

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 480 | Samenvatting

De klacht ziet op een Europese procedure van de concurrentiegerichte dialoog voor raamovereenkomsten voor de productie en levering van onderlossende containers. De aanbesteder combineert in deze opdracht twee eisen: de eis dat bij de uitvoering een aanzienlijk aantal door de aanbesteder aangewezen mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt wordt ingezet voor de assemblage van de containers en de eis dat de assemblage plaatsvindt op een door de ondernemer te openen locatie, die zich binnen een bepaalde afstand in het gebied van de gemeente van de aanbesteder bevindt.

Klachtonderdeel 1

In dit klachtonderdeel stelt de ondernemer dat de door de aanbesteder in de selectiefase verstrekte informatie onvoldoende is voor potentiële gegadigden om te bepalen of zij interesse hebben in de opdracht. Met name mist de ondernemer informatie over de bereidheid van de aanbesteder en de deelnemende gemeenten om een bepaalde afname van containers te garanderen.

Een aanbestedende dienst kan, in het kader van de procedure van de concurrentiegerichte dialoog, ervoor kiezen bepaalde informatie betreffende zijn eisen en behoeften en de gunningscriteria niet in de aankondiging, maar in een beschrijvend document op te nemen. Naar het oordeel van de Commissie dient het beschrijvend document in dat geval vanaf het moment van publicatie van de aankondiging beschikbaar te zijn.

Bovendien dient het object van aanbesteding voldoende bepaalbaar te zijn. De Commissie oordeelt dat bij een aanbestedingsprocedure met een voorafgaande kwalitatieve selectie dat niet pas het geval dient te zijn op het moment dat de selectie van gegadigden heeft plaatsgevonden. De aanbesteder had ten tijde van de aankondiging in die aankondiging of in de selectieleidraad meer informatie kunnen en moeten geven over de bereidheid om een bepaalde afname te garanderen, aangezien dit voor potentiële gegadigden een essentieel gegeven is, zeker nu vereist is dat bij de uitvoering van de opdracht een aanzienlijk aantal door de aanbesteder aangewezen mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt wordt ingezet.

Ook oordeelt de Commissie dat de aanbesteder onvoldoende informatie bekendgemaakt heeft over de gunningscriteria. In de selectieleidraad heeft de aanbesteder deze 'in grote lijnen' bekendgemaakt. Daarbij geeft de aanbesteder aan dat hij in de dialoogfase accenten kan veranderen, wegingen kan toevoegen en modellen ter beoordeling kan introduceren. De aanbesteder heeft op deze wijze niet voldaan aan zijn verplichting op grond van artikel 2.110, lid 3, Aw 2012. Op basis van dit artikel dienen de gunningscriteria niet alleen te worden opgenomen in de aankondiging of het beschrijvend document, maar daarin ook te worden omschreven.

De Commissie acht klachtonderdeel 1 gegrond.

Klachtonderdeel 2

In dit klachtonderdeel stelt de ondernemer dat de door de aanbesteder gestelde eis dat 55 FTE medewerkers met een afstand tot de arbeidsmarkt bij de assemblage moeten worden ingeschakeld, discriminatoir is.

Deze eis zou kunnen worden aangemerkt als een bijzondere uitvoeringsvoorwaarde in het kader van een opdracht tot levering. In dat geval is deze eis naar het oordeel van de Commissie inderdaad discriminatoir. De reden daarvoor is dat de potentiële gegadigden en inschrijvers niet zelf invulling aan de eis kunnen geven, bijvoorbeeld door de inzet van mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt uit hun eigen regio. Hoewel deze bijzondere uitvoeringsvoorwaarde voor alle potentiële gegadigden en inschrijvers gelijk is, heeft zij voor buitenlandse ondernemingen een indirect discriminerende werking.

De ondernemer meent daarnaast dat de gestelde locatie-eis die inhoudt dat een belangrijk deel van de productie en de gehele assemblage moet plaatsvinden op een locatie in een straal van 30 km van een straat in het gebied van de gemeente van de aanbesteder, discriminatoir is. De aanbesteder heeft deze eis gesteld in verband met een maximaal gewenste reisafstand van de verplicht in te zetten mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt tot de door de ondernemer op te zetten productie- en assemblagelocatie. Indien ook deze eis wordt aangemerkt als een bijzondere uitvoeringsvoorwaarde in het kader van een opdracht tot levering, is deze naar het oordeel van de Commissie eveneens discriminatoir. Hoewel ook deze bijzondere uitvoeringsvoorwaarde voor alle potentiële gegadigden en inschrijvers gelijk is, heeft deze uitvoeringsvoorwaarde voor buitenlandse ondernemingen een indirect discriminerende werking.

De onderhavige raamovereenkomst zou echter ook kunnen worden gekwalificeerd als samengesteld uit twee typen opdrachten: enerzijds een opdracht tot de productie en levering van onderlossende containers en anderzijds een dienstenopdracht tot inzet en begeleiding van mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt. Bij een dienstenopdracht is de plaats van uitvoering in veel gevallen een essentieel element van de opdracht. In dat geval zal een voorwaarde betreffende de plaats van uitvoering dan ook eerder voldoende verband houden met het voorwerp van de opdracht en niet discriminatoir zijn. Naar het oordeel van de Commissie is het voorschrijven van een locatie voor de productie of assemblage van het product bij een opdracht tot levering echter discriminatoir. De Commissie vindt de samenvoeging van de levering- en dienstenopdracht in combinatie met de onderhavige locatie-eis dan ook problematisch. Ook indien sprake is van een samengestelde opdracht is de locatie-eis naar het oordeel van de Commissie discriminatoir.

De Commissie acht klachtonderdeel 2 dan ook gegrond, voor zover daarin is geklaagd dat de locatie-eis discriminatoir is.

Klachtonderdeel 3

In dit klachtonderdeel heeft de ondernemer, onder meer, gesteld dat het selectie-criterium 'ervaring met de inzet van mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt' onvoldoende transparant is.

Nu de aanbesteder in het kader van dit selectiecriteria niet concreet heeft omschreven welke verwachting hij heeft en wat het doel van dit criterium is en daarmee onvoldoende duidelijk is welke concrete competenties hij voor ogen heeft, is naar het oordeel van de Commissie onvoldoende transparant op welke wijze de toewijzing van de scores zal worden bepaald. Dit selectiecriteria is dan ook onvoldoende transparant en de klacht is in zoverre gegrond.

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 480

1. Feiten

1.1. Aanbesteder heeft op 20 juni 2018 namens een aantal gemeenten een aankondiging geplaatst voor een Europese procedure van de concurrentiegerichte dialoog voor raamovereenkomsten met één ondernemer voor de productie en levering van onderlossende containers. In de aankondiging is de opdracht aangemerkt als een opdracht tot levering. Aanbesteder is de penvoerder in deze aanbestedingsprocedure en zal als aanbestedende dienst de aanbesteding begeleiden en uitvoeren. De opdracht is weliswaar geografisch opgedeeld in percelen, maar het doel van deze aanbesteding is dat iedere gemeente (of eventueel koppels van samenwerkende gemeenten) voor elk perceel een individuele raamovereenkomst afsluit met één en dezelfde opdrachtnemer.

1.2. In de Selectieleidraad van 17 mei 2018 is, onder meer, het volgende bepaald:

1 Voorwerp van de aanbesteding

(...)

1.3 Inhoud van de Opdracht

1.3.1 Achtergrond en aanleiding

Onderlossende containers (OLC's) worden binnen de Deelnemende Gemeenten gebruikt als middel om afval in te zamelen, voornamelijk in (groot)stedelijk gebied met veel hoogbouw. Er worden drie typen OLC's gebruikt:

- Ondergrondse containers
- Half verdiepte containers
- Bovengrondse containers

De komende jaren zullen de Deelnemende Gemeenten behoefte hebben aan OLC's, doordat:

- De bestaande OLC's vervangen dienen te worden (door ouderdom, niet-herstelbare schades en eventuele veranderende eisen en wensen);
- Op nieuwe locaties OLC's geplaatst moeten worden. Dit komt voor in het geval van nieuwbouw en daar waar er voor wordt gekozen om in pandige rolcontainers te vervangen voor OLC's maar ook veranderende eisen en wensen (aan inzameling en afvalscheiding).

Tevens zullen de Deelnemende Gemeenten behoefte hebben aan onderdelen voor het repareren en renoveren van OLC's. De renovatie van OLC's wordt door de Deelnemende Gemeenten zelf binnen een circulair concept uitgevoerd. In dat kader is het van belang dat de containers modulair zijn opgebouwd. Dit houdt onder meer in dat onderdelen makkelijk vervangbaar zijn en dat onderdelen van verschillende varianten makkelijk uitwisselbaar zijn. Een ander belangrijk aspect van deze Aanbesteding is dat bij de vorige Europese aanbesteding voor OLC's door [Aanbesteder], onderdeel van de opdracht was dat [Inwoners van de gemeente van Aanbesteder] met een afstand tot de arbeidsmarkt (Medewerkers van [Aanbesteder] die gedetacheerd zijn bij opdrachtnemer) werden ingezet bij de assemblage van de OLC's, op een fabriekslocatie die eigendom is van [Aanbesteder], thans verhuurd aan huidige opdrachtnemer. De medewerkers die op dit moment op de bestaande

opdracht ingezet zijn, dienen door de nieuwe Opdrachtnemer opnieuw daarvoor te worden ingezet (zie paragraaf 1.6, en 7.1.1 (...) van deze leidraad). De wijze waarop Gegadigden hier invulling aan kunnen geven zal onder andere onderdeel zijn van de Dialooffase.

(...)

1.3.3 Doelstellingen van de Opdracht

In deze fase van de Aanbesteding (de Selectiefase) formuleert de Aanbestedende dienst de belangrijkste doelstellingen en uitgangspunten van de Opdracht. Nadere detaillering hiervan vindt plaats in de volgende fasen van de Aanbesteding (in de Dialooffase en Inschrijvingsfase, zie ook paragraaf 5.3 (...)) en wordt dan aan de geselecteerde Gegadigden verstrekt. De Aanbestedende dienst en Deelnemende Gemeenten gaan er van uit dat de informatie in deze Selectieleidraad voldoende is voor Ondernemers om te kunnen bepalen of zij geïnteresseerd zijn in de Opdracht, welke competenties, middelen en mogelijk samenwerkingspartners nodig zijn om de Opdracht uit te voeren en om een afweging te maken om al dan niet een Aanmelding te doen. De Deelnemende Gemeenten hanteren in deze aanbesteding de volgende vier uitgangspunten:

(...)

Een sociale container

Een belangrijk aspect van deze Aanbesteding is dat bij de vorige Europese aanbesteding voor OLC's door [Aanbesteder], onderdeel van de opdracht was dat [inwoners van de gemeente van Aanbesteder] met een afstand tot de arbeidsmarkt (Medewerkers van [Aanbesteder] die gedetacheerd zijn bij opdrachtnemer) werden ingezet bij de assemblage van de OLC's, op een fabriekslocatie die eigendom is van [Aanbesteder], thans verhuurd aan huidige opdrachtnemer. De medewerkers die op dit moment op de bestaande opdracht ingezet zijn, dienen door de nieuwe Opdrachtnemer opnieuw daarvoor te worden ingezet (zie paragraaf 1.6, en 7.1.1 van deze leidraad). De wijze waarop Gegadigden hier invulling aan kunnen geven zal onder andere onderdeel zijn van de Dialooffase.

Voor de een aantal Deelnemende Gemeenten te weten [A], [B], [C], [I], [H] en [E] vindt de assemblage van de OLC's plaats in of nabij desbetreffende deelnemende gemeente. De assemblage van de OLC's van deze gemeenten valt derhalve niet binnen de scope van de aanbesteding en wordt door de betreffende gemeente zelf verzorgd.

1.4 Omvang van de Opdracht

De omvang en waarde van de Opdracht is op voorhand niet precies duidelijk omdat het aantal te bestellen OLC's bepaald wordt de daadwerkelijke functionele levensduur van de containers, maar ook door politieke en beleidsmatige keuzes en de resultaten van het circulair werken (renovatie van containers) van de Deelnemende Gemeenten.

Wel kunnen de Deelnemende Gemeenten aangeven wat de prognose is voor het aantal af te nemen OLC's. Gemeenten	Indicatieve prognose gemiddeld aantal benodigde OLC's per jaar
[Aanbesteder]	Circa 300

(A)	Circa 250
(B)	Circa 100
(C)	Circa 250
(D)	Circa 150
(E)	Circa 100
(F)	Circa 50
(G)	Circa 25
(H)	Circa 75
(I)	Circa 200
Totaal	Circa 1500

Naar verwachting zal de totale waarde van de Opdracht gebaseerd zijn op de gemiddelde afname ca.1500 containers (OLC's) per jaar en de aanschaf van onderdelen ten behoeve van het onderhoud en de renovatie van de containers. De in deze paragraaf genoemde aantallen zijn indicatief, er kunnen geen rechten (zoals afnamegaranties) aan worden ontleend.

1.5 Duur van de overeenkomst

Het is de intentie van de Deelnemende Gemeenten om een contractduur overeen te komen die recht doet aan de met de Overeenkomst samenhangende investeringen; rendabele businesscase (uitwerken en in productie nemen van het ontwerp, het vinden en realiseren van een productielocatie en het inrichten van het productieproces, zie ook paragraaf 1.6 (...)). Dit is door de Opdrachtnemer en die in het kader van de Aanbestedingswet rechtmatig te motiveren. Vooralsnog gaan de Deelnemende Gemeenten uit van een raamovereenkomst met de duur van 8 jaar. De Overeenkomst vangt naar verwachting begin 2019 aan. de Opdracht zal starten met een proefperiode van 6 maanden, waarin de Opdrachtnemer in samenwerking met de gemeente het definitieve ontwerp tot een door Gemeente goedgekeurd prototype dient te brengen. Dit prototype dient aan het einde van de proefperiode goedgekeurd te worden voor productie. Indien de goedkeuring niet (tijdig) wordt verkregen door de Opdrachtnemer, hebben de Deelnemende Gemeenten het recht de Overeenkomst te beëindigen en kan alsnog aan de nummer 2 bij de aanbesteding worden gegund. Deze proefperiode zal worden uitgewerkt in de documenten voor de Dialoofase.

1.6 Sociale uitvoeringseis

Bij de vorige Europese aanbesteding voor OLC's door [Aanbesteder], was een onderdeel van de opdracht dat [Inwoners van Aanbesteder] met een afstand tot de arbeidsmarkt (Medewerkers van [Aanbesteder] die gedetacheerd zijn bij opdrachtnemer) werden ingezet bij de assemblage van de OLC's.

Op dit moment zijn er ruim 120FTE werkzaam bij bestaande opdrachtnemer (metaalbewerking). Van deze 120 medewerkers zijn er 80 ingezet op de productie en assemblage van OLC's. Een deel van de medewerkers die op dit moment op de bestaande opdracht ingezet zijn, dienen door de nieuwe Opdrachtnemer opnieuw daarvoor te worden ingezet.

Sociale uitvoeringseis:

Uitgangspunt voor de Dialoofase is dat als sociale uitvoeringseis bij de Opdracht wordt gesteld dat minimaal 55 FTE gedetacheerde medewerkers van [Aanbesteder] (met een afstand tot de arbeidsmarkt en of arbeidsbeperking) die reeds zijn opgeleid binnen het productie- en assemblageproces van de OLC's en daarin thans werkzaam zijn, werkzaam blijven bij de uitvoering van de Opdracht, inclusief de daarbij behorende taakgerichte begeleiding door Opdrachtnemer. De wijze waarop Gegadigden hier invulling aan kunnen geven zal onder andere onderdeel zijn van de Dialoofase.

Het (natuurlijke) verloop van de thans werkzame personen bij de productie en assemblage van de OLC's zal worden opgevangen door de inzet van mensen die vallen onder de Participatiewet en iedereen die geregistreerd staat in het doelgroepenregister in het kader van de wet baanafpraak (zie ook www.UWV.nl). Voor deze mensen dient de Opdrachtnemer in samenwerking met de Opdrachtgever een opleidingsplan samen te stellen zodat de medewerkers optimaal ingezet kunnen worden in de productie en assemblage van de OLC's.

Productielocatie:

Een belangrijk deel van de productie en de gehele assemblage dient op een locatie plaats te vinden in een straal van circa 30 km (OV vervoersafstand) van de [Straatnaam binnen Aanbesteder], dit in verband met de Maximale reisafstand medewerkers [Aanbesteder] (min. 55 FTE) naar de assemblage en productielocatie.

De ervaring leert dat een onderneming uitstekend deze kansen (sociale uitvoeringseisen) juist in de huidige markt kan benutten om ervaren medewerkers (weliswaar onder begeleiding) goed in te zetten in het productie-en assemblage proces van OLC's; een win-win situatie.

Tevens biedt deze Opdracht in combinatie met reeds ervaren metaalbewerkers ondernemers een kans, alsmede een goede businesscase, zich in- of in de omgeving van [Aanbesteder] te vestigen.

De exacte uitwerking van deze sociale uitvoeringseisen wil de Aanbestedende Dienst in de Dialoofase aan bod laten komen. De precieze invulling van de eisen zullen in de gunningsfase definitief worden gemaakt.

(...)

4 Aanmeldingsvoorwaarden

4.2.4 Tegemoetkoming van kosten bij deelname aan deze Aanbesteding

Gegadigden die uiteindelijk in de Inschrijvingsfase een Inschrijving indienen die voldoet aan de inschrijvingsvoorwaarden en gebaseerd is op de inhoudelijke uitwerking van de tijdens de Dialoofase gepresenteerde informatie, maar wie de Opdracht niet gegund krijgen, ontvangen een tegemoetkoming voor de gemaakte kosten voor deze aanbestedingsprocedure. De vergoeding bedraagt € 10.000,- exclusief btw.

Kosten van de Gegadigde die worden gemaakt voor Aanmelding en deelname aan de Dialoofase komen niet voor vergoeding door de Aanbestedende Dienst in aanmerking. Aanmelding en deelname aan de Dialoofase vindt plaats voor eigen rekening en risico van de Gegadigde.

(...)

5 Beschrijving van de beoordelingsprocedure

(...)

5.3 Vooruitblik Dialoof- en Inschrijvingsfase en Gunningcriteria

5.3.1 Beoogde gunningscriteria

In de Dialoof- en Inschrijvingsfase van deze aanbestedingsprocedure wordt het gunningcriterium de 'beste prijs-kwaliteitsverhouding' gehanteerd. In grote lijnen gelden de volgende gunningcriteria:

1. De prijs van de verschillende typen OLC's en onderdelen
2. De kwaliteit, zijnde:
 - a. De technische kwaliteit
 - b. De innovativiteit van de OLC's
 - c. De circulariteit van de container
 - d. De invulling van de inzet van mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt bij uitvoering van de Opdracht

Bij de start van de dialoofase ontvangt u de uitgewerkte gunningscriteria. Gedurende het verloop van de Aanbesteding kunnen accenten in de gunningcriteria nog veranderen of wegingen worden toegevoegd alsmede modellen ter beoordeling worden geïntroduceerd.

5.3.2 Beoogd proces Dialoofase

Hieronder is op hoofdlijnen beschreven hoe de Aanbestedende Dienst de Dialoofase voornemens is in te richten. De definitieve procedure kan nog wijzigen en zal worden beschreven in het Dialoofdocument dat zo snel mogelijk na bekendmaking van het selectiebesluit aan geselecteerde Gegadigden beschikbaar wordt gesteld.

De geselecteerde Gegadigden worden uitgenodigd voor de Dialoofase door ontvangst van het Dialoofdocument. In het Dialoofdocument zal de Aanbestedende Dienst het volgende beschrijven:

- Een procedurele toelichting hoe de Dialoofase verloopt en op welke wijze en wanneer de Dialogen (gesprekken) plaats vinden;
- Op welke wijze partijen onderling communiceren en informatie uitwisselen en welke voorwaarden daarbij in acht worden genomen;
- Nadere inhoudelijke informatie vanuit de Aanbestedende Dienst (aanvullend ten aanzien van de reeds in deze Selectieleidraad verstrekte informatie) die relevant is voor partijen om aan de Dialoofase te kunnen deelnemen;
- Inhoudelijke vragen en onderwerpen die de Aanbestedende Dienst tijdens de Dialogen aan de geselecteerde Gegadigden stelt en aan de orde wil laten komen.

De voorgenomen doorlooptijd van de Dialoofase is 2 tot 3 maanden. Binnen deze termijn wil de Aanbestedende Dienst met iedere deelnemer afzonderlijk 2 a 3 gespreksrondes organiseren. Een gespreksronde duurt een dag(deel). Tussen iedere gespreksronde is gelegenheid om schriftelijke vragen te stellen, en deze zullen

door de Aanbestedende Dienst door middel van Nota's van Inlichtingen worden beantwoord.

(...)

6 Uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen

6.3 Geschiktheidseisen m.b.t. technische bekwaamheid

6.3.1 G2: Ervaring (referenties)

Een Gegadigde dient aan de hand van referentieprojecten aan te tonen dat ze over twee kerncompetenties beschikt die de Aanbestedende Dienst noodzakelijk acht voor het op een goede wijze kunnen uitvoeren van de Opdracht. Hiertoe kan de Gegadigde verwijzen naar ervaring die hij heeft opgedaan bij de uitvoering van activiteiten die de Gegadigde niet langer dan drie jaar geleden heeft afgerond. Om de geschiktheid aan te tonen dient de Gegadigde (...) te beschikken over onderstaande kerncompetenties:

(...)

B. Ervaring met de inzet van mensen (minimaal 10 FTE) met een afstand tot de arbeidsmarkt (mensen met arbeidsbeperking [noot 4: Definitie mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt Dit zijn de medewerkers met een arbeidsbeperking. Mensen die vallen onder de participatiewet en doelgroepers (mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt en iedereen die geregistreerd staat in het doelgroepenregister in het kader van de wet baanafpraak zie ook www.UWV.nl).]) gedurende de afgelopen 3 jaar (niet verplicht aaneengesloten).

(...)

7 Beperken gekwalificeerde gegadigden

Indien meer dan 3 te selecteren Gegadigden de toets aan de uitsluitingsgronden en de geschiktheidseisen doorstaan, zullen de Gegadigden worden beoordeeld op basis van de Selectiecriteria.

Opdrachtgever hanteert de Selectiecriteria, zoals omschreven in onderstaande tabel en werkt deze in de volgende paragrafen nader uit.

Selectiecriteria			
Nr.	Naam	Maximum score	Paragraaf
S1	Mate van ervaring met de inzet van mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt	10	7.1.1
S2	Mate van ervaring met circulariteit	10	7.2.2
S3	Mate van ervaring met het samenwerken aan productverbetering en innovatie	10	7.1.2

Per Selectie criterium wordt in de betreffende paragraaf beschreven welke onderwerpen de Gegadigde moet opnemen in zijn beschrijving van het desbetreffende Selectie criterium en is aangegeven wat de maximaal toegestane omvang van de beschrijving is.

(...)

7.1 Selectiecriteria

7.1.1 S1: Ervaring met de inzet van mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt

Doelstelling van het criterium

Opdrachtgever hecht er waarde aan dat de Ondernemer ervaring heeft met de inzet van mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt én een professionele, systematische en doeltreffende werkwijze hanteert om arbeidskrachten met een afstand tot de arbeidsmarkt te begeleiden. Met huidige opdrachtnemer is de inzet van mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt, Garantiebannen, BBL, BOL leerlingen grotendeels uitgewerkt op basis van detachering (gedetacheerde medewerkers [Aanbesteder] bij Opdrachtnemer).

Gevraagde informatie

Opdrachtgever verzoekt de Gegadigde een beschrijving te geven van in totaal maximaal drie (3) A4 ten aanzien van de omvang van de inzet van mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt en de begeleidingsmethode die u hierbij hanteert. U wordt gevraagd om in uw uitwerking specifiek in te gaan op de volgende onderwerpen:

- A. Uw visie op het begeleiden van arbeidskrachten met een afstand tot de arbeidsmarkt;
- B. Het aantal arbeidskrachten met een afstand tot de arbeidsmarkt dat u gelijktijdig heeft ingezet (uitgedrukt in aantal fte en als percentage van uw totale personeelskosten in desbetreffende periode) en de periode waarin deze inzet liep / loopt;
- C. De aanpak die u hanteert voor een optimale inzet en begeleiding van arbeidskrachten met een afstand tot de arbeidsmarkt. Denk daarbij bijvoorbeeld ook aan een eventuele differentiatie van de aanpak per doelgroep en de wijze waarop u de begeleiders faciliteert in het begeleiden van de arbeidskrachten;
- D. Beschrijving van de resultaten die u met behulp van de methode realiseert;
- E. Hoe de begeleiding door uw arbeidskrachten met afstand tot de arbeidsmarkt wordt ervaren;

Let op: in uw uitwerking gaat het er om dat u inzichtelijk maakt hoe u op dit moment in uw organisatie uitvoering geeft aan het bovenstaande. In deze fase van de Aanbesteding hoeft u uw uitwerking nog niet toe te spitsen op de voorliggende Opdracht.

In totaal kan Gegadigde maximaal 10 punten behalen voor dit Selectiecriterium.

7.1.2 S2: Ervaring met circulariteit (en duurzaamheid)

Doelstelling van het criterium

Opdrachtgever hecht er waarde aan dat de Ondernemer ervaring heeft met circulariteit en zich inspant voor een zo laag mogelijke milieubelasting.

Gevraagde informatie

Opdrachtgever verzoekt Gegadigde een beschrijving te geven van in totaal maximaal twee (2) A4 de wijze waarop u invulling geeft aan circulariteit en welke maatregelen treft om de milieubelasting van uw producten te beperken.

U wordt in uw uitwerking gevraagd specifiek in te gaan op de volgende onderwerpen:

- A. De inkoop van grondstoffen, waarbij bijvoorbeeld aandacht besteed kan worden aan het gebruik van secundaire grondstoffen, tweedehands materialen en de milieu-impact van de grondstoffen in het algemeen.

- B. Het productieproces, waarbij bijvoorbeeld aandacht besteed kan worden aan het energieverbruik tijdens de productie en het voorkomen van afval en de milieubelasting van de gebruikte verduurzamingsmethode
- C. Het product, waarbij bijvoorbeeld aandacht besteed kan worden aan mogelijkheden om de producten terug te laten nemen door de leverancier, de levensduur en de mate waarin onderhoudsgevoelige onderdelen eenvoudig kunnen worden gerepareerd, vervangen, hergebruikt of hoogwaardig gerecycled kunnen worden. Of bijvoorbeeld de wijze waarop het ontwerp van de container afvalscheiding door de gebruiker stimuleert.
- D. Het transport, waarbij bijvoorbeeld aandacht besteed kan worden aan het minimaliseren van transportafstand en gebruik van energiezuinige transportmiddelen of transportmiddelen op basis van niet-fossiele brandstoffen

Let op: in uw uitwerking gaat het er om dat u inzichtelijk maakt hoe u op dit moment in uw organisatie uitvoering geeft aan het bovenstaande. In deze fase van de Aanbesteding hoeft u uw uitwerking nog niet toe te spitsen op de voorliggende Opdracht.

In totaal kan Gegadigde maximaal 10 punten behalen voor dit Selectie criterium.

7.1.3 S3 Ervaring met het samenwerken aan innovatie

Doelstelling van het criterium

Opdrachtgever hecht er waarde aan dat de Ondernemer ervaring heeft met samenwerking met de opdrachtgever op het gebied van het doorvoeren van aanpassingen en innovaties aan de OLC en daarbij een professionele, systematische en doeltreffende werkwijze hanteert.

Gevraagde informatie

De Opdrachtgever verzoekt de Gegadigde een beschrijving te geven van in totaal maximaal twee (2) A4 de wijze waarop de Gegadigde op dit moment invulling geeft aan bovengenoemde doelstelling. U wordt gevraagd om in uw uitwerking specifiek in te gaan op de volgende onderwerpen:

- A. De mate waarin en de wijze waarop de Gegadigde zelf initiatief neemt om innovaties en / of aanpassingen door te voeren in het ontwerp van de container,
- B. De wijze waarop de Gegadigde op een effectieve en constructieve wijze samenwerkt met huidige of voormalige afnemer(s) van de container wat betreft innovatie en productverbetering,
- C. De wijze waarop een eventuele kostprijsverandering op een transparante manier wordt vastgesteld.

Let op: in uw uitwerking gaat het er om dat u inzichtelijk maakt hoe u op dit moment in uw organisatie uitvoering geeft aan het bovenstaande. In deze fase van de Aanbesteding hoeft u uw uitwerking nog niet toe te spitsen op de voorliggende Opdracht.

In totaal kan Gegadigde maximaal 10 punten behalen voor dit Selectie criterium.

(...)

7.2 Wijze van beoordelen selectiecriteria

De beoordeling van de selectiecriteria geschiedt door middel van een "expert opinion" die gegeven wordt door een beoordelingsteam.

De Opdrachtgever kent voor ieder selectie criterium een score toe, conform onderstaande tabel.

Richtlijn	Score
Uitmunten: uit de door de Inschrijver verstrekte informatie blijkt dat er boven verwachting en meer dan volledig aan het doel van dit criterium wordt beantwoord. De inhoud is duidelijk, concreet en goed onderbouwd met bewijsstukken en praktijkvoorbeelden. De relevantie en meerwaarde voor dit criterium is integraal en overtuigend uitgewerkt.	10
Goed: uit de door de Inschrijver verstrekte informatie blijkt dat er volledig aan het doel van dit criterium wordt beantwoord. De inhoud is duidelijk, concreet en goed onderbouwd. De relevantie en meerwaarde voor dit criterium is goed en overtuigend uitgewerkt.	8
Voldoende: uit de door de Inschrijver verstrekte informatie blijkt dat er in voldoende mate aan het doel van dit criterium wordt beantwoord. De inhoud is duidelijk en concreet. De relevantie en meerwaarde voor dit criterium is voldoende uitgewerkt.	6
Onvoldoende: uit de door de Inschrijver verstrekte informatie blijkt dat in onvoldoende mate aan het doel van dit criterium wordt beantwoord. De inhoud is niet volledig duidelijk en concreet en/of irrelevant. De relevantie en meerwaarde voor dit criterium is beperkt uitgewerkt.	3
Slecht: uit de door de Inschrijver verstrekte informatie blijkt dat niet of nauwelijks aan het doel van dit criterium wordt beantwoord. De inhoud is in belangrijke mate onvolledig en onduidelijk en/of niet concreet. De relevantie en meerwaarde voor dit criterium is niet uitgewerkt.	0

(...)

- 1.3. In Bijlage 7 ("Vragenlijst, Samenvatting marktconsultatie") is de volgende informatie uit de marktconsultatie opgenomen over de inzet van mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt:

'> Deel 3 Invulling SROI (social return) beleid (Inzet van mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt)

Nr	Vraag
Inzet van mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt	
18	De gemeente wil bij de productie en assemblage van de containers [inwoners van Aanbesteder] met een afstand tot de arbeidsmarkt/arbeidsbeperking inzetten. Op dit moment werken ca 80 fte's (met aan afstand tot de arbeidsmarkt) aan de containers. Welke mogelijkheden ziet u om deze doelgroep in te zetten in uw productieproces? Heeft u ervaring met het werken met deze doelgroep en in deze omvang?
19	De inzet van [inwoners van de gemeente van Aanbesteder] met een afstand tot de arbeidsmarkt zou ook betekenen ook dat u zich in een beperkte straal rondom [het gebied van de gemeente van Aanbesteder] moet vestigen. Kunt u invulling geven aan deze eis?
20	Wat is voor u het de minimale afnamehoeveelheid (containers) om deze Sociale uitvoeringseis in te kunnen vullen?

21	Welke opstarttijd verwacht u bij inzet van mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt op een locatie in [de omgeving van Aanbesteder]?
22	Welke meer/minderkosten verwacht u (per container) bij inzet van mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt op een locatie in [de omgeving van Aanbesteder] ?

Samenvatting meest relevante antwoorden deel III Invulling Sociale uitvoeringseis

De geïnterviewde partijen geven aan bereid te zijn [inwoners van de gemeente van Aanbesteder] met een afstand tot de arbeidsmarkt in te zetten voor de productie en / of assemblage van de containers in omgeving [van Aanbesteder]. Al dan niet in samenwerking met een lokale partij. De partijen hebben in meer of mindere mate ervaring met de inzet van mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt. Nagenoeg alle partijen twijfelen wel of ze met het leveren van ca. 400 containers (aantal is alleen [Aanbesteder]) het huidige aantal medewerkers van ca. 80 fte aan het werk kunnen houden. De belangrijkste voorwaarde voor de inzet van mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt is de werkzekerheid die in het contract geboden wordt, oftewel een minimale en continue afname van containers door de gemeente. Deze minimale afnamehoeveelheid is tevens een belangrijke voorwaarde voor vestiging in omgeving [van Beklaagde]. De bandbreedte o.b.v. de aantallen die door de partijen genoemd zijn, liggen tussen de 125 en 450. Twee partijen geven aan dat de medewerkers ervaring moeten hebben met het produceren en / of assembleren van containers. Eén partij geeft aan dat het beschikbaar stellen van een locatie door de gemeente een belangrijke voorwaarde is voor vestiging in omgeving [van Aanbesteder].

De partijen verwachten dat door de Sociale uitvoeringseis (mensen en locatie) de opstarttijd na definitieve gunning tussen de 3 en 6 maanden bedraagt.'

1.4. In de Nota van Inlichtingen van 17 juli 2018 zijn, onder meer, de volgende vragen en antwoorden opgenomen:

1.4.1. Vraag 1: 'U benoemt in uw Selectieleidraad de Deelnemende Gemeenten. Tijdens de inlichtingenbijeenkomst van 26 mei (...) is gezegd dat [Aanbesteder] nog in onderhandeling / gesprek is met enkele van de genoemde Deelnemende Gemeenten. Dit bevreemdt ons omdat daarmee de genoemde aantallen in het bestek per gemeente nog helemaal niet vast staan. Wel moeten de Inschrijvende partijen op basis van deze aantallen besluiten of het businessmodel lonend is.

Wij verzoeken u om, bij de beantwoording van deze vraag in de Nota van Inlichtingen, alle individueel gesloten overeenkomsten met de Deelnemende Gemeenten bij te voegen. Deze overeenkomsten dienen de verplichting in zich te hebben dat de Deelnemende Gemeenten en [Aanbesteder] voor de duur van het contract deelnemen voor op zijn minst het minimum van de opgegeven aantallen. Ook dient in deze Overeenkomst opgenomen te zijn dat de Deelnemende Gemeenten noch [Aanbesteder] de mogelijkheid hebben gedurende de looptijd van het contract de producten van elders te betrekken.

Wij verwijzen ter verduidelijking naar paragraaf 1.4 Omvang van de opdracht (...) waaruit blijkt dat 2/3 van de indicatieve aantallen niet in [de omgeving van Aanbesteder] worden geassembleerd. Indien u deze overeenkomsten niet wilt toevoegen, dan verzoeken wij u om in ieder geval te bevestigen dat de voormelde elementen inderdaad onderdeel uitmaken van de afspraken tussen [Aanbesteder] en de Deelnemende Gemeenten. Als de genoemde elementen geen deel uitmaken van de gemaakte afspraken, dan handelt u in strijd met het transparantiebeginsel aan-

gezien voor geïnteresseerde ondernemers dan onduidelijk is welke gemeenten precies deelnemen en hoeveel die gemeenten af zullen nemen. Anders gezegd: de omvang van de opdracht is dan (te) onbepaald.'

Antwoord: 'Het in de selectieleidraad genoemde aantal van 1500 is indicatief en betreft niet het minimum aantal af te nemen containers. De Aanbestedende Dienst stuurt geen overeenkomsten tussen de Deelnemende Gemeenten toe aan de Gegadigden.

Op de volgende pagina wordt weergegeven wie uiteindelijk de deelnemende gemeenten en partijen zijn, die schriftelijk gemandateerd hun deelname aan deze aanbesteding hebben bevestigd. Naar verwachting zal de totale waarde van de Opdracht gebaseerd zijn op de gemiddelde afname ca.785 containers (OLC's) per jaar (exclusief [J]). In de derde kolom wordt de geactualiseerde prognose weergegeven.

Aanbestedende Dienst zal de aankondiging van de opdracht rectificeren. Als gevolg hiervan wordt de planning aangepast. Voor de aangepaste planning verwijzen we u tevens naar het tabblad "Planning" in Negometrix.

Wij zijn ons bewust van de behoefte aan een bepaalde mate van zekerheid over het volume af te nemen containers in relatie tot de benodigde investeringen. Wij zijn voornemens in de overeenkomst bepalingen op te nemen die hierin voorzien. De wijze waarop dat kan worden gerealiseerd zal onderwerp zijn van de dialoog. Onderdeel van de te bespreken opties zal zijn het opnemen van minimumaantallen in de overeenkomst.

Deelnemende Gemeenten en gemeenschappelijke regelingen (Overheid NV's)	Prognose gemiddeld aantal benodigde OLC's per jaar	Geactualiseerde prognose gemiddeld aantal benodigde OLC's per jaar
[Aanbesteder]	Circa 300	Circa 300
[A]	Circa 250	Circa 250
[B]	Circa 110	Circa 15
[C]	Circa 250	Circa 150
[D]	Circa 150	Circa 70
[J] (prognose gebaseerd op [E], [K] en [L])	Circa 100	Geactualiseerde prognose van [J] wordt bij de 2 ^e Nota van Inlichtingen verstrekt
[F]	Circa 50	Géén deelname in aanbesteding
[G]	Circa 25	Géén deelname in aanbesteding
[H]	Circa 75	Géén deelname in aanbesteding
[I]	Circa 200	Géén deelname in aanbesteding
Totaal	Circa 1500	Circa 785 (exclusief [J])

- 1.4.2. Vraag 10: 'U schrijft dat bij de vorige aanbesteding voor OLC's door [Aanbesteder] één belangrijk aspect was, inzet van [Inwoners van de gemeente van Aanbesteder] met een achterstand tot de arbeidsmarkt, dit is niet juist. De vorige aanbesteding

is namens [Aanbesteder] gevoerd door [Y]. De aanbesteding betrof "levering half-fabricaten en taakgerichte begeleiding assemblage afvalcontainers en [bakken]" (...). De assemblage van de producten werd door [Y] zelf in eigen beheer met mensen met een achterstand tot de arbeidsmarkt uitgevoerd. Opdrachtnemer voor beide percelen heeft uitsluitend taakgericht de leidinggevenden binnen [Y] begeleid. Dus de inzet van [Inwoners van de gemeente van Aanbesteder] met een achterstand tot de arbeidsmarkt maakte geen onderdeel uit van de aanbesteding. Wij verzoeken u dit te rectificeren, indien u dit niet wens te doen, verzoeken wij u uw antwoord te motiveren.'

Antwoord: 'Omwille van historische context geeft de Aanbestedende dienst in de Selectieleidraad aan dat een onderdeel van de toenmalige opdracht was dat [Inwoners van de gemeente van Aanbesteder] met een afstand tot de arbeidsmarkt werden ingezet bij de assemblage van de OLC's. Eén van de eisen in (en dus onderdeel van) de toenmalige opdracht was de aanlevering van de halffabricaten bij de assemblagelijijn van [Y], zodat dat [Inwoners van de gemeente van Aanbesteder] met een afstand tot de arbeidsmarkt konden worden ingezet bij de assemblage. Het is correct dat de Opdrachtnemer zelf alleen verantwoordelijk was voor de taakgerichte begeleiding van deze mensen.'

- 1.4.3. Vraag 14: 'U verplicht de inschrijvende partij om een belangrijk deel van de productie en de gehele assemblage op een locatie plaats te laten vinden in een straal van circa 30 km (OV vervoersafstand) van de [Straatnaam binnen Aanbesteder]. Een dergelijke eis is op meerdere gronden volstrekt ontoelaatbaar. Wij lichten dit graag als volgt toe.

In de eerste plaats is de voormelde eis in strijd met het vrij verkeer van diensten. Er is sprake van een verkapte discriminatie naar nationaliteit. Binnenlandse partijen hebben nu eenmaal veel meer mogelijkheden om hun productielocatie plaats te laten vinden vanuit de omgeving [van Aanbesteder]. Zie ter onderbouwing het arrest van het Hof van Justitie van 3 juni 1992 (C-360/89). In die kwestie oordeelde het Hof dat een vergelijkbare eis ontoelaatbaar was.

In de tweede plaats vergt de genoemde eis van de inschrijvende partij hoge investeringskosten voor een periode van 8 jaar. Van inschrijvers wordt verwacht dat zij hun productielocatie opzetten naar [de omgeving van Aanbesteder]. De huidige leverancier heeft echter een ontoelaatbaar voordeel omdat zij reeds een locatie huurt van [Aanbesteder] die voldoet aan alle gestelde eisen en derhalve reeds een geschikte locatie heeft binnen de straal in kwestie. Bovendien geldt daarnaast dat de huidige leverancier reeds werkt met de werknemers die moeten worden "overgenomen". De overige inschrijvers moeten de werknemers echter overnemen, terwijl zij daarnaast ook nog hun reguliere personeel aan het werk moeten houden op bestaande locaties. Van een voldoende mate van level playing field is dan ook evident geen sprake.

Ten slotte geldt dat u in feite een (leverings)opdracht van OLC's op een ontoelaatbare wijze vermengd met een dienstenopdracht om mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt te begeleiden.

Wij verzoeken u om de voormelde eis te schrappen. Als u daartoe niet overgaat, dan zien wij ons genoodzaakt om een klacht in te dienen en deze kwestie voor te leggen aan de Commissie van Aanbestedingsexperts.'

Antwoord: 'De stelling dat de gewraakte eis in de aangehaalde zaak C-360/89 vergelijkbaar is met de beoogde bepalingen in de onderhavige aanbesteding is onjuist. In de genoemde zaak bepaalde de Italiaanse wetgever dat 15-30% van de opdrachten gegund moesten worden aan ondernemingen die in Italië gevestigd zijn.

In de onderhavige aanbesteding is het in het geheel niet de bedoeling van de aanbestedende dienst om de gunning van de opdracht (deels) voor te behouden aan ondernemingen die in Nederland dan wel in de omgeving van [Aanbesteder] gevestigd zijn. De aanbestedende dienst wil juist iedere onderneming ongeacht de plaats van vestiging in de gelegenheid stellen mee te dingen naar de overeenkomst. Met de looptijd van de overeenkomst beoogt de aanbestedende dienst omstandigheden te bieden die het mogelijk maken voor ondernemingen om een rendabele business case te realiseren voor de uitvoering van deze overeenkomst. De daadwerkelijke looptijd van de overeenkomst is om die reden onderwerp van de te voeren dialoog.

Dat sommige ondernemingen met minder inspanningen in staat zijn om aan bepaalde uitvoeringseisen te voldoen dan andere ondernemingen betekent niet dat er sprake is een ontoelaatbare verstoring van de mededinging.

Van een ontoelaatbare vermenging van de opdracht voor levering van OLC's met een opdracht van dienstverlening is naar het oordeel van de aanbestedende dienst geen sprake. De opdrachtgever eist dat in zekere mate personen met een arbeidsbeperking (WSW-ers) die in dienst zijn van één van de opdrachtgevers bij de uitvoering van de overeenkomst worden ingezet en worden begeleid.'

- 1.4.4. Vraag 23: 'Op grond van artikel 2.90 lid 4 en artikel 2.100 van de Aanbestedingswet mogen aanbestedende diensten uitsluitend geschiktheidseisen en selectiecriteria stellen die kunnen garanderen dat gegadigden beschikken over de noodzakelijke technische bekwaamheid. Geschiktheidseisen en selectiecriteria moeten ook verband houden met de aard van de opdracht. Uw selectiecriteria kunnen deze toets der kritiek niet doorstaan. Dit geldt goed beschouwd voor alle drie de criteria, maar wij zullen dit hierna toelichten aan de hand van selectie criterium 1 (ervaring met de inzet van mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt). De sociale uitvoeringseis is onderdeel van de dialooffase. Dit betekent dat niet vaststaat hoe invulling gegeven gaat worden aan de sociale uitvoeringseis. De wijze waarop Gegadigden op dit moment invulling geven aan de inzet van mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt, kan onmogelijk garanderen dat Gegadigden beschikken over de noodzakelijke technische bekwaamheid. Er is immers nog niet eens bekend welke invulling gegeven gaat worden aan de sociale uitvoeringseis. Er bestaat derhalve ook geen verband met de aard van de opdracht. Hoe kunt u nu beoordelen welke "visie" of "aanpak" u waardeert als de sociale uitvoeringseis pas wordt ingevuld in de dialooffase. Verder zegt de visie en aanpak van Gegadigden bij andere opdrachten ook niets over de onderhavige opdracht. Het is goed denkbaar dat Gegadigden bij deze specifieke opdracht juist willen kiezen voor een alternatieve visie of werkwijze (bijvoorbeeld vanwege het feit dat een bepaalde hoeveelheid medewerkers wederom moet worden ingezet). Social return is maatwerk en Gegadigden kunnen niet worden afgerekend op een bestaande aanpak of visie bij andere opdrachten. Hetzelfde geldt overigens ook voor circulariteit en innovatie. Kortom, de gestelde selectiecriteria houden geen verband met de aard van de opdracht en zijn disproportioneel. Wij verzoeken u de selectiecriteria te schrappen en anders vorm te geven.'

Antwoord: 'De Aanbestedende Dienst heeft zich ervan overtuigd dat de gestelde geschiktheidseisen voldoen aan de bepalingen van de Aanbestedingswet. Het verband met het voorwerp staat vast omdat de inzet van personen met een afstand tot de arbeidsmarkt een expliciet en wezenlijk onderdeel van de opdracht is.

De gestelde geschiktheidseisen en selectiecriteria zullen niet worden gewijzigd.'

- 1.4.5. Vraag 24: 'U kent scores toe volgens de tabel op pagina 50. Wat u niet laat zien, is hoe er beoordeeld wordt. Het is volstrekt onduidelijk wanneer iemand bijvoorbeeld "Uitmuntend" of "Goed" scoort. Wanneer wordt er "boven verwachting" gescoord? Welke verwachtingen bestaan er dan? Wanneer voldoet een antwoord volledig aan "het doel"? Welk doel bestaat er dan? Wanneer is sprake van "meerwaarde" voor een criterium? U noemt wel begrippen, maar die begrippen worden verder niet uitgewerkt. Dit is evident in strijd met het transparantiebeginsel. De beoordelingssystematiek is dermate subjectief dat de beoordeling volledig aan de (toevallige) interpretatie van de betreffende medewerker wordt overgelaten. Wat voor één medewerker uitmuntend is, kan voor een andere medewerker voldoende zijn. In consensus moet hier een waarde uitkomen. Wij vinden dit absoluut niet transparant. Wij vragen u de kwaliteitscriteria te objectiveren, zodat aan de Inschrijvende partijen vooraf duidelijk is, op welke basis de predicaat-cijfers (0 - 10) worden toegekend. Wilt u per eis /gunningscriteria de waardering tussen 0 punten en 10 punten omschrijven waarop zal worden beoordeeld. Wilt u de waardering volgens het "SMART-principe" opstellen?'

Antwoord: 'De Aanbestedende Dienst beoordeelt op basis van de mate waarin het doel van het criterium wordt beantwoord. Het doel (de doelstelling) van ieder criterium staat per criterium in de eerste alinea van de betreffende paragraaf omschreven. Daarnaast wordt, zoals in 7.2 staat omschreven, waarde toegekend aan de mate waarin inhoud duidelijk is omschreven, concreet is en goed onderbouwd wordt.'

De Aanbestedende Dienst zal in haar selectiebesluit de puntentoekenning motiveren.

Deze werkwijze is naar het oordeel van de aanbestedende dienst voldoende transparant en objectief. Een verdere objectivering zal dan ook niet plaatsvinden.'

- 1.5. In de 2^e Nota van Inlichtingen van 25 juli 2018 is de volgende mededeling opgenomen:

Mededeling 1		
Middels deze aanvulling op de 1e Nota van Inlichtingen kunnen we weergeven wie uiteindelijk de deelnemende gemeenten en partijen zijn, die schriftelijk gemandateerd hun deelname aan deze aanbesteding hebben bevestigd. Naar verwachting zal de totale waarde van de Opdracht gebaseerd zijn op de gemiddelde afname ca. 1085 containers (OLC's) per jaar. In de derde kolom wordt de geactualiseerde prognose weergegeven.		

Deelnemende Gemeenten en gemeenschappelijke regelingen (overheid NV's)	Prognose gemiddeld aantal benodigde OLC's per jaar	Geactualiseerde prognose gemiddeld aantal benodigde OLC's per jaar
[Aanbesteder]	Circa 300	Circa 300
[A]	Circa 250	Circa 250
[B]	Circa 110	Circa 15
[C]	Circa 250	Circa 150
[D]	Circa 150	Circa 70
[J] (prognose gebaseerd op [E], [K] en [L])	Circa 100	Circa 300
[F]	Circa 50	Géén deelname in aanbesteding

[G]	Circa 25	Géén deelname in aanbesteding
[H]	Circa 75	Géén deelname in aanbesteding
[I]	Circa 200	Géén deelname in aanbesteding
Totaal	Circa 1500	Circa 1085

- 1.6. Op 25 juli 2018 heeft ondernemer de volgende brief aan het Klachtenmeldpunt van beklaagde verzonden:

'Bezwaaronderdeel 1: opdracht is te onbepaald

Om deel te nemen aan de selectiefase van de Aanbestedingsprocedure wordt van gegadigden verwacht dat zij de nodige kosten maken. Zo moeten gegadigden (bijvoorbeeld) maar liefst drie verschillende plannen van aanpak indienen. De kosten die samenhangen met de aanmelding komen niet voor vergoeding in aanmerking.

[Ondernemer] is, als vanzelfsprekend, bereid om in het kader van aanbestedingsprocedures kosten te maken zonder dat zij de zekerheid heeft dat zij de opdracht in kwestie daadwerkelijk verkrijgt. Zo werkt het nu eenmaal bij aanbestedingsprocedures. In het onderhavige geval wordt van [Ondernemer] echter verwacht dat zij aanzienlijke kosten maakt terwijl zij niet eens kan inschatten of zij de Opdracht wel wíl verkrijgen. De vraag of [Ondernemer] tot een haalbare businesscase kan komen – en daarmee geïnteresseerd is in de verkrijging van de Opdracht – hangt namelijk (met name) af van de vraag welke minimum afnamegarantie wordt gegeven. In het antwoord op vraag 1 van de Nota van Inlichtingen erkent [Beklaagde] dat de (hoogte van de) afnamegarantie cruciaal is voor de vraag of tot een haalbare business case kan worden gekomen, maar wil niettemin pas in de dialoofase informatie verstrekken over minimumaantallen.

Voorts geldt bovendien dat ook de concept overeenkomst pas in de dialoofase wordt verstrekt én dat de genoemde gunningscriteria aan wijziging onderhevig (kunnen) zijn. Ook deze onzekerheden maken dat op dit moment niet goed is in te schatten of tot een haalbare businesscase gekomen kan worden.

Kortom: ondanks het feit dat zeer weinig informatie beschikbaar wordt gesteld over de Opdracht, wordt van gegadigden wel verwacht dat zij aanzienlijke kosten maken in het kader van de aanmelding. Dat is disproportioneel.

Een oplossing voor het voormelde bezwaar(onderdeel) zou zijn dat [Aanbesteder] in ieder geval kenbaar maakt welke minimum afnamegarantie zal worden opgenomen in de overeenkomst.

Bezwaaronderdeel 2: bezwaar tegen de sociale uitvoeringseisen

[Aanbesteder] stelt als sociale uitvoeringseis dat minimaal 55 FTE gedetacheerde medewerkers van [Aanbesteder] werkzaam moeten blijven in het kader van de uitvoering van de Opdracht (hierna: "de Eis"). In dat verband wordt eveneens de aanvullende eis gesteld dat een belangrijk deel van de productie en de gehele assemblage dient plaats te vinden op een locatie in een straal van circa 30 km (OV vervoersafstand) van de [Straatnaam van Aanbesteder] (hierna: "de Locatie-eis"). [Ondernemer] maakt op de navolgende gronden nadrukkelijk bezwaar tegen de Eis en Locatie-eis.

Om te beginnen wil [Ondernemer] nogmaals benadrukken dat het onjuist is dat, zoals [Aanbesteder] schrijft in paragraaf 1.6 van de selectieleidraad, de inzet van [Bewoners van Aanbesteder] met een afstand tot de arbeidsmarkt onderdeel zou hebben uitgemaakt van de vorige aanbesteding voor OLC's. Inmiddels heeft [Aanbesteder] dit ook met zoveel woorden erkend in het antwoord op vraag 10 van de Nota van Inlichtingen.

De Eis én de Locatie-eis zijn in strijd met het non-discriminatiebeginsel én leveren een schending op van het level playing field. [Ondernemer] licht dit graag als volgt toe.

Verkapte discriminatie naar nationaliteit

In het kader van de Nota van Inlichtingen heeft [Ondernemer] reeds gewezen op het feit dat sprake is van verkapte discriminatie naar nationaliteit. Daarbij heeft [Ondernemer] gewezen op het arrest van het Hof van Justitie EU van 3 juni 1992 (C-360/89). In dat arrest oordeelt het Hof van Justitie EU als volgt:

"12 Ofschoon artikel 3, lid 3, van wet nr. 80/87, zoals de Italiaanse regering stelt, zonder onderscheid op Italiaanse en buitenlandse vennootschappen van toepassing is, begunstigt het in wezen in Italië gevestigde ondernemingen. Zoals de Commissie immers terecht heeft opgemerkt, hebben deze ondernemingen veel meer mogelijkheden om hun hoofdactiviteit uit te oefenen in de regio van Italië waar de werken worden uitgevoerd, dan ondernemingen die in andere Lid-Staten zijn gevestigd."

Voor de Eis en Locatie-eis geldt eveneens dat in Nederland gevestigde ondernemingen – in het bijzonder in [de omgeving van Aanbesteder] gevestigde bedrijven – veel meer mogelijkheden hebben om hun productielocatie naar [de omgeving van Aanbesteder] te verplaatsen én de werknemers van [Aanbesteder] in te zetten. Het feit dat de Eis en de Locatie-eis gelden voor binnenlandse én buitenlandse gegadigden, doet niets af aan het feit dat sprake is van verkapte discriminatie (zie ook het voormelde citaat).

Uit het antwoord van op vraag 14 blijkt dat [Beklaagde] het voornoemde arrest niet goed heeft gelezen. Het is niet zo dat 15 tot 30% van alle opdrachten moesten worden gegund aan Italiaanse ondernemingen. In de Italiaanse wet stond dat *"werken ten belope van 15 á 30% van de geplaatste opdracht"* moesten worden toevertrouwd aan ondernemingen die hun maatschappelijke zetel hadden in de regio waar de werken moesten worden uitgevoerd. Die eis gold voor zowel binnenlandse als buitenlandse ondernemers en is zeer vergelijkbaar met de Eis en de Locatie-eis. In het onderhavige geval moet een belangrijk deel van de werknemers binnen de geplaatste opdracht van [Aanbesteder] afkomstig zijn én moet de opdrachtnemer een productielocatie in [de omgeving van Beklaagde] opzetten. Waar het aldus om gaat, is dat binnenlandse ondernemingen makkelijker aan de Eis en Locatie-eis kunnen voldoen en dat is verkapte discriminatie naar nationaliteit.

[Ondernemer] verwijst in dit verband ten overvloede ook nog op het navolgende antwoord uit de brochure "Sociale aspecten bij aanbesteden" van Europa centraal. Deze brochure is te vinden via de volgende link: <https://europadecentraal.nl/wp-content/uploads/2013/01/Sociale-aspecten-bij-aanbesteden.pdf>.

Praktijkvraag

Gezien het grote aantal werklozen in onze gemeente willen we deze graag inzetten bij toekomstige overheidsopdrachten. Kunnen wij van een inschrijver eisen dat hij voor de uitvoering van de opdracht alleen gebruik maakt van werklozen uit onze eigen gemeente?

Nee, dit is niet mogelijk. Uit het bovengenoemde arrest Beentjes volgt dat een bijzondere uitvoeringsvoorwaarde, die inschrijvers verplicht bij de uitvoering van de opdracht zoveel mogelijk gebruik te maken van werknemers (maar ook gehandicapten, leerlingen, etc.) met een bepaalde nationaliteit, niet is toegestaan. Dat is namelijk een belemmering voor ondernemingen uit andere lidstaten om in te kunnen schrijven op de opdracht. Ook wanneer de bijzondere uitvoeringsvoorwaarde niet expliciet gekoppeld is aan nationaliteit, kan de voorwaarde wel het effect hebben dat buitenlandse inschrijvers meer moeite hebben om eraan te voldoen. Een voorbeeld hiervan is wanneer als bijzondere uitvoeringsvoorwaarde de inzet van werklozen wordt gevraagd en deze werklozen ingeschreven dienen te staan bij het plaatselijke CWI of een lokaal uitzendbureau. U kunt als aanbestedende dienst dan beter aangeven dat u bereid bent de inschrijver te ondersteunen in het zoeken naar werklozen of deze aan de inschrijver aan te bieden. Hiermee wordt het nadeel van de buitenlandse inschrijver ten opzichte van een nationale inschrijver opgeheven en het geeft u enige mogelijkheid om invloed uit te oefenen welke werklozen er worden ingezet. De buitenlandse inschrijver moet echter wel altijd de mogelijkheid hebben, indien hij dit wenst, om zijn eigen werklozen in te zetten. Voorstellen waarbij u aanbiedt de inschrijver te ondersteunen in het zoeken naar werklozen moeten daarom de inschrijver altijd de vrije keuze laten om wel of niet op uw voorstel in te gaan.

Kortom, door middel van de Eis en de Locatie-eis wordt (verkast) gediscrimineerd naar nationaliteit. De Gemeente dient deze eisen te laten vallen.

Level playing field wordt geschonden

In vraag 14 van de Nota van Inlichtingen heeft [Ondernemer] aangegeven dat de Eis en de Locatie-eis evident het level playing field schenden:

In de tweede plaats vergt de genoemde eis van de inschrijvende partij hoge investeringskosten voor een periode van 8 jaar. Van inschrijvers wordt verwacht dat zij hun productielocatie opzetten naar [de omgeving van Aanbesteder]. De huidige leverancier heeft echter een ontoelaatbaar voordeel omdat zij reeds een locatie huurt van [Aanbesteder] die voldoet aan alle gestelde eisen en derhalve reeds een geschikte locatie heeft binnen de straal in kwestie. Bovendien geldt daarnaast dat de huidige leverancier reeds werkt met de werknemers die moeten worden "overgenomen". De overige inschrijvers moeten de werknemers echter overnemen, terwijl zij daarnaast ook nog hun reguliere personeel aan het werk moeten houden op bestaande locaties. Van een voldoende mate van level playing field is dan ook evident geen sprake.

[Aanbesteder] gaat niet serieus in op dit bezwaar en antwoordt als volgt:

Dat sommige ondernemingen met minder inspanningen in staat zijn om aan bepaalde uitvoeringseisen te voldoen dan andere ondernemingen betekent niet dat er sprake is een ontoelaatbare verstoring van de mededinging.

Het gaat er in dit geval nu juist om dat wél sprake is van een ontoelaatbare verstoring van de mededinging aangezien de zittende leverancier (ontoelaatbaar) veel makkelijker aan de Eis en de Locatie-eis kan voldoen. [Ondernemer] handhaaft haar bezwaar op dit punt en verwijst ter onderbouwing nogmaals naar haar vraag in de Nota van Inlichtingen.

[Aanbesteder] heeft overigens ook niet de moeite genomen om maatregelen te nemen om het level playing field te herstellen. Dit was wel eenvoudig mogelijk geweest. [Aanbesteder] had er namelijk ook voor kunnen kiezen om de huidige locatie, inclusief machines e.d., ter beschikking te stellen aan de winnende inschrijver, zulks onder vooraf bekendgemaakte condities. Degelijke maatregelen hadden het level playing field in ieder geval enigszins genormaliseerd.

Bezwaaronderdeel 3: selectiecriteria

Het derde bezwaar heeft [Ondernemer] aangekaart in vraag 23 en 24 van de Nota van Inlichtingen en ziet op het feit dat de selectiecriteria geen verband houden met de aard van de opdracht én in strijd zijn met het transparantiebeginsel.

Geen verband met aard van de opdracht

[Aanbesteder] heeft op de navolgende vraag van [Ondernemer] geantwoord dat zij zich ervan heeft overtuigd dat de gestelde geschiktheidseisen voldoen aan de Aanbestedingswet. Een inhoudelijke reactie op de vraag blijft echter achterwege. [Aanbesteder] reageert in het geheel niet op het argument dat de Eis en de Locatie-eis nog onderdeel zijn van de dialoofase. Ook reageert [Aanbesteder] niet op het argument dat social return maatwerk is en dat het goed denkbaar is dat gegadigden bij de onderhavige Opdracht wellicht juist willen kiezen voor een andere aanpak.

[Citaat vraag 23 Nota van Inlichtingen van 17 juli 2018, zie 1.4.4 hiervoor, Commissie]

Gelet op de reactie van [Aanbesteder] handhaaft [Ondernemer] dan ook haar bezwaar.

Strijd met transparantiebeginsel

In vraag 24 heeft [Ondernemer] bezwaar gemaakt tegen het feit dat de selectiecriteria te subjectief zijn geformuleerd. [Aanbesteder] antwoordt als volgt op die klacht:

De Aanbestedende Dienst beoordeelt op basis van de mate waarin het doel van het criterium wordt beantwoord. Het doel (de doelstelling) van ieder criterium staat per criterium in de eerste alinea van de betreffende paragraaf omschreven. Daarnaast wordt, zoals in 7.2 staat omschreven, waarde toegekend aan de mate waarin inhoud duidelijk is omschreven, concreet is en goed onderbouwd wordt.

Dit antwoord volstaat niet. Uit (bijvoorbeeld) de doelstelling bij het selectie criterium "afstand tot de arbeidsmarkt" blijkt niet wat het doel is van [Aanbesteder] én wat [Aanbesteder] waardeert. Bij de doelstelling staat namelijk slechts dat [Beklaagde] er waarde aan hecht dat de gegadigde ervaring heeft met de inzet van mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt én een professionele, systematische en doeltreffende werkwijze hanteert om arbeidskrachten met een afstand tot de arbeidsmarkt te begeleiden. Uit deze doelstelling blijkt niet welke visie of aanpak [Aanbesteder] meerwaarde vindt hebben. Dit terwijl nu juist wel wordt gevraagd om een visie en aanpak. Voor het overige verwijst [Ondernemer] naar de inhoud van vraag 24.

Verzoek aan uw Meldpunt Klachtenafhandeling

Namens [Ondernemer] verzoek ik het Meldpunt om de voormelde bezwaren van [Ondernemer] gegrond te verklaren. Een oplossing voor de afhandeling van de klachten zou wat [Ondernemer] kunnen zijn dat i) de Eis en Locatie-eis komen te vervallen, ii) aanvullende informatie wordt verstrekt over de Opdracht (met name over de minimumafname) en iii) de selectiecriteria zodanig worden aangepast dat geen strijd meer bestaat met de Aanbestedingswet 2012.

Gelet op de nadere aanmeldingstermijn verzoekt [Ondernemer] uw Meldpunt om op de kortst mogelijke termijn op haar bezwaar te beslissen. In het geval uw Meldpunt niet binnen één week na dagtekening van dit bezwaar laat weten het bezwaar gegrond te zullen verklaren, dan ziet [Ondernemer] zich – gelet op de uiterste aanmelddatum van 24 augustus a.s. – genoodzaakt een klacht in te dienen bij de Commissie van Aanbestedingsexperts.’

- 1.7. Op 2 augustus 2018 heeft het Klachtenmeldpunt van beklagde de volgende brief aan ondernemer verzonden:

‘De onderliggende aanbestedingsprocedure betreft een concurrentiegerichte dialoog. De aanbestedingsprocedure bevindt zich op het moment van de klacht in de selectiefase. De precieze invulling van de opdracht (eisen en randvoorwaarden) zullen tijdens de volgende fasen van de aanbestedingsprocedure in dialoog nader worden uitgewerkt.

De klacht van [Ondernemer] bestaat uit drie onderdelen. Naar aanleiding van de klacht van [Ondernemer] heeft het Meldpunt wederhoor gepleegd bij de Aanbestedende Dienst. Op basis van wederhoor, de raadpleging van de aanbestedingsdocumenten en de inhoud van de klacht, volgt hieronder de inhoudelijke behandeling per onderdeel.

Bezwaaronderdeel 1: opdracht is te onbepaald

In uw brief geeft u aan dat van [Ondernemer] wordt verwacht dat zij aanzienlijke kosten moet maken, terwijl zij niet vooraf kan inschatten of zij de opdracht wel wil verkrijgen. [Ondernemer] zou niet kunnen inschatten of zij met een haalbare business case kan komen, omdat niet duidelijk zou zijn wat de hoogte van de afnamegarantie is. De Aanbestedende Dienst zou volgens [Ondernemer] ook in het antwoord op vraag 1 van de Nota van Inlichtingen van 17 juli 2018 hebben erkend dat de (hoogte van de) afnamegarantie cruciaal is voor de vraag of tot een haalbare business case kan worden gekomen.

Wat door [Ondernemer] precies wordt bedoeld met aanzienlijke kosten, wordt in uw brief niet onderbouwd. Het in uw brief genoemde voorbeeld dat drie verschillende Plannen van Aanpak bij aanmelding moeten worden ingediend, acht het Meldpunt niet buitenproportioneel. Het gaat immers in totaal maar om maximaal 7 pagina’s.

Onjuist is de stelling van [Ondernemer] dat de Aanbestedende Dienst in het antwoord op vraag 1 van de Nota van inlichtingen van 17 juli 2017 [*bedoeld zal zijn 2018, Commissie*] zou hebben erkend dat de (hoogte van de) afnamegarantie cruciaal is voor de inschatting van een haalbare business case. De Aanbestedende Dienst geeft in het antwoord op vraag 1 enkel aan dat de Aanbestedende Dienst zich ervan bewust is dat er behoefte is aan een bepaalde mate van zekerheid over het volume af te nemen containers in relatie tot de benodigde investeringen. Gelet daarop heeft de Aanbestedende Dienst in de 2^e Nota van Inlichtingen van 25 juli

2018 een geactualiseerde afnameprognose van de onderlossende containers verstrekt. Op basis van die geactualiseerde afnameprognose worden de gegadigden volgens het Meldpunt voldoende in staat gesteld om een inschatting te kunnen maken voor een haalbare business case.

Zoals in het antwoord op vraag 1 in de Nota van Inlichtingen van 17 juli 2018 is aangegeven, is de Aanbestedende Dienst voornemens in de overeenkomst bepalingen op te nemen die voorzien in een bepaalde mate van zekerheid over het volume af te nemen containers in relatie tot de benodigde investeringen. De wijze waarop dat kan worden gerealiseerd zal onderwerp zijn van de dialoog. Onderdeel van de te bespreken opties zal zijn het opnemen van minimumaantallen in de overeenkomst.

De stelling in uw brief dat de genoemde gunningscriteria aan wijziging onderhevig (kunnen) zijn, kan het Meldpunt niet plaatsen. De aanbestedingsprocedure bevindt zich immers in de selectiefase. De gunningscriteria zullen pas in de Gunningleidraad bekend worden gemaakt.

Op grond van het voorgaande oordeelt het Meldpunt dat dit bezwaarpunt ongegrond is.

Bezwaaronderdeel 2: bezwaar tegen de sociale uitvoeringseis

Verkapte discriminatie naar nationaliteit

De Aanbestedende Dienst stelt als sociale uitvoeringseis dat minimaal 55 FTE gedetacheerde medewerkers van de Aanbestedende Dienst werkzaam moet blijven bij de uitvoering van de opdracht. Daarnaast stelt de Aanbestedende Dienst als eis dat een belangrijk deel van de productie en de gehele assemblage op een locatie dient plaats te vinden in een straal van circa 30km (OV vervoersafstand) van de [Straatnaam van Aanbesteder], dit in verband met de maximale reisafstand [medewerkers van Aanbesteder] (min. 55 FTE) naar de assemblage en productlocatie. Volgens [Ondernemer] is daarmee sprake van verkapte discriminatie naar nationaliteit. [Ondernemer] verwijst daarbij naar het arrest van het Hof van Justitie EU van 3 juni 1992 (C-360/89).

Daarnaast stelt [Ondernemer] dat voor de sociale uitvoeringseis en de Locatie-eis geldt dat in Nederland gevestigde ondernemingen – in het bijzonder in [de omgeving van Beklaagde] gevestigde bedrijven – veel meer mogelijkheden hebben om hun productielocatie naar [de omgeving van Beklaagde] te verplaatsen en de werknemers van de Aanbestedende Dienst in te zetten. [Ondernemer] verwijst daarbij tevens naar een antwoord uit de brochure "Sociale aspecten bij aanbesteden" van Europa decentraal.

Het Meldpunt is van oordeel dat de vereiste minimale inzet van 55 FTE gedetacheerde medewerkers van de Aanbestedende Dienst in een redelijke verhouding tot de aard en omvang van de opdracht staat. In de uitvoering van de huidige opdracht bestaat de inzet van de gedetacheerde medewerkers met een afstand tot de arbeidsmarkt zelfs uit 80 FTE bij een relatief kleinere opdracht die thans wordt aanbesteed.

Het in uw brief aangehaalde antwoord in de brochure "Sociale aspecten bij aanbesteden" van Europa Decentraal sluit aan bij de sociale uitvoeringseis, zoals die is gesteld in de onderhavige aanbestedingsprocedure. De Aanbestedende Dienst biedt immers gedetacheerde medewerkers met een afstand tot de arbeidsmarkt aan de inschrijver aan. Hiermee wordt het eventuele nadeel van de buitenlandse (niet in [de omgeving van Aanbesteder] gevestigde onderneming) inschrijver op-

geheven ten opzichte van een nationale (wel in [de omgeving van Beklaagde] gevestigde onderneming) inschrijver. Daarnaast houdt de inschrijver altijd de mogelijkheid om zelf aanvullend mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt in te zetten bij de uitvoering van de opdracht.

Level Playing Field wordt geschonden

[Ondernemer] geeft aan dat met de sociale uitvoeringseis en de locatie-eis het level playing field wordt geschonden. De Aanbestedende Dienst heeft bij wederhoor aangegeven dat zij bij de voorbereiding van de aanbesteding onder meer de volgende maatregelen heeft genomen om een level playing field te kunnen waarborgen:

1. Een looptijd van het contract van 8 jaar (vaste looptijd, waardoor eventuele investeringen kunnen worden afgeschreven);
2. De bundeling van de vraag van verschillende gemeenten zodat het volume toeneemt en de risico's op fluctuaties wordt vermindert;
3. Een beperking van het verplichte aantal in te zetten medewerkers ten opzichte van het aantal medewerkers dat op dit moment aan de containers werkt (op dit moment worden er 80 medewerkers met een afstand tot de arbeidsmarkt ingezet bij de Opdrachtgever voor de huidige opdracht);
4. De mogelijkheid om een deel van de productie elders te laten uitvoeren.

Voor de Aanbestedende Dienst is het niet mogelijk om de huidige locatie inclusief machines beschikbaar te stellen aan de winnende inschrijver.

[Ondernemer] stelt dat de zittende leverancier veel gemakkelijker aan de eisen kan voldoen, omdat de zittende leverancier al beschikt over een productielocatie in [de omgeving van Beklaagde] en daarbij al gebruik maakt van gedetacheerden van de Aanbestedende dienst met een afstand tot de arbeidsmarkt.

Het Meldpunt constateert dat er sprake is van een 'inherent de facto voordeel' voor de zittende leverancier. Dit betekent echter niet dat daarmee sprake is van een ontoelaatbare kennisvoorsprong of ontoelaatbare verstoring van de mededinging. Het gaat bij deze aanbestedingsprocedure immers om een nieuwe opdracht met andere uitgangspunten. Het Meldpunt deelt de mening van [Ondernemer] dat de sociale uitvoeringseisen vergelijkbaar zouden zijn met de gestelde voorwaarde in HvJ EU C-360/89 niet. De opdracht wordt niet – ook niet gedeeltelijk – voorbehouden aan lokale ondernemers. Alle gegadigden zijn in staat om een productielocatie te huren in een straal van circa 30km van de [Straatnaam van Aanbesteder]. De Aanbestedende Dienst stelt verder geen eisen aan de productielocatie. De benodigde investeringen zullen voor alle gegadigden gelijk zijn.

Tevens heeft de Aanbestedende Dienst aan het Meldpunt bevestigd dat zij er zorgvuldig op zal toezien dat ook in het verdere verloop van de aanbestedingsprocedure (gunningsleidraad) maatregelen worden getroffen om gelijke kansen te creëren voor alle inschrijvers.

Gelet op het voorgaande oordeelt het Meldpunt ook dit bezwaaronderdeel ongegrond.

Bezwaaronderdeel 3: selectiecriteria

[Ondernemer] stelt dat de gestelde selectiecriteria geen verband houden met de aard van de opdracht en in strijd zijn met het transparantiebeginsel.

Van de gegadigden wordt gevraagd om per gesteld selectie criterium een beschrijving in te dienen. Per selectie criterium wordt in de betreffende paragraaf in de Selectie leidraad beschreven welke onderwerpen de gegadigde moet opnemen in

zijn beschrijving van het desbetreffende selectie criterium en is aangegeven wat de maximaal toegestane omvang is van de beschrijving. In paragraaf 7.2 van de Selectie leidraad wordt beschreven op welke wijze de beschrijvingen worden beoordeeld. De beoordeling vindt plaats aan de hand van een beoordelingsmatrix. Daarbij geldt, dat hoe meer in de beschrijving aan het doel van de Aanbestedende Dienst (voor bijvoorbeeld selectie criterium S1: aantoonbare ervaring met de inzet van mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt) wordt beantwoord en hoe beter de inhoud in onderbouwd, hoe hoger de score die kan worden behaald. Het meldpunt is van mening dat daarmee voor iedere gegadigde vooraf duidelijk is wat wordt gevraagd en hoe er wordt beoordeeld. Van strijdigheid met het transparantiebeginsel is volgens het Meldpunt dan ook geen sprake.

De selectiecriteria vertonen daarnaast een duidelijk verband met de aard van de opdracht. De Aanbestedende Dienst hecht immers bij de uitvoering van de onderhavige opdracht veel waarde aan de inzet van mensen met afstand tot de arbeidsmarkt. De onderhavige opdracht leent zich ook goed voor een dergelijke sociale uitvoeringseis. Daarnaast wordt bij de uitvoering veel waarde gehecht aan circulariteit, duurzaamheid, samenwerking en innovatie. Dit zijn allemaal aspecten die hoog op de agenda staan bij de grootstedelijke uitdagingen op het gebied van afvalverzameling. De Aanbestedende Dienst wenst partijen te selecteren die over aantoonbare ervaring beschikken met betrekking tot de genoemde onderwerpen.

Ook ten aanzien van dit bezwaaronderdeel oordeelt het Meldpunt dat het ongegrond is. Het Meldpunt concludeert daarmee dat uw klacht ongegrond is.'

- 1.8. De Commissie heeft beide partijen uitgenodigd voor een inlichtingenbijeenkomst omdat de Commissie nog de nodige vragen had over de feiten. Er heeft echter geen inlichtingenbijeenkomst plaatsgevonden omdat aanbesteder niet bereid was haar medewerking daaraan te verlenen.

2. Beschrijving klacht

2.1. Klachtonderdeel 1

De door aanbesteder verstrekte informatie in de selectiefase is onvoldoende voor potentiële gegadigden om te bepalen of zij interesse hebben in de opdracht.

2.2. Klachtonderdeel 2

De door aanbesteder gehanteerde eis ten aanzien van de 55 FTE medewerkers met een afstand tot de arbeidsmarkt én de locatie-eis zijn in strijd met het non-discriminatiebeginsel en leveren een schending op van het level playing field.

2.3. Klachtonderdeel 3

De selectiecriteria, met name het criterium inzake inzet van mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt, houden onvoldoende verband met de aard van de opdracht, zijn in strijd met het transparantiebeginsel en zijn te subjectief geformuleerd. Verder is er geen sprake van een level playing field, doordat de zittende leverancier bij het selectie criterium inzake de inzet van mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt een voordeel heeft.

3. Onderbouwing klacht

3.1. Klachtonderdeel 1

- 3.1.1. De prognose van het gemiddeld aantal benodigde OLC's per jaar is reeds tijdens de selectiefase twee maal sterk gewijzigd (zie 1.4.1 en 1.5 hiervoor) en beklaagde wil geen minimumaantallen verstrekken.
- 3.1.2. Dergelijke minimumaantallen zijn naar mening van ondernemer wel noodzakelijk om na te kunnen gaan of de opdracht voor haar interessant is.
- 3.1.3. Daarnaast merkt ondernemer op dat beklaagde nagenoeg alle informatie pas in de volgende fase verstrekt óf dat deze aan wijziging onderhevig kan zijn en onderdeel uitmaakt van de dialoog.
- 3.1.4. Voor verdere onderbouwing van haar klacht verwijst ondernemer naar haar brief van 25 juli 2018 (zie 1.6 hiervoor).

3.2. Klachtonderdeel 2

- 3.2.1. In de reactie van aanbesteder van 2 augustus 2018 (zie 1.7 hiervoor) op de klacht van ondernemer gaat beklaagde volledig langs de kern. Waar het ondernemer om gaat is dat binnenlandse ondernemingen, in het bijzonder de in de omgeving van aanbesteder gevestigde bedrijven, veel eenvoudiger kunnen voldoen aan de door aanbesteder gehanteerde eis dat minimaal 55 FTE gedetacheerde medewerkers van beklaagde werkzaam moeten blijven in het kader van de uitvoering van de opdracht (de zogenoemde 'sociale uitvoeringseis') en de eis dat een belangrijk deel van de productie en de gehele assemblage dient plaats te vinden op een locatie binnen een straal van circa 30 km (OV vervoersafstand) van een straat in het gebied van de gemeente van aanbesteder (de zogenoemde 'locatie-eis', zie 1.2 hiervoor). Dat is volgens vaste rechtspraak verkapte discriminatie naar nationaliteit.
- 3.2.2. Ondernemer stelt dat aanbesteder in haar reactie inzake het level playing field goed beschouwd niet weerspreekt dat de zittende leverancier een evident voordeel heeft. Aanbesteder doet het voordeel af als een "inherent" voordeel voor de zittende leverancier, maar het voordeel gaat naar mening van ondernemer veel verder en beklaagde creëert dit voordeel zelf door het stellen van de 'sociale uitvoeringseis' en de 'locatie-eis'.
- 3.2.3. Er komt volgens ondernemer ontzettend veel kijken bij het opzetten van een productiefaciliteit en het opzetten van een productiefaciliteit brengt grote investeringen met zich. Het is niet zo dat je even simpelweg een locatie huurt. Die kosten heeft een zittende leverancier niet. Bovendien kunnen de inschrijvende partijen de geprognosticeerde aantallen produceren op hun huidige locatie, waardoor er helemaal geen investeringen zouden hoeven te worden gepleegd in machines en gebouwen. Die staan er al. Dus moet er extra worden geïnvesteerd en moeten er kosten worden gemaakt om te produceren, terwijl de zittende leverancier dat gewoon kan blijven doen tegen de huidige kosten. Voor verdere onderbouwing van dit standpunt verwijst ondernemer naar haar brief van 25 juli 2018 (zie 1.6 hiervoor).
- 3.2.4. De maatregelen die beklaagde heeft genomen om het level playing field te waarborgen, nemen de voormelde ongelijkheid volgens ondernemer niet weg. Bovendien is het feitelijk onjuist dat een bundeling van de vraag van verschillende gemeenten zou leiden tot een beperking van het risico op fluctuaties. Er moet nu nota bene worden afgestemd met 8 opdrachtgevers.

- 3.2.5. Ten slotte geldt ook nog dat beklagde de 'sociale uitvoeringseis' en 'locatie-eis' niet heeft gewijzigd terwijl de geprognosticeerde aantallen zijn gedaald in de tweede Nota van Inlichtingen (zie 1.5 hiervoor).
- 3.2.6. In het kader van de voorbereiding van de door de Commissie voorgenomen inlichtingenbijeenkomst, die uiteindelijk niet heeft plaatsgevonden (zie 1.8 hiervoor), heeft ondernemer nog enkele passages toegezonden uit het bestek uit 2009: 'Afvalcontainers en [bakken]', ten behoeve van aanbesteder, in het bijzonder haar dienst Y. Perceel 1 betreft onder meer de levering van halffabricaten en de technische begeleiding en CE-markeringverlening ten behoeve van bepaalde ondergrondse containers. De aanbestedende dienst draagt zorg voor de assemblage van de halffabrikaten. Op p. 21 en 22 van het bestek is bepaald:

'Assemblage en technische begeleiding

De te selecteren marktpartij dient de halffabricaten voor de containers (...) aan te leveren bij de assemblagelijijn van de aanbestedende dienst. Deze assemblagelijijn is eigendom van [Y], een onderdeel van de aanbestedende dienst. (...)

Aan de assemblagelijijn werkt personeel met een afstand tot de arbeidsmarkt. (...)

[Y] creëert met de Opdracht geschikte arbeidsplaatsen voor dit personeel en voert de sociaal gerichte (maatschappelijke) begeleiding uit. Deze begeleiding is een van de kerntaken van [Y] en ziet op de situatie van het personeel zowel op de werkvloer als daarbuiten (bijvoorbeeld thuis).

De te selecteren marktpartij levert de taakgerichte (technische) begeleiding tijdens het assemblageproces. Hieronder wordt mede verstaan het bewaken van de kwaliteit van de geassembleerde containers en het meedenken met [Y] met het gehele proces en de sociaal gerichte begeleiding. De te selecteren marktpartij is verantwoordelijk voor de kwaliteit van de geassembleerde containers Tijdens het assemblageproces is een verantwoordelijke aanwezig van de te selecteren marktpartij. Ingrijpen door de te selecteren marktpartij gedurende het assemblageproces vindt in beginsel plaats op management niveau: de verantwoordelijke aanwezige van de te selecteren marktpartij communiceert met de assemblagebegeleider van [Y] ter plaatse. De instructies aan het aanwezige personeel worden altijd door of via de assemblageleider van [Y] verstrekt.

De aanbestedende dienst is voornemens de assemblagelijijn binnen de looptijd van de opdracht elders binnen [het gebied van aanbesteder] te huisvesten. Deze nieuwe huisvesting maakt een efficiënter ruimtegebruik mogelijk. De voorgenomen verplaatsing van de assemblagelijijn heeft geen consequenties voor de vergoeding die de te selecteren marktpartij ontvangt van de aanbestedende dienst.'

- 3.2.7. Verder voert ondernemer aan dat na gunning van het bestek in 2010 op een later moment, naar ondernemer meent in 2012, met de partij die de opdracht gegund heeft gekregen een "deal" is gesloten. Deze "deal" hield in dat zij de gebouwen en machines ging huren en de mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt aan het werk zou houden. Volgens ondernemer mocht deze partij alle opdrachten, veel meer dan alleen de opdracht betreffende de ondergrondse containers, blijven uitvoeren. Deze partij heeft dus met "hulp" van aanbesteder een mooi bedrijf kunnen opstarten zonder risico's. Zij had immers garantie van werk en omzet. In de onderhavige aanbestedingsprocedure is zij dan ook in het voordeel omdat zij, anders dan ondernemer, geen enkel risico loopt. Risico's voor ondernemer zijn dat hij nog een locatie moet gaan huren, materiaal moet gaan aanschaffen en dat hij moet gaan investeren in personeel voor de begeleiding van de mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt.

3.3. Klachtonderdeel 3

- 3.3.1. Aanbesteder gaat in haar reactie op deelklacht 3 voorbij aan de argumenten van ondernemer. Er wordt bijvoorbeeld geen aandacht besteed aan het feit dat inschrijvers bij de uitvoering van de opdracht mogelijk willen afwijken van hun "huidige" werkwijze én dat de 'sociale uitvoeringseis' en 'locatie-eis' nota bene nog aan wijziging onderhevig kunnen zijn (zodat het denkbaar is dat de selectie-eis uiteindelijk in het geheel niet meer aansluit bij de opdracht).
- 3.3.2. Ten slotte geldt dat ook dit selectie criterium een voordeel oplevert voor de zittende leverancier, aangezien die partij bij de uitvoering van de huidige opdracht exact doet waar straks om wordt gevraagd. Dit terwijl bij andere opdrachten normaal gesproken slechts maximaal 5% van het arbeidsdeel aan social return wordt gevraagd en de overige inschrijvers dus minder ervaring hebben met de begeleiding van mensen met afstand tot de arbeidsmarkt.
- 3.3.3. Ondernemer verwijst voor verdere onderbouwing van haar klacht naar klachtonderdeel 3 in haar brief van 25 juli 2018 (zie 1.6 hiervoor).

4. Reactie aanbesteder

4.1. Klachtonderdeel 1

- 4.1.1. Ondernemer stelt dat aanbesteder te weinig informatie zou hebben verstrekt in het kader van de selectiefase. Ondernemer stelt dat van haar wordt verwacht dat zij aanzienlijke kosten gaat maken, terwijl zij niet vooraf kan inschatten of zij de opdracht wel wil verkrijgen.
- 4.1.2. Aanbesteder zou volgens ondernemer ten onrechte geen minimumaantallen verstrekken, terwijl dergelijke minimumaantallen wel noodzakelijk zouden zijn om te kunnen bepalen of de opdracht interessant is. Daarnaast stelt ondernemer dat aanbesteder zou hebben aangegeven dat nagenoeg alle informatie pas in de volgende fase wordt verstrekt of aan wijziging onderhevig kan zijn en onderdeel uitmaakt van de dialoog.
- 4.1.3. Aanbesteder heeft in de 2e Nota van Inlichtingen van 25 juli 2018 een geactualiseerde afnameprognose van de onderlossende containers verstrekt (zie 1.5 hiervoor). Op basis van die geactualiseerde afnameprognose worden de gegadigden volgens aanbesteder voldoende in staat gesteld om een inschatting te maken voor een haalbare business case.
- 4.1.4. Een verdergaande verplichting om bijvoorbeeld minimumaantallen of een minimumafname garantie te noemen, bestaat volgens aanbesteder niet. Aanbesteder is dan ook niet gehouden om in de selectiefase een dergelijke minimumafname garantie of minimumaantallen te noemen.
- 4.1.5. Ondanks dat het raamovereenkomsten betreft, is aanbesteder voornemens om in de raamovereenkomsten bepalingen op te nemen die voorzien in een bepaalde mate van zekerheid in relatie tot de benodigde investeringen. De wijze waarop dat kan worden gerealiseerd zal onderwerp zijn van de dialoog. Onderdeel van de te bespreken opties zal zijn het opnemen van minimumaantallen in de raamovereenkomsten.
- 4.1.6. Op grond van het voorgaande meent aanbesteder dat dit klachtonderdeel ongegrond is.

4.2. Klachtonderdeel 2

- 4.2.1. Ten aanzien van de klacht over verkapte discriminatie naar nationaliteit voert aanbesteder het volgende aan.
- 4.2.2. Aanbesteder stelt als sociale uitvoeringseis dat minimaal 55 FTE gedetacheerde medewerkers (mensen met een SW indicatie) van aanbesteder werkzaam moet blijven bij de uitvoering van de opdracht. Daarnaast stelt aanbesteder als eis dat een belangrijk deel van de productie en de gehele assemblage op een locatie dient plaats te vinden in een straal van circa 30 km (OV vervoersafstand) van een straat in het gebied van de gemeente van aanbesteder. Aanbesteder stelt deze eis met het oog op de maximale reisafstand die geldt voor de medewerkers (mensen met een SW indicatie) van beklagde (min. 55 FTE) naar de assemblage en productie-locatie.
- 4.2.3. Ondernemer stelt dat voor de sociale uitvoeringseis en de locatie-eis geldt dat binnenlandse ondernemingen – in het bijzonder in de omgeving van aanbesteder gevestigde bedrijven – veel eenvoudiger kunnen voldoen aan de locatie-eis en de sociale uitvoeringseis. Volgens ondernemer is daarmee sprake van verkapte discriminatie naar nationaliteit.
- 4.2.4. Aanbesteder is van mening dat de sociale uitvoeringseis en de daaraan gekoppelde locatie-eis niet discriminerend is. Iedere inschrijver is in staat om een productielocatie te huren in een straal van circa 30 km van de straat in de omgeving van aanbesteder. Aanbesteder stelt verder geen eisen aan de productielocatie. De benodigde investeringen zullen volgens beklagde voor alle gegadigden gelijk zijn. De inschrijvers kunnen bij hun inschrijving rekening houden met de benodigde investeringen. Bovendien behoren dergelijke investeringen naar mening van aanbesteder tot het normale ondernemersrisico.
- 4.2.5. De 'sociale uitvoeringseis' en de 'locatie-eis' zijn als uitvoeringseis in de onderhavige aanbesteding opgenomen en niet als selectie-eis. Op het moment van inschrijven, hoeft een inschrijver (nog) niet aan deze eisen te voldoen.
- 4.2.6. De sociale uitvoeringseis speelt een belangrijke rol in de onderliggende opdracht. Van de in te zetten mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt kan niet worden verlangd dat zij aanzienlijke afstanden moeten afleggen voor de assemblage werkzaamheden op de productielocatie. Om die reden is ervoor gekozen om de 'locatie-eis' te koppelen aan de 'sociale uitvoeringseis'.
- 4.2.7. Aanbesteder benadrukt dat het hier gaat om een opdracht van aanzienlijke omvang voor verschillende gemeenten met een looptijd van 8 jaar. Daar komt bij dat de overige gegadigden (ook buiten de regio van aanbesteder gevestigde ondernemingen) geen bezwaren hebben geuit tegen de 'sociale uitvoeringseis' en daaraan gekoppelde 'locatie-eis'.
- 4.2.8. Ten aanzien van de (vermeende) schending van het level playing field voert aanbesteder het volgende aan.
- 4.2.9. Ondernemer geeft aan dat met de 'sociale uitvoeringseis' en de 'locatie-eis' het level playing field wordt geschonden. Ondernemer stelt dat de zittende leverancier veel gemakkelijker aan de eisen kan voldoen, omdat de zittende leverancier al beschikt over een productielocatie in de omgeving van aanbesteder en daarbij al gebruik maakt van de inzet van gedetacheerden van aanbesteder met een afstand tot de arbeidsmarkt.

- 4.2.10. Aanbesteder constateert dat er sprake is van een 'inherent de facto voordeel' voor de zittende leverancier. Dit betekent echter niet dat daarmee sprake is van een ontoelaatbare kennisvoorsprong of ontoelaatbare verstoring van de mededinging. Het gaat bij deze aanbestedingsprocedure immers om een nieuwe opdracht met andere uitgangspunten. De benodigde investeringen zullen voor alle gegadigden gelijk zijn. Ook de zittende leverancier zal hoogstwaarschijnlijk bij verkrijging van de Opdracht nieuwe investeringen moeten doen. Denk daarbij bijvoorbeeld aan de aanschaf van nieuwe machines in verband met inmiddels afgeschreven machines, etcetera.
- 4.2.11. Daar komt bij dat in de gunningsfase naast prijsstelling ook zal worden beoordeeld op kwalitatieve aspecten. Voor zover er al sprake zou zijn van een kostenvoordeel bij de zittende leverancier, betekent dat dus nog niet dat hij een grotere kans maakt op het verkrijgen van de raamovereenkomsten.
- 4.2.12. Gelet op het voorgaande meent aanbesteder dat ook dit klachtonderdeel ongegrond is.
- 4.3. Klachtonderdeel 3
- 4.3.1. Ondernemer stelt dat de gestelde selectiecriteria geen verband houden met de aard van de opdracht en in strijd zijn met het transparantiebeginsel. Voorts stelt ondernemer dat beklagde in haar reactie op de klacht geen aandacht heeft besteed aan het feit dat inschrijvers bij de uitvoering van de Opdracht mogelijk willen afwijken van hun "huidige" werkwijze en dat de 'sociale uitvoeringseis' en 'locatie-eis' aan wijziging onderhevig kunnen zijn, zodat het denkbaar is dat de selectie-eis uiteindelijk in het geheel niet meer aansluit bij de Opdracht.
- 4.3.2. Ook zou het selectie criterium (S1: Ervaring met de inzet van mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt, zie 1.2 hiervoor) een voordeel opleveren voor de zittende leverancier, omdat die partij bij de uitvoering van de huidige opdracht exact zou doen waar straks om gevraagd wordt en daardoor meer ervaring hebben met begeleiding van mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt dan de overige inschrijvers.
- 4.3.3. Aanbesteder is van oordeel dat de selectie-eisen in een redelijke verhouding tot de aard en omvang van de opdracht staan. Het selectie criterium (S1: Ervaring met de inzet van mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt, zie 1.2 hiervoor) vertoont een duidelijk verband met de aard van de opdracht. Aanbesteder hecht immers bij de uitvoering van de onderhavige opdracht veel waarde aan de inzet van mensen met afstand tot de arbeidsmarkt. Aanbesteder wenst daarom partijen te selecteren die over aantoonbare ervaring beschikken met betrekking tot het genoemd onderwerp.
- 4.3.4. De selectie ziet juist op de huidige ervaring met de inzet van mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt. Aanbesteder vraagt in de selectie-eis om een beschrijving van de ervaring die de gegadigden hebben met het begeleiden van mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt. Daarbij wordt niet gevraagd om de uitwerking toe te spitsen op de voorliggende opdracht en de 'sociale uitvoeringseis'. De gevraagde ervaring met inzet van mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt hoeft niet gerelateerd te zijn aan het maken van onderlossende containers. Tijdens het vervolg van de aanbesteding kunnen de geselecteerde gegadigden een project specifiek plan indienen. Verder heeft de aanbesteder nadrukkelijk ruimte gelaten voor de inschrijvers om op dit punt samen te werken met gespecialiseerde partijen.
- 4.3.5. Ook valt niet in te zien dat de selectie-eis uiteindelijk in het geheel niet meer zou aansluiten bij de opdracht. Alle gegadigden worden op gelijke wijze beoordeeld.

Aanbesteder ziet niet in waarom de zittende leverancier een ontoelaatbaar voordeel zou hebben bij deze selectie-eis. De nadruk van de beoordeling ligt bovendien op kwaliteit (visie, aanpak, resultaten en begeleiding) en niet alleen maar op kwantiteit (aantallen).

- 4.3.6. De onderliggende raamovereenkomsten worden via een concurrentiegerichte dialoog aanbesteed. De wijze waarop invulling wordt gegeven aan de 'sociale uitvoeringseis' zal aan de orde komen in de dialoofase. De selectie staat daar dus los van.
- 4.3.7. Ook ten aanzien van dit klachtonderdeel meent aanbesteder dat het ongegrond is.

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder op 20 juni 2018 namens een aantal gemeenten een Europese procedure van de concurrentiegerichte dialoog heeft aangekondigd voor raamovereenkomsten met één ondernemer voor de productie en levering van onderlossende containers. Aanbesteder is de penvoerder in deze aanbestedingsprocedure en zal als aanbestedende dienst de aanbesteding begeleiden en uitvoeren. De opdracht is weliswaar geografisch opgedeeld in percelen, maar het doel van deze aanbesteding is dat iedere gemeente (of eventueel koppels van samenwerkende gemeenten) voor elk perceel een individuele raamovereenkomst afsluit met één en dezelfde opdrachtnemer. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en 2 Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit.
- 5.2. Alvorens tot behandeling van de klachtonderdelen over te gaan, merkt de Commissie het volgende op. De Commissie betreurt het dat beklagde zich niet bereid heeft getoond op een inlichtingenbijeenkomst te verschijnen en meer opheldering over de feiten te verschaffen. Het komt de Commissie voor dat wanneer ervan mag worden uitgegaan – zoals zij voorshands doet – dat bestuursorganen met de statuur van aanbesteder zich aan de vigerende aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving houden en ter zake dus niets te verbergen hebben, zichzelf een slechte dienst bewijzen door zo weinig transparant te zijn over hun – met overheidsmiddelen gefinancierde – activiteiten.
- 5.3. Klachtonderdeel 1
 - 5.3.1. Alvorens over te gaan tot inhoudelijke behandeling van dit klachtonderdeel, geeft de Commissie eerst het toetsingskader weer.
 - 5.3.2. In de oude Richtlijn 2004/18/EG was voor de procedure van de concurrentiegerichte dialoog reeds bepaald dat de aanbestedende diensten hun behoeften en eisen in de aankondiging vermelden en dat deze in de aankondiging of een beschrijvend document worden omschreven. Tevens dienden de inschrijvingen te worden beoordeeld op basis van de in de aankondiging of in het beschrijvend document bepaalde gunningscriteria (artikel 29, lid 2, 4 en 7).
 - 5.3.3. In artikel 30 van Richtlijn 2014/24/EU, dat ziet op de procedure van de concurrentiegerichte dialoog, is dit eveneens bepaald in lid 2, 4, 6 en 7 (onderstrepingen door de Commissie):

'2. De behoeften en eisen van de aanbestedende dienst worden in de aankondiging van de opdracht aangegeven en in die aankondiging en/of in een beschrijvend

document nader uitgewerkt. Tevens worden in deze documenten de gekozen gunningscriteria aangegeven en nader uitgewerkt, en een indicatief tijdschema aangegeven.

4. De concurrentiegerichte dialoog kan in opeenvolgende fasen verlopen, zodat het aantal in de dialoogfase te bespreken oplossingen wordt beperkt door toepassing van de gunningscriteria uit de aankondiging van de opdracht of in het beschrijvend document. De aanbestedende dienst vermeldt in de aankondiging van de opdracht of in het beschrijvende document of hij van deze mogelijkheid gebruik zal maken.

6. (...)

De aanbestedende diensten kunnen verzoeken om de inschrijvingen te verduidelijken, te preciseren of nauwkeuriger te omschrijven. De toelichting, precisering, nadere omschrijving of aanvullende informatie mag echter geen wijziging van de inschrijving of van de aanbesteding inhouden op essentiële punten, daaronder begrepen de in de aankondiging van de opdracht of in het beschrijvend document vermelde behoeften en eisen, indien daardoor de mededinging verstoord dreigt te worden of discriminatie dreigt te ontstaan.

7. De aanbestedende dienst beoordeelt de ontvangen inschrijvingen op basis van de in de aankondiging van de opdracht of in het beschrijvend document vastgestelde gunningscriteria.

Op verzoek van de aanbestedende dienst kunnen met de inschrijver die overeenkomstig artikel 67 als de inschrijving met de als beste prijs-kwaliteitsverhouding is aangewezen, onderhandelingen worden gevoerd om de in de inschrijving vervatte financiële toezeggingen of andere voorwaarden te bevestigen en de voorwaarden van de opdracht af te ronden, mits dit de essentiële aspecten van de inschrijving of van de, met inbegrip van de in de aankondiging van de opdracht of het beschrijvend document vermelde behoeften en voorschriften, materieel ongewijzigd laat en niet tot vervalsing van de mededinging of discriminatie kan leiden.'

5.3.4. Op basis van artikel 1.6 Aw 2012 moeten aanbestedende diensten zorgdragen voor een zo groot mogelijke beperking van de met de totstandkoming van een overeenkomst samenhangende en daaruit voortvloeiende administratieve lasten.

5.3.5. Op grond van artikel 1.9, lid 1, Aw 2012 dient een aanbestedende dienst transparant te handelen.

5.3.6. Verder is in artikel 1.10, lid 1, Aw 2012, voor zover relevant, bepaald:

'Een aanbestedende dienst (...) stelt bij de voorbereiding van het tot stand brengen van een overheidsopdracht (...) uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijvers en de inschrijvingen die in redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.'

5.3.7. Krachtens het vierde lid van voornoemd artikel dient een aanbestedende dienst de voorschriften uit de Gids Proportionaliteit toe te passen of een afwijking daarvan te motiveren in de aanbestedingsstukken.

5.3.8. De artikelen 2.28-2.29 en 2.110-2.112 Aw 2012 zien op de procedure van de concurrentiegerichte dialoog. In de artikelen 2.110 en 2.112 Aw 2012 is, onder meer, bepaald (onderstrepingen Commissie):

'Artikel 2.110

(...)

2. Een aanbestedende dienst vermeldt in de aankondiging van de overheidsopdracht de behoeften en eisen die door hem in die aankondiging of het beschrijvend document worden omschreven.

3. Een aanbestedende dienst vermeldt in de aankondiging of het beschrijvend document tevens de gekozen gunningscriteria alsmede een indicatief tijdschema en geeft in die aankondiging of het beschrijvend document een omschrijving van de gekozen gunningscriteria.

(...)

Artikel 2.112

1. Een aanbestedende dienst beoordeelt de ontvangen inschrijvingen op basis van de in de aankondiging van de overheidsopdracht of in de aanbestedingsstukken bepaalde gunningscriteria en kiest de economisch meest voordelige inschrijving op basis van de beste prijs-kwaliteitverhouding overeenkomstig artikel 2.115.

2. Een aanbestedende dienst kan met de inschrijver wiens inschrijving is aangegeven als economisch meest voordelige inschrijving op basis van de beste prijs-kwaliteitverhouding onderhandelingen voeren om de in de inschrijving vervatte financiële toezeggingen of andere voorwaarden te bevestigen met het oog op afronding van de voorwaarden van de overheidsopdracht, mits dit de wezenlijke aspecten van de inschrijving of van de in de aankondiging of het beschrijvend document vermelde behoeften en voorschriften onverlet laat en niet tot vervalsing van de mededinging of discriminatie kan leiden.

(...)'

5.3.9. Voorts is in paragraaf 3.4.3 van de Gids Proportionaliteit het volgende bepaald:

'Naast de algemeen bekende procedures voorziet de regelgeving voor specifieke situaties, onder nader omschreven voorwaarden, in toepassing van andere procedures, zoals de concurrentiegerichte dialoog, (...). De keuze voor een dergelijke procedure wordt met name ingegeven door de wens van de aanbestedende dienst om inbreng over mogelijke oplossingsrichtingen uit de markt te genereren en wordt dan ook pas na een gedegen afweging ingezet. (...)

Het objectief en transparant doorlopen van deze procedures vraagt een zwaardere inspanning van zowel de aanbestedende dienst als marktpartijen dan de gangbare procedures. Het voorwerk voor een aanbesteding (het schrijven van de uitgangspunten en de te realiseren doelstellingen) blijft hetzelfde, maar de procedure op zich kent een langere doorlooptijd en vraagt naast (soms tijdrovend) overleg met marktpartijen ook een uitgebreide en gedegen verslaglegging. Dit leidt tot hogere transactiekosten die disproportioneel kunnen zijn. In veel gevallen volstaat een marktanalyse of –consultatie om bepaalde informatie te verkrijgen.'

5.3.10. Ten slotte dient het object van aanbesteding voldoende bepaalbaar te zijn (vgl. HR 25 januari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD6097, BR 2002/152 m.nt. H. Nijholt, r.o. 3.2-3.3.2 en Advies 466, overweging 5.3.4 en Advies 297, overweging 5.7.1, 5.7.3, 5.7.6 en 5.7.7).

5.3.11. De Commissie zal hierna overgaan tot beoordeling van klachtonderdeel 1 in het licht van het hiervoor uiteengezette toetsingskader.

5.3.12. In dit klachtonderdeel klaagt ondernemer dat de door aanbesteder in de selectiefase verstrekte informatie onvoldoende is voor potentiële gegadigden om te bepalen of zij interesse hebben in de opdracht.

- 5.3.13. Op basis van Richtlijn 2014/24/EU en de Aanbestedingswet 2012 (zie 5.3.2, 5.3.3 en 5.3.8 hiervoor) kan, in het kader van de procedure van de concurrentiegerichte dialoog, een aanbestedende dienst ervoor kiezen bepaalde informatie betreffende zijn eisen en behoeften en de gunningscriteria niet in de aankondiging, maar in een beschrijvend document op te nemen. Naar het oordeel van de Commissie ligt het voor de hand dat het beschrijvend document in dat geval vanaf het moment van publicatie van de aankondiging beschikbaar moet zijn. De termijnen voor het indienen van een verzoek tot deelneming of een inschrijving kunnen immers pas gaan lopen als alle essentiële informatie aan de potentiële gegadigden of inschrijvers is bekendgemaakt. In dit kader wijst de Commissie op de formulering van artikel 30, lid 2, Richtlijn 2014/24/EU en rechtsoverweging 55 van het Max Havelaar-arrest (HvJ EU 10 mei 2012, ECLI:EU:C:2012:284, C-368/10). Ervan uitgaande dat de Selectieleidraad vanaf het moment van publicatie van de aankondiging beschikbaar was, dient de vereiste informatie derhalve in de aankondiging of de Selectieleidraad te zijn opgenomen.
- 5.3.14. Bovendien dient het object van aanbesteding voldoende bepaalbaar te zijn (zie 5.3.10 hiervoor). Naar het oordeel van de Commissie dient dat bij een aanbestedingsprocedure met een voorafgaande kwalitatieve selectie – waar de procedure van de concurrentiegerichte dialoog een verschijningsvorm van is – niet pas het geval te zijn op het moment dat de kwalitatieve selectie van gegadigden heeft plaatsgevonden. Mede in het kader van de beperking van de administratieve lasten (zie 5.3.4 hiervoor) dient de opdracht reeds voldoende bepaalbaar te zijn vóór de start van de kwalitatieve selectie, in die zin dat er voldoende informatie beschikbaar moet zijn voor potentiële gegadigden om te kunnen bepalen of zij de opdracht willen verwerven en zich voor de procedure willen aanmelden. Dat geldt zeker in een geval als het onderhavige waarbij de in de kwalitatieve selectiefase – en mogelijk ook de dialoofphase – tevergeefs gemaakte kosten niet worden vergoed, indien de potentiële gegadigde of inschrijver uiteindelijk besluit dat hij geen inschrijving wil doen (zie paragraaf 4.2.4 van de Selectieleidraad in 1.2 hiervoor).
- 5.3.15. In het kader van de onderhavige opdracht is informatie over de behoefte van aanbesteder en de deelnemende gemeenten – en dan met name de bereidheid om een minimale afname van containers te garanderen – voor potentiële gegadigden een essentieel gegeven, zeker nu vereist is dat bij de uitvoering van de opdracht een aanzienlijk aantal door aanbesteder aangewezen mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt wordt ingezet.
- 5.3.16. Naar het oordeel van de Commissie had aanbesteder dan ook ten tijde van de aankondiging in die aankondiging of in de Selectieleidraad meer informatie kunnen en moeten geven over de bereidheid om een bepaalde afname te garanderen (vgl. Hof Den Haag 6 maart 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BC6065, r.o. 5). Voor zover aanbesteder daarvoor informatie nodig had van de deelnemende gemeenten, had het op zijn weg gelegen daarover eerder duidelijkheid van die gemeenten te verkrijgen. Voor zover aanbesteder daarvoor informatie van de markt nodig had, had hij deze door middel van een marktconsultatie kunnen achterhalen of had hij zich daarover kunnen laten adviseren.
- 5.3.17. Ook over de gunningscriteria heeft aanbesteder naar het oordeel van de Commissie onvoldoende informatie bekendgemaakt. In de Selectieleidraad heeft aanbesteder deze 'in grote lijnen' bekendgemaakt (zie paragraaf 5.3.1 van de Selectieleidraad in 1.2 hiervoor). Daarbij geeft aanbesteder aan dat hij in de dialoofphase accenten kan veranderen, wegingen kan toevoegen en modellen ter beoordeling kan introduceren. Naar het oordeel van de Commissie heeft aanbesteder op deze wijze niet voldaan aan zijn verplichting op grond van artikel 2.110, lid 3, Aw 2012. Op basis van dit artikel dienen de gunningscriteria niet alleen te worden opgenomen in de

aankondiging of het beschrijvend document, maar daarin ook te worden omschreven. In dat licht is de vermelding van de gunningscriteria 'in grote lijnen' naar het oordeel van de Commissie te summier.

- 5.3.18. De Commissie acht klachtonderdeel 1 dan ook gegrond.
- 5.3.19. Ten overvloede merkt de Commissie nog het volgende op.
- 5.3.20. Aanbesteder verlangt in het onderhavige geval niet alleen dat de opdrachtnemer personeel, materieel of materiaal beschikbaar houdt als bedoeld in Voorschrift 3.3 A Gids Proportionaliteit, maar verlangt ook dat bij de uitvoering van de opdracht een aanzienlijk aantal door aanbesteder aangewezen mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt wordt ingezet. Bij het bepalen van de minimale afnamegarantie of een andere voorziening om een bepaalde mate van zekerheid aan de opdrachtnemer te verstrekken met het oog op de benodigde investeringen door de opdrachtnemer (zie 4.1.5 hiervoor), zal aanbesteder dan ook rekening moeten houden met Voorschrift 3.3 A Gids Proportionaliteit.
- 5.3.21. Voor zover aanbesteder in de Selectieleidraad met betrekking tot de gunningscriteria heeft aangegeven dat hij in de dialooffase accenten kan veranderen, wijzingen kan toevoegen en modellen ter beoordeling kan introduceren, merkt de Commissie ten slotte nog het volgende op. Op basis van het transparantiebeginsel zal aanbesteder in dat geval binnen de kaders moeten blijven van de reeds bekendgemaakte gunningscriteria, aangezien aanbesteder de gunningscriteria gedurende de gehele procedure op dezelfde wijze moet uitleggen (zie HvJ EU 18 oktober 2001, zaak C-19/00, EU:C:2001:553 (SIAC), r.o. 43 en HvJ EU 14 juli 2016, C-6/15, ECLI:EU:C:2016:555 (TNS Dimarso), r.o. 23).

5.4. Klachtonderdeel 2

- 5.4.1. Alvorens over te gaan tot inhoudelijke behandeling van klachtonderdeel 2, geeft de Commissie eerst het toetsingskader weer.
- 5.4.2. Op grond van artikel 1.8 Aw 2012 dient een aanbestedende dienst ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze te behandelen.
- 5.4.3. Artikel 1.10, lid 1, Aw 2012 bepaalt dat de aanbestedende dienst uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijvers en aan de inschrijvingen stelt die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.
- 5.4.4. In artikel 2.12a Aw 2012 is bepaald:
 - '1. Een aanbestedende dienst plaatst een overheidsopdracht die betrekking heeft op een combinatie van werken, leveringen of diensten waarop deel 2 van deze wet van toepassing is, overeenkomstig de bepalingen die gelden voor het hoofdvoorwerp van de desbetreffende overheidsopdracht.
 - 2. In het geval van een gemengde overheidsopdracht als bedoeld in het eerste lid, die ten dele betrekking heeft op diensten als bedoeld in paragraaf 2.2.1.8 en ten dele op andere diensten, of een gemengde overheidsopdracht als bedoeld in het eerste lid, die ten dele betrekking heeft op diensten en ten dele op leveringen, wordt het hoofdvoorwerp bepaald door de hoogst geraamde waarde van de respectieve diensten of leveringen.'
- 5.4.5. Voor de diensten genoemd in Titel III, hoofdstuk 1 (Sociale diensten en andere specifieke diensten) van Richtlijn 2014/24/EU, heeft de Nederlandse wetgever bijzondere voorschriften gesteld in § 2.2.1.8 Aw 2012 ("Bijzondere voorschriften betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten voor sociale en andere specifieke

diensten"). Deel 2 van de Aanbestedingswet 2012 is in beginsel op deze opdrachten van toepassing indien de drempelwaarde van € 750.000 voor sociale en specifieke diensten op basis van artikel 2.6a Aw 2012 jo. artikel 4, onderdeel d, Richtlijn 2014/24/EU wordt overschreden.

5.4.6. De artikelen 2.38 en 2.39 van § 2.2.1.8 Aw 2012 zien specifiek op het plaatsen van overheidsopdrachten (of raamovereenkomsten) voor sociale en andere specifieke diensten. Op basis van artikel 2.38 Aw 2012 kan de aanbestedende dienst voor deze opdrachten de procedure voor sociale en andere specifieke diensten toepassen. In artikel 2.39, lid 1, Aw 2012 zijn de te doorlopen stappen van deze procedure aangeduid. Het tweede lid bepaalt dat uitsluitend bepaalde delen uit Hoofdstuk 2.3 ("Regels inzake aankondiging, uitsluiting, selectie en gunning") op deze procedure van toepassing zijn.

5.4.7. In artikel 2.80 Aw 2012 is bepaald:

'1. Een aanbestedende dienst kan bijzondere voorwaarden verbinden aan de uitvoering van een overheidsopdracht, mits dergelijke voorwaarden verband houden met het voorwerp van de opdracht en in de aankondiging of de aanbestedingsstukken vermeld zijn. De voorwaarden waaronder de overheidsopdracht wordt uitgevoerd, kunnen verband houden met economische, innovatiegerelateerde, arbeidsgerelateerde, sociale of milieuoverwegingen.

2. Artikel 2.115, derde lid, is van overeenkomstige toepassing op bijzondere voorwaarden, verbonden aan de uitvoering van een overheidsopdracht.'

5.4.8. In artikel 2.82 Aw 2012 is bepaald:

'1. De aanbestedende dienst kan de deelneming aan een procedure voor de gunning van een overheidsopdracht voorbehouden aan sociale werkplaatsen en aan ondernemers die de maatschappelijke en professionele integratie van gehandicapten of kansarmen tot hoofddoel hebben, of de uitvoering ervan voorbehouden in het kader van programma's voor beschermde arbeid, mits ten minste 30% van de werknemers van deze werkplaatsen, ondernemingen of programma's gehandicapte of kansarme werknemers zijn.

2. De aankondiging van de opdracht vermeldt een voorbehoud als bedoeld in het eerste lid.'

5.4.9. Artikel 2.115, lid 3, Aw 2012 betreffende de nadere criteria in het kader van het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving op basis van de beste prijs-kwaliteitverhouding bepaalt:

'3. Nadere criteria als bedoeld in het eerste lid houden verband met het voorwerp van de overheidsopdracht wanneer zij betrekking hebben op de in het kader van die overheidsopdracht te verrichten werken, leveringen of diensten, in alle opzichten en in elk stadium van hun levenscyclus, met inbegrip van factoren die te maken hebben met:

a. het specifieke productieproces, het aanbieden of de verhandeling van deze werken, leveringen of diensten, of

b. een specifiek proces voor een andere fase van hun levenscyclus, zelfs wanneer deze factoren geen deel uitmaken van hun materiële basis.'

5.4.10. Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen heeft in het arrest Beentjes reeds geoordeeld dat een voorwaarde inzake het inzetten van langdurig werklozen verenigbaar is met de richtlijn, indien zij voor inschrijvers uit andere lidstaten geen direct of indirect discriminerende werking heeft (20 september 1988, zaak 31/87, ECLI:EU:C:1988:422).

- 5.4.11. De Commissie zal hierna overgaan tot beoordeling van klachtonderdeel 2 in het licht van het hiervoor uiteengezette toetsingskader.
- 5.4.12. De vorige aanbesteding is namens aanbesteder uitgevoerd door Y. Op basis van de vorige aanbesteding heeft de opdrachtnemer halffabrikaten aangeleverd bij de assemblagelijnen van Y, waar mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt werden ingezet bij de assemblage. De opdrachtnemer was alleen verantwoordelijk voor de taakgerichte (technische) begeleiding van deze mensen (zie het antwoord op vraag 10 in de Nota van Inlichtingen van 17 juli 2018 in 1.4.2 en het eerdere bestek in 3.2.6 hiervoor). Volgens het klachtenmeldpunt werken op dit moment 80 mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt aan de assemblage van de containers (zie de brief van 2 augustus 2018 in 1.7 hiervoor, zie ook de paragraaf 1.3, 1.3.3 en 1.6 van de Selectieleidraad in 1.2 hiervoor).
- 5.4.13. Bij de onderhavige aanbesteding is het de bedoeling dat de renovatie van de onderlossende containers door de deelnemende gemeenten zelf binnen een circulair concept wordt uitgevoerd. Daarom is het belangrijk dat de containers modulair zijn opgebouwd: de onderdelen moeten makkelijk vervangbaar zijn en onderdelen van verschillende varianten moeten makkelijk uitwisselbaar zijn (zie paragraaf 1.3 van de Selectieleidraad in 1.2 hiervoor). Deze onderlossende containers moeten nog ontworpen worden (zie paragraaf 1.5 van de Selectieleidraad). Van de mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt die reeds werken aan de assemblage van de containers dienen er 55 door de nieuwe opdrachtnemer opnieuw 'daarvoor' te worden ingezet (zie paragraaf 1.3 en 1.3.3 van de Selectieleidraad). Op welke wijze dat zal gebeuren, is onderdeel van bespreking tijdens de dialooffase. Bij verloop van dit personeel zal dit worden vervangen door andere mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt. Voor deze medewerkers dient de opdrachtnemer samen met aanbesteder een opleidingsplan te maken (zie paragraaf 1.6 van de Selectieleidraad).
- 5.4.14. Een belangrijk deel van de productie en de gehele assemblage moet plaatsvinden op een locatie in een straal van 30 km van een straat in het gebied van aanbesteder in verband met de maximale reisafstand van de verplicht in te zetten mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt tot de productie- en assemblagelocatie (zie paragraaf 1.6 van de Selectieleidraad in 1.2 hiervoor).
- 5.4.15. Voor de deelnemende gemeenten A, B, C, E, H en I vindt de assemblage van de onderlossende containers plaats in of nabij de desbetreffende gemeente. De assemblage van de onderlossende containers van deze gemeenten maakt geen onderdeel uit van de aanbesteding, deze wordt door de gemeenten zelf verzorgd (zie paragraaf 1.3.3 van de Selectieleidraad in 1.2 hiervoor).
- 5.4.16. De onderhavige raamovereenkomst zou kunnen worden gekwalificeerd als een opdracht tot levering, waarbij de eis ten aanzien van de inzet en begeleiding van 55 FTE specifieke mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt én de locatie-eis zouden kunnen worden aangemerkt als bijzondere uitvoeringsvoorwaarden in de zin van artikel 2.80 Aw 2012.
- 5.4.17. Naar het oordeel van de Commissie is de eerste bijzondere uitvoeringsvoorwaarde betreffende de inzet en begeleiding van 55 FTE specifieke mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt discriminatoir, aangezien de potentiële gegadigden en inschrijvers niet zelf invulling kunnen geven aan deze voorwaarde door de inzet van andere mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt, bijvoorbeeld mensen uit hun eigen regio. Hoewel deze bijzondere uitvoeringsvoorwaarde voor alle potentiële gegadigden en inschrijvers gelijk is, heeft deze uitvoeringsvoorwaarde voor buitenlandse ondernemingen een indirect discriminerende werking.

- 5.4.18. Op basis van de tweede uitvoeringsvoorwaarde moet een deel van de productie en de assemblage plaatsvinden binnen een straal van 30 km van een straat binnen het gebied van de gemeente van aanbesteder. Allereerst vraagt de Commissie zich af of het voorschrijven van een productie- of assemblagelocatie voldoende verband houdt met het voorwerp van de opdracht: de levering van een product. Daarbij moet worden bedacht dat er veel komt kijken bij het openen van een nieuwe productie- of assemblagelocatie en dat de kosten hoog zijn, terwijl het voor de levering van een product in beginsel niet uitmaakt waar het is geproduceerd. Omdat de klacht hier niet op is gericht, laat de Commissie het bij deze opmerking.
- 5.4.19. Naar het oordeel van de Commissie is de tweede bijzondere uitvoeringsvoorwaarde van de locatie-eis in ieder geval discriminatoir. Hoewel ook deze bijzondere uitvoeringsvoorwaarde voor alle potentiële gegadigden en inschrijvers gelijk is, heeft deze uitvoeringsvoorwaarde voor buitenlandse ondernemingen een indirect discriminerende werking.
- 5.4.20. De onderhavige raamovereenkomst zou echter ook kunnen worden gekwalificeerd als samengesteld uit twee typen opdrachten: enerzijds een opdracht tot de productie en levering van onderlossende containers en anderzijds een opdracht tot de inzet en begeleiding van mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt. De tweede opdracht kan worden aangemerkt als een dienst zoals genoemd in genoemd in Titel III, hoofdstuk 1 (Sociale diensten en andere specifieke diensten) van Richtlijn 2014/24/EU.
- 5.4.21. De Commissie neemt aan dat de waarde van opdracht tot levering hoger is dan de waarde van de sociale dienst-opdracht. In de aankondiging is de raamovereenkomst ook aangeduid als een opdracht tot levering. Op basis van artikel 2.12a Aw 2012 is dan het volledige regime van Deel 2 van de Aanbestedingswet 2012 van toepassing en kan niet het speciale regime van artikel 2.38 en 2.39 Aw 2012 voor sociale en andere specifieke diensten worden toegepast.
- 5.4.22. Zoals in overweging 5.4.18 hiervoor is aangegeven, vraagt de Commissie zich af of het voorschrijven van een locatie voor de productie of assemblage van het product bij een opdracht tot levering voldoende verband houdt met het voorwerp van de opdracht. Voor voorwaarden betreffende de aflevering van producten en de te bieden service zal dat vaak wel het geval zijn. Daarbij valt te denken aan een service- of paslocatie bij de levering van Wmo-hulpmiddelen (zoals rolstoelen en scootmobielen). Zoals de Commissie reeds in overweging 5.4.19 hiervoor heeft geoordeeld, is het voorschrijven van een locatie voor de productie of assemblage van het product bij een opdracht tot levering naar haar oordeel discriminatoir.
- 5.4.23. Bij een dienstenopdracht is de plaats van uitvoering in veel gevallen een essentieel element van de opdracht. In dat geval zal een voorwaarde betreffende de plaats van uitvoering dan ook eerder voldoende verband houden met het voorwerp van de opdracht. Daarbij kan worden gedacht aan leerlingen- en Wmo-(taxi)vervoer. Zo ook bij een opdracht met betrekking tot de begeleiding van mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt. Een voorwaarde dat de begeleiding moet plaatsvinden in de buurt van de woonplaats van deze mensen houdt naar het oordeel van de Commissie in beginsel voldoende verband met het voorwerp van de opdracht en is dan ook niet discriminatoir.
- 5.4.24. Naar het oordeel van de Commissie is de samenvoeging van de levering- en dienstenopdracht in combinatie met de onderhavige locatie-eis echter problematisch. Het voorschrijven van een productie- of assemblagelocatie is ook bij een samenvoeging van de levering- en dienstenopdracht naar het oordeel van de Commissie discriminatoir.

5.4.25. Daarmee acht de Commissie klachtonderdeel 2 gegrond, voor zover daarin wordt geklaagd dat de locatie-eis discriminatoir is.

5.4.26. Met het slagen van dit deel van klachtonderdeel 2 komt de Commissie niet meer toe aan het andere deel van het klachtonderdeel betreffende de schending van het level playing field.

5.5. Klachtonderdeel 3

5.5.1. Alvorens tot een beoordeling van klachtonderdeel 3 over te gaan, geeft de Commissie eerst het toetsingskader weer.

5.5.2. Op grond van artikel 1.9, lid 1, Aw 2012 dient een aanbestedende dienst transparant te handelen.

5.5.3. In artikel 1.10, lid 1 jo. lid 2, aanhef en sub c, Aw 2012 is bepaald dat de eisen, voorwaarden en criteria en meer in het bijzonder de inhoud van de geschiktheidseisen in een redelijke verhouding moeten staan tot het voorwerp van de opdracht.

5.5.4. In artikel 2.90, 2.92a en 2.93 Aw 2012 betreffende geschiktheidseisen is, onder meer, bepaald:

Artikel 2.90

(...)

8. 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.

(...)

Artikel 2.92a

1. Door de aanbestedende dienst te stellen geschiktheidseisen als bedoeld in artikel 2.90, tweede lid, onderdeel b, kunnen onder meer betrekking hebben op de personele en technische middelen en de ervaring waarover de gegadigde of inschrijver moet kunnen beschikken om de overheidsopdracht volgens een passende kwaliteitsnorm uit te voeren.

2. Indien de aanbestedende dienst eisen stelt met betrekking tot de in het eerste lid bedoelde ervaring kan de aanbestedende dienst in het bijzonder eisen dat de gegadigde (...) door middel van geschikte referenties inzake in het verleden uitgevoerde opdrachten aantoont over voldoende ervaring te beschikken.

(...)

Artikel 2.93

1. Een ondernemer toont zijn technische bekwaamheid of beroepsbekwaamheid aan op een of meer van de volgende manieren, afhankelijk van de aard, de hoeveelheid of omvang en het doel van de werken, leveringen of diensten:

(...)

b. door middel van een lijst van de voornaamste (...) diensten die in de afgelopen periode van ten hoogste drie jaar werden verricht, met vermelding van het bedrag en de datum en van de publiek- of privaatrechtelijke instanties waarvoor zij bestemd waren;

(...)

3. Een aanbestedende dienst die als geschiktheidseis stelt dat de gegadigde eerder opdrachten heeft verricht als bedoeld in het eerste lid, onderdelen a en b, vraagt op onderdelen van de opdracht naar eerder verrichte vergelijkbare opdrachten en niet naar eerder verrichte opdrachten die gelet op de aard, de hoeveelheid of omvang en het doel van de opdracht gelijk zijn.

(...)'

- 5.5.5. Paragraaf 2.3.6.3 Aw 2012 (bestaande uit de artikelen 2.99 en 2.100) ziet op de selectie. Op grond van artikel 2.99, eerste lid, Aw 2012 kan de aanbestedende dienst bij toepassing van de niet-openbare procedure het aantal gegadigden dat hij zal uitnodigen tot inschrijving beperken. In artikel 2.100 Aw 2012 is in dat kader bepaald:

'Bij de toepassing van artikel 2.99, eerste lid, beperkt de aanbestedende dienst het aantal gegadigden op een objectieve en niet-discriminerende wijze, met behulp van in de aankondiging vermelde regels of selectiecriteria en weging.'

- 5.5.6. In Voorschrift 3.5 B Gids Proportionaliteit is bepaald:

'Indien de aanbestedende dienst geschiktheidseisen stelt, stelt hij alleen geschiktheidseisen die verband houden met daadwerkelijke risico's die de opdracht meebrengt, of terug te voeren zijn op de gewenste competentie(s).'

- 5.5.7. 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.'

- 5.5.8. In de bij dit Voorschrift gegeven toelichting vermeldt de Gids onder meer het volgende:

'(...) Teveel en te specifieke kerncompetenties definiëren én daarbij vragen naar referenties per kerncompetentie zou weleens 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. (...)'

- 5.5.9. De Commissie is van oordeel dat, hoewel de opsomming van artikel 1.10, lid 2, Aw 2012 geen melding maakt van selectiecriteria, de Voorschriften 3.5 B en 3.5 F van de Gids Proportionaliteit ook van toepassing zijn op de met inachtneming van artikel 2.100 Aw 2012 toe te passen selectiecriteria (vgl. Advies 52, overweging 5.3.6; Advies 393, overweging 5.3.6; Advies 401, overweging 5.3.6 en Advies 418, overweging 5.3.9). In de eerste plaats is het immers zo dat artikel 1.10, lid 2, Aw 2012 geen limitatieve opsomming behelst en in ieder geval in lid 2 sub c en sub d een verwijzing naar geschiktheidseisen bevat. In het verlengde daarvan volgt uit de inhoud van paragraaf 3.5.3 van de Gids ("Selectiecriteria") dat de Gids ook van toepassing is op selectiecriteria. Op p. 50 van de Gids is immers bepaald:

'De selectiecriteria kunnen inhoudelijk in beginsel vergelijkbaar zijn met de geschiktheidseisen zoals deze bij een openbare procedure worden gesteld. Op de diverse mogelijkheden voor het stellen van geschiktheidseisen is ingegaan in §3.5.2.'

- 5.5.10. De laatstgenoemde paragraaf bevat de (toelichting op de) Voorschriften 3.5 B en 3.5 F.

- 5.5.11. Paragraaf 3.5.3 Gids Proportionaliteit ("Selectiecriteria") vermeldt op p. 51 nog het volgende:

'Evenals bij het stellen van geschiktheidseisen is het niet verplicht om selectiecriteria toe te passen. Een aanbestedende dienst zal vooraf moeten bepalen of er een

reden is om het aantal inschrijvingen tot een bepaald maximum te beperken. Bedacht dient te worden, dat alle ondernemingen die in de eerste fase aan de geschiktheidseisen hebben voldaan, in principe geschikt zijn om de opdracht uit te voeren. Het is dan ook van groot belang, om het stellen van selectiecriteria goed en zorgvuldig te overwegen. (...)'

- 5.5.12. Aanbestedende diensten moeten voorgaande voorschriften van de Gids Proportionaliteit op grond van artikel 1.10, lid 4, Aw 2012 toepassen of een afwijking daarvan motiveren in de aanbestedingsstukken.
- 5.5.13. Indien een aanbestedende dienst kiest voor een niet-openbare procedure of een procedure van de concurrentiegerichte dialoog, ziet de Commissie mogelijkheden voor het hanteren van selectiecriteria die zien op competenties die geen kerncompetenties zijn. Het betreft wensen die niet noodzakelijk zijn voor de uitvoering van de opdracht, maar wel meerwaarde bieden voor de aanbestedende dienst (vgl. Advies 418, overweging 5.3.15).
- 5.5.14. De Commissie zal nu overgaan tot beoordeling van klachtonderdeel 3. Daarbij concentreert de Commissie zich op het selectie criterium 'ervaring met de inzet van mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt'.
- 5.5.15. Naar het oordeel van de Commissie maakt het voor de beoordeling van dit klachtonderdeel niet uit of de opdracht kwalificeert als een opdracht tot levering met bijzondere uitvoeringsvoorwaarden of als een samengestelde opdracht (zie de beoordeling van klachtonderdeel 2 in 5.4.16 en 5.4.20 hiervoor).
- 5.5.16. Nu de wijze waarop invulling wordt gegeven aan het vereiste om 55 FTE mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt bij de assemblage in te zetten nog onderwerp van de dialoogfase is, zou men de vraag kunnen stellen of dit selectie criterium wel voldoende verband houdt met het voorwerp van de opdracht. De Commissie laat het bij deze opmerking, aangezien zij de klacht reeds gegrond acht wegens strijd met het transparantiebeginsel.
- 5.5.17. Nu aanbesteder in het kader van het selectie criterium 'ervaring met de inzet van mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt' (zie paragraaf 7.1.1 van de Selectie leidraad in 1.2 hiervoor) niet concreet heeft omschreven welke verwachting hij heeft en wat het doel van dit criterium is en daarmee onvoldoende duidelijk is welke concrete competenties hij voor ogen heeft, is naar het oordeel van de Commissie onvoldoende transparant op welke wijze de toewijzing van de scores zal worden bepaald (zie paragraaf 7.2 van de Selectie leidraad in 1.2 hiervoor). Op basis van de scoretabel moet immers worden beoordeeld in hoeverre aan de verwachting en het doel van het selectie criterium wordt voldaan. Aanbesteder heeft in het antwoord op vraag 24 in de Nota van Inlichtingen van 17 juli 2018 aangegeven dat het doel van ieder criterium is omschreven in de eerste alinea van de betreffende paragraaf (zie 1.4.5 hiervoor), maar de omschrijving in de eerste alinea van paragraaf 7.1.1 is naar het oordeel van de Commissie onvoldoende concreet.
- 5.5.18. Overigens geldt datzelfde voor de toelichting die aanbesteder in de reactie op de klacht geeft (zie 4.3.5 hiervoor): 'De nadruk van de beoordeling ligt bovendien op kwaliteit (visie, aanpak, resultaten en begeleiding) en niet alleen maar op kwantiteit (aantallen).'
- 5.5.19. Daarmee is klachtonderdeel 3 gegrond voor zover daarin is geklaagd dat het selectie criterium inzake de inzet van 55 FTE mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt in strijd is met het transparantiebeginsel. De Commissie komt dan ook niet meer toe aan de klacht betreffende schending van het level playing field.

6. Advies

De Commissie acht klachtonderdeel 1, klachtonderdeel 2, voor zover daarin is geklaagd dat de locatie-eis discriminatoir is en klachtonderdeel 3, voor zover daarin is geklaagd dat het selectiecriteria inzake de inzet van 55 FTE mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt in strijd is met het transparantiebeginsel, **gegrond**.

De Commissie heeft zich ten behoeve van klachtonderdeel 1 van dit advies laten bijstaan door de heer J.J.A. Ochtman en ten aanzien van klachtonderdeel 2 van dit advies door de heer D. Sibma die beiden als Branche-Expert aan de Commissie zijn verbonden.

Den Haag, 21 december 2018

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

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

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid