

Advies 499 | Samenvatting

De klacht ziet op een Europese openbare aanbestedingsprocedure voor een overheidsopdracht voor diensten voor terbeschikkingstelling van uitzendkrachten. De ondernemer stelt dat de aanbesteder in strijd heeft gehandeld met het proportionaliteitsbeginsel zoals opgenomen in artikel 1.10 Aw 2012 door een niet realistische bovengrens voor een bepaalde omrekenfactor te stellen.

Naar het oordeel van de Commissie heeft de ondernemer de stelling dat met de gemaximeerde omrekenfactor niet kostendekkend kan worden ingeschreven op de onderhavige aanbestedingsprocedure, onvoldoende onderbouwd. De ondernemer stelt immers dat niet kostendekkend kan worden ingeschreven, maar neemt daarbij tot uitgangspunt dat maximaal wordt gescoord op het kwalitatieve gunningscriterium social return. Daarmee valt niet uit te sluiten dat wél kostendekkend kan worden ingeschreven indien geen extra inspanningen worden geleverd op het gebied van social return. Daarmee is er onvoldoende grond om te oordelen dat de bovengrens voor de omrekenfactor in strijd is met het proportionaliteitsbeginsel van artikel 1.10 Aw 2012. De Commissie acht de klacht dan ook ongegrond.

Ten overvloede plaatst de Commissie enkele kanttekeningen bij de argumenten die de aanbesteder aanvoert om de hoogte van de bovengrens voor de omrekenfactor te rechtvaardigen.

Ook vraagt de Commissie zich af of de aanbesteder de gunningsmethodiek voldoende transparant over het voetlicht heeft gebracht. Hoewel de prijs voor 50 punten en de kwaliteit voor 125 punten meeweegt, lijkt de prijs namelijk nauwelijks een rol te spelen. De Commissie beveelt aanbestedende diensten aan om transparant te zijn over de weging van de kwalitatieve gunningscriteria en het prijscriterium ten opzichte van elkaar.

Indien een aanbestedende dienst een bovengrens voor de prijs bepaalt, beveelt de Commissie aan om deze in ieder geval niet te laag vast te stellen. Anders bestaat het risico dat de inschrijvers noch op prijs, noch op kwaliteit kunnen concurreren. Het is de vraag of dan nog wel wordt gegund op basis van het gunningscriterium economisch meest voordelige inschrijving in de zin van artikel 2.114 Aw 2012 en of de aanbestedende dienst zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen realiseert (artikel 1.4, lid 2, Aw 2012).

Dat zonder bovengrens voor de omrekenfactoren strategisch zou kunnen worden ingeschreven, wordt overigens ook veroorzaakt door het feit dat in de onderhavige gunningsmethodiek voor elke prijscomponent een aparte score wordt bepaald en de scores bovendien worden berekend met een relatieve formule.

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 499

1. Feiten

- 1.1. Aanbesteder heeft op 19 april 2018 een Europese openbare procedure aangekondigd voor een overheidsopdracht voor diensten voor terbeschikkingstelling van uitzendkrachten.
- 1.2. In de eerste Nota van Inlichtingen van 9 mei 2018 zijn, onder meer, de volgende vragen en antwoorden opgenomen:

Vraag 1: 'U vraagt opdrachtnemer om dagelijks twee inhuurdesk medewerkers op de fysieke locatie te garanderen.

Gezien de werkzaamheden van onze intercedenten voor een groot deel ondersteund worden door teams op ons hoofdkantoor is dit voor ons niet wenselijk. Volstaat het ook om 1 medewerker dagelijks beschikbaar te stellen?'

Antwoord: 'De eis van een constante bezetting van 2 inhuurdesk medewerkers komt te vervallen.

De aanbestedende dienst wil een constante bezetting van de inhuurdesk vanuit de opdrachtnemer met minimaal 1 vaste inhuurdeskmedewerker. De juiste bezetting en eventuele extra capaciteit zowel in aantal medewerkers als in aanwezigheid (fulltime of parttime), in relatie tot deze opdracht, is de verantwoordelijkheid van de opdrachtnemer.

Onze ervaring is dat 1 inhuurdeskmedewerker niet voldoende is.

De opdrachtnemer bespreekt met de aanbestedende dienst periodiek de bezetting van de inhuurdesk, afhankelijk van de betreffende werkzaamheden.

Indien de aanbestedende dienst onderbezetting constateert of dat werkzaamheden niet worden uitgevoerd, wordt op direct verzoek de bezetting van de inhuurdesk verhoogd.

De aanbestedende dienst wil minimaal '1 vast gezicht' richting onze organisatie en **een flexibele inzet van steeds wisselende inhuurdesk medewerkers is per definitie uitgesloten.**'

Vraag 56: 'Het is gebruikelijk dat inschrijver zelf de inschatting maakt hoeveel medewerkers betrokken zijn bij de invulling van de dienstverlening aan onze opdrachtgevers. Dit hangt af van verschillende factoren, waaronder het inleenvolume en beweegt mee met de hoeveelheid vacatures/drukke in een bepaalde periode.

Daarom vragen wij u akkoord te gaan met een bezetting aan kant van inschrijver die in alle redelijkheid past bij de gewenste dienstverlening in een bepaalde periode, zowel in aantal medewerkers als in aanwezigheid (fulltime of parttime), zodat deze in verhouding staan tot de te leveren inspanningen. Het vasthouden aan deze eis werpt een potentiële drempel op om over te gaan tot het uitbrengen van een offerte, wat voor u de markt vernauwt. Gaat u hiermee akkoord? Zo nee, kunt u onderbouwen waarom niet?'

Antwoord: 'Zie het antwoord op vraag 1.'

Vraag 65: 'U geeft aan dat de maximum omrekenfactoren gegeven zijn ter voorkoming van strategisch inschrijven en dat het indienen van hogere omrekenfactoren leidt tot terzijde leggen van de inschrijving. U geeft ook aan dat de door inschrijver aangeboden omrekenfactoren marktconform dienen te zijn. Inschrijver begrijpt dat opdrachtgever strategische inschrijvingen wil voorkomen en daartoe een minimum tarief bepaald. Gezien de inhoud van de dienstverlening die u uitvraagt en uw wens om marktconforme tarieven, ligt het voor de hand om de markt zelf de prijsstelling voor deze dienstverlening te laten bepalen. Inschrijver verzoekt u daarom om de maximum tarifiering los te laten en het prijzenblad hierop aan te passen. Bent u hiermee akkoord? Zo nee, kunt u onderbouwen waarom niet?'

Antwoord: 'De maximale omrekenfactoren blijven ongewijzigd.'

Vraag 168: 'Inzet van twee fulltime, dedicated inhuurdeskmedewerkers. U vraagt opdrachtnemer twee medewerkers in te zetten als aanspreekpunt voor uw aanvragers en om werkzaamheden te verrichten voor aanvragen binnen en buiten de raamovereenkomst. De kosten voor opdrachtnemer voor de inzet van deze twee medewerkers moeten worden terugverdiend middels de omrekenfactor. Voor de aanvragen binnen de raamovereenkomst kan opdrachtnemer dit incalculeren maar voor aanvragen buiten de raamovereenkomst (gemiddeld 1 per week) is het onduidelijk hoe opdrachtnemer dit terugverdiend. De door u benoemde maximale omrekenfactoren in combinatie met het volume zijn te laag om de kosten voor fulltime inzet van twee inhuurdeskmedewerkers te dekken.

Daarnaast zijn de inkomsten vanuit de omrekenfactor variabel door wijzigingen in het volume of de samenstelling van dit volume (verhouding tussen Uitzenden voor 1040 uur, Uitzenden na 1040 uur en Eigen Werving) terwijl de kosten van de twee inhuurdeskmedewerkers vast staan. Dit zorgt ervoor dat de opdracht, zoals u deze nu uitvraagt, voor ons verlieslatend is en bovendien een groot ondernemersrisico meebrengt.

Wij adviseren u de dienstverlening (aanvragen binnen en buiten de raamovereenkomst) voor de twee inhuurdeskmedewerkers uit te vragen als een aparte prijscomponent met een vaste prijs per jaar.'

Antwoord: 'Zie ook de algemene opmerking nr. 3. *[niet duidelijk is waar aanbestedder naar heeft willen verwijzen, onder nr. 3 algemeen aan het begin van de Nota van Inlichtingen staat een opsomming van bijlagen, Commissie]*

Het gaat erom dat de afhandeling van de aanvraag voor uitzendkrachten van [Aanbesteder] plaats vindt op het stadhuis in [plaatsnaam]. Dat geeft voor de opdrachtgever en opdrachtnemer een optimaal overzicht en korte en efficiënte communicatielijnen; wij verwachten hierdoor het een optimaal resultaat te bereiken.

Dat houdt in dat een permanente bezetting van 2 fte in het stadhuis niet noodzakelijk is.

Zie ook het antwoord op vraag 56.'

Vraag 169: 'De maximale omrekenfactor 1,65 voor Eigen werving en Uitzenden na 1040 is te laag voor verloning in sector 52 (de enige sector waarin Uitzenden met uitzendbeding is toegestaan) en niet kostendekkend of marktconform.

In een schaarse arbeidsmarkt zetten wij in op binding en duurzame inzetbaarheid van onze uitzendkrachten, dit vraagt ook na 1040 uur investering in begeleiding en scholing. Op deze manier minimaliseren wij het ongewenst verloop bij onze opdrachtgevers en behouden wij kennis en ervaring.

Bovendien maken de lage omrekenfactoren het niet aantrekkelijk voor (specialistische) onderaannemers om via Opdrachtnemer te leveren als deze zelf niet kan voorzien, immers moeten zij zich ook conformeren aan deze omrekenfactoren.

Wij adviseren u de omrekenfactor na 1040 te laten vervallen en die voor Eigen werving te maximaliseren op 1.70 (zoals ook in de vorige aanbesteding)'

Antwoord: 'De omrekenfactoren worden niet aangepast.'

- 1.3. In de derde Nota van Inlichtingen van 1 juni 2018 zijn, onder meer, de volgende vragen en antwoorden opgenomen:

Vraag 1: 'In de reeds verschenen nota's van inlichtingen is er door verschillende inschrijvers op gewezen dat de gemaximaliseerde omrekenfactoren die zijn opgenomen in de offerteleidraad te laag zijn, omdat deze niet marktconform en niet kostendekkend zijn. U heeft zich weliswaar bereid getoond meer informatie te verstrekken omtrent de scope van de opdracht, zodat het voor de inschrijvers beter mogelijk wordt om te komen tot een reële kostprijsopbouw, maar de maximalisering van de omrekenfactoren wenst u niet los te laten.

Inschrijver heeft op basis van haar ervaring met vergelijkbare opdrachten een inschatting gemaakt van de kosten die minimaal nodig zijn om de opdracht naar behoren en conform alle door de aanbestedende dienst gestelde eisen en wensen uit te voeren. Uit onze inschatting blijkt dat het onmogelijk is om de onderhavige dienstverlening op een kostendekkende wijze aan te bieden.

Bij onze berekening hebben wij als uitgangspunt genomen dat de omzet, net zoals in 2017, EUR 1.800.000,- zal bedragen. Indien deze omzet echter niet gehaald zal worden, betekent dit dat de opdracht voor inschrijver in nóg grotere mate verlieslatend zal zijn. Ditzelfde geldt voor de inschatting dat er ca 50 aanvragen vanuit andere raamovereenkomsten zullen moeten worden afgehandeld.

Op grond van de vigerende aanbestedingsregels zijn aanbestedende diensten gehouden proportionele eisen te stellen en risico's te alloceren bij de partij die deze risico's het beste kan beheersen. Bij deze belangrijke pijlers van het aanbestedingsrecht past het niet dat een aanbestedende dienst van inschrijvers verlangt dat verlieslatend op een opdracht wordt ingeschreven. Dat is inmiddels door verschillende Nederlandse rechtbanken in vonnissen bevestigd.

Wij verzoeken u dan ook opnieuw met klem om uw beslissing om de omrekenfactoren te maximaliseren, te herzien. Indien u hiertoe niet alsnog bereid blijkt te zijn, zullen wij ons beraden op nadere stappen. Deze stappen kunnen eruit bestaan dat Inschrijver besluit om geen inschrijving in te dienen, eventueel in combinatie met het indienen van een klacht.'

Antwoord: 'Het is jammer dat nu pas, vlak voor de beoogde inschrijfdatum, voor het eerst een signaal naar voren wordt gebracht dat "het onmogelijk is om de onderhavige dienstverlening op een kostendekkende wijze aan te bieden". Dit lijkt ons inziens niet op een voldoende pro-actieve houding van gegadigde om te klagen op een moment dat er nog effectief veel met de klacht gedaan kan worden. Desalniettemin is [Aanbesteder] van mening dat een dergelijk gevoel bij een bedrijf serieus genomen moet worden en heeft daarom besloten uit coulance uw (te) laat gestelde vraag alsnog te beantwoorden. Wij hechten immers veel waarde aan een eerlijke, open en professionele samenwerking met onze (potentiële) contractspartners, met oog voor elkaars knelpunten.

In de Eerste Nota van Inlichtingen van 9 mei 2018 zijn er twee vragen gesteld over de omrekenfactoren:

- Vraag 65, waarin gevraagd werd de maximumtarifiering los te laten om de markt zelf de marktconforme tarieven te laten vaststellen
- Vraag 169, waarin gevraagd wordt de omrekenfactor na 1040 te laten vervallen en die voor eigen werving te maximaliseren op 1.70 in plaats van 1.65 om het zo voor (specialistische) onderaannemers aantrekkelijk te maken.
- Op beide vragen is sec geantwoord "De omrekenfactoren worden niet aangepast".

- Geen van de vragen stelde dat "het onmogelijk is om de onderhavige dienstverlening op een kostendekkende wijze aan te bieden".

Ter uitleg van de korte antwoorden in de Nota van Inlichtingen: De gemeente wil de maximumtarifiering niet loslaten omdat het voorzichtig wenst om te gaan met het uitgeven van publieke gelden. In dat kader wordt het wenselijk geacht een plafond/maximumtarifiering vast te leggen. Dat is de vrijheid van de gemeente als opdrachtgever; wij mogen immers zelf bepalen onder welke voorwaarden we een opdracht in de markt willen zetten. Dat is onderdeel van de fundamentele contractsvrijheidsbeginselen van het Nederlands rechtstelsel.

Een bedrijf als mogelijk opdrachtnemer heeft vervolgens de vrijheid om wel of niet op dit contract in te willen schrijven. Dat u het als individueel bedrijf wellicht anders in de markt zou hebben gezet, doet echter niet af aan de keuzes die bij ons als opdrachtgever gemaakt zijn. Slechts als de gestelde eisen disproportioneel zouden zijn, zou er wellicht een inbreuk vanuit het aanbestedingsrecht op de contractsvrijheid van partijen mogelijk zijn, waarover later meer.

Ook heeft de gemeente geoordeeld dat de omrekenfactor na 1040 niet van 1.65 naar 1.70 verhoogd moet worden. In de vraag wordt verwezen naar specialistische onderaannemers, terwijl de opdracht voornamelijk gaat om licht administratief werk (immers tot schaal 9), waar de inzet van specialistische onderaannemers met bijbehorende hogere omrekenfactoren niet opportuun geacht wordt. In de Tweede Nota van Inlichtingen van 25 mei 2018 is er ook een vraag gesteld die zijdelings te maken heeft met de omrekenfactoren:

- Vraag 12, waarin gevraagd wordt naar het kosteneffect van het conceptwetsvoorstel Wet Arbeid in Balans op de inhuur van uitzendkrachten. Hierin werd echter niet gesuggereerd dat de maximum-omrekenfactoren te laag vastgesteld zouden zijn.

Pas twee dagen geleden, op woensdag 30 mei 2018, is er –buiten de in de offerteleidraad gestelde mogelijkheden tot het stellen van vragen- uw vraag ontvangen, waarin voor het allereerst gesteld wordt dat het "onmogelijk is om de onderhavige dienstverlening op een kostendekkende wijze aan te bieden." Het is meer dan jammer dat dit niet eerder aan ons was toegekomen. Zeker omdat de consequenties van uw verzoek om te tornen aan de maximumomrekenfactor, groot kunnen zijn en zouden kunnen leiden tot het wijzigen van een gunningscriterium (in casu G-6: Omrekenfactor)

De belangrijkste voorwaarden van de opdracht, waaronder gunningscriteria, mogen echter niet zomaar hangende een aanbestedingsprocedure gewijzigd worden (zie bijvoorbeeld HvJ EU 10 mei 2012, nr C-368/10)

Maar ondanks de processuele onvolkomenheden van uw bezwaren willen we toch graag inhoudelijk op uw vragen ingaan, om duidelijk te maken welke overwegingen ten grondslag aan onze keuzes liggen, zodat het wederzijds begrip vergroot kan worden.

Laten we beginnen om te stellen dat we u als bedrijf uiteraard uw verdienmodel niet misgunnen. Het is en zal ook nooit de bedoeling zijn om u structureel verlies te laten lijden. Echter, vanuit onze verantwoordelijkheid voor het besteden van publieke middelen die door belastingbetalers zijn opgehoest, is het onze taak voorzichtig in onze uitgaven te zijn en kritisch naar kosten te kijken. En daarmee ook kritisch te kijken naar wat u als bedrijf aangeeft over deze kosten.

U stelt dat uit uw –vertrouwelijk bijgevoegde en daarom niet openbaar gemaakte- berekening blijkt dat de opdracht voor u verliesgevend zou zijn. Deze berekening hebben wij doorgenomen met een financieel adviseur. Op grond van de door u verstrekte gegevens zou deze financieel adviseur op een andere, gunstigere (financiële) uitkomst uitkomen. Het kan uiteraard zijn dat er zaken niet of onduidelijk

in uw berekening vermeld zijn dan wel dat er bij ons cijfers anders dan bedoeld geïnterpreteerd zijn, maar het roept in ieder geval wel vragen op over de kosten.

Daarnaast kan ik u verzekeren dat de gemeente niet over één nacht ijs is gegaan bij het vaststellen van de omrekenfactoren. Zo is er vooraf gekeken wat de marktontwikkelingen waren, wat er elders uitgevraagd is en zijn onze huidige omrekenfactoren bijgesteld (lees: grotendeels omhoog aangepast).

Dit alles overziend leidt het bij ons tot de conclusie dat de gestelde maximumomrekenfactoren proportioneel zijn en daarmee op deze wijze in de offerteleidraad opgenomen mogen worden. Maar vanuit het oogpunt van contractsvrijheid staat het u uiteraard vrij te besluiten dat u niet wenst in te schrijven op deze opdracht, een beslissing die door ons betreurd doch gerespecteerd zal worden.

Overigens geven we u mee dat, mocht u onverhoopt verder stappen hiertegen willen nemen, u dit via een kort geding conform het gestelde in paragraaf 3.6.2 van de Offerteleidraad dient te doen. Enkel een kort geding procedure heeft de mogelijkheid de uitkomst van deze aanbesteding te beïnvloeden.

Het spijt ons ten zeerste om pas zo laat in de procedure dergelijke fundamentele vragen te hebben ontvangen. Desalniettemin hopen we dat u met deze uitgebreide beantwoording uit coulance oog heeft voor de positie van de gemeente en dat we hiermee nader tot elkaar zijn gekomen, wellicht zelfs nader genoeg om in de (nabije?) toekomst zaken te kunnen doen.'

- 1.4. In de vierde Nota van Inlichtingen van 13 juni 2018 heeft aanbesteder, onder meer, het volgende bepaald:

'Naar aanleiding van een vraag van een gegadigde heeft de aanbestedende dienst het volgende besloten:

- De aanbestedende dienst betaalt voor de afhandeling van de circa 50 aanvragen buiten de raamovereenkomst uitzenden, per aanvraag een vaste vergoeding van 100,- exclusief btw.
- Met betrekking tot de constante bezetting van de inhuurdesk op locatie bij [Aanbesteder]: de inhuurdeskmedewerker mag naast de werkzaamheden voor [Aanbesteder] ook recruitment- en vestigingswerkzaamheden verrichten op locatie bij [Aanbesteder], mits dit niet ten koste gaat van de werkzaamheden voor [Aanbesteder]. (...)

- 1.5. Aanbesteder heeft de gegadigden op 26 juni 2018 via TenderNed bericht dat hij 'naar aanleiding van het bezwaar' heeft besloten de opdracht te wijzigen en dat de verwachting is dat de rectificatie op korte termijn gepubliceerd zal worden.

- 1.6. In de gerectificeerde Offerteleidraad van 10 juli 2018 is, onder meer, het volgende bepaald:

'1 Algemeen

1.1 Inleiding

[Aanbesteder] is voornemens door middel van een Europese openbare aanbesteding een opdracht in de markt te zetten. Het doel is om één leverancier te contracteren voor het ontzorgen van de gemeente bij uitzenddienstverlening en dienstverlening op het gebied van eigen werving, verder te noemen: Uitzendkrachten. De gunning vindt plaats op basis van het gunningscriterium inschrijving met de beste prijs-kwaliteitverhouding (BPKV).

(...)

1.2 Aanleiding en doel van de aanbesteding

De aanleiding voor de Europese openbare aanbesteding is de expiratie van de huidige Overeenkomst uitzenden. Het doel van de aanbesteding is het contracteren van één (1) leverancier voor het ontzorgen van de gemeente bij uitzenddienstverlening en dienstverlening op het gebied van eigen werving

De aanbestedende dienst wil met deze aanbesteding de volgende doelen bereiken:

- Het tijdig en correct vervuld krijgen van alle vacatures voor Uitzendkrachten. De opdrachtnemer spant zich maximaal in om dit, desnoods met een onderaannemer, om de vacatures te vervullen;
- Het invulling geven van Social Return on Investment (SROI);
- Een effectief en efficiënt inhuurproces;
- Juiste persoon op de juiste plek en de juiste kosten;
- Rechtmatige en doelmatige inkoop.

(...)

2 Aard van de opdracht

(...)

2.3 Opdrachtomschrijving

De aanbestedende dienst wenst één (1) opdrachtnemer te contracteren met een "in-house constructie" voor het ontzorgen van de gemeente bij uitzenddienstverlening tot en met schaal 9 en dienstverlening op het gebied van eigen werving. Het doel van de gemeente is om vacatures tijdig en correct vervuld te krijgen. De opdrachtnemer spant zich maximaal in om dit, desnoods met een onderaannemer, de vacatures te vervullen. O.b.v. het vervullingspercentage uit het verleden van de gemeente is de verwachting dat dit zal resulteren in (bijna) 100% levering. Mocht dit onverhoopt toch niet lukken, moet de opdrachtnemer dit tijdig terugkoppelen zodat opdrachtgever zich kan beraden op alternatieven. De opdrachtnemer zorgt voor een hoge kwalitatieve en kwantitatieve invulling van de vraag naar uitzendkrachten. De aanbestedende dienst wenst een opdrachtnemer te contracteren die de gemeentelijke arbeidsmarkt en inhuurbehoefte ('de business') aan uitzendkrachten begrijpt en de inhuurbehoefte van de diverse afdelingen vertaalt naar de levering van de juiste uitzendkrachten. En niet alleen de generieke functies vervult, maar ook de moeilijk vervulbare functies. Een opdrachtnemer die proactief is en vooruit kijkt. En weet welke cyclische piekmomenten [Aanbesteder] heeft en op die momenten ook daadwerkelijk de juiste uitzendkrachten levert.

(...)

2.3.1 Functionele opdrachtomschrijving

1. Het leveren van uitzendkrachten met een in-house constructie;
2. Het faciliteren van eigen werving en selectie van uitzendkrachten door de opdrachtgever;
3. Naast het afhandelen van de aanvragen voor uitzendkrachten, dient de opdrachtnemer daarnaast jaarlijks ook circa 50 aanvragen af te handelen vanuit andere raamovereenkomsten.

(...)

2.3.3 Het leveren van uitzendkrachten met een in-house constructie

De opdrachtnemer dient te zorgen voor een constante bezetting voor de inhuurdesk op de locatie (fysiek) van de opdrachtgever. De inhuurdesk bestaat momenteel uit een coördinator en vier inhuurdesk medewerkers. Twee inhuurdesk medewerkers

van [Ondernemer A] en twee inhuurdeskmedewerkers van de huidige leverancier [Ondernemer 2].

De aanbestedende dienst wil minimaal '1 vast gezicht' richting de organisatie en een flexibele inzet van steeds wisselende inhuurdesk medewerkers is per definitie uitgesloten. De ervaring van huidige opdrachtnemer is dat 1 inhuurdeskmedewerker niet voldoende is voor aard en omvang van de werkzaamheden. De hoeveelheid werk bij de inhuurdesk is dan ook behoorlijk groot. De opdrachtnemer bespreekt met opdrachtgever periodiek de bezetting van de inhuurdesk, afhankelijk van de betreffende werkzaamheden. Indien opdrachtgever onderbezetting constateert of dat werkzaamheden niet worden uitgevoerd, wordt op direct verzoek de bezetting van de inhuurdesk verhoogd. Naast de standaard werkzaamheden, zoals benoemd in het Programma van Eisen, mogen de inhuurdesk medewerkers van opdrachtnemer eventuele recruitment- en vestigingswerkzaamheden verrichten in relatie tot de opdracht met opdrachtgever. Het is expliciet niet de bedoeling dat er een vestiging van het uitzendbureau in het stadhuis komt.

2.3.4 Het faciliteren van 'eigen werving en selectie' van uitzendkrachten door de opdrachtgever

De opdrachtnemer dient ook 'eigen werving en selectie' door de opdrachtgever te faciliteren. [Aanbesteder] kan in voorkomende gevallen gebruik maken van eigen werving en selectie. Opdrachtgever stelt in dit geval kandidaten ter beschikking aan de opdrachtnemer, waarvoor opdrachtgever werving & selectie heeft verricht. Opdrachtnemer verzorgt in dat geval de volledige dienstverlening betreffende de tewerkstelling van uitzendkrachten die zijn geworven door opdrachtgever en door opdrachtnemer worden verloned. Rechten en plichten zijn hierbij gelijk aan uitzendkrachten die door Opdrachtnemer zijn geworven conform de geaccrediteerde uitzend CAO's, waarbij o.a. ook sprake is van het uitzendbeding in Fase A. Uitzondering hierop is de overnametermijn, opdrachtgever kan deze kandidaten zonder extra kosten op elk gewenst moment zelf in dienst nemen. Uitdrukkelijk is hierbij geen sprake van payrolling (een nadere Overeenkomst met een vaste looptijd). Wel verschilt de tariefstelling voor deze kandidaten.

2.3.5 Aanvragen vanuit andere overeenkomsten

Naast het afhandelen van de aanvragen voor uitzendkrachten, dient de opdrachtnemer daarnaast ook jaarlijks circa 50 aanvragen af te handelen vanuit andere overeenkomsten. Ongeveer 50% van deze aanvragen wordt eenmaal of meerdere malen verlengd. Dit zijn aanvragen vanuit de (raam)Overeenkomsten Jeugdboa's, inhuur fiscale parkeercontrole, nautisch personeel, bodemadviesdiensten en landmeetkundigen. Deze opsomming is niet limitatief. Per aanvraag wordt een vergoeding betaald van €100,- exclusief BTW.

2.4 Rol van de opdrachtnemer

De Opdrachtnemer heeft de regie over en is verantwoordelijk voor het volledige inhuurproces van uitzendkrachten in zowel uitvoering, ondersteuning en administratie voor alle aanvragen met binnen de organisatie met uitzondering van de sector Maatschappelijke Ontwikkeling.

- Opdrachtnemer is voor de opdrachtgever het single point of contact met betrekking tot de dienstverlening;
- Opdrachtnemer heeft een maximale inspanningsverplichting om, desnoods met onderaannemers, de vacatures te vervullen;
- Opdrachtnemer garandeert 80% levering van kwalitatief goede cv's binnen 3 werkdagen na ontvangst van de aanvraag;
- Verzorgt één uniform proces voor urenaccordering en facturenstroom voor alle uitzendkrachten;
- Opdrachtnemer geeft bij inschrijving een lijst met lastig vervulbare functies;

- Opdrachtnemer zorgt voor een constante bezetting van de inhuurdesk op fysieke locatie van de opdrachtgever, voor meer informatie zie het Programma van Eisen;
- Opdrachtnemer is verantwoordelijk voor de afhandeling en verlengingen van aanvragen van andere overeenkomsten, zoals omschreven in de aanbestedingsdocumenten;
- De aanbestedende dienst betaalt de geldende omrekenfactoren aan de opdrachtnemer, ook indien de opdrachtnemer een onderaannemer inzet voor het vervullen van een vacature. Hogere omrekenfactoren van de onderaannemer zijn voor risico voor de hoofdaannemer. In uitzonderlijke situaties is de aanbestedende dienst bereid een hogere omrekenfactor te betalen, maar enkel na vooraf overleg met en schriftelijke goedkeuring van de aanbestedende dienst.
- Proactieve ontzorging in inhuurproces (o.a. administratief, organisatorisch, procesmatig);
- Levert een bijdrage aan het verbeteren van administratieve processen rondom inhuur;
- Vertaalt marktontwikkelingen naar de gevolgen voor [Aanbesteder] en adviseert hierin proactief;

Opdrachtgever faciliteert voor de inhuurdesk medewerker(s) een toegangspas, werkplek, account, applicaties. Telefoon en eventueel overige benodigdheden zijn voor rekening van de hoofdaannemer.

(...)

2.5 Omvang van de opdracht

Onderstaande tabel geeft een overzicht van de omzet heeft betrekking op de scope van de opdracht, exclusief de sector Maatschappelijke Ontwikkeling.

Uitzenden	2017	1.800.000
------------------	-------------	------------------

Deze gegevens zijn uitsluitend ter indicatie. Hieraan kan de Inschrijver geen rechten ontleen. De Opdrachtgever geeft geen omzetgaranties.

(...)

5 Gunning

(...)

5.3 Gunningscriteria

(...)

Gunningscriteria	Maximaal te behalen punten
Wijze van Uitvoering	
G-1 Leveringszekerheid	35
G-2 Implementatie	25
G-3 Casus Bestuurs- en managementondersteuning	25
G-4 Casus Klant Contactcentrum	25
G-5 Social Return	15
Overig	
G-6 Omrekenfactor	50
Totaal	175

(...)

5.3.2 Uw aanbod

(...)

G-1 Leveringszekerheid

De aanbestedende dienst heeft de wens om een hoofdaannemer te contracteren die de gemeentelijke inhuurbehoefte begrijpt en de levering van uitzendkrachten in zowel kwalitatieve als kwantitatieve zin kan zekerstellen. Inschrijver beschrijft en zegt toe welke maatregelen en oplossingen hij heeft om leveringszekerheid naar [Aanbesteder] toe te kunnen borgen. Inschrijver wordt uitgenodigd zijn toegevoegde waarde op dit onderdeel uiteen te zetten, waarbij tenminste de volgende aspecten minimaal terug te komen:

- inschrijver beschrijft op welke wijze de levering van kwalitatief goede uitzendkrachten voor zowel het heden als de toekomst te borgen inclusief cyclische piekmomenten;
- inschrijver beschrijft en benoemt concrete en passende/maatregelen/procedures voor het tijdig aanbieden van de best passende kandidaat te garanderen. De door inschrijver gehanteerde werkwijze zorgt voor het aanbieden van kandidaten die voldoen aan de gestelde eisen en passen bij de gemeente;
- inschrijver beschrijft op welke wijze de selectie en screening van kandidaten plaatsvindt;
- inschrijver beschrijft op welke wijze er wordt omgegaan met veranderingen op de arbeidsmarkt ten aanzien van de gevraagde leveringszekerheid van 100%.

