarde van de Relevante Referentie moet > €5.000.000,00 per jaar (12 mnd) zijn en zijn uitgevoerd in een organisatie met een personeelsbestand van > 2.500 medewerkers. Ook moet de Relevante Referentie betrekking hebben op o.a. functies Klantenservice medewerkers (callcenter), Mobiele(bulk) medewerkers en andere administratieve functies. De Relevan-

te Referentie heeft meer dan 4 locaties in Nederland waar uitzendkrachten worden ingezet. Onderdeel van de opdracht moet ook zijn dat er een KPI is gesteld die de 100% fulfilment kan meten. Verder mag de opdracht met onderaannemers zijn uitgevoerd, echter niet meer dan 50% van de opdrachtwaarde mag door onderaannemers zijn uitgevoerd (zie eisen in Bijlage Standaardformulier IV *Relevante Referentie*).

De Kerncompetentie dient in één Relevante Referentie te worden aangetoond. Indien door de Inschrijver geen Relevante Referentie kan worden overlegd (eis), wordt de Inschrijver uitgesloten van verdere deelname aan deze aanbestedingsprocedure. Daarnaast moet bij de Relevante Referentie een Tevredenheidsverklaring van de referent worden overlegd (in de bewijsmiddelen ronde).

De Inschrijver dient de opgevoerde ervaring met de eigen onderneming te hebben opgedaan tenzij de Inschrijver zich beroept op de bekwaamheid van een andere rechtspersoon (waaronder andere groepsvennootschappen). In dat geval dient de Inschrijver het Uniforme Europees Aanbestedingsdocument (deel II) duidelijk in te vullen en dienen de werkzaamheden waarop het referentieproject betrekking heeft, in geval van gunning aan de betreffende Inschrijver te worden uitgevoerd door de rechtspersoon die het betreffende referentieproject heeft ingebracht.

Indien een combinatie zich aanmeldt als Inschrijver en het referentieproject is uitgevoerd door één of meerdere (maar niet alle) Combinanten, dan dienen de werkzaamheden waarop het referentieproject betrekking heeft, in geval van gunning aan de betreffende combinatie, te worden uitgevoerd door de Combinant die het betreffende referentieproject heeft ingebracht.

(...)

4.2.3 Maatschappelijke geschiktheid

(A) Supplier Code of Conduct (gedragscode leveranciers)

[Beklaagde] hecht er groot belang aan dat de Inschrijver zijn/haar verantwoordelijkheid neemt in het kader van Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen ("MVO"). [Beklaagde] heeft in het kader van MVO een Supplier Code of Conduct opgesteld (Bijlage Supplier Code of Conduct). Deze Supplier Code of Conduct zal door de Inschrijver aan wie de overeenkomst uiteindelijk zal worden gegund moeten worden nageleefd danwel dient Inschrijver een eigen Code of Conduct/gedragscode te hebben vastgesteld die door hem wordt nageleefd en die materieel overeenstemt met de Supplier Code of Conduct van [Beklaagde]. Dat een eigen code materieel overeenstemt (dat wil zeggen tenminste "gelijkwaardig" is) dient door Inschrijver te worden onderbouwd en zal door [Beklaagde] ter hare discretie worden beoordeeld.

Inschrijver verklaart door indiening van een Inschrijving dat in het geval dat de overeenkomst wordt gegund aan hem, de Supplier Code of Conduct van toepassing zal zijn en hij deze zal naleven dan wel dat hij beschikt over een materieel gelijklopende code of conduct die door hem wordt nageleefd.

(B) MVO-assessment

De Inschrijver aan wie de overeenkomst wordt gegund dient in het kader van MVO een EcoVadis "Basic" assessment te maken (tenzij al uitgevoerd in de twaalf maanden voorafgaand aan de publicatie van de aanbesteding op TenderNed) en waar nodig een plan op te stellen om risico's te mitigeren. Dit resulteert in een overall scorecard die NS en Inschrijver inzicht geeft in de sterke punten en ontwikkelpunten op MVO-gebied van Inschrijver. Inschrijver zal de kosten van het assessment op zich nemen (deze bedragen circa 500 Euro). Meer informatie kan

worden gevonden op de EcoVadis website [<http://www.ecovadis.com/website/1-en/supplier-solutions.EcoVadis-41.aspx>].

Inschrijver verklaart door indiening van een Inschrijving dat hij het EcoVadis assessment zal uitvoeren binnen 6 maanden na gunning van de Opdracht alsmede dat hij, in geval de overall score lager is dan 35 punten, een plan op zal stellen om eventuele door EcoVadis geïdentificeerde risico's of aandachtspunten te adresseren met als doel op een latere assessment een score van tenminste 35 punten te behalen. De kosten van de assessment(s), het opstellen van een verbeterplan en het uitvoeren daarvan komen voor rekening van de Inschrijver.

(...)

(C) Beroepsbevoegdheid

(...)

5 Eisen

5.1 Eis: Programma van Eisen (PvE)

(...)

Het Plan van Aanpak is onderverdeeld in twee onderdelen, te weten;

(A) Migratie

(B) 100% Fulfilment

De Inschrijvingen worden beoordeeld op beide onderdelen. Op beide onderdelen is de eis dat een minimale score van een *Voldoende* moet zijn behaald, om toegang te verkrijgen tot de E-veiling.

Plan van Aanpak		eis
A	<i>Migratie</i>	Voldoende
B	<i>100% Fulfilment</i>	Voldoende

(A) Migratie

Het doel van de *Migratie* is dat de overgang van de huidige leveranciers naar de Inschrijver aan wie de opdracht wordt gegund, zonder overlast/ongemak voor [Beklaagde] en de zittende populatie uitzendkrachten verloopt en geen invloed heeft op de continuïteit van de dienstverlening.

Inschrijver dient derhalve in dit hoofdstuk SMART te omschrijven op welke wijze invulling wordt gegeven aan migratie van de zittende populatie uitzendkrachten bij de huidige opdrachtnemers en bijbehorende administratieve transitie naar Inschrijver.

Het hoofdstuk *Migratie* wordt integraal beoordeeld op de mate waarin het beoordelingsteam overtuigd is dat het te behalen doel van de *Migratie* wordt behaald. De beoordeling vindt plaats aan de hand van de volgende aspecten:

A aspect	Migratie
I.	blijk geeft van kennis en inzicht in de processen rondom de migratie.
II.	over een gedegen communicatieplan beschikt (overlegt), waarin o.a. de rollen en verantwoordelijkheden op een heldere en overzichtelijke wijze zijn belegd, zowel die van [Beklaagde] als Inschrijver alsmede

	- in voorkomend geval - van de zittende uitzendkracht en zijn uitleener.
III.	de kritische succesfactoren* om de migratie binnen 4 maanden te verwezenlijken weet te duiden, waarbij disruptie voor [Beklaagde] in haar bedrijfsprocessen tot een minimum beperkt blijft.
IV.	de 3 meest relevante risico's die buiten de invloedssfeer van de Inschrijver liggen heeft beargumenteerd, die aan het behalen van de (...) doelstellingen van [Beklaagde] in de weg staan, waarbij Inschrijver tevens een onderbouwde volgorde van belangrijkheid weergeeft en Inschrijver aangeeft welke beheersmaatregelen hij treft. 1. risico-mitigerende maatregelen heeft getroffen voor tegenslagen. 2. over een gedegen fall-back procedure beschikt.

* Kritische succesfactoren zijn factoren die beslissend zijn voor het al dan niet behalen van een vooraf gesteld doel. Om het doel te behalen ("succes") zijn bepaalde factoren een noodzakelijke voorwaarde ("kritiek"). Voor de periode tot 4 maanden.

(B) 100 % Fulfilment

Inschrijver dient in dit hoofdstuk SMART te omschrijven op welke wijze invulling wordt gegeven aan de eis dat de Inschrijver als Master Vendor gedurende de contractperiode steeds 100% van de door [Beklaagde] aangeboden aanvragen worden vervuld.

Het onderdeel *100% Fulfilment* wordt integraal beoordeeld op de mate waarin het beoordelingsteam overtuigd is dat het te behalen doel (de eis) wordt behaald, waarbij gelet wordt op de volgende aspecten:

B aspect	100% Fulfilment
I.	De mate waarin Inschrijver blijkt geeft van kennis en inzicht in de processen rondom de 100% fulfilment.
II.	de kritische succesfactoren* weet te duiden om het niveau van fulfilment binnen 6 maanden na gunning op de vereiste 100% te krijgen.
III.	alle rollen en verantwoordelijkheden (na voltooiing migratie) duidelijk belegt van zowel [Beklaagde] als Inschrijver.
IV.	de 3 meest relevante risico's die buiten de invloedssfeer van de Inschrijver liggen heeft beargumenteerd, die het behalen van de (...) doelstelling van [Beklaagde] in de weg staat waarbij Inschrijver tevens een onderbouwde volgorde van belangrijkheid weergeeft en Inschrijver aangeeft welke beheersmaatregelen hij treft.
V.	inzichtelijk maakt welke acties worden ondernomen wanneer het 100% fulfilment percentage in het geding komt.
VI.	100% fulfilment borgt in een overspannen arbeidsmarkt.

Kritische succesfactoren zijn factoren die beslissend zijn voor het al dan niet behalen van een vooraf gesteld doel. Om het doel te behalen ("succes") zijn bepaalde factoren een noodzakelijke voorwaarde ("kritiek"). Voor de periode tot 6 maanden.

(...)

6 Gunningscriterium, beoordeling en gunning

6.1.1 Prijs (weging 100%)

De Overeenkomst wordt gegund aan de Inschrijver die de *laagste prijs* heeft aangeboden voor zover deze Inschrijving niet terzijde is gelegd o.b.v. het gestelde in de hoofdstukken 3, 4 en 5. Daarnaast moet ook alle Bewijsmiddelen van de Inschrijver in het bezit zijn van [Beklaagde].

In dit hoofdstuk is voor het Gunningscriterium *Prijs* de beoordelingsmethodiek omschreven.

6.1.2 Algemeen

E-veiling vindt plaats op de Bureaumarge. De Inschrijver met de laagste Totale Uurprijs in de E-veiling komt in aanmerking voor gunning van de Overeenkomst. De basis van de tariefberekening is de voor [Beklaagde] geldende cao uurlonen. In de Totale Uurprijs worden twee onderdelen inzichtelijk. De werkelijke loonkosten van Inschrijver en de Bureaumarge.

$\text{Totale uurprijs} = \text{Loonkostenfactor (gewogen Fase A \& B/C)} * \text{Gemiddeld cao-loon} + \text{Bureaumarge } \text{€}$

6.1.3 Loonkostenfactor o.b.v. TarievenTOOL

Berekening Administratief		Uitzenden 2017			[Logo Beklaagde]	
Naam inschrijver	<DEMO>					
Sector-indeling	45					
Contractvorm	verhouding	(A) Loonkostenfactor Normale uren**	gewogen gemiddeld [bruto cao loon Beklaagde]***	Gewogen factor Fase A, B & C	(B) Bureaumarge	(C) Totale uurprijs
Fase A Administratief*	60%	1,5245	(€ 13,95	x 1,5393)	+ € 2,00	= € 23,47
Fase B&C Administratief	40%	1,5615				

* (...)

** Uitkomst in te vullen aan de hand van de ingevulde Tarieven Tool

*** (...)

[Beklaagde] hanteert de TarievenTool op basis waarvan Uurtarieven afgesproken worden. Het tariefmodel achter de TarievenTool is gestoeld op de volgende onderdelen:

- In het Uurtarief worden twee onderdelen inzichtelijk. De werkelijke loonkosten van de Inschrijver en de bureauvergoeding ter dekking van de kosten en de winst voor de dienstverlening van de Inschrijver aan Opdrachtgever.
- Ter bepaling van de werkelijke loonkosten wordt door Opdrachtgever een gewogen loonkostenfactor berekend.
- De loonkostenfactor voor normale uren, overuren en ploegenuren wordt separaat berekend.
- De bureauvergoeding dienstverlening, ook wel Bureaumarge genoemd, wordt niet procentueel afgesproken, maar bestaat uit een nominaal bedrag per uur.
- De basis van de tariefberekening is het uurloon dat wordt gebaseerd op de salarisschalen van [geldende CAO Beklaagde].

- Belaste kosten zoals bijvoorbeeld reiskostenvergoedingen, worden altijd als laatste toegevoegd aan het Uurtarief.

(...)'

1.3. In het Programma van Eisen is, voor zover van belang, het volgende bepaald:

1 HRM Processen

1.1 Instroom & Migratie

	Overgang en start dienstverlening	Voor akkoord (de Inschrijving, Inschrijver en/of uitvoering van de opdracht voldoet aan de hierin opgenomen eisen)
(...)		
2	EIS; Inschrijver verklaart dat hij zich bij de uitvoering van de Raamovereenkomst conformeert aan het Migratieplan en 100% Fulfilment garandeert en dat hij zijn dienstverlening zal laten verlopen zoals is beschreven in zijn Plan van Aanpak.	ja
(...)		
4	EIS: Binnen 4 weken na ondertekening van de raamovereenkomst levert Inschrijver een definitief migratieplan op waarin zij gedetailleerd zal beschrijven op welke wijze zij de migratie zal uitvoeren. De basis voor dit plan is het migratieplan dat Inschrijver in het kader van het gunningscriterium migratieplan heeft ingediend. Dit gedetailleerde migratieplan stemt Inschrijver af met [het projectteam van Beklaagde] en alle relevante betrokken [locaties van Beklaagde] alsook de latende partij. Dit definitieve migratieplan wordt toegevoegd aan de raamovereenkomst en bevat een gedetailleerde planning van activiteiten.	ja
(...)		

(...)

2 OPERATIONAL EXCELLENCE

2.1 Systemen

(...)		Voor akkoord (de Inschrijving, Inschrijver en/of uitvoering van de opdracht voldoet aan de hierin opgenomen eisen)
56	EIS: Inschrijver biedt op koppelpunten tussen de uitzender en [Beklaagde] beveiligde verbindingen. [Beklaagde] vraagt van Inschrijver het gebruik van courante standaard technieken en protocollen die beschikbaar zijn voor beveiliging van eigen data en alsook voor de VPN verbinding.	ja

(...)		
-------	--	--

(...)

3 ALGEMEEN

(...)

3.2 Prijzen & Tarieven

	Prijzen en tarieven	Voor akkoord (de Inschrijving, Inschrijver en/of uitvoering van de opdracht voldoet aan de hierin opgenomen eisen)
(...)		
96	<p>EIS: Kosten die niet in de Inschrijving genoemd worden en niet verdisconteerd zijn in de geoffeerde prijsstelling, maar toch noodzakelijk blijken te zijn voor een goed functioneren van de dienstverlening, conform de in de offerte-aanvraag gestelde eisen, zijn voor Inschrijvers rekening.</p> <p>Kosten stijgingen als gevolg van wet- en regelgeving en die feitelijk door Inschrijver gemotiveerd zijn, worden na akkoord [Beklaagde] doorgevoerd.</p>	ja
(...)		

- 1.4. In de eerste Nota van Inlichtingen van 4 december 2017 zijn, onder meer, de volgende vraag en het volgende antwoord opgenomen:

Vraag 2: 'In het beschrijvend document verzoekt [Beklaagde] in paragraaf 4.2.2 één relevante referentie met betrekking tot 'uitzenden administratief als Master Vendor met een 100% fulfillment'. Inschrijver merkt op dat de koppeling tussen Master Vendor enerzijds en Klantenservice én Mobiele functies én administratieve functies anderzijds erg strikt is gesteld, waardoor het voor inschrijvers moeilijk (zo niet onmogelijk) is om hieraan te voldoen. Wat inschrijver betreft is deze eis in strijd met Voorschrift 3.5 F van de Gids Proportionaliteit. Door het stellen van een dergelijke strikte eis, waaraan geen of weinig partijen zullen kunnen voldoen, wordt de markt in verregaande mate verengd, hetgeen noch in het belang van de aanbestedende dienst noch in het belang van potentiële inschrijvers is.

Bent u bereid de eis aan te passen? Inschrijver zou zich bijvoorbeeld kunnen voorstellen dat de eis grotendeels gelijk blijft, maar dat aan inschrijvers de keuze wordt geboden een referentie in te dienen waaruit blijkt dat inschrijver Master Vendor met 100% fulfillment is geweest inzake ófwel de functie Klantenservice medewerkers (callcenter), ófwel de functie Mobiele(bulk)medewerker, ófwel andere administratieve functies. Voor de twee functies ter zake waarvan inschrijver geen referentie aanlevert waaruit blijkt dat inschrijver Master Vendor is geweest, zou dan wellicht gelegenheid kunnen worden geboden om een referentie in te dienen waaruit blijkt dat inschrijver ter zake van die functies voorkeursleverancier is geweest.'

Antwoord: '[Beklaagde] is deels bereid aan uw verzoek tegemoet te komen en zal in plaats van "Klantenservice én Mobiele functies én administratieve functies"

de volgende eis stellen aan de Relevante Referentie: "het leveren van uitzendkrachten risicogroep I (BVI) minimaal (3) drie verschillende functiegroepen". De tekst van paragraaf 4.2.2 van de Gunningsleidraad wordt als volgt: *De Relevante Referentie moet in de afgelopen 3 jaar (maximaal 3 jaar oud) voorafgaande aan het tijdstip van de datum "Sluitingsdatum Inschrijving" in Nederland zijn uitgevoerd en de opdrachtwaarde van de Relevante Referentie moet > €5.000.000,00 per jaar (12 mnd) zijn en zijn uitgevoerd in een organisatie met een personeelsbestand van > 2.500 medewerkers. De Relevante Referentie moet betrekking hebben op het leveren van uitzendkrachten risicogroep I (BVI) van minimaal (3) drie verschillende functiegroepen. De Relevante Referentie heeft meer dan 4 locaties in Nederland waar uitzendkrachten worden ingezet. Onderdeel van de opdracht moet ook zijn dat er een KPI is gesteld die de 100% fulfilment kan meten. Verder mag de opdracht met onderaannemers zijn uitgevoerd, echter niet meer dan 50% van de opdrachtwaarde mag door onderaannemers zijn uitgevoerd. Met betrekking tot deze aanpassing zal [Beklaagde] het Standaardformulier IV Relevante Referenties aanpassen in Ariba. Het Nieuwe Standaardformulier IV Relevante Referenties zal als toevoeging krijgen Versie 02. De Bijlage Standaardformulier IV Relevante Referentie komt hiermee te vervallen.'*

- 1.5. Daarop heeft klager nog op 4 december 2017 een klachtbrief aan beklaagde gezonden, waarin, onder meer, de in de onderhavige procedure bij de Commissie ingediende klachten aan de orde worden gesteld (zie onder 2 en 3 hierna).
- 1.6. In de tweede Nota van Inlichtingen van 15 december 2017 zijn, onder meer, de volgende vragen en antwoorden opgenomen:
 - 1.6.1. Vraag 1: '[Beklaagde] heeft besloten de opdracht Uitzenden Administratief te gunnen op basis van het gunningscriterium laagste prijs. Op grond van artikel 2.114 van de Aanbestedingswet dient een aanbestedende dienst in beginsel echter het gunningscriterium beste prijs-kwaliteitverhouding te gebruiken. Hiervan mag alléén worden afgeweken indien de aanbestedende dienst hiervoor een deugdelijke motivering kan aandragen. Uit adviezen van de Commissie van Aanbestedingsexperts (o.a. Advies 224 en 348) volgt dat gunning op basis van laagste prijs enkel is toegestaan, indien gunning op basis van het criterium 'beste prijs-kwaliteitverhouding' ondoelmatig zal zijn.

Wij zijn dat van dat laatste in casu geen sprake is en dat [Beklaagde] ten onrechte gebruik maakt van het gunningcriterium laagste prijs. De motivering die [Beklaagde] daarvoor heeft aangedragen is ontoereikend. [Beklaagde] stelt in paragraaf 1.1. van de gunningsleidraad wel dat [Beklaagde] van mening is dat er onvoldoende onderscheidend vermogen is tussen de aanbieders die ervaring hebben met Master Vendorship en met een vergelijkbare schaalgrootte als [Beklaagde], maar uit niets blijkt dat dit ook daadwerkelijk het geval is. Wij zijn van mening dat er wel degelijk verschil in kwaliteit bestaat tussen de verschillende aanbieders en dat dit ook meegewogen zou moeten worden in het kader van de gunning.

Dat kwaliteit een belangrijke rol speelt bij de uitvoering van de onderhavige dienstverlening blijkt overigens onder meer uit het feit dat in paragraaf 2.4 van de Gunningsleidraad staat dat [Beklaagde] met de Opdrachtnemer een Operational Excellence-traject wil ingaan én uit het feit dat uit paragraaf 4.2.3 van de Gunningsleidraad volgt dat [Beklaagde] groot belang hecht aan Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen.

Bent u bereid om kwaliteit alsnog mee te wegen in het kader van de gunning? Zo nee, waarom niet?'

Antwoord: '[Beklaagde] is niet bereid om het gunningscriterium te wijzigen naar het criterium 'beste prijs-kwaliteitverhouding'. [Beklaagde] heeft in de Gunningsleidraad een afdoende motivering gegeven voor het gunningscriterium 'laagste prijs', maar zal deze motivering in onderstaande nader toelichten. [Beklaagde] is in de praktijk en in voorgaande aanbestedingen gebleken dat de kwaliteit tussen leveranciers die ervaring hebben met uitzenddienstverlening als Master Vendor en met een vergelijkbare schaalgrootte als [Beklaagde], niet veel verschilt. Dit hangt samen met de eisen die [Beklaagde] stelt aan de dienstverlening, zoals de eis van 100% fulfilment. De eventuele kwaliteitsverschillen die er zijn, leiden in ieder geval tot onvoldoende onderscheidend vermogen om een BPK-aanbesteding te rechtvaardigen. In andere woorden: om de kleine kwaliteitsverschillen die er (mogelijk) bestaan tussen leveranciers te vertalen naar een BPK-aanbesteding, zou [Beklaagde] - om te voorkomen dat er niet feitelijk sprake is van een 'laagste prijs-aanbesteding' - deze verschillen in kwaliteit aanzienlijk moeten laten meewegen in de prijs-kwaliteitverhouding. Gelet op de dienstverlening die het betreft - de werving en plaatsing van uitzendkrachten, waarbij de uitzendkrachten voor elk van de uitzendbureaus werkzaam kunnen zijn - acht [Beklaagde] dit ondoelmatig. De doelen die de wetgever bij de totstandkoming van artikel 2.114 Aw nastreeft, zijn in deze aanbesteding in ieder geval niet te realiseren. Met betrekking tot Operational Excellence merkt [Beklaagde] op dat, zoals in Eis 56 is beschreven, [Beklaagde] met Operational Excellence beoogt haar processen te optimaliseren middels verregaande automatisering en daarnaast haar kosten in de keten te reduceren, [Beklaagde] zal hierin het initiatief nemen en Master Vendor zal daar waar nodig medewerking verlenen.'

- 1.6.2. Vraag 53: 'In paragraaf 1.1 van de Gunningsleidraad geeft u aan het gunningscriterium 'laagste prijs' te hanteren. Als motivatie geeft u aan van mening te zijn dat er onvoldoende onderscheidend vermogen is tussen de aanbidders die ervaring hebben met Master Vendorship en met een vergelijkbare schaalgrootte als [Beklaagde]. Daarnaast geeft u aan kwaliteit te hebben gestandaardiseerd en in de gunningsleidraad een minimum drempel gesteld te hebben aan het kwaliteitsniveau.'

Inschrijver is van mening dat het gunningscriterium laagste prijs niet past binnen de door u in de markt geplaatste aanbesteding. Kijkend naar de verschillende aanbestedingswet- en regelgeving, de jurisprudentie op dit gebied, maar ook naar adviezen van de Commissie van Aanbestedingsexperts, blijkt dat het gunningscriterium 'laagste prijs' enkel door een aanbestedende dienst kan worden gehanteerd wanneer het gunningscriterium 'beste prijs-kwaliteitverhouding' ondoelmatig wordt geacht. Deze kan als ondoelmatig worden geacht wanneer in de gegeven omstandigheden van het geval redelijkerwijs niet te verwachten valt dat er voor marktpartijen een ruimte wordt gecreëerd waarin zij zich voldoende uitgedaagd mogen voelen om innovatieve en duurzame oplossingen aan te bieden. Daarbij moet worden gekeken naar zaken als het voorwerp van de aanbesteding, de markt waarbinnen geacteerd wordt en de mate waarin gunning op basis van het criterium economisch meest voordelige inschrijving zinvol is met het oog op de daarmee te verwezenlijken door de wetgever relevant geachte doelen (o.a. dat aanbestedende diensten een omslag gaan maken als het gaat om innovatief en duurzaam inkopen).

Kijkend naar voornoemde omstandigheden, o.a. vanwege het feit dat u van Inschrijver verwacht invulling te geven aan Operational Excellence, maar ook naar de vorige aanbestedingsprocedure, waarin u zelf te kennen heeft gegeven dat kwaliteit wel degelijk een rol speelt en waarin u wel heeft gekozen voor het gunningscriterium beste prijs-kwaliteitverhouding, is Inschrijver van mening dat het gunningscriterium laagste prijs niet past binnen de onderhavige aanbesteding. Inschrijver verzoekt u de aanbesteding op het onderhavige punt aan te passen.

Wanneer u daartoe niet bereid bent, ontvangen wij van u graag een gedegen motivatie van deze keuze.'

Antwoord: '[Beklaagde] verwijst naar het antwoord op vraag 1.'

- 1.6.3. Vraag 54: 'U hanteert in de onderhavige aanbesteding het gunningscriterium 'laagste prijs'. Nog los van de juridische argumenten op basis waarvan Inschrijver van mening is dat dit gunningscriterium niet past binnen de aanbesteding, zijn er ook andere, niet-juridische argumenten te bedenken op grond waarvan het gunningscriterium laagste prijs niet past. Zo is er in de vorige aanbesteding een eis gesteld dat partijen een realistische, marktconforme aanbieding moesten doen en bleek nadien dat er veel waarde aan deze eis door [Beklaagde] werd gehecht. In de onderhavige aanbesteding heeft u in de Raamovereenkomst opgenomen dat [Beklaagde] een benchmark kan doen op de tarieven en deze dienaangaand kan aanpassen. [Beklaagde] lijkt aldus belang te hechten aan een marktconforme, reële prijs op grond waarvan Inschrijver haar diensten bij [Beklaagde] levert. Dit strookt niet met het gunningscriterium laagste prijs, waarbij partijen gedwongen worden het onderste uit de kan te halen teneinde kans te maken op gunning van de onderhavige opdracht. Inschrijver is van mening dat u daarmee zelf een situatie creëert waarin inschrijvers te lage prijzen moeten hanteren en niet langer marktconform (en reëel) kunnen aanbieden.

Kijkend naar het voorgaande is het volgens Inschrijver niet reëel het gunningscriterium laagste prijs te (blijven) hanteren. Inschrijver verzoekt u de aanbesteding op dit punt aan te passen. Mocht [Beklaagde] van mening zijn dat het voornoemde geen aanleiding geeft om de aanbesteding aan te passen, dan ziet Inschrijver van u graag een gemotiveerde reactie tegemoet, waarin u ingaat op de door Inschrijver aangehaalde punten/argumenten.'

Antwoord: '[Beklaagde] stelt voorop dat de eis waar aan wordt gerefereerd dateert uit een vorige aanbesteding. Waarom [Beklaagde] heeft besloten om deze eis niet over te nemen is niet relevant voor onderhavige aanbesteding. In het antwoord op vraag 1 heeft [Beklaagde] een nadere toelichting gegeven op haar keuze voor het gunningscriterium laagste prijs.'

- 1.6.4. Vraag 55: 'In de vorige, ingetrokken, aanbesteding heeft u als eis gesteld dat partijen een realistische, marktconforme aanbieding moeten doen. Dat betekende onder meer dat het moest gaan om gebruikelijke prijzen die gebaseerd zijn op normale kostprijzen (met onder meer redelijke kortingen en winstmarges). Deze eis heeft u nu laten vallen. Inschrijver verzoekt u om gemotiveerd uit leggen:
1) waarom u marktconformiteit niet langer relevant vindt.
2) hoe zich dit naar uw mening verhoudt tot de verplichting van aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven om (o.g.v. de AW) zorg te dragen voor het leveren van zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen.'

Antwoord: '1) [Beklaagde] verwijst naar het antwoord op vraag 54 2) Aan de bepaling waar Inschrijver aan refereert (artikel 1.4 lid 2 Aw), wordt invulling gegeven in artikel 2.114 Aw door als uitgangspunt voor het te hanteren gunningscriterium de beste prijskwaliteitsverhouding te nemen. [Beklaagde] heeft in haar antwoord op vraag 1 uitgebreid toegelicht waarom zij voor deze opdracht afwijkt van dit uitgangspunt en kiest voor gunning op laagste prijs.'

- 1.6.5. Vraag 83: 'U geeft aan "Het doen van een manipulatieve inschrijving is niet toegestaan. Als manipulatieve inschrijving wordt in ieder geval aangemerkt een Inschrijving die het doel heeft de gunningssystematiek te manipuleren **dan wel waarvan vooraf duidelijk is dat die redelijkerwijs niet kan worden nage-**

komen. Indieners van manipulatieve inschrijvingen zullen door [Beklaagde] worden uitgesloten."

(dikgedrukt, onderstreept en gearceerd is door inschrijver gedaan)

Aangezien u in de E-veiling een omgeving creëert om tot een laagst mogelijke prijs te komen en daarbij de inschrijvende partijen uitlokt om 'down to the drain' te gaan zijn wij benieuwd hoe u in de praktijk omgaat met dit artikel. Inschrijvers hebben ook er belang bij om vooraf te weten welke ondergrenzen [Beklaagde] stelt, immers de inschrijvers die onder de ondergrens valt wordt op grond van uw eigen aanbestedingsreglement uitgesloten van de procedure. Graag ontvangen wij daarom een reactie op onderstaande vragen:

- 1) Klopt onze aanname dat biedingen die lager zijn dan de loonsom (Gewogen gemiddeld bruto uurloon * loonsomfactor) uitgesloten worden van de aanbesteding? Indien dit niet het geval ontvangen wij graag van [Beklaagde] een toelichting hierop.
- 2) Wat is het minimale bedrag aan bureaumarge wat inschrijver kan aanbieden zonder uitgesloten te worden?
- 3) In het vorige aanbestedingstraject heeft u extern advies ingewonnen met betrekking tot dit onderwerp. In hoeverre gaat u dit advies gebruiken in de beoordeling van de rechtmatigheid van de ingediende prijzen?'

Antwoord: 'Antwoord 1) uw aanname is juist. Vanwege het feit dat er geen negatieve bureau marge aangeboden kan worden in de E-Veiling. 2) er is geen ondergrens aan de bureaumarge welke Inschrijver aanbiedt zolang dit geen negatieve bureaumarge betreft. 3) De ingewonnen informatie is gebruikt om de marktconformiteit van de aanbiedingen te toetsen. Van dit advies zal verder geen gebruik gemaakt worden in deze aanbesteding.'

- 1.6.6. Vraag 100: '[Beklaagde] heeft besloten te gunnen op laagste prijs en motiveert deze keuze door te stellen dat er te weinig onderscheidend vermogen is tussen de partijen die ervaring hebben met een MasterVendorship i.c.m. met het volume waar het hier om gaat. Inschrijver is het hier fundamenteel mee oneens en vindt deze keuze ook opvallend: ten tijde van de vorige aanbesteding koos [Beklaagde] immers wél voor EMVI en de markt is in de tussentijd niet zodanig veranderd dat kan worden geconcludeerd dat gunning op laagste prijs kan worden verantwoord. Kan [Beklaagde] duidelijk motiveren wat er in de tussenliggende periode is veranderd waardoor zij deze keuze kan motiveren?'

Antwoord: '[Beklaagde] geeft aan Inschrijver toe dat er is niet veel veranderd in de tussenliggende periode. [Beklaagde] liep in de vorige aanbestedingsprocedure tegen dezelfde moeilijkheden aan als beschreven in het antwoord op vraag 1, om de procedure in te richten met een gunning op beste prijskwaliteit. Om die reden heeft [Beklaagde] besloten om onderhavige procedure ook daadwerkelijk te gunnen op laagste prijs.'

- 1.6.7. Vraag 101: '[Beklaagde] vraagt een referentie die gelijk is aan de opdracht, dit is in strijd met artikel 1.10 van de aanbestedingswet 2012. Daarbij stelt [Beklaagde] dat zij 1 kerncompetentie vraagt, maar in werkelijkheid zijn dit er vier, namelijk:
- 1) MasterVendorship
 - 2) Het leveren van uitzendkrachten risicogroep 1 (min 3 verschillende functiegroepen)
 - 3) Ervaring op 4 locaties
 - 4) Een kpi met 100% fulfilment

Inschrijver is van mening dat ervaring als Master Vendor niet noodzakelijk is om de opdracht uit te voeren, een partij kan ook aantonen dat hij in staat is de opdracht uit te voeren door bijvoorbeeld aan te tonen dat hij als enige of als hoofdverantwoordelijke een overeenkomst van dezelfde omvang heeft uitgevoerd, zonder dat e.e.a. in de betreffende overeenkomst expliciet als Master Vendor is benoemd.

Het aantonen van alle kerncompetenties door middel van één referentie is disproportioneel en om die reden strijdig met artikel 1.10 Aanbestdingswet en voorschrift 3.5G van de Gids Proportionaliteit.

Wij verzoeken [Beklaagde] hierom de gunningsleidraad zodanig aan te passen dat:

- 1: de gevraagde kerncompetenties proportioneel zijn in relatie tot de uit te voeren opdracht
- 2: geen referentie wordt gevraagd die gelijk is aan de uit te voeren opdracht
- 3: de mogelijkheid bestaat om kerncompetenties met meer dan één referentieproject aan te tonen.

Mocht u hiertoe niet bereid zijn dan verzoeken wij u om uitgebreid en gemotiveerd toe te lichten waarom

- 1) de kerncompetenties en referentie wel voldoen aan het proportionaliteitsbeginsel en
- 2) waarom het Level Playing Field als gevolg van deze wijziging volgens u niet wordt geschaad.'

Antwoord: '[Beklaagde] stelt één kerncompetentie, te weten Master Vendorship. Deze Kerncompetentie (KC) dient te worden aangetoond door middel van één Relevante Referentie die aan de eisen dient te voldoen zoals beschreven in paragraaf 4.2.2. De referentie is niet gelijk aan de opdracht omdat de eisen waaraan de referentie moet voldoen aanzienlijk lager liggen dan de opdracht. [Beklaagde] heeft besloten om de eis met betrekking tot Technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid aan te passen in die zin dat Master Vendorship ook mag worden aangetoond als Inschrijver Voorkeursleverancier is geweest. De tekst in de Gunningsleidraad 4.2.2. Technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid wordt als volgt; "In hetoverleggen". Relevante referentie. Deze Relevante referentie dient de volgende Kerncompetentie (KC) te bevatten (Zie Standaard Invulformulier IV Relevante referentie (Versie 3): KC1: Uitzenden Administratief als Master Vendor met een KPI voor fulfilment. De Relevante Referentie als Master Vendor moet in de afgelopen 3 jaar (maximaal 3 jaar oud) voorafgaand aan het tijdstip van de datum "sluitingsdatum Inschrijving" in Nederland zijn uitgevoerd. Als Master Vendor mag in dit geval ook worden gelezen "Voorkeursleverancier". Bij deze Voorkeursleverancier wordt door de referent als eerste de aanvragen uitgezet (tier 1). De opdrachtwaarde van de Relevante Referentie moet minimaal €5.000.000,00 per jaar (12 mnd) zijn en zijn uitgevoerd in een organisatie met een personeelsbestand van > 2.500 medewerkers. Ook moet de Relevante Referentie betrekking hebben op het leveren van uitzendkrachten risicogroep I (BVI) minimaal (3) drie verschillende functiegroepen. De Relevante Referentie heeft meer dan 4 locaties in Nederland waar uitzendkrachten worden ingezet. Onderdeel van de opdracht moet ook zijn dat er een KPI is waarmee de fulfilment gemeten wordt en de Inschrijver op beoordeeld wordt. Verder mag de opdracht met onderaannemers zijn uitgevoerd, echter niet meer dan 50% van de opdrachtwaarde mag door onderaannemers zijn uitgevoerd (zie eisen in Bijlage Standaardformulier IV Relevante Referentie). De Kerncompetentie dient in één Relevante Referentie te worden aangetoond. Indien door de Inschrijver geen Relevante Referentie kan worden overlegd (eis), wordt de Inschrijver uitgesloten van verdere deelname aan deze aanbestedingsprocedure. Daarnaast moet bij de Re-

levante Referentie een Tevredenheidsverklaring van de referent worden overlegd (in de bewijsmiddelen ronde). "de Inschrijver dient ... aanbestedingsprocedure." Bovenstaande wijzigingen zullen worden verwerkt in een nieuw Standaardformulier IV Relevante Referentie (Versie 3). Deze zal aan de Nota van Inlichtingen worden toegevoegd. Standaardformulier IV Relevante Referentie (Versie 2) komt hiermee te vervallen.'

- 1.6.8. Vraag 102: 'In de vorige aanbesteding had [Beklaagde] eis 96 opgenomen, die stelde de inschrijvingen realistisch en marktconform moesten zijn. Naar onze mening een uitstekende eis, die zowel inschrijvers als [Beklaagde] beschermt tegen de risico's van te laag aanbieden, zoals het niet zorgvuldig uitvoeren van de opdracht. Inschrijver wenst [Beklaagde] er op te wijzen dat iedere besparing op de kostprijs ten koste gaat van dienstverlening en de kandidaten. Het is hun begeleiding en onboarding waarop wordt bezuinigd. En, in het allerbeste geval, dat dit niet gebeurt en de winnende inschrijver al zijn verlies voor lief neemt, dan heeft [Beklaagde] gegund aan de partij die bereid en in staat is deze opdracht te kopen. Het lijkt ons overduidelijk dat dat alleen de partij is die de vorige veiling ook heeft gewonnen.

In de vorige aanbesteding is de betreffende eis niet onrechtmatig bevonden, echter door de gang van zaken tijdens de veiling heeft geen van de partijen zich aan deze eis gehouden. [Beklaagde] heeft er bewust voor gekozen deze eis niet opnieuw op te nemen in het programma van eisen. Opmerkelijk, omdat het gebruikelijk is alleen onrechtmatige eisen te ecarteren bij heraanbesteding, en deze eis zoals gezegd niet omrechtmatig was. Opvallend, omdat [Beklaagde], die wat betreft aanbesteden in de schijnwerpers staat en een voorbeeldrol voor de markt heeft, nu eigenlijk tegen inschrijvers zegt dat zij het geen enkel probleem vindt inschrijvers in een veiling tegenover elkaar te zetten en de opdracht te laten kopen ("prijsdumping") door de Inschrijver met de diepste zakken. Vanzelfsprekend hebben inschrijvers hier zelf invloed op, maar het is gezien de voorkennis die alle deelnemers aan de veiling hebben, inclusief [Beklaagde], naïef om te denken dat inschrijvers niet weer zeer laag zullen gaan. En blijkbaar wil en verwacht [Beklaagde] dat ook, anders had zij deze eis natuurlijk niet hoeven ecarteren.

Inschrijver wil benadrukken dat andere partijen in de markt met een voorbeeldrol, zoals het Rijk, ook bij een wat kleiner speelveld, altijd een bodemprijs hanteleren, en nooit gebruik maken van veilingen.

Wij verzoeken [Beklaagde] dan ook om eis 96 weer op te nemen in de gunningsleidraad/het programma van eisen, danwel een andere systematiek in de aanbesteding op te nemen waardoor prijsdumping onmogelijk wordt gemaakt.'

Antwoord: '[Beklaagde] verwijst naar haar antwoord op vraag 54.'

- 1.7. Beklaagde heeft op 18 december 2017 als volgt gereageerd op de brief van klager van 4 december 2017 (zie 1.5 hiervoor):

'[Beklaagde] heeft zorgvuldig nagedacht over de insteek van onderhavige aanbestedingsprocedure. Het spijt ons dan ook te lezen dat u fundamentele bezwaren heeft tegen de wijze waarop [Beklaagde] deze aanbestedingsprocedure in de markt heeft gezet.

De bezwaren die u heeft geuit in uw brief heeft u – mede op ons verzoek – tevens ingediend als vragen in de inlichtingenronde in de lopende aanbestedingsprocedure. [Beklaagde] gaat ervan uit dat de in uw brief geformuleerde bezwaren inmiddels zijn weggenomen door de beantwoording van uw vragen zoals deze is opgenomen in de Nota van Inlichtingen d.d. 15 december jl.

Mocht dit niet het geval zijn, dan heeft u de mogelijkheid om eventuele nadere vragen in te dienen tot uiterlijk woensdag 20 december 12.00 uur. Gelet op het gelijkheids- en transparantiebeginsel verzoeken wij u voor uw eventuele nadere vragen ook daadwerkelijk gebruik te maken van deze tweede inlichtingenronde.'

2. Beschrijving klacht

2.1. Klachtonderdeel 1

Beklaagde heeft als gunningscriterium gekozen voor het criterium van de laagste prijs en wijkt daarmee af van artikel 1.10 Aw 2012 en de hoofdregel van artikel 2.114, lid 3, Aw 2012. De motivering van beklagde voor deze keuze is ontoereikend en de markt is wel degelijk onderscheidend genoeg om ook het aspect kwaliteit mee te laten wegen.

2.2. Klachtonderdeel 2

De door beklagde gehanteerde referentie-eis uit paragraaf 4.2.2 van de Gunningsleidraad (zie 1.2 hiervoor, zoals gewijzigd in het antwoord op vraag 2 in de eerste Nota van inlichtingen in 1.4 hiervoor en het antwoord op 101 in de tweede Nota van inlichtingen in 1.6.7 hiervoor) is disproportioneel en met het hanteren van deze referentie-eis handelt beklagde ook in strijd met artikel 1.10a Aw 2012.

3. Onderbouwing klacht

3.1. Klachtonderdeel 1

3.1.1. Uit de Gids Proportionaliteit (zie p. 54) volgt dat het criterium laagste prijs alleen in aanmerking komt wanneer er daadwerkelijk geen onderscheidende criteria zijn waarop inschrijvers toegevoegde waarde kunnen leveren. Uit onder meer Advies 224 van de Commissie en de uitspraak van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Gelderland van 3 juni 2014 (ECLI:NL:RBGEL:2014:3493) volgt volgens klager met zoveel woorden dat alleen op laagste prijs mag worden gegund wanneer gunning op beste prijs-kwaliteitverhouding ondoelmatig is.

3.1.2. Beklaagde stelt twee kwalitatieve eisen waarvoor een voldoende moet worden behaald. Dit suggereert naar de mening van klager dat er goede en slechte kwaliteit is en dat er wel degelijk onderscheid in de markt is. Aangezien de kwaliteit van de te leveren dienstverlening wel kan worden beoordeeld en met elkaar kan worden vergeleken is het naar oordeel van klager wel degelijk doelmatig om kwaliteit mee te wegen. In dat geval is het niet toegestaan om te gunnen op laagste prijs.

3.1.3. De keuze voor het gunningscriterium laagste prijs – wegens de kennelijk niet onderscheidende markt – is bovendien opmerkelijk nu beklagde in de vorige (ingetrokken) aanbesteding wél kwaliteitscriteria heeft gehanteerd. Op dat moment was beklagde kennelijk niet van mening dat de markt onvoldoende onderscheidend was. Ook in de brief van 18 juli 2017, waarin beklagde de intrekking van de vorige aanbesteding heeft aangekondigd, heeft beklagde enkel gesteld 'eis 96' betreffende marktconformiteit (zie 1.6.3, 1.6.4 en 1.6.8 hiervoor) te zullen ecarteren. Van een noodzaak tot wijziging van het gunningscriterium was destijds dus nog geen sprake.

- 3.1.4. Bovendien heeft beklagde de markt, waarvan zij stelt dat deze niet onderscheidend genoeg is, door het stellen van een vergaande ervaringseis zélf beperkt tot een kleine groep van aanbieders die ervaring hebben met 'master vendorship' en met een vergelijkbare schaalgrootte als beklagde. Dit is disproportioneel en niet noodzakelijk voor de uitvoering van de opdracht; er zijn naar het oordeel van klager meer aanbieders die in staat zouden zijn de opdracht uit te voeren en die nu door het stellen van zeer strenge ervaringseisen worden uitgesloten (zie klachtonderdeel 2). Klager vindt het in ieder geval disproportioneel om de markt eerst te verengen tot een zeer klein aantal aanbieders, en vervolgens het standpunt in te nemen dat de markt niet onderscheidend genoeg is om op beste prijs-kwaliteitverhouding te gunnen.
- 3.1.5. Kortom, klager is van mening dat in deze aanbesteding gunning op laagste prijs disproportioneel en ondoelmatig is en daarmee zowel strijd oplevert met artikel 1.10 Aw 2012 als met artikel 2.114 Aw 2012.
- 3.2. Klachtonderdeel 2
- 3.2.1. In paragraaf 4.2.2 van de Gunningsleidraad (zie 1.2 hiervoor) stelt beklagde een referentie-eis die 1) gelijk is aan de opdracht en niet vergelijkbaar met de opdracht en 2) disproportioneel is vanwege het stapelen van vier kerncompetenties in één referentie-eis. In dat kader wijst klager op vraag 101 uit de Nota van Inlichtingen (zie 1.6.7 hiervoor). In het antwoord wordt de referentie-eis enigszins aangepast maar stelt beklagde dat slechts sprake is van één kerncompetentie. Naar het oordeel van klager vraagt beklagde ten onrechte nog steeds vier kerncompetenties uit in dezelfde referentie.
- 3.2.2. In paragraaf 4.2.2. van de Gunningsleidraad stelt beklagde als eis dat een referentie moet worden ingediend die de kerncompetentie "Uitzenden Administratief als Master Vendor met een 100% fulfilment" moet bevatten (zie 1.2 hiervoor). Klager leidt uit de toelichting op deze eis af dat de gevraagde referentie niet één maar wel vier kerncompetenties bevat. Er wordt immers gevraagd naar de kerncompetenties:
- 1) master vendorship;
 - 2) het leveren van uitzendkrachten risicogroep I (BVI) minimaal (3) drie verschillende functiegroepen (zie antwoord op vraag 2 eerste Nota van Inlichtingen in 1.4 hiervoor);
 - 3) ervaring op 4 locaties en
 - 4) een KPI met 100% fulfilment.
- 3.2.3. Ten aanzien van de kerncompetenties zelf is klager van mening dat ervaring als 'master vendor' niet noodzakelijk is om de opdracht te kunnen uitvoeren. Een partij kan ook aantonen dat hij in staat is de opdracht van beklagde uit te voeren door bijvoorbeeld te laten zien dat hij als enige of als hoofdverantwoordelijke een overeenkomst van dezelfde omvang heeft uitgevoerd, zonder dat e.e.a. in de betreffende overeenkomst expliciet als 'master vendorship' is benoemd. Het eisen van een kerncompetentie die veel verder gaat dan noodzakelijk is voor het goed kunnen uitvoeren van de opdracht levert strijd op met artikel 1.10 Aw 2012. Klager verwijst onder andere naar Advies 392 van de Commissie.
- 3.2.4. Bovendien handelt beklagde door het stellen van deze eis volgens klager in strijd met artikel 2.93, lid 3, Aw 2012, doordat zij een referentie vraagt die gelijk is aan de opdracht, in plaats van een referentie die vergelijkbaar is met de opdracht.
- 3.2.5. Door te eisen dat een inschrijver moet beschikken over ervaring als 'master vendor', in combinatie met de eis dat de partij die de referentie als 'master vendor'

indient deze werkzaamheden ook zelf dient te verrichten, wordt de markt beperkt tot een klein aantal potentiële aanbieders. Hierdoor is er naar het oordeel van klager geen sprake meer van een level playing field. De handelswijze van beklagde in deze aanbesteding levert dus ook strijd op met artikel 1.10a Aw 2012, op grond waarvan een overheidsopdracht niet mag zijn ontworpen met het doel de mededinging op kunstmatige wijze te beperken.

- 3.2.6. Tot slot is de eis dat alle gevraagde kerncompetenties met dezelfde referentie worden aangetoond naar de mening van klager disproportioneel en om die reden strijdig met artikel 1.10 Aw 2012 en voorschrift 3.5 G van de Gids Proportionaliteit. In dat kader wijst klager op Advies 401 van de Commissie. Voor zover alle gevraagde kerncompetenties al noodzakelijk zijn voor de uitvoering van de opdracht, dienen inschrijvers in ieder geval de mogelijkheid te hebben deze door middel van verschillende referenties aan te tonen.

4. Reactie beklagde

- 4.1. Beklaagde geeft eerst de volgende (algemene) toelichting en achtergrond bij de aanbestedingsprocedure alvorens zij inhoudelijk ingaat op de klachtonderdelen.
- 4.1.1. Beklaagde heeft een Europese openbare aanbestedingsprocedure georganiseerd met betrekking tot administratief uitzendpersoneel. Beklaagde voorziet op dit moment in haar behoefte voor administratief uitzendpersoneel door middel van twee raamcontracten. De huidige contractanten zijn klager en Y. Wanneer beklagde een aanvraag doet voor een uitzendkracht, hebben deze huidige contractspartijen een zogenoemde inspanningsverplichting om deze aanvraag te vervullen. Indien deze contractspartijen de aanvraag van beklagde niet kunnen vervullen, dient beklagde zelf of via andere kanalen op zoek te gaan naar vervulling van de vacature. In de huidige situatie, met twee raamcontractanten die een inspanningsverplichting hebben om een vacature te vervullen, is beklagde niet verzekerd van levering van uitzendpersoneel, hetgeen een onwenselijke situatie is. Om hier verandering in te brengen heeft beklagde in deze aanbesteding bewust ervoor gekozen om één opdrachtnemer te contracteren die als Master Vendor enig aanspreekpunt is voor beklagde en vervulling kan garanderen voor alle aanvragen voor administratief uitzendpersoneel vanuit beklagde (100% fulfilment, zie 1.2 hiervoor). Tevens is de 'master vendor' verantwoordelijk voor de administratie en registratie omtrent het uitzendpersoneel Administratief. Beklaagde wenst een raamovereenkomst af te sluiten voor de duur van vijf jaar met verlengingsopties. Administratief personeel betreft uitzendkrachten waarvoor sociale premies worden betaald conform de (UWV) premiegroep "uitzendbedrijven IA". Tot risicogroep I (BVI) worden flexibele arbeidskrachten gerekend die ter beschikking worden gesteld voor het verrichten van werkzaamheden in de sectoren: administratie, algemeen-, productie- en managementondersteuning, sociale zaken en automatisering.
- 4.1.2. Beklaagde heeft de inrichting van de aanbestedingsprocedure beschreven in de Gunningsleidraad Europese Aanbesteding Uitzenden Administratief. In de onderhavige aanbestedingsprocedure heeft zij uitsluitingsgronden, selectie-eisen, (minimum)eisen in een Programma van Eisen en het gunningscriterium laagste prijs gesteld. Beklaagde heeft ervoor gekozen om naast de dwingende uitsluitingsgronden alle facultatieve uitsluitingsgronden van toepassing te verklaren.
- 4.1.3. Als selectie-eisen heeft beklagde onder meer eisen gesteld aan de financieel-economische draagkracht, de technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid (de referentie-eis), de maatschappelijke geschiktheid en daarnaast enkele overige selectie-eisen gesteld.

4.1.4. Met betrekking tot de eisen aan technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid (de referentie-eis) heeft beklaagde één kerncompetentie vastgesteld: 'Uitzendend Administratief als Master Vendor met een 100% fulfilment'. Dit betekent dat inschrijver een referentie moet indienen die in de afgelopen drie jaar is uitgevoerd door een 'master vendor' (hoofdaannemer), waarin een KPI is opgenomen om 100% fulfilment te meten (zie 1.2 hiervoor). Aan de Relevante Referentie waarmee de Kerncompetentie 'master vendor' met 100% fulfilment moet worden aangetoond, zijn voorts de volgende eisen gesteld:

1. De referentie moet in de afgelopen 3 jaar voorafgaande aan het tijdstip van de datum "Sluitingsdatum Inschrijving" zijn uitgevoerd.
2. De waarde van de referentie moet > € 5.000.000 per jaar zijn.
3. De referentie moet zijn uitgevoerd in een organisatie met een personeelbestand van > 2.500 medewerkers.
4. De referentie moet betrekking hebben op onder andere klantenservice medewerkers (callcenter), mobiele (bulk)medewerkers en ander administratief personeel.
5. De referentie moet meer dan vier locaties hebben waar de uitzendkrachten worden ingezet.
6. De referentie mag niet met meer dan 50% van de opdrachtwaarde met onderaannemers zijn uitgevoerd.

4.1.5. Naar aanleiding van vragen van gegadigden heeft beklaagde de referentie-eis aangepast en deze wijziging in het antwoord op vraag 2 in de eerste Nota van Inlichtingen bekendgemaakt (zie 1.4 hiervoor). Beklaagde heeft de referentie-eis op één onderdeel gewijzigd. De eis dat de referentie onder andere betrekking moet hebben op klantenservice medewerkers (callcenter), mobiele (bulk)medewerkers en ander administratief personeel is vervangen door de volgende eis:

"De Relevante Referentie moet betrekking hebben op het leveren van uitzendkrachten risicogroep I (BVI) minimaal (3) verschillende functiegroepen."

4.1.6. Uitzendkrachten risicogroep I (BVI) betreffen flexibele arbeidskrachten die ter beschikking worden gesteld voor het verrichten van werkzaamheden in de sectoren: administratie, algemeen-, productie- en managementondersteuning, sociale zaken en automatisering.

4.1.7. De klachtbrief van klager en de vragen over de proportionaliteit ten aanzien van de gestelde referentie-eis die klager hierover in de tweede Nota van inlichtingen heeft gesteld, heeft beklaagde doen besluiten om de referentie-eis verder bij te stellen. De wijzigingen zijn als volgt (zie ook het antwoord op vraag 101 in 1.6.7 hiervoor):

- Als kerncompetentie wordt nu een 'master vendor' óf voorkeursleverancier gevraagd. Een voorkeursleverancier betreft een leverancier (opdrachtnemer) waar de opdrachtgever als eerste de aanvragen uitzet (tier 1).
- Aangezien een 100% fulfilmentseis in de praktijk niet zal worden gesteld aan een voorkeursleverancier, heeft beklaagde dit onderdeel van de kerncompetentie naar beneden bijgesteld tot 'een KPI waarmee de fulfilment gemeten wordt en de Inschrijver op beoordeeld wordt'.

4.1.8. In hoofdstuk 5 van de Gunningsleidraad (zie 1.2 hiervoor) en het Programma van Eisen (zie 1.3 hiervoor) heeft beklaagde de eisen opgenomen waaraan de inschrijving en de uitvoering van de opdracht moeten voldoen. Voor twee van de in het Programma van Eisen opgenomen eisen dient door inschrijvers een plan van

aanpak te worden ingediend: Migratie en 100% fulfilment. Inschrijvers dienen in het plan van aanpak een migratieplan te beschrijven waarin zij aangeven op welke wijze invulling wordt gegeven aan migratie van de zittende populatie uitzendkrachten bij de huidige opdrachtnemers en bijbehorende administratieve transitie naar inschrijver. Tevens dienen inschrijvers in het plan van aanpak te omschrijven op welke wijze invulling wordt gegeven aan de eis dat de inschrijver als 'master vendor' gedurende de contractperiode steeds 100% van de door beklagde aangeboden aanvragen worden vervuld. Beide onderdelen van het plan van aanpak worden door de beoordelingscommissie beoordeeld. Er kan een voldoende of een onvoldoende worden gescoord. Voor beide onderdelen van het plan van aanpak geldt dat een voldoende dient te worden behaald om te voldoen aan deze eis. Het niet voldoen aan deze eis leidt tot uitsluiting van verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure.

- 4.1.9. Nadat een toets op juistheid, volledigheid, correcte wijze van aanlevering en tijdigheid van de inschrijving heeft plaatsgevonden, getoetst is of de inschrijving aan de uitsluitingsgronden en aan de selectie-eisen voldoet en de inschrijvingen voldoen aan de eisen, vindt beoordeling van de inschrijvingen op het gunningscriterium laagste prijs plaats.
- 4.1.10. Als gunningscriterium heeft beklagde in deze aanbesteding de laagste prijs gehanteerd. Dit gunningscriterium werkt als volgt. De prijs die inschrijvers aanbieden bestaat uit twee componenten: de loonkostenfactor en de bureaumarge. De loonkostenfactor is een factor die wordt vastgesteld aan de hand van de door inschrijver in een tarievenTOOL opgegeven berekeningscomponenten, zoals werkgeverslasten (premies sociale verzekeringen en loonbelasting), maar ook ter dekking van diverse reserveringen (zoals verlofrechten, leeglooprisico). De loonkostenfactor wordt vermenigvuldigd met het cao-loon, bij de uitkomst waarvan de bureaumarge wordt opgeteld (zie 1.2 hiervoor). De bureaumarge betreft de vaste nominale vergoeding voor winst, risico en algemene kosten van inschrijver, die door inschrijver in rekening wordt gebracht boven op de bruto loonkosten per uur van de uitzendkracht. De hoogte van de bureaumarge wordt bepaald in een e-veiling.
- 4.1.11. Beklaagde heeft zorgvuldig nagedacht over haar keuze voor het gunningscriterium laagste prijs en meent dat dit gunningscriterium de juiste keuze is voor een aanbesteding als onderhavige. Haar keuze voor dit gunningscriterium heeft beklagde gemotiveerd in par. 1.1 van de Gunningsleidraad (zie 1.2 hiervoor).
- 4.1.12. In de tweede Nota van inlichtingen heeft beklagde deze motivering in vraag 1 nader toegelicht (zie 1.6.1 hiervoor).
- 4.1.13. Beklaagde heeft derhalve de motivering van de keuze voor het gunningscriterium laagste prijs gelijktijdig met de aankondiging van de opdracht bekend gemaakt en deze motivering nader uitgewerkt in de tweede Nota van inlichtingen.

4.2. Klachtonderdeel 1

- 4.2.1. Klager klaagt in klachtonderdeel 1 dat het gunningscriterium laagste prijs disproportioneel en ondoelmatig zou zijn. Het gunningscriterium zou daarmee in strijd zijn met de artikelen 1.10 en 2.114 Aw 2012. Beklaagde stelt zich op het standpunt dat in de onderhavige aanbesteding het gunningscriterium laagste prijs wel degelijk doelmatig is en is dan ook niet bereid om het gunningscriterium laagste prijs te wijzigen naar het criterium beste prijs-kwaliteitverhouding.
- 4.2.2. Als een speciale-sectorbedrijf deugdelijk kan motiveren waarom hij in de gegeven omstandigheden kiest voor het criterium laagste prijs, dan is dit volgens be-

klaagde geoorloofd. Er is geen algemene regel dat gunning op basis van laagste prijs slechts in uitzonderingssituaties en onder bijzondere omstandigheden is toegestaan. Op grond van artikel 3.74 jo. 2.114 lid 4 Aw kan een speciale-sectorbedrijf een inschrijving op basis van laagste prijs beoordelen. In dat geval motiveert het speciale-sectorbedrijf de toepassing van dat criterium in de aanbestedingsstukken. De Aanbestedingswet 2012 stelt geen nadere vormvereisten aan de motivering van het speciale-sectorbedrijf. Uit de wetgeschiedenis van de Aanbestedingswet volgt dat de motiveringsplicht inhoudt dat de feiten moeten kloppen en de motivering logisch en begrijpelijk moet zijn. Ook moet voor een ondernemer duidelijk zijn hoe het speciale-sectorbedrijf tot zijn besluit is gekomen. Beklaagde verwijst hiertoe naar Kamerstukken I 2011/12, 32 440, nr. C, p. 12 (MvA).

- 4.2.3. Beklaagde stelt in de Gunningsleidraad en in de tweede Nota van inlichtingen een afdoende en tijdige motivering te hebben gegeven voor het gekozen gunningscriterium. De motivering van de keuze voor het gunningscriterium van de laagste prijs staat vermeld in de Gunningsleidraad, die gelijktijdig met de aankondiging van een opdracht bekend is gemaakt. Deze motivering is vervolgens nog nader uitgewerkt in de tweede Nota van inlichtingen (zie het antwoord op vraag 1 in 1.6.1 hiervoor), hetgeen – zo heeft de Commissie volgens beklagde in Advies 348 bepaald – geoorloofd is.
- 4.2.4. Uit onder meer de adviezen 224 en 348 van de Commissie volgt naar mening van beklagde dat een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf mag kiezen voor het criterium laagste prijs wanneer de keuze voor toepassing van het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving ondoelmatig is (na de laatste wijziging van de Aanbestedingswet per 1 april 2016 is dit 'beste prijs-kwaliteitsverhouding' geworden). Die keuze zal ondoelmatig worden geacht wanneer het in de gegeven omstandigheden van het geval redelijkerwijs niet te verwachten valt dat daarmee een zodanige ruimte voor marktpartijen zal worden gecreëerd dat zij zich voldoende uitgedaagd zullen mogen voelen om innovatie en duurzame oplossingen aan te bieden. Beklaagde verwijst in dat kader naar Advies 348, overweging 5.4.1 en Advies 224, overweging 5.5.4.
- 4.2.5. Beklaagde heeft – alvorens te kiezen voor toepassing van het criterium laagste prijs – eerst de afweging gemaakt of en welke kwaliteitscriteria marktpartijen de ruimte zouden kunnen bieden om innovatieve en duurzame oplossingen aan te bieden. Beklaagde is tot de conclusie gekomen dat er in onderhavige aanbesteding geen ruimte is voor een dergelijk kwaliteitscriterium en dat het gunningscriterium van de beste prijs-kwaliteitverhouding ondoelmatig zou zijn in onderhavige aanbesteding. Beklaagde heeft onder meer de volgende overwegingen beoordeeld, alvorens te kiezen voor toepassing van het criterium laagste prijs:
 - (i) De gevraagde diensten laten zich moeilijk onderscheiden (voorwerp van de aanbesteding).
 - (ii) Het onderscheid in kwaliteit tussen de potentiële opdrachtnemers is verwaarloosbaar (de markt waarin de aanbesteding plaatsvindt).
 - (iii) Gunning op basis van het criterium van de beste prijs-kwaliteitverhouding draagt niet bij aan een omslag m.b.t. duurzaam en innovatief inkopen (het verwezenlijken van de door de wetgever relevant geachte doelen).
- 4.2.6. Ad (i) 'voorwerp van de aanbesteding', merkt beklagde op dat de gevraagde dienstverlening niet onderscheidend genoeg is om het gunningscriterium beste prijs-kwaliteitverhouding te rechtvaardigen. Ten eerste heeft beklagde de gevraagde dienstverlening gestandaardiseerd en opgenomen in een Programma van Eisen, waaraan de inschrijvers tijdens de uitvoering moeten voldoen. Ten tweede zijn uitzendkrachten vaak ingeschreven bij verschillende uitzendbureaus. De

kwaliteit van (de inhoud van) het werk van de uitzendkracht zal derhalve niet afhangen van de vraag voor welke inschrijver de uitzendkracht werkzaam is. Voor zover inschrijvers zich al kunnen onderscheiden op het gebied van aansturing en/of administratie, is dit reeds gestandaardiseerd in het Programma van Eisen en/of de Gunningsleidraad.

- 4.2.7. Ten aanzien van (ii) 'de markt waarin de aanbesteding plaatsvindt' is beklagde van mening dat er onvoldoende onderscheidend vermogen is tussen aanbieders die ervaring hebben met de gevraagde schaalgrootte. De (eventuele) kwaliteitsverschillen tussen de potentiële inschrijvers die onderhavige opdracht succesvol kunnen uitvoeren is minimaal en rechtvaardigt niet dat het onderdeel kwaliteit in een gunningscriterium beste prijs-kwaliteitverhouding een grote waarde krijgt. Een dergelijke grote waarde is echter wel noodzakelijk om te voorkomen dat het gunningscriterium beste prijs-kwaliteitverhouding de facto neerkomt op het gunningscriterium laagste prijs. Bovendien heeft beklagde de gevraagde kwaliteit – gegeven het voorwerp van de aanbesteding, zie ook ad (i) – gestandaardiseerd en opgenomen in een Programma van Eisen, waaraan de inschrijvers tijdens de uitvoering moeten voldoen. Ook heeft beklagde in de gunningsleidraad een minimum gesteld aan het door de 'master vendor' te behalen kwaliteitsniveau.
- 4.2.8. Ten aanzien van (iii) 'verwezenlijking van de door de wetgever relevant geachte doelen' onderkent beklagde het belang van de doelstellingen van de Europa 2020-strategie, maar stelt zij zich op het standpunt dat onderhavige aanbesteding zich niet leent voor het stimuleren van innovatie en duurzaamheid. Beklaagde wenst slechts tijdelijk administratieve uitzendkrachten (die onder leiding en toezicht van beklagde komen te staan) in te huren en ziet hier onvoldoende ruimte voor innovatie en/of duurzaamheid. Beklaagde is dan ook tot de conclusie gekomen dat er in onderhavige aanbesteding geen ruimte is voor een dergelijk kwaliteitscriterium.
- 4.2.9. Klager stelt dat de eisen 2 en 4 van het Programma van Eisen kwaliteitsvragen zijn, waardoor de suggestie wordt gewekt dat er goede en slechte kwaliteit in de markt is en dat er wel degelijk onderscheid in de markt is (zie 3.1.2 hiervoor). Beklaagde stelt zich op het standpunt dat de eisen 2 en 4 slechts kwalificeren als minimumeisen. Indien deze eisen wel onderdeel waren geweest van een gunningscriterium beste prijs-kwaliteit, dan was het volgens beklagde noodzakelijk geweest om deze eisen een grote waarde te geven om niet feitelijk het gunningscriterium laagste prijs toe te passen. Potentiële inschrijvers kunnen zich echter onvoldoende onderscheiden op het gebied van migratie en 100% fulfilment.
- 4.2.10. Tot slot stelt klager dat het disproportioneel is om eerst de markt te verenigen en vervolgens het standpunt in te nemen dat de markt niet onderscheidend genoeg is om op beste prijs-kwaliteitverhouding te gunnen (zie 3.1.4 hiervoor). Beklaagde stelt zich op het standpunt dat de gestelde eisen proportioneel zijn en in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht (zie verder de reactie op klachtonderdeel 2, in 4.2 hierna). Dat als gevolg van deze eisen de markt wordt verengd, is inherent aan het type opdracht dat wordt aanbesteed.
- 4.2.11. Kortom, beklagde stelt zich op het standpunt dat de toepassing van het criterium van de laagste prijs gerechtvaardigd was omdat de keuze voor toepassing van het criterium van de beste prijs-kwaliteitverhouding ondoelmatig zou zijn. Beklaagde heeft de toepassing van het criterium van de laagste prijs tijdig en afdoende gemotiveerd.

4.3. Klachtonderdeel 2

- 4.3.1. Klager uit in klachtonderdeel 2 twee bezwaren tegen de referentie-eis:

- (i) De referentie-eis is gelijk aan de opdracht en niet vergelijkbaar met de opdracht.
- (ii) De referentie-eis is disproportioneel vanwege het stapelen van vier kerncompetenties in één referentie-eis.

4.3.2. Ten aanzien van (i), 'De referentie-eis is gelijk aan de opdracht en niet vergelijkbaar met de opdracht', merkt beklagde op dat artikel 2.93 Aw 2012 bepaalt dat wanneer een aanbestedende dienst als geschiktheidseis stelt dat gegadigde eerdere opdrachten heeft verricht, op onderdelen van de opdracht naar eerder verrichte vergelijkbare opdrachten dient te vragen en niet naar eerder verrichte opdrachten die gelet op de aard, de hoeveelheid of omvang en het doel van de opdracht gelijk zijn. In Voorschrift 3.5 F Gids Proportionaliteit is hieromtrent het volgende bepaald:

'De aanbestedende dienst stelt voor het toetsen van technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid kerncompetenties vast die overeenkomen met de gewenste ervaring op essentiële punten van de opdracht.'

4.3.3. Het bezwaar van klager lijkt vooral te zien op het begrip 'master vendor'. Klager stelt zich op het standpunt dat ervaring als 'master vendor' niet noodzakelijk is om de opdracht uit te voeren. Een partij kan ook aantonen dat hij in staat is om de opdracht uit te voeren door bijvoorbeeld te laten zien dat hij als enige of als hoofdverantwoordelijke een overeenkomst van dezelfde omvang heeft uitgevoerd, zonder dat dit als 'master vendorship' is benoemd, aldus klager.

4.3.4. Beklaagde merkt op dat klager in haar klacht niet ingaat op de wijziging die beklagde in de tweede Nota van inlichtingen heeft aangebracht op de referentie-eis (zie het antwoord op vraag 101 in 1.6.7 hiervoor). Beklaagde meent dat zij met de wijziging van de referentie-eis van "master vendor" naar "master vendor óf voorkeursleverancier" (zijnde een leverancier waar opdrachtgever als eerste de aanvragen uitzet) de bezwaren van klager heeft weggenomen. Beklaagde vraagt immers niet meer alléén om een referentie als 'master vendor' en daarmee ook niet om een gelijke referentie-eis. Hier voegt beklagde aan toe dat van een gelijke referentie-eis sowieso geen sprake was omdat zowel de waarde als de omvang van de gevraagde referentie aanzienlijk lager ligt dan de onderhavige opdracht.

4.3.5. Voor beklagde is het essentiële punt dat een leverancier eerste aanspreekpunt is geweest voor aanvragen vanuit de opdrachtgever (waarbij een KPI op fulfillment heeft gegolden). Inschrijvers mogen dit aantonen door middel van een referentie als 'master vendor' of als voorkeursleverancier.

4.3.6. Gelet op het feit dat beklagde haar referentie-eis heeft bijgesteld van "Master Vendor" naar "Master Vendor of Voorkeursleverancier" betekent dat volgens beklagde dat zij niet (meer) vraagt om een referentie die gelijk is aan de opdracht, maar om een referentie die vergelijkbaar is met de opdracht, waardoor het niet anders kan zijn dan dat het bezwaar van klager hiermee is weggenomen.

4.3.7. Ten aanzien van (ii), 'De referentie-eis is disproportioneel vanwege het stapelen van vier kerncompetenties in één referentie-eis', merkt beklagde het volgende op.

4.3.8. Klager stelt in haar klacht dat de gevraagde referentie niet één, maar vier kerncompetenties bevat. Klager neemt in dit onderdeel van haar klacht wel de wijziging van de referentie-eis in de eerste Nota van inlichtingen mee, maar betreft hierin niet de aanzienlijke wijzigingen uit de tweede Nota van inlichtingen van 15

december 2017 (zie 1.4 en 1.6.7 hiervoor). Klager wijst de volgende kerncompetenties aan:

1. 'Master vendorship' (beklaagde merkt op dat dit in het antwoord op vraag 101 in de tweede Nota van inlichtingen is gewijzigd in "Master Vendor of Voorkeursleverancier");
2. Het leveren van uitzendkrachten risicogroep I (BVI) minimaal (3) verschillende functiegroepen;
3. Ervaring op vier locaties; en
4. Een KPI met 100% fulfilment (beklaagde wijst er op dat dit vereiste is komen te vervallen in de tweede Nota van inlichtingen en dat nu enkel de eis geldt dat een KPI met fulfilment moet zijn gesteld).

4.3.9. Beklaagde stelt zich op het standpunt dat er geen sprake is van vier verschillende kerncompetenties, maar van één kerncompetentie die moet worden aangetoond door middel van één referentie die aan enkele eisen moet voldoen:

Kerncompetentie: 'master vendor' óf Voorkeursleverancier (een opdrachtnemer waar de opdrachtgever als eerste de aanvragen uitzet, tier 1) met een KPI op fulfilment.

4.3.10. Aan de referentie waarmee deze kerncompetentie moet worden aangetoond zijn de volgende eisen gesteld:

1. De referentie moet in de afgelopen 3 jaar voorafgaande aan het tijdstip van de datum "Sluitingsdatum Inschrijving" zijn uitgevoerd.
2. De waarde van de referentie moet > € 5.000.000 per jaar zijn.
3. De referentie moet zijn uitgevoerd in een organisatie met een personeelbestand van > 2.500 medewerkers.
4. De referentie moet betrekking hebben op het leveren van uitzendkrachten risicogroep I (BVI) minimaal (3) verschillende functiegroepen
5. De referentie moet meer dan vier locaties hebben waar de uitzendkrachten worden ingezet.
6. De referentie mag niet met meer dan 50% van de opdrachtwaarde met onderaannemers zijn uitgevoerd.

4.3.11. Beklaagde meent dat de KPI op fulfilment niet een aparte kerncompetentie betreft, omdat een dergelijke KPI inherent is aan een opdracht voor een 'master vendor' dan wel voorkeursleverancier. Daarbij komt dat het voor beklagde juist van belang is dat in de referentie die voor de 'master vendor' of voorkeursleverancier wordt ingediend, een resultaatsverplichting (KPI op fulfilment) heeft opgegolden. Aangezien in onderhavige opdracht een KPI met 100% zal worden opgelegd, wenst beklagde de bevestiging te zien dat inschrijver in een vergelijkbare opdracht daadwerkelijk ervaring heeft met het moeten behalen van een KPI (de resultaatsverplichting).

4.3.12. De eis voorts die beklagde aan de referentie heeft gesteld dat deze betrekking moet hebben op het leveren van uitzendkrachten risicogroep I (BVI) minimaal (3) verschillende functiegroepen, kwalificeert evenmin als een aparte kerncompetentie. Beklaagde wil immers zien dat inschrijver daadwerkelijk 'master vendor' of voorkeursleverancier is geweest en dus heeft aangetoond daadwerkelijk grote aantallen uitzendkrachten te kunnen plaatsen op deze risicogroep. Overigens is deze eis in de eerste Nota van inlichtingen aanzienlijk versoepeld ten opzichte van de oorspronkelijke eis. Inschrijver hoeft nu nog slechts een referentie in te dienen waarin hij personeel uit 3 functiegroepen (zonder dat deze functiegroepen specifiek zijn benoemd) uit risicogroep I heeft geplaatst. Een referentie als 'master vendor' of voorkeursleverancier op bijvoorbeeld risicogroep II (tech-

nisch/industrieel personeel) is voor beklagde niet relevant. Beklagde zou hiermee niet het vertrouwen hebben dat de inschrijver kan zorgen voor 100% fulfillment op administratieve uitzendkrachten. De markt voor uitzendkrachten technisch/industrieel is immers een heel andere markt dan de markt voor administratieve uitzendkrachten.

- 4.3.13. De stelling van klager dat de eis dat de referentie meer dan vier locaties moet hebben waar de uitzendkrachten worden ingezet een aparte kerncompetentie betreft, acht beklagde onbegrijpelijk. Met deze eis zou beklagde de omvang van de referentie aanzienlijk hebben beperkt. In onderhavige opdracht zullen uitzendkrachten immers door het hele land moeten worden geplaatst. Op grond van het voorgaande meent beklagde dat zij geen disproportionele referentie-eis heeft gesteld. Van het stapelen van kerncompetenties is geenszins sprake.
- 4.3.14. Mocht uw Commissie – ondanks het voorgaande – tot het oordeel komen dat één of meerdere van de eisen waaraan de kerncompetentie moet voldoen wel zou(den) kwalificeren als aparte kerncompetentie(s), dan is het in het onderhavige geval gerechtvaardigd om deze kerncompetenties in één referentie te laten aantonen. Dit gelet op de complexiteit en bestaande samenhang (zoals toegelicht) tussen de verschillende competenties. Beklagde kan er niet op vertrouwen dat een leverancier die de separate competenties kan laten zien door verschillende referenties in staat zal zijn om de opdracht voor beklagde uit te voeren.

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt vast dat beklagde, een speciale-sector bedrijf, op 10 november 2017 een Europese openbare procedure heeft aangekondigd voor een raamovereenkomst met één ondernemer ten behoeve van de levering van diensten die zien op de inhuur van uitzendkrachten. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1, 3 en Deel 2, voor zover dat in Deel 3 van overeenkomstige toepassing is verklaard, van de ten tijde van de aankondiging van de raamovereenkomst geldende Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit. Daarnaast heeft beklagde een eigen reglement op de aanbestedingsprocedure van toepassing verklaard.
- 5.2. Aangezien de beoordeling van klachtonderdeel 2 van invloed is op de beoordeling van klachtonderdeel 1 zal de Commissie uit oogpunt van doelmatigheid eerst klachtonderdeel 2 beoordelen.
- 5.3. Klachtonderdeel 2
- 5.4. Alvorens tot een beoordeling van klachtonderdeel 2 over te gaan, geeft de Commissie eerst het toetsingskader weer.
 - 5.4.1. In artikel 1.10 lid 1 jo. lid 2, aanhef en sub c en d, Aw 2012 is bepaald dat de inhoud van en het aantal te stellen geschiktheidseisen in een redelijke verhouding moet staan tot het voorwerp van de opdracht.
 - 5.4.2. In artikel 1.10a Aw 2012 is, onder meer, bepaald:
 1. Een (...) speciale-sectorbedrijf ontwerpt geen (...), speciale-sectoropdracht (...) met het oogmerk om zich te onttrekken aan de toepassing van deel 2, deel 2a of deel 3 van deze wet of om de mededinging op kunstmatige wijze te beperken.
 2. De mededinging is kunstmatig beperkt indien de (...) speciale-sectoropdracht (...) is ontworpen met het doel bepaalde ondernemers ten onrechte te bevoordelen of te benadelen.

5.4.3. Op basis van artikel 3.65, lid 7, Aw 2012 is, onder meer, artikel 2.90, lid 8, Aw 2012 van overeenkomstige toepassing op speciale-sectoropdrachten. In artikel 2.90, lid 8, Aw 2012 is bepaald:

‘Een aanbestedende dienst stelt bij de voorbereiding en het tot stand brengen van een overeenkomst uitsluitend eisen aan de inschrijver en de inschrijving die verband houden met en die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.’

5.4.4. De verplichtingen als bedoeld in 5.4.1 en 5.4.3 hiervoor zijn onder andere uitgewerkt in art. 2.93, lid 3, Aw 2012 en in Voorschriften 3.5 B, F en G Gids Proportionaliteit (zie Advies 131, overweging 6.2.1).

5.4.5. In Deel 3 van de Aanbestedingswet 2012 betreffende speciale-sectoropdrachten zijn diverse artikelen uit Deel 2 van de Aanbestedingswet 2012 van overeenkomstige toepassing verklaard. Anders dan partijen veronderstellen, is artikel 2.93, lid 3, Aw 2012, waarin is bepaald dat een aanbestedende dienst in het kader van een geschiktheidseis mag vragen naar eerder verrichte vergelijkbare opdrachten en niet naar eerder verrichte opdrachten die gelet op aard, de hoeveelheid en het doel van de opdracht gelijk zijn, echter niet van toepassing op speciale-sectoropdrachten.

5.4.6. Wel zijn ook de speciale-sectorbedrijven sinds 1 juli 2016 aan de Gids Proportionaliteit gebonden. Op grond van artikel 1.10, lid 4, Aw 2012 dienen zij de voorschriften van de Gids Proportionaliteit toe te passen of een afwijking daarvan te motiveren in de aanbestedingsstukken.

5.4.7. In Voorschrift 3.5 B Gids Proportionaliteit is bepaald:

‘Indien de aanbestedende dienst geschiktheidseisen stelt, stelt hij alleen geschiktheidseisen die (...) terug te voeren zijn op de gewenste competentie(s).’

5.4.8. In Voorschrift 3.5 F Gids Proportionaliteit is bepaald:

‘De aanbestedende dienst stelt voor het toetsen van technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid kerncompetenties vast die overeenkomen met de gewenste ervaring op essentiële punten van de opdracht.’

5.4.9. In de Toelichting bij dit voorschrift op p. 39 Gids Proportionaliteit is onder andere het volgende bepaald:

‘Bekwaamheidseisen zeggen iets over de mate waarin inschrijvers in staat geacht mogen worden de feitelijke activiteiten naar behoren te verrichten. Bij het stellen van die eisen is het van belang te zoeken naar een formulering die aansluit bij de kerncompetenties die voor een specifieke opdracht relevant zijn. Daarbij is het kritisch formuleren van kerncompetenties essentieel; er moet worden gezocht naar ervaring op punten die van essentieel belang zijn (kerncompetenties). Het beperken tot het benoemen van de meest essentiële kerncompetenties is soms lastig, maar is wel nodig om een zo goed mogelijke marktwerking te krijgen. (...) Teveel en te specifieke kerncompetenties definiëren én daarbij vragen naar referenties per kerncompetentie zou wel eens zoeken naar een schaap met vijf poten kunnen worden. Daardoor wordt de markt sterk verengd, hetgeen noch in het belang van aanbestedende diensten noch in het belang van potentiële inschrijvers is. (...)’

5.4.10. In Voorschrift 3.5 G, lid 1, Gids Proportionaliteit is bepaald:

'De aanbestedende dienst vraagt maximaal één referentie per benoemde kerncompetentie.'

- 5.4.11. Indien een aanbestedende dienst kiest voor een niet-openbare procedure mag hij in beginsel per kerncompetentie één referentie eisen (Voorschrift 3.5 G, lid 1, Gids Proportionaliteit, zie Advies 34, overweging 6.1). Voorts moet hij toestaan dat met één referentie wordt aangetoond dat aan meerdere kerncompetenties wordt voldaan (zie Advies 36, overweging 6.4.3 en Advies 308, overweging 5.2.4). In beginsel mag hij geen combinatie van verschillende kerncompetenties in één referentie eisen (vgl. Advies 312, overweging 5.2 jo. 5.3). Daarmee wordt voorkomen dat de geschiktheidseisen er toe leiden dat (grote) ondernemingen met meer ervaring bevoorreed worden ten opzichte van zowel kleinere ondernemingen als nieuwe toetreders die eveneens geschikt zijn de opdracht uit te voeren (zie Advies 393, overweging 5.5, Advies 401, overweging 5.6 en Advies 418, overweging 5.3.13).
- 5.4.12. Bij complexe opdrachten of opdrachten tot het leveren van hoogwaardige dienstverlening kan, indien noodzakelijk, gemotiveerd van Voorschrift 3.5 G, lid 1, Gids Proportionaliteit worden afgeweken door meerdere referenties voor één kerncompetentie te eisen. Ook kan ervaring met meerdere kerncompetenties in één referentieproject noodzakelijk zijn en daarom als geschiktheidseis worden gesteld (Advies 393, overweging 5.6; Advies 401, overweging 5.7 en Advies 418, overweging 5.3.14).
- 5.4.13. Voorschrift 3.5 F Gids Proportionaliteit vereist niet dat de door de aanbestedende dienst vastgestelde kerncompetenties in de aanbestedingsstukken dienen te worden geëxpliciteerd. Naar het oordeel van de Commissie is vereist dat de vastgestelde kerncompetenties in de aanbestedingsstukken worden vertaald in eisen waaraan de technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid van gegadigden of inschrijvers zullen worden getoetst (Advies 131, overweging 6.2.3 en Advies 353, overweging 5.4.9). De Commissie raadt overigens wel aan om ook de kerncompetenties expliciet te vermelden in de aanbestedingsstukken.
- 5.5. De Commissie zal hierna overgaan tot behandeling van klachtonderdeel 2.
- 5.5.1. Beklaagde heeft in paragraaf 4.2.2 van de Gunningsleidraad (zie 1.2 hiervoor) als geschiktheidseis een referentie-eis gesteld. De Commissie constateert dat beklagde de referentie-eis naar aanleiding van vragen tweemaal heeft gewijzigd (zie het antwoord op vraag 2 in de eerste Nota van inlichtingen en het antwoord op vraag 101 in de tweede Nota van inlichtingen in 1.4 en 1.6.7 hiervoor). Klager heeft zich daarvan bij de onderbouwing van haar klacht onvoldoende rekenschap gegeven.
- 5.5.2. De definitieve referentie-eis luidt als volgt (zie het antwoord op vraag 101 in de tweede Nota van inlichtingen in 1.6.7 hiervoor):

'KC1: Uitzenden Administratief als Master Vendor met een KPI voor fulfilment. De Relevante Referentie als Master Vendor moet in de afgelopen 3 jaar (maximaal 3 jaar oud) voorafgaand aan het tijdstip van de datum "sluitingsdatum Inschrijving" in Nederland zijn uitgevoerd. Als Master Vendor mag in dit geval ook worden gelezen "Voorkeursleverancier". Bij deze Voorkeursleverancier wordt door de referent als eerste de aanvragen uitgezet (tier 1). De opdrachtwaarde van de Relevante Referentie moet minimaal €5.000.000,00 per jaar (12 mnd) zijn en zijn uitgevoerd in een organisatie met een personeelsbestand van > 2.500 medewerkers. Ook moet de Relevante Referentie betrekking hebben op het leveren van uitzendkrachten risicogroep I (BVI) minimaal (3) drie verschillende functiegroe-

pen. De Relevante Referentie heeft meer dan 4 locaties in Nederland waar uitzendkrachten worden ingezet. Onderdeel van de opdracht moet ook zijn dat er een KPI is waarmee de fulfilment gemeten wordt en de Inschrijver op beoordeeld wordt. Verder mag de opdracht met onderaannemers zijn uitgevoerd, echter niet meer dan 50% van de opdrachtwaarde mag door onderaannemers zijn uitgevoerd (zie eisen in Bijlage Standaardformulier IV Relevante Referentie). De Kerncompetentie dient in één Relevante Referentie te worden aangetoond. (...)

- 5.5.3. De ervaring die voor beklagde blijkbaar van essentieel belang is, is dat de opdrachtnemer in staat is als 'master vendor' of voorkeursleverancier als eerste aanspreekpunt een grote uitzendopdracht uit te voeren.
- 5.5.4. Naar het oordeel van de Commissie vraagt beklagde hiermee één kerncompetentie uit. Beklagde is op zoek naar een opdrachtnemer die ervaring heeft als 'master vendor' of voorkeursleverancier. Vanzelfsprekend stelt zij in dat kader als randvoorwaarden dat het een soortgelijke opdracht moet betreffen, in die zin dat het moet gaan om dezelfde soort uitzendkrachten en dat de referentieopdracht een bepaalde omvang moet hebben wat betreft de opdrachtwaarde, aantal werknemers van de opdrachtgever en het aantal locaties. In het kader van de proportionaliteit van de referentie-eis acht de Commissie het van belang dat ook eisen worden gesteld aan de omvang van de referentie (zie Advies 409, overweging 6.6.11). Nog een randvoorwaarde is dat bij de referentieopdracht is gestuurd op resultaten (fulfilment), zoals ook bij de uitgevraagde opdracht het geval zal zijn. Naar het oordeel van de Commissie zijn dit geen afzonderlijke kerncompetenties en wijkt beklagde dan ook niet af van Voorschriften 3.5 F en G, lid 1, Gids Proportionaliteit.
- 5.5.5. Voor zover klager aanvoert dat ervaring als 'master vendor' niet noodzakelijk is en dat ervaring als enige of als hoofdverantwoordelijke ook voldoende is (zie 3.2.3 hiervoor), is beklagde reeds tot aanpassing van de referentie-eis overgegaan door ook ervaring als voorkeursleverancier toe te staan. Niet is gesteld of gebleken dat beklagde daarmee nog steeds meer vraagt dan noodzakelijk is.
- 5.5.6. Nog afgezien van het feit dat artikel 2.93, lid 3, Aw 2012 niet op de onderhavige aanbestedingsprocedure van toepassing is (zie 5.4.5 hiervoor), vraagt beklagde naar het oordeel van de Commissie ook overigens geen referentie die gelijk is aan de uitgevraagde speciale-sectoropdracht. Zo wordt voor de referentie een opdrachtwaarde van € 5.000.000 per jaar gevraagd, terwijl de opdrachtwaarde van de uitgevraagde opdracht veel hoger ligt (zie paragraaf 2.7 van de Gunningsleidraad in 1.2 hiervoor). Ook schat de Commissie het aantal werknemers bij beklagde aanzienlijk hoger in dan 2.500, worden in de opdracht meer dan drie functiegroepen gevraagd, wordt landelijke dekking voorgeschreven en wordt bij de uitvoering van de opdracht 100% fulfilment geëist. Ten slotte betreft de uitgevraagde opdracht een 'master vendor', terwijl in het kader van de referentie-eis ook ervaring als voorkeursleverancier wordt geaccepteerd.
- 5.5.7. Het voorgaande betekent dat het klachtonderdeel naar het oordeel van de Commissie ongegrond is voor zover klager daarmee stelt dat de referentie-eis disproportioneel is. Het is inherent aan een geschiktheidseis dat daarmee het aantal potentiële inschrijvers wordt beperkt (zie Advies 52, overwegingen 5.5.3 en 6.6.1). Nu de referentie-eis naar het oordeel van de Commissie niet disproportioneel is en klager geen nadere onderbouwing heeft gegeven van haar beroep op artikel 1.10a Aw 2012, ziet de Commissie ook geen reden om te oordelen dat beklagde heeft gehandeld in strijd met dat artikel. Ook in zoverre is het klachtonderdeel naar het oordeel van de Commissie ongegrond.
- 5.6. Daarmee acht de Commissie klachtonderdeel 2 ongegrond.

5.7. Klachtonderdeel 1

5.8. Alvorens tot een beoordeling van klachtonderdeel 1 over te gaan, geeft de Commissie eerst het toetsingskader weer, voortbouwend op het toetsingskader zoals dat volgde uit een eerdere versie van de Aanbestedingswet 2012 en dat is uiteengezet in Adviezen 224 en 348.

5.8.1. Op basis van artikel 3.74 Aw 2012 is, onder meer, artikel 2.114 van deze wet van overeenkomstige toepassing op speciale-sectoropdrachten. Per 1 juli 2016 luidt artikel 2.114 Aw 2012, voor zover nu van belang, als volgt:

1. 'De aanbestedende dienst gunt een overheidsopdracht op grond van de naar het oordeel van de aanbestedende dienst economisch meest voordelige inschrijving.
2. De economisch meest voordelige inschrijving wordt door de aanbestedende dienst vastgesteld op basis van de:
 - a. beste prijs-kwaliteitverhouding,
 - b. laagste kosten berekend op basis van kosteneffectiviteit, zoals de levenscycluskosten, bedoeld in artikel 2.115a, of
 - c. laagste prijs.'
3. Bij de toepassing van het eerste lid geschiedt de gunning op grond van deel a van het tweede lid.
4. Een aanbestedende dienst kan, in afwijking van het derde lid, gunnen op grond van onderdeel b of onderdeel c van het tweede lid. In dat geval motiveert de aanbestedende dienst de toepassing van dat criterium in de aanbestedingsstukken.
5. (...)'

5.8.2. De Commissie stelt vast dat tussen partijen niet ter discussie staat dat beklagde in paragraaf 1.1 van de Gunningsleidraad is afgeweken van de hoofdregel van art. 2.114, lid 3, Aw 2012 en dat zij de toepassing van het criterium van de laagste prijs in paragraaf 1.1 heeft gemotiveerd (zie 1.2 hiervoor). Wat tussen partijen ter discussie staat, is of die motivering de beslissing tot het toepassen van het criterium van de laagste prijs voldoende kan dragen.

5.8.3. Adviezen 224 en 348 betroffen een eerdere versie van artikel 2.114 Aw 2012 waarin nog sprake was van gunning op grond van de economisch meest voordelige inschrijving óf gunning op grond van de laagste prijs. Uitgangspunt is gebleven dat in beginsel niet op basis van het gunningscriterium van de laagste prijs wordt gegund (Kamerstukken II 2015/16, 34 329, nr. 7, p. 6 en Kamerstukken I 2015/16, 34 329, C, p. 4). In dat kader is bij amendement in artikel 2.114, leden 5 en 6, Aw 2012 de mogelijkheid toegevoegd dat bij algemene maatregel van bestuur kan worden bepaald dat bepaalde aanbestedende diensten of soorten opdrachten niet mogen worden gegund op grond van het gunningscriterium laagste prijs (en laagste kosten berekend op basis van kosteneffectiviteit, Kamerstukken II 2015/16, 34 329, nr. 28, p. 1). Van deze mogelijkheid is vooralsnog geen gebruik gemaakt (Kamerstukken I 2015/16, 34 329, C, p. 5).

5.8.4. Een aanbestedende dienst zal in afwijking van de hoofdregel van art. 2.114, lid 3, Aw 2012 voor toepassing van het criterium van de laagste prijs mogen kiezen wanneer de keuze voor toepassing van het criterium beste prijs-kwaliteitverhouding ondoelmatig is. Die keuze zal ondoelmatig mogen worden geacht wanneer het in de gegeven omstandigheden van het geval redelijkerwijs niet te verwachten valt dat daarmee een zodanige ruimte voor marktpartijen zal worden gecreëerd dat zij zich voldoende uitgedaagd zullen mogen voelen om innovatieve en duurzame oplossingen aan te bieden. Alvorens te kiezen voor toe-

passing van het criterium van de laagste prijs, zal een aanbestedende dienst eerst een afweging moeten maken van alle relevante omstandigheden van het geval ten einde te bepalen of de keuze voor toepassing van het criterium van de beste prijs-kwaliteitverhouding inderdaad ondoelmatig is in de hiervoor bedoelde zin. Daarbij komt het naar het oordeel van de Commissie in het bijzonder aan op de volgende door de voorzieningenrechter van de Rechtbank Gelderland (3 juni 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:3493, JAAN 2014/135 m.nt. W.M. Ritsema van Eck, r.o. 4.8) genoemde omstandigheden: het voorwerp van de aanbesteding, de markt waarin de aanbesteding plaatsvindt en de mate waarin gunning op basis van het criterium van de beste prijs-kwaliteitverhouding zinvol is met het oog op de daarmee te verwezenlijken door de wetgever relevant geachte doelen, namelijk dat aanbestedende diensten een omslag gaan maken als het gaat om duurzaam en innovatief inkopen.

- 5.8.5. Een belangrijke met het voorwerp van de aanbesteding verband houdende omstandigheid, die in de hiervoor bedoelde afweging dient te worden betrokken, is naar het oordeel van de Commissie voorts de mate waarin de aanbestedende dienst in de specificatie van de opdracht ruimte voor marktpartijen heeft gecreëerd voor het aanbieden van innovatieve en duurzame oplossingen, die zich lenen voor een beoordeling met gebruikmaking van het criterium beste prijs-kwaliteitverhouding. Aan deze omstandigheid zal bij de beoordeling van een klacht over een (onvoldoende gemotiveerde) afwijking van de hoofdregel van art. 2.114, lid 3, Aw 2012 echter geen betekenis kunnen worden toegekend, wanneer die klacht juist (mede) strekt tot het betoog dat een aanbestedende dienst de hiervoor bedoelde ruimte in de specificatie van de opdracht niet heeft geboden en daarmee beweerdelijk heeft gehandeld in strijd met art. 1.4, lid 2, Aw 2012, waarin is bepaald dat een aanbestedende dienst bij het aangaan van een overeenkomst zorg moet dragen voor het leveren van zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen.
- 5.8.6. Het voorgaande betekent dat de aanbestedende dienst, overeenkomstig hetgeen is overwogen in 5.8.4 hiervoor, op basis van alle relevante omstandigheden van het geval zal moeten onderzoeken of toepassing van het criterium van de beste prijs-kwaliteitverhouding doelmatig zal zijn. Indien dat niet het geval is, zal hij mogen kiezen voor het criterium van de laagste prijs. De gemaakte afweging zal vervolgens moeten blijken uit de motivering waarmee de aanbestedende dienst de keuze voor toepassing van het criterium van de laagste prijs – gelet op diens motiveringsplicht van art. 2.114, lid 4, Aw 2012 – moet onderbouwen.
- 5.8.7. Tot slot geldt dat de hiervoor bedoelde motivering, gelet op het bepaalde in art. 2.114, lid 4, Aw 2012, dient te worden opgenomen in de aanbestedingsstukken. Per 1 juli 2016 luidt de definitie van 'aanbestedingsstukken' in artikel 1.1 als volgt:

'Artikel 1.1 Aw 2012, *aanbestedingsstukken*, alle stukken die door de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf worden opgesteld of vermeld ter omschrijving of bepaling van onderdelen van de aanbesteding of de procedure'.

In de Memorie van Toelichting heeft de wetgever duidelijk gemaakt dat nota's van inlichtingen ook tot de aanbestedingsstukken worden gerekend (Kamerstukken II 2015/16, 34 329, nr. 3, p. 22).
- 5.9. De Commissie zal hierna overgaan tot beoordeling van de klacht in het licht van het hiervoor uiteengezette toetsingskader.
- 5.9.1. Beklaagde heeft de keuze voor het gunningscriterium van de laagste prijs gemotiveerd in paragraaf 1.1 ("Aanleiding en doel van de aanbestedingsprocedure")

van de Gunningsleidraad (zie 1.2 hiervoor). In het antwoord op vraag 1 van de tweede Nota van inlichtingen heeft beklagde deze motivering nog nader toegelicht (zie 1.6.1 hiervoor).

- 5.9.2. Beklaagde voert aan dat er onvoldoende onderscheidend vermogen is tussen de aanbieders die ervaring hebben met 'master vendorship' bij entiteiten met een vergelijkbare schaalgrootte als beklagde. De eventuele kwaliteitsverschillen die er tussen aanbieders bestaan, leiden volgens beklagde tot onvoldoende onderscheidend vermogen om toepassing van het gunningscriterium beste prijs-kwaliteitverhouding te kunnen rechtvaardigen. Dit was ook het geval in de vorige aanbestedingsprocedure die uiteindelijk is ingetrokken (zie het antwoord op vraag 100 van de tweede Nota van inlichtingen in 1.6.6 hiervoor). Om te voorkomen dat er niet feitelijk sprake is van gunning op laagste prijs, zou beklagde de kwaliteit aanzienlijk moeten meewegen in de beoordeling van de inschrijvingen. Gelet op de dienstverlening die zij heeft uitgevraagd – de werving en plaatsing van uitzendkrachten, waarbij de uitzendkrachten voor elk van de uitzendbureaus werkzaam kunnen zijn – acht beklagde dit echter ondoelmatig. De doelen die de wetgever bij de totstandkoming van artikel 2.114 Aw 2012 nastreeft, zijn volgens beklagde in deze aanbestedingsprocedure niet te realiseren. Ook geeft beklagde aan dat zij de gevraagde kwaliteit heeft gestandaardiseerd en deze heeft vertaald in het Programma van Eisen, waaraan de opdrachtnemer tijdens de uitvoering van de opdracht moet voldoen. Als voorbeeld noemt zij de eis van 100% fulfilment. Over de 'Operational Excellence' merkt beklagde op dat zij daarmee beoogt haar processen te optimaliseren middels verregaande automatisering en daarnaast haar kosten in de keten wil reduceren. Ten slotte heeft beklagde in de Gunningsleidraad kwaliteitseisen gesteld waardoor een minimum kwaliteitsniveau is gewaarborgd.
- 5.9.3. Klager verwijt beklagde eerst de markt te hebben verengd door zeer zware ervaringseisen te stellen om vervolgens te concluderen dat de (resterende) markt onvoldoende onderscheidend is. Daarmee lijkt klager zich op het standpunt te stellen dat beklagde zich er niet op mag beroepen dat de markt onvoldoende onderscheidend is indien zij eerst de markt heeft verengd door het stellen van zware ervaringseisen.
- 5.9.4. Nu de Commissie klachtonderdeel 2 betreffende de ervaringseis ongegrond heeft geacht, heeft beklagde deze ervaringseis mogen hanteren. Dat zij vervolgens in het kader van de motivering van de keuze voor het gunningscriterium laagste prijs kijkt naar de partijen die geschikt zijn om de opdracht uit te voeren, voor de beantwoording van de vraag of de markt onderscheidend genoeg is om te kunnen gunnen op basis van het gunningscriterium beste prijs-kwaliteitverhouding, is dan gerechtvaardigd.
- 5.9.5. Verder heeft klager aangegeven dat zij de markt wel degelijk onderscheidend genoeg vindt om ook het aspect kwaliteit mee te kunnen laten wegen bij de beoordeling van de inschrijvingen. In dat kader wijst zij op de kwaliteitseisen (A) migratie en (B) 100% fulfilment in de Gunningsleidraad waarvoor een voldoende moet worden behaald (zie 1.2 hiervoor). Hieruit leidt klager af dat er wel degelijk onderscheid in kwaliteit is in de markt. Aangezien de kwaliteit volgens klager wel kan worden beoordeeld, acht zij het doelmatig om kwaliteit mee te wegen.
- 5.9.6. Dat de markt onvoldoende onderscheidend is om kwaliteit mee te kunnen laten wegen in het kader van het gunningscriterium van de beste prijs-kwaliteitverhouding, kan naar het oordeel van de Commissie een argument zijn om tot de conclusie te komen dat het gebruik van het gunningscriterium beste prijs-kwaliteitverhouding ondoelmatig zal zijn. In dat geval mag een aanbestedende dienst kiezen voor het gunningscriterium van de laagste prijs.

- 5.9.7. In dat kader heeft klager onvoldoende onderbouwd dat de markt kwalitatief voldoende onderscheidend is, boven de eisen die reeds in het kader van de aanbestedingsprocedure zijn gesteld. Niet alleen moeten de inschrijvers voor het Plan van aanpak betreffende de 100% fulfilment een voldoende scoren, ook moeten zij bij de uitvoering binnen zes maanden 100% fulfilment realiseren. Ook voor het Plan van aanpak betreffende de migratie moet een voldoende worden gescoord en wordt het nodige van de inschrijvers gevraagd. Niet gesteld of gebleken is dat de markt innovatieve of duurzame oplossingen zou kunnen bieden.
- 5.9.8. In dat licht heeft klager de Commissie onvoldoende aanknopingspunten geboden om te kunnen oordelen dat de motivering van beklagde de beslissing tot het toepassen van het criterium van de laagste prijs onvoldoende kan dragen.
- 5.10. Daarmee acht de Commissie ook klachtonderdeel 1 ongegrond.

6. Advies

De Commissie acht klachtonderdelen 1 en 2 **ongegrond**.

Den Haag, 13 februari 2018

w.g.:

Prof.mr. C.E.C. Jansen
Voorzitter

Mr. A.C.M Fischer-Braams
Vice-voorzitter

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid