

## **Advies 568 | Samenvatting**

De klacht ziet op een Europese openbare aanbestedingsprocedure voor een raamovereenkomst voor diensten voor terbeschikkingstelling van flexibele arbeidskrachten met één opdrachtnemer voor uitzenden (perceel 1) en met één opdrachtnemer voor payrolldienstverlening (perceel 2). De aanbesteder is zowel penvoerder als één van de deelnemende aanbestedende diensten in deze aanbestedingsprocedure.

### Klachtonderdeel 1

In het eerste klachtonderdeel wordt geklaagd dat de aanbesteder in strijd handelt met artikel 2.114 Aw 2012 door niet het gunningscriterium beste prijs-kwaliteitverhouding te hanteren en de keuze voor het gunningscriterium laagste prijs niet deugdelijk te motiveren.

De Commissie stelt vast dat tussen partijen niet ter discussie staat dat de aanbesteder is afgeweken van de hoofdregel van art. 2.114, lid 3, Aw 2012 de opdracht te gunnen op basis van het gunningscriterium beste prijs-kwaliteitverhouding en dat hij de toepassing van het criterium van de laagste prijs heeft gemotiveerd. Wat tussen partijen ter discussie staat, is of die motivering het toepassen van het criterium van de laagste prijs voldoende kan dragen.

Een aanbestedende dienst zal in afwijking van de hoofdregel van art. 2.114, lid 3, Aw 2012 voor toepassing van het criterium van de laagste prijs mogen kiezen wanneer de keuze voor toepassing van het criterium beste prijs-kwaliteitverhouding ondoelmatig is. Die keuze zal ondoelmatig mogen worden geacht wanneer het in de gegeven omstandigheden van het geval redelijkerwijs niet te verwachten valt dat daarmee een zodanige ruimte voor marktpartijen zal worden gecreëerd dat zij zich voldoende uitgedaagd zullen mogen voelen om innovatieve en duurzame oplossingen aan te bieden.

Naar het oordeel van de Commissie blijkt onvoldoende uit de motivering van de aanbesteder dat toepassing van het gunningscriterium van de beste prijs-kwaliteitverhouding ondoelmatig zou zijn.

Dat er onvoldoende onderscheidend vermogen tussen de aanbieders zou zijn in het licht van de gestelde eisen in de Programma's van Eisen heeft de aanbesteder niet aannemelijk gemaakt. De gestelde eisen lijken juist veel ruimte te geven voor de wijze waarop daaraan invulling kan worden gegeven. De ondernemer heeft ook diverse voorbeelden genoemd van kwaliteitsaspecten waarop de aanbieders zich zouden kunnen onderscheiden. In dat licht heeft de aanbesteder de argumenten van de ondernemer dat er voldoende onderscheidend vermogen is tussen de aanbieders onvoldoende weersproken.

Het argument dat de aanbesteder in het kader van het prijscriterium reeds rekening heeft gehouden met kwaliteitsaspecten overtuigt de Commissie niet. Over het algemeen zullen kwaliteitsaspecten tijd en geld kosten en daarmee leiden tot een hogere prijs.

De Commissie heeft onderzocht en vastgesteld dat in minder dan 5% van de aanbestedingen in Nederland met CPV-code 79620000 (diensten voor de terbeschikkingstelling van personeel, met inbegrip van tijdelijk personeel) die tussen 31 december 2018 en 1 januari 2020 op TED zijn gepubliceerd het gunningscriterium van de laagste prijs is gehanteerd. In veruit de meeste gevallen wordt voor dit soort dienstverlening dus gegund op basis van het gunningscriterium van de beste prijs-kwaliteitverhouding. Dat het niet goed mogelijk is om in dit soort aanbestedingen kwalitatieve gunningscriteria te hanteren, acht de Commissie dan ook niet aannemelijk.

Met het gunningscriterium van de beste prijs-kwaliteitverhouding zouden sociale duurzaamheidsaspecten (duurzame inzetbaarheid van het personeel) en innovatie een rol kunnen krijgen in de onderhavige aanbestedingsprocedure.

Naar het oordeel van de Commissie kan de door de aanbesteder gegeven motivering de toepassing van het gunningscriterium van de laagste prijs op grond van artikel 2.114, lid 4, Aw 2012 dan ook onvoldoende dragen en is klachtonderdeel 1 gegrond.

#### Klachtonderdeel 2

De klacht dat de aanbesteder met deze aanbestedingsprocedure niet zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen in de zin van artikel 1.4, lid 2, Aw 2012 realiseert, slaagt naar het oordeel van de Commissie eveneens. De ondernemer heeft de klacht naar het oordeel van de Commissie voldoende onderbouwd, terwijl de aanbesteder van zijn kant onvoldoende gemotiveerd heeft betwist dat hij niet aan zijn zorgplicht van artikel 1.4, lid 2, Aw 2012 heeft voldaan. Daarmee kan niet worden aangenomen dat de aanbesteder met deze aanbestedingsprocedure zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen realiseert in die zin dat de best mogelijke prijs-kwaliteitverhouding wordt gerealiseerd voor het beschikbare budget.

Daarmee is overigens niet gezegd dat een aanbestedende dienst in alle gevallen het gunningscriterium van de beste prijs-kwaliteitverhouding zou moeten hanteren. In bepaalde gevallen zal immers verwacht mogen worden dat een aanbestedingsprocedure met het gunningscriterium van de laagste prijs juist de meeste maatschappelijke waarde voor de publieke middelen oplevert.

## Advies 568

### 1. Feiten

- 1.1. Aanbesteder heeft voor diverse aanbestedende diensten op 2 december 2019 een Europese openbare aanbestedingsprocedure aangekondigd voor een raamovereenkomst voor diensten voor terbeschikkingstelling van flexibele arbeidskrachten met één opdrachtnemer voor uitzenden (perceel 1) en met één opdrachtnemer voor payrolldienstverlening (perceel 2). Aanbesteder is zowel penvoerder als één van de deelnemende aanbestedende diensten in deze aanbestedingsprocedure.
- 1.2. In de Offerteaanvraag van 2 december 2019 is, onder meer, het volgende bepaald:

#### '1 Inleiding

(...)

#### 1.1 Doel aanbesteding

Aanbestedende dienst wil tijdelijke functies binnen twee (2) werkdagen (met uitzondering bij spoed), invullen met uitzendkrachten volgens de resultaatopdrachten of functieprofielen van de Opdrachtgever waarvan plaatsing gebeurt volgens CAO ABU of NBBU. En wil zelf geworven kandidaten (voor tijdelijk werk) een overeenkomst geven via een payrollbedrijf. Dit gebeurt op basis van de economisch meest voordelige Inschrijving (EMVI). Aanbestedende dienst gunt beide percelen op basis van de Laagste Prijs.

#### 1.2 Omschrijving doel

Het doel van de Aanbesteding is het selecteren en contracteren van één Opdrachtnemer per perceel waarmee de verschillende Aanbestedende diensten een raamovereenkomst wensen af te sluiten.

De Aanbesteding is onderverdeeld in twee percelen:

Perceel 1 betreft uitzenden voor resultaatopdrachten en functies volgens de resultaatopdrachten en functieprofielen Opdrachtgever waarvan plaatsing geschiedt op basis van de CAO ABU of NBBU. Aanbestedende dienst is op zoek naar één hoofdaannemer die over dit perceel met iedere afzonderlijke deelnemer van Aanbestedende dienst een overeenkomst zal sluiten. Hierbij moet het mogelijk zijn om de krachten uit perceel 1 na een uitzendperiode van minimaal 520 gewerkte uren kosteloos over te nemen. Mocht de uitzendovereenkomst na 520 uur nog doorlopen, vragen wij hiervoor een apart (lees: lager) tarief uit op het prijzenblad.

Perceel 2 betreft payrolldiensten. Het op verzoek van Aanbestedende dienst op de payroll nemen van de door Aanbestedende dienst geselecteerde arbeidskrachten. Aanbestedende dienst is op zoek naar één hoofdaannemer die over dit perceel met iedere afzonderlijke deelnemer van Aanbestedende dienst een overeenkomst zal sluiten.

Het betreft een overeenkomst voor een periode van 2 jaar met optie op een eenzijdige optie tot verlenging door de Opdrachtgever van 5 keer 1 jaar. Ingaande 1 april 2020. Iedere deelnemer aan Aanbestedende dienst beslist individueel om al dan niet tot verlenging over te gaan.

Inschrijver kan een aanbieding doen voor:

Alleen Perceel 1: Ja

Alleen Perceel 2: Ja

Perceel 1 en 2: Ja

(...)

### **3 Onderwerp van de aanbesteding**

(...)

#### **3.2 Omvang van de overeenkomst**

De omvang van de opdracht wordt geschat op € 7 miljoen (perceel 1) en € 7 miljoen (perceel 2) per jaar. Aan deze schatting kunnen geen rechten worden ontleend. Er wordt geen afnamegarantie gegeven; evenmin is er een afnameverplichting. De feitelijke omvang zal afhankelijk zijn van de behoefte aan tijdelijk personeel van de organisatie. Een aantal deelnemers gebruikt een Digitaal Aanbesteding Systeem. Hierop worden specialistische opdrachten gepubliceerd. Opdrachtnemer van perceel 1 geldt als first supplier. Dat betekent dat elke opdracht voor een uitzendkracht voor gemeenten tot en met functieschaal 10, en voor Provincie en Waterschappen tot en met functieschaal 8, eerst bij de Opdrachtnemer van het perceel wordt neergelegd. Indien Opdrachtnemer niet binnen 2 werkdagen (m.u.v. bij spoed) de opdracht kan invullen c. q heeft ingevuld, of als Opdrachtnemer zelf heeft aangegeven dat hij bepaalde functiegroepen niet kan invullen, staat het de Aanbestedende dienst vrij om op andere wijze dit in te vullen. Iedere deelnemer van Aanbestedende dienst bepaalt per opdracht zelf of deze onder het begrip Uitzenden, Payroll of een andere vorm van inhuur valt.

De deelnemers aan deze aanbesteding gaven in 2018 meer dan € 16.000.000,- uit aan payroll en ruim € 2.500.000,- aan uitzenden. Door de invoering van de wet WAB is de verwachting dat er na 1 januari 2020 aanzienlijk minder payrollovereenkomsten worden afgesloten en meer of langere uitzendovereenkomsten worden aangegaan. De gemeente [X] maakt in de toekomst géén gebruik meer van payroll.

(...)

#### **5 Gunningscriteria en Beoordeling perceel 1 Uitzenden**

De beoordeling van perceel 1: Uitzenden. Het ter beschikking stellen van uitzendkrachten zal plaatsvinden op basis van de, vanuit het oogpunt van Aanbestedende dienst, Economisch Meest Voordelige Inschrijving (EMVI). Meer specifiek op basis van Laagste prijs.

Volgens Aanbestedende dienst is het onderscheidend vermogen bij de verwachte Inschrijvers voor de betreffende opdracht in combinatie met de gestelde minimumeisen onvoldoende aanwezig om in relevante mate tot uitdrukking te laten komen in een beste prijs-kwaliteitsverhouding.

#### **5.1 Prijs uitzenden**

Inschrijver hanteert voor het indienen van zijn prijzen het Prijzenblad in bijlage 6 en voegt de volledig ingevulde versie bij als bijlage 6.

Op onderstaande wijze wordt de Prijs uitzenden beoordeeld. Er worden vier Omrekenfactoren gevraagd. Te weten uitzenden Omrekenfactor inzake risicogroep 1 (tot en met 520 uur en na 520 uur) en uitzenden Omrekenfactor inzake risicogroep 2 (tot en met 520 uur en na 520 uur). Op iedere omrekenfactor wordt een weging toegepast:

<b>Wegingsfactoren</b>	<b>tariefgroep 1</b>	<b>tariefgroep 2</b>
boven 520 uur	0,25	0,4
onder 520 uur	0,1	0,25
	administratief	technisch

De uitkomst wordt bij elkaar opgeteld. Inschrijver met de beste (laagste) Omrekenfactor wint de opdracht.

### **5.2 Afronding beoordeling gunningscriteria**

Inschrijver met de laagste prijs (= laagste Omrekenfactor) heeft de economisch meest voordelige Inschrijving. Indien meerdere Inschrijvers de laagste prijs hebben, zal door middel van loting worden bepaald wie tot de (voorlopige) winnaar van de procedure wordt aangewezen.

(...)

## **6. Gunningscriteria Perceel 2 (payroll)**

Aanbestedende dienst gunt perceel 2 op basis van de, vanuit het oogpunt van Aanbestedende dienst, Economisch Meest Voordelige Inschrijving (EMVI). Meer specifiek op basis van Laagste prijs.

Volgens Aanbestedende dienst is het onderscheidend vermogen bij de verwachte Inschrijvers voor de betreffende opdracht in combinatie met de gestelde minimumeisen onvoldoende aanwezig om in relevante mate tot uitdrukking te laten komen in een beste prijs-kwaliteitsverhouding. Het criterium 'laagste prijs' bestaat uit meerdere Omrekenfactoren.

### **6.1 Indienen**

Inschrijver hanteert voor het indienen van zijn prijzen het Prijzenblad in bijlage 7 en voegt de volledig ingevulde versie bij als bijlage 7.

### **6.2 Beoordeling**

Op onderstaande wijze wordt de Prijs beoordeeld: Inschrijver met de beste (laagste) gemiddelde gewogen totaal Omrekenfactor heeft de Aanbieding met de "laagste prijs". De totstandkoming van de gemiddeld gewogen totaal Omrekenfactor komt als volgt tot stand:

Payroll cao gemeenten	omrekenfactor	weging%	Resultaten
<b>Vaste uren</b>			
omrekenfactor inclusief ziekterisico		55%	
omrekenfactor exclusief ziekterisico		25%	
<b>Overig</b>			
Overuren - toeslaguren		10%	
vakantiekrachten		10%	
<b>totaal gemiddeld gewogen omrekenfactor</b>		<b>100%</b>	

Payroll cao Provincie	omrekenfactor	weging%	Resultaten
<b>Vaste uren</b>			
omrekenfactor inclusief ziekterisico		55%	
omrekenfactor exclusief ziekterisico		25%	
<b>Overig</b>			
Overuren - toeslaguren		10%	
vakantiekrachten		10%	
<b>totaal gemiddeld gewogen omrekenfactor</b>		<b>100%</b>	

Payroll cao Waterschappen	omrekenfactor	weging%	Resultaten
<b>Vaste uren</b>			
omrekenfactor inclusief ziekterisico		55%	
omrekenfactor exclusief ziekterisico		25%	
<b>Overig</b>			
Overuren - toeslaguren		10%	
vakantiekrachten		10%	
<b>totaal gemiddeld gewogen omrekenfactor</b>		<b>100%</b>	

De uitkomst van de totaal gemiddeld gewogen omrekenfactor wordt vervolgens met de weging op basis van de betreffende cao vermenigvuldigd. De uitkomst daarvan wordt opgeteld. De Inschrijver met het laagste totaal heeft de aanbieding met de laagste prijs.

	Gemiddeld gewogen Omrekenfactor	Weging	Uitkomst
CAO Gemeenten		95,27%	
CAO Provincie		2,16%	
CAO Waterschappen		2,57%	

**CAO-verdeling Payroll o.b.v.  
huidige situatie (cijfers 2018)**

CAO Gemeenten	€ 15.635.864,55	95,27%
Waterschappen	€ 355.000,00	2,16%
Provincie	€ 421.338,00	2,57%

**6.3 Opslag(percentage) ZZP'ers**

Daarnaast wordt er een opslag(percentage) gevraagd per factuur voor het contractmanagement van ZZP'ers. Deze opslag wordt niet meegewogen bij de aanbesteding.

Daarnaast beslist iedere Opdrachtgever gedurende het contract voor zich of en wanneer hij hier gebruik van wenst te maken.

(...)

**Bijlage 6: Prijzenblad perceel 1 Uitzenden**

Het prijzenblad is tevens als Microsoft Excel invulbestand bijgevoegd

Wegingsfactoren	tariefgroep 1	tariefgroep 2
boven 520 uur	0,25	0,4
onder 520 uur	0,1	0,25
	administratief	technisch

	uitzenden risico- groep 1	uitzenden risico- groep 2	uitzenden risicogroep 1 na 520 uur	uitzenden risicogroep 2 na 520 uur
<b>omrekenfactor</b>				
<b>Score resultaat</b>	0,1	0,25	0,25	0,4
<b>uitkomst</b>				

**Bijlage 7: Prijzenblad perceel 2 Payrolling**  
**Het prijzenblad is als Microsoft Excel invulbestand bijgevoegd**

Payroll cao gemeenten	omrekenfactor	weging%	Resultaten
<b>Vaste uren</b>			
omrekenfactor inclusief ziekterisico		55%	
omrekenfactor exclusief ziekterisico		25%	
<b>Overig</b>			
Overuren - toeslaguren		10%	
vakantiekrachten		10%	
<b>totaal gemiddeld gewogen omrekenfactor</b>		<b>100%</b>	

Payroll cao Provincie	omrekenfactor	weging%	Resultaten
<b>Vaste uren</b>			
omrekenfactor inclusief ziekterisico		55%	
omrekenfactor exclusief ziekterisico		25%	
<b>Overig</b>			
Overuren - toeslaguren		10%	
vakantiekrachten		10%	
<b>totaal gemiddeld gewogen omrekenfactor</b>		<b>100%</b>	

Payroll cao Waterschappen	omrekenfactor	weging%	Resultaten
<b>Vaste uren</b>			
omrekenfactor inclusief ziekterisico		55%	
omrekenfactor exclusief ziekterisico		25%	
<b>Overig</b>			
Overuren - toeslaguren		10%	
vakantiekrachten		10%	
<b>totaal gemiddeld gewogen omrekenfactor</b>		<b>100%</b>	

		weging %	uitkomst
cao Gemeenten	0	95,27%	0
cao Provincie	0	2,16%	0
cao Waterschappen	0	2,57%	0
<b>TOTAAL aangeboden gemiddeld gewogen omrekenfactor</b>			<b>0</b>



- 1.3. In Bijlage 4 "Programma van Eisen Perceel 1 Uitzending" bij de Offerteaanvraag is onder meer bepaald:

'Aanbestedende dienst stelt de volgende eisen aan de uitvoering van Uitzending volgens het beschrevene in de Aanbestedingsstukken. Indien niet onvoorwaardelijk kan worden voldaan aan het Programma van Eisen, zal Aanbestedende dienst de Inschrijving terzijde leggen en de betreffende Inschrijver uitsluiten van verdere deelname.

#### A. Eisen

Inschrijver dient zich akkoord te verklaren met alle in het Programma van Eisen gestelde eisen. Bij het niet voldoen of akkoord verklaren door Inschrijver zal deze worden uitgesloten van de verdere beoordeling en procedure.

	Code eisen	Ja/Nee
	(...)	
A4	<p>Inschrijver is verantwoordelijk voor de werving, aanneme, begeleiding, opleiding en ontslag van de Tijdelijke arbeidskracht(en). Afstemming hierover vindt plaats met Aanbestedende dienst. Inschrijver is verplicht om binnen 2 werkdagen één of meerdere kandidaten aan te leveren die voldoen aan het geschetste profiel. Er kan ook gewerkt worden met een spoedprocedure. Bij de aanvraag wordt door Aanbestedende dienst aangegeven of het gaat om een spoedprocedure.</p> <p>Inschrijver is verplicht bij een spoedprocedure binnen 4 werkdagen één of meerdere kandidaten aan te leveren die voldoen aan het geschetste profiel. Na genoemde periodes of als (de gecontracteerde) Inschrijver zelf aangeeft dat hij een specifiek functieprofiel niet kan invullen, staat het Aanbestedende dienst vrij om andere bureaus te benaderen voor het leveren van de geschikte kandidaat.</p>	
	(...)	
A16	<p>Inschrijver zorgt voor een tijdige melding naar Aanbestedende dienst indien een Tijdelijke arbeidskracht zich ziek meldt en verzorgt de relevante verzuimbegeleiding. Inschrijver neemt het initiatief richting Aanbestedende dienst of en zo ja op welke termijn vervanging gewenst is.</p>	
	(...)	
A28	<p>Inschrijver neemt voortijdig het initiatief om (potentiële) kandidaten op te leiden voor specifieke taakvelden indien blijkt dat, vooral bij de ontwikkeling van nieuwe beleidsterreinen bij Aanbestedende dienst, vraag en aanbod in disbalans gaat komen of is. Of dit wordt op verzoek van Aanbestedende dienst uitgevoerd. Inschrijver draagt de hieruit voortvloeiende kosten.</p>	
A29	<p>Inschrijver is verantwoordelijk voor het juiste opleidings- en functioneringsniveau evenals de juiste competenties, toegespitst op de arbeidsmarkt van Aanbestedende dienst en in overeenstemming met het door Aanbestedende dienst aangegeven competentieprofiel. Indien nodig zorgt Inschrijver op zijn kosten voor aanvullende opleiding of bijscholing van geschikte kandidaten.</p>	
A30	<p>Inschrijver is ook serviceverlenend naar de Tijdelijke arbeidskracht(en). Onder service verstaan we bijvoorbeeld: tijdige beantwoording van vragen, tijdige en correcte loonuitbetaling, goede bereikbaarheid tijdens kantooruren, gebruikersvriendelijke (digitale) formulieren.</p>	
	(...)	

- 1.4. In Bijlage 5 "Programma van Eisen Perceel 2 Payroll" bij de Offerteaanvraag is onder meer bepaald:

'Aanbestedende dienst stelt de volgende eisen aan de uitvoering van Payrolldiensten volgens het beschrevene in de Aanbestedingsstukken. Indien niet onvoorwaardelijk kan worden voldaan aan het Programma van Eisen, zal Aanbestedende dienst de Inschrijving terzijde leggen en de betreffende Inschrijver uitsluiten van verdere deelname.

### B. Eisen

Inschrijver dient zich akkoord te verklaren met alle in het Programma van Eisen gestelde eisen. Bij het niet voldoen of akkoord verklaren door Inschrijver zal deze worden uitgesloten van de verdere beoordeling en procedure.

	CODE EISEN	JA/NEE
	(...)	
B21	Inschrijver is ook serviceverlenend naar de Tijdelijke arbeidskracht(en). Onder service verstaan we bijvoorbeeld: tijdige beantwoording van vragen (binnen 48 uur), tijdige en correcte loonuitbetaling (maandelijks), goede bereikbaarheid tijdens kantooruren, gebruikersvriendelijke (digitale) formulieren.	
	(...)	
B27	Als Aanbestedende dienst van mening is dat payrollkracht voor de uitoefening van zijn functie of als investering in zijn toekomstige loopbaan een training of opleiding nodig heeft én er een overeenkomst is aangegaan voor de duur van een jaar of langer, betaalt Inschrijver 50% van de opleidingskosten met een maximum van € 4.000,-.	
	(...)	
B30	Contractant zorgt ervoor dat de payrollmedewerkers zich in geval van ziekte, ziekmelden bij de betreffende Aanbestedende dienst en contractant.	
B31	Contractant is verantwoordelijk voor de verzuimbegeleiding.	
	(...)	

- 1.5. In de Nota van Inlichtingen 1 zijn onder andere de volgende vragen met bijbehorende antwoorden opgenomen:

- 1.5.1. Vraag 1: "Volgens Aanbestedende dienst is het onderscheidend vermogen bij de verwachte Inschrijvers voor de betreffende opdracht in combinatie met de gestelde minimumeisen onvoldoende aanwezig om in relevante mate tot uitdrukking te laten komen in een beste prijs-kwaliteitsverhouding."

De wetgeving neemt zoals verwoord in de Gids proportionaliteit de keuze voor beste PKV als uitgangspunt (beste PKV tenzij!). Volgens artikel 2.114 van de Aanbestedingswet 2012 lid 3 motiveert de aanbestedende dienst de toepassing van een van de twee andere criteria dan beste PKV in de aanbestedingsstukken. (1) Kunt u uw motivatie zoals aangegeven in de aanbestedingsstukken en hier door ons aangehaald nader toelichten? (2) Wie zijn volgens aanbestedende dienst de verwachte inschrijvers? (3) Waarom beschikken deze partijen in optiek van de aanbestedende dienst niet over het vermogen om zich te onderscheiden op kwaliteit? (4) Wat bedoelt u met onderscheidend vermogen in combinatie met de gestelde minimum eisen?'

Antwoord (op 18 december 2019): 'De Aanbestedende dienst heeft de eisen zorgvuldig opgesteld vanuit de bij de Aanbestedende dienst aanwezige behoeften

die er zijn aan de dienstverlening van de toekomstige leverancier(s) van uitzendkrachten en payroll. Dit zijn minimale en tevens ook de maximale eisen om aan die behoeften te voldoen. De Aanbestedende dienst heeft geen behoefte aan nog andere of aanvullende diensten van de toekomstige leverancier(s). Deze eisen zijn knock out criteria. Als de Inschrijver aan de eisen voldoet dan is hij daarmee voor de Aanbestedende dienst ook een geschikte partner. Voldoet hij niet, dan is hij ook geen geschikte partner voor de Aanbestedende dienst. Daarmee is er in relatie tot deze eisen ook geen onderscheidend vermogen gewenst/vereist en dus ook niet relevant. Wij verwachten dat met name de leveranciers die ervaring hebben met dienstverlening aan overheden zullen inschrijven.'

- 1.5.2. Vraag 2: 'Inschrijver constateert dat aanbesteder ten onrechte gebruik maakt van het gunningscriterium laagste prijs. Uitgangspunt op grond van de Aanbestedingswet is gunning op basis van de beste prijs-kwaliteitverhouding ("BPKV"). Hiervan kan alleen worden afgeweken indien dit deugdelijk wordt gemotiveerd. Uit de motivering dient te volgen dat het meewegen van kwalitatieve aspecten ondoelmatig zou zijn.

In artikel 5 van de offerteaanvraag wordt als reden voor gunning op laagste prijs gegeven dat bij de inschrijvers in combinatie met de gestelde minimumeisen onvoldoende onderscheidend vermogen aanwezig zal zijn. Uit deze passage moet worden opgemaakt dat aanbesteder van mening is dat de kwaliteit van de dienstverlening zodanig vastligt in de voorgeschreven minimumeisen, dat daarbuiten geen kwalitatieve vergelijking tussen de diensten van de inschrijvers meer te maken valt.

Dit is niet juist. Er is naast de voorgeschreven minimumeisen nog een groot aantal aspecten van de dienstverlening waarop de inschrijvers zich kunnen onderscheiden. Denk daarbij bijvoorbeeld aan het bereiken van kandidaten, duurzame inzetbaarheid van de arbeidskracht, ontzorging van de aanbestedende dienst, inclusie en diversiteit, SROI etc. Aangezien uit de verstrekte motivering niet volgt waarom het meewegen van dergelijke kwalitatieve aspecten ondoelmatig zou zijn, moet worden geconcludeerd dat de keuze voor het gunningscriterium laagste prijs op grond van artikel 2.114 lid 4 Aw onvoldoende is gemotiveerd. In dit verband wordt verwezen naar de uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Midden-Nederland d.d. 30 januari 2019 r.o. 4.15 (ECLI:NL:RBMNE:2019:312) en Advies 432 van de Commissie van Aanbestedingsexperts.

Ter aanvulling op het bovenstaande wijst inschrijver erop dat laagste prijs überhaupt niet geschikt is als gunningscriterium bij de aanbesteding van een opdracht zoals de onderhavige. Bij de inhuur van arbeid gaat het om persoonlijke dienstverlening waarbij steeds gezocht dient te worden naar de meest optimale invulling van de openstaande functies. En zodra een vacature is vervuld is van belang dat alles in het werk wordt gesteld om ervoor te zorgen dat de match voor alle betrokkenen ook daadwerkelijk succesvol zal zijn en zal blijven. Dit is op geen enkele manier te vergelijken met de inkoop van standaardproducten zoals kantoorartikelen of schoonmaakartikelen, waarvoor geldt dat de kwalitatieve eisen uitputtend in een programma van eisen kunnen worden vastgelegd. Vandaar ook dat aanbesteders bij de aanbesteding van dit type opdrachten in 99% van de gevallen gebruik maken van het gunningscriterium BPKV.

Door belangrijke kwalitatieve aspecten geen enkele rol te laten spelen bij de keuze van de te contracteren dienstverleners handelt aanbesteder in strijd met artikel 1.4 van de Aanbestedingswet ("Aw") en doet aanbesteder zichzelf te kort. Wij dringen er dan ook met klem op aan dat kwaliteit alsnog wordt meegewogen in het kader van de gunning. Bent u hiertoe bereid?'

Antwoord (op 30 december 2019): 'Relevant is niet de mogelijkheid van marktpartijen om zich in het algemeen in deze markt te onderscheiden op kwaliteitsaspecten, maar of dat onderscheidend vermogen bij gegadigden voor de onderhavige opdracht bovenop de gestelde minimumeisen nog in voldoende mate aanwezig is om in relevante mate tot uitdrukking te kunnen komen in een beste prijs-kwaliteitsverhouding. Voorafgaand aan deze aanbesteding is uitvoerig overleg gevoerd onder de personeelsmanagers van de deelnemende organisaties. Men is tot de conclusie gekomen dat de omrekenfactor het enige ècht onderscheidende criterium is. Dat er additionele dienstverlening geboden kan worden is bekend. Er is geen behoefte aan, al helemaal niet wanneer het tot kostenverhoging leidt. Van Aanbestedende dienst hoeft niet te worden verlangd dat zij extra dienstverlening uitvraagt, waar zij, gelet op de opdracht geen behoefte aan en geen budget voor (over) heeft, teneinde dat onderscheidend vermogen van de markt nog aan te boren. Vergelijk het met het afnemen van een softwaresuite zoals Microsoft Office. Wanneer de gebruiker het hele pakket heeft betaald, terwijl hij alleen Word gebruikt zal hij zich toch bekocht voelen. Er is bij eerdere aanbestedingen gepoogd om objectieve, transparante en vooral meetbare kwalitatieve criteria te formuleren. De eventuele kwaliteitsverschillen die er mogelijk waren, leidden in ieder geval tot onvoldoende onderscheidend vermogen om een BPK-aanbesteding te rechtvaardigen. Het heeft geleid tot geforceerde en lastige beoordelingen. Hiermee is naar onze mening het "gedwongen" formuleren van kwalitatieve criteria ondoelmatig en zelfs risicovol.'

- 1.5.3. Vraag 69: 'Inschrijver heeft kennisgenomen van de door u al beantwoorde vragen 1 en 2 en stelt zich onverminderd op het standpunt dat gebruik van het gunningscriterium laagste prijs bij een aanbesteding zoals de onderhavige onrechtmatig is. Het meewegen van kwalitatieve aspecten bij de onderhavige dienstverlening is namelijk absoluut niet ondoelmatig, maar juist zeer wenselijk voor een zo optimaal mogelijke uitkomst van de aanbestedingsprocedure. Aanbesteder stelt in de beantwoording van genoemde vragen dat geen behoefte is aan additionele dan wel extra dienstverlening. Dat is ook niet wat inschrijver beoogt met haar standpunt dat ook de kwaliteit van de aangeboden dienstverlening moet worden meegewogen. In het programma van eisen staat onder meer dat inschrijver verantwoordelijk is voor de werving, aanneming, begeleiding, en opleiding van de tijdelijke arbeidskrachten. En in paragraaf 1.4 (gewenst resultaat) van de offerteaanvraag staat dat aanbesteder een leverancier zoekt die in staat is kandidaten te leveren die passen in de organisatie van de opdrachtgever en die voldoen aan de specifieke vraag bij een bepaalde functie. In de aanbestedingsstukken wordt niet voorgeschreven op welke wijze de werving, aanneming, begeleiding en opleiding van de tijdelijke arbeidskrachten moet worden vormgegeven. Dat is blijkbaar ter vrije invulling van de uitzendorganisatie; als dit maar leidt tot het gewenste resultaat (zie paragraaf 1.4). Indien aanbesteder kiest voor een uitzendorganisatie die- omwille van de extreem lage prijs die is geoffreerd - onvoldoende tijd en aandacht investeert in de werving, aanneming, begeleiding en opleiding van de tijdelijke arbeidskracht zal het gewenste resultaat uitblijven of in ieder geval beduidend slechter zijn. Dat levert niet alleen een groot nadeel op voor de betrokken gemeenten, die veel vaker dan nodig worden geconfronteerd met onkundige uitzendkrachten, 'mis-matches' of ziekteverzuim, maar ook voor de tijdelijke arbeidskrachten in kwestie. Inschrijver is er stellig van overtuigd dat aanbesteder ten onrechte haar ogen sluit voor de negatieve gevolgen van pure prijsconcurrentie bij de aanbesteding van uitzenddienstverlening. Inschrijver vraagt u daarom nogmaals met klem of u uw standpunt wilt heroverwegen en kwaliteit te laten meewegen in de gunning. Inschrijver verneemt graag uw gemoeteerde antwoord.'

Antwoord (op 14 januari 2020): 'Aanbestedende dienst heeft kennis genomen van uw standpunt. Het is inmiddels uitgebreid gemotiveerd waarom de aanbestedende dienst kiest voor het gunningscriterium laagste prijs. Daarvoor verwijzen wij naar de eerdere antwoorden. De opdracht voor de winnende partij(en) is inderdaad kwalitatief geschikt personeel leveren. Van de aanbestedende dienst wordt verwacht dat zij een transparante en objectieve beoordelingsmethode hanteert. Dat impliceert onder meer dat de kwalitatieve criteria onderscheidend en meetbaar moeten zijn. Bij deze aanbesteding zou dat in een vergelijking tussen appels en peren resulteren. Immers hoe moet een beoordelingscommissie van personeelsmanagers een oordeel vormen over het verschil in kwaliteit de ene en de andere wervingsmethode of de diverse vormen van begeleiding zonder dat ze op de stoel van de leverancier gaan zitten? Daarbij: papier is geduldig leert onze ervaring. Ook "prijsvechters" kunnen een buitengewoon overtuigend verhaal neerzetten. Dat zou er op neerkomen dat de beoordelaar in hun methodiek elementen als geloofwaardigheid en achtergrondkennis van de ondernemingen moeten meenemen in hun oordeel. Beiden zijn buitengewoon discutabel en uit den boze bij een evenwichtige gunningsmethode als de beste prijs-kwaliteitverhouding. In het verleden heeft dat bij aanbestedingen geleid tot discussie met afgewezen partijen. Nogmaals: deze gunningsmethode is ingegeven door ervaringen uit de praktijk (i.r.t. onze regio) en niet vanuit gemakzucht of zuinigheid. Uw suggestie dat er marktpartijen zullen inschrijven die bewust een extreem lage prijs zullen offeren en wetende dat hij vervolgens niet in staat zal zijn om geschikt kwalitatief personeel te leveren delen wij niet. Niet alleen zou dit van een dergelijke partij, als dit leidt tot telkens ongeschikt personeel leveren, 'wanprestatie' zijn en dus het serieuze risico lopen op ontbinden (incl schadevergoeding) van de overeenkomst, waardoor zo'n partij (omdat dit een uitsluitingsgrond is) ook bij toekomstige aanbestedingen niet mee kan /mag doen. Ook zal een extreem lage prijs uiteraard door de aanbestedende dienst geverifieerd worden en daarop een gemotiveerde toelichting worden gevraagd.'

- 1.6. Op 29 januari 2020 hebben ondernemers de onderstaande klacht ingediend bij de penvoerder van aanbesteders:

'Hierbij dienen [Ondernemers] een klacht in naar aanleiding van opgemelde aanbestedingsprocedure.

De klacht ziet op het feit dat de aanbestedende dienst gebruik maakt van het gunningscriterium laagste prijs, zonder dat daaraan een deugdelijke motivering ten grondslag is gelegd. Dat is in strijd met het bepaalde in de artikelen 2.114 lid 2 sub c en 1.4 lid 2 van de Aanbestedingswet.

Aangezien er wat ons betreft geen deugdelijke redenen bestaan om bij een opdracht als de onderhavige te gunnen op laagste prijs én wij ervan overtuigd zijn dat het meewegen van kwalitatieve aspecten niet ondoelmatig is, zijn wij van mening dat de aanbestedende dienst alsnog gebruik dient te maken van het gunningscriterium 'beste prijs-kwaliteitverhouding'.

Wij hebben hierover tot tweemaal toe een vraag gesteld in het kader van de nota van inlichtingen (vragen 2 en 69). Ook één van de andere deelnemers heeft hierover een vraag gesteld (vraag 1). Op geen van de vragen is een bevredigend antwoord gekomen. Vandaar dat wij ons genoodzaakt zien hierover een klacht in te dienen. Voor het gemak – en om niet onnodig in herhaling te vervallen – zijn genoemde vragen en de bijbehorende antwoorden als Bijlage aan deze klachtbrief gehecht.

Ter nadere onderbouwing van onze klacht geldt het volgende.

De Aanbestedingswet schrijft voor dat een aanbestedende dienst die gebruik wil maken van het gunningscriterium 'laagste prijs' dient te motiveren waarom dit opportuun wordt geacht. In de verstrekte motivering moet onder meer worden toegelicht waarom het niet zinvol (althans ondoelmatig) wordt geacht om het gunningscriterium beste prijs-kwaliteitverhouding toe te passen. Daarbij dient de aanbestedende dienst te laten zien dat een afweging is gemaakt van alle relevante omstandigheden van het geval. Wij zijn in de eerste plaats van mening dat de in paragraaf 5 (voor het perceel uitzenden) en de in paragraaf 6 (voor het perceel payroll) verstrekte motivering niet voldoet aan de daaraan te stellen eisen, omdat de motivering te summier en daardoor niet toetsbaar is.

In de tweede plaats zijn wij van mening dat gebruik van het gunningscriterium 'laagste prijs', gelet op de aard en de omschrijving van de onderhavige opdracht, niet passend is. Het criterium 'laagste prijs' kan in feite enkel worden gebruikt indien de gewenste kwaliteit tot in detail kan worden vastgelegd. Daarvan is in casu geen sprake. Naar onze mening zal de kwaliteit van het onderhavige type dienstverlening van tevoren nooit geheel en al eenduidig vast kunnen worden gelegd omdat het niet gaat om de aankoop van een statisch product, maar om een dienst die gedurende de looptijd van de overeenkomst steeds in ontwikkeling zal zijn. Los daarvan zijn wij van mening dat het door de aanbestedende dienst opgestelde programma van eisen uitzonderlijk mager is in vergelijking met andere, vergelijkbare aanbestedingsprocedures van flexibel arbeid. Dat is des te meer reden om kwaliteit wél mee te laten wegen bij de keuze voor de meest geschikte inschrijver.

Zo staat bijvoorbeeld in het programma van eisen sub A4 dat de inschrijver verantwoordelijk is voor de werving, aanname, begeleiding, opleiding en ontslag van de tijdelijke arbeidskrachten zonder dat wordt toegelicht op welke wijze daaraan invulling moet worden gegeven. Wij ontkennen niet dat de inschrijvers heel goed zelf in staat zullen zijn om aan dergelijke wezenlijke aspecten van de uitgevraagde dienstverlening invulling te geven, dat is juist zeker wel het geval en dát is dan ook direct de bevestiging dat de dienstverlening wel degelijk onderscheidend is. Hieronder volgen in het kort drie voorbeelden waaruit dit blijkt en waaruit tevens blijkt dat de kwaliteit van de dienstverlening van belang is.

In de eerste plaats wordt gewezen op het vinden en verleiden van kandidaten. Dit is een van de cruciale aspecten van de dienstverlening. Of een uitzendbureau hierin succesvol zal zijn kan bijvoorbeeld worden aangetoond door inzicht te geven in de wijze waarop het uitzendbureau toegang heeft tot de arbeidsmarkt. Denk daarbij bijvoorbeeld aan het hebben van een deugdelijk en uitgebreid netwerk, maar ook aan beschikbare data bestanden en technologie met behulp waarvan tijdig passende kandidaten kunnen worden geleverd.

In de tweede plaats wordt gewezen op het belang van het tot stand brengen van een goede match. Voor een duurzame inzetbaarheid van de uitzendkracht is niet alleen van belang dat een kandidaat de inhoudelijke skills heeft om een bepaalde opdracht uit te voeren, maar er moet ook een culturele 'fit' zijn. De kandidaat moet passen binnen de organisatie en zich daar thuis kunnen voelen. Niet alleen harde criteria, maar ook zachte criteria zijn van belang. Een uitzendorganisatie kan in dat verband bijvoorbeeld door specifieke voorlichtingsfilms, sollicitatiegesprekken op locatie, werkbelevingsochtenden bij de klant of het afnemen van assessments investeren in de kans op een zo goed mogelijke match.

In de derde plaats wordt gewezen op de begeleiding van de geplaatste kandidaten; een ander zeer belangrijk element in het kader van de duurzame inzetbaarheid. Een uitzendorganisatie kan bijvoorbeeld beginnen met het monitoren van de 'onboarding' om vroegtijdige uitval te voorkomen en vervolgens kan de aan-

dacht worden verlegd naar de persoonlijke fitheid, de baanfitheid en de loopbaanfitheid van de kandidaten.

Dit zijn allemaal voorbeelden van relevante aspecten van de uitgevraagde dienstverlening (het gaat dus niet om extra of aanvullende dienstverlening), waar ieder uitzendbureau op eigen wijze invulling aan kan geven, die de aanbestedende dienst nu op geen enkele wijze meeweegt door puur te selecteren op prijs. Niet alleen doet de aanbestedende dienst hierdoor zichzelf te kort, maar ook de kandidaten die geplaatst worden, worden hierdoor benadeeld omdat de kans groot is dat er minder in hun begeleiding en ontwikkeling zal worden geïnvesteerd.

Naar ons oordeel biedt gebruik van het gunningscriterium beste prijs-kwaliteitverhouding de aanbestedende dienst bij de onderhavige opdracht juist wél volop mogelijkheden om een inschrijver te selecteren die zich nadrukkelijk onderscheidt op het kwalitatieve vlak. En alleen op die manier kan worden voldaan aan de verplichting in artikel 1.4 lid 2 Aw, die inhoudt dat aanbestedende diensten ervoor moeten zorgen dat zoveel mogelijk maatschappelijke waarde wordt geleverd voor de publieke middelen. Dat betekent dat de best mogelijke prijs-kwaliteitverhouding moet worden gerealiseerd voor het beschikbare budget. Het argument dat de aanbestedende dienst niet wil betalen voor dienstverlening waarom hij niet heeft gevraagd gaat daarbij niet op, omdat het heel goed mogelijk is om vooraf een bandbreedte aan te geven waarbinnen de te offren prijs zal moeten zijn gelegen.

Een belangrijk aspect bij de onderhavige opdracht is het toewerken naar effectieve en duurzame inzetbaarheid van arbeidskrachten. Door enkel belang te hechten aan de laagste prijs laat de aanbestedende dienst onder meer op dit vlak belangrijke kansen liggen. Gevolg hiervan zal zijn dat de kans op een (tijdige) match kleiner is en de kans op vroegtijdige uitval van kandidaten aanzienlijk zal zijn. Arbeidskrachten moet je binden, boeien en ontwikkelen. Indien je daar niet in investeert, zullen de gevolgen daarvan al snel merkbaar zijn. Ook financieel heeft dit direct consequenties voor de aanbestedende dienst. In de aanbestedingsstukken staat voorgeschreven dat de opdrachtnemer binnen 48 na een aanvraag kandidaten moet kunnen leveren. Slaagt hij daar niet in dan staat het de aanbestedende dienst vrij zich tot een andere leverancier te wenden. Die prijs van de andere leverancier zal – uiteraard – hoger zijn dan de gecontracteerde leverancier.

Met de beantwoording van de vragen 1, 2 en 69 in de nota van inlichtingen heeft de aanbestedende dienst een poging ondernomen om de gebrekkige motivering die in de Offerteaanvraag is opgenomen alsnog aan te vullen en te substantiëren. Naar onze mening is de aanbestedende dienst daar niet in geslaagd.

Er wordt onder meer op gewezen dat de aanbestedende dienst geen behoefte heeft aan andere of aanvullende dienstverlening, maar dat is ook niet het punt dat door ons wordt bepleit. Het gaat er juist om dat de kwaliteit van de dienstverlening die is uitgevraagd moet worden meegewogen.

Met name de beantwoording van vraag 69 is onnavolgbaar. Het komt er in feite op neer dat kwaliteit niet wordt meegewogen, omdat de aanbestedende dienst niet beschikt over medewerkers die in staat zijn een transparant en objectief beoordelingskader op te stellen op basis waarvan de te ontvangen aanbiedingen moeten worden beoordeeld. Dat is niet alleen uiterst opmerkelijk, maar ook ongeloofwaardig gelet op het feit dat bij 95% van dit type aanbiedingen aanbestedende diensten al jaren juist zeer goed in staat zijn om naast de prijs ook de kwaliteit van de aanbiedingen mee te wegen.

Hetzelfde geldt voor de insinuatie in het antwoord dat partijen zomaar wat op zouden kunnen schrijven om een hoge score op kwaliteit te behalen zonder dat beoordeeld kan worden of e.e.a. wel waar kan worden gemaakt. Als dit daadwerkelijk problematisch zou zijn, dan zou bij het overgrote deel van de overheidsopdrachten kwaliteit niet meegewogen kunnen worden. Ook bij, bijvoorbeeld, aanbestedingen in de bouw, de IT en de zorg vindt de beoordeling van de ontvangen inschrijvingen immers veelal plaats op basis van plannen van aanpak waarin de werkwijze zoals die na gunning gehanteerd zal worden beschreven staat. Daarbij wordt ook om bewijs gevraagd door bij bepaalde onderwerpen naar concrete voorbeelden te vragen en referenten na te bellen.

Tot slot wekt de opmerking in het antwoord, dat het meewegen van kwaliteit in een vergelijking tussen appels en peren zou resulteren, dezerzijds veel verbazing. Dit argument staat haaks op de in de Offerteaanvraag opgenomen motivering voor gunning op laagste prijs, die erop neer komt dat er juist geen onderscheidend vermogen tussen de verschillende aanbiedingen bovenop de gestelde minimumeisen zou zijn.

(...)'

- 1.7. Op 10 februari 2020 heeft één van de in deze aanbestedingsprocedure betrokken aanbestedende diensten, gemeente X, onderstaande reactie op de klacht aan ondernemers meegedeeld:

'Op 29 januari 2020 heeft u via TenderNed een klacht ingediend met betrekking tot de aanbesteding "Flexibele Arbeid overheden [Provincie]". Voor deze aanbesteding is [Aanbesteder] penvoerder. Om te zorgen dat uw klacht zorgvuldig en onpartijdig wordt behandeld, hebben zij het verzoek gedaan aan de gemeente [X] uw klacht te behandelen.

Uw klacht betreft het volgende:

De aanbestedende dienst heeft besloten het gunningscriterium laagste prijs te hanteren voor deze aanbesteding. U bent van mening dat

- 1) onterecht de keuze voor laagste prijs is gemaakt én
- 2) dat de motivering voor deze keuze onvoldoende is.

Op maandag 3 februari 2020 heeft mw. [naam] telefonisch contact gehad mevr. [naam] om genoemd punten te bespreken en u in de gelegenheid te stellen extra informatie te geven omtrent uw bezwaren. Hierna is ook gesproken met de betrokken inkoopadviseurs en materiedeskundigen om ook diens argumentatie te horen.

#### *Keuze laagste prijs*

In uw klacht geeft u aan dat er voldoende onderdelen zijn waarop de kwaliteit van de inschrijvende partijen kan worden beoordeeld. Hierbij noemt u enkele voorbeelden zoals de invulling die een organisatie geeft aan werving, begeleiding en opleiding van tijdelijke arbeidskrachten. Zoals u zelf bevestigt zijn inschrijvende partijen zeer goed in staat om hier invulling aan te geven. De aanbestedende dienst bestrijdt dit ook niet, maar heeft op basis van aanbestedingen uit het verleden vastgesteld dat het beoordelen van deze werkwijze niet leidt tot een concreet onderscheid. Voor een opdrachtgever is de ene werkwijze niet beter of slechter dan een andere werkwijze. Omdat op basis hiervan een aanbesteding op beste prijs-kwaliteitverhouding (BPKV) een verkapte aanbesteding op laagste prijs zou zijn, heeft de aanbestedende dienst besloten direct te kiezen voor een aanbesteding op laagste prijs.

#### *Motivering laagste prijs*



In de eerste nota van inlichtingen heeft de aanbestedende dienst aangegeven dat zij niet voornemens zijn gebruik te maken van aanvullende dienstverlening waarop onderscheid in kwaliteit kan worden gemaakt. U bevestigt dit in uw klacht, waardoor wordt geconcludeerd dat dit niet ter discussie staat. Wel bent u van mening dat de motivering niet voldoende onderbouwd waarom is gekozen voor de laagste prijs procedure. In de nota concludeert de aanbestedende dienst dat een BPKV-procedure leidt tot lastige beoordelingen en risicovolle formuleringen van kwalitatieve criteria. Deze punten vormen mijn inziens onvoldoende argumentatie om geen gebruik te maken van een BPKV-procedure.

#### *Advies*

Op basis van de uw klachtonderbouwing en de argumenten van de aanbestedende dienst voor de gemaakte keuzes, ben ik van mening dat er mogelijkheden voor de aanbestedende dienst bestaan om het gunningscriterium laagste prijs te hanteren. Echter deel ik uw mening dat de argumentatie zoals tot op heden beschreven in de aanbestedingsdocumenten (inclusief nota's van inlichtingen) te beperkt is. Ik adviseer [Aanbesteder] (als penvoerder) om nogmaals goed te kijken naar de motivering voor het doorlopen van de gunningsprocedure op basis van laagste prijs. Bij het verduidelijken van de motivering door middel van een nota van inlichtingen, dient [Aanbesteder] de wettelijke termijnen tussen nota en inschrijving natuurlijk te respecteren.

(...)'

- 1.8. In de derde nota van inlichtingen van 14 februari 2020 heeft aanbesteder de onderstaande mededeling opgenomen:

#### 'Nadere toelichting motivering laagste prijs

Het gunningscriterium van de laagste prijs is ingegeven vanuit ervaringen uit de praktijk (i.r.t. onze regio). De minimale en tevens de maximale (kwaliteits)eisen zijn door ons zorgvuldig opgesteld vanuit de bij ons aanwezige behoeften in het kader van de dienstverlening van toekomstige leverancier(s) van uitzendkrachten en payroll. Wij hebben geen behoefte aan andere of nog aanvullende diensten van leverancier(s). Indien inschrijvers aan de (minimale en tevens maximale) (kwaliteits)eisen voldoen, zijn zij geschikte partners voor ons.

In relatie tot de reeds vastgestelde kwaliteitseisen is binnen onderhavige opdracht geen onderscheid vermogen gewenst/vereist en dus verder ook niet relevant. Naar aanleiding van ons onderzoek binnen de markt waarin de aanbesteding plaatsvindt in combinatie met het voorwerp van de aanbesteding (uitzenden en payroll) hebben wij een goed beeld van de potentiële inschrijvers en hebben wij vastgesteld dat binnen de uitvraag onvoldoende mogelijkheid bestaat om onderscheid te maken op kwaliteit.

De keuze voor toepassing van het criterium van de beste prijs-kwaliteitverhouding (hierna: BPKV) is naar ons oordeel ondoelmatig, aangezien het binnen onderhavige omstandigheden redelijkerwijs niet te verwachten valt dat daarmee een zodanige ruimte voor marktpartijen zal worden gecreëerd dat zij zich voldoende uitgedaagd zullen voelen om innovatieve en duurzame oplossingen aan te bieden. Bij de keuze voor toepassing van het criterium van de laagste prijs, hebben wij alle relevante omstandigheden van het geval afgewogen om te bepalen of de keuze voor toepassing van het criterium van BPKV inderdaad ondoelmatig is.

De wetgever heeft bij de 'hoofdregel' van gunnen op basis van BPKV krachtens art. 2.114 Aw 2012 in de eerste plaats gedacht aan het bevorderen van levering

van duurzame producten met een laag energieverbruik, waarbij niet alleen naar de (laagste) prijs zou moeten worden gekeken, maar ook naar de Total Cost of Ownership (TCO). Bij de onderhavige aanbesteding is echter geen sprake van levering van producten, maar van dienstverlening. Dat alleen al maakt dat gemotiveerd afwijken van de hoofdregel in het onderhavige geval is toegestaan.

Voorts is niet relevant de mogelijkheid van marktpartijen om zich in het algemeen in deze markt te onderscheiden op kwaliteitsaspecten, maar of dat onderscheidend vermogen bij gegadigden voor de onderhavige opdracht bovenop de gestelde minimumeisen nog in voldoende mate aanwezig is om in relevante mate tot uitdrukking te kunnen komen in een BPKV. Dat is naar het oordeel van aanbestedende dienst niet het geval. Voorafgaand aan deze aanbesteding is uitvoerig overleg gevoerd onder de betrokkenen van de deelnemende organisaties. Daarbij is tot de conclusie gekomen dat de Omrekenfactor het enige echt onderscheidende criterium is, aangezien het PvE de minimale en tevens de maximale kwaliteitseisen bevat die relevant zijn voor onderhavige opdracht.

Dat er additionele dienstverlening geboden kan worden valt niet uit te sluiten, maar daar heeft aanbestedende dienst (mede vanwege het budget dat zij voor deze opdracht beschikbaar heeft) geen behoefte aan. Van Aanbestedende dienst kan niet te worden verlangd dat zij extra dienstverlening uitvraagt, waar zij, gelet op de opdracht geen behoefte aan en geen budget voor (over) heeft, teneinde dat onderscheidend vermogen van de markt nog aan te boren. Er is bij eerdere aanbestedingen gepoogd om objectieve, transparante en vooral meetbare kwalitatieve criteria te formuleren. De eventuele kwaliteitsverschillen die er mogelijk waren, leidden in onderhavig geval in ieder geval tot onvoldoende onderscheidend vermogen om een BPKV-aanbesteding te rechtvaardigen. Hiermee is naar onze mening het 'gedwongen' formuleren van kwalitatieve criteria (voor zover dit al mogelijk zou zijn bovenop de kwaliteitseisen uit onderhavige uitvraag) ondoelmatig. Bovendien zouden eventueel bestaande kwaliteitsverschillen aanzienlijk moeten worden uitvergroot om tot uitdrukking te kunnen komen in een BPKV, waardoor een ongewenst prijsopdrijvend effect zou kunnen ontstaan.

Juist omdat de opdracht géén statisch product betreft, maar een dienst die gedurende de looptijd evolueert is het niet zinvol om nu een 'kwaliteitsmomentopname' te maken en daar een keuze op te baseren. Elke aanbieder zal in staat (moeten) zijn om 'met de tijd mee te gaan'. Als tijdens de uitvoering van de overeenkomst blijkt dat de leverancier dat niet doet/kan, gaat er iets haperen in de dienstverlening, wat alsdan onderwerp van gesprek zal worden, met eventuele (contractuele) gevolgen van dien. Tegelijkertijd is het zo, dat wij er van uit gaan dat aanbieders die op dit moment (succesvol) in de markt opereren (en dus in staat zijn een zinvol aanbod te doen), in elk geval in het verleden in staat waren 'met de tijd mee te gaan'.

Het verwijt van klager dat dat het PvE erg mager is in vergelijking met andere, vergelijkbare aanbestedingen van flexibel arbeid, deelt de aanbestedende dienst niet. Wij zijn van mening dat het niet relevant is wat andere aanbestedende diensten als eisen in een PvE hebben opgenomen, ook omdat onderhavige uitvraag in combinatie met de markt waarin deze aanbesteding plaatsvindt niet identiek is aan die andere aanbestedingen. Ons PvE is opgesteld met de ervaringen vanuit eerdere aanbestedingen van flexibele arbeid en de kwaliteit die daarin de voorgaande jaren geleverd is. Wij hebben die eisen die wij belangrijk vinden opgenomen in het PvE. Zoals gezegd, is het niet relevant dat er mogelijk nog andere eisen te stellen zijn bovenop de door ons in het PvE gestelde eisen. Wij kunnen niet worden verplicht die extra dienstverlening uit te vragen (ook niet als andere aanbestedende diensten dat wel doen), waar wij gelet op de onderhavige opdracht geen behoefte aan hebben en overigens ook geen budget voor (over)

hebben, teneinde het veronderstelde onderscheidend vermogen nog aan te boren. Wij zijn van oordeel dat als er binnen onderhavige uitvraag al verschil tussen de gestelde eisen en de daarmee samenhangende diensten van leveranciers bestaat, dit onvoldoende onderscheidend verschil is dat objectief kan worden gemeten én evenmin een onderscheidend verschil is dat aansluit op onderhavige behoeften van aanbestedende dienst.

Door klager wijst nog op sub A4 PvE, waaruit volgt dat inschrijver verantwoordelijk is voor de werving, aanname, begeleiding, opleiding en ontslag van de tijdelijke arbeidskrachten, zonder dat wordt toegelicht op welke wijze daaraan invulling moet worden gegeven. Volgens klager zijn inschrijvers zelf goed in staat om aan dergelijke wezenlijke aspecten van de uitgevraagde dienstverlening invulling te geven en dat is volgens inschrijver juist de bevestiging dat de dienstverlening wèl onderscheidend is.

Deze visie delen wij niet. Van inschrijvers wordt inderdaad verwacht dat zij (allemaal) in staat zijn de genoemde basisdienstverlening te leveren. Dat is echter juist een bevestiging van ons standpunt, namelijk dat het ondoenlijk is op deze punten voldoende onderscheidende (en objectief meetbare) kwaliteitscriteria te formuleren. Het is evident dat de betreffende dienstverlening correct, doelmatig en doelgericht dient plaats te vinden. Dat zijn naar ons oordeel géén onderscheidende (kwaliteits)criteria. Overigens komt aanbestedende dienst hier verderop, bij de toelichting op de kwaliteitsaspecten van (de verschillende elementen in) de Omrekenfactor, nog op terug.

Klager geeft verder drie voorbeelden waaruit zou blijken dat kwaliteit van de dienstverlening i.c. wel van belang is. Hieronder zijn de voorbeelden van klager samengevat:

1. Vinden en verleiden van kandidaten. Op welke wijze heeft uitzendbureau toegang tot de arbeidsmarkt? Denk bijv. aan het hebben van een deugdelijk en uitgebreid netwerk, maar ook aan beschikbare data bestanden en technologie met behulp waarvan tijdig passende kandidaten kunnen worden geleverd.
2. Het belang van het tot stand brengen van een goede match. Voor een duurzame inzetbaarheid van de uitzendkracht is niet alleen van belang dat een kandidaat de inhoudelijke skills heeft om een bepaalde opdracht uit te voeren, maar er moet ook een culturele 'fit' zijn. De kandidaat moet passen binnen de organisatie en zich daar thuis kunnen voelen. Niet alleen harde criteria, maar ook zachte criteria zijn van belang. Een uitzendorganisatie kan op verschillende wijzen investeren in de kans op een zo goed mogelijke match.
3. De begeleiding van de geplaatste kandidaten, een belangrijk element in het kader van de duurzame inzetbaarheid. Een uitzendorganisatie kan bijvoorbeeld beginnen met het monitoren van de 'onboarding' om vroegtijdige uitval te voorkomen en vervolgens kan de aandacht worden verlegd naar de persoonlijke fitheid, de baanfitheid en de loopbaanfitheid van de kandidaten.

Volgens klager zijn dit voorbeelden van relevante aspecten van de uitgevraagde dienstverlening (en dus niet extra of aanvullende dienstverlening), waar ieder uitzendbureau op eigen wijze invulling aan kan geven, die de aanbestedende dienst nu op geen enkele wijze meeweegt door puur te selecteren op prijs.

Wij onderschrijven dit standpunt van klager niet. Ter toelichting het navolgende.

Klager lijkt telkens te stellen dat de kwaliteit van de dienstverlening van belang is. Dit onderschrijven wij volledig. De keuze van laagste prijs als gunningscriterium betreft echter de aanbestedingsfase en niet de dienstverleningsfase na de aanbesteding, althans niet zonder meer. Wij zijn van oordeel dat die kwaliteit (t.a.v. de uitvoeringsfase) in onderhavig geval onvoldoende/onmogelijk vooraf in

(al dan niet limitatieve) lijstjes met gunningscriteria is te vangen, op een zodanige wijze dat we daar vervolgens een eerlijke en transparante keuze op kunnen baseren.

De suggestie dat vanwege het gunnen op laagste prijs geen kwaliteitsaspecten worden meegewogen, is onjuist. De kwaliteit is niet alleen ondervangen in het PvE. Ook in het prijselement zitten nadrukkelijk kwaliteitselementen. Hieronder enkele voorbeelden daarvan.

Wij vragen een Omrekenfactor uit. Dus niet bijvoorbeeld een bureaumarge om op te gunnen. In die omrekenfactor zitten alle prijsbepalende elementen op twee expliciet benoemde na (zie NVI2 antwoord op vraag 155). Bijvoorbeeld het element transitievergoeding is hierin voor ons van groot belang. Wij gaan er van uit dat het tot de corebusiness van een (succesvolle) aanbieder behoort uitzendkrachten (maar mutatis mutandis ook payrollkrachten) van werk naar werk te begeleiden na afloop van een opdracht bij ons. Naarmate een aanbieder daar succesvoller in is of denkt te zijn zal hij een lagere reservering voor de transitievergoeding nodig achten, hetgeen tot uitdrukking kan komen in een lagere Omrekenfactor.

Veel van de hierboven door klager aangehaalde voorbeelden (inspanningen) zijn gericht op het voorkomen van faalkosten. Dan gaat het om het hebben van een goed aanbod van krachten, het vervolgens goed matchen daarvan en het voorkomen van uitval. Dat zou juist precies de elementen die wij uitvragen. Onze uitvraag betreft duidelijk het ter beschikking stellen van geschikte uitzendkrachten, waarbij dat vaak voor een langere periode is. Niet voor niets krijgt in de uiteindelijke weging de Omrekenfactor voor de periode na de eerste 520 uren meer gewicht dan de factor voor die eerste 520 uren. En dan is het zo dat de aanbieder die er beter in slaagt om vroegtijdige uitval te voorkomen, in staat is een lagere factor aan te bieden.

Dit zijn slechts enkele illustraties van het feit dat wij inderdaad zien dat er tussen aanbieders (kwaliteits)verschil kan zijn in de wijze van dienstverlening, maar ook van het feit dat die verschillen voldoende tot uitdrukking zullen komen in de prijsvorming, zodat die (kwaliteits)verschillen reeds in de uitgevraagde Omrekenfactor zijn ondervangen.

Wij hebben een duidelijke uitvraag. Dat er daarnaast (daarboven) ook andere wegen zijn die naar Rome zouden kunnen leiden, is voor onze uitvraag verder niet relevant. De aanbieder die in staat is onze vraag (het meest) effectief en efficiënt in te vullen zal naar verwachting een scherpe(re) Omrekenfactor aanbieden. Dat is geen 'race to the bottom', integendeel. Aanbieders worden door middel van de eisen uit het PvE en de uitgevraagde Omrekenfactor uitgedaagd een goede kwaliteit te leveren, omdat anders de kosten omhoog (moeten) gaan. Hiermee realiseren wij zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen in de zin van art. 1.4 Aw 2012.

Wij beweren niet dat de kwaliteit niet van belang is en evenmin dat verschillende aanbieders niet verschillend te werk gaan. Wat wij hebben gedaan is die kwaliteitsaspecten ondervangen in een prijselement (de Omrekenfactor) naast het vastleggen van kwaliteitscriteria in het PvE. Wat wij daarnaast aangeven is, dat de verschillen in feitelijke werkwijze na gunning zich niet/onvoldoende laten vangen in (objectief meetbare) gunningscriteria, die voorts voldoende onderscheidend zijn. De bij deze aanbesteding betrokken overheidsinstanties (achterliggende decentrale overheden en nutsbedrijven) hebben behoorlijk veel ervaring met aanbestedingen in deze branche. Die ervaring heeft ertoe geleid dat weloverwogen is gekozen voor het gunningscriterium laagste prijs. Wij verwachten ook nu

weer dat de aanbieders die een opdracht van deze omvang aankunnen in beginsel ook in staat zijn deze goed uit te voeren, bij gebreke waarvan (zoals gebruikelijk) de wet en de overeenkomst de eventuele consequenties bepalen.

De klager stelt verder dat de beantwoording van vraag 69 (Nvl 1) onnavolgbaar is. Volgens klager komt het er in feite op neer dat kwaliteit niet wordt meegewogen, omdat de aanbestedende dienst niet zou beschikken over medewerkers die in staat zouden zijn een transparant en objectief beoordelingskader op te stellen op basis waarvan de te ontvangen aanbiedingen moeten worden beoordeeld. Dat zou niet alleen uiterst opmerkelijk zijn, maar ook ongeloofwaardig gelet op het feit dat bij 95% van dit type aanbestedende diensten al jaren juist goed in staat zouden zijn om naast de prijs ook de kwaliteit van de aanbiedingen mee te wegen.

Wij kunnen ons niet vinden in de uitleg die klager geeft aan de beantwoording van vraag 69. Nergens in de beantwoording van vraag 69 hebben wij gesteld (of bedoeld) dat kwaliteit niet wordt meegewogen, omdat wij niet zouden beschikken over medewerkers die in zouden moeten zijn een transparant en objectief beoordelingskader op te stellen. Wellicht ten overvloede merken wij op wij dat wij zeer wel beschikken over capabele en ervaren medewerkers. Die (capabele) medewerkers zijn echter juist op basis van hun expertise en ervaring tot de conclusie gekomen dat bij onderhavige uitvraag gunnen op basis van BPKV ondoelmatig is en dat juist het gunnen op laagste prijs in het onderhavige geval zorgt voor het leveren van zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen binnen het beschikbare budget (ex art. 1.4 Aw 2012). Het verleden heeft uitgegeven dat de kwalitatieve verschillen tussen de aanbiedingen van inschrijvers lastig en vrijwel niet te waarderen waren. Of een aanbieder een aspect linksom of rechtsom benaderde was niet persé beter of slechter, slechts anders. Daarmee werd de beoordeling bijna een kwestie van smaak, hetgeen in strijd is met de strekking en bedoeling van de aanbestedingsbeginselen. Dit alles heeft geleid tot de huidige benadering waarbij (zoals hierboven uitgelegd) kwalitatieve aspecten een plek krijgen in het PvE én in de Omrekenfactor. Hiermee wordt de effectiviteit van een bepaalde aanpak meetbaar en dus vergelijkbaar gemaakt.

Ook onnavolgbaar vindt klager de 'insinuatie' in de beantwoording van vraag 69 dat partijen zomaar wat zouden opschrijven om een hoge score op kwaliteit te behalen zonder dat beoordeeld kan worden of e.e.a. wel waar kan worden gemaakt. Als dit waar zou zijn, dan zou volgens klager bij het overgrote deel van de aanbestedingen kwaliteit niet meegewogen kunnen worden.

Ook dit standpunt van klager onderschrijven wij niet. Wij hebben in onze beantwoording geen oordeel gegeven over aanbestedingsprocedures in andere branches. Ook hebben wij niet geschreven dat partijen altijd wat opschrijven om een hoge score op kwaliteit te behalen. Dit laat echter onverlet dat niet uit te sluiten valt dat inschrijvers t.a.v. kwaliteitscriteria een goed verhaal zouden kunnen neerzetten, zonder dat dit in de aanbestedingsfase volledig gecontroleerd kan worden. Dit zou ertoe kunnen leiden dat bij de beoordeling van de kwaliteitscriteria 'geforceerd' andere (te) subjectieve criteria zouden moeten worden gehanteerd om het onderscheid in kwaliteit bij de beoordeling tot uiting te brengen. Om dit te voorkomen, hebben wij kwaliteitscriteria vastgelegd in het PvE én hebben wij kwaliteitselementen opgenomen in het prijs criterium (de Omrekenfactor). De potentiële kring van gegadigden is goed in staat de opdracht te vervullen. Binnen onderhavige uitvraag en binnen het beschikbare budget is het verder niet mogelijk om een eerlijk en objectief onderscheid in kwaliteit te maken.

Tot slot wekt volgens klager de opmerking in de beantwoording van vraag 69, dat het meewegen van kwaliteit in een vergelijking tussen appels en peren zou

resultaten, veel verbazing. Dit argument staat volgens klager haaks op de in de Offerteaanvraag opgenomen motivering voor gunning op laagste prijs, die erop neer komt dat er juist geen onderscheidend vermogen tussen de verschillende aanbiedingen bovenop de gestelde minimumeisen zou zijn.

Wij delen deze uitleg van klager niet. De mededeling dat het meewegen van kwaliteit bij onderhavige aanbesteding in een vergelijking tussen appels en peren zou resulteren, heeft betrekking op de zinnen ervoor. Daar staat dat een aanbestedende dienst een transparante en objectieve beoordelingsmethode moet hantieren en dat dit o.a. impliceert dat kwalitatieve criteria onderscheidend en meetbaar moeten zijn. Bij onderhavige uitvraag is echter geen/onvoldoende onderscheid op kwaliteit mogelijk. Van kwalitatieve criteria die onderscheidend en meetbaar zijn en die voor beoordeling in aanmerking zouden moeten komen is dan ook geen sprake. Het alsnog geforceerd opstellen van nadere (subjectieve) kwaliteitscriteria sluit niet aan bij de behoeften en budget van aanbestedende dienst en leidt bovendien tot een vergelijking tussen appels en peren.

Samenvattend: wij vinden kwaliteit van dienstverlening belangrijk. We hebben dat een plek gegeven in het PvE en in de Omrekenfactor. Wij vinden dat eerlijker, transparanter en effectiever dan dat we dat in een geforceerde (omvangrijk) beoordelingsmethodiek van de BPKV doen, welke beoordelingsmethodiek niet aansluit bij onze behoeften en budget en waarmee niet zoveel mogelijk maatschappelijke waarde in de zin van art. 1.4 Aw 2012 wordt gerealiseerd. Bij de keuze voor het gunningscriterium van de laagste prijs hebben wij een afweging gemaakt van alle relevante omstandigheden: het voorwerp van de aanbesteding, de markt waarin de aanbesteding plaatsvindt en de mate waarin gunning op basis van het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving zinvol is met het oog op de daarmee te verwezenlijken door de wetgever relevant geachte doelen, namelijk dat aanbestedende diensten een omslag gaan maken als het gaat om duurzaam en innovatief inkopen. Dit alles heeft geleid tot de keuze voor laagste prijs als gunningscriterium.'

## **2. Beschrijving klacht**

### **2.1. Klachtonderdeel 1**

Aanbesteder handelt in strijd met artikel 2.114 Aw 2012 door niet het gunningscriterium beste prijs-kwaliteitverhouding te hanteren en de keuze voor het gunningscriterium laagste prijs niet deugdelijk te motiveren.

### **2.2. Klachtonderdeel 2**

Door te kiezen voor het gunningscriterium laagste prijs, in plaats van beste prijs-kwaliteitverhouding, handelt aanbesteder in strijd met artikel 1.4, lid 2, Aw 2012.

## **3. Onderbouwing klacht**

### **3.1. Ondernemer gaat eerst kort in op de aard van de dienstverlening.**

#### **3.1.1. Ondernemer voert aan dat in het kader van de inhuur van flexibele arbeid in de eerste plaats van de te selecteren uitzendorganisatie wordt verwacht dat deze zorgdraagt voor de werving en selectie van kandidaten die voldoen aan de door de opdrachtgever opgestelde functieprofielen. Vanaf het moment waarop er een goede 'match' tot stand is gekomen houdt de dienstverlening van de uitzendorganisatie niet op. Leiding en toezicht berusten weliswaar bij de opdrachtgever**

waar de uitzendkracht te werk wordt gesteld, maar dat laat onverlet dat van de uitzendorganisatie wordt verlangd dat deze bij de begeleiding van de uitzendkrachten betrokken blijft.

- 3.1.2. In het programma van eisen wordt dat ook tot uitdrukking gebracht (zie 1.3 hiervoor). Zo staat in eis A4 dat inschrijver naast werving en aanneming ook verantwoordelijk is voor de begeleiding, opleiding en het ontslag van de tijdelijke arbeidskrachten. In eis A16 staat dat inschrijver verantwoordelijk is voor het proces van ziekmelding en verzuimbegeleiding. Eis A28 houdt in dat de inschrijver voortijdig het initiatief neemt om (potentiële) kandidaten op te leiden voor specifieke taakvelden indien blijkt dat vraag en aanbod in disbalans gaan komen of zijn. Dit brengt kosten met zich mee voor inschrijver. Eis A29 houdt in dat inschrijver, indien nodig, op zijn kosten zorgdraagt voor aanvullende opleiding of bijscholing van geschikte kandidaten. Eis A30 houdt in dat inschrijver service verlenend is naar tijdelijke arbeidskrachten.
- 3.1.3. Tijdens de uitvoering van concrete opdrachten door flexkrachten is er sprake van een driehoeksverhouding tussen de inlener, de flexkracht en de uitzendorganisatie.
- 3.1.4. De voortdurende betrokkenheid van de uitzendorganisatie acht ondernemer ook logisch, omdat het formeel werkgeverschap bij de uitzendorganisatie berust. Deze moet ervoor zorgen dat de uitzendkrachten na afronding van een concrete opdracht weer klaargestoomd worden voor volgende opdrachten. De zorg voor de loopbaanbegeleiding van arbeidskrachten is opdracht-overstijgend.

### 3.2. Klachtonderdeel 1

- 3.2.1. In artikel 2.114 lid 1 Aw is bepaald dat een aanbestedende dienst een overheidsopdracht gunt op grond van de naar het oordeel van de aanbestedende dienst economisch meest voordelige inschrijving. Wat de economisch meest voordelige inschrijving is, kan worden vastgesteld op basis van drie subcriteria die in het tweede lid van genoemd artikel zijn opgenomen: (a) beste prijs-kwaliteitverhouding, (b) laagste kosten berekend op basis van kosteneffectiviteit en (c) laagste prijs. In het derde lid van art. 2.114 Aw is bepaald dat een aanbestedende dienst in beginsel gebruik maakt van het eerste subcriterium: beste prijs-kwaliteitverhouding. Van dit uitgangspunt kan alleen worden afgeweken – zo volgt uit het vierde lid – indien de aanbestedende dienst dit deugdelijk kan motiveren.
- 3.2.2. Uit de wetsgeschiedenis volgt dat de reden hiervan is dat de overheid de markt moet uitdagen om de meest optimale oplossingen aan te dragen door ruimte te bieden voor innovatie en duurzaamheid (Kamerstukken II, 2011/12, 32 440, nr. 25). En in Tekst & Commentaar bij de Aanbestedingswet wordt erop gewezen dat met de hoofdregel in het derde lid van art. 2.114 Aw invulling wordt gegeven aan art. 1.4 lid 2 Aw op grond waarvan in meer algemene zin aanbestedende diensten wordt opgedragen zoveel mogelijk maatschappelijke waarde te doen leveren voor de te besteden publieke middelen.
- 3.2.3. Een aanbestedende dienst zal per opdracht aan de hand van concrete feiten en omstandigheden moeten beoordelen of het zinvol is om naast prijs kwalitatieve aspecten mee te wegen. In de Gids Proportionaliteit (p. 54) wordt in dat verband toegelicht dat 'als er echt geen voldoende onderscheidende criteria zijn, waarop inschrijvers toegevoegde waarde kunnen leveren, het verstandiger is om expliciet te kiezen voor het gunningscriterium 'laagste prijs' of 'laagste kosten op basis van kosteneffectiviteit'. En uit verschillende Adviezen van de Commissie van Aanbestedingsexperts volgt dat een aanbestedende dienst voor de toepassing

van het gunningscriterium 'laagste prijs' mag kiezen wanneer de keuze voor toepassing van het criterium beste prijs-kwaliteitverhouding ondoelmatig is (ondernemer wijst in dit kader op Adviezen 224, 432, 455 en 348).

- 3.2.4. Ondernemer voert aan dat die keuze ondoelmatig zal mogen worden geacht wanneer het in de gegeven omstandigheden van het geval redelijkerwijs niet te verwachten valt dat daarmee een zodanige ruimte voor marktpartijen zal worden gecreëerd dat zij zich voldoende uitgedaagd zullen mogen voelen om innovatieve en duurzame oplossingen aan te bieden.
- 3.2.5. Ondernemer is van mening dat het bij opdrachten voor de inhuur van flexibele arbeid altijd doelmatig is om de kwaliteit van de dienstverlening mee te wegen bij de beoordeling welke inschrijving de economisch meest voordelige is. De inkoop van uitzenddienstverlening is namelijk geen statische aangelegenheid. Het is niet zo dat in jaar 1 exact kan worden voorgeschreven hoe de dienstverlening eruit moet komen te zien en dat die beschrijving in jaar 3, 5 en 7 nog steeds toereikend zal zijn. De arbeidsmarkt is continu in beweging, de schaarste neemt toe en kandidaten zoeken steeds op andere manieren naar werk. Hierdoor moet zeker bij langjarige contracten, zoals bij de onderhavige aanbesteding het geval is, voortdurend worden ingespeeld op behoeftes die leven bij de huidige populatie arbeidskrachten. En daarnaast is van belang dat ook de vraag van de gemeentelijke opdrachtgevers steeds verandert door politieke keuzes, nieuwe wetgeving, andere maatschappelijke opgaven, digitalisering, nieuwe werkwijzen, veranderende vraag van de burger, etc. Dat vraagt om uitzendkrachten met steeds weer andere vaardigheden.
- 3.2.6. In de manier waarop uitzendorganisaties ervoor zorgen dat zij de meest geschikte kandidaten uit de markt weten te halen en de wijze waarop zij zich er daarna voor inspannen dat de geplaatste uitzendkrachten zo goed mogelijk tot hun recht blijven komen (invulling formeel werkgeverschap), zodat de plaatsing ook daadwerkelijk succesvol zal zijn, zitten grote verschillen. Juist daar zit het onderscheidende vermogen tussen de verschillende bureaus en dat heeft zowel te maken met duurzaamheid als met innovatie.
- 3.2.7. Onder duurzaamheid verstaat ondernemer in dit verband de duurzame inzetbaarheid van de arbeidskrachten. Die duurzaamheid is zowel van belang bezien vanuit de aanbestedende dienst die erbij gebaat is niet steeds te maken te hebben met personele wisselingen omdat kandidaten toch niet bij de organisatie blijken te passen of toch niet over de juiste vaardigheden blijken te beschikken. En bezien vanuit de kandidaat is het van belang dat de juiste begeleiding en opleiding tot gevolg heeft dat niet alleen een concrete opdracht succesvol kan worden afgerond, maar dat de kandidaat ook daarna weer goed inzetbaar zal zijn op nieuwe opdrachten.
- 3.2.8. Het innoverend vermogen van een uitzendorganisatie kan in de eerste plaats tot uitdrukking komen in de manier waarop wordt geïnvesteerd in technologie. Door technologische ontwikkelingen is het bijvoorbeeld mogelijk om zelflerende algoritmes los te laten op bepaalde data met het doel om sneller beter geschikte flexkrachten te kunnen benaderen en selecteren. Ook kan gedacht worden aan de ontwikkeling van assessmentprogramma's op basis waarvan beter kan worden vastgesteld of er ook daadwerkelijk een 'culturele fit' tussen de uitzendkracht en de inlenende overheidsorganisatie tot stand zal komen. In de tweede plaats heeft innoverend vermogen te maken met de manier waarop een uitzendorganisatie inspeelt op veranderende behoeftes bij de inlenende organisaties. Er zal steeds vernieuwing mogelijk moeten zijn. Ook hierbij is van belang dat wordt geïnvesteerd in de begeleiding, opleiding en ontwikkeling van de uitzendkrachten.



- 3.2.9. Uit het programma van eisen dat in het kader van de onderhavige aanbestedingsprocedure is verstrekt blijkt duidelijk dat aanbesteder veel meer van de inschrijvers verlangt dan enkel het aanleveren van kandidaten die aan de opgestelde functieprofielen voldoen. In het programma van eisen wordt echter niet concreet ingegaan op de wijze waarop het uitzendbureau te werk dient te gaan. Er wordt in feite enkel gesteld dát de opdrachtnemer verantwoordelijk is voor werving, aanname, begeleiding, opleiding, ontslag, verzuimbegeleiding, bijscholing, etc., maar er staat niet hoe daaraan invulling moet worden gegeven. Juist in het "hoe" verschillen de uitzendbureaus: search methodieken, ontsluiting netwerk, uitbreiding netwerk, kwaliteit medewerkers, investeringen in technologische ontwikkelingen en in opleiding, begeleiding etc. Door niet te vragen "hoe" de inschrijvers invulling zullen geven aan de opdracht, laat de aanbestedende dienst naar de mening van ondernemer belangrijke kansen liggen en wordt de markt niet uitgedaagd.
- 3.2.10. Deze aanbesteding had het – in een andere opzet – volgens ondernemer juist heel goed mogelijk kunnen maken voor de inschrijvers om zich uitgedaagd te voelen om hun innoverend vermogen alsmede hun kwaliteiten op het gebied van duurzaamheid in hun aanbieding tot uitdrukking te laten komen. Door kwaliteit in het kader van de gunning geen rol te laten spelen, maar enkel aandacht te besteden aan de laagste prijs, gebeurt dit ten onrechte niet.
- 3.2.11. Daar komt volgens ondernemer bij dat de manier waarop de onderhavige aanbestedingsprocedure is ingestoken onherroepelijk tot gevolg heeft dat het na ontvangst van de inschrijvingen voor aanbesteder niet mogelijk is om vast te stellen wat hij nu eigenlijk zal krijgen voor de geoffreerde prijzen. Op geen enkele wijze is gewaarborgd dat de dienstverlening van een bepaalde kwaliteit zal zijn. Dat is ook niet geborgd in de met de winnaar te sluiten overeenkomst, want die is uiterst summier.
- 3.2.12. Indien gebruik wordt gemaakt van het gunningscriterium 'laagste prijs' zullen de prijzen ergens aan gerelateerd moeten kunnen worden, namelijk aan een bepaalde kwaliteit, en dat ontbreekt bij deze aanbesteding volledig. Gevolg hiervan is dat het op basis van een vergelijking van de ontvangen prijzen niet mogelijk zal zijn om te bepalen welke inschrijving de economisch meest voordelige is. Ondernemer acht de gunningssystematiek dan ook regelrecht in strijd met artikel 2.114 Aw.
- 3.2.13. Bovendien is de verstrekte motivering naar de mening van ondernemer ontoereikend en onbegrijpelijk.
- 3.2.14. In de offerteaanvraag zelf heeft aanbesteder een zeer summiere motivering om te gunnen op laatste prijs opgenomen. Vervolgens is die motivering nog een aantal keer aangevuld. Zie de antwoorden op de vragen 1, 2 en 69, alsmede pagina's 4 t/m 9 van de derde nota van inlichtingen van 14 februari 2020 (zie 1.5 en 1.8 hiervoor). De verstrekte redenen zijn wat ondernemer betreft stuk voor stuk niet overtuigend.
- 3.2.15. De oorspronkelijke motivering is opgenomen in paragraaf 5.1 van de offerteaanvraag (zie 1.2 hiervoor). Daar stelt aanbesteder dat het onderscheidend vermogen van de inschrijvers in combinatie met de gestelde minimale eisen onvoldoende aanwezig is om in relevante mate tot uitdrukking te laten komen in de beste prijs-kwaliteitverhouding.
- 3.2.16. Hiervoor heeft ondernemer al toegelicht het hier niet mee eens te zijn. In het algemeen geldt dat de onderhavige dienstverlening, zoals die door de concurrerende uitzendbureaus wordt aangeboden, wel degelijk zeer verschillend is. Dat

wordt ook bevestigd door het feit dat dit soort opdrachten nagenoeg nooit op laagste prijs worden gegund. In 2019 zijn er voor de dienstverlening 'uitzenden & detacheren' 340 aanbestedingen gepubliceerd. In 337 daarvan pasten aanbestedende diensten het gunningscriterium beste prijs-kwaliteitverhouding toe. Dat is 99,12% van de gevallen. Bij de drie gevallen waar werd gegund op laagste prijs ging het om een enkele functie die in het kader van een dynamisch aankoopstelsel vervuld moest worden. Deze gegevens heeft ondernemer ontleend aan de Tender-app waarin verschillende bronnen worden ontsloten zoals de volgende digitale netwerken waarop aanbestedingen worden gepubliceerd: TenderNed, Arriba, Negometrix, Commerce-Hub en Aanbestedingskalender.nl.

- 3.2.17. Alleen al uit deze data blijkt wat ondernemer betreft zeer overtuigend dat het zeker niet ondoelmatig kan worden geacht om kwaliteit mee te wegen. Als het daadwerkelijk zo zou zijn dat uitzendbureaus bij dit type opdrachten geen onderscheidend vermogen kunnen bieden, zouden er veel meer opdrachten worden gegund op laagste prijs. Dat gebeurt om meerdere redenen niet.
- 3.2.18. Voor wat betreft de aspecten van de dienstverlening die door concurrerende uitzendbureaus op verschillende manieren worden ingevuld, geeft ondernemer hieronder een aantal voorbeelden.
- 3.2.19. De te selecteren uitzendorganisatie zal onder meer goed moeten zijn in het werven van kandidaten. Een deugdelijk en uitgebreid netwerk van kandidaten is in dat verband onontbeerlijk en lang niet iedere uitzendorganisatie beschikt daarover. Om de juiste mensen te vinden investeert ondernemer bijvoorbeeld veel in technologie. Mensen zijn tegenwoordig niet zo zeer actief op zoek naar werk, maar steeds vaker latent. Dit vergt andere recruitment-vaardigheden en sourcingstechnieken waarin geïnvesteerd moet worden en die geïnnoveerd moeten worden. De ene organisatie zet hier sterker op in dan de andere, waardoor eerstgenoemde in staat is om een groter potentieel aan kandidaten te werven. Dat is uiteraard van belang voor de opdrachtgevende aanbestedende diensten.
- 3.2.20. Een ander aspect van de dienstverlening dat steeds relevanter wordt, is het tempo waarin de beste kwalitatieve match kan worden gemaakt. In een schaarse markt is het van belang dat een bureau snel de juiste kandidaat vindt om hem / haar aan te trekken c.q. te verleiden voor de vacature bij de aanbestedende dienst. Daartoe investeren bepaalde bureaus in artificial intelligence (AI). Met behulp van bepaalde zelfregulerende algoritmes kan de kandidaat worden geselecteerd uit de database die het beste past bij het gevraagde profiel. Er wordt dan niet louter naar CV's gekeken, maar er wordt informatie over eerdere banen en opleidingen gecombineerd uit verschillende bronnen (LinkedIn, Facebook). De search vindt plaats op basis van een verrijkt profiel. Relevant hierbij is de beschikbaarheid van Big Data en de toepassing ervan. Concurrerende uitzendbureaus gaan hier heel verschillend mee om met als gevolg dat de kwaliteit van de dienstverlening sterk verschilt. Hoe groter de database waarover een bureau beschikt, hoe meer relevante data je kunt combineren en verrijken en des te beter de kandidaat matcht op de gevraagde vacature en hoe doelmatiger de inhuur.
- 3.2.21. Daarnaast zal de uitzendorganisatie in staat moeten zijn een duurzame match tot stand te brengen. Er moet op worden toegezien dat de geselecteerde kandidaat niet alleen op papier voldoet aan het uitgevraagde functieprofiel, maar de kandidaat moet ook daadwerkelijk passen bij en zich thuis voelen binnen de organisatie waar hij of zij tewerk wordt gesteld. Ook hier gaan de concurrerende uitzendbureaus op verschillende manieren te werk met verschillende resultaten tot gevolg. En ook hier zitten de verschillen met name in de innovatieve middelen die al dan niet kunnen worden ingezet om de kans op een duurzame match te vergroten.

- 3.2.22. Als voorbeeld kan worden gewezen op [...]: robotics-toepassing die vacatureteksten zo opstelt dat zij passen bij de doelgroep, zodat de vacature ook daadwerkelijk wordt gelezen door de kandidaten die worden gezocht. Of [...]: het digitaal inwinnen van referenties. Uit onderzoek is gebleken dat dit veel objectievere informatie oplevert over de kandidaat dan het mondeling inwinnen van referenties. Of bijvoorbeeld het gebruik van video-conferencing zodat kandidaten sneller een beter beeld krijgen van de werkomgeving waarin zij zullen belanden. Allemaal innovatieve technieken om de voorspelbaarheid dat de juiste match gemaakt wordt zo groot mogelijk te laten zijn. Dit om voor de aanbestedende dienst tot de meest doelmatige inzet van een kandidaat te komen; een kandidaat die past bij de aanbestedende dienst en de functie kan uitvoeren.
- 3.2.23. Eveneens acht ondernemer van belang dat de uitzendorganisatie ook nog ná aanvang van de werkzaamheden op de juiste wijze blijft investeren in de kandidaten, zodat zo goed mogelijk wordt gepresteerd waardoor de aanbestedende diensten tevreden zullen zijn en de kandidaten zich uitgedaagd zullen blijven voelen. Ondernemer heeft een uitgebreid “on-boardingsprogramma” en daarna vinden er periodieke functionerings- en beoordelingsgesprekken plaats, waarin aandacht wordt besteed aan de persoonlijke fitheid van de kandidaat, de baanfitheid en de loopbaanfitheid. Onder het begeleiden van kandidaten verstaat ondernemer dat je deze moet binden, boeien en ontwikkelen. Alleen hierdoor kan vroegtijdige uitval worden voorkomen en zal sprake kunnen zijn van duurzame plaatsingen. Dat is niet alleen voor de opdrachtgevers van belang, maar is zeker zo relevant voor de kandidaten. Arbeidskrachten moeten in de eerste plaats adaptief blijven en kunnen mee ontwikkelen met de organisatie waar zij te werk zijn gesteld, maar daarnaast is ook van belang dat zij na het eindigen van een bepaalde opdracht snel weer inzetbaar zijn op een volgende opdracht.
- 3.2.24. Met al deze verschillende aspecten van de uitzenddienstverlening kan tijdens het aanbestedingstraject op eenvoudige wijze rekening worden gehouden door de inschrijvers te vragen naar een plan van aanpak waarin zij hun werkwijze beschrijven, zodat het voor de aanbestedende dienst duidelijk wordt of en zo ja, op welke wijze de geselecteerde uitzendorganisatie zal zorgen voor een duurzame inzet van uitzendkrachten.
- 3.2.25. Niet alleen aspecten zoals opleiding en begeleiding van het personeel kunnen daarin aan bod komen, maar ook het vergroten van de inzetbaarheid, instroom-, doorstroom- en uitstroombeleid, hoe om te gaan met ziekte, het herhaaldelijk te laat komen, integriteitscontroles, etc. Voorbeelden te over van aspecten waarop de inschrijvers zich van elkaar kunnen onderscheiden.
- 3.2.26. In dit verband wijst ondernemer op het vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank Midden-Nederland van 30 januari 2019 over de aanbesteding van arbeidsmobiliteitsdienstverlening, waar eenzelfde discussie speelde (ECLI:NL:RBMNE:2019:312). De voorzieningenrechter oordeelt – kort samengevat – dat de motivering om op laagste prijs te gunnen niet toereikend is en dat het in de rede ligt dat kwaliteit wel degelijk naast prijs wordt meegewogen:

‘4.15 Naar het oordeel van de voorzieningenrechter heeft Het Publieke Domein terecht aangevoerd dat deze motivering niet overtuigt. Op grond van de tekst is niet duidelijk waarom geen waarde zou kunnen worden toegevoegd aan de kwaliteit van de dienstverlening van de inschrijvers. Ook overigens zijn daarvoor onvoldoende aanknopingspunten gegeven. Het Publieke Domein heeft op haar beurt wel aangevoerd dat de dienstverlening van arbeidsmobiliteitsbureaus zich ten opzichte van elkaar kunnen onderscheiden, onder meer door het opstellen van een plan van aanpak van een persoonlijk begeleidingsplan, omvang en diversiteit van

het netwerk, aan te bieden opleidingen, uitstroomcijfers, begeleiding door psychologen en/of loopbaancoaches, intervisies, eventuele langere looptijd aan te bieden arbeidsmobiliteitsovereenkomst, in te zetten matchingsinstrumenten. Gemeente Utrecht heeft vervolgens niet gemotiveerd waarom de inschrijvers met deze door Het Publieke Domein genoemde dienstverleningsaspecten niet een verschil zouden kunnen maken.

Zij heeft enkel gesteld dat er vanuit gegaan kan worden dat de verschillende bureaus hetzelfde doel hebben, dat bovendien hetzelfde doel is als dat van Gemeente Utrecht en van de betrokken medewerker, te weten het zo snel mogelijk begeleiden van een kandidaat naar een nieuw dienstverband, zodat kwaliteit voldoende is gewaarborgd. Dit is niet toereikend. Voldoende aannemelijk is dat de inschrijvers in ieder geval wat betreft hun netwerken en de persoonlijke begeleiding de kwaliteit van hun specifieke dienstverlening kunnen aantonen. Het ligt ook voor de hand dat juist deze kwaliteitsaspecten van belang zijn voor het slagen van het mobiliteitstraject.

4.16 Dit betekent dat het in de rede ligt dat Gemeente Utrecht de opdracht zal gunnen op basis van de economisch meest voordelige inschrijving die is vastgesteld op basis van de beste prijs-kwaliteitverhouding. (...) Snelle succesvolle bemiddeling is niet noodzakelijkerwijs duurzaam. Inschrijvers moeten zich wel degelijk op meer punten kunnen onderscheiden dan alleen een (laagste) prijs. De voorzieningenrechter acht de gegeven motivering om uitsluitend op basis van laagste prijs te gunnen al met al niet toereikend.'

- 3.2.27. Aanbesteder heeft een aanvullende motivering verstrekt in de eerste nota van inlichtingen. In antwoord op de vragen 1 en 2 wordt in die nota van inlichtingen erop gewezen dat aanbesteder geen behoefte heeft aan andere of aanvullende dienstverlening (zie 1.5.1 en 1.5.2 hiervoor).
- 3.2.28. Naar de mening van ondernemer kan dat argument de beslissing om op laagste prijs te gunnen evenmin dragen en is dat ook niet het punt dat door ondernemer wordt bepleit. Het gaat er juist om dat de kwaliteit van de dienstverlening die is uitgevraagd moet worden meegewogen. Dat is niet ingewikkeld en gebeurt ook nagenoeg bij elke aanbesteding doordat aan de inschrijvers wordt gevraagd in een plan van aanpak uiteen te zetten "hoe" zij verschillende aspecten van de dienstverlening zullen invullen.
- 3.2.29. Als daar niet naar wordt gevraagd, heeft het volgens ondernemer geen zin om de ontvangen prijzen met elkaar te vergelijken. De kwaliteit van de dienstverlening ligt namelijk nergens vast en zolang je als aanbestedende dienst niet weet wat je voor de geoffreerde prijzen krijgt, zeggen die prijzen in feite niet veel.
- 3.2.30. Verder is volgens ondernemer van belang dat er bij deze aanbesteding wel degelijk van de opdrachtnemer bepaalde diensten worden verlangd. Die diensten staan in het programma van eisen en in het antwoord op vraag 1 staat dat het knock-out criteria betreft. Het is echter totaal onduidelijk hoe de aanbestedende dienst gaat vaststellen of de inschrijvingen aan die knock-out criteria voldoen. Dit levert strijd op met het oordeel van het Europese Hof van Justitie inzake Wienstrom dat mutatis mutandis van toepassing kan worden geacht op knock-out eisen (HvJ EG 4 december 2003, C-448/01, ECLI:EU:C:2003:651).
- 3.2.31. Dat er geen budget zou zijn voor de inkoop van kwaliteit acht ondernemer evenmin een plausibel argument om op laagste prijs te gunnen. Het gebeurt veelvuldig dat aanbestedende diensten bij dit type dienstverlening in de aanbestedingsstukken vastleggen wat de dienstverlening maximaal mag kosten en dan wordt de beste kwaliteit erbij gezocht.

- 3.2.32. Aanbesteder heeft vervolgens op 14 januari 2020 een aanvullende motivering gegeven in het antwoord op vraag 69 in de eerste nota van inlichtingen (zie 1.5.3 hiervoor). Ondernemer vindt de beantwoording van vraag 69 onnavolgbaar. Het komt er in feite op neer dat kwaliteit niet wordt meegewogen, omdat aanbesteder niet beschikt over medewerkers die in staat zijn een transparant en objectief beoordelingskader op te stellen op basis waarvan de te ontvangen aanbiedingen moeten worden beoordeeld.
- 3.2.33. Dat acht ondernemer niet alleen uiterst opmerkelijk, maar ook ongeloofwaardig gelet op het feit dat bij 99% van dit type aanbestedingen aanbestedende diensten al jaren juist zeer goed in staat zijn om naast de prijs ook de kwaliteit van de aanbiedingen mee te wegen.
- 3.2.34. Hetzelfde geldt voor de insinuatie in het antwoord dat partijen zomaar wat zouden kunnen opschrijven om een hoge score op kwaliteit te behalen zonder dat beoordeeld kan worden of een en ander wel waar kan worden gemaakt. Als dit daadwerkelijk problematisch zou zijn, dan meent ondernemer dat bij het overgrote deel van de overheidsopdrachten kwaliteit niet zou kunnen worden meegewogen. Ook bij, bijvoorbeeld, aanbestedingen in de bouw, de IT en in de zorg vindt de beoordeling van de ontvangen inschrijvingen immers veelal plaats op basis van plannen van aanpak waarin de werkwijze zoals die na gunning zal worden gehanteerd, beschreven staat. Daarbij wordt in de regel eenvoudigweg om bewijs gevraagd door bij bepaalde onderwerpen naar concrete voorbeelden te vragen en referenten na te bellen.
- 3.2.35. De opmerking van aanbesteder 'papier is geduldig leert onze ervaring' gaat juist niet op indien kwaliteit wordt meegewogen. Indien van inschrijvers namelijk wordt verlangd dat zij in hun inschrijving concreet maken op welke wijze wordt geborgd dat zij ook daadwerkelijk gaan doen wat er door hen wordt beloofd én dat zij daar ervaring mee hebben, zal er geen sprake kunnen zijn van loze beloften. Althans, dan heeft de aanbestedende dienst met de aanbieder van de opdrachtnemer in handen een stevig houvast om nakoming te verlangen. De aanbieder maakt namelijk integraal onderdeel uit van de te sluiten overeenkomst.
- 3.2.36. En ook de opmerking in het antwoord op vraag 69, dat het meewegen van kwaliteit in een vergelijking tussen appels en peren zou resulteren, wekt bij ondernemer veel verbazing. Dit argument staat haaks op de in de Offerteaanvraag opgenomen motivering voor gunning op laagste prijs, die erop neerkomt dat er juist geen onderscheidend vermogen tussen de verschillende aanbiedingen bovenop de gestelde minimumeisen zou zijn.
- 3.2.37. In de derde nota van inlichtingen geeft aanbesteder een aanvullende motivering die deels een herhaling is van de eerder verstreekte toelichtingen en deels worden er nieuwe argumenten aangevoerd om op laagste prijs te gunnen (zie 1.8 hiervoor).
- 3.2.38. Zo wordt betoogd dat de keuze van laagste prijs als gunningscriterium de aanbestedingsfase betreft en niet de dienstverlening ná aanbesteding, althans niet zonder meer. De kwaliteit ten aanzien van de uitvoeringsfase is volgens aanbesteder in het onderhavige geval onvoldoende/onmogelijk vooraf in lijstjes met gunningscriteria te vangen op een zodanige wijze dat er een eerlijke en transparante keuze op kan worden gebaseerd. Zoals ondernemer hiervoor al heeft opgemerkt, is dit in 2019 bij 337 van de 340 aanbestedingen wel gelukt en is het dus niet geloofwaardig dat dat bij de onderhavige opdracht niet zou kunnen.

- 3.2.39. Een geheel nieuw argument in de derde nota van inlichtingen is dat in het prijselement nadrukkelijk kwaliteitselementen zitten. Aanbesteder erkent nu ineens dus tóch dat hij inderdaad ook ziet dat er tussen aanbidders (kwaliteits)verschil kan zijn in de wijze van dienstverlening. Met die (kwaliteits)verschillen zou in de onderhavige aanbestedingsprocedure ook wel degelijk rekening zijn gehouden – zo lijkt te worden betoogd – want dat zou tot uitdrukking komen in de prijsvorming, namelijk in de omrekenfactor. Vervolgens wordt er een aantal voorbeelden gegeven, die wat ondernemer betreft onnavolgbaar zijn.
- 3.2.40. In de eerste plaats staat in de derde nota van inlichtingen dat uit een lagere reservering voor de transitievergoeding volgt dat een aanbieder daar succesvoller in is of denkt te zullen zijn. Dat is niet juist. Er is geen correlatie tussen de hoogte van de reservering van de transitievergoeding en de mate van begeleiding van de uitzendkracht door het uitzendbureau.
- 3.2.41. In de wet is bepaald dat iedere uitzendkracht vanaf de eerste dag van de uitzendovereenkomst aanspraak kan maken op de transitievergoeding. De hoogte van de reservering voor die vergoeding hangt met name af van de mogelijke intentie van de opdrachtgever om uitzendkrachten in dienst te nemen. In dat geval hoeft de transitievergoeding namelijk niet te worden uitbetaald.
- 3.2.42. De reservering voor de transitievergoeding die de inschrijvers in hun aanbieding opnemen zal niet veel van elkaar verschillen. Net zo min als dat het geval is bij de reserveringen voor ziekte en WW-premies. Het gaat ook hier om een collectieve reservering. Groot onderscheid is niet mogelijk vanwege vaststaande wet- en regelgeving. Daarbij is van belang dat het recht op transitievergoeding altijd blijft bestaan, hoe goed de begeleiding ook is, dus bijvoorbeeld ook indien een uitzendkracht meerdere opdrachten op rij toebedeeld krijgt. Bij het bepalen van het percentage transitievergoeding dat wordt gereserveerd wordt hiermee rekening gehouden. Het betoog dat via de omrekenfactor kwaliteit wordt meegewogen is wat ondernemer betreft volstrekt ongeloofwaardig.
- 3.2.43. In de tweede plaats staat in de derde nota van inlichtingen dat de aanbieder die er beter in slaagt uitval te voorkomen, in staat is een lagere factor voor de periode ná de eerste 520 uur te bieden. Ook dit is onjuist. Naar het oordeel van ondernemer zal de factor voor de periode ná de eerste 520 uur altijd hoger moeten zijn dan de factor voor de eerste 520 uur. Hoe langer een kandidaat in staat is om voor dezelfde inlener te werken, hoe waardevoller de kandidaat voor de inlener wordt. Hoe langer ondernemer een kandidaat beschikbaar en geschikt houdt voor een aanbestedende dienst, hoe meer kosten ondernemer hiervoor maakt.
- 3.2.44. In de derde plaats staat in de derde nota van inlichtingen dat de aanbieder die in staat is de vraag (het meest) efficiënt en effectief in te vullen naar verwachting een scherpe(re) omrekenfactor zal aanbieden. Dus: hoe lager de prijs hoe hoger de kwaliteit? Ook dit is wat ondernemer betreft niet te volgen. Om een zo goed mogelijke match tot stand te brengen en uitzendkrachten zo goed mogelijk geschikt te maken en te behouden voor concrete opdrachten in het bijzonder en de arbeidsmarkt in het algemeen, zal wat ondernemer betreft altijd meer inspanningen (en dus tijd en kosten) van een uitzendbureau verlangen dan minder.
- 3.2.45. Kortom: de wijze waarop aanbestededer in de derde nota van inlichtingen ineens inzichtelijk probeert te maken dat kwaliteit wel degelijk is meegewogen komt ondernemer erg gekunsteld en onlogisch voor.
- 3.2.46. Bovendien geldt dat de verwachtingen aangaande de kwaliteit van de inschrijver, die aanbestededer meent te kunnen doen op basis van de hoogte van de omrekenfactor, altijd hoogst onzeker zullen blijven zolang niet van de inschrijvers wordt

verlangd dat zij de kwaliteit van hun dienstverlening in hun inschrijving inzichtelijk maken.

### 3.3. Klachtonderdeel 2

- 3.3.1. Op grond van artikel 1.4, lid 2, Aw 2012 is een aanbestedende dienst verplicht om zorg te dragen voor het leveren van zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen bij het aangaan van een schriftelijke overeenkomst. Het begrip maatschappelijke waarde wordt in de wet zelf niet gedefinieerd. Uit de wetsgeschiedenis volgt dat het niet alleen gaat om geld (om het doorvoeren van zoveel mogelijk financiële besparingen), maar dat het erom gaat dat de aanbestedende dienst “de beste kwaliteit voor de beste prijs” inkoop. Dat is maatwerk en bij iedere aanbesteding dient te worden afgewogen hoe hieraan invulling moet worden gegeven. Tijdens de parlementaire behandeling is het begrip ‘maatschappelijke waarde’ in verband gebracht met aspecten zoals voorwaarden om langdurig werklozen of arbeidsgehandicapten bij de opdracht in te schakelen en innovatie.
- 3.3.2. Ook uit jurisprudentie van de burgerlijke rechter volgt dat artikel 1.4, lid 2, Aw 2012 ertoe strekt dat aanbestedende diensten moeten streven naar een zo goed mogelijke c.q. de beste prijs-kwaliteitsverhouding binnen het beschikbare budget (ondernemer wijst op Rb. Noord-Nederland 25 oktober 2013 (vzr.) ECLI:NL:RBNNE:2013:7100, Rb. Noord-Nederland (vzr.) 29 november 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:7367 en Rb. Den Haag (vzr.) 25 februari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:2965). In de Adviezen 48, 421 en 432 van de Commissie wordt de verplichting om zoveel mogelijk maatschappelijke waarde te creëren expliciet als een zorgplicht gekwalificeerd.
- 3.3.3. De inhuur van flexibele arbeid die in de onderhavige aanbestedingsprocedure centraal staat zal plaatsvinden door een groot aantal aanbestedende diensten. De geraamde waarde van de opdracht is € 14.000.000,- exclusief BTW en de contracten (voor uitzenden en payroll) zullen een lange looptijd hebben: aanvankelijk twee jaar en daarna is vijf maal een verlenging van een jaar mogelijk.
- 3.3.4. Deze aspecten maken, wat ondernemer betreft, dat van de aanbesteder in kwestie verlangd mag worden dat voorafgaand aan de selectie van een marktpartij zeer zorgvuldig te werk wordt gegaan. In dat kader is van belang dat we hier te maken hebben met de tijdelijke tewerkstelling van mensen. Het hebben en (kunnen) behouden van werk is een van de belangrijkste voorwaarden voor mensen om op een goede manier in de samenleving te kunnen integreren en functioneren. De inkoop van flexibele arbeid is wezenlijk anders dan de inkoop van – bijvoorbeeld – kantoorartikelen, energie of een softwaresuite van Microsoft Office.
- 3.3.5. Des te belangrijker is het dus dat aanbesteder een partner weet te selecteren die niet alleen zo goed mogelijk kan voorzien in de behoeften van de deelnemende aanbestedende diensten, maar die ook zo goed mogelijk zorg draagt voor de flexibele arbeidskrachten die bij de aan deze aanbesteding deelnemende aanbestedende diensten te werk zullen worden gesteld. Dit vereist vaardigheden van de uitzendorganisatie op verschillende terreinen.
- 3.3.6. Bovendien kunnen overheden door middel van dit soort aanbestedingsprocedures invulling geven aan afspraken in coalitieakkoorden omtrent – bijvoorbeeld – de inzet van kandidaten met een afstand tot de arbeidsmarkt (SROI) en diversiteit & inclusie. Ondernemer ziet dit veelvuldig in aanbestedingen terugkomen. De inschrijvers worden dan uitgedaagd om met plannen te komen waaruit blijkt dat hieraan aandacht wordt besteed. En – uiteraard – hoe beter de plannen, hoe hoger de score op het onderdeel kwaliteit.

- 3.3.7. In de onderhavige aanbestedingsprocedure wordt helemaal geen aandacht besteed aan dergelijke belangrijke aspecten van de uitzenddienstverlening, zonder dat deugdelijk wordt gemotiveerd waarom dat niet zou kunnen. Dat is alleen al erg opmerkelijk, omdat in het inkoopbeleid van sommige van de deelnemende aanbestedende diensten juist wordt benadrukt dat die aspecten wel degelijk van belang worden geacht. Zie bijvoorbeeld de volgende passages uit het inkoopbeleid van aanbesteder (onderstrepingen door ondernemer):

'[Aanbesteder] wil met dit Inkoop- en aanbestedingsbeleid de volgende doelstellingen realiseren:

**a. Rechtmatig en doelmatig Inkopen waarbij de gemeente zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen levert, zodat gemeenschapsgelden op controleerbare en verantwoorde wijze worden aangewend en besteed.** [Aanbesteder] leeft daartoe bestaande wet- en regelgeving en de bepalingen van het Inkoop- en aanbestedingsbeleid na. Daarnaast koopt [Aanbesteder] efficiënt en effectief in. De inspanningen en uitgaven moeten daadwerkelijk bijdragen aan de realisatie van het beoogde doel. De kosten staan in redelijke verhouding tot de opbrengsten en het beheersen en verlagen van de gemeentelijke middelen staan centraal. Waar opportuun neemt de gemeente duurzaamheids- en social return eisen op in de opdrachtverstrekking om zoveel mogelijk maatschappelijke waarde te creëren. [Aanbesteder] houdt daarbij in het oog dat er voldoende toegang is voor Ondernemers tot gemeentelijke opdrachten.  
(...)

**c. Inkopen tegen de meest optimale (integrale) prijskwaliteit verhouding.** Bij het Inkopen van Werken, Leveringen en Diensten kan [Aanbesteder] ook interne en andere (externe) gemeentelijke kosten betrekken in de afweging. Ook de kwaliteit van de in te kopen Werken, Leveringen en Diensten speelt een belangrijke rol. Waar zinvol wordt uitgegaan van de total cost of ownership benadering. Hierbij worden naast de kosten van aanschaf ook de kosten van gebruik en zelfs de verwijderingskosten meegenomen. De gemeente gunt op basis van het gunningscriterium 'Beste prijs -kwaliteit verhouding", tenzij hiervan gemotiveerd wordt afgeweken.'

- 3.3.8. Doordat bij deze aanbesteding de focus puur op de prijs ligt die de dienstverlening moet kosten, zal onherroepelijk verschraving optreden. Uitzendbureaus die investeren in het zo goed mogelijk werven, selecteren, opleiden en begeleiden van uitzendkrachten zullen deze investeringen uiteraard op de een of andere manier terug moeten verdienen. Indien een aanbestedende dienst hiervoor niet wenst te betalen, is de kans groot dat uiteindelijk zeer goedkope dienstverlening van lage kwaliteit wordt ingekocht. Dit is in strijd met artikel 1.4 Aw 2012.
- 3.3.9. Indien belangrijke taken, zoals binden, begeleiden en ontwikkelen van de flexkrachten, niet met aandacht worden vervuld, is het risico op voortijdige uitstroom van de flexkrachten volgens ondernemer aanzienlijk. Dat leidt dan dus niet tot een duurzame plaatsing, maar tot ondoelmatige inhuur die de aanbestedende dienst ongewilde/ongewenste inwerktijd en geld kost. Dat is niet alleen onwenselijk voor de aanbestedende dienst, maar ook voor de uitzendkrachten.
- 3.3.10. De onderhavige aanbesteding is in principe vorm gegeven alsof het de inkoop van kant en klare producten zoals kantoorartikelen betreft (zonder dat goed is vastgelegd aan welke kwalitatieve eisen die kantoorartikelen moeten voldoen). Hierdoor sluiten de betrokken aanbestedende diensten wat ondernemer betreft ten onrechte hun ogen voor een zeer belangrijk maatschappelijk onderwerp, namelijk het aan het werk krijgen én aan het werk houden van mensen. Over het



hoofd wordt gezien dat er bijzondere expertise vereist is om de duurzame inzetbaarheid van de benodigde uitzendkrachten te kunnen borgen. In feite wordt door de manier waarop de onderhavige aanbesteding is ingestoken, zowel de dienstverlening van de uitzendorganisatie als de positie van de flexkracht gemarginaliseerd.

- 3.4. Ter afsluiting voert ondernemer nog het volgende aan.
  - 3.4.1. Ondernemer realiseert zich dat uit de toelichting bij artikel 2.114 Aw 2012 blijkt dat de wetgever in de eerste plaats heeft gedacht aan het bevorderen van levering van duurzame producten met een laag energieverbruik, waarbij niet alleen naar de (laagste) prijs zou moeten worden gekeken, maar ook naar de Total Cost of Ownership. Ondernemer meent echter dat de hoofdregel om gebruik te maken van het gunningscriterium beste prijs-kwaliteitverhouding in het licht van de duurzaamheidsdoelstellingen die ten grondslag liggen aan de Aanbestedingswet mutatis mutandis van toepassing moet worden geacht op overheidsopdrachten voor diensten.
  - 3.4.2. Onder duurzaamheid wordt immers niet alleen verstaan dat zo min mogelijk belastende maatregelen voor het milieu moeten worden getroffen, maar duurzaamheid is een veel ruimer begrip. Duurzaamheid houdt verband met drie elementen, 'people, planet en profit', die op harmonieuze wijze gecombineerd moeten worden.
  - 3.4.3. Bij de wijze waarop de onderhavige aanbestedingsprocedure is ingestoken wordt ten onrechte onvoldoende aandacht besteed aan het eerste element "people". Dit, terwijl dit soort aanbestedingstrajecten bij uitstek kunnen worden ingezet om een bijdrage te leveren aan het verkrijgen van een economisch en sociaal gezondere regio. En daar hoort in belangrijke mate bij dat mensen toekomstbestendig inzetbaar zullen kunnen zijn. Het is hiervoor al opgemerkt, maar kan niet genoeg worden benadrukt: het hebben en (kunnen) behouden van werk is een van de belangrijkste voorwaarden voor mensen om op een goede wijze in de samenleving te kunnen integreren en functioneren. De dienstverlening van uitzendbureaus speelt daar een zeer belangrijke rol bij (zie: <https://www.abu.nl/de-waarde-van-uitzendwerk-factsheet-2019/>).
  - 3.4.4. De vergelijking die aanbesteder in het antwoord op vraag 2 in de eerste nota van inlichtingen maakt met het afnemen van een softwaresuite zoals Microsoft Office is wat ondernemer betreft dan ook ronduit stuitend te noemen.
  - 3.4.5. Overheden hebben naast het naleven van de wet nog een extra verantwoordelijkheid, namelijk het uitdragen van publieke waarden. Daar hoort ook bij dat je bij een aanbesteding een opdrachtnemer selecteert van wie je wilt weten hoe hij invulling zal geven aan de publieke waarden die voor de overheid van belang zijn. Daarbij kan gedacht worden aan inzetten op duurzaamheid in de vorm van goed werkgeverschap (vaste werknemers en flexibele arbeidskrachten gelijk behandelen), inzet van kandidaten met een afstand tot de arbeidsmarkt, investeren in toekomst bestendigheid, etc.).
  - 3.4.6. Ondernemer concludeert dat het gebruik van het gunningscriterium 'laagste prijs' bij een aanbesteding van een opdracht zoals de onderhavige in strijd is met de artikelen 2.114 en 1.4, lid 2, Aw 2012 en dat de motivering die de aanbestedende dienst hieraan ten grondslag heeft gelegd niet deugdelijk is.
  - 3.4.7. Ondernemer realiseert zich dat de toelichting op de klachten hoofdzakelijk is gericht op perceel 1: uitzenden. Ook voor perceel 2 (payroll) geldt wat ondernemer betreft dat de kwaliteit van de dienstverlening zou moeten worden meegewogen.

In dit verband wordt gewezen op de eisen B21, B27, B30 en B31 van het programma van eisen, waaruit volgt dat aanbesteder de kwaliteit van de dienstverlening van belang acht (zie 1.4 hiervoor).

- 3.4.8. Dit betekent dat de prijzen die worden ingediend gerelateerd zullen moeten kunnen worden aan de kwaliteit die de bureaus leveren. Gebeurt dit niet, dan zeggen de verschillende prijzen in feite niet veel en kunnen deze niet goed met elkaar worden vergeleken. Ook voor het payroll-perceel geldt dat de eisen in het programma van eisen blijkbaar als knock-out eisen (en dus niet als uitvoeringseisen) worden gezien door aanbesteder. Zonder de inschrijver te vragen hoe zij aan deze eisen zullen voldoen, is het onmogelijk om vast te stellen of de inschrijvingen aan de knock-out eisen voldoen.

#### **4. Reactie aanbesteder**

Aanbesteder heeft van het indienen van een reactie op de klacht afgezien omdat hij de geboden termijn om een reactie in te dienen te kort vond. Omdat aanbesteder niet bereid was de aanbestedingsprocedure gedurende de klachtprocedure bij de Commissie op te schorten, heeft de Commissie de termijn voor het indienen van een reactie op de klacht niet verlengd.

#### **5. Beoordeling**

- 5.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder voor diverse aanbestedende diensten op 2 december 2019 een Europese openbare aanbestedingsprocedure heeft aangekondigd voor een raamovereenkomst voor diensten voor terbeschikkingstelling van flexibele arbeidskrachten met één opdrachtnemer voor uitzenden (perceel 1) en met één opdrachtnemer voor payrolldienstverlening (perceel 2). Aanbesteder is zowel penvoerder als één van de deelnemende aanbestedende diensten in deze aanbestedingsprocedure. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en 2 van de Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit.

- 5.2. Alvorens tot een beoordeling van de klachtonderdelen over te gaan, geeft de Commissie eerst het toetsingskader weer, voortbouwend op het toetsingskader in Advies 432.

- 5.2.1. In artikel 1.4, lid 2, Aw 2012 is bepaald:

‘De aanbestedende dienst (...) draagt zorg voor het leveren van zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen bij het aangaan van een schriftelijke overeenkomst als bedoeld in het eerste lid.’

- 5.2.2. In artikel 2.114 Aw 2012 is, voor zover nu van belang, bepaald:

1. ‘De aanbestedende dienst gunt een overheidsopdracht op grond van de naar het oordeel van de aanbestedende dienst economisch meest voordelige inschrijving.
2. De economisch meest voordelige inschrijving wordt door de aanbestedende dienst vastgesteld op basis van de:
  - a. beste prijs-kwaliteitverhouding,
  - b. laagste kosten berekend op basis van kosteneffectiviteit, zoals de levenscycluskosten, bedoeld in artikel 2.115a, of
  - c. laagste prijs.’

3. Bij de toepassing van het eerste lid geschiedt de gunning op grond van deel a van het tweede lid.
  4. Een aanbestedende dienst kan, in afwijking van het derde lid, gunnen op grond van onderdeel b of onderdeel c van het tweede lid. In dat geval motiveert de aanbestedende dienst de toepassing van dat criterium in de aanbestedingsstukken.
  5. (...)'
- 5.2.3. De Commissie stelt vast dat tussen partijen niet ter discussie staat dat aanbestede-der in hoofdstuk 5 van de Offerteaanvraag (zie 1.2 hiervoor) is afgeweken van de hoofdregel van art. 2.114, lid 3, Aw 2012 en dat hij de toepassing van het crite-rium van de laagste prijs in hoofdstuk 5 van de Offerteaanvraag en in het ant-woord op vragen 1, 2 en 69 en in de mededeling in de derde nota van inlichtin-gen heeft gemotiveerd (zie 1.5 en 1.8 hiervoor). Wat tussen partijen ter discussie staat, is of die motivering het toepassen van het criterium van de laagste prijs voldoende kan dragen.
- 5.2.4. In artikel 2.114 (oud) Aw 2012 was nog sprake van gunning op grond van de economisch meest voordelige inschrijving óf gunning op grond van de laagste prijs. Uitgangspunt is gebleven dat in beginsel niet op basis van het gunningscrite-rium van de laagste prijs wordt gegund (Kamerstukken II 2015/16, 34 329, nr. 7, p. 6 en Kamerstukken I 2015/16, 34 329, C, p. 4). In dat kader is bij amen-dement in artikel 2.114, leden 5 en 6, Aw 2012 de mogelijkheid toegevoegd dat bij algemene maatregel van bestuur kan worden bepaald dat bepaalde aanbeste-dende diensten of soorten opdrachten niet mogen worden gegund op grond van het gunningscriterium laagste prijs (en laagste kosten berekend op basis van kosteneffectiviteit, Kamerstukken II 2015/16, 34 329, nr. 28, p. 1). Van deze mogelijkheid is vooralsnog geen gebruik gemaakt (Kamerstukken I 2015/16, 34 329, C, p. 5).
- 5.2.5. Voor zover aanbestede-der heeft betoogd dat er in geval van overheidsopdrachten voor diensten minder strenge motiveringseisen gelden voor de keuze voor de gunning op laagste prijs (zie de mededeling in de derde nota van inlichtingen, in 1.8 hiervoor), vindt dat standpunt geen steun in de tekst van de wet. In artikel 2.114 Aw 2012 wordt geen onderscheid gemaakt tussen werken, leveringen en diensten. Het artikel geldt zonder onderscheid voor alle overheidsopdrachten. In de jurisprudentie wordt artikel 2.114, leden 3 en 4, Aw 2012 daarom ook onver-kort op overheidsopdrachten voor diensten toegepast (zie Rb. Midden-Nederland (vzr.) 30 januari 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:312; Rb. Midden-Nederland (vzr.) 4 mei 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:1963 en Adviezen 432 en 455).
- 5.2.6. Een aanbestedende dienst zal in afwijking van de hoofdregel van art. 2.114, lid 3, Aw 2012 voor toepassing van het criterium van de laagste prijs mogen kiezen wanneer de keuze voor toepassing van het criterium beste prijs-kwaliteitverhouding ondoelmatig is. Die keuze zal ondoelmatig mogen worden geacht wanneer het in de gegeven omstandigheden van het geval redelijkerwijs niet te verwachten valt dat daarmee een zodanige ruimte voor marktpartijen zal worden gecreëerd dat zij zich voldoende uitgedaagd zullen mogen voelen om in-novatieve en duurzame oplossingen aan te bieden. Alvorens te kiezen voor toe-passing van het criterium van de laagste prijs, zal een aanbestedende dienst eerst een afweging moeten maken van alle relevante omstandigheden van het geval ten einde te bepalen of de keuze voor toepassing van het criterium van de beste prijs-kwaliteitverhouding inderdaad ondoelmatig is in de hiervoor bedoelde zin. Daarbij komt het naar het oordeel van de Commissie in het bijzonder aan op de volgende door de voorzieningenrechter van de Rechtbank Gelderland (3 juni 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:3493, JAAN 2014/135 m.nt. W.M. Ritsema van Eck, r.o. 4.8) genoemde omstandigheden: het voorwerp van de aanbesteding, de

markt waarin de aanbesteding plaatsvindt en de mate waarin gunning op basis van het criterium van de beste prijs-kwaliteitverhouding zinvol is met het oog op de daarmee te verwezenlijken door de wetgever relevant geachte doelen, namelijk dat aanbestedende diensten een omslag gaan maken als het gaat om duurzaam en innovatief inkopen.

- 5.2.7. Een belangrijke met het voorwerp van de aanbesteding verband houdende omstandigheid, die in de hiervoor bedoelde afweging dient te worden betrokken, is naar het oordeel van de Commissie voorts de mate waarin de aanbestedende dienst in de specificatie van de opdracht ruimte voor marktpartijen heeft gecreëerd voor het aanbieden van innovatieve en duurzame oplossingen, die zich lenen voor een beoordeling met gebruikmaking van het criterium beste prijs-kwaliteitverhouding. Aan deze omstandigheid zal bij de beoordeling van een klacht over een (onvoldoende gemotiveerde) afwijking van de hoofdregel van art. 2.114, lid 3, Aw 2012 echter geen betekenis kunnen worden toegekend, wanneer die klacht juist (mede) strekt tot het betoog dat een aanbestedende dienst de hiervoor bedoelde ruimte in de specificatie van de opdracht niet heeft geboden en daarmee beweerdelijk heeft gehandeld in strijd met art. 1.4, lid 2, Aw 2012, waarin is bepaald dat een aanbestedende dienst bij het aangaan van een overeenkomst zorg moet dragen voor het leveren van zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen.
- 5.2.8. Het voorgaande betekent dat de aanbestedende dienst overeenkomstig 5.2.6 op basis van alle relevante omstandigheden van het geval zal moeten onderzoeken of toepassing van het criterium van de beste prijs-kwaliteitverhouding doelmatig zal zijn. Indien dat niet het geval is, zal hij mogen kiezen voor het criterium van de laagste prijs. De gemaakte afweging zal vervolgens moeten blijken uit de motivering waarmee de aanbestedende dienst de keuze voor toepassing van het criterium van de laagste prijs – gelet op diens motiveringsplicht van art. 2.114, lid 4, Aw 2012 – moet onderbouwen.
- 5.2.9. Tot slot geldt dat de hiervoor bedoelde motivering, gelet op het bepaalde in art. 2.114, lid 4, Aw 2012, dient te worden opgenomen in de aanbestedingsstukken. Per 1 juli 2016 luidt de definitie van ‘aangebestedingsstukken’ in artikel 1.1 als volgt:

‘alle stukken die door de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf worden opgesteld of vermeld ter omschrijving of bepaling van onderdelen van de aanbesteding of de procedure’.

In de Memorie van Toelichting heeft de wetgever duidelijk gemaakt dat nota's van inlichtingen ook tot de aanbestedingsstukken worden gerekend (Kamerstukken II 2015/16, 34 329, nr. 3, p. 22). Een reactie op de klacht bij het klachtenmeldpunt of bij de Commissie behoort uiteraard niet tot de aanbestedingsstukken.

- 5.3. De Commissie zal hierna overgaan tot beoordeling van de klachtonderdelen in het licht van het hiervoor uiteengezette toetsingskader.

#### 5.4. Klachtonderdeel 1

- 5.4.1. De Commissie stelt voorop dat aanbesteder een aanbestedingsprocedure heeft gehouden voor een raamovereenkomst voor de terbeschikkingstelling van flexibele arbeidskrachten voor uitzenden (perceel 1) en voor payrolldienstverlening (perceel 2).

- 5.4.2. Aanbesteder heeft de keuze voor het gunningscriterium van de laagste prijs summier gemotiveerd in hoofdstuk 5 van de Offerteaanvraag (zie 1.2 hiervoor). In de antwoorden op vragen 1, 2 en 69 in de eerste nota van inlichtingen en de mededeling in de derde nota van inlichtingen heeft aanbesteder de keuze voor het gunningscriterium van de laagste prijs nader toegelicht (zie 1.5 en 1.8 hiervoor).
- 5.4.3. In hoofdstuk 5 van de Offerteaanvraag, het antwoord op vraag 1 en 2 in de eerste nota van inlichtingen en de derde nota van inlichtingen heeft aanbesteder aangegeven dat er onvoldoende onderscheidend vermogen is bij de verwachte inschrijvers in combinatie met de gestelde minimumeisen. In overleg met de deelnemende aanbestedende diensten is geconstateerd dat de omrekenfactor het enige echt onderscheidende criterium is. Aanbesteder verwacht dat de aanbidders die de omvang van deze opdracht aankunnen, ook de gewenste kwaliteit zullen leveren.
- 5.4.4. In het antwoord op vraag 2 in de eerste nota van inlichtingen en in de mededeling in de derde nota van inlichtingen heeft aanbesteder aangegeven geen behoefte te hebben aan additionele dienstverlening, zeker niet wanneer dat tot kostenverhoging leidt. Anders zou aanbesteder niet zorgdragen voor zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen in de zin van artikel 1.4, lid 2, Aw 2012. Aanbesteder deelt de mening van ondernemer niet dat de gestelde eisen in het programma van eisen mager zijn (mededeling in de derde nota van inlichtingen).
- 5.4.5. Ook geeft aanbesteder in het antwoord op vraag 2 en 69 in de eerste nota van inlichtingen en in de mededeling in de derde nota van inlichtingen aan dat het voor deze overheidsopdracht lastig is om objectieve, transparante en vooral meetbare kwalitatieve gunningscriteria te formuleren. Daaraan voegt aanbesteder toe dat het voor een beoordelingscommissie lastig is het verschil in kwaliteit tussen de inschrijvingen te beoordelen. Of een aanbieder een aspect linksom of rechtsom benadert is niet persé beter of slechter, maar slechts anders. In dat kader stelt aanbesteder dat ook prijsvechters een overtuigend verhaal kunnen neerzetten. De beoordelingscommissie zou dan elementen als geloofwaardigheid en achtergrondkennis van de ondernemingen moeten meenemen in hun oordeel en dat heeft in het verleden tot discussie geleid met afgewezen partijen. Anderzijds vreest aanbesteder niet dat extreem lage prijzen zullen worden geboden en bij de uitvoering onvoldoende kwaliteit zal worden geleverd.
- 5.4.6. Verder geeft aanbesteder in de mededeling in de derde nota van inlichtingen als toelichting dat de kwalitatieve gunningscriteria onvoldoende onderscheidend zijn om gunning op basis van de beste prijs-kwaliteitverhouding te kunnen rechtvaardigen. Indien de kwalitatieve gunningscriteria worden uitvergroet, zou een prijsopdrijvend effect kunnen ontstaan.
- 5.4.7. Voorts geeft aanbesteder in de mededeling in de derde nota van inlichtingen aan dat het moment van beoordeling een momentopname is en dat de dienstverlening van de opdrachtnemer zich gedurende de looptijd zal moeten blijven ontwikkelen.
- 5.4.8. In de mededeling in de derde nota van inlichtingen geeft aanbesteder nog een nieuw argument. Naar zijn mening heeft aanbesteder ook in het kader van het prijscriterium rekening gehouden met kwaliteitselementen. Volgens aanbesteder leidt het aanbieden van een hogere kwaliteit tot minder faalkosten (als voorbeeld noemt aanbesteder de transitiekosten) en daarmee tot een lagere prijs. Dit geldt voor een goed aanbod van uitzendkrachten, het goed matchen daarvan en het voorkomen van uitval. Als voorbeeld noemt aanbesteder dat de omrekenfactor na

de eerste 520 uur zwaarder meeweegt. Volgens aanbesteder leidt deze gunnings-systematiek niet tot een 'race to the bottom' en worden de inschrijvers uitgedaagd goede kwaliteit te leveren.

- 5.4.9. Naar de mening van ondernemer kan de motivering voor de keuze van het gunningscriterium van de laagste prijs deze keuze niet dragen. Ondernemer heeft in dit kader in vraag 2 en 69 van de eerste nota van inlichtingen, in de klacht bij aanbesteder en in de onderbouwing van de klacht onder meer het volgende aangevoerd (zie 1.5.2, 1.5.3, 1.6 en 3 hiervoor).
- 5.4.10. Ondernemer voert aan dat er grote verschillen zitten in de manier waarop uitzendorganisaties ervoor zorgen dat zij de meest geschikte kandidaten uit de markt weten te halen en de wijze waarop zij zich er daarna voor inspannen dat de geplaatste uitzendkrachten zo goed mogelijk tot hun recht blijven komen, zodat de plaatsing ook daadwerkelijk succesvol zal zijn. Dit onderscheidend vermogen tussen de verschillende uitzendorganisaties heeft te maken met duurzaamheid en innovatie. De duurzaamheid ziet op de duurzame inzetbaarheid van de uitzendkracht in het belang van zowel de aanbestedende dienst als de uitzendkracht. De innovatie ziet in de eerste plaats op het gebruik van technologie voor de benadering en de selectie van flexkrachten. In de tweede plaats wordt er geïnnoveerd in de wijze waarop wordt ingespeeld op veranderende behoeften van inlenende organisaties.
- 5.4.11. Uit de Programma's van Eisen (met name die voor uitzenden, zie 1.3 en 1.4 hiervoor) blijkt dat de opdrachtnemer onder meer verantwoordelijk wordt voor werving, aanname, begeleiding, opleiding, ontslag, verzuimbegeleiding en bijscholing. In die Programma's staat volgens ondernemer niet hoe daaraan invulling moet worden gegeven. Juist in het 'hoe' verschillen de uitzendorganisaties: search methodieken, ontsluiting netwerk, uitbreiding netwerk, kwaliteit medewerkers, investeringen in technologische ontwikkelingen en in opleiding, begeleiding, etc. Door niet te vragen naar de wijze van uitvoering is de kwaliteit tijdens de uitvoering onvoldoende geborgd en worden de inschrijvers volgens ondernemer niet uitgedaagd.
- 5.4.12. Volgens ondernemer is er wel onderscheidend vermogen tussen de uitzendorganisaties op kwaliteit. Hij meent dat het ook goed mogelijk is om voor de onderhavige overheidsopdracht het gunningscriterium van de beste prijs-kwaliteitverhouding te hanteren en daarbij kwalitatieve gunningscriteria te bepalen. In dat kader heeft ondernemer aangevoerd dat in 337 van de 340 in 2019 gepubliceerde aanbestedingen voor 'uitzenden en detacheren' het gunningscriterium beste prijs-kwaliteitverhouding is gehanteerd. Het is volgens ondernemer dan ook zeker niet ondoelmatig om kwaliteit mee te wegen bij dit soort aanbestedingen en het is goed mogelijk om kwalitatieve criteria bij de gunning te hanteren.
- 5.4.13. Ondernemer heeft diverse voorbeelden genoemd van (kwaliteits)aspecten van de dienstverlening die door concurrerende uitzendorganisaties op verschillende manieren worden ingevuld (zie 3.2.19-3.2.23 hiervoor). Ondernemer gaat daarbij nader in op de werving van kandidaten, het tempo waarin de beste kwalitatieve match kan worden gemaakt, het tot stand brengen van een duurzame match en de begeleiding van flexkrachten. Door te vragen naar een plan van aanpak waarin de uitzendorganisaties hun werkwijze beschrijven, kan daarmee bij de beoordeling van de inschrijvingen rekening worden gehouden. Niet alleen aspecten zoals opleiding en begeleiding van het personeel kunnen daarbij aan bod komen, maar bijvoorbeeld ook het vergroten van de inzetbaarheid, instroom-, doorstroom- en uitstroombeleid, hoe om te gaan met ziekte, het herhaaldelijk te laat komen en integriteitscontroles.

- 5.4.14. Door het vragen van een plan van aanpak kan de opdrachtnemer volgens ondernemer gedurende de uitvoering van de opdracht ook op de beloofde kwaliteitsaspecten worden aangesproken. Prijsvechters komen dan niet weg met loze beloftes.
- 5.4.15. Aanbesteder heeft opgemerkt dat de beoordeling van kwalitatieve gunningscriteria bij deze aanbesteding tot een vergelijking van appels met peren zou leiden (zie het antwoord op vraag 69 in de eerste nota van inlichtingen in 1.5.3 hiervoor). Deze opmerking sterkt ondernemer in zijn argument dat er onderscheidend vermogen is tussen de aanbieders.
- 5.4.16. Het argument van aanbesteder dat hij in het kader van de prijs rekening houdt met eventuele kwaliteitsverschillen acht ondernemer onnavolgbaar.
- 5.4.17. Het voorbeeld van de transitievergoeding acht ondernemer ongeloofwaardig. Ondernemer stelt dat er geen correlatie is tussen de hoogte van de transitievergoeding en de kwaliteit van de begeleiding door het uitzendbureau. Een transitievergoeding is wettelijk verplicht, ook indien een uitzendkracht meerdere opdrachten op rij heeft gehad. De hoogte van de reservering voor die vergoeding hangt met name af van de mogelijke intentie van de opdrachtgever om uitzendkrachten in dienst te nemen. Volgens ondernemer zullen de reserveringen voor de transitievergoeding die de inschrijvers in hun aanbiedingen opnemen niet veel van elkaar verschillen, net als de reserveringen voor ziekte- en WW-premies.
- 5.4.18. Ondernemer is het ook niet eens met de stelling van aanbesteder dat de aanbieder die beter in staat is uitval te voorkomen, in staat is een lagere factor voor de periode ná de eerste 520 uur te bieden. De omrekenfactor zal wat betreft ondernemer na 520 uur altijd hoger moeten zijn omdat deze kandidaat dan waardevoller is voor de inlener en de aanbieder meer kosten voor deze kandidaat maakt.
- 5.4.19. Het argument dat met een betere kwaliteit een lagere omrekenfactor zal worden gevraagd, onderschrijft ondernemer ten slotte ook niet. Meer kwaliteit betekent meer tijd en kosten.
- 5.4.20. De verwachtingen die aanbesteder op basis van de geboden omrekenfactor heeft over de kwaliteit van de aangeboden dienstverlening zullen hoogst onzeker blijven, zolang de kwaliteit van de dienstverlening niet inzichtelijk is gemaakt in de inschrijving.
- 5.4.21. Dat er geen budget zou zijn voor de inkoop van kwaliteit acht ondernemer ten slotte geen plausibel argument om op laagste prijs te gunnen. Aanbesteder zou een maximumprijs kunnen bepalen en dan de beste kwaliteit daarbij zoeken.
- 5.4.22. Naar het oordeel van de Commissie blijkt onvoldoende uit de motivering van aanbesteder dat toepassing van het gunningscriterium van de beste prijs-kwaliteitverhouding ondoelmatig zou zijn.
- 5.4.23. Dat er onvoldoende onderscheidend vermogen tussen de aanbieders zou zijn in het licht van de gestelde eisen in de Programma's van Eisen heeft aanbesteder niet aannemelijk gemaakt. De gestelde eisen lijken juist veel ruimte te geven voor de wijze waarop daaraan invulling kan worden gegeven (zie met name 1.3 en ook 1.4 hiervoor). Ondernemer heeft ook diverse voorbeelden genoemd van kwaliteitsaspecten waarop de aanbieders zich zouden kunnen onderscheiden. In dat licht heeft aanbesteder de argumenten van ondernemer dat er voldoende onderscheidend vermogen is tussen de aanbieders onvoldoende weersproken.

- 5.4.24. Het argument dat aanbestede in het kader van het prijs criterium reeds rekening heeft gehouden met kwaliteitsaspecten overtuigt de Commissie niet. Over het algemeen zullen kwaliteitsaspecten tijd en geld kosten en daarmee leiden tot een hogere prijs. In het licht van de gemotiveerde betwisting van ondernemer bij het argument van aanbestede met betrekking tot de transitievergoeding komt de Commissie dit argument niet aannemelijk voor.
- 5.4.25. De Commissie heeft onderzocht en vastgesteld dat in minder dan 5% van de aanbestedingen in Nederland met CPV-code 79620000 (diensten voor de terbeschikkingstelling van personeel, met inbegrip van tijdelijk personeel) die tussen 31 december 2018 en 1 januari 2020 op TED zijn gepubliceerd het gunningscriterium van de laagste prijs is gehanteerd. In veruit de meeste gevallen wordt voor dit soort dienstverlening dus gegund op basis van het gunningscriterium van de beste prijs-kwaliteitverhouding. Dat het niet goed mogelijk is om in dit soort aanbestedingen kwalitatieve gunningscriteria te hanteren, acht de Commissie dan ook niet aannemelijk.
- 5.4.26. Het is de Commissie niet bekend of aanbestede enkel de deelnemende aanbestedende diensten heeft geconsulteerd of dat hij daarnaast ook de markt heeft geconsulteerd. Als hij dat laatste heeft gedaan dan wel zou hebben gedaan, dan zou duidelijk zijn geworden dat in ca. 95% van de gevallen op beste prijs-kwaliteitverhouding wordt gegund. Dat had mogelijk tot de keuze voor een ander gunningscriterium bij aanbestede geleid.
- 5.4.27. Met het gunningscriterium van de beste prijs-kwaliteitverhouding zouden sociale duurzaamheidsaspecten (duurzame inzetbaarheid van het personeel) en innovatie een rol kunnen krijgen in de onderhavige aanbestedingsprocedure.
- 5.4.28. Naar het oordeel van de Commissie kan de door aanbestede gegeven motivering de toepassing van het gunningscriterium van de laagste prijs op grond van artikel 2.114, lid 4, Aw 2012 dan ook onvoldoende dragen en is klachtonderdeel 1 gegrond.

## 5.5. Klachtonderdeel 2

- 5.5.1. De klacht dat aanbestede met deze aanbestedingsprocedure niet zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen in de zin van artikel 1.4, lid 2, Aw 2012 realiseert, slaagt naar het oordeel van de Commissie eveneens. Ondernemer heeft de klacht naar het oordeel van de Commissie voldoende onderbouwd (zie Advies 232, overweging 5.7.12 en vgl. Advies 48, overweging 6.2.5) terwijl aanbestede van zijn kant onvoldoende gemotiveerd heeft betwist dat hij niet aan zijn zorgplicht van artikel 1.4, lid 2, Aw 2012 heeft voldaan. Daarmee kan niet worden aangenomen dat aanbestede met deze aanbestedingsprocedure zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen realiseert in die zin dat de best mogelijke prijs-kwaliteitverhouding wordt gerealiseerd voor het beschikbare budget. Daarmee is overigens niet gezegd dat een aanbestedende dienst in alle gevallen het gunningscriterium van de beste prijs-kwaliteitverhouding zou moeten hanteren. In bepaalde gevallen zal immers verwacht mogen worden dat een aanbestedingsprocedure met het gunningscriterium van de laagste prijs juist de meeste maatschappelijke waarde voor de publieke middelen oplevert.
- 5.5.2. Daarmee is ook klachtonderdeel 2 naar het oordeel van de Commissie gegrond.



**6. Advies**

De Commissie acht beide klachtonderdelen **gegrond**.

Den Haag, 20 maart 2020

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

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

Mr. drs. T.H. Chen  
Commissielid