Inschrijvers zijn vrij om onderwerpen passend bij het sub-gunningscriterium G-1 Leveringszekerheid toe te voegen. Deze worden in de beoordeling nadrukkelijk meegewogen. Hoe meer effectieve maatregelen hoe, beter wordt beoordeeld.

(...)

G-5 Social return

De inschrijver kan voor het gunningscriterium Social Return punten scoren door zich te conformeren aan een hoger social return percentage dan vastgesteld in de bijlage [Uitvoerings Protocol Social Return]. Zoals vastgesteld in het protocol dient tenminste 5% van de omzetwaarde worden ingezet op social return. Conform onderstaande staffel kan de inschrijver zich conformeren aan een hoger percentage dan 5% en daarmee tot maximaal 15 punten scoren.

Percentage van de omzet op social return	Puntenscore
5%	Eis
6%	1
7%	4
8%	8
9%	12
10%	15

(...)

G-6 Omrekenfactor

Opgave dient te geschieden volgens de bijlage. Op te geven omrekenfactoren mogen niet hoger zijn dan de maximum omrekenfactoren zoals opgenomen in de prijsbijlage. Een gedetailleerdere puntenverdeling voor het onderdeel prijs is tevens opgenomen in de prijsbijlage.

De inschrijver dient Gevraagd wordt de omrekenfactoren te offeren per functie voor zowel uitzenden als eigen werving. Hierbij dient rekening gehouden te worden met de genoemde maximum omrekenfactoren..

Voor de score Omrekenfactor Uitzenden kan maximaal(2 x 20) 40 punten gescoord worden en voor de Omrekenfactor Eigen Werving maximaal 10 punten.

Uitzenden

Tabel 1. Omrekenfactor tot 1.040 uur

Fases	Omrekenfactor uitzenden tot 1.040 uur	Maximum omrekenfactor	Maximale score
Fase A Risicogroep 1		2,0	7
Fase A Risicogroep 2		2,0	3
Fase B/C Risicogroep 1		2,0	7
Fase B/C risicogroep 2		2,0	3
Brutovergoedingen		Kostprijs	-
Totaal			20

Tabel 2. Omrekenfactor vanaf 1.040 uur

Fases	Omrekenfactor uitzenden vanaf 1.040 uur	Maximum omrekenfactor	Maximale score
Fase A Risicogroep 1		1,65	7
Fase A Risicogroep 2		1,65	3
Fase B/C Risicogroep 1		1,65	7
Fase B/C risicogroep 2		1,65	3
Brutovergoedingen		Kostprijs	-
Totaal			20

Tabel 3. Eigen werving

Fases	Omrekenfactor Eigen werving	Maximum omrekenfactor	Maximale score
Fase A Risicogroep 1		1,65	4
Fase A Risicogroep 2		1,65	3
Fase B/C Risicogroep 1		1,65	2
Fase B/C risicogroep 2		1,65	1
Brutovergoedingen		Kostprijs	-
Totaal			10

Toelichting te berekenen score omrekenfactor.

Voor alle drie de tabellen is de berekening als volgt.

Per regel, fase/risicogroep wordt bekeken welke inschrijver de laagste omrekenfactor heeft ingediend.

De inschrijver met de laagste omrekenfactor op die regel krijgt de maximale aantal punten. Voor de eerste regel van tabel 1 zijn dat 7 punten.

De inschrijvers die hoger hebben ingeschreven krijgen minder punten volgens de volgende formule en met afronding tot 2 decimalen achter de komma:

$$\frac{\text{laagste omrekenfactor}}{\text{ingeschreven omrekenfactor}} \times \text{de maximale score} (=7)$$

Voorbeeld:

Inschrijver A schrijft voor tabel 1 de eerste regel in met omrekenfactor 1,30; Inschrijver B schrijft in met omrekenfactor 1,60. Inschrijver C met 1,65 en Inschrijver D met 1,70.

Inschrijver A heeft de laagste inschrijving. Deze krijgt 7 punten.

Inschrijver B krijgt $1,30/1,60 \times 7 = 5,69$ punten
 Inschrijver C krijgt $1,30/1,65 \times 7 = 5,52$ punten
 Inschrijver D valt af. De omrekenfactor van 1,70 is boven het maximum. Deze of-
 ferte wordt terzijde gelegd.

Deze formule wordt op elke regel toegepast.

Geen strategische inschrijving

De maximum omrekenfactoren zijn gegeven ter voorkoming van strategisch In-
 schrijven Het indienen van hogere omrekenfactoren dan genoemde maxima leidt
 tot terzijde leggen van de inschrijving. De door Inschrijver aangeboden omreken-
 factoren prijzen en/of tarieven dienen marktconforme prijzen en tarieven te zijn en
 zodanig dat er geen sprake kan te zijn van een abnormaal laag lijkende Inschrij-
 ving. Wanneer een Inschrijving is gedaan die in verhouding tot de te verrichten
 diensten abnormaal laag lijkt, verzoekt Opdrachtgever, voordat zij deze Inschrij-
 ving kan afwijzen, schriftelijk om de door hen nodig geachte verduidelijkingen
 over de samenstelling van de desbetreffende Inschrijving.

Overige bruto vergoedingen zoals belastbare reiskosten en overige uitkeringen of
 belastbare financiële tegemoetkomingen dienen tegen kostprijs en zonder verdere
 opslag of bureaumarge te worden doorberekend. Opdrachtgever verlangt van In-
 schrijver omrekenfactoren te ontvangen voor personeel dat wordt uitgezonden om
 te komen tot een uurtarief waarbij de facturering plaats vindt op basis van het
 aantal werkelijk gewerkte uren. Ziekteverlof en vakantiedagen zijn voor rekening
 van de Opdrachtnemer. De volgende omrekenfactoren worden uitgevraagd

5.3.3 Onze beoordeling

Wij zullen de "wijze van uitvoering" beoordelen op de volgende manier. De leden
 van het beoordelingsteam beoordelen eerst onafhankelijk van elkaar de offertes.
 Elk lid beoordeelt elk gunningscriterium van de wijze van uitvoering integraal. Dat
 wil zeggen dat genoemde subelementen geen limitatieve opsomming bevatten,
 noch wijzen op een volgorde van belangrijkheid.

De score van de inschrijver voor elk onderdeel zal het rekenkundig gemiddelde zijn
 van de individuele scores van de leden van de beoordelingscommissie, waarbij (tus-
 sen)scores niet worden afgerond. In de voorgenomen gunningsbeslissing worden
 de scores per criterium afgerond op 2 decimalen achter de komma.

De scores van elk lid van de beoordelingscommissie worden even zwaar meegeteld,
 waarbij de leden van de beoordelingscommissie hooguit onderling toetsen of zij de
 beoordelingssystematiek juist en op gelijke wijze hebben toegepast.

Hieronder is het beoordelingskader weergegeven, waarbij sprake is van een vijf-
 puntschaal. Tussenvallende waarderingen worden niet toegekend. Afhankelijk van
 de waardering wordt een bepaald deel van het op het onderdeel maximaal te be-
 halen punten toegekend. Door het aantal punten op de afzonderlijke onderdelen bij
 elkaar op te tellen ontstaat een totaal aantal punten. Op basis hiervan wordt de
 rangschikking vastgesteld.

Waardering	% Punten	Toelichting
5 <i>Uitmuntend</i>	100%	Inschrijver wekt zeer veel vertrouwen met zijn aanpak op het betreffende onder- deel. De aanpak is helder en begrijpelijk en zal in de ogen van de beoordelingscom- missie leiden tot een

		uitmuntend resultaat. Inschrijver overstijgt de verwachtingen aanzienlijk.
4 <i>Goed</i>	70%	Inschrijver wekt vertrouwen met zijn aanpak op het betreffende onderdeel. De aanpak is helder en begrijpelijk en zal in de ogen van de beoordelingscommissie leiden tot een goed resultaat. Inschrijver overstijgt de verwachtingen, maar munt niet uit.
3 <i>Voldoende</i>	40%	Inschrijver wekt voldoende vertrouwen met zijn aanpak op het betreffende onderdeel. De aanpak is op onderdelen minder helder en begrijpelijk en/of de aanpak zal in de ogen van de beoordelingscommissie niet leiden tot een beter dan voldoende resultaat. Er zijn punten voor verbetering vatbaar en de verwachtingen worden niet overtroffen.
2 <i>Matig</i>	0%	Inschrijver wekt beperkt vertrouwen met zijn aanpak op het betreffende onderdeel. De aanpak is niet per se onvoldoende, maar wekt ook niet het vertrouwen dat deze zeker tot een voldoende resultaat zal leiden.
1 <i>Onvoldoende</i>	Knock-out	Inschrijver wekt geen vertrouwen met zijn aanpak op het betreffende onderdeel. De aanpak is onvoldoende concreet en/of zal in de ogen van de beoordelingscommissie leiden tot een onvoldoende resultaat.

(...)

6 Aanbestedingsbepalingen

(...)

6.1.3 Prijsopgave

In de inschrijving op te nemen tarieven dienen te worden uitgedrukt in Euro's, exclusief BTW en dienen inclusief alle directe en indirecte kosten te zijn en inclusief eventuele winst- of reserveringsopslag. Het is de opdrachtnemer niet toegestaan om achteraf zonder schriftelijke toestemming eventuele aanvullende kosten in rekening te brengen bij de opdrachtgever. De inschrijving vermeldt de van toepassing zijnde tarieven voor omzetbelasting (btw). Gebruikelijke en bijzondere

kortingen dienen in de geoffreerde prijzen te zijn verwerkt. Veranderingen in de ruilverhouding tussen de euro en andere valuta hebben geen effect op het tarief.

Het is niet toegestaan om abnormaal laag in te schrijven. Het is de inschrijver ook anderszins niet toegestaan strategisch in te schrijven, dan wel een aanbieding te doen met een manipulatief karakter.¹ [*voetnoot niet overgenomen, Commissie*] Het is aan [Aanbesteder] om te beoordelen of een bepaalde inschrijving aan één of meerdere van voornoemde kwalificaties voldoet en om te bepalen of de inschrijving al dan niet afgewezen wordt. Indien de gemeente van mening is dat er sprake is van voorgenoemde kwalificaties, leidt dit tot uitsluiting van de inschrijving van verdere deelname aan de aanbesteding.

(...)'

- 1.7. In de vijfde Nota van Inlichtingen van 20 juli 2018 zijn, onder meer, de volgende vragen en antwoorden opgenomen:

Vraag 1: 'We zijn blij dat u een aantal eisen en wensen aangepast heeft, waardoor de risico's van deze opdracht beter verdeeld zijn. Dank daarvoor. We zijn echter ook benieuwd waarom u ervoor gekozen heeft om de omrekenfactor voor eigen werving ongewijzigd te laten. Zoals ook in de eerdere NVI's aan de orde is gekomen, is een hogere omrekenfactor noodzakelijk om een rendabele opdracht uit te kunnen voeren. Bent u bereid om de omrekenfactor voor eigen werving los te laten en ook hier een maximale factor van 2,0 te hanteren? Zo nee, kunt u dit toelichten?'

Antwoord: 'Zoals eerder omschreven in de gepubliceerde Nota's van Inlichtingen en de gepubliceerde oplegnotitie blijven de omrekenfactoren ongewijzigd.'

Vraag 17: 'G-6 omrekenfactor: Een omrekenfactor van 1,65 na 1040 uur en bij eigen werving is niet marktconform voor de gevraagde dienstverlening waarin u hetzelfde verwacht als bij de door Opdrachtnemer geworven kandidaten. Het is slechts concurrerend indien u een zogenaamde 'kale dienstverlening' verwacht. Dit betekent dat u met een dergelijke omrekenfactor geen uitgebreide dienstverlening mag verwachten. Indien u dit wel wenst, is de factor niet kostendekkend. Inschrijver verzoekt u in dat geval dit maximum weg te laten, dan wel te verruimen naar 1,75. Gaat u hier mee akkoord? Zie het antwoord op vraag 1. Zo nee, kunt u concreet beschrijven op welke wijze u tot de conclusie bent gekomen dat een maximum omrekenfactor van 1,65 na 1040 uur en bij eigen werving marktconform is?'

Antwoord: 'Zie het antwoord op vraag 1.'

- 1.8. Op 26 september 2018 heeft ondernemer bij aanbesteder de volgende klacht ingediend:

'In paragraaf 5.3.2 van de gerectificeerde aanbesteding 'Uw aanbod' onder G6 'Omrekenfactor' dient een inschrijver een omrekenfactor op te geven volgens bijlage 'Inschrijfformulier omrekenfactor'. Op te geven omrekenfactoren mogen niet hoger zijn dan de maximum omrekenfactoren zoals opgenomen in deze bijlage. De omrekenfactor tot 1040 uur mag maximaal 2,0 bedragen en de omrekenfactor na 1040 uur mag maximaal 1,65 bedragen. De maximum omrekenfactoren zijn gegeven ter voorkoming van strategisch inschrijven. Verdere motivering waarom deze omrekenfactoren worden gehanteerd, wordt in de offerteleidraad niet gegeven.

In de eerste tot en met vierde Nota van Inlichtingen (Bijlage 4) behorende bij de primair gepubliceerde aanbesteding zijn door inschrijvers vragen gesteld over de

maximum omrekenfactor na 1040 uur. Samenvattend kan gesteld worden dat vanuit de kant van de inschrijvers is gesteld dat op basis van de maximum omrekenfactor geen reële inschrijving kan worden gedaan, omdat de omrekenfactor niet kostendekkend en niet marktconform is. De gemeente heeft hier tegenin gebracht (zie 3e Nota van Inlichtingen) dat zij het maximumtarief niet wil loslaten, omdat het voorzichtig wenst om te gaan met het uitgeven van publieke gelden. Slechts als de gestelde eisen disproportioneel zouden zijn, zou er wellicht een inbreuk vanuit het aanbestedingsrecht op de contractsvrijheid van partijen mogelijk zijn, aldus de gemeente. De gemeente verzekert dat zij niet over een nacht ijs is gegaan bij het vaststellen van de omrekenfactor. Zo is er vooraf gekeken wat de marktontwikkelingen, wat er elders uitgevraagd is en zijn onze huidige omrekenfactoren bijgesteld (lees: grotendeels omhoog aangepast). De gestelde omrekenfactoren zijn daarmee proportioneel, aldus de gemeente. Ter vergelijking, ten tijde van de aanbesteding in 2014 die heeft geleid tot de huidige raamovereenkomst was de maximum omrekenfactor voor 'Eigen werving en uitzenden na 1040 uur' 1,70.

(...)

Wij zijn van mening dat [Aanbesteder] in strijd heeft gehandeld met proportionaliteitsbeginsel zoals opgenomen in artikel 1.10 Aanbestedingswet (Aw) door een niet realistische bovengrens voor de omrekenfactor 'Eigen werving en Uitzenden na 1040 uur' op te nemen in de offerteleidraad. Door het stellen van deze bovengrens was het niet mogelijke een reële inschrijving te doen.

Een omrekenfactor van 1,65 na 1040 uur 'Eigen werving en uitzenden' is niet marktconform voor de gevraagde dienstverlening en te laag en niet kostendekkend voor verloning in sector 52 (de enige sector waarin Uitzenden met uitzendbeding is toegestaan). [Aanbesteder] verwacht immers na 1040 uur dezelfde dienstverlening. Het is slechts concurrerend indien de gemeente een zogenaamde 'kale dienstverlening' verwacht en van inschrijver na 1040 uur nog slechts een administratieve invulling van de dienstverlening verlangt. In een schaarse arbeidsmarkt zetten wij in op binding en duurzame inzetbaarheid van onze uitzendkrachten, dit vraagt ook na 1040 uur investering in begeleiding en scholing. Op deze manier minimaliseren wij het ongewenste verloop bij onze opdrachtgevers en behouden wij kennis en ervaring. Bovendien maken de lage omrekenfactoren het niet aantrekkelijk voor onderaannemers om via Opdrachtnemer te leveren als deze zelf niet kan voorzien, immers moeten zij zich ook conformeren aan deze omrekenfactoren.

Het voorgaande betekent dat de gemeente met een dergelijke omrekenfactor geen uitgebreide dienstverlening mag verwachten. Indien de gemeente dit wel wenst, is een dergelijke omrekenfactor niet kostendekkend.

Het niet kostendekkend zijn van de omrekenfactor baseren wij op het volgende:

1. [Aanbesteder] geeft aan dat de inhuurdesk continu bemand wordt door twee medewerkers van de huidige leverancier (zie pagina 9 van de offerteleidraad). De inhuurdesk moet minimaal door 1 medewerker (1 FTE) worden bemand (eis), maar de praktijk wijst uit dat je hier hoogstwaarschijnlijk niet mee uitkomt.

2. Om een reële kans op het winnen van de aanbesteding te houden, dienen wij ons te conformeren aan een hoger percentage Social return dan vastgesteld in de bijlage Uitvoeringsprotocol Social Return [Regio] (zie pagina 35 onder G-5 Social return van de offerteleidraad). Een hoger Social return percentage (maximaal 15 punten bij een percentage van 10%) levert meer punten op dan conformeren aan de eis van 5% (nul punten). Om een Social return percentage van 10% te realiseren zijn extra inspanningen nodig voor Social return.

3. Onze gemiddelde kostprijs voor salaris en de werkgeverslasten voor een uitzendkracht is 1,6492.

4. [Aanbesteder] heeft aangegeven dat van de totale opdrachtsom 50% eigen werving is en 50% via een uitzendbureau. Van de 50% werving via een uitzendbureau valt 50% na 1040 uur onder een verlaagd tarief. Dit betekent dat 75% van de opdracht moet worden uitgevoerd voor een omrekenfactor van maximaal 1,65.

Concluderend kan worden gesteld dat van de beoogde omzet van € 1.800.000 (gebaseerd op 57 uitzendkrachten) wij onze kosten voor volledige dienstverlening slechts kunnen verdisconteren in 25% van de beoogde omzet, zijnde €450.000. Uitgaande van een bezetting van 2,3 FTE (recruitment, inhuurdeskmedewerker en Social return medewerker) komen wij uit op een negatieve marge van -0,70%.

De gemeente geeft aan dat de maximum omrekenfactoren gegeven zijn ter voorkoming van strategisch inschrijven en dat het indienen van hogere omrekenfactoren leidt tot terzijde leggen van de inschrijving. U geeft ook aan dat de door inschrijver aangeboden omrekenfactoren marktconform dienen te zijn. Wij begrijpen dat de gemeente strategische inschrijvingen wil voorkomen en daartoe een minimum tarief bepaalt. Gezien de inhoud van de dienstverlening die u uitvraagt en uw wens om marktconforme tarieven, ligt het voor de hand om de markt zelf de prijsstelling voor deze dienstverlening te laten bepalen.

Ter vergelijking, de maximale omrekenfactor voor 'Eigen werving en uitzenden' voor 1040 uur is gelijk aan 2,0. Deze bovengrens is meer dan marktconform (vergeleken met de omrekenfactoren waarin in vergelijkbare aanbestedingen wordt geschreven door concurrerende inschrijvers) en geeft inschrijvers de mogelijkheid om zelf min of meer de prijsstelling te bepalen. Waarom heeft [Aanbesteder] inschrijvers hier wel de mogelijkheid geboden om zelf min of meer de prijsstelling te bepalen en na 1040 uur deze mogelijkheid te ontnemen? Ook hier zou het (op zichzelf valide) argument van [Aanbesteder] moeten opgaan dat zij voorzichtig moet omgaan met publieke gelden.

Het enige verschil (in dienstverlening) tussen 'Eigen werving en uitzenden' voor en na 1040 uur zijn de kosten die gepaard gaan met de werving en selectie van uitzendkrachten. Uitgaande van de maximale omrekenfactoren is het verschil tussen 'Eigen werving en selectie van uitzendkrachten' gelijk aan een omrekenfactor gelijk aan 0,35 (2,0-1,65). Een dergelijke omrekenfactor voor enkel werving & selectie is meer dan marktconform.

Het proportionaliteitsbeginsel verplicht dat een afweging plaats moet vinden van de gevolgen, zowel in positieve zin als negatieve zin, die door een bepaalde maatregel veroorzaakt worden. De maatstaf is dat de maatregel evenredig moet zijn voor het te bereiken doel. Uit een oogpunt van proportionaliteit had het in de rede gelegen voor [Aanbesteder] om de prijsstelling door de markt te laten bepalen door de bovengrens van de omrekenfactor in die mate naar boven bij te stellen, zodat marktwerking mogelijk is of door geen bovengrens op te nemen. Op deze manier is het aan inschrijvers om zelf een reële inschrijving te doen en wordt inschrijven niet onmogelijk gemaakt.'

- 1.9. Op 12 oktober 2018 heeft aanbesteder de klacht ongegrond verklaard. In de brief aan ondernemer is, onder meer, het volgende vermeld:

'In uw klacht van d.d. 26 september 2018 geeft u aan dat u van mening bent dat [Aanbesteder] in strijd heeft gehandeld met het proportionaliteitsbeginsel, zoals opgenomen in artikel 1.10 Aanbestedingswet (Aw), door een niet realistische bovengrens voor de omrekenfactor 'Eigen werving en Uitzenden na 1040 uur' op te nemen in de offerteleidraad. Door het stellen van deze bovengrens was het volgens u niet mogelijk een reële inschrijving te doen.

Het proportionaliteitsbeginsel verplicht de Gemeente een afweging te maken van de gevolgen, zowel in positieve zin als negatieve zin, die door een bepaalde maatregel veroorzaakt worden. Door zowel in de voorbereidingsfase van de aanbesteding marktonderzoek te plegen als door het maken van aanpassingen in het voordeel van de markt gedurende de aanbestedingsprocedure heeft de Gemeente voldaan aan het proportionaliteitsbeginsel.

U heeft na de tweede Nota van Inlichtingen en voor de rectificatie als enige Gegadigde aangegeven dat u van mening bent dat de Gemeente de maximering van de omrekenfactoren los diende te laten en daarbij heeft u de Gemeente 'met klem verzocht' haar beslissing te herzien. De Gemeente heeft vervolgens in de 3e Nota van Inlichting toelichting gegeven op haar besluit om de maximering van de omrekenfactoren ongewijzigd te laten [zie 1.3 hiervoor, Commissie]. (...)

Om tot de gemaximeerde omrekenfactoren te komen heeft de Gemeente onderzoek gedaan. Dit onderzoek bestond uit een benchmark, waarbij is gekeken naar de aard en omvang van de uitzenddienstverlening bij andere gemeenten. In totaal zijn zeven gemeenten gevraagd om informatie, waarvan vier gemeenten input hebben aangeleverd.

De vergaarde informatie bestaat uit:

- Aard en omvang van de dienstverlening;
- Inkoopvolume per jaar;
- Omrekenfactoren voor uitzenden en eigen werving.

Op basis van de benchmark is onderstaande informatie ontvangen:

Ge-meente	Omrekenfac-tor Uitzenden	Omrekenfac-tor eigen wer-ving	Omzet uitzenden	Omzet eigen werving
A	1,84 – 1,81	1,51 – 1,67	Circa € 1 miljoen	-
B	2,0	< 1,65	€ 3 à 4 miljoen	€ 1 à 2 miljoen
C	1,8 – 2,0	1,52 – 1,55	€ 600.000	€ 600.000
D	1,8 – 2,0		€ 2 miljoen	-

Naast de benchmark zijn er naar aanleiding van signalen vanuit de markt gedurende de meerdere vragenrondes meerdere aanpassingen gedaan om de markt tegemoet te komen. Zo is er onder andere een vaste vergoeding vastgesteld voor het uitvoeren van administratieve werkzaamheden bij uitvragen buiten de raamovereenkomst van Uitzendkrachten, is de eis van een bezetting van 2 Fte voor de bemensing van de Inhuurdesk komen te vervallen en heeft de potentiële Opdrachtnemer de mogelijkheid aangeboden gekregen om meer uitzendwerkzaamheden op de locatie van de Gemeente te verrichten.

De bovengenoemde aanpassingen zijn opgenomen in een rectificatie van de Opdracht. Op de gerectificeerde Opdracht hebben vervolgens twee marktpartijen ingeschreven, waarbij de best-scorende Inschrijving gedaan is door een andere partij dan de huidige Opdrachtnemer. Het is spijtig dat u het gevoel heeft dat u geen reële inschrijving heeft kunnen doen. Echter, voor een aantal partijen was het dus wel mogelijk om een reële inschrijving in te dienen en was inschrijven dus niet onmogelijk gemaakt, zoals u aangeeft in uw klacht. Daarbij wil de Gemeente opmerken dat het niet in het belang van de Gemeente is als zij geen inschrijvingen ontvangt op een aanbesteding. Het is juist de intentie en in het belang van de Gemeente om marktwerking te creëren bij het in de markt zetten van een Opdracht. Als aanbestedende dienst proberen we immers 'value for tax-payer's money' te realiseren, hierbij rekening houdend met de juridische kaders van de aanbestedingswet.'

2. Beschrijving klacht

Aanbesteder heeft in strijd gehandeld met het proportionaliteitsbeginsel zoals opgenomen in artikel 1.10 Aw 2012 door een niet realistische bovengrens voor de omrekenfactor 'Eigen werving en Uitzenden na 1040 uur' op te nemen in de offerteleidraad 'Europese Openbare aanbesteding Uitzendkrachten' (zie 1.6 hiervoor). Door het stellen van deze bovengrens was het niet mogelijk een reële inschrijving in te dienen.

3. Onderbouwing klacht

- 3.1. Ter onderbouwing van zijn klacht herhaalt ondernemer de argumenten die hij in zijn klacht van 26 september 2018 heeft aangevoerd (zie 1.8 hiervoor). Daar voegt hij nog het volgende aan toe.
- 3.2. Het enkele feit dat twee marktpartijen hebben ingeschreven betekent volgens ondernemer niet automatisch dat dit ook reële inschrijvingen zijn. Eén van de twee ondernemingen is de huidige leverancier. Ondernemer vindt het logisch dat deze inschrijft, omdat niet inschrijven automatisch omzetverlies betekent. Daarnaast kan het voor de andere ondernemer opportuun zijn geweest om in te schrijven op basis van strategische redenen.
- 3.3. Feit is dat uiteindelijk twee partijen hebben ingeschreven, waaronder de huidige leverancier. Ondernemer voert aan dat normaal gesproken zeker acht marktpartijen inschrijven op een dergelijke aanbesteding. Aanbesteder kan niet ontkennen dat twee inschrijvingen wel heel erg weinig is. Aanbesteder geeft in haar reactie op de klacht ook terecht aan dat het niet in het belang van aanbesteder is om geen inschrijvingen te ontvangen. Het is ook niet in het belang van aanbesteder om maar twee inschrijvingen te ontvangen, terwijl dit er ook zeker acht hadden kunnen zijn. Zoals aanbesteder terecht stelt, is het van belang om marktwerking te creëren bij het in de markt zetten van een opdracht. Gezien het voorgaande kan volgens ondernemer worden gesteld dat het creëren van marktwerking niet is gelukt evenmin als het realiseren van 'value for taxpayers money'. Aanbesteder had zich moeten afvragen of hij op de juiste manier de onderhavige opdracht in de markt heeft gezet en of hij niet de markt zelf de prijsstelling had moeten laten bepalen door de bovengrens van de omrekenfactor naar boven bij te stellen. Op deze manier had aanbesteder meer marktwerking gecreëerd en meer 'value for taxpayers money' gerealiseerd.

4. Reactie aanbesteder

- 4.1. Ondernemer stelt in zijn klacht dat hij van mening is dat aanbesteder in strijd heeft gehandeld met het proportionaliteitsbeginsel, zoals opgenomen in artikel 1.10 Aw 2012 door een niet realistische bovengrens voor de omrekenfactor 'Eigen werving en Uitzenden na 1040 uur' op te nemen in de offerteleidraad. Door het stellen van deze bovengrens was het volgens ondernemer niet mogelijk een reële inschrijving te doen.
- 4.2. Aanbesteder gaat niet mee in de visie van klager en acht de klacht in zijn geheel ongegrond.
- 4.3. Het proportionaliteitsbeginsel verplicht aanbesteder een afweging te maken van de gevolgen, zowel in positieve als negatieve zin, die door een bepaalde maatregel veroorzaakt worden. Maatstaf is hierbij dat de maatregel evenredig moet zijn voor

het te bereiken doel. Dit vloeit voort uit het Boehringer-arrest (GvEA EG 1 december 1999, gevoegde zaken T-125/96 en T-152/96, ECLI:EU:T:1999:302).

- 4.4. Aanbesteder stelt dat boven- en ondergrenzen eisen zijn die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht waaronder "werving en uitzending" als bedoeld in artikel 2.90 lid 5 Aw 2012.
- 4.5. In artikel 1.10 Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit (Voorschrift 3.5 B Gids Proportionaliteit) is opgenomen dat de aanbestedende dienst eisen dient te stellen aan een opdracht die 'in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht' (artikel 1.10 Aw 2012) en 'die verband houden met daadwerkelijke risico's die de opdracht meebrengt, of terug te voeren zijn op de gewenste competenties' (Voorschrift 3.5 B Gids Proportionaliteit).
- 4.6. In deze aanbesteding heeft aanbesteder de intentie gehad om voldoende marktwerking te creëren bij het in de markt zetten van de opdracht, maar wel 'best value for tax-payer's money' te realiseren binnen de juridische kaders van de aanbestedingswet. Daarbij heeft aanbesteder een bovengrens mogen stellen, zoals in betreffende aanbesteding is gedaan, teneinde passende inschrijvingen te verkrijgen. Het weglaten of hoger stellen van de bovengrens kon tot het risico leiden dat de 'best value for tax-payer's money' niet werd verkregen door inschrijvingen voor hogere tarieven.
- 4.7. Door zowel in de voorbereidingsfase van de aanbesteding marktonderzoek te plegen en door het maken van aanpassingen in het voordeel van de markt gedurende de aanbestedingsprocedure heeft aanbesteder voldoende oog gehad voor de marktsituatie en de verzoeken van potentiële inschrijvers. Daarmee is voldaan aan het proportionaliteitsbeginsel en heeft aanbesteder gehandeld binnen de grenzen van de aanbestedingswet.
- 4.8. Aanbesteder beroept zich tevens op de vrijheid die aanbestedende diensten hebben bij de voorbereiding, inrichting en afwikkeling van een aanbestedingsprocedure zolang zij de beginselen van gelijke behandeling, transparantie en proportionaliteit (artikel 1.8 en 1.9 Aw 2012) in acht nemen waarbij alle aanbieders dezelfde kansen krijgen. Zo is ook bekrachtigd in het arrest *Succhi di Frutta* (HvJ EG 29 april 2004, zaak C-496/99, ECLI:EU:C:2004:236).
- 4.9. Bovendien, wat beschouwd kan worden als 'reëel' staat volgens jurisprudentie niet vast. Wat voor de ene inschrijver een onmogelijk inschrijving is, hoeft dat voor een andere (door bijvoorbeeld andere bedrijfsvoering) niet te zijn.
- 4.10. In het vonnis van de rechtbank Gelderland van 28 augustus 2013 (ECLI:NL:RBGEL:2013:4134, JAAN 2013/207, m.nt. M.G.G. van Nisselroij, overweging 4.12) betreffende de vraag of de aanbestedende dienst de inschrijving van eiseres op juiste gronden ongeldig heeft verklaard door vast te stellen dat sprake is van een onrealistische inschrijfsom van € 1 voor de beladingsgraden 4 en 5, oordeelt de voorzieningenrechter als volgt:

'Bij gebreke van een nadere aanduiding van hetgeen als een realistische inschrijfsom moet worden beschouwd is gelet op hetgeen hiervoor is overwogen in dit kort geding onvoldoende aannemelijk geworden dat [eiseres] met onrealistische bedragen op de beladingsgraden 4 en 5 heeft ingeschreven. Dat [eiseres] deze prijzen (bedrijfseconomisch) niet kan waarmaken zoals de aanbestedende dienst stelt, kan gezien het voorgaande niet zonder meer worden aangenomen. Dat andere aanbieders aanmerkelijk hogere prijzen voor de beladingsgraden 4 en 5 hebben aangeboden, maakt dit niet anders, omdat hun vervoersplan met zich kan meebrengen dat zij wel (veelvuldig) met deze beladingsgraden rijden. (...)'

- 4.11. Op de gerectificeerde opdracht hebben twee marktpartijen ingeschreven, waarbij de best-scorende inschrijving is gedaan door een andere partij dan de huidige opdrachtnemer. Voor een aantal partijen was het dus wel mogelijk om een reële inschrijving in te dienen, in tegenstelling tot hetgeen ondernemer stelt.
- 4.12. Aanbesteder is van mening dat een aanbestedende dienst met de werkelijke kosten van een aanbieder geen rekening hoeft te houden zolang de aanbestedende dienst heeft getracht een reële kostprijs aan te geven die met cijfers is onderbouwd. In casu is dit gedaan middels een benchmark.
- 4.13. Aanbesteder meent in die zienswijze bevestigd te worden door Advies 441, overweging 5.5.10:

‘Naar het oordeel van de Commissie mag beklagde in dit kader in beginsel uitgaan van het gemiddeld aantal daadwerkelijk ingezette uren per week. Dat klager meer uren daadwerkelijk inzet dan het gemiddelde doet aan het voorgaande niet af. Bij het vaststellen van een tarief voor alle aanbieders hoeft beklagde in beginsel geen rekening te houden met een aanbieder die aanzienlijk afwijkt van dat gemiddelde. (...)’

- 4.14. Aanbesteder stelt aan te sluiten bij jurisprudentie van het hof in Den Haag van 25 november 2014 (ECLI:NL:GHDHA:2014:3758, overwegingen 4-6), waarin het hof het volgende overwoog:

‘4. (...) Vervolgens is in het rapport, op basis van aangegeven openbare gegevens en door vergelijking met gehanteerde tarieven in soortgelijke door de IND gegeven opdrachten, berekend wat de ondergrenzen zouden zijn voor realistische tarieven. (...)’

5. (...) In de Nota van Inlichtingen is als antwoord op een daartoe strekkende vraag geantwoord dat aan de eis de hand zal worden gehouden en dat daartoe de mid-delen prijsvergelijking en een nader marktonderzoek zullen worden gebruikt. (...)’

Naar het voorlopig oordeel van het hof kan niet worden staande gehouden, dat de Staat voorafgaand aan de voorlopige gunningsbeslissing de marktconformiteit en het realiteitsgehalte van de tarieven waarmee (FMMU) heeft ingeschreven, in het geheel niet of onvoldoende heeft beoordeeld. (...)’

- 4.15. Aanbesteder is van mening dat de klacht ongegrond is.

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder op 19 april 2018 een Europese openbare procedure heeft aangekondigd voor een overheidsopdracht voor diensten voor terbeschikkingstelling van uitzendkrachten. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en 2 van de Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit.

- 5.2. Allereerst merkt de Commissie op dat de klacht is gericht tegen de bovengrens voor de omrekenfactor ‘Eigen werving en Uitzenden na 1040’. In deze aanbestedingsprocedure is echter sprake van drie omrekenfactoren: een omrekenfactor voor ‘uitzenden tot 1.040 uur’, een omrekenfactor voor ‘uitzenden vanaf 1.040 uur’ en een omrekenfactor voor ‘eigen werving’ (zie de tabellen in paragraaf 5.3.2 onder ‘G-6 Omrekenfactor’ van de gerectificeerde Offerteleidraad in 1.6 hiervoor). Uit de

onderbouwing van de klacht leidt de Commissie af dat de klacht enkel is gericht tegen de bovengrens voor de omrekenfactor 'uitzenden vanaf 1.040 uur'.

5.3. Artikel 1.10, lid 1, Aw 2012 bepaalt:

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

5.4. In beginsel staat het een aanbestedende dienst vrij te bepalen welke prijs hij wil betalen voor een dienst, zoals het een ondernemer vrij staat te bepalen of hij voor de geboden prijs bereid is de gevraagde dienst te verlenen (zie Vزر. Rechtbank Midden-Nederland 30 januari 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:312, r.o. 4.19). Daarbij zal de aanbestedende dienst uiteraard wel de Aanbestedingswet 2012 – meer in het bijzonder artikel 1.4, lid 2, Aw 2012 – in acht moeten nemen.

5.5. Ondernemer stelt dat de bovengrens voor de omrekenfactor 'uitzenden vanaf 1.040 uur' in strijd is met het proportionaliteitsbeginsel van artikel 1.10 Aw 2012 en voert in dat kader – samengevat – het volgende aan (zie de bij aanbesteder op 26 september 2018 bij aanbesteder ingediende klacht in 1.8 en de onderbouwing van de klacht in 3 hiervoor). Ondernemer stelt dat de maximale omrekenfactor voor 'eigen werving en uitzenden na 1040 uur' 1,70 was in de aanbestedingsprocedure uit 2014 die heeft geleid tot de huidige raamovereenkomst van aanbesteder. De Commissie neemt aan dat ondernemer daarmee ook doelt op de omrekenfactor 'uitzenden vanaf 1.040 uur', waar de klacht op ziet.

5.6. Verder stelt ondernemer dat de bovengrens voor de omrekenfactor te laag en niet kostendekkend is voor verloning in sector 52 (de enige sector waarin uitzenden met uitzendbeding is toegestaan), aangezien aanbesteder ook na 1.040 uur dezelfde dienstverlening verwacht. Ondernemer voert in dat kader aan in een schaarse arbeidsmarkt in te zetten op binding en duurzame inzetbaarheid door ook na 1.040 uur te investeren in begeleiding en scholing. Daarmee beperkt ondernemer het verloop bij zijn opdrachtgevers en behoudt ondernemer kennis en ervaring. De lage bovengrens van de omrekenfactor maakt het ook niet aantrekkelijk voor onderaannemers, indien ondernemer zelf niet het gewenste personeel kan leveren.

5.7. Dat de gemaximeerde omrekenfactor niet kostendekkend is, baseert ondernemer op het volgende:

- a. De inhuurdesk moet minimaal door 1 medewerker (1 FTE) worden bemand, maar aanbesteder geeft aan dat de praktijk leert dat dat niet voldoende is;
- b. Om een reële kans op het winnen van de aanbesteding te houden, zal ondernemer extra inspanningen moeten leveren om een social return percentage van 10% te kunnen bieden, hetgeen 15 extra punten voor kwaliteit oplevert;
- c. De gemiddelde kostprijs voor salaris en werkgeverslasten van een uitzendkracht is bij ondernemer 1,6492;
- d. Van de totale opdrachtsom betreft 50% eigen werving en 50% werving via een uitzendbureau. Van de werving via een uitzendbureau valt 50% na 1.040 uur onder een verlaagd tarief. Dit betekent dat 75% van de opdracht moet worden uitgevoerd voor een omrekenfactor van maximaal 1,65. Van de beoogde omzet van € 1.800.000 (gebaseerd op 57 uitzendkrachten) kan ondernemer zijn kosten voor volledige dienstverlening slechts verdisconteren in 25% van de beoogde omzet, zijnde € 450.000.
- e. Uitgaande van een bezetting van 2,3 FTE (recruitment, inhuurdeskmedewerker en Social return medewerker) komt ondernemer uit op een negatieve marge van -0,70%.

- 5.8. Aanbesteder heeft in dit kader – samengevat – het volgende aangevoerd (zie de beantwoording van vraag 1 in de derde Nota van Inlichtingen in 1.3, de reactie van 12 oktober 2018 op de bij hem ingediende klacht in 1.9 en de reactie op de bij de Commissie ingediende klacht in 4 hiervoor). Aanbesteder wil de maximumtarifiering niet loslaten of verlagen omdat hij voorzichtig wenst om te gaan met het uitgeven van publieke gelden. Aanbesteder stelt dat de bovengrens nodig is om zoveel mogelijke waarde voor de publieke middelen te realiseren (artikel 1.4, lid 2, Aw 2012). In dat kader doet aanbesteder een beroep op de contractsvrijheid. Aanbesteder stelt ondernemer zijn verdienmodel niet te misgunnen en dat het niet zijn bedoeling is om ondernemer structureel verlies te laten lijden. Maar aanbesteder kijkt wel kritisch naar hetgeen ondernemer stelt omtrent de kosten.
- 5.9. In het kader van vraag 1 in de derde Nota van Inlichtingen (zie 1.3 hiervoor) heeft ondernemer kennelijk vertrouwelijk een berekening aan aanbesteder verstrekt. In antwoord op deze vraag merkt aanbesteder op deze berekening met een financieel adviseur te hebben doorgenomen en dat die op een andere, gunstigere financiële uitkomst uitkwam.
- 5.10. Aanbesteder voert verder aan dat de inzet van gespecialiseerde onderaannemers voor de opdracht niet opportuun zal zijn, omdat de opdracht voornamelijk ziet op licht administratief werk (tot schaal 9).
- 5.11. Aanbesteder stelt vooraf te hebben gekeken wat de marktontwikkelingen waren en te hebben onderzocht en wat er elders is uitgevraagd. Ook stelt aanbesteder de huidige omrekenfactoren grotendeels naar boven te hebben aangepast.
- 5.12. Om tot de gemaximeerde omrekenfactoren te komen, heeft aanbesteder onderzoek gedaan. Dit onderzoek bestond uit een benchmark, waarbij is gekeken naar de aard en omvang van de uitzenddienstverlening bij andere gemeenten. In totaal zijn zeven gemeenten gevraagd om informatie, waarvan vier gemeenten input hebben aangeleverd.
- 5.13. Op basis van de benchmark is onderstaande informatie ontvangen:

Ge-meente	Omrekenfac-tor Uitzenden	Omrekenfac-tor eigen wer-ving	Omzet uitzenden	Omzet eigen werving
A	1,84 – 1,81	1,51 – 1,67	Circa € 1 miljoen	-
B	2,0	< 1,65	€ 3 à 4 miljoen	€ 1 à 2 miljoen
C	1,8 – 2,0	1,52 – 1,55	€ 600.000	€ 600.000
D	1,8 – 2,0		€ 2 miljoen	-

- 5.14. Aanbesteder is van mening dat een aanbestedende dienst met de werkelijke kosten van een aanbieder geen rekening hoeft te houden zolang de aanbestedende dienst heeft getracht een reële kostprijs aan te geven die met cijfers is onderbouwd. In dat kader wijst aanbesteder op Advies 441 van de Commissie, overweging 5.5.10.
- 5.15. Aanbesteder stelt het proportionaliteitsbeginsel in acht te hebben genomen door in de voorbereidingsfase van de aanbestedingsprocedure marktonderzoek te hebben gedaan en door gedurende de aanbestedingsprocedure op verzoek van de markt aanpassingen te hebben gedaan in de gestelde eisen. Zo is er onder andere een vaste vergoeding vastgesteld voor het uitvoeren van administratieve werkzaamheden bij uitvragen buiten de raamovereenkomst, is de eis van een bezetting van 2 FTE voor de bemensing van de inhuurdesk komen te vervallen en wordt de mogelijkheid geboden om meer uitzendwerkzaamheden op de locatie van aanbesteder te verrichten (zie 1.2 en 1.4 hiervoor).

- 5.16. Aanbesteder merkt op dat twee ondernemingen hebben ingeschreven en dat de economische meest voordelige inschrijving is gedaan door een andere ondernemer dan de huidige opdrachtnemer. Dit leidt aanbesteder tot de conclusie dat het voor een aantal partijen wel mogelijk was om een reële inschrijving in te dienen.
- 5.17. Naar het oordeel van de Commissie heeft ondernemer de stelling dat met de gemaximeerde omrekenfactor voor uitzenden vanaf 1.040 uur niet kostendekkend kan worden ingeschreven op de onderhavige aanbestedingsprocedure, onvoldoende onderbouwd. Ondernemer stelt immers dat niet kostendekkend kan worden ingeschreven, maar neemt daarbij tot uitgangspunt dat maximaal wordt gescoord op het kwalitatieve gunningscriterium social return (zie 5.7 hiervoor). Daarmee valt niet uit te sluiten dat wél kostendekkend kan worden ingeschreven indien geen extra inspanningen worden geleverd op het gebied van social return. Dat daarmee de kans op het winnen van de aanbesteding afneemt, doet aan het voorgaande niet af.
- 5.18. Daarmee is er onvoldoende grond om te oordelen dat de bovengrens voor de omrekenfactor 'uitzenden vanaf 1.040 uur' in strijd is met het proportionaliteitsbeginsel van artikel 1.10 Aw 2012.
- 5.19. De Commissie acht de klacht dan ook ongegrond.
- 5.20. Ten overvloede merkt de Commissie het volgende op.
- 5.20.1. Ter bepaling van de bovengrenzen van de omrekenfactoren heeft aanbesteder gebruik gemaakt van een benchmark. Aanbesteder heeft navraag gedaan bij andere gemeenten en heeft daarbij, onder meer, acht geslagen op de aard van de dienstverlening: werving via een uitzendbureau of eigen werving. De Commissie vraagt zich echter af in hoeverre de bij andere gemeenten gehanteerde omrekenfactoren vergelijkbaar zijn, aangezien de in de raamovereenkomsten gestelde eisen aan de dienstverlening van elkaar kunnen verschillen. Daarbij valt te denken aan de door aanbesteder vereiste aanwezigheid op de locatie van aanbesteder en de gestelde minimumeis op het gebied van social return. Dit zijn aspecten die effect hebben op de kosten van de opdrachtnemer en daarom ook op de prijs, in dit geval weergegeven in een omrekenfactor.
- 5.20.2. Verder constateert de Commissie dat in de benchmark geen onderscheid is gemaakt bij werving via een uitzendbureau tussen de uren vóór en na 1.040 uur. Nu de omrekenfactor bij uitzenden bij andere opdrachtgevers varieert tussen 1,8 en 2,0 bieden de resultaten van de benchmark geen rechtvaardiging voor een bovengrens voor de omrekenfactor 'uitzenden vanaf 1.040 uur' van 1,65. Dat de maximale omrekenfactor voor 'eigen werving en uitzenden na 1.040 uur' 1,70 was in de aanbestedingsprocedure uit 2014 die heeft geleid tot de huidige raamovereenkomst van aanbesteder, heeft aanbesteder ook niet weersproken. Van bijstelling naar boven is bij deze omrekenfactor dus geen sprake.
- 5.20.3. Ook vraagt de Commissie zich af of aanbesteder de gunningsmethodiek voldoende transparant over het voetlicht heeft gebracht. Hoewel de prijs voor 50 punten en de kwaliteit voor 125 punten meeweegt (zie paragraaf 5.3 in de gecorrigeerde Offerteleidraad in 1.6 hiervoor), lijkt de prijs namelijk nauwelijks een rol te spelen. De Commissie zal dit hierna in 5.20.4-5.20.9 toelichten.
- 5.20.4. De Commissie neemt in dit kader tot uitgangspunt dat de prijzen in de uitzendbranche niet heel ver uit elkaar zullen liggen. De Commissie neemt dan ook verder tot uitgangspunt dat de geboden omrekenfactor voor 'uitzenden vanaf 1.040 uur' hoogstens zal variëren tussen 1,50 en 1,65. Stel dat in het kader van 'uitzenden

vanaf 1.040 uur' de laagste bidder voor alle categorieën van tabel 2 een omrekenfactor van 1,50 biedt en de hoogste bidder een omrekenfactor van 1,65. Dan scoort de laagste bidder 20 punten en de hoogste bidder 18,18 punten (zie tabel 2 in paragraaf 5.3.2, onder 'G-6 Omrekenfactor' in de gecorrigeerde Offerteleidraad in 1.6 hiervoor). Dit is een verschil in score van minder dan 2 punten.

- 5.20.5. Bij de omrekenfactor voor 'eigen werving' van tabel 3 geldt hetzelfde (zie tabel 3 in paragraaf 5.3.2, onder 'G-6 Omrekenfactor' in de gecorrigeerde Offerteleidraad in 1.6 hiervoor). Uitgaande van dezelfde uitgangspunten, zou de laagste bidder met een omrekenfactor van 1,50 voor alle categorieën 10 punten scoren en de hoogste bidder met een omrekenfactor van 1,65 9,09 punten: een verschil van nog niet eens 1 punt.
- 5.20.6. Zelfs bij de omrekenfactor voor 'uitzenden tot 1.040 uur' blijven de mogelijke verschillen gering (zie tabel 1 in paragraaf 5.3.2, onder 'G-6 Omrekenfactor' in de gecorrigeerde Offerteleidraad in 1.6 hiervoor). Uitgaande van een laagste bidder met een omrekenfactor voor alle categorieën van tabel 1 van 1,70 en een hoogste bidder met een omrekenfactor van 2,0 kan de hoogste bidder 17 punten scoren en is het verschil maximaal 3 punten.
- 5.20.7. Het voorgaande betekent dat, hoewel er voor de prijs – in de vorm van de omrekenfactor – maximaal 50 punten kunnen worden behaald, het verschil tussen de hoogste en laagste bidder in de praktijk minder dan 6 punten zal zijn.
- 5.20.8. Bij de kwalitatieve gunningscriteria kunnen wel grotere verschillen tussen de inschrijvers ontstaan. Voor de 4 kwalitatieve criteria G-1 tot en met G-4 kunnen in totaal 110 punten worden behaald (zie paragraaf 5.3 in de gecorrigeerde Offerteleidraad in 1.6 hiervoor). Die kwalitatieve criteria worden beoordeeld met de volgende schaal: 5 (Uitmuntend)=100%, 4 (Goed)=70%, 3 (Voldoende)=40%, 2 (Matig)=0% en 1 (Onvoldoende)=Knock out (zie paragraaf 5.3.3 in de gecorrigeerde Offerteleidraad in 1.6 hiervoor). Wanneer bijvoorbeeld inschrijver X op het kwalitatieve criterium G-1 (Leveringszekerheid) Voldoende scoort en inschrijver Y daarop Matig scoort, dan is het verschil in scores al 14 punten, dus meer dan 2 keer zo groot als het maximale verschil tussen de scores op het prijs criterium. Wanneer inschrijver Y op G-1 Goed scoort, dan is het verschil in scores voor het kwalitatieve criterium G-1 10,5 punten, ook veel meer dan het maximale verschil tussen de scores op de prijs criteria.
- 5.20.9. Bij het kwalitatieve gunningscriterium G-5 (Social Return) worden 0 punten toegekend indien wordt voldaan aan de minimumeis dat 5% van de omzetwaarde wordt ingezet op social return en kunnen maximaal 15 punten worden verkregen bij een SROI-percentage van 10% (zie paragraaf 5.3.2, onder 'G-5 Social return' in de gecorrigeerde Offerteleidraad in 1.6 hiervoor). Ook bij dit kwalitatieve gunningscriterium is dus goed denkbaar dat er verschillen van meer dan 6 punten zullen zijn tussen twee inschrijvers.
- 5.20.10. Nu de prijs nauwelijks een rol lijkt te spelen in deze aanbestedingsprocedure, is het begrijpelijk dat aanbesteder een bovengrens stelt aan de prijs. Indien de aanbestedende dienst de bovengrens echter te laag vaststelt, bestaat het risico dat de inschrijvers niet met elkaar kunnen concurreren. Ze kunnen dan niet of nauwelijks concurreren op prijs omdat er een zeer lage bovengrens is vastgesteld. En als gevolg van de lage bovengrens kunnen de inschrijvers ook geen kwaliteit bieden boven het gevraagde minimumniveau. Het is de vraag of dan nog wel wordt gegund op basis van het gunningscriterium economisch meest voordelige inschrijving in de zin van artikel 2.114 Aw 2012 en of de aanbestedende dienst zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen realiseert (artikel 1.4, lid 2, Aw 2012).

5.20.11. Dat zonder bovengrens voor de omrekenfactoren manipulatief zou kunnen worden ingeschreven, wordt overigens ook veroorzaakt door het feit dat in de onderhavige gunningsmethodiek voor elke prijscomponent een aparte score wordt bepaald en de scores bovendien worden berekend met een relatieve formule.

6. Advies

De Commissie acht de klacht **ongegrond**.

7. Aanbeveling

De Commissie beveelt aanbestedende diensten aan om transparant te zijn over de weging van de kwalitatieve gunningscriteria en het prijs criterium ten opzichte van elkaar. In dat kader beveelt de Commissie aanbestedende diensten aan om in voorkomende gevallen in de aanbestedingsstukken aan te geven dat de prijs naar verwachting nauwelijks een rol zal spelen.

Indien een aanbestedende dienst een bovengrens voor de prijs bepaalt, beveelt de Commissie aan om deze in ieder geval niet te laag vast te stellen. Anders bestaat het risico dat de inschrijvers noch op prijs, noch op kwaliteit kunnen concurreren. Het is de vraag of dan nog wel wordt gegund op basis van het gunningscriterium economisch meest voordelige inschrijving in de zin van artikel 2.114 Aw 2012 en of de aanbestedende dienst zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen realiseert (artikel 1.4, lid 2, Aw 2012).

Den Haag, 22 februari 2019

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

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

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid