

Advies 265

1. Feiten

- 1.1. Beklaagde heeft op 22 juni 2015 de aankondiging gepubliceerd van een Europese openbare aanbestedingsprocedure bestaande uit drie percelen voor een raamovereenkomst voor tijdelijke arbeidskrachten op basis van uitzenden, detacheren en pay-rolling.
- 1.2. In het Beschrijvend Document 'Europese Openbare Aanbesteding Tijdelijke arbeidskrachten o.b.v. Uitzenden, Detacheren en Pay-rolling' (hierna: Beschrijvend Document) is in par. 1.5 ("Planning") de uiterste datum van inschrijving bepaald op 21 augustus 2015.
- 1.3. In het Beschrijvend Document is het volgende bepaald in paragraaf 1. ("Algemene informatie en planning"):

'1.3 Doel van de aanbesteding

Het doel van de aanbesteding is het aangaan van een Raamovereenkomst met één dienstverlener per perceel. Elke individuele gemeente of instantie zal ieder zelfstandig een Raamovereenkomst met de winnende Inschrijver afsluiten.

(...)

Perceel 1: Uitzenden

De te contracteren dienstverlener dient te voorzien in de behoefte van de Opdrachtgever voor tijdelijke arbeidskrachten op basis van Uitzenden voor wat betreft functies in de gemeentelijke salarisschalen 1 tot en met 9. Hieronder is te verstaan "iedere uitzendkracht, die op basis van een uitzendovereenkomst van de uitzendorganisatie ter beschikking wordt gesteld aan de Opdrachtgever".

Perceel 2: Detacheren

De te contracteren dienstverlener dient te voorzien in de behoefte van de Opdrachtgever aan tijdelijke arbeidskrachten op basis van detachering voor wat betreft functies in de gemeentelijke salarisschalen 9 tot en met 12. De dienstverlener dient in staat te zijn tijdelijke arbeidskrachten te leveren voor alle taakvelden van de deelnemende organisaties.

(...)

Perceel 3: Pay-rolling

De te contracteren dienstverlener dient te voorzien in de administratieve verwerking, via een daartoe ingericht portal, van de inhuur van flexibele arbeidskrachten op basis van Pay-rolling voor wat betreft functies in de gemeentelijke salarisschalen 1 tot en met 12. Uitgangspunt is hierbij dat de Opdrachtgever de werving en selectie van de Payrollmedewerkers zelf verzorgd.

1.4 Inhoud en omvang van de Opdracht

(...)

Perceel	Omzet 2014
P1. Uitzenden (schalen 1 tot en met 9)	€ 2.500.000,-
P2. Detacheren (schalen 9 tot en met 12)	€ 2.000.000,-
P3. Pay-rolling	€ 1.500.000
Totaal	€ 6.000.000

(...)

1.6.1 Motivering toepassing drie percelen

De Aanbestedende Diensten hebben na een marktverkenning besloten de Opdracht onder te verdelen in drie percelen. Dit om de volgende redenen:

- **Schaalvoordeel**
Door het niet verder opsplitsen van de aanbesteding kunnen schaalvoordelen benut worden. Verdere perceelindeling zou leiden tot hogere kosten. Het schaalvoordeel voor een leverancier van een samengebundelde Opdracht vervalt. Er is daardoor sprake van verminderde omzet. De leverancier biedt lagere of geen kortingen. De deelnemende organisaties aan de aanbesteding zouden dan meer gaan betalen dan voorheen voor dezelfde producten.
- **Beheersen contractuele beheerslast**
Door het niet verder opsplitsen van de aanbesteding kan de contractuele beheerslast beperkt worden. Meerdere contracten leiden tot verschillende prijslijsten en onduidelijkheid voor de deelnemende organisaties. Het beheersen van de informatie door de samenwerkende Aanbestedende Diensten wordt complexer en intensiever en werkt kostenverhogend. Hetgeen veel minder doelmatig is in termen van contract- en leveranciersmanagement.

(...)

1.8 Onjuistheden

Dit document is met grote zorg samengesteld. Mocht Inschrijver onvolkomenheden, procedurefouten en/of tegenstrijdigheden constateren, dan dienen deze zo spoedig mogelijk, doch uiterlijk negen dagen vóór de sluitingsdatum voor het indienen van de Inschrijving, aan de onder § 1.16 benoemde contactpersoon schriftelijk kenbaar te worden gemaakt met opgave van de eventuele consequenties en/of correctievoorstellen.

(...)

1.17 Stellen van vragen

Inschrijvers worden in de gelegenheid gesteld vragen te stellen over het Beschrijvend Document en de onderhavige aanbestedingsprocedure. Vragen kunnen uitsluitend tot uiterlijk de datum vermeld in §1.15 (Planning) via TenderNed ingediend worden. De ingediende vragen en de antwoorden daarop, worden geanonimiseerd opgenomen in een Nota van Inlichtingen. De Nota van Inlichtingen vormen een integraal onderdeel van de Offerteaanvraag. Mondelinge toezeggingen zijn niet geldig. De Nota van Inlichtingen wordt aan alle Inschrijvers ter beschikking gesteld via www.Tenderned.nl.

Naar aanleiding van de eerste Nota van Inlichtingen kunnen aanvullende vragen gesteld worden. Aanvullende vragen mogen alleen betrekking hebben op vragen en antwoorden uit de eerste nota van lichten. Overige vragen zullen niet worden beantwoord. Vragen kunnen uitsluitend tot uiterlijk de datum vermeld in §1.15 (Planning) via TenderNed ingediend worden. Alle gestelde vragen met de bijbehorende antwoorden, evenals aanvullingen of wijzigingen van de worden

geanonimiseerd op schrift gesteld in de tweede Nota van Inlichtingen. De tweede Nota van Inlichtingen wordt uiterlijk op de datum vermeld in §1.15 (Planning) aan alle Inschrijvers ter beschikking gesteld via www.Tenderned.nl.'

- 1.4. In paragraaf 3 ("Vaststellen geschiktheid Inschrijver") van het Beschrijvend Document is onder andere het volgende bepaald:

'3.4.2 Technische en beroepsbekwaamheid: kerncompetenties

De kerncompetenties zijn:

Perceel 1 Uitzenden:

1. Inschrijver dient in staat te zijn om uitzendkrachten in loonschaal 1 tot en met 9 te leveren voor het gehele werkgebied van de deelnemende gemeentelijke organisaties. Middels referenties dient Inschrijver aan te tonen dat hij op 75% (9 stuks) van onderstaande genoemde vakgebieden uitzendkrachten in de (gemeentelijke) salarisschalen 1 tot en met 9 ter beschikking heeft gesteld bij Nederlandse overheidsinstanties. Eén referentie mag meerdere vakgebieden bevatten.

Vakgebieden:

Toezicht en handhaving	Financiën	HRM
Veiligheid	Sociaal Domein	Communicatie
(Alg.) Juridische Zaken	Facilitaire Zaken	Onderwijs
Inkoop	Groenvoorziening	Ruimtelijke ordening

2. Inschrijver moet voldoende beroepsbekwaam zijn om de continuïteit gedurende de contractperiode, inclusief eventuele optie jaren, te waarborgen. Om dit aan te tonen levert Inschrijver één referentieopdracht aan met een jaarlijkse omzet van minimaal € 400.000. De referentieopdracht moet het leveren van uitzendkrachten betreffen.

Perceel 2 Detacheren:

1. Inschrijver dient in staat te zijn om arbeidskrachten in loonschaal 9 tot en met 12 te Detacheren voor het gehele werkgebied van de deelnemende gemeentelijke organisaties. Middels referenties dient Inschrijver aan te tonen dat hij op 75% (12 stuks) van onderstaande genoemde vakgebieden arbeidskrachten in de (gemeentelijke) salarisschalen 9 tot en met 12 heeft gedetacheerd bij Nederlandse overheidsinstanties. Eén referentie mag meerdere vakgebieden bevatten.

Vakgebieden:

Toezicht en handhaving	Financiën	HRM
Veiligheid	Sociaal Domein	Communicatie
(Alg.) Juridische Zaken	Facilitaire Zaken	Onderwijs
Inkoop	Groenvoorziening	Ruimtelijke ordening
Bouwkunde	Cultuur	Civiele Techniek

2. Inschrijver moet voldoende beroepsbekwaam zijn om de continuïteit gedurende de contractperiode, inclusief eventuele optie jaren, te waarborgen. Om dit aan te tonen levert Inschrijver één referentieopdracht aan met een jaarlijkse omzet van minimaal € 500.000. De referentieopdracht moet het Detacheren van arbeidskrachten betreffen.

Perceel 3 Pay-rolling:

1. Inschrijver dient een professionele dienstverlener te zijn die voorziet in de administratieve verwerking van de inhuur van tijdelijke arbeidskrachten die

door Opdrachtgever zijn geworven. Middels een referentie dient Inschrijver aan te tonen dat hij ervaring heeft met deze dienstverlening en de administratieve verwerking (aanmeldingen, wijzigingen en verloning) via een digitaal portal laat verlopen.

2. Inschrijver moet voldoende beroepsbekwaam zijn om de continuïteit gedurende de contractperiode, inclusief eventuele optie jaren, te waarborgen. Om dit aan te tonen levert Inschrijver één referentieopdracht aan met een jaarlijkse omzet van minimaal € 300.000. De referentieopdracht moet het leveren van arbeidskrachten op basis van pay-rolling betreffen.

Bewijsstuk bij Inschrijving: Inschrijver toont de gevraagde vakbekwaamheid aan door per kerncompetentie (één) referentie(s) te overleggen. De referentie dient gedurende de afgelopen drie jaren te zijn verricht/uitgevoerd (terug te rekenen vanaf sluitingsdatum van Inschrijving). De opgegeven referentieopdrachten moeten tijdig en naar tevredenheid zijn uitgevoerd. Referenties dienen te worden aangegeven op bijlage E Referenties. Opdrachtgever behoudt zich het recht voor de referent ter verificatie te benaderen.

Indien Inschrijver een beroep wenst te doen op de technische bekwaamheid van een derde (concern/holdingmaatschappij waar hij deel van uitmaakt of een andere natuurlijke persoon of rechtspersoon), dan dient Inschrijver schriftelijk te verklaren dat deze derde als onderaannemer zal fungeren bij de uitvoering van de eventuele Opdracht.

Ingeval Inschrijver bestaat uit een samenwerkingsverband, dienen alle deelnemers gezamenlijk de technische- en beroepsbekwaamheid aan te tonen, waarbij referenties van de verschillende deelnemers gezamenlijk de vereiste expertise aantonen.'

- 1.5. In Bijlage E ("Referenties") bij het Beschrijvend Document is het volgende bepaald:

'Een inschrijver dient middels referentieopdracht(en) aan te tonen dat hij beschikt over de gevraagde kerncompetenties. De referentie(s) moet(en) opdracht(en) betreffen die inschrijver in de periode van 3 jaar tot aan de datum van onderhavige aanbesteding, tijdig – verleend uitstel daaronder begrepen – en naar tevredenheid van de betreffende opdrachtgever zijn verricht. De Aanbestedende Dienst behoudt zich het recht voor informatie in te winnen bij opdrachtgever(s) vermeld op de referentielijst.

De ervaring dient aantoonbaar te zijn en dient minimaal te zijn opgebouwd uit de competenties zoals behandeld in paragraaf 3.4.2.

Referentie 1	
Perceel	
Heeft betrekking op competentie:	
Naam opdrachtgever	
Plaatsnaam	
Contactpersoon en telefoonnummer	
Contractduur	
Contractperiode	
Aanheffingsom excl. BTW	
Omschrijving van de opdracht	

Bovenstaande tabel door inschrijver zoveel te herhalen als benodigd is om aan te tonen dat inschrijver over gevraagde competenties beschikt. [Deze opmerking is in de originele tekst met gele kleur gearceerd, Commissie]

Aldus naar waarheid ingevuld,

Naam	
Functie	
Handtekening	
Datum'	

1.6. In de Nota van Inlichtingen 1 van 22 juli 2015 zijn, voor zover relevant, de volgende vragen met bijbehorende antwoorden opgenomen:

1.6.1. 'Vraag 97 (3.4.2, pagina 20): Interpreteert inschrijver hier correct dat het hier om 1 referentie kan gaan die alle 9 vakgebieden bestrijkt of dat het kan gaan om meerdere, maximaal 9, verschillende referenties met 1 of meerdere vakgebieden?

Antwoord: 'Inschrijver mag met 1 referentie of met meerdere referenties aantonen dat hij uitzendkrachten ter werk heeft gesteld.'

1.6.2. 'Vraag 137 (3.4.2 technische en beroepsbekwaamheid, pagina 20-21 en bijlage E, pagina 51): Inschrijver heeft onduidelijkheid over de kerncompetenties.

1. Graag ontvangt inschrijver een bevestiging dat opdrachtgever twee kerncompetenties per perceel kent: nummer 1 vakbekwaamheid en nummer 2 minimale jaarlijkse omzet.

2. Graag ontvangt inschrijver een bevestiging dat één referent voor zowel kerncompetentie 1 als 2 gebruikt mag worden.

3. Bijlage E Referenties: Wenst opdrachtgever per perceel een afzonderlijk referentieblad te ontvangen?

4. Graag ontvangt inschrijver een bevestiging dat bijlage E ondertekent dient te worden door inschrijver en niet door de referent.

Antwoord: 1. Juist.

2. Akkoord.

3. Per perceel een inschrijving en dus een afzonderlijk referentieblad.

4. Bijlage dient ondertekend te worden door inschrijver.'

1.6.3. 'Vraag 252 (3.4.2. kerncompetenties): Gevraagd wordt om te kunnen leveren op driekwart van de taakvelden. Om de continuïteit gedurende de contractperiode aan te tonen moet er minimaal een referentieproject met een jaarlijkse omzet van € 500.000 aangeleverd worden. Is dit een eis waaraan het MKB kan voldoen en dan met name het kleinbedrijf met maximaal 50 werknemers?

Antwoord: Juist gelezen. Aanbestedende dienst kan niet beoordelen of een kleinbedrijf hier zelfstandig aan kan voldoen. Indien nee, dan heeft een kleinbedrijf de mogelijkheid om een combinatie te vormen of om als onderaannemer te fungeren en zo alsnog diensten te kunnen leveren aan de aanbestedende diensten.'

1.6.4. 'Vraag 291 (3.4.2 Technische en beroepsbekwaamheid: kerncompetenties): In paragraaf 3.4.2. van het Beschrijvend document heeft u bij de referentie eis voor perceel 1 en 2 een sub-eis opgenomen, dat de ervaring met leveren van uitzendkrachten respectievelijk het detacheren van functionarissen moet zijn opgedaan bij 'Nederlandse overheidsinstanties'. Deze sub-eis betreft een niet-proportionele

eis en is in strijd met voorschrift 3.5. F van de Gids Proportionaliteit, zijnde; 'De aanbestedende dienst stelt voor het toetsen van technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid kerncompetenties vast die overeenkomen met de gewenste ervaring op essentiële punten van de opdracht'. Uit de tekst van de referentie eis blijkt dat deze is gebaseerd op het uitzenden en detacheren van personen voor de specifiek door u genoemde vakgebieden. Het gaat hier om vakgebieden die niet exclusief thuis horen of kenmerkend zijn voor overheidsinstellingen, zodat de sub-eis niet kan gelden als 'essentieel'. Derhalve levert de sub-eis dat de ervaring moet zijn opgedaan bij een 'Nederlandse overheidsinstelling' een onnodig discriminatoir onderscheid op voor potentiële inschrijvers die de ervaring (mede) hebben opgedaan bij niet-overheidsinstellingen en op grond daarvan zouden zijn uitgesloten van deelname aan de aanbesteding.

Kunt u met het oog op het vorenstaande bevestigen dat de sub-eis 'bij [een] Nederlandse overheidsinstantie' komt te vervallen, zodat dat alle potentiële inschrijvers die ervaring hebben met de vereiste omvang van de detachering voor de genoemde vakgebieden zich kunnen kwalificeren voor de onderhavige opdracht?

Antwoord: Nee, het gaat hier om een aanbesteding door overheidsinstanties. Waarbij wij stellen dat werken bij een overheidsinstanties belangrijke specifieke kenmerken heeft, en daarmee dient bij detacheren en uitzenden rekening te worden gehouden.'

1.6.5. 'Vraag 325 (Beschrijvend document Artikel 3.4.2): Bij het onderdeel bewijsstuk spreekt u over kerncompetentie. Kunnen wij er vanuit gaan dat u hier bedoelt vakgebied?

1. Is die zienswijze juist?

2. Zo nee, hoe ziet u de kerncompetentie dan per referentie.

Antwoord: 1. Nee dit is niet juist.

2. Voor elk perceel zijn 2 kerncompetenties bepaald, aangegeven met "1" en "2". De gevraagde kerncompetenties kunt u aantonen d.m.v. het opgeven van 1 of meerdere referenties (dit staat bij de omschrijving van de kerncompetenties aangegeven).'

1.7. Klager heeft op 12 augustus 2015 een klacht, bestaande uit drie onderdelen, bij beklaagde ingediend. Op 18 augustus 2015 heeft beklaagde deze klacht ongegrond verklaard, onder andere wegens gebrek aan proactiviteit bij klager.

2. Beschrijving klacht

2.1. Klachtonderdeel 1

De kerncompetentie die ziet op ervaring die bij een Nederlandse overheidsinstelling is opgedaan is discriminerend, niet deugdelijk gemotiveerd en disproportioneel.

2.2. Klachtonderdeel 2

Het onderscheid tussen uitzenden en detacheren is discriminerend, niet deugdelijk gemotiveerd en disproportioneel.

2.3. Klachtonderdeel 3

De (geschiktheids)eis betreffende ervaring met 75% van de per perceel genoemde vakgebieden is niet transparant, noch proportioneel.

3. Onderbouwing klacht

3.1. Klager merkt allereerst op dat het beroep dat beklaagde tijdens de behandeling van de klacht op rechtsverwerking dan wel het Grossmann-arrest heeft gedaan (zie 1.7 hiervoor) onterecht is, aangezien nog geen sprake was van een gunningsbesluit en daarenboven de datum voor het inleveren van de offertes was gesteld op 21 augustus 2015 (zie ook 1.2 hiervoor). Daarnaast heeft beklaagde geen voorwaarden gesteld voor het indienen van klachten over de aanbesteding. De klachten hadden ook niet als doel om verduidelijking te krijgen over aspecten van de aanbestedingsprocedure, maar waren bedoeld om fundamentele gebreken in de aanbesteding onder de aandacht te brengen.

3.2. Klachtonderdeel 1

3.2.1. In het Beschrijvend Document is in paragraaf 3.4.2. bepaald dat de kerncompetentie voor de percelen 1 en 2 ziet op ervaring die 'bij een Nederlandse overheidsinstelling' is opgedaan. Uit de voor deze percelen opgegeven vakgebieden blijkt echter dat dit allen functies betreffen die niet exclusief tot het domein van de overheid behoren. Dezelfde functies komen op grote schaal voor bij niet-overheidsinstellingen. Derhalve heeft de eis 'bij een Nederlandse overheidsinstelling' geen toegevoegde waarde en maakt deze uitsluitend een ongeoorloofd discriminatoir onderscheid tussen de potentiële inschrijvers. Daargelaten dat een dergelijke territoriale afbakening van een Nederlandse overheidsinstelling zich moeilijk verhoudt met het feit dat het hier gaat om een openbare Europese aanbestedingsprocedure die ook open behoort te staan voor inschrijvers die zijn gevestigd in een andere Lidstaat dan Nederland. Het opwerpen van dergelijke drempels is in strijd met de Aanbestedingswet 2012 en onder meer de Europese richtlijn voor werken, leveringen en diensten (2004/18/EG).

3.2.2. De aanvullende eis 'bij een Nederlandse overheidsinstelling' dient geen redelijk doel en levert geen relevant onderscheid op ten aanzien van de kerncompetenties. Daarbij heeft beklaagde nagelaten om in de aanbestedingsstukken en de Nota van Inlichtingen een deugdelijke motivering, dan wel een begrijpelijke motivering te geven waaruit volgt dat het zou gaan om een geoorloofd discriminatoir onderscheid tussen potentiële inschrijvers. Alles overziende is de betreffende eis dan ook disproportioneel en in het bijzonder in strijd met het voorschrift 3.5F van de Gids Proportionaliteit.

3.3. Klachtonderdeel 2

3.3.1. In het Beschrijvend Document is in paragraaf 3.4.2. bepaald dat de kerncompetentie voor "uitzenden" (perceel 1) is beperkt tot vakgebieden die worden verloond binnen de (gemeentelijke) salarisschalen 1 t/m 9 en de kerncompetentie "detacheren" (perceel 2) is beperkt tot de vakgebieden die worden verloond binnen de (gemeentelijke) salarisschalen 9 t/m 12. Deze kerncompetenties zijn onnodig discriminatoir, nu een salarisschaal of een loonhoogte geen bepalende invloed heeft op de kennis en de kunde (c.q. bekwaamheid) die nodig is voor het uitzenden dan wel detacheren van personen, noch voor het uitzenden of detacheren van personen op een bepaald vakgebied. Het maken van een onderscheid naar salarisschaal kan in redelijkheid niet als een kerncompetentie gelden en een dergelijke kerncompetentie is disproportioneel, mede gelet op het feit dat geen motivering is opgenomen ter zake het gemaakte onderscheid.

3.4. Klachtonderdeel 3

3.4.1. In het Beschrijvend Document is in paragraaf 3.4.2. bepaald dat de kerncompetentie voor de percelen 1 en 2 ziet op ervaring met 75% van de per perceel ge-

noemde vakgebieden. Ten eerste is niet duidelijk welke functies nu precies worden bedoeld, aangezien beklagde heeft volstaan met alleen de vermelding van het werkgebied waartoe de functies van de uit te zenden dan wel te detacheren flexibele arbeidskrachten behoren en geen melding heeft gemaakt van de functie waarop de kerncompetentie ziet. Gelet op het vorenstaande is de betreffende eis niet transparant aangezien geen duidelijkheid is gegeven over de (precieze) functies waarmee ervaring moet zijn opgedaan en niet duidelijk is wat de aanbestedende dienst ziet als een geldige referentie.

- 3.4.2. Ten tweede is de ervaringseis disproportioneel nu deze uitgaat van minimaal negen verschillende ervaringseisen (al dan niet verenigd in één of meerdere referenties) waaraan door een inschrijver moet zijn voldaan. Feitelijk gaat het in de gekozen opzet om een samenvoeging van verschillende opdrachten c.q. percelen tot één (deel)opdracht, zonder dat deze samenvoeging is gemotiveerd in de aanbestedingsstukken. Ook staat de huidige opzet van de ervaringseis op gespannen voet met het voorschrift 3.5G van de Gids Proportionaliteit. Dit wordt voornamelijk gesterkt door het gegeven dat beklagde in de Nota van Inlichtingen heeft opgenomen dat een inschrijver per vakgebied een referentie mag overleggen (zie de vragen 97 en 325 in 1.6.1 respectievelijk 1.6.5 hiervoor).
- 3.4.3. Beide vorenstaande gronden c.q. sub-klachten maken ieder voor zich de onderhavige aanbestedingsprocedure ongeldig.

4. Reactie beklagde

- 4.1. Beklagde stelt allereerst dat klager bij de eerste vragenronde een vraag heeft gesteld (nr. 291, zie 1.6.4 hiervoor), waar beklagde op heeft geantwoord in de Nota van Inlichtingen 1 van 22 juli 2015. Beklagde heeft vervolgens de potentiële inschrijvers de mogelijkheid geboden om vragen te stellen naar aanleiding hiervan tot 31 juli 2015 (een tweede vragenronde). Klager heeft hier geen gebruik van gemaakt.
 - 4.1.1. Klachtonderdeel 1 heeft betrekking op de eerste Nota van Inlichtingen. Klager had de klacht reeds bij de tweede vragenronde moeten indienen, zodat deze ter verduidelijking in de tweede Nota van Inlichtingen had kunnen worden opgenomen. Op grond van het Grossman-arrest (HvJ EG, 12 februari 2004) geldt dat een potentiële inschrijver pro-actief moet handelen en derhalve aan hem kenbare mogelijke onregelmatigheden aan de orde dient te stellen in een stadium waarin deze kunnen worden gecorrigeerd met zo gering mogelijke consequenties voor het verloop van de aanbestedingsprocedure in het geheel. Aan dit arrest ligt de gedachte ten grondslag het belang dat nodeloze vertraging in de aanbestedingsprocedure dient te worden voorkomen. Door het indienen van een klacht, die betrekking heeft op een vraag en antwoord uit de eerste Nota van Inlichtingen en niet de mogelijkheid te benutten om bij de tweede vragenronde de vraag c.q. klacht in te dienen is een poging om de aanbesteding nodeloos te vertragen.
 - 4.1.2. Klachtonderdelen 2 en 3 betreffen in feite een nieuwe vraag c.q. klacht. Deze hebben geen betrekking op een van de vragen en antwoorden uit de eerste Nota van Inlichtingen. Wederom had klager op grond van het voornoemde Grossman-arrest al bij de eerste vragenronde haar vragen c.q. klachten kenbaar moeten maken, hetgeen klager niet heeft gedaan.
- 4.2. Klachtonderdeel 1

De ervaring 'bij een Nederlandse overheidsinstelling' die wordt gevraagd bij kerncompetentie 1 van perceel 1 en bij kerncompetentie 1 van perceel 2 is puur ge-

baseerd op de inhoud van de uit te voeren opdracht, te weten het uitzenden (perceel 1) en detacheren (perceel 2) van arbeidskrachten bij de deelnemende aanbestedende diensten van onderhavige aanbesteding. Er is gekozen om 'Nederlandse overheidsinstelling' toe te voegen aan deze kerncompetenties, omdat bij gemeenten verschillende functies en taken voorkomen die enkel bij de overheid voorkomen. Bijvoorbeeld binnen het vakgebied Burgerzaken en Sociaal Domein.

4.3. Klachtonderdeel 2

Loonschaal 1 tot en met 9 zijn de meest voorkomende loonschalen bij uitzenden (perceel 1). Loonschaal 9 tot en met 12 zijn de meest voorkomende loonschalen bij detacheren (perceel 2). Het laten vervallen van de loonschalen heeft geen nut. Wanneer de loonschalen zouden vervallen dan dienen er voor perceel 1 nog steeds referenties ingediend te worden van uitzendkrachten die ter werk zijn gesteld. Deze uitzendkrachten zullen vallen binnen de gevraagde loonschalen, daar dit de meest voorkomende zijn. Voor perceel 2 geldt hetzelfde. Wanneer de loonschalen zouden vervallen, dienen er nog steeds referenties ingediend te worden voor arbeidskrachten die gedetacheerd zijn. Gedetacheerde arbeidskrachten zullen veelal in de gevraagde loonschalen 9 tot en met 12 zitten. Het enige wat wordt bereikt met het laten vervallen van de loonschalen is het vertragen van de aanbestedingsprocedure.

4.4. Klachtonderdeel 3

- 4.4.1. De eis ervaring met 75% van de genoemde vakgebieden is zeer ruim opgesteld en zodoende kunnen veel potentiële inschrijvers hieraan voldoen. Er is besloten om geen specifieke functies te benoemen, omdat daardoor potentiële inschrijvers af zullen vallen. Het hebben van ervaring met het ter werk stellen van een enkele tijdelijke arbeidskracht in één functie van de genoemde werkgebieden, kan al gebruikt worden als referentie en bijdragen aan de gevraagde 75%.
- 4.4.2. Voor perceel 1 betekent dit dat het ter werk stellen van slechts 9 uitzendkrachten in 9 verschillende vakgebieden, in de laatste drie jaar reeds voldoende is om te voldoen aan deze competentie. Voor perceel 2 betekent het dat het detacheren van slechts 12 arbeidskrachten in 12 verschillende vakgebieden, in de laatste drie jaar reeds voldoende is om te voldoen aan de competentie. Gezien de omvang van onderhavige opdracht is dit niet disproportioneel.

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt voorop dat beklagde een Europese openbare procedure heeft gehouden. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en 2 Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit.
- 5.2. De Commissie stelt vast dat beklagde in het Beschrijvend Document onderscheid heeft gemaakt tussen de verplichting van een inschrijver om te wijzen op onvolkomenheden, procedurefouten en/of tegenstrijdigheden (paragraaf 1.8, zie 1.3 hiervoor) en de verplichting van een inschrijver tot het stellen van vragen (paragraaf 1.17, zie 1.3 hiervoor). Naar het oordeel van de Commissie heeft klager, anders dan beklagde stelt, met het indienen van haar klachten op 12 augustus 2015 geen vragen aan beklagde gesteld, maar heeft zij daarmee melding gemaakt van aanbestedingsrechtelijke procedurefouten zoals bedoeld in paragraaf 1.8 van het beschrijvend Document. In die paragraaf is bepaald dat de inschrijver dergelijke procedurefouten uiterlijk negen dagen vóór de sluitingsdatum voor het indienen van zijn inschrijving kenbaar dient te maken. Nu klager op 12

augustus 2015 de procedurefouten bij beklagde heeft gemeld en gelet op de datum van inschrijving van 21 augustus 2015 (zie 1.2 hiervoor), is de Commissie van oordeel dat klager heeft voldaan aan haar verplichting zoals omschreven in paragraaf 1.8. De Commissie wijst het beroep van beklagde op het Grossmann-arrest derhalve van de hand.

5.3. Klachtonderdeel 1

5.3.1. In artikel 1.10 lid 1 jo. artikel 1.10 lid 2 sub c Aw 2012 is bepaald dat de inhoud van de door beklagde gestelde geschiktheidseisen in een redelijke verhouding moet staan tot het voorwerp van de opdracht. In Voorschrift 3.5F Gids Proportionaliteit is bepaald dat voor het toetsen van technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid kerncompetenties moeten worden vastgesteld die overeenkomen met de gewenste ervaring op essentiële punten van de opdracht.

5.3.2. In artikel 2.93 lid 3 Aw 2012 is bepaald dat wanneer referenties worden gevraagd om aan te tonen dat de inschrijver voldoet aan een geschiktheidseis er niet gevraagd mag worden naar eerder verrichte opdrachten die gelet op de aard, de hoeveelheid of omvang en het doel van de opdracht gelijk zijn, maar alleen naar eerder verrichte vergelijkbare opdrachten.

5.3.3. Ten aanzien van de eis dat uitzendkrachten respectievelijk gedetacheerden ter beschikking zijn gesteld aan Nederlandse overheidsinstanties overweegt de Commissie dat deze eis in ieder geval de markt verengt. Dienaangaande vermeldt de Gids Proportionaliteit in het commentaar op Voorschrift 3.5F het volgende:

'Teveel en te specifieke kerncompetenties definiëren én daarbij vragen naar referenties per kerncompetentie zou wel eens zoeken naar een schaap met vijf poten kunnen worden. Daardoor wordt de markt sterk verengd, hetgeen noch in het belang van aanbestedende diensten noch in het belang van potentiële inschrijvers is.'

5.3.4. De Commissie overweegt daarbij dat tot de essentiële punten van de opdracht bij percelen 1 en 2 in de eerste plaats behoort het werven en selecteren van arbeidskrachten met een bepaalde ervaring. Die ervaring kan, zoals klager terecht stelt, ook blijken uit het werven en selecteren van arbeidskrachten met competenties op gebieden die vergelijkbaar zijn met de door beklagde genoemde vakgebieden. Onder de door beklagde genoemde vakgebieden bevinden zich inderdaad typische overheidstaken, maar door bij het omschrijven van de geëiste ervaring die taken te vermengen met niet specifieke overheidstaken is de eis van 75% naar het oordeel van de Commissie in dit geval niet meer proportioneel.

5.3.5. Het eerste klachtonderdeel is derhalve gegrond.

5.4. Klachtonderdeel 2

5.4.1. De Commissie is van oordeel dat ook bij de beoordeling van dit klachtonderdeel de in 5.3.1 genoemde regels moeten worden toegepast.

5.4.2. Beklaagde heeft onderscheid gemaakt tussen enerzijds uitzendkrachten in perceel 1 en gedetacheerden in perceel 2. Juridisch is dat verschil duidelijk, aangezien in het eerste geval sprake is van een uitzendovereenkomst tussen de opdrachtnemer en de arbeidskracht, terwijl een gedetacheerde een gewone arbeidsovereenkomst heeft of ZZP'er is. Uitzendkrachten zijn doorgaans werkzaam in lagere functies, terwijl gedetacheerden meestal hogere functies bekleden. De

salarisschaal die beklagde hanteert is daarbij wel indicatief, maar zeker niet doorslaggevend.

5.4.3. De Commissie is van oordeel dat beklagde er beter aan had gedaan niet de concrete salarisschalen te noemen, aangezien het juridische onderscheid tussen uitzendkrachten en gedetacheerden op zich reeds duidelijk genoeg is om te kunnen vragen naar ervaring met het bemiddelen van de beide soorten arbeidskrachten. Wanneer het voorkomt dat een arbeidskracht in schaal 8 gedetacheerd is, en een andere arbeidskracht in schaal 10 op uitzendbasis is bemiddeld, zal als gevolg van het noemen van de eis van de salarisschalen geen van beide personen gebruikt kunnen worden bij een referentie. Ook al zal dit niet vaak gebeuren, is de Commissie toch van oordeel dat beklagde met het stellen van de eis van de salarisschalen in strijd heeft gehandeld met haar in 5.3.1 genoemde verplichting. Anders dan klager stelt, is er dus geen sprake van schending van het gelijkheidsbeginsel, maar van schending van het proportionaliteitsbeginsel.

5.4.4. Het tweede klachtonderdeel is derhalve gegrond.

5.5. Klachtonderdeel 3

5.5.1. Alvorens tot behandeling van dit klachtonderdeel over te gaan, overweegt de Commissie het volgende. Klager heeft zich in het onderdeel zijdelings op het standpunt gesteld dat de samenvoeging van meerdere opdrachten niet door beklagde is gemotiveerd. Deze stelling is naar het oordeel van de Commissie onjuist. Beklagde heeft in paragraaf 1.6.1 van het Beschrijvend Document (zie 1.3 hiervoor) immers gemotiveerd hoe zij is gekomen tot de door haar gekozen onderverdeling in drie percelen. De Commissie gaat dan ook voorbij aan de stelling van klager.

5.5.2. Dat brengt de Commissie tot de kern van het klachtonderdeel, waarmee klager betoogt dat de (geschiktheids)eis betreffende ervaring met 75% van de per perceel genoemde vakgebieden niet transparant is. Bij de behandeling van dit onderdeel moet worden vooropgesteld dat op beklagde de aanbestedingsrechtelijke verplichting rust om de eisen in de aanbestedingsstukken en de nota's van inlichtingen zodanig te formuleren dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers in staat zijn deze op dezelfde wijze te interpreteren. De Commissie zal hierna onderzoeken of beklagde aan deze verplichting heeft voldaan.

5.5.3. Uit de antwoorden op de vragen 137 en 325 in de eerste Nota van Inlichtingen (zie 1.6.2 en 1.6.5 hiervoor) blijkt dat beklagde per perceel twee kerncompetenties onderscheidt, aangeduid met 1 en 2.

5.5.4. Ten aanzien van kerncompetentie 2, het kunnen waarborgen van de continuïteit, overweegt de Commissie dat deze eerder ziet op de financiële en economische draagkracht, dan op de technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid. Dat geldt te meer daar gevraagd wordt om één referentieopdracht met een jaarlijkse omzet van minimaal € 400.000. In ieder geval blijkt uit de bewoordingen van paragraaf 3.4.2 (zie 1.4 hiervoor) dat beklagde verwacht dat met één referentieopdracht deze tweede kerncompetentie wordt aangetoond.

5.5.5. Mede gelet op Voorschrift 3.5G Gids Proportionaliteit, dat bepaalt dat per kerncompetentie maximaal één referentie gevraagd kan worden, kan hierdoor bij een redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver de indruk ontstaan dat hij – om te bewijzen dat hij ook over kerncompetentie 1 beschikt – één referentieopdracht betreffende het aan één (gemeentelijke) opdrachtgever ter beschikking stellen van minimaal 9 (in perceel 1) respectievelijk minimaal 12 (in perceel

2) arbeidskrachten moet indienen. Die indruk wordt versterkt door het formulier van Bijlage E (zie 1.5 hiervoor) waar de inschrijver de indruk kan krijgen dat hij achter "competentie" kan volstaan met het invullen van "1" of "2".

- 5.5.6. Aan de andere kant acht de Commissie het evenzeer goed denkbaar dat een redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver, zeker gelet op het antwoord op vraag 97 (zie 1.6.1 hiervoor), heeft gedacht dat hij met referenties van diverse opdrachtgevers kan aantonen arbeidskrachten in de diverse genoemde vakgebieden te kunnen bemiddelen.
- 5.5.7. Nu vaststaat dat de aanbestedingsstukken en de nota van inlichtingen objectief bezien voor meerderlei uitleg vatbaar zijn, is de Commissie van oordeel dat beklagde niet heeft voldaan aan haar in 5.5.1 bedoelde verplichting.
- 5.5.8. Het derde klachtonderdeel is derhalve gegrond.
- 5.5.9. De Commissie overweegt ten overvloede dat de consequentie van het in 5.5.7 gegeven oordeel is dat zij niet meer kan toekomen aan de verdere behandeling van het klachtonderdeel voor zover daarin is betoogd dat de betreffende eis disproportioneel is.

6. Advies

De Commissie acht alle onderdelen van de klacht **gegrond**.

7. Aanbeveling

De Commissie ziet geen kans tot het doen van een aanbeveling.

Den Haag, 25 september 2015

w.g.:

Mr. J.G.J. Janssen
Voorzitter

Prof.mr. C.E.C. Jansen
Vicevoorzitter

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid