

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 645 | Samenvatting

De klacht ziet op een Europese openbare aanbesteding voor het sluiten van een raamovereenkomst inzake het verrichten van diensten voor het regelen van de inzet van trainingsacteurs. Opdrachtnemer zal fungeren als intermediair.

De klacht van ondernemer richt zich tegen de opzet van de aanbestedingsprocedure, waarbij de toekomstige opdrachtnemer, de intermediair, verplicht gebruik moet maken van een poule acteurs die nog moet worden ingericht door aanbesteder. Aanbesteder eist dat de intermediair telkens de inzet van 100% van de aangevraagde trainingsacteurs garandeert ('leveringsplicht'). De intermediair ontvangt uitsluitend een vergoeding voor de ingezette acteurs, nadat zowel docent als acteur een evaluatie hebben ingevuld. Aanbesteder brengt een korting in rekening voor de niet-gerealiseerde inzet.

Klachtonderdelen 1 en 3

Verskillende aspecten van deze klachtonderdelen, in onderlinge samenhang beschouwd, leiden de Commissie tot het oordeel dat Eis 33 disproportioneel is. De 'leveringsplicht' met korting, de gebondenheid aan de poule, de ruime wijzigingsmogelijkheid voor aanbesteder bij het doen van aanvragen/bestellingen, in combinatie met onbekendheid met de afspraken die aanbesteder met de acteurs zal maken, leggen risico's bij de opdrachtnemer, terwijl aanbesteder die risico's het best zelf kan beïnvloeden en beheersen. De Commissie verklaart deze klachtonderdelen **gegrond**.

Klachtonderdeel 2

De eis dat de inzet niet zonder evaluatie kan worden gefactureerd, acht de Commissie disproportioneel, omdat opdrachtnemer uiteindelijk niet in de hand heeft of evaluatie plaatsvindt. Aanbesteder is immers de partij waarmee zowel de docent als de acteur een contractuele relatie hebben.

Aanbesteder verwacht dat de evaluatie beperkt is en kan worden verricht aan de hand van een app, waardoor sprake zou zijn van een snel en eenvoudig proces. Daarnaast stelt aanbesteder dat de evaluatie tevens fungeert als prestatieverklaring en in die zin ook het belang van opdrachtnemer dient. Die omstandigheden brengen nog niet mee dat het verschuiven van het risico naar de intermediair gerechtvaardigd is. De Commissie verklaart dit klachtonderdeel **gegrond**.

Klachtonderdeel 4

Het relateren van de vergoeding van een intermediair aan de gerealiseerde inzet, acht de Commissie niet zonder meer disproportioneel. Dit klachtonderdeel acht zij daarom **ongegrond**.

Klachtonderdeel 5

Het komt de Commissie op grond van de raming in de inschrijvingsleidraad voor dat de intermediair bij verwerving van de onderhavige opdracht voldoende zal worden beloond. Ondernemer heeft zich slechts op het standpunt gesteld dat het tarief onredelijk is, omdat verschillende posten vanuit het tarief moeten worden voldaan.

De onderbouwing van dit klachtonderdeel acht de Commissie onvoldoende concreet. De Commissie verklaart dit klachtonderdeel **ongegron**d.

Klachtonderdeel 6

De enkele omstandigheid dat de aanbesteding waarin acteurs voor de poule worden geworven nog niet heeft plaatsgevonden, maakt informatieverstrekking over de inhoud van de overeenkomsten met acteurs nog niet onmogelijk. Bij gebreke van een deugdelijke onderbouwing van het tegendeel door aanbesteder, acht de Commissie het onvoldoende informeren van de inschrijvers in strijd met het transparantiebeginsel. De Commissie verklaart dit klachtonderdeel daarom **gegron**d.

Advies 645

1. Feiten

- 1.1. Aanbesteder heeft op 24 juni 2021 een Europese openbare aanbesteding georganiseerd voor het sluiten van een raamovereenkomst inzake het leveren van diensten voor het regelen van de inzet van trainingsacteurs ten behoeve van de door aanbesteder verzorgde opleidingen, trainingen en assessments. Aanbesteder zoekt een intermediair die als opdrachtnemer de opdracht zal uitvoeren.
- 1.2. De Commissie geeft eerst een overzicht van de opzet van de onderhavige aanbestedingsprocedure alvorens zij de relevante passages uit de aanbestedingsstukken weergeeft.

Opzet aanbestedingsprocedure

- 1.3. In wezen richt de klacht van ondernemer zich tegen de opzet van de aanbestedingsprocedure, waarbij de toekomstige opdrachtnemer, de intermediair, verplicht gebruik moet maken van een poule acteurs die door aanbesteder nog zal worden ingericht. Aanbesteder eist dat de intermediair telkens de inzet van 100% van de aangevraagde trainingsacteurs garandeert (de 'leveringsplicht' uit Eis 33 van het PvE). De intermediair ontvangt uitsluitend een vergoeding voor de ingezette acteurs, nadat zowel docent als acteur een evaluatie hebben ingevuld. Aanbesteder brengt een korting in rekening voor de niet-gerealiseerde inzet.

Relevante passages

- 1.4. De inschrijvingsleidraad 'Europese aanbesteding Intermediair voor Trainingsacteurs' bevat, onder meer, het volgende:

'Alle minimale eisen die [aanbesteder] stelt aan de Opdracht staan beschreven in het Programma van eisen dat apart is te downloaden via het Negometrix platform.

(...)

1.1.1 Scope

Tot de scope van de Opdracht behoort specifiek het regelen van de inzet van Trainingsacteurs vanuit de Poule van [aanbesteder].

Het regelen van de inzet van Trainingsacteurs omvat het gehele proces zoals beschreven in § 1.2.2 van deze Inschrijvingsleidraad en het Programma van eisen.

[Aanbesteder] stelt zelf een Poule van trainingsacteurs samen bestaande uit maximaal 180 Trainingsacteurs in 5 verschillende profielen. De Trainingsacteurs voor deze Poule worden door middel van een separate SAS-procedure aanbesteed. De intermediair heeft primair geen rol in de selectie van Trainingsacteurs en het samenstellen van de Poule.

De intermediair dient als 'loket' te fungeren voor het aannemen en afhandelen van de aanvragen maar ook voor advisering en de aanneme en afhandeling van klachten (van zowel [aanbesteder] als de Trainingsacteurs).

(...)

Het maximale dagdeeltarief voor een Trainingsacteur bedraagt € 200,- ex btw. Het maximale dagdeeltarief voor de intermediair bedraagt € 35,- ex btw (zie § 2.2). Er wordt vanuit gegaan dat voor de helft van de inzetten een dagvergoeding voor reiskosten ad € 25,- wordt betaald aan de Trainingsacteurs. De totale geraamde contractwaarde van de Raamovereenkomst voor 4 jaar komt dan uit op:

Inzetten (dagdelen)	Kosten Trainingsacteurs	Vergoeding intermediair	Vergoeding reiskosten	Totaal
43.140	€ 8.628.000,-	€ 1.509.900,-	€ 539.250,-	€ 10.677.150,-

(...)

1.4 De Poule

De Trainingsacteurs worden door middel van een separate Sas-procedure geworven en vormen gezamenlijk de Poule van [aanbesteder].

De Poule bestaat naar verwachting uit maximaal 180 zelfstandige Trainingsacteurs, verdeeld over 5 profielen. Daarmee beschikt [aanbesteder] over een Poule bestaande uit gekwalificeerde Trainingsacteurs die geschikt zijn om in de behoefte van [aanbesteder] te voorzien. De omvang van de Poule is naar verwachting voldoende om alle gevraagde inzetten te dekken.

Profiel	Verwacht aantal
Reguliere Trainingsacteurs	35
Gespecialiseerde Trainingsacteurs	25
Assessment Trainingsacteurs	30
Licht fysieke Trainingsacteurs	40
Zwaar Fysieke Trainingsacteurs	50

De profielen zijn ter indicatie opgenomen in de bijlagen. De intermediair krijgt naar verwachting bij aanvang van de overeenkomst de lijst met de Trainingsacteurs en de indeling van deze Trainingsacteurs in de profielen.

(...)

Door het indienen van het rechtsgeldig ondertekende UEA verklaart u:

1. Dat de gestelde Uitsluitingsgronden, zoals bedoeld in art 2.86 en 2.87 van de Aanbestedingswet 2012, niet op u en betrokken onderneming(en) van toepassing zijn;
2. Dat u aan de gestelde Geschiktheidseisen voldoet;
3. Dat u bij Inschrijving volledig voldoet aan de overige eisen zoals gesteld in de Inschrijvingsleidraad en bij aanvang van en gedurende de uitvoering van de Opdracht volledig voldoet aan de gestelde eisen in het Programma van eisen (PvE);
4. Dat u akkoord gaat met al het gestelde in de Aanbestedingsstukken.'

- 1.5. Bij de inschrijvingsleidraad heeft aanbesteder een programma van eisen gevoegd (versiedatum 29 juli 2021), met daarin, onder meer, de volgende eisen:

'Eis 11. Planning (processtap 4, 5 en 6)

De Opdrachtnemer registreert de aanvragen/Bestellingen en de beschikbaarheid van Trainingsacteurs en verwerkt deze in een planning. [Aanbesteder] kan een wijziging van een Bestelling doorgeven tot 48 uur voor aanvang van de inzet. Een Trainingsacteur kan in principe geen wijziging in de beschikbaarheid doorgeven (processtap 6.) nadat deze zijn beschikbaarheid voor een aanvraag heeft

doorgegeven. Er kunnen zich echter onvoorziene omstandigheden voordoen. Alleen in geval van onvoorziene omstandigheden kan de Trainingsacteur een wijziging in de beschikbaarheid doorgeven. De Opdrachtnemer registreert dan de beschikbaarheidswijziging van de Trainingsacteur met de reden van de wijziging. De Opdrachtnemer selecteert vervolgens een andere Trainingsacteur en past de planning daarop aan. De planning wordt (na aanpassing) voor akkoord voorgelegd aan [aanbesteder].

Wanneer de Trainingsacteur langer dan 48 uur voorafgaand aan de inzet een wijziging in de beschikbaarheid doorgeeft op grond van onvoorziene omstandigheden, betreft het door de Opdrachtnemer selecteren van een andere Trainingsacteur een resultaatsverplichting. Indien de Trainingsacteur binnen de 48 uur voorafgaand aan de inzet een wijziging in de beschikbaarheid doorgeeft op grond van onvoorziene omstandigheden, betreft het door de Opdrachtnemer selecteren van een andere Trainingsacteur een inspanningsverplichting. Zie verder Eis 33.

(...)

Eis 13. Evaluatie (processtap 9, 10 en 11)

Elke inzet van een Trainingsacteur dient geëvalueerd te worden tussen de Trainingsacteur en de contactpersoon op locatie (bijvoorbeeld de docent). De Opdrachtnemer faciliteert de registratie van de evaluatie(s) waarbij de evaluatie als 'voldoende' of als 'onvoldoende' wordt gekwalificeerd. Bij 'onvoldoende' dient de motivatie te worden gegeven en geregistreerd. De Opdrachtnemer rapporteert de evaluaties aan [aanbesteder] en aan de betreffende Trainingsacteur (zie ook Eis 32). De Trainingsacteur is verantwoordelijk voor het daadwerkelijk aanleveren van de Evaluatie door de contactpersoon op locatie. Zonder evaluatie kan de inzet niet worden gefactureerd (zie processtap 12).

(...)

Eis 33. Prestatiemonitoring inzet

Achtergrondinformatie:

De Opdrachtnemer gaat akkoord met de inzet op basis van prestatimonitoring:

- Circa 80% van de inzet is planmatige inzet en is per maand vooraf ingeregeld, vastgelegd via de online portal en komt terug in de managementrapportage;
- Circa 20% van de inzet is flexibele inzet en is op aanvraag vanuit [aanbesteder] op afroep ingeregeld. Deze inzet is achteraf – uiterlijk 5 Werkdagen – na inzet vastgelegd in de online portal en de managementrapportage.

Eis:

De Opdrachtnemer is er verantwoordelijk voor dat de uitgevraagde inzet van Trainingsacteurs voor 100% is ingevuld wordt en gegarandeerd blijft. Bij het niet realiseren van de 100% inzet zal een korting worden toegepast op de beloning van de Opdrachtnemer. De korting die wordt toegepast zal evenredig zijn aan de niet gerealiseerde inzet over de betreffende maand met een toeslag hierover van 10%. Bij herhaling de daaropvolgende maand bedraagt de korting de niet gerealiseerde inzet met een toeslag hierover van 25%.

Ziekte, arbeidsongeschiktheid en/of andere redenen van de acteurs zijn geen redenen waarop de Opdrachtnemer zich kan beroepen, tenzij de Trainingsacteur zich binnen 48 uur voorafgaand aan de geplande inzet, op grond van onvoorziene omstandigheden, afmeldt. In dat geval treedt de korting niet in.

Opdrachtnemer verplicht zich binnen 5 Werkdagen, doch uiterlijk de 10e Werkdag van de maand, een plan van aanpak op te stellen en te overleggen met [aanbesteder] over de door Opdrachtnemer voorgestelde verbeteracties. In het

verbeterplan moet concreet worden aangegeven wat de tijdelijke en de lange termijn oplossing is, zowel in het proces als in het eindresultaat.'

1.6. De nota van inlichtingen van 29 juli 2021 bevat, onder meer, de volgende vragen en antwoorden:

1.6.1. Vraag 11: 'Eis 11 In geval van onvoorziene omstandigheden dient Opdrachtnemer volgens eis 11 een andere trainingsacteur te selecteren. Kunt u bevestigen dat dit enkel een inspanningsverplichting is?'

Antwoord: 'Wanneer de Trainingsacteur langer dan 48 uur voorafgaand aan de geplande inzet annuleert op grond van onvoorziene omstandigheden, is het selecteren van een andere Trainingsacteur een resultaatsverplichting voor de Opdrachtnemer. Wanneer de Trainingsacteur binnen 48 uur voorafgaand aan de geplande inzet annuleert, is het selecteren van een andere Trainingsacteur een inspanningsverplichting voor de Opdrachtnemer.'

1.6.2. Vraag 29: 'Eis 9 Trainingsacteurs zijn freelancers en dat geldt ook voor de acteurs die in de poule zullen zitten. Zij hebben hun agenda op enig moment reeds gevuld met andere opdrachten dan [aanbesteder]. Wat zijn de exacte afspraken die u gaat maken en hoe vergoedt u de acteurs voor hun beschikbaarheid. Dit is uiterst relevant voor deze aanbesteding, omdat de omvang van het werk van de Opdrachtnemer direct afhankelijk is van de afspraken die u met acteurs maakt. (ter illustratie: als u acteurs betaalt om 24/7 beschikbaar te zijn, is het veel makkelijker hen te boeken en in te delen dan wanneer acteurs enkel per opdracht krijgen betaald).'

Antwoord: 'De exacte afspraken die met de Trainingsacteurs worden gemaakt en een eventuele vergoeding voor hun beschikbaarheid zijn het resultaat van een SAS-procedure welke separaat van de onderhavige aanbesteding zal plaatsvinden. [Aanbesteder] kan al wel aangeven dat met de Trainingsacteurs een vast tarief per dagdeel wordt afgesproken, zie Eis 40 van het Programma van eisen. [Aanbesteder] gaat er van uit dat de Poule voldoende groot is waardoor er altijd beschikbare Trainingsacteurs zijn voor de aanvragen. Zie verder ook het antwoord op vraag 69.'

1.6.3. Vraag 37: 'Eis 11 Hoe verhoudt uw stelling dat een trainingsacteur in principe geen wijzigingen door kan geven met de stelling in de laatste alinea van eis 11 waarin staat dat een Trainingsacteur langer dan 48 uur voorafgaand aan de inzet een wijziging kan doorgeven?'

Antwoord: 'De Trainingsacteur kan slechts in geval van onvoorziene omstandigheden een wijziging in de beschikbaarheid doorgeven. De laatste alinea van Eis 11 ziet derhalve op de situatie dat de Trainingsacteur op grond van onvoorziene omstandigheden een wijziging in de beschikbaarheid doorgeeft.

Eis 11 luidt thans als volgt:

"De Opdrachtnemer registreert de aanvragen/Bestellingen en de beschikbaarheid van Trainingsacteurs en verwerkt deze in een planning. [Aanbesteder] kan een wijziging van een Bestelling doorgeven tot 48 uur voor aanvang van de inzet. Een Trainingsacteur kan in principe geen wijziging in de beschikbaarheid doorgeven (processtap 6.) nadat deze zijn beschikbaarheid voor een aanvraag heeft doorgegeven. Er kunnen zich echter onvoorziene omstandigheden voordoen. Alleen in geval van onvoorziene omstandigheden kan de Trainingsacteur een wijziging in de beschikbaarheid doorgeven. De Opdrachtnemer registreert dan de beschikbaarheidswijziging van de Trainingsacteur met de reden van de wijziging. De

Opdrachtnemer selecteert vervolgens een andere Trainingsacteur en past de planning daarop aan. De planning wordt (na aanpassing) voor akkoord voorgelegd aan [aanbesteder]. Wanneer de Trainingsacteur langer dan 48 uur voorafgaand aan de inzet een wijziging in de beschikbaarheid doorgeeft op grond van onvoorziene omstandigheden, betreft het door de Opdrachtnemer selecteren van een andere Trainingsacteur een resultaatsverplichting. Indien de Trainingsacteur binnen de 48 uur voorafgaand aan de inzet een wijziging in de beschikbaarheid doorgeeft op grond van onvoorziene omstandigheden, betreft het door de Opdrachtnemer selecteren van een andere Trainingsacteur een inspanningsverplichting. Zie verder Eis 33.”

- 1.6.4. Vraag 40: 'Eis 11 De resultaatsverplichting zoals opgenomen in eis 11 is onredelijk en disproportioneel. U eist van de Opdrachtnemer een resultaatsverplichting, terwijl de Opdrachtnemer geen invloed heeft op de omvang van de poule, de kwaliteit van de acteurs in de poule, de andere werkzaamheden van de acteurs in de poule en de afspraken tussen [aanbesteder] en de acteurs. Omdat de huidige ervaring leert dat een poule van 180 acteurs veel te weinig is om in de behoefte te voorzien, staat op voorhand vast dat Opdrachtnemer nooit uitkomt met de poule en dus zonder vergoeding een onbepaald risico draagt. Het is disproportioneel en derhalve onredelijk om een resultaatsverplichting overeen te komen. Wij verzoeken u eis 11 (en de raamovereenkomst) aan te passen.'

Antwoord: 'De mate van gevraagde inzet is voor [aanbesteder] cruciaal voor de kwaliteit en continuïteit van het onderwijs, immers, als de Trainingsacteur niet komt opdagen kan de les/training niet of niet volledig doorgaan. De kwaliteit van de Trainingsacteurs en de omvang van de Poule is afgestemd op de behoeften vanuit het onderwijs. Gezien de verandering in het onderwijs en de wijze waarop [aanbesteder] gebruik gaat maken van Trainingsacteurs is enige vergelijking met de huidige situatie niet relevant. [Aanbesteder] gaat er vanuit dat de Poule voldoende groot is. Bovenstaande rechtvaardigt naar de mening van [aanbesteder] dat er sprake is van een resultaatverplichting.'

- 1.6.5. Vraag 49: 'Eis 13 Eis 13 is onredelijk en disproportioneel. De Opdrachtnemer kan er niet verantwoordelijk voor gehouden worden of de trainingsacteur én de docent de evaluatie invullen. Het betreft hier immers uw docenten en de acteurs uit uw poule. Er is geen contractuele relatie met beide groepen. Wij verzoeken u deze eis aan te passen. Ons voorstel is het opnemen van een inspanningsverplichting aan de zijde van de Opdrachtnemer om het ertoe te geleiden dat de inzet tussen de trainingsacteur en de contactpersoon op locatie wordt geëvalueerd. Indien Opdrachtnemer de nodige inspanningen heeft verricht (bijvoorbeeld het versturen van een tweetal reminders), kan de Opdrachtnemer de inzet factureren.'

Antwoord: 'Het invullen van de evaluatie is een gemeenschappelijke verantwoordelijkheid van [aanbesteder], de Trainingsacteurs en de Opdrachtnemer. Van de Opdrachtnemer eist [aanbesteder] dat deze het registratieproces van de evaluatie faciliteert. De contactpersoon op locatie en de Trainingsacteurs zijn verantwoordelijk voor het daadwerkelijk invullen daarvan. Indien er geen registratie van de evaluatie plaats heeft gevonden is de consequentie dat de betreffende inzet niet in rekening kan worden gebracht. De Opdrachtnemer heeft er zodoende, net als de Trainingsacteurs, belang bij dat de registratie plaatsvindt. Daarnaast dient de registratie van de evaluatie als 'prestatieverklaring' voor het accorderen van de factuur in het interne proces van [aanbesteder], wat de voortgang van het facturatie- en betalingsproces ten goede komt. Zou [aanbesteder] deze eis laten vallen, dan dient de prestatieverklaring als extra stap in het proces opgenomen te worden, wat weer nadelig in het proces kan zijn. [Aanbesteder] vindt het registratieproces van de evaluatie zonder meer een taak van de intermediair omdat de snelheid van betaling aan de intermediair en dus ook aan de Trainingsacteurs daar van af hangt. Deze eis is daarom redelijk en proportioneel.'

- 1.6.6. Vraag 51: 'Eis 13 Met welke sanctie wordt de contactpersoon op locatie (bijvoorbeeld de docent) geconfronteerd, indien hij verzuimt de acteursinzet te evalueren? Dat is voor de opdrachtnemer relevant om te weten, omdat de inzet niet kan worden gefactureerd zonder evaluatie.'

Antwoord: '[Aanbesteder] wenst daar geen sanctie op te zetten. Het is aan Opdrachtnemer om de registratie van de evaluatie zo laagdrempelig mogelijk in te richten waardoor het voor de contactpersoon op locatie en de Trainingsacteurs eenvoudig is om de evaluatie te doen. Zie verder het antwoord op vraag 49.'

- 1.6.7. Vraag 52: 'Eis 13 Met welke sanctie wordt de Trainingsacteur geconfronteerd indien hij de evaluatie niet aanlevert? Dat is voor de opdrachtnemer relevant om te weten, omdat de inzet niet kan worden gefactureerd zonder evaluatie.'

Antwoord: '[Aanbesteder] hanteert geen sanctie hiervoor richting de Trainingsacteurs. Het door de intermediair niet in rekening kunnen brengen van de inzet, en als gevolg daarvan het niet kunnen betalen van de Trainingsacteurs, lijkt [aanbesteder] voldoende motivatie.'

- 1.6.8. Vraag 54: 'Eis 14 Eis 14 is onredelijk en disproportioneel. Zoals u het nu stelt, kan het voorkomen dat u bijvoorbeeld zes keer één en dezelfde opdracht gratis doorschuift en/of annuleert en niet wordt betaald, terwijl de opdrachtnemer voor die opdracht wel zes keer zijn werk verricht. Bij een verschuiving moeten feitelijk opnieuw de acteurs worden geregeld. Immers, pas als u de 7e keer de opdracht laat uitvoeren, zou de intermediair eenmalig zijn fee van € 35 in rekening kunnen brengen. Wij verzoeken u om deze eis aan te passen en elke boeking die wordt gedaan apart te vergoeden. De fee is een vergoeding voor verricht werk en dat werk is ook gedaan als de training uiteindelijk wordt verplaatst of geannuleerd.'

Antwoord: 'Het is niet de intentie en ook niet het uitgangspunt van deze aanbesteding om continu trainingen te verplaatsen en te annuleren. [Aanbesteder] ziet geen reden om de eis aan te passen. Verder is de eis naar de mening van [aanbesteder] redelijk en proportioneel, omdat wijzigingen en annuleringen die zich binnen 48 uur voor inzet voordoen worden vergoed en wijzigingen voor die 48 uur nu eenmaal deel uitmaken van de dienstverlening. Bovendien is 48 uur – zo blijkt uit de praktijk – een goede termijn gebleken om nog wijzigingen in de planning te bewerkstelligen.'

- 1.6.9. Vraag 69: 'Eis 33 Eis 33 is onredelijk en disproportioneel. U eist van de Opdrachtnemer een 100% garantie voor de gevraagde inzet, terwijl de Opdrachtnemer geen invloed heeft op de omvang van de poule, de kwaliteit van de acteurs in de poule, de andere werkzaamheden van de acteurs in de poule en de afspraken tussen [aanbesteder] en de acteurs. Omdat de huidige ervaring leert dat een poule van 180 acteurs veel te weinig is om in de behoefte te voorzien, staat op voorhand vast dat Opdrachtnemer de 100% garantie niet kan waar maken (als deze al in het licht van het proportionaliteitsbeginsel zou mogen worden opgelegd). Het is derhalve onredelijk om de Opdrachtnemer aansprakelijk te houden en/of te confronteren met een 'korting' (in feite een boete) indien acteurs afmelden en/of niet verschijnen. Wij verzoeken u eis 33 (en de raamovereenkomst) aan te passen en de 'kortingsbepaling' te schrappen.'

Antwoord: 'De mate van gevraagde inzet is voor [aanbesteder] cruciaal voor de kwaliteit en continuïteit van het onderwijs, immers, als de Trainingsacteur niet komt opdagen kan de les/training niet of niet volledig doorgaan. Minder dan 100% invulling van de gevraagde capaciteit is dan ook niet acceptabel. [Aanbesteder] is zich bewust dat het gros van de aanvragen, die in bulk zullen voorkomen, relatief

weinig tijd van de Opdrachtnemer vragen en dat een deel meer tijd zal vragen. [Aanbesteder] hanteert daarom de betreffende korting zodat de Opdrachtnemer zich maximaal inzet om de 100% te halen. [Aanbesteder] benadrukt dat de korting moet worden gezien als een omgekeerde incentive, het is nadrukkelijk geen boete.'

- 1.6.10. Vraag 70: 'Eis 33 Wij gaan ervan uit dat u akkoord gaat met de verzochte aanpassing van eis 33. Mocht zulks niet het geval zijn, verzoeken wij het maximumtarief per dagdeel van EUR 35,- (zie paragraaf 1.1.4 van de aanbestedingsleidraad) los te laten, opdat de Opdrachtnemer de risico's (van een ontoereikende omvang van de acteurspoule) naar eigen inzicht kan verdisconteren in haar fee.'

Antwoord: 'Zie hiervoor de antwoorden op de vragen 63, 69, 90 en 140. Het maximumtarief per dagdeel wordt niet losgelaten.'

- 1.6.11. Vraag 71: 'Eis 33 Wij gaan ervan uit dat u akkoord gaat met de verzochte aanpassing van eis 33. Mocht zulks niet het geval zijn, verzoeken wij u de 'kortingsregeling' te verduidelijken. Het is onduidelijk waarover de korting wordt berekend. Gaat het per boeking of per dagdeel. Bijvoorbeeld: indien een acteur voor een hele dag is geboekt (twee dagdelen) en de opdrachtnemer EUR 70,- betaald krijgt, wat is dan de boete als de acteur in de ochtend wegblijft?'

Antwoord: 'De korting wordt toegepast op de beloning van de Opdrachtnemer en zal evenredig zijn aan de niet gerealiseerde inzet over de betreffende maand met een toeslag hierover van 10%. [Aanbesteder] begrijpt uw voorbeeld zo dat de Trainingsacteur een van de twee dagdelen wegblijft. Wanneer dit de totale niet gerealiseerde inzet over de betreffende maand is, bedraagt de korting in dat geval 10% van de niet gerealiseerde inzet, oftewel €3,50. De korting zal niet worden toegepast als de Trainingsacteur zich binnen 48 uur voorafgaand aan de inzet op grond van onvoorziene omstandigheden afmeldt. Bij herhaling in de daaropvolgende maand bedraagt de korting een toeslag van 25% over de niet gerealiseerde inzet. Wanneer in het voorbeeld het door de Trainingsacteur gemiste dagdeel de totale niet gerealiseerde inzet over de betreffende maand is, bedraagt de korting €8,75.

Zie tevens de overzichtstabel op pagina 40 van deze NvI.'

- 1.6.12. Vraag 74: 'Eis 33 Indien u wenst dat de opdrachtnemer buiten de poule vervanging regelt als de acteurs binnen de poule niet (tijdig) beschikbaar zijn, moet u ook aangeven welke vergoeding die acteurs kan worden aangeboden. Het is onredelijk en onjuist dat als acteurs in de poule jegens [aanbesteder] wanprestatie plegen, de opdrachtnemer niet alleen het praktische probleem moet oplossen (een andere acteur proberen te regelen), maar ook voor de volledige kosten opdraait.'

Antwoord: '[Aanbesteder] wenst niet dat de Opdrachtnemer buiten de poule vervanging regelt.'

- 1.6.13. Bij de eerste nota van inlichtingen is de volgende overzichtstabel gevoegd.

'Overzichtstabel bij wijziging/annulering binnen 48 uur voorafgaand aan de inzet

	Wijziging/annulering door de Trainingsacteur(s) op grond van onvoorziene omstandigheden	Wijziging/annulering door [aanbesteder]
Wordt de	Nee	Ja

Trainingsacteur betaald bij een wijziging/annulering binnen 48 uur voorafgaand aan de inzet?		
Wordt de intermediair betaald bij een wijziging/annulering binnen 48 uur voorafgaand aan de inzet?	Nee	Ja
Treedt de korting van Eis 33 in bij wijziging/annulering binnen 48 uur voorafgaand aan de inzet?	Nee	Nee
Is het regelen van een andere Trainingsacteur bij wijziging/annulering binnen 48 uur voorafgaand aan de inzet een inspannings- of resultaatsverplichting?	Inspanningsverplichting	Inspanningsverplichting

1.7. Ondernemer heeft op 16 augustus 2021 een klacht, bestaande uit vijf bezwaaronderdelen, ingediend bij aanbesteder. Op 27 augustus 2021 heeft ondernemer de onderhavige klacht ingediend bij de Commissie. Aanbesteder heeft bij tweede nota van inlichtingen van 7 september 2021 de bezwaaronderdelen van de bij hem op 16 augustus ingediende klacht weergegeven als vragen en als zodanig beantwoord. De tweede nota van inlichtingen bevat, onder meer, de volgende vragen en antwoorden.

1.7.1. Vraag 36: 'NVI1 Vraag/antwoord 58, 61, 62, 64, 153: paragraaf 2.2 van de inschrijvingsleidraad schrijft een maximumtarief van EUR 35,- per dagdeel voor. Dit maximale tarief van EUR 35,- is veel te laag en derhalve onredelijk. Voornamelijk, omdat [aanbesteder] verwacht dat meerdere kosten in dit bedrag verdisconteerd moeten worden, zoals (i) de kosten voor certificering (zie vraag/antwoord 58), (ii) de vergoeding voor de administratieve vastleggingen van onder meer de kwaliteitsevaluaties (zie vraag/antwoord 61 en 62), (iii) het opstellen van een plan van aanpak en verbeteracties (zie eis 32 en vraag/antwoord 64), (iv) de kosten van een wekelijks facturatieproces, (v) de kosten voor de wachtkamer (vraag/antwoord 153 NVI) en (vi) de risico's van een ontoereikende acteurspoule. Wij verlangen van [aanbesteder] dat er geen maximumtarief wordt voorgeschreven, maar dat het aan de markt wordt gelaten in welke mate Inschrijvers bereid zijn om risico's op zich te nemen. Kan [aanbesteder] bevestigen dat het maximumtarief van € 35 vervalt?'

Antwoord: '[Aanbesteder] zal toelichten waarom de door vragensteller genoemde kosten verdisconteerd kunnen worden in het maximale tarief van €35,- per dagdeel.

Ad (i) Wat de kosten voor certificering betreft, deze kosten zijn meegenomen bij het vaststellen van het maximale dagdeeltarief van €35,-. Zie verder de onderbouwing van dit maximale tarief onderaan dit antwoord.

Ad (ii) Ten aanzien van de vergoeding voor de administratieve vastleggingen, waaronder de kwaliteitsevaluaties, licht [aanbesteder] toe dat het administreren van de kwaliteitsevaluaties nauwelijks kosten met zich mee hoeft te brengen. Het

betreft immers een proces dat de Opdrachtnemer zelf moet faciliteren en dus zo simpel mogelijk kan maken. Deze (geringe) kosten voor administratieve vastleggingen zijn meegenomen bij het bepalen van het maximum tarief van €35,- per dagdeel.

Ad (iii) Daarnaast verwacht [aanbesteder] niet dat de Opdrachtnemer met regelmaat kosten met betrekking tot het opstellen van een plan van aanpak en verbeteracties hoeft te maken. Deze kosten hoeft de Opdrachtnemer immers alleen te maken wanneer over meer dan 5% van de ingezette Trainingsacteurs een klacht wordt ontvangen. Het opnemen van deze (geringe) kosten in het maximale dagdeeltarief van €35,- is volgens [aanbesteder] dan ook niet onredelijk.

Ad (iv) De kosten van een wekelijks facturatieproces kunnen worden verdisconterd in het maximale dagdeeltarief van €35,-. Zie hiervoor de onderbouwing van dit maximale tarief.

Ad (v) Wat de kosten voor de Wachtkamerovereenkomst betreft, geldt dat de Inschrijver deze kosten niet hoeft te maken aangezien het aangaan van de Wachtkamerovereenkomst optioneel is. Bovendien komt [aanbesteder] Inschrijvers tegemoet door een vergoeding aan te bieden aan de Wachtkamercontractant. De Inschrijver hoeft in dit kader dus geen kosten te verdisconteren.

Ad (vi) Wat de kosten met betrekking tot de risico's van een ontoereikende Poule betreft, geldt dat [aanbesteder] ervan uitgaat dat de Poule niet ontoereikend zal zijn. De Inschrijver hoeft dan ook in dit kader geen kosten te verdisconteren in het maximale dagdeeltarief van €35,-.

Het maximale dagdeeltarief van €35, is na een gedegen en zorgvuldig onderzoek tot stand gekomen. [Aanbesteder] licht dit als volgt toe.

De opbouw is gebaseerd op onder andere de inschatting van de hoeveelheid tijd (fte) en de middelen die voor de dienstverlening ingezet dienen te worden door de Opdrachtnemer. Op basis van onderzoek van [aanbesteder] is naar voren gekomen dat voor de diensten die in de aanbesteding door [aanbesteder] worden uitgevraagd en die door Opdrachtnemer moeten worden verricht in totaal tussen 2 en 3 fte ingezet dient te worden. Daarnaast zal Opdrachtnemer kosten maken voor de inzet van digitale middelen zoals een portal. [Aanbesteder] verwacht dat bij een slimme inzet van digitale middelen de benodigde hoeveelheid fte voor de planning minder zal zijn. [Aanbesteder] heeft zich bovendien laten informeren door de Nederlandse Vereniging van Trainingsacteurs en hieruit heeft [aanbesteder] afgeleid dat een tarief tussen de 15€ en 25€ per dagdeel redelijk zou zijn. [Aanbesteder] heeft dus een hoger maximaal dagdeeltarief gehanteerd dan het tarief dat door de Nederlandse Vereniging van Trainingsacteurs redelijk is bevonden.

Op basis van de verwachting dat jaarlijks minimaal 10.100 dagdelen (Inschrijvingsleidraad paragraaf 1.4.4) worden ingezet bedragen de inkomsten voor de onderhavige Opdracht gelet op het Prijzenblad op jaarbasis tussen de € 151.500,- en € 353.500,-. Dat is naar aanleiding van bovenstaande naar mening van [aanbesteder] alleszins redelijk voor de onderhavige dienstverlening.

[Aanbesteder] wil benadrukken dat een groot deel van de aanvragen een bulk karakter hebben en dat deze met relatief eenvoudige handelingen ingepland kunnen worden.

De slotsom van het bovenstaande is dat [aanbesteder] van mening is dat een maximaal tarief van € 35,- per dagdeel ruimschoots voldoende is om de

dienstverlening te kunnen leveren. Om die reden is [aanbesteder] dan ook niet bereid om meer dan dat tarief te betalen.'

- 1.7.2. Vraag 39: 'NvI Opdrachtnemer is verantwoordelijk dat de uitgevraagde inzet van Trainingsacteurs voor 100% ingevuld wordt en gegarandeerd blijft, inclusief de flexibele inzet. Indien Opdrachtnemer de uitgevraagde inzet niet 100% waarmaakt, wordt zij geconfronteerd met een 'korting' (in feite een boete) (zie eis 11 en vraag/antwoord 32, 37 en 40 NvI én eis 33 en vraag/antwoord 69 NvI). Deze resultaatverplichting én de daaraan verbonden sanctie zijn onredelijk en disproportioneel. [Aanbesteder] eist van Opdrachtnemer een resultaatsverplichting, terwijl de Opdrachtnemer geen invloed heeft op de omvang van de poule, kwaliteit van de acteurs in de poule, de andere werkzaamheden van de acteurs in de poule én de afspraken tussen [aanbesteder] en de acteurs. Het is Opdrachtnemer voorts niet toegestaan om acteurs van buiten de poule van [aanbesteder] aan te bieden (zie vraag/antwoord 74 NvI). De huidige ervaring leert dat een poule van 180 acteurs veel te weinig is om te voorzien in de uitvraag van [aanbesteder] ([aanbesteder] heeft overigens nergens onderbouwd dat een poule van 180 acteurs voor de toekomst wél toereikend zou zijn). Daarmee staat op voorhand vast dat Opdrachtnemer nooit uitkomt met de poule en daarmee een onredelijk risico draagt. Dat risico is door Opdrachtnemer op geen enkele manier te mitigeren, omdat zij – zoals gezegd – geen invloed heeft op de poule van de acteurs en bovendien geen acteurs van buiten de poule mag inschakelen.

De resultaatsverplichting is eens te meer onredelijk, omdat [aanbesteder] uitgaat van een minimale 'aanvraag/besteltermijn' van 48 uur, zie hiertoe vraag/antwoord 183 NvI (daaronder valt voorts dat [aanbesteder] tot 48 uur voor de inzet wijzigingen kan doorvoeren, zie eis 14). Ofschoon [aanbesteder] ervan uitgaat dat circa 80% van de aanvragen langer dan een maand van tevoren bekend is, kan de Opdrachtnemer aan deze mededeling geen rechten ontleen.

Bottomline is daarom dat er bij aanvragen 48 uur voorafgaand aan de inzet een resultaatsverplichting geldt voor Opdrachtnemer. Het is disproportioneel om van Opdrachtnemer te verlangen dat hij bij aanvragen tot 48 uur van tevoren verplicht is om te zorgen dat er een Trainingsacteur beschikbaar is (terwijl de Opdrachtnemer geen invloed heeft op de poule én geen acteurs van buiten de poule mag inzetten) en bij niet nakoming wordt gestraft door middel van een 'korting'.

Nota bene: in antwoord op vraag 197 NvI heeft [aanbesteder] aangegeven 'in alle redelijkheid en billijkheid' met eis 33 ('kortingsregeling') om te gaan. [Aanbesteder] is hiertoe reeds verplicht op grond van de wet dus deze toezegging biedt geen meerwaarde.

[Ondernemer] verlangt van [aanbesteder] dat de resultaatsverplichting wordt gewijzigd naar een inspanningsverplichting, hetgeen mede tot gevolg heeft dat de 'kortingsbepaling' zoals opgenomen in eis 33 – die verbonden is aan de resultaatsverplichting – wordt geschrapt. Met andere woorden: [ondernemer] verlangt de bevestiging dat Opdrachtnemer geen resultaatsverplichting heeft en dat de verplichtingen van Opdrachtnemer niet verder gaan dan het indelen van de acteurs die in de poule van [aanbesteder] beschikbaar zijn.

Nota bene: [ondernemer] kan het standpunt van [aanbesteder] dat de leveringsplicht niet verder gaat dan de beschikbare Trainingsacteurs uit de poule niet volgen (vraag/antwoord 72 NvI). Indachtig de overige antwoorden in de NvI gaat [ondernemer] er (vooralsnog) vanuit dat [aanbesteder] een resultaatsverplichting van Opdrachtnemer eist, waarbij [aanbesteder] uitgaat van een minimale 'aanvraag/besteltermijn' van 48 uur.'

Antwoord: '[Aanbesteder] bevestigt hierbij dat de resultaatsverplichting zich uitstrekt tot levering van de in de Poule van [aanbesteder] beschikbare Trainingsacteurs. Deze resultaatsverplichting is redelijk en proportioneel. [Aanbesteder] licht dit als volgt toe.

Vragensteller noemt enkele factoren waar volgens Vragensteller het gevolg aan moet worden verbonden dat de resultaatsverplichting onredelijk en disproportioneel is. Ten eerste noemt Vragensteller de omvang van de Poule. De resultaatsverplichting van de Opdrachtnemer gaat echter niet verder dan het leveren van beschikbare Trainingsacteurs in de Poule van [aanbesteder].

Ten tweede noemt Vragensteller de kwaliteit van de Poule. [Aanbesteder] begrijpt niet waarop Vragensteller wijst, aangezien bij onvoldoende presteren van de Trainingsacteur de korting van Eis 33 niet intreedt (zie Eis 32). Wat de andere werkzaamheden van de Trainingsacteurs in de Poule betreft, gaat [aanbesteder] ervan uit dat de Trainingsacteurs graag voor [aanbesteder] willen werken en dus ook voldoende beschikbaar zullen zijn. Het is juist dat Opdrachtnemer geen invloed heeft op de afspraken tussen [aanbesteder] en de Trainingsacteurs, maar Opdrachtnemer kan ervan uitgaan dat [aanbesteder] goede en duidelijke afspraken met de Trainingsacteurs zal maken.

Daarnaast is Vragensteller in de veronderstelling dat een Poule van 180 Trainingsacteurs ontoereikend zou zijn. [Aanbesteder] deelt dit standpunt niet. Immers, [aanbesteder] verwacht voor 2022 een inzet van 10.100 dagdelen (zie §1.1.4 van de Inschrijvingsleidraad). Dit betekent dat een Trainingsacteur gemiddeld ongeveer 56 dagdelen per jaar zal worden ingezet. Gemiddeld betekent dit ongeveer 28 werkdagen op jaarbasis per Trainingsacteur. Wanneer men de zomermaanden juli en augustus niet meerekent, komt dit neer op minder dan gemiddeld 3 werkdagen per maand. Bovendien leert de ervaring dat een groot deel van de Trainingsacteurs een grotere beschikbaarheid heeft dan 56 dagdelen per jaar. [Aanbesteder] verwacht dan ook dat een Poule van 180 Trainingsacteurs meer dan toereikend zal zijn.

De omstandigheid dat [aanbesteder] tot 48 uur voorafgaand aan de inzet een Bestelling kan plaatsen en/of wijzigingen in een eerder geplaatste Bestelling kan doorgeven, maakt deze Eis niet onredelijk of disproportioneel. In eerste instantie geldt dat [aanbesteder] niet verwacht op deze korte termijn nog Bestellingen voor een groot aantal Trainingsacteurs te doen. Wijzigingen dichtbij de termijn van 48 uur voorafgaand aan de inzet zullen, naar [aanbesteder] verwacht, met name zien op wijzigingen en/of uitbreidingen van een reeds gedane Bestelling. Een wijziging kan bijvoorbeeld betrekking hebben op de locatie of het tijdstip van de Training. Ook kan het voorkomen dat door uitval van het onderwijs minder Trainingsacteurs nodig zijn. Ook van de situatie dat omwille van de kwaliteit en continuïteit van het onderwijs toch meer Trainingsacteurs nodig blijken te zijn, bijvoorbeeld in plaats van 10 Trainingsacteurs 12 Trainingsacteurs, kan sprake zijn. [Aanbesteder] verwacht dus dat (wijzigingen in) Bestellingen dichtbij de grens van 48 uur voorafgaand aan de inzet met name zullen zien op kleine aanpassingen. Overigens is [aanbesteder] druk bezig om het onderwijs beter planbaar te maken. Bovendien is [aanbesteder] Opdrachtnemer al tegemoet gekomen door, bij wijzigingen en/of annuleringen binnen 48 uur voorafgaand aan de inzet door [aanbesteder], de korting in Eis 33 niet te laten intreden. Zie ook de Overzichtstabel in de eerste Nota van Inlichtingen.

[Aanbesteder] zal de resultaatsverplichting die ingevolge Eis 33 op Opdrachtnemer rust met een voorbeeld verduidelijken. [Aanbesteder] gaat ervan uit dat het standpunt van [aanbesteder] in het antwoord op vraag 72 van de eerste Nota van Inlichtingen daardoor ook wordt verduidelijkt. Wanneer [aanbesteder] een

aanvraag/Bestelling voor 100 Trainingsacteurs plaatst, verwacht [aanbesteder] dat de Opdrachtnemer voor alle 100 inzetten een Trainingsacteur uit de Poule inplant. [Aanbesteder] begrijpt dat de Opdrachtnemer hiervoor afhankelijk is van de daadwerkelijke beschikbaarheid van Trainingsacteurs in de Poule. Wanneer de Opdrachtnemer voor 90 van de 100 inzetten een Trainingsacteur inplant, maar voor de overige 10 niet omdat er voor deze 10 inzetten geen Trainingsacteurs beschikbaar zijn, krijgt de Opdrachtnemer (wanneer de inzet daadwerkelijk heeft plaatsgevonden en is geëvalueerd) betaald voor de 90 inzetten. Opdrachtnemer krijgt niet betaald voor de 10 inzetten die niet hebben plaatsgevonden omdat in de Poule geen Trainingsacteurs beschikbaar waren. Er wordt echter ook geen korting toegepast over de 90 inzetten, omdat voor de 10 overige inzetten geen Trainingsacteurs beschikbaar waren. Met andere woorden, de leveringsplicht van de Opdrachtnemer strekt niet verder dan de beschikbare Trainingsacteurs in de Poule. De Opdrachtnemer moet wel kunnen aantonen dat de 10 inzetten niet hebben plaatsgevonden omdat hiervoor geen Trainingsacteurs beschikbaar waren in de Poule.'

- 1.8. Naar aanleiding van de publicatie van de tweede nota van inlichtingen heeft de Commissie ondernemer verzocht aan te geven welke onderdelen van zijn klacht hij handhaaft en welke klachtonderdelen komen te vervallen. Bij e-mail van 9 september 2021 heeft ondernemer zijn klacht aangepast. Aanbesteder heeft op de aangepaste klacht gereageerd bij e-mail van 15 september 2021.

2. Beschrijving klacht en onderbouwing

- 2.1. De Commissie geeft eerst een overzicht op hoofdlijnen van de klacht. Daarna volgt een nadere beschrijving van de verschillende klachtonderdelen.

Klacht ondernemer op hoofdlijnen

- 2.2. In de kern klaagt ondernemer erover dat de intermediair beperkt invloed kan uitoefenen op de uiteindelijke inzet, omdat hij geen contractuele relatie heeft met de acteurs. Die zijn immers verplicht afkomstig uit de door aanbesteder samengestelde poule. De intermediair kan de inzet van een individuele acteur niet afdwingen en acht de 'leveringsplicht' uit Eis 33 daarmee disproportioneel en onredelijk. De 'leveringsplicht' had, in de ogen van ondernemer, redelijk en proportioneel gemaakt kunnen worden, door, bijvoorbeeld, het maximum tarief los te laten of toe te staan dat de intermediair acteurs inzet van buiten de poule. De disproportionaliteit van de opzet komt ook naar voren in andere voorwaarden, zoals de voorwaarde dat de intermediair pas kan factureren op het moment dat de evaluatie is ingevuld door zowel de contactpersoon/docent van aanbesteder als de trainingsacteur. Aanbesteder legt aldus risico's neer bij de intermediair die niet in zijn invloedssfeer liggen, omdat beide partijen geen contractuele relatie hebben met de intermediair en aanbesteder bovendien te kennen heeft gegeven geen sanctie te zullen zetten op het niet invullen van de evaluatie. Bovendien handelt aanbesteder onvoldoende transparant door geen duidelijkheid te verschaffen over de contracten die hij voornemens is te sluiten met de acteurs aan de hand van de nog te doorlopen aanbestedingsprocedure.

2.3. Klachtonderdeel 1

Grondslag korting

- 2.3.1. In Eis 33 is bepaald dat opdrachtnemer geconfronteerd kan worden met een 'korting' indien hij geen 100% inzet waarmaakt. Ondernemer klaagt dat die eis onredelijk en disproportioneel is. Aangezien sprake is van een 'leveringsplicht' die zich uitstrekt tot de beschikbare trainingsacteurs, bestaat volgens ondernemer geen

grondslag om opdrachtnemer te confronteren met een 'korting' indien de uitgevraagde inzet niet voor 100% wordt ingevuld.

Omvang poule

- 2.3.2. De toekomstige opdrachtnemer is afhankelijk van de (ontoereikende) poule van aanbesteder van 180 trainingsacteurs voor zijn omzet. De opdrachtnemer krijgt immers slechts betaald per trainingsacteur die bij een training aanwezig is. Indien er bij een uitvraag van 90 acteurs maar 40 acteurs beschikbaar zijn, krijgt opdrachtnemer maar voor 40 acteurs betaald. Dit terwijl opdrachtnemer in feite werkzaamheden heeft verricht voor 90 acteurs. Ondernemer kan ermee geconfronteerd worden dat hij veel inspanningen moet verrichten, zonder dat daar een vergoeding tegenover staat. De combinatie van het feit dat de poule met acteurs ontoereikend is én dat opdrachtnemer niet betaald krijgt indien er geen acteurs beschikbaar zijn, is disproportioneel.

Wijzigingsmogelijkheid

- 2.3.3. Ondernemer acht het verder onredelijk en disproportioneel dat aanbesteder tot 48 uur van tevoren nog een uitvraag kan doen, een uitvraag kan annuleren én een uitvraag kan verzetten. Opdrachtnemer kan in de praktijk 100 acteurs hebben geregeld en daar bergen werk voor hebben verzet, maar 48 uur van tevoren horen dat er maar 20 acteurs nodig zijn. Opdrachtnemer krijgt in die situatie ook maar voor 20 acteurs betaald. Opdrachtnemer heeft in die situatie aldus veel werk verricht, maar wordt daar uiteindelijk niet voor vergoed. Dát acht ondernemer onredelijk. De combinatie van de 48 uurstermijn én het feit dat de opdrachtnemer slechts betaald krijgt nadat een trainingsacteur op de uitgevraagde inzet aanwezig was, is disproportioneel en onredelijk.

Onduidelijkheid eisen en beoordelingskader

- 2.3.4. Ondernemer klaagt dat de wijziging van Eis 33 onduidelijk is en daardoor in strijd met het aanbestedingsrechtelijke transparantiebeginsel. Aanbesteder heeft bevestigd dat de verplichting tot het indelen van acteurs zich uitstrekt tot levering van de in de poule van aanbesteder beschikbare acteurs. Inschrijvers dienen bij de gunningscriteria uit te werken hoe vaak en op welke wijze zij de trainingsacteur benaderen. Aanbesteder heeft echter nergens in de aanbestedingsstukken het beoordelingskader uitgewerkt. Dat brengt met zich dat aanbesteder de aanbestedingsrechtelijke beginselen van gelijkheid en transparantie niet heeft geborgd.

Afspraken tussen aanbesteder en acteurs

- 2.3.5. Ondernemer klaagt dat het bovendien disproportioneel is risico's bij de opdrachtnemer te alloceren, terwijl opdrachtnemer de omvang daarvan niet kent door de onduidelijkheid van Eis 33. Ondernemer kan die risico's ook niet beheersen, omdat hij geen inzicht heeft in de afspraken tussen aanbesteder en de acteurs. Onduidelijk is wanneer een acteur nu wel en niet 'beschikbaar' is en wat het meetmoment is. Is een trainingsacteur bijvoorbeeld niet (meer) 'beschikbaar' indien hij afzegt omdat hij ziek is geworden? En als hij dat op de dag zelf doet, moet er dan nog worden aangetoond dat er geen vervanging is? En zo ja, hoe? Is een trainingsacteur niet (meer) 'beschikbaar', omdat hij afzegt vanwege een andere klus die inmiddels voorbij is gekomen? Het is disproportioneel de gevolgen van een eventuele wanprestatie van de acteur te verleggen naar de intermediair die dat risico niet kan beheersen.

2.4. Klachtonderdeel 2

- 2.4.1. Dit klachtonderdeel ziet op een, volgens ondernemer, onredelijke uitvoeringsvoorwaarde. Óf opdrachtnemer betaald krijgt, hangt af van een factor waar hij geen invloed op heeft. Namelijk of er op locatie een evaluatie heeft plaatsgevonden tussen de trainingsacteur en de contactpersoon op locatie (eis 13 van het Programma van Eisen). Opdrachtnemer heeft daar geen invloed op en het is derhalve onredelijk om de betaling aan opdrachtnemer afhankelijk te maken van deze voorwaarde.
- 2.4.2. Ondernemer vult aan dat aanbesteder in antwoord op vraag 51 en 52 heeft aangegeven dat de trainingsacteurs en de docenten niet worden geconfronteerd kunnen met een sanctie als zij de evaluatie niet invullen. Voor de contactpersoon op locatie is er derhalve geen incentive om de evaluatie in te vullen. Eis 13 is daarom onredelijk en disproportioneel.
- 2.5. Klachtonderdeel 3
- 2.5.1. Opdrachtnemer kan worden geconfronteerd met een boete indien een trainingsacteurs zich afmeldt in geval van ziekte, arbeidsongeschiktheid en/of andere 'redenen' en het opdrachtnemer niet meer lukt om een vervanger te regelen (zie Eis 33 van het Programma van Eisen). Deze boete krijgt opdrachtnemer zelfs opgelegd indien een trainingsacteur zich bij wijze van spreken één minuut voor aanvang van de inzet afmeldt. De opdrachtnemer heeft op geen enkele manier invloed op het al dan niet verschijnen van de trainingsacteurs. Het is immers aanbesteder die de (contractuele) relatie aangaat met de trainingsacteurs. Slechts indien er onvoorziene omstandigheden ten grondslag liggen aan de afmelding, zal opdrachtnemer niet geconfronteerd worden met een boete. Het is onredelijk om opdrachtnemer te confronteren met een boete indien acteurs afmelden en/of niet verschijnen.
- 2.6. Klachtonderdeel 4
- 2.6.1. De overzichtstabel op pagina 40 van de Nota van Inlichtingen verduidelijkt dat opdrachtnemer niet wordt betaald bij een wijziging/annulering 48 uur voorafgaand aan de inzet indien de trainingsacteur afzegt op grond van onvoorziene omstandigheden. Dat is onredelijk, omdat opdrachtnemer wel reeds zijn werk heeft verricht. De fee is een vergoeding voor verricht werk en dat werk is ook gedaan als de trainingsacteur afzegt.
- 2.6.2. Bovendien spreekt aanbesteder zichzelf tegen, volgens ondernemer, want in antwoord op vraag 54 van de Nota van Inlichtingen heeft aanbesteder aangegeven dat wijzigingen en annuleringen die zich binnen 48 uur voor inzet voordoen, worden vergoed.
- 2.7. Klachtonderdeel 5
- 2.7.1. Paragraaf 2.2 van de Inschrijvingsleidraad schrijft een maximumtarief van € 35,- per dagdeel voor. Ondernemer stelt dat dit maximale tarief van € 35,- veel te laag is en derhalve onredelijk. Voornamelijk, omdat aanbesteder verwacht dat meerdere kosten in dit bedrag verdisconteerd moeten worden, zoals (i) de kosten voor certificering (zie vraag/antwoord 58), (ii) de vergoeding voor de administratieve vastleggingen van onder meer de kwaliteitsevaluaties (zie vraag/antwoord 61 en 62), (iii) het opstellen van een plan van aanpak en verbeteracties (zie eis 32 en vraag/antwoord 64), (iv) de kosten van een wekelijks facturatieproces, (v) de kosten voor de wachtkamer (vraag/antwoord 153 NvI) en (vi) de risico's van een ontoereikende acteurspoule. Het is onmogelijk om al het voornoemde in het maximale tarief te verdisconteren, waarbij een toekomstige opdrachtnemer bovendien een redelijke marge wenst te maken.

- 2.7.2. Ter onderbouwing van het maximale dagdeeltarief van € 35,- stelt aanbesteder dat hij zich heeft laten informeren door de Vereniging van Trainingsacteurs. Ondernemer heeft navraag gedaan bij de Vereniging van Trainingsacteurs en stelt dat feitelijk onjuist is dat aanbesteder zich voor het maximale tarief zou hebben laten informeren door die vereniging. De Vereniging van Trainingsacteurs heeft aangegeven geen uitspraken te hebben gedaan over het maximale dagdeeltarief. De Vereniging van Trainingsacteurs heeft voorts gesteld geen uitspraak over een maximumtarief te kunnen doen, omdat ze geen kennis heeft van wat het kost en meebrengt om acteurs in te plannen, aldus ondernemer.
- 2.8. Klachtonderdeel 6
- 2.8.1. Aanbesteder laat na om inzage te geven in de afspraken die hij voornemens is te maken met zijn poule van trainingsacteurs. Dit is relevant om te weten, omdat de werkzaamheden van de opdrachtnemer direct afhankelijk zijn van de afspraken die aanbesteder met trainingsacteurs maakt.
- 2.8.2. Ondernemer stelt dat trainingsacteurs freelancers zijn, wat ook zal gelden voor de trainingsacteurs in de poule van aanbesteder. Zij zullen hun agenda op enig moment vullen met andere opdrachten dan voor aanbesteder. Het is relevant te weten welke afspraken aanbesteder met de trainingsacteurs gaat maken en hoe aanbesteder de trainingsacteurs vergoedt voor hun beschikbaarheid. Dit is relevant, omdat de werkzaamheden van de opdrachtnemer direct afhankelijk zijn van de afspraken die aanbesteder met trainingsacteurs maakt (ter illustratie: als aanbesteder acteurs betaalt om 24/7 beschikbaar te zijn is het veel makkelijker om trainingsacteurs te boeken dan als de acteurs alleen worden betaald per boeking).
- 2.8.3. Aanbesteder is echter niet bereid om deze afspraken inzichtelijk te maken en verwijst in dat kader naar de nog te volgen SAS-procedure die zal worden opgezet voor trainingsacteurs (zie vraag/antwoord 29 en 96 NvI). Het moge zo zijn dat deze SAS-procedure nog niet in de markt is gezet, maar aanbesteder kan al wel inzicht verschaffen in de contractvoorwaarden die zullen gaan gelden voor de trainingsacteurs. Het achterhouden van dergelijke relevante informatie is in strijd met het transparantiebeginsel.

3. Reactie aanbesteder

- 3.1. De Commissie geeft eerst een overzicht op hoofdlijnen van de reactie aanbesteder. Daarna volgt een nadere beschrijving van de reactie van aanbesteder op de verschillende klachtonderdelen.

Reactie aanbesteder op hoofdlijnen

- 3.2. Aanbesteder acht het niet ongebruikelijk dat betaling van de bemiddelingsvergoeding afhankelijk is van daadwerkelijke inzet. Dat de intermediair in dit geval gebruik moet maken van de poule, maakt de redelijkheid van een dergelijke afspraak niet anders. Aanbesteder stelt zich op het standpunt dat de inzet van geschikte acteurs juist eenvoudiger is, omdat de intermediair niet zelf hoeft te zoeken naar geschikte acteurs. Aanbesteder heeft onderzocht wat een redelijk tarief zou zijn voor de gevraagde diensten en acht het gehanteerde maximale tarief al aan de hoge kant. Aanbesteder heeft de hoogte van het tarief bij Nota van Inlichtingen onderbouwd en ziet geen aanleiding het maximale tarief te verhogen. Inschrijvers mogen ervan uitgaan dat aanbesteder redelijke afspraken zal maken met de trainingsacteurs. Aanbesteder spant zich in risico's voor de intermediair zoveel mogelijk te beperken en zal redelijke afspraken maken met de te contracteren acteurs. Bovendien zal aanbesteder op redelijke wijze omgaan met de in deze aanbesteding gestelde eisen: continuïteit van het onderwijs is in het belang van aanbesteder,

dus al te veel wijzigingen of annuleringen zouden niet alleen nadelig zijn voor de intermediair, maar ook voor aanbesteder zelf.

3.3. Klachtonderdeel 1

- 3.3.1. Ondernemer baseert het bezwaar dat Eis 33 onredelijk en disproportioneel zou zijn op de 100% inzet die opdrachtnemer moet garanderen.

Grondslag korting

- 3.3.2. Ondernemer stelt ten eerste dat, nu sprake is van een leveringsplicht die zich uitstrekt tot de beschikbare trainingsacteurs, er geen grondslag meer is om opdrachtnemer te confronteren met een 'korting' indien de uitgevraagde inzet niet voor 100% wordt ingevuld.
- 3.3.3. Aanbesteder reageert ten aanzien van dit punt als volgt. Ondernemer miskent hiermee dat de korting in Eis 33 bedoeld is om de 100% inzet van beschikbare trainingsacteurs in de poule te garanderen. Het doel van de korting is om te borgen dat opdrachtnemer zijn uiterste best zal doen om voor elke inzet een trainingsacteur in de poule te vinden. Aanbesteder wil namelijk voorkomen dat opdrachtnemer bij de lastiger in te vullen aanvragen/bestellingen zich niet inzet om een beschikbare trainingsacteur uit de poule te selecteren. Het belang van de continuïteit van het onderwijs brengt met zich dat het intreden van een korting in dat geval redelijk en proportioneel is. Bovendien treedt de korting niet in wanneer opdrachtnemer kan aantonen dat voor de betreffende inzet geen beschikbare trainingsacteurs in de poule aanwezig waren. Eis 33 is reeds daarom redelijk en proportioneel.
- 3.3.4. Aanbesteder licht de werking van de korting nogmaals toe met een voorbeeld. Aanbesteder begrijpt dat voor het invullen van een aanvraag/bestelling opdrachtnemer afhankelijk is van de beschikbaarheid van de trainingsacteurs in de poule. Wanneer aanbesteder een aanvraag/bestelling doet voor (bijvoorbeeld) 80 trainingsacteurs en slechts voor 70 van de 80 inzetten een trainingsacteur in de poule beschikbaar is, gaat aanbesteder ervan uit dat opdrachtnemer deze 70 trainingsacteurs uit de poule inplant voor de betreffende inzet. Wanneer deze inzetten daadwerkelijk hebben plaatsgevonden en geëvalueerd zijn, krijgt de opdrachtnemer deze 70 inzetten betaald. De overige 10 inzetten krijgt opdrachtnemer niet betaald, omdat voor deze inzetten geen trainingsacteurs in de poule beschikbaar waren. De korting treedt in dit geval ook niet in, omdat de leveringsplicht van opdrachtnemer niet verder strekt dan het leveren van de in de poule beschikbare trainingsacteurs. De opdrachtnemer moet dan wel kunnen aantonen dat geen trainingsacteurs in de poule beschikbaar waren. Zie ook het antwoord op vraag 39 van de tweede Nota van Inlichtingen.
- 3.3.5. Aanbesteder zal tevens door middel van een voorbeeld verduidelijken wanneer de korting wel intreedt. Wanneer aanbesteder een aanvraag/bestelling doet voor (bijvoorbeeld) 80 trainingsacteurs en voor alle 80 inzetten van een dagdeel een trainingsacteur in de poule beschikbaar is, maar voor 2 inzetten geen trainingsacteur in de poule wordt ingepland door opdrachtnemer (ondanks het feit dat voor deze 2 inzetten wel een trainingsacteur in de poule beschikbaar is), zal evenredig aan deze 2 gemiste inzetten de korting worden toegepast. De overige 78 inzetten (wanneer deze inzetten daadwerkelijk hebben plaatsgevonden en geëvalueerd zijn) krijgt Opdrachtnemer betaald. Wanneer in dit voorbeeld het dagdeeltarief van Opdrachtnemer €35,- bedraagt, wordt de korting dus toegepast over de beloning van $78 \times €35,- = €2.730,-$. De niet gerealiseerde inzet over de betreffende maand bedraagt, wanneer dit de enige twee niet gerealiseerde inzetten zijn, $2 \times €35,- = €70,-$. De korting is dan 10% van €70,- en bedraagt dus €7,-. Uiteindelijk krijgt Opdrachtnemer in dit voorbeeld $€2730,- - €7,- = €2.723,-$ betaald.

- 3.3.6. Uit beide hiervoor gegeven voorbeelden blijkt, volgens aanbesteder, dat de kortingsregeling redelijk en proportioneel is.

Omvang poule

- 3.3.7. Ten tweede stelt ondernemer dat de poule van 180 trainingsacteurs ontoereikend zou zijn. Aanbesteder reageert hierop als volgt. Aanbesteder heeft meermaals toegelicht waarom hij verwacht dat de poule toereikend zal zijn. Uit het antwoord op vraag 39 van de tweede Nota van Inlichtingen volgt dat aanbesteder in de Inschrijvingsleidraad (§1.1.4) al heeft aangegeven dat hij voor 2022 een inzet van 10.100 dagdelen verwacht. Met een poule van 180 trainingsacteurs komt dit neer op gemiddeld 56 dagdelen per jaar per trainingsacteur. Gemiddeld betekent dit ongeveer 28 werkdagen op jaarbasis per trainingsacteur, wat zich vertaalt in (wanneer men de zomermaanden juli en augustus niet meerekent) minder dan gemiddeld 3 werkdagen per maand. De ervaring leert dat een groot deel van de trainingsacteurs een grotere beschikbaarheid heeft dan 56 dagdelen per jaar. Aanbesteder verwacht dat een poule van 180 trainingsacteurs dan ook meer dan toereikend is. De regeling dat opdrachtnemer niet betaald krijgt wanneer geen trainingsacteurs in de poule beschikbaar zijn, is daarom redelijk en proportioneel.

Wijzigingsmogelijkheid

- 3.3.8. Het derde punt dat ondernemer noemt is de 48 uurstermijn die onredelijk en disproportioneel zou zijn. Aanbesteder reageert daarop als volgt. Hij acht de termijn van 48 uur voorafgaand aan de inzet om een aanvraag/bestelling te doen, een aanvraag/bestelling te wijzigen en/of een aanvraag/bestelling te annuleren proportioneel. Aanbesteder stelt voorop dat, gelet op het belang van de continuïteit van het onderwijs, aanbesteder in het geheel niet de verwachting heeft dat hij het overgrote deel van de aanvragen/bestellingen op korte termijn zal doen, zal wijzigen en/of zal annuleren. Dit blijkt ook uit Eis 33 van het Programma van eisen; aanbesteder verwacht dat circa 80% van de aanvragen langer dan een maand van tevoren bekend zullen zijn. Deze toelichting heeft aanbesteder in het antwoord op vraag 39 ook gegeven. Bij het voorbeeld dat ondernemer geeft, namelijk dat aanbesteder 48 uur voorafgaand aan de inzet aanvragen/bestellingen voor 80 trainingsacteurs annuleert, heeft aanbesteder, gelet op het belang van continuïteit van het onderwijs, zelf helemaal geen belang. Aanbesteder verwacht daarom ook niet dat annuleringen van een dergelijke omvang zich met regelmaat zullen voordoen. Aanbesteder kan echter niet uitsluiten dat het onder bepaalde omstandigheden nodig kan zijn een inzet kort van tevoren te annuleren, maar verwacht dus dat het hier om kleine aanpassingen zal gaan. Aanbesteder is opdrachtnemer overigens ook al tegemoet gekomen door bij annuleringen door aanbesteder binnen 48 uur voorafgaand aan de inzet opdrachtnemer te betalen (Eis 14 van het Programma van Eisen).
- 3.3.9. Overigens is het, volgens aanbesteder, in de bemiddelings- en uitzendbranche zeer gebruikelijk om de bemiddelingsvergoeding te betalen als er een daadwerkelijke inzet plaatsvindt. In het onderhavige geval wordt het opdrachtnemer nog makkelijker gemaakt omdat aanbesteder de poule van trainingsacteurs beschikbaar stelt. De opdrachtnemer hoeft dus niet zelf op zoek te gaan naar geschikte trainingsacteurs.

Onduidelijkheid eisen en beoordelingskader

- 3.3.10. Aanbesteder merkt op dat Eis 33 niet is gewijzigd is. Aanbesteder heeft deze eis slechts toegelicht. Er is dus geen sprake van een wijziging ten gevolge waarvan het aanbestedingsrechtelijke transparantiebeginsel geschonden is.

- 3.3.11. Aanbesteder begrijpt ondernemer niet in zijn stelling dat in de aanbestedingsstukken het beoordelingskader niet is uitgewerkt. Inschrijver kan bij zijn uitwerking van beide gunningscriteria KC-1 en KC-2 ingaan op de wijze van benadering van de trainingsacteurs. Zie ook §2.3.1 en §2.3.2 van de Inschrijvingsleidraad. In §2.4 van de Inschrijvingsleidraad staat het beoordelingskader van deze gunningscriteria.

Afspraken tussen aanbesteder en acteurs

- 3.3.12. Het volgende punt dat ondernemer aansnijdt is dat het onduidelijk zou zijn wanneer een trainingsacteur beschikbaar is. Hierop antwoordt aanbesteder als volgt. Aanbesteder heeft bij Eis 10 van het Programma van eisen aangegeven dat hij van de opdrachtnemer verwacht dat opdrachtnemer de trainingsacteurs in de mogelijkheden faciliteert om hun beschikbaarheid en planning aan opdrachtnemer door te geven. De trainingsacteur geeft via die door opdrachtnemer gerealiseerde faciliteiten steeds aan of hij beschikbaar is of niet. Het regelen van de inzet van een trainingsacteur uit de poule op aanvraag/bestelling van aanbesteder maakt bij uitstek deel uit van de gevraagde dienstverlening van de intermediair. Opdrachtnemer heeft dus grote invloed op de wijze waarop de trainingsacteur aan hem zijn/haar beschikbaarheid door geeft.
- 3.3.13. Ook klaagt ondernemer erover dat nog niet duidelijk is hoe de afspraken met de trainingsacteurs eruit komen te zien. Ondernemer kan er vanuit gaan dat aanbesteder aan de trainingsacteurs zal opleggen dat zij hun beschikbaarheid uitsluitend via de door opdrachtnemer gerealiseerde faciliteit moeten doorgeven.

3.4. Klachtonderdeel 2

- 3.4.1. De intermediair heeft de opdracht om het evaluatieproces zo optimaal mogelijk te faciliteren. Het evalueren door de docenten behelst niet meer dan het bevestigen van de aanwezigheid van de betreffende trainingsacteur en het aangeven of de prestatie van de trainingsacteur als Voldoende dan wel Onvoldoende wordt beoordeeld. Aanbesteder verwacht dat dit zal kunnen plaatsvinden in een app, waardoor sprake zal zijn van een zeer eenvoudig en snel proces.
- 3.4.2. Met het invullen van de evaluatie is tevens de prestatieverklaring afgegeven voor het uitvoeren van de diensten. Wanneer aanbesteder de evaluatie achterwege laat, dan zou in samenwerking met de intermediair op een andere manier vorm moeten worden gegeven aan de prestatieverklaring. De evaluaties komen zodoende het betalingsproces ten goede.
- 3.4.3. Daarmee is Eis 13 tevens in het belang van Opdrachtnemer en overigens redelijk en proportioneel.

3.5. Klachtonderdeel 3

- 3.5.1. Aanbesteder reageert als volgt op deze klacht. Het is juist dat als een trainingsacteur zich voor de termijn van 48 uur afmeldt hij niet beschikbaar is. Dan dient opdrachtnemer een andere trainingsacteur te zoeken uit de poule die wel beschikbaar is. Als er geen beschikbare trainingsacteurs zijn dan treedt de korting niet in. De leveringsplicht in het kader van Eis 33 strekt niet verder dan de beschikbare trainingsacteurs in de poule.
- 3.5.2. Aanbesteder licht verder toe dat het feit dat ziekte, arbeidsongeschiktheid en/of andere redenen van de trainingsacteurs geen redenen zijn waarop opdrachtnemer zich kan beroepen, voortvloeit uit de verplichting van opdrachtnemer om uit de

poule beschikbare trainingsacteurs in te plannen voor een inzet. Pas binnen 48 uur voorafgaand aan de inzet, kan sprake zijn van onvoorziene omstandigheden op grond waarvan de trainingsacteur zich afmeldt. In dat geval treedt de korting van Eis 33 ook niet in.

3.6. Klachtonderdeel 4

- 3.6.1. De vergoeding van opdrachtnemer, de intermediair, is gebaseerd op het realiseren van een inzet. Het is namelijk voor het onderwijs van aanbesteder van essentieel belang dat de trainingen doorgang vinden.
- 3.6.2. Overigens is het, volgens aanbesteder, in de bemiddelings- en uitzendbranche zeer gebruikelijk om de bemiddelingsvergoeding pas te betalen als daadwerkelijke inzet plaatsvindt. In het onderhavige geval wordt het opdrachtnemer nog makkelijker gemaakt omdat aanbesteder de poule van trainingsacteurs beschikbaar stelt. De opdrachtnemer hoeft dus niet zelf op zoek te gaan naar geschikte trainingsacteurs.

3.7. Klachtonderdeel 5

- 3.7.1. Aanbesteder heeft in zijn antwoord op vraag 36 in de tweede Nota van Inlichtingen aangegeven dat hij uit de door de NVvT gegeven informatie heeft kunnen afleiden wat een redelijk dagdeeltarief zou zijn. Het betrof zowel schriftelijke als mondelinge informatie. Aanbesteder heeft niet beweerd dat de NVvT uitspraken heeft gedaan over de hoogte van het maximale dagdeeltarief als zodanig.
- 3.7.2. Overigens heeft ondernemer niet eerder te kennen gegeven dat de onredelijkheid van het maximale dagdeeltarief mede is ingegeven vanwege het feit dat een inschrijver de korting zoals bedoeld in Eis 33 in het tarief moet verdisconteren. Aanbesteder is alleen bekend met de aspecten zoals weergegeven in vraag 36 van de tweede Nota van Inlichtingen. Wat daar verder van zij, wanneer de opdrachtnemer voldoet aan zijn leveringsplicht van de in de poule beschikbare trainingsacteurs, zoals aangegeven in Eis 33, treedt de korting niet in. Een inschrijver hoeft de korting zoals bedoeld in Eis 33 dus ook niet in het tarief te verdisconteren.

3.8. Klachtonderdeel 6

Aanbesteder handhaaft het antwoord zoals gegeven op vraag 40 van de tweede Nota van Inlichtingen. Aanbesteder kan op dit moment de gewenste duidelijkheid in de exacte afspraken tussen aanbesteder en de trainingsacteurs in de poule nog niet bieden, omdat deze afspraken het resultaat zullen zijn van een separate SAS-procedure voor trainingsacteurs. Aanbesteder heeft in het antwoord op vraag 40 van de tweede Nota van Inlichtingen reeds toegezegd dat aanbesteder zich zal inspannen om de mogelijke risico's voor de intermediair, voor wat de beschikbaarheid van trainingsacteurs betreft, zoveel mogelijk te mitigeren. Van het achterhouden van dergelijke informatie is daarom geen sprake.

4. Beoordeling

- 4.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder een Europese openbare aanbesteding heeft georganiseerd voor het sluiten van een raamovereenkomst inzake het verrichten van diensten voor het regelen van de inzet van trainingsacteurs ten behoeve van de door aanbesteder verzorgde opleidingen, trainingen en assessments. Aanbesteder zoekt een intermediair die als opdrachtnemer de opdracht zal uitvoeren. Op die procedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en Deel 2 van de Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit (tweede herziene versie die op 1 juli 2020 in werking is getreden).

Kern oordeel Commissie

- 4.2. De Commissie oordeelt dat aanbesteder risico's neerlegt bij de intermediair die niet tot diens invloedssfeer behoren. De Commissie komt tot dat oordeel door de eisen, voorwaarden en de opzet van de aanbesteding in onderlinge samenhang te beschouwen. De 'leveringsplicht' in combinatie met de verplichte gebruikmaking van uitsluitend de poule en in combinatie met de kortingsregeling en het maximumtarief maken dat in het onderhavige geval sprake is van een disproportionele risicoverdeling. Daarbij is van belang dat de intermediair geen contractuele relatie heeft met de acteurs uit de poule en evaluaties, die noodzakelijk zijn voor facturering, niet kan afdwingen. De door aanbesteder gekozen opzet resulteert erin dat de intermediair bij de uitvoering van de opdracht niet beschikt over 'manoevreer ruimte': als de poule niet toereikend blijkt, zit hij toch vast aan een leveringsplicht en een korting binnen het maximale tarief.

4.3. Klachtonderdelen 1 en 3

Beknopt oordeel

- 4.3.1. Verschillende aspecten van deze klachtonderdelen, in onderlinge samenhang beschouwd, leiden de Commissie tot het oordeel dat Eis 33 disproportioneel is. De 'leveringsplicht' met korting, de gebondenheid aan de poule, alsmede de ruime wijzigingsmogelijkheid bij het doen van aanvragen/bestellingen, in combinatie met onbekendheid met de afspraken die aanbesteder met de acteurs zal maken, leggen risico's bij de opdrachtnemer, terwijl aanbesteder die risico's het best kan beïnvloeden en beheersen. De Commissie verklaart deze klachtonderdelen **gegrond**.

Toelichting

Kader Gids Proportionaliteit

- 4.3.2. Het hier relevante kader wordt gegeven door Voorschrift 3.9 A Gids Proportionaliteit. Dat voorschrift luidt als volgt:

'De aanbestedende dienst alloceert het risico bij de partij die het risico het best kan beheersen of beïnvloeden.'

- 4.3.3. In de Gids Proportionaliteit is in de toelichting bij Voorschrift 3.9 A bepaald:

- '• Waar horen de verschillende risico's die in een opdracht besloten zitten, te liggen? Alloceer het risico bij de partij die het risico het best kan beheersen en/of beïnvloeden, hetzij de aanbestedende dienst hetzij de inschrijver. Bij de risicoafweging moeten de volgende aspecten worden betrokken:
 - de kans dat een risico zich verwezenlijkt en
 - de gevolgen van de omstandigheid dat een risico zich verwezenlijkt.

Het bij een inschrijver neerleggen van een niet of nauwelijks voorzienbaar risico dat zich slechts in uitzonderlijke gevallen voordoet alsmede van een risico met in potentie effecten die de continuïteit van de leverancier kunnen of zullen ondermijnen is eerder disproportioneel dan een redelijkerwijs voorzienbaar risico met geringe of overzienbare effecten.

- Is het risico voor een van beide partijen in redelijkheid/onder reële voorwaarden verzekeraar?

(let op: Een veel gehoorde misvatting is dat alles verzekeraar is. Dit is niet het geval. Daarbij moet worden bedacht dat indien er een verzekering op de markt

beschikbaar is, niet altijd betekent dat ook alle risico's onder die verzekering gedekt zijn. Met name garantieverplichtingen, boetes of vrijwaringen zijn in de regel onverzekerbaar.)'

- 4.3.4. Klachtonderdelen 1 en 3 lenen zich voor gezamenlijke behandeling. Ondernemer heeft vijf aspecten genoemd onder klachtonderdeel 1, op grond waarvan hij concludeert dat Eis 33 disproportioneel zou zijn. Klachtonderdeel 3 hangt nauw samen met de aspecten 'grondslag korting', 'wijzigingsmogelijkheid' en 'afspraken tussen aanbesteder en acteurs'. De Commissie behandelt onderstaand de vijf aspecten in de volgorde zoals weergegeven onder klachtonderdeel 1 (zie 2.3.1 tot en met 2.3.5 bovenstaand).

(i) *Grondslag korting*

- 4.3.5. Dat de intermediair een korting krijgt op het moment dat hij niet is geslaagd in het realiseren van voldoende inzet, acht de Commissie in beginsel niet disproportioneel. Ondernemer klaagt dat geen *grondslag* zou bestaan voor het toepassen van een korting, omdat Eis 33 reeds een 'leveringsplicht' kent. Het is in veel gevallen begrijpelijk dat aan een 'leveringsplicht' een korting of boete wordt gekoppeld: de korting of boete dient dan als prikkel tot nakoming. De Commissie acht het in dit geval op zichzelf redelijk dat aanbesteder middels een kortingsregeling nadruk wenst te leggen op gerealiseerde inzet.

(ii) *Omvang poule*

- 4.3.6. Aanbesteder heeft naar het oordeel van de Commissie voldoende onderbouwd waarom hij meent dat de omvang van de poule toereikend is. Ondernemer heeft van zijn kant onvoldoende concrete punten aangedragen op grond waarvan de Commissie moet twifelen aan de door aanbesteder gegeven onderbouwing.

(iii) *Wijzigingsmogelijkheid*

- 4.3.7. Naar het oordeel van de Commissie vergt de regeling dat aanbesteder aanvragen tot 48 uur van tevoren onbeperkt mag verzetten, wijzigen en annuleren meer onderbouwing dan enkel een verwijzing naar het belang van aanbesteder bij de continuïteit van onderwijs. Dat aanbesteder niet verwacht veel gebruik te zullen maken van deze wijzigingsmogelijkheid, lijkt de Commissie eerder een reden voor een tegemoetkoming aan de klacht van ondernemer (en dus voor een opdrachtnemersvriendelijkere wijzigingsregeling), dan een argument voor het onverkort handhaven van de ruime wijzigingsmogelijkheid.

(iv) *Onduidelijkheid eis en beoordelingskader?*

- 4.3.8. De klacht dat de wijziging van Eis 33 onduidelijk zou zijn en dat het beoordelingskader onvoldoende zou zijn uitgewerkt, is door ondernemer onvoldoende concreet onderbouwd. .

(v) *Afspraken tussen aanbesteder en acteurs*

- 4.3.9. Aanbesteder wenst de poule zelf op te zetten en accepteert niet dat intermediairs in voorkomend geval gebruik maken van acteurs van buiten de poule. Inschrijvers kunnen als gevolg van het opzetten van de poule door aanbesteder ook geen invloed uitoefenen op de afspraken met acteurs. Bovendien is het inschrijvers niet helder welke afspraken aanbesteder met de acteurs zal maken en is niet helder op welke gronden aanbesteder voor deze opzet heeft gekozen.

Conclusie

4.3.10. Gelet op hetgeen de Commissie hiervoor in 4.3.5 t/m 4.3.9 heeft overwogen, kan geconcludeerd worden dat het merendeel van de door ondernemer aangehaalde aspecten waarop hij zijn deelklacht (klachtonderdelen 1 en 3) heeft gebaseerd, op zichzelf genomen, niet leidt tot gegrondheid van deze klachtonderdelen. Niettemin meent de Commissie dat de hier door aanbesteder gehanteerde combinatie van aspecten, als geheel, disproportioneel is. De 'leveringsplicht' met korting, de gebondenheid aan de poule, de ruime wijzigingsmogelijkheid voor aanbesteder bij het doen van aanvragen/bestellingen en het onbekend zijn met de afspraken die aanbesteder met de acteurs zal maken, lijken in samenhang beschouwd in strijd met voorschrift 3.9 A Gids Proportionaliteit. Een deugdelijke motivering voor de handelwijze van aanbesteder ontbreekt. Aanbesteder legt hiermee risico's neer bij inschrijvers, terwijl aanbesteder zelf die risico's het best kan beheersen en beïnvloeden. De Commissie komt dan ook tot het oordeel dat Eis 33, in samenhang met de overige aspecten van de aanbestedingsprocedure bezien, disproportioneel is en verklaart de klachtonderdelen 1 en 3 daarom **gegrond**.

4.4. Klachtonderdeel 2

Beknopt oordeel en toelichting

4.4.1. De eis dat de inzet niet zonder evaluatie kan worden gefactureerd (Eis 13) acht de Commissie disproportioneel, omdat opdrachtnemer uiteindelijk niet in de hand heeft of evaluatie plaatsvindt. Aanbesteder is immers de partij waarmee zowel de docent als de acteur een contractuele relatie hebben.

4.4.2. Aanbesteder verwacht dat de evaluatie beperkt is en kan worden verricht aan de hand van een app, waardoor sprake zou zijn van een snel en eenvoudig proces. Daarnaast stelt aanbesteder dat de evaluatie tevens fungeert als prestatieverklaring en in die zin ook het belang van opdrachtnemer dient. Die omstandigheden brengen nog niet mee dat het verschuiven van het risico naar de intermediair gerechtvaardigd is. De Commissie verklaart dit klachtonderdeel **gegrond**.

4.5. Klachtonderdeel 4

Beknopt oordeel en toelichting

Het relateren van de vergoeding van een intermediair aan de gerealiseerde inzet, acht de Commissie niet zonder meer disproportioneel. Dit klachtonderdeel acht zij daarom **ongegrond**.

4.6. Klachtonderdeel 5

Beknopt oordeel en toelichting

Een deugdelijke financiële onderbouwing van de onredelijkheid van het maximum tarief heeft ondernemer niet geleverd. Het komt de Commissie voor dat de intermediair bij verwerving van de onderhavige opdracht voldoende zal worden beloond (zie de raming uit de inschrijvingsleidraad onder 1.4 bovenstaand). Ondernemer heeft zich slechts op het standpunt gesteld dat het tarief onredelijk is, omdat verschillende posten vanuit het tarief moeten worden voldaan. De onderbouwing van dit klachtonderdeel acht de Commissie onvoldoende concreet. De Commissie verklaart dit klachtonderdeel **ongegrond**.

4.7. Klachtonderdeel 6

Beknopt oordeel en toelichting

De enkele omstandigheid dat de aanbesteding waarin acteurs voor de poule worden geworven nog niet heeft plaatsgevonden, maakt informatieverstrekking over de inhoud van de overeenkomsten met acteurs nog niet onmogelijk. Bij gebreke van een deugdelijke onderbouwing van het tegendeel door aanbesteder, acht de Commissie het onvoldoende informeren van de inschrijvers in strijd met het transparantiebeginsel. De Commissie verklaart dit klachtonderdeel daarom **gegrond**.

5. Advies

De Commissie acht klachtonderdelen 1, 2, 3 en 6 **gegrond** en klachtonderdelen 4 en 5 **ongegron**d.

Den Haag, 24 september 2021

Mr. A.C.M Fischer-Braams	Mr. G.R. Werkman-Bouwkamp	Mr. drs. T.H. Chen
Voorzitter	Vicevoorzitter	Commissielid