

# Commissie van Aanbestedingsexperts

## Advies 454

### 1. Feiten

- 1.1. Beklaagde heeft op 1 juni 2017 een Europese openbare aanbestedingsprocedure aangekondigd voor een raamovereenkomst met één leverancier voor payrolling.
- 1.2. In de Aanbestedingsleidraad van 1 juni 2017 is, onder meer, het volgende bepaald:

### 3. Aanbestedingsprocedure

(...)

#### 3.3 Communicatie

Alle communicatie m.b.t. deze aanbesteding verloopt via TenderNed. In uitzonderlijke gevallen kan contact op worden genomen met [Inkoop- en adviesbureau, Y].

[Y]

T.a.v. [Z]

[telefoonnummer]

De onder 3.2 genoemde data/tijdstippen zijn indicatief; er kunnen geen rechten aan worden ontleend. Aanbestedende Dienst behoudt zich het recht voor de aangegeven tijdsplanning te wijzigen, met uitzondering van wettelijke vastgestelde termijnen. Bij wijziging van de tijdsplanning worden (potentiële) inschrijvers hierover tijdig geïnformeerd. Het is op straffe van uitsluiting niet geoorloofd om met andere personen dan met de bovengenoemde contactpersoon te communiceren over deze aanbesteding.

Voor de aanbestedingsprocedure wordt gebruik gemaakt van het aanbestedingsplatform TenderNed. Alle aanbestedingsdocumenten worden gepubliceerd op dit platform. De communicatie met betrekking tot deze aanbesteding dient te allen tijde digitaal te geschieden door middel van TenderNed.

(...)

#### 3.8 Gunning

(...) Een inschrijver, die zich niet kan verenigen met de gunningbeslissing, dient binnen 20 kalenderdagen na verzenddatum van de afwijzingsbrief een kortgedingprocedure aanhangig te maken door middel van betekening van een dagvaarding aan het adres van Aanbestedende Dienst. Indien deze termijn wordt overschreden zonder dat een juridische procedure is aangevangen door middel van het betekenen van een kort geding dagvaarding, vervalt ieder recht daartoe. (...)

Na het verstrijken van de bezwaartermijn (of zo spoedig mogelijk na afloop van een eventuele kort geding procedure) zal Aanbestedende Dienst met de winnende inschrijver in contact treden om tot definitieve gunning over te gaan. (...)

(...)

### 4. Beoordeling

(...)

## 4.2 Beoordeling op basis van het gunningcriterium.

### 4.2.1 Beoordelingssystematiek

Voor het perceel hardware geldt het gunningcriterium de beste prijs/kwaliteitverhouding. Dat betekent dat niet alleen de prijsaspecten bij de beoordeling worden meegewogen, maar ook de kwalitatieve aspecten. Onderstaand wordt beschreven hoe het gunningcriterium wordt beoordeeld.

### 4.2.2 Weging prijs/kwaliteit

De verhouding prijsaspecten en kwalitatieve aspecten is als volgt bepaald:

Criteria	Maximale score
Prijs	40
Kwaliteit	60
Maximaal aantal te behalen punten	100

Het subgunningscriterium prijs bestaat uit de gewogen gedeelde tariefstelling, die voortkomt uit het invullen van de grijze cellen van het prijzenblad bijlage 7. Bij de vaststelling van de gewogen gedeelde tariefstelling wordt er van uitgegaan, dat het aandeel van payrollmedewerkers in fase A 95% is en het aandeel van payrollmedewerkers in fase B 5% is. Vandaar dat de vaststelling van de gewogen gedeelde tariefstelling plaatsvindt via de volgende formule:  $(0,95 \times \text{omrekenfactor fase A}) + (0,05 \times \text{omrekenfactor fase B})$

De inschrijver, die de laagste gewogen gedeelde tariefstelling aanbiedt, ontvangt hiervoor 40 punten. De andere inschrijvers ontvangen voor de door hen aangeboden gewogen gedeelde tariefstelling een aantal punten volgens de volgende formule:

$(\text{Laagste gewogen gedeelde tariefstelling} / \text{aangeboden gewogen gedeelde tariefstelling}) \times 40$

(...)

## 5 Programma van eisen

### 5.1 Algemeen

(...)

**Eis 9** Het ziekterisico is voor Opdrachtnemer.

(...)

**Eis 14** Voor de inhuur van payrollmedewerker is de ABU CAO van toepassing.

**Eis 15** De ingehuurd payrollmedewerkers, worden vanaf de eerste dag dat deze werkzaamheden verrichten voor [Beklaagde], beloond volgens de salarisschalen uit de CAO PO. Inschaling vindt plaats door Opdrachtnemer op de schalen/tredes van de rechtspositieregeling van [Beklaagde] behorende bij de gevraagde functie.

**Eis 16** Vanaf de eerste dag dat een payrollmedewerker werkzaamheden verricht voor [Beklaagde], wordt de inlenersbeloning toegepast conform ABU CAO (2012- 2017) lid 5 'Inlenersbeloning' en geldende wetgeving.

(...)

## 5.6 Eisen aan kwaliteit

(...)

**Eis 45** Opdrachtnemer is verantwoordelijk voor de administratie, de uitbetaling van loon, de berekening van het verlof en de beëindiging van de arbeidsrelatie van de payroll-medewerker met [Beklaagde] en de eventuele beëindiging van de inzet van de payrollmedewerker.

**Eis 46** [Beklaagde] bepaalt de hoogte van het brutoloon van een payroll-medewerker volgens de cao PO, inclusief alle secundaire arbeidsvoorwaarden.

(...)

## 5.7 Eisen aan contractmanagement

(...)

**Eis 64** De volgende zaken worden als uitgangspunt genomen bij het bepalen van het tarief:

- Payrollkrachten werken uitsluitend op oproepbasis. Deze payrollkrachten worden opgeroepen, wanneer de diensten van de payrollkracht benodigd zijn. Er wordt door [Beklaagde] geen garantie afgegeven m.b.t. het aantal uren dat iemand in de week kan werken. Het aantal te werken uren per week kan uiteenlopen van 0 tot 40 uur.
- Het ziekterisico is voor de Opdrachtnemer.
- De bureaumarge dient te zijn verdisconteerd in het opdrachtgevertarief, er kan geen extra nominaal bedrag per uur in rekening worden gebracht.
- Het opdrachtgevertarief wordt vermenigvuldigd met het bruto uurloon (exclusief werkgeverslasten) van de payrollkracht. Het resultaat van deze berekening wordt gefactureerd aan [Beklaagde] voor elk uur dat de payrollkracht voor [Beklaagde] heeft gewerkt. Zie het volgende voorbeeld:  
Bruto uurloon schaal 4 periodiek 4 is € 11,80

$€ 11,80 \times \text{payrolltarief (bijvoorbeeld 165\%)} = € 19,47$

€ 19,47 kan worden gefactureerd voor elk gewerkt uur

- Fasen: In het payrolltarief wordt onderscheid gemaakt tussen de verschillende fasen als bedoeld in de Wet Werk en Zekerheid. Gebaseerd op de gegevens van [Beklaagde] kan worden aangenomen dat voor de payrollkrachten geldt dat ongeveer 95% zich in fase A bevindt, 5% in fase B en 0% in fase C.
- Het bruto-uurloon vormt de basis van de uitgewerkte tariefopbouw. Een indicatie van het bruto-uurloon gebaseerd op 40 uur per week wordt opgegeven door de aanvrager.
- Uw bureaumarge dient te zijn verdisconteerd in het payrolltarief, er kan geen extra nominaal bedrag per uur in rekening worden gebracht.'

1.3. In het Prijzenblad is het volgende bepaald:

**'Prijzenblad Europese aanbestedingsprocedure payrolldienstverlening**

	<b>Loonsomopbouw Fase A (gewerkte uren)</b>		<b>Loonsomopbouw Fase B (gewerkte uren)</b>			
<b>Salaris</b>	Brutoloon o.b.v. inle- nersbeloning	100,00		100,00		
<b>Reserverin- gen</b>	Wachtdagencompensa- tie	0,00%	100,00	0,00%	100,00	
	vakantiedagen	0,00%		0,00%		
	feestdagen	0,00%		0,00%		
	opleidingsdagen	0,00%		0,00%		
	kort verzuim	0,00%		0,00%		
	ziekte	0,00%		0,00%		
		0,00%	100,00	0,00%	100,00	
	vakantiebijslag	0,00%		0,00%		
			100,00		100,00	
<b>Wettelijke afdrachten</b>	Premie Sectorfonds	0,00%		0,00%		
	ZW-premie	0,00%		0,00%		
	Gedifferentieerde pre- mie WGA(-flex)	0,00%		0,00%		
	Aanvullende ziektewet WW	0,00%		0,00%		
	Aof-premie (incl. opslag kinderopvang)	0,00%		0,00%		
	Whk-WGA premie	0,00%		0,00%		
	ZVW-premie	0,00%		0,00%		
	pensioen (ABP)	0,00%		0,00%		
	opleiding/sociaal fonds	0,00%		0,00%		
			0,00%		0,00%	
				100,00		100,00
<b>Overige werkge- verslast</b>	o.a. transitievergoeding	0,00%		0,00%		
		0,00%		0,00%		
		<b>Kostprijs</b>	<b>100,00</b>	<b>Kostprijs</b>	<b>100,00</b>	
	bureaumarge	0,00%		0,00%		
		<b>Omreken- factor</b>	<b>100,00</b>	<b>Omrekenfactor</b>	<b>100,00</b>	

Het aanpassen van het Prijzenblad zal van rechtswege leiden tot een ongeldige Inschrijving alsmede uitsluiting van verdere deelname aan de Aanbestedingsprocedure.

Inschrijvers dienen bij de tariefstelling rekening te houden met alle (ook interne) kosten die noodzakelijk zijn met het leveren van de dienstverlening. Daarnaast dient de tariefstelling een all-in prijs te zijn. De Aanbestedende dienst wenst niet (ook bij beëindiging van de Overeenkomst) achteraf te worden geconfronteerd met kosten die niet zijn meegenomen in de tariefstelling. Het Programma van Eisen en het Voorwerp van Opdracht bevat voldoende informatie welke verantwoordelijkheden en verplichtingen de dienstverlening met zich mee (kunnen) brengen voor de Inschrijver.

Niet invullen van prijswensen, of onderdelen van een prijswens, leidt tot ongeldigheid en dus uitsluiting van verdere deelname aan de Aanbestedingsprocedure, tenzij het onderdeel (bijvoorbeeld de reservering voor wachttagcompensatie) niet van toepassing is bij payroll-dienstverlening. Ingediende prijzen worden afgerond en beoordeeld op de decimalen waarop de prijzen worden afgerond in dit Prijzenblad.'

- 1.4. In de eerste Nota van Inlichtingen van 3 juli 2017 zijn, onder meer, de volgende vraag en het volgende antwoord opgenomen:

Vraag 65: 'In uw kostprijssheet gaat u uit van een optelling van nominale getallen per regel die tot een kostprijs leiden. Bent u zich bewust dat de getallen die hierin naar voren komen daardoor afwijken van de procentuele premies? Bijvoorbeeld een ZVW van wettelijk 6,65% zal namelijk ook gereserveerd dienen te worden over het loon inclusief de reserveringen, waardoor het getal op deze regel hoger zal liggen dan 6,65. Gaat u hiermee akkoord? Zo nee, bent u dan bereid een aangepast prijzenblad beschikbaar te stellen?'

Antwoord: 'Akkoord'

- 1.5. Klager heeft een inschrijving ingediend.
- 1.6. Op 8 september 2017 heeft beklagde de mededeling van de gunningsbeslissing aan klager gestuurd:

'Namens [Klager] hebt u ingeschreven op de Europese aanbesteding Payrolling van [Beklaagde]. Op deze aanbesteding hebben in totaal vijf partijen ingeschreven. [Beklaagde] is voornemens deze opdracht te gunnen aan [Z]. Met uw inschrijving bent u geëindigd op de tweede plaats. De puntentoekenning voor de winnaar en uw bedrijf is als volgt:

	Kwaliteit	Toeslag	Totaal
[Klager]	50,4	35,09553	85,49553
[Z]	46,8	39,6913	86,4913

(...)'

- 1.7. Op 5 oktober 2017 heeft klager beklagde in kort geding gedagvaard.
- 1.8. Op 3 november 2017 heeft beklagde de volgende e-mail aan klager verzonden:

'Namens [Klager] hebt u ingeschreven op de Europese aanbesteding Payrolling van [Beklaagde]. Op 5 oktober 2018 liet [Klager] een dagvaarding betekenen aan het adres van [Beklaagde], waarin u uw bezwaar tegen de voorgenomen gunning van de opdracht aan [X] kenbaar maakt. Op verzoek van [Klager] is de bezwaartermijn verlengd tot en met 5 oktober 2017. De aanbestedingsprocedure liep dus door tot en met 5 oktober 2017. Op 4 oktober 2017 heeft echter een medewerker van [Klager], [A], contact opgenomen met een medewerker van [Beklaagde], [B], in het kader van de onderhavige aanbesteding.

In de aanbestedingsleidraad is over contacten buiten de vaste contactpersoon het volgende opgenomen:

### 3.3 Communicatie

Alle communicatie m.b.t. deze aanbesteding verloopt via Tendered. In uitzonderlijke gevallen kan contact op worden genomen met [Y].

(...)

Het is op straffe van uitsluiting niet geoorloofd om met andere personen dan met de bovengenoemde contactpersoon te communiceren over deze aanbesteding.

Zoals reeds aangegeven in het mailbericht van advocaat [C] van 4 oktober 2017 15.05 uur heeft [A] in strijd met artikel 3.3 aanbestedingsleidraad over deze aanbesteding gecommuniceerd met een andere persoon binnen de organisatie dan met de voor deze aanbesteding aangestelde en duidelijk in de aanbestedingsleidraad benoemde vaste contactpersoon. [Klager] wordt daarom uitgesloten van verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure.'

- 1.9. Op 13 november 2017 heeft de advocaat van klager de volgende brief aan de Rechtbank Limburg verzonden:

'Zoals ik u afgelopen vrijdag telefonisch reeds liet weten, heeft [Klager], besloten de kort gedingzitting die zou plaatsvinden op maandag 20 november 2017 om 13.30 uur in te trekken.'

## 2. Beschrijving klacht

Het subgunningscriterium prijs is in strijd met het transparantiebeginsel.

## 3. Onderbouwing klacht

- 3.1. Klager is van mening dat het subgunningscriterium prijs in strijd is met het transparantiebeginsel. Dit subgunningscriterium is niet op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze geformuleerd, waardoor dit heeft kunnen leiden tot interpretatieverschillen, met een verstoring van het level playing field als gevolg. De inschrijvers zijn bij het indienen van hun inschrijving – zo is achteraf gebleken – van andere uitgangspunten uitgegaan, waardoor de ingediende inschrijvingen niet met elkaar kunnen worden vergeleken ('appels met peren'). Concrete oorzaak is het feit dat beklagde niet voldoende duidelijk heeft gemaakt op welke wijze het bij het subgunningscriterium 'prijs' behorende prijzenblad moest worden ingevuld.
- 3.2. Klager heeft beklagde hierover tijdens de aanbestedingsprocedure een vraag gesteld. Op basis van het door beklagde verstrekte antwoord meent klager dat de wijze waarop het prijzenblad volgens klager moet worden ingevuld, de juiste wijze is. Echter, uit het contact dat klager met beklagde had ná ontvangst van de voorlopige gunningsbeslissing, is gebleken dat beklagde de beoogd winnaar (tóch) heeft toegestaan het prijzenblad op een andere manier in te vullen. Hierdoor heeft de beoogd winnaar (ten onrechte) een betere score dan klager kunnen behalen voor dit subgunningscriterium.
- 3.3. Klager verwijst naar paragraaf 4.2.2 van de Aanbestedingsleidraad waarin de gunningsmethode staat beschreven (zie 1.2 hiervoor).
- 3.4. Het subgunningscriterium prijs bestaat uit de gewogen gedeelde tariefstelling, die voortkomt uit het invullen van de grijze cellen van het prijzenblad. In de grijze cellen moet een percentage worden opgegeven voor de posten reserveringen, wettelijke afdrachten, overige werkgeverslasten en bureaumarge. Deze posten zijn weer onderverdeeld in subposten:

<b>Salaris</b>	brutoloon o.b.v. inlenersbeloning	
	Wachtdagcompensatie	0,00%
<b>Reserveringen</b>	vakantiedagen	0,00%
	feestdagen	0,00%
	opleidingsdagen	0,00%
	kort verzuim	0,00%
	ziekte	0,00%
		0,00%
	vakantiebijslag	0,00%
<b>Wettelijke afdrachten</b>	Premie Sectorfonds	0,00%
	ZW-premie	0,00%
	Gedifferentieerde premie WGA(-flex)	0,00%
	Aanvullende ziektewet	0,00%
	WW	0,00%
	Aof-premie (incl. opslag kinderopvang)	0,00%
	Whk WGA premie	0,00%
	ZVW-premie	0,00%
	pensioen (ABP)	0,00%
	opleiding/sociaal fonds	0,00%
		0,00%
<b>Overige werkgeverslasten</b>	o.a. transitievergoeding	0,00%

- 3.5. Het prijzenblad zit – anders dan gebruikelijk is bij aanbestedingen voor flexibele arbeid – zo in elkaar dat nominale percentages moeten worden opgegeven, die bij elkaar worden opgeteld om de omrekenfactor te berekenen. De omrekenfactor wordt tijdens de uitvoering van de opdracht vermenigvuldigd met het door beklagde (op basis van de toepasselijke CAO) te bepalen bruto uurloon (exclusief werkgeverslasten) om het te factureren uurloon, dat de payrollonderneming bij beklagde in rekening mag brengen, te berekenen.
- 3.6. Op het prijzenblad wordt er echter geen rekening mee gehouden dat voor een groot aantal posten geldt dat als grondslag voor het op te geven percentage niet het brutoloon moet worden genomen, maar het brutoloon, vermeerderd met reserveringen en/of wettelijke afdrachten.
- 3.7. Klager heeft ter illustratie een prijzenblad bijgevoegd dat door een andere aanbestedende dienst is gebruikt in het kader van een andere, vergelijkbare aanbestedingsprocedure. In de toelichting die op dit prijzenblad is opgenomen wordt vermeld wat de grondslag is waarover de verschillende percentages moeten worden berekend (zie kolom F, getiteld 'grondslag'). Zo staat er bijvoorbeeld bij premiesectorfonds en Zvw (Zorgverzekeringswet) in kolom F: 'basis + wd + res'.
- 3.8. In het door beklagde verstrekte prijzenblad wordt uitgegaan van een andere systematiek. Aangezien dat niet logisch (en hoogst ongebruikelijk) is, heeft klager hierover tijdens de aanbestedingsprocedure een vraag gesteld (zie 1.4 hiervoor).
- 3.9. Het door beklagde verstrekte antwoord betekent dat alle inschrijvers er bij het invullen van het prijzenblad (toch) vanuit moeten gaan dat de berekeningsgrondslag van de wettelijke afdrachten niet slechts het brutoloon is, maar – zoals te doen gebruikelijk – het brutoloon te vermeerderen met bepaalde reserveringen. Het door beklagde verstrekte antwoord heeft dus grote consequenties voor de wijze waarop het prijzenblad moet worden ingevuld.
- 3.10. Ter illustratie kan bijvoorbeeld worden gewezen op de Zvw-premie (Zorgverzekeringswet). Het wettelijk voorgeschreven percentage bedraagt 6,65% (zie:

[https://www.belastingdienst.nl/wps/wcm/connect/bldcontentnl/belastingdienst/prive/werk\\_en\\_inkomen/zorgverzekeringswet/veranderingen\\_bijdrage\\_zvw\\_2017/veranderingen\\_inkome nsafhankelijke\\_bijdrage\\_zvw\\_2017](https://www.belastingdienst.nl/wps/wcm/connect/bldcontentnl/belastingdienst/prive/werk_en_inkomen/zorgverzekeringswet/veranderingen_bijdrage_zvw_2017/veranderingen_inkome nsafhankelijke_bijdrage_zvw_2017)).

- 3.11. De grondslag voor de berekening van dit percentage is echter niet enkel het brutoloon (dat in het prijzenblad overigens op 100 is vastgesteld), maar dit percentage moet ook worden berekend over de reserveringen, wachtdagen én vakantiebijslag. De hoofdregel is namelijk dat een werkgeversheffing Zvw van 6,65% moet worden betaald over het 'loon uit tegenwoordige dienstbetrekking' en onder 'loon uit tegenwoordige dienstbetrekking' vallen (op grond van art. 10 van de Wet op de loonbelasting 1964) ook de reserveringen voor vakantiedagen en feestdagen.
- 3.12. Dit betekent dat klager op het prijzenblad bij Zvw-premie niet 6,65% heeft ingevuld, maar een hoger percentage. En datzelfde geldt voor de andere wettelijke afdrachten.
- 3.13. Ook geldt dit voor de post 'vakantiebijslag'. Op grond van artikel 56 lid 1 van de toepasselijke ABU CAO heeft de uitzendkracht recht op 8% vakantiebijslag. Op het prijzenblad moet bij de 'reservering vakantiebijslag' echter niet 8% worden ingevuld, maar een hoger percentage, aangezien de berekeningsgrondslag niet enkel het feitelijk loon over de gewerkte dagen is, maar het feitelijk loon over de gewerkte dagen, vakantiedagen én feestdagen.
- 3.14. Artikel 56 lid 1 van de ABU cao luidt als volgt:  
**'Artikel 56 Vakantiebijslag**
  1. De uitzendkracht heeft recht op 8% vakantiebijslag van het feitelijk loon **over de gewerkte dagen, vakantiedagen en feestdagen** [arcering klager, Commissie].
  2. Indien de uitzendkracht een aaneengesloten vakantie opneemt van ten minste vijf werkdagen, keert de uitzendonderneming de opgebouwde vakantiebijslag desgevraagd eerder dan de eerste week van juni, zoals vermeld in artikel 60 lid 2 van de cao, uit.'
- 3.15. Klager heeft op het prijzenblad bij vakantiebijslag dus niet 8% opgenomen, maar een hoger percentage.
- 3.16. Gelet op het grote verschil in omrekenfactor tussen de aanbieding van klager enerzijds en de aanbieding van de winnaar van de aanbestedingsprocedure anderzijds kan het niet anders dan dat de winnaar het antwoord op vraag 65 in de eerste Nota van Inlichtingen niet in acht heeft genomen c.q. anders heeft geïnterpreteerd.
- 3.17. Uit het voornemen tot gunning volgt welke scores klager en de beoogd winnaar hebben behaald. Voor het onderdeel Toeslag heeft klager 35,09553 punten behaald en de beoogd winnaar 39,6913. Aangezien klager haar eigen omrekenfactor kent (1,83), is uit te rekenen met welke omrekenfactor de beoogd winnaar heeft ingeschreven. Dit moet 1,61 zijn. Klager weet uit ervaring dat de verschillen in omrekenfactoren tussen de inschrijvers normaliter binnen een bandbreedte van 0,10 en 0,15 is gelegen. In casu is dat verschil dus vele malen groter.
- 3.18. Dit wordt bevestigd door het contact dat er ná de voorlopige gunningsbeslissing tussen beklagde en klager heeft plaatsgevonden. Beklaagde heeft aan klager laten weten dat het prijzenblad wat haar betreft ook op een andere manier kan worden ingevuld, dan de wijze waarop klager het formulier heeft ingevuld. Beklaagde voegde daaraan toe dat zij de indruk heeft dat klager met name bij het blok 'reserveringen' aan de hoge kant is gaan zitten, doordat klager blijkbaar bepaalde risico's bij beklagde neerlegt. Klager heeft getracht duidelijk te maken dat van dat laatste wat haar betreft geen sprake is. Klager heeft ingeschreven met een zeer scherpe prijs en is daarbij afgegaan op het antwoord dat beklagde heeft verstrekt op vraag 65 van de Nota van Inlichtingen (zie 1.4 hiervoor).



- 3.19. Indien beklagde niet het antwoord 'akkoord' had gegeven, dan had ook klager bij het invullen van de verschillende percentages steeds als berekeningsgrondslag enkel het brutoloon moeten gebruiken en zou haar omrekenfactor vele malen lager zijn uitgekomen (met als gevolg een hogere score voor het subgunningscriterium prijs).
- 3.20. Het lijkt erop dat beklagde zich bij het verstrekken van het antwoord op vraag 65 niet realiseerde wat de vraag van klager precies inhield. Door niet de moeite te nemen zich nader te verdiepen in de (on)juistheid c.q. (on)gebruikelijkheid van het verstrekte prijzenblad en door – in feite – 'zomaar' een kort antwoord te geven, heeft beklagde een onduidelijke situatie gecreëerd. Er is daardoor geen sprake (meer) van een gunningssystematiek die door alle inschrijvers op dezelfde wijze is geïnterpreteerd. Beklagde heeft inschrijvingen ontvangen die gebaseerd zijn op andere uitgangspunten en daardoor niet met elkaar vergeleken kunnen worden. Het transparantiebeginsel is geschonden met als gevolg dat de opdracht – mogelijk – aan de verkeerde inschrijver is gegund.
- 3.21. Het feit dat beklagde ná gunning aan klager liet weten dat het prijzenblad, dat onderdeel uitmaakt van het gunningscriterium prijs, ook op een andere manier kon worden ingevuld is zeer kwalijk en is naar de mening van klager in strijd met jurisprudentie van het HvJ EU. Klager wijst op het arrest Storebaelt (22 juni 1993, zaak C-243/89, ECLI:EU:C:1993, I-3353) waarin het HvJ EU heeft geoordeeld (onderstreping door klager):
- '(37) Dienaangaande moet worden vastgesteld, dat de eerbiediging van het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers vereist, dat alle offertes beantwoorden aan de voorschriften van het bestek, teneinde een objectieve vergelijking van de door de verschillende inschrijvers ingediende offertes te waarborgen.'
- 3.22. Tevens haalt klager de volgende rechtsoverwegingen uit het arrest SIAC Construction (18 oktober 2001, zaak C-19/00, ECLI:EU:C:2001:553) aan (onderstreping door klager):
- '(41) Voorts omvat het beginsel van gelijke behandeling een verplichting tot transparantie opdat de naleving ervan kan worden gecontroleerd (...).
- (42) Dit betekent meer in het bijzonder dat de gunningscriteria in het bestek of in de aankondiging van de opdracht zodanig moeten zijn geformuleerd, dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers in staat zijn deze criteria op dezelfde wijze te interpreteren.
- (43) Deze verplichting tot transparantie impliceert eveneens dat de aanbestedende dienst de gunningscriteria gedurende de gehele procedure op dezelfde wijze moet uitleggen (...).
- (44) Ten slotte moeten de gunningscriteria bij de beoordeling van de aanbiedingen op objectieve en uniforme wijze worden toegepast op alle inschrijvers. (...).'
- 3.23. Ten slotte wijst klager op het arrest Succhi di Frutta (29 april 2004, C-496/99, ECLI:EU;C:2004:236):
- '(111) (...) alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure in het aanbestedingsbericht of in het bestek [dienen te] worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze, opdat, enerzijds, alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier interpreteren, en, anderzijds, de aanbestedende dienst in staat is om metterdaad na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria welke op de opdracht van toepassing zijn.'
- 3.24. De wijze waarop de gunningssystematiek in de onderhavige aanbestedingsprocedure is vormgegeven is in strijd met het transparantiebeginsel ex art. 1.9 Aw 2012. Het gevolg

hiervan is dat de inschrijvers zijn uitgegaan van verschillende uitgangspunten, waardoor er ten onrechte geen gelijk speelveld heeft (kunnen) bestaan.

- 3.25. Beklaagde (althans het door haar ingeschakelde inkoopbureau) heeft zich ten tijde van het opstellen van de aanbestedingsstukken niet voldoende verdiept in het onderwerp van de aanbesteding. Hierdoor heeft het kunnen gebeuren dat er in feite een ongeschikt althans ongebruikelijk prijzenblad tussen de aanbestedingsstukken zat. Ook ten tijde van de ontvangst van de hierboven opgenomen vraag van klager in het kader van de Nota van Inlichtingen was het beklagde blijkbaar nog niet duidelijk waar de schoen precies wrong. Beklaagde heeft zich er makkelijk vanaf gemaakt door simpelweg 'akkoord' te antwoorden, zonder zich te realiseren wat voor instructie zij met dit antwoord precies aan de inschrijvers afgaf.
- 3.26. Klager verzoekt de Commissie de ingediende klacht gegrond te verklaren. Mogelijk dat hierdoor in de toekomst voorkomen kan worden dat aanbestedende diensten, zoals beklagde, een gunningssystematiek opnemen in de aanbestedingsstukken zonder zich er op adequate wijze in te verdiepen op welke wijze de prijsvorming in de desbetreffende markt precies plaatsvindt en met welke factoren daarbij rekening moet worden gehouden. Hierdoor zou onnodige onduidelijkheid (aan inschrijverszijde) voorkomen kunnen worden en kan het bestaan van een gelijk speelveld (beter) worden geborgd.
- 3.27. Tot slot wordt opgemerkt dat klager er aanvankelijk voor had gekozen om de kwestie voor te leggen aan de voorzieningenrechter. Om haar moverende redenen heeft klager de kort gedingprocedure uiteindelijk toch ingetrokken en heeft zij besloten een klacht in te dienen bij de Commissie in de hoop een duidelijk, inhoudelijk oordeel te kunnen krijgen in deze complexe kwestie.

#### **4. Reactie beklagde**

- 4.1. Beklaagde stelt voorop dat de door klager ingediende klacht als de spreekwoordelijke mosterd na de maaltijd komt omdat:
  - a. zij onvoldoende is gemotiveerd en gedocumenteerd, aangezien klager cruciale informatie verzwijgt, zoals de feiten dat klager mondeling heeft toegezegd dat er geen kort geding zou komen, klager in strijd met het contactverbod contact heeft opgenomen met een ander dan de in de aanbestedingsdocumentatie genoemde contactpersoon, vervolgens toch een kort geding dagvaarding werd uitgebracht, beklagde klager heeft uitgesloten van de aanbesteding wegens strijd met het contactverbod, waarna klager de kort geding dagvaarding heeft ingetrokken;
  - b. zij feitelijk ziet op het aanbestedingsbeleid in het algemeen van beklagde, omdat klager in de toekomst wil dat beklagde payrolling op een andere wijze aanbesteed, namelijk met gebruikmaking van een ander soort prijzenblad;
  - c. zij onvoldoende relevantie heeft, aangezien het - in het meest gunstige geval voor klager - een uitlegdiscussie betreft.
- 4.2. Beklaagde is daarom van mening dat de Commissie de klacht terzijde kan leggen en niet in behandeling hoeft te nemen.
  - 4.2.1. Beklaagde stelt zich allereerst op het standpunt dat de klacht onvoldoende gemotiveerd en gedocumenteerd is en daarom buiten behandeling moet blijven en voert daartoe het volgende aan.
  - 4.2.2. Beklaagde stelt in dat kader dat klager heeft verzuimd om het aanbestedingsdocument over te leggen. In de Aanbestedingsleidraad staan in hoofdstuk 5 allerlei eisen, die duidelijk weergeven hoe er met de prijs wordt omgegaan (zie 1.2 hiervoor).

- 4.2.3. Verder heeft klager nagelaten om het prijzenblad (zie 1.3 hiervoor), nota bene het specifieke document waarop haar klacht betrekking heeft, integraal over te leggen. Ook daardoor ontbreekt in de klacht van klager een heldere toelichting op het onderdeel prijs.
- 4.2.4. Na de voorlopige gunningsbeslissing en een evaluatiegesprek met klager, heeft klager op 4 oktober 2017 door twee verschillende personen onafhankelijk van elkaar telefonisch aan beklagde meegedeeld dat zij geen kort geding zou starten. Klager accepteerde de voorlopige gunningsbeslissing. Daarmee heeft klager haar rechten om op te komen tegen de gunningsbeslissing verwerkt, althans daarvan onherroepelijk afstand gedaan.
- 4.2.5. Groot was de verbazing bij beklagde toen klager vervolgens toch een kort geding startte en daartoe een dagvaarding uitbracht.
- 4.2.6. In de tussenliggende periode heeft klager echter gehandeld in strijd met het contactverbod uit paragraaf 3.3 van de Aanbestedingsleidraad (zie 1.2 en 1.8 hiervoor). Na de mededeling dat er geen kort geding zou komen, heeft klager bij monde van A telefonisch aan B van beklagde onder andere gevraagd of beklagde nog iets heeft gehad aan het verificatiegesprek. Dat verificatiegesprek had beklagde gevoerd met de voorlopige winnaar van de aanbesteding, omdat klager daarop had aangedrongen.
- 4.2.7. Klager heeft op die wijze aldus getracht om via een ander dan de in het aanbestedingsdocument genoemde contactpersoon van beklagde informatie te verkrijgen waarmee zij in het kader van deze aanbesteding haar voordeel heeft proberen te doen.
- 4.2.8. Om die reden heeft beklagde klager uitgesloten van de aanbesteding bij e-mail van 3 november 2017 (zie 1.8 hiervoor). Gelet op de daaromtrent bestaande jurisprudentie is die uitsluiting legitiem, proportioneel en noodzakelijk. Mede gelet op het gelijkheidsbeginsel dient beklagde de spelregels van het aanbestedingsdocument immers strikt en op dezelfde wijze te handhaven jegens alle inschrijvers.
- 4.2.9. Klager heeft als rechtsgeldig uitgesloten inschrijver daarom geen recht en belang bij de onderhavige klacht. In kort geding zou de vordering van klager door de voorzieningenrechter hierop worden afgedaan. De Commissie kan de klacht om diezelfde reden terzijde leggen, zonder dat hoeft te worden toegekomen aan enige inhoudelijke beoordeling.
- 4.2.10. Bij brief van 13 november 2017 heeft klager het kort geding vervolgens ingetrokken (zie 1.9 hiervoor). Dat heeft onder meer het verval van recht van klager tot gevolg op grond van paragraaf 3.8 ("Gunning") van de Aanbestedingsleidraad (zie 1.2 hiervoor), hetgeen er volgens beklagde toe leidt dat zij op grond van deze aanbesteding geen recht meer heeft om een vordering aan een rechter voor te leggen.
- 4.2.11. Klager heeft achterwege gelaten om al deze relevante informatie aan de Commissie te melden. Daarmee staat naar de mening van beklagde vast dat de klacht van klager onvolgende is gemotiveerd en gedocumenteerd, zodat de Commissie de klacht op grond van artikel 9 lid 1 sub c van het Reglement niet in behandeling dient te nemen.
- 4.2.12. Vervolgens stelt beklagde zich op het standpunt dat de klacht buiten behandeling moet blijven omdat de overeenkomst reeds is gesloten en de klacht zou zien op aanbestedingsbeleid van beklagde.
- 4.2.13. Nu beklagde reeds is overgegaan tot definitieve gunning is de onderhavige aanbesteding afgesloten. Deze klacht verandert derhalve niets aan de uitkomst of het verloop van deze aanbesteding. In dat kader meent beklagde dat zij geen enkele relevantie heeft en dat de Commissie de klacht op grond van artikel 9 lid 1 sub e van het Reglement terzijde dient te leggen.

- 4.2.14. Zoals blijkt uit de onderbouwing van de klacht bevat het door beklaagde gehanteerde prijzenblad klager niet. Nu klager niet in rechte is opgekomen tegen de aanbesteding, wil klager middels deze klacht klaarblijkelijk bewerkstelligen dat beklaagde in de toekomst geen gebruik meer maakt van een dergelijk prijzenblad. Het is echter niet aan klager om te dicteren welk prijzenblad beklaagde bij een aanbesteding dient te gebruiken. Beklaagde is daarin vrij. Klager probeert derhalve ten onrechte invloed uit te oefenen op de wijze waarop beklaagde haar aanbesteding inricht. Per saldo is dat een klacht die betrekking heeft op aanbestedingsbeleid van beklaagde. Dergelijke klachten gaan het doel en de strekking van de Commissie blijkens artikel 9 lid 1 sub h te buiten, zodat zij niet in behandeling worden genomen.
- 4.2.15. Voorts stelt beklaagde zich op het standpunt dat de klacht niet in behandeling dient te worden genomen wegens een gebrek aan relevantie. Zij onderbouwt dit standpunt als volgt.
- 4.2.16. Dat het prijzenblad, volgens klager, "anders dan gebruikelijk", "niet logisch (en hoogst ongebruikelijk" is en niet standaard rekening houdt met opslagpercentages maakt het voorgaande niet anders. Voor klager was volkomen helder hoe het prijzenblad in elkaar zat. Dat blijkt uit hetgeen klager hiervoor erkent (zie 3.5 hiervoor):
- 'Het prijzenblad zit (...) zo in elkaar dat nominale percentages moeten worden opgegeven, die bij elkaar worden opgeteld om de omrekenfactor te berekenen. De omrekenfactor wordt tijdens de uitvoering van de opdracht vermenigvuldigd met het door beklaagde (...) te bepalen brutoloon (...)om het te factureren uurloon, dat de payrollonderneming bij beklaagde in rekening mag brengen, te berekenen.'
- 4.2.17. Dat klopt volgens beklaagde helemaal. Het aanbestedingsdocument liet geen enkele ruimte voor discussie en klager had dus volledig correct begrepen hoe het prijzenblad in elkaar zat: inschrijvers hoefden enkel nominale percentages in te vullen die in het prijzenblad vanzelf bij elkaar werden opgeteld. Eenvoudiger kan eigenlijk niet.
- 4.2.18. Dat klager dat graag anders wil, kennelijk via een prijzenblad waarin in te vullen percentages automatisch met bepaalde opslagen worden vermeerderd, regardeert beklaagde niet. Zo zit deze aanbesteding en dit prijzenblad niet in elkaar en er is geen enkele wet of regel anderszins die beklaagde daartoe verplicht. Dit is dus de vrijheid in de wijze van aanbesteding die beklaagde heeft. Klager heeft helemaal niets te zeggen over dit aanbestedingsbeleid van beklaagde. Op grond van artikel 9 lid 1 sub h dient de Commissie de klacht volgens beklaagde dan ook niet in behandeling te nemen.
- 4.2.19. Ondanks dat klager volgens beklaagde in 3.5 hiervoor heeft erkend dat zij perfect wist hoe het prijzenblad in deze aanbesteding in elkaar zat, dient zij toch een klacht in. Die klacht baseert zij enkel en alleen op het antwoord dat beklaagde in de Nota van Inlichtingen heeft gegeven op vraag 65 (zie 1.4 hiervoor).
- 4.2.20. Met de kennis en wetenschap die klager had van het prijzenblad heeft zij vraag 65 gesteld. Daarop heeft beklaagde enkel "akkoord" geantwoord. Met dat akkoord is er niets veranderd aan het aanbestedingsdocument. En is er ook niets veranderd aan het prijzenblad. Dat prijzenblad was en bleef onveranderd hetzelfde. Beklaagde was dus niet bereid om tegemoet te komen aan de wens van klager om een aangepast prijzenblad beschikbaar te stellen.
- 4.2.21. De overige vier inschrijvers hebben het prijzenblad vervolgens op vergelijkbare wijze ingevuld. Voor hen was het aanbestedingsdocument glashelder en het antwoord op vraag 65 van de Nota van Inlichtingen bracht daarin geen enkele verandering.
- 4.2.22. Enkel klager stelt op grond van het antwoord op vraag 65 het prijzenblad anders te hebben ingevuld. Dàt klager het prijzenblad anders heeft ingevuld als gevolg van het antwoord op vraag 65 van de Nota van Inlichtingen blijkt echter uit niets. Dit valt achteraf ook niet meer te achterhalen. Ook zonder het antwoord op vraag 65 mocht klager het prijzenblad invullen zoals zij dat heeft gedaan.

- 4.2.23. Nu niet kan worden vastgesteld of klager het prijzenblad überhaupt anders heeft ingevuld dan zij zonder het antwoord op vraag 65 van de Nota van Inlichtingen zou hebben gedaan, ontbreekt het de klacht aan iedere relevantie. De klacht is naar de mening van beklagde gestoeld op een niet te verifiëren fictie.
- 4.2.24. Beklaagde voegt daaraan toe dat als al zou moeten worden aangenomen dat klager het prijzenblad enkel als gevolg van het antwoord op vraag 65 van de Nota van Inlichtingen anders heeft ingevuld dan zij daarvoor voornemens was te doen, in het voor klager meest gunstige geval sprake is van een uitlegdiscussie. Nu vier van de vijf inschrijvers het antwoord van beklagde op dezelfde en door beklagde bedoelde correcte wijze hebben begrepen, had van beklagde als redelijk handelend en normaal oplettend inschrijver hetzelfde mogen worden verwacht.
- 4.2.25. Dus daar waar klager als enige inschrijver er een (achteraf niet meer te controleren) gedachtegang op heeft nagehouden die afwijkend is van alle overige inschrijvers, heeft de klacht geen enkele relevantie voor toekomstige aanbestedingen en daarbij door beklagde te hanteren prijzenbladen. Dat prijzenblad was en is duidelijk. Op grond van artikel 9 lid 1 sub c van het Reglement van de Commissie dient de klacht volgens beklagde daarom wegens gebrek aan relevantie onbehandeld te blijven.
- 4.2.26. Beklaagde heeft in het voorgaande de nodige tijd en aandacht besteed aan haar motivering waarom de Commissie deze klacht van klager niet in behandeling zou moeten nemen. Beklaagde meent dat daar waar zaken onduidelijk zijn er een toelichtend gesprek kan plaatsvinden. Dat heeft zij met klager gedaan. Daar waar klager twijfel zaait over de volledigheid en rechtsgeldigheid van de winnende inschrijving en aandringt op verificatie, heeft beklagde een uitvoerig verificatiegesprek gevoerd. Daar waar er door beklagde fouten zouden zijn gemaakt, zou beklagde die serieus hebben bekeken en waar nodig en waar mogelijk hebben hersteld. Echter, in deze aanbesteding is volgens beklagde alles correct verlopen. Klager heeft zich vervolgens een slechte en wispelturige verliezer getoond. Eerst geen kort geding, dan weer wel en dan toch weer niet. Om vervolgens als mosterd na de maaltijd deze klacht in te dienen en beklagde daarmee op onnodige kosten te jagen, omdat beklagde vindt dat zij wel serieus op de klacht dient te reageren.
- 4.2.27. En dat alles omdat klager achteraf stelt dat zij het antwoord op vraag 65 van de Nota van Inlichtingen anders heeft begrepen dan alle andere inschrijvers en achteraf stelt dat zij anders zou hebben ingeschreven zonder het antwoord op vraag 65. Beide stellingen van klager zijn niet vast te stellen. In plaats van haar verlies te nemen en intern te evalueren wat er bij klager is misgegaan, probeert klager, zonder cruciale basisinformatie aan de Commissie beschikbaar te stellen, alsnog "haar gelijk te halen". Beklaagde kan dat niet waarderen en meent dat zulks evident in strijd is met het doel en de strekking van de Commissie.
- 4.3. Vervolgens voert beklagde ten gronde het volgende verweer.
- 4.3.1. De onderhavige aanbesteding heeft betrekking op payrolling. Payrolling houdt in dat beklagde als opdrachtgever met een payroll onderneming als opdrachtnemer (in dit geval X als winnaar van de aanbesteding) een overeenkomst van opdracht sluit. De payrollonderneming sluit op haar beurt met werknemers een arbeidsovereenkomst. Tussen beklagde als opdrachtgever en de werknemer bestaat géén arbeidsrelatie.
- 4.3.2. Beklaagde stelt dat op grond van de arbeidsovereenkomst de payroll onderneming verplicht is zorg te dragen voor allerlei reserveringen, afdrachten en eventuele vergoedingen. Zulks op grond van bijvoorbeeld een wet, cao, of pensioenregeling.
- 4.3.3. In de rechtsverhouding tussen beklagde als opdrachtgever en de payrollonderneming bestaat die verplichting niet. Beklaagde heeft dit aan klager meermaals proberen uit te leggen en heeft klager daarbij uitgenodigd om aan te tonen op grond van welke wet- of regelgeving

tussen beklaagde en de payroll onderneming minimale percentages zouden moeten gelden. Klager heeft die wet- en regelgeving niet gevonden, omdat die niet bestaat.

- 4.3.4. Daarom staat het ter vrije keuze van beklaagde om in het prijzenblad alle percentages door inschrijvers met nominale getallen te laten invullen. Los van (overigens vaak verschillende) minimale percentages die voor payrollondernemingen gelden in hun rechtsrelatie tot de werknemers (afhankelijk van een efficiënte bedrijfsvoering), konden inschrijvers in deze aanbesteding in het prijzenblad alle percentages invullen zoals zij dat zelf wilden. Zo konden inschrijvers bepaalde percentages die ze moeten afdragen ten behoeve van de werknemers integraal doorbelasten of niet. Op de hoogte van bepaalde percentages hebben de inschrijvers in de rechtsrelatie tot de werknemers meer en op andere hebben zij minder invloed. Het was de strategische, commerciële en behoudende keuze van inschrijvers, in combinatie met de mate van efficiëntie waarop zij hun payroll onderneming exploiteren, om nominale getallen in te vullen. Op die manier kunnen zij daadwerkelijk met elkaar concurreren.
- 4.3.5. De Aanbestedingsleidraad en het prijzenblad zitten zo in elkaar. Alle inschrijvers hebben het zo begrepen. En klager volgens beklaagde ook, getuige 3.5 hiervoor.
- 4.3.6. Enkel het antwoord op vraag 65 zou klager op andere gedachten hebben gebracht. Wat klager daarbij tracht te bewerkstelligen is, althans zo begrijpt beklaagde de stellingen van klager, feitelijk dat alle percentages in het prijzenblad gelijk zouden moeten zijn aan de minimale percentages zoals die in de relatie tussen de payroll onderneming en de werknemer gelden, zodat tussen de inschrijvers enkel nog concurrentie kan plaatsvinden op het onderaan het prijzenblad onder het kopje bureaumarge in te vullen percentage (welk percentage klager heeft verzuimd weer te geven op haar weergave van het prijzenblad, zie 3.4 hiervoor).
- 4.3.7. Dat is helemaal niet wat beklaagde wil en heeft uitgevraagd. En dat is helemaal niet zoals alle overige inschrijvers de Aanbestedingsleidraad en de Nota van Inlichtingen hebben begrepen.
- 4.3.8. Dat klager ervoor heeft gekozen om in deze aanbesteding in te schrijven door relatief hoge percentages door te belasten aan beklaagde, hoeft geen gevolg te zijn van het antwoord op vraag 65 Nota van Inlichtingen. Diezelfde percentages had klager zonder dat antwoord wellicht ook ingevuld. Overigens zijn nog hogere (of veel lagere) percentages ook toegestaan. Met of zonder antwoord op vraag 65. Inschrijvers waren daarin namelijk volledig vrij.
- 4.3.9. Het subgunningscriterium prijs bestaat immers uit de gewogen gedeelde tariefstelling, die voortkomt uit het invullen van de grijze cellen van het prijzenblad bijlage 7. Aangezien in het prijzenblad nergens vermeld staat, dat bepaalde al dan niet wettelijk verplichte percentages over het brutoloon aangehouden moeten worden, staat het een inschrijver vrij om met ieder percentage in te schrijven. Dit zouden zelfs negatieve percentages over het brutoloon mogen zijn. Er bestaat zoals gezegd immers geen enkele formele arbeidsrelatie tussen beklaagde en de payrollmedewerker. Beklaagde kan de payroll onderneming dus niet verplichten enige reservering voor wat dan ook te doen. Toch probeert klager het antwoord op vraag 65 achteraf wel -ten onrechte - zo uit te leggen.
- 4.3.10. De verplichting van de payroll onderneming jegens beklaagde bestaat uit het op zich nemen van het formele werkgeverschap. Dat betekent dat de payroll onderneming verantwoordelijk is voor de verloning en alle wettelijke afdrachten met betrekking tot de medewerkers, die bij de payroll onderneming op de payroll staan. De verplichting van beklaagde jegens de payroll onderneming bestaat uit het betalen van de brutolonen voor de payrollmedewerkers, die op de payroll staan van de payroll onderneming, die in de a-fase zitten, vermeerderd met de omrekenfactor voor a-fasepayrollmedewerkers plus het betalen van de brutolonen voor de payrollmedewerkers, die op de payroll staan van het payrollbedrijf, die in de b-fase zitten, vermeerderd met de omrekenfactor voor b-fasepayrollmedewerkers. De wettelijke verplichting van beklaagde bestaat uit het achteraf controleren van de payroll onderneming op haar

wettelijke verplichting, die voortvloeit uit het formele werkgeverschap van de payroll onderneming jegens haar payrollmedewerkers, om de wettelijk voorgeschreven afdrachten te voldoen. Deze verplichting van beklagde vloeit voort uit de Wet Ketenaansprakelijkheid. Er bestaat volgens beklagde geen enkele relatie tussen de hoogte van de omrekenfactoren en de afdrachtsverplichtingen van de payroll onderneming.

4.3.11. In het prijzenblad is de volgende tekst opgenomen (zie 1.3 hiervoor):

'Inschrijvers dienen bij de tariefstelling rekening te houden met alle (ook interne) kosten die noodzakelijk zijn met het leveren van de dienstverlening. Daarnaast dient de tariefstelling een all-in prijs te zijn. De Aanbestedende dienst wenst niet (ook bij beëindiging van de Overeenkomst) achteraf te worden geconfronteerd met kosten die niet zijn meegenomen in de tariefstelling. Het Programma van Eisen en het Voorwerp van Opdracht bevat voldoende informatie welke verantwoordelijkheden en verplichtingen de dienstverlening met zich mee (kunnen) brengen voor de Inschrijver.'

Deze tekst is in het prijzenblad opgenomen om aan inschrijvers duidelijk te maken dat zij met ieder percentage en iedere omrekenfactor mogen inschrijven, maar dat in deze opgevoerde percentages en omrekenfactoren alle risico's verwerkt moeten zijn en dus voor rekening van inschrijver zijn. Verrekening achteraf is niet mogelijk en dit geldt voor alle inschrijvers.

4.3.12. Het antwoord op vraag 65 Nota van Inlichtingen heeft dit speelveld niet veranderd. De vraag van klager bestond uit een voorbeeld, waarbij de uiteindelijke vraag slechts was of beklagde het met deze redenering eens was. Beklaagde heeft als antwoord op deze vraag "akkoord" gegeven, omdat het aan inschrijver vrij staat om met ieder percentage in te schrijven dat hem goedgeeft. Als beklagde niet akkoord was geweest met deze stelling, had beklagde een nieuw alternatief prijzenblad ter beschikking gesteld. Uit het feit dat beklagde dit niet heeft gedaan, kan uitsluitend worden geconcludeerd dat dit prijzenblad bijlage 7 ongewijzigd gebruikt moet worden.

4.3.13. In vraag 65 is het woord "reservering" gebruikt door klager. Beklaagde heeft de vraag zo gelezen dat om voldoende te reserveren voor wettelijke en andere afdrachten, deze inschrijver genoodzaakt is om bepaalde percentages op te nemen. Daarmee was beklagde akkoord. Dat mocht, maar was geenszins een verplichting van beklagde jegens de inschrijvers. Het al dan niet doen van reserveringen voor wettelijk verplichte en andere afdrachten is immers een zaak voor de inschrijvers, niet voor beklagde.

4.3.14. Beklaagde concludeert dat het subgunningscriterium prijs niet in strijd is met het transparantiebeginsel. Er is maar één subgunningscriterium prijs, namelijk de hoogte van de toeslag gebaseerd op nominale getallen, op basis waarvan de punten voor het subgunningscriterium prijs worden toegekend. Meer transparant dan een dergelijke systematiek bestaat bijna niet.

4.3.15. Onjuist is verder dat het prijzenblad zo moet worden ingevuld dat het brutoloon vermeerderd moet worden met bepaalde afdrachten. Dat staat nergens. Niet in het aanbestedingsdocument. Niet in het prijzenblad. En ook niet in het antwoord op vraag 65 Nota van Inlichtingen. Geen van deze documenten laat ruimte voor de uitleg die klager er achteraf als enige inschrijver aan probeert te geven.

4.3.16. De klacht is volgens beklagde derhalve ook inhoudelijk volkomen ongegrond.

## 5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt vast dat beklagde op 1 juni 2017 een Europese openbare aanbestedingsprocedure heeft aangekondigd voor een raamovereenkomst met één leverancier voor payroll. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en 2 van de ten tijde van de aankondiging van de raamovereenkomst geldende Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit.
- 5.2. De Commissie zal zich allereerst uitlaten over de vraag of zij de onderhavige klacht in behandeling kan nemen. Zij overweegt in dat verband het volgende.
  - 5.2.1. Volgens bestaande jurisprudentie mag van een (potentiële) inschrijver een proactieve houding worden verwacht. Dit houdt in dat een inschrijver – mogelijke – inbreuken op het op de aanbestedingsprocedure van toepassing zijnde recht bij de aanbesteder dient te signaleren zodra hij die redelijkerwijze behoorde op te merken. De ratio daarvan is dat de aanbesteder daarmee mogelijk in staat wordt gesteld (de gevolgen van) die inbreuk ongedaan te maken in een stadium waarin de nadelige gevolgen daarvan voor alle betrokken partijen zoveel mogelijk beperkt kunnen blijven.
  - 5.2.2. Beklaagde heeft de hiervoor bedoelde verplichting nader uitgewerkt in paragraaf 3.8 ("Gunning") van de Aanbestedingsleidraad (zie 1.2 hiervoor). Hierin is de verplichting voor klager opgenomen binnen 20 kalenderdagen na verzenddatum van de afwijzingsbrief een kort gedingprocedure aanhangig te maken. Deze verplichting staat er niet aan in de weg (zoals beklagde in 4.2.10 hiervoor aanvoert) dat klager na intrekking van een tijdig aanhangig gemaakt kort geding alsnog een klacht bij de Commissie kan indienen (zie Advies 418, overweging 5.2.6).
  - 5.2.3. Beklaagde stelt zich op het standpunt (zie 4.2.6-4.2.9 hiervoor) dat klager geen belang heeft bij de behandeling van de klacht, aangezien zij van de procedure is uitgesloten wegens overtreding van het contactverbod uit paragraaf 3.3 van de Aanbestedingsleidraad (zie 1.2 en 1.8 hiervoor). Nu de klacht naar het oordeel van de Commissie inhoudelijk ongegrond is, zie 5.3 hierna, laat de Commissie in het midden of uitsluiting van de aanbestedingsprocedure wegens overtreding van het contactverbod na de mededeling van de gunningsbeslissing in dit geval proportioneel is. Veronderstellenderwijs gaat de Commissie er in het navolgende van uit dat klager voldoende belang heeft bij haar klacht.
  - 5.2.4. Ook het ontbreken van belang bij een klacht doordat een klager reeds op andere gronden van deelname aan de aanbestedingsprocedure is uitgesloten, zou overigens niet uitsluiten dat de Commissie zich ten overvloede inhoudelijk uitspreekt over de klacht met het oog op haar in 5.2.3 hierna genoemde doelstellingen.
  - 5.2.5. De omstandigheid dat beklagde reeds een overeenkomst heeft gesloten met de winnende inschrijver, brengt niet met zich mee dat de Commissie de klacht op basis van artikel 9, lid 1, sub h, van haar Reglement niet in behandeling kan nemen. Wanneer de behandeling van een klacht onverhoopt niet leidt tot een oplossing daarvan, kan die behandeling desalniettemin bijdragen aan de in artikel 2, lid 1, van het Reglement genoemde verdere verbetering van de professionaliteit van de aanbestedingspraktijk en leereffecten teweegbrengen (vergeleek ook Advies 427, overweging 5.2.2; Advies 295, overweging 5.2.2; Advies 82, overweging 6.1.2 en Advies 28, overweging 6.2). Dat reeds een overeenkomst is gesloten, betekent ook niet dat de klacht daardoor slechts gericht zou zijn op het aanbestedingsbeleid van beklagde en dat de klacht om die reden niet in behandeling zou kunnen worden genomen (zie 4.2.13 en 4.2.14 hiervoor). Op basis van artikel 9, lid 1, sub h van het Reglement van de Commissie kan geen klacht worden gericht tegen het aanbestedingsbeleid van een aanbestedende dienst in het algemeen (zie 4.2.13, 4.2.14 en 4.2.18 hiervoor). Tegen de toepassing van het aanbestedingsbeleid van een aanbestedende dienst in een concrete aanbesteding kan echter wel een klacht worden ingediend. Dat is hier kennelijk het geval (zie 4.2.18 hiervoor) en daarmee is er geen reden de klacht niet in behandeling te nemen.



- 5.2.6. Van onvoldoende relevantie van de klacht in de zin van artikel 9, lid 1, sub e, van haar Reglement is naar het oordeel van de Commissie evenmin sprake (zie 4.2.13 en 4.2.15-4.2.25 hiervoor).
- 5.2.7. Naar het oordeel van de Commissie is de klacht ten slotte voldoende gemotiveerd en geschikt de Commissie over voldoende documentatie om de klacht te kunnen behandelen. Zij ziet dan ook geen reden om de klacht op basis van artikel 9, lid 1, sub c, van haar Reglement niet in behandeling te nemen (zie 4.2.1-4.2.11 hiervoor).
- 5.3. Daarmee komt de Commissie toe aan behandeling van de klacht.
- 5.3.1. Bij de beoordeling van de klacht moet worden vooropgesteld dat een aanbestedende dienst op grond van artikel 1.9, eerste lid, Aw 2012 transparant dient te handelen.
- 5.3.2. De te beantwoorden vraag is of beklagde aan haar hiervoor bedoelde verplichting heeft voldaan, in die zin dat zij het subgunningscriterium prijs in de aanbestedingsstukken zodanig heeft geformuleerd dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers dit subgunningscriterium op dezelfde wijze zullen uitleggen. In het geval dat deze vraag bevestigend kan worden beantwoord, komt vervolgens de vraag aan de orde welke uitleg aan de omschrijving van dit subgunningscriterium moet worden gegeven. Bij de beantwoording van deze onderling met elkaar verband houdende vragen geldt als uitgangspunt dat voor de uitleg van de aanbestedingsdocumenten de bewoordingen van de bepalingen, gelezen in het licht van de gehele tekst van die stukken, in beginsel van doorslaggevende betekenis zijn. Daarbij komt het aan op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin de stukken zijn gesteld.
- 5.3.3. In paragraaf 4.2.2 ("Weging prijs/kwaliteit") in de Aanbestedingsleidraad (zie 1.2 hiervoor) is ten aanzien van het subgunningscriterium prijs, onder meer, het volgende bepaald:
- 'Het subgunningscriterium prijs bestaat uit de gewogen gedeelde tariefstelling, die voortvloeit uit het invullen van de grijze cellen van het prijzenblad bijlage 7. (...)
- De inschrijver, die de laagste gewogen gedeelde tariefstelling aanbiedt, ontvangt hiervoor 40 punten. De andere inschrijvers ontvangen voor de door hen aangeboden gewogen gedeelde tariefstelling een aantal punten volgens de volgende formule:
- (Laagste gewogen gedeelde tariefstelling /aangeboden gewogen gedeelde tariefstelling) x 40'

5.3.4. In paragraaf 5 ("Programma van Eisen") van de Aanbestedingsleidraad (zie 1.2 hiervoor) is in eis 64 onder meer bepaald:

'(...)

- De bureaumarge dient te zijn verdisconteerd in het opdrachtgevertarief, er kan geen extra nominaal bedrag per uur in rekening worden gebracht.
- Het opdrachtgevertarief wordt vermenigvuldigd met het bruto uurloon (exclusief werkgeverslasten) van de payrollkracht. Het resultaat van deze berekening wordt gefactureerd aan [Beklaagde] voor elk uur dat de payrollkracht voor [Beklaagde] heeft gewerkt. Zie het volgende voorbeeld:  
Bruto uurloon schaal 4 periodiek 4 is € 11,80

€ 11,80 x payrolltarief (bijvoorbeeld 165%) = € 19,47

€ 19,47 kan worden gefactureerd voor elk gewerkt uur

- (...)
- Het bruto-uurloon vormt de basis van de uitgewerkte tariefopbouw. Een indicatie van het bruto-uurloon gebaseerd op 40 uur per week wordt opgegeven door de aanvrager.
- Uw bureaumarge dient te zijn verdisconteerd in het payrolltarief, er kan geen extra nominaal bedrag per uur in rekening worden gebracht.'

5.3.5. Onderaan het Prijzenblad (zie 1.3 hiervoor) is, onder meer, bepaald:

'Het aanpassen van het Prijzenblad zal van rechtswege leiden tot een ongeldige Inschrijving alsmede uitsluiting van verdere deelname aan de Aanbestedingsprocedure.

Inschrijvers dienen bij de tariefstelling rekening te houden met alle (ook interne) kosten die noodzakelijk zijn met het leveren van de dienstverlening. Daarnaast dient de tariefstelling een all-in prijs te zijn. De Aanbestedende dienst wenst niet (ook bij beëindiging van de Overeenkomst) achteraf te worden geconfronteerd met kosten die niet zijn meegenomen in de tariefstelling. Het Programma van Eisen en het Voorwerp van Opdracht bevat voldoende informatie welke verantwoordelijkheden en verplichtingen de dienstverlening met zich mee (kunnen) brengen voor de Inschrijver.

Niet invullen van prijswensen, of onderdelen van een prijswens, leidt tot ongeldigheid en dus uitsluiting van verdere deelname aan de Aanbestedingsprocedure, (...).'

5.3.6. In de eerste Nota van Inlichtingen van 3 juli 2017 zijn, onder meer, de volgende vraag en het volgende antwoord opgenomen (zie 1.4 hiervoor):

Vraag 65: 'In uw kostprijsheet gaat u uit van een optelling van nominale getallen per regel die tot een kostprijs leiden. Bent u zich bewust dat de getallen die hierin naar voren komen daardoor afwijken van de procentuele premies? Bijvoorbeeld een ZVW van wettelijk 6,65% zal namelijk ook gereserveerd dienen te worden over het loon inclusief de reserveringen, waardoor het getal op deze regel hoger zal liggen dan 6,65. Gaat u hiermee akkoord? Zo nee, bent u dan bereid een aangepast prijzenblad beschikbaar te stellen?'

Antwoord: 'Akkoord'

- 5.3.7. Naar het oordeel van de Commissie zullen alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers het subgunningscriterium prijs op dezelfde wijze uitleggen in die zin dat enkel de gewogen gedeelde tariefstelling (in het prijzenblad de 'omrekenfactor' genoemd en het 'opdrachtgeverstarief' in eis 64 van het Programma van Eisen in de Aanbestedingsleidraad) bij de beoordeling bepalend is. Naar het oordeel van de Commissie is ook voldoende transparant dat de inschrijvers gehouden zijn om alle velden in het prijzenblad in te vullen, maar dat zij tot op zekere hoogte vrij zijn in wat zij invullen.
- 5.3.8. Bij de uitvoering van de opdracht zal slechts de gewogen gedeelde tariefstelling bij beklagde in rekening worden gebracht. Het komt dus voor risico van de inschrijvers als zij niet een juiste inschatting van de kosten en risico's (zoals de wettelijke afdrachten, kosten voor opleidingsdagen en ziekte) maken.
- 5.3.9. Klager heeft aangevoerd dat het wettelijke percentage voor de premie in het kader van de Zorgverzekeringswet moet worden berekend over het loon inclusief reserveringen. De af te dragen premie is dus hoger dan het wettelijk percentage berekend over enkel het brutoloon. Aangezien in het prijzenblad een bepaald percentage voor de premie in het kader van de Zorgverzekeringswet moet worden opgenomen dat wordt berekend over enkel het brutoloon, heeft klager tijdens de aanbestedingsprocedure gevraagd of een hoger percentage dan het wettelijke mag worden ingevuld in het prijzenblad. Beklaagde heeft aangegeven daarmee akkoord te zijn (zie het antwoord op vraag 65 in 1.4 en 5.3.6 hiervoor). Daarmee heeft beklagde andere wijzen van inschrijving echter niet uitgesloten. Inschrijvers konden het verschil in grondslag voor de berekening van de premie Zorgverzekeringswet ook verdisconteren in de bureaumarge. Naar het oordeel van de Commissie zullen alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers het subgunningscriterium prijs op deze wijze hebben uitgelegd.
- 5.3.10. Dat andere inschrijvers het verschil in grondslag voor de berekening van de premie Zorgverzekeringswet niet hebben verdisconteerd in het veld 'Zvw-premie' zegt dus niet dat zij daarmee geen rekening hebben gehouden in hun inschrijving.
- 5.3.11. Daarmee is de klacht ongegrond.

## 6. Advies

De Commissie acht de klacht **ongegrond**.

Den Haag, 18 april 2018

w.g.:

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

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

Mr. drs. T.H. Chen  
Commissielid