

Advies 232

1. Feiten

1.1. Beklaagde heeft een meervoudig onderhandse aanbesteding gehouden voor een opdracht voor het leveren van zogenoemde brokerdiensten. Doel van de procedure is het contracteren van één opdrachtnemer welke in staat is een full service broker functie te vervullen, zodat deze in de inhuurbehoefte van beklagde kan voorzien, conform de in de Offerteaanvraag "Procedure voor B-diensten Brokerdiensten i.h.k.v. inhuur derden 2015" (hierna: Offerteaanvraag) vastgelegde eisen.

1.2. Er zijn vijf ondernemingen, waaronder klager, uitgenodigd om een inschrijving te doen.

1.3. In de Offerteaanvraag is in paragraaf 1.2 ("Doel van de aanbesteding") onder andere het volgende bepaald:

'Bij deze doelstelling staat het realiseren van een goede samenwerking, gekoppeld aan een kwalitatief hoogwaardige inzet centraal. Onderstaande subdoelstellingen zijn voor deze aanbesteding geformuleerd:

- a) Eén single point of contact voor de het aanvragen en leveren van de diensten.
- b) De inzet van tijdelijk personeel dat over de competenties beschikt, zoals door [beklaagde] beschreven in een functieprofiel
- c) Marktconforme uurtarieven en prijzen
- d) Effectief inhuurproces met zo min mogelijk overhead
- e) Flexibel/snel op- en afschakelen van benodigde capaciteit
- f) Continuïteit van het personeel dat wordt ingezet'

1.4. In Hoofdstuk 5 van de Offerteaanvraag ("De Beoordeling van de Offerteaanvraag") is onder andere het volgende bepaald:

'Zoals aangegeven in 1.5 voert het inkoopteam de beoordeling uit en, zoals aangegeven in 2.1, wordt beoordeeld - en vervolgens gegund - op basis van Economisch Meest Voordelige Inschrijving. Allereerst worden de schriftelijke offertes beoordeeld waarna de twee hoogst scorende partijen worden uitgenodigd om een presentatie te geven. De score is vanaf dat moment weer 0 en wordt de keuze uiteindelijk gemaakt aan de hand van de beoordeling van de presentaties.

Eerste beoordeling

Gunningscriterium	Wegingsfactor	Punten
Prijs	40%	40
Fee voor searchopdrachten		30
Fee voor contracting		10
Kwaliteit	60%	60
Het netwerk van de broker en de beschikbaarheid van kandidaten per functiegroep		30
Klachtenafhandeling		10
Borging kwaliteit en matching kandidaten		20
	100%	

Tweede beoordeling van de twee hoogst scorende partijen van de eerste beoordeling

Gunningscriterium	Wegingsfactor	Punten
Presentatie	100%	
Toelichting werkproces van aanvragen t/m/facturering		30
Hoe kijkt Inschrijver aan tegen de communicatie over de dienstverlening binnen het bedrijf van Inschrijver en richting Opdrachtgever		20
Welke toegevoegde waarde biedt Inschrijver voor Opdrachtgever		20
Mate waarin vragen van de beoordelingscommissie volledig, eenduidig en juist worden beantwoord		10
Mate waarin Inschrijver zich heeft ingelezen in de situatie bij [Beklaagde]		20

- 1.5. In paragraaf 5.1 van de Offerteaanvraag ("Gunningscriterium Prijs") is onder meer het volgende bepaald:

'Het onderdeel prijzen wordt als volgt beoordeeld:

SCORE = (1 - (PRIJS aanbieder - laagste PRIJS)/laagste PRIJS) * max punten

De opslagtarieven kennen een **minimum- en een maximumtarief**:

Fee voor searchopdrachten	Tussen € 1,- en € 5,- ex btw.	3
Fee voor contracting	Tussen € 1,- en € 2,50 ex btw.	1

Inschrijvingen waarbij de tarieven buiten de bandbreedte zijn geoffreerd, worden niet verder in behandeling genomen.'

- 1.6. In Hoofdstuk 6 van de Offerteaanvraag ("Programma van Eisen") is in eis 14 het volgende bepaald:

'Searchopdrachten

In het inhuurtarief dient de bemiddelingsfee van de Broker te zijn verdisconterd.'

- 1.7. In Hoofdstuk 6 is in eis 15 het volgende bepaald:

'Contracting:

Door Inschrijving accepteert Inschrijver voor contracting een vaste fee te hantieren, welke boven het inhuurtarief van de betreffende medewerker wordt doorberekend aan Opdrachtgever. Het uurtarief van de inhuurmedewerker komt tot stand in overleg tussen [Beklaagde] en de betreffende kandidaat. De Broker is hierin geen partij en mag geen fee in houden op dit overeengekomen uurtarief. De vergoeding voor de dienstverlening wordt derhalve door [beklaagde] betaald. Indien Broker aanvullende diensten (bijvoorbeeld toegang tot database opdrachten, snellere betaaltermijn, verzekering o.i.d.) wil aanbieden aan de betreffende inhuurmedewerker staat hen dat vrij om daarover nadere (financiële) afspraken te maken. Uitgangspunt is dat Broker geen extra kosten in rekening brengt bij de betreffende inhuurmedewerker voor zijn dienstverlening voor contracting.'

- 1.8. In de 1^e Nota van Inlichtingen van 12 februari 2015 is – voor zover relevant – de volgende vraag met bij behorend antwoord opgenomen:

Vraag 7: De vergoeding voor de dienstverlening wordt derhalve door [beklaagde] betaald. Indien Broker aanvullende diensten (bijvoorbeeld toegang tot database opdrachten, snellere betaaltermijn, verzekering o.i.d.) wil aanbieden aan de betreffende inhuurmedewerker staat hen dat vrij om daarover nadere (financiële) afspraken te maken. Uitgangspunt is dat Broker geen extra kosten in rekening brengt bij de betreffende inhuurmedewerker voor zijn dienstverlening voor contracting. Gegadigde wil graag samen met [beklaagde] goed opdrachtgeverschap realiseren. Onder goed opdrachtgeverschap verstaan wij ook eerlijke vergoedingen en een gelijk speelveld voor alle partijen. Via het Gunningcriterium prijs is vastgesteld dat de vergoeding als opslag aan opdrachtnemer betaald wordt door [Beklaagde]. In de uitvraag van het gunningscriterium prijs schuilt één groot risico. Graag schetsen wij dit risico vanuit eigen recente ervaring. Een marktpartij kan inschrijven voor bijvoorbeeld 1 euro, waarmee zij hoogste score op gunningscriterium prijs behaalt. De marktpartij vraagt vervolgens aan de inhuurmedewerker of leverancier van inhuurmedewerker een vergoeding van € 1,50 voor toegang tot de database om toegang tot opdrachten te krijgen. Zijn totale marge bedraagt nu € 2,50. De marktpartij die op gunningscriterium prijs € 2 invult en geen vergoeding vraagt aan de inhuurmedewerker of leverancier van inhuurmedewerker, behaalt in dit geval een lagere score op het gunningscriterium prijs en verliest. Dit terwijl de winnende marktpartij aan de achterkant € 1,50 extra marge behaalt. In de praktijk verdisconteren leveranciers deze extra kosten weer in hun uurtarief wat een verstoring heeft op de marktconformiteit van uurtarieven. Wij achten dit een niet wenselijke situatie voor [beklaagde] en vinden het onjuist om twee keer te verdienen aan één inzet bij [beklaagde]. Dit staat ook haaks op uw eigen geformuleerde doelstelling om marktconforme tarieven te realiseren.

Om bovenstaande problematiek te voorkomen, gaat u akkoord met het volgende voorstel?

1. Het is opdrachtnemer wel toegestaan om inhuurmedewerker en- of leverancier van inhuurmedewerker aanvullende dienstverlening te bieden op het gebied van verkorten van de betaaltermijn korter dan 30 dagen, opleidingen en verzekeringen.
2. Het is opdrachtnemer niet toegestaan om een vaste of procentuele vergoeding te vragen op het uurtarief van de inhuurmedewerker.
3. Het is opdrachtnemer niet toegestaan om inhuurmedewerker en- of leverancier van inhuurmedewerker via betaalde abonnementsvormen toegang te geven tot digitale database opdrachten, wat leidt tot een afdracht vergoeding per gewerkt uur door de leverancier aan opdrachtnemer. (zonder abonnement kan er niet gereageerd worden = extra marge).
4. Indien inschrijver tijdens de looptijd van de Raamovereenkomst toch een vaste of procentuele vergoeding of enige vorm van betaalde abonnementsvormen verplicht stelt aan de inhuurmedewerker en- of leverancier van inhuurmedewerker dan staat hier per overtreding een direct opeisbare boete tegenover van € 10.000,-.
5. Aan de offerte aanvraag wordt een wachtkamerclausule toegevoegd waardoor [beklaagde] ten allen tijde het recht voorbehoudt om de Raamovereenkomst met de Opdrachtnemer die de Economisch Meest Voordelige Inschrijving doet per direct, buiten rechte en met behoud van alle rechten te ontbinden, indien na definitieve gunning blijkt dat opdrachtnemer wel andersoortige kosten (extra marge) in rekening brengt.

Antwoord: Het netwerk van [beklaagde] is van zeer groot belang. Het is zeker niet de bedoeling door ongewenste constructies dat het netwerk aan kandidaten

wordt verrast in negatieve zin. Derhalve gaat [beklaagde] akkoord met dit voorstel.'

- 1.9. In de 2^e Nota van Inlichtingen van onbekende datum is – voor zover relevant – de volgende vraag met bijbehorend antwoord opgenomen:

Vraag 2: Wij kunnen ons niet aan de indruk onttrekken dat de vraagsteller bij de recente ervaring de aanbesteding heeft verloren en betreuren het ten zeerste dat de NvI wordt gebruikt haar eigen kansen te vergroten in plaats van in het belang van [beklaagde] te handelen. Door de aanvullende diensten te beperken tot de opsomming in punt 1 benadeelt u de leverancier en zelfstandig professional. Het bijvoorbeeld extra goedkoop aanbieden van leaseauto's en het verzorgen van de administratie tegen gunstige tariefstelling is dan niet meer mogelijk, evenals bijvoorbeeld het leveren van een persoonlijke coach (de specialist en [beklaagde] hebben belang bij deze ondersteuning daar het de kwaliteit van de specialist verhoogd bij de uitvoering van de opdracht en hij of zij een extra stap maakt bij de van de carrière van de specialist; dit staat deels los van de opdracht) en ondersteuning bij het behoud van de zelfstandigheid (besparing in kosten en het omlaag brengen van het risico voor [beklaagde] c.q. behoud van continuïteit van de inzet voor [beklaagde]). Wellicht biedt de vraagsteller deze mogelijkheden niet en heeft hij deze visie niet. Ook is de wijze van afrekening (punt 2) in onze ogen iets waar [beklaagde] zich niet over uit hoeft te spreken.

Punt 3 is erg vreemd want op deze wijze zou je ook iets kunnen vinden van licentiekosten van MS Office.

Punt 4 staat geheel los van de opdracht en is zo algemeen dat als de intermediair een tijdschrift uit geeft zij dit niet zou mogen van [beklaagde].

Punt 5 begrijpen wij niet, wat verstaat [beklaagde] onder een wachtkamerclausule en kunt u specificeren op welke wijze u deze opneemt in de mantelovereenkomst.

Wij stellen voor de extra dienstverlening toe te staan indien de leverancier en zelfstandig professional de vrije keuze heeft de dienstverlening af te nemen en deze los staat van de individuele opdracht. Indien de specialist niet voor de extra dienstverlening kiest (maar het zelf regelt), blijft de mogelijkheid bestaan ingezet te worden bij [beklaagde] (en dus zaken te doen met de intermediair.).

Bij overtreding is de boete onder punt 4 een goede overweging en wellicht is de wachtkamerclausule een extra mogelijkheid (als wij deze begrijpen. Maar dat is aan [beklaagde].

Kan [beklaagde] instemmen met bovenstaand voorstel ?

Uitstel datum inlevering: Daar bovenstaande antwoorden essentieel zijn voor de uitwerking van de wensen en er wellicht nog een reactie komt op NvI 2, is het verzoek de inlevertermijn met 1 week uit te stellen naar 27-02-2015. Is [beklaagde] hiermee akkoord.

Antwoord: Niet akkoord. Tot dusver heeft [beklaagde] zelf haar inhuurkrachten uit eigen netwerk gecontracteerd zonder aanvullende kosten en/of dienstverlening door derden. Vooral nog is er geen behoefte aan aanvullende diensten. Uit oogpunt van transparantie wenst [beklaagde] zuivere verrekeningen tussen kandidaat en broker en tussen broker en opdrachtgever vast te leggen zonder extra afrekeningen. De dienstverlening van de broker in de basisvorm zal in de loop van het eerste contractjaar worden geëvalueerd. Mocht deze evaluatie aanleiding geven om de dienstverlening te verruimen dan zal dat in de overwegingen worden meegenomen. Het antwoord op vraag 7 van Nota van Inlichtingen 1 blijft derhalve van kracht. Gelet op bovenstaande ziet [beklaagde] zich niet genoodzaakt de procedure uit te stellen waardoor de oorspronkelijke indieningsdatum van kracht blijft. Indien [beklaagde] merkt dat de kandidaat bedoeld of onbedoeld wordt geconfronteerd met extra kosten anders dan contractueel overeen-

gekomen voortvloeiend uit deze aanbesteding, dan kan [beklaagde] besluiten de overeenkomst met de broker voortijdig te beëindigen. Tot een periode van 6 maanden na gunning, kan de opdracht voorts worden gegund aan de broker die op 1 na de economisch meest voordelige inschrijving heeft ingediend.'

- 1.10. In de 3^e Nota van Inlichtingen van onbekende datum is door beklagde de volgende mededeling gedaan aan de inschrijvers:

'[Beklaagde] wil de antwoorden met betrekking tot NvI 1 vraag 7 en NvI vraag 2 graag verduidelijken. Voor de werving en selectie van kandidaten door de broker geldt dat wanneer er reeds bestaande afspraken met kandidaten zijn binnen het netwerk van de broker, deze afspraken worden gerespecteerd door [beklaagde] en niet zal leiden tot uitsluiting van verdere deelname aan de procedure. Voor contracting blijven de beide Nota's van Inlichtingen van kracht. Benadrukt wordt dat het wel toegestaan is om inhuurmedewerker en- of leverancier van inhuurmedewerker aanvullende dienstverlening te bieden op het gebied van verkorten van de betaaltermijn korter dan 30 dagen, opleidingen en (collectieve) verzekeringen.'

- 1.11. Klager heeft naar aanleiding van dit antwoord aan beklagde op 20 februari 2015 een brief gestuurd waarin onder meer het volgende wordt gesteld:

'Woensdag 18 februari 2015 heeft [beklaagde] NvI III gepubliceerd. Hierin geeft [beklaagde] aan dat de bestaande afspraken tussen leveranciers/ZZP-ers en de broker gerespecteerd mogen worden. [Klager] is bekend met marktmodellen (waaronder die van [X] en tevens gegadigde in deze procedure) waarbij ZZP'ers aanvullend dienen te betalen aan de broker (...). Op die manier is het voor een partij als [X] mogelijk om met een laag tarief op de aanbesteding in te schrijven en dat lage tarief te compenseren door aanvullende vergoedingen van de ZZP'ers te vragen. Deze vergoedingen hebben geen, of slechts marginaal, betrekking op het inkorten van de betaaltermijn, opleidingen of verzekeringen maar is voornamelijk gericht op het behalen van extra marge via de leverancier en- of ZZP-er.

Dergelijke aanvullende vergoedingen zijn, volgens de NvI I en II, niet toegestaan. In strijd met haar eigen geformuleerde uitgangspunten geeft [beklaagde] in NvI III toestemming aan gegadigden om extra vergoedingen te (blijven) vragen aan leveranciers/ZZP-ers. Dit kan immers deel uitmaken van de huidige afspraken tussen een gegadigde en leveranciers en/of ZZP-ers die reeds hebben ingestemd met de voorwaarden inzake een aanvullende vergoeding aan de broker.'

- 1.12. Op 25 februari 2015 heeft beklagde Nota van Inlichtingen IV gepubliceerd, waarin de volgende mededeling wordt gedaan:

'Naar aanleiding van nota van inlichtingen III is opgemerkt dat het verdienmodel van de broker voor meerdere uitleg vatbaar is geworden. De reden dat [beklaagde] heeft aangegeven dat bestaande afspraken met kandidaten worden gerespecteerd, is dat [beklaagde] gebruik wenst te maken van kandidaten in het netwerk van de brokers. Aangezien meerdere brokers reeds afspraken hebben gemaakt over extra diensten, zouden deze brokers mogelijk niet kunnen inschrijven. Om het netwerk van [beklaagde] te beschermen is voorts bepaald dat alleen (bij inschrijving aantoonbare) bestaande afspraken met kandidaten over extra diensten worden gerespecteerd. Voor contracting opdrachten voor 'nieuwe' kandidaten uit eigen netwerk van [beklaagde] gelden de afspraken zoals gesteld in nota van inlichtingen I (antwoord op 7) en nota van inlichtingen II (antwoord op vraag 2).'

- 1.13. Op 3 maart 2015 heeft beklagde per brief onder meer het volgende geantwoord op de brief van klager van 20 februari 2015 (zie 1.11 hiervoor):

'Uit benchmarkgegevens en reacties uit de markt blijkt dat veel brokers een marktmodel hanteren waarbij nadere afspraken tussen kandidaat en broker mogelijk zijn. Deze afspraken kunnen betrekking hebben op collectieve verzekeringen, betaaltermijnen, opleidingen maar ook leaseauto's en abonnementsvormen voor toegang tot systemen. De kans dat op grond van de NvI I en NvI II meerdere brokers niet meer deel zullen nemen aan de aanbesteding acht [beklaagde] zeer groot. Immers kunnen brokers geen kandidaten uit eigen netwerk aanbieden waarmee afspraken van financiële aard zijn gemaakt. Derhalve heeft [beklaagde] weloverwogen besloten om bestaande afspraken voor W&S tussen broker en kandidaat te respecteren. [Beklaagde] wenst geen positie in te nemen hoe marktpartijen hun verdienmodel vormgeven. Het is de verantwoordelijkheid van de kandidaten zelf in het netwerk van de broker of zij wel of niet bereid zijn te betalen voor extra diensten van de broker. Dit leidt er toe dat we onze beslissing in NvI III om aanvullende (indirecte) vergoedingen toe te staan niet herzien.

Het derde onderdeel van uw klacht dat partijen nu in de gelegenheid worden gesteld een strategische inschrijving te doen, wordt door ons niet gedeeld. De gunning geschiedt op basis van het gunningscriterium EMVI waarbij Kwaliteit voor 60% meetelt in de eerste beoordeling. De twee partijen die op basis van de eerste selectie worden uitgenodigd voor de presentatie, worden uitsluitend op kwaliteit geselecteerd. Tevens heeft [beklaagde] de Prijs, die voor 40% meetelt in de eerste selectie, ingekaderd middels een bandbreedte waarbinnen de tarieven moeten worden aangeboden waardoor strategische inschrijven niet mogelijk is. De bandbreedte is gebaseerd op benchmarkgegevens uit recente aanbestedingen. Hogere en lagere vergoedingen dan aangegeven binnen de bandbreedte worden niet geaccepteerd.'

- 1.14. Van de vijf ondernemingen die zijn uitgenodigd om in te schrijven hebben drie ondernemingen, waaronder klager, een inschrijving ingediend. De inschrijving van klager heeft voor het gunningscriterium Prijs 0 punten gekregen, de andere twee inschrijvingen kregen hiervoor 25,54 respectievelijk 40 punten.

2. Beschrijving klacht

2.1. Klachtonderdeel 1

Beklaagde heeft ten onrechte het "dubbele verdienmodel" toegestaan bij de aanbesteding. Daardoor heeft beklagde ten onrechte nagelaten een 'level playing field' tot stand te brengen tussen de inschrijvers.

2.2. Klachtonderdeel 2

Een medewerker van beklagde is werknemer geweest bij een van de andere inschrijvers. Die inschrijver hanteert het dubbele verdienmodel. Klager heeft er daarom geen vertrouwen in dat beklagde het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel in voldoende mate in acht zal nemen.

2.3. Klachtonderdeel 3

Klager is niet uitgenodigd voor het geven van een presentatie, terwijl zij wel een hoge score voor kwaliteit heeft gekregen. Dit is in strijd met de door beklagde

beschreven procedure omdat er alleen op kwaliteit geselecteerd zou worden bij het vaststellen van de uitnodigingen voor de presentatie.

3. Onderbouwing klacht

3.1. Klachtonderdeel 1

De onderbouwing van dit klachtonderdeel is te vinden in de bij de feiten weergegeven door klager gestelde vragen (zie 1.8 en 1.9) en de brief van klager aan beklaagde van 20 februari 2015 (zie 1.11).

3.2. Klachtonderdeel 2

Uit het LinkedIn profiel van de inkoopadviseur van beklaagde blijkt dat deze in het verleden gewerkt heeft bij een van de andere inschrijvers.

3.3. Klachtonderdeel 3

In haar brief van 3 maart 2015 (zie 1.13) schrijft beklaagde: 'De twee partijen die op basis van de eerste selectie worden uitgenodigd voor de presentatie, worden uitsluitend op kwaliteit geselecteerd.' Klager heeft samen met een andere inschrijver de hoogste score op kwaliteit behaald, maar is toch niet gevraagd om een presentatie te geven.

4. Reactie beklaagde

4.1. Klachtonderdeel 1

4.1.1. Eis 15 van het Programma van Eisen en vraag 7 uit Nota van Inlichtingen I gaan over contracting, dus over het doorlenen van externen uit het netwerk van beklaagde. Alleen voor dergelijke doorleenopdrachten is het "dubbele verdienmodel" niet toegestaan. Dit is verduidelijkt in Nota van Inlichtingen III.

4.1.2. Voor searching geldt dat de kandidaten uit het netwerk van de broker komen en dat beklaagde uiteraard niet wil treden in afspraken die de broker met die kandidaten heeft gemaakt.

4.1.3. Bij haar afweging heeft beklaagde meegewogen dat van twee andere inschrijvers dan klager bekend was dat zij een "dubbel verdienmodel" hanteren. Daarnaast heeft beklaagde ter onderbouwing van haar standpunt een marktverkenning via internet gedaan en onderzoek gedaan binnen haar eigen netwerk.

4.1.4. Uit eis 14 van het Programma van Eisen blijkt dat de "dubbele vergoeding" in geval van searching is toegestaan. Er is dus geen sprake van een wijziging van het Programma van Eisen in de Nota van inlichtingen III. Het verbieden van dubbele vergoeding voor searching zou een majeure wijziging van de specificaties van de opdracht zijn geweest.

4.2. Klachtonderdeel 2

De betreffende inkoper is één van de zes beoordelaars bij de beoordeling op kwaliteit geweest. Hij heeft geen beslissing genomen over het al dan niet hanteren van een dubbel verdienmodel en is niet betrokken geweest bij de keuzes die gemaakt zijn in de Nota's van Inlichtingen. Klager heeft geen objectieve gegevens verstrekt op grond waarvan de partijdigheid van deze inkoper kan worden betwij-

feld, anders dan dat deze in een ver verleden in dienst geweest is bij een van de inschrijvers, die overigens niet de winnende inschrijver is geworden.

4.3. Klachtonderdeel 3

De eerste beoordeling is uitgevoerd op basis van prijs en kwaliteit, zoals aangegeven in Hoofdstuk 5 van de Offerteaanvraag. Daarna zijn de twee hoogst scoorende partijen uitgenodigd voor de presentatie en is de opdracht gegund aan de inschrijver die het hoogste puntenaantal voor de presentatie heeft behaald.

5. Beoordeling

5.1. De Commissie stelt voorop dat beklagde een meervoudig onderhandse aanbesteding voor 2B-diensten heeft gehouden. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 (afdeling 1.2.4) en Deel 2, paragraaf 2.2.2.4, Aw 2012.

5.2. Klachtonderdeel 1

5.2.1. Artikel 1.15 lid 1 Aw 2012 bepaalt dat een aanbestedende dienst de inschrijvers op gelijke en niet-discriminerende wijze moet behandelen. Artikel 1.16 Aw 2012 bepaalt dat een aanbestedende dienst uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijvers en de inschrijvingen mag stellen die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht. De Commissie zal bij de behandeling van dit klachtonderdeel toetsen of beklagde aan deze twee verplichtingen heeft voldaan.

5.2.2. De Commissie overweegt dat de stellingen van klager over ongelijke kansen tussen enerzijds ondernemingen die het "dubbele verdienmodel" hanteren en anderzijds ondernemingen die dat model niet hanteren, steekhoudend lijken te zijn. Ook de omstandigheid dat klager 0 punten voor prijs heeft gekregen – wat met de door beklagde in 1.5 hiervoor weergegeven formule betekent dat klager meer dan twee keer zo duur is als de laagste inschrijver – is een aanwijzing dat er bij deze aanbesteding sprake lijkt te zijn geweest van ongelijke kansen. De vraag is echter of die ongelijkheid door beklagde is gecreëerd, dan wel kon worden opgeheven.

5.2.3. Bij de beantwoording van die vraag stelt de Commissie voorop dat beklagde alleen voor contracting vanaf het begin van de procedure het dubbele verdienmodel heeft verboden. Voor searching heeft beklagde consequent dit model wel toegestaan. De vraag is of het toestaan van het dubbele verdienmodel bij searching in strijd is met het proportionaliteitsbeginsel. De Commissie is van oordeel dat dit niet het geval is. Beklaagde heeft de inschrijvers gevraagd om het zoeken van geschikte kandidaten aan te bieden en is bereid daarvoor te betalen in de vorm van een opslag op het tarief van de kandidaat. Aangezien er hierbij geen eisen worden gesteld aan de financiële afspraken tussen de inschrijver en de kandidaat, kan niet gesteld worden dat beklagde disproportionele eisen heeft gesteld.

5.2.4. Het voorgaande betekent het volgende voor de beantwoording van de in 5.2.2 in fine gestelde vraag. Bij de door beklagde gehanteerde manier van uitvragen van searching kunnen inschrijvers die een dubbel verdienmodel hanteren veel lagere opslagtarieven bieden dan inschrijvers die dat model niet hanteren. Tussen die twee soorten ondernemingen is er dus sprake van ongelijkheid. Maar die ongelijkheid vloeit voort uit een vrije keuze die deze ondernemingen hebben gemaakt. Wanneer onder alle omstandigheden een dubbel verdienmodel gunstiger is dan

andere verdienmodellen, zullen alle ondernemingen kiezen voor het dubbele verdienmodel. Kennelijk zijn er ook omstandigheden, waarbij andere verdienmodellen gunstiger zijn dan het dubbele verdienmodel. Daarbij dient bedacht te worden dat er niet alleen aanbestedingen worden gehouden die binnen het toepassingsbereik van de Aw 2012 vallen, maar ook private aanbestedingen van ondernemingen die personeel inhuren via bureaus zoals dat van klager.

5.2.5. Het is dus niet beklagde die de ongelijkheid tussen de inschrijvers heeft veroorzaakt. Beklaagde had die ongelijkheid ook overigens niet kunnen opheffen door het dubbele verdienmodel bij searching te verbieden. Bij een dergelijk verbod zouden immers de inschrijvers die dat model wel hanteren, benadeeld worden.

5.2.6. Het eerste klachtonderdeel is derhalve ongegrond.

5.3. Klachtonderdeel 2

5.3.1. Artikel 1.15 lid 1 Aw 2012 bepaalt dat een aanbestedende dienst ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze moet behandelen. Bij de beantwoording van de vraag wat die verplichting met het oog op de behandeling van het onderhavige klachtonderdeel inhoudt, zal de Commissie zich laten leiden door het arrest HvJ EU 12 maart 2015, zaak C-538/13 (r.o. 31-47). In die zaak ging het weliswaar om een aanbestedingsprocedure onder de werkingssfeer van Richtlijn 2004/18/EG, maar de Commissie ziet geen reden waarom de in dat arrest gegeven regels niet evenzeer gelding zouden hebben in een geval als het onderhavige, waarin een aanbestedende dienst zich in het kader van een meervoudig onderhandse procedure aan de hiervoor genoemde verplichting heeft gebonden.

5.3.2. De verplichting van art. 1.15 lid 1 Aw 2012 brengt onder andere mee dat een aanbestedende dienst zich niet mag laten leiden door een belangenconflict. Van een belangenconflict zal sprake zijn wanneer een van de inschrijvers nauwe banden heeft met de door de aanbestedende dienst aangewezen deskundigen die de inschrijvingen hebben beoordeeld en die deskundige zich in het kader van die beoordeling partijdig opstelt. Indien de afgewezen inschrijver objectieve gegevens verstrekt op grond waarvan de onpartijdigheid van de deskundige van de aanbestedende dienst kan worden betwijfeld, moet de aanbestedende dienst alle relevante omstandigheden onderzoeken die hebben geleid tot de vaststelling van de gunningsbeslissing, teneinde de belangenconflicten te voorkomen, te onderkennen en te beëindigen, in voorkomend geval onder andere door de partijen te verzoeken om bepaalde informatie en bewijsmateriaal te verstrekken.

5.3.3. De Commissie is van oordeel dat de enkele stelling van klager dat de inkoopadviseur van beklagde in het verleden bij een van de andere inschrijvers heeft gewerkt, onvoldoende kwalificeert als objectieve gegevens die beklagde aanleiding hadden moeten geven tot een diepgaand onderzoek zoals hiervoor bedoeld. De Commissie is dan ook van oordeel dat beklagde terecht geen acht heeft geslagen op die stelling.

5.3.4. Het tweede klachtonderdeel is derhalve ongegrond.

5.4. Klachtonderdeel 3

5.4.1. De Commissie overweegt dat beklagde in haar brief van 3 maart 2015 inderdaad bij klager de verwachting heeft gewekt dat bij een eerste beoordeling alleen naar de kwaliteit gekeken zou worden. Die brief wijkt op dit punt af van de Offerteaanvraag, waar in Hoofdstuk 5 (zie 1.4 hiervoor) duidelijk wordt gesteld dat de eerste beoordeling op basis van kwaliteit én prijs zal worden uitgevoerd.

- 5.4.2. Beklaagde heeft zich naar het oordeel van de Commissie echter terecht gehouden aan de bepalingen van de Offerteaanvraag en niet aan haar in strijd met die bepalingen gedane mededeling in haar brief van 3 maart 2015. Die brief was alleen aan klager gericht, zodat de andere inschrijvers ook geen kennis konden nemen van een eventuele in die brief tot stand gebrachte wijziging van de procedure. Dat beklagde in die brief een onjuiste mededeling heeft gedaan is weliswaar onzorgvuldig jegens klager, maar kan niet leiden tot het gegrond verklaren van de klacht omdat beklagde zich wel aan de aan alle inschrijvers bekend gemaakte procedureregels heeft gehouden.
- 5.4.3. Het derde klachtonderdeel is derhalve ongegrond.

6. Advies

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

7. Aanbeveling

De Commissie beveelt beklagde aan om voorafgaand aan de selectie van de inschrijvers bij een meervoudig onderhandse procedure een marktverkenning uit te voeren en daarbij in een geval als het onderhavige ook de door potentiële inschrijvers gehanteerde verdienmodellen te betrekken.

Den Haag, 5 oktober 2015

w.g.:

Mr. J.G.J. Janssen
Voorzitter

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

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid