

## **Gids Proportionaliteit: voldoende richting bij bepalen koers?**

Oorspronkelijk beoogde de Gids Proportionaliteit slechts handvatten te geven voor het juist toepassen van het proportionaliteitsbeginsel. Inmiddels is de Gids Proportionaliteit een wettelijk verplicht te volgen richtsnoer bij zowel Europese, nationale als meervoudig onderhandse procedures.<sup>1</sup> Het valt op dat bij het toepassen van de Gids zeer nauw moet worden gekeken naar het specifieke product, de dienst en/of het werk dat wordt uitgevraagd. Ken de markt, daar gaat het om. In dit artikel wordt aandacht besteed aan de keuzes die moeten worden gemaakt door de aanbestedende dienst in het voortraject van een aanbesteding met betrekking tot de procedures en de percelen

### ***Kies de juiste procedure***

#### **De procedure**

Bij de keuze van een aanbestedingsprocedure moet worden gekeken naar de omvang van de opdracht, de potentiële inschrijvers, complexiteit van de opdracht, type van de opdracht en het karakter van de markt, aldus de Gids. Bovendien spelen bij de keuze tussen een meervoudig onderhandse procedure en een nationaal (niet-)openbare procedure, met name de kosten ook een rol. Een nationaal (niet-)openbare procedure is bijvoorbeeld duurder dan een meervoudig onderhandse procedure. De baten en de lasten dienen dus tegen elkaar te worden afgewogen.<sup>2</sup> De te bepalen keuzes moeten zowel in de wetgeving als in het eigen inkoopbeleid te verantwoorden zijn. Hoewel het eigen inkoopbeleid met eigen strategische doelstellingen goed kan helpen in het bepalen van de procedure, gaan we in dit artikel alleen in op de Gids Proportionaliteit.

#### **Meervoudig onderhands**

Vooraf interessant zijn de afwegingen die worden gemaakt bij het meervoudig onderhands gunnen. Artikel 1.4 van de Aanbestedingswet 2012 bepaalt dat de ondernemers die worden toegelaten tot een aanbestedingsprocedure op basis van objectieve criteria moeten worden gekozen. Hoe worden deze objectieve criteria bepaald bij meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedures? Hoe maak je de juiste afwegingen, wat is non-discriminatoire en objectief? Dit is helaas niet of nauwelijks in de Aanbestedingswet omschreven, noch in de Gids Proportionaliteit. De Gids Proportionaliteit geeft in voorschrift 3-4B alleen aan dat voor een meervoudig onderhandse procedure ten minste drie en ten hoogste vijf inschrijvers worden uitgenodigd.

#### **Proportionaliteit een beperktere betekenis**

Weliswaar wordt in artikel 1.16 van de Aanbestedingswet aangegeven dat proportionaliteit ook bij meervoudig onderhandse procedures een rol dient te spelen, maar proportionaliteit hier heeft een beperktere betekenis. Waar bij Europese en nationale aanbestedingen acht moet worden geslagen op bijvoorbeeld de uitsluitingsgronden, de geschiktheidseisen en de gunningscriteria, worden deze punten niet genoemd in artikel 1.16 van de Aanbestedingswet ten aanzien van meervoudig onderhandse procedures. In zekere zin is dit ook logisch. Bij meervoudig onderhandse procedures wordt namelijk al uitgegaan van een vooronderstelde geschiktheid van de uit te nodigen ondernemingen en dient de aanbestedende dienst

terughoudend om te gaan met het stellen van geschiktheidseisen.<sup>3</sup> De vraag is dan wel hoe je goed kan motiveren dat je maar drie tot vijf partijen wilt uitnodigen voor een opdracht, waar tientallen organisaties geschikt voor zijn. Hoe kan goed worden gemotiveerd, waarom een vierde partij niet wordt uitgenodigd? Ook bij meervoudig onderhandse procedures geldt er namelijk een transparantieplicht; het geven van de redenen waarom een aanbestedende dienst tot een bepaalde keuze is gekomen.<sup>4</sup> In de Aanbestedingswet staat uitdrukkelijk omschreven in artikel 1.4 dat een ondernemer op basis van objectieve criteria een keuze dient te maken voor ondernemers die worden toegelaten tot de aanbestedingsprocedure en dat de motivering van deze keuze aan ondernemers moet worden verstrekt, indien zij hierom verzoeken. Indien de aanbestedende dienst een algemeen kenbaar beleid op deze punten heeft vastgesteld, bekendgemaakt en toepast, kan de motivering bestaan uit een verwijzing naar dit beleid.

### **Groslijstmethode**

Een mogelijke methodiek om de keuze voor frequente aanbestedingen te verantwoorden, vormt de groslijstmethode. Verschillende organisaties, merendeels gemeenten waaronder Heerenveen, de Achterhoekse gemeenten, Westland en Ede, hebben al ervaringen opgedaan met dit fenomeen.<sup>5</sup> Bedrijven kunnen zich middels een aanmeldformulier aanmelden voor een plaats op de groslijst, waar een gemeente per opdracht een keuze uit kan maken. Het aanmelden kan bijvoorbeeld via publicatie van de aankondiging. Meestal wordt er gewerkt met een roulatiesysteem om verversing te kunnen waarborgen en is het mogelijk om partijen uit te sluiten die in het verleden slecht hebben gepresteerd. De bekende groslijsten worden voornamelijk bij opdrachten voor werken gebruikt.<sup>6</sup> Sommige lijsten maken onderscheid tussen lokale en landelijke spelers, waarbij de lokale spelers meer kans moeten krijgen een opdracht gegund te krijgen. Dit laatste lijkt discriminerend, maar het ziet er naar uit dat dit voor meervoudig onderhandse aanbestedingen niet verboden is.<sup>7</sup> Belangrijk is dat het proces van het samenstellen van de groslijst conform de algemene basisbeginselen van het aanbestedingsrecht wordt gevoerd; het transparantiebeginsel, het gelijkheidsbeginsel en het proportionaliteitsbeginsel. Artikel 3.4 van de Gids Proportionaliteit kan als handvat dienen voor het wel of niet samenstellen van een groslijst, met name voor de baten- en lastenafweging en het aantal aanbieders wat zich op de markt begeeft. Het opzetten van een groslijststelsel vergt echter de nodige marktkennis bij de aanbestedende dienst. Het stelsel moet goed worden doordacht, beschreven en onderhouden. Samenvattend, groslijsten kunnen helpen bij het uitnodigen van potentiële inschrijvers, maar geven nog geen antwoord op het definiëren van de grootte van de markt en haar karakter. Hiervoor zal een andere manier gevonden moeten worden.

### **Kennis van de markt**

Marktkennis is onontbeerlijk om de juiste keuze te maken voor een aanbestedingsprocedure en deze keuze te kunnen verantwoorden. Het karakter van de markt, het aantal potentiële aanbieders en de mate van concurrentie moeten worden geanalyseerd. Op deze manier kan de juiste procedure worden bepaald, conform het proportionaliteitsbeginsel. De Gids beaamt dit en erkent dat wat proportioneel is, per branche kan verschillen. Er zijn verschillende manieren om de markt te onderzoeken. De markt kan onderzocht worden middels deskresearch, het bezoeken van beurzen en het lezen van vakbladen. Ook kan de markt voor geïnteresseerde aanbieders via TenderNed worden gevonden door inschrijvers te selecteren op de door hun aangegeven CPV-codes en plaats waar ze opdrachten

willen uitvoeren. Aan te raden is om alle verzamelde informatie vast te leggen in een aanbestedingsdossier voor enerzijds eigen kennis, maar ook voor het verantwoorden van de gestelde criteria en afwegingen bij een aanbestedingsprocedure. Er kan bovendien worden gekozen voor een marktconsultatie. Zo kan in een marktconsultatie aan de markt worden gevraagd kennis en ervaring te delen met de opdrachtgever om de haalbaarheid van een opdracht te toetsen.<sup>8</sup> Er kan ook een consultatie worden uitgeschreven om inzicht te krijgen in de markt en te kijken of er voldoende aanbieders zijn.<sup>9</sup> De marktconsultatie is in verschillende vormen uit te vragen. Pianoo zet dit in haar handleiding 'Handreiking marktconsultatie' helder uiteen.

### ***Samenvoegen of clusteren***

Welke procedure er wordt gehanteerd hangt af van verschillende factoren, waaronder de grootte en samenstelling van de markt. Zo adviseert de Gids bij meer dan tien potentiële inschrijvers een niet-openbare procedure, tenzij de wijze van offerte-uitvraag sterk is gestandaardiseerd. 'Ken je markt' vormt dan ook de rode draad bij het toepassen van de Gids. Recent verscheen er op de markt een niet-openbare aanbesteding, waarbij er uiteindelijk maar één partij had ingeschreven. Opvallend, gezien de keuze voor een niet-openbare procedure, maar in dit geval ook verklaarbaar. In deze specifieke branche waren veel bedrijven in staat verschillende onderdelen te leveren van de gevraagde dienstverlening, maar waren minder bedrijven in staat het hele pakket aan dienstverlening te bieden. Wellicht was het hier beter geweest om de opdracht te splitsen in percelen. Ook hierbij biedt de Gids ons een handreiking.

### **Doelmatigheid boven proportionaliteit?**

Opdrachten kunnen niet onnodig worden samengevoegd, maar het vinden van de balans blijft lastig. Indien er toch wordt geclusterd, dan moet onder meer de doelmatigheid daarvan worden beoordeeld. De kosten, risico's, complexiteit en de samenstelling van de markt dienen hierbij in acht te worden genomen. Maar waar ligt het evenwicht? Onlangs werd een aanbesteding van transportdiensten in de markt gezet, waar bij het samenstellen van de percelen gepoogd was rekening te houden met de onderlinge afhankelijkheid van de logistieke processen. Bij de Nota van Inlichtingen werden vragen gesteld over de perceelindeling, aangezien bij één perceel duidelijk sprake was van twee verschillende specialismen. De aanbestedende dienst beaamde dit, maar gaf aan dat doelmatigheid hier zwaarder woog dan proportionaliteit en dat bovendien de concurrentie niet in geding zou komen. De vraag is echter in welke gevallen doelmatigheid daadwerkelijk boven proportionaliteit gaat.

### **Samenstelling van de markt**

Naast het beoordelen van de doelmatigheid moet er worden gekeken naar de samenstelling van de markt. Het aantal potentiële inschrijvers dient dusdanig te zijn, dat de mededinging wordt gewaarborgd. Bij bijvoorbeeld het in de markt zetten van glasbewassing, beveiliging, catering en afvalmanagement als één opdracht, is het nog maar de vraag of de concurrentie niet merkbaar wordt verstoord. Er blijven slechts enkele partijen over die in staat zijn de diensten te leveren. De motivering dat de administratieve lasten kunnen worden beperkt en dat er de wens is één aanspreekpunt te hebben, biedt hierbij geen deugdelijke motivering. De invloed van samenvoeging heeft in dit geval zeer grote invloed op de toegang van de opdracht voor MKB-bedrijven.

## **Baten versus lasten**

Het wegzetten van re-integratiedienstverlening in 59 percelen, waarbij meerdere ervaren en onervaren partijen per perceel worden geselecteerd, vormt dan weer de andere kant van het verhaal. In dit geval werden per perceel zowel partijen geselecteerd die veel ervaring hadden met het type klantgroep en de gevraagde dienstverlening en partijen die niet konden voldoen aan de minimumeisen inzake ervaring met de gevraagde klantgroepen en dienstverlening.<sup>10</sup> Resultaat: enorme administratieve lasten voor zowel de inschrijvende partijen als voor de aanbestedende dienst.

## **Conclusie**

Bij voorkeur dient de opdrachtgever driedimensionaal te werk te gaan. Ten eerste moet antwoord worden gezocht op de vraag 'wat koop ik in'. Wordt er een oplossing ingekocht of wordt er een product, dienst of werk ingekocht dat de inkoper al kent. Het analyseren en bijhouden van de ontwikkelingen van de markt is hierbij van groot belang. Ten tweede moet worden afgewogen hoe de aanbesteding het beste in de markt kan worden gezet. De procedure afstemmen op de aard en omvang van de opdracht en rekening houden met de branche is daarbij noodzakelijk. Tot slot moet de denkwijze en logica worden vastgelegd in een deugdelijke motivering. Het is sterk aan te raden om de stappen en afwegingen die de inkoper of het inkoopteam maakt van te voren vast te leggen in een aanbestedingsdossier. Sturing en transparantie vooraf maakt controle achteraf simpel in deze toch heel complexe materie.

**drs. K. de Vries ,TenderCoach**  
**K. Schofaerts, schofaerts.nl**

## **Noten**

1. Artikel 1.10, 1.13 en 1.16 van de Aanbestedingswet.
2. Voorschrift 3-4B Gids Proportionaliteit.
3. Voorschrift 3-5C Gids Proportionaliteit.
4. Memorie van Toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 2009-2010, 32 440, nr. 3.
5. [www.aanbestedingsmonitor.nl](http://www.aanbestedingsmonitor.nl).
6. Met name cultuurtechnische werken, civieltechnische werken, diensten met betrekking tot cultuurtechnisch en civieltechnisch onderhoud.
7. Toelichting op de nota van wijziging op de Aanbestedingswet (kamerstuk 32 440 nr. II pagina 15) gaat hier op in.
8. 28/11/2013 S076 Publicatie Toetsen Haalbaarheid en risico's inzameling van huishoudelijke afvalstromen en 29/10/2013 S076 Publicatie Ondernemend Aanbesteden deelsessie leveren verkeersborden.
9. 25/04/2013 S076 Publicatie TenderNed Rontgentfluorescentiespectrometer.
10. UWV, Uitnodiging tot inschrijving aanbesteding Re-integratiedienstverlening UWV ten behoeve van Klanten met een Ziektewet- en Arbeidsongeschiktheidsuitkering 2013, 21 november 2012.